

ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษตามกฎหมายมหาชน

นิติกร ชัยวิเศษ*

บทคัดย่อ

ข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษตามกฎหมายมหาชนเป็นข้อความคิดที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการปรับใช้กฎหมายปกครองในความสัมพันธ์ที่บุคคลกับรัฐมีความใกล้ชิดกันมากเป็นพิเศษ เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับข้าราชการ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับผู้ต้องขัง และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักเรียนหรือนักศึกษา ซึ่งในตำราหรือคำอธิบายกฎหมายปกครองมักจะอธิบายว่า ความสัมพันธ์นี้เป็นความสัมพันธ์ที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษที่จะสั่งการให้บุคคลที่อยู่ภายในความสัมพันธ์นี้ปฏิบัติหรืองดเว้นการปฏิบัติอย่างไรก็ได้ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกิจการทางปกครองที่ฝ่ายปกครองต้องการโดยไม่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจ แต่ในยุคที่รัฐสมัยใหม่ได้รับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญและบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยชัดเจนว่าสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้นจะถูกจำกัดได้แต่โดยกฎหมายหรืออาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย ทำให้ข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษถูกท้าทายโดยนักนิติศาสตร์สมัยใหม่มากขึ้น ในบทความนี้จึงมุ่งที่จะศึกษาความเป็นมาของข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษทั้งในระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศ รวมถึงศึกษาถึงความเปลี่ยนแปลงและความเสื่อมถอยของข้อความคิดดังกล่าว นอกจากนี้ บทความนี้ยังได้เสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษตามกฎหมายมหาชน เพื่อให้การดำเนินการเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ดังกล่าวของฝ่ายปกครองสอดคล้องกับการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ

คำสำคัญ : บทความวิชาการ, กฎหมายปกครองทั่วไป, สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ, ความสัมพันธ์พิเศษ, นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายปกครอง, นิติสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ, ความสัมพันธ์พื้นฐาน, ความสัมพันธ์ทางหน้าที่การงาน

* นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยบอนน์ (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, เจ้าหน้าที่ศาลปกครองชำนาญการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 2 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

1. ข้อความเบื้องต้น

โดยทั่วไปแล้วประชาชนที่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายของรัฐใดรัฐหนึ่งย่อมจะมีความสัมพันธ์ที่เรียกว่า ความสัมพันธ์ทั่วไประหว่างรัฐกับประชาชน (Allgemeines Staat – Bürger Verhältnis) ที่ก่อตั้งเพียงแต่หน้าที่ในการปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐหรือประชาชนเท่านั้น เช่น ประชาชนต้องละเว้นไม่กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา หรือรัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำบริการสาธารณะด้านต่าง ๆ ให้แก่ประชาชนตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น ๆ และรัฐไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปแทรกแซงการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายมหาชนมีนิติสัมพันธ์อีกรูปแบบหนึ่งที่ยังมิได้มีการศึกษากันอย่างลึกซึ้ง นิติสัมพันธ์ประเภทนี้เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนที่ผู้ทรงสิทธิทั้งสองฝ่ายอันได้แก่ รัฐและปัจเจกชนมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันยิ่งกว่าความสัมพันธ์ทั่วไประหว่างรัฐกับประชาชน และก่อตั้งสิทธิหน้าที่บางประการที่ไม่ปรากฏในความสัมพันธ์ทั่วไประหว่างรัฐกับประชาชน ซึ่งนิติสัมพันธ์ประเภทนี้มีชื่อเรียกดั้งเดิมว่า “ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ” (Das besondere Gewaltverhältnis)

สำหรับระบบกฎหมายไทยยังมิได้มีการแจกแจงโดยละเอียดนักว่าความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในรูปแบบใดบ้างที่เป็นความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษและความสัมพันธ์ดังกล่าวมีเนื้อหาอย่างไร ในตำรากฎหมายปกครองคงมีแต่เพียงการยกตัวอย่างคร่าว ๆ ว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับข้าราชการ นิติสัมพันธ์ระหว่างนักเรียนกับโรงเรียน และนิติสัมพันธ์ระหว่างเรือนจำกับนักโทษ เป็นความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ บทความนี้จึงมุ่งหมายที่จะอธิบายถึงการก่อตั้งความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ รวมถึงลักษณะและเนื้อหาของความสัมพันธ์ดังกล่าว และการมีผลบังคับของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในความสัมพันธ์นี้ ซึ่งจะประกอบเป็นประโยชน์ในการทำทำความเข้าใจและวินิจฉัยข้อพิพาทอันเกิดจากความสัมพันธ์ดังกล่าวได้ดียิ่งขึ้น

2. ข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ

เมื่อมีการก่อตั้งรัฐขึ้นอันประกอบด้วย ดินแดน ประชากร และรัฐบาล รัฐย่อมมีอำนาจรัฐซึ่งวัตถุแห่งอำนาจรัฐย่อมได้แก่ พื้นที่ภายในเขตแดนของรัฐและประชาชนภายในรัฐ¹ และโดยที่รัฐเป็นนิติบุคคลโดยสภาพและประชาชนภายในรัฐก็เป็นบุคคลธรรมดาโดยธรรมชาติ ซึ่งทั้งรัฐและประชาชนต่างก็เป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายทั้งสิ้น การดำเนินชีวิตของรัฐและประชาชนจึงมีความสัมพันธ์ในทางสิทธิและหน้าที่ต่อกันเสมอ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การที่รัฐตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับก็ทำให้ประชาชนมีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐ² และรัฐมีอำนาจตามกฎหมายเหนือประชาชนที่จะสั่งการหรือบังคับการให้เป็นไปตาม

¹ Schmitthenner, Friedrich, Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts, (Gießen : Georg Friedrich Heyer's, 1845), S. 332-333.

² ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2495), น. 466-467.

กฎหมาย³ หรือในทางกลับกันรัฐก็อาจมีหน้าที่ต่อประชาชนตามกฎหมายที่รัฐตราขึ้นก็ได้⁴ และในรัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่ การที่ฝ่ายปกครองจะสั่งการใด ๆ ต่อประชาชนอันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพจะต้องมีกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจไว้ล่วงหน้าเสมอ

อย่างไรก็ตาม แม้ในรัฐเสรีประชาธิปไตยก็มีความสัมพันธ์บางประเภทที่ทำให้ประชาชนมีความสัมพันธ์อันใกล้ชิดกับรัฐเป็นพิเศษมากกว่าประชาชนที่มีได้อยู่ในความสัมพันธ์ดังกล่าว ซึ่งการออกกฎหมายหรือการออกคำสั่งบางประการในความสัมพันธ์นี้ไม่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจก็สามารถบังคับการได้ ซึ่งความสัมพันธ์ประเภทนี้มีชื่อเรียกดังเดิมว่า “ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ” (Das besondere Gewaltverhältnis) ที่บทความนี้จะได้อธิบายถึงพัฒนาการและเนื้อหาของความสัมพันธ์นี้ในส่วนถัดไป

2.1 พัฒนาการของข้อคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ

ข้อคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษมิได้เกิดขึ้นอย่างปัจจุบันทันด่วน แต่พัฒนาขึ้นในระบบกฎหมายของยุโรปตั้งแต่ครั้งอดีต จุดกำเนิดของข้อคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษอาจสืบสาวย้อนกลับไปได้ถึงคริสต์ศตวรรษที่ 19 โดยในปี ค.ศ. 1845 นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมัน Friedrich Schmitthenner ได้ริเริ่มแบ่งแยกนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายแพ่ง โดยเริ่มอธิบายจากนิติสัมพันธ์ระหว่างข้าราชการกับรัฐว่า สัญญาการเป็นข้าราชการ (Staatsdienstvertrag) มิใช่ความสัมพันธ์ทางหนี้ (Obligationsverhältnis) อย่างกฎหมายแพ่ง แต่เป็นความสัมพันธ์พิเศษตามกฎหมายมหาชน อันเป็นความสัมพันธ์ที่ฝ่ายหนึ่งยอมอยู่ใต้อำนาจ (Organisches Subjektionsverhältnis) ที่ก่อตั้งขึ้นโดยสัญญาการเป็นข้าราชการที่รัฐไม่ได้มีแต่อำนาจการฟ้องธรรมดา แต่มีอำนาจออกคำสั่งและบังคับการได้เองด้วย ซึ่งทำให้รัฐมีอำนาจในการออกคำสั่งและบังคับการต่อข้าราชการให้ปฏิบัติตามระเบียบและวินัยได้ นอกจากนี้ Schmitthenner ยังได้อธิบายความแตกต่างระหว่างข้าราชการกับเอกชนไว้ว่า ข้าราชการมีภารกิจในทางมหาชนที่จะดำเนินงานเพื่อส่วนรวม ส่วนเอกชนนั้นมุ่งหมายในการรักษาความเป็นปัจเจกบุคคลของตนเพื่อรักษากิจการงานของตนเอง และโดยที่เอกชนไม่ได้ทำงานให้รัฐโดยตรง เอกชนย่อมต้องจ่ายภาษีในจำนวนที่เหมาะสมเพื่อให้ข้าราชการที่ไม่ได้ทำงานเพื่อเงินเดือนโดยตรงได้รับค่าตอบแทนจากเงินดังกล่าว⁵ ต่อมา ในปี ค.ศ. 1865 Carl Friedrich von Gerber ก็ได้อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับรัฐว่าเป็นความสัมพันธ์ทางอำนาจอย่างหนึ่ง (Gewaltverhältnis) ที่ประชาชนผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองของรัฐ (Staatsherrschaft) จะต้องผูกพันต่อการใช้อำนาจของรัฐ ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างข้าราชการ

³ Jellinek, Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte, (Freiburg : J.C.B. Mohr, 1982), S. 187.

⁴ Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, (Berlin : O. Häring, 1914), S. 367-375.

⁵ Schmitthenner, Friedrich, Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts, (Gießen : Georg Friedrich Heyer's, 1845), S. 509-511.

กับรัฐนั้นก็เป็นความสัมพันธ์ทางอำนาจอย่างหนึ่งด้วย และเห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับข้าราชการไม่ใช่
นิติสัมพันธ์ทางหนี้ แต่ทั้งนี้ Gerber ไม่ได้แยกความแตกต่างระหว่างความสัมพันธ์ทางอำนาจระหว่างรัฐกับ
ประชาชนกับความสัมพันธ์ทางอำนาจระหว่างรัฐกับข้าราชการแต่อย่างใด⁶ และในเวลาต่อมาข้อความคิด
ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจก็ได้ถูกพัฒนาต่อโดย Paul Laband ที่ได้เปรียบเทียบการเข้าเป็นข้าราชการ
กับการทำสัญญาสวามิภักดิ์ (Vasallität) ในยุคกลาง โดย Laband ได้อธิบายว่า การทำสัญญาระหว่าง
นายเหนือหัวกับทาสิตที่ดิน (Commendation, Commendatio) ได้ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางอำนาจ
ที่เรียกร้องให้ทาสิตที่ดินซื่อสัตย์และจงรักภักดี การสวามิภักดิ์เช่นนี้มีได้ก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสัญญา
แต่ก่อตั้งความสัมพันธ์แบบมีอำนาจเหนือ (Über- und Unterordnung) การฝ่าฝืนหน้าที่ของทาสิตที่ดิน
จึงมิใช่การผิดสัญญาหรือการไม่ชำระหนี้ แต่เป็นความผิดหรือการทรยศ (Vergehen oder Felonie) สิทธิของ
นายเหนือหัวจึงมิใช่สิทธิเรียกร้องธรรมดา แต่เป็นอำนาจเหนือ ส่วนหน้าที่ตอบแทนของนายเหนือหัวที่มี
ต่อทาสิตที่ดิน คือ การคุ้มครองดูแลทาสิตที่ดิน เนื้อหาของความสัมพันธ์เช่นนี้จึงมิใช่เป็นความสัมพันธ์
ต่างตอบแทนกันอย่างในทางหนี้ แต่มีเนื้อหาว่าด้วยการมอบความคุ้มครองดูแล (Mundeburdium)⁷ และ
มอบความซื่อสัตย์ (Fides) ซึ่งก็มีลักษณะเดียวกับความสัมพันธ์ของข้าราชการต่อรัฐ (Dienstverhältnis) ที่มิใช่
ความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน แต่มีธรรมชาติเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน ความสัมพันธ์นี้
เป็นความสัมพันธ์ที่ก่อตั้งโดยสัญญาที่ผู้เข้าเป็นข้าราชการจะต้องยินยอมพร้อมใจเข้ารับตำแหน่ง ซึ่งสัญญานี้
มิได้ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางหนี้ แต่ได้ก่อตั้งความสัมพันธ์ทางอำนาจและก่อตั้งข้อเรียกร้องให้มีการเชื่อฟัง
(Gehorsam) ความซื่อสัตย์ (Treu) และก่อตั้งหน้าที่ข้าราชการ (Dienstpflicht) เป็นพิเศษ และรัฐมีหน้าที่ต้อง
คุ้มครองดูแลข้าราชการ รวมถึงต้องจ่ายค่าตอบแทนที่ได้ให้คำมั่นไว้ หน้าที่ของรัฐอันเป็นสาระสำคัญ คือ
การคุ้มครองดูแลข้าราชการ และหากข้าราชการฝ่าฝืนหน้าที่ก็มีโทษประพฤติดิติน แต่เป็นความผิด
ที่เรียกว่า ความผิดทางวินัย (Disziplinarvergehen) ซึ่งเทียบได้กับการทรยศของทาสิตที่ดิน รวมถึงในส่วน
ของการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการก็มีโทษประพฤติดิติน แต่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่ต้องซื่อสัตย์และ
เชื่อฟัง⁸ นอกจากนี้ เมื่อข้าราชการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตน รัฐยังมีอำนาจสั่งการ (Befehl) และบังคับการ
(Zwang) ต่อข้าราชการได้เอง โดยไม่ต้องตั้งข้อเรียกร้องต่อข้าราชการเสียก่อนด้วย ซึ่งอำนาจที่สำคัญในการ

⁶ Gerber, Carl Friedrich von, Grundzüge eines Systems des Deutschen Staatsrechts, (Leipzig : Bernhard Tauchnitz, 1865), S. 42-43, 109.

⁷ Mundeburdium เป็นความสัมพันธ์รูปแบบหนึ่งในยุคกลาง โดยฝ่ายที่มีอำนาจน้อยกว่าตกลงจะให้การสนับสนุนฝ่ายที่มีอำนาจมากกว่า และฝ่ายที่มีอำนาจมากกว่าก็จะคุ้มครองดูแลฝ่ายที่มีอำนาจน้อยกว่า Padoa-Schioppa, Antonio, A History of Law in Europe: From the Early Middle Ages to the Twentieth Century, (Cambridge : Cambridge University Press, 2017), p. 41.

⁸ Laband, Paul, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 1. Band, (Tübingen : H Laupp'sche, 1876), S. 386-388.



บังคับการ คือ อำนาจทางวินัย (Disziplinargewalt)⁹ และต่อจาก Laband ก็มีนักนิติศาสตร์ที่มีอิทธิพลต่อวงการกฎหมายปกครองเยอรมันสมัยใหม่เข้ามาพัฒนาข้อความคิดนี้ต่อ นักนิติศาสตร์ผู้นี้ คือ Otto Mayer ที่เป็นผู้จัดระบบข้อความคิดที่ปรากฏในกฎหมายปกครองแขนงต่าง ๆ ให้กลายเป็นหลักการทั่วไปที่สามารถนำมาใช้ได้กับกฎหมายปกครองทุกแขนง¹⁰ ในตำรากฎหมายปกครองเยอรมันของ Mayer ได้กล่าวถึงความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ (Das besondere Gewaltverhältnis) และให้คำอธิบายว่า คำว่า ความสัมพันธ์ทางอำนาจที่ถูกใช้โดย Laband ในการอธิบายสาระสำคัญของหน้าที่ของข้าราชการ ซึ่งเป็นที่เข้าใจกันว่าความสัมพันธ์ทางอำนาจเป็นความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างผู้ทรงสิทธิ ในกรณีดังกล่าวผู้มีอำนาจเหนือจึงมีอำนาจกำหนดเนื้อหาของความสัมพันธ์นั้นได้เอง ความสัมพันธ์ทางอำนาจในความหมายอย่างกว้างจึงหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน แต่ในความหมายอย่างแคบแล้วความสัมพันธ์ทางอำนาจจะหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง (Einzelne Unterthanen) ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนที่ปัจเจกบุคคลมีหน้าที่พิเศษต่อฝ่ายปกครอง ตัวอย่างของความสัมพันธ์ประเภทนี้ ได้แก่ อำนาจในการควบคุมตรวจสอบงบประมาณ (Überwachungsgewalt des Finanzrechts) อำนาจในการควบคุมการปฏิบัติงาน (Dienstgewalt) อำนาจของสถาบันต่าง ๆ ในการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการให้บริการสาธารณะ (Anstaltsgewalt) ซึ่งฝ่ายปกครองอาจออกระเบียบภายในกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับพฤติกรรมการทำงานของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์เหล่านี้ได้¹¹ และตำราเรื่องเดียวกันของ Mayer ที่ตีพิมพ์เป็นครั้งที่สามในปี ค.ศ. 1924 ก็ได้อธิบายข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษได้ชัดเจนยิ่งขึ้นว่าเป็นสถานการณ์ที่บุคคลมีความผูกพันต่อรัฐมากกว่าปกติ (Verschärfte Abhängigkeit) ความผูกพันที่ว่านี้เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์อันเป็นประโยชน์ของฝ่ายปกครอง โดยความผูกพันนี้จะเกิดขึ้นเมื่อบุคคลเช่นว่านั้นได้เข้าสู่ความผูกพันกับฝ่ายปกครอง¹² ตามคำอธิบายนี้ Mayer

⁹ Ibid., S. 449

¹⁰ Forstthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I (Allgemeiner Teil), 9. Auflage, (München : C.H. Beck, 1966), S. 49 ff, อ้างใน บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, Otto Mayer (1846-1918) นักกฎหมายที่ได้รับการยกย่องว่าเป็นบิดาแห่งกฎหมายปกครองของเยอรมนี, 60 ปี ความมุ่งมั่นของคน ตัวตนของอาจารย์วรพจน์ หนังสืออาจริยบูชาเนื่องในโอกาสครบรอบ 60 ปี ของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557), น. 140.

¹¹ Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Band 1, (Leipzig : Duncker & Humblot, 1895), S. 108-109, 125; นอกจากนี้ Mayer ยังได้ยกตัวอย่างความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษไว้ในงานเขียนชิ้นอื่นด้วย เช่น ความสัมพันธ์ตามกฎหมายข้าราชการ (Beamtenverhältnis) หรือหน้าที่การเข้าเป็นทหาร (Heeresdienstpflicht) Mayer, Otto, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, Archiv des öffentlichen Rechts Vol. 3, No. 1 (1888), S. 3 (53).

¹² Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Band 1, 3. Auflage, (Leipzig : Duncker & Humblot, 1924), S. 101; Vgl. Abelein, Manfred, RECHTSSTAAT UND BESONDERES GEWALTVERHÄLTNIS, Zeitschrift für Politik, Vol. 14, No. 3 (1967), S. 313 (315).

เห็นว่า ความผูกพันนี้ทำให้เสรีภาพของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์นี้ต้องลดลง โดยที่ผู้นั้นจะต้องยึดถือและปฏิบัติตามที่เป็นไปตามที่ฝ่ายปกครองต้องการ¹³ ซึ่ง Mayer ได้ให้เหตุผลของการจำกัดเสรีภาพในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษไว้ว่า การที่บุคคลเข้าสู่ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษนี้ด้วยคำสั่งทางปกครองเพื่ออยู่ใต้อำนาจ (Verwaltungsakt auf Unterwerfung) เมื่อบุคคลได้ให้ความยินยอมในการเข้าสู่ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษแล้ว ก็ทำให้องค์การมีอำนาจดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของตนบนฐานของความยินยอมดังกล่าวโดยไม่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจได้ เช่น การเข้าสู่โรงเรียนหรือโรงพยาบาล นอกจากนี้ เมื่อบุคคลตกอยู่ภายใต้อำนาจของสถาบันต่าง ๆ แล้ว อำนาจภายในของสถาบัน (Hausrecht) ย่อมเป็นสิ่งที่ใช้กำกับพฤติกรรมของผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจของสถาบันได้ หลักการจำกัดเสรีภาพหรือกรรมสิทธิ์โดยกฎหมายจึงไม่มีผลภายใต้อำนาจของสถาบัน¹⁴ ในส่วนนี้เราอาจสรุปข้อความคิดของ Mayer ได้ว่า เมื่อบุคคลเข้าสู่ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษแล้ว หลักการที่ว่า การจำกัดเสรีภาพและสิทธิในกรรมสิทธิ์จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจจะไม่มีผลบังคับ และฝ่ายปกครองสามารถออกระเบียบภายในของตนเองได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจ รวมถึงมีอำนาจออกคำสั่งภายในที่ไม่ใช่คำสั่งทางปกครองและจะออกคำสั่งในรูปแบบใดก็ได้ (formlose Anweisung)¹⁵

จากคำอธิบายของ Mayer ทำให้ข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษได้ขยายพรมแดนจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับข้าราชการออกไปสู่ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับรัฐในรูปแบบอื่นที่รัฐกับบุคคลมีความใกล้ชิดกันอย่างมาก เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักเรียน (Schulverhältnis) ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับทหาร (Wehrdienstverhältnis) ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักศึกษา (Hochschulverhältnis) และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักโทษ (Strafvollzugsverhältnis)¹⁶ ภายหลังจากที่ Mayer ได้ให้คำอธิบายว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษแล้ว วงวิชาการต่างก็ขานรับคำอธิบายดังกล่าว เช่น Fritz Fleiner ก็ได้รับเอาข้อความคิดดังกล่าวมาอธิบายในตำรา โดยอธิบายว่าเมื่อบุคคลได้เข้าสู่ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษแล้ว บุคคลย่อมกลายเป็นเครื่องมืออันเป็นส่วนหนึ่ง

¹³ Mayer, Otto, Ibid, S. 102.

¹⁴ Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Band 2, (Leipzig : Duncker & Humblot, 1896), S. 228, 336, 432; เป็นที่น่าสนใจว่า Mayer ได้อาศัยฐานคิดเรื่องความยินยอมของปัจเจกบุคคลเข้าแทนที่อำนาจตามกฎหมายในหลายเรื่อง เช่น การที่เอกชนเข้าใช้หรือหยิบยืมทรัพย์สินของรัฐ ย่อมทำให้รัฐมีอำนาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียมโดยอาศัยความยินยอมของผู้นั้นเองเข้าแทนที่กฎหมาย Ibid, S. 163; Siehe auch Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Band 2, 3. Auflage, (Leipzig : Duncker & Humblot, 1924), S. 148.

¹⁵ Kielmansegg, Sebastian Graf von, Das Sonderstatusverhältnis, JA 2012, S. 881-882.

¹⁶ Münch, Ingo von, in: Erichsen (Hrsg.) et al., Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Auflage, (Berlin : De Gruyter, 2020), § 3, Rn. 63.



ของฝ่ายปกครอง (Glieder des staatlichen Verwaltungsapparates) ทำให้บุคคลนั้นมีหน้าที่เพิ่มขึ้นจากการเป็นประชาชนธรรมดา และหน้าที่เชื่อฟังฝ่ายปกครองของบุคคลนั้นจะมีความเข้มข้นมากขึ้น บุคคลนั้นจะต้องเชื่อฟังคำสั่งทั้งหมดของฝ่ายปกครองที่เป็นไปเพื่อการดำเนินงานของฝ่ายปกครองในเรื่องนั้น ๆ¹⁷ รวมถึง Walter Jellinek ก็ยังได้อธิบายว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจดำเนินการบางประการต่อบุคคลที่อยู่ภายใต้ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษภายในขอบเขตวัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครองโดยไม่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจ โดยยกตัวอย่างว่า รัฐมนตรีอาจใช้เหตุผลเกี่ยวกับการงานสั่งห้ามมิให้ข้าราชการทำการแสดงดนตรีได้ หรือกรณีผู้ใช้บริการห้องสมุดที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจทางสถาบันของห้องสมุดของรัฐย่อมต้องปฏิบัติตามระเบียบของห้องสมุด และอาจถูกลงโทษจากห้องสมุดได้แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ก็ตาม เนื่องจากการก้าวเข้าสู่ความสัมพันธ์ทางอำนาจกับสถาบันต่าง ๆ ย่อมทำให้บุคคลตกอยู่ภายใต้อำนาจของกฎเกณฑ์แห่งสถาบันเหล่านั้นแล้ว ส่วนกรณีนักโทษก็เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจในการบังคับให้นักโทษเข้าสู่ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษผ่านคำพิพากษา¹⁸ ผลของคำอธิบายในทางวิชาการเหล่านี้ทำให้การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจอย่างชัดเจน และอิทธิพลของคำสอนเหล่านี้ดำรงอยู่ไปจนกระทั่งสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สอง¹⁹

อนึ่ง ข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษมิใช่ข้อความคิดที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมันเท่านั้น แต่ยังปรากฏในระบบกฎหมายปกครองของประเทศอื่นด้วย เช่น ในประเทศญี่ปุ่นก็มีนักนิติศาสตร์ชื่อ Tatsukichi Minobe ที่มีชีวิตอยู่ในช่วงปี ค.ศ. 1873-1948 Minobe ได้ไปศึกษากฎหมายในประเทศเยอรมนีโดยในขณะที่ยังเป็นนักศึกษา Minobe ได้แปลตำรากฎหมายปกครองของ Otto Mayer²⁰ และยังได้ศึกษากฎหมายจาก Paul Laband ซึ่งในภายหลัง Minobe ก็ได้แต่งตำรากฎหมายปกครองญี่ปุ่นและได้อธิบายนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายข้าราชการไว้ว่า ข้าราชการจะต้องทุ่มเทให้กับการทำงานอย่างเต็มที่ และต้องมีความซื่อสัตย์ต่อผู้บังคับบัญชาทั้งในทางกฎหมายและในทางจริยธรรม รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างข้าราชการกับรัฐต้องเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน มิใช่กฎหมาย

¹⁷ Fleiner, Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht, 3. Auflage, (Tübingen : J.C.B. Mohr, 1913), S. 157-158.

¹⁸ Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht, 3. Auflage, (Heidelberg : Springer, 1931), S. 122.

¹⁹ ในช่วงสาธารณรัฐไวมาร์ (Weimarer Republik 1918-1933) ก็มีการออกระเบียบหรือประกาศห้ามมิให้นักเรียนมีส่วนร่วมทางการเมือง ห้ามเข้าสมาคมโดยมิได้มีกฎหมายให้อำนาจ ซึ่งก็เป็นไปตามคำสอนว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษทุกประการ Klenner, Stephen Schülergrundrechte, (Tübingen : Mohr Siebeck, 2019), S. 7-8.

²⁰ Miller, Frank O., Minobe Tatsukichi : Interpreter of Constitutionalism in Japan, (Berkeley and Los Angeles : University of California Press, 1965), p. 40.

เอกชน²¹ อิทธิพลของคำสอนดังกล่าวได้พัฒนาขึ้นมาในภายหลังเป็นข้อจำกัดอำนาจศาลในการตรวจสอบข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายในองค์กร²² และระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสก็ปรากฏข้อความคิดในลักษณะเดียวกัน โดยก่อนปี ค.ศ. 1995 การลงโทษทางวินัยนักโทษในเรือนจำหรือทหารในกองทัพไม่ถูกพิจารณาว่าเป็นนิติกรรมทางปกครอง (Actes administratifs) แต่กลับถูกมองว่าเป็นเพียงมาตรการภายในฝ่ายปกครองเท่านั้น (mesure d'ordre intérieur) โดยศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'État) เห็นว่ามาตรการดังกล่าวมิได้มีผลกระทบต่อผู้ถูกลงโทษทางวินัยแต่อย่างใด จึงไม่อาจฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนได้²³ นอกจากนี้ ฝ่ายปกครองยังมีอำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของนักเรียน นักโทษ หรือทหารได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจ เนื่องจากอำนาจของฝ่ายปกครองในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษเป็นสิ่งที่จะขาดเสียมิได้ในการทำให้บริการสาธารณะบรรลุผล และศาลปกครองไม่ควรเข้าไปตรวจสอบการกระทำที่กระทบสิทธิเสรีภาพเพียงเล็กน้อยเหล่านั้น²⁴

2.2 ความเสื่อมถอยของคำสอนว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ

ภายหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สอง เยอรมนีได้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ซึ่งเรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (Grundgesetz) รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีผลใช้บังคับเมื่อปี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา 1 วรรคสามของกฎหมายพื้นฐาน กำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญมีผลเป็นกฎหมายที่ผูกพันโดยตรงต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ รวมถึงยังได้กำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ สามารถถูกจำกัดได้

²¹ Bernhard Diestelkamp, Zentaro Kitagawa, Josef Kreiner et al. (Hrsgs.), Zwischen Kontinuität und Fremdbestimmung : Zum Einfluß der Besatzungsmächte auf die deutsche und japanische Rechtsordnung 1945 bis 1950, (Tübingen : Mohr Siebeck, 1996), S. 139; Kaiser/Mayer/Ule, Recht und System des öffentlichen Dienstes : Frankreich, Großbritannien, Italien, Japan, Niederlande, (Baden-Baden : Nomos, 1973), S. 210.

²² Besson, Gaël, LA PRUDENCE DU JUGE : L'EXEMPLE JAPONAIS, Thèse pour le doctorat en droit, Université d'Aix-Marseille École doctorale sciences juridiques et politiques Faculté de droit et de science politique, 2018, p. 85.

²³ Schmidt-Aßmann/Dagron, Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen : zur Geschlossenheit, Offenheit und gegenseitigen Lernfähigkeit von Rechtssystemen, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht Vol. 67 No. 2 2007, S. 395 (421); Sonnenberger/Schweinberger, Einführung in das französische Recht, 2. Auflage, (Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986), S. 201; Ule, Carl Hermann, Das besondere Gewaltverhältnis, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 15, 1957, S. 165.

²⁴ Gromitsaris, Athanasios, Laizität und Neutralität in der Schule: Ein Vergleich der Rechtslage in Frankreich und Deutschland, Archiv des öffentlichen Rechts Vol. 121, No. 3 (1996), S. 359 (397-398).



ก็แต่โดยกฎหมายเท่านั้น อย่างไรก็ตาม คำสอนว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษที่ยังคงมีอิทธิพลอยู่ในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันก็ยังคงยืนยันว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจ²⁵ โดยมีคำอธิบายทางวิชาการว่า แม้การจำกัดสิทธิเสรีภาพจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ แต่การที่บุคคลเข้าสู่ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษก็เป็นเหตุอันชอบธรรมที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้²⁶ เช่น Thieme ก็อธิบายว่า การที่มีกฎหมายกำหนดบังคับให้บุคคลต้องเข้าสู่ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ อาทิ หน้าที่เข้ารับการศึกษเล่าเรียนของเด็ก (Schulpflicht) กฎหมายนั้นก็ยอมให้อำนาจฝ่ายปกครองในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้นเพื่อให้วัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครองบรรลุผลได้ [แม้กฎหมายนั้นจะไม่ระบุถึงการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นไว้เลยก็ตาม] การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษจึงอาจเกิดได้จากทั้งกฎหมายที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยเฉพาะเจาะจง หรือเกิดจากกฎหมายจารีตประเพณี หรือเกิดจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ก่อตั้งความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษนั้นก็ได้²⁷ นอกจากนี้ ก็มีคำพิพากษาของศาลที่ยืนยันการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษโดยไม่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจอีกด้วย เช่น ในคำพิพากษาของศาลแห่งมลรัฐเฮสเซน (Hessischer Staatsgerichtshof) ลงวันที่ 25 มีนาคม ค.ศ. 1955 ในคดีนี้ นักโทษในเรือนจำได้เขียนจดหมายร้องเรียนไปยังบุคคลภายนอกเพื่อร้องเรียนเกี่ยวกับสิทธิในกระบวนการยุติธรรม แต่ผู้บัญชาการเรือนจำ (Anstaltsleiter) อาศัยอำนาจตามข้อ 128 ของระเบียบว่าด้วยการคุมขัง ไม่ส่งจดหมายร้องเรียนนั้นไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมแห่งมลรัฐ เนื่องจากผู้บัญชาการเรือนจำเห็นว่าเนื้อหาของจดหมายนั้นเป็นการหมิ่นประมาทและไม่เป็นความจริง จดหมายร้องเรียนนั้นจึงไปไม่ถึงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมแห่งมลรัฐ นักโทษผู้ฟ้องคดีจึงเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน อันได้แก่ เสรีภาพในการกระทำการทั่วไปและสิทธิในการร้องเรียนตามมาตรา 2 และมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐเฮสเซน และขัดต่อกฎหมายพื้นฐานด้วย ซึ่งศาลได้พิพากษาว่า นักโทษผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ ดังนั้น หลักการที่ว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพจะกระทำได้อต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจจึงไม่ใช่บังคับกับผู้ฟ้องคดี การที่ผู้บัญชาการเรือนจำยึดจดหมายนั้นไว้ตามระเบียบจึงไม่เป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน²⁸ และในคำพิพากษาของศาลชั้นอุทธรณ์แห่งเมืองฮัมบวร์ก (Oberlandesgericht Hamburg) ลงวันที่ 8 กรกฎาคม ค.ศ. 1963 ก็พิพากษา

²⁵ Sachs, Michael, Verfassungsrecht II - Grundrechte, 3. Auflage, (Berlin - Heidelberg : Springer, 2017), S. 165; Vgl. BVerfG NJW 1963, S. 755 f.

²⁶ รายละเอียดเกี่ยวกับเหตุความชอบธรรมที่ถูกยกขึ้นอ้าง Vgl. Klenner, Stephen, Schülergrundrechte, (Tübingen : Mohr Siebeck, 2019), S. 12-13; Vgl. Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, (München : C.H. Beck, 2011), § 8, Rn. 29.

²⁷ Thieme, Werner, Der Gesetzesvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis, JZ 1964, S. 81 (83).

²⁸ StGH Hess Beschl. v. 25.3.1955 – P.St. 181, BeckRS 2016, 52191.

ไปในทำนองเดียวกันว่า การห้ามมิให้ผู้ต้องขังนำทรัพย์สินส่วนตัวไปใช้ในเรือนจำไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจ (ในคดีนี้ผู้ฟ้องคดีขอนำหนังสือเข้าไปใช้ในเรือนจำ)²⁹

แม้จะยังคงมีผู้สนับสนุนการจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยอาศัยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ โดยไม่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจ แต่ด้วยเหตุที่กฎหมายพื้นฐานได้ยืนยันถึงคุณค่าของสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้โดยตรงที่ผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ก็ทำให้นักวิชาการจำนวนไม่น้อยที่ไม่เห็นด้วยกับข้อความคิดดังกล่าวและเริ่มทำการคัดค้าน โดยในปี ค.ศ. 1956 ในงานประชุมสมคมนักกฎหมายว่าด้วยรัฐ (Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer) Carl Hermann Ule ได้เริ่มตั้งคำถามเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่อยู่ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ Ule อภิปรายว่า แม้เราจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิโดยศาลปกครองเป็นการทั่วไปแล้ว แต่หากเราสำรวจตรวจสอบหนังสือหรือตำรากฎหมายปกครอง กฎหมายข้าราชการ หรือกฎหมายโรงเรียน เราแทบจะไม่พบหนังสือที่กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษโดยศาลเลย ซึ่ง Ule ก็ได้ให้คำตอบกับข้ออภิปรายดังกล่าวว่า แท้จริงแล้วปัญหาของการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษโดยศาล มิได้มีปัญหาวouldจะคุ้มครองโดยศาลปกครอง ศาลยุติธรรม หรือศาลรัฐธรรมนูญ แต่ใจกลางของปัญหาอยู่ที่การฟ้องคดีเพื่อเพิกถอนคำสั่งหรือการฟ้องเพื่อยืนยันความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งที่เกิดขึ้นภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ และยังมีปัญหาวouldศาลจะควบคุมตรวจสอบบรรดาคำสั่งนั้นได้มากน้อยเพียงใด ซึ่งการตอบปัญหาทั้งสองข้อนั้นอาจมีคำตอบในทางทฤษฎีได้สามคำตอบ หนึ่ง คือ การคุ้มครองสิทธิโดยศาลปกครองไม่อาจมีได้ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ หรือสอง คือ การคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษโดยศาลปกครองกระทำได้เช่นเดียวกับการคุ้มครองประชาชนทั่วไป และสาม คือ การคุ้มครองสิทธิของบุคคลในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ โดยศาลสามารถทำได้อย่างจำกัดโดยคุ้มครองเฉพาะมาตรการบางประการ ส่วนมาตรการอื่น ๆ ไม่อาจร้องขอการคุ้มครองจากศาลได้³⁰ Ule ได้ตอบปัญหาข้างต้นด้วยการอธิบายว่า ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษนั้นไม่ได้เป็นเพียงความสัมพันธ์ในทางข้อเท็จจริง แต่เป็นนิติสัมพันธ์อย่างหนึ่ง (Rechtsverhältnis) และบรรดาความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษต่างก็ถูกก่อตั้งขึ้นโดยมีสาระสำคัญและวัตถุประสงค์ (Wesen und Zweck) ของตนที่แม้แต่ฝ่ายนิติบัญญัติก็ไม่อาจเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของนิติสัมพันธ์ได้ สาระสำคัญของความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษเป็นสิ่งที่ใช้กำหนดขอบเขตหน้าที่ของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ดังกล่าว ซึ่งการที่ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษต้องผูกติดอยู่กับวัตถุประสงค์ก็ไม่อาจใช้เป็นเหตุผลเพื่อปฏิเสธการคุ้มครองสิทธิโดยศาลได้ เช่นเดียวกับความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สมรสที่นอกจากจะกำหนด

²⁹ OLG Hamburg NJW 1963, S. 1789 ff.

³⁰ Ule, Carl Hermann, Das besondere Gewaltverhältnis, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 15, 1957, S. 134-135, 141-142.



ไว้ในกฎหมายแล้ว ยังมีสิทธิหน้าที่ที่มีที่มาจากสาระสำคัญของการสมรส (Wesen der Ehe) อีกด้วย ซึ่งศาลจะต้องเป็นผู้ชี้ขาดว่าสาระสำคัญของการสมรสมีอยู่อย่างไร ดังนั้น เราจึงไม่อาจกล่าวได้ว่าศาลปกครองไม่มีอำนาจวินิจฉัยเกี่ยวกับสาระสำคัญและวัตถุประสงค์ของความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษได้³¹ และในการนี้เอง Ule ได้นำเสนอทฤษฎีใหม่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่อยู่ภายใต้ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ โดยทฤษฎีนี้เรียกว่า คำสอนว่าด้วยความสัมพันธ์พื้นฐานและความสัมพันธ์ภายในองค์กร (Lehre von Grund- und Betriebsverhältnis นักวิชาการบางท่านอาจแปลว่า ทฤษฎีว่าด้วยความสัมพันธ์พื้นฐานและความสัมพันธ์ในการทำงาน)³² ทฤษฎีนี้อธิบายว่า เมื่อบุคคลได้ก้าวเข้าสู่ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษแล้ว บุคคลนั้นจะถูกจัดให้เข้าเป็นส่วนหนึ่งขององค์กร และองค์กรต่าง ๆ นั้นก็ต้องมีการดำเนินงาน (Dienstbetrieb) ตัวอย่างที่เป็นที่รับรู้ได้ทั่วไปก็เช่น การดำเนินงานขององค์กรตามกฎหมายมหาชนต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นองค์กรฝ่ายปกครอง ศาล กองทัพ โรงเรียน หรือโรงพยาบาล ทั้งนี้ ความสัมพันธ์ในการดำเนินงาน (Dienstverhältnis) ของแต่ละองค์กรอาจแตกต่างกันไป เช่น ข้าราชการ ทหาร หรือผู้ปฏิบัติงานภายในองค์กร มีฐานะเป็นเครื่องมือในการดำเนินงานเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ขององค์กร ส่วนสถาบันที่มีผู้ใช้บริการ เช่น โรงเรียน โรงพยาบาล หรือเรือนจำ การดำเนินงานขององค์กรจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษนั่นเอง (นักเรียน คนไข้ และผู้ต้องขัง) และเมื่อได้มีการจัดให้บุคคลเข้าสู่องค์กรแล้ว เพื่อให้การดำเนินงานขององค์กรบรรลุผล บุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ จะถูกผูกพันด้วยระเบียบในการปฏิบัติงานขององค์กร (Betriebsordnung) ในขั้นนี้เราอาจแบ่งแยกความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับองค์กรได้สองประเภท ประเภทแรก คือ ความสัมพันธ์ที่เป็นการก่อตั้งเปลี่ยนแปลง หรือระงับสิ้นไปซึ่งความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ และประเภทที่สอง คือ ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากระเบียบในการดำเนินงานขององค์กร เราอาจเรียกความสัมพันธ์นี้ได้ว่าความสัมพันธ์พื้นฐานและความสัมพันธ์ภายในองค์กร ซึ่งในปัจจุบันก็เป็นที่ยอมรับกันว่าการคุ้มครองสิทธิโดยศาลปกครองก็ครอบคลุมถึงความสัมพันธ์พื้นฐานด้วย เช่น ตามกฎหมายข้าราชการมีประเด็นข้อพิพาทหลายประการที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์พื้นฐาน กล่าวคือ ปัญหาเกี่ยวกับการดำรงอยู่ของนิติสัมพันธ์ตามกฎหมาย ข้าราชการ บุคคลสามารถร้องขอการคุ้มครองสิทธิโดยศาลได้ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทว่าด้วยการก่อตั้งเปลี่ยนแปลง หรือระงับสิ้นไปของนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายข้าราชการ ดังนั้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับการแต่งตั้ง การให้ออก การย้ายหรือโอน การพักงาน การห้ามทำกิจกรรมทางการเมือง จึงเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับความสัมพันธ์พื้นฐานทั้งสิ้น ข้อความขัดแย้งดังกล่าวนี้ก็นำไปใช้กับนิติสัมพันธ์ทางทหารและนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายโรงเรียนด้วย เช่น การรับเข้าศึกษา การสอบวัดระดับ หรือการให้พ้นสภาพการเป็นนักเรียนนักศึกษา ก็กระทบต่อความสัมพันธ์พื้นฐานทั้งสิ้น ส่วนการดำเนินการที่เป็นไปตามระเบียบการปฏิบัติงานขององค์กร

³¹ Ibid, S. 145.

³² โปรดดู กมลชัย รัตนสากววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพฯ : ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น. 150.

ที่ไม่กระทบต่อความสัมพันธ์พื้นฐาน Ule เห็นว่า โดยหลักแล้วบุคคลไม่อาจร้องขอการคุ้มครองสิทธิโดยศาลได้ แต่สำหรับบุคคลที่อยู่ในนิติสัมพันธ์ทางทหารหรือเรือนจำอาจมีข้อยกเว้นเป็นบางกรณี เนื่องจากเป็นนิติสัมพันธ์ที่มีความเข้มข้นและมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพอย่างมาก รวมถึงมีบทลงโทษที่รุนแรง³³ ทฤษฎีของ Ule ได้ถูกกล่าวถึงและอ้างอิงเป็นอย่างมาก และขยายขอบเขตการใช้บังคับออกไปจากเดิมที่ใช้ตอบปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิโดยศาลในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษเท่านั้น แต่ในภายหลังได้ถูกนำมาใช้แบ่งแยกคำสั่งที่เกิดขึ้นภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษว่าคำสั่งใดเป็นคำสั่งทางปกครอง และคำสั่งใดเป็นเพียงคำสั่งภายในฝ่ายปกครองธรรมดา³⁴ เช่นนี้จึงอาจกล่าวได้ว่า ข้อความคิดของ Ule เป็นหมุดหมายสำคัญในการพัฒนาระบบการคุ้มครองสิทธิของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษในเวลาต่อมา³⁵ นอกจากนี้ Ule แล้ว ก็ยังมี Klaus Obermayer ที่นำเสนอข้อความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่อยู่ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ โดย Obermayer ไม่ได้แบ่งแยกความสัมพันธ์พื้นฐานและความสัมพันธ์ภายในองค์กรดังเช่น Ule แต่เห็นในทางตรงกันข้ามว่า คำสั่งที่สั่งภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษและกระทบต่อสิทธิของบุคคลที่อยู่ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ อาจเป็นคำสั่งทางปกครองได้ทั้งสิ้น แต่จะฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนได้หรือไม่ นั้น จะต้องพิจารณาถึงความจำเป็นในการร้องขอการคุ้มครองสิทธิโดยศาลเสียก่อน (Rechtsschutzbedürfnis) เพื่อหลีกเลี่ยงการโต้แย้งคำสั่งที่สั่งภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษโดยไม่จำเป็น Obermayer ให้เหตุผลเรื่องความจำเป็นในการร้องขอการคุ้มครองสิทธิว่า บรรดาคำสั่งทางปกครองที่สั่งภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษย่อมเป็นคำสั่งภายในของฝ่ายปกครองด้วย การฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวย่อมมีผลกระทบต่อฝ่ายปกครอง ดังนั้น จึงต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ของบุคคลกับฝ่ายปกครองประกอบกัน ซึ่งความจำเป็นในการร้องขอการคุ้มครองสิทธิจะปรากฏในกรณีดังต่อไปนี้ 1) เมื่อคำสั่งทางปกครองที่สั่งในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษมีผลต่อความเป็นอยู่ของความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ และกระทบต่อความสัมพันธ์ทั่วไประหว่างรัฐกับประชาชน 2) เมื่อคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิในทางส่วนตัวของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษอย่างมาก เช่น การห้ามหรือให้กระทำการที่มีผลออกไปนอกความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ หรือเป็นกรณีที่คำสั่งดังกล่าวกระทบต่อสิทธิที่ได้รับการประกันไว้โดยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ และ 3) กรณีที่สิทธิเสรีภาพได้ถูกกระทบกระเทือนใน

³³ Ule, Carl Hermann, Das besondere Gewaltverhältnis, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 15, 1957, S. 152-164.

³⁴ Kielmansegg, Sebastian Graf von, Grundrechte im Näheverhältnis, (Tübingen : Mohr Siebeck, 2012), S. 243.

³⁵ Abelein, Manfred, RECHTSSTAAT UND BESONDERES GEWALTVERHÄLTNIS, Zeitschrift für Politik, Vol. 14, No. 3 (1967), S. 313 (330).



สาระสำคัญ (Wesensgehalt)³⁶ และในเวลาต่อมาก็มีนักวิชาการได้เสนอว่า สิทธิเสรีภาพไม่อาจถูกจำกัดได้โดยอาศัยแต่เพียงเหตุผลว่าบุคคลอยู่ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ และได้ตั้งข้อเรียกร้องโดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานให้นำหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจมาใช้บังคับกับการออกคำสั่งหรือกฎหมายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ³⁷ แต่กว่าที่ข้อเรียกร้องดังกล่าวจะปรากฏผลขึ้นจริงก็ล่วงเข้าปี ค.ศ. 1972 โดยในปีนั้นศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐได้มีคำพิพากษา ลงวันที่ 14 มีนาคม ค.ศ. 1972³⁸ ข้อเท็จจริงแห่งคดีมีอยู่ว่า ในปี ค.ศ. 1967 ผู้ร้องที่เป็นนักโทษอยู่ในเรือนจำแห่งหนึ่งได้ส่งจดหมายไปยังผู้ดูแลของตนที่มาจากองค์กรภายนอก แต่จดหมายดังกล่าวได้ถูกยับยั้งไว้โดยหัวหน้าแผนกในเรือนจำเนื่องจากหัวหน้าแผนกเห็นว่าเนื้อหาในจดหมายนั้นมีเนื้อหาหมิ่นประมาทบุคคลอื่น รวมถึงมีเนื้อหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ภายในของเรือนจำที่ไม่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของผู้ร้องตามข้อ 155 ของระเบียบเรือนจำที่ออกโดยที่ประชุมรัฐมนตรียุติธรรมแห่งมลรัฐ ในการประชุม ครั้งที่ 33 ค.ศ. 1966 ต่อมาในปี ค.ศ. 1968 ผู้บัญชาการเรือนจำก็เห็นชอบกับการยับยั้งจดหมายดังกล่าวไว้ ผู้ร้องก็ได้ยื่นคำร้องโต้แย้งคำสั่งยับยั้งจดหมายไปยังทนายอัยการประจำเขต (Generalstaatsanwalt) แต่คำร้องดังกล่าวก็ถูกยกคำร้อง ผู้ร้องจึงได้ยื่นคำขอต่อศาลให้วินิจฉัยตามมาตรา 23 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยธรรมนูญศาล (Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz, EGGVG)³⁹ แต่ศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐได้ยกคำร้องดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่า สิทธิเสรีภาพของผู้ร้องที่เป็นผู้ต้องขังอาจถูกจำกัดหรือถูกทำให้สิ้นผลลงได้ตามวัตถุประสงค์และสาระสำคัญของการจำคุก ผู้ร้องจึงไม่อาจอ้างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 5 ของกฎหมายพื้นฐานได้ เหตุอันชอบธรรมในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ร้องมีเหตุมาจากคำพิพากษาที่พิพากษาจำคุกผู้ร้อง การจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ร้องจึงไม่ต้องอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดอีก การยับยั้งจดหมายของผู้ร้องจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว ผู้ร้องไม่เห็นด้วยกับคำสั่งของศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐ จึงได้ยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Verfassungsbeschwerde) ต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐว่า ตนเองถูกละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญพิพากษาว่า การควบคุมจดหมายของผู้ร้องนั้นละเมิดต่อสิทธิในความลับของจดหมาย (Briefgeheimnis) ตามมาตรา 10 ของกฎหมายพื้นฐาน และยังละเมิดต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 5 ของกฎหมายพื้นฐานอีกด้วย เนื่องจากผู้ต้องขังเป็นผู้ทรงสิทธิเสรีภาพ

³⁶ Obermayer, Klaus, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, (Stuttgart : R. Boorberg, 1956), S. 168ff zitiert in Abelein, Manfred, RECHTSSTAAT UND BESONDERES GEWALTVERHÄLTNIS, Zeitschrift für Politik, Vol. 14, No. 3 (1967), S. 313 (330-331).

³⁷ Vgl. Abelein, Manfred, Ibid, S. 331-332; Vgl. Evers, Hans - Ulrich, Verwaltung und Schule, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 23, 1966, S. 159-161.

³⁸ BVerfG NJW 1972, S. 811 ff.

³⁹ มาตรา 23 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยธรรมนูญศาล ให้สิทธิแก่ผู้ต้องขังในการยื่นคำร้องต่อศาลให้ออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมออกคำสั่งทางปกครองที่ตนปฏิเสธหรือละเลยไม่ออกคำสั่งทางปกครองให้แก่ผู้ต้องขัง

และการจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องกระทำโดยกฎหมายเท่านั้น ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 วรรคหนึ่งของกฎหมายพื้นฐาน แต่ในกรณีของผู้ร้องกลับไม่มีกฎหมายให้อำนาจกระทำการดังกล่าว คำร้องทุกข้อทางรัฐธรรมนูญของผู้ร้องจึงฟังขึ้น และศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลต่อไปว่า กฎหมายพื้นฐานนั้นเป็นระบบแห่งคุณค่าที่มีความมุ่งหมายในการคุ้มครองเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลตามมาตรา 1 วรรคสาม ของกฎหมายพื้นฐาน จึงได้กำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลผูกพันโดยตรงต่ออำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ การที่จะปล่อยให้สิทธิเสรีภาพของผู้ต้องขังถูกจำกัดโดยอำเภอใจย่อมเป็นการขัดแย้งกับความผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของอำนาจรัฐทั้งหลาย การจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องขังจะกระทำได้อีกต่อไปตามความมุ่งหมายและรูปแบบที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดไว้ ดังนั้น การจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องขังจึงต้องกระทำโดยกฎหมายเท่านั้น

ผลของคำพิพากษานี้มิได้จำกัดอยู่แต่ในแดนของความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษของผู้ต้องขังเท่านั้น แต่ยังได้ขยายไปในแดนของความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษของนักเรียนอีกด้วยที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นสาระสำคัญเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสถานศึกษากับนักเรียน มิใช่ปล่อยให้becomeดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะออกระเบียบเสียเอง⁴⁰ ซึ่งกฎเกณฑ์อันเป็นสาระสำคัญตามความหมายของศาลรัฐธรรมนูญย่อมหมายถึง กฎเกณฑ์ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของนักเรียนและผู้ปกครองของนักเรียนนั่นเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิในทางสถานะของนักเรียน (Rechtsstellung) ไม่ว่าจะเป็นการรับเข้า การให้พ้นสภาพนักเรียน การสอบ การเลื่อนชั้น และมาตรการทางวินัย⁴¹ จากคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ทำให้ข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษไม่อาจนำมาใช้จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์พิเศษโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจได้อีกต่อไป ไม่ว่าจะเป็นนักเรียน นักโทษ นักเรียน ข้าราชการ หรือทหาร⁴² และในปัจจุบันชื่อเรียก “ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ” ก็ไม่ถูกนำมาใช้อีกต่อไป แต่เปลี่ยนเป็นความสัมพันธ์ทางสถานะพิเศษ (Sonderstatusverhältnis) หรือนิติสัมพันธ์พิเศษ (Sonderrechtsverhältnis) จึงอาจเปรียบเปรยได้ว่า ข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษได้ตายจากระบบกฎหมายปกครองเยอรมันไปอย่างถาวร⁴³ ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1995 ก็ได้มีคดี Hardouin et Marie ในคดีดังกล่าวศาลปกครองฝรั่งเศสได้วินิจฉัยว่า การลงโทษทางวินัยทหารมีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ถูกลงโทษทางวินัย และศาลสามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำ

⁴⁰ BVerfG NJW 1975, S. 1182.

⁴¹ Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, (München : C.H. Beck, 2011), § 6, Rn. 27.

⁴² Münch, Ingo von, in: Erichsen/Martens (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Auflage, (Berlin : De Gruyter, 2020), S. 83-85.

⁴³ Vgl. Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, (München : C.H. Beck, 2011), § 8, Rn. 30.



ดังกล่าวได้ และจากคดีนี้ทำให้ศาลพยายามเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการภายในฝ่ายปกครองมากขึ้น⁴⁴ เช่นเดียวกับที่เกิดขึ้นในประเทศเยอรมนี

3. ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษในระบบกฎหมายไทยและการรับเอาข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษจากต่างประเทศมาใช้ในประเทศไทย

3.1 ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษในระบบกฎหมายไทย

ในประเทศไทยยังไม่ปรากฏหลักฐานชัดเจนนักว่าได้รับเอาข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษมาจากประเทศใด แต่ทั้งนี้ เราอาจทำความเข้าใจความสัมพันธ์ทางอำนาจระหว่างรัฐกับบุคคลที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษได้จากข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ที่มีอยู่ โดยในสมัยอยุธยาการเข้าเป็นขุนนางหรือข้าราชการจะต้องกระทำการถวายตัวต่อพระมหากษัตริย์เพื่อให้พระมหากษัตริย์พิจารณาแต่งตั้งเป็นขุนนาง การที่บุคคลเข้าเป็นขุนนางก็มีใช้เพราะต้องการเงินเดือนเนื่องจากในสมัยอยุธยามาจนถึงสมัยรัตนโกสินทร์ในช่วงก่อนที่จะมีการตราพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พุทธศักราช 2471 ขุนนางหรือข้าราชการไม่มีเงินเดือนอันเป็นระบบระเบียบเดียวกันที่แน่นอน แต่จะได้เพียงเบี้ยหวัดเงินปี แต่การเป็นขุนนางก็จะได้รับสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ และได้รับการคุ้มครองจากพระมหากษัตริย์ไปพร้อมกันด้วย⁴⁵ ซึ่งคล้ายคลึงกับปรากฏการณ์ในยุโรปที่บุคคลเข้าทำสัญญาสวามิภักดิ์กับนายเหนือหัวของตนเพื่อมอบความภักดีและขอรับการคุ้มครองไปพร้อมกันตามที่ได้กล่าวถึงไปแล้วในตอนต้น ความสัมพันธ์ในรูปแบบการถวายตัวเข้ารับราชการได้ดำเนินสืบต่อมาจนถึงสิ้นสุดระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์⁴⁶ ความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์กับขุนนางที่พัฒนามาเป็นความสัมพันธ์

⁴⁴ Schmidt-Aßmann/Dagron, Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen : zur Geschlossenheit, Offenheit und gegenseitigen Lernfähigkeit von Rechtssystemen, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht Vol. 67 No. 2 2007, S. 395 (421); Conseil d'État, Assemblée, 17 février 1995, Hardouin et Marie สืบค้นเมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม 2564, สืบค้นจาก <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-assemblee-17-fevrier-1995-hardouin-et-marie>.

⁴⁵ มานพ ถาวรวัฒนสุกุล, ขุนนางอยุธยา, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2536), น. 107-108, 114-115; โปรตดู นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, การปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ : ฟาเดียวกัน, 2553), น. 78-79.

⁴⁶ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, การปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ : ฟาเดียวกัน, 2553), น. 78-79; โปรตดู ประกาศเรื่องโรงเรียน ประกาศมา ณ วันพฤหัสบดี เดือนอ้าย แรมสามค่ำ ปีมะแมตรีศก ศักราช 1233, ใน กฎหมายในรัชกาลที่ 5 เล่ม 1 ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้พิมพ์พระราชทานในงานพระราชทานเพลิงศพ นายจิตติ ดิงศภัทัย ป.จ., ม.ป.ช., ม.ว.ม. ณ เมรุหลวงหน้าพลับพลาอิศริยาภรณ์ วัดเทพศิรินทราวาส วันเสาร์ที่ 23 สิงหาคม พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพฯ : สำนักราชเลขาธิการ, 2540), น. 56-57; อย่างไรก็ตาม มีบุคคลที่ทำราชการให้กับรัฐประเภทหนึ่งที่มีความสัมพันธ์ทางสัญญากับรัฐ บุคคลประเภทนี้ คือ โปлиц ตามกฎหมายโปлиц 53 ข้อ ซึ่งจะรักษาน้ำที่ในพระนคร แลนอกพระนคร จ.ศ. 1237 โปรดดู เพิ่งอ้าง, น. 361-363.

ระหว่างรัฐกับข้าราชการในสมัยใหม่จึงมิใช่ความสัมพันธ์ทางสัญญาอย่างในกฎหมายแพ่งแต่อย่างใด นอกจากการถวายตัวโดยสมัครใจแล้ว ยังมีกฎหมายบางฉบับที่บังคับให้ประชาชนต้องเข้ามามีนิติสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับรัฐด้วย เช่น ตามพระราชบัญญัติลักษณะเกณฑ์ทหาร รัตนโกสินทร ศก 124⁴⁷ ก็ได้บังคับให้ประชาชนที่เป็นชายมีหน้าที่เข้ารับราชการทหารเมื่อมีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์⁴⁸ และพระราชบัญญัติประถมศึกษา พุทธศักราช 2464⁴⁹ ที่บังคับให้เด็กที่มีอายุตั้งแต่ 7 ปีขึ้นไปเข้าเรียนในโรงเรียนประถมศึกษา⁵⁰ ซึ่งตามกฎหมายดังกล่าวก็มิได้บัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างโรงเรียนกับนักเรียน หรือผู้บังคับบัญชา กับทหาร แต่ปล่อยให้เป็นอำนาจของเสนาบดีในการกำหนดกฎเกณฑ์ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ⁵¹ อย่างไรก็ตาม ในช่วงเวลานั้นวิชานิติศาสตร์และวิชากฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองยังไม่มีเป็นที่แพร่หลายนัก จึงยังมิได้มีผู้ใคร่เริ่มอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในฐานะที่เป็นข้อความคิดทางกฎหมาย คงมีเพียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 398/127 (2451)⁵² ที่อาจเรียกได้ว่าเป็นร่องรอยอย่างหนึ่งของข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษในประเทศไทย ในคดีนี้ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า ช่วงเวลาประมาณสองทุ่ม ผู้ว่าราชการเมืองสุโขทัย (จำเลย) ได้แจวเรือไปในคลอง ผู้ใหญ่บ้าน (โจทก์) ที่เมาสุรายืนอยู่ริมคลองนั้นได้ร้องถามว่าเรือผู้ใด จำเลยจึงเรียกตัวโจทก์ไปพบเพื่อสอบถามว่าโจทก์เป็นใคร โจทก์ตอบว่าเป็นผู้ใหญ่บ้าน จำเลยถามต่อว่า เหตุใดถามผู้อื่นได้ แต่เมื่อผู้อื่นถามว่าผู้ใดเรียกเรือจึงนั่งเสีย โจทก์ตอบว่า ไม่ได้ยิน จำเลยว่าโจทก์โกหกจึงสั่งให้จำเลยไปขังไว้คืนหนึ่งวันหนึ่ง (22 ชั่วโมง) โจทก์ฟ้องว่าจำเลยกระทำให้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากโจทก์มีความผิดจริงก็ต้องสั่งให้อายการฟ้องร้อง มิใช่ให้อำนาจผู้ว่าราชการเมืองสั่งขังตัวเองเช่นนี้ ฝ่ายจำเลยก็อ้างว่าตนเป็นผู้ว่าราชการเมือง การสั่งลงโทษโจทก์เปรียบเสมือนบิดากับบุตร ศิษย์กับอาจารย์ นายกับบ่าว แต่ศาลเมืองสุโขทัยเห็นว่า จำเลยกระทำให้ไม่ชอบ การลงโทษขังแม้สักชั่วโมงเดียวก็ถือว่าสาหัส จะมาเปรียบเสมือนบิดากับบุตร ศิษย์กับอาจารย์ นายกับบ่าวไม่ได้ เพราะโจทก์กับจำเลยก็เป็นข้าราชการ ถ้าผู้น้อยทำผิด เช่น โจทก์ทำผิดในหน้าที่ก็มีกฎหมายลักษณะปกครองท้องที่อยู่แล้ว จึงพิพากษาปรับจำเลย จำเลยอุทธรณ์ต่อศาลมณฑลพิษณุโลก ศาลมณฑลพิษณุโลกกลับเห็นว่า การที่จำเลยลงโทษโจทก์นั้นสมควรแล้ว และมีกฎหมายที่เทียบเคียงได้ เช่นว่า *มีกฎหมายให้อำนาจผู้ใหญ่บ้านสั่งสอนลูกบ้านหรือกฎหมายนโยบายที่ให้อำนาจนโยบายจับคนเมาได้ แม้คนเมาจะยังไม่ได้กระทำการใด กฎหมายเรือนจำก็ระบุไว้ว่าผู้บัญชาการเรือนจำลงโทษนักโทษได้ไม่มีผิดหากกระทำโดยสุจริต*

⁴⁷ ราชกิจจานุเบกษา วันที่ 3 กันยายน 124 เล่ม 22 หน้า 513.

⁴⁸ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลักษณะเกณฑ์ทหาร รัตนโกสินทร ศก 124

⁴⁹ ราชกิจจานุเบกษา วันที่ 23 กันยายน 2464 เล่ม 38 ตอนที่ 246

⁵⁰ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติประถมศึกษา พุทธศักราช 2464

⁵¹ มาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติลักษณะเกณฑ์ทหาร รัตนโกสินทร ศก 124; มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติประถมศึกษา พุทธศักราช 2464

⁵² เชื้อย เนติบัณฑิต, ฎีกาบรรทัดฐาน ขบวนการอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 1, (ม.ป.ท. : ม.ป.พ., 2457), น. 1-7.



ไม่ลื่นล่อ แล้วกลายเป็นผู้ว่าราชการเมืองจะลงโทษผู้ใหญ่บ้านไม่ได้เขียวหรือ โจทก์ยื่นถวายฎีกา แต่ศาลฎีกาก็เห็นชอบตามคำพิพากษาของศาลมณฑลพิษณุโลก คำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้ได้สะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับการใช้อำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจว่าเป็นเรื่องที่สามารถกระทำได้ในระบบราชการ โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการฟ้องร้องเอาผิดโดยพนักงานอัยการ

กระทั่งปี พ.ศ. 2471 หลวงประดิษฐมนูธรรม หรือนายปรีดี พนมยงค์ ซึ่งสำเร็จการศึกษาด้านนิติศาสตร์จากประเทศฝรั่งเศสได้จัดทำคำบรรยายวิชากฎหมายปกครองขึ้น โดยได้กล่าวถึงการกระทำในทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับข้าราชการไว้ว่า “การก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง ระเบียบซึ่งสิทธิหรือหน้าที่ หรือฐานะในกฎหมาย การกระทำประเภทนี้อาจเกี่ยวแก่ข้าราชการอย่างหนึ่ง ... การกระทำอันเกี่ยวแก่ข้าราชการ เช่น การตั้ง เลื่อนตำแหน่ง หรือโยกย้าย หรือออกจากราชการ ...”⁵³ ซึ่งคำอธิบายดังกล่าวคล้ายคลึงกับการแบ่งแยกความสัมพันธ์พื้นฐานกับความสัมพันธ์ภายในองค์กรของ Ule อย่างมาก เนื่องจากการแต่งตั้ง การเลื่อนตำแหน่ง การย้าย หรือการออกจากราชการเป็นการกระทำที่กระทบต่อความสัมพันธ์พื้นฐานของข้าราชการทั้งสิ้น และย่อมกระทบต่อสิทธิของข้าราชการที่มีอยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ และต่อมาขุนประเสริฐศุภมาตรา (จรูญ จันทรมบูรณ์) ก็ได้อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับข้าราชการโดยอาศัยฐานคิดของระบบกฎหมายฝรั่งเศสว่า เป็นความสัมพันธ์ที่ถูกกำหนดไว้ตามกฎหมายที่เกิดจากการออกคำสั่งแต่งตั้งของรัฐแต่ฝ่ายเดียวโดยมิได้มีสัญญาใดเป็นฐานของนิติสัมพันธ์⁵⁴ และได้อธิบายยืนยันคำสอนเกี่ยวกับการกระทำในทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของข้าราชการไว้ลักษณะเดียวกับนายปรีดี พนมยงค์ ได้อธิบายไว้⁵⁵ ส่วนเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษปรากฏร่องรอยอยู่ในคำอธิบายของขุนประเสริฐศุภมาตราที่อธิบายว่า เหตุที่รัฐมีความชอบธรรมในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน เหตุหนึ่ง คือ เป็นไปเพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อย ซึ่งการรักษาความสงบเรียบร้อยนี้มีที่มาจากข้อความคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยที่รัฐเป็นผู้ปกครอง “ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎรก็คือความสัมพันธ์ที่รัฐจะปกครองโดยทำการทุกอย่างเพื่อความสงบเรียบร้อย” ซึ่งเป็นการบังคับบัญชาในลักษณะทั่วไป แต่การบังคับบัญชาในกรณีเฉพาะเรื่องก็มีได้เช่นกัน อาทิ ระเบียบในกองทัพ โรงเรียน เรือนจำ หรือในสภาผู้แทนราษฎร⁵⁶ ในขั้นนี้เราอาจสรุปความคิดของขุนประเสริฐศุภมาตราได้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนเป็นการควบคุมบังคับบัญชาทั่วไป ส่วนความสัมพันธ์เฉพาะเรื่อง เช่น ในกองทัพ โรงเรียน เรือนจำ หรือในสภาผู้แทนราษฎรเป็นการควบคุมบังคับบัญชาเฉพาะเรื่อง จากข้อความคิดดังกล่าวอาจเป็นร่องรอยของข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษที่มีพัฒนาการอยู่ในทวีปยุโรป

⁵³ ประดิษฐมนูธรรม, หลวง, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, นิติสารสิน ปีที่ 4 เล่มที่ 12, 2474, น. 879 (892-893).

⁵⁴ ประเสริฐศุภมาตรา, ขุน, กฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์พระจันทร์, 2478), น. 71-75, 418.

⁵⁵ เฟิงอ้าง, น. 489.

⁵⁶ เฟิงอ้าง, น. 525-526.

ก็เป็นได้ แต่ก็เป็นที่น่าเสียดายว่าคำสอนของนายปรีดี พนมยงค์ และขุนประเสริฐศุภมาตราไม่ได้รับการพัฒนาต่อโดยนักกฎหมายในรุ่นหลังดังเช่นคำสอนของ Ule⁵⁷ ซึ่งในเวลาต่อมาก็ได้มีคำอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างข้าราชการกับรัฐว่าข้าราชการจำต้องฟังคำสั่งของทางราชการ แม้ว่าคำสั่งนั้นอาจทำให้ตนต้องเสี่ยงต่อความเสื่อมเสียทางสุขภาพอนามัยหรือเสี่ยงต่อชีวิต⁵⁸ แต่ก็ยังไม่มีการอธิบายว่าความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับข้าราชการหรือบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษอื่น ๆ แตกต่างจากนิติสัมพันธ์ทางแพ่งอย่างไร และมีระบบการคุ้มครองสิทธิอย่างไร และจะร้องขอให้ศาลคุ้มครองสิทธิได้หรือไม่ และมีความเห็นบางส่วนเห็นถึงขั้นว่า ความสัมพันธ์ระหว่างข้าราชการกับรัฐเป็นสัญญาอย่างในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสียด้วย⁵⁹

นอกจากนายปรีดี พนมยงค์ และขุนประเสริฐศุภมาตราแล้ว ยังมีนักนิติศาสตร์อีกท่านหนึ่งที่ได้อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับข้าราชการไว้ ผู้นี้ คือ นายประยูร กาญจนดุล ซึ่งสำเร็จการศึกษานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิตจากประเทศฝรั่งเศส ในตำรากฎหมายปกครองของประยูร กาญจนดุล ได้อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับข้าราชการไว้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับข้าราชการไม่ใช่ความสัมพันธ์ทางสัญญาหรือทางแรงงานตามกฎหมายแพ่ง แต่เป็นความสัมพันธ์ตามที่กฎหมายกำหนด โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้าราชการได้ถูกกำหนดไว้โดยรัฐแต่ฝ่ายเดียวเป็นการล่วงหน้าแล้ว โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมของผู้ที่ได้รับแต่งตั้งเลย และข้าราชการจะต้องยอมรับต่อการเปลี่ยนแปลงสถานะของตนที่เกิดจากกฎหมายระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งที่ออกมาภายหลัง และแม้ว่าการเปลี่ยนแปลงนั้นจะทำให้ข้าราชการต้องเสียสิทธิบางประการไป ข้าราชการไม่อาจจะโต้แย้งว่าการเปลี่ยนแปลงสถานะนั้นเป็นการละเมิดสิทธิของข้าราชการเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายได้ นอกจากนี้ ข้าราชการยังต้องยึดถือและปฏิบัติตามระเบียบของฝ่ายปกครองที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับตำแหน่งหน้าที่ของข้าราชการอีกด้วย⁶⁰ และประยูร กาญจนดุล ยังได้อธิบาย

⁵⁷ อย่างไรก็ตาม แม้จะมีคำอธิบายว่าการกระทำดังกล่าวกระทบต่อสิทธิของข้าราชการ แต่หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว ข้าราชการอาจไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิโดยศาล เนื่องจากกระทรวงหรือกรมอาจไม่ยอมมาเป็นจำเลยในคดีก็ได้ และจะต้องฟ้องผู้ออกคำสั่งเป็นการส่วนตัวตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น โปรดดู ประดิษฐ์มนูธรรม, หลวง, ย่อคำอธิบายกฎหมายปกครอง ภาค 4 ว่าด้วยคดีปกครอง, นิติสารัน ปีที่ 4 เล่มที่ 9, 2474, น. 663 (666-668).

⁵⁸ โปรดดู บันทึกคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 109/2483

⁵⁹ บันทึกคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 54/2494; อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสนใจว่า ความเห็นของกรรมการฝ่ายข้างน้อย คือ พระยาอรรถการีย์นิพนธ์ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับข้าราชการเป็นความสัมพันธ์ที่เป็นไปตามกฎหมายกำหนด หาได้มีลักษณะอย่างเดียวกับสัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่

⁶⁰ ประยูร กาญจนดุล, คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 2, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2492), น. 894-896.



ต่อไปว่า “ข้าราชการจะต้องรักษาและปฏิบัติตามระเบียบวินัยอย่างเคร่งครัด ทั้งในทางราชการและในทางส่วนตัว” เพราะแม้ในฐานะส่วนตัวข้าราชการก็ยังคงเป็นข้าราชการ จึงอาจเป็นไปได้ว่าจะถูกลงโทษทางวินัยเนื่องจากการกระทำที่ทาลงนอกเวลาราชการได้⁶¹ ประยูร กาญจนดุล ยังเห็นต่อไปด้วยว่า ในกรณีที่ผู้ได้บังคับบัญชาเห็นว่าคำสั่งของผู้บังคับบัญชาไม่ชอบด้วยกฎหมาย การให้สิทธิแก่ผู้ได้บังคับบัญชาที่จะคัดค้านคำสั่งของผู้บังคับบัญชาได้โดยตรงมีผลเสียต่อระบบการบังคับบัญชาในฝ่ายปกครองที่จะทำให้ผู้ได้บังคับบัญชา “ถือดีและกระด้างกระเดื่องต่อผู้บังคับบัญชาได้”⁶² จากข้อความคิดข้างต้นจะเห็นได้ว่า แนวคิดของประยูร กาญจนดุล สอดคล้องกับคำสอนว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษที่ว่า ฝ่ายปกครองอาจสั่งการหรือออกระเบียบเพื่อจำกัดสิทธิของข้าราชการได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจ โดยข้าราชการไม่อาจโต้แย้งได้ว่าคำสั่งหรือระเบียนนั้นละเมิดสิทธิของตน และดูเหมือนว่าคำสอนของประยูร กาญจนดุล จะได้รับการยอมรับนับถือในทางปฏิบัติอีกด้วย ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496⁶³ ในคดีนี้ข้าราชการตำแหน่งปลัดกระทรวงการคลังเป็นโจทก์ฟ้องรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังว่ากระทำละเมิดที่ปลดโจทก์ออกจากราชการ โดยไม่ปรากฏว่าโจทก์กระทำผิดวินัยหรือหย่อนความสามารถ ซึ่งศาลฎีกาพิพากษาว่า ในคดีนี้จำเลยใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติกำหนดวิธีพิจารณาลงโทษข้าราชการและพนักงานเทศบาล ผู้กระทำผิดหน้าที่หรือหย่อนความสามารถ พ.ศ. 2490 เนื่องจากโจทก์ประมาทเลินเล่อทำให้ทางราชการเสียหายอย่างร้ายแรง ศาลฎีกากล่าวไว้ว่า “คำสั่งฉบับนี้เป็นคำสั่งที่ออกมาในทางราชการ โดยอำนาจและหน้าที่ในตำแหน่งราชการ ... การกระทำความผิดนี้เป็นการสั่งราชการหรือปฏิบัติราชการด้วยการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยตามบทกฎหมายที่ให้อำนาจและตามคำพยานหลักฐานฟังได้ว่าเป็นการกระทำโดยสุจริต กรณีที่กล่าวมาเฉพาะในข้อนี้มีใช้เป็นเรื่องฐานละเมิด ... ลักษณะแห่งการออกคำสั่งของจำเลยตั้งอยู่เหนือมูลฐานแห่งหน้าที่และอำนาจ ทั้งไม่มีเหตุใดที่จะเห็นว่าจำเลยที่ 2 มุ่งจะให้เกิดการเสียหายแก่โจทก์ แม้จำเลยวินิจฉัยผิดพลาดก็หาเป็นละเมิดไม่” ด้วยเหตุผลดังกล่าว ศาลฎีกาจึงยกฎีกาของโจทก์เสีย จากคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า แม้ศาลจะได้ยอมรับหลักที่ว่า การกระทำทางปกครองจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ แต่ศาลก็ได้ปฏิเสธที่จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในทางเนื้อหา กล่าวคือ หากมีกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองและฝ่ายปกครองได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลจะไม่ตรวจสอบเนื้อหาของการกระทำทางปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และหลังจากนั้น ในปี พ.ศ. 2499 ก็มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่สำคัญที่เป็นหลักในการอ้างอิงสำหรับคำพิพากษาลงมาบ้าง เป็นอย่างมาก คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 818/2499 ในคดีนี้โจทก์เป็นข้าราชการพลเรือนฟ้องจำเลยให้ปฏิบัติตามมติของคณะกรรมการเรื่องราวร้องทุกข์ เนื่องจากโจทก์ถูกสั่งไล่ออกจากราชการ แต่ในภายหลังคณะกรรมการเรื่องราวร้องทุกข์

⁶¹ เฟิงอ้าง, น. 1006.

⁶² เฟิงอ้าง, น. 1022.

⁶³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 ใน ประกอบ หุตะสิงห์, คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2496 ตอนที่ 1, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา), น. 55-63.

วินิจฉัยให้โจทก์กลับเข้ารับราชการ แต่จำเลยไม่ปฏิบัติตาม ซึ่งศาลฎีกาเห็นว่า การจะรับโจทก์เข้ารับราชการหรือไม่นั้น ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนฯ ซึ่งเป็นอำนาจและหน้าที่ของฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะ โจทก์ไม่อาจฟ้องขอให้ศาลบังคับให้จำเลยรับโจทก์กลับเข้ารับราชการได้ ซึ่งท้ายคำพิพากษานี้ นายยล ชีรกุล ได้หมายเหตุไว้ว่า หากฝ่ายปกครองได้กระทำการไปโดยถูกต้องตามระเบียบแบบแผนและกฎหมายแล้ว ผู้ที่ได้รับผลกระทบไม่น่าจะนำมาฟ้องเป็นคดีเพื่อให้ศาลวินิจฉัยเป็นประการอื่นได้ แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจตามกฎหมาย ศาลก็อาจวินิจฉัยให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดได้⁶⁴ และในภายหลังก็ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 769/2505 ที่ยืนยันว่า ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับข้าราชการเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายปกครอง มิใช่กฎหมายแพ่ง โดยในคำพิพากษากล่าวว่า “... ความสัมพันธ์ระหว่างกรมกระทรวงในรัฐบาลและข้าราชการในกรมกระทรวงนั้น มีขึ้นได้โดยกฎหมายปกครอง ... มิได้เป็นคู่กรณีแสดงเจตนาตกลงกระทำนิติกรรมหรือสัญญาอันใดต่อกัน” ความสัมพันธ์ต่าง ๆ ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายปกครองกำหนดไว้⁶⁵ และสืบต่อจากคำพิพากษานี้ก็ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1066/2513 ที่พัฒนาแนวคิดเรื่อง “ความสัมพันธ์ตามกฎหมายปกครอง” ระหว่างรัฐกับข้าราชการ คดีนี้โจทก์ถูกสั่งให้ออกจากราชการฐานมีมลทินมัวหมอง ในคำพิพากษานี้กล่าวว่า “โจทก์เป็นข้าราชการพลเรือน จำเลยเป็นผู้บังคับบัญชาของโจทก์ในสมัยใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2485 ทั้งโจทก์จำเลยต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติดังกล่าว อันเป็นกฎหมายพิเศษ ... เมื่อโจทก์เห็นว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ถูกต้อง ก็ขอที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น ไม่ใช่อำนาจของศาลที่จะเข้าไปชี้ขาดในเรื่องนี้ ฉะนั้น โจทก์จะนำคดีมาฟ้องให้ศาลพิพากษาว่าคำสั่งของจำเลยตามสำเนาท้ายฟ้องเป็นโมฆะ และสั่งบังคับจำเลยให้สั่งโจทก์กลับเข้ารับราชการในตำแหน่งเดิมต่อไปไม่ได้ เพราะเป็นอำนาจของทางราชการฝ่ายบริหารที่จะสั่งตามที่เห็นสมควร ...” และท้ายคำพิพากษานี้ นายธานินทร์ กรัยวิเชียร ก็บันทึกหมายเหตุท้ายคำพิพากษาไว้อย่างน่าสนใจว่า ความสัมพันธ์ตามกฎหมายปกครองที่ถูกกำหนดโดยกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือนได้จำกัดสิทธิการฟ้องคดีของข้าราชการพลเรือนไว้ โดยหากข้าราชการที่ถูกคำสั่งลงโทษทางวินัยไม่ได้อุทธรณ์ตามที่กฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือนกำหนดไว้ ย่อมหมดสิทธิที่จะฟ้องคดีต่อศาล และแม้จะได้อุทธรณ์แล้ว แต่ในชั้นการพิจารณาคดีของศาล ศาลก็ไม่อาจตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายบริหารได้ หากไม่ปรากฏว่าฝ่ายปกครองได้กระทำการโดยไม่สุจริตหรือไม่สั่งการไปโดยปราศจากพยานหลักฐาน และแม้คำสั่งของฝ่ายปกครองจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็ไม่อาจสั่งให้ส่วนราชการรับข้าราชการกลับเข้าดำรงตำแหน่งเดิมได้ เพราะเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ

⁶⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 818/2499 ใน ยล ชีรกุล, คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2499 ตอนที่ 1, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา), น. 690-698.

⁶⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 769/2505 ใน ยล ชีรกุล, คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2505 ตอนที่ 1, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา), น. 786-797.



คงฟ้องเรียกได้แต่เพียงค่าสินไหมทดแทนในมูลละเมิดเท่านั้น⁶⁶ และคำพิพากษาศาลฎีกาในครั้งหลัง ๆ ได้ไปไกลถึงขั้นว่าหากโจทก์ไม่ได้ตั้งฟ้องมาในรูปของคดีละเมิด แต่ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัย ศาลจะพิจารณาว่าการสั่งลงโทษทางวินัยเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ ศาลไม่อาจเข้าไปวินิจฉัยชี้ขาดได้⁶⁷ แต่ในส่วนของความสัมพันธ์ทางทหาร ความสัมพันธ์ในเรือนจำ และความสัมพันธ์ระหว่างสถานศึกษากับนักเรียน นักศึกษา จากการสำรวจตรวจสอบตำรากฎหมายปกครองทั้งหลายก่อนที่จะมีการนำเข้าทฤษฎีว่าด้วยความสัมพันธ์พื้นฐานและความสัมพันธ์ภายในองค์กรจากนักกฎหมายฝ่ายเยอรมัน ยังไม่พบว่ามีคำอธิบายความสัมพันธ์เหล่านี้ว่ามีลักษณะในทางกฎหมายอย่างไร ในเขตแดนของความสัมพันธ์ทางทหาร⁶⁸ ความสัมพันธ์ระหว่างเรือนจำกับนักโทษ และความสัมพันธ์ระหว่างสถานศึกษากับนักเรียน นักศึกษา ในสมัยก่อนจึงอาจจัดให้เป็นพื้นที่ว่างทางกฎหมายที่ไม่มีคำอธิบาย อย่างไรก็ตาม ในส่วนของความสัมพันธ์ทางทหาร ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักเรียน และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักโทษก็มีการกำหนดกฎหมายโดยกฎหมายอยู่บ้าง ดังที่จะกล่าวต่อไป

ในความสัมพันธ์ทางทหารก็มีพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พุทธศักราช 2479⁶⁹ ที่กำหนดให้ชายไทยที่อายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์ต้องเข้ารับการตรวจเลือกเพื่อเข้ารับราชการทหาร ซึ่งมีลักษณะเป็นการบังคับให้ประชาชนต้องเข้าสู่แดนแห่งอำนาจของหน่วยงานทางทหาร ซึ่งเมื่อประชาชนถูกจัดเข้าสู่องค์กรทางทหารแล้ว ก็จะถูกควบคุมพฤติกรรมด้วยพระราชบัญญัติวินัยทหาร พุทธศักราช 2476⁷⁰ ที่กำหนดวินัยทหารและโทษทางวินัยที่มีตั้งแต่ภาคทัณฑ์ไปจนถึงจำขัง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการจำกัดเสรีภาพ

⁶⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1066/2513 ใน ประภาศน์ อวยชัย และประทีป ชุ่มวัฒนธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2513 ตอนที่ 3, (กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา), น. 1523-1535; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 355/2516 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2370/2520 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 822/2522 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3535/2529 วินิจฉัยไว้ในทำนองเดียวกัน

⁶⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2531/2522 ใน จิตติ ดิงศรัทธี, คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2522 ตอนที่ 12, (กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา), น. 1993-1994; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1155/2526 วินิจฉัยไว้ในทำนองเดียวกัน; เมื่อครั้งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518 ยังมีผลใช้บังคับ มาตรา 107 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ผู้ที่ถูกสั่งลงโทษทางวินัยหรือถูกสั่งให้ออกจากราชการมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง แต่ในช่วงเวลานั้นยังมิได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น เมื่อผู้ที่ถูกสั่งลงโทษทางวินัยไปฟ้องต่อศาลยุติธรรม ศาลยุติธรรมก็วินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ผู้ที่ถูกสั่งลงโทษทางวินัยจึงไม่มีอำนาจฟ้องโต้แย้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ต่อศาลยุติธรรม ทำให้การคุ้มครองสิทธิข้าราชการที่ถูกลงโทษทางวินัยโดยองค์กรตุลาการแทบเป็นไปไม่ได้เลย โปรดดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2370/2520 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3315/2530

⁶⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2230/2520 วินิจฉัยไปในทำนองเดียวกับข้าราชการพลเรือนว่า การสั่งให้ข้าราชการทหารออกจากประจำการเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ ศาลไม่อาจเข้าไปวินิจฉัยว่าคำสั่งชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

⁶⁹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 54 ตอนที่ 0 ก 12 เมษายน 2480

⁷⁰ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 50 ตอนที่ 0 ก หน้า 473 20 สิงหาคม 2476

ในการเดินทางของประชาชน เช่น การชิงจะกระทำได้อีกต่อเมื่อประชาชนได้กระทำความผิดอาญาและมีคำพิพากษาของศาลให้กักขังเท่านั้น⁷¹ และแม้พระราชบัญญัติวินัยทหาร พุทธศักราช 2476 จะได้กำหนดกระบวนการขึ้นตอนการร้องทุกข์เนื่องจากการถูกลงโทษทางวินัยไว้ แต่ก็มีข้อห้ามหลายประการและยังมีมาตรา 25 ที่กำหนดว่า ห้ามมิให้ร้องทุกข์ว่าผู้บังคับบัญชาลงโทษรุนแรงเกินไป ซึ่งโดยนัยย่อมหมายถึงห้ามร้องทุกข์ว่าถูกลงโทษโดยไม่เป็นไปตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งหากผู้ใดร้องทุกข์ว่าถูกลงโทษรุนแรงเกินไปก็จะเป็นการร้องทุกข์โดยผิดระเบียบ และเป็นความผิดวินัยทหารตามมาตรา 31 อีกด้วย

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักเรียนก็มีการกำหนดกฎหมายโดยพระราชบัญญัติควบคุมเด็กและนักเรียน พุทธศักราช 2481⁷² ที่ให้อำนาจรัฐมนตรีกระทรวงธรรมการและรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทยออกกฎกระทรวงเพื่อใช้ควบคุมความประพฤติของนักเรียนได้อย่างกว้างขวาง⁷³ เช่น การห้ามนักเรียนเข้าไปในโรงรับจำนำ ห้ามเข้าไปในสถานที่จำหน่ายสุรา เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่ามิได้เข้าไปเพื่อเสพสุรา หรือการแต่งกายผิดระเบียบ แม้มิได้อยู่ในโรงเรียนแต่อยู่ในที่สาธารณะสถานก็จัดเป็นความประพฤติที่ต้องห้ามด้วย⁷⁴ และหากนักเรียนกระทำการที่ต้องห้ามดังกล่าวแล้วก็อาจถูกควบคุมตัวโดยเจ้าพนักงานตำรวจได้⁷⁵ และในส่วนของคำพิพากษาของศาลก็ปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 575/2502 ในคดีนี้ โจทก์ฟ้องว่าการที่กระทรวงศึกษาธิการกับพวก จำเลย ได้วางระเบียบการรับสมัครนักเรียนเข้าเรียนในโรงเรียนรัฐบาล โดยกำหนดคุณสมบัติและการสอบคัดเลือกโดยไม่รับสมัครนักเรียนที่มีชั้นเรียนในโรงเรียนเดิมอยู่แล้ว เป็นการกระทำละเมิดและละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของโจทก์ ทำให้โจทก์สมัครเข้าเรียนในโรงเรียนรัฐบาลใกล้บ้านไม่ได้ ศาลฎีกามีคำพิพากษาในคดีนี้ว่า การกระทำของจำเลยไม่เป็นการละเมิดต่อโจทก์โดยอ้างมาตรา 24 และมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2495 ประกอบมาตรา 42 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 ที่กำหนดว่า จำเลยมีอำนาจจัดระเบียบการศึกษา วางข้อบังคับตามที่เห็นสมควร การวางระเบียบดังกล่าวจึงไม่เป็นการละเมิดต่อโจทก์ ซึ่งจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลอ้างอิงมานั้น มิได้มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงอย่างชัดเจนว่ากระทรวงศึกษาธิการมีอำนาจมากน้อยเพียงไรในการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะสมัครเข้าสถานศึกษา ทั้งที่การจำกัดสิทธิของบุคคลในการเลือกสถานศึกษาเป็นการจำกัดเสรีภาพในการศึกษา

⁷¹ โปรดดู มาตรา 18 (3) แห่งประมวลกฎหมายอาญา

⁷² ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 56 ตอนที่ 0 ก 10 กรกฎาคม 2482

⁷³ มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเด็กและนักเรียน พุทธศักราช 2481

⁷⁴ กฎกระทรวงธรรมการและกระทรวงมหาดไทย ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมเด็กและนักเรียน พุทธศักราช 2481 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 56 ตอนที่ 0 ก 10 กรกฎาคม 2482

⁷⁵ มาตรา 11 และมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเด็กและนักเรียน พุทธศักราช 2481



ตามมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลได้ยอมรับว่ากระทรวงศึกษาธิการมีอำนาจดุลพินิจอย่างกว้างขวางที่จะออกระเบียบเกี่ยวกับการศึกษาได้โดยไม่เป็นการละเมิดสิทธิของนักเรียน และต่อมาก็ได้มีประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 132 ลงวันที่ 22 เมษายน 2515⁷⁶ ยกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมเด็กและนักเรียน พุทธศักราช 2481 และให้อำนาจรัฐมนตรีกระทรวงศึกษาธิการออกกฎกระทรวงกำหนดกฎเกณฑ์ควบคุมการแต่งกายและความประพฤติของนักเรียนและนักศึกษาได้ ซึ่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2515) ออกตามความในประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 132 ลงวันที่ 22 เมษายน พ.ศ. 2515⁷⁷ ได้ควบคุมชีวิตของนักเรียนและนักศึกษาในทางส่วนตัวอย่างเข้มข้น โดยมีการกำหนดระเบียบเกี่ยวกับการแต่งกาย ความประพฤติ ไปจนถึงความยาวของเส้นผม ทั้งที่โดยหลักแล้วการจำกัดสิทธิเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกายเช่นนี้ จะต้องกระทำโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น กฎกระทรวงฉบับนี้จึงแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษที่ดำรงอยู่ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักเรียนในช่วงเวลานั้น

ในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างเรือนจำกับนักโทษก็มีพระราชบัญญัติลักษณะเรือนจำ รัตนโกสินทร ศก 120⁷⁸ ที่ให้อำนาจเสนาบดีกำหนดข้อบังคับที่ใช้สำหรับปกครองเรือนจำได้เอง และให้ลงโทษเชียนตีหรือจำชื้อค่านักโทษที่ฝ่าฝืนข้อบังคับนั้นได้⁷⁹ ต่อมา พระราชบัญญัตินี้ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479 ซึ่งตามมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว กำหนดแต่เพียงว่าผู้ต้องขังจะต้องปฏิบัติตามระเบียบและข้อบังคับของเรือนจำเท่านั้น และเช่นเดียวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักเรียน พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวก็ได้ให้อำนาจรัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดรายละเอียดความสัมพันธ์ระหว่างเรือนจำกับนักโทษ โดยออกเป็นกฎกระทรวงมหาดไทยออกตามความในมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479⁸⁰ กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการทำงาน การลา การลงโทษทางวินัย สิ่งของต้องห้าม สำหรับโทษทางวินัยของนักโทษนั้นมีโทษตั้งแต่ภาคทัณฑ์ไปจนกระทั่งเชียนตี⁸¹ ที่แสดงให้เห็นถึงความเข้มข้นของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักโทษ อันแตกต่างไปจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนทั่วไปที่รัฐไม่อาจลงโทษเชียนตีประชาชนทั่วไปได้เนื่องจากโทษทางอาญาไม่มีโทษเชียนตี นอกจากนี้ ยังมีระเบียบกรมราชทัณฑ์ที่ออกโดยไม่ได้อำนาจบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของนักโทษอีกด้วย เช่น ระเบียบกรมราชทัณฑ์ ฉบับที่ 25

⁷⁶ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 89 ตอนที่ 66 ฉบับพิเศษ 25 เมษายน 2515

⁷⁷ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 89 ตอนที่ 106 11 กรกฎาคม 2515

⁷⁸ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 18 ตอนที่ 51 23 มีนาคม 2444

⁷⁹ มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติลักษณะเรือนจำ รัตนโกสินทร ศก 120

⁸⁰ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 54 ตอนที่ 6 26 เมษายน 2480

⁸¹ โทษเชียนตูกงดใช้เมื่อปี 2548 โดยระเบียบกรมราชทัณฑ์ ว่าด้วยการยกเลิกระเบียบกรมราชทัณฑ์ ฉบับที่ 3 เรื่อง การลงโทษเชียนตี พ.ศ. 2480 ลงวันที่ 12 เมษายน 2548, สืบค้นจาก <http://www.correct.go.th/lawcorrects/lawfile/12066.pdf> เมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2564

เรื่อง การตัดผมสำหรับผู้ต้องขัง ลงวันที่ 14 เมษายน 2484⁸² ที่กำหนดความยาวของเส้นผมนักโทษ และ ยังมีการใช้การโกนผมในเชิงลงโทษสำหรับผู้ต้องขังคือด้านเหลือขอหรือผู้ต้องขังหลบหนีเรือนจำ หรือ ระเบียบกรมราชทัณฑ์ ฉบับที่ 23 เรื่อง การไว้พระสวมนต์ของผู้ต้องขัง ลงวันที่ 23 ตุลาคม 2483⁸³ ที่บังคับให้ผู้ต้องขังต้องไว้พระสวมนต์ทุกวัน โดยไม่มีการคำนึงว่าการจะสวมนต์หรือไม่นั้นเป็นเสรีภาพ ทางศาสนาอย่างหนึ่งของผู้ต้องขัง และยังมีระเบียบกรมราชทัณฑ์ ฉบับที่ 20 เรื่อง การทำความเคารพของ ผู้ต้องขัง ลงวันที่ 25 ธันวาคม 2482⁸⁴ ที่กำหนดให้ผู้ต้องขังต้องทำความเคารพบรรดาเจ้าพนักงานเรือนจำ ที่ปฏิบัติงานอยู่ในเรือนจำทุกครั้งที่พบเห็น

นอกจากคำอธิบายของนักนิติศาสตร์ บทบัญญัติแห่งกฎหมาย และคำพิพากษาของ ศาลแล้ว ก็ยังมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ที่แสดงให้เห็นร่องรอย ของข้อคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษอีกด้วย โดยมาตรา 45 ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว บัญญัติว่า บุคคลซึ่งเป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการประจำอื่น และพนักงานเทศบาลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับประชาชนพลเมือง เว้นแต่ที่จำกัดในกฎหมายหรือกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดย อาศัยอำนาจตามกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ หรือวินัย จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษในระบบกฎหมายไทย สามารถกระทำได้โดยกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งแตกต่างจากการจำกัดสิทธิเสรีภาพของ ประชาชนทั่วไปที่ต้องกระทำโดยกฎหมายเท่านั้น⁸⁵ บทบัญญัตินี้จึงเป็นข้อยกเว้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญที่จะต้องคุ้มครองสิทธิอย่างเสมอภาคที่อนุญาตให้จำกัดสิทธิเสรีภาพของทหาร ตำรวจ ข้าราชการประจำอื่น และพนักงานเทศบาลในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ หรือวินัยได้ง่ายกว่า บุคคลทั่วไป⁸⁶ และแม้จะมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดเงื่อนไขการจำกัดสิทธิเสรีภาพของข้าราชการ

⁸² ระเบียบกรมราชทัณฑ์ ฉบับที่ 25 เรื่อง การตัดผมสำหรับผู้ต้องขัง ลงวันที่ 14 เมษายน 2484, สืบค้นจาก <http://www.correct.go.th/lawcorrects/lawfile/12013.pdf> เมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2564; ระเบียบนี้ ถูกยกเลิกโดยระเบียบกรมราชทัณฑ์ ว่าด้วยการตัดผมสำหรับผู้ต้องขัง พ.ศ. 2557

⁸³ ระเบียบกรมราชทัณฑ์ ฉบับที่ 23 เรื่อง การไว้พระสวมนต์ของผู้ต้องขัง ลงวันที่ 23 ตุลาคม 2483, สืบค้นจาก <http://www.correct.go.th/lawcorrects/lawfile/12012.pdf> เมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2564; ปัจจุบันได้มีระเบียบกรมราชทัณฑ์ ว่าด้วยการประกอบศาสนกิจของผู้ต้องขัง พ.ศ. 2561 เข้ามาแทนที่แล้ว แต่ก็ยังบังคับ ให้ผู้ต้องขังต้องสวมนต์หรือปฏิบัติศาสนกิจตามศาสนาของตนวันละหนึ่งครั้ง

⁸⁴ ระเบียบกรมราชทัณฑ์ ฉบับที่ 20 เรื่อง การทำความเคารพของผู้ต้องขัง ลงวันที่ 25 ธันวาคม 2482, สืบค้นจาก <http://www.correct.go.th/lawcorrects/lawfile/12010.pdf> เมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2564

⁸⁵ โปรดดู มาตรา 35 และมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492

⁸⁶ ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2495), น. 451-452; หยุต แสงอุทัย, คำบรรยายกฎหมาย รัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515), น. 110.

ไว้แล้ว ก็มีได้หมายความว่าบทบัญญัติดังกล่าวได้รับการยอมรับนับถือแต่อย่างใด ดังตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนในปี พ.ศ. 2499 คณะรัฐมนตรีได้ออกระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรี ว่าด้วยมารยาททางการเมืองของข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2499⁸⁷ ที่จำกัดเสรีภาพทางการเมืองและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของข้าราชการไว้หลายประการ เช่น ห้ามข้าราชการวิพากษ์วิจารณ์การกระทำของรัฐบาลให้ปรากฏต่อประชาชน ไม่ดำรงตำแหน่งใด ๆ ในพรรคการเมือง เป็นต้น ซึ่งการออกระเบียบฉบับดังกล่าวไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายใดให้อำนาจแก่คณะรัฐมนตรีในการจำกัดเสรีภาพทางการเมืองและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองของข้าราชการในลักษณะดังกล่าว

กล่าวโดยสรุป การอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับข้าราชการในช่วงต้นตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของแนวความคิดของกฎหมายฝรั่งเศสเป็นอย่างมาก ส่วนความสัมพันธ์ทางทหาร ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักเรียนหรือนักโทษนั้นยังไม่ปรากฏคำอธิบายในทางวิชาการ คงมีแต่เพียงกฎหมายบางฉบับและคำพิพากษาของศาลฎีกา ซึ่งแม้ว่าในระบบกฎหมายไทยในช่วงต้นนั้น การที่ฝ่ายปกครองจะจำกัดสิทธิของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษได้จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ ไม่อาจกระทำได้โดยปราศจากกฎหมายอย่างในประเทศเยอรมนี อย่างไรก็ตาม บรรดากฎหมายต่าง ๆ นั้นก็ให้อำนาจฝ่ายปกครองค่อนข้างมากในการตรากฎระเบียบภายในฝ่ายปกครองขึ้นใช้ควบคุมพฤติกรรมของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ และศาลยุติธรรมเองก็ไม่เข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครองที่กระทำต่อผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ โดยให้เหตุผลว่าเป็นการกระทำโดยใช้อำนาจตามกฎหมาย และเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ ศาลไม่มีอำนาจชี้ขาดหรือสั่งการให้ฝ่ายปกครองกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ การคุ้มครองสิทธิของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษจึงเป็นไปได้ยากอย่างยิ่ง เช่นเดียวกับในระบบกฎหมายเยอรมัน

สำหรับการสรุปเนื้อหาของความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษของประเทศไทย ผู้เขียนสรุปได้ ดังนี้

1) ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนที่เป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนขึ้นที่ส่งผลให้ประชาชนมีความใกล้ชิดกับอำนาจรัฐมากกว่าปกติ เช่น การออกคำสั่งแต่งตั้งบุคคลให้เป็นข้าราชการ ก็ทำให้บุคคลนั้นเป็นผู้ใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐ และในขณะเดียวกันก็ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของรัฐด้วย หรือการที่บุคคลถูกบังคับให้เข้าสู่ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ เช่น การเป็นนักเรียน นักโทษ หรือทหาร ก็ทำให้บุคคลตกอยู่ภายใต้อำนาจองค์กรนั้น ๆ โดยไม่อาจมีเสรีภาพในการกระทำการได้อย่างอิสระดังเช่นประชาชนทั่วไป เพราะจะถูกห้ามหรือถูกบังคับโดยกฎหมายหรือระเบียบขององค์กรที่ใช้บังคับเฉพาะกับบุคคลที่มีสถานะเป็นนักเรียน นักโทษ หรือทหาร และการฝ่าฝืนกฎหมายหรือระเบียบเหล่านั้นจะทำให้ได้รับผลร้าย

⁸⁷ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 73 ตอนที่ 27 ก ฉบับพิเศษ 28 มีนาคม 2499

2) มาตรการที่รัฐใช้ควบคุมข้าราชการ นักเรียน นักโทษ หรือทหาร เป็นมาตรการที่พิเศษกว่ามาตรการที่รัฐใช้ในการควบคุมความสงบเรียบร้อยในสังคมโดยทั่วไป กล่าวคือ โดยปกติแล้วรัฐจะใช้กฎหมายในการควบคุมพฤติกรรมของประชาชนเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อย ซึ่งก็คือ กฎหมายอาญาหรือกฎหมายที่มีโทษทางอาญา การลงโทษก็ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายนั้น ๆ กำหนด ไม่ว่าจะเป็นการลงโทษประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ หรือริบทรัพย์สิน แต่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษแล้วรัฐจะใช้มาตรการพิเศษที่เรียกว่า วินัยหรือระเบียบภายในองค์กรในการควบคุมพฤติกรรมของคนในองค์กร ดังที่พบเห็นได้ทั่วไป เช่น วินัยข้าราชการ วินัยนักเรียนหรือนักศึกษา วินัยนักโทษ หรือวินัยทหาร ซึ่งมาตรการทางวินัยเหล่านี้เราจะไม่พบเห็นในกฎหมายที่รัฐใช้บังคับกับประชาชนทั่วไป นอกจากนี้ มาตรการที่รัฐใช้ควบคุมพฤติกรรมของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษอาจไม่จำเป็นต้องเป็นกฎหมายดังเช่นที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมของประชาชนทั่วไป แต่เป็นเพียงกฎ ระเบียบ หรือคำสั่งภายในองค์กรก็เพียงพอแล้ว และในบางกรณีมาตรการทางวินัยของรัฐอาจรวมถึงการจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนที่ เช่น การกักขัง หรือการใช้กำลังทางกายภาพกระทำต่อบุคคล เช่น การเขียน อีกด้วย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการกักขังบุคคลจะต้องมีคำพิพากษาของศาลจึงจะกักขังได้ และการเขียนก็ไม่อาจกระทำได้เลย เนื่องจากไม่มีกฎหมายฉบับใดให้อำนาจกระทำการเช่นนั้นต่อประชาชนทั่วไป

3.2 การรับเอาข้อความคิดด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษแบบเยอรมันเข้ามาใช้ในประเทศไทย

แม้ว่าการคุ้มครองสิทธิของประชาชนจากการกระทำของรัฐจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมมาโดยตลอด แต่ในช่วงเวลาตั้งแต่เปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อปี พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา พัฒนาการของกฎหมายปกครองไทยก็ได้หยุดนิ่งอยู่กับที่ แต่ได้มีความพยายามจัดตั้งองค์การตุลาการขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนในรูปแบบของศาลปกครอง โดยศาลปกครองปรากฏอยู่ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรกในมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 นอกจากนี้ สิทธิการฟ้องคดีต่อศาลปกครองยังปรากฏอยู่ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติอีกหลายฉบับ⁸⁸ ซึ่งเมื่อมีบทบัญญัติให้สิทธิการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเกิดขึ้น แต่ยังไม่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในความเป็นจริงแล้ว ผลที่เกิดขึ้นแก่การคุ้มครองสิทธิของบุคคลก็ยิ่งแปลกประหลาดอย่างมาก โดยตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4244/2531 วินิจฉัยว่า มาตรา 107 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518 กำหนดให้ข้าราชการที่ถูกสั่งลงโทษทางวินัยที่ได้อุทธรณ์แล้ว มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง การที่โจทก์จะนำคดีมาสู่ศาลได้ก็ต่อเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองแล้ว เมื่อยังไม่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น

⁸⁸ พนม เอี่ยมประยูร, การจัดตั้งศาลปกครองไทย : จะเดินหน้าหรือหยุดอยู่กับที่, รวมบทความทางวิชาการของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พนม เอี่ยมประยูร หนังสือที่ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พนม เอี่ยมประยูร, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545), น. 100 (105-107).

โจทก์จึงยังไม่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม ซึ่งนายจิรนิติ หะวานนท์ ได้หมายเหตุท้ายคำพิพากษานี้ว่า บทบัญญัติที่ให้สิทธิประชาชนฟ้องคดีต่อศาลปกครองนั้นเป็นบทบัญญัติที่จำกัดอำนาจศาลยุติธรรม เพราะเป็นเรื่องอำนาจของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ และหากไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ฟ้องต่อศาลยุติธรรมไปพลางก่อน ประชาชนย่อมไม่อาจฟ้องต่อศาลยุติธรรมได้ สถานการณ์เช่นนี้ทำให้การคุ้มครองสิทธิของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษจากการกระทำของรัฐแทบเป็นไปไม่ได้เลย

อย่างไรก็ตาม แม้องค์กรตุลาการจะยังไม่ได้พัฒนาหลักกฎหมายขึ้นมาเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ แต่ก็ปรากฏความเคลื่อนไหวในทางวิชาการโดยนักกฎหมายฝ่ายเยอรมันสองท่าน คือ สมยศ เชื้อไทย และกมลชัย รัตนสกววงศ์ ทั้งสองท่านนี้เป็นนักนิติศาสตร์ที่สำเร็จการศึกษาจากมหาวิทยาลัยในเยอรมนี และได้นำเข้าข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษเข้ามาในระบบกฎหมายไทย แต่มิใช่ในรูปแบบดั้งเดิม รูปแบบของข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษที่ทั้งสองท่านนี้ได้นำเข้ามา เป็นข้อความคิดที่ถูกปรับแต่งโดยทฤษฎีว่าด้วยความสัมพันธ์พื้นฐานและความสัมพันธ์ภายในองค์กรของ Ule แล้ว โดยกมลชัย รัตนสกววงศ์ ได้อธิบายข้อความคิดนี้ผ่านองค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครอง (คำสั่งทางปกครอง) ว่า การมีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครองของคำสั่งทางปกครองนั้น สำหรับบุคคลที่อยู่ภายใต้ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษกับรัฐ เช่น ข้าราชการ นักศึกษาในมหาวิทยาลัยของรัฐ หรือนักโทษ สิทธิเสรีภาพของบุคคลเหล่านี้จะถูกจำกัดมากกว่าคนทั่วไป เนื่องจากจำเป็นที่จะต้องอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาบางประการของรัฐ ดังนั้น การจะพิจารณาว่าคำสั่งใดเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ จึงต้องแยกพิจารณาว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่มีผลต่อความสัมพันธ์พื้นฐานหรือความสัมพันธ์ในทางการทำงาน โดยความสัมพันธ์พื้นฐานจะเป็นความสัมพันธ์ที่ก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ คำสั่งที่กระทบต่อความสัมพันธ์พื้นฐานเหล่านี้ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิ ซึ่งโดยปกติแล้ว คำสั่งลงโทษทางวินัยย่อมกระทบต่อสิทธิของบุคคลดังกล่าวในทางส่วนตัว และเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง ผู้ที่ถูกกระทบสิทธิย่อมฟ้องโต้แย้งต่อศาลได้ ส่วนความสัมพันธ์ในทางการทำงานนั้น หมายถึง ความสัมพันธ์ในการปฏิบัติงานอันเป็นหน้าที่ที่ผู้หนึ่งจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายอยู่แล้ว เช่น การปฏิบัติตามคำสั่งในฐานะผู้ใต้บังคับบัญชา คำสั่งเช่นนี้ย่อมไม่มีผลกระทบต่อนิติสิทธิของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ จึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง ผู้รับคำสั่งจึงไม่อาจฟ้องโต้แย้งคำสั่งลักษณะนี้ต่อศาลได้⁸⁹ ส่วนสมยศ เชื้อไทย ก็ได้อธิบายไปในทำนองเดียวกันว่า คำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นคำสั่งที่ทำต่อบุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง มิใช่ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วยกันเอง เช่น ระเบียบการปฏิบัติงานหรือคำแนะนำการปฏิบัติงาน แต่หากคำสั่งนั้นได้ก่อตั้งหรือเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคลขึ้น เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัย คำสั่งที่กระทบต่อความสัมพันธ์ขั้นพื้นฐานนี้ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครอง⁹⁰

⁸⁹ กมลชัย รัตนสกววงศ์, องค์ประกอบของ “นิติกรรมทางปกครอง” ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 17 ฉบับที่ 3, 2530, น. 35 (44-45).

⁹⁰ สมยศ เชื้อไทย, การกระทำทางปกครอง, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 17 ฉบับที่ 3, 2530, น. 49 (67-68).

คำอธิบายของนักนิติศาสตร์ทั้งสองท่านนี้แม้จะไม่ละเอียดนัก แต่ก็ครั้งแรกที่มีการอธิบายว่า ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ อันได้แก่ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับข้าราชการ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักเรียน ความสัมพันธ์ทางทหาร และความสัมพันธ์ระหว่างเรือนจำกับนักโทษเป็นนิติสัมพันธ์อย่างหนึ่ง กล่าวคือเป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่ต่างฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่ตามความสัมพันธ์พื้นฐานและความสัมพันธ์ภายในองค์กร และผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษสามารถร้องขอให้ศาลคุ้มครองสิทธิของตนได้ในกรณีที่สิทธิหรือหน้าที่ตามความสัมพันธ์พื้นฐานของตนนั้นถูกระทบกระเทือนจากการกระทำของฝ่ายปกครอง และในภายหลัง ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ผู้ที่มีบทบาทอย่างมากในการจัดทำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁹¹ ก็ได้อธิบายโดยอ้างอิงตำรากฎหมายปกครองเยอรมันไปในการทำงานเดียวกันว่าการสั่งการงานภายในองค์กรนั้น ทั้งผู้สั่งและผู้รับคำสั่งต่างก็เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรทั้งสิ้น มิได้มีสถานะเป็นบุคคลที่ถูกกระทบสิทธิจากคำสั่งนั้น แต่หากผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งลงโทษทางวินัยต่อผู้ใต้บังคับบัญชา คำสั่งดังกล่าวก็จะมิใช่คำสั่งภายในองค์กร แต่จะเป็นคำสั่งที่มีผลกระทบต่อนิติสิทธิของผู้รับคำสั่งในฐานะที่เป็นบุคคลและเป็นคำสั่งทางปกครองอันอาจอุทธรณ์โต้แย้งต่อไปได้⁹² ซึ่งต่อมาเมื่อได้มีการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ขึ้นใช้บังคับ โดยพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดนิยามคำว่า คำสั่งทางปกครองไว้ในมาตรา 5 ที่นิยามคำว่า คำสั่งทางปกครอง ไว้ว่า การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ซึ่งการนิยามคำสั่งทางปกครองนี้เองส่งผลให้บรรดาคำสั่งที่สั่งในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ มิใช่การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะที่ศาลไม่อาจตรวจสอบได้อีกต่อไป แต่จะต้องมาพิจารณาต่อไปว่าบรรดาคำสั่งนั้นเป็นการก่อตั้งหรือเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์หรือไม่ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษหรือไม่ และถ้าหากคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิของบุคคลแล้ว บุคคลย่อมโต้แย้งคำสั่งที่กระทบต่อสิทธิของตนได้ และต่อมาศาลยุติธรรมก็ได้ยอมรับว่า คำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการเป็นคำสั่งทางปกครองที่มุ่งหมายก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงซึ่งสิทธิหรือหน้าที่หรือสถานภาพของบุคคล ซึ่งบุคคลที่ถูกกระทบสิทธิสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลได้ภายในอายุความ 1 ปี เช่นเดียวกับคดีละเมิดโดยเทียบเคียงมาตรา 448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้บังคับในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เนื่องจากในช่วงเวลานั้น

⁹¹ ในขณะดำรงตำแหน่งรองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาได้รับแต่งตั้งให้เป็นกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. และได้รับมอบหมายจากคณะรัฐมนตรีให้เป็นผู้ชี้แจงแสดงความคิดเห็น โปรดดู รายงานของคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ., สืบค้นจาก <https://dl.parliament.go.th/backoffice/viewer2300/web/viewer.php> เมื่อวันที่ 29 กรกฎาคม 2564

⁹² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : จีรรัชการพิมพ์, 2540), น. 113.



ยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองที่กำหนดอายุความการฟ้องคดีปกครองไว้⁹³ และเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และศาลปกครองได้เปิดทำการเมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2544 ก็ทำให้ระบบการคุ้มครองสิทธิของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษเป็นไปได้ง่ายขึ้น เนื่องจากการกำหนดวัตถุประสงค์ เหตุแห่งการฟ้องคดี ระยะเวลาการฟ้องคดี และอำนาจศาลในการกำหนดค่าบังคับสำหรับคดีปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ทำให้มีคดีพิพาทเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษปรากฏให้เห็นมากขึ้น เช่น คดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในวงงานราชทัณฑ์ อาทิ การไม่พักโทษให้กับนักโทษ⁹⁴ การไม่ปล่อยตัวนักโทษในวันที่กำหนดไว้แต่มีมติให้นักโทษเข้ารับการอบรมก่อนเป็นเวลาสี่เดือน⁹⁵ คำสั่งถอดถอนนักโทษออกจากการเป็นผู้ช่วยเหลือเจ้าพนักงาน ทำให้เสียสิทธิที่จะได้รับการลดโทษ⁹⁶ หรือการลงโทษทางวินัยนักโทษ⁹⁷ ในส่วนของการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในวงงานเกี่ยวกับการศึกษา ก็มีการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยนักเรียนและนักศึกษาปรากฏขึ้นจำนวนมาก⁹⁸ ซึ่งการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองก็ได้เดินตามทฤษฎีความสัมพันธ์พื้นฐานและความสัมพันธ์ภายในองค์กรของ Ule ที่แบ่งแยกระหว่างมาตรการของฝ่ายปกครองที่กระทบต่อนิติสัมพันธ์พื้นฐานกับมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่ไม่กระทบต่อนิติสัมพันธ์พื้นฐานหรือสิทธิของบุคคล⁹⁹ นอกจากนี้ ตำรากฎหมายปกครองร่วมสมัยอย่างตำรากฎหมายปกครองของวรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก็ได้อาศัยหลักเกณฑ์ในลักษณะเดียวกับทฤษฎีของ Ule มาใช้เพื่ออธิบายความเป็นคำสั่งทางปกครองของคำสั่งที่ส่งภายในนิติสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ โดยอธิบายว่า หากคำสั่งนั้นได้ส่งต่อบุคคลในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรแล้ว ย่อมไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง แต่หากคำสั่งนั้นไปมีผลกระทบ

⁹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3668/2540 ใน ไพโรจน์ วายุภาพ, คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2540 ตอนที่ 5, (กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา), น. 939-944; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1745/2540 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6248/2540 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6124/2541 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6623/2541 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 408/2542 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 526/2550 ก็ได้แสดงให้เห็นถึงการยอมรับว่าการกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ภายในที่กระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล เป็นคำสั่งทางปกครองที่ศาลเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ เช่น การสั่งลงโทษทางวินัย หรือการสั่งพักราชการ

⁹⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 285/2546

⁹⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 613-614/2549

⁹⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 648/2549

⁹⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 795/2549 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 844/2550

⁹⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 36/2550 คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 969/2553; คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 375/2550 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1985/2557 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1606/2559 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1150/2561 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 520/2562

⁹⁹ โปรตดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 118/2545 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 419/2551 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 448/2551 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 123/2556 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 371/2556

ต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลในทางส่วนตัวแล้ว คำสั่งดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครอง¹⁰⁰ อย่างไรก็ตาม ก็มีการกระทำของฝ่ายปกครองบางประเภทที่แม้จะไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง แต่ศาลปกครองก็จัดว่าเป็นคำสั่งอื่นที่ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ คือ คำสั่งย้ายข้าราชการ เพราะศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า แม้คำสั่งย้ายจะไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง แต่ผู้ถูกสั่งย้ายมีส่วนได้เสียโดยตรง ในผลของคำสั่งย้ายที่ทำให้ผู้นั้นได้รับความเดือดร้อนต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ฟ้องคดีในความเป็นอยู่ส่วนตัว ครอบครัว และความเจริญก้าวหน้าในหน้าที่การงานในทางราชการ ผู้ถูกสั่งย้ายที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งย้าย จึงมีสิทธิฟ้องคดีปกครองขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งย้ายได้¹⁰¹

4. ข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษในปัจจุบัน

ในปัจจุบันเราอาจกล่าวได้ว่า ในระบบกฎหมายไทยใช้ทฤษฎีความสัมพันธ์พื้นฐานและความสัมพันธ์ภายในองค์กรมาอธิบายคำสั่งทางปกครองและระบบการคุ้มครองสิทธิภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ โดยคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการก่อตั้งความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษอาจยกตัวอย่างได้ เช่น การออกคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ การจัดนักเรียนหรือนักศึกษาเข้าในสถานศึกษาภายหลังจากที่ผู้มีสิทธิเข้าเรียนได้รายงานตัว ส่วนคำสั่งที่เป็นการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษก็เช่น การเลื่อนระดับตำแหน่งหรือเงินเดือนแก่ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ทำให้นิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับข้าราชการเปลี่ยนแปลงไป โดยรัฐอาจต้องจ่ายเงินเดือนหรือให้สิทธิประโยชน์แก่ข้าราชการมากขึ้นจากนิติสัมพันธ์เดิม และข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้รับเลื่อนก็จะมีภาระหรือหน้าที่มากขึ้น หรือ การเลื่อนชั้นเรียนของนักเรียนก็ทำให้นิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักเรียนเปลี่ยนแปลงไป โดยนักเรียนมีสิทธิที่จะได้รับการศึกษาตามระดับที่ได้รับเลื่อนขึ้น ส่วนการลงโทษทางวินัยก็เป็นการเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์พื้นฐานเช่นเดียวกัน เช่น การลงโทษตัดเงินเดือนก็ทำให้สิทธิในเงินเดือนของข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอยู่เดิมลดลง หรือคำสั่งพักการศึกษาของนักเรียนหรือนักศึกษาก็ทำให้นักเรียนหรือนักศึกษาถูกระงับสิทธิในการเข้าเรียนในช่วงเวลานั้นไป สำหรับการกระทำที่เป็นการระงับความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษก็เช่น การสั่งให้ออก หรือลงโทษปลดออกหรือไล่ออกจากราชการ การสั่งให้พ้นสภาพการเป็นนักศึกษาที่ทำให้ข้าราชการหรือนักศึกษาต้องพ้นจากสถานะดังกล่าวไป ส่วนการกระทำที่เป็นการกระทำในความสัมพันธ์ภายในองค์กรก็เช่น การสั่งงานตามหน้าที่ราชการ การย้ายข้าราชการโดยไม่กระทบต่อลักษณะงานในสาระสำคัญและไม่กระทบต่อสิทธิประโยชน์หรือเงินเดือน การสั่งให้นักเรียนทำการบ้าน การปรับเปลี่ยนตารางเรียน ซึ่งหลักการดังกล่าวย่อมนำไปปรับใช้กับความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษอื่น ๆ ได้ เช่น ความสัมพันธ์ทางทหาร ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักโทษ

¹⁰⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, 2554), น. 137.

¹⁰¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 469/2549



อย่างไรก็ตาม ยังคงมีความยุ่งยากอยู่ไม่น้อยในการพิจารณาว่าการกระทำในรูปแบบใดที่กระทบสิทธิของบุคคลและสามารถโต้แย้งต่อศาลได้ และการกระทำในรูปแบบใดที่เป็นเพียงมาตรการภายในที่ไม่กระทบสิทธิและไม่สามารถโต้แย้งต่อศาลได้ เนื่องจากการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะของบุคคลภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ ย่อมมีความสัมพันธ์กับการดำเนินงานขององค์กรอย่างใกล้ชิด จึงเป็นการยากยิ่งที่จะวินิจฉัยอย่างเด็ดขาดว่าการกระทำนั้นกระทบต่อความสัมพันธ์พื้นฐานหรือไม่¹⁰² เช่น การสั่งย้ายข้าราชการจากตำแหน่งนักทรัพยากรบุคคลไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนักวิเคราะห์นโยบายและแผน โดยที่สิทธิประโยชน์ไม่ได้ลดลง เช่นนี้ผู้ที่ถูกสั่งย้ายจะได้แย้งได้หรือไม่ว่าตนเองเสียสิทธิในการปฏิบัติงานตามลักษณะงานที่มีอยู่เดิม และไม่ต้องการไปปฏิบัติงานในตำแหน่งใหม่¹⁰³ นอกจากนี้ การแบ่งแยกระหว่างความสัมพันธ์พื้นฐานกับความสัมพันธ์ภายในองค์กรของความสัมพันธ์ทางอำนาจแต่ละประเภทยังมีความเข้มข้นของภาระหน้าที่แตกต่างกันไป¹⁰⁴ ทำให้การแบ่งแยกระหว่างการกระทำที่กระทบต่อความสัมพันธ์พื้นฐานและการกระทำที่เป็นความสัมพันธ์ภายในองค์กรไม่มีความชัดเจนแน่นอน¹⁰⁵ เช่น หน้าที่ของข้าราชการที่ต้องรักษาความเป็นกลางทางการเมืองในการปฏิบัติหน้าที่ราชการหรือการอื่นที่เกี่ยวข้องกับประชาชน¹⁰⁶ ในกรณีนี้ถ้าหากผู้บังคับบัญชาเห็นว่า การแสดงความคิดเห็นทางการเมืองของข้าราชการในทางส่วนตัวอาจกระทบต่อความเป็นกลางทางการเมืองได้ จึงออกคำสั่งภายในห้ามมิให้ข้าราชการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองไม่ว่าในทางใด ๆ มิเช่นนั้น จะถูกลงโทษทางวินัย เราจะจัดว่าคำสั่งนี้เป็นเพียงคำสั่งภายในหรือคำสั่งทางปกครอง เพราะคำสั่งดังกล่าวย่อมผูกพันต่อข้าราชการเป็นการภายในที่อาจจัดให้เป็นการกระทำเกี่ยวกับความสัมพันธ์ภายในองค์กร แต่ในอีกด้านหนึ่งคำสั่งนี้ก็กระทบ

¹⁰² Kielmansegg, Sebastian Graf von, Grundrechte im Näheverhältnis, (Tübingen : Mohr Siebeck, 2012), S. 243-244.

¹⁰³ ในกรณีนี้จะต้องยึดหลักในการพิจารณาในทางทวิวิสัยว่า คำสั่งนั้นกระทบกระเทือนต่อผู้รับคำสั่งในฐานะใด หากกระทบต่อผู้รับคำสั่งในฐานะที่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กร มิได้กระทบกระเทือนสิทธิในทางส่วนตัว ผู้รับคำสั่งก็ไม่อาจโต้แย้งคำสั่งนั้นต่อศาลได้ ในกรณีตัวอย่างข้างต้นต้องถือว่าโดยหลักแล้ว ลักษณะงานหรือภาระงานเป็นสิ่งที่ถูกกำหนดไว้ตามตำแหน่ง มิได้ยึดตัวบุคคล และมีได้ให้สิทธิประโยชน์ในทางส่วนตัวแก่บุคคล คำสั่งย้ายข้างต้นจึงไม่กระทบสิทธิในทางส่วนตัวของผู้รับคำสั่ง Vgl. Epping, Volker, Grundrechte, 4. Auflage, (Heidelberg : Springer, 2010), Rn. 689-690.

¹⁰⁴ Vgl. Münch, Ingo von, in: Erichsen/Martens (Hrsgs.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Auflage, (Berlin : De Gruyter, 2020), S. 84-85.

¹⁰⁵ Gönsch, Manfred M., Zum Rechtsschutz im Beamtenverhältnis nach dem Ende der Rechtsfigur vom „besonderen Gewaltverhältnis“, JZ 1979, S. 16 (17).

¹⁰⁶ มาตรา 82 (9) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

ต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของข้าราชการตามมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญ¹⁰⁷ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักเรียนหรือนักศึกษาที่นักเรียนหรือนักศึกษาไม่มีหน้าที่ที่จะต้องเป็นกลางทางการเมืองต่อรัฐหรือต่อประชาชน สถานศึกษาไม่อาจแทรกแซงการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองของนักเรียนได้ หากสถานศึกษาออกคำสั่งห้ามการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองของนักเรียนหรือนักศึกษา ย่อมเป็นการออกคำสั่งที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของนักเรียนโดยตรงและเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จากตัวอย่างทั้งสองกรณีจะเห็นได้ว่าทฤษฎีว่าด้วยความสัมพันธ์พื้นฐานและความสัมพันธ์ภายในองค์กรยังไม่ใช่สูตรสำเร็จที่จะใช้อธิบายหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่อยู่ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ แต่จะต้องพิจารณาธรรมชาติของความสัมพันธ์ทางอำนาจแต่ละประเภทด้วยว่ามีความเข้มข้นต่างกันมากน้อยเพียงใด

ดังนั้น หากจะแบ่งแยกความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคลที่ดำรงตำแหน่งของรัฐให้ละเอียดมากขึ้น Kielmansegg จึงได้เสนอวิธีการในการแบ่งแยกว่า จะต้องแยกแยะระหว่างความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับตำแหน่ง (Amtsverhältnis) ความสัมพันธ์ระหว่างตำแหน่งกับบุคคลที่มาดำรงตำแหน่ง (Amtswalterverhältnis) ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับผู้ดำรงตำแหน่ง (Dienstverhältnis) และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคลที่มาดำรงตำแหน่งในฐานะประชาชนทั่วไป (Staatsbürgerverhältnis)¹⁰⁸ โดยจะต้องทำความเข้าใจเบื้องต้นว่า “ตำแหน่ง” ในทางรูปธรรมนั้น หมายถึง บรรดาขอบเขตภารกิจของรัฐที่ถูกแบ่งออกมาในระดับที่เล็กที่สุดที่จะมอบหมายให้กับบุคคลที่มาดำรงตำแหน่งนั้นไปปฏิบัติ การดำรงอยู่ของตำแหน่งจึงไม่ขึ้นอยู่กับ การเปลี่ยนแปลงของบุคคลที่มาดำรงตำแหน่งนั้น ตำแหน่งจึงถือเป็นจุดถ่ายโอน (Übergangsstelle) ภารกิจของรัฐไปยังบุคคลธรรมดา และเป็นจุดที่รับเอาการกระทำของผู้ดำรงตำแหน่งไปเป็นการกระทำของรัฐด้วย บรรดา กฎเกณฑ์ทั้งหลายของรัฐที่มีผลต่อตำแหน่งโดยตรงย่อมมีผลต่อตำแหน่งเป็นการภายในเท่านั้น มิได้มีผลกระทบต่อบุคคลที่มาดำรงตำแหน่งแต่อย่างใด เช่น อำนาจหน้าที่ของตำแหน่ง ภารกิจของตำแหน่ง ความผูกพันของตำแหน่งต่อหน่วยงาน และการจัดลำดับชั้นของตำแหน่ง¹⁰⁹ ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคลที่มาดำรงตำแหน่งในฐานะบุคคลธรรมดา นั้น จัดว่าเป็นความสัมพันธ์ทั่วไประหว่างรัฐกับประชาชนที่จะต้องกำหนดกฎเกณฑ์โดยกฎหมาย เพื่อกำหนดนิติสัมพันธ์และสิทธิหน้าที่ระหว่างรัฐกับบุคคล¹¹⁰ ซึ่งเมื่อมีการมอบตำแหน่งให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งไปแล้ว กฎเกณฑ์ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับตำแหน่ง

¹⁰⁷ คำสั่งห้ามแสดงความคิดเห็นทางการเมืองนี้ หากเปรียบเทียบกับคำสั่งห้ามมิให้ครูแต่งกายตามหลักศาสนาของตนในโรงเรียนในระบอบกฎหมายเยอรมัน อาจจัดให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่สามารถอุทธรณ์ได้แย้งและฟ้องคดีต่อศาลได้ Vgl. Stock, Martin, Öffentliches Recht: Ein Lehrer als Bhagwan - Fan, Jus 1989, S. 654.

¹⁰⁸ Kielmansegg, Sebastian Graf von, Grundrechte im Näheverhältnis, (Tübingen : Mohr Siebeck, 2012), S. 250, 264.

¹⁰⁹ Vgl. Ibid, S. 250-252.

¹¹⁰ Ibid, S. 252.

ย่อมมีผลผูกพันผู้ที่เข้ามาดำรงตำแหน่งด้วย ความผูกพันต่อกฎเกณฑ์เกี่ยวกับตำแหน่งนี้จึงไม่จำเป็นต้องอาศัยกฎหมายใด ๆ มากำหนดว่าผู้ที่มาดำรงตำแหน่งมีอำนาจหน้าที่อย่างไร เนื่องจากกฎเกณฑ์เหล่านั้นได้ถูกกำหนดไว้ล่วงหน้าและผูกพันผู้ที่มาดำรงตำแหน่งผ่านการมอบหมายตำแหน่งแล้ว¹¹¹ จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า กฎเกณฑ์ใดที่เป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับตำแหน่งและการทำหน้าที่ในตำแหน่งโดยตรง การกำหนดกฎเกณฑ์ของรัฐย่อมไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคล ส่วนกฎเกณฑ์ใดที่เป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคลที่มาดำรงตำแหน่งในฐานะบุคคลธรรมดาที่มีสิทธิและหน้าที่ต่อรัฐ การกำหนดกฎเกณฑ์ในส่วนนั้นย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลที่มาดำรงตำแหน่งในฐานะบุคคลธรรมดา¹¹² เช่น การสั่งงานระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาเป็นเรื่องระหว่างตำแหน่งต่อตำแหน่ง มิใช่เป็นเรื่องระหว่างบุคคลต่อบุคคล ส่วนการลงโทษทางวินัยเป็นเหตุมาจากพฤติกรรมของบุคคล จึงเป็นการใช้อำนาจรัฐต่อบุคคลธรรมดา แต่อย่างไรก็ตาม Kielmansegg ก็ยอมรับว่าการแบ่งแยกเช่นนี้ แม้จะมีความชัดเจนมากขึ้นในระดับหนึ่ง แต่ก็ยังไม่อาจนำไปสู่ผลลัพธ์ที่มีความชัดเจนได้สำหรับทุกกรณี เช่น ในการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่ง บุคคลดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องที่จะไปรับมอบหมายงานที่เหมาะสมกับความรู้ความสามารถของตนตามระดับตำแหน่ง ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎเกณฑ์เกี่ยวกับตำแหน่งและสิทธิของบุคคลอาจมีความเกี่ยวพันกันได้¹¹³

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยในปัจจุบันได้พัฒนาโดยมุ่งหมายที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลมากขึ้น ถึงกระนั้น รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็ได้ยืนยันหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษที่มีมาแต่ครั้งอดีตไว้ในมาตรา 27 วรรคห้าว่า บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐ ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม ซึ่งบทบัญญัตินี้แตกต่างจากมาตรา 45 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ที่อนุญาตให้จำกัดสิทธิเสรีภาพของบรรดาเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ทั้งโดยกฎหมาย โดยกฎ หรือโดยข้อบังคับ จึงต้องตีความว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษต้องกระทำโดยกฎหมายเช่นเดียวกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลทั่วไปตามมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญ แต่ในทางความเป็นจริงแล้วการจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษกลับสวนทางกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยกฎระเบียบของฝ่ายปกครองที่แสดงถึงความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษในอดีตยังคงมีอยู่และปรากฏปัญหาขึ้นในทางความเป็นจริงอีกด้วย ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับข้าราชการ ก็ยังคงมีระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรี ว่าด้วยมารยาททางการเมืองของข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2499¹¹⁴ ซึ่งก็ได้มีการอ้างอิงระเบียบฉบับดังกล่าวมาใช้อย่างต่อเนื่องขึ้นเงินเดือนของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้ช่วยเหลือ

¹¹¹ Ibid, S. 256-257.

¹¹² Vgl. Ibid, S. 270.

¹¹³ Ibid, S. 266, 280.

¹¹⁴ ระเบียบฉบับนี้มีผลบังคับได้โดยมาตรา 82 (9) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

พรรคการเมืองในการทำบัญชีรายรับรายจ่ายตามสิทธิเสรีภาพของตน¹¹⁵ หรืออาศัยระเบียบฉบับนี้เพื่อห้ามปรามมิให้ข้าราชการในสังกัดวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาล¹¹⁶ หรือมีการแสดงออกว่าจะดำเนินการทางวินัยต่อข้าราชการที่ใช้เสรีภาพทางการเมืองในทางส่วนตัว¹¹⁷ หรือใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น¹¹⁸ และยังมีกรณีการดำเนินการทางวินัยต่อข้าราชการที่ไปร่วมชุมนุมทางการเมืองอีกด้วย¹¹⁹ ซึ่งเป็นสถานะที่กลับหัวกลับหางในลำดับชั้นแห่งกฎหมายอย่างยิ่งที่มีการอ้างอิงระเบียบเพื่อบดบังผลบังคับของสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญสำหรับความสัมพันธ์ทางทหารก็ยังคงใช้บังคับพระราชบัญญัติวินัยทหาร พุทธศักราช 2476 ที่มีโทษค่อนข้างรุนแรง แต่ก็ยังปรากฏว่ามีการกระทำที่รุนแรงกว่าที่กฎหมายกำหนดและจบลงด้วยการเสียชีวิตของทหาร¹²⁰ ในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างสถานศึกษากับนักเรียนหรือนักศึกษา ภายหลังจากที่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 132 ลงวันที่ 22 เมษายน 2515 ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ยังคงยืนยันว่านักเรียนและนักศึกษาจะต้องปฏิบัติตามระเบียบของสถานศึกษาและตามที่กำหนดในกฎกระทรวง แต่ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวก็มิได้ให้อำนาจกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการควบคุมการไว้ทรงผมของนักเรียน แต่กลับบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 88 ให้บรรดากฎกระทรวงที่ออกโดยอาศัยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 132 ลงวันที่ 22 เมษายน 2515 ให้มีผลใช้บังคับได้ต่อไปเท่าที่ไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งเท่ากับยอมรับว่า

¹¹⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 276/2563

¹¹⁶ ข้อ 4 ของแนวปฏิบัติในการใช้สื่อสังคมออนไลน์ (Social Media) สำหรับบุคลากรของกระทรวงการต่างประเทศ ปรากฏตามโทรเลข กระทรวงการต่างประเทศ ที่ ทล. 0208/1156/2559 ลงวันที่ 16 กันยายน 2559

¹¹⁷ ผู้ว่าฯ กาญจนบุรี กำชับข้าราชการและเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกแห่งให้วางตัวเป็นกลางในการเลือกตั้ง [ออนไลน์], 2564, สืบค้นจาก <https://thainews.prd.go.th/th/news/detail/TCATG201106185538896> เมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2564

¹¹⁸ แฉ ! นิตกร สสจ. พิษณุโลก ชูดำเนินการทางวินัย หมอนัดแต่งดำ [ออนไลน์], 2564, สืบค้นจาก https://www.matichon.co.th/local/quality-life/news_2816918 เมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2564

¹¹⁹ สำนักงาน ก.พ., แนวทางการลงโทษข้าราชการพลเรือนตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : สำนักงาน ก.พ., 2552), น. 184-185; ในข้อนี้แม้จะฟังได้ว่าข้าราชการรายดังกล่าวได้ละทิ้งหน้าที่ราชการไปร่วมชุมนุม แต่ลำพังการไปร่วมชุมนุมทางการเมืองในเวลาราชการยังไม่อาจฟังได้ว่าข้าราชการรายดังกล่าวไม่เป็นกลางทางการเมือง เพราะความไม่เป็นกลางทางการเมืองกับการละทิ้งหน้าที่ราชการเป็นคนละกรณี จะต้องพิจารณาต่อไปว่าข้าราชการรายดังกล่าวได้สวมเครื่องแบบข้าราชการหรืออ้างอิงตำแหน่งหน้าที่ของตนในการแสดงออกหรือไม่ด้วย

¹²⁰ ย้อนรอยความตายในค่ายทหาร !!! [ออนไลน์], 2561, สืบค้นจาก <https://www.komchadluek.net/news/scoop/340529> เมื่อวันที่ 3 สิงหาคม 2564; ศาลอุทธรณ์ สั่งกองทัพบก จ่าย 1.8 ล้านบาท ชดใช้แม่สืบทูกิตติกร คดีถูกซ้อมจนตาย [ออนไลน์], 2561, สืบค้นจาก https://www.khaosod.co.th/around-thailand/news_1930207 เมื่อวันที่ 3 สิงหาคม 2564; ศาลแพ่ง สั่ง ทบ. ชดใช้ครอบครัว ร.ต. สนาน เสียชีวิตขณะสอบว่ายน้ำ ชีครุฝึกประมาท [ออนไลน์], 2562, สืบค้นจาก https://www.khaosod.co.th/around-thailand/news_2322824 เมื่อวันที่ 3 สิงหาคม 2564



กฎกระทรวง ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2515) ออกตามความในประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 132 ลงวันที่ 22 เมษายน พ.ศ. 2515 ยังคงมีผลบังคับต่อไป¹²¹ ทั้งที่ภายใต้มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลจะกระทำได้โดยกฎหมายเท่านั้น ทำให้การจำกัดสิทธิเสรีภาพของนักเรียนโดยปราศจากกฎหมายให้อำนาจดำเนินต่อไป และถึงขั้นมีการใช้กำลังทางกายภาพกระทำต่อนักเรียนที่เรียกว่าการ “กลั่นแอม”¹²² หรือทำร้ายด้วยการตี¹²³ ทั้งที่ระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยการลงโทษนักเรียนหรือนักศึกษา พ.ศ. 2548¹²⁴ มิได้ให้อำนาจครูหรือเจ้าหน้าที่ใด ๆ กระทำการดังกล่าวไว้เลย และแม้ในภายหลังจะมีระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการไว้ทรงผมของนักเรียน พ.ศ. 2563¹²⁵ ที่แม้จะไม่ได้กำหนดความยาวของเส้นผมนักเรียนแล้ว แต่ก็ยังกำหนดรูปแบบและข้อห้ามบางประการในการไว้ทรงผมของนักเรียนอยู่ อาทิ ห้ามตัดหรือย้อมผม หรือระเบียบว่าด้วยเครื่องแต่งกายของมหาวิทยาลัยต่าง ๆ เช่น ข้อ 11 ของระเบียบมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ว่าด้วยการแต่งกายของนักศึกษา พ.ศ. 2549 ที่กำหนดให้นักศึกษาแต่งกายสุภาพ หากนักศึกษาแต่งกายไม่สุภาพเรียบร้อยจนไม่เหมาะสมกับกาลเทศะอย่างยิ่ง อาจถูกปฏิเสธไม่ให้เข้าเรียนหรือรับบริการจากหน่วยงานในมหาวิทยาลัยได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าตามระเบียบนี้มีได้บังคับให้นักศึกษาต้องแต่งเครื่องแบบเข้าเรียน แต่ก็ยังมีปัญหาเกิดขึ้นเมื่อมีอาจารย์ในบางรายวิชาบังคับให้นักศึกษาต้องแต่งเครื่องแบบ นักศึกษาเข้าเรียนในรายวิชาของตน¹²⁶ จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า แม้จะมีกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐเหล่านี้แล้ว แต่ก็ยังปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐยังคงอาศัยความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกัน

¹²¹ ในความสัมพันธ์ระหว่างเรือนจำกับนักโทษก็มีระเบียบกรมราชทัณฑ์ ว่าด้วยการตัดผมผู้ต้องขัง พ.ศ. 2557 ใช้บังคับอยู่ในลักษณะเดียวกัน

¹²² สยบดราม่า ! ครูโศครูปกลั่นแอม นร. ลงเฟซบุ๊ก ดอดขอโทษผู้ปกครองเด็กแล้ว [ออนไลน์], 2560, สืบค้นจาก <https://www.thairath.co.th/news/local/north/945818> เมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2564; ตกลงกันก่อนแล้ว ! ผอ. โรงเรียนดังแจงครูกลั่นแอม นร. ต้องตัดสั้น [ออนไลน์], 2564, สืบค้นจาก <https://www.posttoday.com/social/local/647782> เมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2564; คืบหน้า ! ประเด็นดราม่า ครูกลั่นแอมนักเรียน [ออนไลน์], 2562, สืบค้นจาก <https://news.mthai.com/general-news/754871.html> เมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2564; ดราม่าแหกผมจบสวย ! ครูยอมขอโทษแม่เด็ก รับทำเกินกว่าเหตุ ยังเรียนโรงเรียนเดิม ย้ายติดกฎใหม่ ก.ศึกษาฯ [ออนไลน์], 2563, สืบค้นจาก <https://mgronline.com/local/detail/9630000070226> เมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2564

¹²³ จวกยับ ! ครูตีนักเรียนหญิง ง้างตีสุดวงสะวิง [ออนไลน์], 2563, สืบค้นจาก https://www.matichon.co.th/education/news_2363091 เมื่อวันที่ 4 สิงหาคม 2564; สอบทัณฑ์บน ปม “ครูสระแก้ว” ตีนักเรียน ม.3 สุดโหด [ออนไลน์], 2564, สืบค้นจาก <https://news.thaipbs.or.th/content/302640> เมื่อวันที่ 4 สิงหาคม 2564; วิจารย์สนั่น ครูใช้ไม้กวาดตีนักเรียนไม่ยั้ง เหตุไม่เก็บขยะในห้องเรียน [ออนไลน์], 2564, สืบค้นจาก <https://news.ch7.com/detail/470053> เมื่อวันที่ 4 สิงหาคม 2564

¹²⁴ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 122 ตอนพิเศษ 35 ง 26 เมษายน 2548

¹²⁵ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 137 ตอนพิเศษ 103 ง 1 พฤษภาคม 2563

¹²⁶ ปกรณียกราน ! นศ. ใส่เครื่องแบบเรียน [ออนไลน์], 2556, สืบค้นจาก <https://www.komchadluek.net/news/lifestyle/167790> เมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2564

ภายในสถานศึกษาเพื่อหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎหมาย ปฏิบัติเหล่านี้อาจเรียกได้ว่าเป็นการตีรณของความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษในยุคดั้งเดิมที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจกว้างขวางอย่างมาก แต่เมื่อมาปะทะกับระบบกฎหมายปกครองสมัยใหม่ที่มุ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่จะทำให้ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษไม่มีตำแหน่งแห่งที่ในระบบกฎหมายอีกต่อไป และลดทอนอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในท้ายที่สุด

นอกจากระเบียบที่มีผลบังคับมาแต่ครั้งอดีตแล้ว ในปัจจุบันยังมีการออกกฎเกณฑ์ใหม่ ๆ ที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษเพิ่มขึ้นด้วย เช่น การควบคุมพฤติกรรมของเจ้าหน้าที่ของรัฐในทางส่วนตัว อาทิ ข้อ 7 ของประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน กำหนดให้ข้าราชการต้องดำเนินชีวิตอย่างเรียบง่ายและนำหลักคำสอนทางศาสนามาปรับใช้¹²⁷ และยังมีการออกหนังสือเวียนเพื่อกำหนดแนวทางปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมที่กำหนดข้อห้ามและข้อปฏิบัติในรายละเอียด ซึ่งบางข้อก็เป็นการแทรกแซงชีวิตส่วนตัวของข้าราชการอย่างมาก เช่น ข้าราชการพลเรือนควรส่งเสริมให้มีการปฏิบัติศาสนกิจ สืบทอดและทำนุบำรุงศาสนา วางตนเป็นกลางทางการเมือง ดำเนินชีวิตอย่างเรียบง่าย ประหยัด ฯลฯ¹²⁸ ซึ่งกฎเกณฑ์ลักษณะนี้แสดงให้เห็นถึงความไม่เข้าใจเส้นแบ่งระหว่างฐานะของข้าราชการในฐานะข้าราชการและในฐานะส่วนตัวที่เป็นผู้ทรงสิทธิเสรีภาพ และยังอาจสร้างความเข้าใจผิดต่อไปได้ว่า ข้าราชการเป็นผู้ที่มีหน้าที่ต่อรัฐตลอดเวลาไม่เว้นแม้แต่ในชีวิตส่วนตัว¹²⁹ และกฎเกณฑ์ในลักษณะดังกล่าวมีผลทำให้พรมแดนระหว่างกฎเกณฑ์ภายในและภายนอกฝ่ายปกครองพร่าเลือนมากยิ่งขึ้นที่จะแยกแยะว่ากฎเกณฑ์ใดมีผลกระทบต่อข้าราชการในฐานะข้าราชการหรือมีผลกระทบต่อข้าราชการในฐานะส่วนตัวหรือในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับผู้ต้องขังก็ปรากฏว่ามีการออกระเบียบกรมราชทัณฑ์ ว่าด้วยการเยี่ยมการติดต่อของบุคคลภายนอกกับผู้ต้องขังและการเข้าดูกิจการหรือติดต่อการทำงานกับเรือนจำ พ.ศ. 2561¹³⁰ ซึ่งข้อ 9 (5) ของระเบียบดังกล่าว บังคับให้ผู้เข้าเยี่ยมผู้ต้องขังต้องยินยอมให้เจ้าหน้าที่ฟังการสนทนาระหว่างผู้เข้าเยี่ยมกับผู้ต้องขัง ทั้งที่การสื่อสารระหว่างผู้ต้องขังกับผู้เข้าเยี่ยมเป็นการใช้เสรีภาพในการ

¹²⁷ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนพิเศษ 109 ง 20 พฤษภาคม 2564

¹²⁸ หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 1019/ว 9 ลงวันที่ 5 กรกฎาคม 2564

¹²⁹ ความคิดที่ว่า “ข้าราชการต้องอยู่ในหน้าที่ตลอดเวลา” ยังปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมันสมัยก่อนอีกด้วย โดยปรากฏตั้งแต่ในคำพิพากษาของศาลปกครองแห่งมลรัฐปรัสเซียและศาลวินัยแห่งสหพันธรัฐซึ่งศาลปกครองแห่งมลรัฐปรัสเซียได้ให้เหตุผลในเรื่องนี้ไว้ว่า สิทธิของข้าราชการนั้นจะถูกจำกัดโดยบรรดาหน้าที่ที่กำหนดไว้ตามตำแหน่งของข้าราชการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หน้าที่ที่จะต้องซื่อสัตย์และเชื่อฟังคำสั่ง บรรดาหน้าที่เหล่านี้จะห้ามมิให้ข้าราชการใช้สิทธิเสรีภาพได้อย่างประชาชนทั่วไป ตำแหน่งหน้าที่ของข้าราชการจึงครอบคลุมไปถึงการใช้ชีวิตของข้าราชการทั้งหมด ข้าราชการจึงมิใช่บุคคลธรรมดาที่มีฐานะส่วนตัวอีกต่อไป Preußischen Oberverwaltungsgerichts, Juristische Wochenschrift 1927, S. 2867, zitiert in Robert Chr. van Ooyen, Hans Kelsen und die offene Gesellschaft, 2. Auflage, (Springer : Wiesbaden, 2017), S. 270; อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันความคิดนี้ไม่ได้รับการยอมรับอีกต่อไปแล้วในเยอรมนี Vgl. Münch, Ingo Von (Hrsgs.), Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Auflage, (Berlin : De Gruyter, 1988), S. 63.

¹³⁰ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนพิเศษ 271 ง 1 พฤศจิกายน 2562



ติดต่อสื่อสาร ซึ่งมาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญ กำหนดว่า การจำกัดเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารจะต้องกระทำโดยคำสั่งหรือหมายของศาลตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น การออกกฎเกณฑ์ในลักษณะดังกล่าวจึงแสดงให้เห็นว่า ข้อความคิดเกี่ยวกับหลักประกันสิทธิเสรีภาพยังไม่อาจแทรกซึมเข้าไปภายในปริณิพลแห่งอำนาจของฝ่ายปกครองได้อย่างเต็มที่

5. ข้อเสนอเพื่อสลายความเข้มข้นของความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ

5.1 ความจำเป็นที่ต้องสลายความเข้มข้นของความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ

เมื่อกลับมาพิจารณากฎเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษในประเทศไทยแล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายจะให้อำนาจฝ่ายปกครองอย่างกว้างขวางที่จะตรากฎหรือระเบียบที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ ดังนี้

(1) นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายข้าราชการ

มาตรา 82 (11) และมาตรา 83 (10) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ที่ให้อำนาจ ก.พ. ออกกฎเพื่อกำหนดฐานความผิดวินัยข้าราชการเพิ่มเติมได้ ทั้ง ๆ ที่การกำหนดฐานความผิดทางวินัยเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของข้าราชการโดยตรง เพราะเป็นการกำหนดข้อห้ามหรือข้อปฏิบัติ นอกจากนี้ มาตรา 82 (9) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ยังกำหนดให้ข้าราชการต้องปฏิบัติตามระเบียบของทางราชการว่าด้วยมารยาททางการเมืองของข้าราชการด้วย และระเบียบฉบับดังกล่าวก็คือ ระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรี ว่าด้วยมารยาททางการเมืองของข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2499 นั้นเอง ซึ่งระเบียบฉบับนี้ได้จำกัดเสรีภาพของข้าราชการหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ห้ามมิให้ข้าราชการวิพากษ์วิจารณ์การกระทำของรัฐบาล ให้ปรากฏต่อประชาชน ห้ามโฆษณาหาเสียงให้พรรคการเมือง ห้ามเขียนบทความที่มีลักษณะเป็นการเมืองลงหนังสือพิมพ์หรือใบปลิว ซึ่งการจำกัดเสรีภาพของข้าราชการโดยอาศัยเพียงระเบียบน่าจะขัดต่อมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญที่ประกันเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไว้ และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจะถูกจำกัดได้ก็แต่โดยกฎหมายเท่านั้น

(2) นิติสัมพันธ์ทางทหาร

แม้ในนิติสัมพันธ์ทางทหารจะมีพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ. 2476 ใช้บังคับอยู่ แต่ก็ยังมีมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการทหาร พ.ศ. 2521 ที่ให้อำนาจกระทรวงกลาโหมออกระเบียบข้อบังคับกำหนดวินัยเพิ่มเติมได้ ทำให้มีการออกระเบียบและข้อบังคับหลายฉบับที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของทหาร¹³¹ เช่น ข้อบังคับกระทรวงกลาโหม ว่าด้วยข้าราชการกลาโหมกับการเมือง พ.ศ. 2499 ที่จำกัดเสรีภาพทางการเมืองของทหารเช่นเดียวกับข้าราชการพลเรือน และยังมีกรออกคำสั่งต่าง ๆ ที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความประพฤติของทหารที่ปลีกย่อย

¹³¹ ระเบียบ ข้อบังคับ และคำสั่งต่าง ๆ สืบค้นได้จากประมวลแบบธรรมเนียมทหารของกระทรวงกลาโหม, สืบค้นจาก <https://bit.ly/3ylxNml> เมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2564

อย่างมาก เช่น คำสั่งกระทรวงกลาโหม (คำสั่งชี้แจง) ที่ 136/14936 เรื่อง ความประพฤติและการปฏิบัติของทหารหญิง พ.ศ. 2497 กำหนดข้อห้ามและข้อปฏิบัติของทหารหญิงเมื่อใส่เครื่องแบบหลายประการ เช่น ห้ามแต่งหน้า ห้ามสวมเครื่องประดับ ห้ามเดินเคียงคู่กับเพศตรงข้าม และกำหนดข้อแนะนำว่าไม่ควรสมรสกับคนต่างด้าว หรือคำสั่งกระทรวงกลาโหมที่ 177/22290 เรื่อง จำกัดการเสพสุราของข้าราชการที่ห้ามพลทหารดื่มสุราอย่างเด็ดขาด ส่วนนายทหารชั้นประทวนสามารถดื่มสุราได้แต่ภายในที่พักอาศัยหรือภายในสโมสรของทางราชการเท่านั้น ซึ่งข้อบังคับที่หยิบยกมานี้เป็นเพียงตัวอย่างเท่านั้น ยังคงมีระเบียบ ข้อบังคับ และคำสั่งภายในความสัมพันธ์ทางทหารอีกมากที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของทหารโดยที่กฎหมายไม่ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพเหล่านั้นไว้เลย

(3) นิติสัมพันธ์ระหว่างสถานศึกษากับนักเรียนหรือนักศึกษา

ตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 กำหนดให้นักเรียนและนักศึกษาต้องปฏิบัติตามระเบียบของสถานศึกษาและที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งก็ได้มีการออกกฎกระทรวงกำหนดความประพฤติของนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ. 2548 ที่กำหนดข้อห้ามและข้อปฏิบัติของนักเรียนและนักศึกษาในทำนองเดียวกับวินัยข้าราชการ และระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยการลงโทษนักเรียนหรือนักศึกษา พ.ศ. 2548 ที่กำหนดมาตรการลงโทษนักเรียนหรือนักศึกษาที่ฝ่าฝืนระเบียบของสถานศึกษาหรือของกระทรวงศึกษาธิการ ซึ่งเท่ากับว่านอกจากกฎระเบียบที่กระทรวงศึกษาธิการกำหนดแล้ว นักเรียนและนักศึกษายังต้องปฏิบัติตามระเบียบที่สถานศึกษาแต่ละแห่งกำหนดเองอีกด้วย ซึ่งตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ก็ได้กำหนดกฎหมายว่าด้วยการออกระเบียบของโรงเรียนนั้นมีขอบเขตจำกัดอย่างไรบ้าง ทำให้บางโรงเรียนออกระเบียบไปถึงการใช้เสรีภาพในทางส่วนตัวของนักเรียน เช่น การบังคับให้นักเรียนต้องใช้กระเป๋ของโรงเรียนเท่านั้น¹³² หรือการกำหนดให้นักเรียนต้องอ่านหนังสือหรือทำการบ้านในช่วงเวลาว่าง¹³³ หรือการห้ามมิให้นักเรียนแต่งกายตามหลักศาสนาของตน¹³⁴

¹³² ข้อ 18.1.8 ของระเบียบปฏิบัตินักเรียน โรงเรียนสายปัญญาในวังสราญรังสิต พ.ศ. 2563, สืบค้นจาก <https://bit.ly/3yji3Qe> เมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2564; ระเบียบโรงเรียนเตรียมอุดมศึกษา, สืบค้นจาก <https://bit.ly/3AC0ORo> เมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2564

¹³³ ข้อ 30 (1) ของระเบียบโรงเรียนยุพราชวิทยาลัยว่าด้วยวินัยและความประพฤตินักเรียน พ.ศ. 2563, สืบค้นจาก <http://www.yupparaj.ac.th/uploads/pdf/yup032115875221.pdf> เมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2564

¹³⁴ โปรดดูคำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565; ในเรื่องเกี่ยวกับการแต่งกายตามหลักศาสนาของนักเรียนพบว่า ในกรณีที่สถานศึกษาใช้พื้นที่วัดหรือที่ธรณีสงฆ์เป็นที่ตั้ง การแต่งกายของนักเรียนจะต้องเป็นไปตามที่วัดและสถานศึกษาดตกลงกัน ซึ่งเป็นการใช้ข้อตกลงระหว่างหน่วยงานทางปกครองมาจำกัดเสรีภาพทางศาสนาของนักเรียน ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีความแปลกประหลาดอย่างมาก เพราะการแต่งกายตามหลักศาสนาของนักเรียนหาได้มีผลกระทบต่อการใช้เสรีภาพในทางศาสนาของวัดไม่ โปรดดู ระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 135 ตอนพิเศษ 136 ง 13 มิถุนายน 2561

(4) นิติสัมพันธ์ระหว่างเรือนจำกับนักโทษ

นิติสัมพันธ์ระหว่างเรือนจำกับนักโทษนี้ได้กล่าวถึงในตอนต้นโดยละเอียดแล้วว่า มีกฎหมายหรือระเบียบที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของนักโทษในเรือนจำอย่างไรบ้าง แต่ในปัจจุบันเป็นที่น่าสนใจว่า มีการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพของนักโทษไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติมากขึ้น เช่น มาตรา 20 และมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้กำลังและการใช้เครื่องพันธนาการกับนักโทษไว้ รวมถึงบทบัญญัติอื่น ๆ ก็ได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ และผลร้ายจากการกระทำผิดวินัยของนักโทษไว้ชัดเจนในระดับหนึ่ง ซึ่งเป็นพัฒนาการที่เป็นไปในทางที่จะจำกัดอำนาจรัฐมากขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม ก็ยังคงมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพบางส่วนที่ยังคงอนุญาตให้ออกระเบียบมาจำกัดได้ เช่น มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว อนุญาตให้มีการออกระเบียบมาจำกัดเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารของนักโทษได้

จากสภาพการณ์ข้างต้นทำให้มีเหตุผลที่ต้องสลายข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ เนื่องจากการดำรงอยู่ของข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษอย่างเข้มข้นเป็นอันตรายต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพราะในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับตรงกันว่า บุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษมิได้สูญเสียสถานะบุคคลผู้ทรงสิทธิเสรีภาพไปทั้งหมด บุคคลธรรมดาย่อมเป็นบุคคลอยู่เสมอและมีสิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองทุกประการ รวมถึงมีความพยายามแบ่งแยกระหว่างสถานะของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษว่าในสถานะใดถึงจะจัดว่าบุคคลอยู่ในเขตแดนแห่งอำนาจภายในฝ่ายปกครอง และในสถานะใดบุคคลถึงจะจัดว่าอยู่นอกเขตแดนแห่งอำนาจภายในฝ่ายปกครอง การที่อนุญาตให้มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยอาศัยกฎ ระเบียบ หรือคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง ย่อมเป็นการสร้างข้อยกเว้นผลบังคับของสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิเสรีภาพของบุคคลก็เพื่อจำกัดอำนาจรัฐมิให้ล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยอำเภอใจ¹³⁵ ซึ่งความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษที่เข้มข้นมากเกินไป อาจทำให้บุคคลในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษนั้นสูญเสียสิทธิเสรีภาพไป โดยอาจมีตั้งแต่เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น สิทธิเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกาย (เครื่องแบบ ทรงผม การถูกทำร้ายด้วยการตี) เสรีภาพในการเคลื่อนที่ (การถูกลงโทษทางวินัยให้กักขัง)¹³⁶ ไปจนถึงสิทธิในชีวิตดังที่ได้กล่าวถึงไปข้างต้น และยิ่งไปกว่านั้น เมื่อผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษถูกปลูกฝังว่าตนเป็นเพียงเครื่องมือขององค์กรเท่านั้น ก็ยิ่งจะทำให้ผู้นั้นรับรู้ถึงสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นหรือรู้สึกผิดต่อการกระทำของตนน้อยลงไปด้วย¹³⁷ จึงไม่เป็นที่น่าแปลกใจที่บุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทาง

¹³⁵ Isensee, Josef, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland, Band IX, 3. Auflage, (Heidelberg : C.F. Müller, 2011), § 191, Rn. 10.

¹³⁶ เหล่าทัพราชูฏร แดกองทัพลี้ซังซังทหฬร 15 วัน งดบ้ำเห็ญ เพราะลงคลิปล TikTok ด้อยค้ำรัฐบาล [ออนไลน์], 2564, สืบค้นจาก https://www.matichon.co.th/politics/news_2869905 เมื่อวันที่ 11 สิงหาคม 2564

¹³⁷ Vgl. Malz, Heinrich, Das Beamtenverhältnis als besonderes Gewaltverhältnis, ZBR 1964, S. 97 (101); Stanley Milgram ได้เคยทดลองเกี่ยวกับการเชื่อฟังคำสั่งของมนุษย์ว่า มนุษย์พร้อมที่จะเชื่อฟังคำสั่ง

อำนาจพิเศษอย่างเข้มข้น เช่น ทหารหรือตำรวจสามารถใช้กำลังทางกายภาพต่อประชาชนได้อย่างไม่ลังเล¹³⁸ และแม้ว่าในปัจจุบันจะมีระบบการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่อยู่ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษแล้ว ก็ไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วการคุ้มครองสิทธิโดยศาลจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อ มีข้อพิพาท¹³⁹ หรือมีการกระทำที่จะทำให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายขึ้น¹⁴⁰ ระบบการคุ้มครองสิทธิ ภายหลังจากที่สิทธิเสรีภาพถูกกระทบกระเทือนดังกล่าวย่อมไม่ตอบสนองต่อการกิจของสิทธิเสรีภาพ

ในการทำร้ายผู้อื่นมากนักน้อยเพียงใด โดยทำการทดลองโดยให้อาสาสมัครจำลองสถานการณ์เป็นครู และหากนักเรียน ที่อยู่ห้องหนึ่งตอบคำถามผิดจะถูกอาสาสมัครช็อตด้วยกระแสไฟฟ้า ซึ่งไล่ลำดับความแรงขึ้นไปจนถึง 450 โวลต์ ซึ่งในห้องเดียวกับอาสาสมัครจะมีผู้ควบคุมการทดลองคอยออกคำสั่งให้กับอาสาสมัครว่าให้ดำเนินการปล่อยกระแสไฟฟ้า ต่อไป ซึ่งผลการทดลองพบว่าอาสาสมัครร้อยละ 62.5 ได้ปล่อยกระแสไฟฟ้าไปจนถึง 450 โวลต์ ซึ่ง Milgram พบว่า มีปัจจัยหลายประการที่ทำให้คนทำตามคำสั่ง เช่น ความใกล้ชิดกับตัวผู้ถูกกระทบ (ระยะห่างหรือการมองเห็น) และการได้รับคำสั่งโดยตรงจากผู้ควบคุมการทดลองในฐานะผู้มีอำนาจเหนือ โปรตดู Eckman, Bruce K., Research : STANLEY MILGRAM'S "OBEDIENCE" STUDIES, ETC : A Review of General Semantics Vol. 34, No. 1 (March 1977), pp. 88-89; ผลจากการทดลองดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าคนธรรมดา ๆ อาจเป็นเครื่องมือในการทำลายล้าง ที่ผิดศีลธรรมไปได้ ซึ่งคนที่เข้าร่วมการทดลองและปฏิบัติตามคำสั่งต่างก็ได้ให้คำอธิบายต่อการกระทำของตนว่าเป็นการทำ ตามสิ่งที่ถูกบอกให้ทำก็เท่านั้น ซึ่งเป็นการปฏิเสธความรับผิดชอบในทางศีลธรรมของตนและโยนความรับผิดชอบนั้นไปให้ ผู้ออกคำสั่ง Milgram, Stanley, The Dilemma of Obedience, The Phi Delta Kappan Vol. 55, No. 9 (May, 1974), p. 603 (605); หนึ่งในตำรวจร่วมก่อเหตุ รับจำใจทำตาม ผกก. โจ้ สั่ง ลั่นไม้ได้รีดเงิน [ออนไลน์], 2564, สืบค้นจาก https://www.khaosod.co.th/special-stories/news_6583129 เมื่อวันที่ 26 สิงหาคม 2564

¹³⁸ โปรตดู ศาลชี้ “พัน คำกอง” ดับจากกระสุนทหาร [ออนไลน์], 2555, สืบค้นจาก <https://www.komchadluek.net/news/crime/140224> เมื่อวันที่ 3 สิงหาคม 2564; ศาลชี้อีกราย ! เสียชีวิตปี 53 จากกระสุน “ทหาร” [ออนไลน์], 2557, สืบค้นจาก <https://www.voicetv.co.th/read/100920> เมื่อวันที่ 3 สิงหาคม 2564; ชาญวิทย์ เกษตรศิริ, 14 ตุลา บันทึกรประวัติศาสตร์, (กรุงเทพฯ : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2546), น. 65-84; ชาญวิทย์ เกษตรศิริ, จาก 14 ถึง 6 ตุลา และทองปาน, (กรุงเทพฯ : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2549), น. 125-128; จิตภา ธรรมวรรณ และศิวัช ศรีโสภากุล, วัฒนธรรมการลอบนวลพันผิด และกระบวนการสร้างความชอบธรรมให้แก่ ผู้กระทำความผิด ในกรณีปราบปรามและสังหารผู้ชุมนุมทางการเมืองในประเทศไทย, Veridian E-Journal Silpakorn University Vol. 12 No. 5 (2019): Humanities, Social Sciences, and Arts (September – October 2019), น. 1465 (1468-1470).

¹³⁹ มาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กำหนดว่า การที่จะฟ้องคดีต่อศาลได้ จะต้องเกิดการโต้แย้งสิทธิเสียก่อน

¹⁴⁰ มาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดว่า ผู้มีสิทธิฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหาย โดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้จากการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ



ตามรัฐธรรมนูญที่มีการกักในการป้องกันการละเมิดสิทธิตั้งแต่ต้น (Abwehrfunktion)¹⁴¹ อย่างเต็มที่และบางกรณีการชดเชยภายหลังจากการที่มีการละเมิดสิทธิเสรีภาพเกิดขึ้นแล้ว ก็ไม่อาจทำให้สิทธิเสรีภาพที่เสียไปแล้วกลับฟื้นคืนดีขึ้นมาได้ เช่น การเสียชีวิตหรือการถูกจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนที่ของทหารตามที่ปรากฏในข่าวที่ได้นำเสนอไปแล้วข้างต้นที่การเยียวยาภายหลังการสูญเสียสิทธิเสรีภาพไปแล้ว ไม่อาจกระทำทำให้สิทธิเสรีภาพที่เสียไปแล้วกลับคืนมาดังเดิม สำหรับแนวทางในการพัฒนาระบบการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษจะได้นำเสนอในลำดับถัดไป

5.2 วิธีการสลายความเข้มข้นของความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ

ในรัฐที่เป็นนิติรัฐและประชาธิปไตย การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจำต้องกระทำโดยกฎหมายเท่านั้น ซึ่งมาตรา 27 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ก็ได้รับรองว่าบรรดาข้าราชการ ทหาร ตำรวจ หรือเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐย่อมมีสิทธิเสรีภาพเช่นเดียวกับประชาชนทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญยินยอมให้จำกัดสิทธิเสรีภาพในกรณีพิเศษได้เฉพาะผู้ที่ป็นข้าราชการ ทหาร ตำรวจ หรือเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐเท่านั้น แต่ไม่ได้กล่าวถึงการอนุญาตให้จำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องขังหรือนักเรียนเป็นกรณีพิเศษ จึงต้องตีความไปในทางปฏิเสธว่า สิทธิเสรีภาพของผู้ต้องขังหรือนักเรียนจะถูกจำกัดได้ก็แต่โดยกฎหมาย และต้องเป็นไปตามกรณีที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้จำกัดได้ด้วย เช่น การจำกัดเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารจะต้องกระทำตามเงื่อนไขที่มาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญกำหนด โดยการจำกัดเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารจะต้องกระทำโดยคำสั่งหรือหมายของศาลตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติ

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะเห็นได้ว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพไม่ว่าจะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนทั่วไป หรือการจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ จะต้องกระทำโดยกฎหมายเท่านั้น ซึ่งกฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญย่อมหมายถึงกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ซึ่งก็มีปัญหาต่อไปว่า แล้วจะทราบได้อย่างไรว่าการกระทำในลักษณะใดจะต้องมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจ และการกระทำในลักษณะใดที่อาจออกกฎหมายหรือระเบียบในฐานะกฎหมายลำดับรองมาดำเนินการได้ การตอบปัญหาในข้อนี้ประเทศเยอรมนีได้สร้างทฤษฎีว่าด้วยสาระสำคัญ (Wesentlichkeitstheorie) ขึ้นมาอธิบาย ทฤษฎีนี้มีที่มาจากคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐได้มีคำพิพากษา ลงวันที่ 14 มีนาคม ค.ศ. 1972 ที่ได้กล่าวไปในตอนต้นนั่นเอง โดยทฤษฎีนี้มีเนื้อหาอยู่ว่าการตัดสินใจใด ๆ ของรัฐที่มีผลกระทบต่อการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน ผู้ที่มีอำนาจกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนั้นจะต้องเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วยตนเอง¹⁴² ซึ่งตามทฤษฎีนี้จะไม่อนุญาตให้มีการตรากฎหมายในลักษณะ

¹⁴¹ Epping, Volker, Grundrechte, 4. Auflage, (Heidelberg : Springer, 2010), Rn. 14.

¹⁴² Kalscheue, Fieter/Jacobsen, Der Parlamentsvorbehalt: Wesentlichkeitstheorie als Abwägungs-theorie, DÖV 2018, S. 523 (526).

ที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองอย่างกว้างขวางไปกำหนดกฎเกณฑ์ที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน¹⁴³ ดังนั้น ประเด็นปัญหาในการกำหนดกฎเกณฑ์ใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องถูกกำหนดกฎเกณฑ์โดยสภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น และยิ่งกฎเกณฑ์นั้น ๆ มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเท่าใด กฎเกณฑ์ในเรื่องนั้นยิ่งต้องมีความละเอียดมากขึ้นตามไปด้วย¹⁴⁴ โดยกฎหมายนั้นจะต้องกำหนดเนื้อหาของการกระทำของฝ่ายปกครอง เรื่องราวที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจได้ วัตถุประสงค์และขอบเขตการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไว้ให้มีความชัดเจนเพียงพอเพื่อให้บุคคลทั่วไปสามารถคาดเห็นได้ว่าตนอาจถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพในประการใดได้บ้าง¹⁴⁵ จากทฤษฎีดังกล่าว ทำให้บุคคลที่อยู่ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษในเยอรมนีได้รับความคุ้มครองในชั้นแรกจากฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องใคร่ครวญก่อนที่จะตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเหล่านั้น และยังได้รับความคุ้มครองในชั้นที่สองโดยศาลที่จะเข้ามาตรวจสอบในกรณีที่ฝ่ายปกครองออกกฎหมายหรือคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสิทธิ หรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ

จากทฤษฎีว่าด้วยสาระสำคัญข้างต้น ในการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องกำหนดเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญของนิติสัมพันธ์ประเภทต่าง ๆ ว่าสิทธิและหน้าที่ของรัฐและผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษมีอยู่อย่างไร รวมถึงจะต้องกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษด้วย เช่น สถานะของข้าราชการ สถานะของทหาร สถานะของนักโทษและนักเรียน และไม่อาจกำหนดกฎเกณฑ์ที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินไปกว่าที่นิติสัมพันธ์ประเภทนั้น ๆ เรียกร้อง โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องคำนึงถึงบทบาทและภารกิจของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษว่ามีบทบาทและภารกิจอย่างไร และจะต้องถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพในเรื่องใดบ้างเพื่อให้การดำเนินการกิจการของฝ่ายปกครองบรรลุผลได้¹⁴⁶ ซึ่งหมายความว่า เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติจะจำกัดสิทธิเสรีภาพในเรื่องใดของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญว่าอนุญาตให้จำกัดสิทธิเสรีภาพในกรณีใดได้บ้าง และยังจะต้องพิจารณานิติสัมพันธ์ตามความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษแต่ละประเภทว่าจำเป็นที่จะต้องจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลมากน้อยเพียงใด โดยไม่อาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษโดยใช้เหตุผลเดียวกันได้ เช่น ข้าราชการมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องเป็นกลาง

¹⁴³ BVerfG NJW 1979, S. 359 (360); Badura, Peter, Staatsrecht, 5. Auflage, (München : C.H. Beck, 2012), S. 620.

¹⁴⁴ Kalscheue, Fieter/Jacobsen, Der Parlamentsvorbehalt: Wesentlichkeitstheorie als Abwägungstheorie, DÖV 2018, S. 523 (524, 526); Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 12. Auflage, (München : C.H. Beck, 2012, § 20, Rn. 48; BVerfG NJW 1981, S. 1311; Vgl. BVerfG NJW 1978, S. 2143.

¹⁴⁵ Badura, Peter, Staatsrecht, 5. Auflage, (München : C.H. Beck, 2012), S. 376.

¹⁴⁶ Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 13. Auflage, (München : C.H. Beck, 2017), § 32, Rn. 29.

ทางการเมืองในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่อาจอ้างหรือใช้ตำแหน่งหน้าที่ของตนในการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อให้การบริการสาธารณะเป็นไปด้วยความเสมอภาค แต่ในขณะเดียวกัน รัฐไม่อาจใช้เหตุผลเดียวกันนี้ไปจำกัดเสรีภาพทางการเมืองของนักเรียน นักศึกษา หรือนักโทษได้ เนื่องจากบุคคลเหล่านี้ไม่ได้มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องเป็นกลางทางการเมืองต่อผู้ใด นักเรียน นักศึกษา หรือนักโทษย่อมอ้างสถานะของตนเพื่อตั้งข้อเรียกร้องทางการเมืองได้อย่างเต็มที่

แต่ในระบบกฎหมายไทยที่ยังคงอนุญาตให้ออกระเบียบมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษได้ ซึ่งโดยทั่วไปจะเป็นระเบียบที่อาศัยอำนาจตามกฎหมาย แต่ก็มีบางกรณีที่ระเบียบออกโดยอาศัยอำนาจจากกฎ เช่น ระเบียบของโรงเรียนต่าง ๆ ที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายกระทรวง กำหนดความประพฤติของนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ. 2548 และในบางกรณีก็มีการออกระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งโดยไม่ได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายใดเลย สถานะเช่นนี้จึงทำให้สิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษในระบบกฎหมายไทยไม่มีความแน่นอนและไม่ได้รับความคุ้มครอง การจะสลายอิทธิพลของข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษจึงต้องกระทำโดยนำทฤษฎีว่าด้วยสาระสำคัญมาใช้ รวมถึงต้องรื้อและจัดโครงสร้างของความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษเสียใหม่ ดังนี้

(1) นำทฤษฎีว่าด้วยสาระสำคัญมาปรับใช้กับการกำหนดกฎเกณฑ์ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ

ในการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ที่บุคคลมีความใกล้ชิดกับรัฐเป็นพิเศษ ดังเช่นความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ จะต้องคำนึงถึงปัจจัยสามประการ ได้แก่ อำนาจในการบริหารจัดการองค์กรของฝ่ายปกครอง ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับบุคคลที่มีสถานะพิเศษภายในฝ่ายปกครอง (ข้าราชการ ทหาร นักเรียน นักโทษ) และความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับบุคคลที่มีสถานะพิเศษภายในฝ่ายปกครองในลักษณะที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับบุคคลธรรมดาที่เป็นประชาชนทั่วไป

(ก) อำนาจในการบริหารจัดการองค์กรของฝ่ายปกครองมีที่มาจากกฎหมายที่จัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครอง เช่น พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ที่กำหนดว่าแต่ละส่วนราชการจะมีภารกิจอย่างไร และจะมีส่วนราชการภายใต้สังกัดมากน้อยเท่าใด รวมถึงมีที่มาจากกฎหมายอื่น ๆ ที่จัดตั้งส่วนราชการทั้งหลายขึ้น และกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนก็จะเป็นส่วนที่กำหนดแนวทางว่าแต่ละส่วนราชการควรมีข้าราชการมากน้อยเพียงใด ซึ่งในการจัดตั้งองค์กรทั้งหลายเหล่านี้จะไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลที่อยู่ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษแต่อย่างใด เนื่องจากบุคคลไม่ได้มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องโดยตรงกับการที่ส่วนราชการจะมีภารกิจมากน้อยเพียงใด หรือในกรณีของโรงเรียนหรือเรือนจำ การที่โรงเรียนหรือเรือนจำจัดโครงสร้างการบริหารองค์กรหรือจัดการตารางเวลาในการปฏิบัติภารกิจของตนเองก็ยังไม่กระทบต่อสิทธิของบุคคลแต่อย่างใด ตราบเท่าที่การบริหารจัดการนั้นไม่ได้ส่งผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะที่อาจกระทบต่อสิทธิของบุคคลได้ ดังนั้นการบริหารจัดการองค์กรในส่วนนี้จึงอาจกระทำได้โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจชัดแจ้ง เช่น ส่วนราชการกำหนดจำนวนตำแหน่งข้าราชการ กำหนดแนวทางการจัดทำหนังสือราชการ กำหนดภารกิจในส่วนงานต่าง ๆ รวมถึงการกำหนดคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งต่าง ๆ และการมอบหมายงาน

ตามภารกิจของตำแหน่งเหล่านั้นให้กับบุคคลที่ดำรงตำแหน่ง หรือการที่โรงเรียนประกาศตารางสอน หรือการที่เรือนจำกำหนดโครงสร้างการบังคับบัญชา

(ข) ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับบุคคลที่มีสถานะพิเศษภายในฝ่ายปกครอง เป็นนิติสัมพันธ์ที่อาศัยสิทธิและหน้าที่ระหว่างฝ่ายปกครองกับบุคคลที่มีสถานะพิเศษภายในฝ่ายปกครอง เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างข้าราชการกับส่วนราชการ ความสัมพันธ์ระหว่างสถานศึกษากับนักเรียนหรือนักศึกษา ความสัมพันธ์ระหว่างกองทัพกับทหาร และความสัมพันธ์ระหว่างเรือนจำกับนักโทษ การเกิดขึ้นของนิติสัมพันธ์เหล่านี้จะเกิดขึ้นโดยการกระทำที่มีผลในทางกฎหมายทั้งโดยสมัครใจและไม่สมัครใจ¹⁴⁷ เช่น การออกคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ การรับนักเรียนหรือนักศึกษาเข้าศึกษาในสถานศึกษา การเกณฑ์บุคคลเข้าเป็นทหาร และการที่ศาลมีคำพิพากษาให้จำคุกบุคคล เมื่อบุคคลได้เข้าสู่ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษแล้ว จะทำให้บุคคลมีสิทธิทางสถานะบางประการที่ผูกติดอยู่กับสถานะของตน (Statusrechte und -pflichten) เช่น สถานะข้าราชการ สถานะทหาร สถานะนักเรียนหรือนักศึกษา และสถานะนักโทษ ซึ่งสิทธิและหน้าที่ทางสถานะจะเห็นได้ค่อนข้างชัดเจนตามนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายข้าราชการที่จะทำให้ข้าราชการมีสิทธิบางประการต่อรัฐ อาทิ สิทธิการได้รับเงินเดือน สวัสดิการ และประโยชน์เกื้อกูล และสิทธิในการได้รับการมอบหมายงานที่เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ของตน หรือนักเรียนและนักศึกษาก็มีสิทธิได้รับการสาธารณสุขทางการศึกษาจากสถานศึกษาของตน ซึ่งการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิหน้าที่เหล่านี้จะต้องกำหนดโดยกฎหมายเพื่อประกันสิทธิของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ และการออกกฎหมายหรือคำสั่งใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่อันเกิดจากนิติสัมพันธ์ตามความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ ก็จะเป็นกฎหมายหรือคำสั่งที่มีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง เนื่องจากเป็นการมุ่งหมายก่อตั้งหรือเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษในฐานะบุคคลผู้ทรงสิทธิ (Rechtssubjekt)¹⁴⁸ มิใช่ในฐานะเครื่องมือของฝ่ายปกครอง นอกจากนี้ การที่บุคคลได้เข้าไปมีนิติสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับฝ่ายปกครองก็มิได้ทำให้บุคคลต้องสูญเสียสิทธิเสรีภาพไป¹⁴⁹ ดังนั้น การที่ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกำหนดหน้าที่พิเศษที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษเพิ่มเติมจะต้องมีการกำหนดกฎเกณฑ์ในนิติสัมพันธ์นั้นด้วยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ดังจะเห็นได้จากการตราพระราชบัญญัติต่าง ๆ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการทหาร พ.ศ. 2521 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 และพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ซึ่งมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพในลักษณะที่แตกต่างกันไปในวงงานของเรื่องนั้น ๆ เช่น การจำกัดสิทธิเสรีภาพของข้าราชการจะถูกกำหนดไว้ในเรื่อง

¹⁴⁷ Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 13. Auflage, (München : C.H. Beck, 2017), § 32, Rn. 27.

¹⁴⁸ Vgl. Rottman, Frank, Grundrechte und Rechtsschutz im Beamtenverhältnis, ZBR 1983, S. 77 (84).

¹⁴⁹ Ehlers, Dirk, in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Auflage, (Berlin : De Gruyter, 1995), S. 108-109.

วินัยข้าราชการที่กำหนดข้อห้ามหรือข้อปฏิบัติของข้าราชการ หรือการจำกัดสิทธิเสรีภาพของนักโทษก็จะมี การใช้เครื่องพันธนาการเพื่อจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนไหว หรือมีการควบคุมการติดต่อสื่อสารทางจดหมาย เพื่อจำกัดเสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร แต่อย่างไรก็ตาม บรรดากฎหมายที่กล่าวถึงนั้นยังคงอนุญาตให้ฝ่ายปกครอง ออกกฎเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การตัดสินใจที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล ในเรื่องใด ๆ ต้องเป็นการตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรงตามทฤษฎีว่าด้วยสาระสำคัญ มิเช่นนั้นแล้ว สิทธิเสรีภาพของบุคคลจะไม่มี ความมั่นคงแน่นอนไปตามการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง ดังนั้น กฎหรือระเบียบ ของฝ่ายปกครองที่มีผลจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษจึงควรถูกยกเลิก และนำไปทบทวนในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพ เสียใหม่ เพื่อให้ระบบกฎหมายปกครองของไทยเป็นนิติรัฐและประชาธิปไตยอย่างแท้จริง

(ค) ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับบุคคลที่มีสถานะพิเศษภายในฝ่ายปกครอง ในลักษณะที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับบุคคลธรรมดาที่เป็นประชาชนทั่วไป ด้วยเหตุที่บุคคล ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษมีสองสถานะในตัวเอง กล่าวคือ ข้าราชการ ทหาร นักเรียนหรือนักศึกษา และนักโทษ ก็มีสถานะเป็นประชาชนคนหนึ่งที่มีสิทธิเสรีภาพในการกำหนดวิถีชีวิตของตนเองอย่างเต็มที่ อีกทั้งบุคคลดังกล่าวก็มีได้อยู่ในบทบาทและภารกิจของตนตลอดเวลา¹⁵⁰ การกำหนดกฎเกณฑ์ใด ๆ ที่จะ มีผล เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการดำเนินชีวิตส่วนตัวของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ จึงต้อง ถือว่าเป็นข้อยกเว้นอย่างยิ่ง เนื่องจากการดำเนินชีวิตในทางส่วนตัวของบุคคลดังกล่าวโดยหลักแล้วย่อมจะ ไม่มีผลกระทบต่อบทบาทหรือภารกิจของบุคคลดังกล่าวในองค์กร เช่น การที่ข้าราชการไม่นับถือศาสนาใด ๆ หรือการที่นักเรียนและนักศึกษารวมตัวกันเพื่อทำกิจกรรมทางการเมืองตามความนิยมของตน หรือการที่ นักโทษจะเขียนบทความเพื่อลงตีพิมพ์ในที่ต่าง ๆ การกระทำความผิดย่อมไม่มีผลกระทบต่อบทบาทหรือ ภารกิจของข้าราชการ นักเรียนหรือนักศึกษา และนักโทษแต่อย่างใด โดยทั่วไปแล้วรัฐจึงไม่อาจออกกฎเกณฑ์ใด ๆ มาจำกัดสิทธิเสรีภาพในทางส่วนตัวของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษได้ แต่ก็มีข้อยกเว้น ในบางกรณี ถ้าหากการใช้สิทธิเสรีภาพในทางส่วนตัวอาจมีผลกระทบต่อบทบาทและภารกิจของบุคคลที่อยู่ ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษได้¹⁵¹ เช่น การที่ข้าราชการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่เป็นกลางทางการเมือง ต่อประชาชนและเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลทางการเมือง หรือการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐประพฤติชั่วในทางส่วนตัว เช่น ฉ้อโกง ลักทรัพย์ จนอาจทำให้ประชาชนไม่เชื่อมั่นต่อการรักษากฎหมายของฝ่ายปกครอง ในกรณีดังกล่าวนี้

¹⁵⁰ Vgl. Münch, Ingo von, Beamtenrecht und Beamtenpolitik – Bestand und Wandel, ZBR 1981, S. 157 (164); นอกจากนี้ Münch ยังเห็นว่า ยิ่งข้าราชการเป็นอิสระมากเท่าใด ก็ยิ่งทำให้จริยธรรมที่ผูกพัน ความรู้สึกนึกคิดของข้าราชการมีบทบาทมากขึ้นเพียงนั้น Ibid., S. 157 (164); จากความเห็นของ Münch ได้จุดประกาย ความคิดของผู้เขียนด้วยว่า ในขณะที่ประเทศไทยพยายามอย่างมากที่จะกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับจริยธรรมของข้าราชการ ด้วยการทำให้จริยธรรมเป็นกฎหมาย แต่เหตุใดเราจึงไม่ให้อิสระแก่ข้าราชการที่จะแสดงออกต่อความไม่ถูกต้อง ได้ด้วยตัวเอง โดยไม่ต้องกังวลว่าจะถูกดำเนินการตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการทางวินัยหรือคดีอาญา

¹⁵¹ Vgl. Ule, Carl Hermann, Öffentlicher Dienst, in: Bettermann – Nipperdey (Hrsgs.), Die Grundrechte, Band 4. II Halbband, (Berlin : Duncker&Humblot, 1962), S. 633.

ก็จะเป็นข้อยกเว้นที่รัฐอาจเข้ามากำหนดกฎเกณฑ์เพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษได้ และหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ศาลปกครองก็จะเข้ามามีบทบาทอย่างมากในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพในทางส่วนตัวของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ และศาลปกครองจะต้องตรวจสอบเสมอว่ามีกฎหมายใดให้อำนาจฝ่ายปกครองในการกระทำการดังกล่าวหรือไม่ อย่างไร และมีขอบเขตเพียงใด

(2) เปิดช่องให้มีการโต้แย้งหนังสือเวียน ระเบียบ หรือคำสั่งภายในฝ่ายปกครองได้

นอกจากการประกันและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษโดยฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ก็ควรที่จะมีการปรับปรุงระบบการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษด้วย เนื่องจากในปัจจุบันการล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพของบุคคลไม่ได้เกิดจากการกระทำที่มีผลทางกฎหมายโดยตรงแต่ประการเดียว แต่ยังเกิดจากการกระทำในทางข้อเท็จจริงที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยอ้อมอีกด้วย ไม่ว่าจะเป็นการออกคำเตือนหรือการประกาศคำแนะนำของฝ่ายปกครองที่แม้จะไม่ได้มีผลเป็นการสั่งการโดยตรง แต่ก็มีคามมุ่งหมายเพื่อควบคุมพฤติกรรมของบุคคล (Verhaltenslenkung) ในลักษณะเดียวกับการออกคำสั่ง¹⁵² ซึ่งภายในฝ่ายปกครองเองก็มักจะมีการออกหนังสือเวียน ระเบียบ หรือคำสั่งที่มีผลเพียงแต่ภายในฝ่ายปกครอง และไม่มีลักษณะเป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่อาจฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนได้¹⁵³ แต่บรรดาหนังสือเวียน ระเบียบ หรือคำสั่งภายในดังกล่าวนั้นก็มิได้ผูกพันต่อผู้ที่อยู่ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ หรืออย่างน้อยที่สุดก็ก่อให้เกิดผลต่อการตัดสินใจกระทำการอย่างใด ๆ ของบุคคลดังกล่าว จึงเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพรูปแบบหนึ่ง เช่น การที่ฝ่ายปกครองออกหนังสือเวียนเพื่อกำชับให้บุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทาง

¹⁵² Schmidt – Assmann, Eberhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Auflage, (Heidelberg : Springer, 2006), S. 71-73; Murswiek, Dietrich, Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe - Zu der Glykol- und der Osho- Entscheidung vom 26. 6. 2002, NVwZ 2003, S. 1 (2); ประเทศญี่ปุ่นได้เล็งเห็นผลกระทบทางกฎหมายของคำแนะนำทางปกครอง (Administrative guidance, Gyosei-Shido) จนได้กำหนดหลักเกณฑ์การออกคำแนะนำทางปกครองไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ค.ศ. 1993 (Administrative Procedure Act, Act No. 88 of 1993) เพื่อควบคุมการออกคำแนะนำทางปกครองของหน่วยงานทางปกครอง โปรดดู Duck, Ken, Now That the Fog Has Lifted : The Impact of Japan's Administrative Procedures Law on the Regulation of Industry and Market Governance, Fordham International Law Journal, Vol. 19, Issue 4, 1995, pp. 1686 (1730-1733).

¹⁵³ ในประเด็นนี้ยังมีข้อพิจารณาด้วยว่า การออกหนังสือเวียนหรือระเบียบภายในฝ่ายปกครองเป็นเพียงการตีความหรืออธิบายกฎหมายที่มีอยู่แล้ว (circulaire interprétative) หรือได้กลายเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ใหม่ที่ก่อตั้งผลทางกฎหมายขึ้นนอกเหนือจากกฎหมายที่มีอยู่เดิม (circulaire réglementaire) โปรดดู พุนศักดิ์ ไวสารวจ, นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส, ใน โครงการฝึกอบรมนิติกร หลักสูตร หลักกฎหมายปกครองเบื้องต้น, (กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2529), น. 12.



อำนาจพิเศษงดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หากผู้ใดฝ่าฝืนจะถูกดำเนินการทางวินัย หนังสือเวียนนี้ แม้จะไม่ใช่ออกหรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลทางกฎหมายโดยตรงต่อบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ แต่ก็ย่อมทำให้บุคคลดังกล่าวเกิดความกลัวที่จะถูกดำเนินการทางวินัยและงดเว้นที่จะกระทำการดังกล่าวเสีย ทำให้สิทธิเสรีภาพของบุคคลถูกกระทบกระเทือนได้โดยที่ยังไม่ต้องการออกกฎหรือคำสั่งแต่ประการใด ดังนั้น ข้อความคิดที่ว่า การคุ้มครองสิทธิจากมาตรการภายในฝ่ายปกครองไม่อาจมีได้นั้น จึงไม่ควรได้รับการยึดถืออีกต่อไป แต่ควรที่จะยอมรับเป็นการทั่วไปว่า การคุ้มครองสิทธิจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ที่เป็นความสัมพันธ์ภายในองค์กรที่มีใช้คำสั่งทางปกครองย่อมมีได้เสมอ หากการกระทำนั้นกระทบต่อสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคล¹⁵⁴ เมื่อเป็นเช่นนี้จึงควรที่เราจะหวนกลับมาพิจารณาระบบการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่อยู่ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษที่เป็นอยู่ ไม่ว่าจะเป็นกลไกภายในฝ่ายปกครองเอง หรือกลไกขององค์กรตุลาการว่าเพียงพอแล้วหรือไม่ที่จะให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษที่ควรจะมีการเปิดโอกาสให้ผู้ที่อยู่ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษมีช่องทางในการโต้แย้งบรรดากฎเกณฑ์ภายในฝ่ายปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹⁵⁵ ทั้งนี้ ควรมีข้อจำกัดว่าควรอนุญาตให้มีการโต้แย้งหนังสือเวียน ระเบียบ หรือคำสั่งภายในฝ่ายปกครองได้ เฉพาะในกรณีที่มีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ ในฐานะส่วนตัว ซึ่งอาจต้องอาศัยการพัฒนาหลักกฎหมายโดยศาลประกอบด้วย

(3) จัดตั้งองค์กรพิเศษมาสอดส่องป้องกันมิให้มีการละเมิดสิทธิเสรีภาพในบางองค์กร

นอกจากการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการแล้ว สำหรับความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษที่มีความเข้มข้นอย่างความสัมพันธ์ทางทหาร อาจจัดตั้งองค์กรใหม่ ขึ้นมาช่วยสอดส่องดูแลเพื่อมิให้เกิดการละเมิดสิทธิเสรีภาพขึ้นภายในหน่วยงาน โดยอาจกำหนดให้มีผู้ตรวจการกองทัพขึ้นเพื่อช่วยเหลือเกี่ยวกับข้อร้องเรียนของทหารในกองทัพ ดังตัวอย่างในประเทศเยอรมนี ที่แม้ประเทศเยอรมนีจะมีความเป็นนิติรัฐและประชาธิปไตยอย่างมาก แต่ก็ได้เล็งเห็นถึงความเสี่ยงที่จะเกิดการละเมิดสิทธิเสรีภาพภายในกองทัพ จึงได้กำหนดให้มีผู้ตรวจการกองทัพของสภาผู้แทนราษฎร

¹⁵⁴ Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrengesetz, 1 4. Auflage, (München : C.H. Beck, 2013), § 35, Rn. 134-135.

¹⁵⁵ ในระบบกฎหมายเยอรมันที่กฎหมายปกครองเน้นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลมีตัวอย่างที่น่าสนใจ ในกฎหมายข้าราชการ โดยหากข้าราชการต้องการโต้แย้งคำสั่งภายในฝ่ายปกครองที่ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง มาตรา 126 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยข้าราชการแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesbeamten-gesetz) กำหนดว่า บรรดาข้อพิพาททั้งหลายที่เกิดจากนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายข้าราชการอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และกรณีที่ข้าราชการจะฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ข้าราชการจะต้องอุทธรณ์โต้แย้งเรื่องราวนั้นตามที่กฎหมายกำหนดเสียก่อน ไม่ว่าข้อพิพาทนั้นจะเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือไม่ และภายหลังจากที่มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์แล้ว ข้าราชการก็สามารถนำเรื่องนั้นไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ แม้จะไม่ใช่ว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองก็ตาม Leppek, Sabine, Beamtenrecht, 12. Auflage, (C.F. Müller : Heidelberg, 2015), Rn. 146.

แห่งสหพันธรัฐ (Wehrbeauftragter des Bundestages) ไว้ในมาตรา 45b ของกฎหมายพื้นฐาน ว่าให้มีผู้ตรวจการกองทัพของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธรัฐขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและเป็นองค์กรที่ช่วยเหลือสภาผู้แทนราษฎรในการควบคุมตรวจสอบกองทัพ โดยหน้าที่ของผู้ตรวจการกองทัพจะมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของทหาร และช่วยเหลือสภาผู้แทนราษฎรในการควบคุมตรวจสอบกองทัพ โดยมีแนวคิดเพื่อให้การบริหารงานในกองทัพสอดคล้องกับคุณค่าพื้นฐานในระบอบเสรีประชาธิปไตย และเพื่อย้ำเตือนว่าทหารก็เป็นเพียงประชาชนที่สวมเครื่องแบบเท่านั้น (Staatsbürger in Uniform)¹⁵⁶ ทหารจึงมีสิทธิเสรีภาพเช่นเดียวกับประชาชน ในการปฏิบัติหน้าที่ผู้ตรวจการกองทัพมีอำนาจในการเข้าตรวจดูกองทหารโดยไม่ต้องแจ้งให้ทราบก่อนได้ รวมถึงมีอำนาจเรียกดูข้อมูลหรือเอกสารใด ๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของทหาร รวมถึงยังมีอำนาจหน้าที่ในการรับเรื่องราวร้องเรียนจากทหารโดยตรง โดยที่ทหารไม่ต้องร้องเรียนตามสายบังคับบัญชาก่อน ทั้งนี้ ก็เพื่อให้ทหารไม่ต้องเกรงกลัวว่าการร้องเรียนจะเป็นผลร้ายกับตนเอง นอกจากนี้ ในแต่ละรอบปีผู้ตรวจการกองทัพจะต้องจัดทำรายงานเกี่ยวกับข้อร้องเรียนของทหารเพื่อรายงานต่อสภาผู้แทนราษฎรอีกด้วย¹⁵⁷

6. สรุป

ข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษในฐานะที่เป็นข้อความคิดทางกฎหมาย มีพัฒนาการมายาวนานในยุโรป โดยเริ่มจากการแบ่งแยกระหว่างความสัมพันธ์ทางหน้าที่ตามกฎหมายเอกชน กับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับข้าราชการที่เป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายมหาชน และนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่าความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับข้าราชการตามกฎหมายมหาชนนั้น ไม่ใช่ความสัมพันธ์ทางหน้าที่ในกฎหมายเอกชน ซึ่งรัฐนั้นมีอำนาจในการออกคำสั่งและบังคับการต่อข้าราชการได้เองโดยไม่ต้องฟ้องต่อศาลเพื่อบังคับหน้าที่ตามกฎหมายเอกชน และเมื่อมีการจัดระบบคำสอนว่าด้วยกฎหมายปกครองให้มีลักษณะทั่วไป ก็ทำให้

¹⁵⁶ ข้อความคิดว่าด้วย “ประชาชนที่สวมเครื่องแบบ” เป็นข้อความคิดที่สำคัญมากในกองทัพเยอรมันที่ใช้เป็นหลักในการบริหารงานกองทัพ โดยยึดถือว่าทหารก็เป็นเพียงประชาชนที่สวมเครื่องแบบ ไม่ได้มีความแตกต่างจากประชาชนทั่วไป ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับประชาชนและเป็นส่วนหนึ่งของสังคม ซึ่งหลักการนี้จะใช้เป็นหลักในการบังคับบัญชา การฝึกอบรม และการให้การศึกษาแก่ทหารในกองทัพทั้งหมด Deutscher Bundestag, Die Konzeption der „Inneren Führung“ der Bundeswehr, Ausarbeitung WD 2 - 3000 - 041/17, 2017, S. 6-9; รัฐบัญญัติว่าด้วยทหาร (Soldatengesetz) ก็ได้รับรองหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 6 ว่า ทหารมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับประชาชนทั่วไป แต่สิทธิและเสรีภาพนั้นถูกจำกัดโดยหน้าที่ทางทหารที่กำหนดไว้ในกฎหมาย รวมถึงยังได้กำหนดขอบเขตของหน้าที่ในการเชื่อฟังไว้ในมาตรา 11 ว่า การขัดคำสั่งใด ๆ ที่มีผลเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่เป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ในการเชื่อฟังคำสั่ง และคำสั่งใด ๆ ที่เป็นคำสั่งให้ดำเนินการใด ๆ ที่เป็นความผิดอาญา ห้ามมิให้ทหารปฏิบัติตามคำสั่งนั้น

¹⁵⁷ Schmidt-Radefeldt, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 47. Edition Stand: 15.05.2021, Art. 45b, Rn. 1-12.



มีการนำข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษไปใช้กับนิติสัมพันธ์รูปแบบอื่น เช่น ความสัมพันธ์ทางทหาร ความสัมพันธ์ระหว่างโรงเรียนกับนักเรียน ความสัมพันธ์ระหว่างเรือนจำกับนักโทษ ซึ่งนักนิติศาสตร์ที่มีอิทธิพลต่อข้อความคิดนี้มากที่สุด คือ Otto Mayer ที่เป็นผู้อธิบายข้อความคิดนี้ว่า ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษเป็นความสัมพันธ์ว่าด้วยความผูกพันอย่างเข้มข้น และเป็นสถานการณ์ที่สิทธิเสรีภาพของบุคคลลดน้อยถอยลง เพราะการที่บุคคลยอมตนเพื่อเข้าสู่ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษแล้ว ย่อมทำให้สิทธิเสรีภาพของบุคคลต้องลดลงตามที่วัตถุประสงค์ของนิติสัมพันธ์ในเรื่องนั้น ๆ มุ่งหมาย จากคำอธิบายนี้ ทำให้การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ ได้แก่ ข้าราชการ ทหาร นักเรียน และนักโทษ สามารถกระทำได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจ ทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจอย่างมากในการออกกฎหรือระเบียบเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลดังกล่าว นอกจากนี้ ข้อความคิดลักษณะดังกล่าว ยังได้ปรากฏในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายญี่ปุ่นอีกด้วย สภาการณ์นี้ได้ดำเนินมาจนกระทั่งสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สองที่มีการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นนิติรัฐและประชาธิปไตยที่กำหนดว่า สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะถูกจำกัดได้แต่โดยกฎหมายเท่านั้น ทำให้มีผู้เริ่มนำเสนอแนวคิดใหม่ว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือบุคคลที่อยู่ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ จะต้องกระทำโดยกฎหมายเท่านั้น ซึ่งก็มีนักนิติศาสตร์อีกท่าน คือ Carl Hermann Ule ได้เสนอแนวคิดว่าด้วยความสัมพันธ์พื้นฐานและความสัมพันธ์ภายในองค์กร เพื่อแบ่งแยกการกระทำที่มีผลกระทบสิทธิและการกระทำที่ไม่มีผลกระทบสิทธิของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ ซึ่งการกระทำใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อนิติสัมพันธ์ที่เป็นการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือระงับความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษจะเป็นการกระทำที่มีผลกระทบสิทธิของบุคคลและเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์ได้แย้งและฟ้องคดีต่อศาลได้ ซึ่งในเวลาต่อมาในปี ค.ศ. 1972 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐก็ได้ขยายขอบเขตการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษว่า การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของนักโทษจะต้องกระทำโดยกฎหมายเท่านั้น ไม่อาจกระทำโดยระเบียบของฝ่ายปกครองได้ นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐก็ยังได้พัฒนาทฤษฎีว่าด้วยสาระสำคัญขึ้นมาเพื่อใช้กำหนดกฎเกณฑ์ว่า การตัดสินใจใด ๆ ที่มีผลต่อการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลจะต้องกระทำโดยกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น และยิ่งการกระทำของฝ่ายปกครองตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจไว้มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพมากเท่าใด กฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ก็ยิ่งต้องละเอียดลออมากขึ้นเท่านั้น ทำให้ข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษในรูปแบบดั้งเดิมที่อนุญาตให้จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจเสื่อมความนิยมและสลายตัวลงในที่สุด

เมื่อหวนกลับมาพิจารณาความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษในประเทศไทย จากการค้นคว้าพบว่า ยังไม่มีคำอธิบายในทางวิชาการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษในฐานะที่เป็นข้อความคิดทางกฎหมายมากเท่าใดนัก แต่ก็ปรากฏว่ามีกฎหมายและคำพิพากษาของศาลที่ยืนยันข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษอยู่ อาทิ บรรดากฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองไปออกกฎหรือระเบียบเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษได้โดยไม่กำหนดขอบเขตไว้ หรือการที่ฝ่ายปกครองออกระเบียบที่มีผลจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยตรงโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้

และในส่วนของคำพิพากษาของศาลก็ปรากฏคดีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ตามกฎหมายข้าราชการศาลยุติธรรม มักจะพิจารณาว่าอำนาจในการออกคำสั่งใด ๆ ของผู้บังคับบัญชาเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ ศาลไม่สามารถตรวจสอบได้ แต่ต่อมาก็ได้มีการนำเข้าสู่ข้อคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ จากเยอรมนีที่ปรับแต่งโดยทฤษฎีความสัมพันธ์พื้นฐานและความสัมพันธ์ภายในองค์กร และในเวลาใกล้เคียงกัน ก็มีการปฏิรูประบบกฎหมายปกครองโดยการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น ก็ทำให้การคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่อยู่ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ เป็นไปได้ง่ายขึ้น เพราะมีการนิยามกฎและคำสั่งทางปกครองที่จะเป็นวัตถุแห่งการตรวจสอบของศาลปกครอง ไว้อย่างชัดเจน รวมถึงมีการกำหนดผู้มีสิทธิฟ้องคดี เหตุแห่งการฟ้องคดี และคำบังคับในคดีปกครองไว้ อย่างครบถ้วน อย่างไรก็ตาม ยังคงมีกฎหมายหลายฉบับที่ยังคงให้อำนาจฝ่ายปกครองอย่างกว้างขวางที่จะ ออกกฎหรือระเบียบไปจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษได้ และยังมี ระเบียบหลายฉบับที่ออกโดยไม่ได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายใดที่ยังมีผลบังคับอยู่ โดยไม่ได้คำนึงถึง วัตถุประสงค์และความจำเป็นของนิติสัมพันธ์ที่ก่อตั้งความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษเลย จึงมีความจำเป็น ที่จะต้องคลายความเข้มข้นของข้อคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษไม่ให้สิทธิเสรีภาพ ของบุคคลเกินไปกว่าที่กฎหมายและรัฐธรรมนูญอนุญาต เพราะจะเป็นอันตรายต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล ในระบอบเสรีประชาธิปไตยและขัดขวางพัฒนาการของหลักนิติรัฐ ซึ่งแนวทางในการคลายความเข้มข้นของ ข้อคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษอาจกระทำได้โดยการนำทฤษฎีว่าด้วยสาระสำคัญ มาใช้เป็นแนวทางในการตรากฎเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ และยกเลิกกฎหรือระเบียบ ของฝ่ายปกครอง เพื่อนำกฎเกณฑ์ทั้งหลายมาทบทวนเสียใหม่ ในแง่ของการคุ้มครองสิทธิโดยศาลก็ควรมี การทบทวนว่า ระบบการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษตามที่เป็นอยู่ ในปัจจุบันมีประสิทธิภาพเพียงพอแล้วหรือไม่ และควรให้โอกาสหรือให้สิทธิแก่บุคคลที่จะโต้แย้งบรรดา กฎ ระเบียบ หรือคำสั่งภายในฝ่ายปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น นอกจากนี้ ยังอาจกำหนดให้มีการ จัดตั้งองค์กรใหม่ขึ้นเพื่อสอดส่องดูแลในเขตแดนที่สายตาของสาธารณชนมองเห็นได้ยาก เช่น การละเมิด สิทธิเสรีภาพของทหาร ก็อาจจัดให้มีผู้ตรวจการกองทัพของสภาผู้แทนราษฎรเพื่อตรวจสอบการละเมิด สิทธิเสรีภาพภายในกองทัพได้ดังเช่นในเยอรมนี ซึ่งจะเป็นหนทางที่ทำให้ระบบกฎหมายปกครองไทย มีความเป็นนิติรัฐและประชาธิปไตยมากขึ้นไปอีกขั้นหนึ่ง