

ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ



“ผู้บังคับใช้กฎหมายต้องศึกษาองค์ความรู้
ตัวบทเป็นเพียงภาคแสดง
ที่ไม่อาจแสดงบทบาทให้ครอบคลุมองค์ความรู้ได้ทั้งหมด
สิ่งที่สำคัญ คือ ต้องมีองค์ความรู้
และนำองค์ความรู้นั้นมาใช้
ถ้าไม่มีองค์ความรู้ อ่านตัวบท แล้วตีความเอาเอง
ผลลัพธ์อาจคลาดเคลื่อน
ไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายได้
ดังนั้นการใช้กฎหมาย
สุดท้ายต้องตอบโจทย์ความเป็นธรรมให้ได้
ถ้าตอบโจทย์ความเป็นธรรมไม่ได้
การทำงานนั้นก็เปล่าประโยชน์
หรืออาจจะเป็นโทษด้วยซ้ำไป ”

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.กมลชัย รัตนสากววงศ์*

* สัมภาษณ์และเรียบเรียงโดย นายอนันต์ กระบวนศรี นางสาวสิริมา นามนนท์ และนางสาวชวิกา พงศ์ดำรงวิทย์ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, วารสารวิชาการศาลปกครอง (Administrative Courts Journal) คอลัมน์ : ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ วันเสาร์ที่ 7 กุมภาพันธ์ 2569 ณ อาคารศาลปกครอง

คอลัมน์ “ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ” ฉบับนี้ ได้รับเกียรติเป็นอย่างสูง

จากท่านศาสตราจารย์พิเศษ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ กรรมการกฤษฎีกา อดีตกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ อดีตผู้พิพากษาศาลยุติธรรม และอาจารย์พิเศษคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ที่กรุณา สละเวลาอันมีค่าให้ทีมงานวารสารวิชาการศาลปกครองสัมภาษณ์ ณ อาคารศาลปกครอง ถนนแจ้งวัฒนะ ภายหลังจากเสร็จสิ้นการบรรยายกฎหมายปกครองที่ศาลปกครอง บรรยายภาคในการสัมภาษณ์เป็นไป ด้วยความผ่อนคลาย โดยอาจารย์ได้บอกเล่าเรื่องราว ถ่ายทอดความรู้ และประสบการณ์ในชีวิตที่น่าสนใจมากมาย และทรงคุณค่า พร้อมทั้งแบ่งปันรูปภาพประวัติศาสตร์ที่หาได้ยากกับพวกเรา ซึ่งบทสัมภาษณ์นี้จะพาท่านผู้อ่าน ย้อนรอยตั้งแต่จุดเริ่มต้นในวัยเยาว์ เส้นทางการศึกษากฎหมาย ในส่วนที่ 1 การศึกษากฎหมายในประเทศไทย และส่วนที่ 2 การศึกษากฎหมายในประเทศเยอรมนี จากนั้นจะเป็นการสัมภาษณ์ประวัติการทำงาน ตลอดจนมุมมองที่เฉียบแหลมต่อระบบกฎหมายมหาชนไทย รวมถึงประวัติศาสตร์กฎหมายจากมุมมองที่ท่านผู้อ่าน จะได้รับบรรณรส และเต็มไปด้วยสีสันของข้อเท็จจริงที่ตรงไปตรงมา ในส่วนที่ 3 วัฏปฏิบัติราชการทางปกครอง และส่วนที่ 4 วิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งจะมีทั้งองค์ความรู้เชิงวิชาการและความเพลิดเพลินอย่างครบถ้วนแน่นอน !

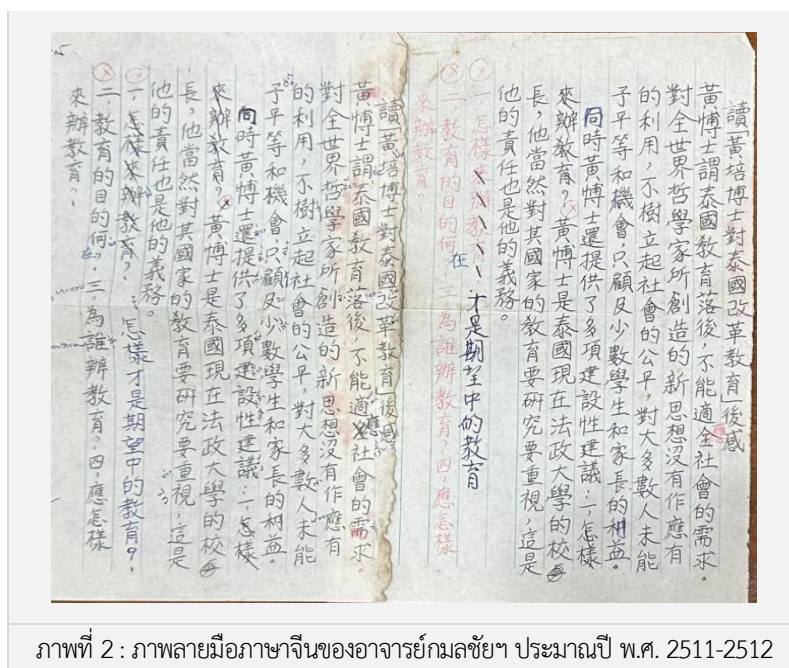
ส่วนที่ 1 การศึกษากฎหมายในประเทศไทย

➤ อาชีพในฝันของอาจารย์ในวัยเด็ก คือ “นักกฎหมาย” ?

พื้นเพผมเป็นคนหาตใหญ่ มีพี่สาว 3 คน ผมเป็นลูกคนเล็ก ตอนเด็ก ๆ ผมไม่มีความรู้เรื่อง นิติศาสตร์มากนัก ผมเรียนจบชั้นมัธยมศึกษาตอนต้นที่โรงเรียนหาตใหญ่ (ปัจจุบัน คือ โรงเรียนหาตใหญ่วิทยาลัย) และเรียนชั้นมัธยมศึกษาตอนปลายที่โรงเรียนวัดสุทธิวราราม การเรียนถือว่าอยู่ในระดับต้น ๆ ของห้อง ผมสอบได้ที่ 1 ของห้องหลายครั้ง อยู่ในระดับต้น ๆ ผมอายุน้อยกว่าเพื่อนในรุ่น ผมเกิดกลางปี พ.ศ. 2498 แต่เพื่อนในรุ่นส่วนใหญ่เกิดปี พ.ศ. 2496 หรือ พ.ศ. 2497 ผมเรียนสายวิทย์ แต่ชอบวาดเขียน ที่บ้านมีพื้นฐาน ภาษาจีน คุณพ่อเป็นคนสอนภาษาจีนให้ผมทำให้พอรู้พอเขียนได้บ้าง แต่เมื่อเข้ามาอยู่ที่กรุงเทพฯ ก็ไม่ได้ใช้ ภาษาจีนอีกเลย จำได้ว่าตอนนั้นเคยเขียนจดหมายเป็นภาษาจีนถึงคุณแม่ 2 ฉบับ และเพิ่งกลับมารู้เรื่อง เมื่อครั้งไปเรียนที่ประเทศเยอรมนี โดยลองเขียนจดหมายเป็นภาษาจีนถึงแม่ กระทั่งเดือนที่ผ่านมา จึงได้ฝึกร้องเพลงจีน (หัวเราะ)



ภาพที่ 1 : ภาพอาจารย์กมลชัยฯ ขณะกำลังร้องเพลง



ภาพที่ 2 : ภาพถ่ายมือภาษาจีนของอาจารย์กมลชัยฯ ประมาณปี พ.ศ. 2511-2512

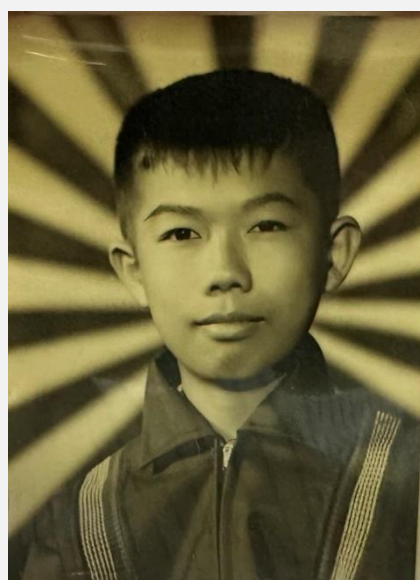
สมัยสอบเอนทรานซ์ ผมยังไม่รู้ว่าอยากเรียนคณะอะไร ผมก็เลือกตามเพื่อน ในช่วงเวลานั้น ผมชอบงานศิลปะมาก สมัยเรียนชั้นมัธยม ในวิชาวาดเขียน อาจารย์ให้ผม 10 คะแนนเต็มทุกภาพ ทั้ง ๆ ที่ยังไม่ได้ดูผลงานเลย ซึ่งเดิมผมตั้งใจว่าจะเรียนคณะสถาปัตยกรรมศาสตร์ โดยใช้เวลาเรียน 5 ปี แต่มีรุ่นพี่โรงเรียนวัดสุทธิวรารามที่เรียนอยู่คณะสถาปัตยกรรมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มาแนะนำ ที่โรงเรียนว่า “เรียนสถาปัตย์แล้วจะตุงาน” ผมจึงไม่รู้ว่าเรียนอะไรดี เวลาตอนนั้นผ่านไปเร็วมาก เมื่อถึงเวลาต้องสอบเอนทรานซ์ ผมจึงเลือกคณะแพทยศาสตร์และคณะวิศวกรรมศาสตร์ตามเพื่อน แต่กลับเอนทรานซ์ติดที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



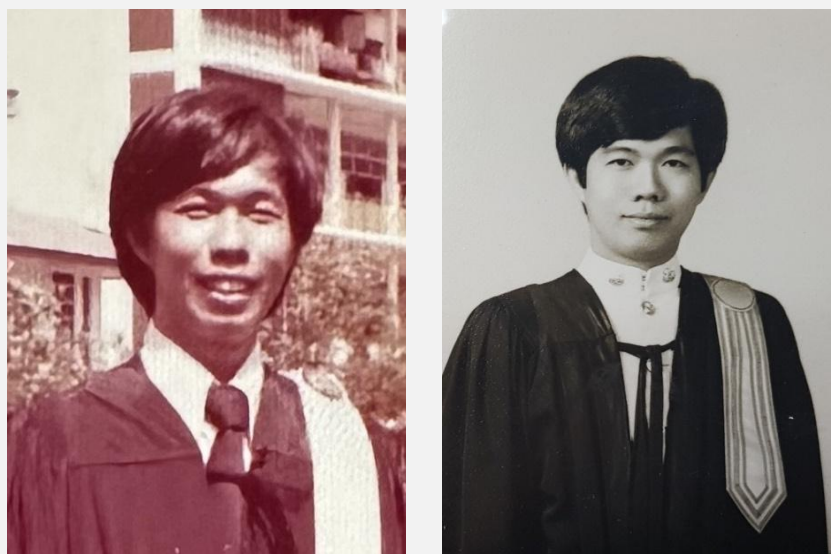
ภาพที่ 3 : ภาพผลงานศิลปะของอาจารย์กมลชัยฯ

ผมเอนทรานซ์เข้าสายวิทยาศาสตร์ ซึ่งสมัยนั้นนักศึกษาชั้นปีที่ 1 ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ทุกสายจะเรียนรวมกันทั้งสายศิลปศาสตร์เรียก “มธ. 1” สายวิทยาศาสตร์เรียก “มธ. 2” และเศรษฐศาสตร์ภาคค่ำเรียก “มธ. 3” โดยทุกคนจะต้องไปเรียนที่คณะศิลปศาสตร์เหมือนกันหมด พอขึ้นชั้นปีที่ 2 จะต้องเลือกคณะ ซึ่งขณะนั้นมีอยู่ 7 คณะ ตอนนั้นผมยังไม่รู้เลยว่า “เนติบัณฑิต” คืออะไร และไม่คิดจะเรียนคณะนิติศาสตร์ แต่ก็ยังไม่รู้ว่าเรียนคณะอะไร จะสอบเอนทรานซ์ใหม่ก็คงไม่มีความพร้อมแล้ว เพราะตั้งแต่เข้ามาเรียนที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ผมทำกิจกรรมตลอด ไม่ว่าจะเป็นการไปทัศนศึกษา งานถ่ายรูป ทำให้คะแนนสอบอยู่ในระดับกลาง ๆ เทอมแรกได้เกรดเฉลี่ย 2.3 แต่เทอมสองได้เกรดเฉลี่ย 3.6 เพราะเริ่มกลัวว่าหากเรียนไม่ดีอาจหางานทำยาก

ตอนจบปี 1 และเป็นช่วงที่เรียน รด. ปี 3 ผมบังเอิญไปเยี่ยมพี่สาวที่วิทยาลัยวิชาการศึกษาบางแสน (ปัจจุบัน คือ มหาวิทยาลัยบูรพา) ได้เจอรุ่นพี่ซึ่งเป็นอาจารย์ที่นั่น คือ อาจารย์เฉลิม พัทธมเดชาพันธุ์ ท่านจบการศึกษาจากคณะบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่านถามผมว่า “เรียนอะไรอยู่” ผมบอกว่า “เรียนอยู่ที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์แต่ยังไม่รู้ว่าจะเลือกเรียนต่อคณะใดดี” ท่านจึงแนะนำว่า “เลือกคณะนิติศาสตร์สิ แล้วสอบเนติบัณฑิตให้ได้” ตอนนั้นผมเพิ่งเคยได้ยินคำว่า “เนติบัณฑิต” เป็นครั้งแรก ท่านบอกว่า “ถ้าสอบเนติบัณฑิตได้ตอนอายุ 23 ก็สอบอัยการได้ชั้นเอกเลย” ผมฟังแค่นี้ก็ตัดสินใจเลือกคณะนิติศาสตร์ทันที ทั้งที่ไม่มีความรู้เรื่องกฎหมายหรือเป้าหมายมาก่อนเลยนะ โดยก่อนหน้านี้ผมตั้งใจจะเลือกคณะสถาปัตยกรรมศาสตร์ รุ่นพี่ก็บอกว่าตลกงาน พอจะเลือกคณะวิศวกรรมศาสตร์ตามเพื่อน ก็สอบไม่ได้ สุดท้ายผมจึงเลือกคณะนิติศาสตร์



ภาพที่ 4 : ภาพอาจารย์กมลชัยฯ ในวัยเด็กและเพื่อน



ภาพที่ 5 : ภาพอาจารย์กมลชัยฯ ขณะสำเร็จการศึกษานิเทศศาสตรบัณฑิต
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และเนติบัณฑิต

ผมเรียนที่คณะนิติศาสตร์ ตอนเข้าสู่ชั้นปีที่ 2 เมื่อปี พ.ศ. 2516 สมัยก่อนเป็นการเรียนวิชากฎหมาย 3 ปี ตั้งแต่ชั้นปีที่ 2-4 เพราะชั้นปีที่ 1 เรียนรวมที่คณะศิลปศาสตร์ ข้อดีของการเรียนคณะนิติศาสตร์สมัยนั้น คือ คะแนนที่เรียนในชั้นปีที่ 1 ไม่เอามาคิดรวมเพื่อวัดผลเกียรตินิยม แต่เริ่มนับหนึ่งใหม่ที่วิชากฎหมายในชั้นปีที่ 2 เลย ทำให้ผมมีโอกาสเริ่มต้นใหม่ ผมจึงเริ่มตั้งใจเรียนกฎหมายอย่างจริงจัง ซึ่งเรียนหนักมากในช่วงชั้นปีที่ 2-3 พอขึ้นชั้นปีที่ 4 วิชากฎหมายหลัก ๆ เหลือน้อยลงแล้ว แต่จะเรียนวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ นิติปรัชญา ประวัติศาสตร์กฎหมาย และหลักวิชาชีพนักกฎหมาย

พอจบชั้นปีที่ 3 สมัยนั้นสามารถใช้วุฒินุปริญาไปสมัครสอบเนติบัณฑิตได้ พอขึ้นชั้นปีที่ 4 ผมจึงไปสมัครสอบเนติบัณฑิตพร้อมกับเรียนวิชาที่เหลือในคณะนิติศาสตร์ แต่ช่วงนั้นมีเหตุการณ์ทางบ้าน คือ คุณพ่อผมเสียชีวิตกะทันหัน ผมจึงต้องย้ายกลับไปอยู่กับคุณแม่ที่หาดใหญ่ ทำให้ต้องทิ้งการเรียนไปช่วงหนึ่ง เมื่อก่อนเนติบัณฑิตไม่ได้สอบแบบปัจจุบัน โดยภาคหนึ่งสอบเดือนกุมภาพันธ์ ภาคสองสอบเดือนเมษายน ผมต้องนั่งรถไฟมาอนค้ำที่บ้านญาติเพื่อสอบเนติบัณฑิตภาคแรก สอบเสร็จก็กลับหาดใหญ่ อีกหนึ่งเดือนต่อมาผมก็นั่งรถไฟมาสอบวิชากฎหมายของคณะนิติศาสตร์ อีก 3 วิชา สอบเสร็จก็กลับหาดใหญ่ พอถึงเวลาสอบเนติบัณฑิตภาคสอง ผมก็นั่งรถไฟมาเพื่อสอบ สอบเสร็จผมก็กลับหาดใหญ่แล้วรอฟังผลสอบไปแบบนี้

➤ อาจารย์อ่านหนังสือเตรียมสอบอย่างไรครับ ?

ช่วงที่ผมกลับไปใช้ชีวิตกับคุณแม่ที่บ้านหาดใหญ่ ตอนนั้นผมไม่ได้อ่านหนังสือเลย แต่มากรุงเทพฯ เพื่อเตรียมตัวสอบเพียงไม่กี่วัน ก็สอบผ่าน อาจเพราะมีบุญเก่าเยอะ คือ คะแนนผมอยู่ระดับต้น ๆ เราไม่รู้คะแนนหรอก รู้เพียงว่าอยู่ในระดับต้น ๆ โดย 3 วิชาสุดท้ายไม่ได้อ่านหนังสือแต่มาสอบ คะแนนก็ตกไปอยู่ลำดับที่ 10 แต่มีคะแนนโดยรวมประมาณ 80% จึงได้เกียรตินิยมอันดับ 2

➤ **อยากให้อาจารย์เล่าบรรยากาศสมัยเรียนครับ อาจารย์มีโอกาสเรียนกับอาจารย์ผู้ใหญ่ท่านใดบ้างครับ ?**

อาจารย์ในตำนานที่ผมเรียนด้วยมีหลายท่านครับ เช่น อาจารย์หยุด แสงอุทัย สอนวิชากฎหมายอาญาและนิติกรรมสัญญา เคยฟังท่านบรรยายและอ่านหนังสือที่ท่านเขียน อาจารย์ปรีดี เกษมทรัพย์ ท่านจบการศึกษาระดับปริญญาเอกจากประเทศเยอรมนี (ประเทศเยอรมนีตะวันตกในเวลานั้น) ซึ่งเวลาท่านสอนจะมีภาษาละตินประกอบด้วย และอาจารย์จิตติ ติงศภัทัย



ภาพที่ 6 : ภาพอาจารย์กมลชัยฯ และอาจารย์ปรีดีฯ

➤ **อาจารย์เรียนจบแล้วอาจารย์ทำอะไรต่อครับ ?**

หลังจากสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรี ผมสอบเนติบัณฑิตผ่านทั้งสองภาค จึงไม่ต้องเสียเวลาไปเรียนเนติบัณฑิตอีกหนึ่งปี จากนั้น ผมก็สอบเข้าศึกษาต่อในระดับปริญญาโท และสอบบรรจุเข้ารับราชการ ตำแหน่งนิติกรของส่วนราชการที่สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (สำนักงาน ก.พ.) จัดสอบ และได้บรรจุเข้ารับราชการเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ. 2519 ในตำแหน่งนิติกร ระดับ 3 พร้อมกับเพื่อนร่วมรุ่นที่สอบได้ในระดับต้น ๆ ทั้งหมด พวกเราเลือกบรรจุเป็นนิติกรที่กรมแรงงาน กระทรวงมหาดไทย (ในเวลานั้น)

ผมจบเนติบัณฑิตเมื่ออายุ 20 ปีเศษ เด็กที่สุดในรุ่น และคิดจะไปสอบเป็นผู้พิพากษา หรือพนักงานอัยการเช่นกัน แต่อายุยังไม่ถึงเกณฑ์ที่สามารถสมัครได้ ในเวลานั้นการสอบเป็นผู้พิพากษา กำหนดอายุไม่ต่ำกว่า 25 ปี จึงตัดสินใจรับราชการในตำแหน่งนิติกรไปก่อน ระหว่างนั้นผมก็เข้าศึกษาต่อระดับปริญญาโท ที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยตอนประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิเข้าศึกษาต่อครั้งแรกไม่มีชื่อผม ผมก็คิดว่าสอบไม่ได้ แต่อาจารย์ชาติชาย อัครวิบูลย์ ท่านสงสัยว่าทำไมผมสอบไม่ได้ ท่านจึงไปดูคะแนนให้ปรากฏว่ามีการบวกคะแนนผิดพลาดให้ชื่อผมตกไป ซึ่งจริง ๆ แล้ว ผมสอบได้ลำดับที่ 2 ท่านก็เรียกผมมาบอกว่า “คุณได้ที่ 2” แล้วเขาก็ประกาศรายชื่อใหม่ ผมจึงได้ศึกษาต่อในระดับปริญญาโท และเป็นหลักสูตรแรกที่อาจารย์ปรีดี เกษมทรัพย์ วางรากฐานไว้ ซึ่งออกแบบหลักสูตรให้เรียนทั้งกฎหมาย ปรัชญา เศรษฐศาสตร์



โดยสมัยนั้นหลักสูตรปริญญาโทแบ่งเป็น 3 สาขา คือ กฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชน และกฎหมายอาญา ผมเลือกเรียนกฎหมายอาญา เพราะพื้นฐานวิชากฎหมายอาญาสมัยชั้นปีที่ 2 ของผมยังไม่ค่อยแน่นเท่าไร แม้จะสอบเนติบัณฑิตผ่านมาแล้วก็ตาม ผมจึงอยากเรียนกฎหมายอาญาให้ลึกซึ้งขึ้น ในรุ่นเดียวกันมีอาจารย์วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ เลือกเรียนกฎหมายมหาชน อาจารย์สุดา วิศรุตพิชญ์ เลือกเรียนกฎหมายแพ่ง ผมเรียนกฎหมายอาญาชั้นสูง 1 และ 2 กับอาจารย์จิตติฯ ผมเรียนรายวิชา 2 ปี แล้วจึงทำวิทยานิพนธ์ ผมเรียนกฎหมายอาญากับอาจารย์จิตติฯ และอาจารย์ปริติฯ ตอนนั้นอาจารย์จิตติฯ ท่านเข้าใจว่าคะแนน “C” คือ “ผ่าน” สำหรับปริญญาโท ท่านจึงตัดเกรดแบบนั้น เชื้อโหม กฎหมายอาญาชั้นสูง 1 และ 2 ผมได้ B อยู่คนเดียว คนอื่นนั้นได้ C กันหมด พอขึ้นชั้นปีที่ 2 อาจารย์ปริติฯ ซึ่งสำเร็จการศึกษาจากมหาวิทยาลัยบอนน์ (University of Bonn) ประเทศเยอรมนี ได้เชิญอาจารย์คณิต ณ นคร ที่เพิ่งสำเร็จการศึกษาจากมหาวิทยาลัยเดียวกัน มาสอนนักศึกษาระดับปริญญาโท สาขากฎหมายอาญา ถือว่าเป็นโชคของผมที่ได้เป็นลูกศิษย์อาจารย์คณิตฯ ในวิชาสัมมนากฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาชั้นสูง ท่านนำตำราเยอรมันมาสอน ทำให้ผมซึมซับระบบกฎหมายอาญาแบบเยอรมันจากท่าน จากเดิมที่มึนงงก็มาเชี่ยวชาญ คำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับแง่มุมกฎหมายอาญาจากอาจารย์จิตติฯ และได้ระบบคิดของหลักกฎหมายอาญาจากอาจารย์คณิตฯ ซึ่งท่านสอนเป็น Structure (ระบบ) ผมเลยเป็นลูกศิษย์และติดตามแนวคิดกฎหมายอาญาจากอาจารย์คณิตฯ นับตั้งแต่นั้นมา และเขียนวิทยานิพนธ์โดยมีอาจารย์คณิตฯ เป็นอาจารย์ที่ปรึกษา ผมเป็นลูกศิษย์คนแรกที่เขียนวิทยานิพนธ์กับอาจารย์คณิตฯ

พอเรียนปริญญาโทจบชั้นปีที่ 2 ผมก็เขียนวิทยานิพนธ์ ขณะนั้นทำงานตำแหน่งนิติกร ที่กรมแรงงานด้วย ซึ่งงานเยอะมาก แต่ผมอยากทำวิทยานิพนธ์ให้เสร็จ จึงขอลาศึกษาต่อเป็นระยะเวลา 3-4 เดือน เพื่อเขียนวิทยานิพนธ์ ผู้ใหญ่เอ็นดูจึงอนุมัติให้ลาศึกษาต่อเพราะผมทำงานให้เขาเยอะ เขียนคำชี้ขาดให้รัฐมนตรีผมทำหมดเลย ผมเป็นคนแรกที่ลาศึกษาต่อเพื่อไปเขียนวิทยานิพนธ์ได้ ผมจึงนั่งอ่านหนังสืออยู่บ้าน 3 เดือน ผมเขียนวิทยานิพนธ์จบเลย อาจารย์คณิตฯ ตรวจแล้วบอกว่า “คุณกลมซัย ถ้าคุณอยู่ที่ประเทศเยอรมนี คุณเป็นดอกเตอร์ไปแล้ว”

➤ อาจารย์ทำวิทยานิพนธ์เรื่องอะไรครับ ?

เรื่อง “ความยินยอมในกฎหมายอาญา” (Consent in Criminal Law) ครับ อาจารย์คณิตฯ ไม่ได้แกล้งเลย พอเขียนเสร็จก็เสนอสอบเค้าโครง ระหว่างรอสอบจบ ผมก็ไปค้นคว้าจากบทความภาษาอังกฤษเกี่ยวกับโครงสร้างการกระทำความผิดอาญาตามแนวคิดกฎหมายอาญาเยอรมัน เพราะตอนนั้นผมยังไม่รู้ภาษาเยอรมัน ระหว่างนั้นผมก็กลับมาทำงานที่กรมแรงงานต่อ ผู้บังคับบัญชาก็มองว่า ถ้าผมอายุครบตามคุณสมบัติที่จะสมัครสอบเป็นผู้พิพากษา พนักงานอัยการ แล้ว ผมจะต้องไปสอบเป็นผู้พิพากษา พนักงานอัยการ แน่จน ยิ่งถ้าจบการศึกษาระดับปริญญาโทก็จะมีสิทธิสอบสนามเล็ก ท่านจึงอยากขอทุน ILO (International labor organization) ให้ผมไปศึกษากฎหมายแรงงาน ซึ่งผมไม่เคยเรียนกฎหมายแรงงานมาก่อน ตอนนั้นเป็นวิชาเลือก แต่ต้องกลับมาทำงานที่กรมแรงงาน ต้องตรวจโรงงาน วินิจฉัยคำร้องทุกข์ของลูกจ้าง

และต้องออกไปบรรยายวิชากฎหมายคุ้มครองแรงงานและกฎหมายแรงงานสัมพันธ์ ให้สหภาพแรงงานรัฐวิสาหกิจ เช่น การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย เนื่องจากหาคนไปบรรยายได้ยาก ตอนนั้นผมอายุแค่ 21-22 ปี เป็นการบรรยายกฎหมายคุ้มครองแรงงาน 3 ชั่วโมง แรงงานสัมพันธ์อีก 3 ชั่วโมง รวมเป็น 6 ชั่วโมง ข้อมูลไม่ค่อยมี แต่อาศัยประสบการณ์ นับว่าเป็นการฝึกการบรรยายครั้งแรกในชีวิตของผมเลย ซึ่งผมต้องไปเพราะเป็นหน้าที่ ก็ถือว่าเราเติบโตมาได้จากกฎหมายแรงงานที่ตัวเองไม่เคยเรียน และเมื่อปี พ.ศ. 2522 ผมได้บรรยายวิชากฎหมายแรงงานทั้งภาคการศึกษาที่วิทยาลัยเทคนิคเทเวศน์ (ปัจจุบัน คือ มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลพระนคร (ศูนย์เทเวศน์)) แทนนายเจริญ ศิริพันธ์ รองอธิบดีกรมแรงงานในขณะนั้น แต่สุดท้ายแล้วผมก็ปฏิเสธไม่รับทุนไปศึกษาต่อกฎหมายแรงงานและตัดสินใจสอบชิงทุนไปเรียนกฎหมายปกครองของกระทรวงยุติธรรมที่ประเทศเยอรมนี



ภาพที่ 7 : ภาพอาจารย์กมลชัยฯ ขณะทำงานที่กรมแรงงาน

ส่วนที่ 2 การศึกษากฎหมายในประเทศเยอรมนี

➤ อยากให้อาจารย์เล่าจุดเริ่มต้นชีวิตข้าราชการ การเป็นผู้พิพากษาศาลยุติธรรม และการได้รับทุนไปศึกษาต่อที่ประเทศเยอรมนี

อาจารย์ปรีดีฯ ท่านรู้ว่าผมจบการศึกษาระดับปริญญาโทแล้ว วิทยานิพนธ์ก็เสร็จแล้ว ท่านจึงทบทวนจะโอนย้ายผมจากกรมแรงงานให้มาเป็นอาจารย์ประจำที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ซึ่งผมหนักใจเหมือนกัน เพราะเป้าหมายของผมไม่ใช่ว่าจะเป็นอาจารย์มหาวิทยาลัย แต่เป้าหมายของผมคือ การเป็นผู้พิพากษา

สมัยที่จะสอบไปศึกษาต่อต่างประเทศด้วยทุน ก.พ. มีเพื่อน ๆ ที่ทำงานอยู่กรมแรงงานไปสอบ 4 คน เขาได้มาชวนผมไปสอบ ซึ่งผมไม่ค่อยสนใจเท่าไร เขาก็ให้ลองไปสอบ เพราะการจะไปสอบทุนของสำนักงาน ก.พ. (ทุน ก.พ.) หากเป็นข้าราชการต้องได้รับความเห็นชอบจากอธิบดี เขาจึงใส่ชื่อผมไปด้วย



รวมเป็น 5 คน ท่านอธิบดีก็อนุมัติให้สอบ ผมจำได้ว่า วันที่สอบชิงทุนตรงกับวันที่ 23 ตุลาคม พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นวันปิยมหาราช ผมเลือกทุนผู้พิพากษาของกระทรวงยุติธรรม คุณสมบัติ คือ ต้องสำเร็จการศึกษา หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิตและเนติบัณฑิต ไม่ได้คิดอะไรเลย ยังไม่รู้เลยว่าทุนมีที่มาอย่างไร ผมไม่ได้คาดหวังอะไร สุดท้ายเมื่อประกาศผลปรากฏว่า ผมสอบผ่านข้อเขียนสำหรับทุนไปศึกษาต่อที่ประเทศเยอรมนีเพียงคนเดียว จึงต้องเตรียมตัวสอบสัมภาษณ์เป็นภาษาอังกฤษ โดยมีคณะกรรมการสอบประมาณ 10 คน ซึ่งผมตื่นเต้นมาก เพราะพูดภาษาอังกฤษได้เล็กน้อยเท่านั้น แต่ก็เอาตัวรอดมาได้

➤ สมัยนั้นทุนที่ให้ไปศึกษาต่อด้านอะไร และมีข้อกำหนดหรือไม่ว่ากลับมาแล้วต้องทำอะไร ?

ทุนนี้ที่ให้ไปเรียน คือ “กฎหมายปกครอง” ผมมารู้ภายหลังว่า ศาลยุติธรรมจะตั้งศาลปกครอง จึงขอทุน ก.พ. มา ทุนนี้เริ่มขอได้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2519 - พ.ศ. 2520 ซึ่งผมสอบเมื่อปี พ.ศ. 2522 ซึ่งทุนนี้มีนโยบาย คือ ถ้าสอบได้ทุนและสำเร็จการศึกษากลับมา จะให้เป็นผู้พิพากษาทันที โดยไม่ต้องกลับมาสอบเป็นผู้พิพากษาอีก และสัญญาว่ารับทุนได้ระบุไว้เช่นนั้น คือ เขาคัดเลือกคนให้เป็นผู้พิพากษาตั้งแต่ตอนได้ทุนไปเรียนเลย เพราะตอนแรกคุณสมบัติของผู้ที่จะขอรับทุนนี้ได้ ต้องเป็นผู้พิพากษาอยู่ก่อนแล้ว แต่ปรากฏว่าผู้พิพากษาสอบทุนไม่ได้ หรือไม่มีคนไปสอบ ผมก็ไม่แน่ใจเหมือนกัน ทุนจึงค้างอยู่ ต่อมา ทางกระทรวงยุติธรรมที่ขอทุนนี้ได้ปรับคุณสมบัติที่ต้องเป็นผู้พิพากษาออกและรับสมัครบุคคลภายนอก แต่ต้องสอบผ่านเนติบัณฑิตก่อน เพราะเมื่อสำเร็จการศึกษากลับมาต้องเป็นผู้พิพากษา ทางสำนักงาน ก.พ. จึงกำหนดคุณสมบัติเฉพาะทุนนี้ว่า ต้องจบเนติบัณฑิตจึงจะมีสิทธิสมัครสอบ

➤ อาจารย์จึงไม่ต้องสอบเป็นผู้พิพากษา ?

ไม่ใช่ คนละตอนกัน หลังจากผมสอบรับทุนได้ก็ต้องทำสัญญา และโอนย้ายจากกรมแรงงาน ไปอยู่กระทรวงยุติธรรม ตำแหน่งนิติกรระดับ 4 ยังไม่ได้เป็นผู้พิพากษาทันที ซึ่งเป็นตำแหน่งที่กระทรวงยุติธรรมจัดสรรไว้ในระหว่างไปเรียนต่อ ทำงานได้เดือนหนึ่ง ผมก็เดินทางไปประเทศเยอรมนีตะวันตก และเริ่มเรียนภาษาเยอรมันเพื่อเตรียมความพร้อมที่จะเรียนต่อกฎหมายปกครองในระดับปริญญาเอก

➤ อยากให้อาจารย์เล่าถึงสมัยเรียนภาษาเยอรมัน

ผมเริ่มเรียนภาษาเยอรมันที่สถาบันเกอเธ่ประเทศไทย (Goethe-Institut Thailand) แล้วจึงไปเรียนภาษาเยอรมันต่อที่ประเทศเยอรมนี ผมไปอยู่เมืองโรเธนบูร์ค (Rothenburg o.d.T.) และเมืองไฟรบวร์ค (Freiburg i. Br.) เรียนภาษาประมาณ 6 เดือน เทอมละ 2 เดือน จากนั้น จึงสมัครเข้าศึกษาต่อด้านกฎหมาย โดยต้องไปสอบภาษาเยอรมันของมหาวิทยาลัยอีกครั้ง ซึ่งยากมาก ดังนั้นคะแนนภาษาเยอรมันของผมจึงยังไม่ถึงเกณฑ์สอบเข้ามหาวิทยาลัย ทางมหาวิทยาลัยจึงให้ไปเรียนภาษาเยอรมันในมหาวิทยาลัยกับเพื่อนนักศึกษาต่างชาติก่อน ผมก็ไปลงทะเบียนเรียนภาษา 3 เดือน แล้วสอบอีกครั้ง คราวนี้สอบผ่าน จึงได้ลงทะเบียนเป็นนักศึกษากฎหมายเยอรมันดังที่ตั้งใจ



ภาพที่ 8 : ภาพอาจารย์กมลชัยฯ ขณะศึกษาต่อที่ต่างประเทศ



ภาพที่ 9 : ภาพอาจารย์วรพจน์ฯ และอาจารย์กมลชัยฯ
ขณะศึกษาต่อที่ต่างประเทศ

➤ บรรยายการศึกษากฎหมายที่ประเทศเยอรมนีเป็นอย่างไรบ้างครับ ?

ช่วงแรกของการศึกษาที่ประเทศเยอรมนี ผมยอมรับว่าผมไม่รู้เรื่องเลย ศาสตราจารย์บรรยายเร็วมาก ผมจึงไปซื้อตำรามาอ่านประกอบและอ่านหนังสือในห้องสมุด อาศัยการเรียนรู้ด้วยตัวเอง ซื้อวิทยุมาฟัง ซื้อโทรทัศน์มาดู ซื้อเทปบันทึกเสียงมาบันทึกเวลาฟังข่าวและนำมาแกะภาษาคุยกับคนเยอรมัน ฝึกภาษาจากการสร้างรูปประโยค คิดแบบเยอรมัน ฝึกภาษาเองตลอด จนพอกล่อมแกล้มได้ แต่การฟัง

ยังเป็นสิ่งที่อยากจะเข้าใจ ในช่วงปีแรกของการไปศึกษาต่อชีวิตก็เป็นแบบนี้ แต่เราก็ดูช่องทางว่าจะไปอย่างไรต่อก็ไปหาอาจารย์คนนี้บ้าง คนนั้นบ้าง ขอไปฟังสัมมนาบ้าง ซึ่งการขอเข้าสัมมนาก็ยาก ต้องอ่านบทความวิจัยเพื่อไปเสนออาจารย์ ผมก็สู้ ผมไปขอเข้าสัมมนากับอาจารย์มาร์ติน บูลิงเงอร์ (Professor Dr. Martin Bullinger) ซึ่งเป็นนักกฎหมายปกครองที่มีชื่อเสียงระดับต้น ๆ ของประเทศเยอรมนี ผมเตรียมตัวอย่างดีโดยการอ่านตำราลงเขียนบทความในวิชาสัมมนาเรื่องดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ผมเขียนเรื่องเกี่ยวกับดุลพินิจความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครอง (Experten-Ermessen) ซึ่งมีเพื่อนชาวเยอรมันช่วยตรวจให้ แล้วผมก็เอาบทความไปนำเสนอในชั้นสัมมนาแบบบรรยายสด อาจารย์ก็ฟังมากเพราะว่าไม่เคยเจอนักศึกษาต่างชาติที่ทำได้แบบนี้



ภาพที่ 10 : อาจารย์มาร์ติน บูลิงเงอร์
อาจารย์ที่ปรึกษาของอาจารย์กมลชัย

ผมจำภาพที่อาจารย์คณิตฯ เคยเล่าว่าเราต้องสร้างภาพประทับใจให้แก่อาจารย์ อาจารย์จึงจะรับเราเป็นลูกศิษย์ เพราะการจะเข้าเรียนที่คณะนิติศาสตร์ในประเทศเยอรมนีขึ้นอยู่กับอาจารย์เท่านั้น หากอาจารย์รับเป็นลูกศิษย์ถือว่าผ่านไปได้ครึ่งทางแล้ว ทางคณะไม่สามารถตั้งอาจารย์ให้เราได้ ซึ่งต่างจากประเทศไทย ในประเทศเยอรมนีถ้าอาจารย์รับเราเป็นลูกศิษย์ เราก็สามารถลงทะเบียนเป็นนักศึกษาปริญญาเอกได้ ผมก็ทำวิจัยกับท่านและสัมมนากับท่านจนสอบผ่าน โดยคนที่จะไปสอบ Staatsexamen (การสอบของรัฐ) จะต้องเรียนกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา กฎหมายมหาชน วิชาเลือกอื่น และวิชาสัมมนา ซึ่งวิชาสัมมนาคะแนนเต็ม 18 คะแนน ถ้าอาจารย์ให้คะแนน 13 คะแนน ขึ้นไป เท่ากับบอกเป็นนัยว่าจะรับเราเป็นลูกศิษย์ปริญญาเอก ผมสอบได้ 13 คะแนน เพื่อนชาวเยอรมันก็มาแสดงความยินดีกับผม

➢ ผมฟังที่อาจารย์เล่าแล้วรู้สึกว่ในชั้นเรียนปริญญาโทที่ประเทศเยอรมนีทุกคนต้องแข่งขันกันสูงมาก เพื่อให้อาจารย์รับเป็นลูกศิษย์ปริญญาเอก เป็นเพราะว่ามีโควตาจำกัดหรือเปล่าครับ ?

ไม่มีครับ ในประเทศเยอรมนีสมัยที่ผมไปเรียนไม่มีปริญญาโท หลักสูตรของเยอรมันเป็นสายวิชาชีพและสายวิชาการ สำหรับสายวิชาชีพ ต้องทำประกาศนียบัตรในมหาวิทยาลัย 5 ใบ (Schein)

ได้แก่ กฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา กฎหมายมหาชน กฎหมายที่เป็นวิชาเลือก (เช่น กฎหมายสิ่งแวดล้อม กฎหมายการปกครองส่วนท้องถิ่น กฎหมายแรงงาน กฎหมายประกันสังคม นิติปรัชญา) และประกาศนียบัตรสัมมนากฎหมาย โดยต้องสอบ Staatsexamen ครั้งที่ 1 พอสอบผ่านก็ไปฝึกกับผู้พิพากษา พนักงานอัยการเป็นเวลา 2 ปีครึ่ง และสอบ Staatsexamen ครั้งที่ 2 ด้วย ถ้าสอบผ่านก็เรียกว่าเป็นผู้มีความสามารถที่จะเป็นตุลาการได้ (Befähigung zum Richteramt) ซึ่งต้องใช้เวลาเรียนประมาณ 7 ปี เพื่อไปประกอบวิชาชีพกฎหมาย

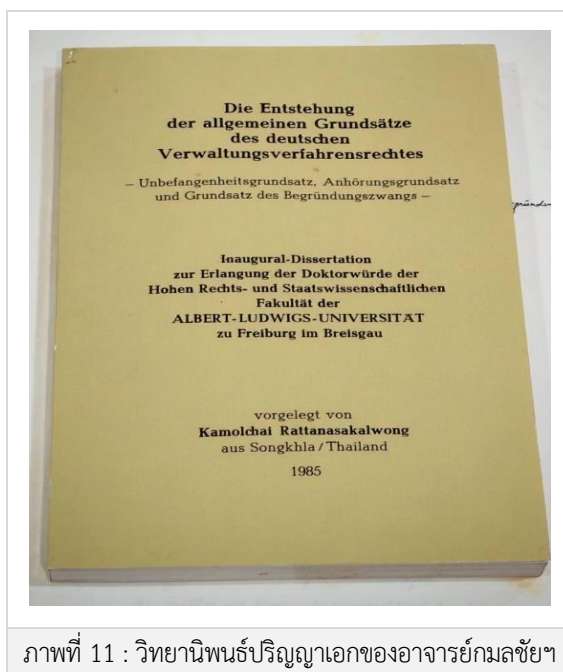
ส่วนสายวิชาการ ถ้าเป็นคนเยอรมัน จะต้องสอบ Staatsexamen ครั้งที่ 1 ให้ผ่านก่อน อาจารย์จึงจะรับเป็นลูกศิษย์ ซึ่งการที่อาจารย์จะรับเป็นลูกศิษย์ได้ต้องไปขออาจารย์ทำสัมมนา ต้องไปหาข้อมูลว่าอาจารย์กำลังทำวิจัยเรื่องอะไร มีหัวข้ออะไรที่รับหัวข้อนั้นมาทำ แล้วอาจารย์จะให้คะแนนสัมมนา ถ้าได้ 13 คะแนน อาจารย์จะยอมรับเราเป็นลูกศิษย์เพื่อศึกษาต่อระดับปริญญาเอก ส่วนคนที่ได้คะแนนไม่ถึง 13 คะแนน จะได้เพียงแค่ประกาศนียบัตรวิชาสัมมนากฎหมาย สำหรับผมเลือกทำประกาศนียบัตรวิชาสัมมนากฎหมาย ส่วนวิชาอื่น รวมทั้งภาษาละติน ได้รับการยกเว้น

ผมน่าจะเป็นคนต่างชาติคนเดียวที่ไปนั่งฟังบรรยายกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง กฎหมายอาญา ในห้องใหญ่ ส่วนการสัมมนาห้องเล็กจะมีกรณีศึกษา โดยนักศึกษาจะเป็นผู้ถามกรณีศึกษาและผู้ช่วยของอาจารย์จะเป็นผู้ตอบคำถาม ในระยะแรกผมก็ตามไม่ค่อยทัน จึงเปลี่ยนไปอ่านหนังสือด้วยตนเอง อย่างน้อยหนึ่งชั่วโมงได้สักหนึ่งหน้า วันหนึ่งได้สืบทกว่าหน้าก็อุ่นใจ ผมนั่งอ่านหนังสือกฎหมายอาญาเล่มที่อาจารย์คิดฯ เคยสอนผม อ่านไปก่อนเพราะอาจารย์คิดฯ สอนกฎหมายอาญา และผมก็เรียนกฎหมายอาญามา ทำให้ผมอ่านกฎหมายอาญาได้ค่อนข้างลื่นไหล เพราะมีองค์ความรู้นำร่องไปแล้ว แต่ถ้าผมอ่านกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง ผมยังไม่เข้าใจถ่องแท้สักเท่าไหร่ เพราะประเทศไทยไม่เคยมีอาจารย์สอนวิชากฎหมายปกครองในเชิงวิชาการ ทฤษฎี และคดีความทางปกครอง สอนแต่กฎหมายเกี่ยวกับการปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม หรือกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน

ผมจึงเริ่มสะสมความรู้ เริ่มอ่านตำราที่อาจารย์คิดฯ เคยนำมาสอน และอ่านรัฐธรรมนูญเยอรมันอย่างละเอียดจากง่ายไปยาก แกะทีละบรรทัด มีสมุดจด จดมาเป็นปี ๆ จนเริ่มคุ้นชิน ใช้วิธีอ่านตำราไปเรื่อย ๆ จนอ่านบทความวิจัยได้ เมื่อครั้งอาจารย์ตอบรับให้เป็นลูกศิษย์ ผมก็ใจดีสู้เสือเข้าไปหาอาจารย์เลย ตอนทำวิทยานิพนธ์ อาจารย์แนะนำให้เขียนวิทยานิพนธ์ที่จะเป็นประโยชน์แก่ระบบกฎหมายไทย จึงต้องศึกษาวิจัยพัฒนาการของหลักกฎหมายปกครองของประเทศเยอรมนี

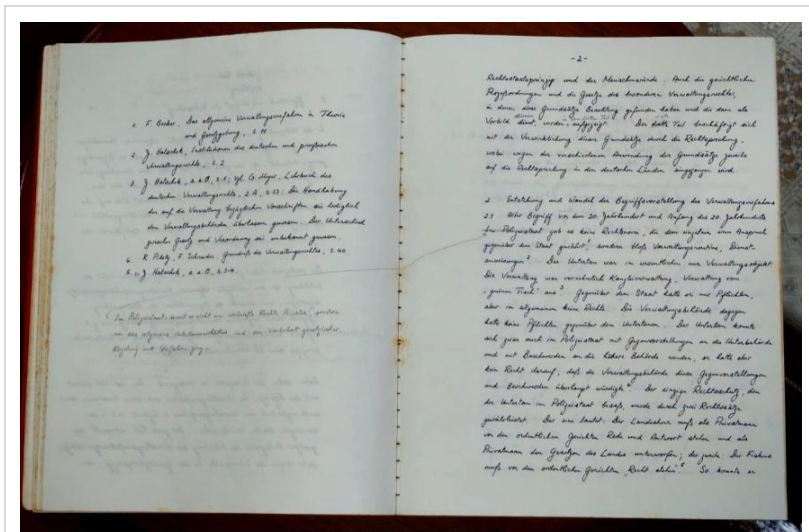
ผมจึงคุยกับอาจารย์เกี่ยวกับกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมันที่ผมอ่านมาเรื่อง คำสั่งทางปกครอง ซึ่งประเทศไทยยังไม่มี ผมเป็นข้าราชการมาก่อนและเห็นว่า เรื่องการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ยังไม่มีเขียนไว้ในกฎหมายไทย จึงเป็นข้อดีที่จะมีหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ได้กับทุกส่วนราชการ ซึ่งอาจารย์เห็นด้วย เพราะผมอ่านตำราเยอรมันมาหลายเล่ม เตรียมตัวมาดีเพื่อให้เขาประทับใจ (หัวเราะ) อาจารย์เลยแนะนำให้ไปศึกษาต่อว่า กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมันเกิดขึ้นมาได้อย่างไร และสามารถนำไปปรับใช้กับประเทศไทยอย่างไร ซึ่งผมเลือกทำหัวข้อ เรื่อง “การกำเนิดหลักกฎหมายปกครอง

ทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ของเยอรมัน (หรือเทียบได้กับกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศไทย) : หลักความไม่มีส่วนได้เสีย หลักการรับฟัง และหลักการให้เหตุผล (Die Entstehung der allgemeinen Grundsätze des deutschen Verwaltungsverfahrenesrechtes - Unbefangenheitsgrundsatz, Anhörungsgrundsatz und Grundsatz des Begründungszwangs -) ” ขณะที่ผมเขียนเรื่อง “หลักความเป็นกลาง” “หลักการรับฟัง” และ “หลักการให้เหตุผล” ประเทศไทยยังไม่มีหลักเหล่านี้ เป็นแนวคิดที่ผมเขียนขึ้นมาเป็นเสาหลักในการสร้างองค์ความรู้นี้ โดยหลักการเหล่านี้มีพื้นฐานมาจากระบบคอมมอนลอว์ Common Law ผมได้ค้นคว้าข้อมูลแล้วพบว่า มีอาจารย์เยอรมันคนหนึ่งที่เคยไปอยู่ประเทศอังกฤษแล้วกลับมาเขียนตำรา ผมก็ไปศึกษาข้อมูลมา ซึ่งท่านเขียนไว้ดีมาก ผมจึงนำหลักการเหล่านี้มาอธิบาย



ภาพที่ 11 : วิทยานิพนธ์ปริญญาเอกของอาจารย์กมลชัยฯ

ผมลองวางแผนการเรียบเรียง การเขียนงาน อ่านหนังสือในห้องสมุด ค้นคว้าเอกสารมากมาย แล้วผมเริ่มเขียนเป็นเค้าโครง ค่อย ๆ ทำไป จนในที่สุดก็เขียนงานเสร็จ มีเพื่อนชาวเยอรมันช่วยตรวจให้ว่าอ่านแล้วเข้าใจหรือไม่ จากนั้น ผมก็เสนองานให้อาจารย์ที่ปรึกษา ซึ่งในความเป็นจริงผมต้องพิมพ์ส่งให้อาจารย์แต่เนื่องจากผมพิมพ์ผิดไม่เป็น ผมก็ตัดสินใจไปขออนุญาตอาจารย์เขียนด้วยปากกา อาจารย์ก็อนุโลม วิทยานิพนธ์ของผมจึงเป็นวิทยานิพนธ์ที่เขียนด้วยปากกาและปัจจุบันยังเก็บไว้เป็นอย่างดี อาจารย์ปริดีฯ ท่านเคยบอกว่า เขียนจดหมายหรือหนังสือให้ผู้ใหญ่ต้องใช้ปากกามักซิมส์ดำ ผมจึงไปซื้อปากกาและหมึกมาเขียนประมาณ 200-300 หน้า แล้วส่งท่านเป็นต้นร่างที่เขียนด้วยปากกา อาจารย์เห็นก็ผงะแล้วพูดว่า “เขียนวิทยานิพนธ์เสร็จแล้วหรือ ?”



ภาพที่ 12 : ร่างวิทยานิพนธ์ปริญญาเอกของอาจารย์กมลชัยฯ ฉบับเขียนด้วยปากกา

เมื่ออาจารย์นำวิทยานิพนธ์ไปตรวจ อาจารย์ไม่ได้แก้ไขงานของผมเลย แต่จะวงกลมให้ข้อสังเกตเท่านั้น ผมจึงนำส่วนที่อาจารย์วงกลมไปปรึกษาเพื่อนชาวเยอรมันเพื่อให้ช่วยแก้ภาษาให้ พอแก้ไขภาษาตามที่อาจารย์วงกลมไว้เสร็จ ผมได้เขียนใหม่ฉบับหนึ่งและส่งให้อาจารย์ตรวจอีกครั้ง คราวนี้อาจารย์บอก “จะเอา summa cum laude (เกียรตินิยมดีเยี่ยม) ไหม ?” ผมบอก “ไม่เอาครับ ขอผ่านก็พอ” ถ้าจะเอา “summa” ต้องเอาไปทำเพิ่ม อาจารย์แนะนำให้ทำเพิ่มอีก แต่อาจใช้เวลาอีก 3-6 เดือนแล้วอาจารย์จะให้ “summa” ซึ่งผมบอกไม่เอา ผมขอผ่านอย่างเดียว เพราะผมอยากกลับประเทศไทยแล้ว อาจารย์ที่ปรึกษาก็ตอบรับว่าเป็นวิทยานิพนธ์ โดยต้องรอให้อาจารย์ที่ปรึกษาทำความเข้าใจและประเมินให้คะแนนในฐานะผู้ประเมินคนแรก (Erstberichterstatter) เพื่อส่งคะแนนให้คณะนิติศาสตร์ จากนั้นคณะนิติศาสตร์จะนำไปส่งให้อาจารย์ Rainer Wahl ในฐานะผู้ประเมินคนที่สอง (Zweitberichterstatter) เมื่อผู้ประเมินคนที่สองทำความเข้าใจและประเมินให้คะแนนเสร็จแล้ว จะส่งผลคะแนนกลับมาให้คณะนิติศาสตร์เพื่อจัดให้มีการสอบประมวลความรู้ (Rigorosum) ซึ่งจะต้องสอบ 3 วิชา กับอาจารย์ 3 คน และในวันที่ 20-21 มกราคม ค.ศ. 1986 ผมก็เลือกสอบวิชาแรก โดยเลือกสอบกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายมหาชน ซึ่งคณะนิติศาสตร์จัดให้สอบกับอาจารย์ Ernst-Wolfgang Böckenförde วิชาที่ 2 ผมเลือกวิชานิติปรัชญาและนิติวิธีซึ่งคณะนิติศาสตร์จัดให้สอบกับอาจารย์ Alexander Hollerbach วิชาที่ 3 คือ วิชาการนำเอาวิทยานิพนธ์ไปประยุกต์ใช้ให้เป็นประโยชน์ทางนิติศาสตร์กับอาจารย์ที่ปรึกษาของผม ซึ่งผมก็สอบผ่านทั้ง 3 วิชา และเมื่อนำคะแนนมาเฉลี่ยทั้งหมดรวมกับคะแนนประเมินของอาจารย์ทั้งสองท่านนี้แล้ว ผมได้คะแนนระดับเกียรตินิยมดีมาก (magna cum laude) ถือว่าผมสำเร็จการศึกษาระดับนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

จากนั้น ผมมีหน้าที่ต้องนำวิทยานิพนธ์ไปจัดทำเป็นรูปเล่มตามระเบียบที่มหาวิทยาลัยกำหนด โดยตีพิมพ์จำนวน 150 เล่ม เพื่อส่งให้คณะนิติศาสตร์ เมื่อคณะนิติศาสตร์ได้รับแล้วจะส่งมอบใบปริญญาบัตรมาให้ผม และบอกผมว่า นับแต่บัดนี้เป็นต้นไป ผมมีสิทธิที่จะใช้คำนำหน้าว่า “ดร.” (Dr.jur.)

➤ **ตอนนั้นประเทศเยอรมนียังไม่มีกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองใช่ไหมครับ ?**

มีแล้วครับ ตอนที่ผมสอบมีแล้ว แต่ผมเขียนพัฒนาการของกฎหมาย เลยเขียนย้อนไปช่วงปี ค.ศ. 1840 ตอนที่ยังไม่มีกฎหมาย แล้วค่อย ๆ พัฒนามาจนมีตำรา มีการอ้างอิงตำราเก่า ๆ อาจารย์ก็ชอบฟังผมไม่เพลिनเลย (หัวเราะ)



ภาพที่ 13 : ภาพอาจารย์กมลชัยฯ ขณะให้สัมภาษณ์

➤ **ผมเพิ่งเคยได้ยินว่า กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมันจริง ๆ แล้วมีที่มาจากบางส่วนจาก Common Law เหมือนกัน**

ใช่ครับ เพราะตำราเหล่านี้ปรากฏในประเทศเยอรมนีซึ่งเขียนโดยทนายความที่ไปอยู่ประเทศอังกฤษ หลักการเหล่านี้ในสมัยนี้เราอาจจะรู้สึกธรรมดา แต่สมัยก่อน คือ เรื่องใหญ่ เพราะฝ่ายปกครองมีอำนาจเต็ม อยู่ ๆ จะมาบอกว่า “มีส่วนได้เสียไม่ได้” ผมพยายามชี้ให้เห็นว่า แนวคิดปรัชญาเหล่านี้มาจากหลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตยที่ต้องการให้ฝ่ายปกครองบังคับใช้กฎหมายอย่างเป็นกลาง ไม่มีส่วนได้เสีย ซึ่งเป็นหัวใจของหลักประชาธิปไตย คือ การปฏิบัติต่อประชาชนในฐานะที่เป็น “Subject” หรือ “ผู้ทรงสิทธิ” เมื่อก่อนประชาชนอยู่ในฐานะที่เป็น “Object” หรือ “วัตถุ” ของการปกครอง โดนฝ่ายปกครองย่ำยีตลอด ในประเทศเยอรมนีก็เช่นเดียวกัน หลักการนี้จึงพลิกบทบาทให้ประชาชนมาเป็น Subject of Law เรียกว่าเป็น “ผู้ทรงสิทธิ”

กฎหมายเยอรมันมี “Golden Rules” (กฎทองคำ) 3 อย่าง ถ้าเทียบกับ Common Law ที่มีแค่ 2 อย่าง เพราะ Common Law ยังไม่มีเรื่อง Reasoning (การให้เหตุผล) มีแค่ Bias (ความเป็นกลาง) กับ Hearing (การรับฟัง) แต่กฎหมายเยอรมันมี Reasoning เพราะเขาสร้างกระบวนการอุทธรณ์และฟ้องร้องต่อศาล ศาลจะตรวจสอบ Judicial Review ผ่านทาง Reasoning ได้ จึงถูกเรียกว่า เป็นหลักใหญ่ 3 หลัก ส่วนหลักการตรวจสอบเอกสารเป็นหลักการรอง

➤ **พื้นฐานของอาจารย์เป็นนักกฎหมายสายอาญามาตลอด พอมาศึกษากฎหมายปกครอง อาจารย์ชอบไหมครับ ? หรือมีเทคนิคอย่างไรให้ชอบกฎหมายปกครองครับ ?**

ถ้าถามว่าชอบไหม... ผมเฉย ๆ นะ ไม่ได้ต่อต้าน ตอนที่สอบข้อรับทุน ผมไม่ได้คิดอะไร อยากไปศึกษาต่อประเทศเยอรมนีจึงไปสอบ แต่พอได้เรียนกฎหมายปกครอง ผมก็คิดว่าน่าจะเป็นสิ่งที่ดี เพราะสมัยศึกษาระดับปริญญาตรีผมได้คะแนนกฎหมายแพ่งดีมาตลอด ไม่จำเป็นต้องไปต่อยอดทฤษฎีอะไรมากแล้ว ส่วนระดับปริญญาโทผมก็เรียนกฎหมายอาญามาแล้ว ถึงแม้ตอนนั้นจะยังไม่สำเร็จการศึกษาอย่างเป็นทางการแต่ก็เขียนวิทยานิพนธ์เสร็จแล้ว แต่สิ่งที่ผมยัง “โง่” อยู่ คือ “มหาชน” เพราะฉะนั้น การได้มาศึกษากฎหมายปกครอง กฎหมายมหาชน รวมถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญจึงเป็นโอกาสที่ดี เหมือนนักมวยที่มีทั้งหมด เท้า เข่า ศอก ถ้าได้ปริญญาเอกกฎหมายมหาชนอีกสาขาหนึ่ง ผมก็พร้อมจะเดินเข้าสู่ความเป็นนักกฎหมายอย่างเต็มตัว

ชีวิตที่ประเทศเยอรมนี ผมชอบมากเลย ผมไม่ต้องเสียเงินไปตัดครุยเหมือนที่อื่น ไม่ต้องมีพิธีอะไรมากมาย ประเทศเยอรมนีไม่มีพิธีรับปริญญา ตอนนั้นสำเร็จการศึกษาเพียง 4-5 คน เป็นชาวเยอรมันและผม มีอาจารย์นั่งเต็มไปหมด น่าจะ 30 กว่าคน แล้วเจ้าหน้าที่ก็เชิญเราไปนั่ง และเชิญคนที่จบปริญญาเอกด้วยกันในภาคการศึกษานั้น ซึ่งเขาก็แนะนำผมก่อนเลย บอกว่า “กมลชัย รัตนสกววงศ์ เป็นคนสงขลา จากประเทศไทย เขียนวิทยานิพนธ์เรื่องนี้ กับอาจารย์คนนี้ และได้คะแนนสอบสัมภาษณ์เท่าไร รวมแล้วได้ระดับเกียรตินิยมดีมาก (magna cum laude) ขอแสดงความยินดี” อาจารย์ก็ปรบมือกัน ยุคนั้นยังไม่มีโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือโทรศัพท์มือถืออย่างยุคนี้ จึงไม่มีภาพเคลื่อนไหว แต่เป็นภาพที่เราประทับใจ ปรากฏว่าพอออกจากห้องมา มีเพื่อนชาวเยอรมัน 4-5 คน เอาแชมเปญมารอผม และเปิดแชมเปญฉลองกันเลย

ก่อนกลับประเทศไทย ผู้ดูแลนักเรียนไทยในประเทศเยอรมนีที่กรุงบอนน์ แนะนำว่าผมสำเร็จการศึกษาที่กำหนดเวลาเกือบ 3 ปี สามารถทำเรื่องขอลูกจ้างได้ 3 เดือน โดยจะต้องขอความเห็นชอบจากเจ้าของทุน ผมจึงทำเรื่องขออนุมัติกระทรวงยุติธรรมและตุลาการศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลการคลัง และสำนักงานอัยการ ในเมืองไฟรบวร์ค (Freiburg i. Br.) บรรดาผู้พิพากษาและพนักงานอัยการก็ยินดีให้ผมลูกจ้างแห่งละ 2 สัปดาห์ ซึ่งผู้พิพากษาและพนักงานอัยการส่วนใหญ่ก็เป็นลูกศิษย์ของอาจารย์ Bullinger พอผมบอกว่าเป็นลูกศิษย์ของอาจารย์ Bullinger เขาก็ดูแลต้อนรับเป็นอย่างดี

➤ **เมื่ออาจารย์สำเร็จการศึกษาแล้วกลับมาบรรจุแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาทันทีหรือไม่ ?**

พอกลับมาผมก็ไปรายงานตัวที่กระทรวงยุติธรรม ในสัญญาของผมเขียนง่าย ๆ 4-5 หน้า ว่า หากสำเร็จการศึกษาแล้วจะได้รับการบรรจุแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาในศาลชั้นต้น และจะได้รับการสนับสนุนให้เจริญก้าวหน้าในหน้าที่การงาน ทำให้ผมเห็นอนาคตตัวเองว่าต้องมีโอกาสได้นำเอาความรู้ที่พอมียูมาใช้ในการเกิดประโยชน์ในวงการยุติธรรมไทย แต่ไม่ใช่อย่างนั้น พอกลับมาเขาจะให้ผมสอบสนามเล็ก ผมบอกว่า “สัญญาเขียนว่าจะบรรจุเลย” แต่หน่วยงานบอกว่า “สัญญาที่คุณทำกับกระทรวงยุติธรรมตอนนี้เปลี่ยนเป็นระบบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) แล้ว จะเป็นผู้พิพากษาได้ต้องสอบ



ผู้ช่วยผู้พิพากษา” ผมบอกว่า “ผมเชื่อโดยสุจริตตั้งแต่ไปเรียนต่อในปี พ.ศ. 2523 และระเบียบใหม่จะมามีใช้ย้อนหลังกับผมได้อย่างไร ?” หน่วยงานก็เข้าใจแต่ช่วยเหลืออะไรไม่ได้เพราะระบบเปลี่ยนแปลงแล้ว หน่วยงานจึงบอกว่าตอนนี้กำลังจะเปิดสอบสนามเล็กและแนะนำให้ผมสมัครสอบสนามเล็ก

ผมจึงไม่ได้เป็นผู้พิพากษาทันที แต่ไม่เป็นไร สอบใหม่ก็ได้ ปรากฏว่า เขาตรวจสอบคุณสมบัติแล้ว บอกว่าผมมีคุณสมบัติไม่ครบ เนื่องจาก “คุณไม่มีวิชากฎหมายลักษณะพยาน ซึ่งเป็นวิชาบังคับของ ก.ต.” สมัยศึกษาระดับปริญญาโทที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ไม่มีวิชากฎหมายลักษณะพยาน ผมไม่ยอมให้เกิดความยุ่งยากและพยายามหาทางออก โดยให้อาจารย์ผู้ใหญ่ คือ อาจารย์คณิต ณ นคร ช่วยออกหนังสือรับรองให้ว่า หลักสูตรในประเทศเยอรมนีไม่เหมือน Common Law ไม่ได้ตั้งเป็นวิชากฎหมายลักษณะพยาน แต่จะแฝงอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง วิธีพิจารณาความอาญา เพราะฉะนั้น การสำเร็จการศึกษา ระดับปริญญาเอก จึงถือว่าผมสอบผ่านวิชาเหล่านี้มาหมดแล้ว ซึ่ง ก.ต. ได้รับรองและยินยอมให้สอบสนามเล็กได้ รุ่นนั้นมีคนสอบ 10 กว่าคน สอบผ่านกัน 8 คน ผมสอบได้ลำดับที่ 2

ผมสอบผ่านเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษา และเมื่อมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อม แต่งตั้งแล้ว ต่อมา ผมได้ไปประจำที่ศาลจังหวัดอุบลราชธานี แล้วกลับเข้ามาเป็นผู้อำนวยการกองวิชาการ สำนักส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ซึ่งกระทรวงยุติธรรมขณะนั้นยังไม่แยกเป็นศาลยุติธรรม ผมทำงานอยู่ชั้น 3 งานส่งเสริมตุลาการ เป็นมันสมองของกระทรวงยุติธรรม และกลุ่มนักเรียนทุนจะไปรวมกันอยู่ที่นี่ ส่วนกลุ่มที่ชอบงานวิชาการแต่ไม่ใช่นักเรียนทุน หรือจบปริญญาโทในประเทศไทย จะทำงานอยู่ชั้น 2 เรียกว่า “ห้องขาว” ตอนนั้นห้องทำงานของผมมี จรัญ ภักดีธนากุล พงศ์เทพ เทพกาญจนา จิรนิติ หะวานนท์ เกริก วณิกกุล และวิชัย อริยะนันท์กะ ทีมเราเรียกได้ว่าเป็นกลุ่มคนที่มีความสามารถโดดเด่นหลากหลาย “Dream Team” เวลาไปประชุมระหว่างประเทศ เจรจากทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับประเทศจีน ประเทศเกาหลี และประเทศญี่ปุ่น ทีมเราจะไปตลอด

เนื่องจากผมจบจากประเทศเยอรมนี สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงอยากให้ไปช่วยร่างกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง บังเอิญท่านชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ขอให้ช่วยร่างกฎหมาย จึงทำหนังสือมาขอให้ไปช่วยราชการสัปดาห์ละสามวัน ทุกวันจันทร์ วันพุธ และวันศุกร์ ในช่วงเช้า ซึ่ง ก.ต. ได้อนุญาต ผมก็ไป แต่จริง ๆ เราร่างกฎหมายกันในวันเสาร์และวันอาทิตย์ด้วย ผมไปร่างกฎหมาย “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” ร่วมกับอาจารย์บรรศักดิ์ อูวรรณโณ และท่านก็อยากให้มาช่วยสอนที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ส่วนอาจารย์สมยศ เชื้อไทย ก็อยากให้มาเป็นอาจารย์ที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ซึ่งผมก็ยังไม่ได้ตัดสินใจไปไหนหรอก เพราะผมยังใช้ทุนไม่หมด ต้องใช้ทุน 12 ปี (สองเท่าของเวลาเรียนทั้งหมด 6 ปี)

จากนั้น ก็เจอวิกฤติตุลาการ ผ่านไป 1-2 ปี คณบดีคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เปลี่ยนเป็นอาจารย์สุรเกียรติ์ เสถียรไทย ตอนนั้นคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ขาดอาจารย์กฎหมายมหาชน มีแค่อาจารย์บรรศักดิ์ฯ ซึ่งอาจารย์สุรเกียรติ์ฯ บอกว่า ยังไม่พอ ถ้าได้อาจารย์กมลชัยฯ มา ก็จะสอนได้ทั้งกฎหมายอาญา กฎหมายปกครอง และนิติวิธี ผมจึงโอนไปเป็นอาจารย์คณะนิติศาสตร์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ตำแหน่งรองศาสตราจารย์ ระดับ 9 ไม่เคยคิดจะทำศาสตราจารย์ เพราะไม่มีเวลาพอว่างจากงานสอน ก็ไปทำงานในคณะกรรมการกฤษฎีกาอยู่หลายคน และมหาวิทยาลัยรามคำแหงเปิดหลักสูตรปริญญาโท อาจารย์โกคิน พลกุล ได้ชวนไปสอนในวันเสาร์และวันอาทิตย์ และมีสอนที่มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตด้วย ชีวิตผมไม่มีวันหยุดเลย วนเวียนอย่างนี้มาตลอด กลับบ้านก็หมดสภาพ ทำงานวิชาการอะไรไม่ค่อยได้เลย ชีวิตผมหลัก ๆ มีการประชุม และบรรยายกฎหมายอาญาที่สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา และมหาวิทยาลัยต่าง ๆ

➤ **อยากให้อาจารย์เล่าเกี่ยวกับการเตรียมความพร้อมที่จะให้มีแผนกคดีปกครองในศาลยุติธรรม ?**

ศาลยุติธรรมเคยตั้งศาลชำนาญพิเศษ คือ ศาลแรงงาน แข่งกับกรมแรงงาน กระทรวงมหาดไทย โดยมีกระทรวงยุติธรรมทำหน้าที่เป็นหน่วยงานธุรการ แล้วเอาผู้พิพากษาศาลยุติธรรมมาเป็นผู้พิพากษาศาลแรงงาน และอยากตั้งศาลปกครองในเวลาต่อมา แต่มุมมองของการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทย ผมมองว่ายังแคบไป คือ แม้จะขอทุนให้คนไปศึกษาต่อระดับปริญญาเอกด้านกฎหมายปกครอง แต่การขอแค่ทุนเดียวทำไม่ไหวหรอก เราไม่รู้ว่าคุณที่ได้ไปเขาจะเรียนจบหรือไม่ หรือจะไปตกทุกซ์ได้ยากอย่างไร ควรที่จะส่งคนไปเป็นทีม และไม่ต้องเน้นไปกับการนำใบปริญญากลับมา แต่ให้เน้นที่การเรียนรู้กฎหมายโดยการทำความร่วมมือระหว่างประเทศ ไม่ใช่ไปยึดเอาใบปริญญา ที่สำคัญ คือ ต้องไปนำความรู้กลับมา ซึ่งควรจะเป็นอย่างนั้น แต่กระทรวงยุติธรรมก็ขอทุนไป 1 ทุน ผมก็ไปแบบหัวเดียวกระเทียมลีบ กลับมาคุณจะทำอะไรได้ ลูกไหม จบกลับมาก็ได้ใบปริญญาเฉพาะตัว

นอกจากนี้ การศึกษาต่างประเทศปกติแล้วต้องใช้เวลานาน ต้องเรียนภาษา ช่วงที่ผมศึกษาต่อที่ประเทศเยอรมนี ระหว่างนั้นกระทรวงยุติธรรมก็อยากจะทำศาลปกครอง จึงร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครอง โดยใช้วิธีการแบบเดียวกันกับที่กระทรวงยุติธรรมเคยจัดตั้งศาลแรงงานเมื่อปี พ.ศ. 2522 คือ เป็นศาลชำนาญพิเศษอยู่ในระบบศาลยุติธรรม ให้ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมมาเป็นผู้พิพากษาในศาลปกครอง แต่จัดตั้งไม่สำเร็จ ผมกลับมาก็เข้าสู่ระบบบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม กล่าวคือ ผมเริ่มเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษาทำคดีแพ่ง คดีอาญา แต่ไม่ได้ไปช่วยร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองแต่อย่างใด งานที่เกี่ยวกับทุนที่ได้รับ คือ การเป็นวิทยากรบรรยาย หัวข้อ กฎหมายปกครอง ในหลักสูตรผู้พิพากษาศาลฎีกา หลักสูตรผู้พิพากษาหัวหน้าศาล และหลักสูตรผู้ช่วยผู้พิพากษาเท่านั้น

ผมเข้าใจว่า มีการเสนอร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองไปยังคณะรัฐมนตรี เมื่อปี พ.ศ. 2527 ซึ่งเป็นปีที่ผมเขียนวิทยานิพนธ์ และพอทราบว่าร่างกฎหมายที่เข้าไปสู่คณะรัฐมนตรี ยุครัฐบาล พลเอกเปรม ติณสูลานนท์ ไม่ผ่านความเห็นชอบและตกไปด้วยเหตุผลหลายประการ ส่วนหนึ่งเห็นว่า กระทรวงยุติธรรมไม่ควรตั้งศาลปกครอง รวมถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็คงคัดค้านไว้ด้วย และอีกส่วนหนึ่งเข้าใจว่า ถ้าตั้งศาลปกครองแล้ว ข้าราชการจะเดือดร้อน อาจจะติดคุกกันเป็นจำนวนมาก ซึ่งแสดงให้เห็นว่าในขณะนั้นประเทศไทยยังไม่เข้าใจว่าศาลปกครอง คือ Judicial Review (การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง) ไม่ใช่ศาลอาญา และไม่ใช่ศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบที่เอาข้าราชการ



ที่ทำผิดกฎหมายมาเข้าคุก เพราะฉะนั้น ร่างกฎหมายฉบับนี้จึงตกไป จนกระทั่งผมกลับมาจากประเทศเยอรมนีแล้ว และไปอยู่ต่างจังหวัด กระทรวงยุติธรรมก็นำร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองมาปิดฝุ่นอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งเป็นร่างที่จะจัดตั้งศาลปกครองในศาลยุติธรรม ก็คิดว่าน่าจะจัดตั้งสำเร็จ เพราะร่างกฎหมายฉบับนี้ เสนอไปยังคณะที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีพลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ และส่งไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา แต่ไม่ได้รับการดำเนินการต่อไปแต่อย่างใด

สมัยที่ผมเปลี่ยนหน้าที่จากผู้พิพากษาศาลจังหวัดอุบลราชธานีมาทำหน้าที่งานวิชาการ ที่กระทรวงยุติธรรม ทางสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความสำคัญกับกฎหมายปกครองสารบัญญัติ จึงจัดทำร่างกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และให้ผมเข้าไปช่วยร่างกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ตั้งแต่ศาลปกครองยังไม่จัดตั้งขึ้น ต่อมา ก็มีความพยายามร่างกฎหมายเพื่อจัดตั้งศาลปกครองจากสองหน่วยงาน ระหว่างสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและศาลยุติธรรม ซึ่งกระทรวงยุติธรรมได้แต่งตั้งท่านอุดม เพ็ญพิ้ง เป็นประธาน และแต่งตั้งผมเป็นกรรมการ ก็พยายามปรับปรุงร่างกฎหมายให้ฝ่ายการเมืองรับได้ โดยกำหนดให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นตุลาการศาลปกครองได้ และให้มี ก.ต. เป็นองค์กรบริหารงานบุคคลที่แยกออกมาเป็น ก.ต. ศาลปกครอง แต่ให้ ก.ต. ศาลยุติธรรม ยังคงมีอิทธิพลต่อ ก.ต. ศาลปกครองอยู่ พร้อมทั้งกำหนดให้ตุลาการศาลปกครอง กลุ่มหนึ่งต้องจบนิติศาสตร์และเนติบัณฑิต ส่วนอีกกลุ่มหนึ่งมาจากฝ่ายปกครอง กระทรวงมหาดไทย โดยกลุ่มนี้อาจจะไม่ต้องจบเนติบัณฑิต แต่จะเป็นตุลาการศาลปกครองได้เฉพาะในศาลปกครองชั้นต้นเท่านั้น ผมมองว่าร่างกฎหมายฉบับนี้ออกแบบมาแปลก ๆ ทำเป็นศาลควบ แต่สุดท้ายไม่ผ่าน จึงนำร่างกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามาใช้

ในยุครัฐบาลนายชวน หลีกภัย ได้นำร่างกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามาพิจารณาโดยมีรูปแบบมาจากสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ของประเทศฝรั่งเศส แล้วให้คนที่ไม่จบนิติศาสตร์ มาเป็นตุลาการได้ด้วย โดยให้สำนักงานศาลปกครองเป็นฝ่ายธุรการ ไม่ใช่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่มักเป็นอย่างนี้ ร่างกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาฉบับนี้ได้รับการสนับสนุนโดยมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 บัญญัติให้มีศาลปกครองไว้ ซึ่งอาจารย์วรพจน์ วิศวตพิชญ์ เป็นผู้ร่างหมวดศาลปกครองในรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ต่อมา ร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองก็ผ่านรัฐสภา ในปี พ.ศ. 2542 และผมก็เป็นกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างกฎหมายดังกล่าวทั้งของสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา จึงออกมาเป็นพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ส่วนที่ 3 วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

➤ อยากให้อาจารย์เล่าถึงบทบาทในการร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ?

ต้องถือว่าประเทศเยอรมนีเป็นต้นแบบของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เพราะประเทศฝรั่งเศสยังไม่มีกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และประเทศเยอรมนีได้รับการยอมรับจากหลายประเทศ ซึ่งน่าจะมีอย่างน้อยประมาณ 18 ประเทศ ที่นำไปเป็นต้นแบบในการร่างกฎหมาย ตอนนั้น

ผมคิดว่า การที่ประเทศไทยมีกฎหมายสารบัญญัตินี้เป็นเรื่องที่ดี โดยอยู่ในช่วงก่อนปี พ.ศ. 2530 เราก็สัมมนากันเข้มข้นพอสมควร และต้องให้การยกย่องอาจารย์ชัยวัฒน์ฯ ที่เสนอเรื่องจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเข้าไปในคณะรัฐมนตรียุครัฐบาลนายอานันท์ ปันยารชุน แต่กำหนดกรอบเวลาเอาไว้ว่า จะขอร่างกฎหมายนี้ให้เสร็จภายใน 3 เดือน ผมก็เริ่มช่วยร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ แต่ก็ยังไม่สมบูรณ์นัก เช่น ยังไม่ได้ร่างเรื่องโมฆะกรรมและสัญญาทางปกครอง คิดกันว่าถ้าร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ผ่านสภาจะร่างเรื่องที่ยังขาดเหลืออยู่เพิ่มเติม แต่จนบัดนี้เวลาล่วงเลยไปกว่า 30 ปี แล้ว ก็ยังไม่ได้ร่างเพิ่มเติม

ส่วนเรื่องการ “ยกเลิก” กับการ “เพิกถอน” คำสั่งทางปกครองนั้น ในประเทศเยอรมนี ถ้าการทำให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นผลบังคับ จะใช้คำว่า “Rücknahme” ส่วนการทำให้คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นผล ใช้คำว่า “Widerruf” สาระของการ “ยกเลิก” คือ การแก้ไขสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนสาระของการ “เพิกถอน” คือ การปรับปรุงคำสั่งที่ขณะออกชอบด้วยกฎหมายแต่ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป จึงต้องทำให้คำสั่งเดิมสอดคล้องกับข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงด้วยการทำให้คำสั่งเดิมสิ้นผล หลักกฎหมายปกครองเยอรมันในเรื่องนี้ อาจจะไม่ตรงกับแนวคิดกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เมื่อมีข้อโต้แย้งภายในกรรมการ เพื่อให้เกิดข้อยุติในการร่างกฎหมาย เรื่องการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง จึงเลือกใช้คำว่า “เพิกถอน” เพียงคำเดียว ไม่ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะออกโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ส่วนการทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นสิ้นผลโดยให้มีผล “ย้อนหลัง” กับ “ไม่ย้อนหลัง” นั้น เป็นคนละประเด็นกับเรื่องการ “ยกเลิก” หรือ “เพิกถอน” การให้มีผลย้อนหลังจะกระทำได้อีกต่อเมื่อคำสั่งทางปกครองนั้นออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและผู้รับคำสั่งนั้นไม่สุจริต แต่หากผู้รับคำสั่งสุจริต แม้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม จะให้มีผลย้อนหลังไม่ได้ เพราะจะไปกระทบหลักสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครอง และหากให้คำสั่งทางปกครองนั้นสิ้นผล ณ วันที่มีคำสั่ง การยกเลิกคำสั่งทางปกครองนั้นยังอาจจะกระทบความสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ที่ก็ชอบที่จะยกเลิกคำสั่งทางปกครองโดยให้มีผล ณ เวลาหนึ่งเวลาใดในอนาคตก็ได้

➤ อาจารย์เคยให้สัมภาษณ์เมื่อปี พ.ศ. 2544¹ ว่า กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเปรียบเสมือนเป็นไวยากรณ์พื้นฐาน ซึ่งอาจารย์มองว่าตอนนั้นเรายังขาดองค์ความรู้ และในปี พ.ศ. 2569 ซึ่งครบรอบ 30 ปี ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง อาจารย์คิดว่า ตัวบทกฎหมายในปัจจุบัน รวมถึงการใช้และการตีความกฎหมาย โดยเฉพาะของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และศาลปกครอง สอบผ่านแล้วหรือยังครับ และอาจารย์ให้ประเทศไทยก็คะแนน สำหรับคะแนนเต็ม 18 คะแนน แบบประเทศเยอรมนี เราได้ถึง 13 คะแนน ไหมครับ ?

¹ โปรดดู เครือข่ายกฎหมายมหาชนไทย, บทสัมภาษณ์ รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ รองคณบดีฝ่ายวิชาการ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ณ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย วันที่ 13 มิถุนายน 2544, 2547, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=163> เมื่อ 1 กุมภาพันธ์ 2569



(หัวเราะ) 13 คะแนน นี่ คือ ดี (Good) เลยนะ... (หยุดคิด) กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไทย จากวันนั้นถึงวันนี้ผมให้ไม่ถึง Good หรือก ไม่ถึง 13 คะแนน คือ ผมเป็นกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ตั้งแต่กฎหมายนี้ประกาศใช้เลย จนมาเป็นประธานกรรมการในหลาย ๆ เรื่อง เช่น เรื่อง “ถ้าไม่วินิจฉัยหรือไม่ออกคำสั่งนี้ ถือว่าอนุญาตหรือปฏิเสธ” ผมคิดว่ามีปัญหา ถ้าถือว่าอนุญาต โดยที่ยังไม่ได้วินิจฉัยหรือไม่ออกคำสั่ง ซึ่งหากภายหลังอนุญาตไม่ได้จะอย่างไร ? จะเพิกถอนคำสั่งได้อย่างไร เพราะคำสั่งอนุญาตอยู่ที่ไหน และถ้าถือว่าปฏิเสธ แต่จริง ๆ ไม่ได้ปฏิเสธ หรือไม่ได้ออกคำสั่งภายในกรอบระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด แล้วมีการนำไปอุทธรณ์ ผู้มีหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์จะพิจารณาจากอะไร เพราะยังไม่มีคำสั่งอะไรออกมาเลย ? แต่ไปถือว่าปฏิเสธ โดยที่ยังไม่ได้พิจารณา

นอกจากนี้ น่าจะมีเรื่อง “โมฆะกรรม” ที่เพิกถอนแล้วเรียกเงินคืนทั้งหมด เขาบอกเป็นโมฆะกรรม แต่โมฆะกรรมทางปกครองไม่เหมือนกับทางแพ่ง ในทางปกครอง หากวินิจฉัยว่าคำสั่งแต่งตั้งเป็นโมฆะ แต่เขาทำงานให้ จะไปเอาเงินเดือนคืน ? ไม่เหมือนกัน คณะกรรมการกฤษฎีกาตีความว่า หากมีการเพิกถอนคำสั่งต้องเรียกเงินคืน เพราะเขาไม่ได้สุจริต ซึ่งในความเป็นจริงแล้วเขาได้ทำงานให้กับหน่วยงาน ถ้าเขาได้รับเงินบริจาคล่วงอยู่แล้ว ๆ ทางเงินคืน ผมไม่คัดค้าน แต่เขาได้ทำงานนะ อย่างนี้ไม่ถูกต้องแน่ ๆ เป็นการนำหลักการทางกฎหมายแพ่งมาวินิจฉัยกับกฎหมายปกครอง และโดยภาพรวม คือ การตีความที่ดี การตัดสินใจที่ดี เราใช้หลักกฎหมายมาตีความ ใช้กฎหมายมาตัดสิน แต่แค่นั้นยังไม่เพียงพอ เพราะเป้าหมายของการใช้กฎหมาย คือ “ความเป็นธรรม”

เมื่อเรานำหลักกฎหมาย ข้อเท็จจริง และคำพิพากษามาพิจารณา สุดท้ายคุณต้องมีสมการบอกให้ได้ว่า “เป็นธรรม” หรือไม่ ? ถ้าเมื่อไหร่สมการ ออกมาว่า “ไม่เป็นธรรม” แสดงว่า คุณต้องตีความผิดตรงไหนที่ใดที่หนึ่งแน่ เพราะเมื่อมาต่อจิ๊กซอว์แล้ว ภาพที่ออกมาเป็นคนละภาพ การตีความก็เหมือนการต่อจิ๊กซอว์ ตรงนี้ก็ต้องมีตรรกะเช่นกัน ต้องต่อกันให้เป็นภาพ

เพราะฉะนั้น ทุกอย่างต้องตอบความเป็นธรรมให้ได้ กฎหมายหลักจากความเป็นธรรมไปไม่ได้ เมื่อต่อกันเรียบร้อยแล้วสุดท้ายมาบอกว่า ทำไมเป็นอย่างนี้ ? แสดงว่า ต้องมีข้อบกพร่องตรงไหน แล้วต้องไปต่อใหม่ หรือไม่ก็ต้องเพิ่มหลักอะไรเข้ามา เพราะระบบกฎหมายที่มีเครื่องมือเครื่องมืออาจจะไม่พอที่จะมาแก้ไขปัญหาได้ ซึ่งเป็นแนวทางที่ผมคิดมาตลอด

ถ้าคิดอย่างนี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 ในมุมมองของผมอาจจะยังใช้แก้ปัญหาไม่ได้ และสร้างปัญหาตลอด เพราะเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการให้ง่าย ลดความซับซ้อน และไม่ต้องการใช้งบประมาณแผ่นดินไปเพื่อให้ได้ค่าปรับเป็นพินัยเล็กน้อย ถูกไหม ? กว่าคุณจะได้ค่าปรับเป็นพินัย 500 บาท คุณต้องมีสำนวน มีอะไรุ่นวายไปหมด สู้อะไรไปเลยไม่ดีกว่าหรือ ? อันนี้คือแนวคิดที่ว่า รัฐทำอะไรต้องคุ้มค่า ถ้าทำแล้วไม่คุ้มค่า อย่าไปทำ เพราะฉะนั้น การปรับทางปกครองที่เราแปลงมาเป็นการปรับเป็นพินัย คือ ทำเรื่องเล็ก ๆ ไม่ให้เป็นความผิดอาญา แต่ถ้าเรื่องใหญ่ ๆ คุณจะทำให้เป็นการปรับเป็นพินัยไม่ได้ ถ้าค่าปรับ 1-2 ล้าน ยังเป็นการปรับเป็นพินัยก็อาจจะไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

แนวคิดง่าย ๆ คือ การนำโทษปรับทางอาญาเล็ก ๆ น้อย ๆ มาเป็นการปรับเป็นพินัย เพื่อให้ยุติเรื่องง่าย ๆ ไม่ต้องใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และผู้ถูกลงโทษจะไม่ถูกตราหน้าว่าเป็นอาชญากร เพราะทุกคนมีโอกาสกระทำการอันเป็นความผิดอาญาเล็ก ๆ น้อย ๆ ได้ทั้งนั้น เช่น ค่าปรับจราจรที่ปรับเยอะไม่ได้ แต่ผมเห็นตรงกันข้ามด้วยซ้ำไป เพราะถ้าเป็นกฎหมายเศรษฐกิจอาจปรับเยอะได้ ไม่ใช่ลดมาเป็นปรับเป็นพินัย และต้องเพิ่มโทษทางอาญาเข้าไปอีกอย่างน้อย 1-2 ปี เช่น เพิ่มโทษจำคุกสองปี

ทั้งนี้ การกระทำความผิดทางเศรษฐกิจที่มีค่าปรับ 2-3 ล้าน โดยหลักแล้วเหตุผลที่ให้ลงโทษทางอาญาเนื่องจากจะมีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน แต่เมื่อใช้การปรับเป็นพินัยจึงส่งผู้ร้ายข้ามแดนไม่ได้ กฎหมายเหล่านี้ผมมองว่า ต้องกำหนดให้มีโทษจำคุกด้วย เพราะถ้ากำหนดเพียงโทษปรับสถานเดียวก็จะส่งผู้ร้ายข้ามแดนไม่ได้ และการปรับเปลี่ยนความผิดทางอาญาเป็นความผิดทางพินัยทำให้กระบวนการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศขาดประสิทธิภาพ ผมจึงคิดว่าหากกำหนดให้มีโทษจำคุกสองปีด้วยคงไม่น่าจะมีปัญหา เช่น ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ยังกำหนดให้ลงโทษจำคุกได้ไม่เกินสามปี และเป็นความผิดต่อส่วนตัวด้วยซ้ำไป ควรต้องใส่โทษจำคุกให้เป็นความผิดอาญาทางเศรษฐกิจ จึงจะเกิดความร่วมมือในทางระหว่างประเทศได้ ถ้าผู้กระทำความผิดหนีไปต่างประเทศ แต่เมื่อเปลี่ยนเป็นการปรับเป็นพินัยแบบนี้ก็จบเลย ซึ่งแต่ละเรื่องเป็นปัญหาหมด ทำให้เป็นการสร้างปัญหาแก่หน่วยงานของรัฐที่ต้องตั้งคณะกรรมการปรับเป็นพินัย ทั้งที่ความเป็นจริงแล้วเรื่องเหล่านี้ไม่ต้องตั้งคณะกรรมการ ระดับผู้อำนวยการก็สามารถจัดการได้แล้ว ไม่ต้องถึงระดับอธิบดีหรอก ค่าปรับ 500 บาท 1,000 บาท ไม่ต้องห่วงว่าจะเรียกค่าปรับได้ทั้งหมด ได้ก็ไม่ได้ก็ปล่อยไป เพราะไม่มีคดีอะไรที่จะจัดการได้ 100% แต่สิ่งที่จะต้องสร้าง คือ สร้างสำนึกของประชาชนว่าเมื่อไหร่ที่ทำผิดจะต้องเสียค่าปรับ นอกจากนี้ ถ้าคุณเข้าใจถึงนิสัยของคนไทยที่ชอบของถูก ชอบการลดราคาทำไม่ใช้วิธีลดค่าปรับให้ เช่น อาจตั้งกฎเกณฑ์ว่า กรณีค่าปรับ 500 บาท ถ้าชำระภายใน 1 เดือนลดเหลือ 300 บาท จะเป็นการกระตุ้นให้คนจ่ายค่าปรับเร็วขึ้นเพราะได้ส่วนลด เนื่องจากเป็นนิสัยของคนไทย และรัฐไม่ต้องคิดมาก เพราะรัฐยังได้ค่าปรับ 300 บาท ดีกว่าปรับ 500 บาท แต่ไม่มีคนจ่าย

➤ อาจารย์พูดเรื่องความพยายามนำสัญญาทางปกครองมาเขียนไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หากเราดูพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะเห็นว่า ประเทศไทยได้รับอิทธิพลแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาจากกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส การนำสัญญาทางปกครองไปกำหนดไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งมีที่มาจากประเทศเยอรมนีจะเป็นไปได้หรือไม่ มีปัญหา มีข้อดีข้อเสียอย่างไรครับ ?

เอาประเด็นแรกก่อน จะบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง หรือไม่ ไม่ใช่ประเด็นหลัก ซึ่งจะบัญญัติไว้หรือไม่ก็ได้ เพราะเราร่างกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองบนพื้นฐานของคำสั่งทางปกครอง ชื่อที่ถูกต้อง คือ “กฎหมายว่าด้วยคำสั่งทางปกครอง” สำหรับชื่อ “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” เกิดจากการแปรญัตติที่มีความเข้าใจคลาดเคลื่อนในหลักการเนื่องจาก “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการทำงาน แต่การลา การหยุด ไม่ใช่ “วิธีปฏิบัติ”

โดยวิธีปฏิบัติ คือ องค์ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายปกครองสารบัญญัติในส่วนของคำสั่งทางปกครอง แต่ประเทศเยอรมนีไม่ได้ใช้ชื่อกฎหมายว่าด้วยคำสั่งทางปกครอง แต่ใช้ชื่อว่ากฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ หรือที่เรียกว่า Verwaltungsverfahren ซึ่งก็ไม่ค่อยตรง เพราะว่าตัวละครในกฎหมายนี้ คือ สารบัญญัติ ผนวกวิธีบัญญัติ หมายถึง มีเรื่องนิติกรรมทางปกครอง ผมไม่ค่อยอยากจะเรียกว่า คำสั่ง เพราะว่า Verwaltungsakt มาจากแนวคิดเรื่องนิติกรรมที่ถือเอาการกระทำสำคัญ ๆ ไม่ใช่การกระทำที่เป็นเรื่องเล็กน้อย เพราะถือว่าเป็นปฏิบัติการ

ส่วนอีกเรื่องหนึ่ง คือ สัญญาทางปกครอง ที่แท้จริงแล้ว คือ ภาพเชิงซ้อน ระหว่าง “คำสั่ง” หรือ “นิติกรรม” กับวิธีพิจารณา เพราะถ้าเราคิดถึงการทำงานของรัฐบาล จะใกล้เคียงกับการทำหน้าที่ของศาล คือ การเริ่มคดี การฟังข้อเท็จจริงให้ยุติ การใช้และการตีความกฎหมาย การใช้ดุลพินิจ ซึ่งนำมาสู่การตัดสินใจของฝ่ายปกครองและออกมาในรูปของนิติกรรมทางปกครอง ส่วนของศาลก็นำไปสู่การทำคำพิพากษา กระบวนการนี้เหมือนกัน โดยศาลจะออกมาเป็นคำพิพากษา สำหรับฝ่ายปกครองออกมาเป็นนิติกรรม คือ ภาพเชิงซ้อนของกฎหมายสารบัญญัติและวิธีบัญญัติในตัวเอง เพราะฉะนั้น ประเทศเยอรมนีเรียก Verfahren (กระบวนการ) แต่แท้จริงแล้วพูดถึงองค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครอง พูดถึง Validity ความชอบด้วยกฎหมายของมัน แต่เกณฑ์ที่จะประเมินว่า ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เป็นวิชาการ เขียนในนี้ไม่ได้ ต้องไปศึกษา แต่จะเขียนเฉพาะว่า บทพร่องถึงขนาดร้ายแรงอย่างชัดเจนเป็นโมฆะ และยกตัวอย่างความบกพร่องไว้ให้ หรือถ้าเป็นโมฆะบางส่วนก็อาจเกิดขึ้นได้ เมื่อพูดถึงความเป็นโมฆะแล้วลำดับต่อไปก็พูดถึงไม่โมฆะ คือ บังคับได้ เมื่อพ้นระยะเวลาอุทธรณ์ ก็สิ้นสุด สามารถบังคับได้ ต้องเข้าใจว่าการกระทำของฝ่ายปกครอง จะเรียกร้องให้ชอบด้วยกฎหมาย 100% ไม่ได้หรอก แต่จะให้ได้มากที่สุดคือจนจบสิ้นกระบวนการ ก็เป็นไปไม่ได้ เรื่องผ่านมาแล้ว ก็ต้องแล้วกันไป จึงต้องกำหนดเวลาการอุทธรณ์เอาไว้ ถ้ามีกฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์ แต่ไม่อุทธรณ์ ก็ต้องยึดถือตามคำสั่งนั้น ยกเว้นจะต่อสู้ว่าถ้าปฏิบัติตามคำสั่งนั้น จะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงถึงขั้นเป็นโมฆะ ถ้าไม่ร้ายแรงถึงขั้นเป็นโมฆะ แล้วไม่อุทธรณ์ ก็จบและต้องยึดตามคำสั่งนั้น เช่น มีข้าราชการสองคนร่วมกันกระทำความผิดวินัย คนแรกถูกไล่ออกจากราชการ คนหนึ่งอุทธรณ์ อีกคนหนึ่งไม่อุทธรณ์ และคนอุทธรณ์ชนะคดีได้กลับเข้ารับราชการ คนที่ไม่อุทธรณ์จะมาเรียกร้องว่าไม่เสมอภาคกันไม่ได้ ต้องเข้าใจหลักนี้ เพราะเป็นธรรมชาติของคดีปกครอง ไม่ใช่ทุกอย่างต้องมาแก้ที่ปลายเหตุเสมอ นี่คือขั้นตอน จึงเป็นภาพเชิงซ้อนว่า หลักกฎหมายปกครองวิธีบัญญัติที่ประเทศไทยนำมาใช้ คือ หลักการรับฟังความสองฝ่าย หลักการไม่มีส่วนได้เสีย เป็นภาพเชิงซ้อนระหว่าง Administrative Act (นิติกรรมทางปกครอง) กับ Administrative Procedure (วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง)

ต้องเข้าใจตรงนี้ ถ้าไม่เข้าใจจะใช้กฎหมายนี้ผิด และผมเชื่อว่าคนจำนวนมากกว่าครึ่งไม่ค่อยรู้เรื่องภาพเชิงซ้อนอันนี้ เราต้องผนวกไว้ด้วยว่าเรื่องการตรวจสอบภายในของฝ่ายปกครองคือ การอุทธรณ์ ตอนที่เขียนเรื่องการอุทธรณ์ จะมีกฎหมายที่เขียนเรื่องอุทธรณ์เอาไว้สมบูรณ์แล้ว เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 หรือพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 แต่ก็มีจำนวนไม่น้อยที่ไม่ได้เขียนเรื่องอุทธรณ์ไว้ในยุคนั้นเรายังไม่มีศาลปกครอง ถ้าไม่เขียนเรื่องอุทธรณ์ จะต้องมาฟ้องคดี

ที่ศาลยุติธรรม เป็นคดีละเมิดและต้องฟ้องภายในระยะเวลา 1 ปี นับแต่รู้เหตุของการกระทำละเมิด และ 10 ปี นับแต่เกิดเหตุละเมิด ถ้าเขียนเรื่องอุทธรณ์ไว้ ก็สามารถอุทธรณ์ได้ภายใน 30 วัน ถ้าไม่อุทธรณ์ภายใน 30 วัน ศาลยุติธรรมก็บอกว่าเป็นที่สุด จะเห็นได้ว่า เป็นเรื่องการกระทำของเจ้าหน้าที่ในรูปของ Administrative Act กฎหมายเลยถลัน จึงต้องเขียนเอาไว้ว่า ถ้าไม่ได้มีกฎหมายเฉพาะกำหนดเรื่องการอุทธรณ์ไว้ ต้องมาอุทธรณ์ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเพื่อ Subsidiarity (สำรอง) ฝ่ายปกครองจะกลับกรองให้คดีไม่ไปรศาล และให้การใช้อำนาจมีการควบคุมได้ รวมทั้งการใช้ดุลพินิจด้วย เพราะศาลสั่งให้ไปแก้การใช้อำนาจดุลพินิจไม่ได้ แต่ในชั้นอุทธรณ์องค์กรผู้พิจารณาอุทธรณ์สามารถตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจได้ นอกจากนี้ ศาลจะวินิจฉัยให้เป็นผลร้ายไม่ได้ แต่ในชั้นพิจารณาอุทธรณ์ องค์กรผู้พิจารณาอุทธรณ์แก้ดุลพินิจไปในทางที่เป็นผลร้ายได้ หรือในภาษาลาติน เรียกว่า *reformatio in peius*

เหล่านี้จึงเป็นองค์ความรู้ที่สกัดมาจากมาตราที่ร่างให้ ประโยคเดียว วลีเดียว คนไม่รู้ก็ไม่ได้นำทฤษฎีมาใช้ ในการพิจารณาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ถ้าความบกพร่องนั้นเป็นความบกพร่องอย่างร้ายแรง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ แต่ถ้าไม่ถึงขนาดเป็นโมฆะ ต้องพิจารณาต่อไปว่าเป็นเรื่องที่เพิกถอนได้หรือไม่ ถ้าศาลปกครองเห็นว่า เป็นเรื่องดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ต้องอย่าไปเพิกถอน แต่ต้องให้ฝ่ายปกครองกลับไปใช้ดุลพินิจที่ไม่รอบคอบนั้นใหม่ การไปเพิกถอน จะเกิดความเสียหายมากกว่า ขณะเดียวกันบางเรื่องที่ไม่ใช่เรื่องร้ายแรง เราไม่ได้ให้น้ำหนักความผิดพลาดด้านสารบัญญัติกับวิธีบัญญัติเท่ากัน เราไม่ได้ใช้หลัก *conditio sine qua non* (ทฤษฎีเงื่อนไข) เราใช้หลักความน่าเชื่อถือ หลักความพอสมควรแก่เหตุ เพราะฉะนั้น กระบวนการ ขั้นตอน ความบกพร่อง หากสามารถเยียวยาได้ ก็เยียวยา ก่อน อย่าเพิ่งเพิกถอน ถ้าเยียวยาแล้วกลับมาสู่ระบบเดิม ก็คงเดิม เหมือนกรณีไล่ข้าราชการออกจากราชการ แต่ไม่ได้แจ้งข้อกล่าวหาโดยสมบูรณ์ ซึ่งไล่ออกไปแล้ว และมาพบในภายหลัง อย่าเพิ่งเพิกถอน ต้องให้โอกาสเขาได้ชี้แจงใหม่ ถ้าไล่่ออกอีกจะได้ยืนยันคำสั่งเดิม ไม่ใช่แบบที่ศาลปกครองบอกต้องแก้ไขข้อบกพร่อง เท่ากับบรรจุกลับเข้าไป จ่ายเงินเดือน ตั้งกรรมการสอบใหม่ สอบอีก ก็ไล่่ออกอีก จะบรรจุกลับไปจ่ายเงินเดือนช่วงที่ไม่ได้ทำงานเพื่ออะไร แค่นี้โอกาสผู้นั้นชี้แจงใหม่ ถ้าชี้แจงแล้วยังฟังไม่ขึ้น ก็ยืนยันคำสั่งเดิมนั้นว่าชอบด้วยกฎหมายแล้ว นี่คือการเยียวยาที่ร่างมา ซึ่งควรสกัดเอาเหตุผลเบื้องหลังของกฎหมายมาใช้ด้วย เพราะไม่มีกฎหมายใดสามารถเขียนได้จนสิ้นกระแสความ

กฎหมายประเภทนี้ไม่จำกัดตีความโดยเคร่งครัดเหมือนความผิดอาญา กฎหมายเหล่านี้ให้เห็นความเป็นไปของทฤษฎี ถ้ามีการศึกษาที่ใกล้เคียงให้เอาทฤษฎีเหล่านี้มาตีความ บ้านเรานั้นเข้าใจผิดว่า ต้องตีความตามลายลักษณ์อักษร แบบนั้นใช้ในเฉพาะกฎหมายอาญาในมาตราที่เป็นฐานความผิด มาตราที่ไม่ใช่ฐานความผิด กฎหมายอาญายังไม่ตีความโดยเคร่งครัดเลย เช่น หมิ่นประมาท ต้องโฆษณาทางหนังสือพิมพ์ เรื่องนี้อยู่ในประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด แต่ตอนนี้คนเลิกอ่านหนังสือพิมพ์แล้ว ก็ต้องโฆษณาทางอินเทอร์เน็ต เพราะเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการให้ประชาชนที่บริโภคข่าวนั้นได้รับรู้ กฎหมายเหล่านี้ตีความได้ เพราะไม่ใช่ฐานความผิด กฎหมายวิธีสบัญญัติก็เช่นกัน เพราะว่ากฎหมายวิธีสบัญญัติ ปรัชญา คือ ไม่ได้มีไว้เพื่อตัวเอง แต่มีไว้เพื่อสนับสนุนกฎหมายสารบัญญัติให้สมการออกมามีถูกต้องและเป็นธรรม



นี่คือหน้าที่ของกฎหมายวิธีสบัญญัติจะต้องไม่ตีความกฎหมายวิธีสบัญญัติตามลายลักษณ์อักษรเสมอไป ซึ่งต้องเข้าใจได้ในระดับหนึ่ง เพราะส่วนใหญ่จะตีความตามลายลักษณ์อักษร

สมัยที่ผมเป็นผู้พิพากษา มีคดีเวิร์ชี่ คือ คดีที่โจทก์ฟ้องและจำเลยรับสารภาพ ศาลสามารถตัดสินได้เลย ถ้าโทษจำคุกขั้นต้นน้อยกว่า 5 ปี และไม่ต้องสืบพยานประกอบ เพราะคดีประเภทนี้วันหนึ่งเข้ามา 40-50 คดี ไม่อย่างนั้นคดีไม่เสร็จ ช่วงที่ใกล้มีพระราชกฤษฎีกาอภัยโทษ ยุคนั้นต้องอุทธรณ์ภายใน 15 วัน ตอนนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แก้เป็น 30 วัน แล้ว การให้สิทธิอุทธรณ์เป็นการให้ประโยชน์ แก่คู่ความ ทั้งโจทก์และจำเลย คดีเวิร์ชี่ ศาลตัดสินตามที่โจทก์ฟ้องทุกประการ แล้วโจทก์จะอุทธรณ์ทำไม สำหรับจำเลยจะอุทธรณ์ได้เฉพาะเรื่องดุลพินิจกำหนดโทษของศาล หากเห็นว่าศาลกำหนดโทษหนักเกินไป แต่จำเลยจะอุทธรณ์ในประเด็นว่าไม่ได้กระทำความผิดไม่ได้ แต่ถ้าจำเลยพอใจการกำหนดโทษของศาลด้วย จำเลยก็ไม่อุทธรณ์ เพราะฉะนั้น ไม่ว่าจะระยะเวลาอุทธรณ์จะกำหนดเป็น 15 วัน หรือ 30 วัน ก็เพื่อประโยชน์ ของจำเลย ไม่ใช่ประโยชน์ของโจทก์ ดังนั้นถ้าไม่มีคู่ความอุทธรณ์ ศาลจะถามว่า จำเลยพอใจการกำหนดโทษไหม ถ้าพอใจและไม่อุทธรณ์ ศาลจะตัดสินตามที่โจทก์ฟ้อง และมีอะไรจะโต้แย้งไหม ถ้าไม่ได้แย้ง ศาลก็ออกหมายแดง ได้เลย คดีนั้นก็จะถึงที่สุด ไม่ต้องรอให้พ้นระยะเวลาอุทธรณ์ 15 วัน จะเห็นได้ว่า สิ่งนี้ไม่มีในกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา แต่ตีความได้ เพราะนักกฎหมายต้องใช้และตีความกฎหมาย ไม่ใช่อ่านแล้วยึดตัวบท อย่างเดียว สมัยนั้นเป็นที่ทราบกันว่า ถ้าคดีเข้าสู่การพิจารณาบัลลังก์ 1 ของศาลจังหวัดอุบลราชธานี (บัลลังก์ที่ผมขึ้นพิจารณาคดี) ก็จะทำเช่นนี้ ส่วนบัลลังก์อื่น ผู้พิพากษาไม่ทำเช่นนี้ จะรอให้พ้นระยะเวลา อุทธรณ์ก่อน จึงจะถือว่าคดีถึงที่สุด จำเลยก็จะไม่ได้รับประโยชน์จากพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ

ผมอธิบายว่ากฎหมายวิธีสบัญญัติไม่ได้มีไว้เพื่อตัวเอง แต่มีไว้เพื่อสนับสนุนกฎหมาย สารบัญญัติ เมื่อสารบัญญัติ คือ คู่ความไม่ติดใจ ศาลก็ออกหมายแดงได้เลย จะได้รับประโยชน์ในการอภัยโทษ ถ้าศาลยังไม่ออกหมายแดงก็เท่ากับว่าคดียังไม่สิ้นสุด เพราะอาจมีกรณีเปลี่ยนใจ แต่ถ้าคู่ความยุติแล้ว ศาลก็ตัดสิน ให้ได้ประโยชน์แก่คู่ความ ไม่ควรไปตัดสิทธิเขา เรื่องนี้ไม่มีเขียนไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ต้องรู้จักนิติวิธี

การจะเอาสัญญาทางปกครองมากำหนดไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือไม่นั้น ผมมองว่า มีผลเท่ากัน ไม่ว่าจะกำหนดไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง หรือจะตราเป็น พระราชบัญญัติเฉพาะก็ได้ แต่ถ้ามารวม ๆ กันประโยชน์ที่ได้ คือ มีหลาย ๆ เรื่องที่อ้างอิงได้ อ้างอิงได้ในมิติใด มิติหนึ่ง เช่น หลักความมีส่วนได้เสีย คุณอาจจะไปอ้างมาตรานี้ว่า คู่สัญญา เจ้าหน้าที่ของรัฐ อธิบดี มีส่วนได้เสีย แต่ผลจะต่างกัน เพราะความมีส่วนได้เสียในคำสั่งทางปกครอง จะเป็นโมฆะก็ต่อเมื่อมีการออกคำสั่ง ให้แก่ตัวเอง แต่การออกคำสั่งให้แก่ญาติมิตรไม่เป็นโมฆะ อันนี้คือนิติกรรมทางปกครอง แต่ถ้าเป็นสัญญา ผลของสัญญากรณีที่คู่กรณีมีส่วนได้เสียจะมีความรุนแรงกว่าคำสั่ง การทำสัญญากับญาติมิตรอาจเป็นโมฆะ ได้เลย มิติจะไม่เท่ากันเสียทีเดียว อาจจะไม่เอามาใช้โดยอนุโลมในทุกเรื่อง สรุป คือ สัญญาเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนกว่า คำสั่งทางปกครอง

ความเข้าใจในสัญญาทางปกครองของประเทศไทยยังไม่ถูกต้อง เพราะสัญญาทางปกครองไม่ได้หมายความว่า เมื่อมีข้อสัญญาแล้วฝ่ายรัฐมีอำนาจเหนือกว่า แต่ต้องเป็นเรื่องประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ในคดีแพ่ง ปกติผู้ว่าจ้างมีอำนาจเหนือผู้รับจ้างอยู่แล้ว นายจ้างก็มีอำนาจเหนือกว่าลูกจ้างอยู่แล้ว เพราะฉะนั้น การที่รัฐไปซื้อคอมพิวเตอร์หรือเติมน้ำมันรถ หรือว่าจ้างให้สร้างอาคารจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ จะต้องมีการบริการสาธารณะเป็นเป้าหมาย และคู่สัญญาเอกชนจะต้องแบกรับภาระบริการสาธารณะนั้นไปดำเนินการของตนด้วย ไม่ใช่แค่รับจ้างอย่างเดียว รับจ้างทำถนน รับจ้างถมดิน รับจ้างสร้างบ้านสร้างตึก เช่นนี้ไม่ใช่เรื่องทางปกครองหรือสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครอง คือ การที่เอกชนต้องแบกรับภาระบริการสาธารณะนี้ไปดำเนินการแทนรัฐ เพราะฉะนั้น จะอยู่ในรูปของสัญญาสัมปทาน ในการทำสัญญาทางปกครองนั้น หากรัฐไม่ออกเงินสร้างถนน ไม่ออกเงินสร้างทางด่วน บริษัทจะต้องไปหาเงินมาระดม แต่รัฐให้ “Right of Way” (สิทธิแห่งทาง) ต้องเข้าใจ Right of Way คือ ทางสาธารณะ เอกชนไม่มีอำนาจ เป็นอำนาจของรัฐบนถนน รัฐให้เอกชนมี Right of Way เมื่อเอกชนมีสิทธิตรงนี้ก็ไปสร้างถนนและบริการแทนรัฐ เพราะฉะนั้น เอกชนต้องสวมบทบาทความเป็นรัฐเข้าไป และต้องให้บริการแก่ประชาชนอย่างเสมอภาค จะปิดทางด่วนไม่ได้ ต้องเปิดบริการตลอด เอกชนมีข้อสัญญาผูกพันกับรัฐ ตอนที่คู่สัญญากันจะใช้หลักทางแพ่งต่อสู้ว่าเมื่อไหร่รัฐไม่ยอมทำ ผู้รับสัมปทานจะตอบโต้โดยปิดทางด่วนไม่ได้ เพราะต้องให้บริการประชาชน ประชาชนเสียหาย จึงต้องให้เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะสัญญาทางแพ่งใช้อำนาจต่อรอง ถ้าฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา อีกฝ่ายหนึ่งก็ชอบที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาด้วย รัฐไม่ให้ขึ้นค่าทางด่วน เอกชนก็ปิดไม่ให้บริการ นี่เป็นกฎหมายแพ่ง จะเอามาใช้กับสัญญาทางปกครองไม่ได้ (แล้วสัญญาทางปกครองใช้อย่างไรครับ ?) ต้องยึดหลักว่าเอกชนต้องให้บริการเสมอ แต่ถ้าขณะคดี ก็จะได้รับพิจารณาเยียวยาอ่อนหลัง และแนวคิดของสัญญาทางปกครองเกิดมาจากคำว่า *dulde und liquidiere* คือ ต้องทนทำไปแล้วจะได้บริการ ได้เยียวยาอ่อนหลังถ้าขณะคดี การที่ต้องทนเพราะต้องบริการ แต่เมื่อไหร่เอกชนไม่ได้ลงทุนแทนรัฐ รัฐต้องจ่ายเงินนะ รัฐสร้างอาคารก็ต้องจ่ายเงินค่าว่าจ้าง ซึ่งรัฐก็จ่ายงวด 1 งวด 2 งวด 3 เหมือนกับบริษัทเอกชนที่ว่าจ้างเอกชนเป็นผู้รับเหมาให้สร้างอาคารก็จ่ายเป็นงวด ๆ ไม่ต่างกันเลย คือ สัญญาทางแพ่ง หลักการอาจจะคลาดเคลื่อนไป เพราะขาดการปรับใช้องค์ความรู้ด้านกฎหมายมหาชนที่ถูกต้องมาวางหลัก แล้วไปบอกว่าตึกนี้นำมาใช้ทำเป็นโรงพยาบาล จึงเป็นบริการสาธารณะ อธิบายแบบนี้ไม่ได้ เพราะวันนี้บอกว่าเป็นโรงพยาบาล วันหน้าผมเปลี่ยนมาทำเป็นเซเว่น อีเลฟเว่นก็ได้ (หัวเราะ) ต้องดูที่เนื้อหาว่า คือ การก่ออิฐถือปูนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะถ้าไม่มีเรื่องบริการสาธารณะเข้ามาเกี่ยวข้อง ตึกจะไปใช้เรื่องใด สร้างถนน ถมถนนอะไร หรือเครนของเอกชนตกลงมา เป็นละเมิดธรรมดา แต่ถ้าเป็นเครนของราชการตกลงมาไปวินิจฉัยว่าเป็นละเมิดทางปกครอง ผมเห็นว่าไม่อาจอธิบายได้โดยหลักกฎหมาย

เพราะฉะนั้น สัญญาทางปกครองจะมีอยู่ 2 ประเภท คือ กรณีที่หน่วยงานของรัฐเข้ามาทำสัญญาด้วยตนเองเพื่อจัดทำบริการสาธารณะแก่ประชาชน แล้วเรียกร้องว่าต้องทำเป็นหนังสือ ไม่ใช่การซื้อขาย หน่วยงานของรัฐอาจจะซื้อขายกันก็ได้ ซื้อของใช้อะไรต่อมิอะไร ไม่ใช่เพื่อบริการประชาชน หน่วยงานของรัฐ

อาจจะเข้าที่หรืออาคารกันก็ได้ สำนักงานอัยการสูงสุด หรือสถานธนาุเคราะห์ไปเข้าที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อตั้งสำนักงาน ก็เป็นสัญญาเช่าธรรมดา หรือสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI) ก็ดี หรือคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานที่เช่าอาคารจากจิวริสแควร์ก็ดี ล้วนเป็นสัญญาเช่าธรรมดา ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองต้องร่วมมือกัน เพื่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภค สร้างสวนหย่อม สร้างพิพิธภัณฑ์ หรืออีกรูปแบบหนึ่ง คือ เอกชนไปแบกรับภาระของรัฐมาทำแทน โดยรัฐอาจจะไม่ทำ รัฐอาจจะไม่ลงทุนหรือลงทุนบางส่วน แต่ยังได้ส่วนแบ่งรายได้ โดยเอกชนไม่ได้ทำฟรี เอกชนจะได้สิทธิ ได้ระยะเวลาไปทำมาหากินเพื่อเอาเงินนั้นมาใช้หนี้ และเพื่อให้ได้กำไร ด้วยเหตุนี้ เอกชนจึงแบกรับภาระ ของคู่สัญญาภาครัฐไปให้บริการประชาชนไปตลอด นักลงทุนแบกรับภาระของฝ่ายปกครองไปทำแทน สมทบทุนของรัฐ และหลักการบริการสาธารณะก็จะเข้ามา เป็นนิติสัมพันธ์สามฝ่าย คือ เอกชนรับสิทธิ จากรัฐไปดำเนินกิจการ ประชาชนเป็นผู้รับบริการ โดยต้องบริการต่อประชาชนเสมือนรัฐเป็นผู้ให้บริการ ซึ่งลักษณะแบบนี้จะไม่มีอยู่ในสัญญาทางแพ่ง จึงเรียกว่า สัญญาทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง พร้อมทั้งจะ Adjust (ปรับปรุงเปลี่ยนแปลง) เพื่อประโยชน์สาธารณะตลอดเวลา เพราะฉะนั้น หลักการ ปรับปรุงเปลี่ยนแปลง เป็นหลักในสัญญาทางปกครอง คล้าย ๆ กับการทำข้อตกลงระหว่างประเทศ ใช้หลัก *clausula rebus sic stantibus* (หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง) แต่หลักกฎหมายนี้จะไม่มี ในสัญญาทางแพ่ง

หลักสำคัญอีกประการหนึ่งของสัญญาทางปกครอง คือ หน่วยงานทางปกครองต้องพร้อม ที่จะปรับปรุงเปลี่ยนแปลง เพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นถ้าประโยชน์สาธารณะไม่มีแล้ว ต้องแก้ไขสัญญา แต่ผู้บริหารรัฐวิสาหกิจของประเทศไทยไม่กล้าแก้ไขสัญญา เพราะการแก้ไขสัญญาแต่ละครั้งจะอยู่ในรูป ของรัฐเสียประโยชน์ ลองย้อนไปดูนะครับ ในยุคหนึ่ง สัมปทาน Packlink (ผู้ให้บริการวิทยุติดตัว) ผู้ประกอบการก็อยากได้สัมปทานยาว ๆ โดยที่ไม่รู้อนาคต ขอสัมปทาน 20-30 ปี แต่ใช้ได้ไม่ถึง 10 ปี ขาดทุนและล้มละลายหมด ซึ่งถ้าคุณไม่ยอมแก้ไขสัญญาให้ เอกชนก็ทิ้งงาน หรือสัญญาให้บริการโทรศัพท์บ้าน ใช้คลื่นเฮิร์ตเซียน (Hertzian) ของ TT&T (บริษัท ไทยเทเลโฟนแอนด์เทเลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด) และ Telecom Asia (บริษัท เทเลคอมเอเชียคอร์ปอเรชั่นจำกัด (มหาชน)) ในยุครัฐบาลนายอานันท์ ปันยารชุน มีการทำสัญญา ให้บริการในเขตพื้นที่กรุงเทพฯ 2,000,000 เลขหมาย (และต่อมาภายหลังเพิ่มอีก 600,000 เลขหมาย) และในต่างจังหวัด 1,000,000 เลขหมาย รวม ๆ ก็ 3,000,000 เลขหมาย (3,600,000 เลขหมาย ในเวลาต่อมา) สุดท้ายพอมีโทรศัพท์มือถือเข้ามา โทรศัพท์บ้านก็ตายเลย เพราะฉะนั้น สัญญาเหล่านี้ คู่สัญญาภาครัฐ รัฐวิสาหกิจ ต้องพร้อมที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญา แต่เราไม่พร้อม เพราะกลัวว่าจะเป็นภาระให้ประโยชน์ แก่เอกชน กลัวองค์กรอิสระชี้มูลความผิด จึงอยู่เฉย ๆ ทำให้ผู้ประกอบการไม่ได้รับการแก้ไขสัญญา โดยไม่รู้ว่า นี่คือนโยบายทางปกครองที่สามารถแก้ไขได้ตามหลักทฤษฎี ทำให้ขาดรายได้ จึงปล่อยให้เกิดการผิดสัญญา เราต้องเข้าใจหลัก *clausula rebus sic stantibus* ซึ่งต้องพร้อมปรับเปลี่ยนตามพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป

ส่วนที่ 4 วิธีพิจารณาคดีปกครอง

➤ ในปีนี้เป็นปีที่ครบรอบ 25 ปี ศาลปกครอง อาจารย์มีมุมมองเกี่ยวกับพัฒนาการของศาลปกครองไทยอย่างไร

ผมมีประสบการณ์ในการเป็นอนุญาโตตุลาการด้วยจึงอาจจะต้องพูดยาวหน่อย (หัวเราะ) เพราะว่าคดีที่เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้น มีทั้งข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง และสัญญาทางแพ่งทั่วไป แต่ปัญหาที่พบ คือ บ่อยครั้งศาลมักจะตีความคลาดเคลื่อน โดยนำสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาจัดซื้อจัดจ้างทั่วไป หรือสัญญาจ้างก่อสร้างอาคาร ไปเหมาตีกรอบว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งแท้จริงแล้วไม่ใช่ ในระบบอนุญาโตตุลาการนั้น หลักการสำคัญคือ “คำชี้ขาดผูกพันคู่ความ” ศาลจะเข้าไปแทรกแซงหรือเพิกถอนคำชี้ขาดได้ในเหตุที่จำกัดมาก ๆ ซึ่งหลัก ๆ มีเพียง 2 ประการ คือ 1) กระบวนการตั้งองค์คณะอนุญาโตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ 2) ผลของคำชี้ขาดนั้นมีความผิดปฏิกิริยาอย่างร้ายแรง ไร้เหตุผลโดยสิ้นเชิง (Absurd) หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หากคำชี้ขาดไม่ได้มีลักษณะที่ผิดปฏิกิริยาอย่างร้ายแรงเช่นนี้ ศาลจะเข้าไปก้าวล่วงไม่ได้เลย ศาลจะมีอำนาจทำลายคำชี้ขาดได้ก็ต่อเมื่อเข้าเหตุบกพร่องร้ายแรงเหล่านั้นเท่านั้น ประเด็นสำคัญต่อมา คือ “อำนาจศาล” ในการพิจารณาเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในทางวิธีพิจารณาควรจะต้องเป็นระบบเดียวและมีมาตรฐานเดียวกัน ไม่ใช่แยกส่วนตามประเภทสัญญาอย่างที่เป็นอยู่ทุกวันนี้ ที่กำหนดว่า ถ้าเป็นสัญญาทางแพ่งให้ไปศาลยุติธรรม (ใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง) แต่ถ้าเป็นสัญญาทางปกครองให้ไปศาลปกครอง (ใช้กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง) การเพิกถอนคำชี้ขาดควรเป็นไปเพื่อการตรวจสอบกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นหลัก ไม่ใช่การรื้อคดีใหม่ ปัญหาเรื่องการกระจายเขตอำนาจศาลในการเพิกถอนคำชี้ขาดนี้ ผมถือว่าผิดหลักการ หากย้อนดูประวัติศาสตร์การร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (ที่ปรับปรุงจาก พ.ศ. 2530) ร่างเดิมที่เสนอโดยกระทรวงยุติธรรมนั้นเดินมาถูกทางแล้ว คือ กำหนดให้มีศาลหลักศาลเดียว (เช่น ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ) เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาเพิกถอนคำชี้ขาด แต่ปรากฏว่า ในชั้นแปรญัตติ กลับมีการแก้ไขหลักการนี้ให้กระจายอำนาจไปตามศาลต่าง ๆ เช่น คดีแรงงาน ไปศาลแรงงาน คดีแพ่งไปศาลแพ่ง คดีปกครองไปศาลปกครอง ซึ่งเป็นปัญหามาก เพราะแต่ละศาลต่างก็มีเครื่องมือและวิธีพิจารณาของตนเองที่แตกต่างกัน ทำให้มาตรฐานการตรวจสอบไม่เหมือนกัน นอกจากนี้ ยังมีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนเกี่ยวกับการเพิกถอนคำชี้ขาด กล่าวคือ แทนที่ศาลจะตรวจสอบเฉพาะประเด็นความชอบด้วยกระบวนการ ศาลกลับเข้าไปก้าวล่วงเนื้อหา และรื้อคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการใหม่ทั้งหมด ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดและเป็นประเด็นล่าสุด คือ “คดีโฮเวลล์” โดยในที่สุดคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ต้องสิ้นสุดไปจากผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (ที่วินิจฉัยเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเรื่องการนับอายุความ) ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงปัญหาของการแทรกแซงและการใช้อำนาจตรวจสอบในระบบกฎหมายของประเทศไทย



เพราะฉะนั้น ผมคิดว่า ในเรื่ององค์ความรู้เป็นเรื่องสำคัญที่จะต้องปูพื้นฐานให้เข้าใจหลักทฤษฎี แต่การตัดสินใจวินิจฉัยโดยใช้เสียงข้างมากมาชี้ขาดนั้นเป็นสิ่งที่อันตราย เพราะจะทำให้เกิดหลายมาตรฐาน (Standard) ในศาลเดียวกัน ซึ่งอาจจะมีคำพิพากษาที่ออกมาคนละทาง และบางเรื่องที่เป็นเรื่องการเตรียม (Vorbereitungsakt) เป็นเรื่องของการเตรียมการยังไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง อย่าเพิ่งไปยุ่งหน่วยงานเพิ่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยก็อย่าเพิ่งไปเพิกถอน เพราะเรายังไม่รู้ว่าคณะกรรมการชุดนี้พิจารณาออกมาแล้วมีมูลหรือไม่มีมูล หากเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็จะเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาแต่คำสั่งทางปกครองนั้นมีขึ้นเพื่อที่จะคุ้มครองสิทธิ แต่ไม่ใช่ทุกเรื่องจะเป็นคำสั่งทางปกครอง ต้องมีความสำคัญเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ของประชาชนพอสมควร ถ้าบอกทุกเรื่องเป็นคำสั่งทางปกครอง ก็ต้องทำงานเยอะเลย แม้กระทั่งกฎหมายอาญาก็เหมือนกัน หากตีความว่าทุกเรื่องเข้าองค์ประกอบความผิด เวลาใช้กฎหมายเราไม่ได้ใช้แบบนั้นหรอก เพราะเราพบเหตุยิบย่อย เราก็หยิบขึ้นมา ไม่มีใครจะไปตำหนิหรอกว่า การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด เราจะนำเหตุยิบย่อยนี้ไปสถานีตำรวจและแจ้งความหรือ ก็ไม่ใช่ แต่เข้าองค์ประกอบความผิด เพราะเป็นทรัพย์สินหาย มีการเก็บ และยกยก แต่องค์ประกอบความผิดดังกล่าวต้องมีการตีความที่ถูกต้องด้วยว่า โดยจารีตประเพณีหรือโดยธรรมชาติ ไม่มีการตำหนิเรื่องเล็ก ๆ น้อย ๆ อย่าเข้าใจผิด เช่น การนำโทรศัพท์มือถือไปชาร์จแบตเตอรี่ที่ทำงานราชการเป็นการขโมยไฟฟ้าของราชการ หรือหยิบปากกาดินสอ กลับบ้านไป เป็นการลักทรัพย์ของทางราชการ เป็นเรื่องเล็ก ๆ น้อย ๆ กฎหมายไม่ได้ใช้แบบนี้ ถ้าตีความแบบนี้ ประเทศไทยจะเดินหน้าไปได้อย่างไร จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาองค์ความรู้ให้ถ่องแท้และเปิดใจให้กว้าง และอะไรที่ผิดให้ปรับปรุงใหม่

เรื่องละเมิดทางแพ่ง ก็ให้เป็นละเมิดทางแพ่งต่อไป อย่าไปชี้ว่าเป็นคดีปกครอง เพราะละเมิดคือ เสียหายเท่าไร ก็ชดเชยเท่านั้น เพื่อเป็นการทำให้คุณธรรมทางกฎหมายที่กฎหมายกำหนดให้คุ้มครองผู้อื่นที่ได้รับผลกระทบ จึงต้องสร้างคามยุติธรรมให้ได้กลับคืนมา โดยเปลี่ยนค่าแห่งความเสียหายนั้นเป็นเงินแล้วไปเติมให้เต็ม การจะให้ค่าสินไหมทดแทนหลายเท่าต้องเป็นกฎหมายพิเศษ และกฎหมายต้องกำหนดไว้ด้วย เช่น กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า กฎหมายว่าด้วยตลาดหลักทรัพย์ ถ้าไม่เขียน ก็จะได้รับเพียง 1 : 1 เท่านั้นเอง แล้วเรื่องใดที่ยืนเสมอกัน (Equal footing) ที่ไม่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองก็จะเป็นคดีแพ่ง คดีปกครองต้องใช้อำนาจเหนือ เช่น การเรียกเก็บภาษีอากร การเรียกเก็บค่าธรรมเนียม การชดเชยค่าเสียหาย ค่าสินไหมทดแทนเป็นแพ่ง เพียงแต่ว่าที่เคยเขียนให้สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ เจตนารมณ์เพื่อเป็นคดีฝากให้ศาลปกครองพิจารณาไปในคราวเดียวกัน เพราะเมื่อคู่กรณีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองแล้ว เพื่ออำนวยความสะดวกให้ผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องเป็นคดีละเมิดในศาลปกครองให้เสร็จไปในคราวเดียว ไม่ต้องนำคดีไปฟ้องต่อศาลยุติธรรมเป็นอีกคดีหนึ่ง รัฐก็จะได้ทำคดีเพียงสำนวนเดียว เพราะถ้าให้ตั้งคดีเป็นอีกสำนวนหนึ่ง เพื่อไปฟ้องคดีละเมิดต่อศาลยุติธรรม ศาลยุติธรรมก็ต้องทำคดีอีกสำนวนหนึ่ง หมาไปอีกหลายแสนบาทต่อคดี

ประชาชนก็จะได้ไม่ต้องเดือดร้อนไปจ้างทนายความอีกคดีหนึ่ง ต้องเสียเวลา และอาจกระทบเรื่องอายุความ เรื่องละเมิดผมเป็นผู้ร่างกฎหมายเอง เพราะเจตนารมณ์ไม่ต้องการให้เป็นคดีความอีกศาลหนึ่ง ซึ่งตามข้อเท็จจริงในคดีละเมิดต้องใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นเรื่องที่ต้องนำไปต่อยอด

โดยได้เขียนไว้ด้วยว่า ในคดีละเมิดต้องมีค่าธรรมเนียมศาล เพราะโดยหลักคดีปกครองไม่มีค่าธรรมเนียมศาล และถ้าผู้ฟ้องคดียากจนก็ให้นำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กรณีขอยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลได้ เมื่อเป็นคดีแพ่งในศาลปกครอง ประโยชน์ที่ได้ คือ รัฐประหยัดค่าสำนวนคดี ซึ่งแตกต่างจากประเทศเยอรมนี ที่ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง และไปเรียกค่าเสียหายจากศาลยุติธรรม ซึ่งผมไม่เห็นด้วย เพราะเสียเวลา และข้อเท็จจริงมีอยู่ในศาลปกครองหมดแล้ว หากคดีไหนที่ผู้เสียหายไม่ใส่ใจในคดีปกครอง แต่ใส่ใจเรื่องค่าสินไหมทดแทนอย่างเดียว ไปฟ้องศาลแพ่ง แต่การร่ำอาจทำให้เจตนารมณ์ที่แท้จริงของผมไม่อาจสื่อลงมาในตัวบทได้ทั้งหมด คนที่ศึกษาก็ไม่ได้ศึกษาทั้งหมด

เพราะฉะนั้นถ้าจะฝากไว้ ก็คงฝากว่า “ผู้บังคับใช้กฎหมายต้องศึกษาองค์ความรู้ ตัวบทเป็นเพียงภาคแสดงที่ไม่อาจแสดงบทบาทให้ครอบคลุมองค์ความรู้ได้ทั้งหมด สิ่งที่สำคัญ คือ ต้องมีองค์ความรู้และนำองค์ความรู้นั้นมาใช้ ถ้าไม่มีองค์ความรู้ อ่านตัวบท แล้วตีความเอาเอง ผลลัพธ์อาจคลาดเคลื่อนไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ ดังนั้นการใช้กฎหมาย สุดท้ายต้องตอบโจทย์ความเป็นธรรมให้ได้ ถ้าตอบโจทย์ความเป็นธรรมไม่ได้ การทำงานนั้นก็เปล่าประโยชน์ หรืออาจจะเป็นโทษด้วยซ้ำไป”

ในนามของสำนักงานศาลปกครองและวารสารวิชาการศาลปกครอง ขอขอบพระคุณที่อาจารย์สละเวลามาให้ความรู้ ทั้งประสบการณ์ส่วนตัวและแง่คิดที่หาฟังได้ยากมาก โดยเฉพาะเบื้องหลังประวัติศาสตร์กฎหมายเหล่านี้ ขอขอบคุณอาจารย์มากครับ

ครับ ยินดีครับ (ยิ้ม)

เป็นอย่างนี้กันบ้างครับสำหรับบทสัมภาษณ์ที่เข้มข้นของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ทีมงานวารสารวิชาการศาลปกครอง ขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์อีกครั้ง ที่กรุณาถ่ายทอดองค์ความรู้และประสบการณ์เจาะลึกจาก “ต้นตำรับ” ผู้ร่างกฎหมายและนักกฎหมายมหาชนชั้นครูของประเทศไทย ตลอดจนขอขอบพระคุณผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามกันมาจนถึงบรรทัดนี้ ทั้งนี้ หากท่านผู้อ่านอยากให้ทีมงานนำเสนอประวัติและผลงานของนักกฎหมายมหาชนท่านใด สามารถแนะนำหรือส่งข้อความเข้ามาพูดคุยกันผ่านช่องทางการสื่อสารของวารสารวิชาการศาลปกครองได้ทุกช่องทาง แล้วพบกันใหม่ในคอลัมน์ “ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ” ฉบับหน้า สำหรับวันนี้ ทีมงานขอลาไปก่อน สวัสดีครับ/ค่ะ 😊

ประวัติศาสตราจารย์พิเศษ ดร.กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์

ประวัติการศึกษา

- นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต (เกียรตินิยมดีมาก) (Dr.jur. magna cum laude) สาขากฎหมายปกครอง จากมหาวิทยาลัย Freiburg สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (โดยทุนรัฐบาลไทย (ทุน ก.พ.) ตามความต้องการของศาลยุติธรรม (กระทรวงยุติธรรมในขณะนั้น))
- นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 28

ประวัติการทำงาน (บางส่วน)

- ปัจจุบัน
- ศาสตราจารย์พิเศษ กฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
 - กรรมการกฤษฎีกาคณะที่ 4 ประธานกรรมการคณะพิเศษ และกรรมการกฤษฎีกาคณะพิเศษ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
 - กรรมการ ในคณะกรรมการการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
 - ประธานอนุกรรมการวินิจฉัยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น สำนักงานคณะกรรมการการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
 - กรรมการ บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด (กรุงเทพมหานคร)
 - กรรมการ ในคณะกรรมการอุทยานแห่งชาติ และประธานอนุกรรมการกฎหมายอุทยานแห่งชาติ
 - กรรมการ ในคณะกรรมการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า และประธานอนุกรรมการกฎหมายสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า
 - กรรมการพิจารณาร่างกฎหมายของกระทรวงมหาดไทย
 - กรรมการกฎหมาย ในคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (ก.พ.ร.)
 - กรรมการกฎหมาย กระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม
 - กรรมการกฎหมาย อนุกรรมการ คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน
 - อนุกรรมการ ใน อ.ก.พ. วิสามัญเกี่ยวกับกฎหมายและระเบียบ
 - อนุกรรมการ ใน อ.ก.ค.ศ. วิสามัญเกี่ยวกับกฎหมายและระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา



อดีต

- ประธานอนุกรรมการพัฒนากฎหมาย ว่าด้วยสัญญาทางปกครอง
 - กรรมการการปฏิรูปการเมือง สถาบันนิติบัญญัติแห่งชาติ
 - ที่ปรึกษากฎหมายนายกรัฐมนตรี และที่ปรึกษารัฐมนตรีหลายกระทรวง
 - รองเลขาธิการคณะกรรมการการเลือกตั้ง (นักบริหารระดับ 10)
 - ผู้อำนวยการหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต และประธานหมวดกฎหมายมหาชน บัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
 - รองคณบดีฝ่ายวิชาการ และหัวหน้าภาควิชากฎหมายปกครอง คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
 - กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
 - รองศาสตราจารย์ (ระดับ 9) คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
 - อาจารย์ (ระดับ 9 (เฉพาะตัว)) คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
 - ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลประจำกระทรวงยุติธรรม
 - รองเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรม (กำกับดูแลสำนักส่งเสริมงานตุลาการ)
 - ผู้อำนวยการกองวิชาการ สำนักส่งเสริมงานตุลาการ
 - ผู้พิพากษาศาลจังหวัดอุบลราชธานี
 - ผู้พิพากษาประจำกระทรวงยุติธรรม
 - ผู้ช่วยผู้พิพากษา
 - นิติกร กรมแรงงาน กระทรวงมหาดไทย
-