



วารสารวิชาการ

ศาลปกครอง

Administrative Courts Journal

ปีที่ 22 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม) 2565

บทความทางวิชาการ

- การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง : ข้อความคิด ข้อสังเกต และข้อเสนอแนะบางประการว่าด้วยการพัฒนาวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทย
ทศพร แสนสวัสดิ์
- ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษตามกฎหมายมหาชน
นิติธร ชัยวิเศษ
- การนำมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (einstweilige Anordnung) มาใช้ในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการตรวจข้อสอบ : ประสบการณ์จากระบบกฎหมายเยอรมัน
และระบบกฎหมายไทย
วิชชา เนตรหลัณย์
- การกำหนดอัตราค่าปรับในคดีสิ่งแวดล้อมของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส
สุคนธา ศรีภิรมย์
- ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561
และการตรวจเงินแผ่นดินตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ
ณัฐวุฒิ คล้ายขำ

คำแปลคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

- การเพิกถอนคำสั่งให้เงินช่วยเหลือฉุกเฉินแก่ผู้ประกอบการที่ได้รับผลกระทบจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา พร้อมเรียกเงินดังกล่าวคืน ด้วยเหตุที่ผู้ยื่นคำขอแจ้งข้อมูลไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ
วิชชา เนตรหลัณย์

คอลัมน์ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ

ดร.พิชฌา จิตรมหีมา

วารสารวิชาการ

ศาลปกครอง

Administrative Courts Journal

€ – Journal

ราคา 150 บาท

ปีที่ 22 ฉบับที่ 2
(พฤษภาคม-สิงหาคม) 2565

ที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด

คณะกรรมการอำนวยการจัดทำวารสารวิชาการศาลปกครอง

นายวิชณุ	วรัญญู	รองประธานศาลปกครองสูงสุด
นายประสิทธิ์ศักดิ์	มีลาภ	รองประธานศาลปกครองสูงสุด
นายสุชาติ	มงคลเลิศพล	รองประธานศาลปกครองสูงสุด
นายสุชาติ	ศรีวรกร	อธิบดีศาลปกครองกลาง
นางเพ็ญศรี	วงศ์เสรี	รองอธิบดีศาลปกครองกลาง
นายสุชาติ	วงศ์สินาค	ตุลาการศาลปกครองกลาง
นางสมฤดี	ธัญญสิริ	เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง
นายวิริยะ	วัฒนสุชาติ	ผู้อำนวยการสำนักส่งเสริมงานคดีปกครอง

กองบรรณาธิการ

นายวิชณุ	วรัญญู	รองประธานศาลปกครองสูงสุด
ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์	ภาศิริตัน	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช	สรุโฆษิต	คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
รองศาสตราจารย์ ดร.สุปรียา	แก้วละเอียด	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
รองศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์	อึ้งจะนิล	คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
รองศาสตราจารย์ ดร.ฐาปกรณ์	ศิริยุทธ์วัฒนา	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ยอดพล	เทพสิทธิธา	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร
นายศุภวัฒน์	สิงห์สว่างซ์	สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

คณะกรรมการจัดการวารสารวิชาการศาลปกครอง

นางสมฤดี	ชญญสิริ	เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง
นายประพัฒน์	ตันสุวรรณนันท	รองเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง
นายจำนงค์	ถาวรวิสิทธิ์	รองเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง
นายเจตน์	สถาวรศิลป์พร	ที่ปรึกษาสำนักงานศาลปกครอง
นายอนันต์	คงเครือพันธุ์	รักษาการในตำแหน่งผู้อำนวยการสำนักวิจัยและวิชาการ
นางสาวจณัญญา	สุภาณี	ผู้อำนวยการวิทยาลัยการยุติธรรมทางปกครอง
นางวัลลภัตม์	เศวตรินทร์	ผู้อำนวยการสำนักประชาสัมพันธ์
นายวิริยะ	วัฒนสุชาติ	ผู้อำนวยการสำนักส่งเสริมงานคดีปกครอง
นางสาวธัญธร	ปิงประเสริฐ	ผู้อำนวยการกลุ่มพัฒนางานคดีปกครอง สำนักส่งเสริมงานคดีปกครอง

ฝ่ายจัดการวารสารวิชาการศาลปกครอง

นางสาวธัญธร	ปิงประเสริฐ	นายนิติกร	ชัยวิเศษ
นางสาวนิชาภา	เขียนสายออ	นางสาวสุภาณี	ขวัญจันทิก
นายวัฒนา	ขวัญสุด	นายอนันต์	กระบวนศรี
นางสาวดาริกา	หวนสุริยา		

ฝ่ายพิสูจน์อักษรและการพิมพ์

นางสาวจารุณี	กิจตระกูล	นางสาวจิตาภา	มุสิกชนเสฏฐ์
นางสาวสุชาดา	ศรีเกลี้ยง	นางสาวกชพร	นิคมเขต

ฝ่ายประชาสัมพันธ์และงานศิลป์

นางวัลลภัตม์	เศวตรินทร์	นายเสริมพงศ์	สมบูรณ์พร้อม
นางรัชนิวรรณ	คงทวี	นางสาวจุฑามาน	สายรัดเงิน

ฝ่ายสารสนเทศและเว็บไซต์

นายทศพล	ทองเทือก	นายวิภูเมธ	ศรีปานเงิน
---------	----------	------------	------------

ฝ่ายจัดจำหน่าย

นายตุลฉัตร	อุดารักษ์	นางสาวรัชดาภรณ์	มีแก้ว
------------	-----------	-----------------	--------

วัตถุประสงค์

เพื่อส่งเสริม เผยแพร่ และพัฒนาความรู้ทางวิชาการด้านกฎหมายมหาชน กฎหมายปกครอง และกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของประเทศไทยและนานาชาติ

หลักเกณฑ์การรับผลงานทางวิชาการ เพื่อเผยแพร่ในวารสารวิชาการศาลปกครอง

1. งานวิชาการที่รับเผยแพร่ ได้แก่
 - บทความทางวิชาการ โดยสามารถจัดทำได้ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ/บทความแปล
 - บทวิเคราะห์คำพิพากษาศาลที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครอง โดยไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นคำพิพากษาของศาลปกครองเท่านั้น (แบบมีหมายเหตุ)
 - บทวิเคราะห์ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง
 - บทวิเคราะห์วิจารณ์หนังสือ
 - ประวัติและผลงานของนักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ ทั้งชาวไทยและชาวต่างประเทศ
 - งานวิชาการแบบสั้น เช่น ปกิณกะกฎหมาย หรือบทวิเคราะห์กฎหมายใหม่ที่ที่น่าสนใจ
 - ผลงานทางวิชาการอื่น ๆ ที่กองบรรณาธิการเห็นสมควร ทั้งนี้ งานวิชาการดังกล่าวจะต้องเป็นงานวิชาการที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชน กฎหมายปกครองที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานของหน่วยงานทางปกครองและศาลปกครอง
2. งานวิชาการต้องไม่เคยลงตีพิมพ์และเผยแพร่สู่สาธารณะในที่ใดมาก่อน
3. เป็นงานวิชาการที่ผู้เขียนได้เขียนขึ้นเอง โดยมิได้คัดลอกจากบทความของตนเอง (self-plagiarism) หรือผู้อื่นที่เคยเผยแพร่สู่สาธารณะ
4. งานวิชาการไม่ควรมีจำนวนหน้าเกิน 35 หน้า
5. หากกองบรรณาธิการรับพิจารณางานวิชาการแล้ว ผู้เขียนไม่ควรถอนงานวิชาการออกจากกระบวนการพิจารณา ในกรณีที่ผู้เขียนต้องการถอนงานวิชาการจะต้องชำระค่าตอบแทนผู้ตรวจประเมินบทความตามที่กองบรรณาธิการวารสารวิชาการศาลปกครองกำหนด (เว้นแต่เป็นการถอนบทความเนื่องจากถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ อาทิ ทฤษฎีในทางวิชาการ)

ลักษณะของการประเมินบทความ

บทความทางวิชาการจะต้องผ่านการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิ และเป็นการประเมินลับทั้งสองทาง (double-blind) โดยผู้ที่ส่งบทความทางวิชาการสามารถแจ้งขอให้มีการตรวจประเมินผลงานโดยผู้ทรงคุณวุฒิ 3 ท่านได้

กำหนดการเผยแพร่

วารสารวิชาการศาลปกครอง เผยแพร่ 3 ฉบับต่อปี ฉบับที่ 1 (มกราคม-เมษายน) ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม) และฉบับที่ 3 (กันยายน-ธันวาคม)

การเผยแพร่วารสาร

การเผยแพร่วารสารวิชาการศาลปกครอง ในรูปแบบวารสารอิเล็กทรอนิกส์ (E-Journal) สามารถติดตามช่องทางการจำหน่ายได้ที่เว็บไซต์ <https://www.admincourt.go.th> และ Facebook “วารสารวิชาการศาลปกครอง-Administrative Courts Journal” และผู้ที่สนใจสามารถเข้าถึงวารสาร (ฉบับย้อนหลัง) ได้ที่เว็บไซต์ <https://www.admincourt.go.th> และเว็บไซต์ <https://www.tci-thaijo.org>

เจ้าของ

สำนักงานศาลปกครอง อาคารศาลปกครอง

เลขที่ 120 หมู่ที่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210

โทรศัพท์ 0 2141 1111 โทรศัพท์สายด่วน 1355

ฝ่ายจัดการวารสารวิชาการศาลปกครอง โทรศัพท์ 0 2141 0648 ฝ่ายจัดจำหน่าย โทรศัพท์ 0 2141 0920

บทความหรือข้อความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏในวารสารวิชาการศาลปกครอง เป็นความรับผิดชอบของผู้เขียนโดยเฉพาะ สำนักงานศาลปกครองและกองบรรณาธิการวารสารวิชาการศาลปกครองไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย



บทบรรณาธิการ

ถึงแม้ว่าการเรียนการสอนวิชากฎหมายปกครองจะเกิดขึ้นในประเทศไทยในช่วงเวลาไล่เลี่ยกับการเปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ. 2475 (ค.ศ. 1932) แต่อาจกล่าวได้ว่าพัฒนาการของกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายไทยได้เริ่มต้นอย่างจริงจังนับตั้งแต่การจัดตั้งศาลปกครองในช่วงเวลาที่ใกล้เคียงกับการเปลี่ยนสหัสวรรษ และนับจนกระทั่งถึงปัจจุบันกล่าวได้ว่าวิชากฎหมายปกครองไทยก็ยังไม่ได้ล่วงกาลผ่านเวลามายาวนานนัก ส่วนศาลปกครองไทยก็ยังเยาว์วัยยิ่ง โดยเหตุที่หลักคิดเกี่ยวกับกฎหมายปกครองไทยสมัยใหม่มีรากฐานมาจากโลกตะวันตก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จากระบบกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมัน การทำความเข้าใจหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองในปัจจุบัน (positive law) เพื่อนำไปใช้ในทางปฏิบัติ จึงยากที่จะหลีกเลี่ยงไม่ศึกษาหลักกฎหมายและการปรับใช้หลักดังกล่าวในระบบกฎหมายต้นทางในฐานะที่เป็นตัวอย่างได้ ส่วนปัญหาว่าจะนำเอาหลักกฎหมายหรือการปรับใช้กฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งเข้ามาใช้ในระบบกฎหมายไทยได้หรือไม่นั้น ย่อมอยู่ที่เหตุผลของหลักดังกล่าว ตลอดจนนิติวิธีในการปรับใช้กฎหมายเรื่องนั้น ๆ ว่ามีความหนักแน่นเพียงพอและสอดคล้องกับโครงสร้างโดยรวมของระบบกฎหมายไทยหรือไม่ และการปรับใช้หรือไม่ปรับใช้จะส่งผลกระทบต่อภูมิทัศน์ของระบบกฎหมายปกครองไทยในทางบวกหรือลบมากน้อยเพียงใด ในส่วนหลังนี้ต้องอาศัยสติปัญญาและการวิเคราะห์แยกแยะบนฐานของความรู้ที่กระจ่างชัดเท่านั้น

การนำเอาข้อมูลความรู้จากต่างประเทศถ่ายทอดผ่านภาษาไทย ตลอดจนการนำข้อมูลการปรับใช้กฎหมายในระบบกฎหมายไทยมาแสดงให้เห็น รวมทั้งการวิเคราะห์และสังเคราะห์เพื่อให้ได้หลักกฎหมายที่สามารถใช้เป็นบรรทัดฐานต่อไปได้ หรือแม้แต่ชี้ให้เห็นสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นนั้น เป็นภารกิจในทางวิชาการที่ไม่เฉพาะแต่สถาบันการศึกษาในระดับอุดมศึกษาจะต้องปฏิบัติเป็นหลักเท่านั้น แต่ยังเป็นภาระหน้าที่ของหน่วยงานที่สนับสนุนองค์กรที่ปรับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติจะต้องกระทำอย่างมีหลักวิชา และเป็นอิสระในทางวิชาการด้วย การจัดทรวารสารทางกฎหมายย่อมเป็นอีกวิธีหนึ่งที่จะทำให้เกิดพัฒนาการทางความรู้และความคิด เป็นเวทีให้ผู้ที่มีฉันทะทางวิชาการได้มีโอกาสแสดงความรู้ความสามารถของตน และเป็นช่องทางให้เกิดการแสดงความคิดเห็นทั้งเห็นคล้อยและเห็นค้าน เพื่อให้วิชานิติศาสตร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายปกครองเจริญงอกงามขึ้น

ถึงแม้ว่าบรรณาธิการของวารสารวิชาการศาลปกครองฉบับนี้จะไม่ถือว่าเป็น “คนใน” ของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครอง และเข้ามารับหน้าที่ในเวลาอันกระชั้นยิ่งจนอาจจะไม่สามารถจัดทรวารสารวิชาการศาลปกครองให้บรรลุผลดังใจที่ต้องการได้ อันเนื่องจากกฎเกณฑ์บางประการของหน่วยงานที่กำกับการจัดทรวารสารทางวิชาการ การรับเอากฎเกณฑ์และวิธีการทำงานของกองบรรณาธิการที่มีมาแต่เดิมเป็นหลักในการทำงานต่อ ตลอดจนข้อจำกัดด้านเวลาและภารกิจของตัวบรรณาธิการเอง แม้กระนั้น สิ่งหนึ่งที่บรรณาธิการถือเป็นหลักก็คือ ความเป็นอิสระในการแสดงความคิดเห็นของผู้เขียนบทความ ซึ่งหากไม่ผิดหลักวิชาหรือขาดเสียซึ่งเหตุผลที่สามารถยอมรับได้แล้ว แม้การแสดงความคิดเห็นนั้นจะไม่ใช่ไป

ในแนวทางที่องค์กรตุลาการได้ตัดสินใจไว้ หรือแม้แต่จะไม่ตรงกับความคิดเห็นของบรรณาธิการเองก็ตาม บรรณาธิการก็จะไม่ปิดกั้นการแสดงความคิดเห็นนั้น และหลักการนี้เป็นหลักการที่กองบรรณาธิการวารสารวิชาการศาลปกครองชุดนี้ยึดถือเป็นเกณฑ์ในการทำงานด้วย

วารสารวิชาการศาลปกครองฉบับนี้ประกอบไปด้วย บทความทางกฎหมายปกครองและกฎหมายการคลัง คำแปลคำพิพากษาศาลปกครองต่างประเทศ บทวิเคราะห์คำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด สรุปความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และบทสัมภาษณ์นักกฎหมายมหาชนทำนองเดียวกับวารสารวิชาการศาลปกครองฉบับก่อน ๆ รายชื่อบทความตลอดจนบทสัมภาษณ์และรายชื่อผู้เขียนและผู้ให้สัมภาษณ์ปรากฏอยู่ในสารบัญญาวารสารแล้ว เพื่อให้ผู้อ่านเห็นภาพรวมของบทความที่ปรากฏในวารสารวิชาการศาลปกครองฉบับนี้ บรรณาธิการจะได้ตั้งข้อสังเกตและชี้ประเด็นเบื้องต้นประกอบการอ่านวารสารวิชาการศาลปกครองฉบับนี้ ดังนี้

บทความที่ปรากฏในวารสารวิชาการศาลปกครองฉบับนี้ หลายบทความเป็นการนำเอาแนวความคิดของต่างประเทศเข้ามาถ่ายทอดในระบบกฎหมายไทย ในส่วนของบทความทางกฎหมายปกครองซึ่งนำเอากฎหมายเกณฑ์ในทางกฎหมายปกครองและข้อโต้แย้งทางวิชาการในระบบกฎหมายเยอรมัน มาวิเคราะห์กฎหมายไทยและการปรับใช้กฎหมายในระบบกฎหมายไทยนั้น วารสารวิชาการศาลปกครองฉบับนี้ได้คัดเลือกบทความซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องที่สำคัญและใช้ในทางปฏิบัติมากที่สุดเรื่องหนึ่งมานำเสนอ นั่นก็คือเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง เป็นที่ทราบกันว่าในระบบกฎหมายไทย การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเป็นเงื่อนไขของการฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง และกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันกำหนดให้การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไม่มีผลเป็นการหน่วงผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองไว้ ซึ่งหมายความว่าแม้คู่กรณีจะอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง หากคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ต้องการการบังคับแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมสามารถดำเนินการบังคับทางปกครองได้ หากไม่ปรากฏว่ามีการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือโดยศาล นอกจากนี้ ในชั้นของการพิจารณาอุทธรณ์นั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจพิจารณาอุทธรณ์อาจพิจารณาคำอุทธรณ์โดยทบทวนคำสั่งทางปกครองและวินิจฉัยอุทธรณ์ในทางที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นได้ด้วย (reformatio in peius) ผู้เขียนบทความได้วิเคราะห์ความเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับกฎหมายเกณฑ์การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันและนำเสนอทัศนะที่โต้แย้งกันเกี่ยวกับการทบทวนคำสั่งทางปกครองในทางที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นในกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์ในระบบกฎหมายเยอรมันได้อย่างชัดเจน ถึงแม้ว่าผู้เขียนบทความจะเดินตามความเห็นฝ่ายข้างน้อยในทางวิชาการในประเทศนั้น ในส่วนของการวิเคราะห์กฎหมายไทยนั้น หลังจากชี้ให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายเกณฑ์ในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทยแล้ว ผู้เขียนบทความได้เสนอแนะแนวทางการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองและการฟ้องคดีเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไว้อย่างน่าสนใจรวมทั้งสิ้นสี่กรณี

บรรณาธิการเห็นว่าที่ระบบการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองของไทยมีลักษณะดังกล่าว ส่วนหนึ่งน่าจะเนื่องมาจากการนำเอากฎเกณฑ์เกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองและเงื่อนไขการฟ้องคดีในระบบกฎหมายเยอรมันผสมกับระบบกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวคือ กำหนดให้การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามแนวทางของฝรั่งเศส และตีความให้การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเป็นเงื่อนไขการฟ้องคดีเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ซึ่งบังเอิญไปตรงกับแนวทางของเยอรมัน อีกทั้งยังได้กำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์สามารถทบทวนคำสั่งทางปกครองในทางที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นได้ (ตามที่ปรากฏเป็นธรรมเนียมและเป็นเสียงข้างมากในระบบกฎหมายเยอรมัน) เป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อย่างชัดเจนด้วย การที่ผู้เขียนบทความวิเคราะห์ให้เห็นว่าระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของไทยในปัจจุบันมีปัญหาความขัดแย้งกันเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของกฎเกณฑ์ต่าง ๆ จึงน่าสนใจและชวนให้ผู้อ่านติดตามได้อย่างสนุก ถึงแม้ว่าข้ออภิปรายบางประเด็นอาจตั้งคำถามได้ก็ตาม อย่างไรก็ตาม บรรณาธิการเห็นว่าควรจะได้มีการวิเคราะห์ข้อเสนอแนะแนวทางการปรับปรุงระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองทั้งสี่กรณีดังกล่าวว่าแต่ละกรณีมีจุดอ่อนจุดแข็งอย่างไร และหากจะต้องปรับเปลี่ยน แนวทางใดเป็นแนวทางที่ดีและรับกับโครงสร้างของระบบกฎหมายไทยตั้งแต่ระดับรัฐธรรมนูญลงมาถึงได้ดีที่สุด ยิ่งไปกว่านั้น ควรที่จะนำหลักการพื้นฐานบางประการ ตลอดจนภาพรวมของระบบการทบทวนคำสั่งทางปกครองมาร่วมวิเคราะห์เพิ่มเติมด้วย เช่น หลักการที่ว่าเมื่อคู่กรณีตัดสินใจอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง (แม้ว่าจะอุทธรณ์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะนำคดีไปสู่ศาลก็ตาม) ก็เท่ากับว่าคู่กรณีตัดสินใจล่วงหน้าว่าจะยอมบังคับผูกพัน (Bestandskraft; final binding) ของคำสั่งทางปกครองนั้นให้เกิดขึ้นชั่วคราว คู่กรณีย่อมจะต้องยอมรับผลร้ายที่อาจจะเกิดขึ้นในชั้นอุทธรณ์ด้วย เพราะยังคงต้องถือว่ากระบวนการพิจารณาในชั้นอุทธรณ์เป็นการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ไม่ใช่การพิจารณาในชั้นศาล และการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองซึ่งยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทบทวนคำสั่งทางปกครองในทางที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นได้นั้นมีวัตถุประสงค์ต่างจากการขอให้พิจารณาใหม่ที่ไม่ยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ทบทวนคำสั่งทางปกครองในทางที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นได้ เป็นต้น

สำหรับบทความในทางกฎหมายปกครองขนาดยาวอีกเรื่องหนึ่ง แม้ว่าจะเป็นบทความที่เน้นหนักไปในทางทฤษฎี แต่ผู้เขียนบทความก็ได้วิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติให้เห็นอย่างชัดเจนเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางอำนาจระหว่างรัฐหรือฝ่ายปกครองกับบุคคลซึ่งตกอยู่ในสถานะพิเศษแตกต่างไปจากพลเมืองทั่วไป เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างกองทัพกับทหาร ความสัมพันธ์ระหว่างราชทัณฑ์กับนักโทษ ความสัมพันธ์ระหว่างโรงเรียนกับนักเรียนหรือสถาบันอุดมศึกษากับนักศึกษา ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานต้นสังกัดกับข้าราชการ เป็นต้น ประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางอำนาจในลักษณะพิเศษดังกล่าวอยู่ที่ว่ารัฐจะสามารถกำหนดกฎเกณฑ์จำกัดสิทธิของบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางอำนาจในลักษณะพิเศษเช่นนี้ได้มากน้อยเพียงใด จะต้องมีความหมายให้อำนาจอย่างชัดแจ้งหรือไม่ เพราะเมื่อเราพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมืองนั้น เราจะพบว่าในนิติรัฐประชาธิปไตย พลเมืองมีแดนแห่งสิทธิในเสรีภาพ

ที่รัฐมีหน้าที่จะต้องเคารพ และพลเมืองย่อมสามารถกระทำการหรือเว้นกระทำการใด ๆ ได้ทราบเท่าที่ไม่มีความหมายซึ่งต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญด้วยกำหนดห้ามมิให้กระทำหรือกำหนดให้กระทำ แต่สำหรับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางอำนาจในลักษณะพิเศษดังกล่าวข้างต้นย่อมจะมีวินัยกำกับควบคุมพฤติกรรมยิ่งไปกว่าพลเมืองทั่วไป ปัญหาที่มีอยู่ว่าขอบเขตแห่งอำนาจของรัฐที่จะกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อควบคุมบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางอำนาจในลักษณะพิเศษดังกล่าวอยู่ที่ตรงไหน แน่นนอนว่าการตอบคำถามดังกล่าวนี้สัมพันธ์กับพัฒนาการของรัฐและหลักนิติรัฐ ผู้เขียนบทความได้แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของแนวความคิดดังกล่าวในระบบกฎหมายเยอรมัน การปรากฏตัวขึ้นของแนวความคิดทำนองเดียวกันในระบบกฎหมายไทย และวิจารณ์การปรับใช้กฎหมายของศาลยุติธรรมในการคุ้มครองสิทธิของข้าราชการ ซึ่งตกอยู่ภายใต้ความสัมพันธ์ทางอำนาจในลักษณะพิเศษได้อย่างถูกต้อง โดยในตอนท้ายผู้เขียนบทความได้เสนอให้มีการคลายความเข้มข้นของความสัมพันธ์ทางอำนาจในลักษณะพิเศษในระบบกฎหมายไทย โดยอาศัยทฤษฎีว่าด้วยอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการกำหนดสาระสำคัญของกฎหมาย (Wesentlichkeitstheorie; Theory of legislative reservation) ซึ่งพัฒนาขึ้นโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นฐานในการวิเคราะห์

บรรณาธิการเห็นว่าการนำเสนอแนวความคิดดังกล่าวให้ได้มีการขบคิดกันโดยละเอียดต่อไปจากฐานความรู้ที่พัฒนามาระดับหนึ่งแล้วในเยอรมนีเป็นสิ่งที่น่าเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง อย่างไรก็ตาม เห็นได้ชัดว่าการกำหนดเส้นเขตแดนที่กำกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคลที่ตกอยู่ภายใต้ความสัมพันธ์ทางอำนาจในลักษณะพิเศษว่า เป็นอำนาจรัฐในการกำหนดกฎเกณฑ์ภายในโดยแท้เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติงานอันบุคคลดังกล่าวจะต้องยอมรับโดยมิอาจโต้แย้งได้ หรือเป็นเรื่องที่รัฐข้ามเขตแดนอันเป็นเรื่องความสัมพันธ์ในทางแรงงาน/ในสถานะพิเศษไปสู่เขตแดนแห่งสิทธิในเสรีภาพส่วนบุคคลของผู้ที่ตกอยู่ภายใต้ความสัมพันธ์ทางอำนาจในลักษณะพิเศษนั้น ในหลายกรณีเป็นเรื่องยุ่งยากไม่น้อย แม้กระนั้นหลักเกณฑ์อันหนึ่งที่ไม่สามารถก้าวล่วงได้ก็คือ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การกำหนดกฎเกณฑ์ใด ๆ แม้จะอ้างว่าเป็นไปเพื่อรักษาวินัย หากละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คือ ถึงขนาดทำให้บุคคลที่ตกอยู่ภายใต้ความสัมพันธ์ทางอำนาจในลักษณะพิเศษกลายเป็นวัตถุที่ถูกกระทำแล้ว ย่อมต้องถือว่าใช้ไม่ได้ทั้งสิ้น แม้กระทั่งนักโทษประหารชีวิตก็ได้รับความคุ้มครองในเรื่องนี้ อย่างไรก็ตาม ประเด็นนี้เกี่ยวพันกับทั้งอำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่ก่อตั้งอำนาจให้ฝ่ายปกครอง และเกี่ยวพันกับอำนาจตุลาการที่จะตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง การตระหนักถึงคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งที่สำคัญยิ่งและความเข้าใจในเรื่องนี้ย่อมสำคัญไม่ใช่เฉพาะกับศาลปกครองเท่านั้น แต่ยังสำคัญอย่างยิ่งย่อนไปกว่ากันสำหรับศาลรัฐธรรมนูญด้วย กล่าวเฉพาะการตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยศาลปกครอง ผู้เขียนบทความเสนอให้ “อนุญาตให้มีการโต้แย้งหนังสือเวียน ระเบียบ หรือคำสั่งภายในได้เฉพาะในกรณีที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษในฐานะส่วนตัว ซึ่งอาจต้องอาศัยการพัฒนาหลักกฎหมายโดยศาลประกอบด้วย” บรรณาธิการเห็นว่าข้อเสนอดังกล่าวเป็นข้อเสนอที่ชวนให้ขบคิดถกเถียงกันเกี่ยวกับการจำแนกการกระทำทางปกครองในความสัมพันธ์พิเศษที่อาจเป็น

วัตถุแห่งการฟ้องคดีได้และไม่อาจเป็นวัตถุแห่งการฟ้องคดีได้ แม้กระนั้น หากมองย้อนกลับมาในระบบกฎหมายไทยแล้ว จะพบว่าในปัจจุบันนี้แม้กระทั่งการฟ้องคดีเกี่ยวกับวินัย ถ้าเป็นเรื่องวินัยทหารแล้ว ก็ยังไม่สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ (มีพักต้องคำนึงถึงการสั่งการของผู้บังคับบัญชาที่ก้าวล่วงกระทบต่อสิทธิในเสรีภาพส่วนบุคคลของทหาร) แม้จะมีผู้โต้แย้งว่าทหารที่ถูกลงโทษทางวินัยอาจฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมได้ แต่หากทหารผู้นั้นจะฟ้องคดี ก็จะต้องฟ้องเป็นคดีแพ่ง ต้องมีนายความ และการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีนั้นก็เป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งทำให้ข้าราชการทหารเสียเปรียบข้าราชการพลเรือนและข้าราชการตำรวจอย่างยิ่ง บรรณาธิการได้แต่หวังว่าในระยะถัดไป ผู้คนในวงการกฎหมายจะหันมาสนใจและตั้งคำถามเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางอำนาจระหว่างรัฐกับบุคคล ซึ่งตกอยู่ในสถานะพิเศษมากขึ้น เมื่อมีการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับทรงผมของทหารตำรวจที่ดี กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแต่งกายของนักเรียนนักศึกษาที่ดี การกำหนดให้ข้าราชการสวมใส่เสื้อผ้าในลักษณะพิเศษ มาปฏิบัติราชการก็ดี การกำหนดกฎเกณฑ์การตัดผมของผู้ต้องขังซึ่งยังไม่ถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด หรือแม้แต่ถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดแล้วก็ดี ประเด็นข้อกฎหมายเรื่องนี้จะได้ผุดขึ้นมาในความคิดของนักกฎหมายเสมอ

บทความอีกบทความหนึ่งที่ผู้เขียนนำเอาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองเยอรมันมาแสดงและวิเคราะห์ เป็นบทความเกี่ยวกับมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการออกข้อสอบ ประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งที่ปรากฏในบทความก็คือ ความแตกต่างกันของการยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองเยอรมันและวิธีพิจารณาความปกครองของไทย กล่าวคือ ในขณะที่ระบบกฎหมายไทยถือหลักว่าการขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวจะกระทำได้ต่อเมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้วเท่านั้น ระบบกฎหมายปกครองเยอรมันอนุญาตให้มีการยื่นคำขอต่อศาลปกครองเพื่อให้ศาลมีคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการฟ้องคดีได้ แต่ผู้ยื่นคำขอจะต้องนำคดีมาฟ้องต่อศาลภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ในหลายกรณีการยอมให้มีการยื่นคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในระบบกฎหมายเยอรมันจะทำให้ศาลสามารถคุ้มครองสิทธิได้ทันทั่วถึง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบไม่ว่าจะเป็นการอนุญาตให้เข้าสอบชั่วคราวไปก่อน การกำหนดให้ได้สิทธิในการสอบซ่อม ในระหว่างที่ศาลกำลังพิจารณาคดีในประเด็นหลัก การประเมินผลคะแนนใหม่ชั่วคราว ฯลฯ ถึงแม้ว่าบทความนี้จะไม่มีตัวอย่างจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองไทยมากนัก แต่ก็พอจะทำให้ผู้อ่านเห็นตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติของศาลปกครองเยอรมัน อันอาจจะเป็นประโยชน์ในการขยายมุมมองในเรื่องนี้ออกไปได้บ้าง แม้กระนั้น ผู้อ่านก็พึงระวังว่าการคุ้มครองชั่วคราวในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบนั้นสัมพันธ์กับกฎเกณฑ์การจัดสอบและการประเมินผลการศึกษา ซึ่งในหลายกรณีสถานการณ์ในระบบกฎหมายเยอรมันแตกต่างไปจากกฎหมายไทย และเป็นธรรมดาอยู่เองที่อาจจะไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ที่เกิดจากคำพิพากษาศาลปกครองเยอรมันมาปรับใช้โดยตรงในระบบกฎหมายไทยได้

นอกเหนือจากบทความทางวิชาการสามบทความข้างต้นที่นำเอาหลักกฎหมายเยอรมัน มาอธิบายและวิเคราะห์เพื่อปรับใช้ในระบบกฎหมายไทยแล้ว ยังมีบทความเกี่ยวกับกฎหมายสิ่งแวดล้อม ที่นำเอาหลักเกณฑ์ในกฎหมายฝรั่งเศสมาอธิบายหนึ่งบทความ และบทความเกี่ยวกับกฎหมายการคลัง ซึ่งผู้เขียนใช้วรรณกรรมทางกฎหมายภาษาฝรั่งเศสช่วยในการวิเคราะห์อีกหนึ่งบทความ บทความแรก เป็นบทความที่มีลักษณะเป็นการให้ข้อมูลเกี่ยวกับการกำหนดอัตราค่าปรับในคดีสิ่งแวดล้อมของสภาแห่งรัฐ ในฐานะศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ผู้เขียนได้อธิบายหลักกฎหมายปกครองสิ่งแวดล้อมจากคำพิพากษา และกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยสังเขป จากนั้นได้อธิบายหลักเกณฑ์การกำหนดค่าปรับและนำตัวอย่าง คำพิพากษาในเรื่องดังกล่าวมาแสดงให้เห็น บรรณาธิการมีข้อสังเกตต่อบทความนี้ว่าเพื่อประโยชน์สำหรับ การศึกษาเรื่องนี้ต่อไปข้างหน้า น่าจะขบคิดวิพากษ์วิจารณ์ว่าการที่กฎหมายไม่กำหนดอัตราค่าปรับไว้ (ไม่ว่าจะคำนวณโดยฐานอะไรก็ตาม) แต่ปล่อยให้ป็นดุลพินิจของตุลาการในการกำหนดได้เองโดยไม่มี เพดานนั้นถูกต้องหรือไม่ เพียงใด และการกำหนดอัตราค่าปรับที่ใช้บังคับกับรัฐในคดีสิ่งแวดล้อมนั้น บรรลุวัตถุประสงค์หรือไม่ และส่งผลอย่างไรต่อองค์กรเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องทั้งในทางกฎหมายและทางการเมือง

สำหรับบทความเกี่ยวกับกฎหมายการคลังนั้น ผู้เขียนบทความไม่ได้กำหนดหัวข้อ เฉพาะเจาะจงลงไป แต่เป็นบทความที่มีลักษณะเป็นการตั้งคำถามและข้อสังเกตในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย นิยามความหมายและขอบเขตของวินัยการเงินการคลัง และโทษกรณีไม่ปฏิบัติตามกฎหมายวินัยการเงิน การคลัง บรรณาธิการมีข้อสังเกตเกี่ยวกับลำดับชั้นทางกฎหมายและข้อเสนอของผู้เขียนบทความ ในประเด็นหนึ่งที่เสนอให้กำหนดเปลี่ยนแปลงสถานะของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐฯ เป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐฯ ว่า ประเด็นนี้เกี่ยวเนื่องกับ โครงสร้างใหญ่ของระบบกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญของไทย ซึ่งถ้าจะให้ข้อเสนอมีน้ำหนักแล้ว ในเบื้องต้นน่าจะต้องวิเคราะห์ผลดีผลเสียของการมีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทย ในทางวิชาการโดยละเอียด ทั้งนี้ ควรจะต้องคำนึงถึงโครงสร้างของสถาบันทางการเมืองและองค์กร ทางรัฐธรรมนูญ (constitutional organ) ที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญด้วยว่าจะต้องคุ้มครองพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญหรือไม่ ในลักษณะใดประกอบด้วย ซึ่งข้อวิเคราะห์ดังกล่าวนี้อาจจะเป็นบทความอีกเรื่องหนึ่ง แยกต่างหากโดยสิ้นเชิงจากบทความนี้ได้ ในส่วนของลำดับชั้นของกฎหมาย บรรณาธิการเห็นว่าผู้เขียน บทความได้ใช้หลักเกณฑ์การแยกลำดับชั้นทางกฎหมายตามที่ปรากฏเป็นคำอธิบายทั่วไปในระบบ กฎหมายไทย ซึ่งถือว่าข้อบัญญัติท้องถิ่นมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรองทำนองเดียวกับกฎกระทรวง ตลอดจน ประกาศกระทรวง อย่างไรก็ตาม บรรณาธิการเห็นว่าคำสอนที่รับสืบทอดกันมาในระบบกฎหมายไทยที่ถือว่า ข้อบัญญัติท้องถิ่นเป็นกฎหมายลำดับรองนั้น น่าจะได้รับการทบทวน และอาจจะกระตุ้นให้ผู้อ่านบทความ ศึกษาความแตกต่างระหว่างบรรดากฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐในระบบรวมศูนย์อำนาจ ปกครอง เช่น กฎกระทรวง กับกฎหมายที่ตราขึ้นโดยหน่วยการปกครองตนเองในระบบกระจายอำนาจ ซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนที่แยกออกจากรัฐว่าแม้ทั้งสองกรณีจะถือว่าเป็น “กฎ” ตามความหมายของ



พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เหมือนกันก็ตาม แต่ถูกต้องแล้วหรือไม่ที่จะถือว่าข้อบัญญัติท้องถิ่นมีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรองเช่นเดียวกันกับกฎกระทรวงหรือประกาศกระทรวง หรือควรจะถือว่ากฎหมายลำดับรองเป็นกฎหมายที่สัมพันธ์ใกล้ชิดกับกฎหมายแม่บท และเป็นเรื่องที่รัฐสภามอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารไปกำหนดกฎเกณฑ์ในรายละเอียดเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท ในขณะที่ข้อบัญญัติท้องถิ่นไม่ได้มีลักษณะเช่นนั้น และด้วยเหตุนี้ จึงต้องถือว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรในระบบรวมศูนย์อำนาจปกครองมีลำดับชั้นทางกฎหมายสูงกว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยนิติบุคคลมหาชนในระบบกระจายอำนาจปกครอง ในส่วนอื่น ๆ นั้นบทความได้ตั้งคำถามและกระตุ้นให้ผู้อ่านขบคิดคำตอบซึ่งบรรณาธิการเห็นว่าประเด็นที่ได้รับการเขียนไว้ในบทความดังกล่าว เช่น การลงโทษสองสถานในความผิดกรรมเดียวกัน หากมีการค้นคว้าเพิ่มเติมและเขียนเป็นบทความอธิบายเหตุผลด้วยว่าทำไมการลงโทษทั้งสองสถานจึงไม่ตัดกัน และในทางปฏิบัติศาลวินัยงบประมาณฝรั่งเศสลงโทษในลักษณะดังกล่าวมาน้อยเพียงใด ก็น่าจะเป็นประโยชน์ต่อการค้นคว้าในทางกฎหมายเปรียบเทียบมากยิ่งขึ้น

ในส่วนของคำแปลคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้น วารสารวิชาการศาลปกครองฉบับนี้ นำเสนอคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองกิเซิน (Gießen, Giessen) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งประเด็นแห่งคดี คือ การฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนคำสั่งเพิกถอนคำสั่งให้เงินช่วยเหลือฉุกเฉินแก่ผู้ประกอบการที่ได้รับผลกระทบจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา รวมทั้งให้เพิกถอนคำสั่งเรียกเงินคืนด้วย คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองกิเซินฉบับนี้แสดงให้เห็นลำดับขั้นตอนการปรับใช้กฎหมายและพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ให้ประโยชน์เป็นเงิน ทั้งการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในทางแบบพิธีและในทางเนื้อหาของคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองฯ มีข้อสังเกตในคดีนี้ว่า ถึงแม้ว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะไม่ได้รับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่งเพิกถอนก็ตาม แต่การที่คู่กรณีซึ่งเป็นผู้ฟ้องคดีได้มีโอกาสชี้แจงแสดงพยานหลักฐานของตนในชั้นศาลก็ถือว่าได้มีการเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้วตามนัยมาตรา 45 วรรคหนึ่ง ข้อ 3 ของรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองมลรัฐเฮสเซน (พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ของไทย มาตรา 41 ให้เยียวยาความบกพร่องของการรับฟังที่ได้ทำมาโดยไม่สมบูรณ์ก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์หรือก่อนการฟ้องคดีต่อศาลเท่านั้น) นอกจากนี้ การไม่ได้รับฟังดังกล่าวก็ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด ศาลจึงไม่อาจใช้เหตุดังกล่าวพิพากษาเพิกถอนคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์เป็นเงินได้ นอกจากนี้ ประเด็นที่สำคัญที่สุดอีกประเด็นหนึ่งในคดี คือ ประเด็นเกี่ยวกับการคุ้มครองความเชื่อถือในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองของผู้รับคำสั่ง ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองกิเซินเห็นว่าผู้รับคำสั่งไม่สามารถอ้างความเชื่อโดยสุจริตได้ และองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ใช้ดุลพินิจชอบด้วยแนวทางที่กฎหมายกำหนดแล้ว คำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์เป็นเงินจึงชอบด้วยกฎหมาย องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงออกคำสั่งเรียกเงินที่ได้ให้ไปกลับคืนได้จากฐานของกฎหมาย

ลายลักษณ์อักษรตามมาตรา 49a วรรคหนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมลรัฐเฮสเซ็น มีข้อสังเกตว่าสถานการณ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ให้ประโยชน์เป็นเงินในระบบกฎหมายเยอรมันมีความชัดเจน ไม่ยุ่งเหยิงวุ่นวายเหมือนในระบบกฎหมายไทย เพราะทั้งการออกคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองและการออกคำสั่งเรียกเงินคืนเนื่องจากคำสั่งที่เป็นฐานแห่งการให้เงินถูกเพิกถอนแล้ว มีฐานทางกฎหมายชัดเจน และหากมีข้อพิพาทคดีจะไปสู่การพิจารณาของศาลปกครองทั้งหมด จึงต่างจากสถานการณ์ในระบบกฎหมายไทย ที่เมื่อเจ้าหน้าที่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์เป็นเงินแล้ว ผู้รับคำสั่งที่ไม่เห็นด้วยจะต้องอุทธรณ์โต้แย้งและนำคดีไปฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์เป็นเงินที่ศาลปกครองส่วนเจ้าหน้าที่ก็ต้องไปฟ้องเรียกเงินคืนที่ศาลยุติธรรม ซึ่งมีความสับสนเสี่ยงที่คำพิพากษาของศาลทั้งสองจะขัดแย้งกัน มีพิกัดต้องพูดถึงปัญหาที่ว่าศาลยุติธรรมไทยใช้หลักกฎหมายลักษณะทรัพย์สินของทรัพย์เรื่องเจ้าของทรัพย์ติดตามเอาทรัพย์คืนกับกรณีนี้ ซึ่งไม่ตรงกับเรื่องและไม่สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองความเชื่อมั่นในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองซึ่งมีสถานะและตำแหน่งที่แน่นอนในระบบกฎหมายไทยแล้ว กล่าวโดยรวม คำแปลคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองก็เชินฉบับนี้ให้ภาพที่ดีในการปรับใช้กฎหมาย หากผู้อ่านจะได้อ่านและวิเคราะห์กฎหมายไทยในทางปฏิบัติประกอบด้วย ก็จะเป็นประโยชน์ในการทำความเข้าใจในเรื่องนี้แจ่มแจ้งและเห็นสภาพปัญหาในระบบกฎหมายไทยได้ชัดเจนขึ้น

นอกจากคำแปลคำพิพากษาศาลต่างประเทศแล้ว วารสารวิชาการศาลปกครองฉบับนี้ยังได้นำเสนอบทวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด เรื่อง การกำหนดสถานภาพโสดเป็นคุณสมบัติในการเข้าสู่ตำแหน่งนายสิบตำรวจ โดยผู้เขียนบทวิเคราะห์ได้นำเอาหลักความพอสมควรแก่เหตุ (หรือที่ผู้เขียนบทวิเคราะห์เรียกว่าหลักความได้สัดส่วน) มาใช้วิเคราะห์กฎเกณฑ์ที่กำหนดให้ผู้สมัครเข้าบรรจุเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจต้องมีสถานภาพโสดว่าถูกต้องตามหลักการดังกล่าวหรือไม่ โดยแสดงผลของฝ่ายปกครองที่กำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าวไว้ เหตุผลตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด พร้อมทั้งเหตุผลของผู้เขียนบทวิเคราะห์ไว้อย่างน่าสนใจ

สำหรับหมายเหตุท้ายคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ปรากฏในวารสารวิชาการศาลปกครองฉบับนี้ แม้จะเป็นข้อเขียนขนาดสั้น แต่ก็มีความน่าสนใจไม่แพ้กัน เนื่องจากการตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับคำสั่งไม่รับคำฟ้องคดีที่ผู้ฟ้องขอให้ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 ในส่วนที่เกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาล ผู้เขียนหมายเหตุเห็นด้วยกับผลของคำสั่งไม่รับคำฟ้องของศาลปกครองสูงสุด เพราะเหตุว่าการกระทำของศาลรัฐธรรมนูญในการออกข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญฯ ดังกล่าวไม่ใช่การกระทำทางปกครอง แต่ไม่เห็นด้วยกับเหตุผลที่ศาลปกครองสูงสุดอธิบายว่าการออกข้อกำหนดเช่นนี้เป็นการกระทำประเภทหนึ่งขององค์กรตุลาการ อันมีลักษณะเป็นการเตรียมการหรือการดำเนินการเพื่อให้การใช้อำนาจทางตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยคดีเป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

บรรณาธิการเห็นว่าประเด็นเรื่องการที่องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายให้อำนาจองค์กรตุลาการกระทำการในส่วนที่ไม่เกี่ยวข้องกับคดีโดยตรงปรากฏมากขึ้นในระบบกฎหมายไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรอบสองทศวรรษมานี้ การที่องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายในลักษณะดังกล่าว สร้างความยุ่งยากในการจำแนกลักษณะของการกระทำเป็นอย่างยิ่งว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจตุลาการ การกระทำใดพ้นจากเขตแดนดังกล่าวเข้าสู่เขตแดนของอำนาจทางปกครอง จนกระทั่งต้องถือว่าการกระทำนั้นแม้จะเกิดจากองค์กรตุลาการหรือองค์กรย่อยขององค์กรตุลาการก็มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง กล่าวเฉพาะกรณีข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญนั้น บรรณาธิการเห็นว่าหากข้อกำหนดนั้นมีผลเป็นกฎหมายออกไปภายนอก (external law) คือ กระทบต่อสิทธิของบุคคล ย่อมจะต้องเป็นเรื่องที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดเอง แต่หากเป็นเพียงกฎเกณฑ์ภายในองค์กร (internal law) เกี่ยวพันกับกระบวนการทำงานภายในขององค์กรตุลาการ เช่น การกำหนดลำดับการลงลายมือชื่อในคำพิพากษา ลำดับการนั่งบัลลังก์ ฯลฯ ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ไม่กระทบสิทธิหน้าที่ของบุคคล ศาลรัฐธรรมนูญย่อมสามารถใช้อำนาจจัดระเบียบองค์การกำหนดขึ้นเองได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายมอบอำนาจให้องค์กรย่อยขององค์กรตุลาการ เช่น ประธานศาลอุทธรณ์ใช้อำนาจดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกำหนดกฎเกณฑ์ในรายละเอียดขยายความในกฎหมายแม่บทในส่วนที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับคดี แต่เห็นได้ชัดว่ามีลักษณะเป็นงานทางบริหาร จะต้องถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางปกครอง ซึ่งต้องตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง แม้กระนั้น การที่องค์กรตุลาการศาลรัฐธรรมนูญออกข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลนั้น ยากที่จะถือได้ว่าเป็นการกระทำในทางปกครองได้ เพราะโดยเนื้อหาแล้วกรณีนี้มีลักษณะเป็นการบัญญัติความผิดและโทษทางอาญาขึ้นใช้บังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งมีลักษณะเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ (แม้ว่าจะอ้างอิงโทษไปที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญก็ตาม) ไม่ใช่การกระทำที่เกี่ยวข้องกับอำนาจตุลาการ ถึงแม้ว่าการที่องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในลักษณะดังกล่าว บรรณาธิการจะเห็นว่าขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ก็ยังไม่ทำให้การกระทำดังกล่าวแปรสภาพเป็นการกระทำทางปกครองไปได้ ปัญหาที่องค์กรตุลาการเป็นองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายปกครองเสียเอง จึงเป็นปัญหาใหญ่ในระบบกฎหมายมหาชนไทยในเวลานี้ เพราะทำให้ระบบการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเสียไป เนื่องจากการมีกระทำความผิดจำนวนหนึ่งที่กระทบสิทธิของบุคคลหลุดจากการถูกตรวจสอบการใช้อำนาจนั้นเอง

เนื้อหาส่วนสุดท้ายในวารสารวิชาการศาลปกครองฉบับนี้ เป็นการสรุปความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาหนึ่งเรื่อง ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองอีกหนึ่งเรื่อง และบทสัมภาษณ์นักกฎหมายมหาชนโดยเจ้าหน้าที่ของกองบรรณาธิการ ซึ่งเป็นคอลัมน์ประจำอีกหนึ่งบทสัมภาษณ์



ในนามของกองบรรณาธิการ บรรณาธิการขอขอบคุณผู้เขียนทุกท่านที่ส่งบทความมาลงพิมพ์ในวารสารฉบับนี้ หวังว่าวารสารวิชาการศาลปกครองฉบับนี้จะเป็นประโยชน์แก่ผู้อ่าน และหากมีความบกพร่องผิดพลาดใด ๆ เกิดขึ้น ซึ่งแน่นอนว่ามีได้เกิดจากความตั้งใจให้เป็นเช่นนั้น บรรณาธิการต้องขออภัยและน้อมรับความบกพร่องผิดพลาดนั้นไว้

ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์

บรรณาธิการ



วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 22 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม) 2565

สารบัญ

บทความทางวิชาการ

- การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง : ข้อความคิด ข้อสังเกต และข้อเสนอแนะบางประการ
ว่าด้วยการพัฒนาวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทย
โดย ทศพร แสนสวัสดิ์ 1
- ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษตามกฎหมายมหาชน
โดย นิติกร ชัยวิเศษ 38
- การนำมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (einstweilige Anordnung) มาใช้ในคดีปกครอง
ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการตรวจข้อสอบ :
ประสบการณ์จากระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายไทย
โดย วิชชา เนตรหัตถ์สนั่น 88
- การกำหนดอัตราค่าปรับในคดีสิ่งแวดล้อมของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส
โดย สุคนธา ศรีภิรมย์ 114
- ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561
และการตรวจเงินแผ่นดินตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ
โดย ญัฐวุฒิ คล้ายข้า 137

คำแปลคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

- การเพิกถอนคำสั่งให้เงินช่วยเหลือฉุกเฉินแก่ผู้ประกอบการที่ได้รับผลกระทบจากการแพร่ระบาดของ
ของไวรัสโคโรนา พร้อมเรียกเงินดังกล่าวคืน ด้วยเหตุที่ผู้ยื่นคำขอแจ้งข้อมูลไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ
โดย วิชชา เนตรหัตถ์สนั่น 169



บทวิเคราะห์คำพิพากษา

- การกำหนดสถานภาพโสดเป็นคุณสมบัติในการเข้าสู่ตำแหน่งนายสิบตำรวจ :
ข้อพิจารณาเรื่องหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ เรื่องสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ
และหลักความได้สัดส่วนในฐานกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ
(คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 301/2564)
โดย วันรัฐ งามนิยม.....

185

คำพิพากษาและคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่น่าสนใจ

- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 47/2565 : พร้อมหมายเหตุท้ายคำสั่ง
โดย ภาณุวัฒน์ ผ่องใส.....

201

หลักกฎหมายมหาชน

- อำนาจของกรมศุลกากรในการเรียกดอกเบี้ยในมูลละเมิดทางปกครอง
โดย นพรัตน์ อุดมโชคมงคล.....
- กำหนดระยะเวลาการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง
กรณีศาลมีคำสั่งให้จัดการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่อายัดไว้จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด
โดย จิรวัดน์ พูนสวัสดิ์พงศ์.....

207

209

คอลัมน์ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ

- บทสัมภาษณ์ชีวประวัติและผลงานของ ดร.พัชมา จิตรมหีมา.....

213



การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง : ข้อความคิด ข้อสังเกต และข้อเสนอแนะบางประการว่าด้วยการพัฒนา วิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทย

ทศพร แสนสวัสดิ์*

บทคัดย่อ

บทความวิชาการฉบับนี้ได้เสนอแนวทางบางประการที่สามารถนำไปปรับใช้เพื่อพัฒนาวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทย ซึ่งได้จากการศึกษาและวิเคราะห์ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่ใช้อยู่ในปัจจุบันในระบบกฎหมายไทย รวมถึงจากการศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวทางการปฏิรูประบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (ประเทศเยอรมนี) ซึ่งเป็นหนึ่งในประเทศต้นแบบของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศไทย ผลจากการศึกษาข้างต้นนำมาซึ่งข้อสรุปที่สำคัญที่ว่า ระบบกฎหมายไม่ควรใช้ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับควบคู่ไปกับการรับรองหลักการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นไปด้วยในขณะเดียวกันเนื่องจากจะก่อให้เกิดผลที่ขัดแย้งกันระหว่างประสิทธิภาพของวัตถุประสงค์ทั้งสามประการของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ได้แก่ การคุ้มครองสิทธิของประชาชน การตรวจสอบหรือควบคุมตนเองของฝ่ายปกครอง และการปลดปล่อยหรือแบ่งเบาภาระการพิจารณาของศาล อย่างไรก็ตาม เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏจากการศึกษาว่า ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่ใช้อยู่ในปัจจุบันของประเทศไทยมีลักษณะเป็นระบบการอุทธรณ์แบบบังคับ อันเป็นผลมาจากมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในขณะที่อีกด้านหนึ่งก็บัญญัติรับรองหลักการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นไว้อย่างชัดเจนตามมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บทความฉบับนี้จึงเสนอแนวทางในการปฏิรูประบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทยไว้ทั้งสี่แนวทาง ซึ่งเป็นแนวทางที่สามารถนำไปใช้เพื่อแก้ไขปรับปรุงกลไกการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้วัตถุประสงค์ทั้งสามประการของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองบรรลุผลมากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้

คำสำคัญ : กฎหมาย, การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง, ระบบบังคับอุทธรณ์, การอุทธรณ์ที่เป็นผลร้าย, วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, วิธีพิจารณาคดีปกครอง

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่; Doctor iuris (summa cum laude), Universität Passau, Germany. Email : thossaporn.saen@cmu.ac.th.



Administrative Appeal : Concepts, Commentaries, and Recommendations for a Refinement to Thailand's Administrative Court Procedure

Thossaporn Saensawatt

Abstract

This academic paper presents certain recommendations that are capable of refining Thailand's administrative court procedure. These recommendations are mainly derived from our research and analysis of the administrative appeal currently enforcing in the legal system of Thailand and, additionally, from a comparative study on the reform of the administrative appeal system in the Federal Republic of Germany, one of the most important models for Thailand's administrative procedure. The results suggest that the mandatory system of administrative appeal and the so-called *reformatio in peius* should not be implemented simultaneously in one and the same legal procedure, reason being that their effects – when applied together – will in some aspects deteriorate the *telo* of the administrative appeal system, i.e. to protect the right of person aggrieved by the administrative act, to endorse the self-review of administrative authority, and reduce workload of administrative court. However, our analysis also revealed that the administrative appeal in Thailand is currently a mandatory system, which is a result of Section 42 Paragraph Two of the Act of Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure B.E. 2542 (1999), and also a system that allows the *reformatio in peius* by virtue of Section 46 of the Administrative Procedure Act B.E. 2539 (1996). In this regard and as a result of which, this paper suggests four recommendations for a reform of Thailand's administrative appeal system.

Keywords : law, administrative appeal, mandatory system, *reformatio in peius* results, administrative procedure, administrative court procedure.

บทความฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอข้อความคิด ข้อสังเกต และข้อเสนอแนะว่าด้วยแนวทางการพัฒนาวิธีพิจารณาตีปกครองของประเทศไทยที่ได้จากการศึกษาและวิเคราะห์กลไกที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและวิธีพิจารณาตีปกครองของประเทศไทย ได้แก่ การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง (Administrative Appeal)¹ ทั้งนี้ โดยมีที่มา หลักการ และเหตุผลอันเป็นที่มาของการศึกษาโดยสังเขป ดังต่อไปนี้

1. ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง และความสำคัญที่มีต่อระบบวิธีพิจารณาตีปกครองของประเทศไทย

เมื่อพิจารณาข้อความคิดว่าด้วยการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในเบื้องต้นจะพบว่าการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นทั้ง “จุดสิ้นสุด” ของกระบวนการภายใต้กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Administrative Procedure) และ “จุดเริ่มต้น” ของกระบวนการภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาตีปกครอง (Administrative Court Procedure) ดังนั้น การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งยวดต่อระบบกฎหมายปกครองและกระบวนการยุติธรรมทางปกครองทั้งระบบและทำหน้าที่เหมือน “สะพาน” ที่เชื่อมการปฏิบัติราชการทางปกครองและการพิจารณาตีปกครองเข้าไว้ด้วยกัน กล่าวคือ การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเปรียบเสมือนลูกกุญแจดอกแรกที่ประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งทางปกครองอาจใช้ไขเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางปกครองเพื่อแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายของตนได้ สำหรับในประเทศไทยนั้น บทบาทและความสำคัญของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารราชการแผ่นดินและกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาตีปกครอง พ.ศ. 2542

ในเบื้องต้นสมควรกล่าวถึงคำอธิบายในทางตำราที่ว่า ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมีวัตถุประสงค์หลักอยู่สามประการ ได้แก่ (1) เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน (2) เพื่อให้ฝ่ายปกครองมีโอกาสตรวจสอบหรือควบคุมตนเอง และ (3) เพื่อปลดปล่อยหรือแบ่งเบาภาระการพิจารณาตีของศาล² วัตถุประสงค์ข้างต้นถือเป็นจุดตั้งต้นและที่มาของสมมติฐานหลักของบทความฉบับนี้ คือ ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่ดีที่สุดจะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ทั้งสามประการ และไม่ก่อให้เกิด

¹ Le recours administrative ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส หรือ das Widerspruchsverfahren ในระบบกฎหมายเยอรมัน

² สำหรับกฎหมายปกครองเยอรมัน โปรดดู Ferdinand O. Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke, *VwGO Kommentar*, 18. Auflage, 2012, Vorb § 68, Rn. 1; Friedhelm Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 8. Auflage, 2011, § 5, Rn. 2; Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Auflage, 2011, § 10, Rn. 27; Gero Vaagt, “Der Abbau des Widerspruchsverfahrens im öffentlichen Baurecht”, *ZRP* 44 (2011), S. 211ff. (213f.); Thomas Holzner, “Die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens”, *DÖV* 2008, S. 217ff. (218).



ผลที่ขัดแย้งกันระหว่างประสิทธิภาพของวัตถุประสงค์ทั้งสามประการ ทั้งนี้ ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่ใช้บังคับอยู่ในระบบกฎหมายหนึ่ง ๆ จะบรรลุวัตถุประสงค์ทั้งสามประการข้างต้นได้มากหรือน้อยเพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ เช่น การออกแบบระบบกลไกการอุทธรณ์ให้เหมาะสมกับกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีของศาลหรือองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทในทางปกครอง (ในบทความฉบับนี้จะเรียกองค์กรเหล่านี้รวมกันว่า “ศาลปกครอง” ในกรณีที่ไม่ได้กล่าวโดยเฉพาะเจาะจงถึงศาลปกครองประเทศใดประเทศหนึ่ง) รวมถึงความพร้อมและความตั้งใจจริงของฝ่ายปกครองในการทบทวนหรือตรวจสอบการตัดสินใจของตนเพื่อส่งเสริมหลักการปฏิบัติราชการที่ดี และพื้นฐานความเข้าใจในทางวิชาการที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับกลไกการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของนักกฎหมายในระบบกฎหมายนั้น

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องและการบังคับใช้กลไกการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย ผู้เขียนพบข้อสังเกตทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติบางประการที่อาจนำไปสู่การพัฒนาข้อความคิดหรือข้อคิดเห็นในทางวิชาการเพิ่มเติมและ/หรือการพัฒนาแนวทางปฏิบัติที่ดีเกี่ยวกับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทยได้ โดยบทความฉบับนี้จะพิจารณาข้อสังเกตดังกล่าวภายใต้ข้อความคิดสองประการด้วยกัน ได้แก่

1.1 ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับ (le recours administratif préalable obligatoire)

ระบบอุทธรณ์แบบบังคับ ตามความเข้าใจของนักกฎหมายปกครอง หมายถึง ระบบที่ผูกเอาเงื่อนไขข้อหนึ่งของการใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเข้ากับข้อเท็จจริงที่ว่า ผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแล้ว และได้มีการวินิจฉัยอุทธรณ์นั้นภายในระยะเวลาอันควรแล้วหรือไม่ โดยระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับเป็นระบบที่กฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองของประเทศไทยได้นำมาใช้อยู่ในปัจจุบัน³

ในทางวิชาการ ระบบอุทธรณ์แบบบังคับมีที่มาจากหลักการที่มีชื่อว่า Exhaustion of administrative remedies⁴ ที่กำหนดให้ผู้ที่ประสงค์ให้ศาลวินิจฉัยข้อพิพาทของตนต้องดำเนินการต่าง ๆ เพื่อแก้ไขหรือเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายของตนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ครบถ้วนทุกประการแล้ว และไม่เหลือที่พึ่งอื่นใดอีกนอกเสียจากต้องนำข้อพิพาทมาสู่ศาล เมื่อพิจารณาในแง่นี้อาจกล่าวได้ว่า ระบบอุทธรณ์แบบบังคับให้ความสำคัญกับวัตถุประสงค์ของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองประการที่สาม

³ ฐานในทางกฎหมายที่ทำให้ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทยเป็นระบบแบบบังคับ คือ มาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาความคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้ โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด”

⁴ ฤทัย หงส์ศิริ, ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 8 : 2561, หน้า 162;

Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, 2001, p. 219.

คือ การลดภาระการพิจารณาดีของศาลมากกว่าวัตถุประสงค์สองประการแรก ในทางปฏิบัติระบบอุทธรณ์แบบบังคับจึงอาจนำมาซึ่งผลที่ระบบกฎหมายไม่พึงประสงค์หลายประการ เช่น การบังคับให้อุทธรณ์ก่อนนำคดีมาฟ้องศาลอาจเป็นผลร้ายต่อผู้รับคำสั่งในกรณีที่ผู้รับคำสั่งไม่ได้ยื่นอุทธรณ์ภายในกำหนดระยะเวลา อันส่งผลให้ผู้นั้นถูกตัดสิทธิที่จะนำคดีมาฟ้องศาล เป็นต้น หากพิจารณาในแง่ระบบอุทธรณ์แบบบังคับก่อให้เกิดผลตรงข้ามกับวัตถุประสงค์ในข้อแรกของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง คือ การเพิ่มการคุ้มครองสิทธิของประชาชน

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากวัตถุประสงค์ทั้งสามประการข้างต้นของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองล้วนแล้วแต่เป็นสิ่งที่ดีและมีประโยชน์ต่อระบบกฎหมายและต่อประชาชนผู้ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมาย บทความฉบับนี้จึงเสนอสมมติฐานว่า เป้าหมายที่สำคัญที่สุดของการออกแบบและวางระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง คือ การบูรณาการวัตถุประสงค์ทั้งสามประการเข้าด้วยกันผ่านการออกแบบกลไกที่ทำให้วัตถุประสงค์ในแต่ละข้อบรรลุผลมากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ โดยที่กลไกดังกล่าวต้องไม่ก่อให้เกิดการขัดกันของวัตถุประสงค์ทั้งสามประการในทางปฏิบัติ กล่าวคือ ความสัมพันธ์ระหว่างความสัมฤทธิ์ผลของวัตถุประสงค์ประการหนึ่งกับความสัมฤทธิ์ผลของวัตถุประสงค์อีกประการหนึ่งจะต้องไม่มีลักษณะแปรผกผัน (inverse variation) ซึ่งกันและกัน โดยเป้าหมายในการบูรณาการวัตถุประสงค์ของกลไกการอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองข้างต้นนำไปสู่ข้อสังเกตและหัวข้อในการศึกษาประการแรกของบทความฉบับนี้ คือ ข้อพิจารณาว่าระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทยในปัจจุบันสอดคล้องกับสมมติฐานที่กำหนดไว้ข้างต้นหรือไม่ ซึ่งจะได้วิเคราะห์โดยละเอียดในหัวข้อถัดไปของบทความฉบับนี้

1.2 หลักการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้น (reformatio in peius)

การวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้น (ในทางตำรานิยมเรียกโดยใช้สุภาษิตกฎหมายภาษาละตินว่า reformatio in peius) ได้แก่ การที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์สามารถพิจารณาทบทวนและมีคำสั่งเกี่ยวกับอุทธรณ์ในทางที่ก่อให้เกิดผลกระทบหรือเป็นผลร้ายต่อผู้อุทธรณ์มากกว่าคำสั่งทางปกครองตั้งต้นที่เป็นที่มาและวัตถุประสงค์แห่งการอุทธรณ์ได้ ทั้งนี้ แม้ว่ามาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะได้บัญญัติรับรองหลัก reformatio in peius ไว้อย่างชัดแจ้ง⁵ ซึ่งส่งผลให้การวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นไม่ก่อให้เกิดปัญหาการตีความในทางปฏิบัติ

⁵ โปรดดู มาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งบัญญัติว่า “ในการพิจารณาอุทธรณ์ ให้เจ้าหน้าที่พิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง และอาจมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มภาระหรือลดภาระหรือใช้ดุลพินิจแทนในเรื่องความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง (มีต่อหน้าถัดไป)

ว่ากระทำหรือไม่ แต่ในทางวิชาการยังคงปรากฏข้อถกเถียงทางทฤษฎีเกี่ยวกับผลดี ผลเสีย และผลของหลัก reformatio in peius ที่มีต่อกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง โดยผู้เขียนมีความเห็นว่า บทวิเคราะห์เกี่ยวกับหลักการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นนี้ จะก่อให้เกิดประโยชน์และมีส่วนช่วยในการพัฒนาระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทย โดยคำนึงถึงการบูรณาการวัตถุประสงค์ของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองทั้งสามประการเข้าด้วยกัน อันเป็นวัตถุประสงค์หลักของบทความฉบับนี้

2. ข้อความคิดพื้นฐาน ข้อพิจารณา และข้อเสนอแนะว่าด้วยระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับ

ในที่นี้สมควรกล่าวในเบื้องต้นว่า ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องเป็นระบบอุทธรณ์แบบบังคับ ข้อเท็จจริงดังกล่าวเห็นได้อย่างชัดเจนหากพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็น “ฐานทางกฎหมาย” ของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะบัญญัติกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับขั้นตอนและระยะเวลาการใช้สิทธิอุทธรณ์ได้แก่คำสั่งทางปกครอง รวมถึงกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ของฝ่ายปกครอง แต่ไม่จำเป็นต้องบัญญัติบังคับให้ผู้รับคำสั่งที่ประสงค์จะได้แย้งคำสั่งทางปกครองต้องดำเนินการอุทธรณ์ก่อนที่จะนำคดีไปโต้แย้งต่อศาล หรือกำหนดให้ผู้รับคำสั่งต้องเสียไปซึ่งสิทธิดังกล่าวหากไม่ดำเนินการอุทธรณ์ภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ประการใด ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติในส่วนที่ 5 (การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็มีข้อความตอนใดที่กล่าวถึงผลของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่มีต่อการใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง นักกฎหมายปกครองอธิบายว่า ระบบอุทธรณ์แบบบังคับมีที่มาจากหลัก Exhaustion of Administrative Remedy ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของวิธีพิจารณาคดีของศาลที่มีเขตอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศหลักการดังกล่าวอาจได้รับการบัญญัติไว้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์) ในขณะที่ในประเทศที่มีได้นำเอาหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้ เช่น ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ หลักดังกล่าวมักได้รับการรับรองและปรับใช้โดยศาล ซึ่งโดยทั่วไปแล้วมักปรับใช้หลักการนี้อย่างยืดหยุ่นเพื่อให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงและสภาพการณ์ในแต่ละกรณี ตัวอย่างเช่น Prof. Mahendra P. Singh ได้อธิบายการปรับใช้หลักดังกล่าวในประเทศอินเดียไว้ว่า ศาลอินเดียมักไม่บังคับใช้หลัก Exhaustion of Administrative Remedy อย่างเคร่งครัดหากข้อพิพาทเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่จะยึดหลักดังกล่าวโดยเคร่งครัดในกรณีเฉพาะซึ่งมีกฎหมายกำหนด “วิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายที่มีประสิทธิภาพและเหมาะสม” (effective and adequate remedy) ไว้⁶ กรณีจึงเห็นได้ว่าหัวใจสำคัญของการปรับใช้หลัก Exhaustion of Administrative Remedy จึงได้แก่ ข้อเท็จจริงที่ว่า

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 5)

หรือมีข้อกำหนดเป็นเงื่อนไขอย่างใดก็ได้” ตามความเห็นของผู้เขียนนั้น ข้อความในส่วนท้ายที่ระบุว่า “ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มภาระหรือลดภาระ” ถือเป็นตำแหน่งของเรื่อง (sedes materiae) ของหลัก reformatio in peius ในระบบกฎหมายไทย

⁶ Mahendra P. Singh, *op. cit.*, p. 221.

วิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายที่บังคับให้ต้องดำเนินการก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาล จะต้องเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพและเหมาะสมสำหรับการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายได้จริง ในกรณีนั้น ๆ กรณีจึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่า ระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของประเทศไทย ที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ถือเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพและเหมาะสมสำหรับการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายที่เกิดขึ้นจากคำสั่งทางปกครองทุกกรณีหรือไม่

2.1 ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองภายใต้ระบบกฎหมายไทย

2.1.1 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายใต้พระราชบัญญัติ

วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ภายหลังจากที่ประเทศไทยได้ตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ขึ้นใช้บังคับ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งเดิมจะได้รับการบัญญัติไว้ตามกฎหมายเฉพาะต่าง ๆ จะต้องเป็นไปตามมาตรฐานกลางที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ และมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็ให้ใช้หลักเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะนั้น⁷ ขอบเขตการบังคับใช้ดังกล่าวถือเป็นหัวใจสำคัญที่ทำให้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีสถานะเป็น “กฎหมายกลาง” สำหรับการปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศไทย อย่างไรก็ตาม มาตรา 3 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดยกเว้นมิให้นำเอาหลักความเป็นกฎหมายกลางข้างต้นไปใช้บังคับกับ “ขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้ง” คำสั่งทางปกครอง ดังนั้น ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะได้กำหนดขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองไว้ การอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เสมอ โดยไม่ต้องพิจารณาว่าหลักเกณฑ์เหล่านั้นมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการต่ำกว่าหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือไม่⁸

⁷ มาตรา 3 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้”

⁸ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้เคยวินิจฉัยว่า ข้อยกเว้นตามมาตรา 3 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีผลกับขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์เท่านั้น แต่ไม่รวมถึง “การนับระยะเวลาในการใช้สิทธิอุทธรณ์” ซึ่งจะต้องเป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำที่มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดเอาไว้ คือ “นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่ง” ดังนั้น หากกฎหมายเฉพาะฉบับใดกำหนดให้ใช้วิธีนับที่มีมาตรฐานต่ำกว่า เช่น ให้เริ่มนับตั้งแต่วันที่เจ้าหน้าที่ “มีคำสั่ง” จะต้องกลับมาใช้วิธีนับตามมาตรา 44 เสมอ (มีต่อหน้าถัดไป)



ผลของมาตรา 3 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ข้างต้น ทำให้ผู้บัญญัติกฎหมายสามารถกำหนดกระบวนการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองในกฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับให้แตกต่างจากหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ โดยเหตุผลที่มักได้รับการอ้างถึงเสมอในประเด็นนี้ คือ ความจำเป็นที่จะต้องกำหนดกระบวนการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองให้เหมาะสมกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในแต่ละเรื่อง⁹ อย่างไรก็ตาม กรณีมีข้อสังเกตในเบื้องต้นว่า สภาพการณ์ดังกล่าวย่อมทำให้ในปัจจุบันระบบกฎหมายไทยยังไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่มีสถานะเป็น “มาตรฐานขั้นต่ำ”¹⁰ ต่างจากมาตรฐานเกี่ยวกับเงื่อนไขและวิธีการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือมาตรฐานในเรื่องการปฏิบัติราชการ ซึ่งได้รับการประกันมาตรฐานขั้นต่ำไว้โดยหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 สภาพการณ์ดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิของประชาชน อันเป็นวัตถุประสงค์ประการแรกของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง เช่น กฎหมายบางฉบับอาจกำหนดระยะเวลาการใช้สิทธิยื่นอุทธรณ์ไว้สั้นจนเกินไป อันอาจเป็นอุปสรรคต่อการคุ้มครองสิทธิของประชาชนผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹¹ นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายที่ใช้ระบบอุทธรณ์แบบบังคับการไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองยังเป็นสภาพการณ์ที่ระบบกฎหมายพึงหลีกเลี่ยงอีกด้วย

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 8)

ทั้งนี้ ตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 638/2545)

⁹ เช่น ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 14 : 2564, หน้า 94-95 : “ศาลตรวจราชการฯ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์ อธิบายว่า กรณีนี้หมายความว่าผู้ร่างกฎหมายประสงค์จะให้เรื่องการกำหนดขั้นตอนและระยะเวลาในการอุทธรณ์โต้แย้งตามกฎหมายเฉพาะที่แตกต่างไปจากพระราชบัญญัตินี้สามารถมีผลบังคับใช้ได้โดยไม่ต้องมีมาตรฐานที่สูงกว่าพระราชบัญญัตินั้นเอง ทั้งนี้ เพราะเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับในเรื่องการเยียวยาความเสียหายโดยกระบวนการอุทธรณ์ในขั้นตอนต่าง ๆ และการกำหนดระยะเวลาสำหรับการโต้แย้งนั้นอาจจะมีอยู่แตกต่างกันไป”

¹⁰ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่ปรากฏในส่วนที่ 5 (มาตรา 44 ถึงมาตรา 48) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น มิได้มีสถานะเป็น “มาตรฐานขั้นต่ำ” เกี่ยวกับขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง หากแต่เป็นหลักเกณฑ์ที่จะมีผลใช้บังคับต่อเมื่อกฎหมายที่กำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไว้มิได้มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองไว้โดยเฉพาะเท่านั้น

¹¹ ตัวอย่างเช่น มาตรา 117 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า “ให้ผู้มีสิทธิอุทธรณ์ยื่นอุทธรณ์ต่อหน่วยงานของรัฐนั้นภายในเจ็ดวันทำการนับแต่วันประกาศผลการจัดซื้อจัดจ้างในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง”

ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะมิได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองไว้ การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกำหนดขั้นตอนและกระบวนการพิจารณาไว้ ดังนี้

(1) มาตรา 44 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว¹² (การกำหนดให้ต้องยื่นอุทธรณ์ในขั้นตอนแรกต่อเจ้าหน้าที่ผู้ได้ออกคำสั่งที่ประสงค์จะอุทธรณ์โต้แย้งนั่นเอง สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองข้อที่สองที่ว่า “เพื่อให้ฝ่ายปกครองมีโอกาสตรวจสอบหรือควบคุมตนเอง”)¹³ หากผู้รับคำสั่งยื่นอุทธรณ์เมื่อล่วงพ้นระยะเวลาไปแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งจะต้องมี “คำสั่งไม่รับอุทธรณ์ไว้พิจารณา” เนื่องมาจากยื่นพ้นกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม หากเจ้าหน้าที่นั้นไม่ได้มีคำสั่งไม่รับอุทธรณ์ไว้พิจารณา แต่กลับรับอุทธรณ์นั้นไว้พิจารณาแล้วรายงานความเห็นไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ หรือรับไว้พิจารณาแล้วยกอุทธรณ์ในเนื้อหา โดยที่ไม่ได้ยกเรื่องระยะเวลาขึ้นอ้าง กรณีเช่นนี้ศาลปกครองสูงสุดถือว่า ได้มีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายและได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้นแล้ว ผู้อุทธรณ์ไม่ถูกตัดสิทธิไม่ให้ นำคำสั่งนั้นมาฟ้องศาลปกครอง แม้จะได้ยื่นอุทธรณ์เลยระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้¹⁴

¹² มาตรา 44 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นโดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว” อนึ่ง ในปัจจุบันข้อความในส่วนที่บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 48” เสมือนหนึ่งไม่มีอยู่ในบทมาตรา 44 วรรคหนึ่งอีกต่อไป เนื่องจากมาตรา 48 ถูกยกเลิกไปแล้วโดยผลของมาตรา 87 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแล้ว บทบัญญัติมาตรา 48 ให้เป็นอันยกเลิก”

¹³ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวินิจฉัยว่า ในบางกรณีที่มีการออกคำสั่งทางปกครองไปโดยไม่ได้จัดแจ้งสิทธิอุทธรณ์หรือแจ้งสิทธิอุทธรณ์บกพร่อง เช่น แจ้งสิทธิอุทธรณ์ผิดพลาด โดยระบุให้ผู้รับคำสั่งอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวไปยังเจ้าหน้าที่อื่นแทนที่จะยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้น หรือแจ้งเพียงว่ามีสิทธิอุทธรณ์แต่ไม่ได้แจ้งว่าต้องยื่นอุทธรณ์ต่อใคร ทำให้ผู้รับคำสั่งยื่นอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ที่ไม่ใช่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้น หรือยื่นไปยังผู้บังคับบัญชาของผู้ทำคำสั่งทางปกครองและได้มีการพิจารณาและแจ้งผลการอุทธรณ์แล้ว เพื่อความเป็นธรรมจะต้องอนุโลมว่าได้มีการดำเนินการอุทธรณ์ตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดแล้ว (โปรดดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 163/2548 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 346/2547)

¹⁴ โปรดดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 322/2547 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 130/2553 อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (เรื่องเสร็จที่ 667/2550) ได้เคยมีความเห็นว่า กรณีที่มีการยื่นอุทธรณ์เมื่อล่วงพ้นกำหนดระยะเวลา เจ้าหน้าที่ย่อมไม่มีอำนาจที่จะรับอุทธรณ์ไว้พิจารณาเพื่อที่จะวินิจฉัยอุทธรณ์ แต่อาจรับไว้พิจารณาในฐานะคำร้องเรียนเพื่อใช้เป็นข้อเท็จจริงประกอบการพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองได้



(2) มาตรา 44 วรรคสอง บัญญัติว่า คำอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือ ดังนั้น

การอุทธรณ์ด้วยวาจาจึงไม่ใช่การอุทธรณ์ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด¹⁵ เช่นเดียวกับการสอบถามเจ้าหน้าที่หรือติดต่อสอบถามเจ้าหน้าที่ทางโทรศัพท์ก็ไม่ใช่การอุทธรณ์ แม้จะได้กล่าวโต้แย้งหรือไม่เห็นด้วยกับคำสั่งก็ตาม นอกจากนี้ คำอุทธรณ์จะต้องระบุข้อโต้แย้งและข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่อ้างอิงประกอบด้วย¹⁶

(3) มาตรา 45 วรรคหนึ่งและวรรคสอง บัญญัติกำหนดขั้นตอนการพิจารณา

อุทธรณ์ โดยมีลักษณะเป็นระบบการพิจารณาอุทธรณ์แบบสองชั้น ได้แก่ พิจารณาโดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งในชั้นแรก และพิจารณาโดยผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งในชั้นที่สอง ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ (ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน) จะต้องรายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยัง “ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์” ซึ่งจะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) ที่กำหนดผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ในกรณีต่าง ๆ ไว้ (แต่โดยหลักแล้ว ได้แก่ หัวหน้าหน่วยงานหรือผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปอีกชั้นหนึ่งของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง) ทั้งนี้ มาตรา 45 ยังได้บัญญัติระยะเวลาชั้นสูงในการพิจารณาอุทธรณ์ไว้ด้วย กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งจะต้องพิจารณาอุทธรณ์ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่รับอุทธรณ์ หากไม่เห็นด้วยให้ส่งอุทธรณ์ไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์¹⁷ โดยผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์จะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ตนได้รับรายงาน (ขยายระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์

¹⁵ โปรดดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 236/2546 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 382/2555

¹⁶ ในประเด็นนี้มีคำวินิจฉัยศาลปกครองจำนวนมากที่วินิจฉัยว่า หนังสือที่ผู้รับคำสั่งยื่นยังไม่ถือว่าเป็นการอุทธรณ์ตามกฎหมาย เช่น หนังสือร้องขอความเป็นธรรมต่อเจ้าหน้าที่โดยไม่ระบุข้อโต้แย้งหรือขอให้ดำเนินการใด ๆ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 118/2549) หนังสือขอทราบผลการนับเวลาราชการสำหรับคำนวณบำนาญไม่ใช่การอุทธรณ์การคำนวณบำนาญ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 12/2546) หนังสือถึงผู้ถูกฟ้องคดีขอข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการจัดสอบเพื่อตรวจสอบความถูกต้องของการจัดสอบ โดยไม่ปรากฏข้อโต้แย้งประกาศผลการสอบข้อเขียนดังกล่าวว่าไม่ถูกต้องตามข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใด (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 88/2563) หรือคำอุทธรณ์ที่มีข้อความว่า “ขออุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวและหวังว่าคงไม่เลือกปฏิบัติ” โดยไม่มีข้อเท็จจริงและเหตุผลว่าคำสั่งไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรมอย่างไร เป็นคำอุทธรณ์ที่ไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 637/2550) เป็นต้น

¹⁷ ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวินิจฉัยว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ แต่ไม่ได้ดำเนินการรายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ แต่กลับพิจารณาอุทธรณ์เสียเองแล้วมีหนังสือแจ้งผลการพิจารณาอุทธรณ์ พร้อมทั้งระบุวิธีการยื่นคำฟ้องและระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งพิพาท นั้น ถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนฟ้องคดีและได้มีการสั่งการตามกฎหมายแล้วตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (โปรดดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 171/2564 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 172/2564 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 173/2564)

ออกไปได้ไม่เกิน 30 วัน นับแต่วันที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว) ดังนั้น โดยสรุปแล้วการพิจารณาอุทธรณ์ทุกขั้นตอนจะต้องกระทำภายในระยะเวลา 90 วัน¹⁸

(4) มาตรา 46 บัญญัติขอบเขตเชิงเนื้อหาของอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไว้ว่า

เจ้าหน้าที่ที่สามารถพิจารณาบททวนคำสั่งทางปกครองได้ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง และอาจมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใดก็ได้ เมื่อพิจารณาอำนาจตามมาตรา 46 ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า มีลักษณะเหมือนอำนาจในฐานะ “ผู้บังคับบัญชา” เนื่องจากสามารถตรวจสอบได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจ และอาจวินิจฉัยให้แก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งได้อย่างเต็มที่ แตกต่างกับอำนาจตรวจสอบขององค์กรตุลาการที่ตรวจสอบได้เฉพาะแต่ “ความชอบด้วยกฎหมาย” (Legality) ของคำสั่งหรือของการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งนั้นเท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจตามความเหมาะสมแทนเจ้าหน้าที่ได้

¹⁸ สำหรับปัญหาเกี่ยวกับวันที่ถือว่าผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายครบถ้วนถูกต้องตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และวันที่ถือว่าผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันนั้น จะต้องแยกพิจารณาออกเป็นสองกรณี ได้แก่ (1) กรณีการอุทธรณ์ตามหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ศาลปกครองสูงสุดยึดแนววินิจฉัยตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 4/2557 เมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม 2557 ว่า หากเป็นกรณีที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไม่มีหนังสือแจ้งเหตุจำเป็นต้องขยายระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ให้ผู้อุทธรณ์ทราบก่อนครบกำหนด 60 วัน นับแต่วันที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองได้รับคำอุทธรณ์ ผู้อุทธรณ์ย่อมคาดหมายได้ว่าไม่มีการขยายระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์ออกไป ด้วยเหตุนี้ จึงต้องถือว่าวันที่ครบกำหนด 60 วันดังกล่าว เป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายครบตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว และสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีได้ตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยให้ถือว่าวันถัดจากวันครบกำหนด 60 วัน เป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี (เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 81/2558) (2) กรณีการอุทธรณ์หรือร้องทุกข์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายเฉพาะ ศาลปกครองสูงสุดยึดแนววินิจฉัยตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 5/2557 เมื่อวันที่ 23 กรกฎาคม 2557 ว่า กรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายไว้โดยเฉพาะ และกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์หรือเรื่องร้องทุกข์ต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ แต่ถ้ามีเหตุขัดข้องหรือมีเหตุจำเป็นให้ขยายระยะเวลาพิจารณาได้อีกตามจำนวนครั้งและจำนวนวันตามที่กฎหมายกำหนด โดยมีได้กำหนดให้ต้องมีหนังสือแจ้งเหตุขัดข้องหรือเหตุจำเป็นดังกล่าวให้ผู้อุทธรณ์หรือผู้ร้องทุกข์ทราบ ในกรณีเช่นนี้ผู้อุทธรณ์หรือผู้ร้องทุกข์ย่อมคาดหมายได้ว่าได้มีการขยายระยะเวลาการพิจารณาออกไปตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้ ดังนั้น จึงต้องถือว่าวันที่ครบกำหนดระยะเวลายาวที่สุดตามที่กฎหมายให้อำนาจขยายระยะเวลาพิจารณา เป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายครบตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว และสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีได้ตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยให้ถือว่าวันถัดจากวันครบกำหนดเวลาดังกล่าวเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี (เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 239/2558)



2.1.2 ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับภายใต้พระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือกฎหมายที่กำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้โดยเฉพาะ จะเห็นได้ว่ากฎหมายเหล่านี้ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับขั้นตอนและระยะเวลาการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการใช้สิทธิของผู้รับคำสั่งในการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง แต่ไม่ได้มีการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะ “บังคับ” ให้ผู้รับคำสั่งที่ประสงค์จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองต้องดำเนินการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองเสียก่อนจึงจะนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้แต่ประการใด อย่างไรก็ตาม ฐานทางกฎหมายที่ทำให้ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทยเป็น “ระบบอุทธรณ์แบบบังคับ” นั้น ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครอง ได้แก่ มาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า

“ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด”

ผลจากบทบัญญัติข้างต้นทำให้ผู้ที่ประสงค์จะนำคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองมายื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง จะต้องดำเนินการตาม “ขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหาย” ที่กฎหมายกำหนดไว้เสียก่อน ได้แก่ การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง (ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งได้) จึงจะสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้¹⁹ นอกจากนี้ แม้ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะซึ่งเป็นฐานที่มาของอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นจะมีบัญญัติเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งไว้โดยเฉพาะก็ตาม แต่ผู้รับคำสั่งก็ต้องอุทธรณ์คำสั่งนั้นตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มิฉะนั้น ศาลปกครองย่อมไม่อาจรับคดีพิพาทไว้พิจารณาได้²⁰ (เว้นแต่จะมีลักษณะเป็นคำสั่งที่ผู้ตกอยู่ภายใต้บังคับไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดี เช่น คำสั่งทั่วไปทางปกครอง)²¹ ในแง่นี้มาตรา 42

¹⁹ ทั้งนี้ ผู้ที่จะสามารถ “ใช้สิทธิฟ้องคดี” ต่อศาลปกครอง นอกจากจะต้องดำเนินการตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว ยังต้องเป็น “ผู้มีสิทธิฟ้องคดี” ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ด้วย

²⁰ ฤทัย หงส์ศิริ, อ้างแล้ว, หน้า 157-158.

²¹ คำสั่งทั่วไปทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองทั่วไป (มีที่มาจากคำว่า Allgemeinverfügung ในภาษาเยอรมัน ในภาษาอังกฤษมีผู้แปลโดยใช้คำว่า General Order) มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองชนิดหนึ่งที่กำหนดหลักเกณฑ์เป็น “รูปธรรม” (เหมือนคำสั่งทางปกครองแบบดั้งเดิม) แต่กำหนดจำนวนผู้ตกอยู่ภายใต้คำสั่งที่แน่นอนไม่ได้ (มีต่อหน้าถัดไป)

วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงมีผลเป็นการผูกเอาการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมาเป็นเงื่อนไขของการใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง และทำให้ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทยมีลักษณะเป็นระบบอุทธรณ์แบบบังคับ ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดซึ่งวางหลักอันเป็นบรรทัดฐานไว้ว่า กรณีที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้อุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (ที่อาจอุทธรณ์ได้) หรือได้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแล้ว แต่ยังไม่ทราบผลการสั่งการ แต่นำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองโดยที่ยังไม่ล่วงพ้นระยะเวลาอันสมควรหรือระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการพิจารณาอุทธรณ์นั้น ศาลปกครองจะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา²²

อย่างไรก็ตาม มิได้มีเพียงแต่กรณีที่ผู้รับคำสั่งไม่ได้อุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองก่อนมาฟ้องคดี หรือกรณีที่ผู้รับคำสั่งนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองโดยที่ยังไม่ล่วงพ้นระยะเวลาอันสมควรหรือระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการพิจารณาอุทธรณ์เท่านั้นที่ศาลปกครองจะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เนื่องจากเงื่อนไขตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า “การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว” นั้น หมายความว่า ผู้ฟ้องคดีจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว “โดยถูกต้องและเป็นไปตามกฎหมาย” ด้วย ในทางปฏิบัติจึงปรากฏข้อเท็จจริงจำนวนมากที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แม้ในความเป็นจริงจะได้มีการดำเนินการบางอย่างเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองนั้นแล้วก็ตาม เช่น กรณีที่ผู้รับคำสั่งยื่นอุทธรณ์เมื่อล่วงพ้นระยะเวลาไปแล้ว

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 21)

ในขณะที่ออกคำสั่ง จึงมีผลใช้บังคับในลักษณะ “เป็นการทั่วไป” (ต่างจากคำสั่งทางปกครองแบบดั้งเดิมที่มีผลใช้บังคับ “เฉพาะราย”) ตัวอย่างคำสั่งประเภทนี้ เช่น ประกาศประกวดราคาต่าง ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ คำสั่งห้ามมิให้ผู้ใดใช้หรือเข้าไปในอาคารตามมาตรา 40 (2) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เป็นต้น ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยวางหลักไว้ว่า ผู้ตกอยู่ภายใต้บังคับคำสั่งทั่วไปทางปกครองไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดี เนื่องจากเป็นคำสั่งที่ไม่ได้กำหนดตัวผู้รับคำสั่งไว้เป็นการเฉพาะ (อาทิ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 173/2562 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 127/2558 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 418/2560)

²² เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 115/2563 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 17/2562 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 138/2561 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 499/2552 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 3/2551 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 709/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 203/2545 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 185/2545 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 125/2545 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 81/2545 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 73/2545 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 35/2544



และเจ้าหน้าที่หรือผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ได้มีคำสั่งไม่รับอุทธรณ์ไว้พิจารณา²³ หรือกรณีที่มีการดำเนินการผิดไปจากขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด เช่น ภริยาหรือสามีของผู้ฟ้องคดีร้องทุกข์แทนผู้ฟ้องคดี²⁴ ผู้ฟ้องคดีร้องทุกข์หรืออุทธรณ์ต่อบุคคลซึ่งมิใช่บุคคลที่กฎหมายกำหนด²⁵ จากข้อเท็จจริงข้างต้นจะเห็นได้ว่า การกำหนดให้การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งของการใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองนั้น มีผลทำให้ผู้เดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งทางปกครองจำนวนมากไม่สามารถดำเนินการใช้สิทธิทางศาลเพื่อโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวได้ แม้สภาพการณ์ดังกล่าวอาจจะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ประการที่สามของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง คือ การลดภาระการพิจารณาคดีของศาล²⁶ แต่ย่อมมีผลเป็นการจำกัดประสิทธิภาพของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในการบรรลุวัตถุประสงค์อีกสองประการ ได้แก่ การคุ้มครองสิทธิของประชาชน (เนื่องจากประชาชนที่ดำเนินการอุทธรณ์ผิดไปจากขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไม่สามารถใช้สิทธิทางศาลได้) และการเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองได้ตรวจสอบหรือควบคุมตนเอง (เนื่องจากฝ่ายปกครองมักมีแนวโน้มที่จะไม่เปลี่ยนแปลงผลการตัดสินใจของตนในกรณีที่ทราบว่าผลการตัดสินใจดังกล่าวไม่อาจถูกตรวจสอบต่อไปโดยศาลได้) ในแง่นี้ระบบอุทธรณ์แบบบังคับจึงไม่สอดคล้องกับสมมติฐานที่บทความฉบับนี้ได้ตั้งไว้ข้างต้นว่า ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่ดีจะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ทั้งสามประการ และไม่ก่อให้เกิดผลที่ขัดแย้งกันระหว่างประสิทธิภาพของวัตถุประสงค์ทั้งสามประการ

อนึ่ง บทความฉบับนี้มีความมุ่งหมายที่จะวิเคราะห์ถึงผลดีและผลเสียที่เกิดขึ้นจากระบบอุทธรณ์แบบบังคับในเชิงกฎหมาย ทั้งในด้านทฤษฎีและในด้านปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงระบบอุทธรณ์แบบบังคับอาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติที่ไม่ใช่ปัญหาในเชิงกฎหมายได้ เช่น ระบบอุทธรณ์แบบบังคับอาจส่งผลทำให้เจ้าหน้าที่ที่มีแนวโน้มที่จะออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ได้พิจารณาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายให้รอบคอบและละเอียดถี่ถ้วน หรือออกคำสั่งทางปกครองโดยมิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการออกคำสั่งทางปกครองนั้น

²³ เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 353/2561 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 423/2552 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 125/2551

²⁴ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 228/2557 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 96/2548

²⁵ เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 66/2562 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 212/2551 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 387/2545

²⁶ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วยกับข้อกล่าวอ้างดังกล่าว เนื่องจาก “การลดภาระการพิจารณาคดีของศาล” นี้ เป็นวัตถุประสงค์หรือเป้าหมาย (telos) ของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ดังนั้น การที่ศาลมีภาระการพิจารณาคดีน้อยลงอันจะกล่าวได้ว่าสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ข้อนี้ จะต้องเป็นผลมาจากการที่ข้อพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองส่วนหนึ่งได้รับการแก้ไขเยียวยาผ่านกระบวนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง มิใช่การที่ศาลมีภาระการพิจารณาคดีน้อยลงเนื่องจากผู้รับคำสั่งถูกจำกัดการใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาล ในขณะที่ตนก็ไม่สามารถเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายผ่านกระบวนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองได้

เนื่องจากเจ้าหน้าที่ย่อมทราบดีอยู่แล้วว่า ในกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นไม่พอใจกับผลของคำสั่งและ ประสงค์ที่จะโต้แย้งคำสั่งดังกล่าว ผู้รับคำสั่งยังไม่สามารถดำเนินการใช้สิทธิทางศาลได้โดยตรง แต่จะต้อง อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามขั้นตอนและวิธีการที่กฎหมายกำหนดเสียก่อน ซึ่งโดยหลักแล้วกฎหมาย จะกำหนดให้ผู้รับคำสั่งต้องยื่นอุทธรณ์ต่อ “เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง” (เช่น มาตรา 44 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539) ข้อเท็จจริงดังกล่าวทำให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำ คำสั่งทางปกครองทราบดีว่าตนมีโอกาสดูสองที่จะทบทวนและแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองของตน ได้เสมอ นอกจากนี้ กรณียังไม่ปรากฏผลการศึกษาหรือการรวบรวมข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงประสิทธิภาพ ของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่ใช้อยู่ในปัจจุบันว่าสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ทั้งสามประการ ในความเป็นจริงได้มากนักน้อยเพียงใด ตัวอย่างเช่น หากปรากฏผลการศึกษาว่าเจ้าหน้าที่มีแนวโน้มที่จะ ไม่ทบทวนหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองของตนในกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ (แม้คำสั่งทางปกครอง ดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย) และผู้รับคำสั่งยังคงต้องนำข้อพิพาทไปฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองอยู่²⁷ ย่อมแสดงให้เห็นว่า ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไม่สามารถตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ตามที่ กฎหมายต้องการได้ และกรณีย่อมไม่มีเหตุผลที่จะต้องกำหนดให้ระบบอุทธรณ์เป็นระบบแบบบังคับ

2.2 การปฏิรูประบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองภายใต้กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณา คดีปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในที่นี้สมควรกล่าวในเบื้องต้นว่า ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่ใช้อยู่ใน ประเทศต่าง ๆ อาจมีความแตกต่างกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของระบบกฎหมาย รวมถึงนิตินโยบายของแต่ละประเทศ ตัวอย่างเช่น การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในบางประเทศอาจได้รับ การพัฒนาขึ้นให้มีลักษณะเป็นกลไกการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายแบบทางเลือกตั้งแต่ต้น ในขณะที่ บางประเทศผูกเอาการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมาเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง อันนำไปสู่ ระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแบบบังคับ บทความฉบับนี้ได้หยิบยกประสบการณ์การปฏิรูประบบ การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศเยอรมนีมานำเสนอด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้ (1) บทบัญญัติที่เป็น ฐานทางกฎหมายที่ทำให้ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศเยอรมนีเป็นระบบแบบบังคับนั้น ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองในลักษณะที่คล้ายคลึงกับมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่กำหนดเงื่อนไข

²⁷ อาจศึกษาได้จากการนำข้อมูลจำนวนการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองทั้งหมดที่เกิดขึ้นในระบบ กฎหมายในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่งมาคำนวณ เพื่อหาสัดส่วนเปรียบเทียบกับคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของ คำสั่งทางปกครองที่ผ่านกระบวนการอุทธรณ์โต้แย้งมาก่อน และศาลปกครองมีคำวินิจฉัยในเนื้อหาถึงที่สุดว่าคำสั่งทางปกครอง ดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อหาว่าการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมีผลเปลี่ยนแปลงจำนวนคดีที่เข้าสู่ศาลปกครอง อย่างมีนัยสำคัญหรือไม่



ให้ผู้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองต้องดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้เสียก่อน ข้อเท็จจริงดังกล่าวทำให้ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของทั้งสองประเทศมีความคล้ายคลึงกันเชิงโครงสร้างอันเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาเปรียบเทียบ (2) ประเด็นเรื่องการยกเลิกระบบการอุทธรณ์แบบบังคับเป็นประเด็นที่ได้รับการอภิปรายและศึกษาวิจัยกันอย่างกว้างขวางในวงการกฎหมายเยอรมัน รวมถึงมีตัวอย่างการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทั้งในระดับสหพันธ์และระดับมลรัฐเพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของระบบการอุทธรณ์แบบบังคับที่แตกต่างกันออกไปหลายแนวทาง ดังนั้น ข้อความคิดที่เกิดขึ้นจากการอภิปรายและศึกษาวิจัยเพื่อปฏิรูประบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศเยอรมนีย่อมสามารถสะท้อนให้เห็นถึงสภาพการณ์และปัญหาของระบบการอุทธรณ์แบบบังคับที่ใช้อยู่ในปัจจุบันของประเทศไทยได้เป็นอย่างดี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นหนึ่งในประเทศที่ได้มีการตรากฎหมายกลางว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ได้แก่ รัฐบัญญัติว่าด้วยกระบวนการพิจารณาทางปกครอง หรือ VwVfG²⁸ ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับหนึ่งที่ได้รับการพิจารณาให้ใช้เป็นแนวทางในการยกร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539²⁹ อย่างไรก็ตาม รัฐบัญญัติว่าด้วยกระบวนการพิจารณาทางปกครอง (VwVfG) นั้นมิได้มีบทบัญญัติที่วางกลไกสำรองของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้ในลักษณะเดียวกันกับบทบัญญัติในส่วนที่ 5 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การวางกลไกการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันจึงให้ความสำคัญไปที่กฎหมายเฉพาะ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายของบรรดามลรัฐ (Länder) ต่าง ๆ ทั้งนี้ เนื่องจากสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีใช้รูปแบบของรัฐตามหลักความเป็นสหพันธรัฐ (Federalism) ซึ่งมีการแบ่งอำนาจนิติบัญญัติบางส่วนซึ่งเดิมเป็นของบรรดามลรัฐไปให้แก่สหพันธรัฐที่ก่อตั้งขึ้น โดยตามรัฐธรรมนูญเยอรมัน (หรือ “กฎหมายพื้นฐานสำหรับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี”) นั้น สหพันธรัฐ (Bund) เป็นผู้ที่มีอำนาจหลักในการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดีของศาล (das gerichtliche Verfahren) ในขณะที่มลรัฐมีอำนาจหลักในการบังคับใช้กฎหมายของสหพันธรัฐ และสามารถดำเนินการเกี่ยวกับการจัดโครงสร้างองค์กรและการพิจารณาทางปกครอง (die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren) ของตนเองได้³⁰ ดังนั้น การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันจึงมีความซับซ้อนเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ ทั้งกฎหมายระดับสหพันธ์และกฎหมายของมลรัฐ

²⁸ Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 24 Absatz 3 des Gesetzes vom 25. Juni 2021 (BGBl. I S. 2154) geändert worden ist.

²⁹ ขาญชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้ว, หน้า 23.

³⁰ Friedhelm Hufen, *op. cit.*, § 5, Rn. 8.

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับระบบอุทธรณ์แบบบังคับในระบบกฎหมายเยอรมัน ได้แก่ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง (ประโยคแรก) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง หรือ VwGO³¹ ซึ่งกำหนดเงื่อนไขไว้ว่า ก่อนยื่นฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) จะต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยวัตถุประสงค์และความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ในกระบวนการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายที่เรียกว่า “Vorverfahren” เสียก่อน ซึ่งในที่นี้หมายถึง การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง (Widerspruch)³² เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นกรณีใดกรณีหนึ่งที่มาตรา 68 วรรคหนึ่ง (ประโยคที่สอง) บัญญัติไว้ ได้แก่ “เมื่อมีกฎหมายกำหนดไว้ให้ไม่จำเป็นต้องดำเนินการดังกล่าว” (“wenn ein Gesetz dies bestimmt”) หรือเป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ลำดับชั้นสูงสุดของสหพันธ์หรือของมลรัฐ³³ หรือกรณีที่ผลเดือดร้อนหรือเสียหายเกิดขึ้นใหม่เป็นครั้งแรกจากผลการวินิจฉัยอุทธรณ์ (มิฉะนั้นแล้วจะเกิดการอุทธรณ์ซ้อนคำวินิจฉัยอุทธรณ์ไม่มีที่สิ้นสุด) ผลจากมาตรา 68 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) ข้างต้น ทำให้การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ในระบบกฎหมายเยอรมันมีลักษณะเป็นระบบอุทธรณ์แบบบังคับในลักษณะที่คล้ายคลึงกับเงื่อนไขการใช้ สิทธิฟ้องคดีตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง (ประโยคที่สอง) แห่งรัฐบัญญัติ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) ซึ่งมีลักษณะเป็น “บทบัญญัติที่เปิดทาง” (Öffnungsklausel)³⁴ ที่อนุญาตให้มีการออกกฎหมายกำหนดข้อยกเว้นเงื่อนไขที่ต้องดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งก่อนฟ้องคดีต่อศาลได้นั้น เป็นที่มาสำคัญของการปฏิรูประบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในประเทศเยอรมนีในเวลาต่อมา เนื่องจากคำว่า “กฎหมาย” (Gesetz) ตามที่บัญญัติไว้ในประโยคนี้หมายความว่ารวมถึงกฎหมายของมลรัฐ (Landesgesetz) ด้วย³⁵ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผลของมาตรา 68 วรรคหนึ่ง (ประโยคที่สอง) ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติ

³¹ Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 8. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4650) geändert worden ist.

³² Ferdinand O. Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke, *op. cit.*, § 68, Rn. 1.

³³ กรณีอาจเทียบเคียงได้กับมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในส่วนที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี” เนื่องจากโดยสภาพแล้วคำสั่งทางปกครอง ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีลำดับการบังคับบัญชาสูงสุดในฝ่ายบริหาร ย่อมไม่อาจถูกตรวจสอบหรือทบทวนผ่านกระบวนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ

³⁴ Thomas Holzner, *op. cit.*, S. 223; Christine Steinbeiß-Winkelmann, “Abschaffung des Widerspruchsverfahrens – ein Fortschritt?”, *NVwZ* 2009, S. 686ff. (689f.).

³⁵ Hartmut Maurer, *op. cit.*, § 10, Rn. 27.



ของมลรัฐต่าง ๆ มีดุลพินิจในการตรากฎหมายหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อยกเลิกกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองได้ ด้วยเหตุนี้ ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1997 ซึ่งเป็นวันที่มาตรา 68 วรรคหนึ่ง (ประโยคที่สอง) ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมเข้าไปในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) บรรดามลรัฐของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ดำเนินการออกกฎหมายเพื่อปรับปรุงแก้ไขระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของตน โดยการกำหนดข้อยกเว้นให้คำสั่งทางปกครองบางประเภทไม่ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขให้ต้องดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งก่อนฟ้องคดีต่อศาล³⁶ อย่างไรก็ตาม การปรับปรุงแก้ไขในบางมลรัฐมีผลเสมือนเป็นการยกเลิกกระบวนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองลงโดยสิ้นเชิง (Abschaffung) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มลรัฐ Niedersachsen (ค.ศ. 2005) มลรัฐ Bayern (ค.ศ. 2007) และมลรัฐ Nordrhein-Westfalen (ค.ศ. 2007)³⁷ ตัวอย่างเช่น กฎหมายบังคับใช้รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองของมลรัฐ Bayern (AGVwGO)³⁸ กำหนดให้ยังคงสามารถใช้กลไกการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเพื่อโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่ออกภายใต้กฎหมายบางประเภทเท่านั้น เช่น กฎหมายว่าด้วยการเกษตร (Landwirtschaftsrecht) กฎหมายว่าด้วยการศึกษา (Schulrecht) หรือการประเมินผลการสอบ (Prüfungsentscheidungen) เป็นต้น โดยที่เป็นเพียงกลไกทางเลือก (fakultativ) มิได้บังคับให้ต้องดำเนินการก่อนที่จะยื่นฟ้องคดีต่อศาลแต่อย่างใด ดังนั้น ผู้ที่ประสงค์จะได้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในกลุ่มแรกนี้สามารถเลือกได้ว่าจะเข้าสู่กระบวนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนหรือจะใช้สิทธิทางศาลทันที ในขณะที่คำสั่งทางปกครองที่ออกภายใต้กฎหมายอื่นนอกเหนือจากกฎหมายที่กำหนดไว้ จะไม่สามารถใช้กลไกการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองได้อีกต่อไป (เช่น กฎหมายตำรวจ กฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อย กฎหมายควบคุมอาคารและสิ่งปลูกสร้าง กฎหมายจราจรทางบก กฎหมายโรงแรมและที่พัก เป็นต้น) ผู้ที่ประสงค์จะได้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเหล่านี้สามารถใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้โดยตรง

กล่าวโดยสรุป การปฏิรูประบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของมลรัฐต่าง ๆ ในประเทศเยอรมนีสามารถแบ่งออกได้เป็นสามแนวทางด้วยกัน ได้แก่³⁹

³⁶ Ulrike Rüssel, “Zukunft des Widerspruchsverfahrens”, *NVwZ* 2006, S. 523ff. (523).

³⁷ Hartmut Maurer, *op. cit.*, § 10, Rn. 27; Henning Biermann, “Das Widerspruchsverfahren unter Reformdruck”, *DÖV* 2008, S. 395ff. (396f.).

³⁸ Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung (AGVwGO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Juni 1992 (GVBl. S. 162, BayRS 34-1-I), das zuletzt durch § 3 des Gesetzes vom 23. Dezember 2020 (GVBl. S. 663) geändert worden ist.

³⁹ โปรดดู Henning Biermann, *op. cit.*, S. 396ff.; Steinbeiß-Winkelmann, *op. cit.*, S. 686f.; Friedhelm Hufen, *op. cit.*, § 5, Rn. 5.

(1) การยกเลิกกลไกการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นการทั่วไป (weitgehender Ausschluss des Vorverfahrens)⁴⁰ แต่กำหนดให้ยังคงใช้การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับเป็นข้อยกเว้นเฉพาะในบางเขตแดนทางกฎหมาย (bereichsspezifische Rechtsgebiete) เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง โดยทั่วไปแล้วผู้รับคำสั่งที่ประสงค์จะโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองสามารถยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครองได้โดยตรง มีเพียงคำสั่งทางปกครองในบางเขตแดนทางกฎหมายเท่านั้นที่ผู้รับคำสั่งจะต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเสียก่อนที่จะใช้สิทธิทางศาลได้ มลรัฐที่ดำเนินการในแนวทางนี้ ได้แก่ มลรัฐ Baden-Württemberg มลรัฐ Bayern⁴¹ มลรัฐ Hessen มลรัฐ Niedersachsen มลรัฐ Nordrhein-Westfalen และมลรัฐ Sachsen-Anhalt

(2) การคงระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับไว้เป็นการทั่วไปในกฎหมายต่าง ๆ แต่กำหนดข้อยกเว้นไว้เฉพาะในบางเขตแดนทางกฎหมายว่า ให้ยกเลิกกลไกการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองโดยสิ้นเชิง มลรัฐที่ดำเนินการในแนวทางนี้ ได้แก่ มลรัฐ Berlin มลรัฐ Hamburg และมลรัฐ Thüringen

(3) การยกเลิกกลไกการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในบางเขตแดนทางกฎหมายเท่านั้น (vollständige Abschaffung nur in wenigen Teilbereichen) ในขณะที่ในกรณีทั่วไปให้ใช้ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบไม่บังคับ กล่าวคือ ผู้รับคำสั่งทางปกครองสามารถเลือกที่จะดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งภายในฝ่ายปกครองก่อน หรือจะยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองโดยตรงเลยก็ได้ มลรัฐที่เป็นต้นแบบการดำเนินการในแนวทางนี้ ได้แก่ มลรัฐ Mecklenburg-Vorpommern

เหตุผลที่นักกฎหมายเยอรมันยกขึ้นเพื่อสนับสนุนหรือเรียกร้องให้มีการปฏิรูประบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนั้นมีอยู่ด้วยกันหลายประการ เช่น กลไกการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่ใช้บังคับอยู่ไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองทั้งสามประการได้ เนื่องจากฝ่ายปกครองมีแนวโน้มที่จะไม่เปลี่ยนแปลงการใช้ดุลพินิจของตนหรือยืนยัน

⁴⁰ กรณีมีข้อสังเกตในเบื้องต้นว่า การยกเลิกกลไกการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในที่นี้ไม่ได้หมายถึงเพียงการปลดเงื่อนไขที่กำหนดให้ผู้รับคำสั่งต้องดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองเท่านั้น แต่หมายถึงการทำให้กลไกการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไม่สามารถดำเนินการได้อีกต่อไป (Ferdinand O. Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke, *op. cit.*, § 68, Rn. 16; „Soweit es nach Abs 1 eines VorVf nicht bedarf, ist ein solches auch nicht zulässig[.]“) กล่าวคือ ทั้งผู้รับคำสั่งและเจ้าหน้าที่ที่ย่อมไม่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในเขตแดนทางกฎหมายที่ได้มีการยกเลิกกลไกการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไปแล้วได้ การยกเลิกการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจึงแตกต่างจากการเปลี่ยนระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจากแบบบังคับเป็นระบบแบบทางเลือก ซึ่งในกรณีหลังผู้รับคำสั่งยังคงสามารถเลือกให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองได้อยู่

⁴¹ มลรัฐ Bayern กำหนดให้กระบวนการวิธีพิจารณาชั้นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในเขตแดนทางกฎหมายเฉพาะที่เป็นข้อยกเว้นเป็นเพียงการอุทธรณ์ภายในแบบไม่บังคับหรือแบบทางเลือกเท่านั้น (fakultatives Vorverfahren หรือ Optionsmodell) ดังนั้น การปฏิรูปของมลรัฐ Bayern จึงใกล้เคียงกับการยกเลิกระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองลงโดยสิ้นเชิง (vollständige Abschaffung) มากที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับดำเนินการของมลรัฐอื่น (โปรดดู Henning Biermann, *op. cit.*, S. 396; Steinbeiß-Winkelmann, *op. cit.*, S. 686.)



คำสั่งเดิมของตนในเกือบทุกกรณี ซึ่งส่งผลทำให้ไม่เกิดการตรวจสอบหรือควบคุมตนเองตามวัตถุประสงค์ของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง⁴² ยิ่งไปกว่านั้น กระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองยังเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถยืนยันเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองเดิมให้หนักแน่นยิ่งขึ้นโดยอาศัยข้อโต้แย้งหรือเหตุผลประกอบการอุทธรณ์ของผู้รับคำสั่งทางปกครองก่อนที่จะข้อพิพาทจะเข้าสู่การพิจารณาของศาล⁴³ และเมื่อการควบคุมตรวจสอบตนเองของฝ่ายปกครองไม่บรรลุผลจริงในทางปฏิบัติ การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการลดภาระการพิจารณาคดีของศาลได้⁴⁴ นอกจากนี้ ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายที่ผู้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองจำเป็นต้องแบกรับในกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ยังขัดกับวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิของผู้รับคำสั่งทางปกครอง และเป็นอุปสรรคในการใช้สิทธิทางศาลของผู้รับคำสั่งทางปกครอง⁴⁵ ดังนั้น การยกเลิกระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองหรือการนำเอากระบวนการอุทธรณ์แบบทางเลือกมาใช้ นอกจากจะส่งผลทำให้กระบวนการพิจารณาคดีเป็นไปโดยรวดเร็วยิ่งขึ้น (Verfahrensbeschleunigung) และลดภาระค่าดำเนินการของประชาชน (Kostenersparnis) แล้ว ยังช่วยขจัดอุปสรรคในการใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลของประชาชนอีกด้วย⁴⁶ ในประการสุดท้าย การปฏิรูประบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจะนำไปสู่การพัฒนาวัฒนธรรมการทำงานของฝ่ายปกครอง (Verbesserung der Verwaltungskultur) และก่อให้เกิดแรงผลักดันทำให้เจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองต้องตรวจสอบข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และเหตุผลประกอบการใช้ดุลพินิจของตนโดยละเอียดถี่ถ้วนมากขึ้นก่อนการออกคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากจะไม่มีระบบที่เปิดโอกาสให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์เข้ามาตรวจสอบความถูกต้องหรือแก้ไขความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ตนออกไปอีกครั้งก่อนที่ผู้รับคำสั่งจะนำข้อพิพาทเข้าสู่ศาลปกครองต่อไป⁴⁷ อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายบางส่วนยังคงไม่เห็นด้วยกับการยกเลิกระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองโดยสิ้นเชิง เนื่องจากเห็นว่าการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองยังคงเป็นกลไกที่ง่ายและประหยัดค่าใช้จ่ายมากกว่าเมื่อเทียบกับการฟ้องคดีต่อศาล อีกทั้งยังเป็นกลไกเดียวที่เปิดช่องให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยวัตถุประสงค์หรือความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจ (Zweckmäßigkeitprüfung) ควบคู่ไปกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้⁴⁸ ในขณะที่นักกฎหมายบางท่านเห็นว่ามาตรา 68 วรรคหนึ่ง

⁴² Klaus Schönenbroicher, “Leitziele und Kernpunkte der Reformen des Widerspruchsverfahrens”, NVwZ 2009, S. 1144ff. (1145).

⁴³ Gero Vaagt, *op. cit.*, S. 213; Klaus Schönenbroicher, *op. cit.*, S. 1146.

⁴⁴ Klaus Schönenbroicher, *op. cit.*, S. 1145f.

⁴⁵ Henning Biermann, *op. cit.*, S. 399.

⁴⁶ Hartmut Maurer, *op. cit.*, § 10, Rn. 27; Friedhelm Hufen, *op. cit.*, § 5, Rn. 4; Ulrik Rüssel, *op. cit.*, S. 526; Gero Vaagt, *op. cit.*, S. 214.

⁴⁷ Klaus Schönenbroicher, *op. cit.*, S. 1146.

⁴⁸ เช่น Friedhelm Hufen, *op. cit.*, § 5, Rn. 4.

ตามคำสั่งทางปกครองข้างต้นยังชี้ให้เห็นว่า ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศไทยในปัจจุบันมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับผู้รับคำสั่งทางปกครองเกินสมควร นอกจากนี้ การกำหนดให้การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเป็นเงื่อนไขที่ต้องดำเนินการก่อนใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองในขณะที่การอุทธรณ์กลับไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง อาจเปิดช่องให้ฝ่ายปกครอง มีเวลาเพิ่มมากขึ้นในการบังคับใช้คำสั่งทางปกครองหรือดำเนินมาตรการบังคับทางปกครองในระหว่างที่คำสั่งทางปกครองดังกล่าวยังไม่ถูกต้องได้เข้าไปยังศาลปกครอง ซึ่งสภาพการณ์ดังกล่าวย่อมขัดหรือแย้งกับวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครองอย่างชัดเจน สำหรับข้อกังวลว่า การยกเลิกระบบการอุทธรณ์แบบบังคับจะนำมาสู่การพิจารณาคดีของศาลที่เพิ่มขึ้นนั้น นักกฎหมายบางส่วนเห็นว่าสามารถแก้ไขได้โดยการเพิ่มจำนวนตุลาการหรือผู้พิพากษาให้สอดคล้องกับจำนวนข้อพิพาทที่เพิ่มขึ้นดังกล่าว⁵² ซึ่งในความเห็นของบทความฉบับนี้ถือว่าเป็นวิธีการแก้ปัญหาที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมากกว่าการใช้ระบบการอุทธรณ์แบบบังคับ ซึ่งมีผลเป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนในการใช้สิทธิทางศาล

3. ข้อความคิดพื้นฐาน ข้อพิจารณา และข้อเสนอแนะว่าด้วยหลักการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้น

หลักที่เรียกว่า “การวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้น” หรือ *reformatio in peius* หมายความว่า การวินิจฉัยอุทธรณ์ที่ผลของการทบทวนคำสั่งทางปกครองโดยผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ก่อให้เกิดผลกระทบหรือเป็นผลร้ายต่อผู้อุทธรณ์มากกว่าคำสั่งทางปกครองตั้งต้นที่เป็นที่มาและวัตถุประสงค์ของการอุทธรณ์ หรือที่ตัวบทมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ใช้คำว่า “เพิ่มภาระ” ตัวอย่างเช่น นาย ก. อุทธรณ์คำสั่งให้ชำระเงินค่าปรับทางปกครองจำนวนสองหมื่นบาท แต่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ได้วินิจฉัยให้นาย ก. ต้องชำระค่าปรับเพิ่มขึ้นเป็นสามหมื่นบาท หรือนักศึกษาอุทธรณ์ผลการตรวจให้คะแนนการสอบของอาจารย์ผู้สอน แต่คณะกรรมการที่ตั้งขึ้นเพื่อวินิจฉัยอุทธรณ์ได้ดำเนินการตรวจให้คะแนนใหม่และพบข้อผิดพลาดเพิ่มเติมในคำตอบ จึงได้ดำเนินการปรับลดคะแนนลงต่ำกว่าคะแนนเดิมที่นักศึกษาได้⁵³ หรือกรณีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 38/2553 “ในการพิจารณาอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี คณะกรรมการข้าราชการตำรวจ (ก.ตร.) และนายกรัฐมนตรี มีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจเปลี่ยนแปลงคำสั่งของผู้บัญชาการตำรวจภูธรภาค 1 ให้เพิ่มโทษผู้ฟ้องคดีได้ตามความเหมาะสมตามมาตรา 46 ซึ่งเมื่อลักษณะความผิดของผู้ฟ้องคดีเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษซึ่งเป็นความร้ายแรงแห่งกรณี การพิจารณาอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีแล้วมีมติเพิ่มโทษผู้ฟ้องคดีจากลงโทษปลดออกเป็นการไล่ออกจากราชการ จึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว” เป็นต้น ทั้งนี้ การวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นไม่หมายความว่ารวมถึงกรณีที่ผลการวินิจฉัยอุทธรณ์ก่อให้เกิดภาระหรือผลร้าย

⁵² Ulrike Rüssel, *op. cit.*, S. 527.

⁵³ ตัวอย่างดัดแปลงจาก Friedhelm Hufen, *op. cit.*, § 9, Rn. 15.

เพิ่มขึ้นใหม่ “เป็นครั้งแรก” แก่บุคคลที่สามที่ไม่ใช่ผู้รับคำสั่ง หรือกรณีที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ยกอุทธรณ์บางส่วน⁵⁴

แม้ระบบกฎหมายปกครองไทยจะรับรองหลัก *reformatio in peius* ไว้อย่างชัดเจน ในมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ตามที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น แต่ผลของหลักการดังกล่าวที่มีต่อระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก็ยังคงเป็นประเด็นที่สมควรได้รับการพิจารณาอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผลของการนำหลัก *reformatio in peius* มาใช้ควบคู่กับ “ระบบอุทธรณ์แบบบังคับ” ดังเช่นที่ใช้อยู่ในระบบกฎหมายไทยในปัจจุบัน ในเบื้องต้นบทความฉบับนี้จะกล่าวถึงเหตุผลสนับสนุนและเหตุผลโต้แย้งการนำหลัก *reformatio in peius* มาใช้ในระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งยังคงเป็นประเด็นถกเถียงในประเทศที่ได้มีการบัญญัติรับรองหลักการนี้ไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

3.1 เหตุผลสนับสนุนและเหตุผลโต้แย้งการนำหลัก *reformatio in peius* มาใช้ในระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นหนึ่งในประเทศที่มีได้มีบทบัญญัติที่รับรองไว้อย่างชัดเจน (*expressis verbis*) ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์สามารถวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นหรือเพิ่มภาระแก่ผู้รับคำสั่งได้⁵⁵ อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายเยอรมันยังคงมีความเห็นที่แตกต่างกันออกไปว่าหลัก *reformatio in peius* มีผลใช้บังคับในระบบกฎหมายเยอรมันหรือไม่ (แม้จะไม่ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน) โดย Prof. Dr. Friedhelm Hufen นักกฎหมายเยอรมันผู้แต่งตำราวิธีพิจารณาคดีปกครองได้รวบรวมเหตุผลของนักกฎหมายทั้งสองฝ่ายไว้โดยสังเขป ดังนี้⁵⁶

(1) ฝ่ายที่สนับสนุนความมีผลของหลัก *reformatio in peius* ในระบบกฎหมายเยอรมัน ได้เสนอเหตุผลสนับสนุนไว้หลายประการแตกต่างกันออกไป อาทิ หลัก *reformatio in peius* มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายปกครองและยังได้รับการรับรองผ่านการปรับใช้ของศาลหรืออำนาจเต็มในการออกคำสั่งทางปกครองและอำนาจในการทบทวนตรวจสอบตนเองในกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์เรียกร้องให้เจ้าหน้าที่จะต้องสามารถวินิจฉัยอุทธรณ์ “ไปในทางใด” ก็ได้ทั้งสองทางไม่ว่าจะเป็นการลดภาระหรือเพิ่มภาระ (เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติห้ามไว้โดยชัดเจนเป็นกรณีไป) นอกจากนี้ ในบางครั้งฝ่ายปกครองมีความจำเป็นที่จะต้องเปลี่ยนผลการพิจารณาให้สอดคล้องและเป็นไปตามกฎหมาย แม้ว่าจะมีผลเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ผู้รับคำสั่งก็ตาม ทั้งนี้ ตามหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อพิจารณารัฐบัญญัติว่าด้วยกระบวนการพิจารณาทางปกครอง (VwVfG)

⁵⁴ Friedhelm Hufen, *op. cit.*, § 9, Rn. 15.

⁵⁵ Ferdinand O. Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke, *op. cit.*, § 68, Rn. 10a.

⁵⁶ โปรดดู Friedhelm Hufen, *op. cit.*, § 9, Rn. 16f.



จะเห็นได้ว่า กฎหมายบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ยังคงมีอำนาจเพิกถอนหรือแก้ไขเพิ่มเติมคำสั่งทางปกครองได้ แม้คำสั่งทางปกครองนั้นจะมีผลบังคับผูกพันแล้ว⁵⁷ ด้วยเหตุนี้ ก่อนที่คำสั่งดังกล่าวจะมีผลบังคับผูกพัน เช่น ในระหว่างการพิจารณาอุทธรณ์ เจ้าหน้าที่ย่อมต้องมีอำนาจดังกล่าวเช่นเดียวกัน⁵⁸

(2) ฝ่ายที่ได้แย่งความมีผลของหลัก *reformatio in peius* ในระบบกฎหมายเยอรมัน ไม่เห็นด้วยกับการใช้หลัก *reformatio in peius* กับ การพิจารณาอุทธรณ์ เนื่องจากเห็นว่าคำสั่งทางปกครองฉบับหนึ่งนั้น แม้จะยังไม่ใช้คำสั่งที่มีผลบังคับผูกพันแต่ก็มีผลในทางกฎหมายแล้ว⁵⁹ ซึ่งจะต้องได้รับความคุ้มครองตามหลักการคุ้มครองความไว้วางใจโดยสุจริตด้วย การเพิกถอนหรือแก้ไขผลดังกล่าว (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในทางที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้น) จะกระทำได้อต่อเมื่อมีฐานทางกฎหมายที่จะอ้างได้เท่านั้น นอกจากนี้ หลักการนี้จะก่อให้เกิดผลในทางลบต่อกระบวนการยุติธรรมทางปกครองหลายประการ เช่น ผู้รับคำสั่งที่เลือกเข้าสู่กระบวนการอุทธรณ์ย่อมคาดหวังการพิจารณาที่ลดภาระหรือเพิ่มประโยชน์ให้แก่ตน หรืออย่างน้อยที่สุดจะต้องไม่มีผลที่เลวร้ายกว่าเดิมแก่ตน ดังนั้น หลัก *reformatio in peius* จึงส่งผลทำให้การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเสียไปซึ่งวัตถุประสงค์ในการเป็นกระบวนการเยียวยานอกศาลให้แก่ผู้เดือดร้อนหรือเสียหายจากผลของคำสั่งทางปกครอง อีกทั้งยังอาจขัดต่อหลักการคุ้มครองความไว้วางใจโดยสุจริตของประชาชนที่มีต่อการใช้อำนาจรัฐอีกด้วย ในประการสุดท้าย ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับหลัก *reformatio in peius* ยังเห็นว่าหลักการนี้ขัดต่อหลัก “*ne ultra petita*” หรือหลักการห้ามพิพากษา/พิจารณาเกินคำขอ ซึ่งถือเป็นหลักทั่วไปของวิธีพิจารณาทางกฎหมายมาแต่โบราณ

แม้จะปรากฏข้อถกเถียงทางวิชาการข้างต้น แต่นักกฎหมายเสียงข้างมาก รวมถึงแนวคำวินิจฉัยบรรทัดฐานของศาลปกครองเยอรมันในปัจจุบันยอมรับว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์สามารถวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นตามหลัก *reformatio in peius* ได้ แม้ในกรณีที่กฎหมาย

⁵⁷ คำว่า “ผลบังคับผูกพัน” เป็นถ้อยคำทางวิชาการที่ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ แปลจากศัพท์ในภาษาเยอรมันว่า “Bestandskraft” ซึ่งตรงกับคำว่า final binding ในภาษาอังกฤษ (โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป**, 2554, หน้า 233) ผลบังคับผูกพันเป็นข้อความคิดที่พัฒนาขึ้นเพื่ออธิบายปรากฏการณ์ที่คำสั่งทางปกครองฉบับหนึ่งไม่สามารถถูกโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายได้อีกต่อไป ไม่ว่าจะเป็นในชั้นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง (เช่น ไม่อุทธรณ์ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด) หรือในชั้นศาล (เช่น อุทธรณ์แล้วแต่ไม่นำไปฟ้องศาลภายในระยะเวลาการฟ้องคดีที่กฎหมายกำหนด หรือฟ้องคดีแล้วแพคดีจนคดีถึงที่สุด) ในแง่นี้จึงมีลักษณะคล้ายกรณี “คำพิพากษาถึงที่สุด” ในทางตุลาการ ผลดังกล่าวมีฐานความคิดมาจากหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ กล่าวคือ ถ้าผ่านระยะเวลาที่กฎหมายให้ออกาสโต้แย้งแล้ว ผู้รับคำสั่งไม่สามารถยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นอ้างได้อีกต่อไป

⁵⁸ ตามหลักการอุดช่องว่างของกฎหมายแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” หรือ *argumentum a fortiori* (Erst-recht-Schluss)

⁵⁹ ทั้งนี้ โดยผลของมาตรา 43 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยกระบวนการพิจารณาทางปกครอง (VwVfG) ซึ่งเทียบเคียงได้กับมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งบัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้บังคับต่อบุคคลตั้งแต่วันที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป”

จะมีได้บัญญัติให้อำนาจดังกล่าวไว้อย่างชัดแจ้ง⁶⁰ (ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งย่อมไม่มีปัญหาให้ต้องวินิจฉัย) อย่างไรก็ตาม ก็ยังคงมีนักกฎหมายเยอรมันจำนวนหนึ่งที่ไม่เห็นด้วยกับการใช้หลัก reformatio in peius หรือเห็นว่าการใช้หลักดังกล่าวจะต้องมีขอบเขตที่จำกัดมาก⁶¹

3.2 ผลของหลัก reformatio in peius ที่มีต่อระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับ

เมื่อพิจารณาเหตุผลสนับสนุนและเหตุผลโต้แย้งการนำหลัก reformatio in peius มาใช้ในระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันข้างต้น ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับความเห็นฝ่ายหลังที่ว่า หากไม่ใช้กรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้ง (เช่น มาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539) ผู้ใช้และผู้ตีความกฎหมายย่อมไม่สามารถนำเอาหลัก reformatio in peius มาใช้เป็นฐานอำนาจในการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นได้⁶² ทั้งนี้ เนื่องจากการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นชัดหรือแย้งต่อวัตถุประสงค์ของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองถึงสองประการ ได้แก่ วัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน และวัตถุประสงค์เพื่อแบ่งเบาภาระการพิจารณาคดีของศาล นอกจากนี้ การอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์สามารถวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นอาจนำมาสู่ผลในทางปฏิบัติที่ไม่พึงประสงค์ได้ เช่น ในกรณีที่บทบัญญัติอันเป็นที่มาของอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองกำหนดให้เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจในการกำหนดผลในทางกฎหมาย (อาทิ การกำหนดค่าปรับทางปกครอง การประเมินผลการปฏิบัติงานหรือผลการสอบของบุคคล) อาจเกิดกรณีที่เจ้าหน้าที่วินิจฉัยอุทธรณ์ให้เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นโดยอ้างอำนาจดุลพินิจเช่นนั้น ทั้งที่มูลเหตุจูงใจภายในเป็นไปเพื่อลงโทษผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ได้แย้งคำสั่งของตน หรือเพื่อป้องปรามมิให้ผู้รับคำสั่งอื่นนำเอาคำสั่งในลักษณะเดียวกันมาอุทธรณ์ต่อตนเพราะเกรงที่จะได้รับผลร้ายยิ่งขึ้นจากการอุทธรณ์ เป็นต้น

นอกจากนี้ การอนุญาตให้มีการวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นได้ ยังมีผลเสมือนเป็นการให้อำนาจเจ้าหน้าที่สามารถเพิกถอนผลของคำสั่งทางปกครองได้โดยไม่ต้องดำเนินการตามเงื่อนไข หลักเกณฑ์ และวิธีการที่บัญญัติไว้ในส่วนที่ 6 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ว่าด้วยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองฉบับหนึ่งให้แก่ผู้รับคำสั่งไปแล้ว การที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งในเรื่องเดียวกันเพื่อเพิ่มภาระหรือกำหนดผลทางกฎหมายใหม่ที่เป็นภาระยิ่งขึ้นให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นได้ จะต้องดำเนินการเพิกถอนคำสั่ง

⁶⁰ Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 7. Auflage, 2009, Rn. 1373; Thomas Würtenberger, *Verwaltungsprozessrecht*, 3. Auflage, 2011, Rn. 371.

⁶¹ เช่น Friedhelm Hufen, *op. cit.*, § 9, Rn. 17.

⁶² แม้ว่าผลการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เพิ่มภาระหรือเป็นผลร้ายยิ่งขึ้นดังกล่าวจะยังอยู่ในขอบเขตอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ก็ตาม (เช่น การแก้ไขจำนวนค่าปรับจากที่กำหนดไว้เดิมสองหมื่นบาทเป็นสามหมื่นบาท ในกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายอนุญาตให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจกำหนดค่าปรับได้ไม่เกินห้าหมื่นบาท)

ทางปกครองที่มีผลอยู่ในปัจจุบันเสียก่อน จึงจะสามารถออกคำสั่งในเรื่องเดียวกันเพื่อเพิ่มภาระหรือกำหนดผลทางกฎหมายใหม่ให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นได้ และจะต้องคำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองด้วยเสมอ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 49 ถึงมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ได้รับการกำหนดขึ้นบนฐานของหลักการคุ้มครองความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครอง (อันเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ) หากพิจารณาในแง่การอนุญาตให้เจ้าหน้าที่สามารถวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นได้ (ซึ่งมีผลทางกฎหมายไม่ต่างจากการเพิกถอนผลของคำสั่งทางปกครองฉบับปัจจุบัน และออกคำสั่งทางปกครองฉบับใหม่ที่กำหนดผลร้ายยิ่งขึ้น) จึงส่งผลทำให้เจ้าหน้าที่สามารถเล็งเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในส่วนที่ 6 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ ในกรณีที่ผู้รับคำสั่งได้ดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ผลข้างต้นยิ่งทวีความรุนแรงมากขึ้นในระบบกฎหมายที่ใช้ระบบอุทธรณ์แบบบังคับดังเช่นที่ใช้อยู่ในประเทศไทยในปัจจุบัน เนื่องจากผู้รับคำสั่งที่ประสงค์จะได้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองไปยังศาลปกครองถูกบังคับให้ต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเสียก่อน อันส่งผลให้มีคำสั่งทางปกครองจำนวนมากเข้าสู่กระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

4. ข้อเสนอแนะว่าด้วยแนวทางการพัฒนาวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทย

จากข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และหลักการที่บทความฉบับนี้ได้กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า การออกแบบระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมีผลต่อกระบวนการพิจารณาทางปกครอง (หรือที่เรียกว่า “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง”) และกระบวนการพิจารณาคดีปกครองอย่างมีนัยสำคัญ อันเป็นผลมาจากลักษณะของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่เปรียบเสมือนสะพานที่เชื่อมกฎหมายว่าด้วยการปฏิบัติราชการทางปกครองและกฎหมายว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครองเข้าไว้ด้วยกัน ในบทความฉบับนี้เราได้พิจารณาถึงข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับลักษณะของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทย รวมถึงได้ศึกษาเปรียบเทียบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทยกับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งอาจสรุปได้โดยสังเขป ดังนี้

	ระบบกฎหมายไทย	ระบบกฎหมายเยอรมัน	ข้อเสนอจากผลการศึกษา ในบทความฉบับนี้
ระบบการอุทธรณ์แบบ บังคับ	+	+/-	-
การวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็น ผลร้ายยิ่งขึ้น	+	0	-
การทุเลาการบังคับเมื่อมี การอุทธรณ์คำสั่งทาง ปกครอง	-	+	+

แผนภาพ : แผนภาพแสดงลักษณะที่สำคัญของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทยและประเทศเยอรมนี เครื่องหมาย “+” และเครื่องหมาย “-” หมายถึง การรับรอง/ปฏิเสธหลักการดังกล่าวในระบบกฎหมายไว้โดยชัดแจ้ง เครื่องหมาย “0” หมายถึง การไม่บัญญัติหรือกล่าวถึงหลักการดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้ง เครื่องหมาย “+/-” ที่แสดงในส่วนของระบบอุทธรณ์แบบบังคับในระบบกฎหมายเยอรมัน หมายความว่า สถานการณ์ในปัจจุบันที่หลายมลรัฐของประเทศเยอรมนีได้ปฏิรูประบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของตนให้เป็นระบบอุทธรณ์แบบทางเลือกแล้ว (แทนด้วยเครื่องหมาย - ใน “+/-”) ในขณะที่อีกหลายมลรัฐอยู่ในระหว่างการศึกษาผลดีและผลเสียของระบบอุทธรณ์แบบบังคับ และยังคงระบบอุทธรณ์แบบบังคับไว้เป็นระบบหลัก (แทนด้วยเครื่องหมาย + ใน “+/-”)

บทความฉบับนี้ได้นำเสนอสมมติฐานในตอนต้นไว้ว่า ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่ดีที่สุดจะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ทั้งสามประการ และไม่ก่อให้เกิดผลที่ขัดแย้งกันระหว่างประสิทธิภาพของวัตถุประสงค์ทั้งสามประการ ได้แก่ การคุ้มครองสิทธิของประชาชน การให้ฝ่ายปกครองมีโอกาสตรวจสอบหรือควบคุมตนเอง และการแบ่งเบาภาระการพิจารณาคดีของศาล อย่างไรก็ตาม การวิเคราะห์ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลของการใช้ระบบอุทธรณ์แบบบังคับและหลักการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้น แสดงให้เห็นถึงผลเสียหรือข้อจำกัดบางประการ ดังนี้

(1) ผลเสียหรือข้อจำกัดของระบบอุทธรณ์แบบบังคับ การกำหนดเงื่อนไขให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองต้องดำเนินการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองเสียก่อนจึงจะนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้นั้น ขัดหรือแย้งต่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน ซึ่งโดยหลักแล้วไม่ควรถูกปิดกั้นการใช้สิทธิทางศาลเพื่อขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง โดยอาศัยเพียงข้อเท็จจริงที่ว่า ผู้รับคำสั่งมิได้อุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าว หรือได้อุทธรณ์โต้แย้งแล้วแต่ไม่เป็นไปตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้ กรณียังไม่ปรากฏข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นได้ว่า การกำหนดให้ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นระบบอุทธรณ์แบบบังคับสามารถตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองทั้งสามประการได้ดีกว่าการกำหนดให้เป็นระบบอุทธรณ์แบบทางเลือก (Alternative Administrative Appeal) ซึ่งเป็นระบบที่ส่งเสริมสิทธิของประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครองมากกว่าอย่างเห็นได้ชัด⁶³

(2) ผลเสียหรือข้อจำกัดของหลักการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้น แม้หลักการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้น หรือ *reformatio in peius* จะสอดคล้องกับหลักความผูกพันของฝ่ายปกครองต่อกฎหมาย (กล่าวคือ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องเปลี่ยนแปลงแก้ไขสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ชอบด้วยกฎหมาย แม้จะก่อให้เกิดผลร้ายยิ่งขึ้นก็ตาม) แต่หากพิจารณาจากมุมมองของกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว ทั้งหลักความผูกพันของฝ่ายปกครองต่อกฎหมายและหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย (ซึ่งคุ้มครองความไว้วางใจโดยสุจริตของประชาชน) มีสถานะเป็นองค์ประกอบที่ขาดไปเสียมิได้

⁶³ โปรดดู บทวิเคราะห์ในข้อ 2.1.2 ข้างต้น



(Conditio sine qua non) ของหลักนิติรัฐทั้งคู่ ดังนั้น ระบบกฎหมายที่วางหลักการใช้อำนาจอธิปไตยบนพื้นฐานของหลักนิติรัฐย่อมไม่สามารถให้ความสำคัญกับหลักความผูกพันของฝ่ายปกครองต่อกฎหมาย โดยแลกมาด้วยการเสียไปซึ่งความไว้วางใจโดยสุจริตของประชาชนที่มีต่อกฎหมายและการกระทำทางปกครองได้⁶⁴ ดังนั้น หลักความผูกพันของฝ่ายปกครองต่อกฎหมายจึงไม่ใช่ที่มาของความชอบธรรมของการบังคับใช้หลักการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นในระบบกฎหมาย ในขณะเดียวกัน นอกจากจะขัดต่อหลักการคุ้มครองความไว้วางใจโดยสุจริตของประชาชนที่มีต่อการใช้อำนาจอธิรัฐดังกล่าวมาข้างต้นแล้ว หลักการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นยังมีผลจำกัดประสิทธิภาพของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในการเป็นกระบวนการเยียวยานอกศาลให้แก่ผู้เดือดร้อนหรือเสียหายจากผลของคำสั่งทางปกครอง และยังขัดต่อหลัก “ne ultra petita” หรือหลักการห้ามพิจารณาเกินคำขอ ซึ่งมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอีกด้วย ในประการสุดท้าย ระบบกฎหมายที่นำหลักการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นมาใช้บังคับพร้อมกับระบบอุทธรณ์แบบบังคับ อาจประสบปัญหาหลายประการที่ทำให้ไม่สามารถคุ้มครองสิทธิของประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ เช่น ประชาชนผู้รับคำสั่งอาจกลัวว่าเจ้าหน้าที่จะวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เป็นผลร้ายยิ่งขึ้น จึงตัดสินใจไม่อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่ตนได้รับ ซึ่งส่งผลตามมาทำให้ผู้นั้นไม่สามารถใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นต้น⁶⁵

ผลเสียหรือข้อจำกัดที่ได้กล่าวมาข้างต้นนำมาสู่ข้อสรุปของการศึกษาที่ว่า ระบบกฎหมายหนึ่งไม่ควรออกแบบระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองให้เป็นระบบอุทธรณ์แบบบังคับควบคู่ไปกับการรับรองหลักการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นไปด้วยในขณะเดียวกัน ในกรณีที่มีความจำเป็น

⁶⁴ เนื่องจากทั้งหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองและหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายมีสถานะเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญทั้งคู่ (ในฐานะส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ) ในที่นี้จึงสามารถนำ “หลักการประสานผลในทางปฏิบัติ” (Prinzip der praktischen Konkordanz) ซึ่งเป็นหลักการพิเศษในการตีความรัฐธรรมนูญที่ได้รับการพัฒนาขึ้นในระบบกฎหมายเยอรมัน (โดย Prof. Dr. Konrad Hesse) มาใช้เพื่อกำหนดขอบเขตการบังคับใช้หลักการทั้งสองได้ โดยหลักการนี้เรียกร้องให้การตีความรัฐธรรมนูญในกรณีที่เกิดการขัดกันของบทบัญญัติหรือหลักการที่ต่างกันได้ ต้องทำให้บทบัญญัติหรือหลักการทั้งสองฝ่ายมีผลในทางปฏิบัติมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ทั้งคู่ และไม่อาจมีสิ่งใดสิ่งหนึ่งมีผลอย่างเต็มที่ มิฉะนั้นแล้ว จะไม่ใช้การประสานผลในทางปฏิบัติของทั้งสองบทบัญญัติเข้าด้วยกัน ดังนั้น ในกรณีนี้ผลของหลักความผูกพันของฝ่ายปกครองต่อกฎหมายและหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายจะถูกจำกัดลงเพื่อให้ทั้งสองหลักมีผลให้ได้มากที่สุดตราบเท่าที่ไม่ทำให้ผลของอีกหลักการหนึ่งถูกจำกัดไปมากจนไม่มีประสิทธิภาพ การตีความตามหลักการประสานผลในทางปฏิบัติข้างต้นสนับสนุนข้อโต้แย้งหลัก reformatio in peius ที่ว่า ระบบกฎหมายไม่สามารถใช้บังคับหลักความผูกพันของฝ่ายปกครองต่อกฎหมายให้มีผลหักล้างหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายได้ (โปรดดู คำอธิบายหลักการตีความรัฐธรรมนูญโดย Prof. Dr. Konrad Hesse ใน Hartmut Maurer, *Staatsrecht I*, 6. Auflage, 2010, § 1, Rn. 60ff.; บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, กรุงเทพฯ, 2555, หน้า 163–166; วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, 2555, หน้า 253-254.)

⁶⁵ โปรดดู บทวิเคราะห์ในข้อ 3.2 ข้างต้น

ระบบกฎหมายควรเลือกออกแบบไปในทางใดทางหนึ่งระหว่าง (1) กำหนดให้เป็นระบบอุทธรณ์แบบบังคับ แต่ไม่อนุญาตให้มีการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นได้ หรือ (2) อนุญาตให้มีการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นได้ แต่กำหนดให้เป็นระบบอุทธรณ์แบบทางเลือก เนื่องจากการใช้ระบบอุทธรณ์แบบบังคับควบคู่ไปกับหลักการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้น จะก่อให้เกิดผลหักล้างซึ่งกันและกันของวัตถุประสงค์ของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง และส่งผลทำให้ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยรวมไม่มีประสิทธิภาพ

ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่ดีที่สุดนอกจากจะต้องไม่ก่อให้เกิดผลที่ขัดแย้งกันระหว่างประสิทธิภาพของวัตถุประสงค์ทั้งสามประการแล้ว ยังจะต้องสนับสนุนให้วัตถุประสงค์ทั้งสามประการบรรลุผลอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุดทางปฏิบัติด้วย บทความฉบับนี้จึงเสนอให้มีการปฏิรูป (reform) ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่ใช้อยู่ในปัจจุบันของประเทศไทย โดยมีแนวทางตามที่จะได้เสนอในส่วนต่อไปนี้ ทั้งนี้ แนวทางการปฏิรูประบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่เสนอในบทความฉบับนี้ ไม่มีแนวทางใดที่มีผลเป็นการยกเลิกระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองทั้งระบบ เนื่องจากระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นกลไกหนึ่งที่มีประโยชน์ต่อการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความสามารถของกลไกในการทบทวนความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจ หรือที่เรียกว่า “ความชอบด้วยวัตถุประสงค์” (Zweckmäßigkeitprüfung) ของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นขอบเขตการตรวจสอบที่อยู่นอกเหนืออำนาจขององค์กรตุลาการ⁶⁶ ดังนั้น การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจึงยังคงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของระบบการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

การปฏิรูประบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทยย่อมเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จากการศึกษาและวิเคราะห์ที่ได้นำเสนอข้างต้น บทความฉบับนี้มีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางการพัฒนาวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทย ดังต่อไปนี้

4.1 แนวทางที่หนึ่ง เสนอแนะให้เปลี่ยนแปลงระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจากระบบอุทธรณ์แบบบังคับเป็นระบบอุทธรณ์แบบทางเลือก โดยอาศัยกลไกนิติบัญญัติ

การปฏิรูประบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทยอาจทำได้ในลักษณะเดียวกันกับการดำเนินการของมลรัฐต่าง ๆ ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้แก่ การแก้ไข

⁶⁶ แม้ศาลปกครองจะมีอำนาจตามกฎหมายในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ แต่การตรวจสอบโดยศาลมีลักษณะเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจ (Rechtmäßigkeitskontrolle) เท่านั้น

กฎหมายเพื่อยกเลิกการนำเอาการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมาเป็นเงื่อนไขของการใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง⁶⁷ การดำเนินการดังกล่าวในระบบกฎหมายไทยย่อมเกี่ยวข้องกับมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นฐานในทางกฎหมายที่ทำให้ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทยเป็นระบบแบบบังคับ ในกรณีที่ระบบกฎหมายไทยต้องการเปลี่ยนจากระบบอุทธรณ์แบบบังคับเป็นระบบอุทธรณ์แบบทางเลือก “เต็มรูปแบบ” ย่อมสามารถกระทำได้โดยการยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนี้

“มาตรา 42 ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีค่าบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด”

การยกเลิกมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนด “เงื่อนไขในการใช้สิทธิฟ้องคดี” ไม่ส่งผลกระทบต่อวิธีพิจารณาคดีปกครองหรือการจำกัดขอบเขตของผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองแต่ประการใด เนื่องจากผู้ที่จะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง หรือ “ผู้เสียหายในคดีปกครอง” นั้น จะต้องเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ตามนัยมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น การยกเลิกมาตรา 42 วรรคสอง ย่อมไม่มีผลเป็นการเปิดช่องให้ใครก็ได้นำเอาคำสั่งทางปกครองที่ตนเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองโดยที่ตนไม่ใช่ผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งดังกล่าว นอกจากนี้ การยกเลิกมาตรา 42 วรรคสอง ไม่ได้มีผลเป็นการยกเลิกระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทยแต่ประการใด เนื่องจากมาตรา 42 วรรคสอง มีขอบทบัญญัติที่ให้สิทธิในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแต่เป็นบทบัญญัติที่ผูกเอาการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมาเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครองยังสามารถใช้สิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อาทิ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือกฎหมายอื่น

⁶⁷ โปรดดู ข้อ 2.2 ข้างต้น

ที่กำหนดขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ แต่เป็นการใช้สิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองในฐานะที่เป็นกลไกการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายแบบทางเลือก

นอกจากการเปลี่ยนแปลงเป็นระบบอุทธรณ์แบบทางเลือกตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น การแก้ไขปรับปรุงระบบอุทธรณ์แบบบังคับที่ใช้อยู่ในปัจจุบันโดยอาศัยกลไกนิติบัญญัติยังสามารถกระทำได้โดยการกำหนด “ข้อยกเว้น” ให้คำสั่งทางปกครองบางลักษณะหรือคำสั่งทางปกครองในบางเขตแดนทางกฎหมายไม่ตกอยู่ภายใต้ระบบอุทธรณ์แบบบังคับ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพื่อกำหนดให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองบางประเภทได้รับการยกเว้นไม่ต้องดำเนินการตาม “ขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหาย” ก่อนใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง โดยการแก้ไขปรับปรุงมาตรา 42 วรรคสองตามแนวทางนี้ยังสามารถนำเอาคำสั่งทางปกครองบางประเภทซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยวางบรรทัดฐานไว้แล้วว่า ผู้ตกอยู่ภายใต้บังคับไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดี เช่น คำสั่งทั่วไปทางปกครอง⁶⁸ มากำหนดเป็นข้อยกเว้นให้ชัดเจนได้อีกด้วย ตัวอย่างเช่น

“มาตรา 42 ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้นั้นเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด เว้นแต่

(1) กรณีที่เป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป

(2) กรณีคำสั่งทางปกครองที่ออกตามกฎหมายว่าด้วย [...]

อย่างไรก็ตาม กรณีจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า การปฏิรูประบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองตามแนวทางแรกนี้จะต้องอาศัยการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ และขึ้นอยู่กับนโยบายทางการเมืองเป็นหลัก ดังนั้น ในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายการเมืองไม่เห็นพ้องด้วยกับการเปลี่ยนแปลงระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นระบบอุทธรณ์แบบทางเลือก (เต็มรูปแบบ)

⁶⁸ โปรดดู คำวินิจฉัยบรรทัดฐานของศาลปกครองสูงสุด อาทิ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 173/2562 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 127/2558 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 418/2560

หรือการกำหนดข้อยกเว้นเพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของระบบอุทธรณ์แบบบังคับที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน การดำเนินการตามแนวทางแรกนี้ย่อมไม่อาจกระทำได้ หรือไม่อาจกระทำได้ง่าย

4.2 แนวทางที่สอง เสนอแนะให้ผ่อนคลายความเข้มงวดของระบบอุทธรณ์แบบบังคับ โดยอาศัยกลไกเชิงนิติวิธี

ในกรณีที่ไม่สามารถดำเนินการเปลี่ยนแปลงระบบการอุทธรณ์ภายใน ฝ่ายปกครองโดยอาศัยกลไกนิติบัญญัติตามแนวทางในข้อ 4.1 ข้างต้นได้ การปฏิรูประบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทยอาจสามารถกระทำได้โดยอาศัยกลไกเชิงนิติวิธี ได้แก่ การตีความกฎหมายเพื่อผ่อนคลายเงื่อนไขในการใช้สิทธิฟ้องคดีตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ตัวอย่างเช่น ศาลปกครองอาจใช้อำนาจในการตีความกฎหมายของตน (อันเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจตุลาการ) เพื่อตีความมาตรา 42 วรรคสอง ในส่วนที่บัญญัติว่า “กรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ” ให้หมายความว่าถึงเฉพาะกรณีคำสั่งทางปกครองบางประเภทที่มีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขไว้อย่างชัดเจน (*expressis verbis*) ให้ผู้รับคำสั่งต้องดำเนินการโต้แย้งภายในฝ่ายปกครองก่อน จึงจะสามารถนำคำสั่งดังกล่าวมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้เท่านั้น⁶⁹ ดังนั้น หากเป็นกรณีที่มีเพียงกฎหมายบัญญัติ “ให้สิทธิ” ผู้รับคำสั่งในการอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง หรือกรณีที่กฎหมายบัญญัติขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไว้ เช่น กรณีตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยไม่ปรากฏข้อความที่กำหนดเงื่อนไขไว้อย่างชัดเจนว่าการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็น “เงื่อนไขที่จำเป็น” สำหรับการยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ย่อมไม่ใช่กรณีที่ “มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ” ตามมาตรา 42 วรรคสอง (หากยึดแนวทางการตีความในข้อนี้) กรณียอมส่งผลทำให้คำสั่งทางปกครองเกือบทั้งหมดที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบัน เป็นคำสั่งทางปกครองที่ผู้รับคำสั่งสามารถใช้สิทธิ

⁶⁹ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏตัวอย่างบทบัญญัติในกฎหมายเฉพาะที่กำหนดเงื่อนไขไว้อย่างชัดเจนให้ผู้รับคำสั่งต้องดำเนินการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่ออกภายใต้กฎหมายนั้นภายในฝ่ายปกครองเสียก่อน จึงจะสามารถนำคำสั่งดังกล่าวมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้ เนื่องจากการตีความมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในส่วนที่บัญญัติว่า “กรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ” ให้รวมถึงกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะต่าง ๆ บัญญัติให้ผู้รับคำสั่ง “มีสิทธิอุทธรณ์” คำสั่งทางปกครองนั้นได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ (เช่น มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562) อันเป็นแนวทางการตีความในปัจจุบันนั้น ทำให้ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทยมีลักษณะเป็นระบบแบบบังคับโดยอัตโนมัติ กรณีจึงไม่มีความจำเป็นที่กฎหมายเฉพาะจะต้องกำหนดเงื่อนไขไว้อย่างชัดเจนให้การอุทธรณ์คำสั่งภายในฝ่ายปกครองเป็นการดำเนินการที่ “จำเป็น” สำหรับการนำคำสั่งดังกล่าวมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองแต่ประการใด

ฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ทันที โดยไม่จำเป็นต้องดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวก่อน อันมีลักษณะเป็นการผ่อนคลายความเข้มงวดของระบบอุทธรณ์แบบบังคับโดยอาศัยกลไกเชิงนิติวิธี

อย่างไรก็ตาม กรณียังคงมีประเด็นต้องพิจารณาว่า การตีความมาตรา 42 วรรคสอง ให้มีผลผ่อนคลายความเข้มงวดของระบบอุทธรณ์แบบบังคับตามแนวทางที่ได้เสนอข้างต้นนั้น สอดคล้องกับวิธีการทั่วไปในการตีความกฎหมาย (Interpretive Method)⁷⁰ หรือไม่ ในประการแรก หากพิจารณาตามหลักภาษาและไวยากรณ์ (grammatical interpretation) จะเห็นได้ว่า การตีความ ถ้อยคำที่บัญญัติว่า “กรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ” ไม่ให้หมายความรวมถึงกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้ผู้รับคำสั่งทางปกครอง “มีสิทธิ” อุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง แต่มีได้บัญญัติ “บังคับ” ไว้อย่างชัดเจนว่า การฟ้องคดีปกครองจะกระทำต่อเมื่อได้มีการอุทธรณ์หรือโต้แย้งดังกล่าวแล้วเท่านั้น ย่อมอยู่ภายในขอบเขต ถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 42 วรรคสอง⁷¹ ในประการที่สอง หากพิจารณาความสัมพันธ์เชิงระบบและ โครงสร้าง (systematical interpretation) แนวทางการตีความที่เสนอในข้อนี้มิได้ทำให้มาตรา 42 วรรคสอง ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติอื่นของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในประการต่อมา แม้แนวทางในข้อนี้จะมีผลเป็นการผ่อนคลายความเคร่งครัดของระบบอุทธรณ์แบบบังคับเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครอง ผู้เขียนเห็นว่ามีได้ผลเป็นการยกเลิกหลัก Exhaustion of administrative remedies เนื่องจากหากเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าต้องดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ ผู้ฟ้องคดีย่อมต้องดำเนินการเช่นนั้นก่อน จึงจะสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีได้ จึงมิได้ขัดหรือแย้งกับการตีความตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของ มาตรา 42 วรรคสอง (teleological interpretation) และในประการสุดท้าย เมื่อพิจารณาหลักการตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย (historical interpretation) กรณีไม่ปรากฏข้อความคิดหรือหลักการใด ที่ขัดขวางหรือยับยั้งสิทธิในการฟ้องคดีโดยตรงของประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครองแต่ประการใด ในทางกลับกัน แนวทางที่ได้เสนอข้างต้นยังมีผลเป็นการตีความมาตรา 42 วรรคสอง ให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ไม่ว่าจะเป็นมาตรา 68 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐพึงจัดระบบการบริหารงานในกระบวนการยุติธรรมทุกด้านให้มีประสิทธิภาพ เป็นธรรม และไม่เลือกปฏิบัติ และให้ประชาชนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยสะดวก รวดเร็ว และไม่เสียค่าใช้จ่ายสูงเกินสมควร” หรือ

⁷⁰ โปรดดู คำอธิบายหลักเกณฑ์ทั่วไปในการตีความกฎหมายใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว, หน้า 224-241.

⁷¹ ในทางตรงกันข้าม การตีความตามแนวทางในข้อ 4.2 ย่อมขัดกับหลักการตีความตามหลักภาษาและไวยากรณ์ ตั้งแต่ต้น หากมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติระบุไว้อย่างชัดเจนว่า “ขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหาย” นั้น หมายความว่า “การอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง” เนื่องจากจะเป็นกรณีที่ถ้อยคำของบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่เปิดช่องให้อำศัยการตีความกฎหมายเพื่อผ่อนคลายเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนได้



บทบัญญัติว่าด้วยการปฏิรูปประเทศตามมาตรา 258 ในด้านกฎหมาย (“ไม่สร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น”) และด้านกระบวนการยุติธรรม (“ให้มีการกำหนดระยะเวลาดำเนินงานในทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมที่ชัดเจนเพื่อให้ประชาชนได้รับความยุติธรรมโดยไม่ล่าช้า”) การตีความมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ตามแนวทางในข้อนี้จึงสอดคล้องกับวิธีการทั่วไปในการตีความกฎหมาย และสามารถนำไปใช้เพื่อปรับปรุงระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทยได้

ทั้งนี้ ในกรณีที่ระบบกฎหมายไทยเห็นว่ามิได้เกิดผลความจำเป็นพิเศษที่คำสั่งทางปกครองบางประเภทสมควรได้รับการพิจารณาทบทวนภายในฝ่ายปกครองเสียก่อน จึงจะสามารถนำมาฟ้องเป็นคดีเพื่อขอให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาได้ กรณีย่อมทำได้โดยการบัญญัติเงื่อนไขดังกล่าวให้ชัดเจนในบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ในกรณีเช่นนี้การฟ้องคดีเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และผู้รับคำสั่งต้องดำเนินการอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวก่อน จึงจะสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การดำเนินการตามแนวทางที่เสนอในข้อนี้ย่อมมีผลเป็นการปรับปรุงระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทยจาก “บังคับอุทธรณ์เป็นหลัก” เป็น “บังคับอุทธรณ์เป็นข้อยกเว้น” นั่นเอง

4.3 แนวทางที่สาม เสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพื่อยกเลิกหลักการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้น (reformatio in peius)

ตามที่บทความฉบับนี้ได้นำเสนอแล้วข้างต้นว่า การอนุญาตให้เจ้าหน้าที่สามารถวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นต่อประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครอง อาจก่อให้เกิดผลเสียหรือส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองได้หลายประการ อีกทั้งผลกระทบดังกล่าวยิ่งทวีความรุนแรงมากขึ้นในระบบกฎหมายที่ใช้ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับ⁷² ดังนั้น ระบบกฎหมายที่เลือกใช้ระบบอุทธรณ์แบบบังคับ เช่น ระบบกฎหมายไทยในปัจจุบัน จึงไม่ควรให้อำนาจเจ้าหน้าที่สามารถวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นหรือเพิ่มภาระให้กับผู้รับคำสั่งได้ด้วยเหตุนี้ การยกเลิกหลักการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นจึงเป็นอีกแนวทางหนึ่งในการปฏิรูประบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติและ/หรือฝ่ายตุลาการไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบอุทธรณ์แบบบังคับตามแนวทางใดแนวทางหนึ่งที่ได้เสนอไปแล้วข้างต้น ทั้งนี้ การดำเนินการตามแนวทางที่สามนี้อาจกระทำได้โดยการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่รับรองหลัก reformatio in peius ในระบบกฎหมายไทย ตัวอย่างเช่น

⁷² โปรดดู ข้อ 3.2 ข้างต้น

“มาตรา 46 ในการพิจารณาอุทธรณ์ ให้เจ้าหน้าที่พิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง และอาจมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใด ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มภาระหรือลดภาระหรือใช้ดุลพินิจแทนในเรื่องความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครองหรือมีข้อกำหนดเป็นเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ เว้นแต่การเปลี่ยนแปลงคำสั่งที่จะมีผลเป็นการเพิ่มภาระหรือก่อให้เกิดผลร้ายยิ่งขึ้นต่อผู้รับคำสั่งทางปกครอง”

อนึ่ง แม้ในกรณีที่มีการแก้ไขระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นระบบอุทธรณ์แบบทางเลือก (ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน) ตามแนวทางที่ได้เสนอข้างต้นแล้วก็ตามการยกเลิกหลักการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นย่อมมีผลสนับสนุนให้วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทยมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น อีกทั้งยังส่งเสริมหลักการคุ้มครองความไว้วางใจโดยสุจริตของประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครอง จึงเป็นแนวทางที่บทความฉบับนี้เห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติควรนำไปพิจารณาเพื่อดำเนินการต่อไป ไม่ว่าจะระบบกฎหมายนั้นจะเห็นด้วยกับการเปลี่ยนแปลงระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นระบบอุทธรณ์แบบทางเลือกหรือไม่ก็ตาม

4.4 แนวทางที่สี่ เสนอแนะให้กำหนดให้การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองโดยอัตโนมัติ

การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันของประเทศไทยเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ไม่ได้จำกัดอยู่เพียงแต่การเปลี่ยนแปลงจากระบบอุทธรณ์แบบบังคับเป็นระบบอุทธรณ์แบบทางเลือก (แนวทางที่หนึ่งและแนวทางที่สอง) และการยกเลิกหลักการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้น (แนวทางที่สาม) เท่านั้น หากแต่ยังรวมถึงวิธีการอื่นใดที่มีผลเป็นการลดหรือยกเลิกขั้นตอนที่ไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดแก่ประชาชนอีกด้วย ตัวอย่างของบทบัญญัติที่มีลักษณะดังกล่าวตามความเห็นของบทความฉบับนี้ ได้แก่ มาตรา 44 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งบัญญัติว่า “การอุทธรณ์ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทุเลาการบังคับตามมาตรา 63/2 วรรคหนึ่ง” ตามที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น⁷³ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การกำหนดให้การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองโดยอัตโนมัติ มีผลเป็นการปรับปรุงกลไกการคุ้มครองสิทธิของประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครองในกระบวนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจากเดิมที่มีลักษณะ “ไม่ทุเลาการบังคับเป็นหลัก” เป็น “ไม่ทุเลาการบังคับเป็นข้อยกเว้น” นั่นเอง ทั้งนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 44 วรรคสาม เพื่อให้การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองโดยอัตโนมัตินั้น อาจอาศัยแนวทางตามมาตรา 80 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) ของ

⁷³ โปรดดู ข้อ 2.3 ข้างต้น



สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งบัญญัติให้การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองโดยอัตโนมัติ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นที่กฎหมายบัญญัติไว้ นอกจากนี้ การดำเนินการตามแนวทางที่สี่นี้สามารถนำไปปรับใช้ควบคู่กับแนวทางการปฏิรูประบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทยที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นได้

วารสารวิชาการศาลปกครอง



เอกสารอ้างอิง

เอกสารภาษาไทย

- ชาญชัย แสวงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564.
- ฤทัย หงส์ศิริ. ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2561.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. กฎหมายมหาชนเบื้องต้น. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป. นนทบุรี : สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, 2554.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

เอกสารภาษาต่างประเทศ

- Henning Biermann. “Das Widerspruchsverfahren unter Reformdruck.” in: **Die Öffentliche Verwaltung**, 2008, S. 395ff.
- Steffen Detterbeck. **Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht**. 7. Auflage. München: C. H. Beck, 2009.
- Thomas Holzner. “Die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens.” in: **Die Öffentliche Verwaltung**, 2008, S. 217ff.
- Friedhelm Hufen. **Verwaltungsprozessrecht**. 8. Auflage. München: C. H. Beck, 2011.
- Ferdinand O. Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke. **Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar**, 18. Auflage. München: C. H. Beck, 2012.
- Hartmut Maurer. **Staatsrecht I. Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen**. 6. Auflage. München: C. H. Beck, 2010.
- Hartmut Maurer. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. 18. Auflage. München: C. H. Beck, 2011.
- Ulrike Rüssel. “Zukunft des Widerspruchsverfahrens.” in: **Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht**, 2006, S. 523ff.
- Klaus Schönenbroicher. “Leitziele und Kernpunkte der Reformen des Widerspruchsverfahrens.” in: **Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht**, 2009, S. 1144ff.
- Mahendra P. Singh. **German Administrative Law in Common Law Perspective**. 2nd Edition. Berlin: Springer, 2001.
- Christine Steinbeiß-Winkelmann, “Abschaffung des Widerspruchsverfahrens – ein Fortschritt?” in: **Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht**, 2009, S. 686ff.
- Gero Vaagt. “Der Abbau des Widerspruchsverfahrens im öffentlichen Baurecht.” in: **Zeitschrift für Rechtspolitik** 44, 2011, S. 211ff.
- Thomas Würtenberger. **Verwaltungsprozessrecht**. 3. Auflage. München: C. H. Beck, 2011.

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 ซึ่งนิติสัมพันธ์ประเภทนี้มีชื่อเรียกตั้งเดิมว่า “ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ” (Das besondere Gewaltverhältnis)

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

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 อันเป็นความสัมพันธ์ที่ฝ่ายหนึ่งยอมอยู่ใต้อำนาจอธิปไตย (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
ต่างตอบแทนกันอย่างไรในทางหนี้ แต่มีเนื้อหาว่าด้วยการมอบความคุ้มครองดูแล (Mundeburdium)⁷ และ
มอบความซื่อสัตย์ (Fides) ซึ่งก็มีลักษณะเดียวกับความสัมพันธ์ของข้าราชการต่อรัฐ (Dienstverhältnis) ที่ไม่ใช่
ความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน แต่มีธรรมชาติเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน ความสัมพันธ์นี้
เป็นความสัมพันธ์ที่ก่อตั้งโดยสัญญาที่ผู้เข้าเป็นข้าราชการจะต้องยินยอมพร้อมใจเข้ารับตำแหน่ง ซึ่งสัญญานี้
มิได้ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางหนี้ แต่ได้ก่อตั้งความสัมพันธ์ทางอำนาจและก่อตั้งข้อเรียกร้องให้มีการเชื่อฟัง
(Gehorsam) ความซื่อสัตย์ (Treu) และก่อตั้งหน้าที่ข้าราชการ (Dienstpflicht) เป็นพิเศษ และรัฐมีหน้าที่ต้อง
คุ้มครองดูแลข้าราชการ รวมถึงต้องจ่ายค่าตอบแทนที่ได้ให้คำมั่นไว้ หน้าที่ของรัฐอันเป็นสาระสำคัญ คือ
การคุ้มครองดูแลข้าราชการ และหากข้าราชการฝ่าฝืนหน้าที่ก็มีโทษประพฤติดังผิดสัญญา แต่เป็นความผิด
ที่เรียกว่า ความผิดทางวินัย (Disziplinarvergehen) ซึ่งเทียบได้กับการทรยศของทาสิตที่ดิน รวมถึงในส่วน
ของการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการก็มีโทษประพฤติดังผิดสัญญา 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 ส่วนกรณีนักโทษก็เป็นกรณีที่มีกฎหมายให้อำนาจในการบังคับให้นักโทษเข้าสู่ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษผ่านคำพิพากษา¹⁸ ผลของคำอธิบายในทางวิชาการเหล่านี้ทำให้การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษสามารถกระทำได้โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจอย่างชัดเจน 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 นักโทษผู้ฟ้องคดีจึงเห็นว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน 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 ในงานประชุมสมัชชานักกฎหมายว่าด้วยรัฐ (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 หนึ่งใน 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 ทฤษฎีว่าด้วยความสัมพันธ์พื้นฐานและความสัมพันธ์ในการทำงาน³² 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 โปรตดู 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 มิใช่ปล่อยให้กลายเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะออกระเบียบเสียเอง⁴⁰ ซึ่งกฎเกณฑ์อันเป็นสาระสำคัญตามความหมายของศาลรัฐธรรมนูญย่อมหมายถึง กฎเกณฑ์ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของนักเรียนและผู้ปกครองของนักเรียนนั่นเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิในทางสถานะของนักเรียน (Rechtsstellung) ไม่ว่าจะเป็นการรับเข้า การให้พ้นสภาพนักเรียน การสอบ การเลื่อนชั้น และมาตรการทางวินัย⁴¹ จากคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ทำให้ข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษไม่อาจนำมาใช้จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์พิเศษโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจได้อีกต่อไป ไม่ว่าจะเป็นนักเรียน นักโทษ นักเรียน ข้าราชการ หรือทหาร⁴² และในปัจจุบันชื่อเรียก “ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ” ก็ไม่ถูกนำมาใช้อีกต่อไป แต่เปลี่ยนเป็นความสัมพันธ์ทางสถานะพิเศษ (Sonderstatusverhältnis) หรือนิติสัมพันธ์พิเศษ (Sonderrechtsverhältnis) จึงอาจเปรียบเทียบได้ว่า 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 ดิงศภิทัย 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 โปรตดู เพิ่งอ้าง, น. 361-363.

ระหว่างรัฐกับข้าราชการในสมัยใหม่จึงมิใช่ความสัมพันธ์ทางสัญญาอย่างในกฎหมายแพ่งแต่อย่างใด นอกจากการถวายตัวโดยสมัครใจแล้ว ยังมีกฎหมายบางฉบับที่บังคับให้ประชาชนต้องเข้ามามีนิติสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับรัฐด้วย เช่น ตามพระราชบัญญัติลักษณะเกณฑ์ทหาร รัตนโกสินทร ศก 124⁴⁷ ก็ได้บังคับให้ประชาชนที่เป็นชายมีหน้าที่เข้ารับราชการทหารเมื่อมีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์⁴⁸ และพระราชบัญญัติประถมศึกษา พุทธศักราช 2464⁴⁹ ที่บังคับให้เด็กที่มีอายุตั้งแต่ 7 ปีขึ้นไปเข้าเรียนในโรงเรียนประถมศึกษา⁵⁰ ซึ่งตามกฎหมายดังกล่าวก็มิได้บัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างโรงเรียนกับนักเรียน หรือผู้บังคับบัญชา กับทหาร แต่ปล่อยให้เป็นอำนาจของเสนาบดีในการกำหนดกฎเกณฑ์ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ⁵¹ อย่างไรก็ตาม ในช่วงเวลานั้นวิชานิติศาสตร์และวิชากฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองยังไม่มีที่แพร่หลายนัก จึงยังมิได้มีผู้ใคร่เริ่มอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในฐานะที่เป็นข้อความคิดทางกฎหมาย คงมีเพียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 398/127 (2451)⁵² ที่อาจเรียกได้ว่าเป็นร่องรอยอย่างหนึ่งของข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษในประเทศไทย ในคดีนี้ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า ช่วงเวลาประมาณสองทุ่ม ผู้ว่าราชการเมืองสุโขทัย (จำเลย) ได้แจวเรือไปในคลอง ผู้ใหญ่บ้าน (โจทก์) ที่เมาสุรายืนอยู่ริมคลองนั้นได้ร้องถามว่าเรือผู้ใด จำเลยจึงเรียกตัวโจทก์ไปพบเพื่อสอบถามว่าโจทก์เป็นใคร โจทก์ตอบว่าเป็นผู้ใหญ่บ้าน จำเลยถามต่อว่า เหตุใดถามผู้อื่นได้ แต่เมื่อผู้อื่นถามว่าผู้ใดเรียกเรือจึงนั่งเสีย โจทก์ตอบว่า ไม่ได้ยิน จำเลยว่าโจทก์โกหกจึงสั่งให้นำโจทก์ไปขังไว้คืนหนึ่งวันหนึ่ง (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 แม้คนเมายังไม่ได้กระทำการใด 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, นิติสารสัน 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 จากการสำรวจตรวจสอบตำรากฎหมายปกครองทั้งหลายก่อนที่จะมีการนำเข้าสู่ทฤษฎีว่าด้วยความสัมพันธ์พื้นฐานและความสัมพันธ์ภายในองค์กรจากนักกฎหมายฝ่ายเยอรมัน 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 โดยกำหนดคุณสมบัติและการสอบคัดเลือกโดยไม่รับสมัครนักเรียนที่มีชั้นเรียนในโรงเรียนเดิมอยู่แล้วเป็นการกระทำละเมิดและละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของโจทก์ 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 และยังมีการใช้การโกนผมในเชิงลงโทษสำหรับผู้ต้องขังคือด้านเหลือขอหรือผู้ต้องขังหลบหนีเรือนจำ หรือระเบียบกรมราชทัณฑ์ ฉบับที่ 23 เรื่อง การไว้พระสวมนต์ของผู้ต้องขัง ลงวันที่ 23 ตุลาคม 2483⁸³ ที่บังคับให้ผู้ต้องขังต้องไว้พระสวมนต์ทุกวัน โดยไม่มีการคำนึงว่าการจะสวมนต์หรือไม่นั้นเป็นเสรีภาพทางศาสนาอย่างหนึ่งของผู้ต้องขัง และยังมีระเบียบกรมราชทัณฑ์ ฉบับที่ 20 เรื่อง การทำความเคารพของผู้ต้องขัง ลงวันที่ 25 ธันวาคม 2482⁸⁴ ที่กำหนดให้ผู้ต้องขังต้องทำความเคารพบรรดาเจ้าพนักงานเรือนจำที่ปฏิบัติงานอยู่ในเรือนจำทุกครั้งที่พบเห็น

นอกจากคำอธิบายของนักนิติศาสตร์ บทบัญญัติแห่งกฎหมาย และคำพิพากษาของศาลแล้ว ก็ยังมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ที่แสดงให้เห็นร่องรอยของข้อคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษอีกด้วย โดยมาตรา 45 ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวบัญญัติว่า บุคคลซึ่งเป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการประจำอื่น และพนักงานเทศบาลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับประชาชนพลเมือง เว้นแต่ที่จำกัดในกฎหมายหรือกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ หรือวินัย จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษในระบบกฎหมายไทยสามารถกระทำได้โดยกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งแตกต่างจากการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนทั่วไปที่ต้องกระทำโดยกฎหมายเท่านั้น⁸⁵ บทบัญญัตินี้จึงเป็นข้อยกเว้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่จะต้องคุ้มครองสิทธิอย่างเสมอภาคที่อนุญาตให้จำกัดสิทธิเสรีภาพของทหาร ตำรวจ ข้าราชการประจำอื่น และพนักงานเทศบาลในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ หรือวินัยได้ง่ายกว่าบุคคลทั่วไป⁸⁶ 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; ระเบียบนี้ถูกยกเลิกโดยระเบียบกรมราชทัณฑ์ 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 แต่ก็ยังบังคับให้ผู้ต้องขังต้องสวมนต์หรือปฏิบัติศาสนกิจตามศาสนาของตนวันละหนึ่งครั้ง

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, คำบรรยายกฎหมายรัฐธรรมนูญ, 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 เพราะจะถูกห้ามหรือถูกบังคับโดยกฎหรือระเบียบขององค์กรที่ใช้บังคับเฉพาะกับบุคคลที่มีสถานะเป็นนักเรียน นักโทษ หรือทหาร และการฝ่าฝืนกฎหรือระเบียบเหล่านั้นจะทำให้ได้รับผลร้าย

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 รูปแบบของข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษที่ทั้งสองท่านได้นำเข้ามา เป็นข้อความคิดที่ถูกปรับแต่งโดยทฤษฎีว่าด้วยความสัมพันธ์พื้นฐานและความสัมพันธ์ภายในองค์กรของ Ule แล้ว โดยกมลชัย รัตนสกววงศ์ ได้อธิบายข้อความคิดนี้ผ่านองค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครอง (คำสั่งทางปกครอง) ว่า การมีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครองของคำสั่งทางปกครองนั้นสำหรับบุคคลที่อยู่ภายใต้ความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษกับรัฐ เช่น ข้าราชการ นักศึกษาในมหาวิทยาลัยของรัฐ หรือนักโทษ สิทธิเสรีภาพของบุคคลเหล่านี้จะถูกจำกัดมากกว่าคนทั่วไป เนื่องจากจำเป็นที่จะต้องอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาบางประการของรัฐ ดังนั้น การจะพิจารณาว่าคำสั่งใดเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่จึงต้องแยกพิจารณาว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่มีผลต่อความสัมพันธ์พื้นฐานหรือความสัมพันธ์ในทางการทำงาน โดยความสัมพันธ์พื้นฐานจะเป็นความสัมพันธ์ที่ก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ คำสั่งที่กระทบต่อความสัมพันธ์พื้นฐานเหล่านี้ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิ ซึ่งโดยปกติแล้วคำสั่งลงโทษทางวินัยย่อมกระทบต่อสิทธิของบุคคลดังกล่าวในทางส่วนตัว 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 ในขณะดำรงตำแหน่งรองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาได้รับแต่งตั้งให้เป็นกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. และได้รับมอบหมายจากคณะรัฐมนตรีให้เป็นผู้ชี้แจงแสดงความคิดเห็น โปรดดู รายงานของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง 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 ซึ่งก็ได้มีการอ้างอิงระเบียบฉบับดังกล่าวมาใช้องค์ประกอบขึ้นเงินเดือนของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้ช่วยเหลือ

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 ซึ่งเป็นสถานะที่กลับหัวกลับหางในลำดับชั้นแห่งกฎหมายอย่างยิ่งที่มีการอ้างอิงระเบียบเพื่อบังคับผลบังคับของสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญสำหรับความสัมพันธ์ทางทหารก็ยังคงใช้บังคับพระราชบัญญัติวินัยทหาร 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 จะต้องพิจารณาต่อไปว่าข้าราชการรายดังกล่าวได้สวมเครื่องแบบข้าราชการหรืออ้างอ้างตำแหน่งหน้าที่ของตนในการแสดงออกหรือไม่ด้วย

¹²⁰ ย้อนรอยความตายในค่ายทหาร !!! [ออนไลน์], 2561, สืบค้นจาก <https://www.komchadluek.net/news/scoop/340529> เมื่อวันที่ 3 สิงหาคม 2564; ศาลอุทธรณ์ สั่งกองทัพบก จ่าย 1.8 ล้านบาท ชดใช้แม่สีบโทกิตติกร 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 แต่ก็ยังกำหนดรูปแบบและข้อกำหนดบางประการในการไว้ทรงผมของนักเรียนอยู่ 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 ว่าด้วยการเยี่ยมการติดต่อของบุคคลภายนอกกับผู้ต้องขังและการเข้าดูกิจการหรือติดต่อการงานกับเรือนจำ 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 นั่นเอง 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 โรงเรียนสายปัญญาฯ 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 เหล่าทัพราชูกร แดกองทัพลี้ซังซังทการ 15 วัน งดบำเหน็จ เพราะลงคลิป TikTok ด้อยคำรัฐบาล [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 ไม่อาจกระทำให้สิทธิเสรีภาพที่เสียไปแล้วกลับคืนมาดังเดิม 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 กฎเกณฑ์ในเรื่องนั้นยังต้องมีความละเอียดมากขึ้นตามไปด้วย¹⁴⁴ 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 ที่กำหนดว่าแต่ละส่วนราชการจะมีการกิจอย่างไร และจะมีส่วนราชการภายใต้สังกัดมากน้อยเท่าใด รวมถึงมีที่มาจากกฎหมายอื่น ๆ ที่จัดตั้งส่วนราชการทั้งหลายขึ้น และกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนก็จะเป็นส่วนที่กำหนดแนวทางว่าแต่ละส่วนราชการควรมีข้าราชการมากน้อยเพียงใด ซึ่งในการจัดตั้งองค์กรทั้งหลายเหล่านี้จะไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลที่อยู่ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษแต่อย่างใด เนื่องจากบุคคลไม่ได้มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องโดยตรงกับการที่ส่วนราชการจะมีการกิจมากน้อยเพียงใด 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 การกระทำความล่วงละเมิดไม่มีผลกระทบต่อบทบาทหรือ 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 ก็จะทำให้จริยธรรมที่ผูกพัน 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 หรือคำสั่งภายในดังกล่าวนี้ก็มีผลผูกพันต่อผู้ที่อยู่ภายในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ 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 ไวสำรวจ, นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส, ใน โครงการฝึกอบรมนิติกร หลักสูตร หลักกฎหมายปกครองเบื้องต้น, (กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2529), น. 12.



อำนาจพิเศษงดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หากผู้ใดฝ่าฝืนจะถูกดำเนินการทางวินัย หนังสือเวียนนี้ แม้จะไม่ใช่อำนาจหรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลทางกฎหมายโดยตรงต่อบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ แต่ก็ย่อมทำให้บุคคลดังกล่าวเกิดความกลัวที่จะถูกดำเนินการทางวินัยและงดเว้นที่จะกระทำการดังกล่าวเสีย ทำให้สิทธิเสรีภาพของบุคคลถูกกระทบกระเทือนได้โดยที่ยังไม่ต้องการออกกฎหมายหรือคำสั่งแต่ประการใด 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 (Bundesbeamtengesetz) กำหนดว่า บรรดาข้อพิพาททั้งหลายที่เกิดจากนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายข้าราชการอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และกรณีที่ข้าราชการจะฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ข้าราชการจะต้องอุทธรณ์โต้แย้งเรื่องราวขึ้นตามที่กฎหมายกำหนดเสียก่อน 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 รวมถึงยังมีอำนาจหน้าที่ในการรับเรื่องร้องเรียนจากทหารโดยตรง โดยที่ทหารไม่ต้องร้องเรียนตามสายบังคับบัญชาก่อน ทั้งนี้ ก็เพื่อให้ทหารไม่ต้องเกรงกลัวว่าการร้องเรียนจะเป็นผลร้ายกับตนเอง นอกจากนี้ ในแต่ละรอบปีผู้ตรวจการกองทัพจะต้องจัดทำรายงานเกี่ยวกับข้อร้องเรียนของทหารเพื่อรายงานต่อสภาผู้แทนราษฎรอีกด้วย¹⁵⁷

6. สรุป

ข้อความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษในฐานะที่เป็นข้อความคิดทางกฎหมาย มีพัฒนาการมายาวนานในยุโรป โดยเริ่มจากการแบ่งแยกระหว่างความสัมพันธ์ทางหน้าที่ตามกฎหมายเอกชน กับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับข้าราชการที่เป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายมหาชน และนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่าความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับข้าราชการตามกฎหมายมหาชนนั้น ไม่ใช่ความสัมพันธ์ทางหน้าที่ในกฎหมายเอกชน ซึ่งรัฐนั้นมิมีอำนาจในการออกคำสั่งและบังคับการต่อข้าราชการได้เองโดยไม่ต้องฟ้องต่อศาลเพื่อบังคับหน้าที่ตามกฎหมายเอกชน 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 ทำให้มีผู้เริ่มนำเสนอแนวคิดใหม่ว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ จะต้องกระทำโดยกฎหมายเท่านั้น ซึ่งก็มีนักนิติศาสตร์อีกท่าน คือ Carl Hermann Ule ได้เสนอแนวคิดว่าด้วยความสัมพันธ์พื้นฐานและความสัมพันธ์ภายในองค์กร เพื่อแบ่งแยกการกระทำที่มีผลกระทบต่อสิทธิและการกระทำที่ไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษ ซึ่งการกระทำใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อนิติสัมพันธ์ที่เป็นการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือระงับความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษจะเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลและเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์ได้แย้งและฟ้องคดีต่อศาลได้ 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 ที่จะต้องคลายความเข้มข้นของข้อคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ทางอำนาจพิเศษไม่ให้ลิดรอนสิทธิเสรีภาพ 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

**การนำมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (einstweilige Anordnung) มาใช้
ในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการตรวจสอบ
: ประสพการณ์จากระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายไทย**

วิชา เนตรหัตถ์สนั่น*

บทคัดย่อ

มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (einstweilige Anordnung) เป็นมาตรการที่สามารถนำมาใช้คุ้มครองสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครองในกระบวนการสอบและการตรวจสอบได้ แต่มาตรการดังกล่าวกลับยังไม่ได้มีการนำมาใช้ในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการตรวจสอบของไทยเท่าที่ควร ด้วยเหตุนี้ บทความฉบับนี้จึงจะได้นำเสนอเกี่ยวกับเงื่อนไข ขั้นตอน และวิธีการในการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในระบบกฎหมายเยอรมันผ่านตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการตรวจสอบ 8 รูปแบบ ได้แก่ 1. การอนุญาตให้เข้าสอบชั่วคราว 2. การกำหนดมาตรการเพื่อชดเชยให้กับผู้ที่มีความบกพร่องบางประการอันเป็นอุปสรรคต่อการสอบ 3. การปลดปล่อยผู้เข้าสอบจากภาระบางประการที่เป็นอุปสรรคต่อการสอบ 4. สิทธิในการสอบซ่อม 5. การดำเนินการศึกษาตามหลักสูตรไปพลางก่อนในกรณีที่สอบไม่ผ่านบางรายวิชา 6. การออกใบรับรองวุฒิการศึกษาหรือผลการศึกษาชั่วคราว 7. การให้เหตุผลประกอบการประเมินผลการสอบปากเปล่า และ 8. การประเมินผลคะแนนใหม่เป็นการชั่วคราว เพื่อเป็นแนวทางสำหรับศาลปกครองไทยในการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการตรวจสอบต่อไป

คำสำคัญ : บรรเทาทุกข์ชั่วคราว, วิธีการชั่วคราว, ข้อสอบ, คำขอที่ทำให้กระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีไร้ประโยชน์ (Vorwegnahme der Hauptsache), ดุลพินิจ, การป้องกันโรคระบาด

* Master of Laws “Deutsches Recht” (LL.M.) Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 2 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ความเบื้องต้น

ในสภาพสังคมปัจจุบัน เราไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการสอบเป็นหนึ่งในปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อความสำเร็จในชีวิตของปัจเจกบุคคลเป็นอย่างยิ่ง ไม่ว่าจะเป็นการสอบเพื่อเข้าเรียนหรือศึกษาต่อ การสอบตามหลักสูตรของสถานศึกษา หรือการสอบเพื่อเข้าสู่วิชาชีพใดวิชาชีพหนึ่งก็ตาม โดยในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น สิทธิในกระบวนการสอบที่เป็นธรรมเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 12 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือที่เรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (Grundgesetz, GG) ในฐานะที่เป็น “เสรีภาพในทางอาชีพ” (Berufsfreiheit) ด้วยเหตุนี้ ฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่ในการออกกฎระเบียบเกี่ยวกับการสอบ ดูแลกระบวนการสอบ ตรวจสอบข้อสอบ หรือหน้าที่อื่นใดที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบ จะต้องใช้อำนาจของตนโดยคำนึงถึงเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เข้าสอบเสมอ อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในทางอาชีพเป็นเสรีภาพที่อาจจำกัดได้ด้วยคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญประการอื่นภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ¹ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิของบุคคลอื่นในชีวิตและร่างกายของตน สิทธิในการเข้าสู่ตำแหน่งในทางราชการ หรือแม้กระทั่งความเสมอภาคกันระหว่างผู้เข้าสอบ อันเป็นความเสมอภาคที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน และมักเป็นประเด็นที่ถูกหยิบยกขึ้นมาโต้แย้งการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบมากที่สุด และเป็นสาเหตุให้มีคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการตรวจสอบข้อสอบขึ้นสู่ศาลปกครองเป็นจำนวนมากในประเทศเยอรมัน

นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายเยอรมัน การกิจของรัฐในการประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพ (Pflicht zur Gewährung effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes) ตามมาตรา 19 วรรคสี่ ของกฎหมายพื้นฐาน นั้น ไม่ได้เป็นการประกันประสิทธิภาพของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีเท่านั้น แต่ต้องคุ้มครองการต้องเป็นที่พึ่งของประชาชนได้ในระดับที่ว่า เมื่อการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของฝ่ายปกครองส่งผลกระทบต่อประชาชนแล้ว ประชาชนย่อมร้องขอให้ศาลกำหนดมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อป้องกันผลกระทบที่เกิดขึ้นแก่ตนในระหว่างที่รอผลของกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีได้ ซึ่งรวมไปถึงการขอคุ้มครองชั่วคราวในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับ

¹ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจในการตรวจสอบข้อสอบที่เกี่ยวข้องกับการเข้าสู่วิชาชีพต่าง ๆ เช่น แพทย์ นักกฎหมาย หรือในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับการไม่ปฏิบัติตามระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการสอบ ซึ่งศาลปกครองมักต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้สอบไม่ปฏิบัติตามระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการสอบ (ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันความเสมอภาคระหว่างผู้เข้าสอบ) และการเสรีภาพในการเข้าสู่วิชาชีพของผู้เข้าสอบ ด้วยเหตุนี้ การปฏิบัติที่ไม่เป็นไปตามระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการสอบ จึงมิใช่เหตุที่ผู้ตรวจสอบข้อสอบจะต้องปฏิเสธการตรวจสอบข้อสอบทั้งฉบับเสมอไป แต่ต้องพิจารณาปัจจัยแวดล้อมประกอบด้วยว่าพฤติการณ์เช่นนั้น ร้ายแรงถึงขนาดที่จะปฏิเสธการตรวจให้คะแนนข้อสอบฉบับดังกล่าวทั้งหมดหรือไม่

กระบวนการสอบและการตรวจข้อสอบ เนื่องจากกระบวนการสอบนั้น โดยหลักแล้วเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเพียงครั้งเดียว เมื่อเกิดข้อผิดพลาดอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วก็ย่อมยากต่อการเยียวยาให้กลับมาสู่สภาพเดิมได้ด้วยเหตุนี้ ผู้ที่ประสงค์จะให้ตนได้รับการคุ้มครองสิทธิโดยศาลปกครองจึงมักจะมีคำขอให้ศาลคุ้มครองสิทธิของตนในระหว่างที่รอผลการพิจารณาคดีในกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีมาด้วยเสมอ และรูปแบบของวิธีการชั่วคราวที่มักจะใช้ในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการตรวจข้อสอบก็คือ “มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว” (einstweilige Anordnung) อันเป็นมาตรการเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในสถานะที่เป็นอยู่ หรือเพื่อเปลี่ยนแปลงสถานะของผู้ยื่นคำขอเป็นการชั่วคราวในระหว่างที่ศาลยังไม่มีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งในกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี อันเป็นกระบวนการพิจารณาที่แยกออกมาจากกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี (selbstständiges Verfahren) ผู้ยื่นคำขอจึงสามารถยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวได้ แม้จะยังไม่ได้ยื่นคำฟ้องก็ตาม²

สาเหตุที่ “มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว” ถูกนำมาใช้ในคดีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบหรือการตรวจข้อสอบมากกว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวระหว่างพิจารณาอีกประเภทหนึ่งที่เรียกว่า “การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง” (aufschiebende Wirkung) ก็เนื่องมาจากวัตถุประสงค์ของการฟ้องในคดีเกี่ยวกับการสอบมักจะเป็นการกำหนดภาระให้ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง และถึงแม้ว่าวัตถุประสงค์จะเป็นคำสั่งทางปกครองก็ตาม การทุเลาการบังคับตามคำสั่งปฏิเสธ (เช่น คำสั่งปฏิเสธไม่ให้เข้าศึกษา) ก็มักจะไม่ก่อประโยชน์อันใดให้แก่ผู้ฟ้องคดีในคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากการทุเลาการบังคับตามคำสั่งปฏิเสธนั้นมีผลเป็นเพียงการหน่วงผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองไว้ก่อนเท่านั้น แต่มิได้มีผลในเชิงบวกให้ผู้ยื่นคำขอได้รับอนุญาตให้เข้าศึกษาเป็นการชั่วคราว ได้รับการประเมินผลคะแนนใหม่ หรือได้รับการกำหนดมาตรการอื่นใดเพื่อเปลี่ยนแปลงสถานะของผู้ยื่นคำขอไปพลางก่อนแต่อย่างใด³

ด้วยเหตุนี้ ในบทความฉบับนี้จะได้กล่าวถึงกลไกในการพิจารณากำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ในระบบกฎหมายเยอรมัน (หัวข้อที่ 1.) พร้อมทั้งตัวอย่างการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ใน 8 รูปแบบเพื่อนำมาใช้คุ้มครองผู้สอบในระหว่างที่รอผลการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี (หัวข้อที่ 2.) เพื่อสุดท้ายจะได้นำหลักการที่ได้ไปใช้ในการเปรียบเทียบและวิเคราะห์ถึงแนวทางที่ศาลปกครองของไทยจะนำกลไกในการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ไปใช้ในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการประเมินผลสอบ (หัวข้อที่ 3.)

² รายละเอียดโปรดดูต่อไปในหัวข้อที่ 1.1

³ ตัวอย่างที่เป็นรูปธรรมของการนำมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวไปใช้ในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการตรวจข้อสอบ โปรดดูต่อไปในหัวข้อที่ 2.

1. มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (einstweilige Anordnung) ในระบบกฎหมายเยอรมัน

มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในระบบกฎหมายเยอรมันปรากฏอยู่ในมาตรา 123 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO) ซึ่งบัญญัติว่า

“(1)⁴ เมื่อมีการยื่นคำขอ [ให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว] แม้ยังมิได้มีการยื่นคำฟ้องต่อศาลก็ตาม ศาลสามารถกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวอันเกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาทได้ หากสภาพแห่งข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไปอาจจะก่อให้เกิดความเสี่ยงที่ผู้ยื่นคำขอจะไม่สามารถบังคับตามสิทธิของตนตามกฎหมายได้ หรือการใช้สิทธิตามกฎหมายของผู้ยื่นคำขอจะเป็นไปได้อย่างยั่งยืน ทั้งนี้ ศาลสามารถกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ (Regelung) ที่มีผลเป็นการยืนยันสถานะบางประการไว้เป็นการชั่วคราว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีของนิติสัมพันธ์ที่ดำเนินมาอย่างต่อเนื่อง เพื่อป้องกันผลกระทบที่ร้ายแรงต่อผู้ยื่นคำขอ เพื่อป้องกันอันตรายที่ใกล้จะถึง หรือเพื่อเหตุจำเป็นอื่นใด

(2) ให้ศาลปกครองที่มีเขตอำนาจในประเด็นหลักแห่งคดีเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณา กำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ศาลปกครองที่มีเขตอำนาจในประเด็นหลักแห่งคดี หมายถึง ศาลปกครองซึ่งเป็นผู้พิจารณาตัดสินเป็นศาลแรก และในกรณีที่คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาอุทธรณ์ หมายถึง ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ทั้งนี้ ให้นำมาตรา 80 วรรคแปด มาใช้บังคับโดยอนุโลม

(3) ในการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้นำมาตรา 920 มาตรา 921 มาตรา 923 มาตรา 926 มาตรา 928 ถึงมาตรา 932 มาตรา 938 มาตรา 939 มาตรา 941 และมาตรา 945 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับโดยอนุโลม

(4) ให้ศาลวินิจฉัยคำขอในรูปของคำสั่ง (Beschluss)

(5) ความตามวรรคหนึ่งถึงวรรคสาม มิให้นำมาใช้กับกรณีของการทูลเกล้าฯ ถวายคำร้องทางปกครองหรือกฎหมายตามมาตรา 80 และมาตรา 80a”

จากบทบัญญัติดังกล่าว สามารถพิจารณาลักษณะและการใช้มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวได้จาก 3 ประเด็นปัญหา ดังต่อไปนี้ ได้แก่ สถานะทางกฎหมายของมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (หัวข้อที่ 1.1) ประเภทของมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (หัวข้อที่ 1.2) และหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (หัวข้อที่ 1.3)

1.1 สถานะทางกฎหมายของมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (einstweilige Anordnung) เป็นเครื่องมือที่ช่วยให้ศาลสามารถคุ้มครองสิทธิของผู้ยื่นคำขอ (ผู้ฟ้องคดี) ในระหว่างที่ศาลยังไม่มีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งในกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี โดยการพิจารณาคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวนั้น เป็นกระบวนการ

⁴ วงเล็บในที่นี้แสดงถึงวรรค มิใช่เลขมาตราเหมือนในระบบกฎหมายไทยแต่อย่างใด



พิจารณาที่แยกออกมาจากกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี (selbstständiges Verfahren) ผู้ยื่นคำขอจึงสามารถยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวได้ แม้จะยังไม่ได้ยื่นคำฟ้องก็ตาม

อย่างไรก็ตาม เพื่อป้องกันมิให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำมาตราการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวไปใช้เป็นเครื่องมือในการกดดัน (Druckmittel) ให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมิได้มีความประสงค์ที่จะยื่นคำฟ้องต่อศาลเพื่อให้ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีหลักต่อไป⁵ มาตรา 123 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง จึงได้กำหนดให้นำมาตรา 926 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับโดยอนุโลม ผลของการนำมาตรา 926 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้กับกระบวนการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในคดีปกครอง ก็คือ ในกรณีที่ศาลได้กำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้แก่ผู้ยื่นคำขอ โดยที่ผู้ยื่นคำขอยังมิได้ยื่นคำฟ้องต่อศาล (คดียังมีไต่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล) หากผู้ถูกฟ้องคดียื่นคำร้องต่อศาล **ศาลจะต้องกำหนดให้ผู้ยื่นคำขอมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวนำคดีมาฟ้องต่อศาลภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด**⁶ หากผู้ยื่นคำขอมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวไม่ได้นำคดีมาฟ้องต่อศาลภายในระยะเวลาที่ศาลได้กำหนดไว้ ผู้ถูกฟ้องคดีสามารถยื่นคำขอให้ศาลเพิกถอนมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวที่ศาลกำหนดไว้ได้⁷

นอกจากนี้ มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวยังทำหน้าที่เป็นส่วนเติมเต็มมิให้เกิดช่องว่างในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวระหว่างการพิจารณา ในส่วนที่ยังไม่มีกฎหมายกำหนดวิธีการชั่วคราวระหว่างการพิจารณาไว้เป็นการเฉพาะ กล่าวคือ มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวตามมาตรา 123 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง จะไม่นำไปใช้กับกรณีการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 80 และมาตรา 80a หรือกรณีการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวที่ใช้สำหรับกฎโดยเฉพาะตามมาตรา 47 วรรคห้า แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง ด้วยเหตุนี้ มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวตามมาตรา 123 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง จึงสามารถนำไปใช้กับกรณีอื่นนอกเหนือจากที่กล่าวไว้ข้างต้นได้เท่านั้น กล่าวคือ สามารถนำไปใช้ได้กับการฟ้องเพื่อกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) การฟ้องทั่วไปเพื่อกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองกระทำการ (allgemeine Leistungsklage) หรือการฟ้องเพื่อยืนยันนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายมหาชน (Feststellungsklage) เท่านั้น โดยข้อแตกต่างที่สำคัญระหว่างการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองและมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ก็คือ การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองเป็นกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ที่ซับซ้อน (kompliziertes Wechselspiel) ระหว่างเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองและเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณา

⁵ เทียบเคียงกับ Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, Zivilprozessordnung, 78. Aufl., München 2020, § 926 Rn. 2.

⁶ มาตรา 926 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

⁷ มาตรา 926 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

อุทธรณ์ฝ่ายหนึ่งกับศาลอีกฝ่ายหนึ่ง ในขณะที่มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวเป็นมาตรการที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างศาลกับผู้มีส่วนได้เสียในคดีเท่านั้น⁸

1.2 ประเภทของมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

มาตรา 123 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง บัญญัติให้ศาลสามารถกำหนดคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวได้ 2 รูปแบบ ได้แก่

รูปแบบที่หนึ่ง มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในเชิงป้องกัน (Sicherungsanordnung)

กล่าวคือ เป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเปลี่ยนแปลงสถานะที่มีอยู่เดิม (Bewahrung des status quo)⁹ ในกรณีเช่นนี้ศาลจะออกคำสั่งให้ฝ่ายปกครองงดเว้นกระทำการประการใดประการหนึ่ง (Unterlassungsgebot) อันเป็นการกระทำที่ขัดขวางมิให้ผู้ยื่นคำขอบังคับตามสิทธิที่ตนมีอยู่ได้ (Verwirklichung des Rechts) หรือทำให้ผู้ยื่นคำขอเกิดอุปสรรคในการใช้สิทธิของตนเกินสมควร¹⁰ เช่น การขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวเพื่อมิให้มีการเวนคืนที่ดินของผู้ยื่นคำขอไปใช้ในการสร้างถนน อันเป็นกรณีที่ศาลใช้มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในเชิงป้องกัน เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในทางทรัพย์สินของผู้ยื่นคำขอตามมาตรา 14 วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน หรือการขอให้ศาลงดการบรรจุตำแหน่งราชการให้แก่ผู้สมัครรายอื่นไว้ชั่วคราวในระหว่างที่ยังมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ที่มีสิทธิได้รับการบรรจุในตำแหน่งดังกล่าว อันเป็นกรณีที่ศาลใช้มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในเชิงป้องกัน เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ยื่นคำขอในการเข้าสู่ตำแหน่งทางราชการตามมาตรา 33 วรรคสอง ของกฎหมายพื้นฐาน¹¹

รูปแบบที่สอง มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในเชิงกำหนดกฎเกณฑ์ (Regelungsanordnung)

เป็นการกำหนดมาตรการเพื่อให้ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการชั่วคราว อันมีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะที่มีอยู่เดิม (Veränderung des status quo)¹² เพื่อป้องกันอันตรายหรือความเสียหายต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นแก่ผู้ยื่นคำขอ อันเป็นผลกระทบที่ร้ายแรงและยากที่จะเยียวยาแก้ไขในภายหลังได้ โดยมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในเชิงกำหนดกฎเกณฑ์เป็นรูปแบบของมาตรการที่ถูกนำมาใช้ในการกำหนดวิธีการชั่วคราวระหว่างการพิจารณาคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบหรือการตรวจสอบมากที่สุด เนื่องจากในคดีประเภทดังกล่าวผู้ยื่นคำขอเพื่อให้ศาลกำหนดวิธีการชั่วคราวระหว่างการพิจารณามักจะไม่ได้ประสงค์เพียงระงับผลของคำสั่งทางปกครองหรือกฎ

⁸ Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl., § 33 Rn. 1.

⁹ Happ, in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Aufl., München 2018, § 123 Rn. 21.

¹⁰ Happ, in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Aufl., München 2018, § 123 Rn. 18.

¹¹ ตัวอย่างจาก Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, Rn. 1528.

¹² Happ, in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, § 123 Rn. 21.



หรือระงับการกระทำของฝ่ายปกครองบางประการเท่านั้น แต่ยังประสงค์จะให้ฝ่ายปกครอง “กระทำการ” อย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้ตนได้เข้าสอบได้โดยปราศจากอุปสรรค เพื่อให้ตนได้เข้าศึกษาหรือดำเนินการศึกษาต่อเป็นการชั่วคราว หรือเพื่อให้มีการประเมินผลคะแนนของตนใหม่อีกครั้ง เป็นต้น¹³

1.3 หลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

มาตรา 123 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง ประกอบมาตรา 920 วรรคสอง และมาตรา 924 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กำหนดให้ผู้ที่ยื่นคำขอต่อศาลเพื่อให้กำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวนั้น จะต้องยืนยันข้อเท็จจริงในเบื้องต้น (Glaubhaftmachung)¹⁴ ให้ศาลเห็นว่า ตนมีโอกาสชนะคดีในกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี¹⁵ โดยการแสดงให้เห็นที่เป็นที่พอใจแก่ศาลว่า ตนเป็นผู้มีสิทธิในการยื่นคำขอ และมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวตามคำขอนั้นเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองสิทธิของตน ทั้งคำขอของผู้ยื่นคำขอจะต้องไม่เป็นการทำให้กระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีเสร็จสิ้นไปก่อน ด้วยเหตุนี้ การพิจารณาออกคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวจึงมีหลักเกณฑ์สำคัญ 3 ประการที่ศาลต้องพิจารณา ได้แก่ สิทธิในการยื่นคำขอ (Anordnungsanspruch) (หัวข้อที่ 1.3.1) เหตุจำเป็นในการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (Anordnungsgrund) (หัวข้อที่ 1.3.2) และไม่มีลักษณะที่ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีไร้ประโยชน์ (Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache) (หัวข้อที่ 1.3.3)

¹³ ตัวอย่างของรูปแบบการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวโปรดดูต่อไปในหัวข้อที่ 2.

¹⁴ การยืนยันข้อเท็จจริงเบื้องต้นต่อศาล (Glaubhaftmachung) เป็นมาตรฐานในการเสนอพยานหลักฐานขั้นต่ำที่สุดที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมัน โดยในกระบวนการดังกล่าวผู้ยื่นคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวจะต้องเสนอพยานหลักฐานต่าง ๆ ต่อศาล อันเป็นพยานหลักฐานที่ศาลสามารถตรวจสอบได้ทันที และอาจสาบานตนเพิ่มเติมได้ว่าถ้อยคำที่ตนได้ให้แก่ศาลทั้งหมดนั้นเป็นความจริง (Versicherung an Eides statt) Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, Zivilprozessordnung, 78. Aufl., München 2020, § 294, Rn. 1-11.

¹⁵ ในทางวิชาการได้มีความพยายามในการนิยามระดับของความเป็นไปได้ที่จะชนะคดีด้วยคำสำคัญต่าง ๆ เช่น “มีความเป็นไปได้สูงยิ่งที่จะชนะคดี” (sehr hohe Wahrscheinlichkeit) “มีความเป็นไปได้สูงที่จะชนะคดี” (hohe Wahrscheinlichkeit) “มีโอกาที่จะชนะคดีมากกว่าโอกาที่จะแพ้คดี” (überwiegende Erfolgsaussicht) “มีข้อบ่งชี้สำคัญที่แสดงให้เห็นถึงโอกาสที่จะชนะคดี” (gewichtige Anhaltspunkte) “มีความน่าจะเป็นที่เพียงพอต่อการชนะคดี” (hinreichende Wahrscheinlichkeit) อย่างไรก็ตาม ได้มีนักกฎหมายบางส่วนเห็นว่า การนำเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับโอกาสในการชนะคดีมาประกอบการพิจารณานั้น ไม่ถูกต้อง เพราะหลักการสำคัญไม่ได้อยู่ที่ว่าผู้ยื่นคำขอจะมีโอกาสชนะคดีมากน้อยเพียงใด แต่ขึ้นอยู่กับว่าเกิดข้อสงสัยในความชอบด้วยกฎหมายของคำฟ้องในส่วนที่เป็นเนื้อหาของคำฟ้อง (Begründetheit) มากน้อยเพียงใด รายละเอียดเกี่ยวกับข้อโต้แย้งต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยืนยันข้อเท็จจริงต่อศาล เพื่อขอให้ศาลคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวระหว่างพิจารณา โปรดดู Zimmerling, Brehm, Die vorläufige Rechtsschutz im Prüfungsrecht, NVwZ 2004, 651 (651).

1.3.1 สิทธิในการยื่นคำขอ (Anordnungsanspruch)

การจะพิจารณาว่าผู้ยื่นคำขอเป็นผู้มีสิทธิในการยื่นคำขอหรือไม่นั้น ศาลจะต้องพิจารณาสิทธิของผู้ฟ้องคดีในเชิงเนื้อหา (Begründetheit) ตามเงื่อนไขของการยื่นฟ้องคดีหลัก¹⁶ ซึ่งในกรณีของสิทธิในการยื่นคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับ กระบวนการสอบและการตรวจสอบนั้นก็คือ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสอบ หรือความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการตรวจสอบนั่นเอง

1.3.2 เหตุจำเป็นในการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (Anordnungsgrund)

ในลำดับถัดไปศาลจะต้องตรวจสอบว่า การกำหนดคำสั่งบรรเทาทุกข์ให้แก่ ผู้ฟ้องคดีนั้น มีความจำเป็นหรือไม่ กล่าวคือ ต้องตรวจสอบว่าการปล่อยให้ผู้ยื่นคำขอต้องรอคำวินิจฉัย หรือคำสั่งในกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีนั้น จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิของ ผู้ฟ้องคดีเกินสมควรหรือไม่ โดยต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ในการใช้สิทธิของผู้ฟ้องคดี ผลกระทบ ต่อบุคคลภายนอก และผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ (Interessenabwägung) โดยนำ สถานการณ์ในกรณีที่ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้ผู้ยื่นคำขอมาเปรียบเทียบกับสถานการณ์ ในกรณีที่ศาลไม่ได้กำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้ผู้ยื่นคำขอ¹⁷ ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าว โดยสรุปได้ว่า การตรวจสอบเหตุจำเป็นก็คือ การตรวจสอบ “ความจำเป็นเร่งด่วนในการกำหนดมาตรการ บรรเทาทุกข์ชั่วคราว” (Eilbedürftigkeit)¹⁸ นั่นเอง

1.3.3 ไม่มีลักษณะที่ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลัก แห่งคดีไร้ประโยชน์ (Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache)

กระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการขอบรรเทาทุกข์มีลักษณะเป็นกระบวนการ พิจารณาที่ต้องดำเนินการไปชั่วคราวในระหว่างที่รอคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาในกระบวนการพิจารณาของศาล ในประเด็นหลักแห่งคดี ด้วยเหตุนี้ โดยทั่วไปแล้วกระบวนการพิจารณาดังกล่าวจึงต้องไม่มีลักษณะเป็นการดำเนิน กระบวนการพิจารณาที่เสร็จสิ้นในตัว เช่น หากผู้ยื่นคำขอต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลกำหนดวิธีการชั่วคราว เพื่อให้ฝ่ายปกครองมีคำสั่งว่า ให้ตนเข้าไปใช้พื้นที่ตั้งแผงลอยในเทศบาลประจำปี เช่นนี้แล้วหากศาล อนุญาตตามคำขอก็ย่อมทำให้ผู้ยื่นคำขอไม่จำเป็นต้องยื่นคำฟ้องเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล

¹⁶ Funke-Kaiser, in: Quaas/Zuck, Prozesse in Verwaltungssachen, Baden-Baden 2008, § 4 Rn. 458.

¹⁷ Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 17. Aufl. München 2019, Rn. 1534.

¹⁸ Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 17. Aufl. München 2019, Rn. 1531.



ในประเด็นหลักแห่งคดีต่อไป เป็นการทำให้กระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีเสร็จสิ้นไปก่อน ในทางข้อเท็จจริง (faktische Vorwegnahme der Hauptsache) ในกรณีเช่นนี้ศาลจึงอาจสั่งไม่อนุญาตตามคำขอได้

อย่างไรก็ตาม เพื่อเป็นการประกันประสิทธิภาพของการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ (Effektivität des Rechtsschutzes) ในกรณีศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า หากไม่มีคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวแล้ว จะก่อให้เกิด**ความเสียหายต่อผู้ยื่นคำขออย่างยิ่งยวดเกินสมควร** (schlechthin unzumutbar) และเป็นที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่า **มีความเป็นไปได้ที่สูงยิ่งที่ผู้ยื่นคำขอจะชนะคดีในกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี** (eindeutig überwiegende Erfolgsaussichten)¹⁹ ศาลสามารถกำหนดวิธีการชั่วคราวให้เป็นไปตามคำขอได้ เช่น ในกรณีที่นักเรียนที่ต้องเรียนข้ามชั้นแล้วยื่นคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวเพื่อให้ตนไปเข้าเรียนในชั้นเรียนถัดไปก่อนที่จะกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีจะเริ่มต้น หากศาลผู้พิจารณาคำขอเห็นว่า การปล่อยระยะเวลาให้ผ่านไปเนิ่นนานจะทำให้นักเรียนได้รับความเสียหายเกินสมควร และเห็นว่าโอกาสที่ผู้ยื่นคำขอจะชนะคดีในคดีหลักมีสูงอย่างยิ่ง ศาลก็สามารถออกคำสั่งให้มีมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวตามคำขอไปพลางก่อนได้²⁰

2. ตัวอย่างการนำมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวไปใช้ในการคุ้มครองสิทธิในกระบวนการสอบที่เป็นธรรม

เนื่องจากการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวนั้นสามารถทำได้อย่างหลากหลาย ในส่วนที่ 2 นี้ จึงได้รวบรวมตัวอย่างคดีที่เกี่ยวข้องกับการนำมาตรการบรรเทาทุกข์ใน 8 รูปแบบ ได้แก่ 1. การอนุญาตให้เข้าสอบชั่วคราว (หัวข้อที่ 2.1) 2. การกำหนดมาตรการเพื่อชดเชยให้แก่ผู้ที่มีความบกพร่องบางประการอันเป็นอุปสรรคต่อการสอบ (หัวข้อที่ 2.2) 3. การปลดปล่อยผู้เข้าสอบจากภาระบางประการที่เป็นอุปสรรคต่อการสอบ (หัวข้อที่ 2.3) 4. สิทธิในการสอบซ่อม (หัวข้อที่ 2.4) 5. การดำเนินการศึกษาตามหลักสูตรไปพลางก่อนในกรณีที่สอบไม่ผ่านบางรายวิชา (หัวข้อที่ 2.5) 6. การออกใบรับรองวุฒิการศึกษาหรือผลการศึกษาชั่วคราว (หัวข้อที่ 2.6) 7. การให้เหตุผลประกอบการประเมินผลการสอบปากเปล่า (หัวข้อที่ 2.7) และ 8. การประเมินผลคะแนนใหม่เป็นการชั่วคราว (หัวข้อที่ 2.8)

2.1 การอนุญาตให้เข้าสอบชั่วคราว (vorläufige Zulassung zu einer Prüfung)

ตัวอย่างของคำขอในรูปแบบดังกล่าวปรากฏในคำสั่งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมสธ บาดิน-เวือร์ทเทิมแบร์ค ฉบับลงวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 2017 ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการขออนุญาตเข้าสอบปากเปล่าในข้อสอบวิชากฎหมายของรัฐเป็นการชั่วคราว (หัวข้อที่ 2.1.1) และคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองซตุท์ท์การ์ท ฉบับลงวันที่ 19 กรกฎาคม ค.ศ. 2010 ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการขออนุญาตเข้าสอบปากเปล่าเป็นการชั่วคราวสำหรับนักเรียนในระดับชั้นมัธยมศึกษา (หัวข้อที่ 2.1.2)

¹⁹ Schenke, Wolf-Rüdeger, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl., Heidelberg 2012, § 25 Rn. 1036.

²⁰ BVerwG, NVwZ 2011, 358 (361).

2.1.1 การขออนุญาตเข้าสอบปากเปล่าในข้อสอบวิชากฎหมายของรัฐ (คำสั่งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐบาเดิน-เวือร์ทเทิมแบร์ค (OVG Baden-Württemberg) ฉบับลงวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 2017)²¹

ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ยื่นคำขอเป็นนักศึกษาคณะนิติศาสตร์ที่สอบไม่ผ่าน “ข้อสอบวิชากฎหมายของรัฐ ภาคหนึ่ง” (Staatsprüfung in der Ersten juristischen Prüfung) ในส่วนข้อเขียน จึงได้ฟ้องคดีเพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจในการตรวจข้อสอบ และเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่ตนในกรณีที่ดินชนะคดีในกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี ผู้ยื่นคำขอจึงมีคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวโดยการให้ตนได้เข้าสอบวิชากฎหมายของรัฐ ในส่วนที่เป็นข้อสอบปากเปล่าไปก่อนระหว่างที่รอผลการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี

ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐบาเดิน-เวือร์ทเทิมแบร์คพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ข้อกล่าวอ้างของผู้ยื่นคำขอในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความยากง่ายของข้อสอบนั้น ไม่อาจทำให้ผู้ยื่นคำขอชนะคดีในกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีได้ เพราะการกำหนดความยากง่ายของข้อสอบ (Schwierigkeitsgrad) และการให้คะแนนโดยประเมินจากภาพรวมของการตอบข้อสอบ (Gesamteindruck) นั้น เป็นดุลพินิจโดยแท้ของผู้ออกข้อสอบและผู้ตรวจข้อสอบในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง ซึ่งศาลปกครองไม่อาจตรวจสอบได้²² ผู้ยื่นคำขอจึงไม่มีสิทธิในการยื่นคำขอเพื่อให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (Anordnungsanspruch) และด้วยเหตุนี้ ศาลจึงมีคำสั่งให้ยกคำขอดังกล่าว

2.1.2 การขออนุญาตเข้าสอบปากเปล่าสำหรับนักเรียนในระดับชั้นมัธยมศึกษา (คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองชตุทท์การ์ท (VG Stuttgart) ฉบับลงวันที่ 19 กรกฎาคม ค.ศ. 2010)²³

²¹ VGH Bad.-Wttbg. Beschl. v. 19.4.2017 – 9 S 673/17, BeckRS 2017, 109291.

²² ศาลปกครองของเยอรมันได้แบ่งประเภทของการใช้ดุลพินิจของผู้ตรวจข้อสอบออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทที่หนึ่ง “การประเมินผลที่เกี่ยวข้องกับความรู้ทั่วไปในทางหลักวิชา” (fachliche Wertung) ซึ่งหมายถึง การประเมินว่าคำตอบของผู้ตอบข้อสอบนั้น เป็นคำตอบที่ถูกต้องตามเฉลย (richtig) หรือเป็นคำตอบที่เทียบเคียงได้กับคำตอบตามเฉลย (vertretbar) หรือไม่ อันเป็นการใช้ดุลพินิจที่ศาลปกครองสามารถเข้าไปตรวจสอบได้ และประการที่สอง “การประเมินผลที่ต้องอาศัยความรู้ความสามารถของผู้ตรวจข้อสอบโดยแท้” เช่น การออกแบบความยากง่ายของข้อสอบให้เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการประเมิน การประเมินคุณภาพของการเรียบเรียงภาษาที่ใช้ในการตอบข้อสอบหรือวิธีการให้เหตุผลในการตอบข้อสอบ การประเมินผลโดยมองภาพรวมของการตอบข้อสอบ (Gesamteindruck) การกำหนดระดับคะแนน อันเป็นการใช้ดุลพินิจที่ศาลไม่อาจเข้าไปตรวจสอบได้ รายละเอียดโปรดดู วิชา เนตรหัตถ์, บทวิเคราะห์คดี เรื่อง อำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจ (แดนอิสระในการวินิจฉัย) ในการตรวจข้อสอบอัตรีย์ของเนติบัณฑิตยสภา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 2153/2559), สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง 2562, หน้า 9.

²³ VG Stuttgart Beschl. v. 19.7.2010 – 12 K 2441/10, BeckRS 2010, 51286.

ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ยื่นคำขอเป็นนักเรียนระดับชั้นมัธยมศึกษาในสถานศึกษารูปแบบ Gymnasium²⁴ มีผลการสอบในวิชาเทคโนโลยีและสารสนเทศ (Informatik) เพียง 2 คะแนน ซึ่งยังไม่ถึง 5 คะแนน อันเป็นเกณฑ์ขั้นต่ำที่จะผ่านการทดสอบในรายวิชาดังกล่าว และการสอบผ่านในรายวิชาดังกล่าวก็เป็นเงื่อนไขในการที่จะเป็นผู้มีสิทธิเข้าสอบประมวลความรู้ในระดับชั้นมัธยมศึกษาในส่วนที่เป็นข้อสอบปากเปล่า (mündliche Abiturprüfung) ด้วยเหตุนี้ ผู้ยื่นคำขอจึงมีคำขอเพื่อให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวโดยการอนุญาตให้ผู้ยื่นคำขอเข้าสอบประมวลความรู้ในระดับชั้นมัธยมศึกษาในส่วนที่เป็นข้อสอบปากเปล่าไปพลางก่อนในระหว่างที่รอผลการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี โดยกล่าวอ้างว่า การจัดสอบวิชาเทคโนโลยีและสารสนเทศในวันเดียวกันกับวิชาเคมีนั้น เป็นการจัดการสอบที่ขัดต่อมาตรา 8 วรรคสาม ของประกาศกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยการให้คะแนน (Verordnung des Kultusministeriums über die Notenbildung) ซึ่งกำหนดว่าผู้จัดการสอบ “ไม่ควร”²⁵ จัดให้มีการสอบมากกว่าหนึ่งวิชาในวันเดียวกัน

ศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองชตุท์การ์ทพิเคราะห์แล้วเห็นว่า การจัดสอบวิชาเทคโนโลยีและสารสนเทศในวันเดียวกันกับวิชาเคมีจะขัดต่อระเบียบฉบับดังกล่าวหรือไม่นั้น เป็นสิ่งที่ศาลยังไม่อาจตัดสินได้ แต่ถึงแม้การจัดสอบในวันเดียวกันจะขัดต่อระเบียบดังกล่าวจริง ผู้ยื่นคำขอก็ไม่อาจยื่นคำขอเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ตรวจข้อสอบประเมินผลการสอบในวิชาเทคโนโลยีและสารสนเทศใหม่อีกครั้งได้ เพราะถึงแม้ความจะปรากฏต่อศาลในภายหลังว่าการจัดสอบขัดต่อประกาศกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยการให้คะแนนจริง ก็มีผลเพียงทำให้การสอบในครั้งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ได้มีผลทำให้ดุลพินิจของผู้ตรวจข้อสอบไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วยแต่อย่างใด

สิ่งที่ทำได้ก็คือ การยื่นคำขอเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้มีการจัดสอบในรายวิชาดังกล่าวใหม่อีกครั้ง และนำผลคะแนนที่ได้จากการสอบในครั้งใหม่นี้มาเป็นผลคะแนนของวิชาเทคโนโลยีและสารสนเทศแทนที่ผลคะแนนเดิมที่ผู้ยื่นคำขอได้รับเท่านั้น เมื่อยังไม่มีมีการประเมินคะแนนใหม่ในรายวิชาดังกล่าว ศาลจึงไม่อาจกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวโดยการอนุญาตให้ผู้ยื่นคำขอเข้าสอบประมวลความรู้ในระดับชั้นมัธยมศึกษาในส่วนที่เป็นข้อสอบปากเปล่าไปพลางก่อนได้ และด้วยเหตุนี้ศาลจึงต้องมีคำสั่งยกคำขอดังกล่าว

²⁴ การศึกษาในระดับชั้นมัธยมศึกษาในสถานศึกษารูปแบบ Gymnasium นั้น เป็นการศึกษาเพื่อเตรียมพร้อมนักเรียนเข้าสู่การศึกษาในระดับวิทยาลัย หลักสูตรของสถานศึกษารูปแบบดังกล่าวจึงเน้นหนักในการเรียนการสอนที่เป็นวิชาการมากกว่าสถานศึกษาในรูปแบบอื่น เช่น สถานศึกษาในรูปแบบ Realschule และสถานศึกษาในรูปแบบ Hauptschule ซึ่งเน้นหนักไปในการเรียนการสอนเพื่อเตรียมพร้อมนักเรียนเข้าสู่การประกอบอาชีพโดยตรงมากกว่า

²⁵ มาจากคำว่า “soll” ซึ่งเป็นการใช้ถ้อยคำทางกฎหมายในลักษณะที่แม้จะเป็นการให้ดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ก็ตาม แต่การที่เจ้าหน้าที่จะใช้ดุลพินิจที่แตกต่างไปจากองค์ประกอบของกฎหมายก็เป็นเพียงกรณียกเว้นที่เจ้าหน้าที่ต้องให้เหตุผลประกอบเป็นพิเศษเท่านั้น

2.2 การกำหนดมาตรการเพื่อชดเชยให้แก่ผู้ที่มีความบกพร่องบางประการอันเป็นอุปสรรคต่อการสอบ (Gewährung eines Nachteilsausgleichs)

ตัวอย่างของคำขอรูปแบบดังกล่าวปรากฏในคำสั่งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐนีเดอร์ซัคเซิน (OVG Niedersachsen) ฉบับลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 2008²⁶ ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดมาตรการเพื่อชดเชยให้แก่ผู้ที่มี “ภาวะเสียการอ่านรู้ความ” (Legastheniker, dyslexia)

ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ยื่นคำขอเป็นผู้ที่มี “ภาวะเสียการอ่านรู้ความ” หรือ “ภาวะอ่านไม่เข้าใจ” (Legastheniker, dyslexia)²⁷ จึงมีคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการในการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวด้วยการเพิ่มเวลาในการทำข้อสอบ (Schreibzeitverlängerung) ในอัตราส่วนร้อยละ 25 จากระยะเวลาในการทำข้อสอบเดิม และกำหนดมาตรการในการคุ้มครองคะแนน (Notenschutz) อันเป็นมาตรการคุ้มครองไม่ให้ผู้ตรวจข้อสอบนำข้อผิดพลาดต่าง ๆ ที่เกิดจากความบกพร่องในการอ่านเขียนมาเป็นปัจจัยในการประเมินผลคะแนน

ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐนีเดอร์ซัคเซินพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเพิ่มเวลาในการทำข้อสอบ (Schreibzeitverlängerung) นั้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐนีเดอร์ซัคเซินเห็นว่า ความสามารถในการอ่านเป็นสิ่งจำเป็นต่อวิชาใด ๆ ก็ตามที่ไม่ใช่วิชาคณิตศาสตร์หรือวิชาวิทยาศาสตร์ (nichtmathematisch-naturwissenschaftliche Fächer) เท่านั้น การเพิ่มระยะเวลาให้แก่ผู้ที่มีภาวะเสียการอ่านรู้ความในวิชาคณิตศาสตร์หรือวิทยาศาสตร์จะเป็นการสร้างข้อได้เปรียบให้แก่ผู้ยื่นคำขอเหนือผู้เข้าสอบรายอื่นโดยไม่จำเป็น ศาลจึงจำกัดการกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวโดยการขยายเวลาในการทำข้อสอบให้เฉพาะวิชาอื่น ๆ ที่ไม่ใช่วิชาคณิตศาสตร์และวิชาวิทยาศาสตร์ และกำหนดให้มีการขยายเวลาให้เพียงร้อยละ 10 จากระยะเวลาในการทำข้อสอบเดิมเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองคะแนน (Notenschutz) นั้น ศาลปกครองฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า การกำหนดมาตรการในลักษณะดังกล่าวเป็นการกำหนดมาตรการ

²⁶ OVG Nds. Bschr. v. 10.7.2008 – 2 ME 309/08, NVwZ-RR 2009, 68.

²⁷ ภาวะเสียการอ่านรู้ความ (Legastheniker ในภาษาเยอรมัน หรือ dyslexia ในภาษาอังกฤษ) เป็น “ความบกพร่องในการทำงานของสมองในทางประสาทวิทยา” (neurobiologische Hirnfunktionsstörung) ประเภทหนึ่ง ที่ส่งผลทำให้ผู้ที่มีภาวะดังกล่าว ไม่สามารถเชื่อมโยงเสียงตัวอักษรกับรูปตัวอักษรที่ปรากฏได้ อันส่งผลให้ไม่สามารถอ่านหนังสือได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าบุคคลทั่วไป โดยภาวะดังกล่าวไม่ได้เกี่ยวข้องกับความบกพร่องในทางเชาวน์ปัญญาแต่อย่างใด ซึ่งในระบกกฏหมายเยอรมัน ภาวะเสียการอ่านรู้ความเป็น “ความพิการ” (Behinderung) ตามความหมายของมาตรา 2 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยสวัสดิการสังคม ฉบับที่ 9 (Neuntes Buch Sozialgesetzbuch, SGB IX) ซึ่งกำหนดให้ผู้พิการหมายถึง ผู้ที่มีความบกพร่องทางร่างกาย ทางประสาทวิทยา หรือทางจิตใจ โดยเป็นความบกพร่องที่เกิดขึ้นนานกว่าที่ควร จะเกิดขึ้นในแต่ละช่วงอายุมากกว่า 6 เดือนขึ้นไป อันเป็นความบกพร่องที่เป็นอุปสรรคต่อการใช้ชีวิตประจำวัน

บรรเทาทุกข์ชั่วคราวที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างผู้สอบ เนื่องจากการเพิ่มคะแนนให้แก่ผู้ที่มีภาวะเสียการอ่านรู้ความไม่ได้มีผลเป็นเพียงการกำหนดเครื่องมือเพื่อชดเชยความบกพร่องในด้านการอ่านเขียนให้แก่ผู้ยื่นคำขอเท่านั้น แต่เป็นการปลดปล่อยผู้ยื่นคำขอออกจากเกณฑ์การประเมินผล (Prüfungs anforderung) ในด้านความสามารถในการอ่านเขียน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความสามารถในการใช้ไวยากรณ์ที่ถูกต้อง (Rechtschreibkenntnisse) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของเกณฑ์การประเมินผลที่สำคัญต่อการประเมินผลในหลายวิชา และเป็นเกณฑ์การประเมินผลโดยตรงในวิชาที่เกี่ยวข้องกับการใช้ภาษา ศาลจึงสั่งยกคำขอในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวด้วยการคุ้มครองคะแนน

2.3 การปลดปล่อยผู้เข้าสอบจากภาระบางประการที่เป็นอุปสรรคต่อการสอบ (Befreiung von einer Verpflichtung)

ตัวอย่างของคำขอรูปแบบดังกล่าวปรากฏในคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองโคโลญจน์ (VG Köln) ฉบับลงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 2020²⁸ ซึ่งมีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการปลดปล่อยผู้เข้าสอบจากหน้าที่ในการสวมหน้ากากอนามัยระหว่างทำข้อสอบ

ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นนักศึกษาคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยโคโลญจน์ (Universität zu Köln) โดยผู้ยื่นคำขอได้ยื่นคำขอเพื่อให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว โดยการให้ตนได้เข้าสอบในรายวิชาต่าง ๆ ได้โดยไม่ต้องสวมหน้ากากอนามัยโดยอ้างว่า การบังคับให้ผู้ยื่นคำขอต้องสวมหน้ากากอนามัยระหว่างทำข้อสอบเป็นการกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เข้าสอบที่เกินสมควรแก่เหตุ เนื่องจากผู้เข้าสอบสามารถใช้มาตรการอื่น ๆ เพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนาที่กระทบสิทธิของผู้เข้าสอบน้อยกว่า แต่มีประสิทธิภาพเท่ากับการบังคับให้สวมหน้ากากอนามัยได้ (milderes Mittel) นั่นก็คือ การจัดห้องสอบในลักษณะที่มีการเว้นระยะห่างระหว่างผู้เข้าสอบกับผู้คุมสอบ และระหว่างผู้เข้าสอบด้วยกันเองอย่างน้อย 1.5 เมตร²⁹

ศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองโคโลญจน์พิเคราะห์แล้วเห็นว่า มาตรการการเว้นระยะห่างทางสังคมในระยะ 1.5 เมตร นั้น ถึงแม้ว่าจะเป็นมาตรการที่กระทบสิทธิของผู้ยื่นคำขอน้อยกว่าการบังคับให้สวมหน้ากากอนามัย แต่จากรายงานการวิจัยของสถาบันต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสถาบัน Robert-Koch-Institut ซึ่งเป็นหน่วยงานรับผิดชอบหลักในการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมาตรการในการป้องกันการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา นั้น ยังไม่สามารถยืนยันได้ว่าการเว้นระยะห่างทางสังคมจะป้องกันการฟุ้งกระจายของไวรัสจากบุคคลหนึ่งไปสู่อีกบุคคลหนึ่งได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสภาพบรรยากาศแบบปิดดังเช่นห้องสอบ ด้วยเหตุนี้ การเว้นระยะห่างทางสังคมจึงไม่ใช่มาตรการ

²⁸ VG Köln Bschl. v. 17.07.2020 – 6 L 1246/20, BeckRS 2020, 16703.

²⁹ ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการต่าง ๆ ของประเทศเยอรมันที่ใช้ในการป้องกันการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา โปรดดู วิชา เนตรหัสันย์, มาตรการทางกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อป้องกันและเยียวยาผลกระทบที่เกิดจาก COVID-19, 2563 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, หน้า 1-12.

ที่สามารถนำมาใช้ป้องกันการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่ากับการบังคับให้สวมหน้ากากอนามัย การบังคับให้ผู้เข้าสอบต้องสวมหน้ากากอนามัยจึงเป็นมาตรการที่นำมาใช้เพื่อคุ้มครองสุขภาพพลานามัยของผู้เข้าสอบรายอื่นโดยชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุแล้ว ศาลจึงสั่งยกคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวดังกล่าว

2.4 สิทธิในการสอบซ่อม (Wiederholung einer Prüfung)

ตัวอย่างของคำขอรูปแบบดังกล่าวปรากฏในคำสั่งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐนอร์ทไรน์-เว็สท์ฟาเลิน (OVG Nordrhein-Westfalen) ฉบับลงวันที่ 2 เมษายน ค.ศ. 2008³⁰ ซึ่งมีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการขอเข้าสอบซ่อมในการสอบข้อเขียนวิชาแพทย์ของรัฐ ภาคหนึ่ง เป็นการชั่วคราว

ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นนักศึกษาคณะแพทยศาสตร์ซึ่งเข้าศึกษาในขณะที่ “ระเบียบว่าด้วยการศึกษาวิชาแพทย์และการเข้าสู่วิชาชีพแพทย์” (Approbationsordnung für die Ärzte หรือ ÄApprO) ฉบับลงวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1987 มีผลใช้บังคับ โดยมาตรา 43 วรรคหนึ่งของระเบียบว่าด้วยการศึกษาวิชาแพทย์และการเข้าสู่วิชาชีพแพทย์ฉบับปัจจุบัน (ฉบับลงวันที่ 27 มิถุนายน ค.ศ. 2002) กำหนดให้นักศึกษาวิชาแพทย์ที่อยู่ภายใต้บังคับของระเบียบว่าด้วยการศึกษาวิชาแพทย์และการเข้าสู่วิชาชีพแพทย์ฉบับก่อนหน้า (ฉบับลงวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1987) ต้องเข้าร่วมการสอบข้อสอบของรัฐสำหรับนักศึกษาวิชาแพทย์ ระดับเบื้องต้น (Ärztliche Vorprüfung)³¹ ภายในวันที่ 30 เมษายน ค.ศ. 2006 และดำเนินการศึกษาวิชาแพทย์ภายใต้ระเบียบว่าด้วยการศึกษาวิชาแพทย์และการเข้าสู่วิชาชีพแพทย์ฉบับปัจจุบันต่อไป อย่างไรก็ตาม มีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปในกระบวนการพิจารณาของศาล ในประเด็นหลักแห่งคดีว่า การไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าวมีผลถึงขนาดที่จะทำให้ผู้ยื่นคำขอหมดสิทธิเข้าสอบตลอดไปหรือไม่ ผู้ยื่นคำขอจึงมีคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวเพื่อให้ตนได้มีสิทธิสอบซ่อมในการสอบข้อเขียนวิชาแพทย์ของรัฐ ภาคหนึ่ง (Erster Abschnitt der Ärztlichen Prüfung) เป็นการชั่วคราวในระหว่างที่รอผลการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีไปพลางก่อน

ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐนอร์ทไรน์-เว็สท์ฟาเลินพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ฟ้องคดีในการยื่นคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (Anordnungsanspruch) นั้น มีแนวโน้มสูงที่ผู้ยื่นคำขอจะเป็นผู้อยู่ภายใต้บังคับของระเบียบดังกล่าว ผู้ยื่นคำขอจึงเป็นผู้มีสิทธิยื่นคำขอเพื่อให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

นอกจากนี้ ผู้ยื่นคำขอยังสามารถยืนยันข้อเท็จจริงให้เห็นถึงเหตุจำเป็นในการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (Anordnungsgrund) ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลได้ เนื่องจากการสอบครั้งที่ถึงนี้เป็นการสอบซ่อมครั้งสุดท้ายที่จะเป็นไปได้สำหรับผู้ยื่นคำขอ ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงสามารถกำหนดมาตรการ

³⁰ OVG NRW Beschl. v. 2.4.2008 – 14 B 1929/07, BeckRS 2008, 35620.

³¹ ปัจจุบัน คือ ข้อสอบข้อเขียนวิชาแพทย์ของรัฐ ภาคหนึ่ง (Erster Abschnitt der ärztlichen Prüfung)

บรรเทาทุกข์ชั่วคราวเพื่อให้ผู้ยื่นคำขอมีสถานีเข้าสอบซ่อมในการสอบข้อเขียนวิชาแพทย์ของรัฐ ภาคหนึ่ง เป็นการชั่วคราวระหว่างการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีไปพลางก่อนได้

2.5 การดำเนินการศึกษาตามหลักสูตรไปพลางก่อนในกรณีที่สอบไม่ผ่านบางรายวิชา (Fortsetzung der Ausbildung nach einer Nichtbestehen Modulprüfung)

ตัวอย่างของคำขอรูปแบบดังกล่าวปรากฏในคำสั่งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐซัคเซิน (OVG Sachsen) ฉบับลงวันที่ 4 เมษายน ค.ศ. 2013³² ซึ่งมีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการขอให้ศาลรับรองสิทธิในการดำเนินการศึกษาในหลักสูตรปริญญาตรีสำหรับข้าราชการตำรวจไปพลางก่อน

ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ยื่นคำขอเป็นข้าราชการตำรวจ ประเภท “ข้าราชการฝึกงาน” (Beamte auf Widerruf) กล่าวคือ เป็นข้าราชการที่ได้รับการบรรจุเพื่อเข้าศึกษาในหลักสูตรเพื่อเตรียมความพร้อมสำหรับเจ้าหน้าที่ตำรวจระดับสูง (gehobener Polizeivollzugsdienst) เพื่อเปลี่ยนสถานะมาเป็น “ข้าราชการทดลองงาน” (Beamte auf Probe) เมื่อจบหลักสูตรดังกล่าว และอาจถูกเพิกถอนสถานะความเป็นข้าราชการได้ หากไม่ผ่านการทดสอบในหลักสูตรเพื่อเตรียมความพร้อมสำหรับเจ้าหน้าที่ตำรวจระดับสูง

เนื่องจากผู้ยื่นคำขอสอบไม่ผ่านในรายวิชา “หลักการพื้นฐานว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและติดตามผู้กระทำความผิด” (Grundlagen der Kriminalitätskontrolle und Strafverfolgung) และไม่มีสิทธิที่จะสอบซ่อมในรายวิชาดังกล่าวอีกต่อไป จึงทำให้ผู้ยื่นคำขอถูกสั่งให้ออกจากราชการ ด้วยเหตุนี้ ผู้ยื่นคำขอจึงยื่นคำฟ้องเพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของระเบียบการศึกษา ซึ่งกำหนดให้นักศึกษาสามารถลงทะเบียนสอบซ่อมในแต่ละรายวิชาได้เพียงครั้งเดียวตลอดทั้งหลักสูตร ในการนี้ผู้ยื่นคำขอจึงได้ยื่นคำขอเพื่อให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวโดยการขอให้ศาลรับรองสิทธิในการศึกษาเพื่อเตรียมความพร้อมสำหรับเจ้าหน้าที่ตำรวจระดับสูงต่อไปพลางก่อน ในระหว่างที่รอผลการพิจารณาของคดีหลัก แม้ตนจะไม่มีสถานะเป็นข้าราชการตำรวจแล้วก็ตาม

ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐซัคเซินพิเคราะห์แล้วเห็นว่า การที่ผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งให้ข้าราชการเฉพาะกิจที่สอบไม่ผ่านเพื่อเตรียมความพร้อมสำหรับเจ้าหน้าที่ตำรวจระดับสูงออกจากราชการนั้น เป็นการให้ออกจากราชการโดยอาศัยอำนาจของกฎหมาย (Entlassung kraft Gesetzes) ซึ่งมีผลนับแต่วันที่ข้าราชการรายนั้นสอบไม่ผ่านในรายวิชาที่มีผลต่อการประเมินการจบหลักสูตร และข้าราชการผู้นั้นไม่มีสิทธิสอบซ่อมในรายวิชาดังกล่าวได้อีกต่อไป ซึ่งไม่ได้เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการใช้ดุลพินิจประเมินผลการสอบแต่อย่างใด ทั้งลักษณะของหลักสูตรเพื่อเตรียมความพร้อมสำหรับเจ้าหน้าที่ตำรวจระดับสูงนั้น ก็เป็นหลักสูตรที่เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องสวมเครื่องแบบและพกอาวุธในการฝึกปฏิบัติงานจริง หลักสูตรดังกล่าวจึงสงวนไว้สำหรับผู้ที่มิมีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจ

³² Sächs. OVG Beschl. v. 4.4.2013 – 2 B 503/12, BeckRS 2013, 49517.

เท่านั้น ศาลจึงไม่อาจกำหนดวิธีการชั่วคราวตามคำขอให้แก่ผู้ฟ้องคดีซึ่งไม่มีสถานะเป็นข้าราชการได้ด้วยเหตุนี้ ผู้ยื่นคำขอจึงไม่มีสิทธิขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (Anordnungsanspruch) ศาลจึงสั่งยกคำขอของผู้ฟ้องคดี

2.6 การออกใบรับรองวุฒิการศึกษาหรือผลการศึกษาชั่วคราว (Erteilung eines vorläufigen Zeugnisses oder Leistungsnachweises)

ตัวอย่างของคำขอรูปแบบดังกล่าวปรากฏในคำสั่งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐซัคเซิน ฉบับลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 2017 ซึ่งมีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการขอให้รับรองผลการศึกษาในรายวิชาที่ผู้ยื่นคำขอสอบไม่ผ่านไปพลางก่อน (หัวข้อที่ 2.7.1) และคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองเบราน์ชไวค์ ฉบับลงวันที่ 7 ตุลาคม ค.ศ. 2020 ซึ่งมีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการขอให้ออกประกาศนียบัตรขั้นพื้นฐานระหว่างที่รอการพิจารณาในคดีหลักว่าการจัดการสอบในช่วงที่เกิดการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนาชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ (หัวข้อที่ 2.7.2)

2.6.1 การขอให้รับรองผลการศึกษาในรายวิชาที่ผู้ยื่นคำขอสอบไม่ผ่านไปพลางก่อน (คำสั่งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐซัคเซิน ฉบับลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 2017)³³

ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ยื่นคำขอเป็นนักศึกษาคณะแพทยศาสตร์ ซึ่งสอบไม่ผ่านการประเมินวิชาสามัญในหัวข้อ “ชีวเคมีและชีววิทยาระดับโมเลกุล” (Biochemie/Molekularbiologie) เนื่องจากผู้ยื่นคำขอทำแบบทดสอบความเข้าใจในเนื้อหาของการสัมมนาซึ่งเป็นข้อสอบในรูปแบบปรนัยได้คะแนนต่ำกว่าเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ด้วยเหตุนี้ ผู้ยื่นคำขอจึงมีความประสงค์ที่จะให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว โดยการให้ผู้มีหน้าที่ในการตรวจข้อสอบตรวจข้อสอบฉบับดังกล่าวใหม่อีกครั้งภายใต้หลักกฎหมายที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาล และให้คะแนนที่ได้จากการประเมินในครั้งใหม่นี้มีผลใช้บังคับไปพลางจนกว่ากระบวนการพิจารณาในคดีหลักจะเสร็จสิ้น ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ยื่นคำขอมีสถานะเป็นผู้ที่สอบผ่านในรายวิชาดังกล่าว และมีสิทธิเข้าสอบวิชาแพทย์ของรัฐภาคหนึ่ง (Erster Abschnitt der Ärztlichen Prüfung) ต่อไป

ในประเด็นปัญหาที่ว่า ผู้ยื่นคำขอเป็นผู้มีสิทธิในการยื่นคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (Anordnungsanspruch) หรือไม่นั้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐซัคเซิน พิเคราะห์แล้วเห็นว่า โดยหลักทั่วไปแล้วถึงแม้ว่าผู้ตอบข้อสอบจะตอบข้อสอบไม่ตรงกับคำตอบของผู้ออกข้อสอบก็ตาม แต่ผู้ตรวจข้อสอบก็ไม่สามารถประเมินผลการตอบข้อสอบดังกล่าวว่าเป็นการตอบข้อสอบที่ผิดได้ หากผู้ตอบข้อสอบสามารถพิสูจน์ได้ว่าคำตอบของตนเป็นคำตอบที่เทียบเคียงได้ (vertretbar) กับคำตอบของผู้ออกข้อสอบ กล่าวคือ เป็นคำตอบอันมาจากแนวความคิดเห็นในทางวิชาการและเป็น

³³ Sächs. OVG Beschl. v. 9.3.2017 – 5 B 50/17, NJW 2017, 2850.

แนวความเห็นที่ปรากฏอยู่ในเอกสารทางวิชาการที่เข้าถึงได้โดยทั่วไป³⁴ อย่างไรก็ตาม ในกรณีตามข้อเท็จจริงนี้ผู้ยื่นคำขอไม่สามารถให้เหตุผลประกอบให้เป็นที่พอใจแก่ศาลได้ว่า คำตอบของผู้ยื่นคำขอเป็นคำตอบที่เทียบเคียงกันได้กับคำตอบของผู้ออกข้อสอบได้เช่นใด กล่าวคือ ไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าผู้ฟ้องคดีจะมีโอกาสชนะในคดีหลักได้เช่นใด ผู้ยื่นคำขอจึงมิใช่ผู้มีสิทธิในการยื่นคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

ส่วนประเด็นปัญหาที่ว่า มีเหตุจำเป็นในการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้แก่ผู้ยื่นคำขอ (Anordnungsgrund) หรือไม่นั้น ศาลปกครองฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ยื่นคำขอสามารถสอบซ่อมได้ภายในภาคการศึกษาถัดไป (ภายในระยะเวลาไม่เกิน 6 เดือน) ซึ่งเป็นระยะเวลาปกติสำหรับผู้สอบไม่ผ่านที่ต้องรอเพื่อลงทะเบียนสอบซ่อมในครั้งถัดไป จึงไม่มีเหตุจำเป็นในการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ให้แก่ผู้ยื่นคำขอแต่อย่างใด

และประเด็นปัญหาที่ว่า คำขอของผู้ยื่นคำขอมีลักษณะที่ทำให้การดำเนินการกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีไร้ประโยชน์ (Vorwegnahme der Hauptsache) หรือไม่นั้น ศาลปกครองฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า เนื่องจากการกำหนดคำขอให้มีการประเมินคะแนนใหม่อีกครั้งภายใต้หลักกฎหมายที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลนั้น ไม่ได้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะของกระบวนการประเมินผล (Bewertungsvorgang) ไว้ชั่วคราวเท่านั้น แต่ส่งผลถึงคะแนนที่ผู้ยื่นคำขอจะได้รับอย่างถาวร แม้กระบวนการพิจารณาหลักจะสิ้นสุดลงไปแล้วก็ตาม คำขอของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นคำขอที่ทำให้กระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีไร้ประโยชน์

ด้วยเหตุผลทั้งหมดนี้ ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐซัคเซินจึงมีคำสั่งยกคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวของผู้ยื่นคำขอ

2.6.2 การขอให้ออกประกาศนียบัตรขั้นพื้นฐานระหว่างที่รอการพิจารณาในคดีหลักว่า การจัดสอบในช่วงที่เกิดการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนาขอบด้วยกฎหมายหรือไม่ (คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองเบอร์นฮาร์ตส์ ฌบับลงวันที่ 7 ตุลาคม ค.ศ. 2020)³⁵

ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ยื่นคำขอเป็นนักเรียนชั้นมัธยมศึกษาในสถานศึกษาประเภท Realschule แห่งหนึ่ง (ผู้คัดค้านคำขอ) โดยเมื่อผู้ยื่นคำขอสำเร็จการศึกษาในหลักสูตร ผู้คัดค้านคำขอได้ออกใบประกาศนียบัตรประเภท “ประกาศนียบัตรการศึกษาขั้นพื้นฐานระดับต้น” (Sekundarabschluss I) ให้แก่ผู้ยื่นคำขอ แทนที่จะเป็น “ประกาศนียบัตรการศึกษาขั้นพื้นฐาน

³⁴ รายละเอียด โปรดดู วิชา เนตรหัตถ์, บทวิเคราะห์คดี เรื่อง อำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ (แดนอิสระในการวินิจฉัย) ในการตรวจสอบข้อสอบอัตนัยของเนติบัณฑิตยสภา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 2153/2559), สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง 2562, หน้า 6-11.

³⁵ VG Braunschweig Beschl. v. 07.10.2020 – 6 B 160/20, BeckRS 2020, 26415.

เต็มรูปแบบ ระดับต้น” (*Erweiterten Sekundarabschluss I*) ซึ่งเป็นประกาศนียบัตรที่สถานศึกษาออกให้แก่ผู้จบการศึกษาที่ได้ในระดับคะแนนตามที่กำหนดไว้ในระเบียบของสถานศึกษานั้น ๆ ดังเช่นกรณีสถานศึกษาของผู้คัดค้านคำขอนั้น ได้กำหนดให้มีการออกประกาศนียบัตรในรูปแบบดังกล่าวให้แก่ผู้ที่ได้คะแนนวิชาบังคับและวิชาบังคับเลือกทุกวิชาตั้งแต่ระดับ “เป็นที่น่าพึงพอใจ” (*befriedigend*) ขึ้นไป โดยผู้คัดค้านคำขอได้ออก “ประกาศนียบัตรการศึกษาขั้นพื้นฐาน ระดับต้น” ให้แก่ผู้ยื่นคำขอ เนื่องจากผู้ยื่นคำขอได้คะแนนในวิชาภาษาเยอรมันและภาษาอังกฤษในระดับ “เพียงพอ” (*ausreichend*) เท่านั้น ซึ่งไม่เพียงพอต่อการเป็นผู้มีคุณสมบัติที่จะได้รับ “ประกาศนียบัตรการศึกษาขั้นพื้นฐานเต็มรูปแบบ ระดับต้น”

อย่างไรก็ตาม ผู้ยื่นคำขอได้กล่าวอ้างว่า การที่ตนได้คะแนนในวิชาภาษาเยอรมันและภาษาอังกฤษในระดับ “เพียงพอ” นั้น เนื่องจากความยากลำบากในการเตรียมตัวสอบในช่วงที่ต้องกักตัวระหว่างการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา ซึ่งทำให้ผู้ยื่นคำขอไม่สามารถเข้าร่วมชั้นเรียนเพื่อซักถามปัญหากับครูประจำวิชาโดยตรงได้ ด้วยเหตุนี้ ผู้ยื่นคำขอจึงนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการจัดสอบในช่วงที่เกิดการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา และขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว โดยการให้สถานศึกษาออก “ประกาศนียบัตรการศึกษาขั้นพื้นฐานเต็มรูปแบบ ระดับต้น” ให้แก่ตนไปพลางก่อนในระหว่างที่รอผลการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี

จากข้อเท็จจริงดังกล่าว ศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองเบอร์นชไวค์พิเคราะห์แล้วเห็นว่า เพื่อเป็นหลักประกันความเท่าเทียมกันระหว่างผู้เข้าสอบ (*Gewährleistung der Chancengleichheit*) เมื่อเกิดข้อขัดข้องอันเป็นอุปสรรคต่อการเตรียมสอบ ผู้เข้าสอบมีหน้าที่ในการให้ความร่วมมือแก่ผู้จัดการสอบ (*Mitwirkungspflicht*) โดยการแจ้งให้ผู้จัดการสอบทราบถึงเหตุขัดข้องดังกล่าวก่อนที่การสอบจะเริ่มต้นขึ้น (*Rügepflicht*) หากผู้เข้าสอบมิได้แจ้งให้ผู้จัดการสอบทราบถึงข้อขัดข้องดังกล่าวให้ทันก่อนที่การสอบจะเริ่มต้นขึ้น สิทธิของผู้เข้าสอบในการอ้างเหตุขัดข้องดังกล่าวเพื่อเป็นประโยชน์แก่ตนก็ย่อมสิ้นไป ซึ่งในกรณีนี้เมื่อผู้ยื่นคำขอได้ทราบถึงเหตุขัดข้องอันเกิดจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา ก่อนที่การสอบจะเริ่มต้นขึ้น และมีเวลาพอสมควรในการพิจารณาว่าข้อขัดข้องดังกล่าวมีผลกระทบต่อเตรียมตัวสอบหรือไม่ แต่ก็มีได้แจ้งข้อขัดข้องดังกล่าวให้เจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่ในการจัดการสอบทราบก่อนที่การสอบจะเริ่มต้นขึ้น

นอกจากนี้ ในระหว่างการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา นักเรียนทุกคนย่อมได้รับผลกระทบอย่างเท่าเทียมกัน และเมื่อเกิดข้อขัดข้องต่าง ๆ นักเรียนก็ยังสามารถติดต่อสถานศึกษาหรือครูประจำวิชาได้ตามหมายเลขโทรศัพท์ อีเมล หรือผ่านช่องทางการสื่อสารอื่น ๆ ที่ครูประจำวิชาได้แจ้งไว้ ความยากลำบากที่เกิดขึ้นดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่สามารถยอมรับได้และไม่ส่งผลกระทบต่อกระบวนการสอบแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ ผู้ยื่นคำขอจึงไม่ใช่ผู้ที่มีสิทธิในการยื่นคำขอ (*Anordnungsanspruch*)

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาที่ว่า คำขอของผู้ยื่นคำขอนั้นเป็นการทำให้กระบวนการพิจารณาคดีในคดีหลักไร้ประโยชน์ (*Vorwegnahme der Hauptsache*) หรือไม่นั้น ศาลปกครองฯ



ได้วินิจฉัยว่า เมื่อศาลปกครองกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวตามคำขอของผู้ยื่นคำขอ ผู้ยื่นคำขอ ก็ย่อมได้รับ “ประกาศนียบัตรการศึกษาขั้นพื้นฐานเต็มรูปแบบ ระดับต้น” ไปโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสอบต่อในกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี คำขอของผู้ยื่นคำขอจึงเป็นคำขอที่ทำให้กระบวนการพิจารณาคดีในคดีหลักไร้ประโยชน์อีกด้วย

ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองเบราน์ชไวค์จึงสั่งยกคำขอดังกล่าว

2.7 การให้เหตุผลประกอบการประเมินผลการสอบปากเปล่า (Begründung für die Bewertung einer mündlichen Prüfungsleistung)

ตัวอย่างของคำขอรูปแบบดังกล่าวปรากฏในคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองคาร์ลส์รูเออ (VG Karlsruhe) ฉบับลงวันที่ 2 กันยายน ค.ศ. 2014³⁶ ซึ่งมีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดภาระให้แก่ผู้ตรวจข้อสอบในการให้เหตุผลประกอบการให้คะแนนในการสอบปากเปล่า

ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ยื่นคำขอได้เข้าสอบปากเปล่าในกลุ่มวิชา “กฎหมายว่าด้วยองค์กรธุรกิจและกฎหมายภาษีอากร เน้นกฎหมายภาษีอากร” (Schwerpunktbereich Unternehmens- und Steuerrecht mit dem Teilbereich Steuerrecht) โดยได้คะแนนในกลุ่มวิชาดังกล่าวเพียง 9 คะแนน ผู้ยื่นคำขอจึงขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวโดยการออกคำสั่งเพื่อกำหนดภาระให้แก่ผู้ตรวจข้อสอบในการให้เหตุผลประกอบการให้คะแนนในการสอบปากเปล่าในครั้งดังกล่าว

ศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองคาร์ลส์รูเออพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ในการสอบปากเปล่า นั้น การปล่อยระยะเวลาให้นั่งเข้าไปเรื่อย ๆ ย่อมทำให้ความทรงจำของผู้ประเมินผลการสอบปากเปล่า นั้น เลือนหายตามไปด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีตามข้อเท็จจริงซึ่งมีผู้เข้าสอบพร้อมกัน 3 คน การปล่อยระยะเวลาให้ผ่านไปถึงสองเดือน ย่อมทำให้ผู้ประเมินผลการสอบสับสนและไม่อาจให้เหตุผลในการประเมินผลของตนได้อย่างเป็นธรรม และถึงแม้จะมีทางแก้ไขโดยการเปิดโอกาสให้ผู้ยื่นคำขอได้เข้าสอบปากเปล่าอีกครั้งหนึ่งก็ตาม การให้ผู้ยื่นคำขอเข้าสอบปากเปล่าอีกครั้งหนึ่งย่อมทำให้ผู้ยื่นคำขอต้องเตรียมตัวสอบใหม่ ซึ่งเป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้ยื่นคำขอเกินสมควรแก่เหตุ ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงมีคำสั่งให้ผู้ตรวจข้อสอบให้เหตุผลประกอบการให้คะแนนในการสอบปากเปล่าในครั้งดังกล่าวตามคำขอของผู้ยื่นคำขอ

2.8 การประเมินผลคะแนนใหม่เป็นการชั่วคราว (vorläufige Neubewertung)

ตัวอย่างของคำขอรูปแบบดังกล่าวปรากฏในคำสั่งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐนอร์ทไรน์-เว็สท์ฟาเลิน (OVG Nordrhein-Westfalen) ฉบับลงวันที่ 21 พฤศจิกายน ค.ศ. 2013³⁷ ซึ่งมีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการขอให้ผู้ตรวจข้อสอบประเมินผลคะแนนใหม่ในรายวิชาที่มีปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการ และการใช้ดุลพินิจในการตรวจข้อสอบ

³⁶ VG Karlsruhe, Beschl. v. 2.9.2014 – 7 K 2013/14.

³⁷ OVG NRW Beschl. v. 21.1.2009 – 14 B 1888/08, BeckRS 2010, 51542.

ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ยื่นคำขอเป็นนักศึกษาปริญญาตรีในหลักสูตร “การบริหารจัดการธุรกิจด้านเครื่องแต่งกายและสิ่งทอ” (Textile and Clothing Management) ซึ่งสอบไม่ผ่านในรายวิชา “กระบวนการผลิตในอุตสาหกรรมสิ่งทอ” (Textile Werkstoffe) จึงมีคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว โดยให้ผู้ตรวจข้อสอบประเมินผลให้ผู้ยื่นคำขอสอบผ่านในรายวิชาดังกล่าว หรือกรณีที่ไม้อาจปฏิบัติตามคำขอดังกล่าวได้ ก็ให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว โดยการอนุญาตให้ผู้ยื่นคำขอเข้าสอบแก้ตัวในรายวิชาดังกล่าวในระหว่างที่รอผลการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี

ในการนี้ผู้ยื่นคำขอกล่าวอ้างว่าตนเป็นผู้มีสิทธิให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (Anordnungsanspruch) เนื่องจากอาจารย์ผู้ตรวจข้อสอบทั้งสองคนไม่ได้ประชุมปรึกษาร่วมกัน ในระหว่างที่ตรวจข้อสอบฉบับดังกล่าว ซึ่งขัดต่อระเบียบการสอบที่กำหนดให้ผู้ตรวจข้อสอบร่วมกันสองคน และการสอบดังกล่าวก็เป็นแค่เพียงการลงทะเบียนสอบโดยสมัครใจ (Freiversuch)³⁸ จึงเป็นการสอบที่ไม่มีผลต่อการประเมินผลเพื่อจบหลักสูตรแต่อย่างใด ทั้งการตรวจข้อสอบฉบับดังกล่าวยังเกิดจาก “อำเภอใจของผู้ตรวจข้อสอบอย่างชัดแจ้ง” อีกด้วย

ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐนอร์ทไรน์ เวสต์ฟาเลนพิเคราะห์แล้วเห็นว่า หน้าที่ในการปรึกษาซึ่งกันและกัน (Pflicht zur gemeinsamen Bewertung) ระหว่างผู้ตรวจข้อสอบนั้น ไม่ได้หมายความว่าผู้ตรวจข้อสอบจะต้องนั่งในห้องเดียวกันเพื่อประชุมปรึกษาในการตรวจข้อสอบ แต่หมายความว่าผู้ตรวจข้อสอบต้องหาข้อสรุปร่วมกันในการตรวจข้อสอบ หากเกิดความเห็นที่แตกต่างกัน ผู้ตรวจข้อสอบทั้งสองคนก็ต้องปรึกษากันจนหาข้อสรุปร่วมกันให้ได้ และเนื่องจากตามข้อเท็จจริงปรากฏว่า การตรวจข้อสอบฉบับดังกล่าวได้กระทำโดยอาจารย์ทั้งสองคน โดยผู้ตรวจข้อสอบทั้งสองคนได้ให้คะแนนในระดับ 5 (“ไม่เพียงพอ”) เท่ากัน กระบวนการตรวจข้อสอบจึงเป็นไปโดยชอบด้วยระเบียบการสอบแล้ว

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาที่ว่า การลงทะเบียนสอบในรายวิชา “กระบวนการผลิตในอุตสาหกรรมสิ่งทอ” ในครั้งนี้เป็นการลงทะเบียนสอบโดยสมัครใจหรือเป็นการลงทะเบียนสอบที่มีผลต่อการประเมินผลตามหลักสูตรนั้น เมื่อพิจารณาหลักฐานของผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งมีการประเมินผลในรายวิชาดังกล่าวในระบบ โดยใช้อักษรย่อว่า “NB” ซึ่งย่อมาจาก “nicht bestanden” (ไม่ผ่าน) แทนที่จะเป็น

³⁸ “การลงทะเบียนสอบโดยสมัครใจ” (Freiversuch) เป็นการลงทะเบียนสอบครั้งแรก หากผู้สอบไม่ผ่านการสอบครั้งนี้ จะไม่นับว่าผู้สอบได้เข้าสอบ และระเบียบการสอบมิให้ถือว่าการสอบในครั้งถัดไปเป็นการสอบซ่อม (Wiederholungsprüfung) หากผู้เข้าสอบได้ลงทะเบียนสอบแบบสมัครใจภายในระยะเวลาและเงื่อนไขที่สถานศึกษา กำหนด ด้วยเหตุนี้ การสอบโดยสมัครใจจึงไม่อาจนำไปนับรวมกับจำนวนครั้งในการสอบได้ ในกรณีที่สถานศึกษาได้กำหนดให้การสอบในรายวิชาใดรายวิชาหนึ่งสามารถกระทำได้โดยจำกัดเท่านั้น (เช่น กำหนดให้นักศึกษาสามารถลงทะเบียนสอบซ่อมในรายวิชาใดรายวิชาหนึ่งได้เพียงหนึ่งครั้งหรือสองครั้งตลอดทั้งหลักสูตรเท่านั้น) รายละเอียด โปรดดู Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, München 2018, Rn. 781.

อักษรย่อ “FNB” ซึ่งย่อมาจาก “Freiversuch nicht bestanden” (ไม่ผ่านในรายวิชาที่ลงทะเบียนสอบโดยสมัครใจ) ทั้งผู้ยื่นคำขอก็รับรู้ว่าการสอบดังกล่าวไม่ใช่เพียงการลงทะเบียนสอบโดยสมัครใจ (Freiversuch) แต่เป็นการสอบที่มีผลต่อการประเมินผลตามหลักสูตร ดังจะเห็นได้จากคำขอร้องของผู้ยื่นคำขอที่เขียนไว้บนหัวกระดาษคำตอบว่า “นี่เป็นการสอบแก้ตัวรอบสุดท้ายของฉันแล้ว ... ได้โปรด ... ฉันหวังว่าฉันจะสอบผ่าน [วิชานี้] เสียที” (This is the last attempt ..., I hope I can pass please) ศาลจึงรับฟังข้อเท็จจริงได้ว่าการลงทะเบียนสอบของผู้ยื่นคำขอเป็นการลงทะเบียนสอบที่มีผลต่อการประเมินผลตามหลักสูตร

และในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจในการตรวจข้อสอบนั้น ผู้ยื่นคำขอไม่สามารถแสดงให้เห็นว่า คำตอบของตนเป็นคำตอบที่ทดแทนกันได้กับคำตอบของผู้ตรวจข้อสอบในทางวิชาการได้อย่างไรบ้าง ข้อกล่าวอ้างที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของผู้ตรวจข้อสอบโดยอำเภอใจจึงไม่มีมูล

เมื่อผู้ยื่นคำขอไม่อาจแสดงพยานหลักฐานเบื้องต้นให้ศาลเชื่อได้ว่า ผู้ยื่นคำขอจะมีโอกาสชนะคดีในกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีได้เช่นใดบ้าง ผู้ยื่นคำขอจึงไม่ใช่ผู้มีสิทธิยื่นคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐนอร์ทไอร์แลนด์ เวสต์ฟาเลน จึงมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่สั่งยกคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

3. เปรียบเทียบและวิเคราะห์การนำมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวมาใช้ในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการประเมินผลข้อสอบ

มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในระบบกฎหมายไทยปรากฏอยู่ในมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อันเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ศาลปกครองในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่คู่กรณีเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดี โดยรายละเอียดของหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวปรากฏอยู่ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 หมวด 5 ส่วนที่ 2 ว่าด้วยการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ข้อ 75 ถึงข้อ 77 อย่างไรก็ตาม การกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในคดีปกครองยังคงอ้างอิงไปยังหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นสำคัญ จึงทำให้เกิดลักษณะที่สำคัญ 2 ประการ ซึ่งทำให้กลไกในการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในระบบกฎหมายไทยต่างจากระบบกฎหมายเยอรมัน ดังนี้

3.1 ประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างคำฟ้องกับคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

ในระบบกฎหมายไทย การยื่นคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวจำเป็นต้องมีพื้นฐานมาจากคำฟ้องเสมอ ในขณะที่ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น การยื่นคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวสามารถกระทำได้เลยแม้ผู้ยื่นคำขอจะยังไม่ได้ยื่นคำฟ้องก็ตาม ด้วยเหตุนี้ การยื่นคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในระบบกฎหมายเยอรมันจะมีความยืดหยุ่นและตอบสนองต่อการคุ้มครองของผู้ยื่นคำขอได้มากกว่าการยื่นคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในระบบกฎหมายไทย ในขณะที่ในระบบกฎหมายไทยนั้น การกำหนดให้ต้องมีการยื่นคำฟ้องก่อนหรือพร้อมกับ

การยื่นคำขอบรรเทาทุกข์นั้น เป็นกลไกที่ป้องกันผู้ฟ้องคดีแสวงหาประโยชน์จากมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ได้ดีกว่าในระบบกฎหมายเยอรมัน เนื่องจากผู้กรณีได้เข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาของศาลแล้วก่อนหรือ ในขณะที่มีการยื่นคำขอมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

3.2 ประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

เมื่อพิจารณามาตรา 255 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประกอบข้อ 77 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ แล้ว จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในระบบกฎหมายไทยมี 3 ประการ ได้แก่ **ประการที่หนึ่ง** คดีของผู้ฟ้องคดีมีมูลหรือไม่ กล่าวคือ มีความเป็นไปได้ที่การกระทำของฝ่ายปกครองอันเป็น วัตถุแห่งคดี จะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ **ประการที่สอง** คดีมีเหตุอันสมควรที่ศาลจะมี คำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้แก่ผู้ฟ้องคดีหรือไม่ และ**ประการที่สาม** ประโยชน์ในการกำหนดมาตรการ บรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้แก่ผู้ฟ้องคดีนั้น มีค่าเหนือกว่าประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ซึ่งสามารถเปรียบเทียบกับ หลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในระบบกฎหมายเยอรมันได้ ดังนี้

3.2.1 ปัญหาและอุปสรรคที่เกิดขึ้นในองค์ประกอบ “สิทธิในการยื่นคำขอ” (Anordnungsanspruch)

องค์ประกอบ “สิทธิในการยื่นคำขอ” ในระบบกฎหมายเยอรมันเป็นองค์ประกอบ ที่เทียบเคียงได้กับองค์ประกอบ “คดีมีมูล” ในระบบกฎหมายไทย อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองเยอรมัน มักจะตรวจสอบสิทธิในการยื่นคำขอของผู้ยื่นคำขออย่างละเอียด ทั้งในทางกฎหมายและในทางความเป็นจริง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การตรวจสอบว่าการใช้ดุลพินิจของผู้ตรวจสอบข้อสอบชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จึงทำให้ ในทางปฏิบัติศาลมักจะยกคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวด้วยเหตุผลที่ว่า ผู้ยื่นคำขอไม่มีสิทธิในการยื่นคำขอ ให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

3.2.2 ปัญหาและอุปสรรคที่เกิดขึ้นในองค์ประกอบ “เหตุจำเป็นในการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว” (Anordnungsgrund)

องค์ประกอบ “เหตุจำเป็นในการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว” ในระบบกฎหมาย เยอรมันเป็นองค์ประกอบที่เทียบเคียงได้กับองค์ประกอบ “คดีมีเหตุอันสมควรที่ศาลจะมีคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราว” และองค์ประกอบ “ประโยชน์ในการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้แก่ผู้ฟ้องคดีมีค่าเหนือกว่าประโยชน์สาธารณะ” ในระบบกฎหมายไทย โดยศาลปกครองเยอรมันมักจะวินิจฉัยว่า การกำหนด มาตรการคุ้มครองชั่วคราวให้แก่ผู้ฟ้องคดีมีเหตุจำเป็น หากผู้ยื่นคำขอไม่สามารถลงทะเบียนสอบซ่อม ในรายวิชาที่เป็นประเด็นปัญหาได้ภายใน 1 ภาคการศึกษา (หรือประมาณ 6 เดือน) เพราะระยะเวลาดังกล่าว เป็นระยะเวลาปกติที่นักเรียนหรือนักศึกษาย่อมคาดหมายได้ (ว่าจะดำเนินการตามสิทธิของตนได้ตามเวลา



ที่กำหนด)³⁹ แต่หากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการสอบปากเปล่า ศาลมักจะกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้แก่ผู้ยื่นคำขอ แม้ผู้ยื่นคำขอจะมีสิทธิในการลงทะเบียนสอบซ่อมได้ภายใน 1 ภาคการศึกษา ก็ตาม เพราะในการสอบปากเปล่านั้น หากปล่อยระยะเวลาผ่านไปยาวนานเกินสมควร ก็ย่อมทำให้ความทรงจำของผู้ประเมินผลสอบเลื่อนหายไปตามกาลเวลา จนไม่อาจประเมินผลสอบปากเปล่าให้เป็นธรรมได้อีกต่อไป

3.2.3 ปัญหาและอุปสรรคที่เกิดขึ้นในองค์ประกอบ “ไม่มีลักษณะที่ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีไร้ประโยชน์” (Vorwegnahme der Hauptsache)

ข้อห้ามในการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวที่ทำให้กระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีไร้ประโยชน์นั้น เป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองของไทยนำมาใช้ในบางกรณี เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 1/2557⁴⁰ แต่ยังไม่พบการนำหลักการดังกล่าวมาใช้ในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบหรือการตอบข้อสอบโดยตรง

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ยื่นคำขอมีคำขอให้มีการประเมินผลคะแนนสอบใหม่โดยตรงหรือโดยอ้อมด้วยการมีคำขอให้มีการออกใบรับรองวุฒิการศึกษาหรือผลการศึกษาชั่วคราวก็ตาม

³⁹ Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl., München 2018, Rn. 908.

⁴⁰ คดีนี้ผู้ฟ้องคดีที่ 1 นำคดีมาฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสาม (สภามหาวิทยาลัยบูรพา ที่ 1 นายกสภามหาวิทยาลัยบูรพา ที่ 2 และเลขาธิการสภามหาวิทยาลัยบูรพา ที่ 3) กำหนดวาระการประชุมผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพื่อดำเนินการคัดเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยบูรพาจากรายชื่อที่ได้รับการสรรหาจากคณะกรรมการสรรหาอธิการบดี ทั้งนี้ ตามข้อบังคับสภามหาวิทยาลัยบูรพา ว่าด้วยคุณสมบัติ และการสรรหาอธิการบดี พ.ศ. 2552 ข้อ 20 โดยเร็วและเร่งด่วน และมีคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาของผู้ฟ้องคดีที่ 1 ที่ขอให้ศาลมีคำสั่งให้มีการประชุมผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพื่อสรรหาอธิการบดีมหาวิทยาลัยบูรพาเป็นวาระพิเศษสำคัญโดยเร่งด่วน เห็นได้ว่า คำขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา เป็นคำขอให้ศาลมีคำสั่งอย่างเดียวกันกับคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาและกำหนดคำสั่งบังคับตามคำขอท้ายฟ้อง ซึ่งหากศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษตามที่ผู้ฟ้องคดีที่ 1 มีคำขอ ย่อมมีผลเป็นการตัดสินชี้ขาดคดีนี้เสียแล้วตั้งแต่ในชั้นการพิจารณาคำขอเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา และหากผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามปฏิบัติตามคำสั่งเกี่ยวกับคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาเช่นว่านี้แล้วเสร็จ การพิจารณาคดีตามคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีที่ 1 ก็จะไม่เป็นประโยชน์อีกต่อไป กรณีจึงเห็นได้ชัดว่าแม้คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีที่ 1 มีมูล ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และที่ 3 จะไม่จัดประชุมผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพื่อดำเนินการคัดเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยบูรพาจากรายชื่อที่ได้รับการสรรหาจากคณะกรรมการสรรหาอธิการบดีตามที่ผู้ฟ้องร้อง และผู้ฟ้องคดีที่ 1 จะได้รับความเดือดร้อนเสียหายต่อเนื่องจากการงดเว้นการกระทำดังกล่าว แต่ก็ยังไม่มีเหตุเพียงพอที่จะนำวิธีการคุ้มครองตามที่ขอนั้นมาใช้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ข้อ 75 และข้อ 77 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ประกอบกับมาตรา 254 วรรคหนึ่ง (2) และมาตรา 255 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ศาลจะไม่สามารถกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้ได้⁴¹ เนื่องจากในกลุ่มคดีลักษณะดังกล่าวนี้ หากศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวแล้ว ผู้ยื่นคำขอก็ย่อมได้รับการประเมินคะแนนใหม่หรือ ได้วุฒิการศึกษาตามที่ตนประสงค์ โดยไม่ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาในประเด็นหลักแห่งคดีอีกต่อไป

4. ตัวอย่างของคดีที่ศาลปกครองไทยนำมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวมาใช้ในคดีที่เกี่ยวข้องกับ กระบวนการสอบและการตรวจข้อสอบ

ถึงแม้ในกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมันจะได้มีการกำหนดเงื่อนไขในการพิจารณา มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวที่แตกต่างกันในรายละเอียดก็ตาม แต่หลักการโดยทั่วไปของระบบกฎหมาย เยอรมันนั้น สามารถนำมาใช้กับคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการตรวจข้อสอบของไทยได้ เช่นเดียวกัน โดยตัวอย่างคดีที่ศาลปกครองไทยนำมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวมาใช้ ก็คือ คดีตาม คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 994/2561 โดยข้อเท็จจริงตามคำพิพากษานับดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ฟ้องคดี เป็นผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อเข้าศึกษาในหลักสูตรแพทยศาสตรบัณฑิตซึ่งจัดขึ้นโดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (กลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย (กสพท.)) ณ สนามสอบคณะแพทยศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ทั้งนี้ ในระเบียบการสอบได้ระบุไว้ว่า อุปกรณ์ที่อนุญาตให้นำเข้าห้องสอบมีเพียงดินสอดำ 2B กบเหลาดินสอ ยางลบ ปากกา น้ำยาลบคำผิด และนาฬิกาข้อมือแบบเข็มเท่านั้น โดยผู้เข้าสอบห้ามพกกระดาดฯ ไม่บรรทัด เครื่องคิดเลข นาฬิกาดิจิตอล เครื่องบันทึกภาพ โทรศัพท์มือถือ และเครื่องมือสื่อสารทุกชนิด หากมีอุปกรณ์ ในลักษณะดังกล่าว ผู้เข้าสอบจะต้องปิดเครื่องและวางไว้ในจุดที่คณะกรรมการกำหนด หากตรวจพบว่ามีเสียง หรือพบสัญญาณติดต่อ หรือไม่เป็นไปตามที่ระบุไว้ จะถือว่าเจตนาทุจริตและจะไม่พิจารณาให้คะแนน นอกจากนี้ ข้อ 2 ของข้อกำหนดที่ระบุไว้ที่ปกข้อสอบยังระบุไว้อีกว่า ผู้เข้าสอบห้ามพกเครื่องมือสื่อสาร ทุกชนิด หากนำติดตัวมาขอให้ปิดเครื่อง ถอดแบตเตอรี่ และวางไว้ในจุดที่คณะกรรมการกำหนด หากพบ ภายหลังว่ามีเสียงหรือสัญญาณติดต่อมา จะถือว่าเจตนาทุจริต อย่างไรก็ตาม ในการเข้าสอบครั้งดังกล่าว ระหว่างเวลา 15 นาฬิกา ถึง 17 นาฬิกา ของวันสอบ ผู้ฟ้องคดีได้เข้าสอบในห้องสอบปรับอากาศที่มีกระจกกัน และได้ใส่โทรศัพท์มือถือไว้ในกระเป๋าที่วางอยู่นอกห้องสอบในจุดที่คณะกรรมการสอบกำหนด ต่อมา ในเวลา ประมาณ 16 นาฬิกา เจ้าหน้าที่ผู้คุมสอบได้ยินเสียงนาฬิกาปลุกโทรศัพท์มือถือจากบริเวณที่วางกระเป๋า ของผู้เข้าสอบซึ่งวางอยู่ห่างจากประตูห้องสอบประมาณ 25 เมตร ผู้คุมสอบจึงได้แจ้งให้กรรมการที่ กองอำนวยการกลางทราบ จากนั้น กรรมการอำนวยการกลางได้ค้นหาที่มาของสัญญาณเสียงพบว่าเสียงดัง มาจากกระเป๋าของผู้ฟ้องคดี เมื่อคณะกรรมการอำนวยการกลางได้เข้ามาตรวจสอบโทรศัพท์มือถือของผู้ฟ้องคดี ก็พบว่า เสียงนาฬิกาปลุกของโทรศัพท์มือถือของผู้ฟ้องคดีเป็นเสียงเดียวกันกับที่เจ้าหน้าที่ผู้คุมสอบได้ยิน แต่ไม่พบว่ามีการแจ้งเตือนสายที่ไม่ได้รับ (missed call) ที่โทรศัพท์มือถือเครื่องดังกล่าวแต่อย่างใด

⁴¹ ตัวอย่างกลุ่มคดีในลักษณะดังกล่าวโปรดดูหัวข้อที่ 2.6 ข้างต้น

ต่อมา คณะอนุกรรมการจัดการสอบคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษาหลักสูตรแพทยศาสตรบัณฑิต ในการประชุม ครั้งที่ 2/2554 เมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2554 ได้มีมติไม่พิจารณาคะแนนสอบของผู้ฟ้องคดี ในรายวิชาภาษาไทยและสังคมศึกษา โดยให้เหตุผลประกอบว่า ผู้เข้าสอบได้ฝ่าฝืนระเบียบข้อปฏิบัติ ในการสอบคัดเลือก โดยการไม่ปิดโทรศัพท์และทำให้มีเสียงโทรศัพท์ดังระหว่างการสอบ ผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสือ ถึงเลขาธิการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ขอให้พิจารณาทบทวนการไม่พิจารณาคะแนนวิชาภาษาไทยและสังคมศึกษา ของผู้ฟ้องคดี แต่ก็ไม่ได้รับแจ้งผลการพิจารณาแต่อย่างใด ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น พร้อมกับมีคำขอให้ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ไม่พิจารณา คะแนนสอบวิชาภาษาไทยและสังคมศึกษาของผู้ฟ้องคดีไว้เป็นการชั่วคราว และขอให้ผู้ฟ้องคดีเข้าสัมภาษณ์ และตรวจร่างกายโดยคณะหรือวิทยาลัยที่ผู้ฟ้องคดีมีคะแนนสอบติด ระหว่างวันที่ 2 ถึงวันที่ 10 มีนาคม 2554 ต่อไปด้วย

ศาลปกครองชั้นต้นในคดีนี้พิเคราะห์แล้วเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 นำแต่ข้อเท็จจริง ที่ว่าเกิดเสียงดังจากโทรศัพท์มือถือของผู้ฟ้องคดี โดยมีได้พิจารณาบริบทแวดล้อมว่าผู้ฟ้องคดีได้ใช้ประโยชน์ จากโทรศัพท์มือถือเครื่องนั้นในการทุจริตการสอบหรือไม่ การออกคำสั่งตามใบรายงานผลการสอบจึงน่าจะ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งการกำหนดให้มีการทุเลาการบังคับตามคำสั่งตามใบรายงานผลการสอบนั้น มีผล เพียงแต่ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ต้องพิจารณารวมคะแนนในรายวิชาภาษาไทยและสังคมศึกษาเข้ากับรายวิชาอื่นให้ ถูกต้องตามความเป็นจริงเท่านั้น การให้ทุเลาการบังคับตามใบรายงานผลการสอบจึงไม่น่าจะเป็นปัญหาและ อุปสรรคต่อการบริหารงานของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 นอกจากนี้ การจัดการสอบคัดเลือกเพื่อเข้าศึกษาต่อในหลักสูตร แพทยศาสตรบัณฑิตยังเป็นการสอบที่จัดขึ้นปีละครั้งเท่านั้น หากไม่ได้รับการตรวจให้คะแนนในรายวิชา ภาษาไทยและสังคมศึกษา ย่อมทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถเข้าร่วมการพิจารณาคัดเลือกในรอบการสอบสัมภาษณ์ และการตรวจร่างกายต่อไปได้ ซึ่งจะทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียสิทธิในการที่ได้จะรับคัดเลือกในปดังกกล่าวได้ อันเป็นความเสียหายที่ร้ายแรงและยากแก่การที่จะเยียวยาแก้ไขในภายหลัง เมื่อคำขอของผู้ฟ้องคดี ครบองค์ประกอบตามที่มาตรา 72 วรรคสาม แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 กำหนดไว้ ศาลปกครองชั้นต้นจึงได้มีคำสั่งทุเลาการบังคับตาม คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ตรวจพิจารณาคะแนนวิชาภาษาไทยและสังคมศึกษา ให้แก่ผู้ฟ้องคดีและนำคะแนนที่ได้มาพิจารณารวมกับคะแนนวิชาวิทยาศาสตร์ คณิตศาสตร์ และภาษาอังกฤษ เพื่อประกอบการพิจารณาคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษาในหลักสูตรแพทยศาสตรบัณฑิตและทันตแพทยศาสตรบัณฑิต ปีการศึกษา 2554 ตามอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองต่อไป

เมื่อพิจารณาจากคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 994/2561 แล้ว จะพบว่า แม้ศาลปกครองจะได้พิจารณาคำขอโดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการทุเลาการบังคับตาม คำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่เนื่องจากคำขอของผู้ฟ้องคดีนี้เป็นการขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 พิจารณาให้ผู้ฟ้องคดีเข้าสัมภาษณ์และตรวจร่างกาย ลำพังแต่การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง จึงไม่สามารถทำให้ผู้ฟ้องคดีสามารถเข้าร่วมการสอบสัมภาษณ์และตรวจร่างกายได้ตามคำขอ ศาลจึงจำเป็น

ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการออกคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวประกอบด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 พิจารณาตรวจสอบคะแนนวิชาภาษาไทยและสังคมศึกษา และนำคะแนนในวิชาดังกล่าวไปรวมกับวิชาอื่นให้ถูกต้องตามความเป็นจริงด้วย ในกรณีเช่นนี้การพิจารณาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการออกคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวจึงน่าจะสอดคล้องกับรูปเรื่องมากกว่า

สรุป

การบรรเทาทุกข์ชั่วคราวเป็นกลไกที่สำคัญอย่างยิ่งในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลในกระบวนการสอบที่เป็นธรรม ถึงแม้ว่าลักษณะและองค์ประกอบของการออกคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในระบบกฎหมายไทยและในระบบกฎหมายเยอรมันจะมีความแตกต่างกันในบางส่วน เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างคำฟ้องกับคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราว หรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก็ตาม แต่หลักเกณฑ์ทางทฤษฎีและการวินิจฉัยของศาลปกครองเยอรมันในทางปฏิบัติ ก็ย่อมทำให้ศาลปกครองไทยสามารถเห็นภาพของหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการตรวจสอบได้อย่างชัดเจนยิ่งขึ้น และสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาคำขอในลักษณะดังกล่าวได้ ซึ่งการใช้มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวมักเป็นมาตรการที่สอดคล้องกับคำขอในคดีที่เกี่ยวข้องกับการสอบและการตรวจสอบมากกว่าการทะเลาะการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง และจะทำให้ปัจเจกบุคคลได้รับการคุ้มครองสิทธิได้อย่างครอบคลุมมากยิ่งขึ้น



การกำหนดอัตราค่าปรับ ในคดีสิ่งแวดล้อมของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส

สุคนธา ศรีภิรมย์*

บทคัดย่อ

คดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมเป็นคดีที่มีลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพยากรธรรมชาติที่มีผลกระทบต่อประชาชนและเป็นคดีที่มีความซับซ้อน ศาลปกครองซึ่งเป็นกลไกสำคัญที่มีส่วนในการแก้ไขเยียวยาปัญหาสิ่งแวดล้อม จึงจำเป็นต้องใช้มาตรการทางกฎหมายบางประการที่จะหยุดหรือระงับการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นให้เร็วที่สุด วิธีการแก้ไขเยียวยาต้องทันต่อเหตุการณ์

จากการพิจารณาคำพิพากษาคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมสำคัญหลายคดีที่ผ่านมา สิ่งสำคัญของการแก้ไขเยียวยาสิ่งแวดล้อมที่เด่นชัด คือ การบังคับตามคำพิพากษาให้เกิดผลเป็นรูปธรรม เนื่องจากการปฏิบัติตามคำพิพากษานั้นมีความสำคัญมาก เพื่อให้การปกครองแบบนิติรัฐดำเนินต่อไปได้

ในบทความนี้จะกล่าวถึงการกำหนดจำนวนเงินค่าปรับในมาตรการปรับเพื่อบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม หลักการนี้เป็นกรณีเมื่อศาลปกครองได้กำหนดค่าบังคับในคำพิพากษาแล้ว แต่หากยังมิได้มีการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาไม่ว่าเหตุใดก็ตาม ศาลปกครองอาจมีการกำหนดมาตรการปรับซึ่งเป็นมาตรการหลักมาตรการหนึ่งที่จะเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามคำพิพากษาสำหรับผู้ชนะคดีได้

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาศึปกครอง มาตรา L. 911-5 มิได้กำหนดอัตราของการกำหนดค่าปรับไว้ ทำให้อัตราการคำนวณค่าปรับเป็นดุลพินิจของตุลาการเจ้าของสำนวนตามที่กฎหมายกำหนดให้สภาแห่งรัฐสามารถสั่งให้หน่วยงานของรัฐจ่ายเงินจำนวนหนึ่ง โดยคิดคำนวณจำนวนเงินตามวันที่ล่าช้าในการปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล มาตรการปรับมีวัตถุประสงค์ให้ฝ่ายปกครองดำเนินการให้คำพิพากษามีผล มาตรการปรับนี้มีขอบเขต แต่เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการกำหนดมาตรการปรับเป็นไปเพื่อการกดดันให้มีการบังคับตามคำพิพากษา จึงเป็นผลให้ไม่มีการกำหนดไว้ในกฎหมายถึงอัตราจำนวนเงินค่าปรับในแต่ละประเภทคดี

* น.บ. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.ม. กฎหมายมหาชนจากมหาวิทยาลัยเดียวกัน, D.E.A. droits public fondamental และ Doctorat en droit public จากมหาวิทยาลัย Toulouse I Capitole แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส, พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 1 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง



ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติ แผนกรายงานและวิเคราะห์คดีจะเสนอต่อแผนกคดีปกครองเพื่อจัดทำบันทึกสรุปสำนวน กำหนดค่าบังคับ และเสนอมาตรการปรับพร้อมกำหนดจำนวนเงิน อัตราค่าปรับจะแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับการกำหนดของแต่ละศาล แต่ส่วนใหญ่แล้วจะกำหนดตามจำนวนวันที่ล่าช้าในการปฏิบัติตามคำพิพากษา ส่วนจำนวนเงินค่าปรับทั้งหมดนั้น ศาลจะพิจารณาตามแต่ละกรณี โดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงของคดีและพฤติการณ์แวดล้อม ต้องพิจารณาพิพากษาคดีโดยประธานประโยชน์สาธารณะและบริการสาธารณะให้เกิดความเป็นธรรม อันเป็นการใช้อำนาจของสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดในการตรวจสอบฝ่ายปกครองว่าได้บังคับใช้กฎหมายโดยถูกต้องหรือไม่

คำสำคัญ : มลภาวะทางสิ่งแวดล้อม, อัตราค่าปรับ, มลภาวะทางแสง, สภาแห่งรัฐฝรั่งเศส, มลภาวะทางอากาศ

ความนำ

คดีสิ่งแวดล้อมเป็นคดีที่มีข้อพิพาทมาจากการกระทำของผู้ก่อให้เกิดมลพิษ แล้วเกิดความเสียหายแก่สิ่งแวดล้อม¹ ซึ่งมีลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพยากรธรรมชาติที่มีผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของคนในสังคมจำนวนมาก อาจจำเป็นต้องมีวิธีการแก้ไขเยียวยาที่รวดเร็ว ทันต่อเหตุการณ์ เนื่องจากความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติมักส่งผลกระทบต่อคนข้างรุนแรง หากปล่อยให้เนิ่นช้าไป อาจยากแก่การแก้ไขเยียวยา จึงจำเป็นต้องใช้มาตรการทางกฎหมายบางประการที่จะหยุดหรือระงับการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นให้เร็วที่สุด

จากคำแนะนำของประธานศาลปกครองสูงสุด ในการดำเนินคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ได้ให้ความหมายเกี่ยวกับ “คดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม” ไว้ว่า “คดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม หมายรวมถึง คดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองตามบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองหรือรักษาสภาพทางธรรมชาติ พืช สัตว์ หรือสิ่งมีชีวิต การจัดการทรัพยากรธรรมชาติ การคุ้มครองดูแลสุขภาพมนุษย์ การจัดระเบียบสภาพแวดล้อมมนุษย์ สภาพภูมิอากาศ ภูมิทัศน์ ศิลปวัฒนธรรม หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และคดีอื่นตามประกาศของประธานศาลปกครองสูงสุด”² ในการพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อมของศาลปกครองตลอดระยะเวลานับตั้งแต่เปิดแผนกคดีสิ่งแวดล้อมในศาลปกครอง ได้มีการพิพากษาคดีปกครองสิ่งแวดล้อมที่สำคัญหลายคดี เช่น คดีลำห้วยคลิตี้ หรือคดีมาบตาพุด เป็นต้น คดีที่ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาเหล่านี้เป็นคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่มีผลกระทบต่อประชาชน และเป็นคดีที่มีความซับซ้อน ศาลปกครองจึงเป็นกลไกสำคัญที่มีส่วนในการแก้ไขเยียวยาปัญหาสิ่งแวดล้อม จะเห็นได้จากการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมสำคัญหลายคดีที่ผ่านมา สิ่งสำคัญของการแก้ไขเยียวยาสิ่งแวดล้อมที่เด่นชัด คือ การบังคับตามคำพิพากษาให้เกิดผลเป็นรูปธรรม โดยเมื่อมีคำพิพากษาแล้ว การปฏิบัติตามคำพิพากษานั้นมีความสำคัญมาก ซึ่งหน่วยงานของรัฐหรือฝ่ายปกครองจะต้องเคารพและปฏิบัติตามเพื่อให้การปกครองแบบนิติรัฐดำเนินต่อไปได้

¹ วริยะ ว่องวานิช, “วิธีพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อมของศาลปกครอง”, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546, หน้า 54.

² คำแนะนำของประธานศาลปกครองสูงสุด ในการดำเนินคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ลงวันที่ 29 มิถุนายน 2554 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 128 ตอนที่ 54 ก วันที่ 4 กรกฎาคม 2554

ในบทความนี้จะกล่าวถึงการกำหนดจำนวนเงินค่าปรับในมาตรการปรับเพื่อบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส³ และเพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงการคำนวณเงินค่าปรับ สมควรที่จะศึกษาใน *ส่วนที่ 1 หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมในคำพิพากษาคดีสิ่งแวดล้อมโดยสังเขป* เพื่อนำไปสู่ *ส่วนที่ 2 การวิเคราะห์จำนวนเงินในมาตรการปรับที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลแห่งรัฐฝรั่งเศส*

ส่วนที่ 1 หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมในคำพิพากษาคดีสิ่งแวดล้อมโดยสังเขป

กฎหมายสิ่งแวดล้อมของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีบ่อเกิดจากหลายแหล่ง ซึ่งบ่อเกิดสำคัญ คือ บ่อเกิดจากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศ โดยที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้อนุมัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับปฏิญญาโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา และโครงการสิ่งแวดล้อมแห่งองค์การสหประชาชาติ (le Programme de Nations Unies pour l'environnement) กฎหมายภายในที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายสิ่งแวดล้อมฝรั่งเศส ได้แก่ ประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2000 (le Code d'environnement)⁴ ซึ่งเป็นการรวบรวมกฎเกณฑ์ทางกฎหมายสิ่งแวดล้อมให้เป็นหมวดหมู่ และทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมเป็นไปได้โดยง่ายยิ่งขึ้น ต่อมา ในปี ค.ศ. 2004 สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการตรากฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม (la Charte d'environnement) ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่มีค่าสูงกว่ารัฐธรรมนูญ และตรากฎหมายระดับรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมอีกสองฉบับ คือ รัฐบัญญัติ Grenelle ฉบับที่ 1 (ค.ศ. 2007) และฉบับที่ 2 (ค.ศ. 2010) ซึ่งมีเนื้อหาสาระในการวางนโยบายระยะยาวเกี่ยวกับการพัฒนาอย่างยั่งยืนในด้านสิ่งแวดล้อม⁵

1.1 หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่าย (le Principe polluer payer)

หลักการผู้ก่อมลพิษเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายได้ถูกนำเสนอโดยองค์การความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development : OECD) ตั้งแต่ทศวรรษที่ 1970 และเป็นที่ยอมรับเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน โดยมีหลักการสำคัญ คือ การนำเอาต้นทุนที่เกิดจากการก่อมลพิษต่อสิ่งแวดล้อม (environmental costs) หรือผลกระทบภายนอก (externality) เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของต้นทุนการผลิตสินค้าและบริการที่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งจะทำให้ต้นทุน

³ สภาแห่งรัฐเป็นสถาบันที่เก่าแก่ มีวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ที่ยาวนาน สภาแห่งรัฐทำหน้าที่เป็นศาลปกครองสูงสุดและเป็นที่ปรึกษาทางกฎหมายของรัฐบาลไปพร้อมกัน สภาแห่งรัฐเป็นผลมาจากการปฏิรูปสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ (Conseil du Roi) ซึ่งมีมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 13

⁴ Terry OLSON ตุลาการศาลปกครองสูงสุดแห่งสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส “การบรรยายทางวิชาการ” เรื่อง “Le droit de l'environnement et le juge administratif” เมื่อวันที่ 20 มีนาคม 2555 ณ ห้องสัมมนา 1 สำนักงานศาลปกครอง (ถอดความและเรียบเรียงโดย นางสาวปาลิรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์ พนักงานคดีปกครองชำนาญการ ศูนย์ศึกษากฎหมายมหาชน 1 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง), วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 13 ฉบับที่ 4 (ตุลาคม-ธันวาคม) 2556 หน้า 1-6.

⁵ เรื่องเดียวกัน

และราคาสินค้าและบริการดังกล่าวสูงขึ้น และทำให้ผู้ผลิตและผู้บริโภคปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของตน อันจะเป็นผลดีต่อการรักษาสิ่งแวดล้อม⁶ หลักการนี้ปรากฏอยู่ในปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (Rio Declaration on Environment and Development) โดยระบุไว้ในหลักการที่ 16 มีชื่อทางการว่า “หลักการผลักดันต้นทุนทางสิ่งแวดล้อมกลับเข้าสู่ผู้ก่อ (Internalization of Environmental Costs)” แต่ส่วนใหญ่เรียกว่า “The Polluter Pays Principle” โดยหลักการนี้คำนึงถึงแนวทางที่ว่า ผู้ก่อมลพิษควรเป็นผู้รับภาระต้นทุนของมลพิษ⁷

สำหรับสถานการณ์เกี่ยวกับกฎหมายสิ่งแวดล้อมในฝรั่งเศสนั้น การตรากฎบัตรสิ่งแวดล้อม (la Charte d'environnement) ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่มีค่าสูงกว่ารัฐธรรมนูญ และการตรากฎหมายระดับรัฐบัญญัติเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมอีกสองฉบับ คือ รัฐบัญญัติ Grenelle ฉบับที่ 1 (ค.ศ. 2007) และฉบับที่ 2 (ค.ศ. 2010) ซึ่งมีเนื้อหาสาระในการวางนโยบายระยะยาวเกี่ยวกับการพัฒนาอย่างยั่งยืนในด้านสิ่งแวดล้อม ทำให้หลักการผู้ก่อมลพิษเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายได้ถูกนำมาปรับใช้ และได้กำหนดสิทธิของประชาชนในการมีสาธารณสุขที่ดีและการอาศัยอยู่ในสภาพแวดล้อมที่สมดุล โดยสภาแห่งรัฐได้ตระหนักถึงความสำคัญของกฎบัตรนี้ และได้มีคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Commune d'Annecy เมื่อวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ. 2008 หมายเลขคดี 297931 ยืนยันหลักการนี้ โดยสภาแห่งรัฐพิพากษาให้ประชาชนทุกคนสามารถฟ้องคำสั่งทางปกครองตามหลักการของกฎบัตรนี้ได้ และได้นำหลักการนี้มาบัญญัติในมาตรา L. 110-1 แห่งประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อมของฝรั่งเศส ซึ่งทำให้หลักการ “ผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย” ถูกรับรองและปรับใช้เป็นกฎหมายภายใน ตามความหมายของหลักการนี้หมายถึง ความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นตกเป็นของผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือก่อให้เกิดมลพิษทางด้านสิ่งแวดล้อม เช่น ในคดีเรือบรรทุกน้ำมัน Erika ที่เจ้าของเรือน้ำมันที่ล่มต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อม⁸

หลักการนี้มีแนวคิดว่า ผู้ใดก่อมลพิษผู้นั้นต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น เพราะเป็นผู้ที่เข้าใจในขั้นตอนต่าง ๆ ของการประกอบการ และเป็นการสร้างจิตสำนึกในการดำรงรักษาไว้ซึ่งสิ่งแวดล้อม อันเป็นสมบัติของประชาชนในรุ่นต่อไป ตามความในมาตรา 4 แห่งกฎบัตรสิ่งแวดล้อมฝรั่งเศส ได้กำหนดว่า ผู้ก่อให้เกิดมลพิษย่อมต้องเป็นผู้รับภาระหน้าที่ในการชำระค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากการกระทำของตน และมีภาระหน้าที่ในการคุ้มครองสภาพแวดล้อม หลักการนี้เป็นหลักการที่นำมาปรับใช้กับกิจกรรมทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นกิจกรรมทางอุตสาหกรรมหรือทางเกษตรกรรม และยังเป็นหน้าที่ที่เริ่มขึ้นโดยทันที

⁶ หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่าย (Polluter Pays Principle : PPP), [online] Available from : <https://www.stou.ac.th/stouonline/lom/data/sec/Lom21/05-01-01.html> [20 กรกฎาคม 2564]

⁷ เฟิงอ้าง

⁸ คำพิพากษา Tribunal correctionnel de Paris ลงวันที่ 16 มกราคม ค.ศ. 2008 หมายเลขคดี 9934895010

นับแต่กิจกรรมนั้นเกิดขึ้น แต่การกระทำผิดตามหลักการดังกล่าวอาจมีบทกำหนดโทษที่แตกต่างกัน แม้ว่าจะทำให้เกิดมลภาวะทางสิ่งแวดล้อมในลักษณะเดียวกัน⁹

แนวคิดหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายเป็นแนวคิดเชิงเศรษฐศาสตร์ ซึ่งมาจากความเชื่อที่ว่า ปัจจุบันผู้ประกอบการผลิตสินค้าหรือให้บริการได้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือสินค้าสาธารณะโดยไม่ได้ให้ค่าตอบแทน ทำให้สินค้าราคาถูกกว่าที่เป็นจริง และผลจากการที่ไม่ต้องจ่ายค่าตอบแทนนี้เอง ทำให้ไม่มีการรักษาคุณภาพของทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม นอกจากตัดวงจรผลประโยชน์ตามความสามารถของตน ซึ่งนอกจากเป็นการใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างไม่เหมาะสมตามหลักเศรษฐศาสตร์ กล่าวคือ ไม่สามารถใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพหรือก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแล้ว ยังเป็นการทำลายทรัพยากรธรรมชาติที่มีอยู่อย่างจำกัดอีกด้วย ซึ่งไม่ก่อให้เกิดผลดีแต่ประการใด กลับทั้งยังก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมโดยรวม ดังนั้น จึงจำเป็นต้องกระตุ้นให้ผู้ปล่อยของเสียเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายดังกล่าว โดยการกำหนดค่าธรรมเนียมให้ผู้ก่อมลพิษต้องเสียค่าใช้จ่ายจากการดำเนินกิจการของตน¹⁰

1.2 หลักการระมัดระวังไว้ก่อน (le Principe de précaution)

หลักการนี้ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนในปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1992 ข้อที่ 15 ว่า “In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation” สรุปความได้ว่า “เพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม รัฐจะต้องใช้วิธีระมัดระวังตามความสามารถของตน เมื่อปรากฏว่ามีสิ่งที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่สามารถทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิมได้ การขาดความชัดเจนทางวิทยาศาสตร์ไม่นำมาใช้เป็นเหตุผลในการเลื่อนใช้มาตรการที่มีประสิทธิภาพและคุ้มทุนในการป้องกันความเสี่ยงต่อสิ่งแวดล้อม”¹¹ ซึ่งหลักการดังกล่าวมีองค์ประกอบ ดังนี้ (1) การระมัดระวังไว้ก่อน จะนำมาใช้เมื่อมีความเสี่ยงในการก่อให้เกิดอันตรายแก่สิ่งแวดล้อมหรือสุขภาพมนุษย์ (2) ความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่สามารถทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิมได้ (3) การขาดความชัดเจนทางวิทยาศาสตร์ไม่นำมาใช้เป็นเหตุผลในการเลื่อนการใช้มาตรการป้องกัน (4) มาตรการที่ใช้ต้องเป็น

⁹ อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 4

¹⁰ ประพนธ์ คล้ายสุบรรณ, “การระบับข้อพิพาททางสิ่งแวดล้อมในศาลปกครอง”, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551, หน้า 29.

¹¹ สุขฉวี รัตตประจิด มลพิษทางอากาศข้ามพรมแดน เรื่อง แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการจัดการปัญหามลพิษทางอากาศข้ามพรมแดน, เอกสารเผยแพร่ภายในสำนักงานศาลปกครอง [12 กรกฎาคม 2564]

มาตรการที่มีประสิทธิภาพและคุ้มทุน โดยการประเมินจากต้นทุนและผลประโยชน์ที่จะได้รับ (5) รัฐจะต้องใช้วิธีการระมัดระวังไว้ก่อน¹²

สำหรับสาธารณรัฐฝรั่งเศส หลักการดังกล่าวข้างต้นบัญญัติไว้ในมาตรา 5 ของกฎบัตรสิ่งแวดล้อมของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่กำหนดว่า “Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.” สรุปความได้ว่า “เมื่อมีเหตุที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมอย่างร้ายแรงและไม่อาจจะเยียวยาแก้ไขได้ แม้ว่าจะในขณะดังกล่าวยังไม่ปรากฏความรู้ทางวิทยาศาสตร์ที่อาจนำมาใช้ยืนยันได้อย่างแน่ชัด หน่วยงานของรัฐต้องปรับใช้หลักการระมัดระวังไว้ก่อน และต้องดำเนินการประเมินความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากเหตุดังกล่าวด้วย ภายใต้ขอบเขตหน้าที่รับผิดชอบ ต้องมีมาตรการต่าง ๆ ที่อาจเป็นมาตรการชั่วคราวและได้สัดส่วนเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดความเสียหายนั้น”¹³ และมาตรา L. 110-1 แห่งประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม กำหนดว่า “1. Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable” สรุปความได้ว่า “หลักการระมัดระวังไว้ก่อนจะถูกนำมาปรับใช้โดยไม่ชักช้า แม้ว่าจะในขณะนั้นจะยังคงมีความไม่ชัดเจนทางความรู้ด้านวิทยาศาสตร์ หน่วยงานของรัฐหรือฝ่ายปกครองจะต้องนำมาตรการที่มีประสิทธิภาพและได้สัดส่วนมาปรับใช้ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดความเสียหายที่จะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ไม่อาจเยียวยาได้ต่อสิ่งแวดล้อมกับทั้งเกิดความเสียหายอันไม่อาจรับได้ทางเศรษฐกิจ”¹⁴

สภาแห่งรัฐได้หยิบยกหลักการระมัดระวังไว้ก่อนมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีสิ่งแวดล้อมจำนวนหลายคดี เช่น กรณีการตัดต่อทางพันธุกรรม (OGM)¹⁵ กรณีการติดตั้งเสาส่งสัญญาณ

¹² เฟ็งอ้าง

¹³ เอกสิทธิ์ จันทะมา, ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม : หลักกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส, เอกสารเผยแพร่ภายในสำนักงานศาลปกครอง [22 กรกฎาคม 2564]

¹⁴ เฟ็งอ้าง

¹⁵ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Associations Green Peace France ลงวันที่ 25 กันยายน ค.ศ. 1998 หมายเลขคดี 194348

โทรศัพท์เคลื่อนที่¹⁶ หรือกรณีเขตควบคุมคุณภาพอากาศ¹⁷ ซึ่งบทความฉบับนี้ได้คัดเลือกคำพิพากษา
สภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 2020 ซึ่งมีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับการออกมาตรการควบคุมมลพิษ
ทางอากาศมาเป็นตัวอย่างประกอบการศึกษาใน**ส่วนที่ 2** ของบทความฉบับนี้

1.3 หลักการป้องกัน (Le Principe de prévention)

หลักการป้องกันเป็นมาตรการป้องกันที่นำมาใช้ในกรณีที่มีการดำเนินกิจกรรมที่เป็น
อันตราย หรือกิจกรรมที่เป็นที่รู้กันทั่วไปว่าเป็นความเสี่ยงต่อสุขภาพอนามัยของมนุษย์ เป็นอันตรายแก่
สิ่งแวดล้อม ซึ่งความเสียหายมีลักษณะดังนี้ คือ ไม่อาจกลับคืนสู่สภาพเดิมได้ ก่อให้เกิดความเสียหายรุนแรง
และต่อเนื่อง อาจแก้ไขได้ยากเมื่อเนิ่นช้าไป และเกิดความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติ¹⁸

หลักป้องกันมีนัยที่สำคัญ 2 ประการ คือ (1) ความเสี่ยงนั้นต้องเป็นอันตรายอย่างชัดเจน
(2) พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่ในการนำมาตรการป้องกันมาใช้เพื่อลดความเสี่ยง หลักป้องกันมีวัตถุประสงค์
เพื่อป้องกันการเกิดมลพิษที่แหล่งกำเนิด และเพื่อลดความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมและความเสี่ยงในการ
ก่อให้เกิดอันตราย โดยมาตรการป้องกัน ได้แก่ การวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม การกำหนดมาตรฐาน
การปล่อยก๊าซเรือนกระจก มาตรฐานคุณภาพสิ่งแวดล้อม การอนุญาตให้มีการดำเนินกิจกรรมที่เป็น
อันตราย เป็นต้น¹⁹

สำหรับสาธารณรัฐฝรั่งเศส หลักการนี้ได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 3 ของกฎบัตร
สิ่งแวดล้อมของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่กำหนดว่า “Tout personne doit, dans les conditions définies
par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à
défaut, en limiter les conséquences,” สรุปความได้ว่า “ภายใต้เงื่อนไขของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย
บุคคลทุกคนต้องป้องกันการกระทำที่เป็นการทำลายสิ่งแวดล้อม หรือหากมีอาจป้องกันได้ บุคคลต้องจำกัด
ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อมนั้น”²⁰ และมาตรา L. 110-1 แห่งประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม
ที่กำหนดว่า “2. Le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des
atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût
économiquement acceptable. Ce principe implique d'éviter les atteintes à la biodiversité
et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en réduire la portée ; enfin, en dernier lieu, de
compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces,
des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées” สรุปความได้ว่า “**หลักการป้องกัน**

¹⁶ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Société SFR ลงวันที่ 22 พฤษภาคม ค.ศ. 2020 หมายเลขคดี 236223

¹⁷ Agathe Van Lang, Droit environnement, 4^{ème} édition, Thémis droit, 2016 p. 111-114.

¹⁸ อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 4

¹⁹ เรื่องเดียวกัน

²⁰ อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 13

เป็นการกำหนดมาตรการที่มีประสิทธิภาพเพื่อป้องกันมิให้เกิดความสูญเสียทางเศรษฐกิจ และก่อให้เกิดผลกระทบต่องานสิ่งแวดล้อมที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงหรือลดความเสียหายต่องานสิ่งแวดล้อมที่อาจคาดหมายได้หรือป้องกันมิให้เกิดผลกระทบหรือเกิดความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นให้น้อยที่สุด หลักการนี้นำมาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงความสูญเสียที่อาจเกิดกับความหลากหลายทางชีวภาพและสิ่งแวดล้อม รวมถึงระบบนิเวศ”²¹

1.4 หลักการรับผิดชอบและการเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม

หลักการนี้เป็นหลักการควบคุมการดำเนินการของผู้ประกอบการเพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบต่องานสิ่งแวดล้อม เมื่อผู้ประกอบการมีการดำเนินการใด ๆ ที่ฝ่าฝืนหรือไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในการได้รับใบอนุญาตหรือตามที่กฎหมายกำหนด หน่วยงานกำกับดูแลมีอำนาจกำหนดให้ผู้ประกอบการนั้นต้องรับผิดชอบ โดยอำนาจของหน่วยงานกำกับดูแลในการกำหนดมาตรการต่าง ๆ จะมีมากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่ละเรื่องที่จะกำหนดว่าหน่วยงานมีอำนาจดำเนินการใดบ้าง²²

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อมเป็นตัวบทกฎหมายสารบัญญัติที่รวบรวมตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรักษาสิ่งแวดล้อมและธรรมชาติหลายฉบับมารวมไว้ด้วยกัน ประมวลกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดหลักความรับผิดชอบในความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมเอาไว้ โดยกำหนดให้แบ่งความรับผิดชอบทางสิ่งแวดล้อมออกเป็น 2 ประเภทด้วยกัน ได้แก่ *ประเภทที่ 1* ความรับผิดชอบในความเสียหายต่อบุคคลหรือต่อทรัพย์สินของบุคคลอันเกิดจากการทำลายสิ่งแวดล้อมหรือการกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่องานสิ่งแวดล้อม อันมีพื้นฐานที่มาจากทฤษฎีทางกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบอันเกิดจากเหตุเดือดร้อนรำคาญต่อผู้อยู่อาศัยบริเวณใกล้เคียง (*Théorie des troubles de voisinages*) และ *ประเภทที่ 2* ความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นต่องานสิ่งแวดล้อมหรือธรรมชาติโดยตรง อันเป็นหลักความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่รัฐสภายุโรปและคณะรัฐมนตรีแห่งสหภาพยุโรปได้มีมติเมื่อวันที่ 21 เมษายน ค.ศ. 2004 รับรองแนวปฏิบัติของสหภาพยุโรป เลขที่ 2004/35/CE ลงวันที่ 21 เมษายน ค.ศ. 2004 ว่าด้วยความรับผิดชอบทางสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวกับการป้องกันและการเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ซึ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสในฐานะที่เป็นรัฐภาคีของสหภาพยุโรปมีพันธะที่ต้องนำเอาแนวปฏิบัติของสหภาพยุโรปนี้มาอนุวัติเป็นกฎหมายภายในโดยตราบัญญัติ ลงวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 2008 ดังนั้น เมื่อมีความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมขึ้น กฎหมายจึงกำหนดให้มีการชดเชยและเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมดังกล่าว เพื่อให้สิ่งแวดล้อมที่ได้รับการได้รับความเสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิมหรือมีสถานที่ใกล้เคียงกับสภาพเดิมให้มากที่สุด ซึ่งอาจกระทำในรูปของการชดเชยเป็นเงิน หรือกำหนดให้ผู้สร้างความเสียหายยุติการกระทำที่เป็นเหตุแห่งความเสียหาย ค่าชดเชยเป็นจำนวนเงินดังกล่าวที่ได้รับอาจนำมาเป็นค่าใช้จ่ายในการฟื้นฟูความเสียหาย หรือเป็นค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาสุขภาพอนามัยของผู้เสียหายในระยะยาว²³

²¹ อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 17

²² กฤตยา ชีรนนันท์, การกำหนดค่าเสียหายในคดีสิ่งแวดล้อม : ศึกษาความรับผิดชอบทางสิ่งแวดล้อมในอังกฤษ, เอกสารเผยแพร่ภายในสำนักงานศาลปกครอง [12 กรกฎาคม 2564]

²³ อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 11

ส่วนที่ 2 การวิเคราะห์จำนวนเงินในมาตรการปรับที่ปรากฏในคำพิพากษาศาาแห่งรัฐฝรั่งเศส

ในส่วนที่ 2 นี้ เพื่อที่จะให้เกิดความเข้าใจในการคำนวณค่าปรับ สมควรศึกษาหลักการใช้มาตรการปรับในข้อ 2.1 และจะได้นำคำพิพากษาที่น่าสนใจของสภาแห่งรัฐเกี่ยวกับการกำหนดจำนวนเงินในมาตรการปรับที่สภาแห่งรัฐกำหนด ซึ่งจะได้นำเสนอการกำหนดจำนวนเงินในมาตรการปรับแบบทั่วไปในข้อ 2.2 และการกำหนดจำนวนเงินในมาตรการปรับที่มีจำนวนเงินสูงเป็นพิเศษในข้อ 2.3

2.1 หลักการใช้มาตรการปรับ (l'astreinte)

หลักการนี้เป็นกรณีเมื่อศาลปกครองได้กำหนดค่าบังคับในคำพิพากษาแล้ว แต่หากยังมิได้มีการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาไม่ว่าเหตุใดก็ตาม ศาลปกครองอาจมีการกำหนดมาตรการปรับซึ่งเป็นมาตรการหลักมาตรการหนึ่งที่จะเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามคำพิพากษาสำหรับผู้ชนะคดีได้ โดยที่กฎหมายกำหนดให้สภาแห่งรัฐสามารถสั่งให้หน่วยงานของรัฐจ่ายเงินจำนวนหนึ่งโดยคิดคำนวณจำนวนเงินตามวันที่ล่าช้าในการปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล มาตรการปรับมีวัตถุประสงค์ให้ฝ่ายปกครองดำเนินการให้คำพิพากษามีผล มาตรการปรับนี้มีขอบเขตการใช้ในหลายกรณี เช่น มาตรการปรับอาจใช้ควบคู่กับการส่งมอบทรัพย์สิน การบังคับให้กระทำการหรือไม่กระทำการ²⁴

เดิมมาตรการปรับเป็นมาตรการในกฎหมายแพ่งและหน่วยงานทางปกครองหลีกเลี่ยงการใช้มาตรการนี้ แต่ต่อมาได้ถูกนำมากำหนดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง มาตรา L. 911-3 ถึงมาตรา L. 911-7 โดยที่ฝ่ายผู้ชนะคดีสามารถร้องขอต่อสภาแห่งรัฐให้มีการใช้มาตรการปรับสำหรับความล่าช้าในการปฏิบัติตามคำพิพากษาเพื่อเร่งรัดให้มีการบังคับตามคำพิพากษาได้ โดยกำหนดให้คดีใช้เงินค่าปรับเป็นรายวันจนกว่าจะดำเนินการบังคับคดีเสร็จสิ้น การขอมาตรการปรับสามารถขอได้เมื่อพ้นระยะเวลาหกเดือนนับจากได้รับแจ้งคำพิพากษา หรืออาจจะหลังจากที่ผู้ฟ้องคดีได้รับแจ้งว่าไม่สามารถบังคับคดีได้ หากไม่ยื่นภายในระยะเวลาดังกล่าว ศาลก็จะไม่รับคำขอให้ปรับฝ่ายปกครองไว้พิจารณา ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Mme. Leroux ลงวันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ. 1983²⁵ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ศาลปกครองชั้นต้นได้เพิกถอนคำสั่งของเทศบาลที่มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีออกจากงาน โดยภายหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาได้ 10 วัน ผู้ฟ้องคดีได้ขอให้เทศบาลรับตนเองกลับเข้าทำงาน แต่เทศบาลไม่ดำเนินการใดจนระยะเวลาล่วงเลยมาครบ 4 เดือน จึงถือว่าเทศบาลมีคำสั่งปฏิเสธโดยปริยาย เมื่อผู้ฟ้องคดีไม่ได้โต้แย้งคำสั่งปฏิเสธภายในระยะเวลา 2 เดือน ตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง คำสั่งปฏิเสธดังกล่าวจึงถือเป็นคำสั่งที่มีผลสมบูรณ์เด็ดขาด แม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะได้อื่นคำขอให้สภาแห่งรัฐสั่งปรับเทศบาลที่ไม่ดำเนินการตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นก็ตาม สภาแห่งรัฐเห็นว่า เมื่อคำสั่งปฏิเสธของเทศบาลมีผลสมบูรณ์เด็ดขาด จึงไม่อาจสั่งปรับเทศบาลที่ไม่ดำเนินการตามคำพิพากษา

²⁴ คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี OPHLM de la Seine ลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1956 หมายเลขคดี 37656

²⁵ คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Mme. Leroux ลงวันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ. 1983 หมายเลขคดี 47213



อย่างไรก็ตาม แนวคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐในคดี Mme. Leroux อาจก่อให้เกิดผลที่ตามมา คือ หากผู้เสียหายไม่ได้ขอให้ฝ่ายปกครองดำเนินการตามคำพิพากษา ก็ย่อมไม่ก่อให้เกิดคำสั่งปฏิเสธของฝ่ายปกครอง อันส่งผลให้เมื่อพ้นระยะเวลา 6 เดือน ผู้เสียหายก็ยังคงได้รับประโยชน์จากการสั่งปรับของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะทำให้ผู้ที่ได้ประโยชน์จากการเพิกถอนคำสั่งที่เป็นข้อพิพาทในคดีหลักกรอให้ครบกำหนด 6 เดือนก่อน เพื่อขอให้ศาลสั่งปรับฝ่ายปกครอง และฝ่ายปกครองก็อาจรอให้ครบหกเดือนก่อนจึงจะเริ่มดำเนินการบังคับคดีตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น เพียงแต่ไม่มีการบังคับตามคำพิพากษาก็สามารถกำหนดมาตรการปรับได้แล้ว อีกทั้งสภาแห่งรัฐก็ขึ้นพิจารณาได้เอง ถ้าได้รับแจ้งว่าฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา

เมื่อสภาแห่งรัฐมีคำพิพากษากำหนดมาตรการปรับ พร้อมทั้งกำหนดให้หน่วยงานของรัฐชำระหนี้เงินค่าปรับ ตุลาการเจ้าของสำนวนจะเป็นผู้พิจารณากำหนดวันบังคับใช้มาตรการปรับ²⁶ ตุลาการเจ้าของสำนวนอาจกำหนดให้มีการระงับการคำนวณค่าปรับได้เช่นกัน สำหรับการคำนวณค่าปรับนั้นเป็นการคำนวณตามเอกสารพยานหลักฐานในสำนวนคดี และตามนัยมาตรา L. 911-7 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง ที่กำหนดให้ศาลอาจสั่งให้ใช้มาตรการปรับในคำพิพากษาได้ในกรณีที่ไม่มีกรณีสั่งให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาทั้งหมดหรือบางส่วน หรือมีการปฏิบัติตามคำพิพากษาลำช้า ซึ่งกรณีเช่นนี้อาจมีการสั่งให้ใช้มาตรการปรับและสั่งให้ชำระบัญชีค่าปรับทันทีก็ได้²⁷ เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุสุดวิสัย

การกำหนดมาตรการปรับมีทั้งมาตรการปรับแบบถาวรและมาตรการปรับแบบชั่วคราว โดยมาตรการปรับถาวรก็อาจมีการเปลี่ยนแปลงจำนวนค่าปรับเพื่อความเหมาะสมก็ได้ ส่วนมาตรการปรับชั่วคราวก็อาจมีการกำหนดจำนวนค่าปรับหรือยกเลิกมาตรการปรับไว้เป็นการชั่วคราวได้ แม้ว่าจะมีการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา ซึ่งหมายความว่าในกรณีที่ไม่มีกรณีสั่งให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาทั้งหมดหรือบางส่วน หรือปฏิบัติตามคำพิพากษาลำช้า จะมีการคำนวณมาตรการปรับที่สามารถดำเนินการได้ทันทีตามความในมาตรา R. 921-7²⁸ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง ดังนั้น การกำหนดมาตรการปรับ

²⁶ คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Menneret ลงวันที่ 17 พฤษภาคม ค.ศ. 1985 หมายเลขคดี 51592

²⁷ คำพิพากษาให้ชำระบัญชีค่าปรับนี้เป็นอำนาจของตุลาการศาลปกครอง ซึ่งเป็นมาตรการเพื่อเป็นหลักประกันในการบังคับตามคำพิพากษา ผู้ชนะคดีอาจร้องขอให้มีการชำระบัญชีค่าปรับได้ ในทางปฏิบัตินั้นก่อนที่จะพ้นระยะเวลาที่กำหนดในการใช้มาตรการปรับ แผนกรายงานและวิเคราะห์คดีจะสอบถามถึงความคิดเห็นในการบังคับตามคำพิพากษา หากหน่วยงานของรัฐนิ่งเฉยก็อาจจะมีการกำหนดให้มีการชำระบัญชีค่าปรับได้

²⁸ Code de justice administrative

Article R. 921-7. A compter de la date d'effet de l'astreinte prononcée, même à l'encontre d'une personne privée, par le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel, le président de la juridiction ou le magistrat qu'il désigne, après avoir accompli le cas échéant de nouvelles diligences, fait part à la formation de jugement concernée de l'état d'avancement de l'exécution de la décision. La formation de jugement statue sur la liquidation de l'astreinte.

(มีต่อหน้าถัดไป)

จึงเป็นอำนาจสั่งการของตุลาการ โดยพิจารณาประกอบพยานหลักฐานในคดี และอาจรวมถึงการพิจารณาในส่วนของงบประมาณของนิติบุคคลมหาชน แต่เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการกำหนดมาตรการปรับเป็นไปเพื่อการกดดันให้มีการบังคับตามคำพิพากษา จึงเป็นผลให้ไม่มีการกำหนดไว้ในกฎหมายถึงอัตราจำนวนเงินค่าปรับในแต่ละประเภทคดี ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติแผนกรายงานและวิเคราะห์คดีจะเสนอต่อแผนกคดีปกครอง เพื่อจัดทำบันทึกสรุปสำนวน กำหนดค่าปรับ และเสนอมาตรการปรับพร้อมกำหนดจำนวนเงินเพื่อเร่งรัดให้มีการบังคับคดี อนึ่ง การลงโทษฝ่ายปกครองโดยการชำระค่าปรับนั้นจะกระทำได้เมื่อพ้นระยะเวลาในการบังคับคดี ซึ่งหมายความว่าฝ่ายปกครองจะมีคำพิพากษาที่กำหนดมาตรการปรับพร้อมทั้งกำหนดให้ฝ่ายปกครองชำระหนี้เงินค่าปรับ ในทางตรงกันข้าม ตุลาการสามารถกำหนดวันบังคับใช้มาตรการปรับได้ และอาจกำหนดการหยุดการคำนวณค่าปรับได้ อัตราค่าปรับจะแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับข้อกำหนดของแต่ละศาล แต่ส่วนใหญ่แล้วจะกำหนดตามจำนวนวันที่ล่าช้าในการปฏิบัติตามคำพิพากษา ส่วนจำนวนเงินค่าปรับทั้งหมดนั้นศาลจะพิจารณาตามแต่ละกรณี โดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงของคดีและพฤติการณ์แวดล้อม

สภาแห่งรัฐได้สั่งปรับฝ่ายปกครองที่ไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาเป็นครั้งแรกในคดี Menneret โดยสั่งปรับจำนวน 200 ฟรังก์ต่อจำนวนวันที่ล่าช้า²⁹ แต่ตั้งที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าไม่มีการกำหนดอัตราจำนวนเงินค่าปรับไว้ในกฎหมาย ผลจึงเป็นว่าอัตราค่าปรับที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีแต่ละคดีก็มีความไม่แน่นอนซึ่งขึ้นกับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี โดยทั่วไปสภาแห่งรัฐจะกำหนดจำนวนเงินค่าปรับโดยคำนึงถึงสถานการณ์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา แต่บางครั้งสภาแห่งรัฐก็สั่งปรับวันละ 50 ฟรังก์กรณีที่ฝ่ายปกครองล่าช้าในการจ่ายดอกเบี้ยของเงินค่าใช้จ่ายที่ศาลสั่งให้ชำระ³⁰ หรือบางครั้งสภาแห่งรัฐก็สั่งให้ชำระค่าปรับ 500 ฟรังก์ต่อวัน เช่น ในคดีที่ราชการส่วนจังหวัดไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาที่ให้จ่ายเงินช่วยเหลือทางสังคมซึ่งมีผู้ร้องขอจำนวน 10 กว่าราย สภาแห่งรัฐสั่งปรับราชการส่วนจังหวัดที่ไม่จ่ายเงินค่าช่วยเหลือทางสังคมและที่ไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาวันละ 1,000 ฟรังก์ ซึ่งต่อมาสภาแห่งรัฐก็มีคำพิพากษาให้ฝ่ายปกครองชำระค่าปรับให้แก่ผู้เสียหายเป็นจำนวนทั้งสิ้น 3,000 ฟรังก์³¹ หรือกรณีสภาแห่งรัฐสั่งปรับเทศบาลวันละ 5,000 ฟรังก์ นับแต่วันที่ได้แจ้งคำสั่งปรับของสภาแห่งรัฐ ถ้าเทศบาลไม่ดำเนินการตามคำพิพากษาที่ให้เทศบาลออกมาตรการบางอย่าง³²

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 28)

(สรุปความตามมาตรานี้ได้ว่า นับแต่วันที่คำสั่งให้ใช้มาตรการปรับมีผลบังคับใช้ แม้ว่าจะเป็นการบังคับกับเอกชนก็ตาม ให้ศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ อธิบดีศาลปกครอง หรือตุลาการที่ได้รับแต่งตั้งดำเนินการให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาในการใช้มาตรการปรับ รวมถึงการชำระบัญชีค่าปรับ)

²⁹ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Menneret ลงวันที่ 17 พฤษภาคม ค.ศ. 1985 หมายเลขคดี 51592

³⁰ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Loubet ลงวันที่ 30 มีนาคม ค.ศ. 1994 หมายเลขคดี 142026

³¹ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Mme. Bastien ลงวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 1993 หมายเลขคดี 119714

³² คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี M. และ Mme Lopez ลงวันที่ 7 ตุลาคม ค.ศ. 1994 หมายเลขคดี 124244

จะเห็นว่าแม้ว่าจำนวนเงินในมาตรการปรับนี้จะมีได้มีการกำหนดไว้ในกฎหมาย แต่การมีคำสั่งให้ใช้มาตรการปรับนั้น ตุลาการเจ้าของสำนวนเป็นผู้ใช้ดุลพินิจกำหนดจำนวนเงิน ซึ่งในการวินิจฉัยคดีแต่ละคดีจะเป็นการกำหนดค่าปรับที่กำหนดตามจำนวนวันกระทำความผิดฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติตามคำพิพากษานั้น การกำหนดค่าปรับเป็นดุลพินิจที่สำคัญในการคิดคำนวณและกำหนดจำนวนค่าปรับให้เป็นธรรมและเหมาะสม³³ ส่วนจำนวนเงินค่าปรับจะโอนให้กับผู้ชนะคดีหรือผู้ที่ร้องขอน้อยอยู่ในดุลพินิจของตุลาการเจ้าของสำนวนที่อาจพิจารณาให้โอนให้กับรัฐก็ได้ อย่างไรก็ตาม ได้มีแนวคำพิพากษาว่า หากในคำพิพากษามีได้กำหนดไว้ จำนวนเงินค่าปรับจะโอนไปยังผู้ชนะคดีที่เป็นผู้ร้องขอมาตรการปรับนั้น³⁴ ในบางคดีจำนวนเงินค่าปรับอาจมีจำนวนสูงมาก ทั้งนี้ ขึ้นกับบริบทของแต่ละคดีกับทั้งการคำนวณจำนวนค่าปรับต่อวันและต่อจำนวนวันที่ไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาซึ่งเป็นดุลพินิจของตุลาการ³⁵ อย่างไรก็ตาม มาตรการปรับเป็นวิธีการหนึ่งที่จะกดดันให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามคำพิพากษา และถือเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพอย่างหนึ่ง

2.2 คำพิพากษาศาแห่งรัฐในคดีหมายเลข 408974 ระหว่างรัฐบาลกับสมาคมระดับชาติเพื่อการคุ้มครองท้องฟ้าและสิ่งแวดล้อมในเวลากลางคืน (France Nature Environment, l'Association nationale pour la protection du ciel et de l'environnement nocturne) และสมาคมแห่ง Rhone-Alpes เพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในเขต Isère (la Fédération Rhône-Alpes de protection de la nature, section Isère) ลงวันที่ 28 มีนาคม ค.ศ. 2018

2.2.1 สรุปข้อเท็จจริงในคดี

ตามคำฟ้องลงวันที่ 16 มีนาคม และวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 2017 ที่ผู้ฟ้องคดีกับพวกซึ่งมีลักษณะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายจัดตั้งสมาคม (สมาคมระดับชาติเพื่อการคุ้มครองท้องฟ้าและสิ่งแวดล้อมในเวลากลางคืน (France Nature Environment, l'Association nationale pour la protection du ciel et de l'environnement nocturne) และสมาคมแห่ง Rhone-Alpes เพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในเขต Isère (la Fédération Rhône-Alpes de protection de la nature, section Isère)) ได้ยื่นฟ้องต่อสภาแห่งรัฐ โดยมีคำขอ 3 ประการ คือ (1) ขอให้เพิกถอนคำสั่งปฏิเสธโดยปริยายของรัฐมนตรีกว่าการกระทรวงสิ่งแวดล้อม ลงวันที่ 19 มกราคม ค.ศ. 2017 ที่เพิกเฉยต่อคำขอของผู้ฟ้องคดีกับพวกที่ขอให้ดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองให้เป็นไปตามมาตรา L. 583-1 มาตรา L. 583-2 มาตรา R. 583-3 และมาตรา R. 583-4 แห่งประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับ

³³ คำพิพากษาศาแห่งรัฐ คดี Mme. Phinoson ลงวันที่ 7 กรกฎาคม ค.ศ. 1999 หมายเลขคดี 191555

³⁴ คำพิพากษาศาแห่งรัฐ คดี M. และ Mme Lopez ลงวันที่ 7 ตุลาคม ค.ศ. 1994 หมายเลขคดี 124244

³⁵ คำพิพากษาศาแห่งรัฐ คดี SA “Les Tennis Jean Becker” C/Commune de Morne-à-l'Eau ลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1955 หมายเลขคดี 74522 คดีนี้จำนวนเงินค่าปรับสูงถึง 91,000 ฟรังก์ เนื่องจากค่าปรับมีจำนวนวันละ 1,000 ฟรังก์ และมีระยะเวลาที่ต้องจ่ายค่าปรับระหว่างวันที่ 1 กันยายน ค.ศ. 1987 จนถึงวันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 1987

การควบคุมมลพิษทางแสงในบริเวณที่กำหนด (2) ขอให้ศาลสั่งให้จ่ายค่าปรับจำนวน 500 ยูโรต่อวัน หากมิได้มีการออกกฎหมายลำดับรองภายใน 6 เดือน นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา และ (3) ขอให้ชำระค่าใช้จ่ายในจำนวน 3,500 ยูโร ตามความในมาตรา L. 761-1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาศติปกครอง ให้แก่ผู้ฟ้องคดีกับพวก

2.2.2 สรุปคำพิพากษา

จากข้อเท็จจริงในคดีรับฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้มีการบังคับตามคำขอลงวันที่ 19 มกราคม ค.ศ. 2017 ที่ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องต่อกระทรวงสิ่งแวดล้อมให้มีการเร่งรัดการตรากฎหมายลำดับรองตามความในประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม มาตรา L. 583-1 มาตรา L. 583-2 มาตรา R. 253-2 และมาตรา R. 583-4 เกี่ยวกับการกำหนดบริเวณเขตควบคุมมลพิษทางแสงที่เกิดจากแสงไฟประดิษฐ์เพื่อความปลอดภัยของสาธารณะ ในเรื่องดังต่อไปนี้ (1) ระดับแสงสว่างภายนอกอาคารที่ปลอดภัยต่อทรัพย์สินของเอกชนและทรัพย์สินสาธารณะ โดยเฉพาะเส้นทางคมนาคมทางรถยนต์ (2) ระดับแสงสว่างของอาคารโบราณสถาน สวนสาธารณะ (3) ระดับแสงสว่างภายในและภายนอกอาคาร (4) ระดับแสงสว่างภายในและภายนอกสนามกีฬา (5) ระดับแสงสว่างของสถานที่จอดรถยนต์ทั้งในอาคารและกลางแจ้ง (6) ระดับแสงสว่างในกรณีมีการจัดงานแสดงสินค้าและศิลปะกลางแจ้ง (7) ระดับแสงสว่างของสถานที่ก่อสร้างในที่สาธารณะ ซึ่งมาตรการเหล่านี้จะต้องมีการตราข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดเขตควบคุมมลภาวะทางแสงจากแสงไฟประดิษฐ์ โดยให้มีการกำหนดระดับเข้มของความส่องสว่างหรือประเภทของหลอดไฟฟ้าที่สามารถใช้ในสถานที่ดังกล่าว เพื่อป้องกันมิให้เกิดเหตุเดือดร้อนรำคาญจากมลภาวะทางแสง ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสิ่งแวดล้อมมิได้ดำเนินการและละเลยไม่ปฏิบัติตามกฎหมายตามที่ผู้ฟ้องคดียื่นคำขอ

ผู้ฟ้องคดีกับพวกมีคำขอรวมทั้งสิ้น 3 ข้อ ดังที่กล่าวไปแล้วในข้อ 2.2.1 ซึ่งสภาแห่งรัฐได้พิจารณาข้อเท็จจริง ตลอดจนบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้วเห็นว่า การที่รัฐมนตรีดำเนินการตรากฎหมายลำดับรองล่าช้า อีกทั้งปล่อยระยะเวลาให้ผ่านไปนานถึงห้าปีถือเป็นคำสั่งปฏิเสธโดยปริยาย ผู้ฟ้องคดีจึงถือเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งปฏิเสธโดยปริยายดังกล่าว สภาแห่งรัฐจึงมีอำนาจในการสั่งให้ดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาศติปกครอง มาตรา L. 911-1 โดยมีคำบังคับให้มีการตรากฎหมายลำดับรองภายในระยะเวลา 9 เดือน นับจากได้มีคำพิพากษานี้ และมีอำนาจตามมาตรา L. 911-3 ในการกำหนดจำนวนเงินมาตรการปรับเป็นจำนวน 500 ยูโรต่อวัน หากมีการล่าช้าในการดำเนินการ จนกว่าจะมีการปฏิบัติตามคำพิพากษาเสร็จสมบูรณ์ และเห็นว่าสมควรยกคำขอให้ชำระค่าเสียหายจำนวน 3,500 ยูโร ของผู้ฟ้องคดีกับพวก



สภาแห่งรัฐจึงพิพากษา

- 1) เพิกถอนคำสั่งปฏิเสธโดยปริยายของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสิ่งแวดล้อม ลงวันที่ 19 มกราคม ค.ศ. 2017 ที่ผู้ฟ้องคดีกับพวกร้องขอให้ออกเป็นไปตามประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม มาตรา L. 583-1 มาตรา L. 583-2 มาตรา R. 583-2 และมาตรา R. 583-4
- 2) ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมดำเนินการตราข้อบัญญัติให้เป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องภายในระยะเวลา 9 เดือน นับแต่ได้มีคำพิพากษา
- 3) กำหนดมาตรการปรับเป็นจำนวนเงิน 500 ยูโรต่อวัน หากมิได้มีการดำเนินการตามคำวินิจฉัยนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนด
- 4) ยกคำขอของผู้ฟ้องคดีกับพวกกรณีมีคำขอตามมาตรา L. 761-6 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรม
- 5) แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีกับพวกและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทราบถึงคำพิพากษานี้

2.2.3 บทวิเคราะห์

จากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐข้างต้น เป็นประเด็นในเรื่องที่ฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อใช้บังคับเกี่ยวกับการควบคุมและป้องกันมลภาวะทางแสง ซึ่งเป็นมลภาวะที่สำคัญประเภทหนึ่ง ในทางทฤษฎีถือว่ามลภาวะทางแสงแบ่งออกเป็น 4 ประเภท คือ (1) แสงเรืองบนท้องฟ้า (Sky Glow) คือ แสงที่ทำให้เกิดความสว่างในท้องฟ้าซึ่งเกิดจากธรรมชาติและจากมนุษย์ในพื้นที่ที่มีผู้คนอาศัยอยู่ ในที่นี้จะเห็นมลภาวะของแสงที่เกิดจากการกระทำของมนุษย์ ซึ่งแสงเหล่านี้เกิดจากแสงจากหลอดไฟฟ้าจำนวนมาก (2) แสงบาดตา (Glare) คือ แสงที่ไม่มีการควบคุมให้ส่องในทิศทางที่ต้องการ ทำให้แสงที่เหลือจะไปรวมกันที่ท้องฟ้าทำให้ลดการมองเห็น (3) แสงรุกร้า (Light Trespass) คือ แสงที่ไม่เป็นที่ต้องการ เช่น จากไฟถนนที่ส่องลอดเข้ามาในอาคาร ในห้อง หรือไฟจากอาคารตรงกันข้ามที่สาดมายังพื้นที่ส่วนบุคคล และ (4) แสงสับสน (Clutter) คือ แสงที่ทำให้เกิดความสับสนในการขับขีหรือในการจอดของเครื่องบิน มักพบในเมืองที่ขาดการควบคุมเรื่องแสง³⁶ การวัดความสว่างของแสงมีหน่วยเป็นลักซ์ (LUX) ซึ่งในแต่ละพื้นที่จะใช้ในปริมาณที่ไม่เท่ากัน สถาบันสังเกตการณ์ทางดาราศาสตร์แห่งชาติของสหรัฐอเมริกา (National Optical Astronomy Observatory, NOAO) ได้เผยแพร่คำแนะนำเรื่องความสว่างในแต่ละพื้นที่สำหรับกิจกรรมต่าง ๆ หลายประเภท เช่น บริเวณสถานที่สาธารณะที่รอบข้างมืดแนะนำไว้ที่ 20-50 ลักซ์ ที่ทำงานทั่วไปแนะนำที่ 250 ลักซ์ งานในห้องปฏิบัติการและห้องสมุดแนะนำที่ 500 ลักซ์ และใช้แสงสว่างมากขึ้นตามความละเอียดของงานที่ทำ เป็นต้น³⁷

³⁶ จิตมาศ ศิลปพรหมมาศ, มลภาวะทางแสง Light Pollution : ผลกระทบต่อมนุษย์และสิ่งแวดล้อม สำนักงานสิ่งแวดล้อมภาคที่ 14 (สุราษฎร์ธานี), [online] Available from : <http://www.mnre.go.th/reo14/th/view/?file> [23 กรกฎาคม 2564]

³⁷ เรื่องเดียวกัน

มลภาวะทางแสงอาจเกิดมาจากการออกแบบ (Light Design) และติดตั้ง (Light Fixtures) หลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟที่ไม่เหมาะสม ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อมนุษย์และสิ่งแวดล้อม³⁸ อาจเกิดผลกระทบต่อระบบนิเวศ (Ecology) กล่าวคือ มลภาวะทางแสงอาจกระทบต่อวงจรของสิ่งมีชีวิตที่ต้องอาศัยความมืดหรือระยะเวลากลางวันในการดำรงชีพ (Nocturnal Life Cycle) กระทบต่อสุขภาพและความเป็นอยู่ของมนุษย์ เช่น มลภาวะทางแสงในเวลากลางคืนอาจทำให้ลดปริมาณในการหลั่งสารเมลาโทนิน (Melatonin) ในร่างกายมนุษย์ซึ่งเป็นสารตามธรรมชาติชนิดหนึ่งที่ช่วยต้านมะเร็ง ทั้งมลภาวะทางแสงจากการใช้งานแสงประดิษฐ์ที่ไม่จำเป็นในเวลากลางคืนเป็นการสิ้นเปลืองพลังงาน มลภาวะทางแสงที่เกิดจากแสงที่เป็นแสงประดิษฐ์จากหลอดไฟฟ้าทั้งทางตรงและทางอ้อมที่กระจายขึ้นสู่ท้องฟ้ายามค่ำคืน ทำให้กลบแสงจากธรรมชาติ³⁹ ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้พยายามตรากฎหมายและออกข้อบัญญัติเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ตามความในมาตรา L. 583-1 มาตรา L. 583-2 มาตรา R. 583-2 และมาตรา R. 583-4 แห่งประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม เพื่อจำกัดการใช้งานแสงไฟประดิษฐ์และกำหนดบริเวณในการค้นคว้าเพื่อดาราศาสตร์

ประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม มาตรา L. 583-1 มาตรา L. 583-2 มาตรา R. 583-2 และมาตรา R. 583-4 ได้กำหนดเหตุผลในการควบคุมมลภาวะทางแสงไว้ 3 ประการ คือ (ก) ก่อให้เกิดอันตรายและอาจเป็นสาเหตุให้เกิดปัญหาต่อสุขภาพของมนุษย์และสิ่งแวดล้อม รวมถึงระบบนิเวศ (ข) เป็นการสิ้นเปลืองพลังงาน และ (ค) รบกวนการศึกษาวิจัยทางดาราศาสตร์ ดังนั้น ประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อมจึงได้กำหนดให้มีมาตรการควบคุมมลภาวะทางแสงและให้อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อหลีกเลี่ยงความล่าช้าในการออกกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ

คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐตามที่หยิบยกมาเป็นตัวอย่างในข้อ 2.2 นี้ ส่งผลให้ฝ่ายนิติบัญญัติได้ออกกฎหมายเพื่อป้องกันมลภาวะทางแสงที่เป็นรูปธรรม เป็นมาตรฐานในการรักษาคุณภาพและป้องกันมลภาวะทางแสงที่เกิดขึ้น โดยได้ตรากฎหมาย ลงวันที่ 27 ธันวาคม ค.ศ. 2018 เกี่ยวกับการป้องกันการลดมลภาวะทางแสงและจำกัดการเกิดเหตุรำคาญที่เกิดจากแสงไฟประดิษฐ์ (Arrêté du 27 décembre 2018 relatif à la prévention, à la réduction et à la limitation des nuisances lumineuses) โดยกำหนดเวลาเปิดและเวลาปิดไฟส่องสว่างในสถานที่ดังต่อไปนี้

(1) ระดับแสงสว่างภายนอกอาคารที่ปลอดภัยต่อทรัพย์สินของเอกชนและทรัพย์สินสาธารณะ โดยเฉพาะเส้นทางคมนาคมทางรถยนต์

³⁸ ปิติเทพ อยู่ยืนยง “ผลกระทบของมลภาวะทางแสงต่อการบริการสาธารณะด้านการศึกษาวิจัยดาราศาสตร์ : แนวทางในการแก้ไขปัญหามลภาวะทางแสงโดยอาศัยการบัญญัติข้อบัญญัติท้องถิ่น” วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ ปีที่ 4 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2556) หน้า 48.

³⁹ เรื่องเดียวกัน



- (2) ระดับแสงสว่างของอาคารโบราณสถาน สวนสาธารณะ
- (3) ระดับแสงสว่างภายในอาคารและภายนอกอาคาร
- (4) ระดับแสงสว่างภายในและภายนอกสนามกีฬา
- (5) ระดับแสงสว่างของสถานที่จอดรถยนต์ทั้งในอาคารและกลางแจ้ง
- (6) ระดับแสงสว่างในกรณีมีการจัดงานแสดงสินค้าและศิลปะกลางแจ้ง
- (7) ระดับแสงสว่างของสถานที่ก่อสร้างในที่สาธารณะ

กฎหมายกำหนดให้มีการปิดไฟส่องสว่างตั้งแต่เวลา 01.00 น. หรือภายหลังหนึ่งชั่วโมงหลังจากมีการปิดอาคารสถานที่ รวมถึงห้ามสรรพสินค้าด้วย โดยอาจกำหนดให้กลับมาเปิดไฟส่องสว่างได้อีกครั้งในเวลา 07.00 น. หรือเวลา 13.00 น. ทั้งนี้ แล้วแต่กิจการที่กฎหมายกำหนด ซึ่งการตราข้อบัญญัติท้องถิ่นนี้ได้ดำเนินการตามคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐดังกล่าวข้างต้น

จะเห็นว่าสภาแห่งรัฐวินิจฉัยคดีนี้โดยใช้หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมเพื่อเป็นการระวังป้องกันและควบคุมมิให้เกิดมลภาวะทางแสงอันอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าสภาแห่งรัฐวินิจฉัยให้ใช้มาตรการปรับเพื่อเร่งรัดให้ฝ่ายปกครองตรากฎหมายดังกล่าวโดยเร็ว โดยกำหนดจำนวนเงินค่าปรับที่อัตรา 500 ยูโรต่อวัน อันเป็นการใช้ดุลพินิจกำหนดจำนวนค่าปรับด้วยเหตุที่มีใช่เป็นกรณีเร่งด่วนและเน้นชี้แจงไม่สามารถที่จะกระทำได้ อีกทั้งยังไม่ให้เป็นการกดดันฝ่ายนิติบัญญัติและหน่วยงานทางปกครองจนเกินไป แม้ว่าจะเป็นกรณีที่ต้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและคุ้มครองสุขภาพของมนุษย์ก็ตาม

2.3 คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (ประชุมใหญ่) ในคดีหมายเลข 428409 ระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศส กับ Association les Amis de la Terre France et autres และพวก (สมาคมจำนวน 68 ราย นิติบุคคลจำนวน 8 ราย และเทศบาลแห่ง Marence) ลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 2020

2.3.1 สรุปข้อเท็จจริง

ผู้ฟ้องคดีกับพวกได้มีคำร้องต่อสภาแห่งรัฐว่า ฝ่ายปกครองมิได้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ หมายเลข 394254 ลงวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ. 2017 ภายในระยะเวลาที่กำหนด จึงมีคำขอให้สภาแห่งรัฐกำหนดมาตรการปรับเป็นจำนวนเงิน 100,000 ยูโรต่อวัน สำหรับวันที่ล่าช้าและให้ชดเชยค่าเสียหายให้ผู้ฟ้องคดีกับพวกจำนวน 3,000 ยูโร สำหรับคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ หมายเลข 394254 ลงวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ. 2017 นั้น เป็นคำพิพากษาที่สภาแห่งรัฐเพิกถอนคำสั่งปฏิเสธโดยปริยายของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสิ่งแวดล้อมที่ไม่ปฏิบัติตามมาตรการตาม Directive ของสหภาพยุโรป ที่ 2008/50 ลงวันที่ 21 พฤษภาคม ค.ศ. 2008 ตามผนวกที่ 9 ในการออกมาตรการควบคุมมลพิษทางอากาศเกี่ยวกับฝุ่นละอองขนาดเล็กและก๊าซไนโตรเจนไดออกไซด์ (Directive n° 2008/50/CE du 21/05/08 concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe) ที่กำหนดให้มีการอนุญาตให้สาธารณรัฐฝรั่งเศสตรากฎหมายภายใน เพื่อควบคุมมลภาวะทางอากาศให้เป็นไปตามมาตรา R. 221-1 แห่งประมวล

กฎหมายสิ่งแวดล้อมภายในระยะเวลาที่เร็วที่สุดเท่าที่สามารถทำได้ ทั้งนี้ ต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2018

2.3.2 สรุปคำพิพากษา

ข้อเท็จจริงในคดีรับฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีกับพวกได้ยื่นคำร้องต่อสภาแห่งรัฐว่าฝ่ายปกครองมิได้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดีหมายเลข 394254 ลงวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ. 2017 ภายในระยะเวลาที่กำหนด ขอให้สภาแห่งรัฐกำหนดมาตรการปรับเป็นจำนวนเงิน 100,000 ยูโรต่อวัน สำหรับวันที่ล่าช้า และให้ชดเชยค่าเสียหายให้ผู้ฟ้องคดีกับพวกจำนวน 3,000 ยูโร

สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า เพื่อให้การบังคับตามคำพิพากษาเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพตามความในมาตรา L. 911-3 มาตรา L. 911-4 และมาตรา L. 911-5 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง⁴⁰ ในกรณีที่ไม่มีกรปฏิบัติตามคำพิพากษา กฎหมายกำหนดให้สภาแห่งรัฐ

⁴⁰ Code de justice administrative

Article L. 911-3

La juridiction peut assortir, dans la même décision, l'injonction prescrite en application des articles L. 911-1 et L. 911-2 d'une astreinte qu'elle prononce dans les conditions prévues au présent livre et dont elle fixe la date d'effet.

(สรุปความได้ว่า สภาแห่งรัฐอาจกำหนดค่าบังคับในคำพิพากษาตามความในมาตรา L. 911-1 และมาตรา L. 911-2 โดยอาจกำหนดให้มีการใช้มาตรการปรับภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายนี้)

Article L. 911-4

En cas d'inexécution d'un jugement ou d'un arrêt, la partie intéressée peut demander à la juridiction, une fois la décision rendue, d'en assurer l'exécution.

Si le jugement ou l'arrêt dont l'exécution est demandée n'a pas défini les mesures d'exécution, la juridiction saisie procède à cette définition. Elle peut fixer un délai d'exécution et prononcer une astreinte.

(สรุปความได้ว่า ในกรณีที่ไม่มีกรปฏิบัติตามคำพิพากษา ผู้มีส่วนได้เสียอาจร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษา อย่างไรก็ตาม หากคำพิพากษาที่ร้องขอนั้นไม่ได้กำหนดวิธีการบังคับคดีไว้ ก็อาจกำหนดระยะเวลาการบังคับเพื่อให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือกำหนดมาตรการปรับได้)

Article L. 911-5

En cas d'inexécution d'une de ses décisions ou d'une décision rendue par une juridiction administrative autre qu'un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel, le Conseil d'Etat peut, même d'office, lorsque cette décision n'a pas défini les mesures d'exécution, procéder à cette définition, fixer un délai d'exécution et prononcer une astreinte contre les personnes morales en cause.

Lorsqu'une astreinte a déjà été prononcée en application de l'article L. 911-3, il n'est pas prononcé de nouvelle astreinte.

(มีต่อหน้าถัดไป)



สามารถสั่งให้กำหนดมาตรการปรับเพื่อบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษากับนิติบุคคลมหาชนหรือองค์กรเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะได้ ในกรณีคำพิพากษา คดีหมายเลข 394254 ลงวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ. 2017 ที่สภาแห่งรัฐมีคำวินิจฉัยให้รัฐบาลฝรั่งเศสปฏิบัติตาม Directive ของสหภาพยุโรป ที่ 2008/50 CE ลงวันที่ 21 พฤษภาคม ค.ศ. 2008 เกี่ยวกับการออกมาตรการควบคุมมลพิษทางอากาศ เกี่ยวกับฝุ่นละอองขนาดเล็กและก๊าซไนโตรเจนไดออกไซด์ให้เป็นไปตามมาตรา R. 221-1 แห่งประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม ก่อนวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2018 ซึ่งผู้ฟ้องคดีกับพวกมีคำขอให้สภาแห่งรัฐใช้มาตรการปรับตามมาตรา L. 911-5 เป็นจำนวน 100,000 ยูโรต่อวัน สำหรับวันที่ล่าช้า และให้ชดเชยค่าเสียหายให้ผู้ฟ้องคดีกับพวกจำนวน 3,000 ยูโร นั้น เนื่องจากนับตั้งแต่วันที่คำพิพากษาลงมาถึงที่สุดจนกระทั่งผู้ฟ้องคดีกับพวกยื่นคำร้องต่อแผนกรายงานและวิเคราะห์คดีประจำสภาแห่งรัฐ เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ. 2018 นั้น ฝ่ายปกครองยังคงมิได้มีการดำเนินการให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อมดังกล่าวแต่ประการใด อีกทั้งมิได้มีการออกข้อบัญญัติควบคุมคุณภาพอากาศในเขตที่ได้กำหนดไว้สำหรับพื้นที่ที่มีประชากรอาศัยมากกว่า 250,000 คน ตาม Directive ของสหภาพยุโรปข้างต้น ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดผลกระทบที่เป็นอันตรายร้ายแรงต่อสภาพร่างกายและสุขอนามัยของประชาชน ดังนั้น จึงมีความจำเป็นเร่งด่วนให้มีการออกข้อบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมคุณภาพอากาศภายในหกเดือนนับแต่ได้มีคำพิพากษานี้ และหากมิได้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษานี้ภายในหกเดือน สภาแห่งรัฐกำหนดให้รัฐจ่ายค่าปรับกรณีไม่สามารถปฏิบัติตามคำพิพากษาเป็นจำนวนเงิน 10 ล้านยูโรทุกหกเดือน และเงินค่าปรับให้ออนแก่ผู้ฟ้องคดีกับพวก

สภาแห่งรัฐกำหนดค่าบังคับ ดังนี้

- 1) ให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระค่าปรับจำนวน 10 ล้านยูโรต่อหกเดือน หากมิได้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษานี้ภายในระยะเวลาหกเดือน
- 2) แจ้งต่อแผนกวิเคราะห์และติดตามผลเพื่อทราบ ภายหลังจากที่ได้ปฏิบัติตามคำพิพากษาแล้ว
- 3) ชดเชยค่าใช้จ่ายให้ผู้ฟ้องคดีกับพวกจำนวน 3,000 ยูโร ตามความในมาตรา L. 761-6 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาศีกษาคดีปกครอง
- 4) แจ้งคำพิพากษานี้แก่ผู้ฟ้องคดีกับพวก และนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตร พร้อมทั้งส่งสำเนาคำพิพากษาให้กับแผนกวิเคราะห์และติดตามผล

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 40)

Les pouvoirs attribués au Conseil d'Etat par le présent article peuvent être exercés par le président de la section du contentieux.

(สรุปความได้ว่า ในกรณีที่มิได้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาไม่ว่าจะเป็นในชั้นศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ สภาแห่งรัฐ อาจกำหนดให้มีระยะเวลาในการปฏิบัติตามคำพิพากษาโดยใช้มาตรการปรับกับนิติบุคคลมหาชนหรือองค์กรเอกชนที่จัดทำบริการสาธารณะเพื่อให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาได้

เมื่อได้มีการกำหนดมาตรการปรับตามมาตรา L. 911-3 แล้ว ไม่อาจกำหนดใหม่ได้ และตามนัยมาตรานี้ ในชั้นสภาแห่งรัฐให้แจ้งต่อประธานแผนกคดีปกครอง)

2.3.3 บทวิเคราะห์

จากคดีดังกล่าวมีประเด็นในเรื่องการตรากฎหมายเพื่อควบคุมมลภาวะทางอากาศ ซึ่งมลภาวะทางอากาศ หมายถึง ภาวะอากาศที่มีสารเจือปนอยู่ในปริมาณที่สูงกว่าระดับปกติเป็นเวลานานพอที่จะทำให้เกิดอันตรายแก่มนุษย์ สัตว์ พืช หรือทรัพย์สิน อาจเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ เช่น ฝุ่นละอองจากลมพายุ ภูเขาไฟระเบิด แผ่นดินไหว ไฟไหม้ป่า ก๊าซธรรมชาติ อากาศเสียที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาติเป็นอันตรายต่อมนุษย์น้อยมาก เพราะแหล่งกำเนิดอยู่ไกลและปริมาณที่เข้าสู่สภาพแวดล้อมของมนุษย์และสัตว์มีน้อย มลภาวะทางอากาศกรณีที่เกิดจากการกระทำของมนุษย์ ได้แก่ มลภาวะจากท่อไอเสียของรถยนต์ มลภาวะจากโรงงานอุตสาหกรรม มลภาวะจากขบวนการผลิตจากกิจกรรมด้านการเกษตร มลภาวะจากการระเหยของก๊าซบางชนิด ซึ่งเกิดจากขยะมูลฝอยและของเสีย⁴¹ อาจเป็นอันตรายต่อมนุษย์และสิ่งแวดล้อมสำหรับแหล่งกำเนิดมลพิษทางอากาศที่สำคัญแบ่งเป็นสองกลุ่มใหญ่ คือ (1) แหล่งกำเนิดจากยานพาหนะ และ (2) แหล่งกำเนิดจากโรงงานอุตสาหกรรมที่เกิดจากการเผาไหม้เชื้อเพลิงและกระบวนการผลิตซึ่งเป็นตัวการสำคัญที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อคุณภาพอากาศในบรรยากาศ และอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพอนามัยของประชาชนในชุมชนโดยทั่วไปหรือก่อให้เกิดความเดือดร้อน สารพิษที่เกิดจากการเผาไหม้เชื้อเพลิงชนิดต่าง ๆ ได้แก่ ก๊าซคาร์บอนมอนอกไซด์ ฝุ่นละออง หากพบในปริมาณที่สูงจะมีผลต่อสุขภาพอนามัยของประชาชน เนื่องจากมีขนาดเล็กพอที่จะเข้าสู่ระบบทางเดินหายใจส่วนล่างและถุงลมปอดของมนุษย์ได้ เป็นผลให้เกิดโรคทางเดินหายใจ โรคปอดต่าง ๆ เกิดการระคายเคืองและทำลายเยื่อหุ้มปอด หากได้รับในปริมาณมากและเป็นเวลานานจะเกิดการสะสม ทำให้เกิดพังผืดและเป็นแผลได้ นอกจากนี้ ยังมี ก๊าซซัลเฟอร์ไดออกไซด์และก๊าซออกไซด์ของไนโตรเจน ซึ่งพบว่าปริมาณการระบายออกสู่บรรยากาศเพิ่มมากขึ้นทุกปีตามปริมาณการใช้เชื้อเพลิงที่เพิ่มขึ้น⁴²

คำพิพากษานี้มีประเด็นสำคัญ คือ สภาแห่งรัฐเห็นว่ารัฐบาลมิได้ปฏิบัติตามคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในฉบับแรก ลงวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ. 2017 ที่ถึงที่สุด ถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อทฤษฎีว่าด้วยคำพิพากษาถึงที่สุดและหลักกฎหมายว่าด้วยการมีสภาพบังคับของคำพิพากษา โดยสภาแห่งรัฐเห็นว่า การไม่ได้ปฏิบัติตามคำพิพากษาดังกล่าวและปล่อยให้ระยะเวลาล่วงเลยมาเป็นเวลานานอาจเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมและประชาชน กับทั้งอาจก่อให้เกิดอันตรายถึงแก่ชีวิตได้ในกรณีที่ได้หายใจในอากาศที่มีมลภาวะเป็นเวลานาน ทั้งนี้ คำพิพากษานี้มีประเด็นที่น่าสนใจ คือ จำนวนเงินค่าปรับในมาตรการปรับมีจำนวนสูงถึง 10 ล้านยูโรต่อหกเดือน อันถือเป็นดุลพินิจของตุลาการเจ้าของสำนวนเนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง มาตรา L. 911-5 มิได้กำหนดอัตราของการกำหนด

⁴¹ คลังความรู้ อากาศ : มลพิษทางอากาศ, [online] Available from : <https://datacenter.deqp.go.th/knowledge/%> [25 กรกฎาคม 2564]

⁴² เพิ่งอ้าง

ค่าปรับไว้ ทำให้อัตราการคำนวณค่าปรับเป็นดุลพินิจของตุลาการเจ้าของสำนวน ประกอบกับความเห็นของตุลาการประจำองค์คณะซึ่งผ่านการรับฟังข้อเท็จจริงภายใต้บริบทของความเร่งด่วน พยานหลักฐานที่ได้จากการแสวงหาข้อเท็จจริงในสำนวนคดีและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสำนวนคดีนั้นให้เหมาะสม ซึ่งกรณีนี้สภาแห่งรัฐได้กำหนดจำนวนค่าปรับไว้สูง โดยให้เหตุผลว่าเป็นกรณีเรื่องเร่งด่วนและเพื่อกระตุ้นให้มีการบังคับตามคำพิพากษาอันเป็นความรับผิดชอบต่อสังคมและสิ่งแวดล้อม โดยสภาแห่งรัฐเห็นว่า เนื่องจากระยะเวลาในการปฏิบัติตามคำพิพากษาได้ล่วงพ้นมาเป็นเวลานาน (ตั้งแต่วันที่ที่มีคำวินิจฉัยฉบับแรก ลงวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ. 2017 จนถึงวันที่สภาแห่งรัฐมีคำพิพากษฉบับที่สองในวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 2020) และยังแสดงให้เห็นถึงความมุ่งมั่นในการให้ความสำคัญกับ Directive ของสหภาพยุโรป ที่ 2008/50 CE ลงวันที่ 21 พฤษภาคม ค.ศ. 2008 เกี่ยวกับการออกมาตรการควบคุมมลพิษทางอากาศ เกี่ยวกับฝุ่นละอองขนาดเล็กและก๊าซไนโตรเจนไดออกไซด์ อีกทั้งการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษานี้จะก่อให้เกิดผลเสียและอันตรายร้ายแรงต่อชีวิตมนุษย์ (la santé publique) จึงมีความเร่งด่วนโดยเฉพาะที่จะต้องดำเนินการอย่างรวดเร็ว

บทสรุป

จากการศึกษาคดีตัวอย่างทั้งสองคดีข้างต้นจะเห็นว่า ในการพิจารณาคดีของสภาแห่งรัฐจะเริ่มด้วยการตรวจสอบคำฟ้องและข้อโต้แย้งของคู่กรณีในคดีทั้งหมด รวมทั้งประเด็นพิพาทในคดีเมื่อได้พิจารณาจากคำฟ้อง คำให้การ และพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่ได้มาจากการแสวงหาข้อเท็จจริงแล้ว ตุลาการเจ้าของสำนวนจะเสนอบันทึกของตุลาการเจ้าของสำนวน และเมื่อมีการประชุมองค์คณะการนั่งพิจารณาคดีแล้ว สภาแห่งรัฐจะมีคำพิพากษา ซึ่งการจัดทำคำพิพากษานั้นตุลาการเจ้าของสำนวนต้องแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อประกอบการพิจารณาวินิจฉัยคดี และกำหนดประเด็นข้อพิพาทเพื่อพิจารณาพิพากษา ปัจจุบันสภาแห่งรัฐมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อำนาจในการกำหนดค่าบังคับเพื่อให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษา เนื่องจากได้มีการปรับปรุงกฎหมายให้รองรับการกำหนดมาตรการปรับโดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง โดยให้มีอำนาจที่จะกำหนดให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ซึ่งรวมถึงการกำหนดจำนวนเงินในมาตรการปรับ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลาแห่งรัฐแต่ละคดี

การกำหนดจำนวนเงินในมาตรการปรับ นั้น พบว่ามีความแตกต่างกันในแต่ละคดี การคำนวณจำนวนค่าปรับถือเป็นอำนาจดุลพินิจของสภาแห่งรัฐในการกำหนดอัตราค่าปรับที่เหมาะสมในแต่ละคดี ทั้งนี้ พบว่าในการปฏิบัติหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีของตุลาการนั้น ต้องใช้ดุลพินิจอยู่หลายเรื่องด้วยกัน ซึ่งจะเกิดผลต่อบุคคลที่เข้ามาอยู่ในอำนาจบังคับของคำพิพากษา ดังนั้น การใช้ดุลพินิจหรือการชั่งน้ำหนักในการพิพากษาจะต้องพิจารณาจากเอกสาร พยานหลักฐานในสำนวนคดี กฎหมายที่เกี่ยวข้อง ความเร่งด่วนและบริบทของสำนวนคดีในขณะนั้น รวมทั้งการประสานประโยชน์สาธารณะประกอบกับหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมที่สำคัญในการพิจารณาคดี เพื่อให้คำพิพากษาเกิดเป็นรูปธรรมตามหลักกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดี และจะต้องไม่ใช่ดุลพินิจไปโดยปราศจากขอบเขต แต่ต้องใช้ไปในทางที่ถูกต้องและเป็นธรรม ปราศจากอคติ โดยมีจิตวิญญาณของตุลาการ เพื่อแก้ไขข้อขัดข้อง เยียวยาความเดือดร้อนเสียหาย

ของผู้ฟ้องคดีในกรณีเร่งด่วนที่อาจจะเป็นภัยร้ายแรงต่อชีวิตมนุษย์ ซึ่งสภาแห่งรัฐเห็นความสำคัญของการใช้มาตรการกดดันให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายปกครองดำเนินการปฏิบัติตามคำพิพากษาอย่างรวดเร็วและเคร่งครัด เพื่อมิให้เกิดความเสียหายที่ยากจะเยียวยาในอนาคต และสภาแห่งรัฐได้แสดงให้เห็นประจักษ์ถึงประสิทธิภาพของการฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม โดยการออกคำสั่งบังคับและกำหนดมาตรการปรับเพื่อกดดันให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาอีกด้วย

จากตัวอย่างคำพิพากษาสภาแห่งรัฐที่หยิบยกมานำเสนอในข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 นั้น เป็นประเด็นในเรื่องที่ฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อใช้บังคับเกี่ยวกับการควบคุมและป้องกันมลภาวะทางแสง ซึ่งเป็นมลภาวะที่สำคัญประเภทหนึ่ง ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้พยายามตรากฎหมายและออกข้อบัญญัติเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เพื่อกำหนดการใช้งานแสงไฟประดิษฐ์และกำหนดบริเวณในการค้นคว้าเพื่อดาราศาสตร์ เพื่อป้องกันอันตรายที่อาจเป็นสาเหตุต่อปัญหาสุขภาพของมนุษย์และสิ่งแวดล้อม รวมถึงระบบนิเวศ จำกัดการใช้พลังงาน คำพิพากษานี้ส่งผลให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายลำดับรองเพื่อป้องกันมลภาวะทางแสงที่เป็นรูปธรรม เป็นมาตรฐานในการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม กับทั้งป้องกันมลภาวะทางแสงที่เกิดขึ้น ดังที่ปรากฏเป็นรัฐกฤษฎีกาว่าด้วยการป้องกันการลดมลภาวะทางแสง และจำกัดการเกิดเหตุรำคาญที่เกิดจากแสงไฟประดิษฐ์ ลงวันที่ 27 ธันวาคม ค.ศ. 2018 (Arrêté du 27 décembre 2018 relatif à la prévention, à la réduction et à la limitation des nuisances lumineuses)

จะเห็นว่าสภาแห่งรัฐใช้มาตรการปรับเพื่อเร่งรัดให้ฝ่ายปกครองตรากฎหมายดังกล่าวโดยเร็ว โดยกำหนดจำนวนเงินค่าปรับที่อัตรา 500 ยูโรต่อวัน ซึ่งอาจอนุมานได้ว่าสภาแห่งรัฐได้นำบริบทของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายสิ่งแวดล้อมมาพิจารณาแล้วจึงมีดุลพินิจกำหนดจำนวนค่าปรับด้วยจำนวน 500 ยูโรต่อวัน จำนวนเงินดังกล่าวน่าจะเป็นจำนวนที่เพียงพอที่จะเร่งให้มีการตรากฎหมายตามคำพิพากษา ด้วยเหตุที่เป็นกฎหมายลำดับรองและด้วยเหตุที่มีใช้เป็นกรณีฉุกเฉินเร่งด่วน และหากเน้นซ้ำจะเกิดผลกระทบที่ร้ายแรงเป็นอันตรายที่เห็นได้ชัดเจนไม่สามารถที่จะเยียวยาแก้ไข อีกทั้งเพื่อที่จะไม่ให้เป็นการกดดันฝ่ายนิติบัญญัติและหน่วยงานทางปกครองมากเกินไป เนื่องจากในการดำเนินการกระบวนการออกกฎหมายลำดับรองอาจใช้ระยะเวลา แม้ว่าจะเป็นกรณีที่ต้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและคุ้มครองสุขภาพของมนุษย์ก็ตาม

ส่วนการศึกษาคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐที่หยิบยกมานำเสนอในข้อ 2.3 ของส่วนที่ 2 นั้น คดีดังกล่าวมีประเด็นในเรื่องการตรากฎหมายเพื่อควบคุมมลภาวะทางอากาศ คำพิพากษานี้มีประเด็นสำคัญคือ สภาแห่งรัฐเห็นว่ารัฐบาลมิได้ปฏิบัติตามคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อทฤษฎีว่าด้วยคำพิพากษาถึงที่สุดและหลักกฎหมายว่าด้วยการมีสภาพบังคับของคำพิพากษา การไม่ได้ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยดังกล่าวและปล่อยให้ระยะเวลาล่วงเลยมาเป็นเวลานาน อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมและสาธารณสุข โดยเฉพาะมลภาวะทางอากาศซึ่งก่อให้เกิดอันตรายถึงชีวิตได้ หากหายใจในอากาศที่มีมลภาวะเป็นเวลานาน คำพิพากษานี้มีประเด็นที่น่าสนใจ คือ จำนวนเงินค่าปรับในมาตรการปรับมีจำนวนสูงถึง 10 ล้านยูโรต่อหกเดือน ซึ่งเป็นจำนวนเงินค่าปรับที่สูงเป็นพิเศษแตกต่างจากการกำหนดจำนวนเงินค่าปรับ

ในคดีอื่น กรณีนี้จึงมีข้อสังเกตว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง มาตรา L. 911-5 มิได้กำหนดอัตราของการกำหนดค่าปรับไว้ ทำให้อัตราค่าปรับเป็นดุลพินิจของตุลาการเจ้าของสำนวน ซึ่งสภาแห่งรัฐได้ให้เหตุผลในการกำหนดจำนวนค่าปรับไว้สูงกว่า เนื่องจากข้อพิพาทในคดีนี้มีความสำคัญ และเป็นกรณีเร่งด่วน อีกทั้งยังเพื่อกดดันให้มีการบังคับตามคำพิพากษาอันเป็นความรับผิดชอบต่อสังคม และสิ่งแวดล้อม เนื่องจากระยะเวลาในการปฏิบัติตามคำพิพากษาลงครั้งแรกได้ล่วงพ้นมาเป็นเวลานาน เกินกว่า 3 ปี นับตั้งแต่วันที่คำพิพากษาลงครั้งแรก ลงวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ. 2017 และยังแสดงให้เห็นถึงความมุ่งมั่นในการให้ความสำคัญกับการอนุวัติกฎหมายภายในให้เป็นไปตาม Directive ของสหภาพยุโรป ที่ 2008/50 CE ลงวันที่ 21 พฤษภาคม ค.ศ. 2008 เกี่ยวกับการออกมาตรการควบคุมมลพิษทางอากาศ เกี่ยวกับฝุ่นละอองขนาดเล็กและก๊าซไนโตรเจนไดออกไซด์ ซึ่งฝุ่นละอองขนาดเล็กนี้เป็นอันตรายกับสุขภาพร่างกาย อาจก่อให้เกิดโรคร้ายแรง เช่น โรคหอบหืด หรือโรคทางเดินหายใจ และก๊าซไนโตรเจนไดออกไซด์นั้นเป็นก๊าซที่เกิดจากการเผาไหม้ ทำให้เกิดการระคายเคืองต่อระบบทางเดินหายใจและอาจมีผลกระทบต่อระบบทางเดินหายใจระยะเฉียบพลัน โดยเฉพาะในเด็ก ผู้สูงอายุ และผู้ที่มีโรคประจำตัวเกี่ยวกับทางเดินหายใจ⁴³ นอกจากนี้ การไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษานี้จะก่อให้เกิดความสั่นคลอนของหลักกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความคดี ประกอบกับผลเสียที่เห็นได้ชัดเจนที่เกิดจากมลภาวะทางอากาศที่เพิ่มปริมาณขึ้นและอันตรายร้ายแรงต่อชีวิตมนุษย์ (la santé publique) จึงมีความเร่งด่วนเฉพาะคดีที่จะต้องดำเนินการอย่างรวดเร็ว

สภาแห่งรัฐในฐานะเป็นสถาบันหลักในการอำนวยความสะดวกทางปกครองจึงต้องพิจารณาพิพากษาคดีโดยประสานประโยชน์สาธารณะและบริการสาธารณะให้เกิดความเป็นธรรม ทั้งนี้ การใช้อำนาจของสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดในการตรวจสอบฝ่ายปกครองว่าได้บังคับใช้กฎหมายโดยถูกต้องหรือไม่ ผ่านทางคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐนั้น แสดงให้เห็นว่าสภาแห่งรัฐเป็นสถาบันที่สำคัญอย่างยิ่งในการปรับใช้แนวคิดและทฤษฎีกฎหมายปกครอง เพื่อพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องกับสถานการณ์และแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายของประชาชนที่เป็นรูปธรรม

⁴³ มลพิษทางอากาศกับสุขภาพของมนุษย์ (air pollution and health effect), [online] Available from : https://meded.psu.ac.th/binla/class05/388_541_2/Air_pollution/index.html [25 กรกฎาคม 2564]



**ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561
และการตรวจเงินแผ่นดินตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ
Observations on the Public Financial and Budgetary Disciplines Act B.E. 2561
and its State Audit**

ณัฐวุฒิ คล้ายขำ *

บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ได้ถูกประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 19 เมษายน พ.ศ. 2561 โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อให้รัฐต้องรักษาวินัยการเงินการคลังอย่างเคร่งครัด เพื่อให้ฐานะทางการเงินการคลังของรัฐมีเสถียรภาพและมั่นคงยั่งยืน พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ถือเป็นกฎหมายที่วางกรอบเกี่ยวกับกิจการและการกิจของรัฐที่เกี่ยวกับการเงินการคลัง ทั้งหมด ทั้งในด้านการจัดเก็บรายได้ การจัดหางบประมาณ การใช้จ่ายเงินภาครัฐ รวมถึงการตรวจเงินแผ่นดิน โดยหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตามความในพระราชบัญญัตินี้ นับเป็นระยะเวลากว่า 4 ปี ที่พระราชบัญญัตินี้มีการบังคับใช้

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อวิเคราะห์และตั้งข้อสังเกต รวมถึงให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับ บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 และการตรวจเงินแผ่นดินตาม พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยใช้วิธีการศึกษาเอกสาร ทั้งจากเอกสารปฐมภูมิทางกฎหมาย ได้แก่ บทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และกฎหมายลำดับรอง รวมถึงเอกสารทุติยภูมิทางกฎหมาย ได้แก่ หนังสือและตำราทางนิติศาสตร์ทางการคลัง และรายงานของหน่วยงานราชการ ผลการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มีลักษณะเป็นกฎหมายที่วางกรอบทางกฎหมายแก่ หน่วยงานของรัฐให้รักษาวินัยทางการเงินการคลังภาครัฐอย่างครบวงจร อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัตินี้ ดังกล่าวยังคงมีความไม่ชัดเจน ทั้งในประเด็นลำดับศักดิ์ของกฎหมาย นิยามและขอบเขตของคำว่าวินัย การเงินการคลังของรัฐ และความไม่ชัดเจนของโทษในกรณีที่มีการไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้

คำสำคัญ : วินัยการเงินการคลัง, การตรวจเงินแผ่นดิน, การคลังสาธารณะ

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี; Lecturer, Faculty of Law, Ubon Ratchathani University



Abstract

The Public Financial and Budgetary Disciplines Act B.E. 2561 was published in Government Gazette on the 19th of April 2018 and has come into force as from the following date. This Act has the objective to force the public sectors to strictly maintain financial and budgetary disciplines so that the public financial and budgetary situation could be stable and sustainable. This Act can be considered a fundamental standard for the finance-related missions and operations of the government agencies. They must follow the stipulations of this Act. It has been almost 4 years that this Act has come into force as fundamental rules on financial and budgetary disciplines of the state in all aspects including state revenues, budgetary proceedings, state expenditures, and financial state audit.

This article aims objectives to analyze the stipulations of the Act and its audit, to make observations, and to propose suggestions for further legal amendment by using the documentary research method. The study has been committed by researching the primary legal documents such as the Constitution, legislative Acts, and other regulations, and the secondary legal documents such as legal texts in public finances and the official reports published by the governmental organizations. The result of the study has found that the Public Financial and Budgetary Disciplines Act B.E. 2561 provides the principal standards for all public financial and budgetary processes. However, there are many ambiguities such as the hierarchy of law of the Act, the definition and boundary of the “Public Financial and Budgetary Disciplines” and the sanctions in the case of violation of this Act.

Keywords : Public Financial and Budgetary Disciplines, State Audit, Public Finances

1. ความเบื้องต้น

การดำเนินการที่เกี่ยวกับการเงินการคลังภาครัฐ (Public Finances) ของไทยนั้น อาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายหลายฉบับ กล่าวคือ ในส่วนของการหารายได้เข้ารัฐหรือการจัดเก็บภาษีนั้น มีกฎหมายหลักที่เข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น ประมวลรัษฎากร พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 หรือ พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ในส่วนของการจัดทำงบประมาณแผ่นดิน มีกฎหมายหลักที่เข้ามาเกี่ยวข้อง คือ พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 ในส่วนของการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน มีกฎหมายหลักที่เข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น รัฐธรรมนูญ (มาตรา 140) พระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีฯ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 หรือพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรของรัฐที่ให้อำนาจองค์กรเหล่านั้นในการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน ในส่วนของการบริหารหนี้สาธารณะ มีพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 ในส่วนของการนำเงินส่งคลัง มีพระราชบัญญัติเงินคงคลัง พ.ศ. 2491 ในส่วนของเงินนอกงบประมาณประเภททุนหมุนเวียน มีพระราชบัญญัติการบริหารทุนหมุนเวียน พ.ศ. 2558 หรือในส่วนของ การตรวจเงินแผ่นดิน มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 เป็นต้น

ในการดำเนินการของรัฐที่เกี่ยวกับ “เงินแผ่นดิน” ในแต่ละขั้นต่อนั้น กฎหมายที่เข้ามา กำหนดกฎเกณฑ์และกติกาสำหรับเรื่องนั้น ๆ จะเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เป็นการเฉพาะ โดยสามารถทราบได้โดยชื่อของพระราชบัญญัตินั้นเอง ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 เป็นกฎหมายที่วางกฎเกณฑ์ในการจัดทำงบประมาณแผ่นดินว่ามีขั้นตอน กระบวนการ รายละเอียด รวมถึง ข้อจำกัดทางกฎหมาย ดังนั้น หาก “เงินแผ่นดิน” ของรัฐอยู่ในขั้นตอนการจัดทำงบประมาณ พระราชบัญญัติ วิธีการงบประมาณฯ ก็จะกลายเป็นกฎหมายหลักที่ผู้ที่เกี่ยวข้องหรือหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องจำเป็นต้องนำมาบังคับใช้กับกรณี

อาจกล่าวได้ว่าในอดีต “วงจรทางการคลังภาครัฐ” หาได้มี “กฎหมายกลาง” เข้ามา กำหนดรายละเอียดให้ครบถ้วนทุกกระบวนการของวงจรไม่ หากแต่มีพระราชบัญญัติหลายฉบับที่คอย กำกับและควบคุมให้การดำเนินการทางการเงินการคลังในแต่ละขั้นตอนเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะนั้น



ตารางที่ 1 : ตารางแสดงกฎหมายที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับวงจรทางการคลังภาครัฐก่อนการบังคับใช้พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561

ลำดับที่	ขั้นตอน	กฎหมายที่เข้ามาเกี่ยวข้อง
1.	การจัดเก็บภาษี และการจัดหารายได้ภาครัฐ	- ประมวลรัษฎากร - พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิตฯ - พระราชบัญญัติศุลกากรฯ และพระราชบัญญัติอื่น ๆ เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษี และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจัดเก็บรายได้และภาษีอากร
2.	การจัดทำงบประมาณแผ่นดิน	- พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณฯ
3.	การใช้จ่ายเงินแผ่นดิน	- รัฐธรรมนูญ (มาตรา 140) - พระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี - พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐฯ - พระราชบัญญัติเงินคงคลังฯ - พระราชบัญญัติการบริหารทุนหมุนเวียนฯ และกฎหมายอื่น ๆ ที่ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน
4.	การตรวจเงินแผ่นดิน	- พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฯ

เพื่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของการคลังภาครัฐ จึงมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 เมื่อวันที่ 19 เมษายน พ.ศ. 2561¹ โดยมีวัตถุประสงค์ 2 ประการ คือ ประการแรก การปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และประการที่สอง เพื่อเสถียรภาพทางการคลังภาครัฐในทุกวงจรของการดำเนินการที่เกี่ยวกับการเงินการคลัง

เพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 62 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บัญญัติว่า “รัฐต้องรักษาวินัยการเงินการคลังอย่างเคร่งครัดเพื่อให้ฐานะทางการเงินการคลังของรัฐมีเสถียรภาพและมั่นคงอย่างยั่งยืนตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ และจัดระบบภาษีให้เกิดความเป็นธรรมแก่สังคม

¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 135 ตอนที่ 27 ก วันที่ 19 เมษายน พ.ศ. 2561, หน้า 1.

กฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐอย่างน้อยต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับ
กรอบการดำเนินการทางการเงินการคลังและงบประมาณของรัฐ การกำหนดวินัยทางการเงินการคลังด้านรายได้
และรายจ่าย ทั้งเงินงบประมาณและเงินนอกงบประมาณ การบริหารทรัพย์สินของรัฐและเงินคงคลัง
และการบริหารหนี้สาธารณะ”²

ดังนั้น การประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้จึงเป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งรัฐธรรมนูญ³
ที่ต้องการให้หน่วยงานของรัฐรักษาวินัยการเงินการคลัง พร้อมทั้งให้มีพระราชบัญญัติเข้ามามี
วางกรอบทางกฎหมายในเรื่องวินัยการเงินการคลัง

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติทั้งหมดของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ
พ.ศ. 2561 พบว่า ประกอบด้วย 5 หมวด 1 บทเฉพาะกาล รวม 87 มาตรา ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงรายละเอียดของ
แต่ละหมวดแล้วพบว่า พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ได้วางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการ
ดำเนินการภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับการเงินการคลังไว้ทั้งหมดนับตั้งแต่การจัดเก็บรายได้ (ส่วนที่ 1 ของหมวดที่ 3)
การจัดทำงบประมาณ (ส่วนที่ 2 ของหมวดที่ 2) การใช้จ่ายเงินภาครัฐ (ส่วนที่ 2, 3, 5 และ 6 ของหมวดที่ 3)
การบริหารหนี้สาธารณะ (ส่วนที่ 4 ของหมวดที่ 3) การบริหารเงินนอกงบประมาณและทุนหมุนเวียน
(ส่วนที่ 5) รวมถึงการตรวจสอบและการตรวจเงินแผ่นดิน (หมวดที่ 4 และ 5) โดยบทบัญญัติในแต่ละ
ภาคส่วนจะมีการบัญญัติให้เชื่อมโยงไปสู่กฎหมายที่เป็นการกำหนดรายละเอียดอีกฉบับหนึ่ง ยกตัวอย่างเช่น
มาตรา 48⁴ “การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่
กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ...” มาตรา 19⁵ “การเสนอ
กฎหมายว่าด้วยงบประมาณรายจ่ายประจำปีให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ ...”
หรือมาตรา 80 วรรคสอง⁶ “ในกรณีมีการกระทำผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐตามที่กำหนดไว้ใน
พระราชบัญญัตินี้ การสั่งลงโทษทางปกครองให้เป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย
การตรวจเงินแผ่นดิน” เป็นต้น ดังนั้น พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 จึงเป็น
กฎหมายที่รวมวงจรการดำเนินการทางการเงินการคลังภาครัฐ ซึ่งแต่ก่อนนั้นมีความกระจัดกระจายให้มาอยู่ภายใต้
พระราชบัญญัติฉบับเดียว โดยเปิดช่องให้มีการบัญญัติรายละเอียดไว้ในกฎหมายเฉพาะของแต่ละเรื่อง
แต่ละขั้นตอน และแต่ละองค์กร

² มาตรา 62 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

³ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561

⁴ มาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561

⁵ มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561

⁶ มาตรา 80 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561



ตารางที่ 2 : ตารางแสดงกฎหมายที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับวงจรทางการคลังภาครัฐหลังการบังคับใช้พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561

ลำดับที่	ขั้นตอน	กฎหมายที่เข้ามาเกี่ยวข้อง
1.	การหารายได้เข้ารัฐ	- พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจัดหารายได้และการจัดเก็บรายได้ภาครัฐ
2.	การจัดทำงบประมาณแผ่นดิน	- พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 และพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561
3.	การใช้จ่ายเงินแผ่นดิน	- พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้จ่ายเงินภาครัฐ เช่น พระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560
4.	การตรวจเงินแผ่นดิน	- พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561

นับตั้งแต่การบังคับใช้พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ทำให้หน่วยงานของรัฐไม่เพียงแต่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมายที่อยู่ในภารกิจของตนเพียงเท่านั้น หากต้องดำเนินการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ด้วย⁷

2. ทฤษฎีและหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ในการวิเคราะห์ ตั้งข้อสังเกต และให้ข้อเสนอแนะในครั้งนี้ จำต้องกล่าวถึงทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องเสียก่อน โดยในบทความนี้จะได้กล่าวถึงทฤษฎีทางกฎหมาย 3 ทฤษฎี ได้แก่ ทฤษฎีลำดับศักดิ์ของกฎหมาย ทฤษฎีความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และทฤษฎีความรับผิดชอบตามกฎหมายการคลัง

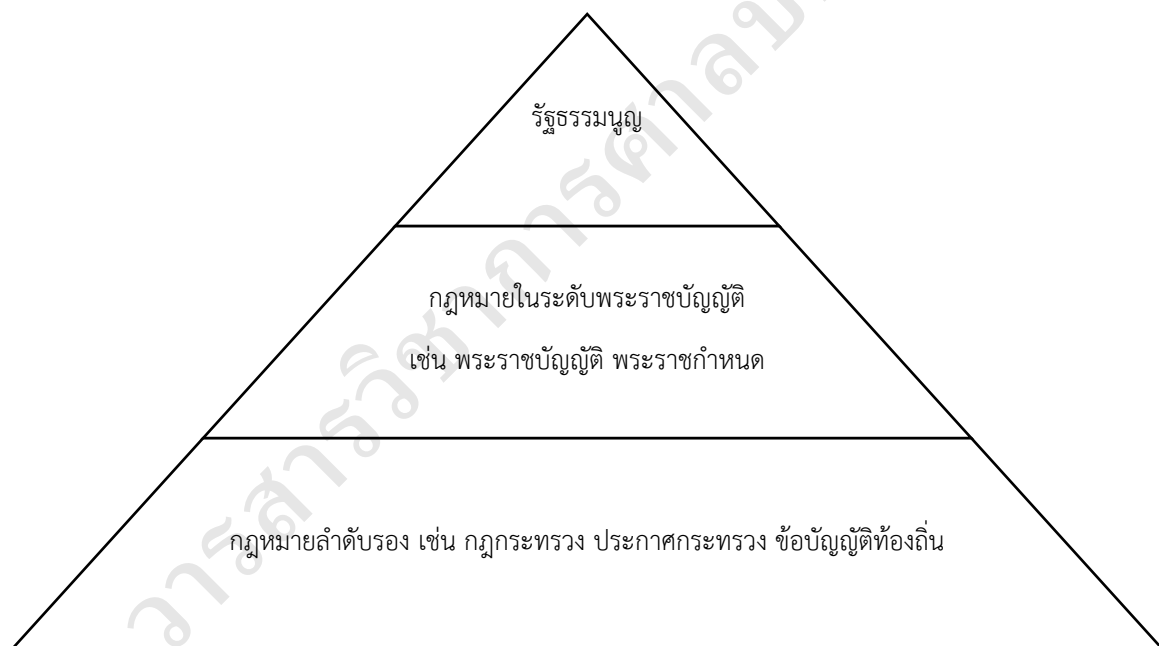
⁷ โปรตดู วิษณุ วรัญญู, “ความสำคัญของวินัยการเงินการคลังต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตย”, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 22 ฉบับที่ 66 เดือนกันยายน-ธันวาคม 2563, หน้า 292.

2.1 ทฤษฎีลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

ทฤษฎีลำดับศักดิ์ของกฎหมายเป็นส่วนสำคัญของทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย⁸ ของนักคิดชาวออสเตรียนามว่า ฮันส์ เคลเซ่น (Hans Kelsen) และได้ถูกขยายความโดยลูกศิษย์ของเขานามว่า ออดอล์ฟ แมร์เคลอะ (Adolf Merkl) โดยมีหลักการสำคัญ คือ กฎหมายที่บังคับใช้ในสังคมหาได้มีลำดับที่เท่ากันไม่ หากแต่มีลำดับศักดิ์ที่แตกต่างกัน โดยกฎหมายที่อยู่ในลำดับรองต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายลำดับที่สูงกว่า⁹ ปัจจุบันทฤษฎีลำดับศักดิ์ของกฎหมายได้รับการยอมรับและนำไปปรับใช้ในระบบกฎหมายของนานาอารยประเทศ รวมถึงประเทศไทย

ในระบบกฎหมายไทย ทฤษฎีลำดับศักดิ์ของกฎหมายได้มีการบังคับใช้กับเหล่ากฎหมายภายในประเทศ ทำให้กฎหมายในประเทศไทยมีการเรียงลำดับโดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ ตามมาด้วยกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ และกฎหมายลำดับรอง ปรากฏรายละเอียดตามแผนภาพดังต่อไปนี้

แผนภาพที่ 1 : ลำดับศักดิ์ของกฎหมายไทย



⁸ Thomas Olechowski, “Legal Hierarchies in the Works of Hans Kelsen and Adolf Julius Merkl,” *Reconsidering Constitutional Formation II Decisive Constitutional Normativity*, (May, 2018) : pp. 353-362, accessed March 14, 2022, แหล่งที่มา https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-73037-0_9

⁹ วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 64.



จากตารางข้างต้น กฎหมายในลำดับชั้นพระราชบัญญัติจะต้องไม่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และกฎหมายลำดับรองจะต้องไม่มีข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติเช่นกัน เพราะเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่า

ทั้งนี้ นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 สืบต่อเนื่องมาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน ได้มีกฎหมายในลักษณะใหม่ที่มีชื่อว่า “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” หรือชื่อในภาษาอังกฤษว่า “Organic Law” โดยรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกำหนดให้มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้งหมด 10 ฉบับ¹⁰ ได้แก่ 1) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา 3) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง 4) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง 5) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน 6) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต 7) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน 8) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ 9) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และ 10) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

เมื่อมีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทย คำถามในทางกฎหมายที่ตามมา คือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นอยู่ในลำดับศักดิ์ที่เท่ากันกับพระราชบัญญัติทั่วไป หรือมีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายที่สูงกว่าพระราชบัญญัติ

ในอดีตศาลรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยว่า¹¹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติทั่วไปในระบบกฎหมายไทยมีกระบวนการในการตราและการแก้ไขเพิ่มเติมเช่นเดียวกัน ดังนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงมีศักดิ์และสถานะทางกฎหมายเท่ากับพระราชบัญญัติทั่วไป อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันพบว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายที่สูงกว่าพระราชบัญญัติทั่วไป ด้วยเหตุผล 3 ประการ ดังต่อไปนี้

ประการแรก พิจารณาจากชื่อของกฎหมายโดยในภาษาไทยใช้คำว่า “ประกอบรัฐธรรมนูญ” ดังนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐธรรมนูญถูกยกเลิกย่อมส่งผลให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นถูกยกเลิกตามไปด้วย แต่พระราชบัญญัติโดยทั่วไปยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ เพราะพระราชบัญญัติทั่วไปไม่ได้เป็นพระราชบัญญัติ “ประกอบ” รัฐธรรมนูญ อีกทั้งเมื่อพิจารณาจากชื่อในภาษาอังกฤษ คือ “Organic Act” ซึ่งคำว่า Organic นั้น

¹⁰ มาตรา 130 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

¹¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1-2/2550 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550

หมายความว่า ที่เกี่ยวข้องกับอวัยวะ¹² เป็นคำคุณศัพท์ของคำว่า Organ ที่หมายความว่าอวัยวะ ดังนั้นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงเปรียบเสมือน “อวัยวะ” ของรัฐธรรมนูญ

ประการที่สอง พิจารณาจากเนื้อหาของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้กระบวนการในทางนิติบัญญัติสำหรับการร่าง การพิจารณา การตรา หรือการแก้ไขพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น มีความแตกต่างกับกรณีของพระราชบัญญัติทั่วไป¹³ อย่างมีนัยสำคัญ เช่น การเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญอาจกระทำได้อีกแต่โดย 1) คณะรัฐมนตรี โดยข้อเสนอแนะของศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรอิสระที่เกี่ยวข้อง หรือ 2) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร¹⁴ แต่ในกรณีของการเสนอร่างพระราชบัญญัตินั้น อาจถูกเสนอได้โดย 1) คณะรัฐมนตรี 2) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่ายี่สิบคน หรือ 3) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งหมื่นคนเข้าชื่อเสนอกฎหมายตามหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย หรือหมวด 5 หน้าที่ของรัฐ¹⁵ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบการเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญกับการเสนอร่างพระราชบัญญัติปกติ พบว่า การที่จะเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นเป็นเรื่องที่ทำได้ยากกว่าการเสนอพระราชบัญญัติปกติอย่างเห็นได้ชัด ดังนั้นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงมีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายที่สูงกว่าพระราชบัญญัติปกติ ตามนัยแห่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ

ประการที่สาม พิจารณาจากเนื้อหาของเหล่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ จะพบว่า เนื้อหาของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นจะเกี่ยวข้องกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เช่น องค์กรนิติบัญญัติ ศาล องค์กรอิสระ หรือกระบวนการสำคัญอันเป็นรายละเอียดของรัฐธรรมนูญ เช่น วิธีพิจารณาคดีในศาลรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ซึ่งเนื้อหาเหล่านี้มีความใกล้ชิดและเป็นรายละเอียดของรัฐธรรมนูญเอง โดยเนื้อหาในลักษณะเหล่านี้จะไม่พบในพระราชบัญญัติทั่วไป¹⁶ ด้วยเหตุผล 3 ประการข้างต้น ทำให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่าพระราชบัญญัติ

¹² Longman Dictionary of Contemporary English, (2005), p. 1161.

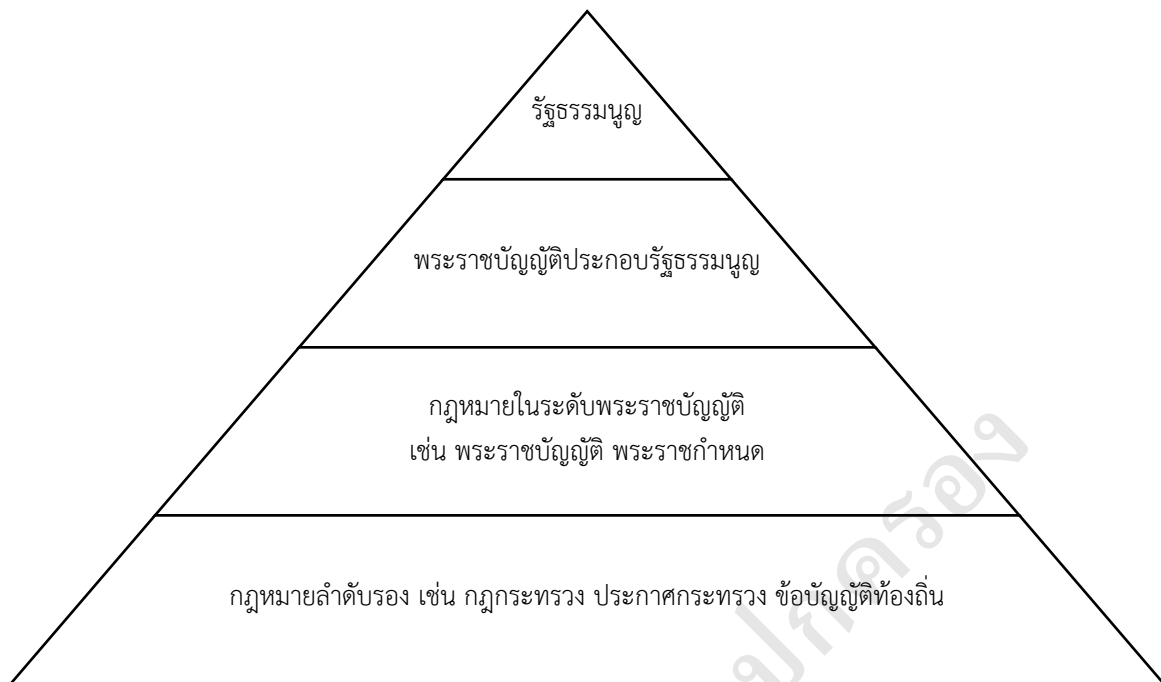
¹³ Michel Troper, “The Structure of the Legal system and the Emergence of the State,” the Straus Institute Working Paper No.06/2012, p. 14, accessed March 24, 2022, แหล่งที่มา <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-03280485/document>

¹⁴ มาตรา 131 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

¹⁵ มาตรา 133 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

¹⁶ อภิวัฒน์ สุดสาว, “ลำดับศักดิ์ทางกฎหมายระหว่าง “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” กับ “พระราชบัญญัติ” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย,” จุลนิติ ลงวันที่ 9 มิถุนายน 2564, แหล่งที่มา https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/8think/think70.pdf, หน้า 101-106, สืบค้นเมื่อวันที่ 24 มีนาคม 2565

แผนภาพที่ 2 : ลำดับศักดิ์ทางกฎหมายของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ



ดังนั้น พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 จึงเป็นกฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติ ซึ่งต้องเคารพกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่า นั่นคือ รัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ โดยจะมีบทบัญญัติขัดหรือแย้งต่อกฎหมายในลำดับที่สูงกว่าไม่ได้

2.2 ทฤษฎีความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

ทฤษฎีความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Le principe de légalité des actes administratifs) เป็นทฤษฎีพื้นฐาน และเป็นทฤษฎีที่ทำให้เกิดภารกิจและองค์กรต่าง ๆ ตามมาในระบบกฎหมายปกครอง กล่าวคือ ในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจำต้องมีเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะและในการดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครอง เรียกว่า เครื่องมือของฝ่ายปกครอง ได้แก่ การออกกฎ (les actes réglementaires) การออกคำสั่ง (les décisions individuelles) หรือสัญญาทางปกครอง (les contrats administratifs) แต่ไม่ว่าจะเป็นการกระทำทางปกครองในรูปแบบใด การกระทำทางปกครองเหล่านั้นก็จะต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง¹⁷

¹⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 28, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 60.

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง¹⁸ คือ การกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ (Légalité) กล่าวคือ หากมีเอกสารทางกฎหมาย (textes législatifs) กำหนดหลักเกณฑ์สำหรับการพิจารณาออกคำสั่งหรือการออกกฎไว้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้นั้น หากเจ้าหน้าที่ไม่ดำเนินการตามที่กฎหมายบัญญัติ อาจทำให้การกระทำทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งตามมาด้วยการตรวจสอบโดยผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นเอง¹⁹ (recours hiérarchiques) หรือการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (recours contentieux) ได้แก่ ศาลปกครอง ซึ่งในระบบกฎหมายไทยได้ยืนยันหลักการนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ²⁰ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง²¹ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง²²

ในส่วนของการกระทำของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการคลังภาครัฐ ซึ่งโดยสภาพของการกระทำอาจมีความเฉพาะตัวที่แตกต่างไปจากการกระทำทางปกครองโดยทั่วไป เพราะการอนุมัติงบประมาณการจัดเก็บรายได้ การใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดิน มีลักษณะเฉพาะตัวของการกระทำเหล่านั้น กล่าวคือการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการคลังภาครัฐในบางกรณีอาจไม่ถือว่าเป็นการออกคำสั่งทางปกครอง เพราะไม่สามารถระบุตัวผู้รับคำสั่งได้ เช่น การอนุมัติงบประมาณของรัฐบาล บางกรณีอาจไม่ถือเป็นการออกคำสั่งทางปกครองโดยตรง แต่เป็นปฏิบัติการทางปกครอง เช่น การจ่ายเงินเดือนข้าราชการในแต่ละเดือน บางกรณีอาจถือเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น การอนุมัติค่าตอบแทนพิเศษแก่ข้าราชการ บางกรณีอาจถือเป็นกฎ เช่น การออกระเบียบว่าด้วยการเบิกจ่ายเงินภาครัฐ เป็นต้น แต่ไม่ว่าจะถือเป็นการกระทำของรัฐในรูปแบบใดก็ตาม การกระทำของรัฐเหล่านั้นที่เกี่ยวข้องกับการคลังภาครัฐก็ถือเป็นการกระทำที่ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเช่นเดียวกันกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองรูปแบบทั่วไปตามนัยของบทบัญญัติมาตรา 62 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย²³ และมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561²⁴

¹⁸ Jacqueline Morand-Deville, Droit administratif, (Paris Cedex : LGDJ, 2013), p. 235.

¹⁹ มาตรา L. 410-1 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสาธารณะและฝ่ายปกครอง

²⁰ มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

²¹ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

²² มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

²³ มาตรา 62 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

²⁴ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561



ในระบบกฎหมายการคลังของประเทศฝรั่งเศสที่ถือเป็นหนึ่งในประเทศต้นแบบสำหรับการพัฒนาการตรวจเงินแผ่นดินของไทย²⁵ การตรวจสอบในด้านการเงินการคลังของรัฐนั้นเป็นการตรวจสอบที่ถูกแยกออกมาจากการตรวจสอบการกระทำทางปกครองในรูปแบบปกติ โดยมีองค์กรศาลปกครองในรูปแบบพิเศษเข้ามาตรวจสอบการปฏิบัติตามกฎหมายของการกระทำที่เกี่ยวกับการเงินการคลังของหน่วยงานของรัฐ เรียกว่า องค์กรศาลทางการเงินการคลัง (les juridictions financières) ประกอบไปด้วย 3 องค์กรหลัก²⁶ ได้แก่ ศาลตรวจเงินแผ่นดิน (la Cour des comptes) ศาลตรวจเงินแผ่นดินภาค (les chambres régionales des comptes หรือ CRTC) และศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง (la Cour de discipline budgétaire et financière หรือ CDBF) ทั้งนี้ แม้จะมีการแยกองค์กรที่มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ อย่างไรก็ตาม องค์กรศาลทางการเงินการคลังยังคงเป็นศาลในระบบศาลปกครอง เพราะมีศาลปกครองสูงสุด (le Conseil d'Etat) ทำหน้าที่เป็นศาลฎีกา²⁷ ในระบบการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางการเงินการคลัง

องค์กรศาลทางการเงินการคลังมีภารกิจหลักในการตรวจสอบการเงินการคลังภาครัฐ ได้แก่ การตรวจสอบการดำเนินงาน (contrôle de gestion) ว่าการดำเนินการต่าง ๆ ของหน่วยงานของรัฐมีความคุ้มค่า มีประสิทธิภาพ และมีประสิทธิผลหรือไม่ การตรวจสอบบัญชีของพนักงานบัญชี (contrôle des comptes du comptable public) ว่าพนักงานบัญชีของรัฐมีการปฏิบัติงานและใช้จ่ายเงินภาครัฐถูกต้องตามกฎหมายและหลักการบัญชีภาครัฐ (comptabilité publique) หรือไม่²⁸ และหากพบว่ามี การกระทำที่อาจเป็นการกระทำผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังภาครัฐตามประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลทางการเงินการคลัง (Code des juridictions financières) ก็อาจมีการดำเนินการพิจารณาและวินิจัย

²⁵ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, ประวัติศาสตร์การตรวจเงินแผ่นดินไทย หนังสือที่ระลึกในโอกาสครบรอบ 100 ปี สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, (กรุงเทพฯ : โอเอส พรินติ้ง เฮาส์ จำกัด, 2558), หน้า 180; สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, ลำดับเหตุการณ์สำคัญในงานตรวจเงินแผ่นดินไทย (พ.ศ. 2418-2558) หนังสือที่ระลึกในโอกาสครบรอบ 100 ปี สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, (กรุงเทพฯ : โอเอส พรินติ้ง เฮาส์ จำกัด, 2558), หน้า 43; สำนักวินัยทางการเงินและการคลัง สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, “มารู้จักกับ “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” และ “วินัยทางการเงิน การคลัง และการงบประมาณ” กันเถอะ”, แหล่งที่มา <http://dfmo.oag.go.th/dis-to-know>, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2565

²⁶ ณัฐวุฒิ คล้ายขำ และนนทวัฒน์ สุวรรณ, “การควบคุมทางงบประมาณโดยศาลตรวจเงินแผ่นดินภาคฝรั่งเศส,” วารสารสังคมวิจัยและพัฒนา ปีที่ 4 ฉบับที่ 2 เมษายน - มิถุนายน 2565 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 41.

²⁷ มาตรา L. 331-1 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการยุติธรรมทางปกครอง

²⁸ Cour des comptes, Rôle et activités : les quatre missions de la Cour, accessed March 25, 2022, แหล่งที่มา <https://www.ccomptes.fr/fr/cour-des-comptes/role-et-activites>

ลงโทษแก่เจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิดได้²⁹ ตามมาตรา L. 313-1 ถึง L. 313-15³⁰ โดยภารกิจหลังนี้เป็นภารกิจของศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง (La Cour de Discipline Budgétaire et Financière หรือ CDBF) โดยเฉพาะ ทั้งนี้ การตรวจเงินแผ่นดินของประเทศฝรั่งเศสในระดับชาติและระดับท้องถิ่นจะมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในการตรวจสอบการเงินการคลังภาครัฐโดยศาลตรวจเงินแผ่นดินจะเป็นการตรวจสอบเฉพาะองค์กรในระดับชาติ ส่วนการตรวจสอบการเงินการคลังภาครัฐโดยศาลตรวจเงินแผ่นดินภาคจะเป็นการตรวจสอบการเงินการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และประเภทของการตรวจสอบทางการเงินก็มีความแตกต่างกัน แต่ไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบองค์กรในระดับท้องถิ่นหรือองค์กรในระดับชาติ หากพบว่าการกระทำที่เข้าข่ายเป็นความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง ทั้งศาลตรวจเงินแผ่นดินและศาลตรวจเงินแผ่นดินภาคมีอำนาจในการส่งเรื่องไปยังศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังได้³¹

ในระบบกฎหมายไทย การกระทำที่เกี่ยวข้องกับการคลังภาครัฐที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย อาจส่งผลร้ายต่อผู้กระทำได้ในหลายทาง โดยอาจมีโทษทางอาญา เช่น มาตรา 153 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โทษทางแพ่ง เช่น การเรียกให้ชดใช้เงินคืนแก่รัฐในทางแพ่ง โดยอาจมีดอกเบี้ยและเบี้ยปรับสูงสุดแล้วแต่กรณี³² และโทษทางปกครอง เช่น มาตรา 98 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561

ในส่วนของการตรวจสอบการปฏิบัติตามกฎหมายวินัยการเงินการคลังของรัฐ เป็นที่ชัดเจนโดยพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ว่าเป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน³³ ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน³⁴ และหากพบว่าการกระทำผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจในการส่งเรื่องไปยังคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเพื่อวินิจฉัยลงโทษได้ ซึ่งโทษในกรณีมีการกระทำผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐนี้กฎหมายใช้คำว่า “โทษทางปกครอง”³⁵

²⁹ Jean Raynard et Jean-Yves Bertucci, Les juridictions financières, Que sais-je ?, (Paris : Presses Universitaires de France, 2003), p. 118.

³⁰ มาตรา L. 313-1 ถึง L. 313-15 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลทางการคลัง

³¹ มาตรา L. 314-1 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลทางการคลัง

³² กรมบัญชีกลาง, คู่มือการบรรยายความรู้เกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่, หน้า 24, สืบค้นเมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2565, แหล่งที่มา [https://www.cgd.go.th/cs/internet/internet/\(%E0%B8%AA%E0%B8%A3%E0%B8%9E\)%E0%B9%80%E0%B8%A3%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%99%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%B9%E0%B9%89_.html?page_locale=th_TH](https://www.cgd.go.th/cs/internet/internet/(%E0%B8%AA%E0%B8%A3%E0%B8%9E)%E0%B9%80%E0%B8%A3%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%99%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%B9%E0%B9%89_.html?page_locale=th_TH)

³³ มาตรา 80 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561

³⁴ มาตรา 53 (1) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561

³⁵ มาตรา 98 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561

2.3 ทฤษฎีความรับผิดตามกฎหมายการคลัง

เมื่อบุคคลมีการกระทำขึ้น การกระทำนั้นอาจก่อให้เกิดความรับผิดในทางกฎหมายในหลายรูปแบบ เช่น ความรับผิดในทางอาญา (responsabilité pénale) ความรับผิดในทางแพ่ง (responsabilité civile) ความรับผิดทางวินัย (responsabilité disciplinaire) รวมถึงความรับผิดทางปกครอง (responsabilité administrative) ทั้งนี้ บุคคลอาจมีความรับผิดเพียงแค่รูปแบบเดียวจากการกระทำของเขา ยกตัวอย่างกรณีสมมติ เช่น นายดำเป็นเจ้าหน้าที่การเงินของหน่วยงานราชการได้เก็บค่าธรรมเนียมการให้บริการจากประชาชนมา 20 บาท ซึ่งตามระเบียบขององค์กรมีการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องนำเงินส่งกองคลังภายในวันนั้น แต่นายดำลืมนำเงิน 20 บาทนั้นส่งกองคลัง โดยไม่ได้มีเจตนาทุจริตใด ๆ และเงินก็ยังยังคงอยู่บนโต๊ะของนายดำ และวันต่อมาเมื่อนายดำนึกขึ้นได้จึงได้รับำเงินส่งกองคลังทันที เช่นนี้นายดำอาจมีความรับผิดทางวินัยในกรณีนี้โดยไม่ได้มีความรับผิดในทางอาญา เพราะไม่มีเจตนา ไม่ต้องรับผิดในทางปกครอง เพราะหน่วยงานไม่ได้รับความเสียหาย เป็นต้น

แต่ในบางกรณี บุคคลหนึ่งคนอาจมีความรับผิดหลายสถานจากการกระทำเพียงครั้งเดียว ยกตัวอย่างกรณีสมมติ เช่น นายดำเป็นเจ้าหน้าที่การเงินของหน่วยงานราชการได้เก็บค่าธรรมเนียมการให้บริการจากประชาชนมา 20 บาท ซึ่งตามระเบียบขององค์กรมีการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องนำเงินส่งกองคลังภายในวันนั้น แต่นายดำไม่ได้นำเงินส่งกองคลัง และนำเงิน 20 บาทนั้นไปซื้อหมูปิ้งโดยทุจริต เช่นนี้การกระทำเพียงครั้งเดียวของนายดำทำให้นายดำมีความรับผิดทางอาญา เพราะทุจริตเบียดบังเงินของทางราชการ มีความรับผิดทางแพ่งและพาณิชย์ เพราะต้องนำเงิน 20 บาทนั้นมาคืนรัฐ และมีความรับผิดทางปกครอง โดยอาจถูกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินส่งเรื่องไปยังคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเพื่อวินิจฉัยลงโทษได้

การที่บุคคลคนเดียวอาจมีความรับผิดหลายสถานจากการกระทำเพียงครั้งเดียวของตนนั้น เคยมีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยวางหลักไว้ว่า ความรับผิดแต่ละประเภะนั้นมีลักษณะที่แตกต่างกัน ดังนั้น การกระทำหนึ่งอาจไม่ถือว่ามีความรับผิดตามกฎหมายประเภทหนึ่ง แต่อาจมีความรับผิดตามกฎหมายอีกประเภทหนึ่งได้ โดยมีข้อความตอนหนึ่งในคำพิพากษาที่น่าสนใจ คือ “โดยที่กฎหมายว่าด้วยวินัยข้าราชการตำรวจได้กำหนดหน้าที่และวิธีการสอบสวนพิจารณาโทษทางวินัยไว้เป็นส่วนหนึ่งแยกต่างหากจากการดำเนินคดีอาญา โดยโทษทางวินัยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาระเบียบวินัยของเจ้าหน้าที่ของรัฐให้เป็นผู้เหมาะสมและสมควรแก่ความไว้วางใจของสาธารณชนที่จะใช้อำนาจรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะ ส่วนการดำเนินคดีอาญาเป็นการดำเนินการเพื่อนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษและโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดมีผลกระทบต่อลิทธิและเสรีภาพของผู้กระทำผิด การลงโทษในคดีอาญาจึงต้องกระทำโดยมีพยานหลักฐานอันประจักษ์แจ้ง ... การที่ศาลฎีกาได้พิพากษายกฟ้องนั้น ... กรณีจึงมิได้หมายความว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้กระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง ... กรณีดังกล่าว (การยกฟ้องของศาลฎีกา) จึงมิได้เป็นผลให้ข้อเท็จจริงในการพิจารณาออกคำสั่งลงโทษไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ (คำสั่งลงโทษทางวินัย) เปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ ... ”³⁶ ดังนั้น การกระทำผิดของเจ้าหน้าที่เพียงครั้งเดียวก็อาจก่อให้เกิดความรับผิดในทางกฎหมายหลายประเภทได้

³⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 755/2561, หน้า 17-18.

ตามหลักนิติรัฐ การคุ้มครองความมั่นคงแห่งนิติฐานะ (sécurité juridique) ถือเป็นหลักการสำคัญที่เรียกร้องให้รัฐมีความชัดเจนในการออกกฎหมาย การสั่งการโดยเฉพาะการสั่งการที่อาจเป็นผลร้ายต่อประชาชน รวมถึงการตัดสินใจของรัฐในการดำเนินการต่าง ๆ หลักความคุ้มครองความมั่นคงแห่งนิติฐานะนั้นจึงก่อให้เกิดหลักการทั่วไปของกฎหมายต่าง ๆ ตามมา เช่น “หลักไม่มีความผิด และไม่มีโทษโดยปราศจากกฎหมายที่ชัดเจน” (nullum crimen, nulla poena sine lege certa)³⁷ “หลักการกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง” (le principe de non-retroactivité des lois) ดังนั้น ไม่ว่าความรับผิดในทางอาญาก็ดี หรือในทางปกครองก็ดี ก็จำต้องเคารพต่อหลักการนี้ ในอดีตศาลปกครองสูงสุดของไทยเคยวางแนวคำวินิจฉัยประเด็น “หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังเป็นโทษในกรณีการออกกฎหมาย” ไว้ในคดีหมายเลขแดงที่ อ. 64-79/2551 คดีหมายเลขแดงที่ อ. 355/2551 และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในคดีหมายเลขแดงที่ อ. 772/2555 ซึ่งข้อความตอนหนึ่งที่วางแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองไว้ว่า “... พิเคราะห์แล้ว เห็นว่าเมื่อประกาศมหาวิทยาลัย ... เรื่อง หลักเกณฑ์การพัฒนาพนักงานมหาวิทยาลัย พ.ศ. 2545 ... ดังกล่าวนี้อาจเป็นกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายของคณะกรรมการบริหารพนักงานมหาวิทยาลัย การออกประกาศดังกล่าวจึงอยู่ภายใต้หลักการบังคับใช้กฎหมายนั้น รัฐจะกระทำการได้ก็ต่อเมื่อได้ประกาศให้บุคคลรับทราบถึงเนื้อหาของกฎหมายเพื่อที่ผู้อยู่ในบังคับจะได้ควบคุมการกระทำของตนให้สอดคล้องกับกฎหมายเช่นนั้น และรัฐไม่อาจใช้อำนาจเพิ่มเติมให้เป็นผลร้ายแก่บุคคลเกินกว่าผลทางกฎหมายที่มีอยู่ในขณะกระทำการได้ จากหลักการบังคับใช้กฎหมายต้องไม่มีผลย้อนหลังให้เป็นผลร้ายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งตามที่กล่าวมา จึงแสดงให้เห็นได้ว่า แม้คณะกรรมการบริหารพนักงานมหาวิทยาลัยจะมีอำนาจในการกำหนดหลักเกณฑ์โดยการออกประกาศ ... แต่การออกประกาศดังกล่าวไม่อาจใช้บังคับให้มีผลย้อนหลังให้เป็นผลร้ายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้”³⁸ เห็นได้ว่า เนื้อความของคำพิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ อ. 772/2555 มีความชัดเจนและยืนยันว่าหลักกฎหมายต้องไม่มีผลย้อนหลังให้เป็นผลร้ายนั้นใช้กับกรณีของการออกกฎหมายด้วย เพราะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

ในส่วนของความรับผิดตามกฎหมายการคลังของระบบกฎหมายฝรั่งเศส ข้าราชการและเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีความรับผิดตามกฎหมายการคลัง หากมีการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ทางการคลังของรัฐ โดยอาจแบ่งประเภทย่อยได้³⁹ ดังต่อไปนี้

ความรับผิดของข้าราชการจากการกระทำทางการคลังที่ไม่มีอำนาจ (gestion de fait) คือ กระบวนการพิจารณาและตัดสินใจของศาลตรวจเงินแผ่นดินและศาลตรวจเงินแผ่นดินภาคในกรณีที่บุคคลได้ดำเนินการแทนพนักงานบัญชีของรัฐโดยไม่มีอำนาจ โดยศาลอาจมีการตัดสินให้มีการกระทำทางบัญชีให้ถูกต้อง (rétablir les formes comptables) และ/หรืออาจมีการลงโทษปรับ (amende) แก่ผู้กระทำความผิด⁴⁰

³⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), หน้า 190.

³⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 772/2555

³⁹ Nicolas Groper, Responsabilité des gestionnaires publics devant le juge financier, (Paris Cedex : Dalloz, 2009), pp. 14-15.

⁴⁰ Loïc Philip, Finances Publiques Dictionnaire encyclopédique, 2 édition, (Paris : Economica, 2017), pp. 515-516.



ความรับผิดชอบส่วนตัวและเป็นตัวเงินของพนักงานบัญชีของรัฐ (*responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics*) คือ⁴¹ กระบวนการพิจารณาและตัดสินคดีในกรณีที่บัญชีของพนักงานบัญชีของรัฐพบความขาดหาย (*manquement*) ซึ่งถือเป็นหนึ่งในภารกิจหลักของศาลตรวจเงินแผ่นดินและศาลตรวจเงินแผ่นดินภาค กล่าวคือ เมื่อบัญชีมีความขาดหาย พนักงานบัญชีของรัฐต้องรับผิดชอบในจำนวนที่หายไปนั้น

กิลเบิร์ต เดอโว (Gilbert Devaux) อดีตข้าราชการทางการคลังระดับสูงของกระทรวงการคลังฝรั่งเศส และอาจารย์แห่งโรงเรียนนักบริหารระดับสูง (*l'Ecole Nationale d'Administration* หรือ ENA) เคยให้คำนิยามของความรับผิดชอบส่วนตัวและเป็นตัวเงินของพนักงานบัญชีของรัฐไว้ในหนังสือ “การบัญชีภาครัฐ ในปี ค.ศ. 1957” ไว้อย่างเข้าใจได้ง่ายว่า “หลักการนั้นง่ายมาก คือ ทุกครั้งที่พนักงานบัญชีของรัฐดำเนินการที่ผิดปกติ ไม่ว่าจะด้วยความริเริ่มของเขาเอง หรือไม่ว่าจะเป็นการสั่งจ่ายโดยบุคคลอื่น เขาต้องชดใช้ (*rembourser*) จำนวนเงินที่หน่วยงานของรัฐต้องสูญเสียไปอันเนื่องมาจากความผิดปกตินั้น”⁴²

ความรับผิดชอบของผู้ดำเนินการภาครัฐต่อศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง (*responsabilité des gestionnaires publics en droit public financier mis en oeuvre par la Cour de discipline budgétaire et financière*) คือ ความรับผิดชอบแบบพิเศษ (*sui generis*) ของระบบกฎหมายฝรั่งเศส เป็นการพิจารณาและตัดสินคดีในกรณีที่มีการดำเนินการที่ผิดพลาดทางการคลัง (*fautes de gestion*) ปัจจุบันการกระทำที่อาจถูกเสนอเรื่องมายังศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังได้นั้น ได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา L. 313-1 ถึง L. 313-15 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลทางการคลังของประเทศฝรั่งเศส หากพบว่าการกระทำผิด ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังจะทำการพิจารณาและตัดสินคดีโดยบังคับโทษ 2 รูปแบบ ได้แก่ โทษปรับ (*les amendes*) และโทษเปิดเผยคำวินิจฉัยในราชกิจจานุเบกษา (*la publication au Journal officiel*)⁴³

⁴¹ *Ibid.*, p. 764; Nicolas Groper, *op.cit.*, p. 14.

⁴² G. Devaux, *La comptabilité publique*, PUF, 1957, อ้างจาก Loïc Philip, *Finances Publiques Dictionnaire encyclopédique*, 2 édition, (Paris : Economica, 2017), p. 764.

⁴³ Nicolas Groper, *Responsabilité des gestionnaires publics devant le juge financier*, (Paris Cedex : Dalloz, 2009), pp. 56-57, 386-387 et 392.

มาตรา L. 313-15 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลทางการคลัง; คำว่า “การเปิดเผยคำพิพากษาในราชกิจจานุเบกษา” ผู้เขียนแปลอย่างตรงตัวจากคำว่า “la publication de l'arrêt dans le Journal Officiel” ในภาษาฝรั่งเศส ซึ่งหมายถึงโทษประเภทหนึ่งที่ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศฝรั่งเศสมีอำนาจสั่งการเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดในคดี การเปิดเผยคำพิพากษาในราชกิจจานุเบกษาจะทำให้ประชาชนและเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถทราบถึงการกระทำที่อาจถูกพิพากษาลงโทษโดยศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังได้ อันจะเป็นการส่งเสริมให้เกิดการใช้จ่ายเงินภาครัฐที่ถูกต้อง

ในระบบกฎหมายไทย เมื่อสืบค้นจากบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีการบังคับใช้ในปัจจุบัน พบว่า การกระทำความผิดหรือการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการคลังภาครัฐ อาจก่อให้เกิดความรับผิดในทางกฎหมาย โดยแบ่งออกเป็น 5 ประเภท ความรับผิด ได้แก่ ความรับผิดในทางอาญา ความรับผิดในทางแพ่ง ความรับผิดในทางวินัยข้าราชการ ความรับผิดในทางการเมือง และความรับผิดในทางวินัยการเงินการคลังของรัฐ

1) ความรับผิดในทางอาญา คือ กรณีที่การกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งเข้าข่ายเป็นการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญา และทำให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นอาจต้องได้รับโทษในทางอาญา เช่น ความผิดฐานเจ้าพนักงานเบียดบังทรัพย์ เป็นต้น ซึ่งองค์กรหลักที่มีหน้าที่ในการตัดสิน คือ องค์การศาลยุติธรรม

2) ความรับผิดในทางแพ่ง คือ กรณีที่การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐทำให้รัฐเกิดความเสียหายทางการเงินหรือการคลังต่อภาครัฐ และทำให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจำต้องดำเนินการเพื่อเยียวยาความเสียหายในทางแพ่งแก่รัฐ เช่น การกระทำละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

3) ความรับผิดในทางวินัย คือ กรณีที่การกระทำของเจ้าหน้าที่เข้าข่ายเป็นการกระทำที่เป็นความผิดวินัยข้าราชการ และทำให้ข้าราชการผู้นั้นต้องได้รับโทษทางวินัย ได้แก่ ภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน ลดเงินเดือน ปลดออก หรือไล่ออก ซึ่งโดยทั่วไปกฎหมายที่เข้ามาเกี่ยวข้อง คือ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 และ/หรือกฎหมายอื่น ๆ ที่ระบุถึงโทษทางวินัยของข้าราชการและเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทอื่น ๆ

4) ความรับผิดในทางการเมือง คือ การที่เจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง จึงต้องแสดงความรับผิดชอบทางการเมือง เช่น การถอดถอนออกจากตำแหน่ง หรือลาออกจากตำแหน่งทางการเมือง เป็นต้น และ

5) ความรับผิดในทางวินัยการเงินการคลังของรัฐ คือ การที่เจ้าหน้าที่หรือข้าราชการได้กระทำความผิดหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 และได้มีการเสนอเรื่องโดยผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินแก่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และทำให้เจ้าหน้าที่หรือข้าราชการผู้นั้นอาจได้รับโทษทางปกครอง ได้แก่ ภาคทัณฑ์ ดำเนินโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน และปรับทางปกครอง⁴⁴

⁴⁴ มาตรา 98 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561



ตารางที่ 3 : ตารางแสดงประเภทความรับผิดและโทษในทางกฎหมาย

ลำดับที่	ความรับผิด	โทษ	กฎหมายหลักที่เข้ามาเกี่ยวข้อง	องค์กรตัดสิน
1.	ความรับผิดทางอาญา	- ประหารชีวิต - จำคุก - กักขัง - ปรับ - ริบทรัพย์สิน	- ประมวลกฎหมายอาญา	- ศาลยุติธรรม
2.	ความรับผิดทางแพ่ง	- การชดเชยค่าเสียหาย - เบี้ยปรับ - ดอกเบี้ย	- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ - พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539	- หน่วยงานราชการต้นสังกัด - กระทรวงการคลัง - องค์กรตุลาการที่มีเขตอำนาจ
3.	ความรับผิดทางวินัย	- ภาคทัณฑ์ - ตัดเงินเดือน - ลดเงินเดือน - ปลดออก - ไล่ออก	- พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551	- หน่วยงานราชการต้นสังกัด
4.	ความรับผิดทางการเมือง	- ลาออกจากตำแหน่ง - ถอดถอนออกจากตำแหน่ง	- รัฐธรรมนูญและ/หรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ	
5.	ความรับผิดทางวินัยการเงินการคลังของรัฐ	- ภาคทัณฑ์ - ดำเนินโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน - ปรับทางปกครอง	- พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 - พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561	- คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

ในส่วนของความรับผิดในกรณีที่มีการกระทำความผิดหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 เป็นกรณีที่มีการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลัง ความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐเกิดขึ้นมาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน หากเป็นการกระทำความผิดในลักษณะนี้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ

พุทธศักราช 2550 ประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 จะมีชื่อว่า “วินัยทางงบประมาณและการคลัง”⁴⁵

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 บัญญัติให้เป็นอำนาจของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินในการเสนอเรื่องต่อคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเพื่อให้ลงโทษทางปกครองแก่ผู้รับตรวจ⁴⁶ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ⁴⁷ โดยรายละเอียดของการเสนอเรื่องต้องเป็นไปตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2562 หมวด 3 การเสนอเรื่องต่อคณะกรรมการเพื่อลงโทษทางปกครอง

เมื่อเรื่องความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐได้ถูกเสนอต่อคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน จะมีการดำเนินการตามขั้นตอนของระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2562 นับตั้งแต่การพิจารณารับเรื่อง การรวบรวมข้อเท็จจริงและพยานหลักฐาน การรับฟังพยานหลักฐานและการจัดทำรายงาน การพิจารณาวินิจฉัยโทษทางปกครอง รวมถึงการบังคับตามคำวินิจฉัย⁴⁸ โดยองค์กรหลักที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาสั่งลงโทษทางปกครองเมื่อมีการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายวินัยการเงินการคลังนั้น คือ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

ดังนั้น ความรับผิดชอบวินัยการเงินการคลังของรัฐจึงถือเป็นอีกประเภทความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทย เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดและผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายวินัยการเงินการคลังของรัฐ โดยมีองค์กรในการเสนอเรื่อง คือ ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และองค์กรในการพิจารณาและวินิจฉัยลงโทษ คือ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

3. ข้อสังเกตและข้อเสนอแนะ

พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อให้หน่วยงานของรัฐรักษาวินัยการเงินการคลังอย่างเคร่งครัด เพื่อให้ฐานะทางการเงินการคลังของรัฐมีเสถียรภาพและมั่นคง เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวพระราชบัญญัตินี้ได้ระบุเนื้อหา รายละเอียด รวมถึงขั้นตอนเพื่อให้

⁴⁵ โปรดุ อานันท์ กระบวนศรี, “เหลียวหลัง แลหน้า 2 ทศวรรษ “วินัยการเงินการคลัง” ในประเทศไทย : พัฒนาการทางความคิดจาก “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” สู่ “วินัยการเงินการคลัง” (ตอนที่ 1)”, วารสารกฎหมายปกครอง Digital Edition, คณะกรรมการกฤษฎีกา ปีที่ 34 ตอนที่ 1, หน้า 184; สืบค้นเมื่อวันที่ 16 มีนาคม 2565, แหล่งที่มา https://www.krisdika.go.th/data/outsitedata16/file/magazine_no.34-1.pdf

⁴⁶ มาตรา 96 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561

⁴⁷ มาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561

⁴⁸ ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2562

การเงินการคลังภาครัฐในหน่วยงานของรัฐปฏิบัติตาม ตั้งแต่การจัดทำงบประมาณ การใช้จ่ายเงินภาครัฐ การบริหารหนี้สาธารณะ รวมถึงการตรวจสอบ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับเนื้อหาแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวอยู่ 3 ประการ ได้แก่ ลำดับศักดิ์ทางกฎหมายของพระราชบัญญัตินี้ ความหมายของคำว่า “วินัยการเงินการคลัง” และความไม่ชัดเจนของฐานความผิดและโทษ โดยจะได้ขยายความพร้อมให้ข้อเสนอแนะ ดังต่อไปนี้

3.1 ข้อสังเกตและข้อเสนอแนะในประเด็นลำดับศักดิ์ทางกฎหมายของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561

ตามที่ได้อธิบายไปในหัวข้อ 2.4 ว่า พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มีลำดับศักดิ์ คือ “พระราชบัญญัติ” ดังนั้น พระราชบัญญัติจึงไม่อาจมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญได้ เพราะเป็นกฎหมายในลำดับที่สูงกว่า และหากพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ต้องการที่จะให้ระบุรายละเอียดของกฎหมาย จำต้องระบุรายละเอียดไว้ในกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ที่เท่ากันหรือต่ำกว่า ตามทฤษฎีลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาบทบัญญัติในหมวดที่ 5 มาตรา 80 วรรคสอง ของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ที่บัญญัติว่า “... ในกรณีที่มีการกระทำผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ การสั่งลงโทษทางปกครองให้เป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน” จากบทบัญญัติแห่งมาตรานี้ พบว่า พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มีเจตนารมณ์ที่จะให้รายละเอียดต่าง ๆ ของการตรวจสอบการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ให้เป็นภารกิจในการตรวจสอบของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งในประเด็นการกำหนดรายละเอียดของกฎหมายไว้ในกฎหมายอีกฉบับหนึ่งไม่ได้มีความผิดปกติแต่อย่างใด แต่บทบัญญัตินี้มีความไม่ปกติในประเด็นลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

เป็นจุดที่ต้องตั้งข้อสังเกต คือ ถ้อยคำของบทบัญญัติที่ว่า “... ให้เป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน” จากบทบัญญัตินี้แสดงให้เห็นโดยไม่ต้องตีความว่าการตรวจสอบการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 แม้จะมีชื่อว่าพระราชบัญญัติเหมือนกัน แต่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นถือว่าเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าพระราชบัญญัติ เพราะเนื้อหาของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น ล้วนเป็นรายละเอียดที่เป็นส่วนขยายจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยหากพิจารณาจากชื่อในภาษาอังกฤษของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ คือ “organic law” คำว่า “organic” เป็นคำคุณศัพท์ของคำนามว่า “organ” ที่หมายความว่าอวัยวะ ดังนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงถือเป็นอวัยวะส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญนั่นเอง ดังที่ได้อธิบายไปแล้วในหัวข้อ 2.1

การที่พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 บัญญัติให้การตรวจสอบการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 จึงไม่สอดคล้องกับทฤษฎีลำดับศักดิ์ของกฎหมาย เพราะเป็นการระบุรายละเอียดของกฎหมายไว้ในกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่า เปรียบดังพระราชบัญญัติที่กำหนดรายละเอียดของกฎหมายไว้ในรัฐธรรมนูญนั่นเอง ซึ่งโดยทฤษฎีลำดับศักดิ์ของกฎหมายจะต้องเรียงลำดับความสำคัญของกฎหมายจากยอดของพีระมิดสู่ฐานของพีระมิด มิใช่จากฐานสู่ยอดของพีระมิด ดังนั้น บทบัญญัติของมาตรา 80 แห่งพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ควรได้รับการแก้ไขโดยผู้เขียนเห็นควรให้มีการแก้ไขในประเด็นนี้ ซึ่งอาจกระทำได้ใน 2 วิธี ดังต่อไปนี้

- แก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 130 โดยบัญญัติให้มี “... (11) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561” เพิ่มเติม วิธีการนี้จะทำให้ไม่จำเป็นต้องมีการแก้ไขพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 รวมถึงพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 ด้วย เพราะจะทำให้พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐฯ มีลำดับศักดิ์ที่เทียบเท่ากับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฯ โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หรือ

- แก้ไขพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 โดยการตัดบทบัญญัติในหมวด 5 การตรวจเงินแผ่นดินออก เพราะในหมวด 7 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินในการตรวจสอบให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายวินัยการเงินการคลังของรัฐอยู่แล้ว โดยวิธีการนี้จะทำให้ไม่ต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ และไม่ต้องแก้ไขพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 อีกทั้งยังทำให้เกิดความชัดเจนในประเด็นลำดับศักดิ์ของกฎหมายอีกด้วย

3.2 ข้อสังเกตและข้อเสนอแนะในประเด็นความหมายและขอบเขตของ “วินัยการเงินการคลัง”

ตามที่ได้วิเคราะห์ไว้ในหัวข้อ 3.1 ว่า พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 เป็นกฎหมายที่เชื่อมโยงการดำเนินการทางการคลังภาครัฐไว้ทั้งระบบ ซึ่งส่งผลดีตามมา คือ ความชัดเจนของขั้นตอน ความเป็นระบบที่มากขึ้น และความเข้าใจต่อผู้ปฏิบัติและผู้ตรวจสอบทางการคลังที่จะมากยิ่งขึ้นตามไปด้วย ซึ่งโดยภาพรวมจะทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการคลังภาครัฐเคารพวินัยการเงินการคลังมากยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ทั้งฉบับจะพบว่า ไม่มีบทบัญญัติใดที่ให้นิยามของคำว่า “วินัยการเงินการคลัง” กฎหมายฉบับนี้มีคำว่า “วินัยการเงินการคลัง” ทั้งหมด 10 คำ แม้กระทั่งชื่อของพระราชบัญญัติเอง แต่ไม่มีบทบัญญัติที่ให้นิยามของคำว่า “วินัยการเงินการคลัง” ซึ่งเป็นข้อสังเกตที่ต้องตั้งไว้ในบทความนี้ เพราะกฎหมายไม่ได้กำหนดว่าวินัยการเงินการคลังของรัฐคืออะไร แต่กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องรักษา



วินัยการเงินการคลังของรัฐอย่างเคร่งครัด ดังที่ปรากฏในมาตรา 6 มาตรา 23 และในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ อีกทั้งยังบัญญัติให้มีการตรวจสอบโดยกระบวนการตรวจเงินแผ่นดินในมาตรา 80 อีกด้วย

การที่ไม่มีนิยามของคำว่า “วินัยการเงินการคลัง” ย่อมก่อให้เกิดความไม่ชัดเจน⁴⁹ ว่าในขั้นตอนใดที่ต้องเคารพกฎหมายฉบับนี้ อาจเกิดข้อถกเถียงในทางปฏิบัติว่า การตรวจสอบการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้หมายความว่าถึงเฉพาะหมวด 3 ที่มีชื่อว่า “วินัยการเงินการคลัง” หรือหมายความว่ารวมถึงบทบัญญัติทุกมาตราของพระราชบัญญัตินี้ ยกตัวอย่างเช่น บทบัญญัติแห่งมาตรา 9 ความเป็นว่า “คณะรัฐมนตรีต้องรักษาวินัยในกิจการที่เกี่ยวกับเงินแผ่นดินตามพระราชบัญญัตินี้อย่างเคร่งครัด ...” และความในวรรคท้ายที่ว่า “คณะรัฐมนตรีต้องไม่บริหารราชการแผ่นดินโดยมุ่งสร้างค่านิยมทางการเมืองที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศและประชาชนในระยะยาว” ในกรณีตามมาตรา 9 นี้ อยู่ในหมวด 2 เรื่องนโยบายการเงินการคลัง ไม่ได้อยู่ในหมวด 3 เรื่องวินัยการเงินการคลัง คำถาม คือ ในการออกหรือเสนอนโยบายต่าง ๆ ต่อรัฐสภาหรือต่อประชาชน คณะรัฐมนตรีนั้นต้องเคารพกฎหมายวินัยการเงินการคลังหรือไม่ ? และหากคณะรัฐมนตรีเสนอนโยบายที่ไม่เคารพวินัยการเงินการคลังของรัฐจะต้องถูกตรวจสอบโดยสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินหรือไม่ ?

หรือในขั้นตอนการจัดทำงบประมาณแผ่นดิน หากในช่วงหาเสียงเลือกตั้งรัฐบาลได้เสนอนโยบายขนาดใหญ่แก่ประชาชนไว้ เช่น การสร้างรถไฟฟ้าทุกจังหวัดภายในปีแรกของการเป็นรัฐบาล ทำให้ในขั้นจัดทำงบประมาณรายจ่ายประจำปีมีการจัดสรรงบประมาณแก่กระทรวงที่เกี่ยวข้องมากเกินไปปกติและมีลักษณะเป็นประชานิยมอย่างชัดเจน ซึ่งไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ เช่นนี้จะถือว่าจะเป็นการกระทำผิดพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐหรือไม่ ทั้ง ๆ ที่เป็นการดำเนินการตามการหาเสียงที่รัฐบาลเคยให้คำมั่นสัญญาแก่ประชาชนไว้ และการจัดสรรงบประมาณก็ดำเนินการตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณฯ ถูกต้องทั้งหมด

แม้กระทั่งสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินจะสามารถเป็นผู้กระทำผิดพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐเองได้หรือไม่ ? เพราะในบทบัญญัติมาตรา 71 แห่งพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 บัญญัติให้ “สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ... ตรวจสอบรายงานการเงินที่หน่วยงานของรัฐส่งให้ตามมาตรา 70 ภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันสิ้นปีงบประมาณ ...”⁵⁰ คำถามที่เกิดขึ้นคือ หากสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินตรวจสอบบัญชีเกินกว่า 180 วัน เช่นนี้ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินในฐานะผู้บังคับบัญชาสูงสุดขององค์กรจะต้องเสนอเรื่องความผิดวินัยการเงินการคลังแก่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเพื่อให้ลงโทษตนเองด้วยหรือไม่ ?

⁴⁹ สุปรียา แก้วละเอียต, กฎหมายการคลัง ภาควิชาประมาณการแผ่นดิน, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 394.

⁵⁰ มาตรา 71 แห่งพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561

ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า คำว่า “วินัยการเงินการคลังของรัฐ” ที่อาจถูกเสนอให้ลงโทษตามกฎหมายได้ ควรจะมีความหมายเฉพาะ “ขั้นตอนการใช้จ่ายเงินภาครัฐ” (exécution du budget) เท่านั้น ไม่ควรรวมถึงขั้นตอนการจัดเก็บรายได้ การจัดทำงบประมาณ และขั้นตอนการตรวจสอบ เพราะการเข้าไปควบคุมตรวจสอบขั้นตอนเหล่านั้นจะก่อให้เกิดคำถามในทางกฎหมายต่าง ๆ ตามมา ดังได้อธิบายและยกตัวอย่างไปแล้วข้างต้น

อีกทั้งการใช้คำว่า “อย่างเคร่งครัด” ในบริบทที่บังคับให้หน่วยงานของรัฐต้อง “รักษาวินัยอย่างเคร่งครัด” นั้น ย่อมทำให้เกิดคำถามและความไม่ชัดเจนในทางกฎหมายตามมามากมาย เช่น การตีความคำว่าเคร่งครัด เพราะความเคร่งครัดของแต่ละบุคคลย่อมแตกต่างกัน การปรับใช้กฎหมายในการลงโทษ กล่าวคือ การสั่งลงโทษผู้ไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐฯ จะต้องลงโทษเฉพาะผู้ไม่ปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดเท่านั้นหรือไม่ หรือเพียงแค่ว่าไม่ปฏิบัติตามกฎหมายก็เพียงพอสำหรับการพิจารณาเสนอเรื่องวินัยการเงินการคลังของรัฐ ผู้เขียนเห็นว่า การใช้คำว่า “อย่างเคร่งครัด” เป็นการใช้คำศัพท์ที่มีลักษณะเป็นอัตวิสัย (subjective) ซึ่งไม่ควรนำมาใช้ในการบัญญัติกฎหมาย เพราะกฎหมายควรเป็นข้อความที่เป็นภววิสัย (objective) เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายนั้นมีความเข้าใจได้สำหรับบุคคลทั่วไป

เพื่อความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมาย ผู้เขียนเห็นควรให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัตินี้ โดยการเพิ่มคำนิยาม “วินัยการเงินการคลัง” ไว้ในมาตรา 4 รวมถึงกำหนดขอบเขตของ “วินัยการเงินการคลัง” ด้วยว่าหมายถึงช่วงใดของวงจรทางการคลังภาครัฐ ถ้ามีการกำหนดนิยามที่ชัดเจน รวมถึงให้ขอบเขตของวินัยการเงินการคลังย่อมจะก่อให้เกิดความชัดเจนในทางปฏิบัติ รวมถึงการตรวจสอบที่ชัดเจนตามมา และผู้เขียนมีข้อเสนอแนะเพิ่มเติมในการตัดคำว่า “เคร่งครัด” ออกจากพระราชบัญญัตินี้ทั้งหมด เพื่อความชัดเจนในการตีความกฎหมาย

3.3 ข้อสังเกตและข้อเสนอแนะในประเด็นความไม่ชัดเจนของโทษ

การที่รัฐธรรมนูญออกแบบให้มีการตรวจสอบการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 สอดคล้องกับทฤษฎีความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ที่ว่า การกระทำทางปกครองของรัฐจะต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบ และสอดคล้องกับทฤษฎีความรับผิดชอบตามกฎหมายการคลังที่ให้องค์กรตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้มีอำนาจในการตรวจสอบการกระทำต่าง ๆ ของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการใช้จ่ายเงินภาครัฐ โดยมาตรา 242 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ออกแบบให้ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้มีอำนาจและหน้าที่ดังกล่าว⁵¹

พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 นอกจากจะเป็นพระราชบัญญัติที่วางกรอบและหลักเกณฑ์การดำเนินการเกี่ยวกับการเงินการคลังของหน่วยงานของรัฐแล้ว ยังเป็นกฎหมาย

⁵¹ มาตรา 242 (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ที่มีสภาพบังคับเป็นโทษต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน (sanction répressive) อีกด้วย กล่าวคือ ผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้อาจได้รับโทษตามกฎหมายที่มีสภาพร้ายแรงตามมา

โทษในทางกฎหมายนั้น สำหรับการรักษาวินัยการเงินการคลังนั้นมิใช่โทษทางอาญา มิใช่โทษทางแพ่ง และมีโทษทางวินัย หากแต่เป็น “โทษทางปกครอง” โดยมาตรา 98 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 กำหนดให้มี 3 สถาน ได้แก่ 1) ภาคทัณฑ์ 2) ตำหนิโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน และ 3) ปรับทางปกครอง ทั้งนี้ ในส่วนของโทษปรับทางปกครองนั้นจะลงโทษเป็นเงินเกินเงินเดือนสิบสองเดือนของผู้ถูกลงโทษไม่ได้⁵² ที่น่าสนใจเกี่ยวกับโทษทางปกครองในกรณีการไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐฯ นั้น คือ การที่พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐฯ ไม่ได้กำหนดโทษของการไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐฯ ไว้ หากแต่เป็นบทบัญญัติมาตรา 98 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 และการบัญญัติฐานและโทษไว้โดยแยกมาตรา ซึ่งการกำหนดโทษสำหรับการไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐฯ นี้ ก่อให้เกิดความไม่ชัดเจน 3 กรณี ดังต่อไปนี้

3.3.1 ความไม่ชัดเจนในความรุนแรงของโทษ

ตามมาตรา 98 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 กำหนดให้มีโทษทางปกครองทั้งหมด 3 สถาน ได้แก่ 1) ภาคทัณฑ์ 2) ตำหนิโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน และ 3) ปรับทางปกครอง การกำหนดโทษในลักษณะนี้ก่อให้เกิดคำถามในทางปฏิบัติตามมาเกี่ยวกับประเด็นความรุนแรงของโทษ

ในบางกรณีการลงโทษปรับทางปกครองอาจรุนแรงกว่าโทษประเภทอื่น เพราะส่งผลต่อตัวเงินของผู้กระทำความผิดเอง แต่ในบางกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นนักการเมืองระดับท้องถิ่นหรือระดับชาติ มีประชาชนนับหน้าถือตาในสังคม การถูกลงโทษปรับทางปกครองที่เป็นโทษทางตัวเงินนั้น อาจไม่ได้ส่งผลต่อผู้กระทำความผิดรายนั้นก็ได้ แต่อาจเป็นโทษตำหนิโดยเปิดเผยต่อสาธารณชนที่อาจส่งผลต่อผู้กระทำความผิดรายนั้น เพราะการถูกตำหนิโดยเปิดเผยต่อสาธารณชนนั้นส่งผลต่อฐานเสียงสำหรับการเลือกตั้งในครั้งหน้า หรืออาจทำให้เกิดความไม่พอใจของประชาชนในท้องถิ่นซึ่งอาจมีผลในลักษณะอื่นที่รุนแรงกว่าตามมาก็เป็นไปได้

เพื่อหาลำดับความรุนแรงของโทษตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 จำต้องเทียบเคียงกับกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษ โดยผู้เขียนได้ทำการเปรียบเทียบกับกฎหมาย 2 ฉบับ ได้แก่ มาตรา 18 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และมาตรา 88 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

⁵² มาตรา 98 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 18 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่กำหนดว่า โทษทางอาญา ประกอบด้วย (1) ประหารชีวิต (2) จำคุก (3) กักขัง (4) ปรับ และ (5) ริบทรัพย์สิน พบว่า ลำดับความรุนแรงของโทษมีการเรียงลำดับจากอนุมาตรา 1 ไปยังอนุมาตรา 5 (บนลงล่าง) กล่าวคือ โทษประหารชีวิตรุนแรงมากที่สุด และโทษริบทรัพย์สินมีความรุนแรงต่ำที่สุด ดังนั้น หากใช้วิธีคิดเช่นเดียวกันนี้ กับกรณีของโทษทางปกครองตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 จะทำให้โทษภาคทัณฑ์เป็นโทษทางปกครองที่มีสภาพรุนแรงที่สุด โทษดำเนินโดยเปิดเผยสู่สาธารณชนเป็นโทษที่รุนแรงลำดับที่สอง และโทษปรับทางปกครองเป็นโทษที่รุนแรงน้อยที่สุด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายคงไม่น่าจะต้องการให้เป็นไปในลักษณะนี้ เพราะเมื่อพิจารณาจากสภาพความเป็นจริงแล้วนั้น พบว่าโทษปรับย่อมจะต้องรุนแรงกว่าโทษภาคทัณฑ์แน่นอน

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 88 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 พบว่า อันดับความรุนแรงของโทษเป็นการเรียงลำดับจากอนุมาตรา 5 ไปยังอนุมาตรา 1 (ล่างขึ้นบน) กล่าวคือ โทษไล่ออกถือเป็นโทษทางวินัยที่มีความรุนแรงที่สุด และโทษภาคทัณฑ์เป็นโทษทางวินัยที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด ดังนั้น หากใช้วิธีคิดเช่นเดียวกันนี้กับกรณีของโทษทางปกครองตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 จะทำให้โทษปรับทางปกครองเป็นโทษที่มีความรุนแรงมากที่สุด โทษดำเนินโดยเปิดเผยสู่สาธารณชนเป็นโทษที่รุนแรงลำดับที่สอง และโทษภาคทัณฑ์เป็นโทษที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด ซึ่งผู้เขียนเห็นไปในแนวทางนี้มากกว่าแนวทางแรก แม้อาจจะเกิดกรณีบางกรณีที่หากลงโทษดำเนินจะมีผลรุนแรงมากกว่าโทษปรับ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินก็มีอำนาจในการสั่งลงโทษให้มีความเหมาะสมกับกรณีได้ตามกฎหมาย

3.3.2 ความไม่ชัดเจนในประเด็นการลงโทษ

นอกจากความไม่ชัดเจนในประเด็นความรุนแรงของโทษในหัวข้อ 3.3.1 ความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับโทษที่ตามมาอีกประเด็น คือ ความไม่ชัดเจนในประเด็นการลงโทษ กล่าวคือ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจที่จะพิจารณาและวินิจฉัยโทษแก่ผู้กระทำความผิดหลายสถานพร้อมกัน สำหรับการกระทำความผิดครั้งเดียวได้หรือไม่ ? หรือจะต้องวินิจฉัยลงโทษสถานเดียวเท่านั้น ?

เนื่องด้วยกฎหมายไม่ได้เขียนระบุไว้ ในประเด็นนี้ผู้เขียนจึงอธิบายโดยยกตัวอย่างเปรียบเทียบกับ การลงโทษโดยศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศฝรั่งเศส การลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย และการลงโทษทางวินัยข้าราชการของประเทศไทย

โทษที่ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศฝรั่งเศสอาจพิพากษาตัดสินแก่ผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลทางการคลัง สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 สถาน



ได้แก่ 1) โทษปรับ⁵³ และ 2) การเปิดเผยคำพิพากษาในรัฐกิจจานุเบกษา⁵⁴ โดยสามารถพิพากษาลงโทษได้ทั้ง 2 สถานในความผิดกรณีเดียว ในทางปฏิบัติ ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศฝรั่งเศสจะพิพากษาลงโทษทั้ง 2 สถานไว้ในคำพิพากษา เมื่อพิจารณาจากรายงานการดำเนินงานประจำปี (Rapport d'activité) ประจำปี ค.ศ. 2021⁵⁵ พบว่า ตลอดปี ค.ศ. 2020 ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศฝรั่งเศสได้ตัดสินคดีไปทั้งหมด 7 คดี โดย 6 ใน 7 คดีนั้นมีการลงโทษปรับเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำความผิด และทั้ง 7 คดีนั้นศาลได้ตัดสินให้มีการเปิดเผยคำพิพากษาในรัฐกิจจานุเบกษาดังนั้น ในกรณีของศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศฝรั่งเศสนั้น การลงโทษ 2 สถานสามารถกระทำได้ เพราะมีกฎหมายให้อำนาจ

ในกรณีของโทษทางอาญาที่บังคับใช้ในระบบกฎหมายไทย ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการตัดสินคดีและลงโทษจำเลยผู้กระทำความผิดได้มากกว่า 1 สถาน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ยกตัวอย่างเช่น ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบตามมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”⁵⁶ ดังนั้น ในกรณีของโทษทางอาญาเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาโทษได้อย่างชัดเจนว่าจะลงโทษสถานเดียวก็ได้ หรือจะลงโทษหลายสถานก็ได้

ในส่วนของการลงโทษทางวินัยข้าราชการของไทย หัวหน้าส่วนราชการอาจพิจารณาลงโทษได้ โดยโทษทางวินัยข้าราชการนั้นมีทั้งหมด 5 สถาน ดังที่กล่าวไปแล้วในหัวข้อ 3.3.1 อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาวินัยลงโทษนั้นได้มีการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการลงโทษเอาไว้ ชื่อว่า กฎ ก.พ. ว่าด้วยการดำเนินการทางวินัย พ.ศ. 2556

เมื่อพิจารณาข้อ 11 (2) ของกฎ ก.พ. ว่าด้วยการดำเนินการทางวินัย พ.ศ. 2556 ซึ่งกำหนดว่า “(2) ในกรณีที่เห็นว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ให้สั่งลงโทษภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน หรือลดเงินเดือน ...”⁵⁷ คำว่า “หรือ” ในมาตรานี้แสดงให้เห็นว่าในการกระทำความผิดวินัย

⁵³ มาตรา L. 313-1 ถึง L. 313-14 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลทางการคลัง

⁵⁴ มาตรา L. 313-15 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลทางการคลัง

⁵⁵ Cour de discipline budgétaire et financier, Rapport d'activité 2021, pp. 14, 38, 43, 46, 48, 52, 56 et 63, accessed March 20, 2022, แหล่งที่มา <https://www.ccomptes.fr/system/files/2021-04/20210318-rapport-activite-CDBF-2021.pdf>

⁵⁶ มาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

⁵⁷ ข้อ 11 ของกฎ ก.พ. ว่าด้วยการดำเนินการทางวินัย พ.ศ. 2556



ข้าราชการ แม้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 จะบัญญัติว่าโทษทางวินัยมีทั้งหมด 5 สถาน แต่การจะลงโทษข้าราชการคนหนึ่งจากการกระทำความผิดวันนั้นจะต้องลงโทษเพียงสถานเดียวเท่านั้น

ตารางที่ 4 : ตารางเปรียบเทียบประเภทของโทษและความเป็นไปได้ในการสั่งลงโทษ ระหว่างโทษของศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังของฝรั่งเศส โทษทางอาญาของประเทศไทย และโทษทางวินัยข้าราชการของประเทศไทย

ลำดับที่	กรณี	ประเภทของโทษ	อำนาจในการลงโทษสำหรับการกระทำความผิดกรณีเดียว
1.	โทษต่อศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศไทย	2 สถาน - ปรับ - การเปิดเผยคำพิพากษาตามวิธีการที่ศาลกำหนด	สามารถลงโทษ 2 สถาน
2.	โทษทางอาญาของประเทศไทย	5 สถาน - ประหารชีวิต - จำคุก - กักขัง - ปรับ - ริบทรัพย์สิน	สามารถลงโทษได้มากกว่า 1 สถาน
3.	โทษทางวินัยข้าราชการของประเทศไทย	5 สถาน - ภาคทัณฑ์ - ตัดเงินเดือน - ลดเงินเดือน - ปลดออกจากราชการ - ไล่ออกจากราชการ	ลงโทษได้เพียง 1 สถาน

ในปัจจุบัน โทษสำหรับความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐมีทั้งหมด 3 สถาน แต่ยังไม่พบรายละเอียดสำหรับอำนาจในการลงโทษว่าสามารถลงโทษได้หลายสถานสำหรับการกระทำความผิดกรณีเดียวหรือไม่ ? ดังนั้น เพื่อหาทางออกในการบังคับใช้กฎหมายวินัยการเงินการคลังของรัฐ ในเบื้องต้นผู้เขียนเห็นว่า สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินโดยผู้มีอำนาจในการพิจารณาออกกฎหรือระเบียบสำหรับกรณีนี้ อาจกำหนดหลักเกณฑ์การกำหนดโทษไว้ในกฎหมายลำดับรอง โดยอาจออกมาในรูปแบบของระเบียบที่เปิดเผยสู่สาธารณชนเพื่อบังคับใช้ไปพลางก่อน อีกทั้งการออกระเบียบเพื่อกำหนดวิธีการ

วินิจฉัยโทษนั้นก็เคยถูกปรับใช้แล้วในระบบกฎหมายไทย เช่น กฎ ก.พ. ว่าด้วยการดำเนินการทางวินัย พ.ศ. 2556 หรือแม้กระทั่งสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินในอดีตก็เคยออกระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 ที่กำหนดชั้นของโทษปรับทางปกครอง รวมถึงประเภทความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังอย่างชัดเจน ผู้เขียนเห็นว่าการมีระเบียบเฉพาะออกมาเพื่อกำหนดการลงโทษ อัตราของโทษ รวมถึงประเภทของความผิด อาจช่วยให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้นในการพิจารณาวินิจฉัยและสั่งลงโทษวินัยการเงินการคลังของรัฐ

ในระยะยาว ผู้เขียนเห็นควรให้มีการแก้ไขบทบัญญัติของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฯ โดยระบุให้ชัดเจนในกฎหมายว่า ถ้าเป็นการไม่ดำเนินการของผู้รับตรวจตามมาตรา 95 ผู้รับตรวจอาจได้รับโทษสถานใด หรือถ้าเป็นกรณีของเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 97 เจ้าหน้าที่ผู้นั้นอาจได้รับโทษสถานใด ซึ่งจะเป็นการทำให้เกิดความชัดเจนไม่แต่เพียงข้าราชการของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเท่านั้น ยังรวมถึงข้าราชการและเจ้าหน้าที่ของหน่วยรับตรวจที่จะสามารถทราบถึงโทษที่พวกเขาอาจได้รับอย่างชัดเจนโดยตัวบทกฎหมาย อีกทั้งยังสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองความมั่นคงแห่งนิติฐานะซึ่งเป็นหลักการหนึ่งของหลักนิติรัฐอีกด้วย

3.3.3 ความไม่ชัดเจนในประเด็นฐานความผิด

การกระทำที่อาจถูกเสนอให้ลงโทษทางวินัยการเงินการคลังตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 เป็นการกำหนดความผิดที่ฐานและโทษไว้คนละมาตรา กล่าวคือ มาตรา 96 และมาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 อาจถือได้ว่าเป็นฐานในการเสนอเรื่องความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ ส่วนมาตรา 98 คือ โทษ

ในกรณีของมาตรา 96 คือ กรณีที่หัวหน้าหน่วยรับตรวจไม่ดำเนินการภายในระยะเวลาตามที่ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินกำหนดโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ส่วนมาตรา 97 คือ กรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐจงใจไม่ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ กรณีทั้งสองผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจในการเสนอให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินวินิจฉัยลงโทษได้

ความไม่ชัดเจนที่เกิดขึ้น คือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 ไม่ได้กำหนดเวลาว่า “เวลาที่ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินกำหนด” นั่นคือเท่าไร ซึ่งอาจก่อให้เกิดประเด็นทางกฎหมายต่าง ๆ ตามมา เช่น ความเหมาะสมของเวลาที่กำหนดกับสภาพความเป็นจริงของหน่วยรับตรวจว่าเหมาะสมหรือไม่ ? ระยะเวลาที่ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินกำหนดให้หน่วยรับตรวจปฏิบัติตามคำแนะนำนั้นเป็นระยะเวลาบังคับการหรือเป็นเพียงระยะเวลาเร่งรัดให้

ดำเนินการ ? คำแนะนำบางประการอาจขัดกับหลักความเป็นอิสระในการบริหารงานและความเป็นอิสระในการปกครองส่วนท้องถิ่น (ในกรณีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น) หรือไม่ ? เป็นต้น

การที่ฐานและโทษของความผิดวินัยการเงินการคลังนั้นอยู่คนละมาตรา ย่อมทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในเรื่องของความรับรู้ของผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย กล่าวคือ ผู้อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 ย่อมไม่อาจทราบล่วงหน้าได้อย่างชัดเจนว่าการปฏิบัติ การไม่ปฏิบัติ หรือการปฏิบัติล่าช้าของพวกเขาคืออาจต้องมีความรับผิดประการใดบ้างและอย่างไร ซึ่งขัดต่อหลักความคุ้มครองความมั่นคงในนิติฐานะของบุคคลในทัศนะของผู้เขียน

เมื่อเปรียบเทียบกับสิ่งที่เคยเกิดขึ้นในอดีต ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 ที่เป็นกฎหมายลำดับรองสำหรับกำหนดรายละเอียดของการกำหนดความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังนั้น พบว่า ระเบียบดังกล่าวเป็นระเบียบที่กำหนดทั้งฐานและโทษไว้ในข้อกำหนดของระเบียบอย่างชัดเจน ยกตัวอย่างเช่น ข้อ 26 บัญญัติว่า “เจ้าหน้าที่ผู้ใดมีหน้าที่เบิกเงิน ทำหลักฐานการเบิกเงินเท็จ ต้องรับโทษปรับทางปกครองที่ 3”⁵⁸ จะเห็นได้ว่าการกำหนดฐานและโทษความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังในอดีตนั้นมีความชัดเจนมาก และเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องจะสามารถทราบได้ว่าหากตนกระทำความผิดจะได้รับผลร้ายทางกฎหมายอย่างไร ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายที่มีความชัดเจนโดยเฉพาะในเรื่องของฐานและโทษนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง เพื่อเป็นหลักประกันแห่งนิติฐานะของบุคคล

เพื่อให้เกิดความชัดเจนและขจัดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายที่อาจตามมา ควรมีการแก้ไขพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐฯ ในประเด็นนี้ โดยผู้เขียนขอเสนอแนะออกเป็น 2 แนวทาง ได้แก่ 1) การแก้ไขบทบัญญัติในพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐฯ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้มีการระบุฐานและโทษอยู่ในมาตราเดียวกัน ดังเช่นการบัญญัติความผิดและโทษในประมวลกฎหมายอาญา และ 2) การออกพระราชบัญญัติใหม่เพิ่มเติมโดยให้ชื่อว่า พระราชบัญญัติความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ที่กำหนดเฉพาะฐานความผิดของการไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ให้มีความชัดเจน โดยอาจเทียบเคียงลักษณะความผิดวินัยการเงินการคลังของต่างประเทศ เช่น มาตรา L. 313-1 ถึง L. 313-15 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลทางการคลังของประเทศฝรั่งเศส หรือนำระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 ในอดีตมาพิจารณาปรับแก้ให้ถูกต้องและเหมาะสมกับกฎหมายในปัจจุบัน

⁵⁸ ข้อ 26 ของระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544



4. บทสรุป

พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 เป็นกฎหมายที่ดีที่จะทำให้ประเทศไทยมีเสถียรภาพทางการคลัง โดยการกำหนดกรอบและกฎเกณฑ์ทางกฎหมายให้หน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติตาม ทั้งในขั้นตอนการจัดเก็บรายได้ การจัดทำงานงบประมาณ การใช้จ่ายเงินแผ่นดิน รวมถึงการตรวจสอบ อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐฯ ยังคงมีบทบัญญัติที่ไม่ชัดเจนซึ่งผู้เขียนได้ให้ข้อสังเกตในบทความนี้ทั้งหมด 3 ประเด็น ได้แก่ ความไม่ชัดเจนของลำดับศักดิ์ของกฎหมาย ความไม่ชัดเจนของคำนิยาม และความไม่ชัดเจนของฐานและโทษ ทั้งนี้ ผู้เขียนได้ให้ข้อเสนอแนะเพื่อสมาชิกรัฐสภา รวมถึงหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐฯ ได้พิจารณาแก้ไข ปรับปรุง หรือเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายทั้งหมด 3 ประการ ได้แก่ การแก้ไขลำดับศักดิ์ของพระราชบัญญัติให้มีความชัดเจน การเพิ่มนิยามและขอบเขตของคำว่า “วินัยการเงินการคลัง” และการกำหนดโทษที่ควรระบุให้ชัดเจนว่าการกระทำใดถือเป็นความผิด โดยระบุฐานความผิดและโทษสำหรับการกระทำความผิดนั้น ๆ อันจะทำให้เนื้อความแห่งพระราชบัญญัตินี้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น และส่งผลให้การปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้โดยหน่วยงานของรัฐส่วนต่าง ๆ มีความถูกต้องมากยิ่งขึ้นอีกด้วย

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความภาษาไทย

ชาญชัย แสวงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 28. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.

ณัฐวุฒิ คล้ายขำ และนนทวัฒน์ สุวรรณ. “การควบคุมทางงบประมาณโดยศาลตรวจเงินแผ่นดินภาคฝรั่งเศส”. วารสารสังคมวิจัยและพัฒนา. ปีที่ 4 ฉบับที่ 2 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมษายน-มิถุนายน, 2565.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.

วิชญ์ วรวิญญู. “ความสำคัญของวินัยการเงินการคลังต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตย”. วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. ปีที่ 22 เล่มที่ 66 กันยายน-ธันวาคม, 2563.

สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน. ประวัติศาสตร์การตรวจเงินแผ่นดินไทย หนังสือที่ระลึกในโอกาสครบรอบ 100 ปี สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน. กรุงเทพฯ : โอเอส พรินติ้ง เฮาส์ จำกัด, 2558.

สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน. ลำดับเหตุการณ์สำคัญในงานตรวจเงินแผ่นดินไทย (พ.ศ. 2418-2558) หนังสือที่ระลึกในโอกาสครบรอบ 100 ปี สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน. กรุงเทพฯ : โอเอส พรินติ้ง เฮาส์ จำกัด, 2558.

สุปรียา แก้วละเอียด. กฎหมายการคลัง ภาควงงบประมาณแผ่นดิน. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.

อานันท์ กระบวนศรี. “เหลียวหลัง แลหน้า 2 ทศวรรษ “วินัยการเงินการคลัง” ในประเทศไทย : พัฒนาการทางความคิดจาก “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” สู่ “วินัยการเงินการคลัง” (ตอนที่ 1)”. วารสารกฎหมายปกครอง Digital Edition. คณะกรรมการกฤษฎีกา ปีที่ 34 ตอนที่ 1. สืบค้นเมื่อวันที่ 16 มีนาคม 2565, แหล่งที่มา https://www.krisdika.go.th/data/outsitedata16/file/magazine_no.34-1.pdf

อภิวัฒน์ สุดสาว. “ลำดับศักดิ์ทางกฎหมายระหว่าง “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” กับ “พระราชบัญญัติ” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”. จุลนิติ ลงวันที่ 9 มิถุนายน 2564. สืบค้นเมื่อวันที่ 24 มีนาคม 2565, แหล่งที่มา https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/8think/think70.pdf



หนังสือและบทความภาษาต่างประเทศ

Jacqueline Morand-Deville. Droit administratif. Paris Cedex : LGDJ, 2013.

Jean Raynaud et Jean-Yves Bertucci. Les juridictions financières. Que sais-je ?. Paris: Presses Universitaires de France, 2003.

Loic Philip. Finances Publiques Dictionnaire encyclopédique. 2 édition. Paris: Economica, 2017.

Michel Troper. “The Structure of the Legal system and the Emergence of the State.” The Straus Institute Working Paper No.06/2012. Accessed March 24, 2022. From <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-03280485/document>

Nicolas Groper. Responsabilité des gestionnaires publics devant le juge financier. Paris Cedex: Dalloz, 2009.

Thomas Olechowski. “Legal Hierarchies in the Works of Hans Kelsen and Adolf Julius Merkl.” Reconsidering Constitutional Formation II Decisive Constitutional Normativity. (May, 2018). Accessed March 14, 2022. From https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-73037-0_9

เอกสารอ้างอิงอื่น ๆ ภาษาไทย

กรมบัญชีกลาง. “คู่มือการบรรยายความรู้เกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่” สืบค้นเมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2565. แหล่งที่มา [https://www.cgd.go.th/cs/internet/internet/\(%E0%B8%AA%E0%B8%A3%E0%B8%9E\)%E0%B9%80%E0%B8%A3%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%99%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%B9%E0%B9%89_.html?page_locale=th_TH](https://www.cgd.go.th/cs/internet/internet/(%E0%B8%AA%E0%B8%A3%E0%B8%9E)%E0%B9%80%E0%B8%A3%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%99%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%B9%E0%B9%89_.html?page_locale=th_TH)

สำนักวินัยทางการเงินและการคลัง สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน. “มารู้จักกับ “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” และ “วินัยทางการเงิน การคลัง และการงบประมาณ” กันเถอะ”. แหล่งที่มา <http://dfmo.oag.go.th/dis-to-know>. สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2565

เอกสารอ้างอิงอื่น ๆ ภาษาต่างประเทศ

Cour de discipline budgétaire et financier. Rapport d’activité 2021. Accessed March 20, 2022. <https://www.ccomptes.fr/system/files/2021-04/20210318-rapport-activite-CDBF-2021.pdf>

Cour des comptes. Rôle et activités : les quatre missions de la Cour. Accessed March 25, 2022. <https://www.ccomptes.fr/fr/cour-des-comptes/role-et-activites>

การเพิกถอนคำสั่งให้เงินช่วยเหลือฉุกเฉินแก่ผู้ประกอบการที่ได้รับผลกระทบจากการแพร่ระบาดของ
ของไวรัสโคโรนา พร้อมเรียกเงินดังกล่าวคืน ด้วยเหตุที่ผู้ยื่นคำขอแจ้งข้อมูลไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ
(คำแปลคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองเกิเซิน (VG Gießen) องค์คณะที่ 4
ฉบับลงวันที่ 21 เมษายน ค.ศ. 2021 เลขที่ 4 K 3825/20.GI)

วิชา เนตรหัสันย์*

ส่วนที่หนึ่ง บทนำ

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นหนึ่งในประเทศที่ได้กำหนดมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันการแพร่ระบาดและเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากไวรัสโคโรนาไว้อย่างหลากหลายและรอบด้าน โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมาตรการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนานั้น ได้มีการกำหนดมาตรการในลักษณะที่เน้นความรวดเร็วของการอนุมัติเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือ เพื่อป้องกันความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของบุคคลหรือกิจการที่ได้รับผลกระทบจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนาได้อย่างทั่วถึง¹ โดยในส่วนของการเยียวยาความเสียหายทางเศรษฐกิจนั้น มลรัฐต่าง ๆ ได้กำหนดมาตรการ “ความช่วยเหลือแบบเร่งด่วนสำหรับผู้ประสบภัยจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา” (Soforthilfe Corona) เพื่อชดเชยค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการขาดรายได้ในระหว่างที่มีการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา ทั้งนี้ เพื่อมิให้กิจการต่าง ๆ ต้องปิดตัวลง อย่างไรก็ตาม การเบิกจ่ายเงินโดยอาศัยการอนุมัติเบิกจ่ายเงินโดยมีระยะเวลาพิจารณาพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเพียงเล็กน้อยเช่นนี้ ย่อมทำให้เกิดข้อผิดพลาดในการพิจารณาคุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอเกิดขึ้นได้ง่ายกว่าการพิจารณาเบิกจ่ายเงินอุดหนุนจากรัฐในกรณีทั่วไป และอาจต้องพิจารณาเพิกถอนคำสั่งอนุมัติเบิกจ่ายเงินที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปในที่สุด ด้วยเหตุนี้ ผู้จัดทำจึงได้แปลและวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองเกิเซิน (VG Gießen) ฉบับลงวันที่ 21 เมษายน ค.ศ. 2021 เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเพิกถอนคำสั่งให้เงินช่วยเหลือที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับความผูกพันของฝ่ายปกครองต่อระเบียบ

* Master of Laws „Deutsches Recht“ (LL.M.) (เกียร์ตินิยม) มหาวิทยาลัยบอนน์ (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 2 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

¹ รายละเอียดเกี่ยวกับมาตรการในการป้องกันการแพร่ระบาดและเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากไวรัสโคโรนาในช่วงเวลาที่เริ่มมีการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา โปรดดู วิชา เนตรหัสันย์, มาตรการทางกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อป้องกันและเยียวยาผลกระทบที่เกิดจาก COVID -19, วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 20 ฉบับที่ 4 (ตุลาคม-ธันวาคม) 2563, หน้า 1.



หรือแนวปฏิบัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเบิกจ่าย และประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองในความดำรงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง

ส่วนที่สอง คำแปลคำพิพากษา²

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง

1. มาตรา 3 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz)³
2. มาตรา 49a วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง⁴ และมาตรา 48 วรรคสอง⁵ แห่งรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมลรัฐเฮสเซ็น (Hessisches Verwaltungsverfahrensgesetz, HVwVfG)

² คำแปลจากคำพิพากษาศาลปกครองที่เผยแพร่ใน BeckRS 2021, 14702 แหล่งเผยแพร่อื่น ๆ เช่น DÖV 2021, 904 และ LSK 2021, 14702.

³ มาตรา 3 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz)
มนุษย์ทุกคนเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย

⁴ มาตรา 49a วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมลรัฐเฮสเซ็น (Hessisches Verwaltungsverfahrensgesetz, HVwVfG)

เมื่อมีการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้มีผลเป็นการย้อนหลังหรือคำสั่งทางปกครองสิ้นผลไปเนื่องจากเงื่อนไขบังคับหลัง จะต้องมีการเรียกคืนประโยชน์ที่ได้ให้ไว้โดยคำสั่งทางปกครองเช่นว่านั้น การเรียกคืนผลประโยชน์ที่ได้ให้ไว้ให้กระทำโดยคำสั่งทางปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษร

⁵ มาตรา 48 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมลรัฐเฮสเซ็น (Hessisches Verwaltungsverfahrensgesetz, HVwVfG)

คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีผลเป็นการให้หรือมีสิทธิประโยชน์เป็นตัวเงินครั้งเดียว (einmalige Geldleistung) หรือต่อเนื่อง (laufende Geldleistung) รวมไปถึงทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ (teilbare Sachleistung) หรือมีสิทธิประโยชน์ดังกล่าวเป็นเงื่อนไขในการออกคำสั่งทางปกครอง ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจถูกเพิกถอนได้ หากผู้รับคำสั่งได้รับความคุ้มครองจากความเชื่อโดยสุจริตในความดำรงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง และความคุ้มครองเช่นว่านั้น มีคุณค่าเหนือกว่าประโยชน์สาธารณะที่อาจได้รับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ ผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมได้รับความคุ้มครองจากความเชื่อโดยสุจริตในความดำรงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง หากผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์หรือเงินที่ได้มาทั้งหมดหรือได้จัดการทรัพย์สินของตนในลักษณะที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้นั้นต้องเสียหายเกินควรแก่กรณี ในกรณีดังต่อไปนี้ ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่อาจอ้างความเชื่อโดยสุจริตในความดำรงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้

1. การออกคำสั่งทางปกครองเป็นผลมาจากเจตนาหลอกลวง การข่มขู่ หรือการทุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครอง
2. การออกคำสั่งทางปกครองเป็นผลมาจากการที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองแจ้งข้อมูลไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ
3. ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในขณะที่ได้รับคำสั่งทางปกครองหรือการไม่รู้นั้นเป็นไปโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

3. มาตรา 53 แห่งระเบียบว่าด้วยงบประมาณแห่งมลรัฐเฮสเซ็น (Hessische Landeshaushaltsordnung, LHO)⁶

สาระสำคัญของคำพิพากษา

1. เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายในการอนุมัติเงินช่วยเหลือเร่งด่วนแก่ผู้ประสบภัยจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา (Soforthilfe Corona) มี 2 ประการ นั่นคือ ประการที่หนึ่ง กิจกรรมของผู้ยื่นคำขอจะต้องเป็นกิจการที่เสี่ยงต่อการขาดสภาพคล่องจนต้องปิดกิจการ (betriebliche existenz bedrohenden Liquiditätsengpässen) อันเนื่องมาจากมาตรการของรัฐเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา และประการที่สอง กิจกรรมของผู้ยื่นคำขอเป็นกิจการที่ยังคงดำเนินไปได้ด้วยดี (gesundes Unternehmen) จนถึงก่อนวันที่จะมีการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา (รายละเอียดเป็นไปตามย่อหน้าที่ 29)⁷

2. ด้วยเหตุนี้ ลำพังเพียงข้อเท็จจริงที่ว่า กิจกรรมของผู้ฟ้องคดีอยู่ในสถานะขาดทุนหรือขาดสภาพคล่องก็ยังไม่อาจสรุปได้ว่ากิจกรรมของผู้ฟ้องคดีจะต้องเป็นกิจการที่เสี่ยงต่อการขาดสภาพคล่องจนต้องปิดกิจการเสมอไป หากรายได้และกำไรที่ได้จากการดำเนินกิจการ ประกอบกับเงินช่วยเหลือประการอื่น (อันเป็นเงินช่วยเหลือที่จำเป็นต้องดำเนินการยื่นคำขอก่อนที่จะมายื่นขอเงินช่วยเหลือฉุกเฉิน) ยังคงเพียงพอต่อการนำมาใช้จ่ายเพื่อให้กิจการยังคงดำเนินต่อไปได้ (รายละเอียดเป็นไปตามย่อหน้าที่ 30)

3. หากข้อเท็จจริงไม่เป็นไปตามเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายในการอนุมัติเงินช่วยเหลือประการใดประการหนึ่ง เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ในการใช้ดุลพินิจเพิกถอนคำสั่งอนุมัติเงินที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่นว่านั้น เว้นแต่จะปรากฏพฤติการณ์พิเศษที่ทำให้งดเว้นจากการใช้ดุลพินิจเช่นว่านั้นได้ (รายละเอียดเป็นไปตามย่อหน้าที่ 20)

ข้อเท็จจริง

1. ผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่มีผลเป็นการเพิกถอนการให้เงินช่วยเหลือภายใต้มาตรการ “ความช่วยเหลือเร่งด่วนสำหรับผู้ประสบภัยจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา” (Soforthilfe Corona) ที่ได้ให้ไว้แก่ผู้ฟ้องคดี พร้อมทั้งมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่มีผลเป็นการเรียกเงินจำนวนดังกล่าวคืน

⁶ มาตรา 53 แห่งระเบียบว่าด้วยงบประมาณแห่งมลรัฐเฮสเซ็น (Hessische Landeshaushaltsordnung, LHO) การอนุมัติเบิกจ่ายเงินด้วยเหตุแห่งการประกันความเท่าเทียม (Leistungen aus Gründen der Billigkeit) จะกระทำได้นี้ต่อเมื่อมลรัฐมีการจัดสรรงบประมาณเพื่อการเบิกจ่ายเงินเช่นว่านั้นไว้อย่างเพียงพอ

⁷ ย่อหน้าที่ระบุ หมายถึง ย่อหน้าในเนื้อหาของคำพิพากษาที่มีการกำหนดตัวเลขกำกับไว้



2. ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ประกอบกิจการร้านขายดอกไม้ซึ่งตั้งอยู่บริเวณนอกตัวเมือง โดยผู้ฟ้องคดีได้ประกอบกิจการดังกล่าวต่อจากเจ้าของเดิมตั้งแต่ ค.ศ. 2017

3. เมื่อวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 2020 ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำขอพร้อมเอกสารชี้แจงสภาพทางการเงินของกิจการของตน เพื่อขอรับอนุมัติเงินช่วยเหลือตามโครงการ “ความช่วยเหลือเร่งด่วนสำหรับผู้ประสบภัยจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา” (Soforthilfe Corona) โดยระบุในคำขอว่า ผู้ฟ้องคดีมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับเงินช่วยเหลือจำนวนทั้งสิ้น 20,000 ยูโร เพื่อรักษามิให้กิจการของตนต้องปิดตัวลง (รายละเอียดตามเอกสารท้ายคำขอหมายเลข 6) โดยในเอกสารท้ายคำขอหมายเลข 3 ผู้ฟ้องคดีได้บรรยายถึงลักษณะของกิจการของตนว่าเป็นกิจกรรมประเภทพาณิชย์กรรมเพื่อจำหน่ายสินค้า ซึ่งมีลูกจ้างประจำประมาณ 5 ถึง 6 ตำแหน่ง (รายละเอียดตามเอกสารท้ายคำขอหมายเลข 4 และตามเอกสารท้ายคำขอหมายเลข 8.1) ผู้ฟ้องคดีได้อธิบายว่า กิจการของตนยังมีใช้ “กิจการที่ตกอยู่ในสภาวะยากลำบาก” (Unternehmen in Schwierigkeiten) ตามนัยมาตรา 2 วรรคสี่แปด ของข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยการอุดหนุนเงินช่วยเหลือจากรัฐ (Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung) กล่าวคือ กิจการของผู้ฟ้องคดีเป็นกิจการที่ดำเนินไปได้อย่างราบรื่น แต่หลังจากวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2019 ซึ่งเป็นวันที่เริ่มมีการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนาแล้ว มาตรการของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา เช่น มาตรการสั่งปิดร้านค้าและมาตรการจำกัดการเดินทาง ทำให้ลูกค้าที่มาซื้อสินค้าหรือใช้บริการกิจการของผู้ฟ้องคดีลดลงไปอย่างมีนัยสำคัญ ดังจะสังเกตได้จากช่วงเวลาที่ผ่านมาที่ผู้ฟ้องคดีได้กลับมาเปิดกิจการอีกครั้ง ลูกค้าจำนวนมากได้ยกเลิกการสั่งซื้อสินค้าหรือบริการเพื่อนำไปใช้ในพิธีแต่งงาน พิธีศพ กาลัง งานเลี้ยงฉลองภายในครอบครัว หรืองานฉลองอื่น ๆ จำนวนลูกค้าที่สั่งซื้อดอกไม้สำหรับพิธีศพก็ลดน้อยลงเป็นอย่างมาก เนื่องจากมาตรการจำกัดผู้เข้าร่วมพิธีศพ ทั้งจำนวนผู้ใช้บริการส่งดอกไม้ออนไลน์ (Fleurop-Service) ก็ลดน้อยถอยลงเป็นอย่างมาก ด้วยเหตุผลทั้งหมดนี้จึงทำให้กิจการของผู้ฟ้องคดีมีรายได้ไม่เพียงพอต่อการที่จะรักษากิจการให้คงอยู่ต่อไปได้

4. เมื่อวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 2020 ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งอนุมัติเงินช่วยเหลือตามโครงการ “ความช่วยเหลือเร่งด่วนสำหรับผู้ประสบภัยจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา” จำนวน 20,000 ยูโรให้แก่ผู้ฟ้องคดี

5. อย่างไรก็ตาม หลังจากที่ได้อนุมัติเงินช่วยเหลือให้แก่ผู้ฟ้องคดีไปแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีได้ตรวจสอบเอกสารหลักฐานของผู้ฟ้องคดีอีกครั้ง โดยในการตรวจสอบเอกสารในครั้งนี้ เจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีเกิดข้อสงสัยในพยานหลักฐานที่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นไว้ จึงได้ขอให้ผู้ฟ้องคดียื่นเอกสารหลักฐานเพิ่มเติม ได้แก่ เอกสารยืนยันการขาดรายได้ของกิจการของผู้ฟ้องคดีย้อนหลัง 3 เดือน บัญชีแสดงสถานะทางการเงินของกิจการ (Betriebswirtschaftliche Auswertung, BWA) ตั้งแต่เดือนมกราคม ค.ศ. 2020 ถึงเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2020 รวมไปถึงหลักฐานแสดงความเคลื่อนไหวในบัญชีธนาคารของกิจการของผู้ฟ้องคดี (Kontoauszüge sämtlicher Geschäftskonten) ซึ่งแสดงความเคลื่อนไหวของบัญชีในวันที่ 11 มีนาคม ค.ศ. 2020 และในวันล่าสุดที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่ากิจการของผู้ฟ้องคดียังคงขาดรายได้อยู่ โดยในการขอเอกสารหลักฐานเพิ่มเติมในครั้งนี้ เจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีได้ชี้แจงกับผู้ฟ้องคดีว่า เจ้าหน้าที่ของ

ผู้ถูกฟ้องคดีจะพิจารณาคำขอโดยมิได้คำนึงถึงค่าใช้จ่ายส่วนตัวและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับภาษีอากร แต่จะนำเฉพาะค่าใช้จ่ายของกิจการมาใช้ในการพิจารณาเท่านั้น

6. หลังจากที่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นเอกสารเพิ่มเติมแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งลงวันที่ 9 ตุลาคม ค.ศ. 2020 เพิกถอนคำสั่งอนุมัติเงินช่วยเหลือจำนวน 20,000 ยูโร ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 2020 และมีคำสั่งเรียกเงินช่วยเหลือจำนวน 20,000 ยูโร คืนเต็มจำนวน

7. ผู้ถูกฟ้องคดีให้เหตุผลในการเพิกถอนคำสั่งอนุมัติเงินช่วยเหลือข้างต้นว่า เอกสารที่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นเข้ามาเพิ่มเติมชี้ให้เห็นว่ากิจการของผู้ฟ้องคดีเป็นกิจการที่อยู่ในสภาวะขาดรายได้ตั้งแต่ก่อนที่จะมีการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา และด้วยเหตุนี้ ผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่ผู้มีสิทธิยื่นคำขอรับเงินช่วยเหลือเร่งด่วน การใช้ดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีในการเรียกเงินคืนจึงเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยในการใช้ดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีเห็นว่าประโยชน์สาธารณะในการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการอนุมัติเงินช่วยเหลือ ประกอบกับประโยชน์สาธารณะในการดำเนินกิจการที่เกี่ยวข้องกับการเงินการคลังภายใต้หลักความประหยัด (sparsame Haushaltsführung) นั้น มีคุณค่าเหนือกว่าประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีในการได้รับเงินช่วยเหลือ นอกจากนี้ ผู้ถูกฟ้องคดียังได้ใช้ดุลพินิจในทำนองเดียวกันกับผู้ยื่นคำขอรับเงินช่วยเหลือรายอื่นที่มีคุณสมบัติเช่นเดียวกันกับผู้ฟ้องคดีมาอย่างต่อเนื่องอีกด้วย

8. ผู้ฟ้องคดีไม่เห็นด้วย จึงยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองกิเซินเป็นคดีนี้ เมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน ค.ศ. 2020

9. ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การเพิกถอนการให้เงินช่วยเหลือและการเรียกเงินคืนเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำขออนุมัติเงินช่วยเหลือและได้รับอนุมัติเงินช่วยเหลือจำนวน 20,000 ยูโร โดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว เหตุผลที่สนับสนุนความชอบด้วยกฎหมายในการอนุมัติเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือในครั้งนี้ ก็คือ กิจการของผู้ฟ้องคดีเป็นกิจการที่ได้รับผลกระทบจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนาจนถึงขนาดที่อาจเสี่ยงต่อการเลิกกิจการ ซึ่งผู้ฟ้องคดีก็ได้ชี้ให้เห็นถึงความเสี่ยงดังกล่าวไว้แล้วในเอกสารหลักฐานที่ได้ยื่นต่อผู้ถูกฟ้องคดี โดยเอกสารหลักฐานดังกล่าวชี้ให้เห็นว่าผู้ฟ้องคดียังไม่เคยเบิกเงินเกินไปกว่าวงเงินที่ธนาคารอนุมัติให้ นอกจากนี้ ในระหว่างผู้ฟ้องคดีไม่สามารถเปิดกิจการได้ เนื่องจากมาตรการของรัฐตั้งแต่เดือนมีนาคมถึงเดือนเมษายน ค.ศ. 2020 นั้น ผู้ฟ้องคดียังคงต้องแบกรับค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับประกันสังคมและค่าธรรมเนียมอื่น ๆ ตามกฎหมาย ซึ่งค่าใช้จ่ายดังกล่าวทำให้ผู้ฟ้องคดีจำเป็นต้องใช้เงินอีกจำนวน 6,200 ยูโร เพื่อให้กิจการดำเนินต่อไปได้ ซึ่งการคำนวณดังกล่าวยังไม่รวมถึงค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับภาษีอากร อย่างไรก็ตาม ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าเงินส่วนที่เหลือผู้ฟ้องคดีได้รับมาเป็นจำนวนเงินที่เกินกว่าความจำเป็นต่อความดำรงอยู่ของกิจการ ผู้ฟ้องคดีจึงยินยอมที่จะคืนเงินส่วนที่เกินจากผู้ถูกฟ้องคดีจำเป็นต้องใช้จำนวน 13,800 ยูโร

10. ด้วยเหตุนี้ ผู้ฟ้องคดีจึงได้มีคำขอให้ศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองกิเซินมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งฉบับลงวันที่ 9 ตุลาคม ค.ศ. 2020 ของผู้ถูกฟ้องคดีที่เรียกเงินช่วยเหลือคืน



11. ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลพิพากษายกคำฟ้องของผู้ฟ้องคดี

12. โดยผู้ถูกฟ้องคดีให้เหตุผลว่า ในระหว่างกระบวนการพิจารณาเพื่อทบทวนการเบิกจ่ายเงินให้แก่ผู้ฟ้องคดี เจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีพบว่ากิจการของผู้ฟ้องคดีเป็นกิจการที่มีปัญหาด้านสภาพคล่องทางการเงินตั้งแต่วันที่ 11 มีนาคม ค.ศ. 2020 โดยหลักฐานที่สามารถยืนยันถึงข้อเท็จจริงที่ว่ากิจการของผู้ฟ้องคดีเป็นกิจการที่ขาดสภาพคล่องตั้งแต่วันที่ที่มีการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา ก็คือบัญชีธนาคารของบริษัทของผู้ฟ้องคดีอยู่ในสถานะติดลบตั้งแต่วันที่จะมีการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนาด้วยเหตุนี้ ในขณะที่ระเบียบการอนุมัติเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือฉุกเฉินเริ่มมีผลใช้บังคับแล้ว กิจการของผู้ฟ้องคดีก็มีใช้กิจการที่สามารถดำเนินไปได้อย่างราบรื่น (gesundes Unternehmen) อีกต่อไป

13. การออกคำสั่งเพิกถอนการให้เงินช่วยเหลือและการเรียกเงินช่วยเหลือคืนเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากหลักฐานที่ผู้ฟ้องคดียื่นต่อผู้ถูกฟ้องคดีแล้ว ยังไม่อาจสรุปได้ว่า การที่กิจการของผู้ฟ้องคดีประสบภาวะขาดรายได้จนเสี่ยงต่อการต้องปิดกิจการนั้น เป็นผลโดยตรงจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา เนื่องจากรายได้ของผู้ฟ้องคดีตั้งแต่เดือนมีนาคมถึงเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2020 ยังเพียงพอต่อค่าใช้จ่ายของกิจการ และด้วยเหตุนี้ จึงยังมีใช้กิจการที่ประสบภาวะขาดรายได้จนเสี่ยงต่อการต้องปิดกิจการแต่อย่างใด นอกจากนี้ ตามระเบียบการเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือฉบับที่มีผลใช้บังคับในขณะนั้น ยังมีได้กำหนดให้มีการเบิกจ่ายเงินเพื่อนำไปจ่ายเป็นค่าตอบแทนให้แก่ลูกจ้างอีกด้วย โดยในการขออนุมัติเงินเพื่อนำไปจ่ายให้แก่ลูกจ้างนั้น ผู้ฟ้องคดีต้องยื่นขอประเภท “เงินช่วยเหลือระยะสั้นแก่ลูกจ้างในกิจการที่ประสบภัยจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา” (Kurzarbeitergeld) ก่อนที่จะนำมายื่นคำขอให้มีการอนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉิน ทั้งนี้ ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับภาษีอากรก็มีใช้ ค่าใช้จ่ายที่จะนำมาคำนวณรวมกับค่าใช้จ่ายอื่นเพื่อขอเงินช่วยเหลือได้ เนื่องจากเจ้าหน้าที่กรมสรรพากรได้เปิดช่องทางให้มีการยื่นคำขออนุมัติให้เลื่อนกำหนดชำระภาษีอากรไว้ชั่วคราวแล้ว ส่วนค่าใช้จ่ายในการซื้อสินค้าเพื่อนำมาจำหน่ายนั้น จะนำมาคำนวณรวมเป็นรายจ่ายในการยื่นขออนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉินได้ ก็ต่อเมื่อสินค้าเหล่านั้นเป็นสินค้าที่เน่าเสียได้ง่ายหรือเป็นสินค้าที่จำหน่ายตามฤดูกาล เหตุผลก็เนื่องมาจากหากเปิดโอกาสให้มีการนำค่าใช้จ่ายจากสินค้าประเภทอื่นมาคำนวณรวมเป็นรายจ่ายในการยื่นขออนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉินได้แล้ว ก็ย่อมเปิดโอกาสให้ผู้ฉวยโอกาสนำค่าใช้จ่ายจากสินค้าประเภทอื่นมาคำนวณรวมเป็นรายจ่ายในการยื่นคำขออนุมัติเงินฉุกเฉินเพื่อสร้างกำไรให้แก่ตน ในกรณีของกิจการค้าดอกไม้้นั้น สินค้าที่ผู้ฟ้องคดีนำมาจำหน่ายย่อมเป็นสินค้าที่เน่าเสียได้ง่าย ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการซื้อดอกไม้เพื่อนำมาจำหน่ายจึงเป็นค่าใช้จ่ายที่อาจนำมาคำนวณรวมเป็นรายจ่ายของกิจการเพื่อขออนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉินได้ อย่างไรก็ตาม ในส่วนของรายการที่เกี่ยวข้องกับ “ค่าใช้จ่ายอื่น ๆ” (sonstige Kosten) เป็นรายการค่าใช้จ่ายที่เป็นสาระสำคัญ และเป็นรายการค่าใช้จ่ายที่ผู้ฟ้องคดีต้องบรรยายมาให้ชัดเจนเช่นเดียวกับรายการค่าใช้จ่ายประเภทอื่น ทั้งนี้ เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกแก่เจ้าหน้าที่ในการตรวจสอบเช่นเดียวกัน

14. คู่กรณีในกระบวนการพิจารณาได้ยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรให้มีการพิจารณาคดีได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการนั่งพิจารณาคดี

15. รายละเอียดของข้อเท็จจริงและของกรณีพิพาทนั้น อ้างอิงมาจากแฟ้มสำนวนคดีของศาลและกระบวนการพิจารณาทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งนำมาใช้เป็นวัตถุดิบในการแสวงหาข้อเท็จจริงในคำวินิจฉัยของศาล

เหตุผลในการวินิจฉัยคดี

16. แม้คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีจะเป็นคำฟ้องที่ศาลรับไว้พิจารณาไว้ได้ (zulässig) แต่ก็เป็นการฟ้องที่ไม่มีมูล (unbegründet) เนื่องจากคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีฉบับลงวันที่ 9 ตุลาคม ค.ศ. 2020 เป็นคำสั่งทางปกครองที่ขัดแย้งกฎหมาย และด้วยเหตุนี้ จึงมีใช้คำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดีตามนัยมาตรา 113 วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ศาลปกครองจะสามารถใช้อำนาจในการเพิกถอนได้

17. กฎหมายที่เป็นฐานแห่งการใช้อำนาจในการออกคำสั่งเรียกคืนเงินช่วยเหลือฉุกเฉินฉบับลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 2020 คือ มาตรา 48 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง และมาตรา 48 วรรคสอง ประโยคที่สาม ข้อสอง แห่งรัฐธรรมนูญวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมลรัฐเฮสเซน

18. บทบัญญัติดังกล่าวบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ที่สามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองทั้งหมดหรือบางส่วน โดยอาจให้มีผลย้อนหลังหรือมีผลไปข้างหน้าก็ได้ แต่หากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการให้หรือยืนยันสิทธิหรือประโยชน์ในทางกฎหมาย (หรือที่เรียกว่า คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์, begünstigender Verwaltungsakt) การเพิกถอนจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 48 วรรคสอง ประโยคที่สอง แห่งรัฐธรรมนูญวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมลรัฐเฮสเซน และภายใต้ข้อจำกัดที่กำหนดไว้ในมาตรา 48 วรรคสอง ข้อสองถึงข้อสี่ แห่งรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันเท่านั้น

19. โดยมาตรา 48 วรรคสอง ข้อสองถึงข้อสี่ แห่งรัฐธรรมนูญวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมลรัฐเฮสเซน คำสั่งทางปกครองที่ไม่ขัดแย้งกฎหมายและมีผลเป็นการให้สิทธิประโยชน์เป็นครั้งเดียว (einmalige Geldleistung) หรือต่อเนื่อง (laufende Geldleistung) รวมไปถึงทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ (teilbare Sachleistung) หรือมีสิทธิหรือประโยชน์ดังกล่าวเป็นเงื่อนไขในการออกคำสั่งทางปกครอง เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจถูกเพิกถอนได้ หากผู้รับคำสั่งได้รับความคุ้มครองจากความเชื่อโดยสุจริตในความดำรงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง และความคุ้มครองเช่นนั้นมิคว่ำค่าเหนือกว่าประโยชน์สาธารณะที่อาจได้รับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ ผู้รับคำสั่งย่อมได้รับความคุ้มครองจากความเชื่อโดยสุจริตในความดำรงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง หากผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์จากเงินที่ได้มาจนหมด หรือได้จัดการทรัพย์สินของตนในลักษณะที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้นั้นต้องเสียหายเกินควรแก่กรณี อย่างไรก็ตาม ผู้รับคำสั่งไม่อาจอ้างความคุ้มครองจากความเชื่อโดยสุจริตในความดำรงอยู่ของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 48 วรรคสอง ประโยคที่สาม



ข้อสอง แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าวได้ หากผู้ฟ้องคดีได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงในส่วนที่เป็นสาระสำคัญต่อการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ นอกจากนี้ ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 48 วรรคสอง ประโยคที่สาม แห่งรัฐบัญญัติฉบับเดียวกันนั้น กำหนดให้โดยหลักแล้วเจ้าหน้าที่จะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้มีผลย้อนหลัง เว้นแต่จะปรากฏข้อเท็จจริงเป็นอย่างอื่นที่มีน้ำหนักเพียงพอให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้มีผลตั้งแต่วันที่เพิกถอนได้

20. ด้วยเหตุนี้ การเพิกถอนคำสั่งอนุมัติให้เงินช่วยเหลือและการเรียกคืนเงินช่วยเหลือลงวันที่ 9 ตุลาคม ค.ศ. 2020 จึงเป็นการกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากคำสั่งทางปกครองเดิม (คำสั่งอนุมัติเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือฉุกเฉิน) เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งยังไม่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ได้ใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเพิกถอนคำสั่งเดิมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และในกรณีตามข้อเท็จจริงผู้ฟ้องคดีเองก็ไม่อาจอ้างความคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการดำรงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้

21. โดยสรุปแล้วจึงกล่าวได้ว่า คำสั่งเดิมที่มีผลเป็นการอนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉินให้แก่ผู้ฟ้องคดี เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

22. ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งอนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉิน ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 2020 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการอนุมัติเงินช่วยเหลือจำนวน 13,800 ยูโร เกิดจากการที่ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเชื่อได้ว่า หากไม่มีเงินจำนวนดังกล่าวจะทำให้กิจการของผู้ฟ้องคดีเสี่ยงต่อการต้องปิดกิจการแต่อย่างใด นอกจากนี้ ผู้ฟ้องคดียังได้บรรยายฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีมีความจำเป็นต้องใช้เงินเพียง 3,600 ยูโร เท่านั้น ในการรักษากิจการให้ดำรงอยู่ต่อไปได้ และได้คืนเงินให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีไปแล้วจำนวน 13,800 ยูโร ด้วยเหตุนี้ เงินที่ได้อนุมัติจ่ายให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นจำนวน 20,000 ยูโร นั้น จึงมีเงินส่วนที่อนุมัติไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจำนวน 13,800 ยูโร ที่สามารถยืนยันได้ในเบื้องต้นนี้

23. อย่างไรก็ตาม คำสั่งเพิกถอนคำสั่งอนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉินและคำสั่งเรียกเงินคืนไม่เพียงแต่เป็นการกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนของเงินจำนวน 13,800 ยูโร เท่านั้น แต่ยังรวมถึงส่วนที่เหลืออีก 6,200 ยูโร อีกด้วย ด้วยเหตุนี้ คำสั่งเพิกถอนคำสั่งอนุมัติจ่ายเงินช่วยเหลือฉุกเฉินและคำสั่งเรียกเงินคืนจำนวน 20,000 ยูโร จึงเป็นการกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งหมด

24. เหตุผลที่ทำให้คำสั่งเพิกถอนคำสั่งอนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉินในส่วนที่เหลืออีก 6,200 ยูโร เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เนื่องมาจากเงินช่วยเหลือฉุกเฉินแก่ผู้ประกอบการแพรรระบาดของไวรัสโคโรนา เป็นเงินอุดหนุนประเภทที่อนุมัติจากมาตรการของรัฐโดยสมัครใจ (freiwillige Staatliche Maßnahmen) กล่าวคือ เป็นเงินอนุมัติที่เบิกจ่ายโดยไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดสิทธิแก่ผู้ฟ้องคดีให้ได้รับเงินช่วยเหลือฉุกเฉินไว้โดยเฉพาะเจาะจง แต่เป็นการอนุมัติจ่ายเงินโดยอาศัยระเบียบหรือแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้อง อันเป็นแนวปฏิบัติที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการเบิกจ่ายเงินใช้ดุลพินิจโดยคำนึงถึงความเสมอภาคกันระหว่างผู้ยื่นคำขอและความเหมาะสมกับงบประมาณรายจ่ายที่ได้กำหนดไว้

ในแต่ละปีงบประมาณ ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 53 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยงบประมาณแห่งมลรัฐเฮสเซ็น ด้วยเหตุนี้ ผู้ยื่นคำขอเงินอุดหนุนประเภทที่อนุมัติจากมาตรการของรัฐโดยสมัครใจจะมีสิทธิในการเรียกร้อง ให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอนุมัติเบิกจ่ายเงินในกรณียกเว้นเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้อง ปฏิบัติให้เป็นไปตาม “หลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมระหว่างผู้ที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน” (Gleichbehandlungsgrundsatz) ตามนัยมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งตามหลักการดังกล่าวฝ่ายปกครองจะต้อง ผูกพันต่อแนวปฏิบัติของตนในการเบิกจ่ายเงินแก่ผู้ยื่นคำขอที่มีคุณสมบัติอย่างเดียวกัน อันเป็นแนวปฏิบัติ ที่ได้มีการปฏิบัติตามกันมาอย่างต่อเนื่อง (Selbstbindung der Verwaltung)

25. อย่างไรก็ตาม ระเบียบการอนุมัติเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือฉุกเฉินตามกรณีพิพาทยังมีใช้ ระเบียบ ไม่มีผลบังคับผูกพันเพียงพอที่เป็นระเบียบเพื่อกำหนดแนวทางให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจไปใน แนวทางใดแนวทางหนึ่งที่กำหนดไว้ได้ (ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift) ระเบียบฉบับดังกล่าว จึงไม่มีผลบังคับผูกพันโดยตรงต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลภายนอก แต่จะมีผลบังคับผูกพันไปยังบุคคลภายนอก ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ได้ปฏิบัติต่อผู้ยื่นคำขอที่มีคุณสมบัติอย่างเดียวกันไปในแนวทางใดแนวทางหนึ่งอย่างสม่ำเสมอ ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครองจึงต้องวินิจฉัยคดีโดยผูกพันต่อวัตถุประสงค์ของการอนุมัติเบิกจ่ายเงินฉุกเฉิน ดังที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดไว้ให้

26. ประเด็นที่สำคัญสำหรับการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่โดยศาลปกครอง ก็คือ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการพิจารณาอนุมัติเบิกจ่ายเงินได้คำนึงถึงกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการอนุมัติ เบิกจ่ายเงินอย่างเพียงพอหรือไม่ และเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการพิจารณาอนุมัติเบิกจ่ายเงินจำต้องผูกพัน ต่อหลักความเสมอภาคมากเพียงใด โดยสิทธิในการเรียกร้องในการให้อนุมัติเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือฉุกเฉิน ตามหลักความผูกพันตนเองของฝ่ายปกครอง และหลักความเสมอภาคตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ของกฎหมาย พื้นฐาน จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ยื่นคำร้องมีคุณสมบัติครบถ้วนตามแนวทางในการอนุมัติเบิกจ่ายเงิน ทั้งยัง ได้มีคำขอจากผู้ที่มีข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกันกับผู้ยื่นคำขอ และเจ้าหน้าที่ได้อนุมัติเบิกจ่ายเงินตามคำขอ ในลักษณะนั้นมาโดยตลอด กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ โดยหลักแล้วระเบียบที่เกี่ยวกับการเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือ ฉุกเฉินเป็นเพียงเครื่องมือในการอำนวยความสะดวกให้แก่ฝ่ายปกครองในการจัดสรรเงินงบประมาณ และการใช้ดุลพินิจอนุมัติเบิกจ่ายเงิน (Ermessenshandhabung) ส่วนความผูกพันของฝ่ายปกครอง ในการใช้ดุลพินิจไปในแนวทางใดแนวทางหนึ่ง (Ermessensbindung) จะเกิดจากแนวปฏิบัติที่เกิดขึ้น อย่างสม่ำเสมอต่อข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกัน (festgestellte tatsächliche ständige Verwaltungspraxis) เท่านั้น ด้วยเหตุนี้ ประเด็นสำคัญที่ต้องมานำมาวินิจฉัยในคดีนี้ ก็คือ แนวปฏิบัติของผู้ถูกฟ้องคดีต่อกรณี ที่มีข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกันกับผู้ฟ้องคดีทราบเท่าที่แนวปฏิบัติของฝ่ายปกครองเหล่านั้นมิได้นำไปสู่ผลที่ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น เจ้าหน้าที่ได้พิจารณาโดยมิได้คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของระเบียบในการเบิกจ่ายเงิน อย่างเพียงพอ (หลักการเช่นเดียวกันกับคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นเมืองเวือทซ์บวร์ค (VG Würzburg) ฉบับลงวันที่ 16 พฤศจิกายน ค.ศ. 2020)

27. จากหลักเกณฑ์ดังที่กล่าวมาข้างต้นนี้ หากพิจารณาจากระเบียบในการเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือฉุกเฉินและแนวปฏิบัติของฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องแล้ว ผู้ฟ้องคดีมิใช่ผู้มีสิทธิยื่นคำขอเพื่อรับอนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉิน ด้วยเหตุนี้ การอนุมัติเบิกจ่ายเงินตามคำสั่งลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 2020 จึงเป็นการอนุมัติเบิกจ่ายเงินที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

28. เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงความซ้ำซ้อนในการพิจารณา ศาลปกครองให้เหตุผลในการพิจารณาเป็นไปตามรายละเอียดที่ได้รับระบุไว้ในคำสั่งเพิกถอนคำสั่งอนุมัติเบิกจ่ายเงินลงวันที่ 9 ตุลาคม ค.ศ. 2020 คำให้การลงวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 2020 และคำคัดค้านคำให้การลงวันที่ 5 มีนาคม ค.ศ. 2021 ทั้งนี้ ตามมาตรา 117 วรรคห้า แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาคดีปกครอง เนื่องจากในคำสั่งเพิกถอนและคำให้การฉบับดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนแล้วว่าคำสั่งอนุมัติเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือฉุกเฉินเป็นคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และผู้ฟ้องคดีมิใช่ผู้มีคุณสมบัติในการขอเงินช่วยเหลือฉุกเฉิน

29. ศาลปกครองมีความเห็นว่า กิจกรรมของผู้ฟ้องคดีมิใช่กิจการที่ดำเนินไปได้โดยราบรื่น (gesundes Unternehmen) จนถึงวันที่ 11 มีนาคม ค.ศ. 2020 เนื่องจากสถานะทางบัญชีเงินฝากกิจการของผู้ฟ้องคดีแสดงให้เห็นว่า กิจกรรมของผู้ฟ้องคดีขาดสภาพคล่องทางการเงินตั้งแต่วันที่ที่มีการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา โดยผู้ฟ้องคดีได้ใช้เงินเกินบัญชีไปเกือบ 22,000 ยูโร อันเป็นวงเงินขั้นสูงที่ผู้ฟ้องคดีได้รับอนุมัติให้เบิกเกินบัญชีได้ ทั้งสถานะทางการเงินของกิจการของผู้ฟ้องคดีก็ยังไม่เปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ ถึงแม้ว่าจะมีการระบาดของไวรัสโคโรนาไปแล้ว ดังจะสังเกตได้จากการที่บัญชีกิจการของผู้ฟ้องคดีมีสถานะติดลบตั้งแต่เดือนธันวาคม ค.ศ. 2019 จนถึงเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2020 และยังคงมีการเบิกเงินจากบัญชีเกินถึงกรอบวงเงินสูงสุดของการเบิกเงินเกินบัญชีเสมอมา ด้วยเหตุนี้ จึงสรุปได้ว่ากิจกรรมของผู้ฟ้องคดีเป็นกิจการที่ตกอยู่ในสถานะขาดสภาพคล่องทางการเงินตั้งแต่วันที่ที่มีการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา และก็ยังคงไม่เปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญหลังจากที่มีการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนาแล้ว การที่กิจการของผู้ฟ้องคดีขาดสภาพคล่องทางการเงินจึงมิได้เป็นผลจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนาโดยตรง

30. นอกจากนี้ ผู้ถูกฟ้องคดียังได้คำนวณสถานะการขาดรายได้ของกิจการของผู้ฟ้องคดีได้อย่างถูกต้องแล้ว โดยผู้ถูกฟ้องคดีชี้ให้เห็นว่ากิจการของผู้ฟ้องคดียังคงเป็นกิจการที่ทำกำไรได้ในเดือนมีนาคม ค.ศ. 2020 ถึงเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2020 และด้วยเหตุนี้ จึงยังมีใช้กิจการที่มีความเสี่ยงถึงขนาดต้องเลิกกิจการ โดยมีรายละเอียดของสถานะทางการเงินของกิจการของผู้ฟ้องคดีในเดือนมีนาคม ค.ศ. 2020 ถึงเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2020 ดังนี้ ในเดือนมีนาคมกิจการของผู้ฟ้องคดีมีกำไร 2,939.85 ยูโร ในเดือนเมษายนมีกำไร 2,317.47 ยูโร ในเดือนพฤษภาคมมีกำไร 11,724.71 ยูโร และในเดือนมิถุนายนมีกำไร 1,477.74 ยูโร ทั้งนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีก็ได้ประเมินรายจ่ายที่สามารถนำมาใช้ในการขออนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉินได้อย่างถูกต้องเช่นเดียวกัน โดยผู้ถูกฟ้องคดีได้กล่าวอ้างมาโดยชอบว่า เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของ “ระเบียบว่าด้วยการเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือฉุกเฉินสำหรับผู้ประสบภัยจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา” (Richtlinie des Corona-Virus-Soforthilfeprogramms Hessen 2020) ประกอบกับแนวปฏิบัติของผู้ถูกฟ้องคดีที่มีต่อการเบิกจ่ายเงิน ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงเช่นเดียวกันกับผู้ฟ้องคดีแล้ว ค่าใช้จ่ายสำหรับ

บุคลากรที่ปฏิบัติหน้าที่ในกิจการ ย่อมมิใช่ค่าใช้จ่ายที่สามารถนำมารวมกับรายจ่ายอื่นเพื่อยื่นขออนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉินได้ เนื่องจากค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับบุคลากรที่ปฏิบัติหน้าที่ในกิจการนั้น เป็นค่าใช้จ่ายที่ต้องนำไปยื่นเป็นคำขอเงินช่วยเหลือประเภท “เงินช่วยเหลือระยะสั้นแก่ลูกจ้างในกิจการที่ประสบภัยจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา” (Kurzarbeitergeld) เสียก่อน จึงจะมายื่นคำขออนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉินได้ และค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับภาษีอากรก็มีรายจ่ายที่นำมาคำนวณรวมกับรายจ่ายอื่นเพื่อยื่นขอเงินช่วยเหลือฉุกเฉินได้เช่นเดียวกัน เนื่องจากเจ้าหน้าที่กรมสรรพากรได้มีนโยบายในการให้ผู้ประสบภัยจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนาสามารถยื่นคำขอพักชำระหนี้ภาษีอากรเป็นการชั่วคราวได้ ด้วยเหตุนี้เพื่อลดความเสี่ยงที่จะต้องเลิกกิจการ การขอรับความช่วยเหลือเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในทางภาษีอากรจึงต้องกระทำโดยการขอพักชำระหนี้กับเจ้าหน้าที่กรมสรรพากรก่อนที่จะมาใช้สิทธิรับเงินช่วยเหลือฉุกเฉินได้นอกจากนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีก็ได้กล่าวอ้างไว้อย่างชัดเจนแล้วว่าผู้ฟ้องคดียังแสดงพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับ “ค่าใช้จ่ายอื่น ๆ” (sonstige Kosten) ไม่ชัดเจนเพียงพอ ผู้ฟ้องคดีจึงไม่สามารถนำค่าใช้จ่ายดังกล่าวมารวมเป็นรายจ่ายเพื่อขอเงินช่วยเหลือฉุกเฉินได้ กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดียังมีได้ชี้แจงให้เห็นได้ว่ารายจ่ายในแต่ละรายการย่อยที่ระบุมาในหมวดค่าใช้จ่ายอื่น ๆ นั้นเกี่ยวข้องกับกิจการของผู้ฟ้องคดีอย่างไรบ้าง ซึ่งโดยหลักการแล้วผู้ยื่นคำขอเงินอุดหนุนจากรัฐไม่ว่าจะเป็นเงินอุดหนุนประเภทใดก็ตาม ย่อมมีภาระในการพิสูจน์หรือนำสืบให้เห็นว่าตนเป็นผู้มีสิทธิยื่นคำขออย่างแท้จริง และรายการค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่ได้ระบุมาในคำขอนั้นเป็นรายจ่ายที่สามารถนำมาขอรับเงินสนับสนุนจากรัฐได้อย่างแท้จริง แต่ผู้ฟ้องคดีหาได้ปฏิบัติตามหน้าที่เช่นนั้นไม่ และถึงแม้ผู้ถูกฟ้องคดีจะได้อธิบายว่ากิจการของผู้ฟ้องคดีอาจมีค่าใช้จ่ายบางส่วนเป็นสินค้าที่อาจเน่าเสียได้ง่ายและอาจจะบูมในหมวด “การจัดซื้อวัตถุดิบหรือสินค้าเพื่อนำมาใช้ในกิจการ” (Material/Wareneinkauf) เพื่อนำมาคำนวณรวมเป็นรายจ่ายเพื่อขออนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉินได้ แต่ผู้ฟ้องคดีกลับมิได้แจกแจงรายละเอียดให้ศาลเห็นว่าสินค้าที่ใช้ในกิจการของผู้ฟ้องคดีเป็นสินค้าประเภทใดบ้าง เพราะหากสินค้าที่ผู้ฟ้องคดีจัดซื้อเพื่อนำมาใช้ในกิจการระหว่างที่มีการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนาเป็นเพียงปุ๋ย ดินสำหรับปลูกต้นไม้ กระถางต้นไม้ หรือระบบรดน้ำต้นไม้ เช่นนี้แล้วก็ย่อมมิใช่รายจ่ายที่สามารถนำมายื่นขออนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉินได้ เนื่องจากสินค้าเหล่านี้มิใช่สินค้าที่เน่าเสียได้ง่าย หากแต่เป็นสินค้าที่ผู้ฟ้องคดีสามารถเก็บไว้จำหน่ายเพื่อทำการต่อไปได้

31. ถึงแม้เมื่อพิจารณาจากลักษณะกิจการของผู้ฟ้องคดีแล้วพบว่า ค่าใช้จ่ายบางส่วนจะเป็นค่าใช้จ่ายที่อาจนำมาคำนวณรวมเป็น “ค่าใช้จ่ายอื่น” ได้ก็ตาม แต่เมื่อตรวจสอบรายได้ของกิจการของผู้ฟ้องคดีตั้งแต่เดือนมีนาคมถึงเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2020 แล้ว จะเห็นได้ว่ากิจการของผู้ฟ้องคดียังคงเป็นกิจการที่สามารถทำกำไรได้อยู่ โดยในเดือนมีนาคมกิจการของผู้ฟ้องคดีมีกำไร 1,400 ยูโร ในเดือนเมษายนกิจการของผู้ฟ้องคดีมีกำไร 1,350 ยูโร ในเดือนพฤษภาคมกิจการของผู้ฟ้องคดีมีกำไร 8,700 ยูโร และในเดือนมิถุนายนกิจการของผู้ฟ้องคดีมีกำไร 600 ยูโร ด้วยเหตุนี้ กิจการของผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่กิจการที่เสี่ยงต่อการขาดทุนจนถึงขนาดต้องปิดกิจการ นอกจากนี้ จากแนวปฏิบัติทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีในกรณีนี้

ผู้ยื่นคำขอมีคุณสมบัติในการทำงานเดียวกันกับผู้ฟ้องคดีแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีจะไม่อนุมัติเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือให้แก่ผู้ยื่นคำขอ ซึ่งการปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงเช่นเดียวกันกับผู้ฟ้องคดีให้เป็นไปในการทำงานเดียวกันนั้นเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของระเบียบในการเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือฉุกเฉินสำหรับผู้ประสบภัยจากไวรัสโคโรนา ลงวันที่ 27 มีนาคม ค.ศ. 2020 แล้ว โดยผู้ถูกฟ้องคดีได้อธิบายและแสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของแนวปฏิบัติในการเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือฉุกเฉินฉบับนี้ แนวปฏิบัติในการเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือฉุกเฉินฉบับนี้มิได้มีวัตถุประสงค์ในการขดเชยการขาดรายได้หรือขาดทุนให้แก่ผู้ประกอบการ แต่เป็นการทำให้กิจการสามารถอยู่รอดและประกอบกิจการต่อไปได้ การเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือฉุกเฉินให้แก่กิจการของผู้ฟ้องคดีที่ยังสามารถทำกำไรได้อยู่ จึงขัดต่อวัตถุประสงค์ของแนวปฏิบัติในการเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือฉุกเฉินฉบับนี้

32. จากหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้อนุมัติเงินอุดหนุนของรัฐ ที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว พบว่า แนวปฏิบัติในการเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือฉุกเฉินสำหรับผู้ประสบภัยจากไวรัสโคโรนา ลงวันที่ 27 มีนาคม ค.ศ. 2020 มิได้มีการระบุความหมายของกิจการที่ประสบภาวะขาดทุนจนต้องปิดกิจการไว้ การจะพิจารณาว่ากิจการใดเป็นกิจการประสบภาวะขาดทุนจนต้องปิดกิจการ จึงต้องกระทำโดยอาศัยแนวปฏิบัติของผู้ฟ้องคดีที่ได้ปฏิบัติต่อการพิจารณาคำขออย่างสม่ำเสมอ ด้วยเหตุนี้ คำสั่งอนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉินให้แก่ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งเพิกถอนคำสั่งอนุมัติเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือฉุกเฉินให้แก่ผู้ฟ้องคดีและคำสั่งเรียกเงินคืน จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีข้อบกพร่องตามกฎหมาย โดยเหตุผลสำคัญที่ทำให้คำสั่งเพิกถอนคำสั่งอนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉินให้แก่ผู้ฟ้องคดีและคำสั่งเรียกเงินคืนเป็นคำสั่งทางปกครองที่ปราศจากข้อโต้แย้งในทางกฎหมาย เนื่องจากไม่ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้ใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในการออกคำสั่งดังกล่าว และผู้ฟ้องคดีก็ไม่อาจอ้างความคุ้มครองจากความเชื่อถือในความดำรงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้

33. ประการแรก ถึงแม้ว่าก่อนที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะออกคำสั่งทางปกครองพิพาทผู้ถูกฟ้องคดีจะมีได้เปิดโอกาสให้มีการรับฟังผู้มีส่วนได้เสียให้เป็นไปตามขั้นตอนและวิธีการที่กำหนดไว้ในมาตรา 28 แห่งรัฐธรรมนูญวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของมลรัฐเฮสเซนก็ตาม ก็ได้ส่งผลให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจเพิกถอนได้ เนื่องจากข้อบกพร่องในลักษณะนี้เป็นข้อบกพร่องที่สามารถแก้ไขในภายหลังได้ด้วยการที่ผู้ฟ้องคดีได้มีโอกาสดำเนินการหลักฐานของตนในกระบวนการพิจารณาของศาลตามนัยมาตรา 45 วรรคหนึ่ง ข้อสาม แห่งรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน นอกจากนี้ ลำพังเฉพาะแต่การที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้รับฟังคู่กรณียังไม่เพียงพอที่จะถือได้ว่าการไม่รับฟังนั้นมีผลกระทบต่อเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 46 แห่งรัฐธรรมนูญวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของมลรัฐเฮสเซน

34. ประการต่อมา ผู้ฟ้องคดียังไม่อาจอ้างความคุ้มครองจากความเชื่อถือในความดำรงอยู่ของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 48 วรรคสอง ประโยคที่สาม ข้อสอง แห่งรัฐธรรมนูญวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของมลรัฐเฮสเซนได้ เนื่องจากการออกคำสั่งเดิมอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลที่ไม่ต้องตรงกับความเป็นจริง กล่าวคือ การออกคำสั่งอนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉินนั้นอยู่บนพื้นฐานที่ว่า กิจการของผู้ฟ้องคดีเป็นกิจการที่ตกอยู่ในสถานะขาดทุนจนเสี่ยงต่อการต้องปิดกิจการอันเนื่องมาจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา

ทั้งผู้ฟ้องคดียังได้ยื่นพยานเอกสารเกี่ยวกับสถานะทางการเงินของกิจการของตน เพื่อให้เจ้าหน้าที่เชื่อว่าข้อสันนิษฐานนี้เป็นความจริง โดยที่เจ้าหน้าที่มีอาจตรวจสอบภายในวันเดียวกับที่มีการยื่นคำขอว่าสิ่งที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างเป็นความจริงหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำขอของผู้ฟ้องคดีได้มีการบรรยายถึงสถานะทางการเงินก่อนที่จะเกิดการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนามาให้ละเอียดพอที่จะเข้าใจได้ นอกจากนี้ระเบียบในการอนุมัติเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือฉุกเฉินมีวัตถุประสงค์ที่จะให้เจ้าหน้าที่เบิกจ่ายเงินให้แก่ผู้ยื่นคำขอได้อย่างรวดเร็ว เจ้าหน้าที่จึงต้องมีโอกาสในการตรวจสอบคำขอให้ละเอียดและรอบด้านอีกครั้งเพื่อเพิกถอนคำสั่งอนุมัติเบิกจ่ายเงินที่ได้ออกโดยอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ผิดพลาด ทั้งนี้ มาตรา 48 วรรคสอง ประโยคที่สาม ข้อสาม แห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว มิได้กำหนดเงื่อนไขในการตัดผู้รับคำสั่งออกจากความคุ้มครองโดยสุจริตในความดำรงอยู่ของคำสั่งทางปกครองว่าต้องเป็นความผิดของผู้รับคำสั่งทางปกครองโดยตรงเท่านั้น หากแต่ต้องพิจารณาในแง่มุมทางภววิสัยว่าเงื่อนไขในการออกคำสั่งทางปกครองไม่มีอยู่จริงก็เพียงพอแล้ว (รายละเอียดเป็นไปตาม Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 17. Aufl. 2016, § 48 Rdnr. 119; Müller, in: BeckOK, VwVfG, Stand April 2020, § 48 Rdnr. 78)

35. นอกจากนี้ ยังไม่ปรากฏการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการอนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉิน

36. การใช้ดุลพินิจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการอนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉินนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีได้ให้เหตุผลประกอบและพิจารณาถึงส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องอย่างเพียงพอแล้ว นอกจากนี้ ผู้ถูกฟ้องคดียังได้ระบุไว้อย่างชัดเจนในข้อ 7 ของคำสั่งอนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉินว่า ผู้ถูกฟ้องคดีสามารถเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้ หากผู้ฟ้องคดีมิใช่ผู้ที่มีคุณสมบัติในการยื่นคำขอตั้งแต่นั้น

37. ทั้งนี้ การใช้ดุลพินิจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการอนุมัติเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือจากรัฐ (Subventionsbescheid) ยังต้องคำนึงถึงหลัก “การใช้ดุลพินิจให้เป็นไปในแนวทางที่กฎหมายกำหนด” (intendierte Ermessensausübung) ตามหลักการดังกล่าวเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งอนุมัติเงินช่วยเหลือจากรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะปรากฏข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นพิเศษที่ทำให้ผู้ออกคำสั่งทางปกครองสามารถใช้ดุลพินิจที่จะไม่เพิกถอนคำสั่งนั้นได้ ซึ่งในกรณีตามข้อเท็จจริงไม่ปรากฏสถานการณ์พิเศษเช่นนั้นแต่อย่างใด

38. เหตุผลที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการอนุมัติเงินช่วยเหลือจากรัฐจะต้องใช้ดุลพินิจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นหลัก เว้นแต่จะปรากฏสถานการณ์พิเศษอย่างใดอย่างหนึ่ง นั้น เนื่องจาก “หลักการดำเนินกิจการที่เกี่ยวข้องกับการเงินการคลังภายใต้หลักความประหยัดและสมเหตุสมผลในทางเศรษฐศาสตร์” (haushaltsrechtliche Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit) ด้วยเหตุนี้ หากไม่ปรากฏพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเป็นพิเศษ เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองสามารถเพิกถอนคำสั่งเช่นนั้นได้โดยไม่ต้องระบุเหตุผลในการเพิกถอนคำสั่งไว้โดยละเอียดแต่อย่างใด ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่จะต้องให้เหตุผลในการเพิกถอนคำสั่งไว้



อย่างละเอียดก็ต่อเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งที่อาจทำให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองใช้ดุลพินิจแตกต่างออกไปจากเดิมเท่านั้น (ดังเช่นตัวอย่างที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐ ฉบับลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 2020 ฉบับลงวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 2002 และฉบับลงวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ. 1997 คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นเมืองเฮสเซิน ฉบับลงวันที่ 3 พฤศจิกายน ค.ศ. 2016 คำพิพากษาลงวันที่ 13 พฤษภาคม ค.ศ. 2014 คำสั่งฉบับลงวันที่ 22 พฤษภาคม ค.ศ. 2013 และคำพิพากษาลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2016 คำพิพากษาศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มลรัฐซัคเซิน คำพิพากษาลงวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 2015 และคำพิพากษาลงวันที่ 29 ตุลาคม ค.ศ. 2015 คำสั่งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มลรัฐนอร์ทไรน์-เว็สท์ฟาเลิน ฉบับลงวันที่ 29 พฤษภาคม ค.ศ. 2017 และคำสั่งฉบับลงวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2015 คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นเมืองเกิเซิน ฉบับลงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2016 คำพิพากษาลงวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ. 2017 คำพิพากษาลงวันที่ 20 กันยายน ค.ศ. 2019 คำพิพากษาลงวันที่ 3 ธันวาคม ค.ศ. 2020 ส่วนคำวินิจฉัยที่ต่างออกไปโปรดดูคำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐ ฉบับลงวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ. 2015 และคำพิพากษาลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2021 ซึ่งในคำพิพากษากลุ่มนี้ได้มีการวินิจฉัยว่า การอนุมัติเงินอุดหนุนมิได้เกิดจากการนำข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องหรือขาดหายไปในการสำคัญมาพิจารณา เนื่องจากกระบวนการพิจารณาได้เป็นไปตามหลักการยื่นคำขอ โดยถูกต้องและสมบูรณ์ (Grundsätze der Antragsrichtigkeit und -vollständigkeit) แล้ว หลักการเช่นนี้ย่อมนำมาใช้กับการอนุมัติเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือฉุกเฉินแก่ผู้ประกอบการจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา เช่นเดียวกัน เนื่องจากในการอนุมัติเบิกจ่ายเงินในรูปแบบเช่นว่านี้เป็นการเบิกจ่ายเงินที่ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของเอกชนผู้ได้รับอนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉินกับประโยชน์สาธารณะในการพิจารณาอนุมัติเบิกจ่ายเงินให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง และประโยชน์สาธารณะในการดำเนินกิจการที่เกี่ยวข้องกับการเงินการคลังภายใต้หลักความประหยัดและสมเหตุสมผลในทางเศรษฐศาสตร์ ซึ่งในกรณีตามข้อเท็จจริง การรักษาประโยชน์สาธารณะทั้งสองประการมีคุณค่าเหนือกว่าการคุ้มครองประโยชน์ของเอกชนผู้ได้รับอนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉิน หลักการเช่นว่านี้เป็นหลักการที่ไม่อาจยกเว้นได้ แม้กระทั่งในสถานการณ์ที่มีภาวะการระบาดของโรคครั้งใหญ่ (Pandemielage) ดังเช่นในปัจจุบันก็ตาม

39. การเรียกคืนเงินช่วยเหลือฉุกเฉินในจำนวนที่ผู้ถูกฟ้องคดีกล่าวอ้าง จึงเป็นการกระทำที่ขัดด้วยกฎหมาย

40. ฐานทางกฎหมายสำหรับการเรียกเงินคืนในครั้งนี้ ก็คือ มาตรา 49a วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของมลรัฐเฮสเซิน จากบทบัญญัติดังกล่าวผู้ฟ้องคดีจะต้องคืนเงินช่วยเหลือฉุกเฉินที่ได้รับไว้ก็ต่อเมื่อได้มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้มีผลย้อนหลังดังเช่นในกรณีตามข้อเท็จจริงนี้ โดยมาตรา 44a วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง แห่งรัฐบัญญัติเดียวกัน กำหนดให้การเรียกเงินคืนโดยผลจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องทำเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

41. ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองเกิเซินจึงมีคำพิพากษายกฟ้อง โดยให้ค่าธรรมเนียมตกเป็นพับแก่ผู้ฟ้องคดีตามนัยมาตรา 154 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาคดีปกครอง ผลของคำสั่งว่าด้วยวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาให้เป็นไปตามมาตรา 167 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาคดีปกครอง ประกอบมาตรา 708 ข้อสิบเอ็ด และมาตรา 711 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ส่วนที่สาม ข้อสังเกตจากคำพิพากษา

คำพิพากษาดังกล่าวมีประเด็นปัญหาที่น่าสนใจ 2 ประเด็น ได้แก่ **ประเด็นที่หนึ่ง** ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความผูกพันของฝ่ายปกครองในการใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ รวมไปถึงถึงแนวปฏิบัติของตนที่เกี่ยวข้องกับการอนุมัติเบิกจ่ายเงินของรัฐ **ประเด็นที่สอง** ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

1. ข้อสังเกตเกี่ยวกับความผูกพันของฝ่ายปกครองในการใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตาม

หลักเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติของตน

ในคำพิพากษาดังกล่าว ศาลปกครองแห่งเมืองเกิเซินได้วินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง (begünstigender Verwaltungsakt) ซึ่งโดยทั่วไปแล้วคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการให้ประโยชน์มิใช่การกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน (Eingriffsverwaltung) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจึงสามารถออกคำสั่งทางปกครองประเภทดังกล่าวได้โดยไม่ต้องมีฐานอำนาจจากกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองยังคงต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์ที่ตนได้กำหนดไว้หรือแนวปฏิบัติของตน ในคดีนี้จึงมีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการอนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉินมีความผูกพันต่อ “ระเบียบว่าด้วยการอนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉินสำหรับผู้ประสบภัยจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา” (Richtlinie des Corona-Virus-Soforthilfeprogramms Hessen 2020) หรือไม่ เพียงใด ต่อประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความผูกพันต่อเจ้าหน้าที่ของระเบียบว่าด้วยการเบิกจ่ายเงินช่วยเหลือฉุกเฉินนั้น โดยหลักการทั่วไปแล้ว “ระเบียบภายในฝ่ายปกครอง” (Verwaltungsvorschrift) เป็นรูปแบบของการกระทำทางปกครองที่ไม่มีผลผูกพันต่อบุคคลภายนอก (Außenwirkung) หากเนื้อหาของระเบียบเช่นนั้นเป็นเพียงการจัดโครงสร้างของหน่วยงานทางปกครอง (organisatorische Verwaltungsvorschrift) และถึงแม้ระเบียบภายในฝ่ายปกครองจะมีเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิหน้าที่ของบุคคล (verhaltenslenkende Verwaltungsvorschrift) ก็ตาม แต่หากระเบียบดังกล่าวเป็นเพียงมาตรการภายในฝ่ายปกครองที่เป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจ (ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift) ระเบียบดังกล่าวจะมีผลผูกพันต่อบุคคลภายนอกผ่านหลักความเสมอภาคตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน



เท่านั้น⁸ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ตีความระเบียบให้มีผลต่อบุคคลที่มีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งอย่างสม่ำเสมอ และการปฏิบัติเช่นนั้นเป็นการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่ได้กำหนดไว้ในระเบียบนั้นเอง หรืออาจตีความได้จากการตีความข้อกำหนดต่าง ๆ ในระเบียบฉบับนั้นเอง กล่าวอีกนัยหนึ่ง หากแนวปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นแนวปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แนวปฏิบัติเช่นนั้นก็ไม่มีผลผูกพันบุคคลภายนอก แม้จะมีการปฏิบัติเช่นนั้นอย่างสม่ำเสมอก็ตาม ซึ่งกรณีตามข้อเท็จจริงกิจการของผู้ฟ้องคดีเป็นกิจการที่ประสบภาวะขาดรายได้มาตั้งแต่ก่อนที่จะเกิดการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา ผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่ผู้ที่มีคุณสมบัติยื่นขอเงินช่วยเหลือตามระเบียบฉบับดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ ผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจอ้างผลบังคับผูกพันของระเบียบดังกล่าวผ่านหลักความเสมอภาคได้

2. ข้อสังเกตเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง

เหตุที่ศาลปกครองในคดีนี้วินิจฉัยให้คำสั่งเพิกถอนคำสั่งอนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉินเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการอนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉินตาม “ระเบียบว่าด้วยการอนุมัติเงินช่วยเหลือฉุกเฉินสำหรับผู้ประสบภัยจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา” เป็นการอนุมัติเงินช่วยเหลือประเภทที่เบิกจ่ายจากมาตรการของรัฐโดยสมัครใจ (freiwillige staatliche Maßnahmen) กล่าวคือ เป็นการเบิกจ่ายโดยไม่มีกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติกำหนดหน้าที่ให้รัฐต้องสนับสนุนเงินอุดหนุนให้แก่ประชาชนโดยตรง การเพิกถอนการอนุมัติเงินช่วยเหลือประเภทดังกล่าวนอกจากจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของผู้รับคำสั่งกับประโยชน์ของการรักษาความมั่นคงแน่นอนของการใช้กฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการอนุมัติเบิกจ่ายเงินแล้ว เจ้าหน้าที่ที่เพิกถอนคำสั่งยังต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะในการดำเนินนโยบายทางการเงินการคลังให้เป็นไปด้วยความประหยัดและความสมเหตุสมผลในทางเศรษฐศาสตร์อีกด้วย ด้วยเหตุนี้ เมื่อผู้ฟ้องคดีมิได้แจ้งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกิจการของตนให้ครบถ้วนในสาระสำคัญ ผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจอ้างความเชื่อโดยสุจริตในความดำรงอยู่ของคำสั่งอนุมัติเบิกจ่ายเงินฉบับดังกล่าวได้

คำสำคัญ : การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง, ไวรัสโคโรนา, กฎหมายว่าด้วยเงินอุดหนุนจากรัฐ, ความสุจริต, ระเบียบภายในฝ่ายปกครอง, แนวปฏิบัติของฝ่ายปกครอง, ความผูกพันตนเองของฝ่ายปกครอง

⁸ รายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับความแตกต่างระหว่างระเบียบภายในฝ่ายปกครองที่เป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจ (ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift) กับระเบียบภายในฝ่ายปกครองที่เป็นแนวทางการใช้และการตีความกฎหมาย (norminterpretierende Verwaltungsvorschrift) และระเบียบภายในฝ่ายปกครองที่เป็นแนวทางในการทำให้กฎหมายเป็นรูปธรรม (normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift) โปรดดู Sodan/Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, 7. Auflage, München 2016, § 64 Rn. 1-9.

การกำหนดสถานภาพโสดเป็นคุณสมบัติในการเข้าสู่ตำแหน่งนายสิบตำรวจ :
ข้อพิจารณาเรื่องหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ เรื่องสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ
และหลักความได้สัดส่วนในฐานะกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ
(คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 301/2564)

วันรัฐ งามนิยม *

1. สรุปสาระแห่งคดี

ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (สำนักงานตำรวจแห่งชาติ) อนุมัติในหลักการให้กองบัญชาการศึกษาดำเนินการรับสมัครบุคคลภายนอกเข้ารับราชการ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (ผู้บัญชาการตำรวจภูธรภาค 3) ได้มีประกาศรับสมัครและคัดเลือกบุคคลภายนอกบรรจุเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจ พ.ศ. 2558 ลงวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2558 โดยมีรายละเอียดการรับสมัครประการหนึ่งว่า เป็นบุคคลภายนอก เพศชาย มีสถานภาพโสด ผู้ฟ้องคดีได้สมัครสอบคัดเลือกเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจตามประกาศดังกล่าวทางระบบอินเทอร์เน็ต สอบผ่านข้อเขียนและได้เข้ารับการทดสอบความเหมาะสมกับตำแหน่งแล้ว อย่างไรก็ตาม ในการตรวจสอบสถานภาพของผู้ฟ้องคดีโดยการตรวจสอบจากสำนักทะเบียนอำเภอ ช. แล้วคณะกรรมการดำเนินการรับสมัครและคัดเลือกได้ประชุมเพื่อพิจารณาคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของการเป็นข้าราชการตำรวจของผู้สมัครเห็นว่า ขณะที่สมัครผู้ฟ้องคดีมีสถานภาพสมรสและได้จดทะเบียนหย่าภายหลังจากสมัครเข้ารับการคัดเลือก จึงมีมติว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ขาดคุณสมบัติและประกาศว่าผู้ฟ้องคดีมีชื่ออยู่ในบัญชีผู้มีคุณสมบัติไม่เป็นไปตามประกาศรับสมัคร ผู้ฟ้องคดีมีหนังสืออุทธรณ์ผลการคัดเลือกดังกล่าวและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีหนังสือแจ้งยืนยันผลการพิจารณาอุทธรณ์ ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง

ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาเพิกถอนประกาศรายชื่อผู้ได้รับคัดเลือกฯ เฉพาะที่ไม่มีรายชื่อผู้ฟ้องคดีอยู่ในบัญชีผู้ได้รับการคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจ โดยให้คำพิพากษามีผลย้อนหลังนับแต่วันที่ประกาศดังกล่าว โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาคือ เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ให้การยอมรับว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้สอบผ่านการสอบข้อเขียนและผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ผ่านการทดสอบความเหมาะสมกับตำแหน่ง ผ่านการตรวจร่างกาย และผ่านการสอบสัมภาษณ์แล้ว การตัดสิทธิผู้ฟ้องคดีอันเนื่องจากการขาดคุณสมบัติในเรื่องการมีสถานภาพโสด จึงเป็นการดำเนินการ

* นิติศาสตรมหาบัณฑิต (Magister legum, LL.M.) (summa cum laude) Universität Potsdam สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 2 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ขั้นตอนสุดท้ายก่อนที่จะประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิบรรจุแต่งตั้งเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจ เมื่อศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนประกาศข้างต้นแล้ว ย่อมมีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีสิทธิได้รับการประกาศรายชื่อเป็นผู้ได้รับการคัดเลือกฯ เป็นนายสิบตำรวจ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงต้องดำเนินการออกประกาศรายชื่อผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับการคัดเลือกฯ เพิ่มเติม และดำเนินการบรรจุแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีเข้าเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจในโอกาสแรกของการอบรมนักเรียนนายสิบตำรวจรุ่นถัดไปเท่าที่จะสามารถทำได้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่เห็นพ้องด้วยจึงยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดพิพากษายืน

2. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการให้เหตุผลในคดี

การให้เหตุผลในคดีนี้แบ่งได้เป็น การให้เหตุผลของฝ่ายปกครองและการให้เหตุผลของศาลปกครองในคำพิพากษา การศึกษาในส่วนนี้เป็นไปเพื่อวิเคราะห์หาประเด็นสำคัญแห่งคดีที่จะนำมาวิเคราะห์ในส่วนต่อไป

2.1 ข้อพิจารณาการให้เหตุผลของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับคุณสมบัติต้องห้ามกับสถานภาพสมรส

คดีนี้เป็นเรื่องของการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจ โดยมีการกำหนดคุณสมบัติประการหนึ่งว่า “มีสถานภาพโสด” คณะกรรมการดำเนินการรับสมัครและคัดเลือกฯ ได้มีมติเป็นเอกฉันท์ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ขาดคุณสมบัติ โดยให้เหตุผลในชั้นศาลปกครองชั้นต้นว่า

“ผู้ฟ้องคดีได้จดทะเบียนสมรสกับนางสาว ก. เมื่อวันที่ 8 มกราคม 2558 และจดทะเบียนหย่าเมื่อวันที่ 24 มีนาคม 2558 ซึ่งเป็นการจดทะเบียนหย่าภายหลังจากสมัครเข้ารับการคัดเลือกแล้ว ต่อมา เมื่อวันที่ 18 พฤษภาคม 2558 ... การรับสมัครคัดเลือกครั้งนี้เป็นการรับสมัครผ่านระบบอินเทอร์เน็ต ซึ่งกำหนดให้ผู้สมัครจะต้องอ่านและทำความเข้าใจรายละเอียดการสมัครให้ชัดเจน พร้อมทั้งรับรองว่าตนเองเป็นผู้มีคุณสมบัติครบถ้วนถูกต้องตามประกาศรับสมัครก่อนที่จะสมัครเข้ารับการคัดเลือก ซึ่งจากการตรวจสอบเอกสารหลักฐานพบว่าขณะสมัครเข้ารับการคัดเลือก ผู้ฟ้องคดีมีสถานภาพสมรส และได้จดทะเบียนหย่าภายหลังจากสมัครแล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้มีคุณสมบัติทั่วไปไม่เป็นไปตามประกาศรับสมัครฯ ข้อ 2.1 ที่กำหนดว่าต้องมีสถานภาพโสด”

และให้เหตุผลในชั้นศาลปกครองสูงสุดโดยสรุปว่า มาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 บัญญัติให้ผู้ที่จะได้รับการบรรจุเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตำรวจ ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัตินี้ และมาตรา 48 (6) บัญญัติว่า “มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามอื่นตามที่กำหนดในกฎ ก.ตร.” ซึ่งกฎ ก.ตร. ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของการเป็นข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2547 กำหนดว่า การบรรจุบุคคลเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตำรวจ ผู้ที่จะได้รับการบรรจุนอกจากต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 48 (1) ถึง (5) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 แล้ว จะต้องมีความประพฤติดีและมีลักษณะต้องห้ามอื่นตามมาตรา 48 (6) โดย กฎ ก.ตร. ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกหรือการสอบแข่งขันบุคคลเพื่อบรรจุเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2547 ข้อ 2 (1) กำหนดให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติหรือผู้บังคับบัญชาที่ได้รับมอบอำนาจจากผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ เป็นผู้ดำเนินการคัดเลือก โดยพิจารณาถึง

ความรู้ความสามารถ ความประพฤติ และบุคลิกภาพให้เหมาะสมกับตำแหน่งที่จะบรรจุและแต่งตั้ง ดังนั้น พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 จึงเป็นกฎหมายแม่บทที่กำหนดอำนาจหน้าที่ ออกกฎ ระเบียบ คำสั่งต่าง ๆ พร้อมทั้งกฎ ก.ตร. ก้ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 โดยได้วางหลักการกว้าง ๆ ไว้เพื่อจะให้มีการกำหนดคุณสมบัติต่าง ๆ ได้อย่างกว้างขวางและครอบคลุมเพิ่มเติมได้ ซึ่งการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้รับมอบอำนาจจากผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติให้เป็นผู้ดำเนินการ สอบแข่งขัน ประกาศรับสมัครโดยกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่งว่า เป็นบุคลลภายนอก เพศชาย สถานภาพโสด ก็เพื่อให้ได้ชายที่อยู่ในวัยที่เข้มแข็งและไม่มีภาระใด ๆ ถึงพร้อมด้วยสติปัญญา อันจะทำให้ การฝึกอบรมเกิดประสิทธิภาพและได้รับประโยชน์สูงสุด โดยมีเจตนารมณ์เพื่อให้ได้เพศชายโสด สมัครสอบคัดเลือกเข้ารับการฝึกอบรมเป็นระยะเวลา 1 ปี ซึ่งต้องอาศัยความอดทนทั้งร่างกาย สภาพจิตใจ และเป็นประโยชน์ต่อผู้สมัคร เพราะในบางกรณีการฝึกอบรมที่มีความเข้มข้นหลาย ๆ แบบ การฝึกอาจเกิด เหตุสุดวิสัยจนทำให้ผู้สมัครที่ผ่านการคัดเลือกต้องได้รับบาดเจ็บ

ผู้เขียนเห็นว่า การให้เหตุผลข้างต้นเป็นการตั้งสมมติฐานที่ว่า มาตรา 48 แห่ง พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547¹ บัญญัติกฎหมายในเรื่องของคุณสมบัติและ ลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะเข้ารับราชการตำรวจไว้อย่างกว้าง ๆ เพราะอนุมาตรา (1) – (5) บัญญัติไว้ชัดเจนว่า มีคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามเรื่องใดบ้าง แต่อนุมาตรา (6) บัญญัติเปิดช่องให้ขยายคุณสมบัติและ ลักษณะต้องห้ามอื่นได้เพิ่มเติม โดยมีกฎ ก.ตร. ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของการเป็นข้าราชการ ตำรวจ พ.ศ. 2547 กำหนดอ้างอิงย้อนกลับไปยังพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ว่า การบรรจุ บุคคลเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตำรวจ ผู้ที่จะได้รับการบรรจุนอกจากต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะ ต้องห้ามตามมาตรา 48 (1) ถึง (5) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 แล้ว ในกฎ ก.ตร. นี้ ได้เพิ่มเติมอีกว่าจะต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามอื่นตามมาตรา 48 (6) เช่น ข้อ 2 (3) ไม่เป็นคน ล้มละลาย (7) ไม่เป็นผู้เคยถูกลงโทษไล่ออกเพราะกระทำผิดวินัยตามพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่น เป็นต้น ซึ่งยังกำหนดบางเรื่องแยกตามเพศ เช่น ข้อ 2 (9) วรรคหนึ่ง ในกรณีที่ชาย (ก) ถ้าเป็นผู้มี ภูมิลำเนาอยู่ในเขตที่ใช้กฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหารต้องลงบัญชีทหารกองเกินตามกฎหมายนั้นแล้ว

¹ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 มาตรา 48

ผู้ที่จะได้รับการบรรจุเข้ารับราชการเป็นตำรวจ ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

- (1) มีสัญชาติไทยโดยการเกิด
- (2) มีอายุไม่ต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์
- (3) เป็นผู้เลื่อมใสในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข
- (4) ไม่เป็นข้าราชการการเมือง ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น
- (5) ไม่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งใด ๆ ในพรรคการเมือง
- (6) มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามอื่นตามที่กำหนดในกฎ ก.ตร.

(ข) ร่างกายต้องสูงไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยหกสิบเซนติเมตร ส่วนข้อ 2 (9) วรรคสอง ในกรณีที่เป็นการยื่นร่างกายต้องสูงไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยห้าสิบเซนติเมตร จากการให้เหตุผลโดยฝ่ายปกครองนี้วิเคราะห์ได้ว่า ฝ่ายปกครองได้ให้เหตุผลว่ามีกฎหมายให้อำนาจในการออกระเบียบดังกล่าว กฎหมายที่ให้อำนาจ คือ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ซึ่งเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ประกอบกับพระราชบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจขยายการกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามผู้ที่เข้ารับราชการตำรวจในรูปของ “กฎ ก.ตร.” เป็นฐานอำนาจในการประกาศรับสมัครตำรวจในคดีพิพาท โดยกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่งที่ว่า “สถานภาพโสด” โดยให้เหตุผลในเรื่องสมรรถภาพทางร่างกายของเพศชายและความเสี่ยงในระหว่างการฝึกอบรมที่อาจจะเกิดเหตุสุดวิสัยจนทำให้ผู้สมัครที่ผ่านการคัดเลือกต้องได้รับบาดเจ็บ

2.2 ข้อพิจารณาในคำพิพากษาศาลปกครอง

2.2.1 คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น

ศาลปกครองชั้นต้นได้ตั้งประเด็นแห่งคดีว่า ข้อ 2.1 ของประกาศรับสมัครและคัดเลือกบุคคลภายนอกผู้มีวุฒิประกาศนียบัตรประโยคมัธยมศึกษาตอนปลายหรือประกาศนียบัตรวิชาชีพหรือเทียบเท่าเพื่อบรรจุเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจ พ.ศ. 2558 ที่กำหนดคุณสมบัติทั่วไปว่า “มีสถานภาพโสด” ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่า ในประเด็นข้างต้นนี้ศาลปกครองชั้นต้นได้ตั้งต้นพิจารณาจากกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครอง ได้แก่ มาตรา 48 (2) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ซึ่งบัญญัติให้ผู้ที่ได้รับการบรรจุเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตำรวจต้องมีอายุไม่ต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ และข้อ 2 (10) ของกฎ ก.ตร. ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของการเป็นข้าราชการตำรวจฯ ต้องมีอายุไม่เกินสามสิบห้าปีบริบูรณ์ โดยพิจารณาว่าจากกฎเกณฑ์ข้างต้นนั้น “ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายอื่นใดกำหนดเกี่ยวกับสถานภาพของผู้ที่ได้รับการบรรจุเข้ารับราชการเป็นตำรวจให้ต้องมีสถานภาพโสด” ดังนั้น เมื่อกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายข้างต้นไม่ได้กำหนดเรื่องสถานภาพโสดไว้ ศาลปกครองชั้นต้นจึงเห็นว่า “การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจต้องมีสถานภาพโสด จึงเป็นการกำหนดคุณสมบัติที่เกินกว่าที่กำหนดในมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ประกอบกฎ ก.ตร. ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของการเป็นข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2547 ... จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย และความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเกิดขึ้นตั้งแต่วันที่มีการออกประกาศดังกล่าว”

ศาลปกครองชั้นต้นได้พิจารณาในประเด็นต่อไปว่า เมื่อข้อ 2.1 ของประกาศฯ ที่กำหนดคุณสมบัติทั่วไปว่า “มีสถานภาพโสด” ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีประกาศ เรื่องรายชื่อผู้ได้รับคัดเลือกเรียงตามลำดับและผู้ได้รับคัดเลือกสำรองในการรับสมัครและคัดเลือกบุคคลภายนอก โดยมีรายชื่อผู้ฟ้องคดีอยู่ในบัญชีผู้มีคุณสมบัติไม่เป็นไปตามประกาศรับสมัครนั้น เป็นประกาศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนของผู้ฟ้องคดี และที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กล่าวอ้างเหตุผลเรื่องสถานภาพโสดอาจจะเป็นอุปสรรคต่อการฝึกอบรม นั้น ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า “แม้จะเป็นข้ออ้างที่อธิบายเหตุผลความจำเป็น

ในการกำหนดคุณสมบัติดังกล่าว เพื่อนำมาใช้กำหนดเป็นคุณสมบัติในการคัดเลือกหรือสอบแข่งขันก็ตาม แต่เหตุผลหรือความจำเป็นดังกล่าวก็มีข้ออ้างที่สามารถนำมายกเว้นไม่ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 หรือ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและกฎ ก.ตร. ในเรื่องนี้ได้”

2.2.2 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด

แม้ศาลปกครองสูงสุดได้ตั้งประเด็นแห่งคดีคล้ายกับของศาลปกครองชั้นต้นว่า การกำหนดคุณสมบัติให้ผู้สมัครต้องมีสถานภาพโสดชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม แต่ศาลปกครองสูงสุด เริ่มต้นพิเคราะห์หลักจากกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ ตั้งต้นจากมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับในขณะที่ยอกระเบียบการรับสมัครฯ โดยบัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้” ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าเป็นการรับรองเสรีภาพไว้อย่างกว้าง นอกจากนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้หยิบยกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และ พุทธศักราช 2560 ในส่วนของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ โดยให้เหตุผลในการหยิบยกไว้ว่า “แม้เหตุพิพาทคดีนี้เกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2558 ก็ตาม แต่การนำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาประกอบการพิจารณา ย่อมทำให้เห็นถึงหลักการและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญทั้งในอดีตและปัจจุบันว่าได้รับรองสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพของชนชาวไทยไว้อย่างชัดเจน โดยต้องเป็นสัมมาอาชีพ ไม่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และห้ามมิให้จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

ผู้เขียนเห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำมาตราว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ ในรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ มาพิจารณาเป็นพื้นฐานของการหาเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ จากนั้นจึงพิจารณาเรื่องกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครอง ได้แก่ มาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของข้าราชการตำรวจ ประกอบกับกฎ ก.ตร. ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของการเป็นข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2547 ซึ่งศาลปกครองสูงสุดระบุไว้ว่า เป็นการขยายเพิ่มเติมมาตรา 48 (6) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 โดยกำหนดเกี่ยวกับการถูกลงโทษทางวินัย การถูกลงโทษทางอาญา มีความประพฤติเสื่อมเสีย หรือบกพร่องในทางศีลธรรม ในส่วนของเพศชายต้องลงบัญชีทหารกองเกินตามกฎหมาย รวมทั้งสุขภาพ ร่างกายสมบูรณ์เหมาะแก่การรับราชการตำรวจ และศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยคล้ายกับศาลปกครอง ชั้นต้นว่า “**แต่ไม่ปรากฏ**มีข้อห้ามเกี่ยวกับสถานภาพโสดไว้อย่างใด” ซึ่งได้อธิบายเหตุผลไว้ว่า “เพราะผู้สมัครเข้ารับราชการในทุกหน่วยงานภาครัฐจะมีสถานภาพสมรสหรือสถานภาพโสดก็ไม่มีผล

ต่อการเข้ารับราชการ เนื่องจากธรรมชาติของชายหญิงนั้น มีเสรีภาพในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันเพื่อสร้างครอบครัวได้ มีบุตรได้” และพิพากษาว่า การกำหนดคุณสมบัติว่าผู้สมัครสอบแข่งขันต้องมีสถานภาพโสดเป็นการกระทำโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจกระทำได้

นอกจากนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้โต้แย้งเหตุผลของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่อ้างว่า เมื่อผู้ได้รับเลือกเข้ามาเป็นข้าราชการตำรวจแล้วจะต้องมีการฝึกอบรมอย่างหนักตลอดเวลา 1 ปี อาจทำให้ผู้เข้ารับราชการบาดเจ็บ นั้น ศาลปกครองสูงสุดให้เหตุผลโต้แย้งว่า

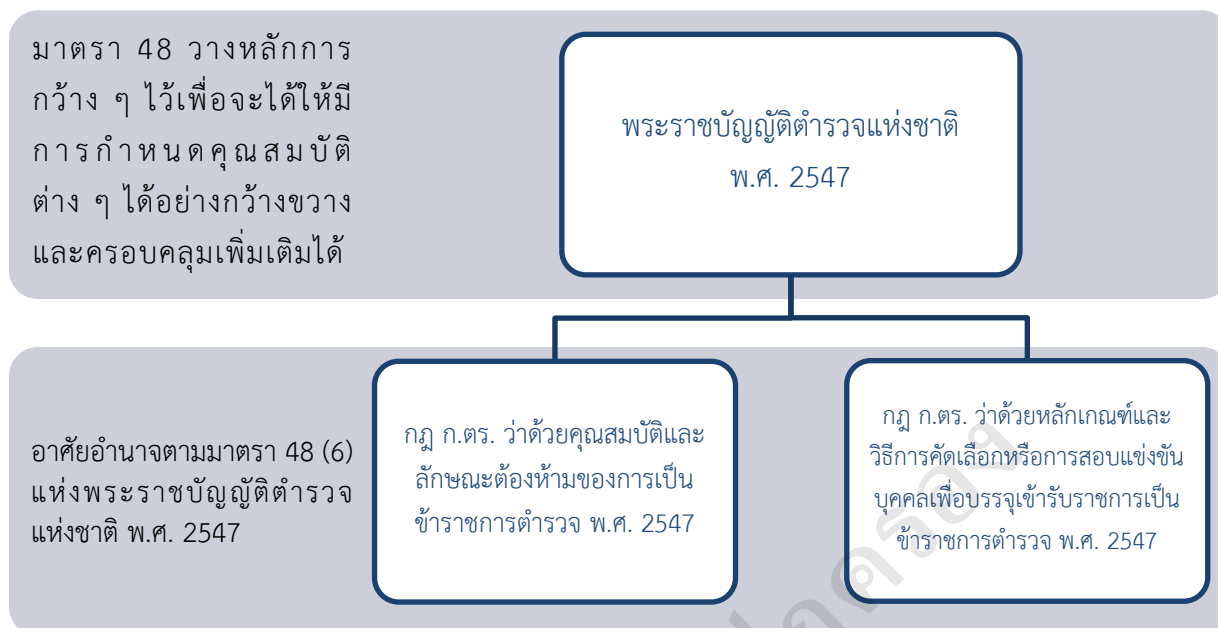
“การคัดเลือกบุคลากรของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีการวางกรอบวิธีการคัดเลือกผู้สมัครสอบได้อย่างเหมาะสมโดยไม่จำเป็นต้องกำหนดให้ผู้สมัครสอบต้องมีสถานภาพโสดแต่อย่างใด ส่วนเหตุผลที่เกรงว่าการฝึกอบรมอาจมีการบาดเจ็บหรือสูญเสียเป็นเรื่องที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ควรพิจารณาในการควบคุมดูแลการฝึกอบรมให้เป็นไปตามหลักการฝึกอบรมที่ปลอดภัยไปพร้อมกับความมีประสิทธิภาพ โดยนำบทเรียนที่เคยเกิดขึ้นมาสร้างมาตรการในการป้องกันเหตุที่เกรงว่าจะเกิดก็ชอบที่จะทำได้ อุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ฟังไม่ขึ้น”

3. บทวิเคราะห์

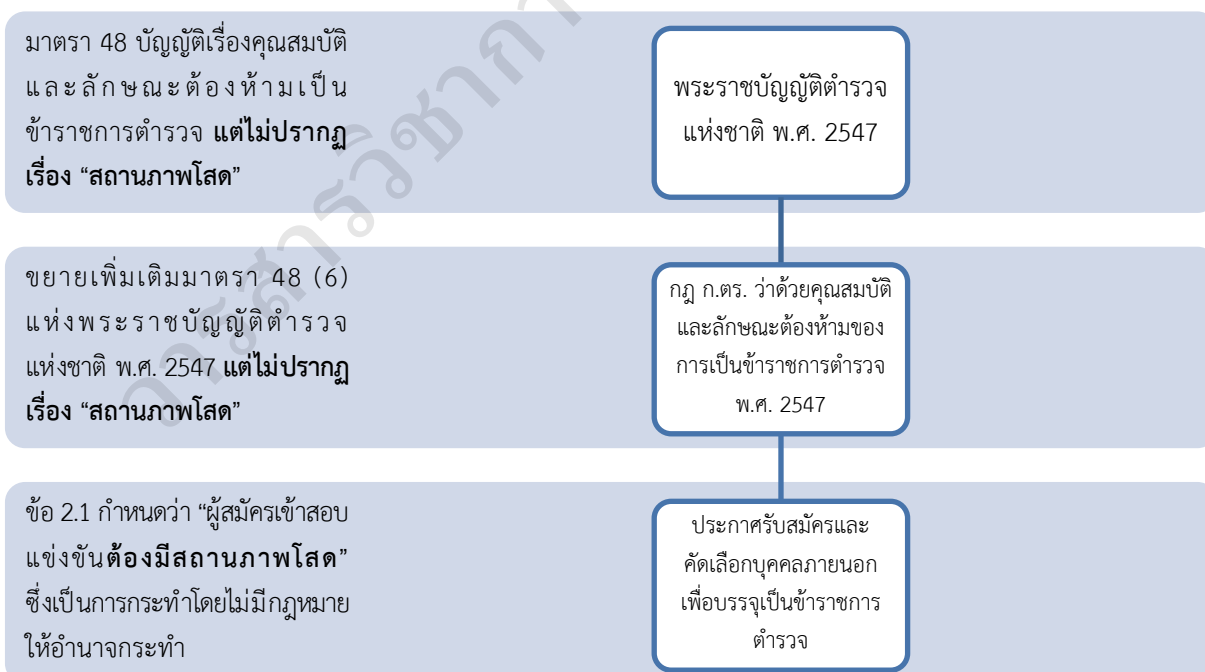
บทวิเคราะห์นี้แบ่งออกเป็นสองประเด็น ได้แก่ ประเด็นว่าด้วยลำดับชั้นของกฎหมายกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และประเด็นว่าด้วยสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญกับหลักความได้สัดส่วน

3.1 ลำดับชั้นของกฎหมายกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

ประเด็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในฐานะฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดคุณสมบัติว่าต้องมี “สถานภาพโสด” หรือไม่ เป็นประเด็นหลักแห่งคดีนี้ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้อ้างถึงกฎหมายต่าง ๆ ตั้งแต่กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ คือ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 และกฎหมายลำดับรอง คือ กฎ ก.ตร. ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของการเป็นข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2547 และกฎ ก.ตร. ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกหรือการสอบแข่งขันบุคคลเพื่อบรรจุเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2547 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เห็นว่า พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 วางหลักการกว้าง ๆ ไว้เพื่อจะได้ให้มีการกำหนดคุณสมบัติต่าง ๆ ได้อย่างกว้างขวางและครอบคลุมเพิ่มเติมได้ ผู้เขียนเห็นว่า เรื่องนี้เป็นการกล่าวอ้างว่า มีกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการกำหนดคุณสมบัติเรื่องสถานภาพโสด ซึ่งพิจารณาในทางกลับกันได้ว่าเป็นการกำหนดคุณสมบัติต้องห้ามว่า ห้ามมีสถานภาพสมรส กฎหมายที่ถูกกล่าวอ้าง คือ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 เป็นพื้นฐาน หากพิจารณาตามหลักตรรกะทั่วไป อาจพิจารณาการให้เหตุผลในมุมมองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ว่าเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงมีอำนาจกำหนดเรื่องคุณสมบัติว่าด้วยสถานภาพโสด ซึ่งผู้เขียนได้สรุปออกมาเป็นแผนภาพ ดังนี้



อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดไม่เห็นด้วยกับการให้เหตุผลของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ข้างต้น เพราะเห็นว่าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายอื่นใด (ผู้เขียนเห็นว่า หมายถึงพระราชบัญญัติฉบับอื่น ๆ) กำหนดเกี่ยวกับสถานภาพของผู้ที่จะได้รับการบรรจุเข้ารับราชการเป็นตำรวจให้ต้องมีสถานภาพโสด ผู้เขียนได้สรุปออกมาเป็นแผนภาพ ดังนี้



จากการพิจารณาการให้เหตุผลทั้งของฝ่ายปกครองและจากคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดนั้น มีประเด็นที่ต้องพิจารณาเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายและหลักไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ดังนี้



ในระบบกฎหมายของรัฐ มีกฎหมายอยู่หลายประเภทที่อยู่ในแต่ละลำดับชั้นหรือเรียกว่า ลำดับศักดิ์ของกฎหมาย แม้กฎหมายหรือปทัสถานทางกฎหมาย (Norm) มีลักษณะใช้บังคับทั่วไปเป็นนามธรรม (generell-abstrakt) แต่กฎหมายก็มีบ่อเกิดของกฎหมาย (Rechtsquelle) ที่แตกต่างกันได้ เช่น รัฐธรรมนูญ (Verfassung) รัฐบัญญัติ (Gesetz) เป็นต้น การกระทำที่มีลักษณะใช้บังคับเฉพาะเรื่องเป็นรูปธรรม (individuell-konkret) ไม่ว่าจะเป็นคำพิพากษา (Urteil) คำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt) รวมถึงสัญญา (Vertrag) ล้วนต้องผูกพันต่อกฎหมายทั้งสิ้น² รัฐที่เป็นนิติรัฐ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย³ เรียกว่า นิติธรรม) และประชาธิปไตย ฝ่ายปกครองจะกระทำการได้เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนตรากฎหมายให้อำนาจในเรื่องนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนย่อมเป็นไปตามกฎหมาย ทั้งในมุมของ “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย (Vorrang des Gesetzes)” และ “การกระทำทางปกครองต้องมีกฎหมายให้อำนาจ หรือหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ (Vorbehalt des Gesetzes)”⁴ ซึ่งในระบบกฎหมายไทยสามารถพิจารณาได้จากมาตรา 3 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม” กล่าวคือ ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงกฎหมายในลำดับชั้นต่าง ๆ ว่าการกระทำของตนจะไม่ขัดต่อกฎหมาย

ในประเด็นที่ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้กล่าวอ้างว่า การกำหนดเรื่องสถานภาพโสดได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายแล้ว คือ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 และกฎ ก.ตร. ที่เกี่ยวข้องว่า “วางหลักการกว้าง ๆ ไว้เพื่อจะได้ให้มีการกำหนดคุณสมบัติต่าง ๆ ได้อย่างกว้างขวางและครอบคลุมเพิ่มเติมได้” นั้น ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาของฝ่ายปกครองในคดีนี้เป็นการพิจารณาบ่อเกิดของกฎหมายในแง่ที่ว่า บ่อเกิดของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติบัญญัติเปิดช่องให้อำนาจผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กำหนดคุณสมบัติข้อห้ามเพิ่มเติมได้อย่างกว้างขวาง เมื่อมาตรา 48 (6) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 บัญญัติว่า “มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามอื่นตามที่กำหนดในกฎ ก.ตร.” จึงหมายความว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีอำนาจกำหนดคุณสมบัติได้มากกว่าที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (1) - (5) นั้น ผู้เขียนเห็นว่า วิธีคิดข้างต้นเป็นวิธีคิดที่คล้ายกับนิติวิธีทางกฎหมายเอกชน เรื่อง หลักอิสระทางแพ่ง (Private Autonomy) ว่าหากกฎหมายไม่ได้บัญญัติห้าม ย่อมสามารถแสดงเจตนาทำนิติกรรมใด ๆ ก็ได้ แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ เว้นแต่การกำหนดให้แตกต่างจากกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือ

² Olaf Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, 2019, § 13, Rn. 2 f.

³ หากไม่ได้รับรู้ว่า ฉบับพุทธศักราชใด ให้หมายความว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁴ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage, 2020, § 6, Rn. 1 ff.

ศีลธรรมอันดีของประชาชน⁵ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ไม่อาจนำนิติวิธีทางกฎหมายเอกชนในกรณีนี้มาปรับใช้กับกฎหมายปกครองซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน หลักการที่ถูกต้อง คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยในแง่ “แหล่งที่มา” ของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ ให้ความเห็นว่า “กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ ที่มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยปรกติแล้วจะได้แก่กฎหมายอื่นนอกจากรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และพระราชกำหนด”⁶ ดังนั้น การที่ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายอื่นใดกำหนดเกี่ยวกับสถานภาพของผู้ที่จะได้รับการบรรจุเข้ารับราชการเป็นตำรวจให้ต้องมีสถานภาพโสด ประกาศรับสมัครและคัดเลือกบุคคลภายนอกบรรจุเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจฯ ที่กำหนดคุณสมบัติว่า “มีสถานภาพโสด” จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นการพิจารณาบนฐานของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในแง่ “แหล่งที่มา” หรือ “ไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” กล่าวคือ เมื่อกฎหมายระดับพระราชบัญญัติรวมถึงกฎ ก.ตร. ไม่ได้บัญญัติเรื่องสถานภาพโสดเป็นคุณสมบัติของการเป็นข้าราชการตำรวจ การออกประกาศดังกล่าวจึงไม่มีอำนาจกระทำได้

3.2 สิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญกับหลักความได้สัดส่วน

ประเด็นว่าด้วยสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญได้ถูกหยิบยกประกอบในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด โดยผู้เขียนเห็นว่า การที่ศาลปกครองสูงสุดได้หยิบยกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทั้งฉบับพุทธศักราช 2550 ฉบับพุทธศักราช 2557 (ฉบับชั่วคราว) และฉบับพุทธศักราช 2560 นั้น เป็นการหยิบยกมาในฐานะการให้เหตุผลเสริมประกอบการวินิจฉัย ดังที่ศาลปกครองสูงสุดได้อธิบายไว้ว่า “ย่อมทำให้เห็นถึงหลักการและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญทั้งในอดีตและปัจจุบันว่าได้รับรองสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพของชนชาวไทยไว้อย่างชัดเจน” ซึ่งคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาให้การกำหนดเรื่องสถานภาพโสดเป็นเรื่องที่ “ไม่มีกฎหมายให้อำนาจ” ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตต่อไปว่า หากสมมติว่า ต่อมา มีการตรากฎ ก.ตร. โดยกำหนดคุณสมบัติของการเป็นข้าราชการตำรวจประการหนึ่งว่า “ต้องมีสถานภาพโสด” จะถือว่าเป็นการกระทำที่กฎหมายให้อำนาจหรือไม่⁷ ซึ่งการพิจารณาในส่วนนี้ ผู้เขียนจะพิจารณาตามระบบกฎหมายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁵ ศันท์ภรณ์ โสติพันธุ์, คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2562), น. 385.

⁶ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2564), น. 43.

⁷ หากเป็นการบัญญัติเรื่องสถานภาพโสดไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ประเด็นว่าการบัญญัติคุณสมบัติดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติ



ผู้เขียนเห็นว่า ประเด็นเรื่องสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเกี่ยวข้องกับเรื่องรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด กล่าวคือ รัฐธรรมนูญเป็นบ่อเกิดสูงสุดของกฎหมาย กฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ การตีความกฎหมายต้องตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ⁸ เมื่อสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Right) หรือที่ในภาษาเยอรมันเรียกว่า สิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrecht)⁹ เป็นกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ สิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุดที่การกระทำใดขัดหรือแย้งต่อสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญไม่ได้ ดังที่มาตรา 5 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” โดยผูกพันกับองค์กรของรัฐทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหาร (รวมถึงฝ่ายปกครอง) ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ¹⁰ เมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายเยอรมัน รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) วางหลักการเรื่องผลผูกพันของสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในมาตรา 1 วรรคสาม ของกฎหมายพื้นฐาน ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานผูกพันต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการในฐานะกฎหมายที่ใช้บังคับโดยตรง และมาตรา 20 วรรคสาม ของกฎหมายพื้นฐาน วางหลักการไว้ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมผูกพันต่อระบบระเบียบทางรัฐธรรมนูญ (verfassungsmäßige Ordnung) ส่วนฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการย่อมผูกพันต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายและความยุติธรรม (Gesetz und Recht) ดังนั้น เมื่อสิทธิขั้นพื้นฐานมีตำแหน่งแห่งที่ในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ การกระทำทั้งหลายของรัฐย่อมต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย¹¹ ซึ่งในระบบกฎหมายไทยก็มีหลักการว่าด้วย “สิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายที่ใช้บังคับโดยตรง” พิจารณาได้จากมาตรา 25 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้” ผู้เขียนจึงเห็นว่า สิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญไม่ใช่เพียงแนวทางหรือแนวนโยบาย

⁸ รายละเอียด ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : อานกฎหมาย, 2564), น. 188-200.

⁹ ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่า ในตำรากฎหมายไทยที่ผู้เขียนตำราจบการศึกษาจากประเทศเยอรมนี มีการใช้ถ้อยคำทั้ง “สิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ” และ “สิทธิขั้นพื้นฐาน” ในบทวิเคราะห์นั้นผู้เขียนจะใช้คำว่า “สิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ” โดยยึดโยงว่าเป็นสิทธิเสรีภาพที่มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และน่าจะเป็นถ้อยคำที่นักกฎหมายไทยเข้าใจได้ง่าย เทียบ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : อานกฎหมาย, 2564), น. 188; ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2562), น. 25.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2562), น. 25.

¹¹ Vgl. Friedhelm Hufen, Staatsrecht II: Grundrechte, 8. Auflage, 2020, § 4 Rn. 4 ff.

ของรัฐ แต่เป็น “กฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย” และเป็น “มาตร” ที่การกระทำของรัฐต้องคำนึงถึงว่า การกระทำที่กระทบต่อประชาชนต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม การกระทำของรัฐก็อาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญได้ โดยชอบด้วยกฎหมาย หากได้กระทำชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยการจำกัดสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ และต้องเป็นการกระทำที่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในฐานะหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญด้วย กล่าวคือ สิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญมีกรอบหรือข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพ (Grundrechtsschranke)¹² ในส่วนนี้ผู้เขียนจะนำเสนอการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการจำกัดสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบโดยใช้หลักความได้สัดส่วน ทั้งนี้ การนำเสนอจะเป็นการนำเสนอโดยปรับจากแนวทางในระบบกฎหมายเยอรมันเข้ากับระบบกฎหมายไทยเป็นเบื้องต้น ซึ่งบางประเด็นจะไม่ตรงกับระบบกฎหมายไทย เช่น ในระบบกฎหมายเยอรมัน ประเด็นว่าด้วยเสรีภาพในการเข้าสู่ตำแหน่งของรัฐเป็นบทกฎหมายเฉพาะจากเสรีภาพในการประกอบอาชีพ¹³ เป็นต้น ส่วนประเด็นสิทธิขั้นพื้นฐานเยอรมันในเชิงลึก ตัวอย่างเช่น กรณีที่มีสิทธิขั้นพื้นฐานหลายสิทธิในเรื่องเดียวกัน หรือทฤษฎีเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ผู้เขียนจะไม่ลงลึกในบทวิเคราะห์คดีนี้

3.2.1 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการจำกัดสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ

การพิจารณาว่าการกระทำของรัฐอันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ต้องพิจารณาจากบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญในแต่ละเรื่อง ดังเช่นในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดีที่วิเคราะห์นี้เกี่ยวข้องกับ “เสรีภาพในการประกอบอาชีพ” ตามมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งในคำรากฎหมายเยอรมันว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechte) อธิบายถึงลำดับของการพิจารณาเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานว่า ต้องพิจารณาถึงสิ่งที่ได้รับการคุ้มครอง (Schutzbereich) การกระทำที่เป็นการจำกัดหรือล่วงล้ำสิทธิ (Eingriff) และเหตุที่สามารถจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยชอบด้วยกฎหมาย (Schranke - Rechtfertigung)¹⁴ เมื่อพิจารณาครบทั้งสามลำดับข้างต้นนี้แล้ว ยังต้องพิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วนซึ่งจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป ทั้งนี้ หลักความได้สัดส่วนอาจพิจารณาได้ว่าอยู่ในส่วนหนึ่งของการตรวจสอบเหตุที่สามารถจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยชอบด้วย

¹² รายละเอียดว่าด้วยข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ Vgl. Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 8. Auflage, 2018, S. 249 ff.

¹³ Vgl. Rüdiger Breuer in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI Freiheitsrechte, 1989, § 147 Rn. 98.

¹⁴ Vgl. Niels Petersen, Deutsches und Europäisches Verfassungsrecht II, 2019, § 2 Rn. 3 ff.; Friedhelm Hufen, Staatsrecht II: Grundrechte, 8. Auflage, 2020, § 6 Rn. 1.



กฎหมาย¹⁵ แต่ผู้เขียนแยกหลักความได้สัดส่วนออกมาพิจารณาอีกหนึ่งหัวข้อ เพื่อยกระดับความสำคัญของหลักการดังกล่าวในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะพบว่า เรื่องสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญแบ่งได้อย่างกว้างเป็นบทบัญญัติสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญเฉพาะเรื่อง และบทบัญญัติสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญทั่วไป ซึ่งสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญทั่วไปได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 25 ผู้เขียนเห็นว่า เป็นบทบัญญัติสำรองในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ ในขณะที่รัฐธรรมนูญยังไม่มีประเด็นว่าด้วยสิทธิเสรีภาพเฉพาะเรื่องดังกล่าว จากข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับอุปสรรคในการสมัครเป็นนายสิบตำรวจซึ่งเป็นอาชีพหนึ่ง จึงเกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ดังนั้น ในคดีนี้จึงต้องพิจารณาจากมาตรา 40 ที่บัญญัติถึงเรื่องดังกล่าวไว้แล้วเป็นการเฉพาะตามหลักกฎหมายว่าด้วย “บทกฎหมายเฉพาะมาก่อนบทกฎหมายทั่วไป (*lex specialis derogat legi generali*)”¹⁶

มาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย คัมครองบุคคลในเรื่องเสรีภาพในการประกอบอาชีพ การกระทำที่เป็นการจำกัดสิทธิดังกล่าว คือ การกำหนดคุณสมบัติเรื่องสถานภาพโสด กล่าวคือ หากบุคคลใดไม่ได้มีสถานภาพโสด บุคคลนั้นไม่อาจสมัครเข้ารับการคัดเลือกเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจ อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการประกอบอาชีพเป็นเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองอย่างมีข้อยกเว้น ไม่ใช่การคุ้มครองโดยเด็ดขาด โดยมาตรา 40 วรรคสอง บัญญัติถึงเหตุที่สามารถจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยชอบด้วยกฎหมายว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ซึ่งหากพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีนี้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนี้คือ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ในส่วนของคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของตำรวจ ซึ่งมาตรา 40 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ยังได้บัญญัติถึงเงื่อนไขในการอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังนี้ “... ที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกัน หรือจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น” ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีของมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพที่เข้าเงื่อนไขในเรื่องของ “การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น” เพราะอาชีพข้าราชการตำรวจเป็นอาชีพที่ใช้อำนาจทางกฎหมายที่อาจมีผลกระทบต่อประชาชนได้บ่อยครั้ง เช่น การจับกุมบุคคล การค้นเคหสถาน การใช้อาวุธปืนป้องกันภัย เป็นต้น จึงต้องมีการกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะบรรจุเป็นข้าราชการตำรวจ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การบัญญัติ

¹⁵ Vgl. Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Auflage, 2018, § 24 Rn. 55; Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 35. Auflage, 2019, Rn. 401.

¹⁶ Vgl. Reinhold Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Auflage, 2012, S. 32.

มอบอำนาจในการตรากฎหมายในเรื่องที่สำคัญ ดังตัวอย่างของมาตรา 48 (6) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ที่บัญญัติว่า “มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามอื่นตามที่กำหนดในกฎ ก.ตร.” น่าจะไม่เหมาะสมกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพราะเป็นการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรองอย่างกว้างขวาง

ส่วนในกรณีสมมติว่า ต่อมา ได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ และกฎ ก.ตร. ที่เกี่ยวข้อง โดยระบุชัดเจนว่าข้าราชการตำรวจต้องมีสถานภาพโสด ผู้เขียนเห็นว่า ย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่เข้าเหตุข้อยกเว้นว่าเป็น “การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเท่าที่จำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น” ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับหลักความได้สัดส่วนในฐานหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญในหัวข้อต่อไป จะเห็นถึงความชัดเจนของการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญในกรณีนี้

3.2.2 หลักความได้สัดส่วนในฐานหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ

หลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ (Verhältnismäßigkeit) เป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในทางกฎหมายมหาชน ไม่ว่าจะเป็นในแดนกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือแดนกฎหมายปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹⁷ และศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹⁸ นำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในการพิพากษาคดีด้วย ในระบบกฎหมายเยอรมันให้หลักความได้สัดส่วนเป็นส่วนประกอบที่สำคัญของหลักนิติรัฐ¹⁹ ในระบบกฎหมายไทยโดยเฉพาะในทางตำรวจถือว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญและเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ/นิติธรรม²⁰ ซึ่งปรากฏในมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย²¹ เมื่อหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ การกระทำของรัฐย่อมต้องไม่ขัดหรือแย้งกับหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ แม้การจำกัดสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญจะสอดคล้องกับเหตุที่สามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญโดยชอบด้วยบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญว่าด้วยสิทธิเสรีภาพในเรื่องดังกล่าวก็ตาม แต่หากการกระทำของรัฐไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

¹⁷ ตัวอย่างเช่น BVerfGE 90, 145 (172).

¹⁸ ตัวอย่างเช่น BVerwG, Urteil vom 27.02.2019 - 6 C 3.18; Rn. 18 ff.

¹⁹ Friedhelm Hufen, Staatsrecht II: Grundrechte, 8. Auflage, 2020, § 9 Rn. 14 ff.

²⁰ ดู วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2564), น. 48; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : อานกกฎหมาย, 2564), น. 288; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2564), น. 166.

²¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/หลักนิติรัฐ ในฐาน “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2561), น. 143; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : อานกกฎหมาย, 2564), น. 285 เชิงอรรถที่ 25.



มีข้อพิจารณาในคำพิพากษาว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ยกเหตุผลในการกำหนดคุณสมบัติเรื่องสถานภาพโสดไว้ว่า

“เพื่อให้ได้ชายที่อยู่ในวัยที่เข้มแข็งและไม่มีภาระใด ๆ ถึงพร้อมด้วยสติปัญญา อันจะทำให้การฝึกอบรมเกิดประสิทธิภาพและได้รับประโยชน์สูงสุด โดยมีเจตนารมณ์เพื่อจะได้เพศชายโสดสมัครสอบคัดเลือกเข้ารับการฝึกอบรมเป็นระยะเวลา 1 ปี ซึ่งต้องอาศัยความอดทนทั้งร่างกาย สภาพจิตใจ และเป็นประโยชน์ต่อผู้สมัคร เพราะในบางกรณีการฝึกอบรมที่มีความเข้มข้นหลาย ๆ แบบ การฝึกอาจเกิดเหตุสุดวิสัยจนทำให้ผู้สมัครที่ผ่านการคัดเลือกต้องได้รับบาดเจ็บหรือสูญเสีย”

จึงมีข้อพิจารณาว่า เหตุผลที่ยกมาข้างต้นสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันแบ่งการพิจารณาเป็นหลักการย่อย ซึ่งในที่นี้ผู้เขียนจะแบ่งออกเป็นสามประการ²² หากการกระทำของฝ่ายปกครองไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนแม้เพียงเหตุเดียว การกระทำดังกล่าวก็ไม่ชอบด้วยหลักความได้สัดส่วน ซึ่งในที่นี้มีข้อสังเกตในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบว่า แม้เสรีภาพในการประกอบอาชีพตามกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน มีการวางทฤษฎีไว้เป็นการเฉพาะ โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เรียกว่า “Stufentheorie” แต่ก็มีความเห็นทางวิชาการให้นำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาประกอบการปรับใช้กับเรื่องเสรีภาพในการประกอบอาชีพ²³ ผู้เขียนจะไม่นำเรื่อง Stufentheorie ในระบบกฎหมายเยอรมันมาอธิบายในบทวิเคราะห์นี้ แต่จะมุ่งหมายอธิบายการพิจารณาหลักความได้สัดส่วนโดยปรับเข้ากับข้อเท็จจริงแห่งคดี ดังนี้

ประการที่หนึ่ง การกระทำต้องเหมาะสม (Geeignetheit) หมายความว่า การกระทำต้องบรรลุวัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งวัตถุประสงค์ดังกล่าวต้องเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย²⁴ จากการให้เหตุผลในการกำหนดคุณสมบัติเรื่องสถานภาพโสดของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ว่า “เพื่อให้ได้ชายที่อยู่ในวัยที่เข้มแข็งและไม่มีภาระใด ๆ ถึงพร้อมด้วยสติปัญญา อันจะทำให้การฝึกอบรมเกิดประสิทธิภาพและได้รับประโยชน์สูงสุด โดยมีเจตนารมณ์เพื่อจะได้เพศชายโสด” นั้น หากพิจารณาเฉพาะแต่วัตถุประสงค์ข้างต้น การกำหนดให้ต้องมีสถานภาพโสดก็ย่อมจะทำให้บุคคลที่มีสถานภาพสมรสไม่อาจเข้ารับสมัครคัดเลือกเป็นนายสิบตำรวจ จึงย่อมบรรลุวัตถุประสงค์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ว่าต้องการ

²² ผู้เขียนนำแนวทางการอธิบายมาจากตำรากฎหมายเยอรมัน ทั้งตำรากฎหมายว่าด้วยรัฐ ภาคสอง (Staatsrecht II) และตำรากฎหมายปกครอง (Verwaltungsrecht) Vgl. Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage, 2020, § 10 Rn. 50 f.; Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Auflage, 2018, § 24 Rn. 32 ff.; Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 35. Auflage, 2019, Rn. 330 ff.; Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage, 2021, Rn. 229 ff.; Jörn Ipsen, Staatsrecht II: Grundrechte, 24. Auflage, 2021, Rn. 182 ff.

²³ Vgl. Thomas Mann in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Auflage, 2018, Art. 12 Rn. 125 ff.; Jörn Ipsen, Staatsrecht II: Grundrechte, 24. Auflage, 2021, Rn. 672 ff.

²⁴ บางตำราจัดให้การตรวจสอบวัตถุประสงค์ต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นองค์ประกอบประการแรกของหลักความได้สัดส่วน โดยแบ่งหลักความได้สัดส่วนออกเป็นหลักการย่อยสี่ประการ Vgl. Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage, 2021, Rn. 232.

บุคลากรที่เป็นเพศชายโสดเป็นแน่แท้ แต่อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงแห่งคดีปรากฏว่า “ผู้ฟ้องคดีได้จดทะเบียนสมรสกับนางสาว ก. เมื่อวันที่ 8 มกราคม 2558 และจดทะเบียนหย่าเมื่อวันที่ 24 มีนาคม 2558 ซึ่งเป็นการจดทะเบียนหย่าภายหลังจากสมัครเข้ารับการคัดเลือก” ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีนี้ก็บรรลุวัตถุประสงค์เช่นกันว่าให้บุคคลที่เคยมีสถานภาพสมรสกลายเป็นสถานภาพโสดได้เช่นกัน เพียงแต่เป็นการเปลี่ยนสถานภาพภายหลังจากการสมัคร ซึ่งในตัวของวัตถุประสงค์เองผู้เขียนเห็นว่า มีปัญหาในเรื่องของการเลือกปฏิบัติขัดต่อหลักความเสมอภาคทั้งในการเลือกปฏิบัติทางเพศและการเลือกปฏิบัติในสถานภาพทางครอบครัว

ประการที่สอง การกระทำต้องจำเป็น (Erforderlichkeit) หมายความว่า ต้องไม่มีวิธีการหรือมาตรการอื่นที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์สาธารณะน้อยกว่าวิธีการที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ จากการให้เหตุผลของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ว่า “... สมัครสอบคัดเลือกเข้ารับการฝึกอบรมเป็นระยะเวลา 1 ปี ซึ่งต้องอาศัยความอดทนทั้งร่างกาย สภาพจิตใจ และเป็นประโยชน์ต่อผู้สมัคร เพราะในบางกรณีการฝึกอบรมที่มีความเข้มข้นหลาย ๆ แบบ การฝึกอาจเกิดเหตุสุดวิสัยจนทำให้ผู้สมัครที่ผ่านการคัดเลือกต้องได้รับบาดเจ็บหรือสูญเสีย” ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีเช่นนี้ฝ่ายปกครองควรใช้มาตรการโดยการปรับปรุงการฝึกอบรมให้มีความปลอดภัยมากขึ้น ซึ่งเป็นมาตรการที่กระทบต่อผู้ฟ้องคดีน้อยกว่าการห้ามผู้ฟ้องคดีที่มีสถานภาพสมรสสมัครเข้ารับการคัดเลือกเป็นนักเรียนนายสิบตำรวจ สอดคล้องกับการให้เหตุผลของศาลปกครองสูงสุดว่า “ควรมีมาตรการในการควบคุมดูแลการฝึกอบรมให้เป็นไปตามหลักการฝึกอบรมที่ปลอดภัยไปพร้อมกับความมีประสิทธิภาพ โดยนำบทเรียนที่เคยเกิดขึ้นมาสร้างมาตรการในการป้องกันเหตุที่เกรงว่าจะเกิด ก็ชอบที่จะทำได้”

ประการที่สาม การกระทำต้องพอสมควรแก่เหตุหรือได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Angemessenheit – Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) หลักการย่อนี้นับได้ว่าเป็นหลักการที่สำคัญและต้องพิจารณาอย่างถี่ถ้วนที่สุด กล่าวคือ แม้การกระทำของฝ่ายปกครองอาจจะผ่านหลักการย่อยสองประการข้างต้นมาแล้ว (แต่ในกรณีศึกษาตามคำพิพากษานี้ ผู้เขียนเห็นว่า ไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนตั้งแต่หลักการย่อยสองประการข้างต้นแล้ว) แต่เป็นการกระทำที่ล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพของประชาชน หากเมื่อพิจารณาแล้วได้ความว่าผลประโยชน์ของประชาชนผู้ถูกล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพนั้นจะได้รับผลกระทบจนไม่ได้สัดส่วนหรือไม่เหมาะสมพอควรกับประโยชน์ที่ฝ่ายปกครองหรือประโยชน์สาธารณะจะได้รับจากการกระทำอันเป็นการล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพของประชาชน การกระทำดังกล่าวก็ย่อมขัดต่อหลักความได้สัดส่วน หลักการย่อนี้แสดงถึงภาระหน้าที่ที่สำคัญของฝ่ายปกครองที่ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของปัจเจกบุคคลกับประโยชน์สาธารณะ อันเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี ผู้เขียนเห็นว่า เสรีภาพในการประกอบอาชีพมุ่งหมายให้ประชาชนสามารถประกอบอาชีพเพื่อหารายได้มาดำรงชีพโดยไม่ถูกกีดกันโดยรัฐ ซึ่งการไม่มีรายได้เพราะถูกกีดกันไม่ให้ประกอบอาชีพก็จะส่งผลกระทบต่อสภาพชีวิตของประชาชน ส่วนการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพบางอาชีพที่ถืออำนาจทางปกครอง อย่างเช่นอาชีพตำรวจ รัฐก็ต้องจำกัดไม่ให้บุคคลที่มีลักษณะไม่เหมาะสมมาเป็นข้าราชการตำรวจ อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กำหนดคุณสมบัติว่า “ต้องมีสถานภาพโสด” นั้น เป็นการกระทำที่ไม่ได้สัดส่วนอย่างยิ่ง เพราะเป็นการกีดกันบุคคลที่ประสงค์จะสมัครเป็นนายสิบตำรวจแต่มีสถานภาพสมรส กล่าวคือ นอกจาก

ผู้ฟ้องคดีที่ได้แย้งการกระทำดังกล่าวนี้แล้ว ยังมีบุคคลอื่น ๆ ที่อาจไม่ยื่นใบสมัครเข้ารับการคัดเลือกเป็นนายสิบตำรวจ เพียงเพราะประกาศรับสมัครระบุว่า “ต้องมีสถานภาพโสด” อีกทั้งยังมีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า สถานภาพโสดหมายความว่าเฉพาะผู้จดทะเบียนสมรสหรือไม่ หรือรวมถึงบุคคลที่มีสถานภาพโสดแต่มีหญิงที่อยู่ร่วมกันอย่างสามีภรรยา ซึ่งตามข้อเท็จจริงแห่งคดีผู้ฟ้องคดีได้จดทะเบียนหย่าหลังจากสมัครเข้ารับการคัดเลือกเป็นนายสิบตำรวจด้วย เป็นการกระทบเพือนถึงสถาบันครอบครัว การกำหนดให้ได้นายสิบตำรวจที่มีสถานภาพโสดก็ไม่อาจประกันได้ว่าประโยชน์สาธารณะจะได้รับการคุ้มครองหรือพัฒนายิ่งขึ้นมากกว่าการเปิดรับบุคคลที่มีสถานภาพสมรสเป็นนายสิบตำรวจได้ นั่นเอง

โดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดว่า “ต้องมีสถานภาพโสด” ไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในทุกประการ

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

หลักการที่ว่า การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย นอกจากต้องพิจารณาถึง “แหล่งที่มา” ที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการแล้ว ต้องพิจารณาถึง “กฎหมาย” ว่า การกระทำของฝ่ายปกครองไม่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งกฎหมายย่อมหมายถึงความรวมถึง กฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเอง โดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ และหลักกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญอย่างหลักความได้สัดส่วน ฝ่ายปกครองจึงต้องคำนึงเสมอว่า นอกจากพิจารณาว่าตนมีอำนาจตามกฎหมายแล้วยังต้องพิจารณาว่าการกระทำที่จะกระทำลงไปอาจจะกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนและอาจจะขัดต่อกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญเสียเอง ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาได้ว่าการกระทำทางปกครองใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพราะกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายประเภทหนึ่งด้วย ดังที่มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ...” คำว่า “กฎหมาย” จึงหมายถึงความรวมถึงกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ

ผู้เขียนจึงมีความเห็นโดยสรุปว่า การกระทำของฝ่ายปกครองที่กำหนดเรื่องสถานภาพโสดเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งในแง่ที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจ และหากสมมติว่า ต่อมา ฝ่ายปกครองดำเนินการออกกฎ ก.ตร. หรือออกประกาศรับสมัครข้าราชการตำรวจให้ข้าราชการตำรวจต้องมีสถานภาพโสด แม้จะอ้างว่ามีกฎหมายให้อำนาจเป็นลายลักษณ์อักษร แต่กฎหมายลำดับรอง รวมถึงประกาศรับสมัครนั้นขัดหรือแย้งต่อกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ ทั้งในเรื่องของเสรีภาพในการประกอบอาชีพและขัดต่อหลักความได้สัดส่วน การกระทำนั้นก็ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำสำคัญ : สิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญ, เสรีภาพในการประกอบอาชีพ, หลักความได้สัดส่วน

คำพิพากษาและคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่น่าสนใจ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 47/2565 : พร้อมหมายเหตุท้ายคำสั่ง

ภาณุวัฒน์ ผ่องใส*

คดีนี้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อปรากฏตามคำฟ้องว่า สืบเนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (ประธานศาลรัฐธรรมนูญ) โดยมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ) ได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 6 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 38 มาตรา 41 มาตรา 42 มาตรา 49 มาตรา 56 มาตรา 60 มาตรา 63 มาตรา 66 มาตรา 67 มาตรา 68 มาตรา 71 มาตรา 74 มาตรา 75 มาตรา 76 และมาตรา 78 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ออกข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 โดยข้อ 10 ของข้อกำหนดดังกล่าวห้ามมิให้ผู้ใดบิดเบือนข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายตามคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ หรือวิจารณ์คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญโดยไม่สุจริต หรือใช้ถ้อยคำหรือมีความหมายหยาบคาย เสียดสี ปลุกปั่น ยุยง หรืออาฆาตมาดร้าย และข้อ 11 กำหนดให้ผู้ฝ่าฝืนข้อกำหนดหรือคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญตามข้อ 10 ให้ถือว่าเป็นการละเมิดอำนาจศาลตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 39 ผู้ฟ้องคดีในคดีนี้เห็นว่า ข้อ 10 และข้อ 11 ในส่วนที่เกี่ยวกับข้อ 10 ของข้อกำหนดดังกล่าวออกโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 เป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น โดยมีคำขอให้ศาลเพิกถอนข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 เฉพาะข้อ 10 และข้อ 11 ในส่วนที่กำหนดว่า ผู้ใดฝ่าฝืนข้อ 10 ให้ถือว่าเป็นการละเมิดอำนาจศาล จากคำฟ้องประกอบข้อกฎหมายดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่า การออกข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายในการออกกฎ หากแต่เป็นการกระทำประเภทหนึ่งขององค์กรฝ่ายตุลาการ อันมีลักษณะเป็นการเตรียมการหรือการดำเนินการเพื่อให้การใช้อำนาจทางตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยคดีเป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย กรณีตามคำฟ้องจึงไม่อยู่ในอำนาจ

* พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ กลุ่มค้นคว้าและเรียบเรียงคำพิพากษา สำนักประธานศาลปกครองสูงสุด, นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

พิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณา

หมายเหตุ :-

ตามที่ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยบ่งชี้สถานะทางกฎหมายของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 ข้อ 10 และข้อ 11 ว่ามีสถานะทางกฎหมายเป็นการกระทำประเภทหนึ่งขององค์กรฝ่ายตุลาการ อันมีลักษณะเป็นการเตรียมการหรือการดำเนินการเพื่อให้การใช้อำนาจตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยคดีเป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย นั้น ด้วยความเคารพอย่างสูงต่อคำวินิจฉัยส่วนดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการวินิจฉัยบ่งชี้สถานะกฎหมายของกฎหมายของกฎหมายจากการพิจารณาในเชิงองค์กรแต่เพียงประการเดียว กล่าวคือ ผลผลิตของการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการย่อมเป็น “การกระทำของฝ่ายตุลาการ” ทุกกรณี การวินิจฉัยคดีพิพาทซึ่งเป็นการกระทำทางตุลาการย่อมเป็นการกระทำของฝ่ายตุลาการอย่างหนึ่งด้วย อันเป็นการสอดคล้องกับคำอธิบายในทางตำราที่เรียกอำนาจลักษณะดังกล่าวว่า “para-judicial power”¹ ซึ่งแปลอย่างเอาความได้ว่า อำนาจคู่ขนานของฝ่ายตุลาการ ซึ่งมีขึ้นเพื่อเป็นอำนาจเสริมที่ช่วยให้การใช้อำนาจทางตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

โดยที่วัตถุประสงค์นี้ คือ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 ข้อ 10 ซึ่งกำหนดว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดบิดเบือนข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายตามคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาล หรือวิจารณ์คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาลโดยไม่สุจริตหรือใช้ถ้อยคำหรือมีความหมายหยาบคาย เสียดสี ปลุกปั่น ยุยง หรืออาฆาตมาดร้าย” และข้อ 11 ซึ่งกำหนดว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนข้อกำหนดหรือคำสั่งศาลตามข้อ 8 ข้อ 9 และข้อ 10 ให้ถือว่าเป็นการละเมิดอำนาจศาลตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ มาตรา 39” อันจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นกฎหมายในทางกฎหมาย (Norm) ที่มีผลก้าวล่วงไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างรุนแรง เนื่องจากการกำหนดองค์ประกอบของความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลไว้ในข้อกำหนดฯ และหากมีการฝ่าฝืนข้อกำหนดดังกล่าวจะได้รับโทษตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ การที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้บ่งชี้สถานะทางกฎหมายของบรรดาบทกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปว่าเป็นอำนาจลักษณะพิเศษของฝ่ายตุลาการ (para-judicial power) ไปเสียทุกกรณี ย่อมเป็นสิ่งที่น่ากังวลและเป็นสิ่งที่พึงต้องพิจารณากันอย่างถ่องแท้ว่า ระบบกฎหมายควรปล่อยให้สภาพการณ์เช่นนี้ดำรงอยู่ต่อไปหรือไม่ กล่าวคือ หากยอมรับให้สภาพการณ์เช่นนี้ดำรงอยู่ต่อไปได้ ย่อมทำให้ฝ่ายตุลาการขยายปริมณฑลแห่งอำนาจของตนเข้าไปใช้อำนาจ ซึ่งเป็นแดนแห่งอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติอันขัดต่อหลักการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอย่างชัดเจน

¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “สัมมนาปัญหาวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ภาคกฎหมายวิธีสบัญญัติ) และปัญหากฎหมายปกครองสารบัญญัติ,” ในการสัมมนาผู้บริหารศาลปกครองชั้นต้น วันที่ 6 และวันที่ 13 มิถุนายน 2557, จัดโดยสำนักงานศาลปกครอง กรุงเทพมหานคร, 2557 : น. 6.

ทั้งยังเป็นการเปิดช่องและส่งเสริมให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายลายโอนอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งมีลักษณะเป็นการก้าวล่วงไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมีนัยสำคัญ ให้แก่ฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายบริหาร ทั้งที่แท้ที่จริงแล้วอำนาจลักษณะดังกล่าวเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยระบบกฎหมายเยอรมันมีหลักกฎหมายที่เรียกว่า Wesentlichkeitstheorie ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสามารถแปลอย่างเอาความได้ว่า “หลักการสงวนอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมายในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ” ซึ่งหลักการดังกล่าวได้รับการพัฒนาขึ้นโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์² อันมีข้อเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติสงวนไว้ซึ่งอำนาจในการตรากฎเกณฑ์ทางกฎหมายในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ อันมีลักษณะก้าวล่วงไปยังแดนแห่งเสรีภาพของเอกชน ในขั้นนี้ผู้เขียนจึงไม่เห็นพ้องด้วยกับการที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยในลักษณะดังกล่าวข้างต้น

อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าฝ่ายตุลาการไม่ควรใช้อำนาจลักษณะดังกล่าวนี้ หากแต่ฝ่ายตุลาการมีความชอบธรรมโดยเหตุผลของเรื่องที่จะคงไว้ซึ่งอำนาจลักษณะเช่นนี้ได้ แต่ควรเป็นเรื่องที่จำกัดในวงงานของฝ่ายตุลาการโดยแท้ หรือหากจะเป็นการกำหนดวิธีพิจารณาความในชั้นศาลก็ควรเป็นเรื่องที่เป็นการกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยเท่านั้น เช่น ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับวงงานภายในของฝ่ายตุลาการโดยแท้ มิได้มีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณีในคดีหรือประชาชนโดยตรงแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม กล่าวแต่เฉพาะกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับภายในวงงานของฝ่ายตุลาการ ก็ยังมีข้อพิจารณาว่าสถานะทางกฎหมายของกฎเกณฑ์ลักษณะเช่นว่านี้ อาจถูกจัดเป็นการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งที่มีลักษณะเป็นระเบียบภายในฝ่ายปกครอง ที่เกี่ยวกับการจัดการองค์กรภายในฝ่ายปกครองและการดำเนินการภายในฝ่ายปกครอง (die Organisations- und Dienstvorschrift) หรือระเบียบภายในฝ่ายปกครองที่กำหนดแนวทางการปฏิบัติงาน กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ (gesetzesvertretende Verwaltungsvorschriften)³ ได้เช่นกัน เนื่องจากอาจถือได้ว่าในกรณีนี้ฝ่ายตุลาการกระทำการในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองในทางเนื้อหาได้ ทั้งนี้ กรณีไม่ว่าจะเป็นประการใดก็ตาม เนื่องจากผลบังคับของกฎเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นจำกัดอยู่แต่ภายในวงงานของฝ่ายตุลาการเท่านั้น คู่กรณีหรือประชาชนจึงมิใช่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อน

² ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่วินิจฉัยโดยอาศัยหลักการดังกล่าวข้างต้น เช่น คำวินิจฉัยคดีผ้าคลุมศีรษะ (Headscarf case) รายละเอียดเพิ่มเติม โปรดดู Axel Frhr. Von Campenhausen, “The German Headscarf Debate,” BRIGHAM YOUNG UNIVERSITY LAW REVIEW, pp. 672-674 (2004).

³ Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., München 1985, S. 363 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561), น. 45.



หรือเสียหาย หรือถูกโต้แย้งสิทธิจากกฎเกณฑ์ดังกล่าว จึงมิใช่ผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎเกณฑ์ดังกล่าวได้แต่อย่างใด

ประเด็นที่ต้องพิจารณาในลำดับต่อมา คือ ความเห็นทางวิชาการและข้ออ้างของผู้ฟ้องคดีในคดีนี้ รวมถึงความเห็นแย้งของตุลาการเสียงข้างน้อยในที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ว่า ข้อ 10 ข้อ 11 ของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 เป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง เนื่องจากเห็นว่าในคดีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามนิยามในมาตรา 3⁴ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และการออกข้อกำหนดดังกล่าวมิใช่การพิจารณาวินิจฉัยคดีหรือออกคำสั่งในคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกระทำดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะเป็นการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีอันเป็นการใช้อำนาจทางตุลาการ หากแต่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจออกกฎเพื่อนำปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งเท่ากับมีสภาพเป็นการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายซึ่งอยู่ในอำนาจตรวจสอบหรือพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง นั้น ด้วยความเคารพอย่างสูงต่อความเห็นในลักษณะดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของกฎเกณฑ์ฉบับใดฉบับหนึ่งไม่อาจจะพิจารณาจากแง่มุมใดแง่มุมหนึ่งได้ โดยต้องพิจารณาจากเกณฑ์ในทางองค์กร ทางรูปแบบ และทางเนื้อหาประกอบกัน ในที่นี้หากพิจารณาในทางรูปแบบ ซึ่งยึดโยงกับข้อความคิดว่าด้วยลำดับชั้นทางกฎหมายที่ว่า กฎเกณฑ์ทางกฎหมายหนึ่งย่อมเป็นฐานที่มาในการออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายอื่นซึ่งมีลำดับชั้นที่ต่ำลงมา ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 มีฐานที่มาแห่งอำนาจจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ด้วยเหตุนี้ ข้อกำหนดดังกล่าวจึงมีสถานะเป็น “กฎ” ทางปกครองอย่างหนึ่ง ก็เป็นทัศนะหนึ่งในการพิจารณาความเป็นกฎจากรูปแบบของอำนาจที่ได้รับมา อย่างไรก็ตาม เนื่องจากธรรมชาติของเนื้อหาของข้อกำหนดข้อ 10 และข้อ 11 นี้ ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจในการดำเนินการทางปกครอง หากแต่เป็นการดำเนินการกิจของฝ่ายตุลาการที่มีความใกล้ชิดกับการดำเนินการกระบวนการพิจารณาของศาล ในที่นี้จึงไม่อาจถือได้ว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยความเห็นชอบของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ออกข้อ 10 และข้อ 11 ของข้อกำหนดดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง หากแต่โดยสภาพของเรื่อง

⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัตินิยามคำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่า

- (1) ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคล หรือผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง
- (2) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการหรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล และ
- (3) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม (1) หรือ (2)

(nature of thing) แล้วจะเห็นได้ว่า เป็นการใช้อำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Norm) ซึ่งมีลักษณะก้าวล่วงไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งปกติแล้วต้องกระทำในรูปของกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ จึงเห็นได้ว่าข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นการตรากฎเกณฑ์ขึ้นใหม่เพื่อใช้ในการดำเนินการกิจของฝ่ายตุลาการ ซึ่งแตกต่างจากการออกกฎเกณฑ์ซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปเพื่อใช้ในการดำเนินการกิจทางปกครอง ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงไม่อยู่ในความหมายของคำว่า “กฎ” ตามนิยามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และแท้ที่จริงแล้วรัฐสภาจะต้องกำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ขึ้นเอง การมอบอำนาจดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดเองจึงอาจมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แม้กระนั้นยังไม่อาจถือได้ว่าการออกข้อกำหนดในกรณีนี้เป็นการกระทำทางปกครองที่จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองได้ ในแง่มุมนี้จึงเป็นการพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของกฎเกณฑ์จากเกณฑ์ในทางเนื้อหาของกฎเกณฑ์เป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม การให้ความเห็นในลักษณะเช่นนี้ของผู้เขียนย่อมมีข้ออ่อนที่ไม่อาจเลี่ยงได้ กล่าวคือ การพิจารณาว่าเนื้อหาของกฎเกณฑ์หนึ่ง ๆ กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากน้อยเพียงใด ย่อมขาดความเป็นภววิสัย จึงทำให้การบ่งชี้สถานะทางกฎหมายของกฎเกณฑ์ฉบับหนึ่ง ๆ แตกต่างกันไปในแต่ละบุคคลได้ แต่ในที่นี้ผู้เขียนได้พิจารณาจากการก้าวล่วงไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ

อนึ่ง ในที่นี้มีได้หมายความว่า การที่ฝ่ายตุลาการออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปจะมีใช้กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองไปเสียทุกกรณี เนื่องจากในบางกรณีก็ถือได้ว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจทางปกครอง เช่น ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจัดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรอง หรือการที่อธิบดีศาลเยาวชนและครอบครัวกลางอาศัยอำนาจตามข้อบังคับของประธานศาลฎีกาฉบับดังกล่าวออกประกาศศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง เรื่อง รับสมัครเข้ารับการอบรมความรู้แก่ผู้ที่จะเป็นที่ปรึกษากฎหมาย ลงวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2556 อันจะเห็นได้ว่าเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายอย่างหนึ่งเช่นกัน (มีข้อพิจารณาว่าสถานะทางกฎหมายของบรรดาประกาศรับสมัครสอบแข่งขันเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป หรือเป็นเพียงการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งกรณีนี้มีความเห็นต่างระหว่างแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ซึ่งวินิจฉัยว่า บรรดาประกาศรับสมัครต่าง ๆ เป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปอย่างหนึ่ง⁵ แต่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีความเห็นว่า บรรดาประกาศรับสมัครต่าง ๆ เป็นเพียงแต่การพิจารณาทางปกครอง มิใช่คำสั่งทางปกครองทั่วไปแต่อย่างใด)⁶ แต่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 74/2557 ว่าข้อบังคับของประธานศาลฎีกาและประกาศของอธิบดีศาลเยาวชน

⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 89/2554 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 309/2555

⁶ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 1030/2554 และเรื่องเสร็จที่ 1569/2560



และครอบครัวกลางดังกล่าวข้างต้น เป็นผลิตผลของการใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายตุลาการเช่นเดียวกับที่วินิจฉัยตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 47/2565 นี้

โดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่า การที่จะพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปฉบับใดฉบับหนึ่ง นั้น ย่อมไม่อาจพิจารณาจากแง่มุมใดแง่มุมหนึ่งเพียงประการเดียวได้ หากแต่ต้องพิจารณาจากเกณฑ์ทั้งในทางองค์กร ทางรูปแบบ และทางเนื้อหาประกอบกัน ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นพ้องด้วยในผลกับการที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งยืนตามคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีในคดีนี้ไว้พิจารณา เนื่องจากเห็นว่าข้อ 10 และข้อ 11 ของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 มิใช่การกระทำทางปกครอง แต่ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วยกับส่วนที่วินิจฉัยว่าเป็นการกระทำประเภทหนึ่งขององค์กรฝ่ายตุลาการ อันมีลักษณะเป็นการเตรียมการหรือการดำเนินการเพื่อให้การใช้อำนาจทางตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญ ในการวินิจฉัยคดีเป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย นอกจากนี้ ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วยกับความเห็นทางวิชาการและข้ออ้างของผู้ฟ้องคดีในคดีนี้ที่ว่า ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง ดังเหตุผลที่ได้อธิบายไปข้างต้น

หลักกฎหมายมหาชน

อำนาจของกรมศุลกากรในการเรียกดอกเบี้ยในมูลละเมิดทางปกครอง¹

นพรัตน์ อุดมโชคมงคล *

สาระสำคัญ :

เมื่อพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มิได้บัญญัติยกเว้นให้เจ้าหน้าที่ไม่ต้องเสียดอกเบี้ยในกรณีที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ กรมศุลกากรย่อมมีอำนาจเรียกดอกเบี้ยจากเจ้าหน้าที่ตามหลักกฎหมายทั่วไปเรื่องนี้ แม้มิได้ระบุให้ชำระดอกเบี้ยไว้ในคำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนก็ตาม

รายละเอียดของเรื่อง :

กรมศุลกากรมีคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่กรมศุลกากรชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง แต่มีเจ้าหน้าที่บางส่วนไม่ยอมชำระเงินและฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หลังจากกรมศุลกากรรายงานการชำระค่าสินไหมทดแทนของเจ้าหน้าที่รายหนึ่งให้กรมบัญชีกลางทราบ กรมบัญชีกลางได้มีหนังสือแจ้งให้กรมศุลกากรเรียกเก็บดอกเบี้ยจากเจ้าหน้าที่ดังกล่าว โดยให้ถือปฏิบัติตามหนังสือกระทรวงการคลัง เรื่อง การกำหนดหลักเกณฑ์การคิดดอกเบี้ยกรณีเบิกจ่ายไม่ถูกต้อง และกรณีกระทำผิดทางละเมิด ซึ่งเป็นการนำหลักเรื่องดอกเบี้ยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ กรมศุลกากรจึงหารือคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับอำนาจในการเรียกเก็บดอกเบี้ยจากเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดและวันที่เริ่มคิดดอกเบี้ย รวมถึงการใช้อำนาจดังกล่าวในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนบางส่วนโดยมิได้ระบุให้ชำระดอกเบี้ยไว้ในคำพิพากษา และอำนาจของหน่วยงานของรัฐในการงดหรือลดดอกเบี้ยแก่เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิด

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) มีความเห็นว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง กรมศุลกากรจะสามารถเรียกเก็บดอกเบี้ยจากเจ้าหน้าที่ได้หรือไม่ และต้องคิดดอกเบี้ยนับแต่เมื่อใด เมื่อพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิด

* พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

¹ จากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ : ละเมิด) เรื่องเสร็จที่ 212/2559



ของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะมิได้บัญญัติยกเว้นให้เจ้าหน้าที่ไม่ต้องเสียดอกเบี้ยในกรณีที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ กรมศุลกากรจึงมีสิทธิคิดดอกเบี้ยในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี นับแต่วันที่ผิดนัดชำระค่าสินไหมทดแทนตามที่กำหนดในคำสั่งกรมศุลกากรที่เรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน จนถึงวันที่ชำระค่าสินไหมทดแทนแล้วเสร็จตามมาตรา 224 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สำหรับกรณีที่กรมศุลกากรเรียกเก็บดอกเบี้ยจากเจ้าหน้าที่ ทั้งที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนบางส่วนโดยมิได้ระบุให้ชำระดอกเบี้ย จะถือเป็นการดำเนินการเกินคำพิพากษาหรือไม่ นั้น แม้คำพิพากษาของศาลปกครองจะมีได้ระบุเกี่ยวกับดอกเบี้ยไว้ แต่ความรับผิดในเรื่องดอกเบี้ยนั้นได้เกิดขึ้นแล้วตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่กระทรวงการคลังกำหนด กรมศุลกากรจึงมีสิทธิตามกฎหมายที่จะคิดดอกเบี้ยจากต้นเงินค่าสินไหมทดแทน โดยไม่ถือเป็นการดำเนินการที่เกินคำพิพากษาของศาลปกครองแต่อย่างใด นอกจากนี้ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ และหนังสือกระทรวงการคลัง เรื่อง การกำหนดหลักเกณฑ์การคิดดอกเบี้ยกรณีเบิกจ่ายไม่ถูกต้อง และกรณีกระทำผิดทางละเมิด มิได้บัญญัติให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหายมีอำนาจงดหรือลดดอกเบี้ยที่เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดต้องชำระให้แก่ทางราชการ ดังนั้น อธิบดีกรมศุลกากรจึงไม่อาจพิจารณางดหรือลดดอกเบี้ยได้

สรุปความเห็น :

กรมศุลกากรมีอำนาจตามกฎหมายในการเรียกเก็บดอกเบี้ยจากเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิด แม้ในคำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือในคำพิพากษาของศาลปกครองจะมีได้ระบุให้คิดดอกเบี้ยก็ตาม

**กำหนดระยะเวลาการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง
กรณีศาลมีคำสั่งให้การขายทอดตลาดทรัพย์สินที่อายัดไว้จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด¹**

จิรวัดน์ พูนสวัสดิ์พงศ์*

คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ผู้ชำระเงิน ถ้าถึงกำหนดแล้วไม่มีการชำระโดยถูกต้องครบถ้วน หากมีการเตือนให้ชำระภายในระยะเวลาที่กำหนดแล้ว แต่ไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือน หน่วยงานของรัฐผู้ออกคำสั่งอาจใช้ “มาตรการบังคับทางปกครอง” โดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้นั้น และขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วนได้ แต่หากในระหว่างดำเนินการตามมาตรการบังคับทางปกครอง ศาลปกครองมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา โดยให้ระงับการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่ยึดหรืออายัดไว้จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด การใช้มาตรการบังคับทางปกครองสำหรับทรัพย์สินที่ยึดหรืออายัดไว้แล้วหรือทรัพย์สินอื่น จะต้องดำเนินการภายในกำหนดระยะเวลาใด

สาระสำคัญ :

มาตรา 57 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติให้การใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยวิธีการยึดหรืออายัดและขายทอดตลาดทรัพย์สิน ให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลม ในการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ จึงต้องเริ่มดำเนินการเพื่อให้มีการบังคับในทางปกครองภายในระยะเวลา 10 ปี นับแต่วันที่ได้ออกคำสั่งให้ชดใช้เงินตามวิธีการบังคับแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 274 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หากเจ้าหน้าที่ได้ดำเนินการดังกล่าวแล้วภายในกำหนดระยะเวลา ย่อมสามารถดำเนินการแก่ทรัพย์สินหรือสิทธิเรียกร้องต่อไปจนแล้วเสร็จได้แม้พ้นระยะเวลา 10 ปี นับแต่วันที่ได้ออกคำสั่งให้ชดใช้เงิน อีกทั้งการที่ศาลปกครองมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา โดยให้ระงับการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่ยึดหรืออายัดไว้จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดนั้น ย่อมมีผลเพียงทำให้ไม่สามารถขายทอดตลาดทรัพย์สินที่ยึดหรืออายัดไว้จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดเท่านั้น แต่ไม่ได้ห้ามเจ้าหน้าที่ดำเนินการให้มีการบังคับทางปกครอง

* พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ ฝึกปฏิบัติงานที่กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง ตรวจแก้โดย นางสาวพัชราภรณ์ ศิริวิมลกุล พนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มสนับสนุนวิชาการ คดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

¹ จากความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 1544/2561



ในการยึดหรืออายัดทรัพย์สินอื่นแต่อย่างใด เช่นนี้หากเจ้าหน้าที่จะดำเนินการยึดหรืออายัดทรัพย์สินอื่นก็ต้องดำเนินการภายใน 10 ปี นับแต่วันที่มีคำสั่งให้ชดใช้เงินดังกล่าว

รายละเอียดของเรื่อง :

องค์การบริหารส่วนตำบลขยายมีคำสั่ง ที่ 20/2548 ให้นาย พ. ปลัดองค์การบริหารส่วนตำบลขยายชดใช้ค่าสินไหมทดแทน กรณีเจ้าหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนตำบลขยายปฏิบัติงานเกี่ยวกับการเงินและการคลังไม่ถูกต้องตามระเบียบของทางราชการ และกระทำการโดยทุจริตเป็นเหตุให้เงินขาดบัญชี ต่อมา องค์การบริหารส่วนตำบลขยายได้ยุบรวมเข้ากับองค์การบริหารส่วนตำบลโพธิ์สามต้น องค์การบริหารส่วนตำบลโพธิ์สามต้นได้มีคำสั่ง ที่ 7/2549 ให้นาย พ. ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพิ่มเติม นาย พ. มิได้ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว องค์การบริหารส่วนตำบลโพธิ์สามต้นจึงใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยให้สำนักงานที่ดินจังหวัดนนทบุรี ดำเนินการอายัดที่ดินของนาย พ. และให้สำนักงานขนส่งจังหวัดนนทบุรีดำเนินการอายัดทะเบียนรถจักรยานยนต์ของนาย พ. ต่อมา นาย พ. ยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งให้ชดใช้เงินทั้งสองคำสั่งดังกล่าว ศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาให้นาย พ. ชำระเงิน นาย พ. จึงได้ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุด และขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งให้องค์การบริหารส่วนตำบลโพธิ์สามต้นงดการขายทอดตลาดทรัพย์สินของนาย พ. ไว้ก่อนจนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ต่อมา ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้เพิกถอนคำสั่งองค์การบริหารส่วนตำบลขยาย ที่ 20/2548 ที่สั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง เฉพาะส่วนที่ให้นาย พ. รับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดเกินกว่า 395,988.77 บาท องค์การบริหารส่วนตำบลโพธิ์สามต้นจึงมีคำสั่ง ที่ 561/2559 เพิกถอนคำสั่งองค์การบริหารส่วนตำบลขยาย ที่ 20/2548 และเรียกให้นาย พ. ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นเงิน 395,988.77 บาท เพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด และต่อมามีคำสั่ง ที่ 594/2559 แก้ไขเพิ่มเติมคำสั่ง ที่ 561/2559 ในส่วนของถ้อยคำเพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ในการนี้องค์การบริหารส่วนตำบลโพธิ์สามต้นขอหารือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับปัญหาการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ดังนี้ (1) กรณีศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา โดยให้งดการขายทอดตลาดทรัพย์สินของนาย พ. ผู้อยู่ใต้บังคับการใช้มาตรการบังคับทางปกครองไว้ก่อนจนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด องค์การบริหารส่วนตำบลโพธิ์สามต้นจะสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองกับคำสั่ง ที่ 7/2549 ได้หรือไม่ และยังมีระยะเวลาของอายุความหรือไม่ (2) คำสั่งองค์การบริหารส่วนตำบลโพธิ์สามต้น ที่ 594/2559 สามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองพร้อมคำสั่ง ที่ 7/2549 ได้หรือไม่ อย่างไร และจะต้องดำเนินการอย่างไรต่อไป

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า ตามประเด็นหารือที่ 1 มาตรา 57 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2535 บัญญัติให้การใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยวิธีการยึด การอายัด และการขายทอดตลาดทรัพย์สินให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลม โดยเจ้าหน้าที่ซึ่งใช้มาตรการบังคับทางปกครองจะต้องเริ่มดำเนินการเพื่อให้มีการบังคับในทางปกครองภายในระยะเวลา 10 ปี นับแต่วันที่ได้ออกคำสั่งให้คดีใช้เงินตามวิธีการบังคับแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 274 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 30) พ.ศ. 2560 และเมื่อได้ดำเนินการดังกล่าวแล้วย่อมสามารถบังคับคดีแก่ทรัพย์สินหรือสิทธิเรียกร้องต่อไปจนแล้วเสร็จได้ อย่างไรก็ตาม คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่กำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาคำขอของนาย พ. นั้น มีผลเพียงทำให้องค์การบริหารส่วนตำบลโพธิ์สามต้นไม่สามารถขายทอดตลาดทรัพย์สินของนาย พ. ได้จนกว่าศาลปกครองสูงสุดจะมีคำพิพากษาเท่านั้น แต่ไม่ได้ห้ามองค์การบริหารส่วนตำบลโพธิ์สามต้นดำเนินการให้มีการบังคับทางปกครองในการยึดหรืออายัดทรัพย์สินอื่นของนาย พ. ดังนั้น หากองค์การบริหารส่วนตำบลโพธิ์สามต้นจะยึดหรืออายัดทรัพย์สินอื่นของนาย พ. ต้องดำเนินการภายใน 10 ปี นับแต่วันที่มิคำสั่ง ที่ 7/2549 ให้นาย พ. ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าว

สำหรับประเด็นหารือที่ 2 เมื่อศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งองค์การบริหารส่วนตำบลขยาย ที่ 20/2548 เฉพาะส่วนที่ให้นาย พ. รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิดเกินกว่า 395,988.77 บาท นอกจากที่แก้ไขให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวย่อมเป็นที่สุดและมีผลผูกพันคู่กรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม และการที่องค์การบริหารส่วนตำบลโพธิ์สามต้นได้มีคำสั่ง ที่ 561/2559 และคำสั่ง ที่ 594/2559 แก้ไขเพิ่มเติมคำสั่ง ที่ 561/2559 เป็นเพียงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงจำนวนเงินค่าสินไหมทดแทนที่นาย พ. ต้องรับผิดชอบเพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเท่านั้น ซึ่งนาย พ. มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามโดยไม่อาจโต้แย้งคัดค้านคำสั่งได้อีก ดังนั้น เมื่อคำสั่งองค์การบริหารส่วนตำบลขยาย ที่ 20/2548 ในส่วนที่ศาลปกครองสูงสุดไม่ได้มีคำพิพากษาให้เพิกถอนยังมีผลบังคับใช้อยู่ และองค์การบริหารส่วนตำบลโพธิ์สามต้นได้เริ่มดำเนินการเพื่อให้มีการบังคับในทางปกครองภายใน 10 ปี นับแต่วันที่องค์การบริหารส่วนตำบลขยายมีคำสั่งดังกล่าว โดยให้สำนักงานที่ดินจังหวัดนนทบุรีและสำนักงานขนส่งจังหวัดนนทบุรีดำเนินการอายัดที่ดินและทะเบียนรถของนาย พ. องค์การบริหารส่วนตำบลโพธิ์สามต้นย่อมบังคับในทางปกครองในส่วนที่ยังไม่แล้วเสร็จกับทรัพย์สินที่ได้อายัดไว้แล้วต่อไปได้ตามมาตรา 57 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบมาตรา 274 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 30) พ.ศ. 2560

**สรุปความเห็น :**

กรณีที่ได้มีการอายัดทรัพย์สินของนาย พ. ไว้แล้วโดยการใช้มาตรการบังคับทางปกครองภายใน 10 ปี นับแต่วันที่มีคำสั่งให้ชดใช้เงิน แต่ต่อมาศาลมีคำสั่งให้งดการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่อายัดไว้จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด องค์การบริหารส่วนตำบลโพธิ์สามต้นย่อมบังคับทางปกครองในส่วนที่ยังไม่แล้วเสร็จกับทรัพย์สินที่ได้อายัดไว้แล้วต่อไปได้ และหากองค์การบริหารส่วนตำบลโพธิ์สามต้นจะยึดหรืออายัดทรัพย์สินอื่นของนาย พ. ต้องดำเนินการภายใน 10 ปี นับแต่วันที่มีคำสั่งให้ชดใช้เงินดังกล่าว

ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ



ดร.พัชมา จิตรมहिมา

ผู้อำนวยการฝ่ายวิเคราะห์และคดีปกครอง
กองกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา¹

“เกียรติภูมิของนักกฎหมายย่อมอยู่ทำงานหนักอันสุจริต

(For the jurist, honour lies in honest toil.) ซึ่งหมายความว่า

แรงงานของนักกฎหมายเป็นงานที่ค่อนข้างหนัก แต่การทำงานนั้นต้องมีความสุจริตเป็นที่ตั้ง และการปรับใช้กฎหมายนั้น นอกจากความยุติธรรม เหตุผล และประโยชน์ของภาครัฐแล้ว ยังต้องคำนึงถึงประชาชนด้วยเสมอ เพราะความผาสุกของประชาชนเป็นกฎหมายอันสูงสุด (Salus populi est suprema lex. -Welfare of people is the supreme law.)”

¹ สัมภาษณ์และเรียบเรียงโดย นายอนันต์ กระบวนศรี, วารสารวิชาการศาลปกครอง Administrative Courts Journal คอลัมน์ : ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ (ครั้งที่ 2/2565) วันศุกร์ที่ 24 มิถุนายน 2565 เวลา 16.00-17.00 น. ผ่านทาง LINE Meeting



สวัสดีครับ ท่านผู้อ่านทุกท่าน กลับมาพบกันอีกครั้งในคอลัมน์ “ประวัติ นักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ” ครั้งนี้เรา ได้รับเกียรติจาก ดร.พัชรา จิตรมหิมา ผู้อำนวยการ ฝ่ายวิเคราะห์และคดีปกครอง กองกฎหมาย ปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เลขาธิการคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง ตีอกเตอร์กฎหมายมหาชน จากประเทศฝรั่งเศสครับ ในวันสัมภาษณ์ (24 มิถุนายน 2565) ทางสำนักงานคณะกรรมการ กฤษฎีกายังคงอยู่ในช่วง Work from anywhere อันเนื่องมาจากสถานการณ์การแพร่ระบาดของ เชื้อ COVID-19 ดังนั้น การสัมภาษณ์ในวันนี้ จึงเป็นรูปแบบการสัมภาษณ์ออนไลน์ผ่านทาง LINE Meeting ครับ เพื่อไม่ให้เป็นการเสียเวลา เรามาเริ่มทำความรู้จักกับ ดร.พัชรา จิตรมหิมา ไปพร้อมกันเลยครับ

ผู้สัมภาษณ์ : สวัสดีครับ ผอ. ก่อนอื่น ในฐานะผู้สัมภาษณ์ ต้องขอขอบคุณ ดร.พัชรา จิตรมหิมา ผู้อำนวยการฝ่ายวิเคราะห์และ คดีปกครอง กองกฎหมายปกครอง สำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกา เลขาธิการคณะกรรมการ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ที่กรุณาสละ เวลาอันมีค่าและเป็นเกียรติให้สัมภาษณ์กับ ทางวารสารวิชาการศาลปกครองในครั้งนี้ สำหรับคำถามจะแบ่งออกเป็น 3 ส่วน คือ 1) คำถามทั่วไป ชีวิตส่วนตัว งานอดิเรก และ ความสนใจอื่น ๆ 2) ประวัติการศึกษาและมุมมอง ต่อการศึกษากฎหมายมหาชนในประเทศไทย และ 3) ประวัติการทำงานและมุมมองต่อ กฎหมายมหาชนในประเทศไทย

ส่วนที่ 1

คำถามทั่วไป ชีวิตส่วนตัว งานอดิเรก และความสนใจอื่น ๆ

เข้าสู่คำถามแรกเลยนะครับ ผอ. ช่วงนี้ เป็นอย่างไรบ้างครับ งานเยอะหรือไม่ครับ

ตอนนี้ก็เริ่มเบาลง เคลียร์งานออกไป เกือบหมดแล้วค่ะ แต่ก็เหลือที่คิดไว้ว่า จะเขียนงานวิชาการ รอบนี้ยังไม่ได้เขียน ก็ได้ยั่วว่า จะเริ่มเขียน

การที่เปลี่ยนมาเป็นระบบ Work from anywhere ช่วยส่งเสริมให้สามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ มากขึ้นหรือไม่ครับ

พี่ว่าก็ตินะ เราไม่ต้องเสียเวลาในการ เดินทาง เราอยู่ตรงไหนเราก็ทำงานได้เสมอ โชคดีที่ระบบของสำนักงานรองรับด้วย ทั้งระบบ สารสนเทศ ระบบคอมพิวเตอร์ โปรแกรมต่าง ๆ ที่ใช้ในการทำงานก็วางระบบเอาไว้ให้สามารถ ทำงานได้ทุกที่ ซึ่งไม่ต่างกับไปนั่งทำงานจริงที่ Office พี่คิดว่าช่วย save เวลาในการเดินทางได้เยอะ

นอกเหนือจากเวลาทำงานแล้ว มีความชอบหรือ งานอดิเรกอะไรที่สนใจเป็นพิเศษบ้างหรือไม่ครับ

ถ้าในเวลว่าง พี่ชอบอ่านหนังสือประเภท ท่องเที่ยว ประวัติศาสตร์ ช่วงนี้หลัก ๆ ก็ชอบดู YouTube พวกการเดินทางท่องเที่ยว ในส่วน ของสารคดี แนะนำร้านอาหาร และการเดินทาง ท่องเที่ยว จริง ๆ ก็อยากที่จะไปเที่ยวเอง ชอบไปเที่ยว แต่ว่าหาโอกาสได้ค่อนข้างยาก บางที ก็ติดเรื่องการสอน และก็ต้องหาเวลว่างให้ตรง กับแฟนด้วย อ่านหนังสือนวนิยายก็มีบ้าง แต่ถ้า ถามว่ามีหนังสือเล่มไหนเป็นหนังสือโปรดในดวงใจ พูดไปน้องจะรู้ไหม เนื่องจากเป็นหนังสือที่ เก๋ามากเลย เช่น พี่ชอบแนวทะเลทราย ดังนั้น

พี่จะชอบ “ฟ้าจรดทราย” เรื่องที่เกี่ยวกับทะเลทราย แต่ปัจจุบันก็ไม่ได้จับนวนิยายมาอ่านนานมากแล้วเหมือนกัน โดยมากจะดู Youtube ท่องเที่ยวมากกว่า ถ้าพี่มีเวลาก็อยากจะไปเที่ยวที่ญี่ปุ่น เพราะว่าที่ยุโรปนั้น เราไปอยู่มานานมากแล้ว และเราก็ได้ไปเที่ยวทั้งฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ อิตาลี สเปน คือ คิดว่าเราไปมาพอสมควรแล้ว ซึ่งเป็นประเทศในแถบยุโรป ตอนนี้เลยอยากเที่ยวใกล้ ๆ บ้าน ซึ่งเป็นแถบเอเชียบ้าง



นิยายเรื่อง “ฟ้าจรดทราย”

ภาพประกอบจาก สำนักพิมพ์รวมสาส์น

คำถามสุดท้ายในส่วนทั่วไปนะคะ อยากทราบว่า ผอ. มีคติประจำใจที่นำมาใช้ในการดำเนินชีวิตและการทำงานครับ

พี่คิดว่าทุกสิ่งทุกอย่างเกิดขึ้นได้ด้วยตัวท่านเอง ถ้าเราคิดจะทำอะไร หากเรามั่นใจแล้วควรทำไปเลย ซึ่งเชื่อว่าจะสามารถประสบความสำเร็จได้ อย่างที่ภาษาฝรั่งเศสกล่าวไว้ว่า “Grâce à vous, tout est possible” (All things are possible with you.) หมายความว่า ทุกสิ่งทุกอย่างสำเร็จได้ด้วยตัวเราเอง ดังคำกล่าวที่ว่า Your character is your destiny. ลักษณะนิสัยของท่านเป็นตัวกำหนดโชคชะตาของท่านเอง ดังนั้น จึงควรเชื่อมั่นในความสามารถของตนเอง และทำงานให้บรรลุผล

ส่วนที่ 2 การศึกษา

อยากทราบถึงจุดเริ่มต้นที่ ผอ. ตัดสินใจเป็นนักกฎหมาย และมีสิ่งใดเป็นแรงจูงใจหรือแรงบันดาลใจให้ศึกษากฎหมายครับ

สิ่งที่เป็แรงจูงใจให้ศึกษาวิชากฎหมายเนื่องจากมีความคิดว่าการมีความรู้ทางกฎหมายจะช่วยให้ไม่ต้องประสบกับปัญหาในการถูกเอาเปรียบในการกระทำที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย นอกจากนี้ ความรู้จากการศึกษากฎหมายยังสามารถนำไปใช้ในการให้คำแนะนำและช่วยเหลือแก่บุคคลที่ไม่รู้เรื่องกฎหมาย และได้รับความไม่เป็นธรรมจากความไม่รู้เรื่องกฎหมายนั้นแต่จริง ๆ พี่เองก็ไม่ได้อยากเป็นนักกฎหมายมาตั้งแต่เด็ก ๆ พี่เพิ่งจะมาเริ่มอยากเรียนกฎหมายสมัยมัธยมศึกษาตอนปลาย พอช่วงใกล้เข้ามหาวิทยาลัย สุดท้ายเลยตัดสินใจเรียนกฎหมายเลือกคณะนิติศาสตร์ทั้งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยเลย ถ้าย้อนกลับไปในก่อนหน้านี้ พี่อยากเป็นนักการทูตและอยากเป็นนางฟ้า คือ เป็นแอร์โฮสเตสค่ะ ซึ่งแอร์โฮสเตสนี้เป็นความฝันของเด็กผู้หญิงทุกคน ได้อยู่บนท้องฟ้าและท่องเที่ยวไปประเทศต่าง ๆ แต่พอเรียนไปสักระยะก็อยากเป็นนักการทูต เพราะว่าชอบการท่องเที่ยว

ถ้าอย่างนั้น ขออนุญาตย้อนกลับไปในสมัยเรียนมัธยมนะคะ ไม่ทราบว่า ผอ. เรียนสายอะไร และเหตุใดถึงเลือกเรียนสายนั้นครับ

พี่เรียนศิลป์-ภาษาฝรั่งเศส และก็ชอบวิชาภาษาฝรั่งเศสเป็นพิเศษ เนื่องจากเป็นภาษาที่มีสำเนียงอันไพเราะ และได้รับข้อมูลเกี่ยวกับสิ่งที่น่าชื่นชมของประเทศฝรั่งเศส เช่น สถานที่



ห้องเที่ยว เทคโนโลยี แฟชั่นต่าง ๆ นอกจากนี้ยังมีงานด้านศิลปะที่งดงาม เช่น ภาพวาดสถาปัตยกรรม โบสถ์ และวิหารต่าง ๆ อีกสาเหตุหนึ่งคือ พี่ไม่ชอบวิทยาศาสตร์ เวลาเรียนรู้รู้สึกไม่สนุกเลยคิดว่าถ้าเรารู้หลาย ๆ ภาษาก็น่าจะมีประโยชน์ในเวลาที่อ่านหนังสือ และก็อยากจะเดินทางท่องเที่ยว และคิดว่าภาษาฝรั่งเศสเป็นภาษาที่น่าสนใจ เพราะตอนนั้นโดนบังคับเรียนภาษาอังกฤษอยู่แล้ว และพอได้สัมผัสภาษาฝรั่งเศส รู้สึกว่าเป็นภาษาที่เสียงเหมือนดนตรี ฟังแล้วไพเราะ อาจารย์ที่สอนก็ให้ความรู้เกี่ยวกับวัฒนธรรมของประเทศฝรั่งเศสด้วยสำหรับพี่ถ้าให้เทียบภาษาฝรั่งเศสกับอังกฤษ พี่จะรู้สึกว่าไวยากรณ์ภาษาอังกฤษอาจจะยากกว่าและพอชอบวัฒนธรรมฝรั่งเศสแล้ว ก็เลยรู้ว่าเข้าใจง่าย เช่น เวลาที่ดูภาพยนตร์ก็จะรู้สึกว่าอ่านซับไตเติ้ลภาษาฝรั่งเศสง่ายกว่าภาษาอังกฤษต่างจากภาษาอังกฤษที่พี่รู้สึกว่าไม่ค่อยสนุกเท่าภาษาฝรั่งเศส ดังนั้น พัฒนาการด้านภาษาอังกฤษจึงไปได้ช้ากว่าภาษาฝรั่งเศส

ทราบมาว่าสำเร็จการศึกษาในระดับปริญญาโทสาขากฎหมายเอกชน จึงน่าสนใจว่าเหตุใดถึงเปลี่ยนสายงานมาศึกษากฎหมายมหาชนครับ

ตอนที่พี่เรียนปริญญาตรีตอนนั้นกฎหมายเอกชนจะค่อนข้างเป็นที่นิยมมาก และมีความเชื่อกันว่าจะได้มีโอกาสที่ดีในการทำงาน เช่น งานธนาคาร ธุรกิจหลักทรัพย์ เงินทุน ฯลฯ ดังนั้น พอจบการศึกษาสมัยปริญญาตรีแล้วก็เลยเลือกที่จะศึกษาต่อสาขากฎหมายเอกชนในระดับปริญญาโท อย่างไรก็ตาม ช่วงระหว่างศึกษาในระดับปริญญาโทสาขากฎหมายเอกชนที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ได้เปลี่ยนงานจากภาคเอกชนมาทำงานภาครัฐที่สำนักงาน

คณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งการทำงานภาครัฐมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชนมากกว่ากฎหมายเอกชน และในเวลาต่อมากฎหมายมหาชนเริ่มมีความสำคัญยิ่งขึ้น ที่ทำงานมีการให้โอกาสข้าราชการได้รับทุนจากรัฐบาลฝรั่งเศสในด้านกฎหมายมหาชน ซึ่งในขณะนั้นภาครัฐยังมีนักกฎหมายมหาชนไม่เพียงพอ จึงเป็นเหตุให้เกิดความสนใจที่จะศึกษากฎหมายมหาชน

กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และความสัมพันธ์เกี่ยวกับสถานะและอำนาจของรัฐกับบุคคลในฐานะต่าง ๆ ซึ่งกฎหมายโดยส่วนใหญ่แล้วจะมีหลักเกณฑ์และความสัมพันธ์ดังกล่าวอยู่เสมอ แม้ในกฎหมายเอกชนก็ตามหากต้องมีการปรับใช้กฎหมายเพื่อบังคับระหว่างเอกชนจะต้องอาศัยอำนาจรัฐในการดำเนินการดังกล่าว ดังนั้น กฎหมายโดยส่วนใหญ่แล้วจะมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชน การเปลี่ยนสายการศึกษาจึงไม่ได้มีผลกระทบเท่าไรนัก อย่างไรก็ตาม ในระยะแรก อาจมีอุปสรรคบางประการ โดยเฉพาะนิติวิธี (legal method) ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับแนวคิด วิธีคิด วิธีการ และทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายรวมทั้งวิธีใช้และวิธีตีความกฎหมาย ซึ่งนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนนั้นจะมีความแตกต่างไปจากนิติวิธีทางกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายเอกชน เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี โดยกฎหมายมหาชนนั้นคู่กรณีมีฐานะไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐหรือเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจรัฐ แต่อีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลที่อยู่ภายใต้การใช้อำนาจรัฐ ส่วนกฎหมายเอกชนนั้นถือว่าคู่กรณีมีความเท่าเทียมกัน หรือกรณีการชั่งน้ำหนักแห่งประโยชน์ของคู่กรณีโดยทางกฎหมายมหาชนจะถือประโยชน์ส่วนรวม (intérêt public) เป็นหลัก ส่วนทางกฎหมายแพ่งจะพิจารณาโดยเน้นด้านประโยชน์ส่วนบุคคล

(intérêt privé) เพื่อให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่มีความสุจริตเป็นที่ตั้ง ซึ่งในระยะแรกที่เริ่มปฏิบัติหน้าที่ในงานราชการ ยังคงมีความสับสนเรื่องนิติวิธี โดยมักจะนำนิติวิธีทางกฎหมายแพ่งมาปรับใช้กับงานราชการ ซึ่งเป็นผลให้เกิดการพิจารณาที่ไม่ถูกต้องและขาดความเหมาะสม ทั้งนี้ จะต้องอาศัยระยะเวลาในการทำความเข้าใจกับระบบงานราชการและหลักกฎหมายมหาชน ซึ่งจะช่วยให้เข้าใจและสามารถปรับใช้นิติวิธีทางกฎหมายมหาชนได้อย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับการปฏิบัติงานภาครัฐฯ

พื้คิดว่าความรู้ที่พื้ได้รับจากการศึกษากฎหมายเอกชนก็ยังคงมีประโยชน์ ซึ่งมีการนำมาใช้ในการทำงานอยู่บ้าง เพราะในทุกกฎหมายจะมีทฤษฎีและหลักการซึ่งเป็นพื้นฐานแนวคิดต่าง ๆ ที่สามารถนำมาปรับใช้ได้ เพราะไม่ใช่จะใช้กฎหมายมหาชนอย่างเดียวโดยตลอด บางครั้งอาจจะต้องพิจารณาไปถึงเรื่องนิติกรรมสัญญา เอกเทศสัญญา หลักทั่วไปตามกฎหมายแพ่ง โดยศึกษา เรียนรู้ และใช้ในการเปรียบเทียบได้ว่า สัญญาทางแพ่งแตกต่างจากสัญญาทางปกครองอย่างไร เวลาเราสอนนักศึกษา ก็สามารถที่จะให้เขาเข้าใจแนวคิดกฎหมายเอกชนว่าสัญญาทางแพ่งเป็นอย่างไร สัญญาทางปกครองเป็นอย่างไร มีความเหมือนและความแตกต่างกันอย่างไร

เหตุใดจึงตัดสินใจศึกษาต่อที่ต่างประเทศและเลือกที่จะศึกษาต่อในประเทศฝรั่งเศสครับ

พื้ว่าพอเราศึกษากฎหมายในระดับสูงขึ้นไปแล้วก็จะพบว่า กฎหมายเป็นผลผลิตของมนุษยชาติ ซึ่งมีพลวัต (dynamic) เปลี่ยนแปลงไปตามสังคมที่เจริญแล้ว โดยเฉพาะประเทศในภาคพื้นยุโรปจะมีพัฒนาการทางกฎหมายที่เป็นแม่แบบ (model law) ให้แก่กฎหมายในประเทศไทย การศึกษากฎหมายต่อในต่างประเทศเป็นวิธีหนึ่ง

ในการพัฒนาทางการศึกษาเพื่อให้เข้าใจบริบททางกฎหมายของสังคมอารยประเทศที่มีความเจริญ และที่สำคัญ การศึกษากฎหมายในต่างประเทศยังทำให้สามารถพัฒนาความรู้ทางด้านภาษาต่างประเทศอีกด้วย โดยเฉพาะภาษาต่างประเทศด้านกฎหมาย ซึ่งจะช่วยให้สามารถศึกษาค้นคว้าทางวิชาการกฎหมายได้กว้างขวางยิ่งขึ้น โดยสามารถใช้ภาษาต่างประเทศในการศึกษาและค้นคว้าเพิ่มเติมได้มากยิ่งขึ้น

พื้ทำงานอยู่สักพัก ประมาณ 6 ปี ก็มีทุนของรัฐบาลฝรั่งเศส ซึ่งได้ไปเรียนต่อหลังจากที่ได้เรียนรู้ระบบงานราชการแล้ว พอมีประกาศสอบแข่งขันหรือสอบชิงทุน ก็มองว่าโอกาสที่เราจะรอคอยมาถึงแล้ว โอกาสที่จะได้ไปท่องเที่ยวเดินทาง พร้อมกับการศึกษาหาความรู้ และประเทศฝรั่งเศสก็เป็นประเทศที่ชื่นชอบมาก่อนหน้านี้อยู่แล้ว ถ้าตอนนั้นเป็นทุนให้ไปอเมริกาหรืออังกฤษ พื้ก็อาจจะไม่สมัคร และนอกจากความชอบภาษาฝรั่งเศสเป็นทุนเดิมอยู่แล้ว สาเหตุที่เลือกเรียนต่อที่ประเทศฝรั่งเศสก็เนื่องจากกฎหมายฝรั่งเศส โดยเฉพาะกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสนั้นได้มีพัฒนาการและการตกผลึกทางความคิดด้านกฎหมายมายาวนาน ซึ่งประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทยได้นำมาเป็นแบบอย่างในการบัญญัติกฎหมายในการบริหารงานแผ่นดินและการปฏิบัติงานภาครัฐโดยมีความสอดคล้องกับหลักกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส ซึ่งกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสเป็นรากฐานทางกฎหมายมหาชนที่สำคัญของกฎหมายไทย การศึกษากฎหมายต่อที่ประเทศฝรั่งเศสจะช่วยต่อเติมระบบคิดและข้อความคิดทางกฎหมายให้เกิดความเข้าใจและนำมาปรับใช้ได้อย่างเหมาะสม รวมทั้งอาจนำมาพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายไทยให้มีประสิทธิภาพและมีประสิทธิผลเช่นเดียวกับกฎหมายฝรั่งเศส

ซึ่งอาจเป็นหนทางหนึ่งที่จะช่วยผลักดันให้ประเทศไทยมีความเจริญและก้าวหน้าในด้านต่าง ๆ ไปในแนวทางที่ตามแบบความเจริญของประเทศฝรั่งเศส

การสอบชิงทุนสมัยก่อนคนที่ตั้งใจจะสอบก็เข้านั่งทำข้อสอบด้วยกัน เป็นทุนที่แข่งขันกันภายในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และตอนนั้นก็มียาจารย์สอนภาษาฝรั่งเศสจากสมาคมฝรั่งเศสกรุงเทพ (Alliance Française de Bangkok) มาสอนภาษาตอนเย็น และระหว่างเรียนอาจารย์ก็บอกว่าจะมีทุนรัฐบาลฝรั่งเศส ซึ่งอาจารย์ก็ช่วยติว และช่วยฝึกทำข้อสอบให้ด้วย ในวันเดินทางนั้นพี่ก็บินไปพร้อม ๆ กับเพื่อนคนไทย ตอนนั้นก็มียาจารย์ (เก่ง) แก้วกำเนิด และชนิษฐา (เล็ก) เต็มตฤณนา และจิรวรรณ (พี่อ๊าก) จงสงวนดี นั่งเครื่องบินลำเดียวกัน โดยบินไปพร้อม ๆ กันเลย แต่พอลงเครื่องที่สนามบินชาร์ลเดอโกล (Charles de Gaulle Airport) ต่างก็แยกย้ายกันไป เว้นแต่พี่อ๊าก ซึ่งได้ไปเรียนภาษาที่เดียวกันที่เมืองเกรอนอบล์ (Grenoble) แต่ต่อมาได้แยกย้ายไปเรียนที่อื่นในสมัยเรียนปริญญาโท ส่วนเก่งกับเล็กเลือกเรียนที่เมืองเบอซ็องซง (Besançon) ถ้าจำไม่ผิดนะค่ะ

พี่เลือกเรียนที่เมืองเกรอนอบล์ เพราะเป็นเมืองที่สวยงาม เป็นเมืองเงียบ ๆ และเป็นเมืองภูเขา พี่เป็นคนเลือกเอง โดยดูจากสิ่งแวดล้อมและหลักสูตร ซึ่งเห็นว่าที่เกรอนอบล์มีหลักสูตรที่น่าสนใจและมีเปิดสอนตอนภาคฤดูร้อนด้วย ที่เมืองเกรอนอบล์มีนักศึกษาไทยหลายคน โดยเฉพาะนักศึกษาสายวิทยาศาสตร์ เช่น



ภาพสมัยเรียนที่เมืองเกรอนอบล์

อาจารย์ที่มาจากมหาวิทยาลัยเทคโนโลยีพระจอมเกล้าฯ ซึ่งจะพักกันที่หอพักนักศึกษา Résidence Houille Blanche พี่จะมีเพื่อน ๆ อยู่ที่นั่นเยอะ แต่พี่ไม่ได้อยู่ที่นั่น โดยอยู่อีกที่พักหนึ่งใกล้ ๆ มหาวิทยาลัย ตอนแรกได้หอพัก CROUS² อยู่ในเมือง แต่มันค่อนข้างแออัด พี่ไม่ค่อยชอบห้องน้ำซึ่งเป็นห้องน้ำรวม ก็เลยย้ายไปเช่าอพาร์ทเมนต์เอง เมืองเกรอนอบล์เป็นเมืองที่ขึ้นชื่อในการเล่นสกี พี่ก็ไปเล่นเหมือนกัน แต่ไม่กล้าเล่นเหมือนคนอื่น เลยต้องไปนั่งเล่นแบบกระบะหรือเลื่อน ที่ภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า la luge แล้วก็ค่อย ๆ นั่งสไลด์ลงมา

ประทับใจบรรยากาศที่เมืองนี้ ก็เลยอยู่ศึกษาต่อปริญญาโทที่นี่เลยใช่หรือไม่ครับ

มหาวิทยาลัยเกรอนอบล์ตอบรับก่อนก็เลยเลือกที่นี่เลย และตอนนั้นค่อนข้างจะต้งรกรากในเมืองนี้พอสมควรแล้ว ที่พักตอนนั้น

² CROUS : Centre Régional des Oeuvres Universitaires et Scolaires เป็นหอพักสำหรับนักศึกษา ราคาจะถูกกว่าที่พักทั่วไป แต่จะมีจำนวนไม่มาก

เป็นที่เช่าแบบ appartement sans meuble ซึ่งหมายถึง อะพาร์ตเมนต์ที่ไม่มีเฟอร์นิเจอร์ ซึ่งพี่ก็ได้ซื้อทุกอย่างไว้ เช่น โต๊ะ เก้าอี้ เตียง ที่วูดูเย็น ฯลฯ โดยลงทุนไปเยอะมาก ก็เลยไม่อยากย้ายเมือง ถ้าอยู่ต่อที่เมืองนี้ก็จะประหยัดค่าใช้จ่ายด้วยการเรียนกฎหมายที่นี้เป็นการเรียนกฎหมายที่เป็นภาษาต่างประเทศ ณ ต่างประเทศ ซึ่งเป็นครั้งแรกในชีวิต ความยากก็คือเรื่องของภาษานี้แหละ เป็นปัญหาอันดับหนึ่งเลย ก่อนเรียนกฎหมาย พี่ก็ต้องไปเรียนภาษาอีกหนึ่งปี เราเป็นคนเอเชีย ถึงแม้ว่าจะมีความถนัดด้านไวยากรณ์ แต่พอไปถึงแล้ว การพูดกับการฟังมันยากสำหรับเรา ก็ใช้ชีวิตลำบากเหมือนกันในช่วงต้น อาศัยว่าพออยู่ไปนาน ๆ ก็จะเริ่มคุ้นเคย คนฝรั่งเศสเริ่มจะฟังสำเนียงเราออก แต่ถึงแม้ว่าเราจะพอพูดได้ในชีวิตประจำวัน โดยสามารถซื้อของ ติดต่อสื่อสาร จองตั๋ว โรงแรม ท่องเที่ยวได้ แต่การเรียนกฎหมายมันเป็น ศัพท์เทคนิคทางวิชาการ ซึ่งมีความแตกต่างจากภาษาพูดมาก ภาษากฎหมายค่อนข้างยาก อีกอย่างหนึ่ง คือ อาจารย์ผู้สอนก็ไม่ได้คิดว่าเราเป็นพวกหัวดำที่ไม่ได้เกิด พูด และใช้ภาษาที่นี้เป็นหลัก แต่อาจารย์มองว่าเราเป็นนักเรียนคนหนึ่ง เลยสอนเหมือนกับเป็นนักศึกษาชาวฝรั่งเศสตามปกติทั่วไป อาจารย์ไม่ได้มองว่ามีคนต่างชาติอยู่ในห้อง อาจารย์ก็บรรยายไปเรื่อย ๆ ในช่วงแรก ๆ เลยก็มีปัญหาในแง่ที่ว่าเราต้องทำความรู้จักกับเพื่อน เพื่อที่ว่าจะขอยืมเลคเชอร์ เพราะในตอนแรกเราจดยืมไม่ได้ จดได้ไม่หมด และไม่รู้เรื่อง ก็เลยต้องยืมเลคเชอร์เพื่อน แต่ก็มาประสบกับความยุ่งยากอีก เพราะเป็นศัพท์ย่อที่เขาเข้าใจของเขา โดยเราจะต้องเรียนรู้เพื่อให้เข้าใจคำย่อของเขาว่าหมายความว่าอย่างไร เพื่อนก็มีทั้งที่มีเวลาและไม่มีเวลา คนที่ไม่มีเวลาเมื่อเลิกเรียน



มหาวิทยาลัยเกรอนอบล์

ภาพประกอบจาก <https://droit.univ-grenoble-alpes.fr/>

เขาก็รีบกลับไปทำธุรกิจส่วนตัว มีน้อยคนที่เขาจะยอมให้เวลากับเรา เพื่อช่วยอธิบายให้เรา ดังนั้น เราจึงต้องอ่านเอง ศึกษา และค้นหาเอง พี่เลยต้องอ่านหนังสือและดูว่าคำย่อต่าง ๆ หมายความว่าอย่างไร ซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะมีคำอธิบายในหน้าแรก ๆ ของหนังสือ โดยต้องทำความเข้าใจ นอกจากนี้ ลายมือของเพื่อนฝรั่งก็อ่านยาก ต่อให้เราได้เลคเชอร์มา ก็แทบจะเหมือนกระดาษาเปล่า ซึ่งไม่ค่อยได้ช่วยอะไรเราเท่าไรนัก ก็เลยต้องไปฟังการอ่านหนังสือ ต้องไปถามอาจารย์ว่าพอจะแนะนำหนังสือให้ไปอ่านเพิ่มเติมได้ไหม พออาจารย์แนะนำ เราก็ต้องไปอ่านหนังสือเพิ่มเติมตามนั้น หากเราไปคาดหวังกับเลคเชอร์ในห้อง ก็ยากที่จะเรียนรู้ให้เข้าใจได้ เพราะบางทีอาจารย์บรรยายแต่เพื่อนเข้าใจ เขาอาจไม่จด และอาจารย์ก็ไม่มาคอยดูว่าเราจะจดตาม โดยจดเลคเชอร์ทันหรือไม่ ช่วงต้น ๆ ในสมัยเรียนปริญญาโท จึงค่อนข้างยาก อย่างไรก็ตาม ในยุคสมัยนี้ค่อนข้างจะทำการศึกษได้ไม่ยากเท่าไรนัก เนื่องจากอาจใช้ Facebook หรือ What's app ไปสอบถามเพื่อนฝรั่งเศสได้โดยตรงในเวลาที่เราอ่านเลคเชอร์เขาไม่ออก หรืออาจใช้โทรศัพท์มือถือถือทำการแปลเลยก็ได้ ในยุคนั้นโทรศัพท์มือถือก็ไม่ได้ทันสมัยแบบในยุคนี้ ไม่สามารถถ่ายรูปกระดาษดำ หรือถ่ายภาพเลคเชอร์ของเพื่อนได้ โดยตอนเรียนที่ l'ÉNA



ในช่วงไม่นานมานี้ เทคโนโลยีก้าวหน้าและทันสมัยแล้ว หรืออาจเป็นเพราะว่าพีไปเรียนตอนที่มีอายุและประสบการณ์เพิ่มมากขึ้นแล้ว โดยพีจะถ่ายรูปแล้วนำภาพถ่ายในห้องเรียนนั้นมานั่งอ่านตอนกลับมาที่โรงแรม ดังนั้น เวลาที่พีอ่านเลคเชอร์เพื่อนไม่รู้เรื่อง พีก็สามารถ e-mail ไปสอบถามได้เลย อย่างไรก็ตาม คนฝรั่งเศสมักไม่ค่อยให้เบอร์โทรศัพท์กัน เนื่องจากความเป็นส่วนตัวเขาค่อนข้างสูงมาก ในสมัยก่อนที่ไปเรียนนั้น เวลาจะติดต่อสื่อสารกับครอบครัวที่เมืองไทย พีต้องซื้อบัตรโทรศัพท์ บัตรจีน ไม่รู้ว่าจะทำอย่างไรจะติดต่อกับการใช้บัตรประเภทนี้ใหม่ เมื่อซื้อบัตรโทรศัพท์มาแล้วก็ไปกดดูโทรศัพท์สาธารณะ ตูตามใกล้ ๆ มหาวิทยาลัย พีต้องต่อแถวรอสายคุย คุยแป๊บเดียวบัตรก็หมด ตอนนั้นยังไม่มี Line ให้ติดต่อถึงกันซึ่งในห้องที่พีเรียนนั้น ต้องคอยมองหาเพื่อน ๆ โดยสังเกตว่าคนไหนท่าทางใจดี แล้วก็เข้าไปขอ e-mail ส่วนมากมักจะเป็นเพื่อนผู้หญิง

ตอนที่เขียนสารนิพนธ์ (mémoire) ก็มีปัญหเหมือนกัน เพราะก็เป็นงานเขียนภาษาฝรั่งเศส ไม่เคยเขียนมาก่อน เราก็หาเพื่อนมาช่วยแต่ไม่ใช่เพื่อนที่เรียนกฎหมายนะ เราไปเที่ยวแล้วก็รู้จักคนนั้นคนนี้ เราก็เขียนและให้เขาช่วยดูไวยากรณ์ว่าถูกต้องหรือไม่ ก็เลยได้เพื่อนหลากหลายคอยช่วยเหลือ ส่วนมากก็จะได้เพื่อนที่มาจากการบินไทย เวลาที่มหาวิทยาลัยจัดให้ไปเที่ยวเราก็ไป ส่วนเพื่อนนักเรียนคนไทยนี้ไม่ค่อยได้เจอกันเลยเนื่องจากไม่ค่อยมีเพื่อนที่มาเรียนกฎหมายที่นี่เลย มีแต่เพื่อนสายวิทยาศาสตร์ ก็เลยไม่ได้มีใครมาช่วย และผู้ที่มาเรียนกฎหมายมักจะเป็นรุ่นน้อง ๆ เสียมากกว่า ซึ่งเขาก็มาเรียนต่อปริญญาตรีเป็นส่วนใหญ่ โดยเขาก็จะประสบปัญหาเช่นเดียวกับเรา

ผอ. ช่วยเล่าประสบการณ์สมัยเรียนปริญญาเอกและเลือกทำวิทยานิพนธ์ปริญญาเอกในหัวข้อใดเพราะอะไรครับ

ทุนของพีเป็นทุนโท-เอก พอจบโทก็เรียนต่อเอกเลยที่มหาวิทยาลัยปอล เซซาน-เอ็กซ์มาร์เซย 3 (Université Paul Cézanne Aix-Marseille III) ซึ่งตั้งอยู่ที่เมืองเอ็กซองโพรวองซ์ (Aix-en-Provence) ตอนนั้นสมัครไป 3-4 แห่ง และที่นี้ตอบรับมาก่อน ก็เลยเลือกที่นี่เลย พีทำวิทยานิพนธ์ (thèse) เรื่อง การฟ้องคดีต่อศาลปกครองในประเทศไทย (Les recours devant les juridictions administratives en Thaïlande) โดยศึกษาการฟ้องคดี (recours) และพิเคราะห์ปัญหาด้านการดำเนินคดีทางปกครอง (contentieux administratif) ต่อศาลปกครองไทย ซึ่งเปรียบเทียบกับการฟ้องคดีและการดำเนินคดีต่อศาลปกครองฝรั่งเศส โดยเหตุที่เลือกหัวข้อนี้ เนื่องจากขณะที่ไปศึกษาในประเทศฝรั่งเศสนั้น ประเทศไทยเพิ่งจะเริ่มมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นได้ไม่นาน พีไปเรียนช่วง พ.ศ. 2544 ในขณะที่ศาลปกครองเพิ่งจะมีในช่วง พ.ศ. 2543 ซึ่งการศึกษาถึงกระบวนการในการฟ้องคดีและการดำเนินคดีต่อศาลปกครองในเชิงเปรียบเทียบดังกล่าว อาจเป็นประโยชน์ต่อการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางปกครองไทยให้แก่ภาครัฐและภาคประชาชน ตอนนั้นพีเห็นว่าเราเพิ่งจะมีศาลปกครอง และเราก็ยังขาดแคลนคนที่มีความรู้และความชำนาญเฉพาะด้านยิ่งศาลปกครองไทยรับเอาอิทธิพลมาจากประเทศต้นแบบอย่างประเทศฝรั่งเศสแล้ว ถ้าเราได้เรียนรู้กฎหมายของฝรั่งเศสและนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทย ก็คิดว่าน่าจะมีประโยชน์กับสังคมไทย



มหาวิทยาลัยปอล เซซาน-เอ็กซ์มาร์เซย 3

ภาพประกอบจาก www.wikidata.org

ในเวลาที่เราไปเรียนปริญญาเอกนั้น ยังไม่ค่อยมีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีเหมือนในยุคสมัยนี้ เวลาที่พี่อยากจะได้ข้อมูลที่ไทยพี่ก็จะให้น้องชายซื้อหนังสือและส่งไปรษณีย์มาให้ พี่ก็เลือกเล่มที่คิดว่าจำเป็นต้องใช้ เพราะค่าจัดส่งมันแพง นอกจากนี้ ประเทศไทยเราเองก็ยังไม่มีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีเหมือนในยุคสมัยนี้ พี่ก็เลยต้องศึกษาจากบรรดาร่างกฎหมายและบทความกฎหมายปกครองของรุ่นพี่ เช่น ท่านอาจารย์ฤทัยฯ ท่านอาจารย์บุญอนันต์ฯ โดยจะใช้อ่านและอ้างอิง เวลาที่บทความของรุ่นพี่มีการอ้างอิงหนังสือฝรั่งเศส พี่ก็ไปตามดูเล่มที่อ้างอิง และค้นหาเล่มที่สนใจแล้วนำมาอ่านเพิ่มเติม โดยมากจะเป็นข้อมูลที่ได้มาจากตำราฝรั่งเศสนี้แหละ เพราะว่าเราได้รับอิทธิพลของฝรั่งเศสมา แต่อุปสรรคจริง ๆ ในการศึกษาระดับปริญญาเอก คือ ต้องศึกษาและทำงานด้วยตนเอง วินัยทางการศึกษาจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างมาก เพราะเราจะต้องเขียนงานของเรา พอเราเขียนเสร็จแล้วก็จะติดต่อกับอาจารย์เพื่อจัดส่งให้ท่านตรวจพิจารณาและให้ความเห็น ด้วยความที่พี่ตั้งรกรากอยู่ที่เมืองเกรโนบล์แล้ว พี่ไม่อยากย้ายเมืองเวลาจะไปพบกับอาจารย์จึงต้องเดินทางไกลผ่านหลายเมือง เฉพาะเวลาที่นัดส่งงาน เมื่อพี่ยังใช้ชีวิตอยู่ที่เมืองเกรโนบล์ ปัญหาอีกอย่างก็คือเรื่องระยะทาง ความห่างนี้ประมาณ 200 กว่ากิโลเมตร โดยต้องเดินทางผ่านทางที่เป็นภูเขาด้วย การเดินทาง

จึงค่อนข้างลำบาก เวลามีนัดอาจารย์ตอนเที่ยงหรือช่วงบ่ายโมง พี่จะต้องออกจากเมืองเกรโนบล์ตั้งแต่ตี 4 หรือตี 5 ยิ่งถ้าเป็นช่วงฤดูหนาว หิมะก็จะตกหนัก ก่อนออกเดินทางต้องชุดกระจกรถเพื่อเอาหิมะที่ปกคลุมรถออกไป ล้อรถก็ต้องเปลี่ยนเป็นล้อที่สามารถวิ่งบนหิมะได้ เพราะว่าเดินทางไกล พี่ไม่ได้นั่งรถไฟ TGV ไป คือ พี่ซื้อรถไฟไว้ เพราะมองแล้วเห็นว่าการใช้บริการขนส่งสาธารณะมันไม่คุ้ม แต่พี่โชคดีที่ว่าแฟนพี่อยู่ที่นั่นด้วยเหมือนกัน และเขาก็ขับรถให้ ไม่เช่นนั้นจะต้องเสียค่ารถไฟในราคาแพงมาก

พี่เรียนปริญญาเอกเป็นเวลา 5 ปี จริง ๆ ทำไปสักระยะหนึ่งอาจารย์บอกว่าปี 3 กว่า ๆ ก็สอบได้แล้ว แต่พี่อยากทำงานนิพนธ์ให้ได้คุณภาพที่ดีก็เลยค่อย ๆ เขียนวิทยานิพนธ์ไป แต่พอช่วงท้าย ๆ เราต้องบอกกับตัวเองว่า เราจะต้องมีวินัยกับตัวเองได้แล้ว และอยากจะทำมาทำงานแล้วก็เลยตั้งเป้าหมายไว้ว่าต้องเรียนให้จบภายในปีนี้เลยต้องเร่งทำเล่มให้จบ อาจารย์ที่ปรึกษาของพี่น่ารักมาก ถ้าพี่เสร็จงานจะส่งทาง e-mail ก่อนเพื่อให้อาจารย์เขาได้พิจารณาดูคร่าว ๆ ก่อน และอาจารย์จะนัดพบเพื่อรับฟัง Comment ว่างานเราบกพร่องอย่างไรบ้าง และพออาจารย์ให้วันนัดมา พี่ก็เดินทางไปพบอาจารย์ อาจารย์เป็นบุคคลที่ใจดีมาก ๆ โดยใช้เวลาและเอาใจใส่แก่นักศึกษาต่างชาติเป็นอย่างดี และอาจารย์ของพี่เขาสนใจหัวข้อนี้มาก อาจารย์ยังบอกพี่ว่าหัวข้อของพี่นี้สามารถเขียนได้พันกว่าหน้า ทั้ง ๆ ที่ตอนสอบเขียนไปได้เพียง 574 หน้า ซึ่งรวมบรรณานุกรมด้วย

การเรียนรู้ในแต่ละระดับมีความท้าทายอย่างไร มีสิ่งที่ประทับใจเป็นพิเศษหรือไม่ครับ

การศึกษาในต่างประเทศนั้น ไม่ว่าจะศึกษาต่อในระดับใด ผู้ศึกษาทุกท่านมักประสบปัญหาด้านภาษาและวัฒนธรรมที่แตกต่างไปจากประเทศของตน ความท้าทายที่สำคัญ คือ การปรับตัวในด้านการใช้ภาษาต่างประเทศ การปรับเปลี่ยนและความเข้าใจในการดำเนินชีวิตที่แตกต่างกันแรก ๆ ที่มาอยู่ในฝรั่งเศส พี่จะตกใจมากกว่าทำไมคนฝรั่งเศสทำแบบนี้ แต่คนไทยเขาจะไม่ทำแบบนี้กันนะ



ภาพสมัยเรียนประกาศนียบัตรพิเศษของสถาบันการปกครองชั้นสูงแห่งชาติฝรั่งเศส

ซึ่งเขามีวิธีคิดค่อนข้างจะแตกต่างไปจากประเทศเรา ซึ่งต้องปรับตัวโดยต้องอยู่ให้ได้ เพราะเราไปอยู่ในสังคมของเขา ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถสื่อสารและเข้าใจถึงการปฏิบัติและธรรมเนียมในต่างแดน ซึ่งมีผลต่อการวางตัวในสังคมที่ไม่เหมือนกับในประเทศไทย โดยข้อสำคัญก็คือ การดำรงตนและการรักษาราชการปฏิบัติในที่ต่างถิ่นจะต้องไม่ส่งผลให้หลงลืมสถานะแห่งการดำรงตนตามวัฒนธรรมและวิถีแบบอย่างของคนไทย โดยเมื่อกลับมาอยู่ในประเทศไทยจะต้องปฏิบัติและดำรงตนในวัฒนธรรมและความเป็นอยู่อย่างไทยให้คงเดิม ซึ่งจะต้องไม่หลงลืมการประพฤติและปฏิบัติอย่างสังคมไทย

สิ่งที่ประทับใจในการเรียนโดยเฉพาะการศึกษาในประเทศฝรั่งเศสนั้น คือ ผู้คนในประเทศนี้มีอิสระทางความคิดและกล้าแสดงออก เช่น เรื่องทางการเมือง เห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยนั้น เขาก็แสดงออกมาแบบตรง ๆ เลย ที่ฝรั่งเศสจะมีการประท้วงบ่อยมาก พี่ก็เจอบ่อย ซึ่งอยู่ดี ๆ ก็มีการประท้วง พี่เคยหาทางกลับบ้านไม่ได้ เพราะเขาประท้วงหยุดการเดินทางสาธารณะ ต้องเดินอย่างเดียวเลย แล้วก็เดินหลายกิโลด้วย แต่ก็ดีที่ว่าตอนนั้นเรียนภาษาอยู่ ก็เลยเดินไปกับน้อง ๆ

กลุ่มหนึ่ง เดินไปร้องเพลงไป มันก็ลดความเหนื่อยล้าลงได้ และก็มีความหนึ่งที่พี่ไปเที่ยวปารีส แต่อยู่ดี ๆ รถ TGV ก็หยุด พี่ก็กลัวใจว่าจะเดินทางต่ออย่างไร จะต้องเสียเงินเพิ่มหรือไม่ แต่ก็เข้าใจว่าเป็นสิทธิของคนฝรั่งเศสตามกฎหมาย โดยมักจะมีการแจ้งการใช้สิทธิดังกล่าวล่วงหน้าไว้แล้ว แต่เราอาจไม่ได้ติดตามข้อมูลข่าวสารเอง พี่ว่าดีนะ ประเทศของเขามีอิสระดี พวกเขาเป็นผู้ที่รักและเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นอย่างยิ่ง โดยยึดมั่นในลัทธิปัจเจกชนนิยม (individualism) ซึ่งเชื่อว่าบุคคลทุกคนมีความสำคัญเท่าเทียมกัน และมีความเสมอภาคกัน ดังนั้น ทุกคนจึงมีความเคารพต่อความคิดเห็นของผู้อื่น โดยเคารพสิทธิซึ่งกันและกัน ไม่ยุ่งและก้าวก่ายในเรื่องส่วนตัวของบุคคลอื่น

อยากให้ช่วยเล่าประสบการณ์สมัยเรียนประกาศนียบัตรพิเศษของสถาบันการปกครองชั้นสูงแห่งชาติฝรั่งเศส (Certificat de Spécialité de l'ÉNA : l'École National d'Administration) สักนิดครับ

หลักสูตรของสถาบันการปกครองชั้นสูงแห่งชาติฝรั่งเศส หรือที่เรียกโดยย่อว่า เอน่า (ÉNA) จะมี 2 แบบ คือ หลักสูตรปกติ กับหลักสูตรระยะสั้น ช่วงฤดูร้อน พี่ไปหลักสูตรระยะสั้น ด้วยความที่

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยกองกฎหมายปกครองในตอนนั้น ได้ทำโครงการนี้ขึ้นมาและต้องการหาคนที่จะไปเรียน ตอนนั้นคณิงนิจ (ป้อม) แซ่เฮง เป็นผู้ทำโครงการ แต่ไม่มีคนไป ป้อมเลยมาบอกให้พี่ไปเรียนเป็นเพื่อน เลยตัดสินใจไปเรียนจริง ๆ ตอนนั้นก็ไม่อยากจะไปแล้ว เพราะว่ากลับจากฝรั่งเศสมาเป็นเวลา 10 ปีกว่าแล้ว และก็ได้ไม่ได้เดินทางไปฝรั่งเศสเลย ภาษา ก็เริ่มจะลืมเลือนไปแล้ว กลัวว่าจะมีปัญหา เนื่องจากไม่ค่อยได้พูดภาษาฝรั่งเศสแล้ว ยอมรับว่าลำบากกว่าตอนที่ไปเรียนในช่วงอายุน้อย ๆ ส่วนในตอนทำงานนั้น ภาษาฝรั่งเศสที่ใช้ก็เพียงแค่ใช้ค้นคว้า และทำงานเขียน แต่การพูดกับฟังไม่ได้ใช้เลย มันจึงเริ่มเลือนหายไป

พี่เห็นว่าประโยชน์ที่ได้รับจากการศึกษาเพิ่มเติมในหลักสูตรนี้ คือ โอกาสที่จะได้รับความรู้เพิ่มเติมหลังสำเร็จการศึกษาจากประเทศฝรั่งเศสและหลังจากที่ได้ทำงานภาครัฐมาในระยะเวลาหนึ่งแล้ว การศึกษาในหลักสูตรนี้เป็นประโยชน์ต่อผู้ศึกษา ซึ่งจะได้แลกเปลี่ยนความคิดและมุมมองทางกฎหมายปกครองกับนักศึกษาต่างชาติ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วเป็นบุคคลที่ปฏิบัติงานภาครัฐที่มีประสบการณ์ และอยู่ในระดับสูงในสายงานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครอง และส่วนใหญ่เป็นผู้ที่ใช้ภาษาฝรั่งเศสเป็นภาษาหลัก หรือภาษาราชการที่เรียกว่า francophone ก็มีพวกเราที่แตกต่างออกไป ตอนนั้นพี่ไปพร้อมป้อม และจุมพล (เอ) นิธิธรรมากร โดยมีคนไทย 3 คน ก็จริง แต่ถึงเวลาก็เรียนคนละหลักสูตรแยกกันไป เพราะเราตั้งใจว่าจะแยกกันไปเรียนคนละหลักสูตรไม่ซ้ำกัน และมาแชร์ความรู้กัน

ในหลักสูตรนี้จะมีให้แสดงความคิดเห็นในการแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานภาครัฐ ซึ่งผู้ศึกษาทุกคนจะได้มีโอกาสแสดง

ข้อคิดเห็นและได้รับรู้เกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการต่าง ๆ ร่วมกัน โดยมีการปรึกษาหารือในลักษณะแบบรวมกลุ่มและระดมความคิดเห็นในการแก้ไขปัญหาที่กำหนดไว้ เพื่อให้สามารถดำเนินกระบวนการในการปฏิบัติงานภาครัฐสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าว รวมทั้งขับเคลื่อนงานและกิจกรรมภาครัฐไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยตอบสนองแก่ประโยชน์ภาครัฐและภาคประชาชน ช่วงแรก ๆ จะยากมาก ๆ แต่ในที่สุดมันก็ยากแค่ 3-4 วันแรก ในช่วงปรับตัวที่การฟังค่อนข้างยาก แต่พอสัปดาห์ก็เริ่มสนุก เพราะเป็นการเรียนเป็นกลุ่ม การทำงานกลุ่ม มีการให้แสดงความคิดเห็น แก้ปัญหากันในลักษณะเป็นกลุ่ม และพอวันท้าย ๆ พี่ก็เริ่มสนุกและอยากเรียนต่อ ซึ่งต่างไปจากวันแรก ๆ ที่รู้สึกว่ามันน่าเบื่อมาเรียนเลย ทั้งนี้ หลักสูตรนี้มีการเรียนกันประมาณ 2 สัปดาห์

หลักสูตรที่พี่เรียนจะเป็นเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะ นโยบายสาธารณะ การวัดผลก็จะมาจากการเข้าเรียนและการทำงานกลุ่ม และนำเสนองาน การมีส่วนร่วมในห้องเรียน โดยมีการเช็คชื่อตลอด อาจารย์แต่ละท่านก็จะให้จับกลุ่มทำกิจกรรม หัวข้อที่อาจารย์ตั้งปัญหา ระดมความคิดเห็น ซึ่งแต่ละประเทศจะมีแนวคิดและความเห็นที่แตกต่างกัน ตัวอย่างคำถามกรณีศึกษา เช่น การขนส่งนั้นควรจะใช้ระบบการขนส่งอย่างไร เพื่อให้เข้าถึงประชาชนได้อย่างทั่วถึง แต่ละหัวข้อก็จะมี Case Study ที่ต่างกันของพี่ ก็เช่น การดำเนินการจัดการและใช้งบประมาณอย่างไร หากอยู่ในฐานะเป็นรัฐที่จะต้องจัดทำนโยบายสาธารณะขึ้นมา ซึ่งกลุ่มเราจะต้องคิดเรื่องอะไรบ้างที่จะจัดทำนโยบายสาธารณะเพื่อให้เข้าถึงกลุ่มบุคคลใด ใช้งบประมาณ และการบริหารกองทุน โดยจะนำเงินทุนมาจากที่ใด เป็นต้น

ส่วนที่ 3 การทำงาน

ผอ. มีนักกฎหมายท่านใดเป็นแบบอย่างในการทำงาน และเพราะเหตุใดครับ

Professeur Jean-Marie Pontier ซึ่งเป็นอาจารย์ที่ปรึกษางานนิพนธ์ในระดับปริญญาเอกที่มหาวิทยาลัย Paul Cézanne (Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III)) ซึ่งท่านเป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายฝรั่งเศสที่มีจิตวิญญาณแห่งความเป็นอาจารย์ที่ให้ความเมตตา ความเข้าใจ และคำแนะนำทางวิชาการแก่นักศึกษาที่มาจากต่างประเทศได้เป็นอย่างดี ซึ่งเป็นแบบอย่างของความเป็นนักวิชาการ ครู และบูรพาจารย์ทางกฎหมาย



Professeur Jean-Marie Pontier

ภาพประกอบจาก <https://www.canal-u.tv/>

ในหลายบทบาทที่เคยผ่านมาทั้งในฐานะผู้บริหารเลขานุการคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ผู้ช่วยรองนายกรัฐมนตรี กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ อาจารย์มหาวิทยาลัย ฯลฯ ความท้าทายและความยากในแต่ละงานเป็นอย่างไร งานไหนเป็นงานที่ยากมากที่สุด และเพราะเหตุใดครับ



ภาพการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการ

ความท้าทายในการทำงานในประเด็นนี้น่าจะหมายถึงความพยายามทำงานในแต่ละด้านให้บรรลุผล

การทำงานในฐานะผู้บริหารนั้น ประการสำคัญคือ ต้องสามารถผลักดันและกระตุ้นให้ผู้ร่วมปฏิบัติงานหรือผู้ได้บังคับบัญชาทำงานให้มีประสิทธิภาพและเป็นไปตามมาตรฐานแห่งการปฏิบัติงาน โดยสามารถปฏิบัติงานได้สำเร็จตามระยะเวลาที่กำหนด ต้องสร้างความเชื่อมั่นให้ผู้ร่วมปฏิบัติงานเพื่อให้เกิดแรงจูงใจและความภูมิใจในการปฏิบัติงานภาครัฐ บางครั้งเพื่อนร่วมงานอาจท้อแท้ เนื่องจากมีงานเยอะและเป็นงานที่ค่อนข้างยาก เขาอาจไม่เข้าใจ เราก็ต้องอธิบายและสร้างความเชื่อมั่นให้กับผู้ร่วมงาน โดยสร้างแรงจูงใจเพื่อให้เขามีความเชื่อมั่นในตนเอง และภาคภูมิใจว่าเขาสามารถทำงานที่ได้รับมอบหมายโดยบรรลุผลและสัมฤทธิ์ผลได้

ส่วนการทำหน้าที่เป็นเลขานุการของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองก็เป็นอีกบทบาทหนึ่ง ซึ่งต้องศึกษาและค้นคว้าเพื่อหาแนวทางในการวินิจฉัยปัญหาทางกฎหมายที่หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่สอบถามมายังคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พี่ก็ต้องค้นว่ามีนักวิชาการให้ความเห็นในเรื่องนั้นไว้อย่างไร มีปัญหาทางวิชาการอย่างไร ก็ต้องเตรียม

ประเด็นปัญหานี้ บางครั้งปัญหาทางกฎหมาย ในประเด็นที่สอบถามมา ยังไม่เคยมีแนวทางในการ วินิจฉัยของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครองมาก่อน และอาจต้องศึกษาค้นคว้า หลักกฎหมายต่างประเทศในประเด็นที่เกี่ยวข้อง กับข้อหาหรือ เพื่อนำเสนอเป็นข้อความคิดทาง กฎหมายให้แก่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครองในการวินิจฉัยปัญหาทางกฎหมาย ต่อไป ซึ่งก็รวมไปถึงบทบาทของเลขานุการ คณะกรรมการกฤษฎีกาด้วยเช่นกัน ซึ่งจะต้อง เสนอข้อความคิดในทางวิชาการและเอกสาร ทางวิชาการประกอบการพิจารณา บางครั้งต้อง ค้นคว้ากฎหมายต่างประเทศ เช่น เวลาให้ ความเห็นทางกฎหมายหรือจะดำเนินการยกเว้น กฎหมายขึ้นมา ตัวอย่างที่พี่ทำ เช่น เรื่องการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทในคดีปกครองของศาลปกครองที่มี การแก้ไขมาแล้ว พี่ก็ต้องศึกษากฎหมายของ ต่างประเทศและแปลตัวบทกฎหมายโดยนำเสนอ ต่อคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งเรื่องนี้อยู่ในการ พิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ที่มีศาสตราจารย์บวรศักดิ์ อุวรรณโน เป็นประธาน เพื่อให้ท่านนำไปเปรียบเทียบกับในการยกเว้นกฎหมาย ต่อไป

การทำหน้าที่เป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ หรือกรรมการที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มอบหมายให้ไปทำหน้าที่นั้น จะต้องทำหน้าที่ ในการพิจารณาประเด็นปัญหาที่เป็นประเด็น แห่งการพิจารณาของคณะกรรมการที่ร่วมกันเป็น องค์ประชุม ซึ่งจะต้องดูวาระการพิจารณา โดยต้อง เข้าใจประเด็นปัญหาดังกล่าว และที่สำคัญ ต้องสามารถให้คำตอบที่ถูกต้อง เหมาะสม และ มีเหตุผล โดยพิจารณาอย่างรอบคอบและรัดกุม ยิ่งเมื่อเป็นการพิจารณาในรูปองค์ประชุม เราก็ จะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบในการแสดง ความคิดเห็นในแต่ละครั้ง

การเป็นอาจารย์มหาวิทยาลัยนั้น ถือเป็นโอกาสที่ดีที่จะสามารถนำประสบการณ์ ในภาคปฏิบัติไปใช้อธิบายเพิ่มเติมและเสริม องค์ความรู้ในภาคทฤษฎี ซึ่งการศึกษาใน มหาวิทยาลัยนั้น ถือว่าทฤษฎีและการปฏิบัติต้อง ควบคู่กันไป (Theory and practice are correlated.) การบรรยายทั้งภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติจะทำให้ นักศึกษาเข้าใจและสามารถปรับใช้ในทางปฏิบัติได้ อย่างเหมาะสม เราสามารถนำประสบการณ์ที่มีอยู่ เช่น ประสบการณ์ในการมีส่วนร่วมยกเว้นกฎหมาย การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ และ



ภาพการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการ



ประสบการณ์ที่เราไปบรรยายกฎหมายนี้ เราสามารถที่จะเล่าถึงเหตุผลของต้นร่างในการ ยกร่างว่ามีแนวคิดเช่นไร และแต่ละมาตรา มีเจตนารมณ์แห่งกฎหมายอย่างไร ปัญหาที่เกิดขึ้น มีอะไรบ้างที่หน่วยงานของรัฐมีการหารือมา เราจึงสามารถอธิบายได้ทั้งในทางทฤษฎีและ ทางปฏิบัติ ซึ่งจะทำให้ให้นักศึกษาเข้าใจการเรียน กฎหมายยิ่งขึ้น หรือในกรณีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ เนื่องจากที่เป็น กรรมการความรับผิดชอบแห่งของกรมบัญชีกลาง พี่ก็จะเห็นตัวอย่างที่เกิดขึ้นค่อนข้างเยอะ พี่สามารถที่จะนำมาอธิบายและยกตัวอย่าง กรณีที่เกิดขึ้นจริงให้นักศึกษาเห็นภาพการปรับใช้ กฎหมายในเวลาสอนกฎหมายความรับผิดชอบทางละเมิด ของเจ้าหน้าที่

ส่วนบทบาทสุดท้าย คือ บทบาทที่ไป ช่วยงานรองนายกรัฐมนตรี งานในลักษณะนี้เป็น การทำงานในด้านการเมือง ซึ่งเป็นงานที่ค่อนข้างยาก เพราะลักษณะงานมีความหลากหลาย งานด้าน การเมืองมีความแตกต่างจากงานราชการ เป็นอย่างมาก ทั้งยังมีความเกี่ยวข้องกับบุคคล ที่หลากหลาย การพิจารณาหรือให้ความเห็น ในเรื่องต่าง ๆ มีระยะเวลาที่ค่อนข้างจำกัด เนื่องจาก ต้องมีความรวดเร็วในการดำเนินงานเพื่อตอบสนอง การปฏิบัติงานทางการเมือง แต่ละวันพี่ไม่รู้เลยว่า พี่ต้องเจอกับงานอะไรที่จะมอบหมายมา มันจะมีความตื่นเต้น ความตกใจ และความกังวล บางประการ โดยตอนแรก ๆ พี่ยอมรับว่า มีความกังวลใจ ซึ่งพี่ได้รับมอบหมายให้ไปทำหน้าที่ ดังกล่าวโดยที่ไม่ได้ตั้งตัวหรือเตรียมตัวมาก่อน พี่บังคับบัญชาได้พิจารณาและเห็นว่าเหมาะสม จึงเห็นควรที่จะต้องไป แต่เราไม่เคยทำงานด้าน การเมืองมาก่อน เลยกังวลใจเรื่องการเมืองและ ผลกระทบทางการเมือง เพราะเคยได้ยินมาว่า การเมืองนั้นเป็นเรื่องที่ค่อนข้างที่จะต้องใช้ ความระมัดระวังเป็นอย่างสูง หากใช้อำนาจในทางที่ ผิดพลาดไป ย่อมจะเกิดผลกระทบต่อคนส่วนใหญ่ พี่ได้เจอและพบปะกับผู้คนที่หลากหลาย แต่ละคน

เข้าหาการเมือง บางคนมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้นำเขา ไปเชื่อมโยงเพื่อติดต่อและสร้างความสัมพันธ์ กับผู้ใหญ่ และเพื่อความก้าวหน้าในหน้าที่การงาน ของเขา ทำให้เรารู้สึกลำบากใจ สิ่งสำคัญ คือ เราจะต้องวางตัวให้เห็นว่าเราเป็นนักวิชาการ เราไม่ได้ยุ่งหรือเกี่ยวข้องกับการเมือง ถึงแม้ว่าเรา จะทำงานใกล้ชิดกับผู้ใหญ่ในเรื่องของการให้ ความเห็นทางกฎหมาย แต่เราก็ไม่สามารถที่จะ ไปช่วยเหลือบุคคลอื่นในเรื่องความก้าวหน้าทาง ตำแหน่งหน้าที่การงานได้ การวางตัวจึงเป็น เรื่องที่สำคัญมาก และจะต้องเตรียมความพร้อม อยู่เสมอ เพราะโดยส่วนใหญ่แล้วเป็นงานที่เร่งด่วน โดยเราไม่รู้วาท่านรองนายกรัฐมนตรีจะถามเรา ประเด็นไหนบ้าง เนื่องจากท่านรองนายกรัฐมนตรี กำกับหลายกระทรวง และงานแต่ละกระทรวง ก็มีหลายด้าน ในฐานะที่ท่านรองนายกรัฐมนตรี เป็นประธานกรรมการโดยตำแหน่งในกรรมการ หลายชุดหลายเรื่อง ดังนั้น เราต้องเตรียมบทกล่าว และบทสรุปสำหรับผู้บริหารให้แก่ท่าน บางที ท่านจะต้องขึ้นกล่าวบนเวที เราก็ต้องเตรียมเขียน สุนทรพจน์ให้ท่าน ทั้ง ๆ ที่เราไม่เคยเขียนมาก่อน ก็ต้องหัดทำ และบางกรณีขอความเห็นด่วน ก็ต้องเร่งรีบดำเนินการทันที เพื่อให้ทันต่อ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้น แต่การให้ความเห็นทาง กฎหมายนั้น เพื่อให้เกิดความรอบคอบจะต้อง อาศัยเวลาในการศึกษาและค้นคว้า การทำงาน ทางการเมืองนั้น บางครั้งยังต้องทำงานในวันเสาร์ และวันอาทิตย์ ซึ่งเป็นช่วงประมาณ 3 เดือนแรก พี่รู้สึกว่าการปรับตัวค่อนข้างยาก งานที่เกี่ยวข้องกับ การเมืองเป็นงานที่เหนื่อย แต่ก็ปฏิเสธหรือเกี่ยงงาน ไม่ได้ โดยต้องทำเท่าที่สามารถจะทำได้ กล่าวคือ ทำทุกอย่างให้มันดีที่สุด ทำให้เต็มที่ ตอบสนอง งานนโยบายฝ่ายการเมืองให้รวดเร็วและอย่างมี ประสิทธิภาพ พี่มองว่างานด้านการเมืองจึงเป็นงาน ที่ค่อนข้างยาก แต่พอเราทำงานนี้สักระยะหนึ่ง ประมาณ 3-4 เดือน เราก็เริ่มปรับตัวได้ เราเริ่มรู้ว่า ต้องเตรียมการอย่างไร เวลาที่จะประชุมคณะรัฐมนตรี ก็รู้เลยว่าพอท่านประชุมเสร็จแล้ว ท่านต้องการอะไร

แต่ที่ยังปรับตัวไม่ได้ก็คือเรื่องบุคคลแวดล้อมที่มาจากหลายทาง ซึ่งล้วนต้องการจะเข้ามาเพื่อประโยชน์ทางการเมือง ตรงนี้พี่จะค่อนข้างอึดอัดที่จะต้องเกี่ยวข้องกับเรื่องเหล่านี้

ผอ. มีประสบการณ์ผ่านงานที่มีความหลากหลายเป็นอย่างมาก ซึ่งถึงขนาดนี้แล้วยังมีงานอื่น ๆ อีกหรือไม่ ที่ยังไม่เคยทำและยังอยากจะทำครับ

ตอนนี้ยังไม่มียะ รู้สึกว่ามันเหนื่อยแล้ว อาจด้วยวัยวุฒิที่เพิ่มขึ้นด้วยมั้ง ก่อนหน้านี้นตอนที่กลับมาใหม่ ๆ งานสอน งานเป็นอาจารย์ คือ งานที่คิดว่าอยากจะทำดู ตอนแรกคิดว่าตัวเองทำไม่ได้ เพราะแรก ๆ จะมีความตื่นเวที เวลาขึ้นสอนขึ้นพูดก็มีความตื่นเวที แต่พอถึงเวลาพอทำไปสักระยะหนึ่งก็พบว่าสามารถทำได้ ตอนนั้นก็คิดว่าน่าจะผลิตงานเขียนให้มากขึ้น พี่นี่ก็ออกแล้วพี่อยากเขียนหนังสือ แต่ก็ไม่รู้ว่าจะสายไปรึเปล่านะ เพราะว่ายูทูปเปลี่ยนเป็นระบบออนไลน์แล้วผู้คนส่วนใหญ่แสวงหาความรู้ผ่านระบบออนไลน์โดยอ่านหนังสือที่เป็นเล่มน้อยลงแล้ว แต่ที่อยากเขียนหนังสือวิชาการ เพราะทำในอดีต รองเลขาธิการ วรณชัย บุญบำรุง เคยทาบตามพี่มานานแล้ว แต่พี่เองที่ยังไม่มีเวลาที่จะเขียนอย่างจริงจัง เพราะงานวิชาการจะต้องทุ่มเทเวลาอย่างเต็มที่ให้กับงานดังกล่าว โดยต้องศึกษาและค้นคว้าอย่างจริงจัง และต้องมีความอยากรที่จะเขียนด้วย กล่าวคือ ตนเองค่อนข้างที่จะมีอารมณ์ศิลปินนิดนึง ถ้าไม่มีอารมณ์ในการเขียนงานมันก็ผลิตออกมาไม่ได้

เวลาที่ผมต้องทำงานค้นคว้าด้านกฎหมายปกครอง โดยเริ่มจากการใช้ Google บ่อยครั้ง จะพบงานเขียนของ ผอ. ในพื้นที่ต่าง ๆ โดยเฉพาะในเว็บไซต์ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ในขณะที่ ผอ. มีการกิจกรรมมากมายขนาดนี้ อยากทราบว่าแบ่งเวลาอย่างไรในการพัฒนางานวิชาการผ่านงานเขียนจำนวนมากครับ

การทำงานด้านวิชาการซึ่งเป็นงานเขียนนั้น อาจแบ่งออกเป็นสองกรณี

กรณีที่หนึ่ง เป็นงานที่ต้องดำเนินการเนื่องจากอยู่ในฐานะที่ต้องศึกษาค้นคว้าเพื่อค้นหาแนวทางและหลักการสำคัญทางกฎหมายที่จะเป็นประเด็นในการตอบข้อหารือที่มีการขอคำปรึกษายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กรณีนี้เป็นงานภาคบังคับซึ่งอยู่ในหน้าที่ จึงต้องจัดแบ่งเวลาในการทำงานวิชาการดังกล่าวให้เสร็จตามเป้าหมาย และให้ทันต่อการดำเนินงานที่มีหน้าที่ดังกล่าว

กรณีที่สอง เป็นงานที่ดำเนินการศึกษาค้นคว้าโดยมุ่งหวังว่าจะเป็นประโยชน์ต่อนักศึกษาที่ทำงานภาคินพนธ์ ซึ่งหมายถึง วิทยานิพนธ์ (thesis) และ สารนิพนธ์ (thematic paper) เพื่อจะได้ใช้เป็นข้อมูลในการศึกษาค้นคว้าของนักศึกษา งานในลักษณะนี้เป็นงานลำดับถัดมาเนื่องจากพอจะคาดหมายได้ว่าจะนำงานที่ศึกษาไปใช้บรรยายแก่นักศึกษาเมื่อไร ซึ่งอาจเป็นช่วงที่จะมีการบรรยายในมหาวิทยาลัยหรืออาจเป็นกรณีที่มิให้นักศึกษามาปรึกษาเรื่องงานภาคินพนธ์ ซึ่งเมื่อตอบปัญหาแก่นักศึกษาไปแล้ว บางครั้งนักศึกษาอาจไม่เข้าใจเท่าที่ควร ดังนั้น การแบ่งเวลาเพื่อทำงานเขียนทางวิชาการในกรณีดังกล่าวจึงอาจเป็นประโยชน์ต่องานเขียนของนักศึกษาในขณะเดียวกัน ยังเป็นการเผยแพร่ให้บุคคลที่สนใจได้รับรู้ในประเด็นเกี่ยวกับงานเขียนดังกล่าวค่ะ

จากประสบการณ์ในฐานะเลขาธิการคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง รวมถึงคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ที่เกี่ยวข้องกับการกฎหมายมหาชน อยากทราบว่าในทางปฏิบัติหน่วยงานมักจะมีปัญหาข้อขัดข้องในเรื่องใดเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง และเพราะเหตุใดครับ

ในทางปฏิบัตินั้น หน่วยงานของรัฐมักประสบปัญหาในเรื่องของการออกคำสั่งทางปกครองว่าคำสั่งของหน่วยงานของรัฐที่หาหรือมานั้น มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง



หรือไม่ เป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ถูกต้อง หรือชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ รวมถึงประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ใครเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ต้องพิจารณาอุทธรณ์หรือไม่ และภายในระยะเวลาใด นอกจากนี้ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะต้องทำอย่างไร จึงจะต้องตามกฎหมาย เนื่องจากคำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ ซึ่งมักจะมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิและหน้าที่ของบุคคล ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจก่อให้เกิดข้อพิพาททางปกครอง ซึ่งนำไปสู่การอุทธรณ์ และความต้องการของผู้ได้รับผลกระทบที่ประสงค์จะให้มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว กรณีนี้จึงเป็นปัญหาที่หน่วยงานของรัฐมักเกิดความไม่แน่ใจในเรื่องการใช้อำนาจของตน จึงเป็นประเด็นปัญหาที่มักจะมีการหารือมายังคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และยังมีคำถามเกี่ยวกับกฎหมายความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ว่าใครเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด จะต้องทำการแต่งตั้งร่วมหรือไม่ การเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน และอายุความของการเรียกค่าสินไหมทดแทน เป็นต้น

ได้ยืมมาว่างานข้อหารือจะเข้ามาที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาค่อนข้างเยอะ ส่วนหนึ่งก็อาจเป็นเพราะว่าหน่วยงานเองไม่กล้าที่จะตัดสินใจ กลัวหน่วยงานตรวจสอบ เช่น ป.ป.ช. ค.ต.จ. จึงอาศัยช่องทางดังกล่าวในการสอบถามเพื่อเป็นข้อสนับสนุนและอ้างอิงก่อนการตัดสินใจ ผมเคยอ่านคดีหนึ่งที่ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาไปแล้วว่าหน่วยงานนั้นมีอำนาจตามกฎหมาย แต่หน่วยงานก็ยังไม่แน่ใจว่าตนเองมีอำนาจหรือไม่ และมีหนังสือไปหารือกับสำนักงานคณะกรรมการ

กฤษฎีกาอีก ซึ่งอาจมองได้ว่าเป็นการประวิงเวลา กรณีเช่นนี้มีความเห็นอย่างไรครับ

ที่ว่าบางครั้งหน่วยงานของรัฐอาจมีการถกเถียงในประเด็นที่จะหารือนั้นมาก่อน หรืออาจไม่มีความมั่นใจเกิดขึ้น และไม่กล้าตัดสินใจ จึงอาจต้องการที่จะนำความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกามาอ้างอิง เมื่อได้รับความเห็นจากคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้ว ก็จะใช้ความเห็นดังกล่าวมายืนยันเป็นหลักปฏิบัติ เพราะความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นความเห็นที่หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่จะต้องถือปฏิบัติตาม หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่สามารถนำมาอ้างอิงว่าได้มีการหารือกับทางคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้ว หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่จำต้องปฏิบัติตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เวลาจะถูกโต้แย้ง คัดค้าน หรือฟ้องดำเนินคดี ก็จะได้อ้างความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาขึ้นมา อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติราชการบางครั้งนั้น อาจเคยมีแนวคำวินิจฉัยของศาลไว้แล้ว และศาลเองก็ได้วางบรรทัดฐานแห่งคำวินิจฉัยไปแล้ว แต่ก็ยังนำประเด็นในลักษณะดังกล่าวกลับมาหารืออีก ลักษณะเช่นนี้จึงอาจมองได้ว่าเป็นการดำเนินการที่ไม่ถูกต้อง ขาดการตรวจสอบด้านการปรับใช้กฎหมาย หรืออาจมีความมุ่งหมายเพื่อประวิงเวลาในการปฏิบัติราชการ

ในกรณีเช่นนี้ จะส่งผลกระทบต่อระบบบริหารราชการแผ่นดิน ทำให้การบริหารราชการล่าช้าหรือไม่ เพราะอาจต้องรอคำตอบของคณะกรรมการกฤษฎีกาในหลาย ๆ เรื่องครับ

การดำเนินการในลักษณะดังกล่าวอาจมีผลกระทบต่อการบริหารงานแผ่นดิน เพราะบางครั้งกฎหมายกำหนดให้อำนาจหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่สามารถดำเนินการได้ บทบัญญัติ

แห่งกฎหมายก็กำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้วว่าหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจดำเนินการได้นอกจากนี้ บางครั้งยังมีแนวบรรทัดฐานในเรื่องนั้นไว้แล้ว โดยการตีความและวางแนวปฏิบัติราชการตามกฎหมายที่มีความชัดเจนอยู่แล้ว แต่ก็ยังอ้างว่าไม่แน่ใจว่าจะต้องดำเนินการอย่างไร ทั้งที่หลายกรณีนั้น หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่สามารถดำเนินการหรือใช้ดุลพินิจปฏิบัติงานได้เลย พิจารณาว่าการแก้ไขปัญหานี้ ก็คงต้องช่วยกันสร้างความรู้และความเข้าใจให้หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ตระหนักถึงหน้าที่ในการปฏิบัติราชการของตน อย่างกรณีมีปัญหาที่หารือเข้ามาว่า กรณีการออกคำสั่งออกไปแล้ว คำสั่งดังกล่าวเป็นหรือไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง และจะต้องรับอุทธรณ์หรือพิจารณาอุทธรณ์อย่างไร กรณีนี้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะมีการเผยแพร่ความรู้ให้แก่หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ไว้แล้ว โดยเวลาที่มีการขอวิทยากรไปบรรยาย ทางสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็จะส่งเจ้าหน้าที่ของสำนักงานฯ ที่มีความรู้ในเรื่องดังกล่าวออกไปบรรยายให้แก่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่หรืออย่างปัญหาเรื่องความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ โดยส่วนใหญ่แล้วองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีปัญหาในเรื่องนี้ค่อนข้างมาก โดยเฉพาะเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ถูกต้องตามกระบวนการของกฎหมาย และการก่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐ ตรงนี้จะมีการเผยแพร่ความรู้โดยออกไปอำนวยการเผยแพร่ให้ความรู้ไปยังส่วนท้องถิ่นเลย ซึ่งจะมีการหมุนเวียนเผยแพร่ความรู้ไปในแต่ละจังหวัด เช่น รอบนี้เป็นของภาคเหนือ รอบนี้เป็นภาคกลาง รอบนี้เป็นภาคตะวันออกเฉียงเหนือ หรือรอบนี้เป็นของภาคใต้ โดยพยายามจะทำการเผยแพร่ออกไปหลาย ๆ

จังหวัดเพื่อให้ทั่วถึง ซึ่งจะเผยแพร่ความรู้ทั้งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและกฎหมายความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่เนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมักมีปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายทั้งสองลักษณะนี้ค่อนข้างมาก และการออกไปเผยแพร่ความรู้ในเรื่องดังกล่าว น่าจะเป็นสิ่งที่ช่วยแก้ไขปัญหาก็แก่การปฏิบัติราชการในส่วนท้องถิ่นได้ในระดับหนึ่ง

เคยมีคำถามที่หารือมาแล้วเรารู้สึกว่ายากมากหรือไม่ครับ และแก้ไขปัญหายังไงในการตอบปัญหาข้อหารือเหล่านี้ครับ

อาจมีบางคำถามที่พิจารณาแล้วอาจต้องให้ความเห็นไปในทางหนึ่งทางใดเพื่อปฏิบัติราชการให้บรรลุผล เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายมีความไม่ชัดเจนเพียงพอ และอาจยังเป็นปัญหาทางวิชาการที่ยังไม่ได้ข้อยุติ จึงจำเป็นต้องทำความเข้าใจออกไปในลักษณะเช่นนั้น หากเราเป็นเลขานุการ เราจะต้องทำการค้นคว้าและศึกษาข้อมูลให้มากที่สุด และต้องตรวจสอบแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดด้วยว่ามีแนวคำวินิจฉัยในเรื่องนี้แล้วหรือไม่ ถ้ายังไม่มีก็ต้องไปค้นคว้าแนวทางในการแก้ไขปัญหาตามกฎหมายของต่างประเทศว่าแนวคิด ที่มา ทฤษฎี และการปรับใช้กฎหมาย หรือการแก้ไขปัญหาในเรื่องดังกล่าวที่ต่างประเทศนั้นมีเช่นไร และมีวิธีการในการแก้ไขปัญหาในลักษณะนี้อย่างไร ซึ่งจะต้องไปค้นคว้า ศึกษา รวบรวม และสรุปผลเพื่อนำเสนอคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเพื่อประกอบการพิจารณา แต่ฝ่ายเลขานุการจะต้องให้ความเห็นเบื้องต้น โดยพยายามพิจารณาและให้คำตอบที่เห็นว่าถูกต้องและเหมาะสมเสียก่อน ไม่ใช่เสนอความเห็นไปโดยที่ไม่มีแนวคำตอบ ซึ่งจะต้องพิจารณาว่าเรื่องที่หารือมานี้มีความเห็น



อย่างไร และความเห็นดังกล่าวอาจมีเหตุผลอะไร มีเหตุผลทางวิชาการเช่นไร

ผอ. เห็นว่าปัจจัยสำคัญใดบ้างที่จะทำให้หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติตามกฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดินได้อย่างถูกต้องและมีประสิทธิภาพ ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนอย่างแท้จริง โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีบทบาทสำคัญอย่างไร ในการสนับสนุนให้เกิดปัจจัยดังกล่าวครับ

การปฏิบัติตามกฎหมายให้ได้อย่างถูกต้อง และมีประสิทธิภาพ โดยก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนนั้น หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ต้องเข้าใจประเด็นสำคัญแห่งกฎหมายว่า กฎหมายนั้นไม่ใช่เรื่องที่เป็นอำนาจรัฐเท่านั้น แต่ว่าการใช้กฎหมายต้องคำนึงถึงสิทธิของประชาชนด้วย และต้องถือว่าประชาชนไม่ใช่ผู้อยู่ใต้หรือรองรับการใช้อำนาจรัฐ แต่ควรเข้าใจว่าประชาชนนั้นเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิในการปรับใช้กฎหมาย ดังนั้น การปรับใช้กฎหมายจึงต้องยึดถือประชาชนเป็นหลักสำคัญ ไม่ใช่ยึดถือแต่เพียงอำนาจรัฐเท่านั้น การบังคับใช้กฎหมายควรเป็นการให้บริการภาครัฐและอำนวยความสะดวกเป็นธรรมแก่ประชาชน

ในฐานะที่พี่เป็นนักกฎหมายกฤษฎีกา ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา พี่มองว่า สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีบทบาทสำคัญที่จะให้หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมายอย่างถูกต้องและมีประสิทธิภาพ เนื่องจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการยกร่างกฎหมาย โดยเหตุที่กฎหมายมักจะมีผลกระทบต่อบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย การร่างกฎหมายนั้นนอกจากจะต้องคำนึงถึงแบบในการร่างกฎหมายแล้วยังต้องพิจารณาและวิเคราะห์ถึงผลกระทบที่จะเกิดแก่บุคคลที่อยู่ในบังคับของกฎหมายอีกด้วย นอกจากงานร่างกฎหมายแล้ว สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกายังมีหน้าที่ให้ความเห็นแก่หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ในการดำเนินการหรือ

ปฏิบัติราชการแล้วเกิดปัญหาข้อกฎหมาย ในการปฏิบัติงานดังกล่าว การให้ความเห็นอาจดำเนินการโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา หรือคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งการให้ความเห็นของคณะกรรมการดังกล่าว ดำเนินการในรูปแบบเป็นองค์คณะที่เป็นองค์ประชุมร่วมกัน การให้ความเห็นดังกล่าวเป็นไปตามกฎหมายโดยคำนึงถึงประโยชน์ของภาครัฐ ซึ่งคณะกรรมการฯ จะพิจารณาถึงผลกระทบต่อบุคคลที่อาจได้รับจากการปฏิบัติและดำเนินการของเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐด้วยเสมอ

ในฐานะบ้านพี่เมืองน้อง มีสิ่งใดที่อยากผลักดันให้เกิดเป็นกิจกรรม หรือการทำงานร่วมกันระหว่างสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานศาลปกครองครับ

พี่มองว่าการทำงานในรูปแบบเชิงพีเคระห์ คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกา รวมทั้งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่สำคัญ โดยผ่านมุมมองจากบุคลากรของสำนักงานศาลปกครองและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยเฉพาะในประเด็นที่ศาลปกครองสูงสุด คณะกรรมการกฤษฎีกา และคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้วางแนวทางที่มีลักษณะเป็นการวางหลักกฎหมายเพิ่มเติม หรือเป็นการสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาเพิ่มเติมจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติไว้ นั้นย่อมหมายความว่า บทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรมันไปไม่ถึง เราจะต้องช่วยกันศึกษาเพื่อนำมาพัฒนาปรับปรุงหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้รองรับและสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด และความเห็นของคณะกรรมการดังกล่าว เนื่องจากระบบกฎหมายไทยเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เวลาที่เราใช้กฎหมายไปสักระยะเวลาหนึ่ง สภาพแวดล้อมของกฎหมายมันเป็นพลวัต มันอาจเกิดการเปลี่ยนแปลงได้ ก็ต้องช่วยกันคิดทบทวนว่าถึงเวลาแล้วหรือยังที่จะต้องปฏิรูปกฎหมายตามสภาพสังคมหรือสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป

พื้มองว่าในระยะแรก การทำงานร่วมกันในการวิเคราะห์ดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ที่จะนำผลจากการวิเคราะห์มาพัฒนาปรับปรุงกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้มีความชัดเจนและสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

จากประสบการณ์การทำงาน ผอ. เห็นว่ามีกฎหมายปกครองใดบ้างที่ควรได้รับการแก้ไขปรับปรุงให้ทันสมัยครับ

ตอนนี้พื้มองว่ามีกฎหมายความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในสังคมเนื่องจากกฎหมายนี้มีการใช้บังคับมาตั้งแต่ พ.ศ. 2539 ก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองเสียอีกพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มีการประกาศใช้ในช่วงเวลาเดียวกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีการแก้ไขปรับปรุงให้ทันสมัยไปหลายครั้งแล้ว ส่วนพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มีเพียงแค่ 15 มาตรา แต่มีการใช้และมีปัญหาในทางกฎหมายมาก มีหลายปัญหาที่กฎหมายกำหนดไปไม่ถึงหรือบัญญัติไว้ไม่ชัดเจน ในขณะที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ

ราชการทางปกครองฯ มีการแก้ไขไปแล้ว ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 3 แล้ว โดยเฉพาะเรื่องมาตรการบังคับทางปกครองที่มีปัญหามายาวนานแล้วว่าหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ไม่กล้าที่จะใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้ปรับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลม เป็นผลให้หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ไม่ค่อยที่จะดำเนินการในลักษณะดังกล่าวเพราะไม่แน่ใจในเรื่องการปรับใช้บังคับโดยอนุโลม ในที่สุดก็สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยกำหนดเพิ่มเติมให้มีบทบัญญัติหลายมาตราที่เกี่ยวกับมาตรการบังคับทางปกครองเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว

โดยส่วนตัวพื้ มองว่า ถึงเวลาที่พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ จะต้องมีการพัฒนาโดยการแก้ไขและปรับปรุงพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งพื้ก็ได้คุยกับกรมบัญชีกลางแล้ว โดยกรมบัญชีกลางในฐานะที่เป็นหน่วยงานซึ่งรับผิดชอบในการใช้บังคับกฎหมายนี้มีแนวคิดที่จะดำเนินการในเรื่องนี้ ซึ่งพื้เคยแจ้งไปแล้วว่าหากมีข้อขัดข้องประการใดหรือจะเชิญให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาไปช่วยร่วมแก้ไขด้วยก็ได้ หรือจะขอให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาแก้ไขเพิ่มเติมหรือปรับปรุงให้ก็ได้ นอกจากนี้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของ



ภาพการบรรยายการอบรมหลักสูตร เรื่อง เทคนิคการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด จัดโดยสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล เมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2564

ขอสงวนลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย โดยห้ามคัดลอก ทำซ้ำ ดัดแปลงหรือนำส่วนใดส่วนหนึ่งไปเผยแพร่สู่ภายนอกโดยไม่ได้รับอนุญาต เว้นแต่เป็นการอ้างอิงในทางวิชาการ ต้องอ้างอิงแหล่งที่มาของข้อมูลทุกครั้ง



ภาพการสัมมนาทางวิชาการ ในหัวข้อ สัญญาทางปกครองในประเทศไทย : ปัญหาปัจจุบันและทางออกในอนาคต
โดยสำนักงานศาลปกครองร่วมกับสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันที่ 12 กรกฎาคม 2565

เจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ยังเป็นกฎหมายที่ไปกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่เสียเป็นส่วนใหญ่ โดยระเบียบนี้ยังมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่นอกเหนือไปจากตัวบทแห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท (primary law) จึงเห็นว่าทั้งระเบียบและพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ ถึงเวลาแล้วที่จะต้องมีการทบทวนและปรับปรุง เพื่อให้มีความชัดเจนและไม่เกิดปัญหาในการใช้และตีความกฎหมาย

ตัวอย่างที่มีปัญหาตามกฎหมายความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ เช่น ผู้ใดเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง ความรับผิดทางละเมิด ซึ่งมีการหารือมาโดยตลอดและมีข้อเท็จจริงที่แตกต่างกัน แต่โดยส่วนใหญ่แล้วคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เห็นว่าเรื่องผู้ที่มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง ความรับผิดทางละเมิดนั้นไม่ใช่ประเด็นหลักแห่งการพิจารณาความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ เช่น ผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งร่วมนั้นอาจจะไม่ต้องร่วมกันครบทุกคนเพื่อแต่งตั้ง

คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดก็ได้ ถ้าปรากฏว่าผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลที่มีอำนาจควบคุมหรือกำกับดูแลทั้งหมดขององค์กรนั้นเป็นผู้แต่งตั้งแล้ว ก็ถือว่าการแต่งตั้งนั้นมีผลแล้ว อย่างไรก็ตาม ยังมีปัญหาอื่น ๆ อีกหลายประการที่เกี่ยวกับพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

ผอ. เป็นผู้ที่มีความรู้ความชำนาญในเรื่องสัญญาทางปกครอง เคยร่วมร่างกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง และมีบทความเกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครองจำนวนมาก โดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ได้เปิดช่องเอาไว้ให้ศาลปกครองตีความว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ และมีประเด็นปัญหาที่เข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลบ่อยครั้ง อยากทราบความเห็นของ ผอ. ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวครับ

จริง ๆ แล้ว ตอนที่ยกร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เรานำกฎหมายแม่แบบ (model law) มาจากกฎหมายเยอรมัน ซึ่งมีเรื่องสัญญาทางปกครองอยู่ในกฎหมายวิธีปฏิบัติทางปกครองของกฎหมายเยอรมันด้วย แต่เราไม่นำมาบัญญัติไว้ในร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เพราะตอนนั้นพิจารณาแล้วเห็นว่าเรื่องคำสั่งทางปกครองเป็นเรื่องสำคัญกว่า โดยในช่วง พ.ศ. 2539 นั้นเรายังไม่พร้อมที่จะยกร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้มีรูปแบบตามแบบอย่างของกฎหมายเยอรมัน และเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงมีการให้นิยามของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว แต่ก็ยังเป็นเพียงแค่การยกตัวอย่างของสัญญาทางปกครองใน 4 ลักษณะเท่านั้น โดยไม่ได้มีการให้ความหมายที่ชัดเจนไว้ เรื่องนี้ก็มีหลายคน รวมทั้งนักศึกษากฎหมายก็สงสัยว่าสัญญาทางปกครองมีเพียง 4 ลักษณะนี้ ใช่หรือไม่ พี่ก็ตอบไปว่าไม่ใช่ เป็นเพียงการยกตัวอย่าง และเป็นวิธีการในการบัญญัติกฎหมายที่เปิดทางให้มีการตีความบทบัญญัติมาตรา 3 เพื่อพิจารณาให้ครอบคลุมถึงสัญญาในลักษณะใหม่ ๆ ในอนาคต โดยในระยะแรก ควรยึดแนวทางในการพัฒนารูปแบบของสัญญาทางปกครองตามแบบอย่างของกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวคือ ให้ศาลปกครองวินิจฉัยว่า สัญญาทางปกครองควรจะมีรูปแบบหรือลักษณะอย่างไรบ้าง เหมือนกับกรณีกฎหมายฝรั่งเศสได้วางแนวในการพัฒนาสัญญาทางปกครองโดยให้สภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ตีความกฎหมายและวางแนวทางในการพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครองจนกลายเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ถือปฏิบัติกัน

แต่ประเทศไทยเพิ่งจะมีศาลปกครองได้เพียง 20 กว่าปี หากจะปล่อยให้พัฒนาการของกฎหมายที่เกี่ยวข้องสัญญาทางปกครองเป็นไปตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและให้กลายเป็นบรรทัดฐานเหมือนอย่างประเทศฝรั่งเศสอาจต้องใช้เวลายาวนาน และอาจไม่ทัดเทียมกับกฎหมายฝรั่งเศสที่มีพัฒนาการในเรื่องสัญญาทางปกครองมานานกว่าประเทศไทยมาก โดยส่วนตัวแล้วมีความเห็นว่า ระบบกฎหมายไทยเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ศาลปกครองไทยได้พัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้มากเพียงพอแล้วที่จะตกผลึกเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร การพัฒนาปรับปรุงกฎหมายโดยการนิติบัญญัติจะส่งผลที่เป็นรูปธรรมและได้ผลสำเร็จที่เร็วกว่าการที่ต้องรอบรรทัดฐานแห่งคดี จึงมีความเห็นว่าควรมีการวางบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในลักษณะการนิติบัญญัติได้แล้ว

การให้คำนิยามของสัญญาทางปกครองว่าหมายถึงความถึงสัญญาใดหรือมีลักษณะใดบ้าง อาจก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายขึ้นได้ เพราะอนาคตอาจมีสัญญาในรูปแบบใหม่ ๆ เกิดขึ้น ซึ่งจะต้องรอให้เป็นคดีและมีการวินิจฉัยวางหลักกฎหมายจากศาลปกครองสูงสุดเสียก่อน กรณีนี้ย่อมเป็นปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญา เนื่องจากมีข้อพิพาทเป็นคดีเกิดขึ้นระหว่างกันแล้ว หากมีการกำหนดกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองขึ้น โดยอาจมีบทบัญญัติที่กำหนดให้มีการเพิ่มเติมลักษณะของสัญญาทางปกครอง โดยการออกกฎหมายลำดับรองในลักษณะของกฎกระทรวง โดยอาจมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดว่าสัญญาใดที่มีลักษณะตามที่กฎกระทรวงกำหนดให้ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นบทกวาดในการบัญญัติกฎหมายก็ได้ ในกรณีเกี่ยวกับการกำหนดให้มีกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น เห็นว่า ถึงเวลาอันสมควรแล้วที่จะมีกฎหมายดังกล่าว



อยากให้ฝากข้อคิดสำหรับนักกฎหมายในฐานะ ผู้ศึกษากฎหมายและผู้ใช้กฎหมายมหาชน

พินิจว่างานของนักกฎหมายเป็นงานที่
ค่อนข้างหนัก แต่ในการทำงานก็ต้องมีความสุจริต
ดังคำกล่าวที่ว่า “เกียรติภูมิของนักกฎหมาย
ย่อมอยู่ที่งานหนักอันสุจริต (For the jurist,
honour lies in honest toil.)” ซึ่งหมายความว่า
แม้งานของนักกฎหมายเป็นงานที่ค่อนข้างหนัก
แต่การทำงานนั้นต้องยึดถือและมีความสุจริต

เป็นที่ตั้ง การปรับใช้กฎหมายนั้น นอกจาก
ความยุติธรรม เหตุผล และประโยชน์ของ
ภาครัฐแล้ว ยังต้องคำนึงถึงประชาชนด้วยเสมอ
เพราะ “ความผาสุกของประชาชนเป็นกฎหมาย
อันสูงสุด (Salus populi est suprema lex. -Welfare
of people is the supreme law.)”

ในนามของที่ทีมงานวารสารฯ ผมขอขอบคุณ ดร.พัชมา จิตรมहिมา เป็นอย่างสูง ที่ได้กรุณา
สละเวลาอันมีค่าและให้โอกาสในการสัมภาษณ์ โดยแบ่งปันประสบการณ์ชีวิตส่วนตัว การศึกษา การทำงาน
โดยเฉพาะทรงชนะความเห็นที่ทรงคุณค่าและเป็นประโยชน์อย่างมากแก่กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง
และวงการกฎหมายมหาชนไทย ตลอดจนประชาชนทั่วไป ซึ่งนับเป็นเกียรติอย่างสูงสำหรับคอลัมน์
“ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ” วารสารวิชาการศาลปกครองขอขอบพระคุณมากครับ

จบลงไปแล้วครับ สำหรับการสนทนาแบบ Exclusive กับ ดร.พัชมา จิตรมहिมา หวังว่าผู้อ่าน
จะได้มองเห็น “ตัวตน” ของ ดร.พัชมา จิตรมहिมา ทั้งในแง่มุมมองของชีวิตส่วนตัว การศึกษา และการทำงาน
มากยิ่งขึ้น เป็นบทสนทนาที่สะท้อนให้เห็นพัฒนาการของกฎหมายมหาชนในภาพของบุคลากรที่ได้รับ
การสนับสนุนให้ไปศึกษาต่อในต่างประเทศและการนำความรู้ดังกล่าวกลับมาพัฒนากฎหมายมหาชน
ในประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประสบการณ์จากนักร่างกฎหมายและการตอบข้อหารือกฎหมายมหาชน
ทำให้เราสามารถมองเห็นปัญหาทางกฎหมายทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ ผมเชื่อว่าข้อคิดที่ได้รับ
จากท่านจะเป็นส่วนหนึ่งในการพัฒนากฎหมายมหาชนของประเทศไทยต่อไปอย่างแน่นอนครับ ท้ายนี้
ขอขอบคุณผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามอ่านมาจนถึงตรงนี้ และโปรดติดตามตอนต่อไปของคอลัมน์ “ประวัติ
นักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ” ในวารสารวิชาการศาลปกครองฉบับหน้าครับ สำหรับวันนี้ต้องขอลาไปก่อน
สวัสดีครับ



ประวัติส่วนบุคคล

ชื่อ-นามสกุล ดร.พัชมา จิตรมहिมา
ตำแหน่งปัจจุบัน ผู้อำนวยการฝ่ายวิเคราะห์และคดีปกครอง
สถานที่ทำงานปัจจุบัน กองกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
โทรศัพท์ 083-018-4792
Email address : patcha1919@hotmail.com

ประวัติการศึกษา

คุณวุฒิ ปริญญาเอก (Docteur en droit)
สาขา กฎหมายมหาชน (Droit public)
สถาบัน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยปอล เซซาน-เอ็กซ์มาร์เซย 3 (Université Paul Cézanne Aix-Marseille III) สาธารณรัฐฝรั่งเศส (เกียรตินิยมดีมาก)

คุณวุฒิ ปริญญาโท การศึกษาวิจัยชั้นสูง (Diplôme Supérieur de Recherche)
สาขา กฎหมายมหาชน (Droit public)
สถาบัน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแห่งเกรอนอบล์ 2 (Université Pierre Mendès France Grenoble 2 Sciences Sociales) สาธารณรัฐฝรั่งเศส

คุณวุฒิ ประกาศนียบัตรพิเศษของสถาบันการปกครองชั้นสูงแห่งชาติฝรั่งเศส (Certificat De Spécialité de l'ÉNA : l'École National d'Administration) สาธารณรัฐฝรั่งเศส
สาขา กฎหมายปกครอง
สถาบัน สถาบันการปกครองชั้นสูงแห่งชาติฝรั่งเศส (ÉNA : École national d'Administration) สาธารณรัฐฝรั่งเศส

คุณวุฒิ นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขา กฎหมายเอกชน
สถาบัน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คุณวุฒิ ประกาศนียบัตรกฎหมายมหาชน
สาขา กฎหมายมหาชน
สถาบัน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คุณวุฒิ นิติศาสตรบัณฑิต
สาขา กฎหมาย
สถาบัน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



ประวัติการอบรมและดูงาน

1. โครงการฝึกอบรมบุคลากรเพื่อปฏิบัติราชการตามกฎหมายปกครองในสายงานนักกฎหมาย กฤษฎีกา จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2554
2. สัมมนารับฟังความคิดเห็นเพื่อปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2554
3. ประชุมทางวิชาการระดับชาติว่าด้วยงานยุติธรรม ครั้งที่ 9 จัดโดยสำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม พ.ศ. 2554
4. โครงการบรรยายพิเศษ เรื่อง มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองนักลงทุนเมื่อเข้าสู่ AEC และการพัฒนาและการปรับปรุงกฎหมายภาครัฐเพื่อรองรับการเข้าสู่ AEC จัดโดยหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม พ.ศ. 2556
5. ประชุมเตรียมการด้านกฎหมายสำหรับประชาคมอาเซียน (อาเซียน + 6) และความร่วมมือระหว่างประเทศอาเซียน จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2557
6. การประชุมคณะทำงาน 2 ว่าด้วยการอนุญาตต่อตุลาการและการประนอมข้อพิพาทในคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) วันที่ 2-6 กุมภาพันธ์ 2558 ณ นครนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกา จัดโดยสำนักงานใหญ่องค์การสหประชาชาติ
7. โครงการฝึกอบรม หลักสูตรผู้บริหารด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง รุ่นที่ 4 จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และอบรมดูงานองค์การภาครัฐ ณ เขตบริหารพิเศษฮ่องกงแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน (ฮ่องกง) ระหว่างวันที่ 26-29 ตุลาคม 2558
8. โครงการฝึกอบรมภาคปฏิบัติ Legal Workshop for the Office of the Council of State 2017 วันที่ 24-28 กรกฎาคม 2560 ณ The National Graduate Institute for Policy Studies (GRIPS) ประเทศญี่ปุ่น

ประสบการณ์การทำงาน

1. ผู้อำนวยการฝ่ายวิเคราะห์และคดีปกครอง กองกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
2. นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ปฏิบัติหน้าที่เลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการกรมการกฤษฎีกา คณะพิเศษ (ละเมิด) และคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในสำนักกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ปฏิบัติราชการงานให้ความเห็นทางกฎหมายแก่เจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐ
3. ช่วยงานราชการรองนายกรัฐมนตรี ทำเนียบรัฐบาล สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี
4. กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการปรับปรุงและแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัฒนาแรงงานและประสานงานการฝึกอาชีพแห่งชาติ พ.ศ. 2552
5. กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการศูนย์ปราบปราม จักกุม และดำเนินคดีแรงงานต่างด้าวลักลอบทำงาน



6. อาจารย์พิเศษ อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์ และที่ปรึกษาร่วมวิทยานิพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม วิทยาเขตบางเขนและวิทยาเขตขอนแก่น
7. อาจารย์ผู้บรรยาย หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม (SPU)
 - วิชา LAW 501 ระเบียบวิธีวิจัยทางกฎหมาย (Research Methodology in Law)
 - วิชา LAW 503 ทฤษฎีกฎหมายมหาชน (Theory of Public Law)
 - วิชา LAW 660 กฎหมายเลือกตั้งและรัฐสภาชั้นสูง (Advanced Election Law and Parliament)
 - วิชา LAW 619 กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ (Economic Public Law)

ผลงานด้านวิชาการ

- ข้อความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (2553)
- ทิศทางแห่งการพัฒนากฎหมายความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ (2558)
- กฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ และหลักการสำคัญของร่างกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ (2558)
- กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและแนวคิดในการปฏิบัติราชการ (2558)
- กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเครื่องมือสำคัญในการควบคุมและแทรกแซงทางเศรษฐกิจการบริหารงานแผ่นดิน และการดำเนินวิสาหกิจของรัฐ (2559)
- หลักปฏิบัติราชการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (2559) กระบวนการควบคุมและตรวจสอบคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เปรียบเทียบแนวคิดและนิติวิธีทางมหาชนของสาธารณรัฐฝรั่งเศส (2559)
- แนวคิด หลักกฎหมาย และนิติวิธีในการรวบรวมเป็นประมวลกฎหมายการพัสดุของสาธารณรัฐฝรั่งเศส (2560)
- แนวคิดและหลักการใกล้เคียงข้อพิพาทในศาลปกครองฝรั่งเศสที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ ค.ศ. 2016 ตามประมวลกฎหมายความยุติธรรมทางปกครอง (code de justice administrative) ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส (2560)
- ความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครอง เปรียบเทียบแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐและหลักความเป็นกลางตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส (2560)
- วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในประเด็นการกำหนดหลักธรรมาภิบาลและแนวทางในการสร้างความโปร่งใสตามกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ (2562)
- สารสำคัญแห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและการสร้างแนวคิดเชิงบวกในการปฏิบัติราชการทางปกครอง (2562)
- การจัดทำนโยบายสาธารณะของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ศึกษาวิเคราะห์จากข้อความคิดไปสู่การประเมินผล (Fabriquer les politiques publiques de la République française : de la conception à l'évaluation) (2562)



- ปัญหาความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พิจารณาหลักเกณฑ์การพิจารณาและการแยกความรับผิดโดยเปรียบเทียบกับการจัดแบ่งความผิดตามกฎหมายฝรั่งเศส (2563)
- หลักเกณฑ์สำคัญในกฎหมายความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พิจารณาปัญหาของบทบัญญัติกฎหมายเพื่อนำไปสู่แนวคิดในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมาย (2564)
- คำสั่งทางปกครองและการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เปรียบเทียบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (2564)
- โครงการจัดทำร่างประกาศกระทรวง “กิจการอื่น” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ. 2543 รายงานวิจัยเสนอต่อสำนักส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (สสว.) (2558)

ประวัติการเป็นวิทยากรบรรยาย

1. บรรยาย เรื่อง ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ (Liability for wrongful act of officer) จัดโดยกรมสรรพากร สำนักงานสรรพากรภาค 2 เมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2553
2. บรรยาย เรื่อง หลักการเบื้องต้นของกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครอง (Les principes généraux du droit public et du droit administratif) จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 1 เมษายน 2554
3. บรรยาย เรื่อง หลักกฎหมายมหาชนและการปฏิบัติงานทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2554
4. บรรยาย เรื่อง ปัญหาการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ที่เกี่ยวเนื่องกับประมวลรัษฎากร จัดโดยกรมสรรพากร สำนักงานสรรพากรภาค 1 เมื่อวันที่ 16 มิถุนายน 2554
5. บรรยาย เรื่อง ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community (AEC)) ปัญหาและแนวทางการดำเนินงานภาครัฐ ณ มหาวิทยาลัยบูรพา เมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม 2555
6. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการพัสดุ สัญญาทางปกครอง และคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส หลักสูตรการอบรมตุลาการศาลปกครอง จัดโดยสำนักงานศาลปกครอง เมื่อวันที่ 17 ธันวาคม 2556 และวันที่ 12 มกราคม 2558 ณ สำนักงานศาลปกครอง
7. บรรยาย เรื่อง การปฏิบัติราชการทางปกครอง ในโครงการฝึกอบรมหลักสูตรการพัฒนาองค์ความรู้ด้านกฎหมายสำหรับข้าราชการกรมบัญชีกลาง จัดโดยกรมบัญชีกลาง เมื่อวันที่ 30 มีนาคม 2558 วันที่ 14 ธันวาคม 2558 และวันที่ 23 ธันวาคม 2558
8. บรรยาย เรื่อง กฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ โครงการฝึกอบรมกฎหมายมหาชน สำหรับข้าราชการกรุงเทพมหานคร จัดโดยกรุงเทพมหานคร เมื่อวันที่ 26 สิงหาคม 2558
9. บรรยาย เรื่อง การทำคำสั่งทางปกครอง และแนวปฏิบัติในการทำคำสั่งทางปกครองและการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ในโครงการฝึกอบรมเชิงปฏิบัติการหลักสูตรทบทวนความรู้เกี่ยวกับการพิจารณา การจัดทำคำสั่งทางปกครอง จัดโดยสำนักงานสรรพสามิตภาค 10 ณ โรงแรมชินนาม่อน เรสซิเดนซ์



10. บรรยาย เรื่อง หลักปฏิบัติราชการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ในโครงการฝึกอบรมหลักสูตรกฎหมายปกครอง ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2559 จัดโดยกรมการปกครอง ณ โรงแรม อินทราณีเจ็ท กรุงเทพมหานคร เมื่อวันที่ 21 ตุลาคม 2559 และ ณ โรงแรมอัญชลีนา บางกอก กรุงเทพมหานคร เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2559
11. บรรยาย เรื่อง ความจำเป็นในการวิเคราะห์สถานการณ์กับการร่างกฎหมายและให้ความเห็นทางกฎหมาย ในโครงการฝึกอบรมหลักสูตรการพัฒนาข้าราชการในตำแหน่งนิติกรให้เป็นนักกฎหมายนิติบัญญัติ จัดโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์ เมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน 2559
12. บรรยาย เรื่อง กฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการพัสดุ สัญญาของฝ่ายปกครอง สัญญาทางปกครอง และคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามกฎหมายฝรั่งเศส ตามโครงการอบรมเชิงปฏิบัติการหลักสูตรประกาศนียบัตรทางกฎหมายปกครอง วิธีพิจารณาคดีปกครอง และคดีปกครอง จัดโดยศาลปกครองและคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม เมื่อวันที่ 16 มิถุนายน 2561 วันที่ 26 พฤษภาคม 2562 วันที่ 15 และวันที่ 20 กันยายน 2564
13. บรรยาย เรื่อง สารสำคัญของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในโครงการสัมมนาเชิงปฏิบัติการตามกฎหมายคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและกฎหมาย 6 ฉบับ จัดโดยกรมการปกครอง ณ โรงแรมบางกอกพาเลซ กรุงเทพมหานคร เมื่อวันที่ 12 ธันวาคม 2561
14. บรรยาย เรื่อง การพิจารณาเนื้อหาและสารสำคัญของร่างกฎหมาย (ด้านการกำหนดมาตรการบังคับทางปกครองที่เหมาะสม) ในโครงการฝึกอบรมหลักสูตรการร่างกฎหมาย การให้ความเห็นทางกฎหมาย และการดำเนินคดีปกครอง จัดโดยสถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 26 ธันวาคม 2561 และวันที่ 4 เมษายน 2562
15. บรรยาย เรื่อง หลักกฎหมายว่าด้วยข้อมูลข่าวสารของราชการ จัดโดยสถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 22 มกราคม 2562 และวันที่ 6 มิถุนายน 2562
16. บรรยาย เรื่อง กรณีศึกษาและการปฏิบัติ : การให้ความเห็นทางกฎหมาย จัดโดยสถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2562
17. บรรยาย เรื่อง ความรู้เกี่ยวกับการปฏิบัติราชการทางปกครองและวินัยเชิงบวกตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จัดโดยกรมกิจการผู้สูงอายุ กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เมื่อวันที่ 25 มิถุนายน 2562
18. บรรยาย เรื่อง การกระทำของฝ่ายปกครอง ความหมายและประเภทของการกระทำทางปกครอง กระบวนการวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครองและการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน (actions of administration, meaning and category of administrative actions, process of adjudication of administration and enforcement of administrative act provided payment) จัดโดยกระทรวงมหาดไทย เมื่อวันที่ 19 สิงหาคม 2562



19. บรรยายในการประชุมเชิงปฏิบัติการ การแลกเปลี่ยนเรียนรู้กฎหมาย ระเบียบปฏิบัติ เพื่อรองรับพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 หมวด 4 การจัดสรรน้ำและการใช้น้ำ รุ่นที่ 2 จัดโดยกรมทรัพยากรน้ำ เมื่อวันที่ 6 สิงหาคม 2563
20. บรรยาย เรื่อง กฎกระทรวงกำหนดเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งใช้มาตรการบังคับทางปกครองและการแต่งตั้งเจ้าพนักงานบังคับทางปกครอง พ.ศ. 2562 จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 1 กันยายน 2563
21. บรรยาย เรื่อง หลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดของเจ้าหน้าที่ของไทย หลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐ ระดับชำนาญการขึ้นไป รุ่นที่ 28 และรุ่นที่ 29 จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2564 และวันที่ 19 สิงหาคม 2564
22. บรรยาย เรื่อง กฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่เปรียบเทียบ หลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐ ระดับชำนาญการขึ้นไป รุ่นที่ 30 และรุ่นที่ 31 จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 21 มกราคม 2565 และวันที่ 10 มิถุนายน 2565
23. บรรยาย เรื่อง กฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ หลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐ ระดับปฏิบัติการ รุ่นที่ 20 และรุ่นที่ 21 จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 24 มกราคม 2565 และวันที่ 6 มิถุนายน 2565
24. บรรยายโครงการฝึกอบรมหลักสูตร การอบรมสัมมนาร่วมกันของข้าราชการบรรจุใหม่ กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2564 เรื่อง กฎหมายเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 จัดโดยกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน เมื่อวันที่ 7 กรกฎาคม 2564
25. บรรยาย เรื่อง ความรับผิดของรัฐและหลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครอง จัดโดยกรมสรรพากร เมื่อวันที่ 31 สิงหาคม 2564 และวันที่ 1 กันยายน 2564
26. บรรยายโครงการฝึกอบรมผ่านระบบสื่อออนไลน์ หลักสูตร “พัฒนาศักยภาพให้แก่ข้าราชการและพนักงานราชการในตำแหน่งนิติกร” หัวข้อวิชา คำสั่งทางปกครอง และการให้ความเห็นทางกฎหมายจัดโดยกรมส่งเสริมสหกรณ์ เมื่อวันที่ 8 กันยายน 2564
27. บรรยายการอบรมหลักสูตร เรื่อง เทคนิคการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด จัดโดยสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล เมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2564

“ Salus populi suprema lex esto
"ความพาสึกข์ของประชาชนเป็นกฎหมายอันสูงสด"
”

มาร์คัส ตูลีอุส คีเคโร (Marcus Tullius Cicero)
นักการเมือง นักกฎหมาย และรัฐบุรุษ แห่งสาธารณรัฐโรมัน
คติพจน์ใน "เดอ เลกิบุส" (De Legibus) เล่มที่ 3, ตอนที่ 3, ส่วนที่ 8