



วารสารวิชาการ

ศาลปกครอง

Administrative Courts Journal

ปีที่ 24 ฉบับที่ 1 (มกราคม-เมษายน) 2567

บทความทางวิชาการ

- การฟ้องเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ก่อผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ (les actes non décisives) ในประเทศฝรั่งเศส อานันท์ กระบวนศรี
- การเยียวยาข้าราชการพลเรือนสามัญในกระบวนการอุทธรณ์และร้องทุกข์ : วิเคราะห์ระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์ หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565 นิติกร ชัยวิเศษ
- การกำหนดคำบังคับตามคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองและกฎในสาธารณรัฐออสเตรีย วิชญ์พาส พิมพ์อักษร
- สภาวิชาชีพกับการเป็นองค์กรแบบ "corporation" : กรณีศึกษาจากระบบกฎหมายฝรั่งเศส สู่ข้อเสนอแนะต่อสภาวิชาชีพในระบบกฎหมายไทย ภักเดช คมสัน
- สถานะความเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พัลภา นุ่มน้อย
- ข้อสังเกตทางวิชาการเกี่ยวกับประเด็นปัญหาการแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้ในสัญญาทางปกครอง นพรัตน์ อุดมโชคมงคล

บทวิเคราะห์คดี

- บทบาทของศาลปกครองในการคุ้มครองเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น กรณีศึกษาจากคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินระบบดิจิทัลของบริษัท วอยซ์ ทวี จำกัด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564) วิชชา เนตรหัสยานันท์
- สัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์เป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นในการดำเนินการบริการสาธารณะให้บรรลุผล พิชราภรณ์ ศิริวิมลกุล

คอลัมน์หลักกฎหมายมหาชน

- สเปน : อำนาจศาลในการพิจารณาคดีฟ้องโต้แย้งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พิชราภรณ์ ศิริวิมลกุล
- ฝรั่งเศส : ผลของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ให้ส่งสำนวนคดีคืนไปยังศาลปกครองชั้นต้นเพื่อมีคำพิพากษาหรือคำสั่งตามรูปคดี ภายหลังจากที่ศาลพิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ขนิษฐา เต็มตฤชญา
- สรุปความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 863/2562 การขอรับสัมปทานการประกอบกิจการประปา ตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ปฐมน แปนเหลือ

คอลัมน์ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ

"ชีวประวัติของ Raymond Carré de Malberg"

วารสารวิชาการ

ศาลปกครอง

Administrative Courts Journal

€ – Journal

ราคา 150 บาท

ปีที่ 24 ฉบับที่ 1
(มกราคม-เมษายน) 2567

ที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วราพงษ์ วิศรุตพิชญ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด

คณะกรรมการอำนวยการจัดทำวารสารวิชาการศาลปกครอง

นายวิชณุ	วรัญญู	รองประธานศาลปกครองสูงสุด
นายประสิทธิ์ศักดิ์	มีลาภ	รองประธานศาลปกครองสูงสุด
นายสุชาติ	มงคลเลิศพล	รองประธานศาลปกครองสูงสุด
นายสุชาติ	ศรีวรกร	อธิบดีศาลปกครองยะลา
นายสุชาติ	วงศ์สินาค	ตุลาการศาลปกครองเพชรบุรี
นายประพัฒน์	ตันสุวรรณนันท	เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง
นายวิริยะ	วัฒนสุชาติ	ผู้อำนวยการสำนักส่งเสริมงานคดีปกครอง
นายรินทร์	อิธิสาร	ผู้เชี่ยวชาญด้านวิชาการคดีปกครอง รักษาการในตำแหน่ง ผู้อำนวยการสำนักวิจัยและวิชาการ

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.ฐาฑูร	ศิริยุทวิวัฒนา	อดีตคณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ยอดพล	เทพสิทธิธา	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร
นายศุภวัฒน์	สิงห์สูงษ์	สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
นายเอกชัย	ไชยอนุวัติ	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสยาม

คณะกรรมการจัดการวารสารวิชาการศาลปกครอง

นายประพัฒน์	ตันสุวรรณนันท	เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง
นายเจตน์	สถาวรศีลพร	ที่ปรึกษาสำนักงานศาลปกครอง รักษาการในตำแหน่ง รองเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง
นายนรินทร์	อิธิสาร	ผู้เชี่ยวชาญด้านวิชาการคดีปกครอง รักษาการในตำแหน่ง ผู้อำนวยการสำนักวิจัยและวิชาการ
นายวิริยะ	วัฒนสุชาติ	ผู้อำนวยการสำนักส่งเสริมงานคดีปกครอง
นางผจงจิตต์	วงศ์ธีรญาณเดช	ผู้อำนวยการวิทยาลัยการยุติธรรมทางปกครอง
นางสาวจณัญญา	สุภานิช	ผู้อำนวยการสำนักประชาสัมพันธ์
นางสาวอภิญา	แก้วกำเนิด	ผู้อำนวยการกลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ

ฝ่ายจัดการวารสารวิชาการศาลปกครอง

นางสาวอภิญา	แก้วกำเนิด	นางสาวพัชรภรณ์	ศิริวิมลกุล
นายนิติกร	ชัยวิเศษ	นางณัฐ์เนตร	เศวตอริยพงษ์
นายพัฒน์พงศ์	คงศักดิ์	นางสาวนิชาภา	เขียนสายออ
นางสาวปฐมม	แป้นเหลือ	นางสาวสุภาณี	ขวัญจันทิก
นายณัฐภัทร	ประเสริฐวิทย์	นายคติจพน	สินสูงสุด

ฝ่ายพิสูจน์อักษรและการพิมพ์

นางสาวกาญจนา	ปัญญานนท์	นางสาวศิรินทร์	ศรีสุข
นางสาวดวงแก้ว	เกิดจันทร์		

ฝ่ายประชาสัมพันธ์และงานศิลป์

นางสาวจณัญญา	สุภานิช	นางสาวรัตนภรณ์	พงสะมั่ง
นางรัชนีวรรณ	คงทวี	นางสาวจุฑาภาณ	สายรัตเงิน

ฝ่ายสารสนเทศและเว็บไซต์

นายทศพล	ทองเทือก	นายวิภูเมธ	ศรีปานเงิน

ฝ่ายจัดจำหน่าย

นายตุลฉัตร	อุดารักษ์	นางสาวรัชดาภรณ์	มีแก้ว

วัตถุประสงค์

เพื่อส่งเสริม เผยแพร่ และพัฒนาความรู้ทางวิชาการด้านกฎหมายมหาชน กฎหมายปกครอง และกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของประเทศไทยและนานาชาติ

หลักเกณฑ์การรับผลงานทางวิชาการ เพื่อเผยแพร่ในวารสารวิชาการศาลปกครอง

1. งานวิชาการที่รับเผยแพร่ ได้แก่
 - บทความทางวิชาการ โดยสามารถจัดทำได้ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ/บทความแปล
 - บทวิเคราะห์คำพิพากษาหรือคำสั่งศาลที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครอง โดยไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองเท่านั้น (แบบมีหมายเหตุ)
 - บทวิเคราะห์ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง
 - บทวิเคราะห์วิจารณ์หนังสือ
 - ประวัติและผลงานของนักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ ทั้งชาวไทยและชาวต่างประเทศ
 - งานวิชาการแบบสั้น เช่น ปกิณกะกฎหมาย หรือบทวิเคราะห์กฎหมายใหม่ที่น่าสนใจ
 - 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) เผยแพร่ภายในเดือนพฤษภาคม ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม) เผยแพร่ภายในเดือนกันยายน และฉบับที่ 3 (กันยายน-ธันวาคม) เผยแพร่ภายในเดือนมกราคมปีถัดไป

การเผยแพร่วารสาร

การเผยแพร่วารสารวิชาการศาลปกครอง ในรูปแบบวารสารอิเล็กทรอนิกส์ (E-Journal) สามารถติดตามข้อมูลข่าวสารและช่องทางการจำหน่ายได้ที่ <https://www.admincourt.go.th> และ <https://www.tci-thaijo.org> รวมทั้ง Facebook “วารสารวิชาการศาลปกครอง”

เจ้าของ

สำนักงานศาลปกครอง อาคารศาลปกครอง

เลขที่ 120 หมู่ที่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210

โทรศัพท์ 0 2141 1111 โทรศัพท์สายด่วน 1355

ฝ่ายจัดการวารสารวิชาการศาลปกครอง โทรศัพท์ 0 2141 0621 ฝ่ายจัดจำหน่าย โทรศัพท์ 0 2141 0920

บทความหรือข้อความความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏในวารสารวิชาการศาลปกครอง เป็นความรับผิดชอบของผู้เขียนโดยเฉพาะ สำนักงานศาลปกครองและกองบรรณาธิการวารสารวิชาการศาลปกครองไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย



บทบรรณาธิการ

วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 24 ฉบับที่ 1 (มกราคม-เมษายน) 2567 ประกอบไปด้วย บทความทางวิชาการและผลงานทางวิชาการประเภทอื่นรวมทั้งสิ้น 13 เรื่อง ได้แก่ บทความทางวิชาการ 6 เรื่อง บทความวิเคราะห์คดี 2 เรื่อง หลักกฎหมายมหาชน 3 เรื่อง คำแปลการบรรยายทางวิชาการ 1 เรื่อง และประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ 1 เรื่อง โดยในฉบับนี้จะเปลี่ยนจากการสัมภาษณ์นักกฎหมายมหาชนชาวไทยเป็นการแนะนำนักกฎหมายมหาชนชาวต่างประเทศ เพื่อเป็นการขยายพรมแดนความรู้ทางกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครองให้กว้างขวางยิ่งขึ้น

โดยบทความทางวิชาการ ประกอบไปด้วย 1) การฟ้องเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ก่อผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ (les actes non décisifs) ในประเทศฝรั่งเศส โดยนายอานันท์ กระบวนศรี พนักงานคดีปกครองชำนาญการ สำนักงานศาลปกครอง 2) การเยียวยาข้าราชการพลเรือนสามัญในกระบวนการอุทธรณ์และร้องทุกข์ : วิเคราะห์ระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์ หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565 โดยนายนิติกร ชัยวิเศษ เจ้าหน้าที่ศาลปกครองชำนาญการพิเศษ สำนักงานศาลปกครอง 3) การกำหนดค่าบังคับตามคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองและกฎในสาธารณรัฐออสเตรีย โดยนายวิษณุพล พิมพ์อักษร พนักงานคดีปกครองชำนาญการ สำนักงานศาลปกครอง 4) สภาวิชาชีพกับการเป็นองค์กรแบบ “corporation” : กรณีศึกษาจากระบบกฎหมายฝรั่งเศส สู่ข้อเสนอแนะต่อสภาวิชาชีพในระบบกฎหมายไทย โดยนายภาคเดช คมสัน พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ สำนักงานศาลปกครอง 5) สถานะความเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม โดยนางสาวพัลภา นุ่มน้อย พนักงานคดีปกครองชำนาญการ สำนักงานศาลปกครอง และ 6) ข้อสังเกตทางวิชาการเกี่ยวกับประเด็นปัญหาการแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้ในสัญญาทางปกครอง โดยนางสาวนพรัตน์ อุดมโชคมงคล พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ สำนักงานศาลปกครอง

บทความวิเคราะห์คดี ประกอบไปด้วย 1) บทความวิเคราะห์คดี เรื่อง บทบาทของศาลปกครองในการคุ้มครองเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวและการแสดงความคิดเห็น กรณีศึกษาจากคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินระบบดิจิทัลของบริษัท วอยซ์ ทวี จำกัด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564) โดยนายวิชา เนตรหัตถ์สนั่น พนักงานคดีปกครองชำนาญการ สำนักงานศาลปกครอง และ 2) บทความวิเคราะห์คดี เรื่อง สัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์เป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นในการดำเนินการบริการสาธารณะให้บรรลุผล โดยนางสาวพัชราภรณ์ ศิริวิมลกุล พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ สำนักงานศาลปกครอง

หลักกฎหมายมหาชน ประกอบไปด้วย 1) สเปน : อำนาจศาลในการพิจารณาคดีฟ้องโต้แย้งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน 2) ฝรั่งเศส : ผลของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ให้ส่งสำนวนคดีคืนไปยังศาลปกครองชั้นต้นเพื่อมีคำพิพากษาหรือคำสั่งตามรูปคดี ภายหลังจากที่

ศาลพิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และ 3) สรุปความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 863/2562 การขอรับสัมปทานการประกอบกิจการประปาตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58

วารสารวิชาการศาลปกครองฉบับนี้จะมีการเผยแพร่คำแปลการบรรยายทางวิชาการ เรื่อง การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยศาล และในส่วนของประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ จะนำท่านผู้อ่านไปรู้จักกับ Raymond Carré de Malberg นักกฎหมายมหาชนชาวฝรั่งเศสผู้มีชีวิตในช่วงการยึดครองภูมิภาค Alsace Lorraine โดยเยอรมนี และจะสะท้อนให้เห็นแนวคิดและทฤษฎีของกฎหมายมหาชนบางประการของฝรั่งเศสที่ได้รับอิทธิพลมาจากนักกฎหมายเยอรมัน

ทางกองบรรณาธิการวารสารวิชาการศาลปกครองขอขอบคุณผู้เขียนทุกท่านที่ได้ให้ความอนุเคราะห์ส่งบทความทางกฎหมายมหาชนเพื่อตีพิมพ์ในวารสารฯ และทางกองบรรณาธิการขอเรียนให้ทราบว่า วารสารวิชาการศาลปกครองเป็นหนึ่งในวารสารที่เผยแพร่บทความและความรู้ทางกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะกฎหมายปกครองซึ่งมีการกลั่นกรองจากผู้ทรงคุณวุฒิทั้งภายในกองบรรณาธิการและนักวิชาการภายนอกเพื่อเป็นการรักษามาตรฐานทางวิชาการของวารสารฯ และกองบรรณาธิการหวังเป็นอย่างยิ่งว่า วารสารวิชาการศาลปกครองฉบับนี้จะเป็นประโยชน์แก่ท่านผู้อ่านและเป็นประโยชน์ต่อการกฎหมายมหาชนของไทยต่อไป หากมีข้อผิดพลาดประการใด บรรณาธิการขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ยอดพล เทพสิทธิ์า
บรรณาธิการ



วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 24 ฉบับที่ 1 (มกราคม-เมษายน) 2567

สารบัญ

บทความทางวิชาการ

- การฟ้องเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ก่อผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ (les actes non décisives) ในประเทศฝรั่งเศส
โดย อานันท์ กระบวนศรี 1
- การเยียวยาข้าราชการพลเรือนสามัญในกระบวนการอุทธรณ์และร้องทุกข์ : วิเคราะห์ระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์ หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565
โดย นิติกร ชัยวิเศษ 41
- การกำหนดค่าบังคับตามคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองและกฎในสาธารณรัฐออสเตรีย
โดย วิชญ์พาส พิมพ์อักษร 74
- สภาวิชาชีพกับการเป็นองค์กรแบบ “corporation” : กรณีศึกษาจากระบบกฎหมายฝรั่งเศส
สู่ข้อเสนอแนะต่อสภาวิชาชีพในระบบกฎหมายไทย
โดย ภัคเดช คมสัน 90
- สถานะความเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง
กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม
โดย พัลภา นุ่มน้อย 135
- ข้อเสนอแนะทางวิชาการเกี่ยวกับประเด็นปัญหาการแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้ในสัญญาทางปกครอง
โดย นพรัตน์ อุดมโชคมงคล 170



บทวิเคราะห์คดี

- บทบาทของศาลปกครองในการคุ้มครองเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสาร และการแสดงความคิดเห็น กรณีศึกษาจากคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินระบบดิจิทัลของบริษัท วอยซ์ ทีวี จำกัด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564)
โดย วิชชา เนตรหัตถ์ชัย

195

- สัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็น ในการดำเนินบริการสาธารณะให้บรรลุผล
โดย พัทธราภรณ์ ศิริวิมลกุล

222

หลักกฎหมายมหาชน

- สเปน : อำนาจศาลในการพิจารณาคดีฟ้องโต้แย้งพระราชกำหนดการบริหารราชการ ในสถานการณ์ฉุกเฉิน
โดย พัทธราภรณ์ ศิริวิมลกุล

253

- ฝรั่งเศส : ผลของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ให้ส่งสำนวนคดีคืนไปยังศาลปกครองชั้นต้น เพื่อมีคำพิพากษาหรือคำสั่งตามรูปคดี ภายหลังจากที่ศาลพิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ
โดย ขนิษฐา เต็มตฤณนา

261

- สรุปความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 863/2562 การขอรับสัมปทาน การประกอบกิจการประปาตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58
โดย ปฐมน เป้นเหลือ

265

คำแปลการบรรยายทางวิชาการ

- การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยศาล
โดย Prof. Mathieu MAISONNEUVE
ถอดความและเรียบเรียงโดย ขนิษฐา เต็มตฤณนา

268

คอลัมน์ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ

- ชีวประวัติของ Raymond Carré de Malberg

287

การฟ้องเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ก่อผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่

(les actes non décisifs) ในประเทศฝรั่งเศส

Legal action on *les actes non décisifs* (administrative acts with no effects
to rights or obligations) in France

อานันท์ กระบวนศรี*

รับบทความเมื่อ 15 กันยายน 2566

แก้ไขบทความเมื่อ 19 มกราคม 2567

ตอบรับบทความเมื่อ 8 กุมภาพันธ์ 2567

บทคัดย่อ

หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล (la règle de la décision préalable) เป็นหนึ่งในเงื่อนไขการฟ้องคดีที่สำคัญที่ระบบกฎหมายปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศสยึดถือมาช้านาน หลักการดังกล่าวเรียกร้องให้ผู้ฟ้องคดีจะต้องรอก่อนว่าฝ่ายปกครองจะมีการตัดสินใจออกนิติกรรมทางปกครองเสียก่อน จึงจะสามารถนำกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของตนไปฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนได้ เพื่อให้ฝ่ายปกครองในฐานะที่ดำรงอยู่อย่างใกล้ชิดกับประชาชนและข้อเท็จจริง ได้ทำการตัดสินใจแก้ไขเยียวยาความเสียหายหรือความคับข้องใจของประชาชนนั่นเองเสียก่อน และเพื่อไม่ให้มีคดีขึ้นสู่ศาลปกครองมากเกินไปจนทำให้ศาลปกครองไม่สามารถอำนวยความสะดวกทางปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตามการยึดถือตามหลักการดังกล่าวอย่างเคร่งครัดมากเกินไปของสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับการคุ้มครองและเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง สภาแห่งรัฐจึงเริ่มผ่อนคลายความเข้มงวดในการปรับใช้หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล ปัจจุบันสภาแห่งรัฐได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาคดี GSTI ลงวันที่ 12 มิถุนายน ค.ศ. 2020 ว่าบรรดาเอกสารของฝ่ายปกครองที่อาจกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน ย่อมสามารถตกเป็นวัตถุแห่งคดีที่จะนำมาฟ้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ ทำให้ประชาชนสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสได้สะดวกขึ้น เนื่องจากสภาแห่งรัฐได้ให้ความสำคัญกับ “เนื้อหา”

*

นิติศาสตรมหาบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน สาขากฎหมายมหาชนภาคธุรกิจ มหาวิทยาลัย Paris - Saclay (เกียรตินิยม) ประเทศฝรั่งเศส พนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ของการกระทำของฝ่ายปกครองว่ากระทบต่อสิทธิหรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีหรือไม่ จากเดิมที่ให้ความสำคัญกับ “รูปแบบ” ของการกระทำของฝ่ายปกครองมากกว่า จึงอาจกล่าวได้ว่า คำพิพากษาคดี GSTI ได้เปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาของศาลปกครองประเทศฝรั่งเศสอย่างมีนัยสำคัญ

คำสำคัญ : บทความวิชาการ, กฎหมายมหาชน, กฎหมายปกครอง, วิธีพิจารณาคดีปกครอง, ศาลปกครอง, สภาแห่งรัฐ, ฝรั่งเศส, นิติกรรมทางปกครอง, การฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย, หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล, การกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ก่อผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่

วารสารวิชาการศาลปกครอง

Abstract

The principle of “la règle de la decision préalable” has long been a cornerstone of French administrative law, It mandates that litigants must await administrative authorities’ decisions before initiating legal action to challenge administrative acts affecting their rights. Rooted in the belief that administrative bodies, having the closest proximity with the citizen as well as the relevant facts thereof, should first be allowed to rectify the grievances and damages occurred. This principle also aims to reduce the caseloads of the administrative court. However, the Conseil d’État’s stringent adherence to this principle has drawn criticism for potentially leaving litigants without recourse when confronted with unlawful administrative actions. In response, the Conseil d’État has adopted a more flexible approach, as exemplified by the GISTI Judgment of June 12, 2020. This landmark Judgement permits the examination of administrative documents that may impact citizens’ rights, simplifying access to French administrative courts by prioritizing the substance of administrative actions over their procedural form. This judgment represents a notable departure from the established norms governing French administrative courts.

Keywords : Academic articles, Public law, Administrative law, Contentieux administrative, Administrative Courts, Conseil d’État, France, Acte administratif, Recours pour excès de pouvoir, la règle de la décision préalable, actes non décisaires

บทนำ

ฝ่ายปกครองมีภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะและการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ฝ่ายปกครองมีเครื่องมือสำคัญต่าง ๆ ทั้งที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมและที่มีลักษณะเป็นการกระทำในทางกายภาพ และเพื่อเป็นหลักประกันว่าการใดที่ฝ่ายปกครองได้กระทำอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายที่ให้อำนาจตามหลักนิติรัฐ ศาลปกครองในฐานะที่เป็นองค์กรตุลาการที่มีความเป็นอิสระจากฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจควบคุมตรวจสอบว่าการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่¹ อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวไม่ได้หมายความว่า การกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครองจะตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองเสมอไป โดยระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้วางหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่มีชื่อเรียกว่า “หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล” (*la règle de la décision préalable*)² อันถือเป็นหนึ่งในเงื่อนไขการฟ้องคดีที่สำคัญ หลักการนี้เรียกร้องให้ผู้ฟ้องคดีต้องรอนกว่าฝ่ายปกครองจะตัดสินใจออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองเสียก่อน จึงจะสามารถนำกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของตนไปฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนได้ หลักการนี้มีขึ้นเพื่อให้ฝ่ายปกครองในฐานะองค์กรที่ดำรงอยู่อย่างใกล้ชิดกับประชาชน และข้อเท็จจริง ได้แก้ไขเยียวยาความเสียหายหรือความคับข้องใจของประชาชนนั่นเองเสียก่อน และเพื่อไม่ให้คดีขึ้นสู่ศาลปกครองมากจนทำให้ศาลปกครองไม่สามารถอำนวยความสะดวกทางปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในทางกลับกัน การใดที่ยังคงถือได้ว่าเป็นกระบวนการภายในของฝ่ายปกครอง ย่อมไม่อยู่ภายใต้บังคับประกอบของหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อน เพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล เช่น หนังสือเวียน แนวปฏิบัติ มาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กร การให้ความเห็น การให้ข้อมูล การขอความร่วมมือ หรือกรณีอื่น ๆ ที่ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ย่อมไม่อาจตกเป็นวัตถุแห่งคดีพิพาทที่ศาลปกครองรับไว้ตรวจสอบได้ การศึกษาเกี่ยวกับข้อความคิดตลอดจนประเภทหรือลักษณะของ “การกระทำของฝ่ายปกครองที่ยังไม่ก่อผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่” จึงเป็นสิ่งจำเป็น

¹ ประเภทของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (*le contrôle de la légalité*) อาจจำแนกได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ (1) *การควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง* (*les recours administratifs*) ซึ่งอาจทำการควบคุมตรวจสอบโดยฝ่ายปกครองผู้ออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองเอง (*le recours gracieux*) หรือโดยผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองผู้ออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองฉบับนั้น (*le recours hiérarchique*) และ (2) *การควบคุมตรวจสอบภายนอกฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ* (*les recours juridictionnels*) โปรดดู Georges Dupuis et al., *Droit administratif* (Sirey, 10^e éd., 2007), pp. 51-55.) อย่างไรก็ตาม ในบทความนี้จะการศึกษาเฉพาะในส่วนของการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเท่านั้น

² ส่วนแปลของ ดร.บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ ใน บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, ‘การจัดความสัมพันธ์ระหว่างระบบการแก้ไขเยียวยาเบื้องต้นโดยฝ่ายปกครองกับการฟ้องคดีต่อศาล : ปัญหาเกี่ยวกับหลักคิดของศาลในการเป็นหลักประกันสุดท้ายของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน’ (โครงการสัมมนาเพื่อพัฒนาองค์ความรู้และรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับการแก้ไขกฎหมายด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, โรงแรม เดอะ เบอร์เคลีย์ ประตูน้ำ กรุงเทพฯ, 27/มิถุนายน/2562). หน้า 5.

หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาลมีที่มาจากประวัติศาสตร์ข้อความคิดว่าด้วยนิติกรรมทางปกครอง³ ของประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีที่มาอย่างยาวนานและยังคงดำรงอยู่สืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน สภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสได้เดินตามแนวทางนี้มาโดยตลอด ถึงแม้ว่าในอดีตจะไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จนถึงปัจจุบันที่ได้มีการตราหลักการดังกล่าวเอาไว้อย่างชัดเจนในมาตรา R. 421 - 1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง (le Code de justice administrative) ที่บัญญัติว่า “การฟ้องคดีต่อศาลปกครองจะกระทำได้อีกแต่เฉพาะคำฟ้องที่ทำขึ้นได้แก่การตัดสินใจ (ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่) เท่านั้น (...)”⁴ อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐได้พิจารณาแล้วเห็นว่า การยึดติดกับแนวทางดังกล่าวอย่างเคร่งครัดจนเกินไปไม่อาจนำมาซึ่งความมีประสิทธิภาพในการอำนวยความยุติธรรมซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานอีกประการหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมทางปกครองได้ สภาแห่งรัฐจึงผ่อนคลายความเคร่งครัดดังกล่าวโดยยอมรับว่าการกระทำของฝ่ายปกครองในหลายกรณีที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ (non décisives)⁵ แต่อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชนอย่างมีนัยสำคัญแล้ว

³ วัตถุประสงค์การศึกษาของบทความฉบับนี้ ได้แก่ “นิติกรรมทางปกครอง” (l’acte administratif) ซึ่งเป็นข้อความคิดที่มีที่มาจากระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส ในขณะที่ในระบบกฎหมายไทยคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” เป็นถ้อยคำที่ปรากฏในงานเขียนทางวิชาการ เช่น หนังสือตำรา งานวิจัย และบทความเกี่ยวกับกฎหมายปกครองเป็นหลัก แต่ไม่ใช่ถ้อยคำทางกฎหมายที่ได้รับการบัญญัตินิยามหรือคำจำกัดความไว้ในกฎหมายไทย (ต่างจากคำว่า “กฎ” หรือ “คำสั่งทางปกครอง” ที่ปรากฏนิยามที่ชัดเจนในดับบทกฎหมายของประเทศไทยในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ที่ได้รับการกล่าวถึงและให้ตัวอย่างไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542) นอกจากนี้ในประเทศไทยพบว่า มีการใช้ คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” อย่างน้อยใน 3 ความหมายแตกต่างกันออกไป ได้แก่ (1) หมายความว่านิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกว้าง (ได้แก่ กฎ คำสั่งทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง) (2) หมายความว่านิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกลาง (ได้แก่ กฎ และคำสั่งทางปกครอง) และ (3) หมายความว่านิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างแคบ (เฉพาะคำสั่งทางปกครอง) ดังนั้น เพื่อทำความเข้าใจเนื้อหาในบทความนี้จึงต้องอธิบายให้ชัดเจนก่อนว่า คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ในฐานะที่เป็นศัพท์เทคนิค (terminus technicus) ของการศึกษานี้มีความหมายอย่างกลาง ได้แก่ กฎ และคำสั่งทางปกครอง เท่านั้น เนื่องจากการศึกษาเฉพาะการใช้เทคนิคทางกฎหมายของศาลปกครองในการกำหนดคำบังคับของศาลใน “คดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” (le recours pour excès de pouvoir) เท่านั้น ไม่รวมถึงคดีฟ้องโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ที่เป็นคดีปกครองแยกออกมาต่างหากอีกประเภทหนึ่ง ที่เรียกว่า “คดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม” (le recours de plein contentieux) แต่อย่างใด

⁴ La juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision (...)

⁵ ทั้งนี้ ในกฎหมายไทยไม่ได้มีการนิยามคำศัพท์นี้เอาไว้โดยเฉพาะ แต่จากการศึกษาพบว่า เป็นถ้อยคำที่ปรากฏในทางตำราต่างประเทศแต่ก็ยังไม่ได้มีคำแปลเป็นภาษาไทยเอาไว้โดยเฉพาะ หากจะแปลความตามถ้อยคำตัวอักษรแล้ว ก็อาจเรียกได้ว่า “การกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจ” แต่ในบทความนี้จะใช้คำว่า “การกระทำของฝ่ายปกครองที่ยังไม่ก่อผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่” (หรืออาจแปลตามเนื้อหาของเรื่องว่า “การกระทำ (มีต่อหน้าถัดไป)

ศาลปกครองก็สามารถที่จะรับคดีไว้พิจารณาได้เช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง แนวคำพิพากษาของศาลปกครองในชั้นต้นที่ผ่านมา ในคดี Société Fairvesta International GMBH et autres (ค.ศ. 2016) คดี Marine Le Pen (ค.ศ. 2019) และล่าสุดในคดี GISTI (ค.ศ. 2020) ศาลปกครองได้ผ่อนคลายเป็นหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล เป็นอย่างมาก จนอาจกล่าวได้ว่า ปัจจุบันศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสแทบจะไม่ได้ยึดติดกับแนวคำพิพากษาของศาลปกครองในอดีตที่จัดประเภทของ “รูปแบบ” การกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจก่อผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ (les actes non décisifs) ซึ่งไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองเอาไว้ แต่พิจารณาจาก “เนื้อหา” ของการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นรายกรณีว่าเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงแห่งนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีและส่งผลกระทบที่สำคัญถึงขนาดที่ควรจะถูกควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครองหรือไม่

เพื่อทำความเข้าใจถึงพัฒนาการของแนวคำพิพากษาของศาลปกครองและหลักกฎหมายที่ปรากฏผ่านการตีความของศาลปกครองฝรั่งเศส บทความนี้จะทำการศึกษาหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล ในส่วนที่ 1 ของบทความนี้ จากนั้นจะทำการศึกษากฎการปฏิบัติที่ไม่ควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองที่ยังไม่ก่อผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ (les actes non décisifs) และการผ่อนคลายเป็นหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนที่เสนอโดยศาลปกครอง ในส่วนที่ 2 ของบทความนี้ และปิดท้ายด้วยการศึกษากฎหลักในการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจแต่มีผลอย่างมีนัยสำคัญต่อสิทธิหรือฐานะของบุคคล (des effets notables sur les droits ou la situation) โดยศาลปกครองในปัจจุบัน ในส่วนที่ 3 ของบทความนี้ ตามลำดับ

ส่วนที่ 1 หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล (la règle de la décision préalable)

ในการเสนอคดีต่อศาลปกครองนั้น นอกจากผู้ฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้มีสิทธิและมีความสามารถในการฟ้องคดีแล้ว ยังจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขการฟ้องคดี (Conditions de saisine du juge administratif) ซึ่งได้แก่ (1) คดีอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง (Litige d'ordre administratif) (2) ผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการเบื้องต้นในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง (Le recours administratif

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 5)

ที่มีใช้กำหนดกฎเกณฑ์หรือการกระทำที่มีขึ้นนิติกรรม” ได้เช่นกัน) โดยเป็นการเน้นสาระสำคัญและความหมายโดยไม่ต้องเกาะติดกับคำในภาษาฝรั่งเศส เนื่องจากกฎหมายปกครองฝรั่งเศสใช้ศัพท์เทคนิคที่แตกต่างจากกฎหมายปกครองไทย แต่ก็ยังคงเป็นถ้อยคำที่ไม่แพร่หลายมากนักในทางวิชาการ ดังนั้น ส่วนใหญ่แล้วในทางตำรา ก็มักจะเป็นการ “ยกตัวอย่าง” การกระทำดังกล่าวเสียมากกว่า โดยอาศัยการเรียกใช้ถ้อยคำที่ต่างกันตามลักษณะของเรื่อง เช่น คำสั่งภายในฝ่ายปกครอง ขั้นตอนภายในของฝ่ายปกครอง ซึ่งยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อาจนำมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้

préalable obligatoire (Rapo)) (3) ฝ่ายปกครองได้มีการออกคำสั่งหรือการกระทำทางปกครอง (Nécessité d'une décision) ซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล (4) ผู้ฟ้องคดีชำระค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีตามอัตราที่กฎหมายกำหนด (Coût) และ (5) ผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องคดีภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด (Délais)⁶

เมื่อพิจารณาเงื่อนไขทั้ง 5 ประการ ดังที่กล่าวไปแล้วจะเห็นได้ว่า เงื่อนไขที่เกี่ยวข้องที่จะนำเสนอในบทความฉบับนี้ ก็คือ เงื่อนไขประการที่สาม ซึ่งเป็นไปตามหลักการพื้นฐานที่มีชื่อเรียกว่า “หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล” อันถือเป็นหนึ่งในเงื่อนไขการฟ้องคดีที่สำคัญซึ่งเป็นที่ยอมรับมาโดยตลอดตามแนวคำวินิจฉัยของศาล⁷ หลักการนี้บังคับว่าศาลปกครองจะรับฟ้องได้ก็ต่อเมื่อข้อโต้แย้งที่พิพาทนั้นมีลักษณะเป็นการตัดสินใจโดยชัดแจ้งของฝ่ายปกครอง (une manifestation de volonté de l'administration) ในอันที่จะก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงในนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีเท่านั้น⁸ แต่หากยังไม่ได้มีการตัดสินใจของฝ่ายปกครองออกมา เช่น เป็นเพียงการสั่งการภายในฝ่ายปกครอง การให้คำแนะนำ การเตือน การขอความเห็น ก็ย่อมไม่สามารถนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบได้ เนื่องจากมาตรการเหล่านี้โดยหลักแล้วยังไม่ได้มุ่งบังคับใช้กับประชาชนโดยตรง แต่จะมีผลโดยอ้อมเท่านั้น แตกต่างกับคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการตัดสินใจใช้บังคับโดยตรงกับประชาชน⁹ กล่าวโดยสรุป มาตรการทางปกครองที่จะสามารถเป็นวัตถุแห่งคดีที่พิพาทต่อศาลปกครองได้จะต้องมีลักษณะเป็นการตัดสินใจให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่เท่านั้น (caractère décisoire)¹⁰ จึงถือได้ว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ศาลปกครองจะเข้ามาควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย¹¹ ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีเสนอคดีต่อศาลปกครองโดยไม่เคารพต่อหลักการดังกล่าว

⁶ Service-public.fr, Conditions de saisine du juge administratif, [Online], retrieved from <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2478> เมื่อ 13 กันยายน 2566.

⁷ หลักการดังกล่าวเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ความสัมพันธ์ในทางคดี” (liaison du contentieux), อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 2

⁸ Alix Perrin, Contentieux administratif, (Daloz, 2^e éd., 2021), p. 83.

⁹ ยงยุทธ อนุกุล, “สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติ และมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 91.

¹⁰ ในอดีต บางตำราจะเรียกว่ามีลักษณะการบังคับในทันที (caractère exécutoire) ซึ่งมีความหมายเดียวกัน ภายหลังหลักคิดดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไปเนื่องจากได้สร้างความสับสนในทางวิชาการ โปรดดู Bertrand Seiller, Droit administratif Tome 2. L'action administrative, (Champs université, 7^e éd., 2018), p. 133.

¹¹ ดังสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “point de décision préalable, point de saisine recevable” ซึ่งแปลโดยสรุปความหมายได้ว่า “การต้องมีการตัดสินใจของฝ่ายปกครองเสียก่อน เป็นฐานในการฟ้องคดีต่อศาล” โปรดดู Serge Daël, Contentieux administratif, (PUF, 3^e éd., 2010), p. 91.



โดยหลักแล้ว ศาลปกครองย่อมมีอำนาจที่จะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา (l'irrecevabilité de la requête)¹² เนื่องจากเป็นคำฟ้องที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขการฟ้องคดี¹³

ประโยชน์ที่เห็นได้อย่างชัดเจนของหลักการนี้ คือ

(1) การตัดสินใจของฝ่ายปกครองย่อมก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี (ordonnancement juridique) ในอันที่จะส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของผู้อยู่ในบังคับของนิติกรรม ดังกล่าวนั้นอย่างมีนัยสำคัญ (faire grief)¹⁴ ดังนั้น หากยังไม่มีมติตัดสินใจดังกล่าว นิติสัมพันธ์ของคู่กรณี จึงยังไม่อาจถือว่าได้รับผลกระทบอย่างแท้จริง ศาลปกครองจึงไม่สามารถที่จะเข้ามาเยียวยาความเสียหายที่ยังไม่เกิดขึ้นได้

(2) เป็นการให้ข้อมูลแก่ฝ่ายปกครองว่ามีความคับข้องใจหรือความขัดแย้งเกิดขึ้น และเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองได้แก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องนั้น ก่อนที่จะมีคดีมาฟ้องต่อศาลซึ่งต้องใช้ระยะเวลาในการพิจารณาพิพากษาเป็นเวลานานกว่าการดำเนินการของฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก¹⁵

(3) ในกรณีที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจปฏิเสธไม่ดำเนินการตามคำขอของผู้ร้อง ผู้ร้องก็จะได้ทราบเหตุผลในการปฏิเสธดังกล่าว เพื่อนำไปใช้ในการต่อสู้คดีในชั้นศาลต่อไป¹⁶

หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล เป็นหลักการที่มีประวัติความเป็นมาอย่างยาวนานสืบสวย้อนกลับไปได้ตั้งแต่สมัยที่ระบบกฎหมายปกครองอยู่ภายใต้ทฤษฎีที่ให้รัฐมนตรีทำหน้าที่ตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองแทนศาลยุติธรรม (la théorie du ministre - juge) ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างฝ่ายปกครองและศาลยุติธรรม

¹² Olivier Gohin, *Contentieux administratif*, (Litec, 4^e éd., 2005), pp. 201.

¹³ ในกรณีที่มีการฟ้องโต้แย้งการกระทำดังกล่าว ถึงแม้ว่าศาลจะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา แต่เมื่อศาลยังไม่ได้ตัดสินในเนื้อหาแห่งคดี เพราะฉะนั้น เมื่อต่อมาได้มีการฟ้องโต้แย้งคำสั่งที่ออกมาโดยอาศัยฐานของการกระทำดังกล่าว เช่น มีการออกคำสั่งทางปกครองโดยอาศัยฐานอ้างอิงมาจากแนวทางปฏิบัติ (les directives) และมีการฟ้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของแนวทางปฏิบัติดังกล่าวในเวลาเดียวกัน ศาลปกครองก็สามารถรับคดีไว้พิจารณาได้และเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของแนวทางปฏิบัติดังกล่าวได้ เนื่องจากเป็นหลักเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครองที่พิพาท การควบคุมตรวจสอบประเพณีนี้จะเรียกว่า voie d'exception หรือ exception d'illégalité ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี Min. Éducation nationale c/Épx Gentihomme ลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ. 1994, โปรดดู Mattias Guyomar et al., *Contentieux administratif*, (Daloz, 6^e éd., 2021), pp. 318-319.

¹⁴ Bertrand Seiller, *op. cit.*, pp. 129-131.

¹⁵ David Bailleul, *Le procès administratif*, (LGDJ, 1^{ère} éd., 2014), p. 61.

¹⁶ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 315-316.

(le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires)¹⁷ ดังนั้น การตัดสินใจของฝ่ายปกครอง (la décision administrative) ในกรณีนี้จึงมีสถานะเป็นคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น การโต้แย้งนิติกรรมดังกล่าวจึงมีสถานะเป็นการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุดขึ้นไป ถึงแม้ว่าภายหลังได้มีการยกเลิกทฤษฎีดังกล่าวโดยแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดี Cadot เมื่อปี ค.ศ. 1889¹⁸ ก็ตาม (ทำให้การตัดสินใจของฝ่ายปกครองมีสถานะเป็นเพียงนิติกรรมทางปกครอง ไม่ใช่คำพิพากษาของศาลปกครองอีกต่อไป) แต่สภาแห่งรัฐก็ยังคงยึดถือหลักว่าจะต้องมีการตัดสินใจของฝ่ายปกครองก่อนที่จะมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองเสมอ สภาแห่งรัฐได้รับรองหลักการดังกล่าว ถึงแม้ว่าจะไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร¹⁹ ต่อมา ได้มีการบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ ในมาตรา R. 421 - 1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง (le Code de justice administrative) ซึ่งล่าสุดได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐกฤษฎีกา เลขที่ 2016-180 ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ. 2016 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2017 ที่ได้บัญญัติว่า “การฟ้องคดีต่อศาลปกครองจะกระทำได้อีกแต่เฉพาะคำฟ้องที่ทูลโต้แย้งการตัดสินใจ (ให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่) (une décision) เท่านั้น (...)” หลักการดังกล่าวเรียกร้องให้บุคคลที่ประสงค์จะโต้แย้งการกระทำของฝ่ายปกครองต่อศาลปกครอง จะสามารถฟ้องคดีต่อศาลได้ก็ต่อเมื่อการกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง (une décision de l’administration) เท่านั้น หลักการดังกล่าวนำมาใช้กับคดีทุกประเภทในศาลปกครอง²⁰

¹⁷ ในการปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศส คณะปฏิวัติได้ตราบัญญัติ ลงวันที่ 16 และวันที่ 24 สิงหาคม ค.ศ. 1790 และรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 2 กันยายน ค.ศ. 1795 (16 fructidor an III) บัญญัติว่า ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมไม่สามารถแทรกแซงการบริหารกิจการของฝ่ายปกครองได้ ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของหลักการแบ่งแยกราชอำนาจระหว่างฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ โปรดดู Vie - publique, “Pourquoi existe-t-il une justice administrative ?,” [Online], retrieved from [https://www.vie-publique.fr/fiches/20284-justice-administrative-origines-role-et-specificites#:~:text=Sous%20la%20R%C3%A9volution%20\(loi%20des,des%20autorit%C3%A9s%20administratives%20et%20judiciaires](https://www.vie-publique.fr/fiches/20284-justice-administrative-origines-role-et-specificites#:~:text=Sous%20la%20R%C3%A9volution%20(loi%20des,des%20autorit%C3%A9s%20administratives%20et%20judiciaires) เมื่อ 19 สิงหาคม 2566.

¹⁸ คำพิพากษาของศาลฎีกา คดี Cadot ลงวันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ. 1889

¹⁹ Charles Debbasch et al., *Contentieux administratif*, (Dalloz, 8^e éd., 2001), p. 367.

²⁰ การแบ่งประเภทคดีปกครองในศาลปกครองอาจจำแนกตามแนวคำสอนของ Édouard Laferrière อดีตรองประธานสภาแห่งรัฐ นักกฎหมายมหาชนสำคัญของประเทศฝรั่งเศส ได้เป็นคดี 4 ประเภทที่สำคัญ ได้แก่ คดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (le contentieux de l’annulation) คดีที่ศาลปกครองมีอำนาจเต็ม (le contentieux de la pleine juridiction) คดีร้องขอให้ศาลตีความ (Le contentieux de l’interprétation) และคดีที่ศาลมีอำนาจลงโทษ (le contentieux de la répression) โปรดดู Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 122-123.

อย่างไรก็ตาม หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล ดูเหมือนจะถูกนำมาใช้อย่างเคร่งครัดกับคดีฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมากกว่าคดีที่ศาลปกครองมีอำนาจเต็ม ซึ่งโดยหลักแล้วจะต้องดำเนินการร้องขอให้ฝ่ายปกครองเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายก่อนที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง, โปรดดู Jacques Viguier, *Le Contentieux administratif*, (Dalloz, 1^{ère} éd., 1998), (มีต่อหน้าถัดไป)



อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวก็ได้มีข้อยกเว้นบางประการที่ไม่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไข เช่น กรณีที่เป็นเงื่อนไขที่อาจแก้ไขให้ถูกต้องสมบูรณ์ได้ในภายหลัง เช่น คดีพิพาทที่ขอให้รับผิดเป็นตัวแทน²¹ ซึ่งเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องในชั้นพิจารณาคดีของศาลตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา คดี Andry²² หรือเป็นกรณีที่มีข้อบกพร่อง แต่ภายหลังจากการได้มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีได้ต่อสู้ ในเนื้อหาของคดีโดยที่ไม่ได้ยกข้อบกพร่องตามหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครอง เสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล ขึ้นต่อสู้ในคำให้การแต่ประการใด ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา คดี Boussange²³ และยกเว้นไม่นำมาใช้ในกรณีที่ข้อพิพาทที่ฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายผู้ฟ้องคดี รวมถึง ในการร้องขอให้ศาลกำหนดวิธีการหรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาคดีและในกรณีจำเป็น เร่งด่วน²⁴ นอกจากนี้ ในอดีต ได้ยกเว้นหลักการดังกล่าวให้แก่คดีพิพาทอันเกี่ยวกับการโยธาสธารณะอีกด้วย เนื่องจากเป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดยกเว้นเอาไว้เป็นการเฉพาะ²⁵ ก่อนที่ข้อยกเว้นดังกล่าวจะถูกยกเลิก ในภายหลังโดยรัฐกฤษฎีกา เลขที่ 2016 - 1480 ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ. 2016²⁶

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยแล้วจะเห็นได้ว่า ความข้างต้นแสดงให้เห็นถึง วัตถุประสงค์ที่จะฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลพิพากษาสั่งให้เพิกถอนตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1)²⁷

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 20)

pp. 106-107. ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการศึกษา ในบทความนี้จะทำการศึกษาโดยเน้นไปที่คดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เพียงอย่างเดียว เนื่องจากเป็นแก่นของวิธีพิจารณาคดีปกครองที่จะทำให้เกิดความรู้ความเข้าใจหลักการพื้นฐาน ในภาพรวมได้อย่างชัดเจน

²¹ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, หน้า 5-6.

²² คำพิพากษาศาลฎีกา คดี Andry ลงวันที่ 8 กรกฎาคม ค.ศ. 1970

²³ คำพิพากษาศาลฎีกา คดี Boussange ลงวันที่ 6 ตุลาคม ค.ศ. 1971

²⁴ Jacques Viguer, *op. cit.*, p. 108.

²⁵ Charles Debbasch et al., *op. cit.*, p. 369.

²⁶ Alix Perrin, *op. cit.*, pp. 81-82.

²⁷ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 72 วรรคหนึ่ง “ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำสั่งบางอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่า หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)”

มาตรา 9 วรรคหนึ่ง “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบ ด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจ หน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้าง ขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ”

แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น จะต้องเป็น “กฎ” หรือ “คำสั่งทางปกครอง” ตามนิยามในมาตรา 5²⁸ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนั้น หากการกระทำใดไม่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระบุ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีโดยตรง เช่น การตอบข้อหารือให้ความเห็นในทางกฎหมาย การแจ้งข้อมูลให้ทราบ การให้คำแนะนำหรือข้อเสนอแนะ ย่อมไม่อาจถือว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้²⁹ ผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่ผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542³⁰

ภายใต้หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล หากมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองทั้งที่ฝ่ายปกครองยังไม่ได้มีการตัดสินใจเพื่่มุ่งก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีแล้ว ศาลปกครองฝรั่งเศสจะปฏิเสธไม่ควบคุมตรวจสอบการกระทำที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีสภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าการเคร่งครัดกับหลักการดังกล่าวมากจนเกินไปอาจนำมาซึ่งความไม่เป็นธรรมได้ สภาแห่งรัฐจึงได้เริ่มทำการผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนทีละน้อย ซึ่งจะได้อธิบายต่อไปในส่วนที่ 2 ของบทความนี้

²⁸ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 5 “ในพระราชบัญญัตินี้ (...)

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า (1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระบุ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ (2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ”

²⁹ ฤทัยรัตน์ ปทุมานนท์, “หลักการพิจารณาเงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร ปีที่ 8 ฉบับที่ 1, 2558, หน้า 15-16.

³⁰ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 42 วรรคหนึ่ง “ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง”



ส่วนที่ 2 การปฏิเสธไม่ควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองที่ยังไม่ก่อผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ (les actes non décisives) และการผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักกว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาลที่ละน้อยโดยสภาแห่งรัฐ

จากการศึกษาพบว่า “การกระทำที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง” อาจมีลักษณะที่แตกต่างกัน โดยจำแนกได้เป็น 10 รูปแบบ³¹ ดังต่อไปนี้

- 2.1 หนังสือเวียน (les circulaires)
- 2.2 การแนะแนว แนวปฏิบัติ (les directives, les lignes directrices, les orientations)
- 2.3 มาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กร (les mesures d'ordre intérieur)
- 2.4 การเตรียมการ (les actes préparatoires/les mesure préparatoires)
- 2.5 การให้ความเห็น (les avis)
- 2.6 เอกสารต้นแบบ (les documents types)
- 2.7 การขอความร่วมมือ การแสดงความคาดหวัง หรือความปรารถนา (les vœux)
- 2.8 การให้ข้อมูล (les renseignements)
- 2.9 การแจ้งเตือนเพื่อให้ปฏิบัติตาม (les mesures postérieurs aux décisions)
- 2.10 การกระทำที่มีสภาพบังคับทางกฎหมายอย่างอ่อน (les actes de droit souple)

2.1 หนังสือเวียน (les circulaires)

หนังสือเวียน หมายถึง ข้อกำหนดที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปที่หัวหน้าหน่วยงานออกหรือกำหนดให้แก่เจ้าหน้าที่ที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของตนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการตีความและการบังคับใช้

³¹ การกระทำที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจของฝ่ายปกครองมีมากกว่า 10 รูปแบบ เช่น หนังสือรับรองหรือหนังสืออ้างอิง (les documents de référence) เอกสารที่กำหนดเป้าหมายและผลที่คาดว่าจะได้รับของโครงการ (les documents prévisionnels) เช่น แผนเศรษฐกิจแห่งชาติ (โปรดดู Didier Truchet, *Droit administratif*, (Puf, 7^e éd., 2017), pp. 310-311.) คำแถลงการณ์ (les actes déclaratifs) การกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดผลแต่อย่างใด (les actes superfétatoire) หรือมาตรการให้ความช่วยเหลือโดยแท้แต่ไม่มีกฎหมายหรือระเบียบรองรับ (les mesures purement gracieuses) (Serge Daël, *op. cit.*, pp. 96-99. Et Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 328) แต่ในบทความนี้จะทำการศึกษาเพียง 10 รูปแบบเท่านั้น โดยผู้เขียนเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษาให้ครบถ้วนเนื่องจากระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมีความละเอียดซับซ้อน และมีความคลุมเครือเป็นอย่างมาก ทั้งตำรากฎหมายปกครองและกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฝรั่งเศสก็ได้มีการอธิบายและการจัดประเภทที่แตกต่างกันออกไปตามแต่ความเห็นทางกฎหมายของผู้เขียนตำรากฎหมายของประเทศฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม เพื่อจัดความยุ่งยากซับซ้อนดังกล่าว ในภายหลังสภาแห่งรัฐจึงได้วางแนวคำวินิจฉัยที่สำคัญโดยเฉพาะในคดี GISTI (ค.ศ. 2020) โดยวางหลักการพื้นฐานในการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจก่อผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ในภาพรวมอย่างชัดเจน ซึ่งจะได้นำกล่าวต่อไปในส่วนที่ 3 ของบทความนี้

รัฐบัญญัติและกฎข้อบังคับ³² ปฏิบัติตาม โดยหนังสือเวียนนั้นอาจมีชื่อเรียกแตกต่างกันไปได้ เช่น บันทึกการปฏิบัติงาน (le note de service) หรือข้อปฏิบัติ (l'instruction) โดยหลักแล้วหนังสือเวียนมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการอธิบาย (expliciter) ขยายความ (commenter) ตีความ (interpréter) และระบุชี้ชัด (préciser) กฎหมายและระเบียบต่าง ๆ ที่จะใช้ปรับกับข้อเท็จจริงโดยฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้ แต่เดิมนักกฎหมายฝรั่งเศสจึงถือว่าหนังสือเวียนไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจในอันที่จะส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคลภายนอก³³ เป็นเพียงการกระทำภายในที่จะใช้กันเฉพาะเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานเพื่อให้ปฏิบัติตามโดยอาศัยการเคารพเชื่อฟังตามสายงานบังคับบัญชาเท่านั้น ไม่ได้มีผลกระทบใด ๆ ต่อประชาชน ซึ่งโดยปกติไม่ได้รับรู้ถึงเนื้อหาของหนังสือเวียนดังกล่าว จึงไม่สามารถนำมาฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนได้³⁴

ในทางดาราได้แบ่งประเภทหนังสือเวียนออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ หนังสือเวียนที่ไม่มีลักษณะเป็นการออกกฎ (les circulaires non réglementaires) และหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการออกกฎ (les circulaires réglementaires)³⁵

2.1.1 หนังสือเวียนที่ไม่มีลักษณะเป็นการออกกฎ (les circulaires non réglementaires)

หนังสือเวียนที่ไม่มีลักษณะเป็นการออกกฎ ได้แก่ หนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการตีความกฎหมาย (les circulaires interprétatives) หนังสือเวียนประเภทนี้มีลักษณะเป็นการอธิบายการใช้ หรือการตีความกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระดับรัฐบัญญัติหรือรัฐกฤษฎีกา หนังสือเวียนประเภทนี้เป็นหนังสือเวียนที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อสิทธิของผู้ใด เนื่องจากเป็นเพียงการอธิบายหรือตีความกฎหมายให้ชัดเจนขึ้นเท่านั้น ดังนั้น หนังสือเวียนประเภทนี้จึงไม่มีสภาพบังคับ (les circulaires non impératives)³⁶ และไม่อาจนำมาฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนได้

2.1.2 หนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการออกกฎ (les circulaires réglementaires)

โดยหลักแล้ว หนังสือเวียนมีวัตถุประสงค์หลักในการส่งเสริมการใช้และการตีความกฎหมายเท่านั้น อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า ในบางกรณีเนื้อหาในหนังสือเวียนได้เลยพ้นไปจากการตีความกฎหมายและได้กลายเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นใหม่ หนังสือเวียนประเภทนี้

³² ยงยุทธ อนุกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, หน้า 94.

³³ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 143.

³⁴ อย่างไรก็ตาม ต่อมา ได้มีการตรารัฐบัญญัติ ลงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1987 กำหนดให้มีการประกาศหนังสือเวียนให้สาธารณชนทราบด้วย, โปรดดู สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 'หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส' (รายงานการวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง, ตุลาคม 2545) หน้า 89-90.

³⁵ Jacques Viguer, *op. cit.*, pp. 106-107.

³⁶ Serge Daël, *op. cit.*, p. 94.



มีลักษณะเป็นการตัดสินใจและมีสภาพบังคับ (caractère impérative)³⁷ เกิดขึ้นในความเป็นจริง³⁸ ตามนัยคำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Institution Notre-Dame du Kreisker³⁹ และคดี Mme Duvignères⁴⁰ ดังนั้น หนังสือเวียนประเภทนี้ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อสิทธิของผู้เสียหายอันเป็นเหตุให้นำมาฟ้องเป็นคดีขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ (recevabilité) ทั้งนี้ ส่วนใหญ่แล้วศาลปกครองมักจะเพิกถอนหนังสือเวียนประเภทดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่าหน่วยงานทางปกครองผู้ออกหนังสือเวียนที่พิพาทไม่ใช่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจ (incompétence) ในการออกกฎ⁴¹ ทั้งนี้ ตามคำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Da Silva et C.F.D.T.⁴²

การแบ่งประเภทของหนังสือเวียนดังกล่าวเป็นที่ยึดถือกันมาในทางตำรา และในแนวคำพิพากษาของศาลาแห่งรัฐมาเป็นเวลายาวนาน จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2002 ศาลาแห่งรัฐได้มีคำพิพากษาคดี Mme Duvignères⁴³ วางหลักว่าหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการออกคำสั่ง (le caractère impératif) สามารถนำมาฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนได้⁴⁴ คำพิพากษาในคดีนี้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงการยกเลิกเกณฑ์การพิจารณาหนังสือเวียนตามหลักเดิม (กล่าวคือ หนังสือเวียนที่ไม่มีลักษณะเป็นการออกกฎ และหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการออกกฎ) แต่มุ่งไปศึกษาถึงสาระสำคัญของหนังสือเวียนว่า เป็นการออกคำสั่งหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ศาลาแห่งรัฐไม่ได้สนใจว่าหนังสือเวียนนั้นมี “รูปแบบ” อย่างไร แต่มุ่งพิจารณาว่า “เนื้อหา” สาระของหนังสือเวียนนั้นก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อสิทธิของผู้เสียหายหรือไม่ก็เพียงพอแล้วสำหรับการรับคำฟ้องดังกล่าวไว้พิจารณา⁴⁵

³⁷ องค์ประกอบเรื่องการมีสภาพบังคับ (caractère impérative) เป็นองค์ประกอบที่มีความสำคัญ และจะถูกหยิบยกขึ้นพิจารณาอีกครั้งในส่วนที่ 3.1 ของบทความนี้

³⁸ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 318., et Gilles Lebreton, *Droit administratif*, (Daloz, 11^e éd., 2021), pp. 115-119.

³⁹ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Institution Notre-Dame du Kreisker ลงวันที่ 29 มกราคม ค.ศ. 1954

⁴⁰ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Mme Duvignères ลงวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 2002

⁴¹ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 34*, หน้า 90.

⁴² คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Da Silva et C.F.D.T. ลงวันที่ 13 มกราคม ค.ศ. 1975

⁴³ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Mme Duvignères ลงวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 2002

⁴⁴ Didier Truchet, *op. cit.*, p. 308.

⁴⁵ Gustave Peiser, *Contentieux administratif*, (Daloz, 16^e éd., 2014), p. 219., Alix Perrin, *op. cit.*, pp. 109-110., et Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 318.

2.2 แนวปฏิบัติ (les directives⁴⁶, les lignes directrices)

แนวปฏิบัติ หมายถึง มาตรการที่ฝ่ายปกครองกำหนดเป็นหลักการหรือแนวทางล่วงหน้าในเรื่องที่ตนมีดุลพินิจ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการที่ฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยเฉพาะรายต่อไป ทั้งนี้ เพื่อช่วยในการปฏิบัติงานของตนและเพื่อหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการใช้อำนาจที่ลักลั่นกัน⁴⁷ แนวปฏิบัติจึงเป็นการใช้อำนาจบังคับบัญชาของฝ่ายปกครอง (une autorité hiérarchiquement supérieure) ต่อผู้ใต้บังคับบัญชา (les services subordonnés) เพื่อให้ประชาชนผู้รับบริการสาธารณะได้รับหลักประกันว่าฝ่ายปกครองจะมีการออกคำสั่งเฉพาะเรื่องเฉพาะรายอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ⁴⁸ การออกแนวปฏิบัติของฝ่ายปกครองมีประโยชน์เป็นอย่างมากในการกำหนดกรอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐ การบริหารจัดการที่ดิน และกิจการด้านสังคม⁴⁹ กรอบการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวจึงเป็นการลดความเสี่ยงในการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการตามอำเภอใจหรือว่าปฏิบัติหน้าที่แล้วขัดกันเอง ดังนั้น แนวปฏิบัติของฝ่ายปกครองจึงไม่ได้มีลักษณะเป็นการออกกฎแต่เป็นการแนะนำแนวทางที่พึงปฏิบัติแก่เจ้าหน้าที่ผู้ใต้บังคับบัญชาเท่านั้น โดยหลักแล้วจึงไม่อาจถือได้ว่ากระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน⁵⁰

ในประเด็นปัญหาดังกล่าว สภาแห่งรัฐได้เคยมีแนวคำพิพากษาในคดี *Crédit foncier de France (CFC)*⁵¹ ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วางหลักว่า แนวปฏิบัติเป็นเรื่องของการกำหนดแนวทางทั่วไปในการปฏิบัติ แต่ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการพิจารณาออกคำสั่งนั้นจะต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี กล่าวคือ แนวปฏิบัติไม่ได้มีผลเป็นการตัดอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด⁵² แม้ว่าโดยหลักแล้ว แนวปฏิบัติจะเป็นเรื่องที่ใช้บังคับภายในฝ่ายปกครองก็ตาม แต่แนวปฏิบัติเดียวกันนี้อาจส่งผลกระทบต่อประชาชนในทางอ้อมได้เช่นกัน กล่าวคือในกรณีที่ฝ่ายปกครองได้นำแนวปฏิบัตินั้นมาใช้เป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น ผู้ที่ได้รับ

⁴⁶ พึงระมัดระวังเสมอว่า les directives ในความหมายดังกล่าว ไม่ใช่ la directive ตามความหมายในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่หมายถึงข้อกำหนดของสหภาพยุโรป (la directive de l'Union européenne) โปรดดู Didier Truchet, *op. cit.*, p. 309.

⁴⁷ ยงยุทธ อนุกุล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, หน้า 109-110.

⁴⁸ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 318-319.

⁴⁹ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 147.

⁵⁰ Didier Truchet, *op. cit.*, p. 309.

⁵¹ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี *Crédit foncier de France* ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1970

⁵² Gilles Lebreton, *op. cit.*, pp. 120-123., Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 318-319., Gustave Peiser, *op. cit.*, p. 219.

ผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยอาศัยแนวปฏิบัติดังกล่าว ย่อมมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง⁵³ โดยอาจหยิบยกแนวปฏิบัติดังกล่าวมาใช้ประกอบในข้ออ้างหรือข้อโต้แย้งของตนได้ เช่น ข้ออ้างที่ว่า ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามแนวปฏิบัตินั้น หรือเป็นข้ออ้างที่ว่าแนวปฏิบัตินั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น นอกจากนี้ เมื่อศาลปกครองเห็นว่าแนวปฏิบัติอาจก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายบางอย่าง กล่าวคือ ในกรณีที่ ฝ่ายปกครองปฏิเสธไม่ยอมปฏิบัติตามต่อประชาชนรายใดตามแนวปฏิบัติทั้งที่บุคคลนั้นเข้าเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ ก็ย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย⁵⁴

2.3 มาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กร (les mesures d'ordre intérieur)

มาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กร หมายถึง มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การดำเนินการภายในองค์กรดำเนินไปด้วยความเป็นระเบียบเรียบร้อย และเพื่อให้ บุคคลในองค์กรเคารพและรักษาวินัยภายในองค์กรนั้น⁵⁵ ตัวอย่างเช่น คำสั่งที่เจ้าหน้าที่หรือองค์กร ฝ่ายปกครองสั่งการแก่เจ้าหน้าที่ผู้ใต้บังคับบัญชาของตน (instructions particulières de service) มาตรการที่ใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่และผู้ให้บริการ เช่น คำสั่งของผู้บริหารโรงเรียนที่สั่งห้ามนักเรียน มิให้ติดเครื่องหมายหรือแต่งกายโดยเครื่องแต่งกายอย่างหนึ่งอย่างใดไปโรงเรียน หรือมาตรการที่มีผล ใช้บังคับเป็นการเฉพาะราย (certaines mesures individuelles) ซึ่งมีลักษณะเฉพาะตัวและมีลักษณะ เป็นการดำเนินการทางวินัยที่เกี่ยวข้องกับข้าราชการ ผู้ให้บริการ หรือผู้รับจ้างจัดหาพัสดุให้แก่ฝ่ายปกครอง และมาตรการภายในต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับทหาร เช่น คำสั่งลงโทษในกรณีที่ไม่มีผลกระทบต่อสภาพ ของผู้ถูกลงโทษ เช่น การอนุญาต (permissions) ให้เข้าไปในโรงพยาบาล เป็นต้น⁵⁶ ซึ่งในทางคดีปกครองนั้น ถือว่ามาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กรเป็นเพียงเรื่องเล็กน้อย และไม่สมควรที่จะให้เรื่องเล็กน้อย เหล่านี้ ล้นเข้ามาสู่การพิจารณาดีของศาลปกครอง นอกจากนี้ มาตรการดังกล่าวโดยหลักแล้วถือว่าเป็นเรื่อง ที่ใช้บังคับกันเองภายในองค์กรฝ่ายปกครอง จึงไม่ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อสิทธิของประชาชน ตามคำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Riollot⁵⁷ และคดี Géniteau⁵⁸ จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นวัตถุประสงค์แห่งการควบคุม ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง⁵⁹

⁵³ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 147-148. และ Jacques Viguier, *op. cit.*, p. 107. และโปรดดู เทคนิคการควบคุมตรวจสอบที่เรียกว่า voie d'exception หรือ exception d'illégalité ในเชิงอรรถที่ 13.

⁵⁴ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 147-148.

⁵⁵ มาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กร (les mesure d'ordre intérieur) มีหลายรูปแบบ โดยในความหมายอย่างกว้างจะเรียกว่า คำสั่งภายในของฝ่ายปกครอง (l'ordre intérieur des services publics) มีความหมายถึง หนังสือเวียนตามส่วนที่ 2.1 และแนวปฏิบัติตามส่วนที่ 2.2 ด้วย (โปรดดู Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 318-319.)

⁵⁶ ยงยุทธ อนุกุล, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 9, หน้า 122-123.

⁵⁷ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Riollot ลงวันที่ 8 มีนาคม ค.ศ. 1993

⁵⁸ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Géniteau ลงวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1995

⁵⁹ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 326. และ Jacques Viguier, *op. cit.*, p. 107.

อย่างไรก็ตาม มาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กรนั้นถือเป็นส่วนหนึ่งในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการรักษาความสงบเรียบร้อย (la police administrative) จึงอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพอย่างมีนัยสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในองค์กรประเภทสถานศึกษา ทัศนสถาน และค่ายทหาร⁶⁰ ซึ่งแต่เดิมสภาแห่งรัฐได้ปฏิเสธไม่รับฟ้องในกรณีที่มีการฟ้องโต้แย้งมาตรการดังกล่าว เช่น คำสั่งปฏิเสธคำร้องขอให้มีการไต่สวน คำสั่งลงโทษนักเรียนในสถานศึกษา แต่ต่อมาสภาแห่งรัฐได้เปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาในภายหลังเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนมากขึ้น⁶¹ หลักคิดส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากอิทธิพลของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน รวมทั้งแนวคำพิพากษาศาลยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่สนับสนุน ส่งเสริม และคุ้มครองให้ปัจเจกชนได้รับหลักประกันในการใช้สิทธิทางศาล

ในองค์กรประเภทสถานศึกษานั้น เคยมีคดีขึ้นสู่สภาแห่งรัฐ โดยวัตถุแห่งคดีที่พิพาทได้แก่ ระเบียบของโรงเรียนที่ห้ามไม่ให้นักเรียนหญิงสวมกางเกงภายในโรงเรียน ซึ่งแต่เดิมนั้นศาลปกครองพิจารณาว่าเป็นมาตรการภายในองค์กร ไม่สามารถนำมาฟ้องคดีขอให้ยกเลิกการกระทำได้ (ในคดี Chapou)⁶² แต่ต่อมาสภาแห่งรัฐก็ได้กลับแนวคำพิพากษาในคดี Kherouaa⁶³ โดยรับฟ้องคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งระเบียบของโรงเรียนที่ห้ามนักเรียนมุสลิมสวมผ้าโพกศีรษะหรือผ้าคลุมหน้าในชั้นเรียน⁶⁴

เช่นเดียวกับกรณีของสถานศึกษา ในกรณีของทัศนสถานและค่ายทหาร ก็เคยมีคดีขึ้นสู่การพิจารณาของสภาแห่งรัฐ ซึ่งสภาแห่งรัฐเคยปฏิเสธไม่ตรวจสอบมาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในทัศนสถานและค่ายทหารในคดี Dewavrin⁶⁵ และคดี Caillot⁶⁶ ตามลำดับ⁶⁷ แต่ต่อมาสภาแห่งรัฐได้กลับแนวคำพิพากษาดังกล่าวในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Hardouin et Marie⁶⁸ ซึ่งเป็นคดีที่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลงโทษทหารโดยกำหนดโทษกักขังเป็นเวลา 10 วัน เนื่องจากสภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อสิทธิในทางมหาชนของทหารผู้นั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การจำกัดสิทธิในการเดินทาง (ซึ่งเป็นสิทธิในรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส) คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นการสร้างความเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี เมื่อพิจารณาถึงสภาพและความร้ายแรงของคำสั่งดังกล่าว สภาแห่งรัฐจึงรับเรื่องนี้ไว้พิจารณา

⁶⁰ Georges Dupuis et al., *op. cit.*, p. 620.

⁶¹ Serge Daël, *op. cit.*, p. 98.

⁶² คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Chapou ลงวันที่ 20 ตุลาคม ค.ศ. 1954

⁶³ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Kherouaa ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ. 1992

⁶⁴ Gilles Lebreton, *op. cit.*, pp. 126-127., et Gustave Peiser, *Droit administratif général*, (Daloz, 26^e éd., 2014), p. 63.

⁶⁵ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Dewavrin ลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1947

⁶⁶ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Caillot ลงวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1984

⁶⁷ Marceau Long et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, (Daloz, 23^e éd., 2021), p. 655.

⁶⁸ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (ประชุมใหญ่) คดี Hardouin et Marie ลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995

คำพิพากษาคดีนี้มีความสำคัญเป็นอย่างมากเนื่องจากได้ทำการจำกัดขอบเขตของมาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กรที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจศาล โดยจะต้องมี 3 องค์ประกอบ ดังนี้ (1) เป็นมาตรการที่มีลักษณะไม่กระทบต่อสิทธิ (nature non liberticide) (2) ไม่สร้างความเสียหายอย่างร้ายแรง (faible gravité) และ (3) ไม่ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในนิติสัมพันธ์ของคู่กรณีในภายหลัง (absence de conséquences juridiques ultérieures) หากมาตรการดังกล่าวฝ่าฝืนต่อเงื่อนไขข้างต้น ย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นมาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กร⁶⁹ ตัวอย่างของมาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กรที่ยังคงอยู่ภายในองค์ประกอบดังกล่าว ได้แก่ คำสั่งให้ทนายยุติการติดต่อกับสื่อมวลชน⁷⁰ มาตรการควบคุมอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ของผู้ต้องขัง⁷¹ ซึ่งไม่สามารถนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนมาตรการดังกล่าวได้⁷²

อย่างไรก็ดี มีบางกรณีที่สภาแห่งรัฐยังถือว่าเป็นมาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กรแต่เข้าลักษณะบางประการที่ทำให้สามารถรับคดีไว้พิจารณาได้ เช่น คำพิพากษาศาษาแห่งรัฐคดี Madame Bourjolly⁷³ ที่สภาแห่งรัฐเห็นว่ามาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กรที่พิพาทมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ (une discrimination) ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องที่มีความร้ายแรงถึงขนาดที่ทำให้สภาแห่งรัฐรับคดีไว้พิจารณาได้⁷⁴

2.4 การเตรียมการ (les actes préparatoires/les mesure préparatoires)

ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะออกกฎหมายหรือออกคำสั่งทางปกครอง โดยปกติแล้วจะมีขั้นตอนภายในของฝ่ายปกครอง อันเป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อความรอบคอบรัดกุมและประกันสิทธิของประชาชนในการมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง เช่น การส่งเอกสาร การจัดทำรายงาน การศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน เป็นต้น โดยหลักแล้วขั้นตอนต่าง ๆ ถือเป็นเพียงการบริหารจัดการภายในองค์กร เป็นเรื่องเล็กน้อยและไม่ได้มีผลประการใดต่อผู้เกี่ยวข้อง จึงไม่ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดี ศาลย่อมไม่อาจรับฟ้องคดีดังกล่าวได้ แต่ศาลจะถือว่าขั้นตอนเหล่านั้นเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบของความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง หากมีข้อบกพร่องในขั้นตอนหนึ่งขั้นตอนใดแล้ว อันเป็นรูปแบบหรือขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญในกระบวนการพิจารณาทางปกครองอาจส่งผลให้นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากเหตุภายนอกได้⁷⁵

⁶⁹ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 679.

⁷⁰ คำพิพากษาศาษาแห่งรัฐ คดี Jean-Hugues A ลงวันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ. 2006

⁷¹ คำพิพากษาศาษาแห่งรัฐ คดี Dos Santos Pedro ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน ค.ศ. 2015

⁷² Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 679.

⁷³ คำพิพากษาศาษาแห่งรัฐ คดี Madame Bourjolly ลงวันที่ 25 กันยายน ค.ศ. 2015

⁷⁴ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 142.

⁷⁵ Bertrand Seiller, *Droit administratif Tome 1. Les sources et le juge*, (Champs université, 7^e éd., 2018), pp. 193-195.

อนึ่ง การเตรียมการบางอย่างอาจถือได้ว่ามีลักษณะเป็นการตัดสินใจ (décisoire) ของฝ่ายปกครอง เช่น การตัดสินใจเปิดหรือไม่เปิดให้มีการไต่สวนสาธารณะ (l'enquête publique) ในคดีปกครองเกี่ยวกับการเวนคืนที่ดิน (la décision d'utilité publique) แต่ยังไม่อาจถือว่าเป็นการกระทำที่อาจนำมาฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ เนื่องจากกรณีดังกล่าวยังไม่อาจทราบได้ว่าจะมีผลลัพธ์จากการดำเนินการอย่างไร ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงแห่งนิติสัมพันธ์ของคู่กรณีหรือไม่ และในท้ายที่สุดยังไม่อาจรับประกันได้ว่าจะมีการออกนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครองในภายหลังหรือไม่ และหรือหากมีการออกนิติกรรมทางปกครองในภายหลังการไต่สวนสาธารณะแล้วเสร็จ ก็ยังไม่อาจทราบได้ว่านิติกรรมของฝ่ายปกครองจะออกมาในลักษณะอย่างไร

อย่างไรก็ดี การเตรียมการอาจถูกโต้แย้งในภายหลังได้เสมอเมื่อมีการออกนิติกรรมทางปกครองที่ผ่านกระบวนการเตรียมการที่พิพาทแล้ว โดยคู่กรณีจะต้องรอนกว่าจะมีการกระทำสุดท้ายที่มีลักษณะเป็นการสิ้นสุดกระบวนการทางปกครองทั้งหมด (clôt le processus) ตามนัยคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Cne Évreux⁷⁶ จึงจะเป็นวัตถุแห่งคดีที่สามารถนำมาฟ้องคดีได้ เพราะเมื่อมีการกระทำสุดท้ายที่มีลักษณะเป็นการปิดกระบวนการทางปกครองทั้งหมดก็ย่อมเท่ากับว่าฝ่ายปกครองได้ตัดสินใจก่อผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของผู้รับคำสั่งในลักษณะใดลักษณะหนึ่งแล้ว ซึ่งคู่กรณีสามารถโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวโดยหยิบยกความบกพร่องในกระบวนการเตรียมการก่อนออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองมาเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่พิพาทได้ ในแง่นี้ย่อมเท่ากับว่าศาลปกครองสามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการเตรียมการได้นั่นเอง⁷⁷

นอกเหนือไปจากการขอให้มีการกระทำสุดท้ายที่มีลักษณะเป็นการสิ้นสุดกระบวนการทางปกครองทั้งหมดตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังมีกรณีที่ศาลปกครองอาจรับคำฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการเตรียมการไว้พิจารณา ได้แก่ การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการเตรียมการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของศาลปกครองโดยการเสนอคดีผ่านผู้ว่าราชการจังหวัด⁷⁸

⁷⁶ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Cne Évreux ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1998

⁷⁷ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 325-326.

⁷⁸ ในประเทศฝรั่งเศส ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นที่มีเขตอำนาจเพื่อขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เรียกว่า un déferé préfectoral โดยอำนาจดังกล่าวมีฐานมาจากรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1982 ซึ่งเป็นกฎหมายปกครองที่สำคัญของประเทศไทยในช่วงที่มีการปฏิรูประบบกฎหมายปกครอง กฎหมายฉบับนี้เข้ามาแก้ไขปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างการบริหารราชการส่วนภูมิภาคและการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นที่มีการวิจารณ์ว่าผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจมากเกินไปจนขัดต่อหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กฎหมายฉบับนี้ได้เปลี่ยนบทบาทของผู้ว่าราชการจังหวัดอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ แต่เดิมผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ด้วยตนเอง ต่อมา รัฐบัญญัติฉบับนี้ได้เปลี่ยนแปลงอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นเพียง (มีต่อหน้าถัดไป)



ตามนัยคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux⁷⁹ ศาลแห่งรัฐวินิจฉัยว่า ถึงแม้ว่าจะเป็นเพียงขั้นตอนเตรียมการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่ผู้ว่าราชการจังหวัดก็มีอำนาจที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ หากเห็นว่าการเตรียมการดังกล่าวมีลักษณะเป็นการลงมติโดยองค์กรกลุ่ม⁸⁰ นอกจากนี้ การปฏิเสธไม่ดำเนินการเตรียมการถือเป็นการปฏิเสธไม่ออกนิติกรรมทางปกครองด้วยเช่นกัน ตามแนวคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Tinez et autres⁸¹ ซึ่งศาลแห่งรัฐวินิจฉัยว่าการปฏิเสธไม่ดำเนินการกระบวนการสอบสวนทางวินัยมีลักษณะเป็นการตัดสินใจของฝ่ายปกครองที่กระทบต่อสิทธิหน้าที่ของคู่กรณีแล้ว⁸² รวมถึงกรณีที่ยังอยู่ในขั้นตอนเตรียมการแต่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกระบวนการดังกล่าวมีความสำคัญเป็นอย่างมาก ศาลก็อาจรับไว้พิจารณาได้ ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นได้ไม่บ่อยนัก ดังที่พบในคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Région du Limousin⁸³ ซึ่งเป็นการฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของแผนพัฒนาชนบทซึ่งจัดทำโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยที่เสนอต่อคณะกรรมการการประชาคมยุโรป ด้านกองทุนสนับสนุนการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน โดยแผนดังกล่าวมีเนื้อหาสาระเป็นการจำกัดงบประมาณของภูมิภาคที่จะได้รับการจัดสรรจากประชาคมยุโรป ศาลแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า แม้แผนดังกล่าวจะอยู่ในขั้นตอนเตรียมการ แต่ก็ส่งผลกระทบต่อสิทธิของภูมิภาค Région du Limousin อย่างมีนัยสำคัญ ในอันที่จะรับคดีไว้พิจารณาได้แล้ว⁸⁴

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 78)

ผู้มีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้น เพื่อให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ปัจจุบันหลักการดังกล่าวปรากฏในประมวลกฎหมายกลางว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Code général des collectivités territoriales) มาตรา L. 2131-6 (กรณีเทศบาล (commune)) มาตรา L. 3132-1 (กรณีองค์การบริหารระดับจังหวัด (département)) และมาตรา L. 4142-1 (กรณีองค์การบริหารระดับมณฑล (region)), โปรดดู André Legrand et al., *Le droit public*, (La Documentation française, 2017), pp. 92-93.

รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1982 จึงเป็นกฎหมายพิเศษที่เปิดช่องให้ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้เสมอ ถึงแม้ว่ามติดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นเพียงการขอความร่วมมือที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจของฝ่ายปกครองในอันที่จะกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของคู่กรณีก็ตาม โดยเป็นข้อยกเว้นของหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล

⁷⁹ คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux ลงวันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 1996

⁸⁰ Marceau Long et al., *op. cit.*, pp. 64-65.

⁸¹ คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Tinez et autres ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 2007

⁸² Serge Daël, *op. cit.*, pp. 97-98.

⁸³ คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Région du Limousin ลงวันที่ 19 พฤษภาคม ค.ศ. 1999

⁸⁴ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 141.

2.5 การให้ความเห็น (les avis)

การให้ความเห็นเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีความหมายอย่างกว้าง ในบางกรณีเป็นเรื่องของการให้ความเห็นภายในฝ่ายปกครองด้วยตนเอง ไม่ว่าจะอยู่ในหน่วยงานเดียวกันหรือไม่ก็ตาม โดยหลักแล้ว การให้ความเห็นมักจะเป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการพิจารณาเพื่อจัดให้มีการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองในภายหลัง⁸⁵ แต่ก็มีบางกรณีที่เป็นการให้ความเห็นออกไปยังภายนอกฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นลักษณะเป็นการตีความกฎหมายหรือเป็นเพียงการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ประชาชน เช่น การประกาศเจตนารมณ์ (la déclaration d'intention) ของนายกรัฐมนตรี คำประกาศเจตนารมณ์ของคณะรัฐมนตรี การตอบข้อหารือของรัฐมนตรี หรือการให้ความเห็นระหว่างหน่วยงานก่อนที่จะมีการดำเนินโครงการร่วมกัน เป็นต้น

ตำรากฎหมายปกครองฝรั่งเศสของ Bertrand Seiller ได้จำแนกการให้ความเห็นของฝ่ายปกครองออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ (1) ความเห็นประกอบการพิจารณา (avis simple) (ที่ไม่มีสภาพบังคับผูกพันให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตาม) และ (2) ความเห็นที่ผูกพันให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตาม (avis conforme)⁸⁶

2.5.1 ความเห็นประกอบการพิจารณา (avis simple)

การให้ความเห็นของฝ่ายปกครองส่วนมากแล้วจะมีลักษณะเป็นการให้ความเห็นแบบทั่วไป ซึ่งในบางครั้ง ความเห็น ข้อเสนอแนะ หรือข้อเสนอทางเศรษฐกิจ ก็ได้กลายมาเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น ข้อเสนอแนะสำหรับผู้ส่งออกและนำเข้า (avis aux importateurs et exportateurs) ของรัฐมนตรีเศรษฐกิจ⁸⁷ แต่โดยหลักแล้ว ศาลปกครองฝรั่งเศสถือว่าความเห็นทั่วไปไม่ถือเป็นวัตถุแห่งการฟ้องคดีเนื่องจากฝ่ายปกครองไม่มีพันธะผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด ฝ่ายปกครองอาจจะปฏิบัติตามความเห็นดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ และหากปฏิบัติตาม ฝ่ายปกครองก็มีอิสระที่จะตัดสินใจให้แตกต่างออกไปในบางส่วนได้เช่นเดียวกัน ตามนัยคำพิพากษาศาลแห่งรัฐ คดี Syndicat des sylviculteurs du Sud - Ouest⁸⁸ ดังนั้น แม้ความเห็นดังกล่าวจะเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับคำสั่งทางปกครองที่ออกมาในภายหลังก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนความเห็นดังกล่าวได้ ส่วนในกรณีที่ฝ่ายปกครองได้ตัดสินใจแตกต่างออกไปจากความเห็นดังกล่าวอย่างเห็นได้ชัดในภายหลัง โดยหลักแล้วก็ไม่สามารถฟ้องขอให้ศาลปกครองเข้ามาควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้เช่นเดียวกัน เพียงแต่ในกรณีหลังอาจเป็นที่มา

⁸⁵ ซึ่งหากความเห็นนั้นได้กลายมาเป็นคำสั่งทางปกครองในภายหลังแล้ว การให้ความเห็นดังกล่าวอาจจำแนกให้อยู่ในประเภทเดียวกับการเตรียมการในข้อ 2.4 ได้เช่นเดียวกัน

⁸⁶ Bertrand Seiller, *op. cit.*, pp. 149-150.

⁸⁷ ยงยุทธ อนุกุล, *อ้าวแล้ว เจิงอรไรที่ 9*, หน้า 124.

⁸⁸ คำพิพากษาศาลแห่งรัฐ คดี Syndicat des sylviculteurs du Sud - Ouest ลงวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1990

ของเหตุแห่งการฟ้องคดีเพื่อขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นได้ แต่ก็ยังคงฟ้องขอเพิกถอนความเห็นดังกล่าวไม่ได้แต่อย่างใด⁸⁹

การโต้แย้งความเห็นของฝ่ายปกครองโดยหลักแล้วต้องรอให้ฝ่ายปกครองออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองโดยอาศัยฐานมาจากความเห็นนั้นเสียก่อนเหมือนในกรณีอื่นที่กล่าวมาก่อนหน้านี้ตามหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล⁹⁰ อย่างไรก็ตาม ความเห็นทั่วไปที่ไม่ได้มีสภาพบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม ก็อาจมีผลบังคับได้เช่นเดียวกันในบางกรณี เช่น การขอความเห็นของคณะรัฐมนตรีก่อนตรารัฐฤษฎีกาเป็นเงื่อนไขบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม กล่าวคือ แม้วาระรัฐมนตรีไม่มีหน้าที่ผูกพันต้องปฏิบัติตามความเห็นดังกล่าว แต่อย่างน้อยจะต้องดำเนินการขอความเห็นของคณะรัฐมนตรีเสียก่อน เพื่อให้การออกนิติกรรมทางปกครองมีความรอบคอบรัดกุม และยังเป็นการแจ้งให้หน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องทราบเพื่อความร่วมมือประสิทธิภาพในการบริหารจัดการประเทศต่อไป ดังนั้น หากมีการตรารัฐฤษฎีกาโดยไม่ขอความเห็นดังกล่าว ย่อมถือว่าเป็นข้อบกพร่องในขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ (vice de procédure) ที่ศาลปกครองมีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวได้⁹¹

2.5.2 ความเห็นที่ผูกพันให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตาม (avis conforme)

ถึงแม้ว่าชื่อของการกระทำของฝ่ายปกครองในส่วนนี้จะชื่อว่า “ความเห็น” (avis) ก็ตาม แต่การพิจารณาว่าการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการตัดสินใจหรือไม่นั้น ในทางกฎหมายจะไม่ได้คำนึงถึง “ชื่อ” ของการกระทำที่พิพาทนั้นเป็นสาระ แต่ต้องพิจารณาจากผลในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นรายกรณีไป ดังนั้น หากศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า การให้ความเห็นของฝ่ายปกครองมีสภาพบังคับในทางกฎหมายอย่างแท้จริงแล้ว ศาลปกครองก็อาจรับคดีฟ้องโต้แย้งการให้ความเห็นดังกล่าวไว้พิจารณาได้เสมอ

การให้ความเห็นที่ศาลปกครองถือว่ามีความผูกพันในทางกฎหมายปรากฏในกรณีที่การออกนิติกรรมทางปกครองมีองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องมากกว่าหนึ่งองค์กร กล่าวคือ (1) องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการออกนิติกรรมทางปกครอง และ (2) องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการให้ความเห็นหรือให้ความเห็นชอบแก่องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการออกนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งองค์กรประเภทหลังนี้เรียกว่า “องค์กรที่ปรึกษา” เพื่อให้การตัดสินใจขององค์กรประเภทแรกผ่านการพิจารณาร่วมกันหลายฝ่ายอย่างรอบคอบและมีประสิทธิภาพ โดยองค์กรหนึ่งจะใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดแต่เพียงองค์กรเดียวโดยปราศจากการกระทำขององค์กรอีกองค์กรหนึ่งไม่ได้ องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการออกนิติกรรมทางปกครอง

⁸⁹ Mattias Guyomar, *op. cit.*, pp. 319-320., et Jean-Claude Bonichot, *Les grands arrêts du contentieux administratif* (7^e éd., 2020), pp. 737-738.

⁹⁰ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 8

⁹¹ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 319-320.

ไม่สามารถออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองได้โดยปราศจากความเห็นหรือความเห็นชอบขององค์กรที่ปรึกษา ในขณะที่องค์กรที่ปรึกษายังไม่มีอำนาจริเริ่มได้เองในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองเช่นเดียวกัน ความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็น “การใช้อำนาจร่วมกัน” ในการดำเนินการทางปกครอง ก่อนที่จะมีการตัดสินใจในขั้นตอนสุดท้าย

ประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณา คือ การให้ความเห็นขององค์กรที่ปรึกษานี้มีสถานะในทางกฎหมายอย่างไร หากคู่กรณีเห็นว่า ความเห็นขององค์กรที่ปรึกษาได้สร้างความเดือดร้อนเสียหายแล้ว คู่กรณีจะนำความเห็นดังกล่าวมาฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนความเห็นนี้ได้หรือไม่ อย่างไร ซึ่งปัญหานี้อาจศึกษาโดยจำแนกความเห็นขององค์กรที่ปรึกษาออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

(1) ความเห็นในเชิงปฏิฐาน (positif)

กรณีนี้ ฝ่ายปกครองผู้ขอความเห็นจะต้องดำเนินการตามความเห็นหรือยุติไม่ดำเนินการต่อไปเท่านั้น จะดำเนินการต่อไปในทางที่แตกต่างไปจากความเห็นที่ได้รับไม่ได้ มิฉะนั้นแล้ว การดังกล่าวย่อมบกพร่องในเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนในภายหลังได้⁹² ในอดีตสภาแห่งรัฐยังไม่ยอมรับฟ้องโต้แย้งความเห็นของฝ่ายปกครอง (คดี Sri⁹³) แต่ต่อมาสภาแห่งรัฐได้กลับแนวคำพิพากษาในคดี Mlle Richaude⁹⁴ โดยศาลเห็นว่าความเห็นในเชิงปฏิฐานนี้มีสภาพบังคับต่อการตัดสินใจของฝ่ายปกครองอย่างแท้จริง⁹⁵ ตัวอย่างสำคัญที่สภาแห่งรัฐยอมรับว่าเป็นความเห็นที่กระทบต่อสิทธิ คือ การพิจารณาทางปกครองในคดีวินัย เช่น คดี Ville de Toulouse c/Mme Jourquet⁹⁶ ในกรณีที่คณะกรรมการวินัยจังหวัดให้ความเห็นเกี่ยวกับโทษทางวินัยข้าราชการจังหวัดเป็นต้น⁹⁷ และคดี Assistance publique - Hôpitaux de Paris⁹⁸ ในการให้ความเห็นเกี่ยวกับโทษทางวินัย

⁹² การปฏิเสธไม่ดำเนินการตามความเห็นดังกล่าวอาจนำมาซึ่งความบกพร่องในความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองซึ่งอาจส่งผลทำให้การดังกล่าวถูกศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนได้ในภายหลัง ดังตัวอย่างในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ คดี Titran ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 2001 กรณีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมออกกฎกระทรวง 2 ฉบับ โดยไม่เป็นไปตามความเห็นของคณะกรรมการข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และเสรีภาพแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญที่ 78 - 17 ลงวันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 1978 ว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (le droit à l'information) โปรตดู อานันท์ กระบวนศรี, “การผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (L'atténuation de l'effet rétroactif de l'annulation des actes administratifs) ในประเทศฝรั่งเศส,” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 23 ฉบับที่ 1, 2566, หน้า 29-34.

⁹³ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Sri ลงวันที่ 6 มิถุนายน ค.ศ. 1986

⁹⁴ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Mlle Richaude ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1999

⁹⁵ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 149.

⁹⁶ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Ville de Toulouse c/Mme Jourquet ลงวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1994

⁹⁷ Serge Daël, *op. cit.*, p. 95.

⁹⁸ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Assistance publique - Hôpitaux de Paris ลงวันที่ 26 พฤศจิกายน

ข้าราชการสถานพยาบาล ซึ่งการให้ความเห็นทั้งสองกรณีล้วนแล้วแต่เป็นกรณีที่มีสภาพบังคับอย่างแท้จริง เพราะนอกจากฝ่ายปกครองจะไม่สามารถดำเนินการเป็นอย่างอื่นได้แล้ว ก็ยังไม่สามารถยุติกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้เองอีกด้วย⁹⁹

(2) ความเห็นในเชิงปฏิเสธ (négatif)

กรณีนี้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ยุติการดำเนินการดังกล่าว ในกรณีที่เป็นการให้ความเห็นในเชิงปฏิเสธ (négatif) กล่าวคือ ส่งผลให้ฝ่ายปกครองยุติการดำเนินการใด ๆ ต่อไป กรณีดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการตัดสินใจของฝ่ายปกครองที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือหน้าที่ของคู่กรณีแล้ว ศาลปกครองย่อมมีอำนาจที่จะรับคดีไว้พิจารณา ตัวอย่างที่สภาแห่งรัฐยอมรับว่าเป็นความเห็นที่กระทบต่อสิทธิแล้ว เช่น คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Mialhe¹⁰⁰ และคดี Mme Mocko¹⁰¹ การให้ความเห็นในเชิงปฏิเสธที่ส่งผลเป็นการยุติกระบวนการสรรหาบุคลากรภาครัฐทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถเข้าสู่กระบวนการสรรหาในขั้นตอนลำดับถัดไป¹⁰² เป็นต้น

2.6 เอกสารต้นแบบ (les documents types)

เอกสารต้นแบบหรืออาจเรียกว่าแบบตัวอย่าง (actes - types) เป็นเอกสารต้นแบบของฝ่ายปกครอง ซึ่งส่วนใหญ่จะถูกกำหนดโดยผู้บังคับบัญชาระดับสูงเพื่อให้เจ้าหน้าที่ในสังกัดใช้เป็นต้นแบบในการดำเนินการกิจ เช่น ใช้เป็นต้นแบบในการจัดทำคำสั่งทางปกครอง¹⁰³ เอกสารต้นแบบอาจจำแนกออกได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ (1) เอกสารต้นแบบที่มีลักษณะเป็นข้อเสนอ เช่น แบบตัวอย่าง (modèle) (2) เอกสารต้นแบบที่เป็นแบบให้ต้องปฏิบัติตาม¹⁰⁴ เอกสารต้นแบบประเภทแรก คือ เอกสารต้นแบบที่เป็นเพียงแนวทางที่ฝ่ายปกครองเสนอและประชาชนสามารถที่จะเลือกทำตามหรือไม่ก็ได้ กรณีจึงไม่ได้มีลักษณะเป็นการออกกฎที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน ดังนั้น เมื่อเอกสารต้นแบบดังกล่าวเป็นเพียงแบบที่เป็นข้อเสนอของฝ่ายปกครอง จึงเป็นที่ชัดเจนว่าเอกสารต้นแบบนี้เป็นมาตรการภายในที่ไม่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองและฟ้องร้องไม่ได้¹⁰⁵ ส่วนเอกสารต้นแบบประเภทที่สอง คือ กรณีที่บังคับให้ผู้ที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตาม ซึ่งมีลักษณะเป็นการวางระเบียบหรือกฎหมาย และบางครั้งรัฐบัญญัติได้บัญญัติไว้ด้วยว่า ในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามก็จะมีผลทางกฎหมาย (nul) นอกจากนี้ ในบางกรณีก็มีทางเลือกที่จะไม่ปฏิบัติตามแบบตัวอย่างก็ได้ แต่ก็ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่จะต้องมีความหมายกำหนดไว้เป็นพิเศษว่าไม่ต้องปฏิบัติตาม

⁹⁹ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 150.

¹⁰⁰ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Mialhe ลงวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 1982

¹⁰¹ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Mme Mocko ลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 2003

¹⁰² Serge Daël, *op. cit.*, p. 95.

¹⁰³ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 34*, หน้า 89.

¹⁰⁴ ยงยุทธ อนุกุล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, หน้า 125.

¹⁰⁵ Serge Daël, *op. cit.*, pp. 95-96.

ก็ได้เท่านั้น¹⁰⁶ ดังนั้น จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า เอกสารต้นแบบที่มีลักษณะเป็นข้อเสนอเป็นเพียงแค่การแจ้งให้ฝ่ายปกครองด้วยกันเองทราบ แบบดังกล่าวย่อมมีสถานะเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการภายในฝ่ายปกครอง แต่เอกสารต้นแบบที่เป็นแบบให้ต้องปฏิบัติตามมีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์อย่างแท้จริง (véritables règlements) กรณีย่อมมีสถานะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อาจฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้¹⁰⁷

2.7 การขอความร่วมมือ การแสดงความคาดหวัง หรือความปรารถนา (Les vœux)

การขอความร่วมมือ การแสดงความคาดหวัง หรือความปรารถนาเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจในทางกฎหมายที่จะบังคับการให้ประชาชนต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงทำได้เพียงแค่ร้องขอให้ประชาชนดำเนินการตามแนวทางที่ฝ่ายปกครองเห็นสมควรโดยไม่มีสภาพบังคับต่อประชาชน และไม่มีผลผูกมัดกับฝ่ายปกครองเช่นเดียวกันตามนัยคำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี CGT - FO¹⁰⁸ ตัวอย่างของการขอความร่วมมือ ได้แก่ การร้องขอให้ประชาชนสวมหน้ากากอนามัย ล้างมือให้สะอาด และรักษาระยะห่างในการอยู่ร่วมกันในช่วงที่มีการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสโควิด 19 ซึ่งภายหลังจากที่สถานการณ์ผ่อนคลายลงจนรัฐบาลได้ประกาศยกเลิกมาตรการฉุกเฉินแล้ว แต่เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองก็ยังคงเห็นว่าเป็นการสมควรที่ประชาชนจะต้องรักษาวินัยในการป้องกันสุขภาพของตนเองและของผู้อื่น เป็นต้น โดยมากแล้วการใช้มาตรการดังกล่าวมักจะเป็นกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องการแสดงความต้องการบางอย่างในเรื่องที่ไม่ได้อยู่ในอำนาจของตนแต่เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจรัฐส่วนกลาง¹⁰⁹ มาตรการดังกล่าวเมื่อไม่มีสภาพบังคับให้ประชาชนต้องปฏิบัติตาม จึงไม่อาจถือได้ว่า เข้าลักษณะเป็นการตัดสินใจของฝ่ายปกครองในอันที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี ดังนั้น ประชาชนที่ไม่พอใจมาตรการดังกล่าวจึงไม่มีสิทธินำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนมาตรการดังกล่าวได้¹¹⁰

อย่างไรก็ตาม กรณีมีข้อยกเว้นสำหรับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามนัยคำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี SARL Enlem¹¹¹ ที่สภาแห่งรัฐพิพากษาว่า โดยหลักแล้ว มติของเทศบาล Saint - Denis ที่มีลักษณะเป็นการขอความร่วมมือนั้น ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ตกอยู่ภายใต้นิติกรรมดังกล่าวเป็นอย่างมีนัยสำคัญ (faisant grief) จึงไม่สามารถฟ้องโต้แย้งขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนการขอความร่วมมือดังกล่าวได้ เว้นแต่

¹⁰⁶ ยงยุทธ อนุกุล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, หน้า 125-126.

¹⁰⁷ *เพ็งอ้าว*

¹⁰⁸ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี CGT - FO ลงวันที่ 8 พฤษภาคม ค.ศ. 1999

¹⁰⁹ ในประเทศฝรั่งเศสได้แยกรัฐ (l'État) เป็นนิติบุคคลในทางมหาชนออกจากองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองและรวมถึงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (collectivité territoriale) ซึ่งจะมีเขตอำนาจที่แตกต่างกันในทางพื้นที่อย่างชัดเจน ตามหลักการกระจายอำนาจและหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

¹¹⁰ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 320.

¹¹¹ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี SARL Enlem ลงวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1997

กฎหมายจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งในคดีพิพาทนี้รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1982¹¹² ให้อำนาจแก่ผู้ว่าราชการจังหวัดในการฟ้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้เสมอถึงแม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจแต่อย่างใด ดังนั้น ศาลปกครองจึงมีอำนาจรับคดีฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของมติของเทศบาล Saint - Denis¹¹³

2.8 การให้ข้อมูล (les renseignements)

การให้ข้อมูลและรวมถึงการแจ้งให้ทราบ (informer) เป็นการที่ฝ่ายปกครองทำการเลือกสรรข้อมูลที่มีเนื้อหาสาระที่สำคัญและส่งต่อข้อความดังกล่าวนี้ให้กับประชาชน การดังกล่าวจึงไม่ได้เป็นทั้งการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นมาใหม่และไม่ได้เป็นการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น เช่น การแถลงข่าว การตอบคำถาม การประกาศ การเผยแพร่ข่าวประชาสัมพันธ์ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า การให้ข้อมูลดังกล่าวมีลักษณะเป็นการตอบคำถามที่สร้างผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมาย ศาลปกครองก็สามารถที่จะรับคดีไว้พิจารณาได้ตามนัยคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ คดี Société Friadent France¹¹⁴ ที่ได้ยืนยันหลักการว่าลำพังแต่เพียงการตอบคำถามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเศรษฐกิจ การคลัง และอุตสาหกรรมไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดี แต่เมื่อเนื้อหาในคำตอบดังกล่าวมีลักษณะเป็นการตีความกฎหมายการคลังที่อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนผู้เสียภาษี ศาลปกครองจึงมีอำนาจที่จะรับคดีดังกล่าวไว้พิจารณาได้¹¹⁵

2.9 การเตือนให้ปฏิบัติตาม (les mesures postérieures aux décisions)

การเตือนให้ปฏิบัติตามหรือการแจ้งเตือนให้ปฏิบัติตามคำสั่งหรือหน้าที่ (Une mise en demeure) ถือเป็นมาตรการหลังการออกคำสั่ง (les mesures postérieures aux décisions) เป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญ เช่น การออกหนังสือแจ้งเตือนว่ามีการร้องเรียน ผู้ประกอบกิจการไม่รักษาความสะอาดตามมาตรการรักษาความสะอาดที่กฎหมายสาธารณสุขกำหนดโดยหลักแล้ว การแจ้งเตือนเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองเพื่อช่วยเหลือผู้ถูกเตือนที่อาจจะถูกลงโทษตามกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาให้บุคคลผู้นั้นปฏิบัติตามกฎหมายเอาไว้อย่างชัดเจน ฝ่ายปกครองอาจเตือนให้บุคคลนั้นดำเนินการให้ถูกต้องตามกฎหมายภายในระยะเวลา

¹¹² ผู้ว่าราชการจังหวัดมีสิทธิฟ้องคดีไปยังศาลปกครองชั้นต้นที่มีเขตอำนาจเพื่อขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (un déferé préfectoral), อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 78

¹¹³ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 148.

¹¹⁴ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ คดี Société Friadent France ลงวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 2005

¹¹⁵ Serge Daël, *op. cit.*, p. 95.

ดังกล่าวได้ ซึ่งในการเตือนนี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่แก่ผู้ประกอบการดังกล่าวแต่อย่างใด ดังนั้น การเตือนให้ปฏิบัติตามจึงไม่สามารถนำมาฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนได้ ตัวอย่างปรากฏในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ คดี Conseil interprofessionnel du vin de Bordeaux¹¹⁶ กรณีที่มีการฟ้องโต้แย้งหนังสือของประธานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติถึงประธานบริษัท TF1 ว่าได้มีการถ่ายทอดสัญญาณภาพและเสียงการแข่งขันกีฬาโดยมีการโฆษณาเกี่ยวกับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ซึ่งฝ่าฝืนต่อกฎหมายควบคุมเครื่องดื่ม สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า คำเตือนดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นการตัดสินใจที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของคู่กรณีในอันที่จะสามารถนำมาฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนได้แต่อย่างใด¹¹⁷

จะเห็นได้ว่า คำเตือนให้ปฏิบัติตามกฎหมายไม่ได้มีสถานะทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครอง เพราะยังไม่ได้มีการกระทำที่มีลักษณะเป็นการตัดสินใจโดยมุ่งก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมา สภาแห่งรัฐได้พิจารณาลึกลงไปถึงเนื้อหาของคำเตือนของฝ่ายปกครองว่า ในทางปฏิบัติมีลักษณะเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์แก่คู่กรณีหรือไม่ กล่าวคือ หากสภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า การกระทำของฝ่ายปกครองไม่ได้มีลักษณะเป็นเพียงการกล่าวเตือนแต่มีสภาพบังคับในความเป็นจริงที่ทำให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตาม คำเตือนดังกล่าวก็อาจเป็นคำสั่งทางปกครองได้ เช่น คำเตือนที่มีลักษณะขู่ว่าจะลงโทษ โดยการออกคำเตือนให้ข้าราชการเลิกประกอบอาชีพทนายความ มิฉะนั้นจะลงโทษทางวินัย หรือการเตือนให้ปฏิบัติงานภายในเวลาที่กำหนด เป็นต้น¹¹⁸ ตัวอย่างในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ คดี Confédération nationale des associations familiales catholiques¹¹⁹ ที่ศาลเห็นว่า ขั้นตอนดังกล่าวไม่ได้ปรากฏในกฎหมายลายลักษณ์อักษร การแจ้งเตือนดังกล่าวจึงมีสถานะเป็นบทลงโทษที่ศาลปกครองสามารถเข้ามาควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้¹²⁰ และคดี Société Chazal¹²¹ ที่นายกเทศมนตรีเมือง Saint-Priest ได้มีหนังสือเตือนว่าการกระทำของผู้ฟ้องคดีเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายผังเมือง หากผู้ฟ้องคดีไม่ยุติการกระทำดังกล่าวภายใน 1 เดือน นายกเทศมนตรีจะดำเนินคดีตามกฎหมายที่มีโทษทางอาญาต่อไป ในกรณีนี้สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า การเตือนให้ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวมีสถานะเป็นการตัดสินใจของฝ่ายปกครองที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครองแล้ว เนื่องจากมีการกำหนดการกระทำที่ฝ่ายปกครองเห็นว่าฝ่าฝืนต่อกฎหมายเอาไว้

¹¹⁶ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Conseil interprofessionnel du vin de Bordeaux ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1996

¹¹⁷ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 328.

¹¹⁸ ยงยุทธ อนุกุล, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 9, หน้า 124-125.

¹¹⁹ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Confédération nationale des associations familiales catholiques ลงวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 1991

¹²⁰ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 150.

¹²¹ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Société Chazal ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2001

อย่างชัดเจนและมีการเตือนว่าหากไม่ปฏิบัติตามกฎหมายภายในเวลา 1 เดือน จะดำเนินการตามกฎหมายต่อไป¹²²

2.10 การกระทำที่มีสภาพบังคับทางกฎหมายอย่างอ่อน (les actes de droit souple)

ในเบื้องต้น ต้องอธิบายก่อนว่า droit souple (ที่อาจแปลโดยตรงได้ว่า “กฎหมายอย่างอ่อน”) นี้ ไม่ได้มีความหมายอย่างเดียวกับความหมายในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในทางกฎหมายระหว่างประเทศเรียกว่า “กฎหมายที่มีค่าบังคับอย่างอ่อน” หมายถึง บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่ไม่ได้มีสภาพบังคับอย่างเคร่งครัดเหมือนอย่างกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น สนธิสัญญา แต่มีแนวโน้มที่จะกลายเป็นกฎหมายต่อไปในอนาคตซึ่งต้องรอการยืนยันต่อไป¹²³

ในทางกฎหมายปกครอง การกระทำที่มีสภาพบังคับทางกฎหมายอย่างอ่อน หรือที่เรียกกันเป็นการทั่วไปในภาษาอังกฤษว่า Soft Law นั้น มีลักษณะคล้ายคลึงกับแนวปฏิบัติดังที่กล่าวไปแล้วในข้อ 2.2 แต่มีความแตกต่าง กล่าวคือ Soft Law เป็นมาตรการที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นเพื่อใช้เป็นแนวทางปฏิบัติให้แก่บุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง ไม่ได้ใช้ภายในฝ่ายปกครองด้วยกันอย่างเช่นแนวปฏิบัติ (les directives) โดยหลักแล้วจะเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองที่มีความเป็นอิสระ (Les autorités administratives indépendantes (AAI)) ในฐานะองค์กรกำกับกิจการ (régulateur)¹²⁴ ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายเหนือเอกชนผู้ประกอบการ (opérateur) แต่ปฏิเสธที่จะใช้อำนาจที่มีสภาพบังคับดังกล่าว แต่กลับใช้ “อำนาจอย่างอ่อน” ในการชักจูงใจพฤติกรรมของผู้ตกอยู่ภายใต้การกำกับกิจการให้ปฏิบัติตาม ไม่ว่าจะใช้ชื่อการกระทำดังกล่าวอย่างไรก็ตาม เช่น คำแนะนำ (recommandations) ความเห็น (avis) ข่าวประชาสัมพันธ์ (communiqués) การแนะแนว (orientations)¹²⁵ เป็นต้น

ในกรณีที่สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า แม้ว่าฝ่ายปกครองจะไม่ได้มีเจตนาตัดสินใจใช้อำนาจตามกฎหมายกำหนดสิทธิหน้าที่ของประชาชนก็ตาม แต่หากมาตรการดังกล่าวมีผลในทางความเป็นจริงอย่างชัดเจนต่อพฤติกรรมของผู้ที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของฝ่ายปกครองนั้น การกระทำดังกล่าวย่อมสามารถตกเป็นวัตถุแห่งคดีในการฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนได้ด้วยอย่างเช่น คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Association pour une information médicale indépendante¹²⁶ ที่มีการฟ้องโต้แย้งคำแนะนำเพื่อการปฏิบัติที่ดี (les recommandations de bonne pratique)

¹²² Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 151.

¹²³ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 : 2550, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 121.

¹²⁴ มีข้อสังเกตว่าการกำกับของ regulator ในทางเศรษฐกิจจะใช้คำศัพท์ว่า “กำกับกิจการ (regulate)” โดยที่ไม่มีคำว่า “ดูแล” เพราะศัพท์คำว่า “กำกับดูแล” มาจาก autorité de tutelle ซึ่งไม่ได้ใช้ในความหมายทางเศรษฐกิจ

¹²⁵ Didier Truchet, *op. cit.*, p. 310.

¹²⁶ คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Association pour une information médicale indépendante ลงวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 2011

ของสำนักงานสุขภาพแห่งชาติฝรั่งเศส (la Haute Autorité de santé)¹²⁷ และคำพิพากษาศาแห่งรัฐคดี Société Casino Guichard-Perachon¹²⁸ และคดี Société NC Numericable¹²⁹ เป็นการฟ้องโต้แย้งคำแนะนำและความเห็นของคณะกรรมการกำกับการแข่งขันทางการค้า (la commission permanente de l'autorité de la concurrence)¹³⁰ เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า สภาแห่งรัฐได้สร้างและพัฒนาหลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับวัตถุแห่งคดีพิพาทในการฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมาเป็นระยะเวลายาวนาน โดยสภาแห่งรัฐเริ่มจากการยืนยันหลักว่า การกระทำของฝ่ายปกครองที่จะสามารถถูกโต้แย้งและฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้นั้น จะต้องเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการตัดสินใจที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่เท่านั้น มิฉะนั้นแล้ว ศาลปกครองย่อมไม่สามารถรับคดีไว้พิจารณาพิพากษาได้เนื่องจากยังไม่มีวัตถุแห่งคดีที่พิพาทเลยมาตั้งแต่แรก อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐได้ทบทวนแนวคำพิพากษาในอดีตและเริ่มผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักการดังกล่าวนี้ทีละน้อย โดยพิจารณาจากผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายปกครองที่เกิดขึ้นในความเป็นจริงต่อคู่กรณีเป็นรายคดี จนกระทั่งในที่สุดสภาแห่งรัฐได้พัฒนาหลักกฎหมายปกครองเพื่อเปิดโอกาสให้มีการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองมากยิ่งขึ้น ดังปรากฏในคำพิพากษাবรรทัดฐานที่สำคัญ 3 คดี ที่จะได้กล่าวต่อไปใน *ส่วนที่ 3* ของบทความนี้

ส่วนที่ 3 การวางหลักในการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจ แต่มีผลอย่างมีนัยสำคัญต่อสิทธิหรือฐานะของบุคคล (des effets notables sur les droits ou la situation) โดยสภาแห่งรัฐในปัจจุบัน

จากการศึกษาใน *ส่วนที่ 2* ของบทความนี้จะเห็นได้ว่า สภาแห่งรัฐได้วางหลักเชิงการปฏิเสธไม่ควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ โดยให้เหตุผลว่าต้องถือตามหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล ซึ่งบทความฉบับนี้ได้นำเสนอรายละเอียดไว้แล้วใน *ส่วนที่ 1* ซึ่งได้มีการผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักการดังกล่าวมากขึ้นเรื่อย ๆ ตามลำดับ แต่การผ่อนคลายดังกล่าวเป็นผลมาจากการพิจารณาถึงความจำเป็นและความร้ายแรงของการกระทำที่พิพาทเป็นรายกรณีเท่านั้น โดยหากพิจารณาอย่างลึกซึ้งแล้วจะเห็นได้ว่า แนวคำพิพากษาดังกล่าวยังคงมีความคลุมเครือ ส่วนในทางตำรา มีการจัดประเภทของการกระทำที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่อย่างไม่เป็นระเบียบนัก อย่างไรก็ตาม ในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา สภาแห่งรัฐได้ให้ความสำคัญกับการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่มากยิ่งขึ้น และได้มี

¹²⁷ Didier Truchet, *op. cit.*, p. 310.

¹²⁸ คำพิพากษาศาแห่งรัฐ คดี Société Casino Guichard-Perachon ลงวันที่ 11 ตุลาคม ค.ศ. 2012

¹²⁹ คำพิพากษาศาแห่งรัฐ คดี Société NC Numericable ลงวันที่ 21 มีนาคม ค.ศ. 2016

¹³⁰ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 322.

การวางแผนคำพิพากษาที่สำคัญในหลายคดี ในบทความนี้จะทำการศึกษาคดีสำคัญ 3 คดี ได้แก่ คำพิพากษา
สภาแห่งรัฐ คดี Société Fairvesta International GMBH et autres (ค.ศ. 2016) คดี Marine Le Pen
(ค.ศ. 2019) และล่าสุด คดี GISTI (ค.ศ. 2020) ซึ่งเป็นคำพิพากษาสภาแห่งรัฐที่มีชื่อเสียงและมีบทบาทสำคัญ
ในการวางหลักในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจ
ที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ในปัจจุบัน¹³¹

3.1 คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Société Fairvesta International GMBH et autres

ในปี ค.ศ. 2016 สภาแห่งรัฐในคดี Société Fairvesta International GMBH et autres¹³²
หรือที่นิยมเรียกโดยย่อว่าคดี Fairvesta ได้วางแนวบรรทัดฐานสำคัญในการพิจารณาคำฟ้องโต้แย้งการกระทำ
ของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ โดยในคดีนี้
บริษัท Fairvesta International GMBH ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติเยอรมันกับพวก ฟ้องโต้แย้งความชอบ
ด้วยกฎหมายของจดหมายข่าวประชาสัมพันธ์ของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
(l'Autorité des marchés financiers) ที่เผยแพร่บนเว็บไซต์ของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์
และตลาดหลักทรัพย์ เนื้อความว่าคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มีเจตนารมณ์
ที่จะประกาศเตือนให้นักลงทุนระมัดระวังในการลงทุนด้านอสังหาริมทรัพย์ที่นำเสนอโดยบริษัท Fairvesta
International GMBH กับพวก เนื่องจากคณะกรรมการดังกล่าวเห็นว่า บริษัทดังกล่าวประกอบธุรกิจ
ในลักษณะเชิงรุกมาก และบางครั้งมีการออกมาให้ข่าวหรือกล่าวสุนทรพจน์ในลักษณะเกินจริง ไม่ได้สัดส่วน
กับความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น บริษัท Fairvesta International GMBH กับพวก จึงฟ้องโต้แย้งจดหมาย
ข่าวประชาสัมพันธ์ดังกล่าวต่อศาลปกครอง¹³³

ศาลได้พิพากษาวางหลักว่า บรรดาความเห็นขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง
ที่มีความเป็นอิสระที่ปฏิบัติหน้าที่องค์กรกำกับกิจการ (régulateur) ไม่ว่าจะเป็นการกำกับกิจการกระจายเสียง
กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์และไปรษณีย์ รถไฟ พลังงาน เป็นต้น
ถึงแม้ว่าจะไม่ได้มีการกำหนดสภาพบังคับทางกฎหมายแก่เอกชนผู้ประกอบการ (opérateur) อย่างชัดเจน
เช่น หนังสือของหน่วยงานที่มีสภาพบังคับอย่างอ่อน (les actes de droit souple) แต่ถ้าเป็นกรณี
ที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจหรือมีลักษณะเป็นการส่งผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญกับการตัดสินใจ

¹³¹ Marceau Long et al., *op. cit.*, p. 968.

¹³² คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Société Fairvesta International GMBH et autres ลงวันที่ 21 มีนาคม
ค.ศ. 2016

¹³³ อภิญา แก้วกำเนิด, “ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสวางหลักเกี่ยวกับการฟ้องคดีขอให้ยกเลิกเพิกถอน
การกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็น “Soft Law” (Des actes de droit souple),” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 18
ฉบับที่ 2, 2561, หน้า 236.

ของผู้ประกอบกิจการ การกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครองก็อาจตกเป็นวัตถุแห่งคดีที่อาจฟ้องต่อศาลปกครอง ขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและพิพากษาเพิกถอนได้¹³⁴

ในคดีนี้ศาลได้วางหลักเอาไว้อย่างชัดเจนว่า ถึงแม้ว่าการกระทำของฝ่ายปกครองจะมีลักษณะเป็นเพียงแค่การกระทำที่มีสภาพบังคับทางกฎหมายอย่างอ่อน (*droit souple*) ไม่ว่าจะเป็นการให้ความเห็น คำแนะนำ คำเตือน หรือการจัดประเภท แต่เมื่อเป็นการกระทำขององค์กรกำกับกิจการทางเศรษฐกิจที่มีอำนาจเป็นอย่างมากในการชี้นำพฤติกรรมของผู้ประกอบกิจการในความเป็นจริง (*pouvoir d'orienter les comportements*) ศาลปกครองก็สามารถเข้ามาควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ หากเข้าลักษณะเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมของผู้ตกอยู่ภายใต้มาตรการดังกล่าวอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากมีความเป็นไปได้ที่ประชาชนหรือเอกชนผู้ประกอบการที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับกิจการของฝ่ายปกครองจะถูกกดดันจากการใช้อำนาจรัฐในทางความเป็นจริง หลักคิดดังกล่าวย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้มีการนำคดีเข้าสู่ศาลปกครองเพื่ออำนวยความยุติธรรมมากขึ้น แนวคำพิพากษาคดี *Fairvesta* ได้ลดระดับความเข้มงวดของหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อน เพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล ยิ่งไปกว่านั้นแนวคำพิพากษาคดี *Mme Duvernès*¹³⁵ ที่ยังคงเรียกร้องว่า วัตถุแห่งคดีจะต้องมีสภาพบังคับ (*caractère impérative*) เนื่องจากคดี *Fairvesta* ศาลพิจารณาเพียง “ผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญ” (*effets notables*) ซึ่งไม่จำเป็นต้องถึงขนาดมีสภาพบังคับในทางกฎหมายก็สามารถเป็นวัตถุแห่งคดีฟ้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าวได้¹³⁶ อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดของคำพิพากษาคดี *Fairvesta* คือ การพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่า การกระทำที่พิพาทได้สร้างผลกระทบทางกฎหมายอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นเรื่องที่มีความสำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางเศรษฐกิจ (*produire des effets notables, notamment de nature économique*) หรือเป็นเรื่องที่ร้ายแรงถึงขนาดที่ว่ามีอิทธิพลต่อพฤติกรรมของผู้ฟ้องคดีอย่างมีนัยสำคัญ (*influencer de manière significative les comportements*) ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่ค่อนข้างกว้างและคลุมเครือเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม แนวทางดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองประเภทอื่นในภายหลัง ได้แก่ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี *Sté Bouygues Télécom*¹³⁷ ที่ปรากฏอย่างชัดเจนว่า มีการนำหลักคิดในเรื่องการสร้างผลกระทบทางกฎหมายอย่างมีนัยสำคัญ หรือเป็นเรื่องที่ร้ายแรงถึงขนาดก่อให้เกิดผลกระทบต่อพฤติกรรมของผู้ฟ้องคดีอย่างมีนัยสำคัญมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบแนวปฏิบัติของฝ่ายปกครอง¹³⁸

¹³⁴ Conseil d'Etat, “Recours contre les actes de droit souple des autorités de régulation,” [Online], retrieved from <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/> เมื่อ 10 สิงหาคม 2566.

¹³⁵ โปรดดู ส่วนที่ 2.1.2 ของบทความนี้

¹³⁶ Marceau Long et al., *op. cit.*, pp. 967-968.

¹³⁷ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี *Sté Bouygues Télécom* ลงวันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ. 2017

¹³⁸ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 319-322.

3.2 คำพิพากษาศาแห่งรัฐ คดี Marine Le Pen

จะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้ว แนวคำพิพากษาศาแห่งรัฐในคดี Fairvesta ถูกนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองที่มีความเป็นอิสระซึ่งมีภาระหน้าที่ในเชิงองค์การกำกับกิจการทางเศรษฐกิจที่สร้างผลกระทบทางกฎหมายอย่างมีนัยสำคัญหรือเป็นเรื่องที่ร้ายแรงถึงขนาดที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อพฤติกรรมของคู่กรณี ในปีต่อมา ศาลแห่งรัฐได้วางแนวคำพิพากษาศาในคดี Marine Le Pen¹³⁹ โดยได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากแนวคำพิพากษาศาในคดี Fairvesta¹⁴⁰ แต่ได้นำมาปรับใช้กับองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองที่มีความเป็นอิสระที่ปฏิบัติหน้าที่องค์การกำกับดูแลในกิจการอื่น ๆ ที่ไม่ใช่เรื่องในทางเศรษฐกิจด้วยเช่นกัน¹⁴¹

ในคดีนี้ Marine Le Pen นักการเมืองฝ่ายขวาของประเทศฝรั่งเศส ฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการแสดงรายการทรัพย์สินของตน (la déclaration de situation patrimoniale) เนื่องจากเห็นว่าการเปิดเผยรายงานดังกล่าวจะทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ชื่อเสียงในทางการเมือง ศาลแห่งรัฐพิพากษาว่า แม้รายงานของสำนักงานเพื่อความโปร่งใสสาธารณะ (Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, HATVP) จะไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมายก็ตาม แต่ผลของรายงานที่เผยแพร่สู่สาธารณะอาจทำให้ผู้ฟ้องคดีเสื่อมเสียชื่อเสียงและอาจส่งผลให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งตัดสินใจไม่เลือกผู้ฟ้องคดีได้ ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิฟ้องเพิกถอนรายงานของสำนักงานเพื่อความโปร่งใสสาธารณะ¹⁴²

3.3 คำพิพากษาศาแห่งรัฐ คดี GISTI

คำพิพากษาศาแห่งรัฐ คดี GISTI¹⁴³ เป็นคำพิพากษาของศาลแห่งรัฐฉบับล่าสุดที่ศาลได้วางแนวคำพิพากษาศาบรรทัดฐานเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ คดีนี้ศาลแห่งรัฐได้ขยายความหลักคิดในเรื่องการมีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญในแนวคำพิพากษาศาในคดี Fairvesta ให้ครอบคลุมไปถึงเอกสารทุกชนิดที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปซึ่งออกโดยฝ่ายปกครอง¹⁴⁴ ศาลแห่งรัฐวางหลักว่า เอกสารทั้งหลายที่ออกโดยฝ่ายปกครองเป็นการทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นอยู่ในรูปของเอกสารอิเล็กทรอนิกส์หรือรูปแบบกระดาษ และไม่ว่าจะมีลักษณะเป็นหนังสือเวียน คำแนะนำ แนวปฏิบัติ บันทึก รายงาน หรือการตีความกฎหมาย ล้วนแล้วแต่อาจจะถูกฟ้องเพิกถอนต่อศาลได้ หากมีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อสิทธิหรือสถานะของบุคคลภายนอก

¹³⁹ คำพิพากษาศาแห่งรัฐ คดี Marine Le Pen ลงวันที่ 19 กรกฎาคม ค.ศ. 2019

¹⁴⁰ Marie - Christine de Montecler, “La jurisprudence Fairvesta-Numericable transposée aux appréciations de la HATVP,” Dalloz actualité, 25 juillet 2019.

¹⁴¹ Florence Chaltiel, “La circulaire est-elle soluble dans le droit souple ? (A propos de l’arrêt GISTI du 12 juin 2020),” Doctrine Administratif, Petites Affiches - 3 décembre 2020 - no 242, p. 15.

¹⁴² Alix Perrin, *op. cit.*, pp. 109-110.

¹⁴³ คำพิพากษาศาแห่งรัฐ คดี GISTI ลงวันที่ 12 มิถุนายน ค.ศ. 2020

¹⁴⁴ Marceau Long et al., *op. cit.*, p. 968.

ที่ไม่ใช่ฝ่ายปกครองด้วยตนเอง¹⁴⁵ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่เอกสารดังกล่าวมีสภาพบังคับ (caractère impératif) หรือมีลักษณะเป็นแนวปฏิบัติ (caractère de lignes directrices)¹⁴⁶ จะเห็นได้ว่า ความที่ปรากฏในคำพิพากษานี้เป็นการรับรองแนวคำพิพากษาคดี Duvignères (ค.ศ. 2002) และคดี Crédit foncier (ค.ศ. 1970) ที่สภาแห่งรัฐเคยวางหลักในการผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาลที่ละน้อย¹⁴⁷

จากการศึกษาในส่วนที่ 2 จะเห็นได้ว่า สภาแห่งรัฐได้ทำการ (1) จัดประเภทของการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ (2) วางหลักว่าเป็นการกระทำที่ไม่สามารถฟ้องโต้แย้งขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนได้ และ (3) กำหนดข้อยกเว้นเป็นรายกรณี ในกรณีที่ศาลปกครองอาจรับคดีไว้พิจารณาเนื่องจากเห็นว่าวัตถุแห่งคดีมีความสำคัญถึงขนาดที่ศาลปกครองจะต้องเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การวางข้อยกเว้นดังที่กล่าวมาข้างต้นจำนวนมากขึ้นเรื่อย ๆ จนแทบจะกลายเป็นหลักทั่วไปที่เข้ามาแทนที่หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาลที่ศาลปกครองยึดถือและเดินตามแนวทางดังกล่าวมาโดยตลอด ประกอบกับอิทธิพลของหลักกฎหมายของสหภาพยุโรป และแนวคำพิพากษาของศาลยุโรปที่ให้ความสำคัญกับหลักความมีประสิทธิภาพในการอำนวยความสะดวก โดยองค์กรตุลาการ (le bon fonctionnement de la justice) สภาแห่งรัฐจึงวางหลักการดังกล่าวอย่างชัดเจนในคดี GISTI ว่า บรรดา “เอกสาร” (Les documents) ของฝ่ายปกครองที่อาจกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน ย่อมสามารถตกเป็นวัตถุแห่งคดีที่จะนำมาฟ้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้¹⁴⁸

อาจกล่าวได้ว่า คดี GISTI เป็นบทสรุปของการฟ้องเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ ดังนั้น นับแต่คำพิพากษานี้เป็นต้นมา นักกฎหมายจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องถกเถียงกันอีกต่อไปว่า การกระทำของฝ่ายปกครองในแต่ละกรณีมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร เป็นหนังสือเวียนหรือเป็นแนวปฏิบัติ เป็นหนังสือเวียนที่มีสภาพบังคับ เป็นเพียงการตีความกฎหมาย เป็นความเห็นทั่วไป หรือเป็นความเห็นที่มีสภาพบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม

แนวคำพิพากษาคดีดังกล่าวเป็นการยอมรับว่าการบริหารและการปกครองประเทศมีความซับซ้อน เครื่องมือต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองล้วนแล้วแต่มีความคลุมเครือตามลักษณะของเรื่องที่ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาและปรับใช้ดุลพินิจที่แตกต่างกัน ดังเช่นที่ได้ศึกษามาแล้วในส่วนที่ 2 ของบทความนี้ ที่การกระทำของฝ่ายปกครองบางอย่างมีลักษณะที่ถกเถียงกันในทางดารา เช่น การอธิบายว่า

¹⁴⁵ Alix Perrin, *op. cit.*, pp. 108-110.

¹⁴⁶ Florence Chaltiel, *op. cit.*, p. 17.

¹⁴⁷ Marceau Long et al., *op. cit.*, p. 968.

¹⁴⁸ Florence Chaltiel, *op. cit.*, p. 17.

การกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่มีลักษณะเป็นการตัดสินใจย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน แต่บ้างก็ว่าอาจมีลักษณะที่ส่งผลกระทบดังกล่าวแต่ไม่ร้ายแรงถึงขนาดที่จะยอมให้ประชาชนนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอน หรือเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการตัดสินใจแต่ไม่ได้ส่งผลกระทบออกไปยังภายนอกฝ่ายปกครองจึงไม่เกิดการเปลี่ยนแปลงแห่งสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน เป็นต้น หรือกรณีที่เป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีความเชื่อมโยงหรือทับซ้อนกัน เช่น การอธิบายว่าหนังสือเวียน (ส่วนที่ 2.1) และการแนะแนว แนวปฏิบัติ (ส่วนที่ 2.2) เป็นส่วนหนึ่งของมาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กร (ส่วนที่ 2.3) หรือการอธิบายว่าการขอความร่วมมือ การแสดงความคาดหวัง หรือความปรารถนา (ส่วนที่ 2.7) เป็นคำที่ใช้เรียกกันอย่างกว้าง โดยไม่สำคัญว่าฝ่ายปกครองจะเรียกเครื่องมือของฝ่ายปกครองนั้นว่าอย่างไร เช่น ข้าราชการสัมพันธ์ ที่อาจเข้าลักษณะเป็นการให้ข้อมูล (ส่วนที่ 2.8) ได้เช่นเดียวกัน หรือการขอความร่วมมือฯ (ส่วนที่ 2.7) ที่บางตำราจัดว่าเป็นส่วนหนึ่งของการให้ความเห็น (ส่วนที่ 2.5) หรือการเตือนให้ปฏิบัติตาม (ส่วนที่ 2.9) ที่บางตำราจัดว่าเป็นส่วนหนึ่งของการเตรียมการ (ส่วนที่ 2.4) เป็นต้น ตัวอย่างที่ได้กล่าวมานี้สะท้อนให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า การฟ้องเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่เป็นเรื่องที่มีความซับซ้อนและสร้างความสับสนให้แก่ นักกฎหมายฝรั่งเศสมาอย่างยาวนาน ดังนั้น แนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ คดี GISTI จึงมีคุณูปการที่สำคัญในการให้ศาลปกครองฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับ “เนื้อหา” ของการกระทำของฝ่ายปกครอง ว่าเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณีอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ แทนที่จะยึดติดอยู่กับ “รูปแบบ” ของการกระทำของฝ่ายปกครองเหมือนอย่างในอดีต

อย่างไรก็ดี ความที่กล่าวมาข้างต้นไม่ได้เป็นการแสดงว่า สภาแห่งรัฐได้ยกเลิกหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล ทั้งนี้ เนื่องจากสภาแห่งรัฐได้วางหลักว่าจะต้องเป็น “เอกสาร” ที่อาจจะกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชนเท่านั้น ดังนั้น เอกสารทั่วไปที่ไม่ได้มีนัยสำคัญอะไรกับสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชนซึ่งเอกสารเหล่านี้ อาจมีลักษณะที่เป็นบันทึกทั่วไปที่ใช้ภายในของฝ่ายปกครอง เช่น แผนและขั้นตอนการดำเนินงาน บทความ รายงานการศึกษา สรุปข้อมูลข่าวสารภายในและภายนอกองค์กร จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการตัดสินใจใช้อำนาจตามกฎหมายในอันที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีที่จะสามารถเป็นวัตถุแห่งคดีตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองได้

กล่าวโดยสรุป สภาแห่งรัฐได้ “วางหลักทั่วไป” เกี่ยวกับ “เอกสาร” ที่อาจจะกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชนที่ศาลปกครองสามารถนำหลักการนี้ไปปรับใช้กับกรณีอื่นเป็นการทั่วไป อันเป็นการเปิดโอกาสในการรับคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองมากขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ จากเดิมดังที่ได้ศึกษาใน *ส่วนที่ 2* ของบทความนี้ว่า สภาแห่งรัฐทำแค่เพียง “ค่อย ๆ” ผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาลเป็นรายกรณี ทั้งนี้ พึงระมัดระวังเสมอว่า การกลับแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในคดี GISTI

ไม่ได้หมายความว่าประชาชนจะสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้ทุกกรณี การผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักการดังกล่าว เป็นเพียงเงื่อนไขหนึ่งในการฟ้องคดีเท่านั้น¹⁴⁹ ผู้ฟ้องคดียังคงจะต้องมีประโยชน์ได้เสียกับคดีโดยตรงและอย่างชัดเจน (intérêt direct et certain) ตามแนวคำพิพากษาศาลาแห่งรัฐในคดี Casanova¹⁵⁰ และคดี Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli¹⁵¹ จึงจะสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้¹⁵²

บทสรุป

ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองและการจัดทำบริการสาธารณะ ฝ่ายปกครองมีเครื่องมือที่หลากหลายในการบริหารจัดการเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดของประชาชน และเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวบรรลุผล กฎหมายจึงให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการ “ตัดสินใจ” กำหนดให้คู่กรณีมีสิทธิหรือหน้าที่ในทางกฎหมาย และเพื่อให้หลักประกันแก่ประชาชนว่า การกระทำของฝ่ายปกครองดังกล่าวจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชนอย่างแท้จริงภายใต้กรอบอำนาจที่กฎหมายกำหนด ศาลปกครองจึงเป็นองค์กรสำคัญที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม การกระทำของฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องมีลักษณะเป็นการ “ตัดสินใจ” ในอันที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแห่งนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีเสมอไป ฝ่ายปกครองอาจดำเนินการในลักษณะอย่างอื่น เช่น การขอความร่วมมือ การให้ข้อมูล การให้ความเห็น การให้คำแนะนำ ได้เช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ดี โดยหลักแล้ว การกระทำที่ไม่มีลักษณะเป็นการตัดสินใจไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน การกระทำดังกล่าวจึงไม่สามารถตกเป็นวัตถุแห่งคดีในการฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ เนื่องจากไม่อาจถือได้ว่าการเกิดขึ้นของนิติกรรมทางปกครองเลยมาตั้งแต่แรก หลักการดังกล่าวเรียกว่า “หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล” ซึ่งเป็นหลักการที่ถูกริเริ่มและพัฒนาโดยการใช้และการตีความกฎหมายของสภาแห่งรัฐและเป็นหลักการที่ศาลปกครองฝรั่งเศสได้เคารพและปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดเป็นเวลายาวนาน หลักการดังกล่าวจึงเป็นผลผลิตมาจากประวัติศาสตร์ข้อความคิดว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสที่มีความซับซ้อนและมีความไม่แน่นอนชัดเจน จนนำมาสู่การใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายรับรองหลักคิดดังกล่าวเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา R. 421 - 1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง

¹⁴⁹ โปรดดูเงื่อนไขการฟ้องคดีในย่อหน้าที่ 1 ของส่วนที่ 1 ในบทความนี้

¹⁵⁰ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Casanova ลงวันที่ 29 มีนาคม ค.ศ. 1901

¹⁵¹ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli ลงวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1906

¹⁵² Marceau Long et al., *op. cit.*, p. 1018.

หลักการดังกล่าวได้ถูกตั้งคำถามถึงประสิทธิภาพในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองและการตั้งคำถามถึงบทบาทหน้าที่ขององค์กรตุลาการในการอำนวยความสะดวกทางปกครองเป็นอย่างมากและเป็นระยะเวลายาวนาน เนื่องจากถึงแม้ว่าฝ่ายปกครองจะไม่ได้มีเจตนากระทำให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ในทางกฎหมายของคู่กรณีมาตั้งแต่แรก แต่ในทางปฏิบัติ การกระทำนี้ได้สร้างความเปลี่ยนแปลงต่อนิติสัมพันธ์อย่างมีนัยสำคัญ เช่น หนังสือเวียนที่มีสถานะเป็นการออกกฎความเห็นที่มีสภาพบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม หรือคำเตือนที่กำหนดรายละเอียดของข้อเท็จจริงที่เข้าองค์ประกอบความผิดอย่างชัดเจนและมีการเตือนว่าจะดำเนินการทางกฎหมายและกำหนดโทษทางกฎหมาย เป็นต้น ซึ่งสภาแห่งรัฐได้ยอมรับถึงความเดือดร้อนเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นจากการปฏิเสธไม่เข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าว เนื่องจากขัดต่อหลักความมีประสิทธิภาพในการอำนวยความสะดวกโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการรับรอง คัมครอง และสนับสนุนโดยสหภาพยุโรป สภาแห่งรัฐจึงค่อย ๆ ผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาลที่ละน้อย ผ่านการให้เหตุผลในทางกฎหมายในการวินิจฉัยเป็นรายคดี

สภาแห่งรัฐได้เริ่มผ่อนคลายนโยบายความเคร่งครัดในการปฏิบัติตามหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาลที่ละน้อย จนในที่สุด สภาแห่งรัฐได้วางหลักในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจที่ส่งผลกระทบต่อนิติหรือหน้าที่เป็นการทั่วไปในแนวคำพิพากษาคดี GISTI ในปี ค.ศ. 2020 ซึ่งเป็นผลผลิตมาจากการถกเถียงทางความคิดในการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่มีสภาพบังคับอย่างอ่อนตามแนวคำพิพากษาในคดี Fairvesta ในปี ค.ศ. 2016 การควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียนตามแนวคำพิพากษาคดี Duvignères ในปี ค.ศ. 2002 และการควบคุมตรวจสอบแนวทางปฏิบัติตามแนวคำพิพากษาคดี Crédit foncier ในปี ค.ศ. 1970 ทำให้ปัจจุบัน ศาลปกครองฝรั่งเศสสามารถควบคุมตรวจสอบ “เอกสาร” ทุกชนิดของฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อนิติอย่างมีนัยสำคัญ โดยไม่จำเป็นต้องถึงขนาดว่ามีสภาพบังคับ และไม่สำคัญว่าเอกสารนั้นจะอยู่ในรูปของเอกสารอิเล็กทรอนิกส์หรือเอกสารรูปแบบกระดาษ และไม่ว่าจะมีลักษณะเป็นหนังสือเวียน คำแนะนำ แนวปฏิบัติ บันทึก รายงาน การตีความกฎหมาย หรือเอกสารที่มีชื่อเรียกอย่างอื่น เนื่องจากศาลปกครองให้ความสำคัญกับ “เนื้อหา” ของการกระทำของฝ่ายปกครองมากกว่า “รูปแบบ” ของการกระทำดังกล่าว และให้ความสำคัญกับการอำนวยความสะดวกในทางปกครองที่มุ่งเน้นไปที่การคุ้มครองสิทธิของประชาชน แต่ยังคงตั้งอยู่บนฐานของการสร้างความสมดุลเพื่อไม่ให้เกิดความติดขัดในการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายปกครองและเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาการมีคดีรบกวน เนื่องจากศาลปกครองยังคงเคารพต่อหลักการที่ว่าผู้ฟ้องคดียังคงจะต้องมีประโยชน์ได้เสียกับคดีโดยตรงและอย่างชัดเจน (intérêt direct et certain) ตามแนวคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Casanova และคดี Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในส่วนที่ 3 ของบทความนี้

บรรณานุกรม

เอกสารภาษาไทย

จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 : 2550, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, ‘การจัดความสัมพันธ์ระหว่างระบบการแก้ไขเยียวยาเบื้องต้น โดยฝ่ายปกครองกับการฟ้องคดีต่อศาล : ปัญหาเกี่ยวกับหลักคิดของศาลในการเป็นหลักประกันสุดท้ายของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน’ (โครงการสัมมนาเพื่อพัฒนาองค์ความรู้และรับฟังความคิดเห็น เกี่ยวกับการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, โรงแรม เดอะ เบอร์เคลีย์ ประตูน้ำ กรุงเทพฯ, 27/มิถุนายน/2562).

ยงยุทธ อนุกุล, “สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการ ภายในของฝ่ายปกครอง” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533).

สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ‘หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส’ (รายงานการวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง, 2545).

อภิญา แก้วกำเนิด, “ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสวางหลักเกี่ยวกับการฟ้องคดีขอให้ ยกเลิกเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็น “Soft Law” (Des actes de droit souple),” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 18 ฉบับที่ 2, 2561.

อานันท์ กระบวนศรี, “การผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอน นิติกรรมทางปกครอง (L’atténuation de l’effet rétroactif de l’annulation des actes administratifs) ในประเทศฝรั่งเศส,” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 23 ฉบับที่ 1, 2566.

ฤทัยรัตน์ ปทุมานนท์, “หลักการพิจารณาเงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยนเรศวร ปีที่ 8 ฉบับที่ 1, 2558.

เอกสารภาษาต่างประเทศ

Alix Perrin, Contentieux administratif, (Daloz. 2^e éd., 2021).

André Legrand et al., Le droit public, (La Documentation française, 2017).

Bertrand Seiller, Droit administratif Tome 1. Les sources et le juge, (Champs université, 7^e éd., 2018).

_____, Droit administratif Tome 2. L’action administrative, (Champs université, 7^e éd., 2018).

Charles Debbasch et al., Contentieux administratif, (Daloz. 8^e éd., 2001).



Conseil d'Etat, "Recours contre les actes de droit souple des autorités de régulation," [Online], retrieved from <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/>.

David Bailleul, Le procès administratif, (LGDJ. 1^{ère} éd., 2014).

Didier Truchet, Droit administratif, (Puf. 7^e éd., 2017).

Florence Chaltiel, "La circulaire est-elle soluble dans le droit souple ? (A propos de l'arrêt GISTI du 12 juin 2020)," Doctrine Administratif, Petites Affiches - 3 décembre 2020 - no 242.

Georges Dupuis et al., Droit administratif, (Sirey. 10^e éd., 2007).

Jacques Viguier, Le Contentieux administratif, (Dalloz. 1^{ère} éd., 1998).

Jean-Claude Bonichot, Les grands arrêts du contentieux administratif, (7^e éd., 2020).

Mattias Guyomar et al., Contentieux administratif, (Dalloz. 6^e éd., 2021).

Marie - Christine de Montecler, "La jurisprudence Fairvesta-Numericable transposée aux appréciations de la HATVP," Dalloz actualité, 25 juillet 2019.

Olivier Gohin, Contentieux administratif, (Litec. 4^e éd., 2005).

Serge Daël, Contentieux administratif, (PUF. 3^e éd., 2010).

Service-public.fr. Conditions de saisine du juge administratif, [Online], retrieved from <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2478>.

Vie - publique, "Pourquoi existe-t-il une justice administrative ?," [Online], retrieved from [https://www.vie-publique.fr/fiches/20284-justice-administrative-origines-role-et-specificites#:~:text=Sous%20la%20Révolution%20\(loi%20des,des%20autorités%20administratives%20et%20judiciaires](https://www.vie-publique.fr/fiches/20284-justice-administrative-origines-role-et-specificites#:~:text=Sous%20la%20Révolution%20(loi%20des,des%20autorités%20administratives%20et%20judiciaires).

Gilles Lebreton, Droit administratif, (Dalloz. 11^e éd., 2021).

Gustave Peiser, Contentieux administratif, (Dalloz. 16^e éd., 2014).

Gustave Peiser, Droit administratif general, (Dalloz. 26^e éd., 2014).

Marceau Long et al., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, (Dalloz. 23^e éd., 2021).

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Casanova ลงวันที่ 29 มีนาคม ค.ศ. 1901

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli ลงวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1906

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Dewavrin ลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1947

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Institution Notre-Dame du Kreisker ลงวันที่ 29 มกราคม ค.ศ. 1954

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Sieur Chapou ลงวันที่ 20 ตุลาคม ค.ศ. 1954

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Crédit foncier de France ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1970

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Da Silva et C.F.D.T. ลงวันที่ 13 มกราคม ค.ศ. 1975

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Mialhe ลงวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 1982

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Caillot ลงวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1984

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Sri ลงวันที่ 6 มิถุนายน ค.ศ. 1986

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Syndicat des sylviculteurs du Sud - Ouest ลงวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1990

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Confédération nationale des associations familiales catholiques ลงวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 1991

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Kherouaa ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ. 1992

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Riollot ลงวันที่ 8 มีนาคม ค.ศ. 1993

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Min. Éducation nationale c/Épx Gentihomme ลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ. 1994

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Ville de Toulouse c/Mme Jourquet ลงวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1994

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ (ประชุมใหญ่) คดี Hardouin et Marie ลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Géniteau ลงวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1995

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux ลงวันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 1996

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Conseil interprofessionnel du vin de Bordeaux ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1996

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี SARL Enlem ลงวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1997

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Cne Évreux ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1998

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Région du Limousin ลงวันที่ 19 พฤษภาคม ค.ศ. 1999

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี CGT - FO ลงวันที่ 8 พฤษภาคม ค.ศ. 1999

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Mlle Richaude ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1999

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Société Chazal ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2001

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Mme Duvignères ลงวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 2002

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Mme Mocko ลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 2003



คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Société Friadent France ลงวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 2005

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Jean-Hugues A ลงวันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ. 2006

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Tinez et autres ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 2007

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Assistance publique - Hôpitaux de Paris ลงวันที่ 26 พฤศจิกายน
ค.ศ. 2008

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Association pour une information médicale indépendante
ลงวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 2011

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Société Casino Guichard-Perachon ลงวันที่ 11 ตุลาคม
ค.ศ. 2012

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Madame Bourjolly ลงวันที่ 25 กันยายน ค.ศ. 2015

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Dos Santos Pedro ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน ค.ศ. 2015

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Société NC Numericable ลงวันที่ 21 มีนาคม ค.ศ. 2016

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Société Fairvesta International GMBH et autres ลงวันที่
21 มีนาคม ค.ศ. 2016

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Sté Bouygues Télécom ลงวันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ. 2017

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี Marine Le Pen ลงวันที่ 19 กรกฎาคม ค.ศ. 2019

คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ คดี GISTI ลงวันที่ 12 มิถุนายน ค.ศ. 2020

การเยียวยาข้าราชการพลเรือนสามัญในกระบวนการอุทธรณ์และร้องทุกข์ :**วิเคราะห์ระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์****หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565****Remedies for civil servants in appeal and complaint processes : Analysis of the MSPC****Regulation on compensation for damages to appellants and complainants****or take any other action in the interest of justice, B.E. 2565***
นิติกร ชัยวิเศษ

รับบทความเมื่อ 26 พฤษภาคม 2566

แก้ไขบทความเมื่อ 24 มกราคม 2567

ตอบรับบทความเมื่อ 6 กุมภาพันธ์ 2567

บทคัดย่อ

การเยียวยาข้าราชการพลเรือนสามัญในกระบวนการอุทธรณ์และร้องทุกข์คือการเยียวยาข้าราชการที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้บังคับบัญชาและเป็นการเยียวยาตั้งแต่ในชั้นของฝ่ายปกครอง ซึ่งในปัจจุบันมาตรา 120 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ได้ให้อำนาจคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (ก.พ.ค.) ออกระเบียบเพื่อเยียวยาผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์ ซึ่งได้มีการออกระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565 โดยเนื้อหาของระเบียบฉบับนี้แบ่งออกเป็นสามส่วน ได้แก่ บททั่วไป การเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์ และการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ร้องทุกข์ โดยเนื้อหาของความเสียหายที่อาจเยียวยาได้แบ่งออกเป็นความเสียหายที่เป็นตัวเงินและความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน

อย่างไรก็ตาม เมื่อได้ศึกษาและวิเคราะห์ระเบียบฉบับนี้โดยละเอียดพบว่า ระเบียบฉบับนี้แม้ว่าจะกำหนดให้ผู้บังคับบัญชาเยียวยาให้กับข้าราชการโดยไม่ต้องรอให้มีคำพิพากษาที่ถึงที่สุดของศาล แต่มาตรการในการเยียวยานั้นยังคงกำหนดให้ใช้มาตรการที่มีมาแต่เดิมก่อนที่จะมีการออกระเบียบฉบับนี้โดยการคืนเงินเดือน ค่าตอบแทน และสิทธิประโยชน์ที่เป็นตัวเงินได้มีการกำหนดให้นาระเบียบของกรมบัญชีกลาง ระเบียบกระทรวงการคลัง กฎ ก.พ. หรือหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนด มาใช้ จึงมีข้อสังเกตว่าเมื่อระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์หรือดำเนินการอื่นใด

* เจ้าหน้าที่ศาลปกครองชำนาญการพิเศษ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 2 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง



เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565 เป็นระเบียบที่ใช้เยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์หรือผู้ร้องทุกข์ที่ได้รับมอบอำนาจมาจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมจึงควรกำหนดหลักเกณฑ์ เนื้อหา และมาตรการในการเยียวยาผู้อุทธรณ์หรือผู้ร้องทุกข์ให้ครบถ้วนสมบูรณ์และไม่ควรนำกฎเกณฑ์ที่มีอยู่เดิมมาปรับใช้ เพราะผลสุดท้ายจะกลายเป็นว่า ผู้ที่ออกกฎหมายหรือระเบียบในเรื่องนั้น ๆ จะเป็นผู้ที่มีอำนาจในการกำหนดมาตรการในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์หรือผู้ร้องทุกข์ตัวจริง มิใช่คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม ซึ่งผู้เขียนมีข้อเสนอว่า หลักการสำคัญของการเยียวยาผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์จะต้องเป็นการเยียวยาอย่างเต็มที่ โดยผู้อุทธรณ์ที่ต้องออกจากราชการไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายควรได้รับเงินเดือนและสิทธิประโยชน์คืนเต็มจำนวน แต่ไม่ควรอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นที่จะต้องหักส่วนกับรายได้ที่ข้าราชการได้มาในระหว่างที่ออกจากราชการ และระเบียบ ก.พ.ค. ควรมีบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการที่เป็นมาตรการชั่วคราวเพื่อบรรเทาผลร้ายที่อาจจะเกิดขึ้นจากการยกเลิกผลการคัดเลือกและคำสั่งแต่งตั้ง ซึ่งเป็นผลร้ายต่อบุคคลที่สามที่สุจริต เช่น ในกรณีที่ผลการคัดเลือกและแต่งตั้งข้าราชการไม่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนของการขึ้นตอน คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมควรมีทางเลือกที่จะสั่งให้ส่วนราชการไปทบทวนผลการคัดเลือกข้าราชการนั้นอีกครั้งภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยยังไม่ต้องยกเลิกผลการคัดเลือกและคำสั่งแต่งตั้ง เพื่อรอการทบทวนผลการคัดเลือกนั้นว่าจะยังคงเป็นเช่นเดิมหรือไม่ ซึ่งท้ายที่สุดก็อาจจะไม่ต้องมีการยกเลิกผลการคัดเลือกและคำสั่งแต่งตั้งนั้นเลยก็ได้ อันจะช่วยลดผลกระทบที่เกิดต่อบุคคลที่สามที่สุจริตและได้รับการแต่งตั้งไปแล้วได้

คำสำคัญ : บริหารงานบุคคล, ข้าราชการพลเรือน, วินัยข้าราชการ, อุทธรณ์, ร้องทุกข์, เยียวยาความเสียหาย

Abstract

Remedies for civil servants in the process of appeals and complaints are remedies for civil servants who have been affected by the illegal actions of their superiors and are remedies at the administrative level. Section 120 of the Civil Service Act, B.E. 2551, empowers the Merit Systems Protection Commission (MSPC) to issue regulations to provide remedies to appellants and complainants, which are referred to as the MSPC Regulations on Remedies for Damages to Appellants and Complainants or any other actions in the interest of justice, B.E. 2565. The regulations consist of general provisions, remedies for damages to appellants, and remedies for damages to complainants. The content of potentially compensable damages is divided into monetary damages and non-monetary damages.

However, upon studying and analyzing this regulation in detail, it was found that although this regulation requires superiors to provide remedies to civil servants without having to wait for the court's final verdict, the remedial measures still rely on the measures that existed prior to the issuance of this regulation. The refunding of salaries, compensation, and monetary benefits is stipulated to be governed by the regulations of the Comptroller General's Department, the Ministry of Finance regulations, the regulations of the Civil Service Commission, or the rules and procedures prescribed by the Civil Service Commission. Therefore, it is noted that the MSPC Regulations on Remedies for Damages to Appellants and Complainants or any other actions in the interest of justice, B.E. 2565, are regulations used to provide remedies for damages to appellants or complainants authorized by law at the statutory level. The Merit Systems Protection Commission should, therefore, establish criteria, content, and measures to fully remedy the appellant or the complainant and should not apply the existing rules. This is because the ultimate result would be that the entity issuing the rules or regulations in this matter would be the entity with the authority to prescribe measures to remedy the damages to the actual appellant or complainant, rather than the Merit Systems Protection Commission.

The author suggests that, the main principle of redress for appellants and complainants must be full redress. The appellant who was illegally dismissed from government service should receive a full refund of his salary and benefits. However, it should be subject to an exception that must be deducted from the income that civil servants earn during the dismissal, and the MSPC Regulations should also have provisions regarding measures



that are temporary measures to alleviate the adverse effects that may arise from the cancellation of selection results and appointment orders, which has a negative impact on bona fide third party, for example in the case where the results of the selection and appointment of civil servants are unlawful in the procedural part. The Merit Systems Protection Commission should have the option to instruct government agencies to reexamine the selection outcomes of civil servants once more through a legally sanctioned process, without necessitating the annulment of the selection results and appointment orders. This would allow for a thorough review of the selection results to determine whether they should remain unchanged. Ultimately, there may be no need to revoke the selection results and appointment orders at all. This approach would contribute to mitigating the impact on a bona fide third party, who has already been appointed.

Keywords : personnel administration, civil servants, Discipline for government officials, appeals, complaints, remedies for damages

1. บทนำ

ข้าราชการพลเรือนสามัญเป็นผู้ที่ปฏิบัติงานในส่วนราชการตามลำดับชั้นของการบังคับบัญชา ซึ่งในการบังคับบัญชาย่อมมีการควบคุมสั่งการเพื่อบริหารทรัพยากรบุคคลให้มีความเหมาะสมกับภารกิจของส่วนราชการ ตั้งแต่การมอบหมายงาน การสั่งย้าย โอน หรือเลื่อนข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น และในกรณีที่ข้าราชการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ในกฎหมายก็อาจมีกรณีที่ต้องออกคำสั่งลงโทษทางวินัยเพื่อย้ำเตือนให้ข้าราชการได้ตระหนักถึงหน้าที่ราชการของตนและปรับปรุงพฤติกรรมการปฏิบัติงานให้ดีขึ้น

อย่างไรก็ตาม บรรดามาตรการในการบริหารงานบุคคลตั้งแต่การมอบหมายงานไปจนถึงการสั่งลงโทษทางวินัยนั้น อาจก่อให้เกิดความคับข้องใจต่อข้าราชการผู้ที่ได้รับคำสั่ง และเกิดเป็นข้อพิพาทระหว่างข้าราชการกับผู้บังคับบัญชาขึ้น ซึ่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้าราชการพลเรือนสามัญ ได้กำหนดวิธีการจัดการข้อพิพาทระหว่างข้าราชการกับผู้บังคับบัญชาไว้ 2 วิธี ได้แก่ การอุทธรณ์และการร้องทุกข์ ซึ่งองค์กรพิจารณาอุทธรณ์ คือ คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (ก.พ.ค.) ส่วนองค์กรพิจารณาร้องทุกข์อาจเป็นผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือขึ้นไป หรืออาจจะเป็นคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมก็ได้ ขึ้นอยู่กับว่าผู้บังคับบัญชาที่เป็นเหตุแห่งการร้องทุกข์นั้นดำรงตำแหน่งระดับใด โดยหากเหตุแห่งการร้องทุกข์เกิดจากหัวหน้าส่วนราชการระดับกรมที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือต่อรัฐมนตรี ปลัดกระทรวง รัฐมนตรีเจ้าสังกัด หรือนายกรัฐมนตรี ให้ร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม แต่หากเหตุแห่งการร้องทุกข์เกิดจากผู้บังคับบัญชาตำแหน่งอื่น ข้าราชการต้องร้องทุกข์ต่อผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือขึ้นไป

เมื่อมีข้อพิพาทจากการออกคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเกิดขึ้นและคำสั่งนั้นมีผลทางกฎหมายหรือได้มีการบังคับการตามคำสั่งนั้นไปแล้ว ก็อาจเป็นไปได้ว่าจะเกิดความเสียหายต่อข้าราชการที่ได้รับคำสั่ง ทั้งความเสียหายที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน และหากภายหลังปรากฏว่า คำสั่งที่พิพาทกันนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จำเป็นที่จะต้องมีการเยียวยาข้าราชการที่ได้รับความเสียหายนั้นด้วย ซึ่งคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 31 (5) มาตรา 120 วรรคหนึ่ง และมาตรา 124 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ออกระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์ หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565 โดยประกาศลงในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 139 ตอนพิเศษ 77 ง วันที่ 1 เมษายน 2565 ซึ่งระเบียบฉบับนี้ได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์และวิธีการเยียวยาผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์ และในบทความชิ้นนี้จะได้วิเคราะห์ต่อไปว่าระเบียบฉบับนี้ยังมีความไม่สมบูรณ์หรือมีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาประการใดหรือไม่ อย่างไร

2. การอุทธรณ์และร้องทุกข์ของข้าราชการพลเรือนสามัญ

2.1 การอุทธรณ์

การอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 นั้น แตกต่างจากการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เนื่องจากการอุทธรณ์ของข้าราชการพลเรือนสามัญตามมาตรา 114 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 จะใช้กับคำสั่งลงโทษทางวินัยตามพระราชบัญญัตินี้หรือคำสั่งให้ออกจากราชการตามมาตรา 110 (1) (3) (5) (6) (7) และ (8) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ดังนั้น การอุทธรณ์จะใช้เฉพาะกับคำสั่งลงโทษทางวินัยและคำสั่งให้ออกจากราชการเท่านั้น มิได้ใช้กับคำสั่งทางปกครองของผู้บังคับบัญชาทุกเรื่อง

(1) วัตถุประสงค์ของการอุทธรณ์

วัตถุประสงค์ของการอุทธรณ์จะต้องเป็นคำสั่งลงโทษทางวินัยทั้ง 5 สถานตามมาตรา 88 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ได้แก่ คำสั่งลงโทษภาคทัณฑ์ คำสั่งลงโทษตัดเงินเดือน คำสั่งลงโทษลดเงินเดือน คำสั่งลงโทษปลดออกจากราชการ และคำสั่งลงโทษไล่ออกจากราชการ ส่วนคำสั่งให้ออกจากราชการตามมาตรา 110 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ที่อาจอุทธรณ์ได้ มีอยู่ด้วยกัน 5 ประเภท ได้แก่ คำสั่งให้ออกจากราชการด้วยเหตุเจ็บป่วยไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ราชการของตนได้โดยสม่ำเสมอ คำสั่งให้ออกจากราชการด้วยเหตุขาดคุณสมบัติทั่วไปตามมาตรา 36 ก. (1) หรือ (3) หรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 36 ข. (1) (3) (6) หรือ (7) คำสั่งให้ออกจากราชการด้วยเหตุไม่สามารถปฏิบัติราชการให้มีประสิทธิภาพและเกิดประสิทธิผลในระดับอันเป็นที่พอใจของทางราชการ คำสั่งให้ออกจากราชการด้วยเหตุหย่อนความสามารถหรือประพฤติดนไม่เหมาะสมและจะเสียหายแก่ทางราชการ คำสั่งให้ออกจากราชการด้วยเหตุมีมลทินมัวหมอง และคำสั่งให้ออกจากราชการด้วยเหตุถูกจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

คำสั่งอื่น ๆ ที่นอกเหนือจากที่กล่าวมาข้างต้นนี้ ไม่อาจเป็นวัตถุประสงค์ของการอุทธรณ์ได้¹ ไม่ว่าจะเป็นการสั่งการที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางวินัย เช่น การสั่งพักราชการ การสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน การว่ากล่าวตักเตือน หรือการสั่งให้ออกจากราชการเพราะไม่ผ่านการทดลองปฏิบัติราชการ คำสั่งเหล่านี้ไม่อาจอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมได้ ส่วนจะร้องทุกข์ได้หรือไม่นั้นจะได้พิจารณาต่อไป

(2) ผลของคำวินิจฉัยอุทธรณ์

โดยที่มาตรา 120 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 บัญญัติให้อำนาจคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมที่จะไม่รับอุทธรณ์ ยกอุทธรณ์ หรือมีคำวินิจฉัยให้แก่

¹ โปรดดู สำนักพิทักษ์ระบบคุณธรรม สำนักงาน ก.พ., “การเขียนอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัยและร้องทุกข์,” วารสารข้าราชการ ปีที่ 50 ฉบับที่ 3, 2548, หน้า 1 (2).

หรือยกเลิก² คำสั่งลงโทษและให้เยียวยาความเสียหายให้ผู้อุทธรณ์ หรือให้ดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมตามระเบียบที่คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมกำหนด แต่จะเพิ่มโทษไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับแจ้งจากคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ตามมาตรา 104 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวว่าควรเพิ่มโทษ ซึ่งต่างจากมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ให้อำนาจผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์เปลี่ยนแปลงคำสั่งได้ทั้งในทางลดหรือเพิ่มภาระก็ได้ ซึ่งการห้ามเพิ่มโทษในชั้นการพิจารณาอุทธรณ์ลักษณะนี้เป็นการนำหลักการห้ามวินิจัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้าย (Verbot der reformatio in peius) มาปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย เนื่องจากผู้ที่อุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองย่อมต้องการบรรเทาผลร้ายของคำสั่งทางปกครองและไม่ต้องการคำวินิจัยอุทธรณ์ที่เป็นผลร้ายยิ่งกว่าเดิม³

นอกจากนี้ กฎ ก.พ.ค. ว่าด้วยการอุทธรณ์และการพิจารณาวินิจัยอุทธรณ์ พ.ศ. 2551 ยังได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการวินิจัยให้แก่ไขหรือยกเลิกคำสั่งลงโทษอีกด้วย โดยในข้อ 86 ของกฎ ก.พ.ค. ฉบับนี้ ได้แยกแยะระหว่างคำสั่งลงโทษทางวินัยหรือคำสั่งให้ออกจากราชการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางแบบพิธีกับคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา โดยหากคำสั่งลงโทษทางวินัยหรือคำสั่งให้ออกจากราชการไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา กล่าวคือ รับฟังไม่ได้ว่าผู้อุทธรณ์กระทำความผิดวินัยหรือการกระทำของผู้อุทธรณ์ไม่เป็นความผิดวินัยหรือไม่มีเหตุที่จะสั่งให้ผู้อุทธรณ์ออกจากราชการ⁴ คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมจะต้องวินิจัยให้ยกโทษทางวินัย⁵ หรือให้ยกเลิกคำสั่งให้ออกจากราชการ แต่หากคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่เพียงในทางแบบพิธี และไม่ว่าคำสั่งนั้นจะมีเนื้อหาที่ถูกต้องหรือไม่

² ในบทความนี้ผู้เขียนจะใช้คำว่า “ยกเลิก” สำหรับการลบคำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม เนื่องจากเป็นถ้อยคำที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ใช้ ซึ่งหากมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายฉบับนี้ ก็ควรพิจารณาจำแนกถ้อยคำที่ใช้สำหรับการลบคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกับการลบคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายให้มีความละเอียดชัดเจน ผู้ที่สนใจประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการจำแนกถ้อยคำที่ใช้สำหรับการลบคำสั่งทางปกครอง อันได้แก่ คำว่า “ยกเลิก” และ “เพิกถอน” โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2554, กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, หน้า 223-225.

³ ทศพร แสงสวัสดิ์, “การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง : ข้อความคิด ข้อสังเกต และข้อเสนอแนะบางประการว่าด้วยการพัฒนาวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทย,” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 22 ฉบับที่ 2, 2565, หน้า 1 (22,24).

⁴ ข้อ 86 ก. (3) และ ข. (3) ของกฎ ก.พ.ค. ว่าด้วยการอุทธรณ์และการพิจารณาวินิจัยอุทธรณ์ พ.ศ. 2551

⁵ คำว่า “ยกโทษ” น่าจะเป็นการใช้คำที่ไม่ตรงกับกรณการลบคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการยกโทษ หมายถึง การไม่เอาโทษสำหรับการกระทำความผิด ซึ่งก็เคยใช้ในกรณีการยกโทษให้แก่พลทหารที่กระทำความผิดฐานหนีทหารตามพระราชบัญญัติยกโทษให้แก่พลทหารที่ได้กระทำความผิดฐานหนีราชการทหาร พุทธศักราช 2489 และพระราชบัญญัติยกโทษและทัณฑ์ให้แก่ทหารกองประจำการซึ่งขาดหรือหนีราชการ พ.ศ. 2526 หรือยกโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดฐานเกณฑ์แรงงานตามพระราชบัญญัติยกโทษให้แก่ผู้ที่ได้กระทำความผิดต่อกฎหมายเกี่ยวกับการเกณฑ์แรงงาน พุทธศักราช 2488 แต่ในกรณีนี้ผู้อุทธรณ์ที่ได้รับการยกโทษมิได้กระทำความผิดวินัยข้าราชการเลย แล้วจะมีการยกโทษให้แก่บุคคลที่ไม่มีความผิดและไม่ต้องรับโทษได้อย่างไร

คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมจะมีคำวินิจฉัยให้ยกเลิกคำสั่งลงโทษและให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการตามกระบวนการขั้นตอนใหม่ให้ถูกต้อง⁶

นอกจากอำนาจในการแก้ไขหรือยกเลิกคำสั่งลงโทษทางวินัยและคำสั่งให้ออกจากราชการแล้ว คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมยังมีอำนาจเชิงรุกในการสั่งให้เยียวยาความเสียหายให้ผู้ถูกลงโทษ หรือให้ดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมตามมาตรา 120 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ได้อีกด้วย

2.2 การร้องทุกข์

(1) วัตถุประสงค์การร้องทุกข์

ในกรณีที่ข้าราชการพลเรือนสามัญมีความคับข้องใจจากการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติต่อตนของผู้บังคับบัญชา และเป็นกรณีที่ไม่ว่าจะอุทธรณ์ได้ ข้าราชการผู้นั้นจะต้องใช้วิธีการร้องทุกข์เพื่อขจัดความคับข้องใจดังกล่าว⁷ ซึ่งการร้องทุกข์เป็นเครื่องมือสำหรับบุคลากรที่จะใช้ในการแสดงออกถึงความไม่พอใจในการบริหารงานอย่างเป็นทางการ หากไม่มีเครื่องมือนี้บุคลากรก็จะแสวงหาวิธีการอื่นในการแสดงออกซึ่งความไม่พอใจหรือลาออกไป⁸ เมื่อเป็นเช่นนี้ วัตถุประสงค์การร้องทุกข์จึงย่อมต้องมีขอบเขตที่กว้างกว่าวัตถุประสงค์การอุทธรณ์ที่จำกัดเฉพาะคำสั่งลงโทษทางวินัยและคำสั่งให้ออกจากราชการเท่านั้น โดยวัตถุประสงค์การร้องทุกข์มีได้ทั้งคำสั่งมอบหมายงาน คำสั่งย้าย การคัดเลือกข้าราชการเพื่อดำรงตำแหน่งต่าง ๆ การสั่งพักราชการหรือการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน ฯลฯ ซึ่งสาระสำคัญของวัตถุประสงค์การร้องทุกข์จะต้องเกิดจากการกระทำหรืองดเว้นกระทำของผู้บังคับบัญชาเท่านั้น ไม่รวมถึงการกระทำขององค์กรอื่น⁹ แต่มีข้อยกเว้นสำหรับการกระทำของผู้บังคับบัญชาบางประการที่ไม่อาจร้องทุกข์ได้ ได้แก่ คำสั่งให้ออกจากราชการด้วยเหตุไม่ผ่านการทดลองปฏิบัติราชการตามมาตรา 59 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 เนื่องจากคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมได้ตีความผู้มีสิทธิร้องทุกข์ว่า ผู้ที่มีสิทธิร้องทุกข์จะต้องมีสถานภาพเป็นข้าราชการอยู่ในขณะที่ร้องทุกข์ ข้าราชการที่ถูกสั่งให้ออกจากราชการที่ไม่มีสถานภาพเป็นข้าราชการไปแล้วจึงไม่มีสิทธิร้องทุกข์ตามมาตรา 122 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 แต่ต้องใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติ

⁶ ข้อ 86 ก. (2) และ ข. (2) ของกฎ ก.พ.ค. ว่าด้วยการอุทธรณ์และการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ พ.ศ. 2551; สำนักพิทักษ์ระบบคุณธรรม สำนักงาน ก.พ., “ยกเลิกคำสั่งแล้วดำเนินการใหม่,” รวมบทความ ก.พ.ค. ขอบอก เล่ม 3, (กรุงเทพฯ : สำนักงาน ก.พ., 2557), หน้า 92-93.

⁷ โปรดดู มาตรา 122 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

⁸ ถวัลย์ ศิลปกิจ, การบริหารบุคคล, 2503, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 176.

⁹ สำนักพิทักษ์ระบบคุณธรรม สำนักงาน ก.พ., “เรื่องร้องทุกข์ที่ไม่อยู่ในอำนาจของ ก.พ.ค.,” รวมบทความ ก.พ.ค. ขอบอก, (กรุงเทพฯ : สำนักงาน ก.พ., 2556), หน้า 98-99.

วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539¹⁰ ซึ่งผู้เขียนสันนิษฐานว่า คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมได้อาศัยถ้อยคำของมาตรา 59 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ที่ว่า ผู้ใดถูกสั่งให้ออกจากราชการตามวรรคสอง “ให้ถือเสมือนว่าผู้นั้นไม่เคยเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ” โดยตีความว่า เมื่อถือเสมือนว่าผู้ที่ถูกสั่งให้ออกจากราชการไม่เคยเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ ย่อมหมายความว่า ความคับข้องใจใด ๆ ที่เกิดขึ้นก่อนหน้านั้นย่อมมิใช่ความคับข้องใจที่เกิดขึ้นในระหว่างเป็นข้าราชการอีกต่อไปแล้ว จึงไม่มีสิทธิร้องทุกข์ แต่สำหรับการร้องทุกข์ภายหลังจากที่ข้าราชการพ้นจากสถานภาพข้าราชการในกรณีอื่น ๆ นอกจากกรณีข้างต้น น่าจะต้องถือว่าผู้ที่มีความคับข้องใจเป็นผู้มีสิทธิร้องทุกข์อยู่¹¹

(2) ผลของคำวินิจฉัยร้องทุกข์

เนื่องด้วยเหตุแห่งการร้องทุกข์นั้นมีหลากหลาย อำนาจในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยร้องทุกข์จึงมีขอบเขตที่กว้างตามไปด้วย โดยมาตรา 124 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 กำหนดไว้อย่างกว้าง ๆ ว่า ให้คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมมีอำนาจไม่รับเรื่องร้องทุกข์ ยกคำร้องทุกข์ หรือมีคำวินิจฉัยให้แก้ไขหรือยกเลิกคำสั่ง และให้เยียวยาความเสียหายให้ผู้ร้องทุกข์ หรือให้ดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมตามระเบียบที่คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมกำหนด ซึ่งตัวอย่างคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมนั้นแบ่งออกตามกรณีที่ร้องทุกข์ได้หลากหลาย เช่น กรณีร้องทุกข์เกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่ง คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมอาจสั่งให้ยกเลิกคำสั่งแต่งตั้งผู้ที่ได้รับคัดเลือก และสั่งให้มีการคัดเลือกใหม่ได้¹² หรือจะสั่งให้เสนอชื่อผู้ร้องทุกข์เพื่อพิจารณาแต่งตั้งต่อไปก็ได้¹³ หรือกรณีร้องทุกข์เกี่ยวกับคำสั่งย้าย คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมอาจสั่งให้ยกเลิกคำสั่งย้ายและให้ผู้ร้องทุกข์กลับไปดำรงตำแหน่งเดิม¹⁴ ซึ่งผลของคำวินิจฉัยร้องทุกข์ก็จะผันแปรไปตามเหตุแห่งทุกข์ของผู้ร้องทุกข์ว่า คำวินิจฉัยเช่นใดจะจัดทุกข์ให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้

¹⁰ สำนักพิทักษ์ระบบคุณธรรม สำนักงาน ก.พ., “ผู้ไม่ผ่านการทดลองปฏิบัติหน้าที่ราชการมีสิทธิร้องทุกข์หรือไม่,” รวมบทความ ก.พ.ค. ขอบอก (กรุงเทพฯ : สำนักงาน ก.พ., 2556), หน้า 105-107.

¹¹ สำนักพิทักษ์ระบบคุณธรรม สำนักงาน ก.พ., “ผู้ร้องทุกข์ต้องเป็นข้าราชการพลเรือนขณะยื่นคำร้องทุกข์หรือไม่,” รวมบทความ ก.พ.ค. ขอบอก เล่ม 4, (กรุงเทพฯ : สำนักงาน ก.พ., 2559), หน้า 91.

¹² สำนักพิทักษ์ระบบคุณธรรม สำนักงาน ก.พ., “การคัดเลือกข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งระดับเชี่ยวชาญโดยไม่เป็นธรรม,” รวมบทความ ก.พ.ค. ขอบอก เล่ม 3, (กรุงเทพฯ : สำนักงาน ก.พ., 2557), หน้า 69-70.

¹³ คำวินิจฉัยร้องทุกข์ เรื่องคำที่ 5820116 และเรื่องแดงที่ 0192258 [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://bit.ly/3AqDbx3> เมื่อ 6 กันยายน 2565

¹⁴ สำนักพิทักษ์ระบบคุณธรรม สำนักงาน ก.พ., “มีอำนาจย้ายแต่ไม่ควรย้าย,” รวมบทความ ก.พ.ค. ขอบอก เล่ม 3, (กรุงเทพฯ : สำนักงาน ก.พ., 2557), หน้า 71-72.

ทั้งนี้ ในกรณีที่ผู้อุทธรณ์หรือผู้ร้องทุกข์ได้รับความเสียหาย และการวินิจฉัยให้ยกโทษหรือแก้ไขหรือยกเลิกคำสั่งนั้นไม่เพียงพอต่อการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมมีอำนาจที่จะดำเนินการตามมาตรา 120 และมาตรา 124 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 เพื่อเยียวยาความเสียหายให้ผู้อุทธรณ์หรือผู้ร้องทุกข์ หรือให้ดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ซึ่งจะได้อธิบายสาระสำคัญและวิเคราะห์ระเบียบที่ออกตามความในมาตรานี้ในส่วนต่อไป

3. สาระสำคัญของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565

ระเบียบฉบับนี้แบ่งออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ บททั่วไป การเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ร้องทุกข์

3.1 สาระสำคัญของบททั่วไป

ในบททั่วไปกำหนดหลักการเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายให้กับผู้อุทธรณ์หรือผู้ร้องทุกข์ว่าให้เริ่มเมื่อใดและขอบเขตในการเยียวยา มีเพียงใด โดยการเยียวยานั้นให้เริ่มเมื่อผู้บังคับบัญชาได้รับแจ้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม โดยไม่ต้องพิจารณาว่ามีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองและคดีถึงที่สุดแล้วหรือไม่ เว้นแต่คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมจะมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความเสียหายไว้เป็นอย่างอื่น¹⁵ สำหรับขอบเขตการเยียวยาความเสียหายให้เยียวยาได้จนถึงขณะที่ผู้อุทธรณ์หรือผู้ร้องทุกข์ยังอาจเป็นข้าราชการได้ เช่น กรณีผู้อุทธรณ์หรือผู้ร้องทุกข์พ้นจากราชการด้วยเหตุเกษียณอายุหรือตายให้เยียวยาได้จนถึงวันสุดท้ายที่ผู้อุทธรณ์หรือผู้ร้องทุกข์อาจเป็นข้าราชการได้ (ถึงวันสิ้นปีงบประมาณที่ครบกำหนดเกษียณอายุหรือถึงวันที่ถึงแก่ความตาย)¹⁶ นอกจากนี้ ในบททั่วไปยังได้กำหนดระยะเวลาในการเริ่มเยียวยาไว้ด้วย ในกรณีของการอุทธรณ์ จะต้องเยียวยาให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่ได้รับคำวินิจฉัย แต่ในกรณีของการร้องทุกข์ จะต้องเริ่มเยียวยาในโอกาสแรกที่สามารถกระทำได้ และมีระยะเวลาหนึ่งปีเป็นระยะเวลาดำเนินการขึ้นสูง¹⁷

¹⁵ ข้อ 6 ข้อ 8 และข้อ 9 ของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์ หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565

¹⁶ ข้อ 7 ของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565

¹⁷ ข้อ 8 และข้อ 9 ของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565

3.2 สารสำคัญของกรณีเยียวความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์

(1) การคืนสถานะเดิมให้กับผู้อุทธรณ์

ในกรณีที่ผู้อุทธรณ์ถูกสั่งลงโทษปลดออกหรือไล่ออกจากราชการ หรือถูกสั่งให้ออกจากราชการ และคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมมีคำวินิจฉัยให้ยกเลิกคำสั่งดังกล่าว ผู้บังคับบัญชาจะต้องสั่งยกเลิกคำสั่งลงโทษทางวินัยหรือคำสั่งให้ออกจากราชการ และสั่งให้ผู้อุทธรณ์กลับเข้ารับราชการตามหลักเกณฑ์ที่ ก.พ. กำหนด¹⁸ โดยในกรณีที่ผู้อุทธรณ์ไม่ได้กระทำความผิดวินัยเลย และคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมมีคำวินิจฉัยให้ยกโทษ จะต้องถือเสมือนว่าผู้อุทธรณ์ไม่เคยถูกลงโทษทางวินัยมาก่อนเลย การยกเลิกคำสั่งลงโทษทางวินัยหรือคำสั่งให้ออกจากราชการจึงต้องให้มีผลย้อนหลังเสมอ¹⁹

(2) การเยียวความเสียหายที่เป็นตัวเงิน

ความเสียหายที่เป็นตัวเงินแบ่งออกเป็นเงินที่ผู้อุทธรณ์ไม่ต้องยื่นคำขอเพื่อเยียวกับเงินที่ผู้อุทธรณ์ต้องยื่นคำขอเพื่อเยียว โดยเงินเดือน การเลื่อนเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง และเงินค่าตอบแทนอื่นนอกเหนือจากเงินเดือน เป็นเงินที่ผู้อุทธรณ์ไม่ต้องยื่นคำขอ ส่วนเงินค่ารักษาพยาบาล ค่าเช่าบ้าน ค่าเล่าเรียนบุตร ผู้อุทธรณ์จะต้องยื่นคำขอ²⁰ ซึ่งการเยียวสิทธิประโยชน์ที่เป็นตัวเงินนั้นระเบียบฉบับนี้กำหนดให้เป็นไปตามกฎหรือระเบียบที่ ก.พ. กรมบัญชีกลาง และกระทรวงการคลังกำหนด²¹

(3) การเยียวความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน

ระเบียบฉบับนี้กำหนดให้ผู้อุทธรณ์ใช้ผลงานที่มีอยู่ก่อนวันออกจากราชการ และไม่เคยใช้ในการประเมินใด ๆ มาใช้ประเมินเพื่อเลื่อนระดับตำแหน่งหรือเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งได้²² ส่วนความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินในกรณีอื่น ๆ คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมมีอำนาจกำหนดวิธีการเยียวได้เป็นรายกรณี ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ²³

¹⁸ ข้อ 10 ของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์ หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565

¹⁹ ข้อ 77 (1) ของกฎ ก.พ. ว่าด้วยการดำเนินการทางวินัย พ.ศ. 2556; สำนักงาน ก.พ., การดำเนินการทางวินัยของข้าราชการพลเรือนสามัญตามกฎหมาย ก.พ. ว่าด้วยการดำเนินการทางวินัย พ.ศ. 2556, นนทบุรี : สำนักงาน ก.พ., 2557, หน้า 39.

²⁰ ข้อ 11 ของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์ หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565

²¹ ข้อ 12 ของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์ หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565

²² ข้อ 13 ของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์ หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565

²³ ข้อ 14 ของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์ หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565

3.3 สารสำคัญของ การเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ร้องทุกข์

(1) การเยียวยาในกรณีทั่วไป

เนื่องจากเรื่องร้องทุกข์มีสาเหตุส่วนใหญ่มาจากการกระทำและงดเว้นกระทำของผู้บังคับบัญชา ดังนั้น การเยียวยาผู้ร้องทุกข์ก็กระทำได้โดยการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมที่ให้ยกเลิกหรือแก้ไขคำสั่งของผู้บังคับบัญชา หรือที่กำหนดให้ผู้บังคับบัญชากระทำหรืองดเว้นกระทำการใด ๆ²⁴

(2) การเยียวยากรณีคำสั่งพักราชการหรือคำสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน

ผู้บังคับบัญชาจะต้องสั่งให้ผู้ที่ถูกสั่งพักราชการ หรือถูกสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน กลับเข้าปฏิบัติราชการหรือกลับเข้ารับราชการแล้วแต่กรณี ส่วนการรับเงินเดือนและสิทธิประโยชน์ให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด²⁵

(3) การเยียวยาความเสียหายในกรณีอื่น ๆ

สำหรับความเสียหายในกรณีอื่น ๆ นอกเหนือจากที่ระเบียบกำหนดไว้แล้ว คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมมีอำนาจกำหนดวิธีการเยียวยาได้เป็นรายกรณี ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ เช่นเดียวกับการเยียวยาความเสียหายให้กับผู้อุทธรณ์²⁶

4. ข้อวิเคราะห์ระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์ หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565

4.1 ข้อวิเคราะห์ในบททั่วไป

มีข้อพิจารณาในเบื้องต้นว่า การขอเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์หรือผู้ร้องทุกข์ตามระเบียบนี้ ผู้อุทธรณ์หรือผู้ร้องทุกข์จำเป็นที่จะต้องจัดทำมาพร้อมกับคำอุทธรณ์และคำร้องทุกข์หรือไม่ เนื่องจากตามข้อ 27 (4) ของกฎ ก.พ.ค. ว่าด้วยการอุทธรณ์และการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ พ.ศ. 2551 และข้อ 8 (4) ของกฎ ก.พ.ค. ว่าด้วยการร้องทุกข์และการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ พ.ศ. 2551 กำหนดว่า ในคำอุทธรณ์หรือคำร้องทุกข์จะต้องมีคำขอของผู้อุทธรณ์หรือคำขอของผู้ร้องทุกข์ว่า ต้องการให้คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมหรือผู้มีอำนาจพิจารณาเรื่องร้องทุกข์มีคำวินิจฉัยอย่างไร ในประเด็นนี้เมื่อพิจารณาข้อ 11 ของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ ที่จำแนกการเยียวยาความเสียหายที่เป็นตัวเงินออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ การเยียวยาความเสียหายประเภทที่ไม่ต้องยื่นคำขอ แต่เป็นหน้าที่ที่ผู้บังคับบัญชา

²⁴ ข้อ 15 ของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์ หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565

²⁵ ข้อ 16 ของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์ หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565

²⁶ ข้อ 17 ของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์ หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565

จะต้องดำเนินการเยียวยาความเสียหายให้ และการเยียวยาความเสียหายประเภทที่ต้องยื่นคำขอต่อผู้บังคับบัญชา ซึ่งเมื่อระเบียบฉบับนี้ได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาในการเยียวยาความเสียหายตามคำวินิจฉัย ของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมและการยื่นคำขอรับการเยียวยาความเสียหายต้องยื่นต่อผู้บังคับบัญชา ภายหลังจากที่คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมมีคำวินิจฉัย จึงเป็นที่แน่ชัดว่า ในคำอุทธรณ์ไม่จำเป็นต้องยื่นคำขอให้มีการเยียวยาความเสียหาย แต่การเยียวยาความเสียหายและการยื่นคำขอให้มีการเยียวยา ความเสียหายจะเป็นกระบวนการพิจารณาและดำเนินการภายหลังจากที่คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์แล้ว โดยมีได้รวมอยู่ในคำวินิจฉัยอุทธรณ์

การกำหนดให้เริ่มดำเนินการเยียวยาได้ทันทีแม้ว่าจะมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองอยู่ เป็นการแสดงออกถึงการแบ่งแยกระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายตุลาการอย่างชัดเจน ที่ต่างฝ่ายต่างก็มีอำนาจ ดำเนินการในส่วนของตนเอง และโดยหลักแล้ว ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการริเริ่มดำเนินกิจการทางปกครองได้ ด้วยตนเองตามที่ตนมีอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องรอให้องค์กรใดสั่งการ²⁷

อย่างไรก็ตาม การที่ระเบียบฉบับนี้กล่าวถึงการเยียวยาในระหว่างการฟ้องคดี ต่อศาลปกครองนั้น มีข้อพิจารณาว่าจะเกิดขึ้นในกรณีใดบ้าง ดังนี้

(1) กรณีการยกเลิกคำสั่งลงโทษทางวินัยและยกเลิกคำสั่งให้ออกจากราชการ

เมื่อคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมมีคำวินิจฉัยให้ยกเลิกคำสั่งลงโทษ ทางวินัยหรือมีคำวินิจฉัยให้ยกเลิกคำสั่งให้ออกจากราชการ ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยที่เป็นไปในทางที่เป็นคุณ แก่ผู้อุทธรณ์ กรณีนี้ผู้อุทธรณ์ย่อมพอใจในผลของคำวินิจฉัยอุทธรณ์และไม่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย จากคำวินิจฉัยอุทธรณ์ จึงไม่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ส่วนผู้บังคับบัญชาที่มีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตาม คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมก็ไม่ใช่ว่าผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย ที่อาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เช่นเดียวกัน²⁸ ในกรณีนี้จึงเริ่มการเยียวยาทันทีและคณะกรรมการ พิทักษ์ระบบคุณธรรมไม่อาจวินิจฉัยเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายเป็นอย่างอื่นได้

(2) กรณีให้แก้ไขคำสั่งลงโทษทางวินัย

ในกรณีที่คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมไม่ได้ยกเลิกคำสั่งลงโทษทางวินัย แต่ให้แก้ไขคำสั่งลงโทษทางวินัยไปในทางที่เป็นคุณแก่ผู้ฟ้องคดี เช่น ลดระดับโทษจากไล่ออกจากราชการ เป็นปลดออกจากราชการ ลดระดับโทษจากลดเงินเดือนเป็นตัดเงินเดือน หรือลดฐานความผิดจากความผิดวินัย อย่างร้ายแรงเป็นความผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรง ซึ่งก็ต้องมีการเยียวยาผู้อุทธรณ์ แต่ก็เป็นไปได้ว่าผู้อุทธรณ์

²⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2554, กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, หน้า 11-12.

²⁸ โปรดดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 897/2557 กรณีกรุงเทพมหานครฟ้องขอให้ศาลเพิกถอน คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมกรุงเทพมหานคร

เห็นว่า ตนเองไม่ได้กระทำความผิดวินัยและนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครอง ในกรณีนี้จึงอาจเกิดการเยียวยาผู้อุทธรณ์ ในระหว่างที่คดีในศาลปกครองยังไม่ถึงที่สุดได้ ซึ่งผลแห่งคดีในท้ายที่สุดอาจเป็นไปได้ที่ศาลปกครอง จะพิพากษายืนยันทันที ผู้อุทธรณ์กระทำความผิดวินัยตามที่ถูกลงกล่าวหาจริงและยกฟ้อง แต่ศาลปกครองไม่มีอำนาจ เพิ่มโทษทางวินัยเป็นประการอื่น ดังนั้น ผู้บังคับบัญชาจึงต้องเยียวยาผู้อุทธรณ์ตามที่คณะกรรมการ พิจารณาระบบคุณธรรมมีคำวินิจฉัยทันทีและคณะกรรมการพิจารณาพิทักษ์ระบบคุณธรรมก็ไม่อาจวินิจฉัยเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายเป็นอย่างอื่นได้ เพราะไม่มีปัจจัยที่จะเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ พิจารณาระบบคุณธรรมให้เป็นอย่างอื่นไปได้ นอกเสียจากศาลปกครองจะมีคำพิพากษาเพิกถอนคำวินิจฉัย ของคณะกรรมการพิจารณาพิทักษ์ระบบคุณธรรม เพราะผู้ฟ้องคดีไม่ได้กระทำความผิดวินัยเลย ซึ่งในกรณีหลังนี้ ผู้บังคับบัญชาจะต้องเยียวยาเพิ่มเติมไปจากที่คณะกรรมการพิจารณาพิทักษ์ระบบคุณธรรมมีคำวินิจฉัยเพื่อให้ เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครอง เช่น คณะกรรมการพิจารณาพิทักษ์ระบบคุณธรรมมีคำวินิจฉัยให้ลดโทษ ผู้อุทธรณ์จากลดเงินเดือนร้อยละ 5 เป็นตัดเงินเดือนร้อยละ 3 เป็นเวลา 3 เดือน ซึ่งการเยียวยาในชั้นคำวินิจฉัย ของคณะกรรมการพิจารณาพิทักษ์ระบบคุณธรรม ผู้บังคับบัญชาจะต้องคืนเงินที่ผู้อุทธรณ์ถูกลดไปให้ทั้งหมด และเริ่มตัดเงินเดือนในเดือนที่มีคำสั่ง แต่เมื่อต่อมาศาลปกครองมีคำพิพากษาว่า ผู้อุทธรณ์ไม่ได้กระทำความผิดวินัย ผู้บังคับบัญชาจะต้องเยียวยาเพิ่มเติมโดยการคืนเงินเดือนที่ตัดไปตามคำสั่งลงโทษทางวินัยในครั้งหลังให้กับ ผู้อุทธรณ์เสีย ซึ่งจะเห็นได้ว่าการเยียวยาในชั้นของคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาพิทักษ์ระบบคุณธรรมนั้น ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องรอคำพิพากษาที่ถึงที่สุด

(3) การเยียวยาความเสียหายกรณีร้องทุกข์

(ก) กรณีการกระทำหรือคำสั่งที่มีผลต่อบุคคลเพียงรายเดียว

ในกรณีที่การกระทำหรือคำสั่งที่มีผลกระทบต่อตัวผู้ร้องทุกข์ แต่เพียงผู้เดียว เช่น การประเมินผลการปฏิบัติราชการและเลื่อนเงินเดือนผู้ร้องทุกข์ไม่เป็นธรรม หรือมีคำสั่ง มอบหมายงาน หรือคำสั่งย้ายผู้ร้องทุกข์โดยไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด การกระทำที่มีผลกระทบต่อตัวผู้ร้องทุกข์เพียงผู้เดียวนั้น เมื่อมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาพิทักษ์ระบบคุณธรรมให้ยกเลิกหรือให้แก้ไข การกระทำนั้น ผู้ร้องทุกข์ก็จะได้รับการเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหาย และแม้ผู้ร้องทุกข์จะไม่พอใจ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาพิทักษ์ระบบคุณธรรมที่ให้การเยียวยาไม่ครบถ้วนและนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครอง การเยียวยาเพิ่มเติมตามคำพิพากษาของศาลก็ย่อมไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลอื่นแต่อย่างใด เช่น ผู้ร้องทุกข์ได้รับการประเมินผลการปฏิบัติราชการในระดับต้องปรับปรุงและไม่ได้รับการเลื่อนเงินเดือน จึงร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการพิจารณาพิทักษ์ระบบคุณธรรม ซึ่งคณะกรรมการพิจารณาพิทักษ์ระบบคุณธรรมวินิจฉัยให้ผู้ร้องทุกข์ ได้รับผลการประเมินในระดับดีและได้รับเลื่อนเงินเดือนตามผลการประเมิน แต่ผู้ร้องทุกข์เห็นว่า ตนควรได้รับ ผลการประเมินระดับดีมาก และฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งเลื่อนเงินเดือนในระดับดีนั้น หากศาลปกครองพิพากษาว่า การประเมินให้ผู้ร้องทุกข์ได้รับผลการประเมินระดับดีไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากผู้ร้องทุกข์ต้องได้รับการประเมินระดับดีมากและให้เพิกถอนคำสั่งเลื่อนเงินเดือนผู้ร้องทุกข์

ในระดับดี ผู้บังคับบัญชาเพียงแต่ต้องดำเนินการประเมินให้ผู้ฟ้องคดีได้รับการประเมินและเลื่อนเงินเดือนในระดับดีมากเพิ่มเติมจากที่คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมได้วินิจฉัยไว้โดยไม่มีผลกระทบต่อบุคคลอื่น

(ข) การกระทำหรือคำสั่งที่มีผลต่อบุคคลหลายคนเกี่ยวเนื่องกัน

ในกรณีที่คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการคัดเลือกข้าราชการเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ โดยให้ยกเลิกประกาศรายชื่อผู้ได้รับคัดเลือกหรือให้ยกเลิกคำสั่งแต่งตั้งผู้ที่ได้รับคัดเลือก เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ร้องทุกข์ได้เข้าสู่กระบวนการคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งในครั้งนั้นใหม่อีกครั้ง ก็จะเกิดกรณีที่มีการเยียวยาผู้ร้องทุกข์ในระหว่างที่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ ในกรณีนี้ผู้ร้องทุกข์จะไม่ใช้ผู้ฟ้องคดี ในทางกลับกันจะเป็นฝ่ายผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมที่เป็นผู้ฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำวินิจฉัยที่ให้ยกเลิกคำสั่งในกระบวนการคัดเลือก เช่น ข้าราชการ 5 รายแข่งขันกันเข้าสู่ตำแหน่งที่มีจำนวนจำกัดเพียง 4 ตำแหน่ง ข้าราชการรายที่ 1 - 4 เป็นผู้ได้รับคัดเลือกและได้รับแต่งตั้ง ข้าราชการรายที่ 5 ที่ไม่ได้รับคัดเลือกได้ร้องทุกข์ว่าการคัดเลือกลักษณะนั้นไม่เป็นธรรม ไม่เป็นไปตามระบบคุณธรรมตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมพิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นเช่นนั้นจริง จึงให้ยกเลิกประกาศรายชื่อผู้ได้รับคัดเลือกและให้ยกเลิกคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการรายที่ 1 - 4 และให้ดำเนินการคัดเลือกใหม่อีกครั้ง ข้าราชการรายที่ 1 - 4 ที่ต้องการรักษาสถานะของตนย่อมไม่พอใจและนำคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมไปฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อให้ศาลเพิกถอนคำวินิจฉัยนั้นเสีย และตนจะได้ดำรงตำแหน่งนั้นอยู่ต่อไปได้ ซึ่งความสัมพันธ์ในลักษณะนี้มีความยุ่งยากซับซ้อนอย่างมาก โดยในด้านหนึ่งการวินิจฉัยให้ยกเลิกประกาศรายชื่อผู้ได้รับคัดเลือกและยกเลิกคำสั่งแต่งตั้งเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องกระทำเพื่อเยียวยาผู้ร้องทุกข์ให้มีโอกาสเข้าสู่กระบวนการคัดเลือกอย่างถูกต้อง เป็นธรรม เพราะหากไม่ยกเลิกคำสั่งแต่งตั้งตำแหน่งที่ผู้ร้องทุกข์มุ่งหวังจะเข้าดำรงตำแหน่งก็ยังไม่ว่างอยู่²⁹ แต่ในอีกด้านหนึ่งนั้น การเยียวยาผู้ร้องทุกข์โดยทันทีอาจก่อให้เกิดความวุ่นวายในระบบราชการเป็นอย่างมาก เนื่องจากการแต่งตั้งข้าราชการให้ไปดำรงตำแหน่งอื่นในคราวหนึ่ง ย่อมที่จะต้องมีการแต่งตั้งผู้อื่นให้เข้ามาดำรงตำแหน่งแทนที่ด้วย มิเช่นนั้น ตำแหน่งที่ว่างอยู่จะไม่มีผู้ปฏิบัติภารกิจของตำแหน่งนั้น และเมื่อมีการยกเลิกคำสั่งแต่งตั้ง ย่อมส่งผลกระทบต่อผู้ที่ถูกยกเลิกคำสั่งแต่งตั้งที่อาจไม่มีตำแหน่งเดิมให้กลับมาประจำอยู่อีกแล้ว³⁰ และก็อาจจะเป็นไปได้ดีกว่า เมื่อได้ดำเนินการคัดเลือกข้าราชการใหม่ในครั้งหลังตามคำพิพากษาของศาลปกครองแล้ว ข้าราชการรายเดิมที่ถูกเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งไปก็ยังคงเป็นผู้ที่ได้รับคัดเลือกอยู่ดี

²⁹ การแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งใด จะกระทำได้อีกต่อเมื่อตำแหน่งนั้นว่างอยู่เท่านั้น โปรดดูหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0202/ว 48 ลงวันที่ 8 กรกฎาคม 2530 เรื่อง การออกคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการล่วงหน้า

³⁰ นิติกร ชัยวิเศษ, “ความไม่เหมาะสมในการนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้กับการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 48 ฉบับที่ 2, 2562, หน้า 248 (261).

เนื่องจากการคัดเลือกข้าราชการเพื่อแต่งตั้งเป็นการพิจารณาทางปกครองที่ผู้บังคับบัญชามีดุลพินิจวินิจฉัยที่จะประเมินคุณสมบัติและความเหมาะสมของข้าราชการที่ต้องอาศัยการสังเกตและการประเมินเฉพาะตัวของผู้บังคับบัญชาที่องค์กรอื่นไม่ว่าจะเป็นคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมหรือศาลปกครองก็ไม่อาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบได้อย่างเต็มที่³¹ ซึ่งถ้าหากการให้เหตุผลประกอบการใช้ดุลพินิจอย่างหนึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้บังคับบัญชาก็อาจให้เหตุผลประกอบการใช้ดุลพินิจเป็นอย่างอื่นที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อคัดเลือกข้าราชการรายเดิมก็ได้ โอกาสที่ผู้ร้องทุกข์จะต้องเป็นผู้ได้รับคัดเลือกอย่างแน่นอนจึงมีน้อยมาก โดยจะต้องเป็นกรณีที่ผู้ร้องทุกข์เป็นเพียงผู้เดียวที่มีคุณสมบัติเหมาะสมกับตำแหน่งนั้น และการคัดเลือกบุคคลอื่นไม่ว่าด้วยเหตุผลใด ๆ จะทำให้การคัดเลือกนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น³²

จากข้อเท็จจริงข้างต้น การเยียวยาความเสียหายให้กับผู้ร้องทุกข์ในกรณีของคำสั่งที่มีผลกระทบต่อบุคคลหลายรายในคราวเดียวกันดังเช่นการประกาศผลการคัดเลือกและคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งนี้ คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมควรซึ่งนำหลักความร้ายแรงแห่งกรณีว่า ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการพิจารณาคัดเลือกนั้นเกิดขึ้นในขั้นตอนใด หากความไม่ชอบด้วยกฎหมายในการคัดเลือกเกิดขึ้นในทางเนื้อหา เช่น การใช้ดุลพินิจคัดเลือกไม่ได้อาศัยความรู้ความสามารถเป็นเกณฑ์ แต่ใช้เหตุผลทางการเมืองเป็นเหตุผลในการคัดเลือกผู้ใดผู้หนึ่ง หรือการคัดเลือกเป็นไปโดยทุจริตในกรณีเช่นนี้ คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมอาจวินิจฉัยให้ยกเลิกประกาศผลการคัดเลือกและคำสั่งแต่งตั้งและให้ดำเนินการคัดเลือกใหม่ในทันทีได้ เนื่องจากข้อเท็จจริงปรากฏชัดแล้วว่า ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งมิได้ผ่านการคัดเลือกที่อาศัยความรู้ความสามารถเป็นเกณฑ์ ย่อมไม่มีคุณสมบัติเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งนั้นอยู่ต่อไป แต่ในทางกลับกัน หากการประกาศผลการคัดเลือกและคำสั่งแต่งตั้งมีข้อบกพร่องในทางแบบพิธี เช่น องค์ประชุมหรือองค์ประกอบของคณะกรรมการที่พิจารณาไม่ครบถ้วน หรือผู้ร้องทุกข์ถูกตัดสิทธิในการเข้าสู่กระบวนการคัดเลือกโดยไม่เป็นธรรม ในกรณีที่ความบกพร่องเกิดขึ้นกับแบบพิธีเช่นนี้ ยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่า ผู้ที่ได้รับคัดเลือกเป็นผู้ที่ไม่มีความเหมาะสมที่จะเข้าสู่ตำแหน่งนั้นจริงหรือไม่ คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมอาจใช้อำนาจตามข้อ 6 ประกอบข้อ 14 ของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยา กำหนดเรื่องการเยียวยาความเสียหายเป็นอย่างอื่น โดยอาจไม่ยกเลิกประกาศผลการคัดเลือกและคำสั่งแต่งตั้งในทันที แต่วินิจฉัยให้ผู้บังคับบัญชาดำเนินการคัดเลือกใหม่ให้ถูกต้อง โดยใช้สถานการณ์เงื่อนไข และผลงานของข้าราชการที่เข้ารับการคัดเลือกอย่างเดียวกันกับการคัดเลือกครั้งก่อน และกำหนดเงื่อนไขว่า หากข้าราชการรายเดิมได้รับการคัดเลือก ก็จะไม่ยกเลิกคำสั่งแต่งตั้งฉบับเดิม แต่หากผลการคัดเลือก

³¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2554, กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, หน้า 86-87.

³² Battis, Ulrich, Bundesbeamtengesetz, 5. Auflage, (München : C.H. Beck, 2017), § 22, Rn. 30-31; ซึ่งในกรณีนี้เรียกว่า ดุลพินิจลดลงจนเหลือศูนย์ (Ermessensreduktion auf Null) ที่ผู้บังคับบัญชามีเพียงทางเลือกเดียวที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่อาจวินิจฉัยไปในทางอื่นได้ Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, (München : C.H. Beck, 2011), S. 151.

ตกแก่ข้าราชการรายอื่น ให้ยกเลิกประกาศผลการคัดเลือกและคำสั่งแต่งตั้งฉบับเดิมนับแต่วันที่มีการประกาศผลการคัดเลือกครั้งใหม่นั้น³³ ทั้งนี้ เพื่อรักษาสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ร้องทุกข์ สิทธิของผู้ได้รับคัดเลือกและแต่งตั้ง และระบบการบริหารทรัพยากรบุคคลของส่วนราชการ

4.2 ข้อวิเคราะห์การเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์

(1) กรณีผู้บังคับบัญชาต้องสั่งยกเลิกคำสั่งลงโทษไล่ออกหรือปลดออกจากราชการ หรือสั่งยกเลิกคำสั่งให้ออกจากราชการตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม

ข้อ 10 วรรคหนึ่ง ของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ กำหนดให้ผู้บังคับบัญชาต้องสั่งการตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมอีกครั้งหนึ่ง กล่าวคือ เมื่อคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมมีคำวินิจฉัยให้ยกเลิกคำสั่งลงโทษปลดออกหรือไล่ออกจากราชการ หรือยกเลิกคำสั่งให้ออกจากราชการ ผู้บังคับบัญชาจะต้องออกคำสั่งยกเลิกคำสั่งลงโทษปลดออกหรือไล่ออกจากราชการ หรือยกเลิกคำสั่งให้ออกจากราชการ นั้น ตามคำวินิจฉัยดังกล่าวอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งมีข้อพิจารณาว่า จะเป็นการดำเนินการที่ซ้ำซ้อนกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมหรือไม่ เนื่องจากเมื่อคณะกรรมการดังกล่าวได้มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์แล้ว คำวินิจฉัยนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองตามคำนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539³⁴ และย่อมมีผลเป็นการลบล้างคำสั่งลงโทษทางวินัยหรือคำสั่งให้ออกจากราชการที่เป็นคำสั่งทางปกครองเดิมโดยอัตโนมัติ (rechtsgestaltende Wirkung)³⁵ โดยไม่ต้องมีการบังคับการใดเพื่อลบล้างคำสั่งนั้นอีก การที่ระเบียบนี้กำหนดไว้ในลักษณะที่

³³ เหตุที่ผู้เขียนไม่เสนอให้มีการยกเลิกคำสั่งแต่งตั้งโดยให้มีผลย้อนหลังกลับไปในวันที่มีการออกคำสั่งนั้น เนื่องจากหากยกเลิกย้อนหลังกลับไปในวันที่มีคำสั่งจะเกิดประเด็นปัญหาในทางกฎหมายอีกปัญหาหนึ่งขึ้นมาทันที โดยการยกเลิกคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการโดยให้มีผลย้อนหลังย่อมถือเสมือนว่าผู้นั้นไม่เคยดำรงตำแหน่งที่ได้รับแต่งตั้งมาก่อนเลย และถือเสมือนว่าผู้นั้นดำรงตำแหน่งเดิมมาโดยตลอด ปัญหาจึงเกิดขึ้นในกรณีที่บุคคลมาดำรงตำแหน่งเดิมแทนผู้ที่ได้รับแต่งตั้งไปแล้ว จะถือว่าผู้ที่ได้รับแต่งตั้งไม่เคยพ้นจากตำแหน่งเดิมได้อย่างไร และการดำรงตำแหน่งของบุคคลที่มาดำรงตำแหน่งแทนนั้นจะมีปัญหาต่อไปว่าเป็นการเข้าดำรงตำแหน่งที่ถือว่าไม่เคยว่างมาก่อนและเป็นการเข้าสู่ตำแหน่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยหรือไม่ Vgl. Michael Dawin, Aufhebung der Ernennung eines Beamten bei Vereitelung oder Missachtung eines gerichtlichen Ernennungsverbots, in: Breuer, Marten (Hrsg.), Festschrift für Eckart Klein zum 70. Geburtstag, (Berlin : Duncker & Humblot, 2013), S. 399 (404); นิติกร ชัยวิเศษ, “ความไม่เหมาะสมในการนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้กับการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 48 ฉบับที่ 2, 2562, หน้า 248 (262).

³⁴ โปรดดู บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 778/2548; ศุภวัฒน์ สิงห์สุวษ์, “การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 32 ตอน 1, 2561, หน้า 36 (58); สันติ กองภูมิน, “ความสัมพันธ์ของคำสั่งทางปกครองขั้นต้นและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ในคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 53-54.

³⁵ Vgl. Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 8. Auflage, (München : C.H. Beck, 2011), S. 119.

ผู้บังคับบัญชาจะต้องออกคำสั่งตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมอีกครั้งหนึ่ง จึงน่าจะเกิดจากความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนเกี่ยวกับผลของคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ร่างระเบียบ และอาจสร้างความเข้าใจผิดต่อผลทางกฎหมายของคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมให้แก่ส่วนราชการต่อไป รวมถึงยังเป็นการสร้างกระบวนการขั้นตอนที่ไม่จำเป็นอันจะทำให้เกิดความล่าช้าในการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมอีกด้วย

สำหรับหนทางที่ควรจะเป็น คือ เมื่อคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมมีคำวินิจฉัยให้ยกเลิกคำสั่งแล้ว ผู้บังคับบัญชาเพียงแต่ออกคำสั่งแต่งตั้งให้ผู้อุทธรณ์กลับเข้ารับราชการเท่านั้น โดยไม่ต้องออกคำสั่งยกเลิกคำสั่งเดิมที่ถูกยกเลิกไปแล้วอีก เนื่องจากการดำเนินการที่ซ้ำซ้อนกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม

เมื่อพิจารณาข้อ 10 วรรคสอง ของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ ที่กำหนดให้การสั่งให้ผู้อุทธรณ์กลับเข้ารับราชการเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนดแล้ว จะเห็นได้ว่าความในข้อนี้ก็มีประเด็นพิจารณาว่า ระเบียบฉบับนี้เป็นระเบียบที่อาศัยอำนาจตามมาตรา 120 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 โดยมาตราดังกล่าวให้อำนาจคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมในการกำหนดระเบียบเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์เป็นการเฉพาะ จึงมีปัญหว่า เหตุใดคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมจึงไม่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเยียวยาผู้อุทธรณ์ตามที่เห็นสมควรว่าเป็นธรรมกับผู้อุทธรณ์ แต่กลับไปอ้างอิงหลักเกณฑ์และวิธีการของ ก.พ. ตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 1008/ว 19 ลงวันที่ 19 สิงหาคม 2558 โดยที่ ก.พ. มิใช่องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายให้กับผู้อุทธรณ์

ในปัจจุบันหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนดยังมีประเด็นปัญหาว่าเยียวยาข้าราชการได้ไม่เต็มที่ เนื่องจากหนังสือสำนักงาน ก.พ. ฉบับข้างต้น กำหนดให้ผู้อุทธรณ์กลับเข้ารับราชการโดยแต่งตั้งในตำแหน่งเดิม แต่ในกรณีที่ตำแหน่งเดิมของผู้อุทธรณ์ไม่ว่าง หากตำแหน่งเดิมเป็นตำแหน่งประเภทบริหาร ให้เสนอ ก.พ. พิจารณาเป็นรายกรณี แต่หากตำแหน่งเดิมเป็นตำแหน่งประเภทอื่นให้แต่งตั้งผู้อุทธรณ์ไปดำรงตำแหน่งอื่นในประเภทและระดับเดิม หากไม่สามารถกระทำได้ให้กำหนดตำแหน่งขึ้นใหม่เป็นการเฉพาะรายสำหรับผู้อุทธรณ์ แต่ไม่มีสิทธิได้รับเงินประจำตำแหน่ง ซึ่งจะเห็นได้ว่า การแต่งตั้งให้ไปดำรงตำแหน่งอื่นในประเภทและระดับเดียวกันอาจทำให้ลักษณะงานของผู้อุทธรณ์เปลี่ยนแปลงไปไม่ตรงกับความรู้ความสามารถในสายงานเดิม จนผู้อุทธรณ์ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งใหม่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และไม่มีผลการปฏิบัติราชการที่ดีเพื่อนำไปใช้เลื่อนเงินเดือนหรือเลื่อนระดับ³⁶ ทั้งกรณีของการกำหนดตำแหน่งเฉพาะรายยังมีผลเป็นการตัดสิทธิการได้รับเงินประจำตำแหน่งที่ผู้อุทธรณ์ควรจะได้อีกด้วย

³⁶ นิติกร ชัยวิเศษ, “ความไม่เหมาะสมในการนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้กับการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 48 ฉบับที่ 2, 2562, หน้า 248 (261).

ดังนั้น คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมจึงไม่ควรอ้างอิงหลักเกณฑ์และวิธีการของ ก.พ. เป็นหลักในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์ แต่ควรกำหนดหลักเกณฑ์ของตนเองเพื่อการเยียวยาความเสียหายให้ครบถ้วนสมบูรณ์ เพราะมิเช่นนั้นจะกลายเป็นว่า ก.พ. เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดว่าจะให้เยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์อย่างไรในขั้นสุดท้าย อันส่งผลให้คำวินิจฉัยอุทธรณ์และระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ มิได้มีค่าบังคับใดในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์เลย

(2) การเยียวยาความเสียหายที่เป็นตัวเงิน

ข้อ 12 (1) ของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ กำหนดให้การเยียวยาความเสียหายที่เป็นเงินเดือนตามข้อ 11 (1) (ก) เป็นไปตามที่ระเบียบกรมบัญชีกลางว่าด้วยการจ่ายเงินเดือนให้แก่ข้าราชการ ซึ่งออกจากราชการโดยคำสั่งลงโทษทางวินัยหรือคำสั่งให้ออกจากราชการแล้วได้รับการพิจารณายกเลิก เพิกถอน หรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งเป็นอย่างอื่น พ.ศ. 2551 ซึ่งระเบียบของกรมบัญชีกลางฉบับนี้ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 16 วรรคสอง แห่งพระราชกฤษฎีกาการจ่ายเงินเดือน เงินปี บำเหน็จ บำนาญ และเงินอื่นในลักษณะเดียวกัน พ.ศ. 2535 ที่ให้อำนาจอธิบดีกรมบัญชีกลางกำหนดสิทธิในการได้รับเงินเดือนของข้าราชการที่ไม่ได้มาปฏิบัติราชการในกรณีอื่น ที่มีใช้การละทิ้งหน้าที่ราชการหรือหนีราชการ ซึ่งตามข้อ 3 ของระเบียบดังกล่าว ได้จำแนกการจ่ายเงินเดือนให้แก่ข้าราชการที่ถูกสั่งไล่ออกหรือปลดออกจากราชการ หรือถูกสั่งให้ออกจากราชการ แล้วต่อมาคำสั่งนั้นถูกยกเลิก เพิกถอน หรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งเป็นอย่างอื่น ออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรก กรณีข้าราชการผู้ที่ถูกลงโทษนั้นไม่มีความผิดทางวินัยเลย ให้จ่ายเงินเดือนระหว่างที่ไม่ได้มาปฏิบัติราชการเต็มจำนวน ส่วนกรณีที่สอง เป็นกรณีที่ข้าราชการผู้ที่ถูกลงโทษนั้นยังคงมีความผิดทางวินัยอยู่ ให้จ่ายเงินเดือนได้ไม่เกินครึ่งหนึ่งของเงินเดือนที่มีสิทธิได้รับ

จากที่กล่าวไปข้างต้น มีข้อสังเกตว่า ระเบียบของกรมบัญชีกลางดังกล่าว เป็นกรณีการกำหนดสิทธิในการได้รับเงินเดือนของข้าราชการที่ไม่ได้มาปฏิบัติราชการ แต่ระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ เป็นการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์ การนำระเบียบของกรมบัญชีกลางมาปรับใช้กับการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์ย่อมเป็นเรื่องที่ผิดฝาผิดตัว เนื่องจากเป็นการนำเอากฎเกณฑ์เรื่องหนึ่งมาใช้กับข้อเท็จจริงที่มีสภาพปัญหาซึ่งแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง และการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์นั้นมีจุดมุ่งหมายในการเยียวยาสิทธิของผู้อุทธรณ์ที่ถูกลงโทษทางวินัยให้กลับฟื้นคืนโดยเมื่อคำสั่งลงโทษปลดออกหรือไล่ออกจากราชการ หรือคำสั่งให้ออกจากราชการถูกยกเลิกหรือเพิกถอนไปแล้ว ย่อมจะต้องมีการดำเนินการให้ผู้อุทธรณ์ได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม³⁷ กล่าวคือ จะต้องมีการจ่ายเงินเดือนที่ผู้อุทธรณ์ควรจะได้รับแต่ไม่ได้รับกลับคืนไปให้ผู้อุทธรณ์ทั้งหมด แต่การที่ระเบียบของกรมบัญชีกลาง

³⁷ Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 18. Auflage, (München : C.H. Beck, 2012), § 113, Rn. 80 ff.

ได้กำหนดให้ผู้อุทธรณ์ที่ยังมีความผิดอยู่ได้รับเงินเดือนไม่เกินครึ่งหนึ่ง³⁸ ย่อมทำให้ผู้อุทธรณ์ได้รับการเยียวยาไม่เต็มที่ตามหลักการเยียวยาให้ผู้อุทธรณ์ได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม โดยหากผู้อุทธรณ์ถูกส่งลงโทษปล่อยจากราชการไปเป็นเวลา 1 ปี แต่ผลการพิจารณาอุทธรณ์ของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมปรากฏว่าผู้อุทธรณ์กระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงและให้ยกเลิกคำสั่งลงโทษปล่อยจากราชการและให้ลดโทษลงเป็นโทษตัดเงินเดือนร้อยละ 3 เป็นเวลา 3 เดือน หากนาระเบียบของกรมบัญชีกลางดังกล่าวมาใช้บังคับกับกรณีนี้ ผลจะกลับกลายเป็นว่า ผู้อุทธรณ์ได้รับเงินเดือนกลับคืนอย่างเต็มที่ไม่เกิน 6 เดือน และยังถูกตัดเงินเดือนอีกร้อยละ 3 เป็นเวลา 3 เดือน นับจากวันที่กลับเข้ารับราชการ ซึ่งการระงับเงินเดือนจำนวน 6 เดือนไม่ให้ผู้อุทธรณ์ได้รับกลับคืนนั้นอาจจะส่งผลร้ายมากกว่าการลงโทษตัดเงินเดือนร้อยละ 3 เป็นเวลา 3 เดือน เสียอีก และอาจถือเสมือนว่าผู้อุทธรณ์ถูกลงโทษซ้ำซ้อนโดยอ้อม³⁹

นอกจากนี้ ในแง่ลำดับศักดิ์ของกฎหมาย ระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ ออกมาโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 31 (5) มาตรา 120 วรรคหนึ่ง และมาตรา 124 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นอำนาจจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ แต่ระเบียบของกรมบัญชีกลางออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชกฤษฎีกา ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าพระราชบัญญัติ ถึงแม้กฎเกณฑ์ทั้งสองฉบับจะใช้ชื่อว่าระเบียบเหมือนกัน แต่ค่าบังคับในระบบกฎหมายนั้นแตกต่างกัน ด้วยเหตุนี้ ระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ ที่อาศัยอำนาจจากกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าย่อมมีความชอบธรรมในการกำหนดกฎเกณฑ์การเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์ได้มากกว่าระเบียบของกรมบัญชีกลาง⁴⁰ และหากพิจารณามาตรา 16 วรรคสอง แห่งพระราชกฤษฎีกาการจ่ายเงินเดือน เงินปี บำเหน็จ บำนาญ และเงินอื่นในลักษณะเดียวกัน พ.ศ. 2535 ที่กำหนดเกี่ยวกับสิทธิการได้เงินเดือนของข้าราชการที่ไม่ได้มาปฏิบัติราชการในกรณีอื่น ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น หรือตามที่อธิบดีกรมบัญชีกลางกำหนด ซึ่งระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ เป็นกฎหมายที่ออกตามความในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ซึ่งมีเจตนารมณ์ในการเยียวยาข้าราชการที่ถูกลงโทษทางวินัยโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ได้มาปฏิบัติราชการในระหว่างนั้น จึงจัดเป็นกฎหมายว่าด้วยการนั้นตามความหมายของมาตรา 16 วรรคสอง แห่งพระราชกฤษฎีกาข้างต้น ด้วยเหตุนี้ จึงต้องยึดถือว่าระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ

³⁸ โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 142/2563

³⁹ โปรดดู นิติกร ชัยวิเศษ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายวินัยข้าราชการ, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2564, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 59-60; มีข้อสังเกตว่า ในข้อ 9 (2) ของร่างระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ ก็เคยปรากฏข้อความคิดในลักษณะเดียวกันนี้ที่ต้องการให้ผู้อุทธรณ์ที่ยังมีความผิดทางวินัยอย่างร้ายแรงได้รับการเยียวยาเพียงไม่เกินครึ่งหนึ่งของเงินเดือนที่ควรได้รับ โปรดดู รุ่งนภา ธรรมมา, “การเยียวยาความเสียหายแก่ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ถูกลงโทษทางวินัยโดยคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555), หน้า 158.

⁴⁰ โปรดดู พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, หลักพื้นฐานทางกฎหมายปกครอง : ข้อความคิดว่าด้วยรัฐฝ่ายปกครอง และอำนาจทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2565, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 97-98.

เป็นกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่องในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์ที่จะต้องนำมาใช้บังคับก่อนตามหลักกฎหมายเฉพาะต้องนำมาใช้บังคับก่อนกฎหมายทั่วไป⁴¹ จึงไม่ควรบัญญัติให้นำระเบียบของกรมบัญชีกลางซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการจ่ายเงินเดือนแก่ข้าราชการ⁴² ที่บัญญัติถึงการจ่ายเงินเดือนให้กับข้าราชการที่ไม่ได้มาปฏิบัติราชการในลักษณะที่เป็นช้อยกเว้น (โปรดดูคำอธิบายความเป็นบทหลักและบทยกเว้นของมาตรา 16 วรรคหนึ่งและวรรคสอง แห่งพระราชกฤษฎีกาการจ่ายเงินเดือน เงินปี บำเหน็จ บำนาญ และเงินอื่นในลักษณะเดียวกัน พ.ศ. 2535 ในเชิงอรรถที่ 42 และ 43)⁴³ มาใช้บังคับกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์ที่โดยหลักการแล้วต้องเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์ที่ไม่ได้มาปฏิบัติราชการให้ได้รับการเยียวยาอย่างบริบูรณ์ ดังนั้น ระเบียบของกรมบัญชีกลางกับระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ จึงมีมุมมองในการพิจารณาสภาพปัญหาที่แตกต่างกัน โดยระเบียบของกรมบัญชีกลางพิจารณาการจ่ายเงินเดือนแก่ข้าราชการที่ไม่ได้มาปฏิบัติราชการเพราะถูกลงโทษทางวินัยโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในฐานะที่เป็นช้อยกเว้นจากบทบัญญัติที่กำหนดให้จ่ายเฉพาะวันที่ข้าราชการมาปฏิบัติราชการหรือวันที่ได้ลาตามระเบียบ ส่วนระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ พิจารณาการจ่ายเงินเดือนแก่ข้าราชการดังกล่าวในฐานะที่เป็นหลักการทั่วไปสำหรับการเยียวยาความเสียหายให้แก่ข้าราชการ นอกจากนี้การบัญญัติกฎเกณฑ์ดังเช่นที่เป็นอยู่ในปัจจุบันย่อมไม่เกิดประโยชน์ใดเลย เนื่องจากเป็นเพียงการบัญญัติให้นำระเบียบของกรมบัญชีกลางมาปรับใช้กับการเยียวยาเงินเดือนในกรณีที่มีการยกเลิกหรือเพิกถอน

⁴¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 : 2564, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, หน้า 196.

⁴² หลักการของมาตรา 16 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชกฤษฎีกาการจ่ายเงินเดือน เงินปี บำเหน็จ บำนาญ และเงินอื่นในลักษณะเดียวกัน พ.ศ. 2535 บัญญัติว่า “ข้าราชการที่ละทิ้งหน้าที่ราชการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือหนีราชการ ห้ามมิให้จ่ายเงินเดือนสำหรับวันที่ละทิ้งหน้าที่ราชการหรือหนีราชการดังกล่าว” ซึ่งมาตรา 16 วรรคหนึ่งนี้จัดว่าเป็นหลักการในการจ่ายเงินเดือนข้าราชการว่า ข้าราชการจะได้รับเงินเดือนตามวันที่ได้มาปฏิบัติราชการหรือวันลาตามระเบียบ ซึ่งการให้เหตุผลของผู้เขียนนี้เป็นการให้เหตุผลแบบนิรนัย (Deductive Logic) แบบธรรมดาที่อ้างอิงหลักการโปรดดู ภูมินทร์ บุตรอินทร์, การใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 3 : 2562, กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 146.

⁴³ กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นช้อยกเว้นเป็นกฎเกณฑ์ที่ทำให้กฎเกณฑ์ที่เป็นหลักการทั่วไปไม่ถูกนำมาใช้บังคับในบางกรณี ซึ่งเมื่อพิจารณามาตรา 16 วรรคสอง แห่งพระราชกฤษฎีกาการจ่ายเงินเดือน เงินปี บำเหน็จ บำนาญ และเงินอื่นในลักษณะเดียวกัน พ.ศ. 2535 ที่กำหนดสิทธิในการได้รับเงินเดือนของข้าราชการที่ไม่ได้มาปฏิบัติราชการในกรณีอื่น ซึ่งมีลักษณะเป็นการยกเว้น มิให้นำมาตรา 16 วรรคหนึ่ง มาใช้บังคับในบางกรณี อันเป็นการยกเว้นหลักการที่ว่า การจ่ายเงินเดือนให้จ่ายเฉพาะวันที่ข้าราชการมาปฏิบัติราชการ Vgl. Reimer, Franz, Apologie der Ausnahme - Rechtstheoretische Perspektiven, Heidelberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht, Band 12, 2019, S. 71 (75).



คำสั่งลงโทษทางวินัยหรือคำสั่งให้ออกจากราชการ ทั้งที่ระเบียบของกรมบัญชีกลางใช้บังคับอยู่แล้ว ก่อนที่จะมีระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ ออกมา ซึ่งอาจแสดงเป็นสมการทางนิติศาสตร์ได้⁴⁴ ดังนี้

ก่อนออกระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ

หลังออกระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ

ระเบียบของกรมบัญชีกลาง = 0 (status quo (สถานะที่เป็นอยู่เดิม))

ระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ ให้นำระเบียบของกรมบัญชีกลางมาใช้ = 0

(ระเบียบของกรมบัญชีกลาง = 0) + (ระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ = 0) = 0

ตามสมการข้างต้นแสดงให้เห็นว่า ระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ ในส่วนนี้ มีค่าเท่ากับศูนย์ในระบบกฎหมาย

ส่วนการเยียวยาการเลื่อนเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งหรือค่าตอบแทนอื่น ๆ ตามข้อ 11 (1) (ข) และข้อ 11 (1) (ค) ที่ระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ กำหนดให้นำหลักเกณฑ์ของ ก.พ. และกระทรวงการคลังมาใช้ มีลักษณะเช่นเดียวกันกับการเยียวยาเงินเดือน คือ กฎ ก.พ. ว่าด้วยการเลื่อนเงินเดือน พ.ศ. 2552 หรือกฎ ก.พ. ว่าด้วยการให้ข้าราชการพลเรือนสามัญได้รับเงินประจำตำแหน่ง พ.ศ. 2567 ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการเบิกจ่ายเงินค่าตอบแทนนอกเหนือจากเงินเดือนของข้าราชการและลูกจ้างประจำของส่วนราชการ พ.ศ. 2547 ที่บรรดาหลักเกณฑ์เหล่านี้มิได้กำหนดโดยเฉพาะเจาะจงว่าให้เยียวยาผู้ถูกระงับตำแหน่งอย่างไร ซึ่งจะนำไปสู่ปัญหาในทางปฏิบัติว่า เมื่อคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมมีคำวินิจฉัยให้ยกเลิกคำสั่งลงโทษปลดออกหรือไล่ออกจากราชการหรือยกเลิกคำสั่งให้ออกจากราชการแล้วจะต้องเยียวยาผู้ถูกระงับตำแหน่งอย่างไร เนื้อหาและขอบเขตของการเยียวยาจะมีเพียงใด ซึ่งหากจะกล่าวให้ถึงที่สุดอาจกล่าวได้ว่า ข้อ 12 ของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ถูกระงับตำแหน่งและผู้ร้องทุกข์ หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565 แทบไม่ได้สร้างความชัดเจนและให้หลักประกันแก่ผู้ถูกระงับตำแหน่งที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายมากกว่าที่เป็นอยู่แต่เดิมเลย

ผู้เขียนมีข้อสันนิษฐานว่า เหตุที่ระเบียบฉบับดังกล่าวกำหนดให้นำหลักเกณฑ์ของ ก.พ. หรือของกรมบัญชีกลาง หรือของกระทรวงการคลังมาใช้บังคับ อาจเกิดจากการที่สำนักงาน ก.พ. ซึ่งเป็นส่วนราชการในฝ่ายบริหาร ทำหน้าที่เป็นฝ่ายเลขานุการของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม ตามมาตรา 13 วรรคสอง (1) ประกอบ 24 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 จึงส่งผลให้ผู้ร่างระเบียบฉบับนี้ที่เป็นข้าราชการในสำนักงาน ก.พ. อาจจะได้ไม่แยกแยะบทบาทของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมในฐานะองค์กรพิจารณาอุทธรณ์กับบทบาทของสำนักงาน ก.พ.

⁴⁴ การสร้างสมการทางนิติศาสตร์มิใช่เรื่องแปลกประหลาดแต่อย่างใด โดย Klaus Ferdinand Röhl และ Hans Christian Röhl ก็เคยสร้างสมการทางนิติศาสตร์ในระบบกฎหมายเยอรมันไว้เช่นกัน โดยตามมาตรา 90a แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน บัญญัติให้สัตว์ไม่เป็นทรัพย์สิน แต่ในวรรคสามของมาตราเดียวกันก็บัญญัติให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับทรัพย์สินมาใช้กับสัตว์ด้วย ซึ่งแทนค่าได้เป็น สัตว์ไม่เป็นทรัพย์สิน = -1 การนำบทบัญญัติเกี่ยวกับทรัพย์สินมาใช้กับสัตว์ = +1 จึงสร้างสมการได้เป็น (-1) + (+1) = 0 Vgl. Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Auflage, (Köhl : Carl Heymanns Verlag, 2008), S. 59.

และ ก.พ. ในฐานะผู้ที่จะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยอุทธรณ์ออกจากกัน จึงได้ยกร่างโดยให้นาฏเกณฑ์ของ ก.พ. หรือของกรมบัญชีกลาง หรือของกระทรวงการคลัง ที่สำนักงาน ก.พ. และ ก.พ. ต้องปฏิบัติตามอยู่แล้วมาใช้บังคับ

ข้อสังเกตประการสุดท้าย ระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ ไม่ได้ให้อำนาจคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนหรือกำหนดดอกเบี้ยประกอบการเยียวยาความเสียหายที่เป็นตัวเงิน ดังนั้น หากผู้อุทธรณ์เห็นว่า การส่งลงโทษทางวินัยหรือการสั่งให้ออกจากราชการเป็นการกระทำละเมิดและต้องการให้ส่วนราชการชดเชยค่าสินไหมทดแทนนอกเหนือจากการเยียวยาตามระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ ผู้อุทธรณ์ย่อมต้องยื่นคำขอรับค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539⁴⁵ หรือฟ้องคดีต่อศาลปกครองเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

(3) การเยียวยาความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน

ข้อ 13 ของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ อนุญาตให้ผู้อุทธรณ์สามารถใช้ผลงานที่มีอยู่ก่อนออกจากราชการมาใช้เพื่อประเมินเลื่อนระดับหรือแต่งตั้งได้ ส่วนความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินอื่น ๆ คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมมีอำนาจกำหนดวิธีการเยียวยาได้เป็นรายกรณีตามข้อ 14 ของระเบียบฉบับเดียวกัน โดยความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินในกรณีอื่น ๆ อาจยกตัวอย่างได้ ดังนี้

- การเสียโอกาสที่จะสมัครเข้ารับการประเมินเพื่อเลื่อนระดับหรือแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอื่นในระหว่างที่ถูกปลดออก ไล่ออก หรือถูกให้ออกจากราชการ

- เสียโอกาสกลับเข้ารับราชการเนื่องจากครบกำหนดเกษียณอายุราชการในระหว่างการพิจารณาอุทธรณ์

ความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินเหล่านี้เนื่องจากไม่สามารถย่นเวลาไปเยียวยาให้แก่ผู้อุทธรณ์ได้ โดยการเปิดรับสมัครเฉพาะผู้อุทธรณ์ย้อนหลังหรือกำหนดตำแหน่งเพื่อให้ผู้อุทธรณ์ได้เลื่อนระดับหรือได้รับแต่งตั้งโดยเฉพาะ⁴⁶ หรือให้ผู้อุทธรณ์ที่ครบกำหนดเกษียณอายุราชการไปแล้วกลับเข้ารับราชการได้

⁴⁵ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 1515/2560

⁴⁶ อนึ่ง การเปิดโอกาสให้ผู้อุทธรณ์ได้สมัครเข้ารับการคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ในโอกาสแรกที่ทำได้เมื่อกลับเข้ารับราชการนั้น ไม่จัดว่าเป็นการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์ เนื่องจากเป็นสิทธิของผู้อุทธรณ์ที่มีสิทธิในการสมัครอยู่แล้ว สำหรับการเปิดรับสมัครในครั้งหลังที่มีขึ้นเป็นการชดเชยความเสียหายจากการที่ถูกตัดสิทธิมิให้สมัครเข้ารับการคัดเลือกในระหว่างที่ถูกปลดออก ไล่ออก หรือให้ออกจากราชการ; ในทางวิชาการมีผู้เห็นว่า ในกรณีที่ผู้อุทธรณ์จะต้องได้เลื่อนระดับตำแหน่งอย่างแน่นอนเพราะเป็นผู้ได้รับคัดเลือกแล้ว แต่มาถูกลงโทษทางวินัยเสียก่อน เมื่อมีการยกเลิกคำสั่งลงโทษทางวินัยแล้ว จะต้องดำเนินการเลื่อนระดับตำแหน่งให้ผู้อุทธรณ์ด้วย โปรดดู (มีต่อหน้าถัดไป)

เพราะจะขัดต่อกฎหมาย และเมื่อไม่อาจเยียวยาได้โดยตรงตามความประสงค์ของผู้อุทธรณ์ย่อมต้องเยียวยาเป็นเงินแทนในลักษณะเดียวกันกับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน⁴⁷

4.3 ข้อวิเคราะห์การเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ร้องทุกข์

ขอบเขตการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ร้องทุกข์นั้นค่อนข้างกว้าง เนื่องจากขอบเขตของวัตถุประสงค์ของการร้องทุกข์มีหลากหลายตามที่ได้กล่าวไปในตอนต้น จึงยังไม่อาจจำแนกประเด็นเพื่อวิเคราะห์เป็นพิเศษได้ อย่างไรก็ตาม การวินิจฉัยร้องทุกข์นั้นมีความสำคัญที่จะต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับคำสั่งที่เป็นเหตุแห่งทุกข์เพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ร้องทุกข์เท่านั้น ไม่อาจวินิจฉัยเกี่ยวกับคำสั่งอื่นที่ไม่ได้มีผลกระทบกับผู้ร้องทุกข์ได้⁴⁸ สำหรับวิธีการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ร้องทุกข์แบ่งออกเป็นสองประเภท คือ การแก้ไขหรือยกเลิกคำสั่ง และการสั่งให้ผู้บังคับบัญชาปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใด โดยจะส่งไปพร้อมกันในการร้องทุกข์เรื่องเดียวกันก็ได้

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 46)

รุ่งนภา ธรรมมา, “การเยียวยาความเสียหายแก่ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ถูกลงโทษทางวินัยโดยคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555), หน้า 144-145; ผู้เขียนเห็นว่า การเยียวยาโดยการเลื่อนระดับตำแหน่งให้ผู้อุทธรณ์แทนที่นี้อาจขัดต่อหลักการสำคัญตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ที่กำหนดให้การบรรจุและแต่งตั้งจะต้องพิจารณาตามความสามารถด้วยความเสมอภาค ซึ่งเมื่อผู้อุทธรณ์พลาดโอกาสในการดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นก่อนถูกลงโทษทางวินัย ตำแหน่งที่ควรจะเป็นของผู้อุทธรณ์ก็ย่อมถูกมอบให้กับบุคคลอื่นไป (เว้นแต่จะเป็นตำแหน่งที่ผู้อุทธรณ์ไม่ต้องแข่งขันกับผู้อื่น) การจะสรรหาตำแหน่งอื่นให้ผู้อุทธรณ์เป็นการเฉพาะในภายหลังย่อมเป็นการปิดกั้นผู้อื่นที่แสวงหาความก้าวหน้าในอาชีพในตำแหน่งดังกล่าวอย่างไม่เสมอภาค เพราะยังไม่ได้มีการพิจารณาเปรียบเทียบความรู้ความสามารถระหว่างผู้อุทธรณ์กับข้าราชการรายอื่นที่มีสิทธิเข้าสู่ตำแหน่งนั้น ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับข้างต้นได้ระบุไว้ในหน้า 146 ด้วยว่า ส่วนราชการไม่อาจปล่อยให้ตำแหน่งว่างไว้เพื่อรอผู้อุทธรณ์ได้ ซึ่งแสดงว่าแม้แต่ตำแหน่งเดิมยังไม่อาจสงวนไว้ได้ ตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นที่มีการแข่งขันกันระหว่างข้าราชการยังเป็นไปได้ยากที่จะสงวนไว้ให้ผู้อุทธรณ์ ในกรณีนี้การเยียวยาที่กระทำได้คือ การเยียวยาเป็นตัวเงินโดยจ่ายเป็นค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่คำสั่งลงโทษทางวินัยทำให้ผู้อุทธรณ์ไม่ได้เลื่อนระดับตำแหน่ง

⁴⁷ ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินที่เกิดจากการกระทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังคงจำกัดขอบเขตอยู่ว่าจะต้องเป็นความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด เช่น ความเจ็บปวดทุกข์ทรมาน ความอับอาย โปรรตูล ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากิมครวัด, พิมพ์ครั้งที่ 9 : 2563, กรุงเทพฯ : วิทยุชน, หน้า 102-104; แต่สำหรับความรับผิดของรัฐในระบบกฎหมายปกครองยังต้องมีการพัฒนาข้อความคิดเกี่ยวกับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินอีกมาก เนื่องจากรัฐมีความรับผิดชอบอื่นเพิ่มเติมขึ้นมาจากความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁴⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 385-390/2564 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 160/2564

(1) การแก้ไขหรือยกเลิกคำสั่ง

การแก้ไขหรือยกเลิกคำสั่งมีหลากหลายรูปแบบ เช่น คำสั่งแต่งตั้ง (การย้าย การเลื่อน) ประกาศรายชื่อข้าราชการที่ได้รับคัดเลือกเพื่อเลื่อนหรือแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง คำสั่งให้ข้าราชการไปปฏิบัติหน้าที่ คำสั่งไม่เลื่อนเงินเดือน หรือยกเลิกคำสั่งพักราชการหรือให้ออกจากราชการไว้ก่อนตามข้อ 16 ของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยา⁴⁹

(2) การสั่งให้ผู้บังคับบัญชาปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใด

เช่น การสั่งให้ผู้บังคับบัญชาประเมินผลการปฏิบัติราชการของผู้ร้องทุกข์ใหม่ พร้อมกับการยกเลิกคำสั่งไม่เลื่อนเงินเดือน หรือการสั่งให้ดำเนินการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเลื่อนระดับ หรือแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งใหม่พร้อมกับการยกเลิกคำสั่งแต่งตั้งหรือยกเลิกประกาศรายชื่อข้าราชการที่ได้รับคัดเลือกเพื่อเลื่อนระดับหรือแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง ซึ่งการสั่งให้ปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติในข้อนี้ รวมถึงการดำเนินการอื่นใดเพื่อเยียวยาความเสียหายที่ไม่เป็นตัวแทนตามข้อ 17 ของระเบียบฉบับนี้ด้วย

ผู้เขียนสันนิษฐานว่า ผู้ร่างระเบียบฉบับนี้ไม่น่าจะมีประเด็นพิจารณาเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ร้องทุกข์เป็นพิเศษ เนื่องจากขอบเขตของเรื่องร้องทุกข์นั้นค่อนข้างกว้าง และวัตถุประสงค์ของผู้ร้องทุกข์ในแต่ละเรื่องนั้นแตกต่างกัน เช่น ผู้ร้องทุกข์คำสั่งย้ายตนเองว่าเป็นการย้ายโดยไม่เป็นธรรม ย่อมต้องการให้คำสั่งย้ายนั้นถูกยกเลิกและแต่งตั้งตนให้กลับเข้าดำรงตำแหน่งเดิม ส่วนผู้ร้องทุกข์คำสั่งย้ายผู้อื่นแทนที่จะย้ายตนเองก็ย่อมต้องการให้ผู้บังคับบัญชายกเลิกคำสั่งย้ายผู้อื่น และย้ายตนเองไปแทนผู้นั้น หรือผู้ร้องทุกข์เกี่ยวกับคำสั่งมอบหมายงานว่าผู้บังคับบัญชามอบหมายงานมากเกินไปก็ย่อมต้องการลดภาระงาน แต่ก็มีผู้ร้องทุกข์ที่ผู้บังคับบัญชาไม่มอบหมายงานที่ต้องการให้มีการบังคับให้ผู้บังคับบัญชามอบหมายงานแก่ตน ทำให้มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดวิธีการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ร้องทุกข์อย่างเปิดกว้าง เพื่อให้สามารถสั่งการให้เหมาะสมกับสภาพปัญหาของเรื่องร้องทุกข์แต่ละเรื่องได้

⁴⁹ มีข้อสังเกตว่า ตามข้อ 16 ของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์ และผู้ร้องทุกข์ หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565 กำหนดเหตุที่คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมจะเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ร้องทุกข์เพียง 2 เหตุ คือ คำสั่งออกมาโดยการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ทั้งที่เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งพักราชการหรือคำสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อนมีหลายเหตุ ไม่ว่าจะเป็นกรณีผู้ออกคำสั่งไม่มีอำนาจ หรือกรณีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นไม่ตรงกับข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น (โปรดเปรียบเทียบกับเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542) ข้อ 16 นี้จึงน่าจะยังไม่ครอบคลุมสมบูรณดีพอที่จะเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ร้องทุกข์ได้

5. คดีพิพาทเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม

คดีพิพาทที่เกิดจากการเยียวยาความเสียหายอาจเกิดขึ้นได้ 2 ประเภทคดี ได้แก่ คดีเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายที่เป็นตัวเงิน และคดีเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน

5.1 คดีเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายที่เป็นตัวเงิน

ในกรณีที่ผู้อุทธรณ์หรือผู้ร้องทุกข์เห็นว่า ส่วนราชการเยียวยาความเสียหายที่เป็นตัวเงินไม่ครบถ้วน หรือต้องการเรียกค่าสินไหมทดแทนเพิ่มเติมจากที่ระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ กำหนดให้ ผู้อุทธรณ์หรือผู้ร้องทุกข์จะต้องฟ้องส่วนราชการโดยฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร และขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งบังคับให้ส่วนราชการใช้เงินตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เนื่องจากหากส่วนราชการเยียวยาความเสียหายที่เป็นตัวเงินไม่ครบถ้วนตามที่ระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ กำหนด ย่อมเป็นความรับผิดอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

5.2 คดีเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน

ในกรณีที่ผู้อุทธรณ์หรือผู้ร้องทุกข์เห็นว่า ส่วนราชการไม่เยียวยาความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน หรือเยียวยาไม่ถูกต้องครบถ้วน ผู้อุทธรณ์หรือผู้ร้องทุกข์จะต้องฟ้องส่วนราชการโดยฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร และขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งบังคับให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนดตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และหากการละเลยต่อหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหายหรือการเยียวยาความเสียหายนั้นล่าช้าเกินสมควรก่อให้เกิดความเสียหายประการอื่น ๆ เพิ่มเติม ผู้อุทธรณ์หรือผู้ร้องทุกข์ย่อมฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้อีกด้วย

5.3 ข้อพิจารณาเพิ่มเติม

ในกรณีที่ผู้อุทธรณ์หรือผู้ร้องทุกข์เห็นว่า ระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ ได้จำกัดสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ผู้อุทธรณ์เห็นว่า การที่ระเบียบ ก.พ.ค. ดังกล่าวกำหนดให้นำระเบียบของกรมบัญชีกลางมาใช้นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากทำให้ผู้อุทธรณ์ได้รับเงินเดือนกลับคืนเพียงไม่เกินครึ่งหนึ่ง ในกรณีที่มีการลดโทษจากการกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงเป็นโทษสำหรับการกระทำผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรง อันเป็นการออกกฎโดยสร้างภาระให้เกิด

แก่ประชาชนเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในกรณีเช่นนี้มีข้อพิจารณาว่า ผู้อุทธรณ์จะฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ ในข้อที่กำหนดให้นำระเบียบของกรมบัญชีกลางเกี่ยวกับการจ่ายเงินเดือนให้แก่ข้าราชการซึ่งออกจากราชการไปพร้อมกับการฟ้องขอให้ศาลพิพากษาให้ส่วนราชการชดใช้เงินเดือนตามจำนวนที่ผู้อุทธรณ์เห็นว่าตนควรจะได้รับได้หรือไม่ โดยอาจสมมุติสถานการณ์ได้ ดังนี้

นาย ก. ถูกผู้บังคับบัญชาสั่งลงโทษทางวินัยให้ไล่ออกจากราชการ นาย ก. จึงอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม เมื่อเวลาผ่านไป 1 ปี คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ว่า นาย ก. กระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง จึงให้ลดโทษลงจากไล่ออกจากราชการเป็นลดเงินเดือน ผู้บังคับบัญชาจึงอาศัยอำนาจตามข้อ 12 (1) ประกอบข้อ 11 (1) (ก) ของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์ หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565 ประกอบกับข้อ 3 (2) ของระเบียบกรมบัญชีกลางว่าด้วยการจ่ายเงินเดือนให้แก่ข้าราชการซึ่งออกจากราชการ โดยคำสั่งลงโทษทางวินัยหรือคำสั่งให้ออกจากราชการแล้ว ได้รับการพิจารณายกเลิก เพิกถอน หรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งเป็นอย่างอื่น พ.ศ. 2551 จ่ายเงินเดือนในระหว่างที่ผู้อุทธรณ์ไม่ได้มาปฏิบัติราชการเพียง 6 เดือน จากทั้งหมด 12 เดือน (1 ปี) เนื่องจากนาย ก. ยังมีความผิดทางวินัยอยู่ และลดเงินเดือนนาย ก. ตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมด้วย นาย ก. เห็นว่าการที่ข้อ 12 (1) ดังกล่าว กำหนดให้นำระเบียบของกรมบัญชีกลางมาใช้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และจำกัดสิทธิในการได้รับการเยียวยาความเสียหายของตนเกินสมควร จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง โดยฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนข้อ 12 (1) ของระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ และขอให้ศาลพิพากษาให้ส่วนราชการจ่ายเงินเดือนส่วนที่ขาดอยู่อีก 6 เดือนให้แก่ตน ซึ่งเป็นคดีปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

เมื่อพิจารณามาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และ (3) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) และ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วเห็นว่า คดีฟ้องเพิกถอนกฎที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและขอให้หน่วยงานทางปกครองชดใช้เงินนั้น เป็นคดีที่ศาลปกครองสามารถออกคำสั่งบังคับให้ได้ และไม่มียกเว้นในมาตราใดห้ามมิให้มีการฟ้องคดีทั้งสองประเภทพร้อมกัน ผู้อุทธรณ์จึงสามารถฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ และขอให้ศาลพิพากษาให้ส่วนราชการชดใช้เงินเดือนส่วนที่ขาดอยู่ไปพร้อมกันได้⁵⁰ แต่ทั้งนี้ ในส่วนของคดีฟ้องเพิกถอนระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ มีข้อพิจารณาต่อไปว่า จะนับระยะเวลาการฟ้องคดีอย่างไร กล่าวคือ การฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนกฎนั้นจะต้องฟ้องภายในระยะเวลา 90 วัน นับแต่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

⁵⁰ โปรดดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 241/2560

พ.ศ. 2542 ซึ่งการรู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นจะนับจากการเข้ามาอยู่ภายใต้บังคับของกฎ⁵¹ ซึ่งมีปัญหาว่า ข้าราชการที่ร้องขอการเยียวยานั้นอยู่ภายใต้บังคับของกฎเมื่อใด โดยจะนับวันที่ได้รับบรรจุ และแต่งตั้งให้เข้ารับราชการหรือจะนับจากวันที่คำสั่งลงโทษทางวินัยนั้นถูกแก้ไขหรือยกเลิก ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ ใช้กับการเยียวยาข้าราชการที่อุทธรณ์หรือร้องทุกข์แล้วขออุทธรณ์ หรือข้อร้องทุกข์นั้นฟังขึ้นและต้องมีการเยียวยา ดังนั้น การนับระยะเวลาการฟ้องคดีเพื่อเพิกถอน ระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ จึงควรนับเมื่อมีการแก้ไขหรือยกเลิกคำสั่งหรือการกระทำที่เป็นเหตุ แห่งการอุทธรณ์หรือร้องทุกข์ อันเป็นวันที่ผู้อุทธรณ์หรือผู้ร้องทุกข์ได้เข้ามาอยู่ในบังคับของระเบียบ ฉบับดังกล่าวและรู้หรือควรรู้ว่าตนเองเป็นผู้มีสิทธิได้รับการเยียวยาตามระเบียบนั้นด้วย

6. สรุปและข้อเสนอแนะ

ระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์ หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พ.ศ. 2565 นี้ นับว่าเป็นพัฒนาการก้าวใหม่ในกฎหมาย ข้าราชการไทย ที่เป็ความพยายามของฝ่ายปกครองที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหาย ให้แก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของผู้บังคับบัญชาในฝ่ายปกครอง โดยให้เริ่มดำเนินการได้ทันทีที่ นับแต่วันที่คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมมีคำวินิจฉัย และไม่ต้องรอคำพิพากษาที่ถึงที่สุดของศาล

เนื้อหาสาระของระเบียบฉบับนี้แบ่งออกเป็นสามส่วน ได้แก่ บททั่วไป การเยียวยา ความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์ และการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ร้องทุกข์ รวมถึงได้แบ่งแยกความเสียหาย ที่ต้องมีการเยียวยาออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ความเสียหายที่เป็นตัวเงินและความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน ซึ่งเมื่อได้วิเคราะห์ระเบียบฉบับนี้โดยละเอียดแล้วเห็นว่า รายละเอียดในหลายเรื่องยังไม่มี ความชัดเจน มีแต่เพียง การไปหยิบยืมกฎหรือระเบียบของหน่วยงานอื่นที่เคยกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการกลับเข้ารับราชการ การจ่ายเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง หรือการเลื่อนเงินเดือนมาปรับใช้กับการเยียวยาความเสียหายเท่านั้น โดยคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมได้กำหนดกฎเกณฑ์ใหม่ในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ ผู้อุทธรณ์เลย ทั้งที่คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมมีอำนาจตามกฎหมายอย่างเต็มที่ที่จะกำหนด กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้อุทธรณ์และผู้ร้องทุกข์ให้มีความเหมาะสมและเป็นธรรม มากกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะว่า ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ ในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

(1) การกลับเข้ารับราชการของผู้ที่ถูกสั่งลงโทษทางวินัยอย่างร้ายแรงให้ปลดออก ไล่ออก จากราชการ หรือผู้ที่ถูกสั่งให้ออกจากราชการ คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมควรกำหนดกฎเกณฑ์ เรื่องนี้ด้วยตนเอง ไม่ควรที่จะหยิบยืมหลักเกณฑ์ของ ก.พ. มาใช้ และควรพิจารณาถึงข้อจำกัดของส่วนราชการ

⁵¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 81/2555 (ประชุมใหญ่)

ในการแต่งตั้งผู้ที่กลับเข้ารับราชการให้ดำรงตำแหน่งเดิมว่ามีความเป็นไปได้มากน้อยเพียงใด⁵² และควรกำหนดข้อยกเว้นบางประการในการบริหารทรัพยากรบุคคลของผู้ที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่มีลักษณะงานต่างไปจากเดิม โดยอาจกำหนดให้ผู้นั้นได้ปฏิบัติงานในลักษณะงานเดิมและสามารถนำผลงานที่ปฏิบัติในระหว่างนั้นมาใช้ประโยชน์ในการประเมินเพื่อเลื่อนระดับหรือแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอื่นต่อไปได้นอกจากนี้ ในกรณีที่ต้องมีการกำหนดตำแหน่งเฉพาะรายควรให้ผู้นั้นได้รับเงินประจำตำแหน่ง (ถ้ามี) ด้วย เพราะการที่ส่วนราชการไม่มีตำแหน่งว่างไม่ใช่ความผิดของผู้ยุทธน์ ผู้ยุทธน์จึงไม่ควรถูกต้องเสียสิทธิในการได้รับเงินประจำตำแหน่ง

(2) ควรกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรการชั่วคราวในระหว่างการเยียวยาความเสียหาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกระบวนการร้องทุกข์เกี่ยวกับการแข่งขันกันเข้าสู่ตำแหน่งที่มีผลกระทบต่อบุคคลหลายคน หากกระบวนการคัดเลือกไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น คณะกรรมการประเมินบุคคลไม่ได้ถูกแต่งตั้งอย่างถูกต้อง หรือมีผู้เข้ารับการประเมินบางรายถูกตัดสิทธิที่จะเข้าแข่งขันกันเข้าสู่ตำแหน่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมอาจกำหนดเงื่อนไขให้ส่วนราชการไปตรวจสอบและทบทวนผลการคัดเลือกใหม่ภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมกำหนด โดยยังไม่ยกเลิกคำสั่งหรือกระบวนการเดิม เพื่อพิจารณาว่าผลสุดท้ายจะยังคงเป็นเช่นเดิมหรือไม่ เพื่อหลีกเลี่ยงการยกเลิกคำสั่งที่อาจส่งผลกระทบต่อบุคคลที่สามที่สุจริต⁵³

(3) การจ่ายเงินเดือนเพื่อเยียวยาผู้ที่ถูกลดโทษทางวินัยอย่างร้ายแรง แต่ได้รับการลดโทษเป็นโทษทางวินัยอย่างไม่ร้ายแรง ไม่ควรนำระเบียบของกรมบัญชีกลางมาใช้ เนื่องจากก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้ยุทธน์ที่จะได้รับเงินเดือนในระหว่างที่ถูกไล่ออกหรือปลดออกจากราชการเพียงไม่กี่วันหนึ่ง ทั้งที่ผู้ยุทธน์ต้องรับโทษทางวินัยอย่างไม่ร้ายแรงเป็นการลงโทษสำหรับการกระทำความผิดวินัยโดยคำวินิจฉัย

⁵² ส่วนราชการอาจใช้วิธีการย้ายผู้ที่ได้รับแต่งตั้งให้มาดำรงตำแหน่งแทนผู้ยุทธน์ให้ไปดำรงตำแหน่งอื่นเพื่อทำให้ตำแหน่งเดิมของผู้ยุทธน์ว่างลง และจ่ายค่าทดแทนความเสียหายให้กับผู้ที่ถูกย้ายนั้นได้ โปรตดู นิติกร ชัยวิเศษ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายวินัยข้าราชการ, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2564, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 88-89.

⁵³ โปรตดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 252/2556 ที่กระบวนการคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ศาลปกครองสูงสุดไม่ได้เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งโดยให้มีผลย้อนหลังหรือในวันที่มีคำพิพากษา แต่ให้การเพิกถอนมีผลเมื่อครบกำหนด 180 วัน นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา เพื่อให้ส่วนราชการไปดำเนินการออกคำสั่งให้ถูกต้องตามกฎหมายและมีให้กระทบต่อสิทธิของผู้ที่ได้รับการคัดเลือกและได้รับแต่งตั้งโดยสุจริต; อย่างไรก็ตาม คำพิพากษานี้ยังมีข้อกังขาที่ต้องพิจารณาด้วยว่า ในเมื่อศาลยังไม่ได้เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งในวันที่มีคำพิพากษาแล้ว ส่วนราชการจะไปดำเนินการคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งในตำแหน่งที่ยังไม่ว่างและมีข้าราชการครองตำแหน่งนั้นอยู่ได้อย่างไร ดังนั้น การกำหนดเงื่อนไขให้ส่วนราชการไปทบทวนผลการคัดเลือกใหม่อีกครั้งตามกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่ต้องริเริ่มกระบวนการคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งใหม่จึงน่าจะมีความเป็นไปได้มากกว่า โปรตดู นิติกร ชัยวิเศษ, หลักกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเบื้องต้น, 2566, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า129-130.



ของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมอยู่แล้ว จึงไม่สมควรที่จะมีการตัดสิทธิในการได้เงินเดือนของผู้ยุทธอื่นอีก แต่ถ้าหากคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมเห็นว่า ข้าราชการที่ถูกปลดออกหรือไล่ออกจากราชการได้ไปประกอบอาชีพอื่นในระหว่างที่รอคำวินิจฉัยยุทธ การคืนเงินเดือนให้ทั้งหมดอาจทำให้ข้าราชการผู้นั้นได้รับผลประโยชน์เกินสมควรกว่าที่จะได้รับจากส่วนราชการ โดยได้รับทั้งเงินเดือนในระหว่างที่ไม่ได้ปฏิบัติราชการและได้รับทั้งค่าตอบแทนการทำงานในระหว่างที่ถูกปลดออกหรือไล่ออกจากราชการ ซึ่งวิธีการแก้ปัญหาในข้อนี้อาจศึกษาจากกฎหมายของต่างประเทศได้ โดยในประเทศเยอรมนี รัฐบัญญัติว่าด้วยข้าราชการแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesbeamtengesetz) บัญญัติไว้ในมาตรา 42 วรรคสี่ ว่า ในกรณีที่คำสั่งที่มีผลให้ข้าราชการต้องพ้นจากงานไปนั้นถูกแทนที่โดยคำสั่งอื่น และคำสั่งอื่นนั้นทำให้คำสั่งให้ข้าราชการพ้นจากงานนั้นไร้ผล การคืนเงินที่ข้าราชการควรจะได้รับนับแต่วันที่ถูกสั่งให้ออกจากงานจะต้องนำมาคำนวณหักส่วนกับรายได้ทางอื่นของข้าราชการที่ได้รับมาในระหว่างนั้นและข้าราชการมีหน้าที่ต้องแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาทราบถึงรายได้ทางอื่นของตนด้วย ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงการคุ้มครองดูแลที่ซ้ำซ้อน (Doppelversorgung)⁵⁴ ซึ่งจะเห็นได้ว่า วิธีการแก้ปัญหาในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นมีความเหมาะสมและเป็นธรรมมากกว่ากฎหมายไทยที่กำหนดสัดส่วนตายตัวว่าให้ข้าราชการได้รับเงินเดือนคืนไม่เกินครึ่งหนึ่ง โดยที่ยังไม่ได้พิจารณาเลยว่าข้าราชการนั้นมีรายได้ทางอื่นในระหว่างที่ออกจากราชการไปหรือไม่

ประเด็นทั้งสามนี้เป็นประเด็นสำคัญที่ผู้เขียนเห็นว่าควรได้รับการแก้ไขโดยเร็ว สำหรับประเด็นปลีกย่อยอื่น ๆ ที่ปรากฏในบทความนี้ หากจะปรับปรุงแก้ไขไปพร้อมกันด้วยก็จะทำให้ระเบียบ ก.พ.ค. ว่าด้วยการเยียวยาฯ ฉบับนี้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

⁵⁴ Battis, Ulrich, Bundesbeamtengesetz, 5. Auflage, (München : C.H. Beck, 2017), § 42,

Rn. 4.

บรรณานุกรม

หนังสือภาษาไทย

ถวัลย์ ศิลปกิจ, การบริหารบุคคล, 2503, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

นิติกร ชัยวิเศษ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายวินัยข้าราชการ, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2564, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

นิติกร ชัยวิเศษ, หลักกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเบื้องต้น, 2566, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, หลักพื้นฐานทางกฎหมายปกครอง : ข้อความคิดว่าด้วยรัฐฝ่ายปกครอง และอำนาจทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2565, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

ภูมินทร์ บุตรอินทร์, การใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 3 : 2562, กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2554, กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 : 2564, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย.

ศันันท์กรณ์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 9 : 2563, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

หนังสือภาษาต่างประเทศ

Battis, Ulrich, Bundesbeamten-gesetz, 5. Auflage, (München : C.H. Beck, 2017).

Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 8. Auflage, (München : C.H. Beck, 2011).

Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 18. Auflage, (München : C.H. Beck, 2012).

Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, (München : C.H. Beck, 2011).

Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Auflage, (Köhl : Carl Heymanns Verlag, 2008).

วิทยานิพนธ์

รุ่งนภา ธรรมมา, “การเยียวยาความเสียหายแก่ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ถูกลงโทษทางวินัย โดยคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555).

สันติ กองภูมิน, “ความสัมพันธ์ของคำสั่งทางปกครองชั้นต้นและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ในคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558).

บทความภาษาไทย

ทศพร แสนสวัสดิ์, “การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง : ข้อความคิด ข้อสังเกต และข้อเสนอแนะ บางประการว่าด้วยการพัฒนาวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทย,” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 22 ฉบับที่ 2, 2565.

นิติกร ชัยวิเศษ, “ความไม่เหมาะสมในการนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้กับการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 48 ฉบับที่ 2, 2562.

ศุภวัฒน์ สิงห์สุขุข, “การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 32 ตอน 1, 2561.

สำนักพิทักษ์ระบบคุณธรรม สำนักงาน ก.พ., “การเขียนอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัย และร้องทุกข์,” วารสารข้าราชการ ปีที่ 50 ฉบับที่ 3, 2548.

สำนักพิทักษ์ระบบคุณธรรม สำนักงาน ก.พ., “การคัดเลือกข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งระดับเชี่ยวชาญโดยไม่เป็นธรรม,” รวมบทความ ก.พ.ค. ขอบอก เล่ม 3, (กรุงเทพฯ : สำนักงาน ก.พ., 2557).

สำนักพิทักษ์ระบบคุณธรรม สำนักงาน ก.พ., “ผู้ไม่ผ่านการทดลองปฏิบัติหน้าที่ราชการ มีสิทธิร้องทุกข์หรือไม่,” รวมบทความ ก.พ.ค. ขอบอก, (กรุงเทพฯ : สำนักงาน ก.พ., 2556).

สำนักพิทักษ์ระบบคุณธรรม สำนักงาน ก.พ., “ผู้ร้องทุกข์ต้องเป็นข้าราชการพลเรือน ขณะยื่นคำร้องทุกข์หรือไม่,” รวมบทความ ก.พ.ค. ขอบอก เล่ม 4, (กรุงเทพฯ : สำนักงาน ก.พ., 2559).

สำนักพิทักษ์ระบบคุณธรรม สำนักงาน ก.พ., “แม้มีอำนาจย้ายแต่ไม่ควรย้าย,” รวมบทความ ก.พ.ค. ขอบอก เล่ม 3, (กรุงเทพฯ : สำนักงาน ก.พ., 2557).

สำนักพิทักษ์ระบบคุณธรรม สำนักงาน ก.พ., “ยกเลิกคำสั่งแล้วดำเนินการใหม่,” รวมบทความ ก.พ.ค. ขอบอก เล่ม 3, (กรุงเทพฯ : สำนักงาน ก.พ. 2557).

สำนักพิทักษ์ระบบคุณธรรม สำนักงาน ก.พ., “เรื่องร้องทุกข์ที่ไม่อยู่ในอำนาจของ ก.พ.ค.,” รวมบทความ ก.พ.ค. ขอบอก, (กรุงเทพฯ : สำนักงาน ก.พ., 2556).



บทความภาษาต่างประเทศ

Michael Dawin, Aufhebung der Ernennung eines Beamten bei Vereitelung oder Missachtung eines gerichtlichen Ernennungsverbots, in : Breuer, Marten (Hrsg.), Festschrift für Eckart Klein zum 70. Geburtstag, (Berlin : Duncker & Humblot, 2013).

Reimer, Franz, Apologie der Ausnahme - Rechtstheoretische Perspektiven, Heidelberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht, Band 12, 2019.

วารสารวิชาการศาลปกครอง



**การกำหนดคำบังคับตามคำพิพากษา
เพิกถอนคำสั่งทางปกครองและกฎในสาธารณรัฐออสเตรีย**

The prescription of decrees in delivering an Administrative Court judgment
for restraining an administrative act or revocation of a regulation in the Republic of Austria

วิษณุพาส พิมพ์อักษร *

รับบทความเมื่อ 1 กรกฎาคม 2566

แก้ไขบทความเมื่อ 12 มีนาคม 2567

ตอบรับบทความเมื่อ 14 มีนาคม 2567

บทคัดย่อ

สาธารณรัฐออสเตรียใช้ระบบศาลคู่ที่ไม่ได้แบ่งเป็นศาลยุติธรรมกับศาลปกครองเหมือนประเทศไทย แต่แบ่งเป็นศาลยุติธรรมกับศาลทางกฎหมายมหาชน ซึ่งประกอบด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียและศาลปกครอง ศาลปกครองของสาธารณรัฐออสเตรียมี 2 ชั้นศาล คือ ศาลปกครองชั้นต้นซึ่งรวมถึงศาลภาชีอากรแห่งสหพันธ์ด้วย และศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ศาลปกครองของสาธารณรัฐออสเตรียมีอำนาจพิจารณาพิพากษาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองแต่ไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาความชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือกฎหมายลำดับรอง เพราะอำนาจดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย

การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง โดยทั่วไปจะดำเนินการโดยศาลปกครองชั้นต้น และศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจกำหนดคำบังคับซึ่งมีผลผูกพันฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองใหม่ โดยศาลปกครองชั้นต้นมักกำหนดคำบังคับดังกล่าวในลักษณะของการกำหนดแนวทางและกรอบการดำเนินการที่ไม่ก้าวล่วงการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เพื่อให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองใหม่ได้โดยมีเนื้อหาและกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรียมีอำนาจพิจารณาพิพากษาความชอบด้วยกฎหมายของคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น โดยกฎหมายได้ให้อำนาจศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรียในการวินิจฉัยประเด็นแห่งคดีซึ่งรวมถึงการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองด้วยในกรณีที่คดีปรากฏข้อเท็จจริงเพียงพอต่อการทำคำวินิจฉัย และการวินิจฉัย

* นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน (เกียรตินิยม) (LL.M., Öffentliches Recht) มหาวิทยาลัยบอนน์ (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 2 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ในประเด็นแห่งคดีจะเป็นประโยชน์แก่ความไม่ยุ่งยาก ตรงตามวัตถุประสงค์ และประหยัดค่าใช้จ่าย โดยศาลปกครองสูงสุดจะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงสำคัญให้ชัดเจน และอาจมอบหมายให้ศาลปกครองชั้นต้น ดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติม ส่วนศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียซึ่งมีอำนาจพิจารณา พิพากษาความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองนั้น ในการพิพากษาเพิกถอนกฎหมายลำดับรอง ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายไม่ได้ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียในการกำหนด ค่าบังคับที่จะมีผลผูกพันฝ่ายปกครองในการออกกฎหมายลำดับรองใหม่ แต่คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสาธารณรัฐออสเตรียผูกพันให้ฝ่ายปกครองประกาศการเพิกถอนกฎหมายลำดับรองโดยไม่ชักช้าเท่านั้น

คำสำคัญ : เขตอำนาจศาล, วิธีพิจารณาคดี, การกำหนดค่าบังคับตามคำพิพากษา



Abstract

The Republic of Austria has a dual court system, but it is not divided into Courts of Justice and Administrative Courts like Thailand, as the organization jurisdiction in Austria is divided into general courts and courts of public law. Austrian Public Law Courts comprise the Constitutional Court and Administrative Courts. The Administrative Courts are divided into two levels : the Supreme Administrative Court and the Administrative Courts of First Instance including the Federal Fiscal Court. The Administrative Courts have the competence to try and adjudicate administrative cases concerning the legality of an administrative act, while the legality of a regulation falls within the jurisdiction of the Constitutional Court of the Republic of Austria.

An Administrative Court of First Instance normally has the competence to try and adjudicate cases concerning the legality of an administrative act within the jurisdiction of the Administrative Courts including the power to issue a decree for restraining an administrative act and for ordering the administration to issue a new administrative act. These orders often take the form of guidelines or frameworks, that do not infringe on the administration's discretion, so the administration can issue a new administrative act legally. The Supreme Administrative Court of the Republic of Austria has the competence to try and adjudicate cases concerning the legality of a judgment or an order of an Administrative Court of First Instance and also, as the law authorized the Supreme Administrative Court to try and judge questions of facts, the legality of an administrative act when sufficient facts are available to deliver a judgment. The adjudication on the legality of an administrative act by the Supreme Administrative Court intends to benefit simplicity, effectivity and cost efficiency. In some cases, the Supreme Administrative Court may assign the Administrative Court of First Instance to conduct further fact-finding. Meanwhile, the Constitutional Court of the Republic of Austria has the competence to try and adjudicate cases concerning the legality of a regulation. Although the Constitutional Court judgment may revoke an unlawful regulation, it is not binding the administration to issue a new regulation. Constitutional Court judgment revoking a regulation only obligates the administration to declare the revocation of that regulation unhesitatingly.

Keywords : jurisdiction, administrative court procedure, prescription of decrees in delivering judgment

1. เขตอำนาจของศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญในสาธารณรัฐออสเตรีย

สาธารณรัฐออสเตรียเป็นประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ โดยแบ่งเป็นศาลยุติธรรมและศาลทางกฎหมายมหาชน ศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่พิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญา ประกอบด้วย 4 ชั้นศาล ได้แก่ ศาลแขวง (Bezirksgerichte – BG) ศาลมลรัฐ (Landesgerichte – LG) ศาลสูงแห่งมลรัฐหรือศาลอุทธรณ์ (Oberlandesgerichte – OLG) และศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์หรือศาลฎีกาแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย (Oberster Gerichtshof – OGH) ส่วนศาลทางกฎหมายมหาชนประกอบด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย (Verfassungsgerichtshof – VfGH) 1 ศาล และศาลปกครอง 2 ชั้นศาล คือ ศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย (Verwaltungsgerichtshof – VwGH) 1 ศาล และศาลปกครองชั้นต้น 11 ศาล อันได้แก่ ศาลปกครองชั้นต้นแห่งมลรัฐ (Landesverwaltungsgerichte – LVwG) 8 ศาล ศาลปกครองชั้นต้นแห่งกรุงเวียนนา (Verwaltungsgericht Wien – VGW) 1 ศาล ศาลปกครองชั้นต้นแห่งสหพันธ์ (Bundesverwaltungsgericht – BVwG) 1 ศาล ในกรุงเวียนนา และศาลภาษีอากรแห่งสหพันธ์ (Bundesfinanzgericht – BFG) 1 ศาล ในกรุงเวียนนาเช่นกัน¹

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐออสเตรีย (Österreichische Bundesverfassung) หมายถึงกฎหมายหลายฉบับที่กำหนดหลักรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย กฎหมายระดับรัฐบัญญัติของสหพันธ์ซึ่งเรียกรวมกันว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญของสหพันธ์ (Bundesverfassungsgesetze)² บทบัญญัติในกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Gesetzesbestimmungen) ซึ่งเรียกว่า บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ (Verfassungsbestimmungen) และสนธิสัญญาระหว่างรัฐ (Staatsverträge) โดยมีรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Bundes-Verfassungsgesetz – B-VG) เป็นศูนย์กลาง ซึ่งหมวด 8 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ กำหนดทั้งเขตอำนาจของศาลปกครองและเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ซึ่งต่างจากกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมัน โดยมาตรา 197 และมาตรา 210 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กำหนดเฉพาะอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญโดยมิได้กำหนดไปถึงประเภทคดี ซึ่งประเภทคดีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ในทำนองเดียวกันกับมาตรา 93 และมาตรา 95 ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz – GG) ซึ่งกำหนดเฉพาะอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง และกำหนดประเภทคดีในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO) และรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG) รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของสาธารณรัฐออสเตรียจึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ต้องนำมาประกอบการพิจารณาคดีปกครองและการพิจารณาคดีในศาลรัฐธรรมนูญด้วยเสมอ

¹ Bundesverfassungsgesetze เป็นรูปพหูพจน์ โดยมี Bundesverfassungsgesetz เป็นรูปเอกพจน์ มีตัวย่อคือ BVG โดยไม่มียัติภังค์

² Nigel Foster, *Austrian Legal System and Laws*, n.e.. (n.p. : Taylor and Francis, 2013).



ศาลปกครองชั้นต้นในสาธารณรัฐออสเตรียมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคำฟ้องใน 2 กรณี คือ คำฟ้องในกรณีทั่วไปตามมาตรา 130 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ อันได้แก่

(1) คำฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองเนื่องจากความไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) คำฟ้องโต้แย้งปฏิบัติการทางปกครองและมาตรการบังคับทางปกครอง³ เนื่องจากความไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) คำฟ้องเนื่องจากฝ่ายปกครองละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง⁴

คำฟ้องในกรณีพิเศษมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายของสหพันธ์และกฎหมายของมลรัฐตามมาตรา 130 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ กล่าวคือ

(1) คำฟ้องเนื่องจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายในการดำเนินการของหน่วยงานทางปกครองในการบังคับใช้กฎหมาย หรือ

(2) คำฟ้องเนื่องจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายในการดำเนินการของผู้จัดซื้อจัดจ้างในการจัดซื้อจัดจ้างสาธารณะ หรือ

(3) ข้อพิพาทตามกฎหมายข้าราชการ หรือ

(4) คำฟ้อง ข้อพิพาท หรือคำขอในเรื่องอื่น⁵

เมื่อพิจารณามาตรา 130 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาประเภทคำฟ้องในกรณีทั่วไป 3 ประเภท คือ คำฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Bescheidbeschwerde) คำฟ้องโต้แย้งปฏิบัติการทางปกครองและมาตรการบังคับทางปกครอง (Maßnahmenbeschwerde) และคำฟ้องเรียกร้องให้มีการพิจารณาทางปกครอง (Säumnisbeschwerde) โดยคำฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 130 วรรคหนึ่ง (1) และคำฟ้องโต้แย้งมาตรการทางปกครองตามมาตรา 130 วรรคหนึ่ง (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เป็นคำฟ้องโต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเทียบได้กับคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บางส่วน เพราะศาลปกครองในสาธารณรัฐออสเตรีย

³ เช่น การยึดป้ายทะเบียนรถ การสลายการชุมนุม การรื้อถอนโรงงาน ฯลฯ ใน oesterreich.gv.at, “Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls - und Zwangsgewalt,” oesterreich.gv.at, [Online], retrieved from <https://www.oesterreich.gv.at/lexicon/A/Seite.991413.html> เมื่อ 1 กุมภาพันธ์ 2556; กรมบังคับคดีกระทรวงยุติธรรม, มาตรการบังคับทางปกครอง, 2565, กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, หน้า 2.

⁴ oesterreich.gv.at, “Säumnisbeschwerde,” oesterreich.gv.at, [Online], retrieved from <https://www.oesterreich.gv.at/lexicon/S/Seite.991280.html> เมื่อ 1 กุมภาพันธ์ 2556.

⁵ Bundes-Verfassungsgesetz, Artikel 130., BGBl. I Nr. 51/2012 (1. Jänner 2014) : S.5; Bundes-Verfassungsgesetz, Artikel 130., BGBl. I Nr. 14/2019 (15. Jänner 2019) : S.3.

ไม่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาฎีกาที่ออกโดยฝ่ายปกครองซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ⁶ ส่วนคำฟ้องเรียกร้องให้มีการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา 130 วรรคหนึ่ง (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เทียบได้กับคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมาย กำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น การศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดคำบังคับ ตามคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองและกฎในสาธารณรัฐออสเตรียจึงจำเป็นต้องศึกษาการกำหนด คำบังคับตามคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และการกำหนด คำบังคับตามคำพิพากษาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองซึ่งอยู่ในเขตอำนาจ ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย

ศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรียมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีในกรณีทั่วไป ตามมาตรา 133 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ได้แก่

- (1) คดีที่อุทธรณ์ได้แย้งคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นเนื่องจากความไม่ชอบด้วยกฎหมาย
- (2) คำขอให้ศาลปกครองสูงสุดกำหนดระยะเวลาเนื่องจากศาลปกครองชั้นต้นละเลย ไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการทำคำวินิจฉัยภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด⁷
- (3) ข้อขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลปกครองชั้นต้นด้วยกัน หรือระหว่าง ศาลปกครองชั้นต้นกับศาลปกครองสูงสุด

อีกทั้งศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาในกรณีพิเศษ เมื่อกฎหมาย ของสหพันธ์หรือกฎหมายของมลรัฐกำหนดอำนาจหน้าที่อื่น ๆ ในการวินิจฉัยตามคำขอของศาลยุติธรรม เพื่อให้ศาลปกครองสูงสุดยืนยันความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหรือคำพิพากษา ของศาลปกครองชั้นต้นตามมาตรา 133 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์⁸

สำหรับศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรียนั้น คำสั่งทางปกครองไม่ใช่วัตถุแห่งคดี แต่เป็นคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น และไม่มีช่องทางให้ฟ้องโต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ของคำสั่งทางปกครองต่อศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรียโดยตรง เดิมศาลปกครองสูงสุด แห่งสาธารณรัฐออสเตรียเคยมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคำฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองและคำฟ้องเรียกร้อง ให้มีการพิจารณาทางปกครอง⁹ ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองชั้นต้นในปัจจุบัน แต่เมื่อมีการจัดตั้ง

⁶ Bundes-Verfassungsgesetz, Artikel 139., BGBl. I Nr. 114/2013 (11. Juli 2013) : S.2.

⁷ Die Wirtschaftskammer, “Rechtsschutz bei Säumnis von Verwaltungsbehörden : Der Fristsetzungsantrag bei Säumnis eines Verwaltungsgerichtes,” WKO, [Online], retrieved from https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Rechtsschutz_bei_Saeumnis_von_Verwaltungsbehoerden.html เมื่อ 1 กุมภาพันธ์ 2566.

⁸ Bundes-Verfassungsgesetz, Artikel 133., BGBl. I Nr. 51/2012 (5. Juni 2012) : S.6-7.

⁹ Bundes-Verfassungsgesetz, Artikel 130., BGBl. I Nr. 685/1988 (20. Dezember 1988) : S.4498.

ศาลปกครองชั้นต้นเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2014 (พ.ศ. 2557) เนื่องจากการปฏิรูปวิธีพิจารณาคดีปกครอง และการตรารัฐบัญญัติแก้ไขเขตอำนาจของศาลปกครอง ค.ศ. 2012 (พ.ศ. 2555) (Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012) ซึ่งรวมอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการพิจารณาทางปกครองจากหน่วยงานฝ่ายปกครอง คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง (Die unabhängigen Verwaltungssenate – UVS)¹⁰ และศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย (ซึ่งขณะนั้นเป็นศาลปกครองเพียงแห่งเดียวและเพียงชั้นศาลเดียวของสาธารณรัฐออสเตรีย) ให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองชั้นต้นที่จัดตั้งขึ้นใหม่ 11 ศาล โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองทั่วไป ค.ศ. 1991 (พ.ศ. 2534) (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz – AVG) ยกเลิกอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง และให้เรื่องทางปกครองที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง มีผลเป็นการฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้น ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2014 (พ.ศ. 2557)¹¹ รวมถึงจำกัดอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองให้เหลือเพียงเรื่องทางปกครองในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของเทศบาลเท่านั้น และแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เพิ่มเติมอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองชั้นต้นในการพิจารณาคำฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ปฏิบัติการทางปกครอง และมาตรการบังคับทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงแก้ไขให้ศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรียมีอำนาจพิจารณาพิพากษาอุทธรณ์โต้แย้งคำพิพากษาและคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

นอกจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียจะมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ ทั้งรัฐบัญญัติของสหพันธ์และรัฐบัญญัติของมลรัฐตามคำร้องของผู้ซึ่งถูกระทบสิทธิโดยตรงจากความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลและหน่วยงานของรัฐซึ่งต้องใช้บังคับกฎหมายนั้น รวมถึงรัฐบาลและสมาชิกสภาตามมาตรา 140 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ แล้วศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียยังมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองตามคำร้องของศาล หน่วยงานวินิจฉัยเรื่องทางปกครอง หรือคู่กรณีในคดีพิพาทซึ่งมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองตามมาตรา 139 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์¹² อีกด้วยด้วยเหตุนี้ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองจึงแตกต่างจากการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเนื่องจากการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากคดีพิพาทในศาลอื่น อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองในสาธารณรัฐออสเตรียจึงเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น ศาลปกครองของสาธารณรัฐออสเตรียจึงไม่มีอำนาจ

¹⁰ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองเป็นคณะกรรมการอิสระที่ไม่อยู่ในโครงสร้างของฝ่ายปกครอง

¹¹ Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013, Artikel 2 Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz, BGBl. I Nr. 33/2013 (13. Februar 2013) : S.18-55.

¹² Bundes-Verfassungsgesetz, Artikel 139. und Artikel 140., BGBl. I Nr. 114/2013 (11. Juli 2013) : S.2-3.

พิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายดังเช่นกฎหมายไทย หรือคำร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง (Antrag auf Normenkontrolle) ดังเช่นสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

2. อำนาจในการทำคำพิพากษาของศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญตามกฎหมายออสเตรีย

นอกจากรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะกำหนดประเภทคดีที่ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาแล้ว ยังมีกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองอีก 3 ฉบับ ได้แก่ รัฐบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองสูงสุดและวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ค.ศ. 1985 (พ.ศ. 2528) (Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 – VwGG) บัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย รัฐบัญญัติวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครองชั้นต้น (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG) บัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครองชั้นต้นแห่งมลรัฐ ศาลปกครองชั้นต้นแห่งกรุงเวียนนา และศาลปกครองชั้นต้นแห่งสหพันธ์ และประมวลกฎหมายภาษีอากรแห่งสหพันธ์ (Bundesabgabenordnung – BAO) บัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีในศาลภาษีอากรแห่งสหพันธ์ ส่วนวิธีพิจารณาคดีในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียเป็นไปตามรัฐธรรมนูญจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ค.ศ. 1953 (พ.ศ. 2496) (Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 – VfGG)

บทความนี้จะได้ทำการศึกษารัฐบัญญัติวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครองชั้นต้น รัฐบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองสูงสุดและวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ค.ศ. 1985 (พ.ศ. 2528) และรัฐธรรมนูญจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ค.ศ. 1953 (พ.ศ. 2496) ในส่วนที่เกี่ยวกับการทำคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองและกฎ ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

2.1 อำนาจในการทำคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของศาลปกครองชั้นต้น

มาตรา 28 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครองชั้นต้น บัญญัติว่า “หากไม่มีการถอนคำฟ้องหรือยุติการพิจารณาคดี ศาลปกครองชั้นต้นจะวินิจฉัยคดีโดยการทำคำพิพากษา” บทบัญญัตินี้สามารถอธิบายได้ว่า ศาลปกครองชั้นต้นมีรูปแบบคำวินิจฉัย (Entscheidungsformen) 2 รูปแบบ คือ คำพิพากษา (Erkenntnis) ในกรณีที่มีการพิจารณาคดีดำเนินไปจนถึงที่สุดและศาลมิได้ยกฟ้องคำฟ้องของผู้ฟ้องคดี และคำสั่งศาล (Beschluss) ในกรณีที่ศาลพิพากษายกฟ้องหรือยุติการพิจารณาคดี¹³ ในทำนองเดียวกันกับคำพิพากษาและคำสั่งศาลตามกฎหมายไทย

¹³ Landesverwaltungsgericht Steiermark, “Entscheidungsformen des Verwaltungsgerichtes,” Landesverwaltungsgericht Steiermark, [Online], retrieved from <https://www.lwvg-stmk.gv.at/cms/beitrag/11953511/104501145> เมื่อ 19 มกราคม 2566.

สำหรับคำฟ้องโต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 130 วรรคหนึ่ง (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้น มาตรา 28 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครองชั้นต้น กำหนดว่า ศาลปกครองชั้นต้นจะวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีได้ ในกรณีที่

(1) ข้อเท็จจริงสำคัญมีความชัดเจนแล้ว หรือ

(2) การวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีโดยศาลปกครองชั้นต้นจะเป็นประโยชน์เพื่อความเร็วหรือจะเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายอย่างมีนัยสำคัญ

กรณีที่ปรากฏเงื่อนไขตามมาตรา 28 วรรคสอง ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจตามมาตรา 28 วรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครองชั้นต้น ในการวินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดีเกี่ยวกับคำฟ้องตามมาตรา 130 วรรคหนึ่ง (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่คัดค้านเมื่อมีการยื่นคำร้องโดยคำนึงถึงการลดความซับซ้อนหรือการเร่งรัดกระบวนการพิจารณาอย่างมีนัยสำคัญ หากฝ่ายปกครองละเลยไม่แสวงหาข้อเท็จจริงที่จำเป็น ให้ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งและให้ฝ่ายปกครองดำเนินการพิจารณาออกคำสั่งใหม่ ทั้งนี้ ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยทางกฎหมายที่ปรากฏในคำสั่งศาลดังกล่าว

กรณีที่ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจในการพิจารณาทางปกครอง และเป็นกรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นไม่ได้วินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีด้วยตนเองได้ตามมาตรา 28 วรรคสอง และคำฟ้องไม่ถูกถอนฟ้องหรือยกฟ้อง มาตรา 28 วรรคสี่ แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครองชั้นต้น บัญญัติให้ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งและส่งเรื่องกลับไปยังฝ่ายปกครองเพื่อให้ออกคำสั่งทางปกครองใหม่ ทั้งนี้ ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยในข้อกฎหมายซึ่งศาลปกครองชั้นต้นได้มีคำสั่งนี้

เมื่อศาลปกครองชั้นต้นเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งแล้ว มาตรา 28 วรรคห้า แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครองชั้นต้น กำหนดว่า ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ดำเนินการโดยใช้เครื่องมือทางกฎหมายที่มีอยู่ทำให้สถานะทางกฎหมายกลับสู่สถานะเดิมโดยไม่ชักช้า โดยต้องผูกพันกับความเห็นทางกฎหมายของศาลปกครองชั้นต้น¹⁴

มาตรา 28 วรรคสองถึงวรรคห้า แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครองชั้นต้น กำหนดเกี่ยวกับการทำคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 130 วรรคหนึ่ง (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ สรุปได้ว่า ศาลปกครองชั้นต้นจะมีอำนาจวินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดีเมื่อข้อเท็จจริงสำคัญในคดีมีความชัดเจนแล้ว หรือการวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีโดยศาลปกครองชั้นต้นจะเป็นประโยชน์เพื่อความเร็วหรือจะเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายอย่างมีนัยสำคัญ นอกจากนี้ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่คัดค้านเมื่อมีการยื่นคำร้องโดยคำนึงถึงการลดความซับซ้อนหรือการเร่งรัดกระบวนการพิจารณาอย่างมีนัยสำคัญ

¹⁴ Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz, Artikel 28., BGBl. I Nr. 33/2013 (13. Februar 2013) : S.10.

หากฝ่ายปกครองละเลยไม่แสวงหาข้อเท็จจริงที่จำเป็น ให้ศาลปกครองชั้นต้นเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งและให้ฝ่ายปกครองไปพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองใหม่ โดยที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยทางกฎหมายที่ปรากฏในคำสั่งศาลและมีหน้าที่ดำเนินการโดยใช้เครื่องมือทางกฎหมายที่ตนมีทำให้สถานะทางกฎหมายกลับสู่สถานะเดิมให้สอดคล้องกับความเห็นทางกฎหมายที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้น

2.2 อำนาจในการทำคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย

มาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองสูงสุดและวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ค.ศ. 1985 (พ.ศ. 2528) บัญญัติให้ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจวินิจฉัยคดีพิพาททั้งปวงเท่าที่รัฐบัญญัติฉบับนี้มีได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจในการทำคำพิพากษาโดยการยกอุทธรณ์ที่ไม่มีเหตุผลเพียงพอ การเพิกถอนคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นที่ถูกโต้แย้ง หรือการวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีก็ได้

ศาลปกครองสูงสุดจะเพิกถอนคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นที่ถูกโต้แย้งตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองสูงสุดและวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ค.ศ. 1985 (พ.ศ. 2528)

(1) ด้วยเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาของคำพิพากษาหรือคำสั่งศาล
(2) ด้วยเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในเรื่องอำนาจของศาลปกครองชั้นต้น
(3) ด้วยเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายจากการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการพิจารณาคดี เนื่องจาก

a) ศาลปกครองชั้นต้นรับฟังข้อเท็จจริงแห่งคดีในประเด็นสำคัญต่างจากที่ปรากฏในสำนวน

b) ข้อเท็จจริงไม่เพียงพอในประเด็นสำคัญ

c) ศาลปกครองชั้นต้นอาจมีคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลเป็นอย่างอื่น หากได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการพิจารณาคดีนั้น

ในการเพิกถอนคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ถูกโต้แย้งข้างต้น มาตรา 42 วรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าว บัญญัติให้คดีกลับสู่สถานะเดิมก่อนมีการทำคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นที่ถูกโต้แย้งนั้น

ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีได้ตามมาตรา 42 วรรคสี่ แห่งรัฐบัญญัติเดียวกัน กล่าวคือ หากคดีปรากฏข้อเท็จจริงเพียงพอต่อการทำคำวินิจฉัยและการวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีจะเป็นประโยชน์แก่ความไม่ยุ่งยาก ตรงตามวัตถุประสงค์ และประหยัดค่าใช้จ่าย ในกรณีนี้

ศาลปกครองสูงสุดจะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงสำคัญให้ชัดเจน และเพื่อการนั้นศาลปกครองสูงสุดอาจมอบหมายให้ศาลปกครองชั้นต้นดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมก็ได้¹⁵

ดังนั้น ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรียมีอำนาจทำคำพิพากษาใน 3 ลักษณะ คือ (1) การยกอุทธรณ์ที่ไม่มีเหตุผลเพียงพอ (2) การเพิกถอนคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ถูกต้องแล้ว หรือ (3) การวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีก็ได้ ซึ่งการยกอุทธรณ์ที่ไม่มีเหตุผลเพียงพอและการเพิกถอนคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ถูกต้องแล้วนั้น เป็นการใช้อำนาจของศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรียในกรณีทั่วไปโดยมีวัตถุประสงค์เป็นคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นที่ถูกต้องแล้ว แต่การวินิจฉัยประเด็นแห่งคดีตามมาตรา 42 วรรคสี่ แห่งรัฐบัญญัติเดียวกันนั้น เป็นการให้อำนาจศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรียวินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดีและมีคำพิพากษาหรือคำสั่งต่อวัตถุประสงค์ในการพิจารณาคดีของศาลปกครองชั้นต้นโดยตรง เช่น คำสั่งทางปกครองที่ถูกต้องแล้ว หรือปฏิบัติการทางปกครอง และมาตรการบังคับทางปกครองที่ถูกต้องแล้ว โดยการที่จะวินิจฉัยได้ต้องเป็นกรณีตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ คดีปรากฏข้อเท็จจริงเพียงพอต่อการทำคำวินิจฉัยและการวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีจะเป็นประโยชน์แก่ความไม่ยุ่งยาก ตรงตามวัตถุประสงค์ และประหยัดค่าใช้จ่าย

2.3 อำนาจในการทำคำพิพากษาเพิกถอนกฎหมายลำดับรองของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย

รัฐบัญญัติจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ค.ศ. 1953 (พ.ศ. 2496) บัญญัติหลักเกณฑ์ในการทำคำพิพากษาสำหรับคดีพิพาทแต่ละประเภทแยกออกจากกัน โดยคดีพิพาทเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองตามมาตรา 139 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 57 ถึงมาตรา 61a แห่งรัฐบัญญัติจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ค.ศ. 1953 (พ.ศ. 2496) ซึ่งมาตรา 59 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียต้องประกาศว่า เนื้อหาของกฎหมายลำดับรองทั้งหมดหรือบางส่วนที่ถูกเพิกถอนด้วยเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย” และมาตรา 59 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าว บัญญัติว่า “ในการเพิกถอนกฎหมายลำดับรองจะต้องแจ้งให้ฝ่ายปกครองที่ออกกฎหมายลำดับรองนั้น และฝ่ายปกครองในระดับสูงสุดที่มีอำนาจของสหพันธ์หรือของมลรัฐทราบด้วย และต้องมีการประกาศตามมาตรา 139 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ โดยระบุอย่างชัดแจ้งว่า กฎหมายลำดับรองหรือบทบัญญัติบางมาตราของกฎหมายลำดับรองนั้น ถูกเพิกถอนโดยคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย”¹⁶ ซึ่งมาตรา 139 วรรคห้า ประโยคที่หนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ กำหนดว่า คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียซึ่งเพิกถอน

¹⁵ Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985, Artikel 42., BGBl. I Nr. 33/2013 (13. Februar 2013) : S.31.

¹⁶ Verfassungsgerichtshofgesetz 1953, Artikel 59., BGBl. I Nr. 33/2013 (13. Februar 2013) : S.42.

กฎหมายลำดับรองด้วยเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลบังคับให้หน่วยงานทางปกครองในระดับสูงสุดที่มีอำนาจของสหพันธ์หรือของมลรัฐประกาศการเพิกถอนกฎหมายลำดับรองนั้นโดยไม่ชักช้า¹⁷

การวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองในสาธารณรัฐออสเตรีย อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย มิใช่เขตอำนาจของศาลปกครองอย่างกฎหมายไทย และการเพิกถอนกฎหมายลำดับรองด้วยเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียในการกำหนดหรือตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับการออกกฎหมายลำดับรองฉบับใหม่ หรือกำหนดให้ฝ่ายปกครองผูกพันตามความเห็นในคำวินิจฉัยของศาลแต่อย่างใด ต่างจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเนื่องจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองผูกพันฝ่ายปกครองให้ดำเนินการทำให้สถานะทางกฎหมายกลับสู่สถานะเดิมให้สอดคล้องกับความเห็นทางกฎหมายของศาลปกครองชั้นต้น

3. ตัวอย่างคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองและกฎในสาธารณรัฐออสเตรีย

เนื่องจากความเห็นทางวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายปกครองออสเตรียที่เข้าถึงได้จากประเทศไทยมีอยู่จำกัด การศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดคำบังคับตามคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองและกฎในสาธารณรัฐออสเตรียจึงจำเป็นต้องศึกษาจากคำพิพากษาศาลปกครองและคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

3.1 คำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของศาลปกครองชั้นต้นในสาธารณรัฐออสเตรีย

คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นแห่งมลรัฐฟอร์อาร์ลแบร์ค (Landesverwaltungsgericht Vorarlberg) ที่ LVwG-451-001/R2-2015 ลงวันที่ 3 สิงหาคม ค.ศ. 2015 (พ.ศ. 2558) (LVwG-451-001/R2-2015, Erkenntnis vom 03.08.2015) คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งปฏิเสธคำขอสัญญาซื้อขายออสเตรียของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้เยาว์ ผู้ฟ้องคดีพำนักอาศัยอยู่ในสาธารณรัฐออสเตรียกับยายและสามีของยายตั้งแต่ปี ค.ศ. 2003 (พ.ศ. 2546) โดยมีใบอนุญาตผู้พำนักอาศัย ประเภทสมาชิกในครอบครัว และได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดูจากสามีของยายและจากบิดา แต่หน่วยงานทางปกครองเห็นว่า สามีของยายมีประวัติอาชญากรรมและค่าอุปการะเลี้ยงดูทั้งหมดของผู้ฟ้องคดีไม่เพียงพอต่อการดำรงชีพด้วยความปลอดภัยและผู้ฟ้องคดีไม่สามารถหาเลี้ยงชีพด้วยตนเองได้ จึงปฏิเสธคำขอสัญญาซื้อขายของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นต้นแห่งมลรัฐฟอร์อาร์ลแบร์คเห็นว่า กรณีนี้ไม่ใช่กรณีที่ศาลปกครองจะวินิจฉัยประเด็นแห่งคดีได้เองตามมาตรา 28 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครองชั้นต้น แต่เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจจะเลยไม่แสวงหาข้อเท็จจริงที่จำเป็น ศาลปกครองชั้นต้นจึงมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่พิพาทและส่งเรื่องกลับไปยังฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจเพื่อให้ออกคำสั่งทางปกครองใหม่ โดยผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นต้น

¹⁷ Bundes-Verfassungsgesetz, Artikel 139., BGBl. I Nr. 100/2003 (21. November 2003) : S.1473.

แห่งมลรัฐฟลอริดาเห็นว่า ในการพิจารณาของฝ่ายปกครองต้องแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมหรือแก้ไขดังต่อไปนี้ (1) หากผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับเงินช่วยเหลือสำหรับครอบครัวตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีให้การในการพิจารณาคดี (ซึ่งยังคงต้องชี้แจงเพิ่มเติม) เงินช่วยเหลือนี้จะไม่สามารถนำมาคำนวณรวมกับรายได้ (2) หากเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูที่บิดาของผู้ฟ้องคดีได้รับไว้ในในการพิจารณาคดีได้จ่ายไปแล้วจริงก่อนวันที่ยื่นคำขอ ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องนำเงินนี้ไปพิจารณาด้วย (3) เงินค่าดูแลยายของผู้ฟ้องคดีซึ่งชำระรายเดือนรวม 14 ครั้ง แต่ชำระจริงเพียง 12 ครั้ง ซึ่งในการคำนวณต้องพิจารณาข้อเท็จจริงนี้ด้วย (4) อ้างอิงคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรียที่ 2008/01/0604 ลงวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 2010 (พ.ศ. 2553) ซึ่งศาลไม่อนุญาตให้นำค่าดูแลผู้สูงอายุไปคำนวณ หากการดูแลไม่ได้ให้บริการโดยบุคคลที่สาม และหากการรับเงินบำนาญเพียงอย่างเดียวไม่ส่งผลให้รายได้ของครัวเรือนต่ำกว่าอัตราอ้างอิงค่าเบี่ยงเบนทดแทน การพิจารณาข้อเท็จจริงที่ศาลปกครองกำหนดจะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จก่อนที่จะบวกค่าเบี้ยยังชีพ

คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นแห่งมลรัฐฟลอริดาที่ LVwG-302-005/R9-2015 ลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 2016 (พ.ศ. 2559) (LVwG-302-005/R9-2015, Erkenntnis vom 02.03.2016) คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองฟ้องโต้แย้งใบอนุญาตให้เปลี่ยนแปลงการจัดสรรที่ดินซึ่งมีข้อบกพร่องหลายประการ เช่น ไม่มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการแบ่งเขตพื้นที่ที่ได้รับการจัดสรร มีการให้ข้อมูลที่ไม่ถูกต้องเกี่ยวกับเหตุผลในการริเริ่มการจัดสรรที่ดิน ไม่มีการพิสูจน์ความจำเป็นในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดสรรที่ดิน ไม่มีข้อมูลและแผนงานเกี่ยวกับการพัฒนาที่ดิน ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น ขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนใบอนุญาตให้เปลี่ยนแปลงการจัดสรรที่ดินดังกล่าว ศาลปกครองชั้นต้นแห่งมลรัฐฟลอริดาพิจารณาแล้วเห็นว่า ใบอนุญาตให้เปลี่ยนแปลงการจัดสรรที่ดินหรือคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งมีข้อบกพร่องในกระบวนการและเนื้อหาอันไม่อาจแยกออกจากคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งได้ จึงมีคำพิพากษาเพิกถอนใบอนุญาตให้เปลี่ยนแปลงการจัดสรรที่ดินโดยมีความเห็นเกี่ยวกับวิธีดำเนินการ ดังนี้ (1) เมือง F ในฐานะผู้ยื่นคำขอต้องว่าจ้างสำนักงานรังวัดที่ดินเพื่อจัดทำเอกสารประกอบการจัดทำแผนงานใหม่ตามข้อเท็จจริงที่ได้รับในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล (2) การออกแบบที่เหมาะสมตามวัตถุประสงค์ของพื้นที่จัดสรรใหม่ (จากมุมมองทางกฎหมาย) ต้องพิจารณาจากความสามารถในการก่อสร้างตามวัตถุประสงค์เท่านั้น ไม่ใช่จากสถานการณ์พิเศษหรือความต้องการของเจ้าของที่ดินแต่ละราย และ (3) หากไม่สามารถหลีกเลี่ยงการจัดสรรที่ดินใหม่ในพื้นที่ก่อสร้างที่สองต้องดำเนินการภายในขอบเขต ดังต่อไปนี้ (3.1) ไม่อนุญาตให้มีการก่อสร้างบนที่ดินแปลงใหม่ที่ไม่เชื่อมต่อกับเครือข่ายถนนจากการจัดสรรที่ดินใหม่ และ (3.2) การจัดหาพื้นที่สำหรับโรงงานร่วมและการคำนวณเงินสมทบสำหรับต้นทุนการผลิตของโรงงานร่วมจะต้องดำเนินการตามมาตรา 46 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติการจัดสรรที่ดิน (Raumplanungsgesetz – RPG) เจ้าของที่ดินซึ่งได้รับการพัฒนาแล้วในพื้นที่จัดสรรใหม่ อาจไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายใด ๆ สำหรับการก่อสร้างถนนทางเข้า บนพื้นฐานตามมาตรา 46 วรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติการจัดสรรที่ดิน และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะต้องตรวจสอบอัตราส่วนระหว่างเจ้าของที่ดินกับค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาถนนทางเข้าดังกล่าว

จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นแห่งมลรัฐฟอร์อาร์ลแบร์คทั้ง 2 ฉบับดังกล่าว จะเห็นว่า เมื่อศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งแล้ว ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจกำหนดแนวทางและกรอบการดำเนินการพิจารณาทางปกครองของฝ่ายปกครองที่ค่อนข้างละเอียดได้ เช่น การกำหนดข้อเท็จจริงที่ฝ่ายปกครองต้องนำมาพิจารณาซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ได้รับการยอมรับโดยคู่กรณีทุกฝ่ายในศาลแล้ว และศาลปกครองยังคงให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจพิจารณาตามกฎหมายได้ โดยศาลปกครองจะกำหนดกรอบสำหรับกรณีต่าง ๆ ที่ฝ่ายปกครองอาจเลือกดำเนินการ พร้อมทั้งระบุบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อไม่ให้ฝ่ายปกครองดำเนินการขัดต่อกฎหมาย เป็นต้น

สำหรับประเด็นการมีผลของคำพิพากษานั้น เมื่อพิจารณาคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นแห่งมลรัฐฟอร์อาร์ลแบร์คที่ LVwG-451-001/R2-2015 ลงวันที่ 3 สิงหาคม ค.ศ. 2015 (พ.ศ. 2558) จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนคำสั่งปฏิเสธคำขอสัญญาต่อสเตรียของผู้ฟ้องคดี จึงมีผลให้ผู้ถูกฟ้องคดีต้องพิจารณาคำขอของผู้ฟ้องคดีอีกครั้ง หรือเท่ากับว่าคำพิพากษามีผลย้อนไปในวันที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งปฏิเสธคำขอของผู้ฟ้องคดี ส่วนคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นแห่งมลรัฐฟอร์อาร์ลแบร์คที่ LVwG-302-005/R9-2015 ลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 2016 (พ.ศ. 2559) นั้น ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนใบอนุญาตให้เปลี่ยนแปลงการจัดสรรที่ดินทั้งฉบับ เนื่องจากเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่สามารถแยกออกจากคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งได้ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องดำเนินการโดยใช้เครื่องมือทางกฎหมายที่มีอยู่ทำให้กลับสู่สถานะเดิมก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งให้สอดคล้องกับความเห็นทางกฎหมายของศาลปกครอง ทั้งนี้ ตามมาตรา 28 วรรคห้า แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครองชั้นต้น ซึ่ง “สถานะเดิมก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้ง” นี้ เป็นการกำหนดคำบังคับให้มีผลย้อนหลังไปในวันที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งเช่นเดียวกัน

3.2 คำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย

แม้ว่ามาตรา 42 วรรคสี่ แห่งรัฐบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองสูงสุดและวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ค.ศ. 1985 (พ.ศ. 2528) จะบัญญัติให้ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีซึ่งรวมถึงการพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่จากการศึกษาค้นคว้าพบว่า ตั้งแต่มีการจัดตั้งศาลปกครองชั้นต้นในสาธารณรัฐออสเตรีย ยังไม่พบคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรียที่พิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเลย¹⁸ เนื่องจากในการเพิกถอนคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ถูกโต้แย้งในกรณีทั่วไป กฎหมายบัญญัติให้คดีกลับสู่สถานะเดิมก่อนมีการทำคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นที่ถูกโต้แย้งตามมาตรา 42 วรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าว คดีจึงกลับไปสู่การพิจารณาของศาลปกครองชั้นต้น

¹⁸ Bundesministerium für Finanzen, “Bundesverwaltungsgericht (BVG),” Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS), [Online], retrieved from <https://www.ris.bka.gv.at/Bvbwg/> เมื่อ 1 กุมภาพันธ์ 2566.

โดยศาลปกครองสูงสุดไม่จำเป็นต้องใช้อำนาจในกรณีพิเศษตามมาตรา 42 วรรคสี่ แห่งรัฐธรรมนูญเดียวกัน ในการวินิจฉัยประเด็นแห่งคดีด้วยตนเองแต่อย่างใด

3.3 คำพิพากษาเพิกถอนกฎหมายลำดับรองของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย

จากการศึกษาคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียที่ G7/03 ลงวันที่ 8 มีนาคม ค.ศ. 2004 (พ.ศ. 2547) (G7/03, Erkenntnis vom 08.03.2004)¹⁹ และคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียที่ G151/05 ua, V115/05 ua ลงวันที่ 6 ตุลาคม ค.ศ. 2006 (พ.ศ. 2549) (G151/05 ua, V115/05 ua, Erkenntnis vom 06.10.2006)²⁰ พบว่า กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียมีคำพิพากษาเพิกถอนกฎหมายลำดับรองเป็นไปตามมาตรา 59 แห่งรัฐธรรมนูญ จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ค.ศ. 1953 (พ.ศ. 2496) ประกอบกับมาตรา 139 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ กล่าวคือ คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียต้องประกาศว่า เนื้อหาของกฎหมายลำดับรองทั้งหมดหรือบางส่วน ส่วนใดที่ถูกเพิกถอน ด้วยเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย และให้หน่วยงานทางปกครองสูงสุดที่มีอำนาจของสหพันธ์หรือมลรัฐ ประกาศการเพิกถอนกฎหมายลำดับรองนั้นโดยไม่ชักช้า และระบุโดยชัดแจ้งว่า กฎหมายลำดับรอง

¹⁹ คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียที่ G7/03 ลงวันที่ 8 มีนาคม ค.ศ. 2004

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียเห็นว่า ข้อ 1 (2) (d) และข้อ 2 วรรคสอง (3) (3.1) (d) และ (3.2) (d) ของกฎกระทรวงเศรษฐกิจแห่งสหพันธ์ (Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten) ว่าด้วยค่าธรรมเนียมการใช้ระบบ (Systemnutzungstarife) ซึ่งถูกเพิกถอนโดยคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียที่ VfSlg. 16.042/2000 ลงวันที่ 5 ธันวาคม ค.ศ. 2000 (พ.ศ. 2543) มีผลตั้งแต่วันที่ 27 มีนาคม ค.ศ. 2001 (พ.ศ. 2544) ตามรัฐกิจจานุเบกษาแห่งสหพันธ์เล่ม 2 หน้า 133 (BGBl. II 133) เนื่องจากกฎกระทรวงดังกล่าว มีผลภายนอกโดยไม่กำหนดระยะเวลาสิ้นสุด ใช้บังคับกับกรณีที่เกิดขึ้นก่อนการเพิกถอนกฎกระทรวงตามคำพิพากษา มีผลได้โดยไม่ขัดต่อหลักนิติรัฐในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญตามมาตรา 66b วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง และวรรคสอง ประโยคที่สอง แห่งรัฐธรรมนูญอุตสาหกรรมและองค์การไฟฟ้า (Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz – ELWOG) เนื่องจาก บทบัญญัติในกฎกระทรวงที่พิพาทไม่มีผลกระทบใด ๆ นอกจากการปรับโครงสร้างย้อนหลังที่เกี่ยวข้องกับระเบียบทั่วไป ของค่าธรรมเนียมการใช้ระบบไฟฟ้าเท่านั้น;

Bundesministerium für Finanzen, “Verfassungsgerichtshof (VfGH),” Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS), [Online], retrieved from https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Vfgh&Dokumentnummer=JFT_09959692_03G00007_00/ เมื่อ 11 มีนาคม 2566.

²⁰ คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียที่ G151/05 ua, V115/05 ua ลงวันที่ 6 ตุลาคม ค.ศ. 2006

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียเห็นว่า ประกาศคณะกรรมการกำกับการครอบงำกิจการ (Verordnung der Übernahmekommission) ลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 1999 (พ.ศ. 2542) อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ การครอบงำกิจการ (Übernahmegesetz – UEBG) ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีคำสั่งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม แห่งสหพันธ์ (Bundesministerin für Justiz) เพิกถอนประกาศดังกล่าวโดยการประกาศในรัฐกิจจานุเบกษาแห่งสหพันธ์ เล่ม 2 (Bundesgesetzblatt II) โดยไม่ชักช้า;

Bundesministerium für Finanzen, “Verfassungsgerichtshof (VfGH),” Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS), [Online], retrieved from https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Vfgh&Dokumentnummer=JFT_09938994_05G00151_00 เมื่อ 11 มีนาคม 2566.

หรือบทบัญญัติมาตราใดของกฎหมายลำดับรองนั้นถูกเพิกถอนโดยคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลีย ทั้งนี้ คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลียจะไม่กำหนดแนวทางในการดำเนินการหรือการออกกฎหมายลำดับรองใหม่แต่อย่างใด

4. สรุป

ศาลปกครองของสาธารณรัฐออสเตรเลียมี 2 ชั้นศาลเหมือนศาลปกครองของไทย แต่อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีแตกต่างจากศาลปกครองของไทยอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ ศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลีย โดยทั่วไปมีอำนาจพิจารณาพิพากษาความชอบด้วยกฎหมายของคำพิพากษาและคำสั่งศาลปกครองชั้นต้น แต่ไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองชั้นต้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้ให้อำนาจแก่ศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลียในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหรือประเด็นแห่งคดีในกรณีที่คดีปรากฏข้อเท็จจริงเพียงพอต่อการทำคำวินิจฉัยและการวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีจะเป็นประโยชน์แก่ความไม่ยุ่งยาก ตรงตามวัตถุประสงค์ และประหยัดค่าใช้จ่าย โดยศาลปกครองสูงสุดจะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงสำคัญให้ชัดเจนและอาจมอบหมายให้ศาลปกครองชั้นต้นดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมก็ได้ ทั้งนี้ ศาลปกครองของสาธารณรัฐออสเตรเลียไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลีย

การกำหนดค่าบังคับตามคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองของสาธารณรัฐออสเตรเลีย ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจกำหนดค่าบังคับซึ่งมีผลผูกพันฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองใหม่ แต่ต้องไม่ก้าวก้าวการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ส่วนการกำหนดค่าบังคับตามคำพิพากษาเพิกถอนกฎหมายลำดับรองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลีย ศาลไม่มีอำนาจกำหนดค่าบังคับที่จะมีผลผูกพันฝ่ายปกครองในการออกกฎหมายลำดับรองใหม่ โดยคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลียผูกพันเพียงแค่ว่าฝ่ายปกครองประกาศการเพิกถอนกฎหมายลำดับรองโดยไม่ชักช้าเท่านั้น



สภาวิชาชีพกับการเป็นองค์กรแบบ “corporation” : กรณีศึกษาจากระบบกฎหมายฝรั่งเศส
สู่ข้อเสนอแนะต่อสภาวิชาชีพในระบบกฎหมายไทย

Professional Council in the Status as “corporation” : Case Study from French Legal System
to Recommendations on Professional Council in Thai Legal System

ภาคเดช คมสัน *

รับบทความเมื่อ 2 พฤศจิกายน 2566

แก้ไขบทความเมื่อ 16 มกราคม 2567

ตอบรับบทความเมื่อ 16 มกราคม 2567

บทคัดย่อ

โดยที่ประเทศฝรั่งเศสถือว่าสภาวิชาชีพเป็นองค์กรที่มีโครงสร้างในรูปแบบ “corporation” บทความนี้จึงเริ่มต้นจากการอธิบายความหมายและลักษณะสำคัญของ “corporation” เพื่อให้เข้าใจก่อนว่า สภาวิชาชีพที่มุ่งศึกษามีลักษณะเป็นองค์กรแบบ “corporation” อย่างไร จากนั้น จะศึกษาถึงองค์ประกอบของ “corporation” ซึ่งพบว่า สภาวิชาชีพมีโครงสร้างและองค์ประกอบในทำนองเดียวกันกับรัฐ ซึ่งถือเป็นต้นแบบของ “corporation” ประเทศฝรั่งเศส จึงมีการนำหลักการพื้นฐานสำคัญที่ใช้กับรัฐมาปรับใช้กับองค์กรแบบ “corporation” ประเภทอื่น ๆ อย่างสภาวิชาชีพด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักประชาธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจ สำหรับสภาวิชาชีพในประเทศไทย พบว่า มีการนำหลักประชาธิปไตยมาปรับใช้กับสภาวิชาชีพในทำนองเดียวกัน แต่ยังไม่มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาปรับใช้เท่าที่ควร จึงนำมาสู่ข้อพิจารณาและข้อเสนอแนะในการปรับใช้หลักการดังกล่าวกับสภาวิชาชีพในประเทศไทยต่อไป

คำสำคัญ : corporation, fondation, สภาวิชาชีพ, หลักประชาธิปไตย, หลักการแบ่งแยกอำนาจ

*

ปริญญาเอกทางกฎหมายมหาชน (เกียรตินิยมชั้นสูงสุด) Doctorat en droit public (mention très honorable avec félicitations) มหาวิทยาลัยตูลุส 1 ประเทศฝรั่งเศส, พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ สำนักประธานศาลปกครองสูงสุด สำนักงานศาลปกครอง

Abstract

In France, the professional council is organization with the structure in the form of “corporation”. This article will first explain the definition and significant characteristics of “corporation” aiming at construing professional councils categorized as “corporation”. Then, the article will study the composition of “corporation” with the consequence that the professional council composes of structure and composition similar to State, as its prototype. France subsequently implements such important principles as the principle of democracy, and the principle of the separation of powers, applied in State, into many organizations including professional councils as “corporation”. In terms of Thai professional councils, the principle of democracy is applied in accordance with those in France. However, the principle of the separation of powers is applied with Thai professional councils inadequately. This article, therefore, provides considerations and recommendations in the application of the principle of the separation of powers with the Thai professional councils thereon.

Keywords : corporation, foundation, professional councils, the principle of democracy, the principle of the separation of powers

บทนำ

สำหรับบทความนี้ สิ่งที่ต้องทำความเข้าใจเป็นลำดับแรก คือ คำว่า “สภาวิชาชีพ” (ordre professionnel) ซึ่งแม้จะไม่มีนิยามทางกฎหมายชัดเจน แต่ขอจำกัดความ “สภาวิชาชีพ” ที่จะศึกษาในบทความนี้ว่า หมายถึง องค์กรวิชาชีพที่มีกฎหมายจัดตั้งโดยเฉพาะให้ทำหน้าที่ในการควบคุมการประกอบวิชาชีพในลักษณะปกครองตนเอง โดยมีผู้ประกอบวิชาชีพเป็นสมาชิก และมีคณะกรรมการของสภาวิชาชีพมาจากการเลือกตั้งของสมาชิกด้วยกันเอง เพื่อตรวจสอบมาตรฐานการประกอบวิชาชีพหรือจรรยาบรรณวิชาชีพโดยบุคคลในวิชาชีพเดียวกัน มีฐานะเป็นนิติบุคคล มีความเป็นอิสระ ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของรัฐ และได้รับมอบให้อำนาจทางปกครองในการควบคุมการประกอบวิชาชีพ เช่น ออกกฎระเบียบ ออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ ลงโทษผู้ประกอบวิชาชีพที่ฝ่าฝืนจริยธรรมทางวิชาชีพ

จากนิยามข้างต้น เพื่อให้เห็นภาพชัดเจนยิ่งขึ้น จะกล่าวถึงกรณีที่ไม่ใช่สภาวิชาชีพสองประการ ประการแรก “สภาวิชาชีพ” ย่อมไม่รวมถึงการรวมกลุ่มในรูปสมาคมวิชาชีพ อันเป็นการรวมกลุ่มตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมุ่งเน้นการประสานประโยชน์และพิทักษ์ผลประโยชน์ของสมาชิกเป็นหลัก ไม่ได้ได้รับมอบให้อำนาจทางปกครองของรัฐในการควบคุมการประกอบวิชาชีพแต่อย่างใด เช่น สมาคมแพทย์ผิวหนังแห่งประเทศไทย สมาคมเภสัชกรรมชุมชน (ประเทศไทย) สมาคมทนายความแห่งประเทศไทย ประการที่สอง “สภาวิชาชีพ” ไม่รวมถึงองค์กรวิชาชีพในรูปแบบอื่นที่ยังไม่ขาดจากความเป็นหน่วยงานของรัฐ และยังไม่มียุติธรรมในการปกครองตนเอง เช่น คณะกรรมการธุรกิจนำเข้าและมัคคุเทศก์ คณะกรรมการวิชาชีพสาขาตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบโรคศิลปะ เช่น กิจกรรมบำบัด เทคโนโลยีหัวใจและทรวงอก จิตวิทยาคลินิก รังสีเทคนิค การแพทย์แผนจีน องค์กรเหล่านี้ยังไม่มีกฎหมายจัดตั้งให้เป็นนิติบุคคลที่มีอำนาจในการควบคุมดูแลการประกอบวิชาชีพได้เอง แต่สาขาวิชาชีพเหล่านี้ อาจมีกฎหมายจัดตั้งให้เป็นสภาวิชาชีพได้ในอนาคตหากมีความพร้อมและมีความเหมาะสม ทั้งนี้ มีข้อสังเกตโดยง่ายว่า ในประเทศไทย สภาวิชาชีพตามนิยามข้างต้น ได้แก่ องค์กรวิชาชีพที่ขึ้นต้นหรือลงท้ายด้วยคำว่า “สภา” นั่นเอง เช่น แพทยสภา สภาการพยาบาล สภาเภสัชกรรม สภาทนายความ สภาวิศวกร ครูสภา สภาวิชาชีพบัญชี

สำหรับบทความเรื่องนี้ เป็นการศึกษาสภาวิชาชีพในเชิง “โครงสร้าง” ซึ่งเป็นแง่มุมที่มีความสำคัญแต่ยังไม่ค่อยเป็นที่กล่าวถึงกันนักในประเทศไทย โดยที่ประเทศฝรั่งเศสมีการจำแนกประเภทขององค์กรตามโครงสร้าง แบ่งออกเป็นองค์กรที่มีโครงสร้างแบบ “corporation” กับองค์กรที่มีโครงสร้างแบบ “fondation” โดยสภาวิชาชีพถือเป็นองค์กรที่มีโครงสร้างแบบ “corporation” จึงเป็นที่มาของบทความนี้ที่มุ่งศึกษาและวิเคราะห์โครงสร้างดังกล่าวของสภาวิชาชีพ ซึ่งค่อนข้างมีความยุ่งยากในการอธิบายเนื่องจากคำว่า “corporation”¹ หรือ “fondation”² เป็นคำศัพท์ภาษาฝรั่งเศส ที่ยังไม่ปรากฏว่า

¹ ในภาษาฝรั่งเศส อ่านว่า กอ-ปอ-รา-ซิ-อง

² ในภาษาฝรั่งเศส อ่านว่า ฟง-ดา-ซิ-อง

เคยมีการแปลเป็นภาษาไทย และยังไม่มีคำแปลภาษาไทยคำใดที่สั้นกระชับพอที่จะสื่อความหมายได้ตรงกับคำว่า “corporation” หรือ “fondation” แต่ต้องอาศัยการอธิบายขยายความ ผู้เขียนจึงเลือกที่จะใช้คำทับศัพท์ภาษาฝรั่งเศสโดยตรง และขอทำความเข้าใจเบื้องต้นเพื่อไม่ให้เกิดความสับสนว่า ในที่นี้ทั้งสองคำดังกล่าวมิได้มีความหมายว่า “บริษัท” หรือ “มูลนิธิ” ตามคำแปลที่ปรากฏทั่วไปในพจนานุกรมแต่อย่างใด จึงไม่จำเป็นต้องเร่งรีบหาความหมายในตอนนี้อยู่ แต่จะได้ทำความเข้าใจความหมายที่แท้จริงจากการอธิบายในบทความต่อไป

ด้วยเหตุนี้ บทความเรื่อง “สภามหาวิทยาลัยกับการเป็นองค์กรแบบ “corporation”” จึงต้องเริ่มต้นจากการศึกษาความเป็น “corporation” ของสภามหาวิทยาลัย โดยเริ่มต้นจากการทำความเข้าใจความหมายและลักษณะสำคัญของ “corporation” เพื่อให้เข้าใจเบื้องต้นก่อนว่า “corporation” ซึ่งยังไม่มีคำแปลภาษาไทย และยังไม่มีนิยามที่แน่นอนตายตัวนั้นคืออะไร มีแนวคิดที่มาอย่างไร แตกต่างจาก “fondation” อย่างไร และเพื่อให้เข้าใจต่อมารู้ว่า สภามหาวิทยาลัยที่มุ่งศึกษามีลักษณะเป็นองค์กรแบบ “corporation” อย่างไร (ส่วนที่ 1) จากนั้น จะนำเสนอถึงองค์ประกอบของสภามหาวิทยาลัย โดยศึกษาเปรียบเทียบกับรัฐในฐานะต้นแบบของ “corporation” อันจะทำให้เข้าใจลักษณะโครงสร้างขององค์กรประเภทดังกล่าวได้ดียิ่งขึ้น (ส่วนที่ 2) และย่อมทำให้ตระหนักถึงหลักการสำคัญบางประการที่ควรนำมาปรับใช้กับสภามหาวิทยาลัยในฐานะที่เป็น “corporation” อันจะนำไปสู่บทวิเคราะห์ในท้ายที่สุดว่า หลักการเหล่านี้มีการนำมาปรับใช้กับสภามหาวิทยาลัยในประเทศไทยหรือไม่ เพียงใด และควรนำมาปรับใช้อย่างไร (ส่วนที่ 3)

ส่วนที่ 1 ความเป็น “corporation” ของสภามหาวิทยาลัย : ความหมายของ “corporation” และลักษณะสำคัญที่แตกต่างจาก “fondation”

ในลำดับแรก ขออธิบายความหมายของ “corporation” และจะเข้าใจลักษณะของ “corporation” ชัดเจนยิ่งขึ้นเมื่อเปรียบเทียบกับองค์กรอีกประเภทหนึ่งที่เรียกว่า “fondation” ซึ่งมีโครงสร้างแตกต่างกัน

1. ความหมายของ “corporation”

ในประเทศฝรั่งเศสเอง ยังไม่มีนิยามของ “corporation” ที่แน่นอนตายตัว แต่นักวิชาการหลายท่านได้พยายามอธิบายความหมายของคำดังกล่าวไว้อย่างหลากหลาย ตั้งแต่ความหมายอย่างกว้างไปจนถึงความหมายอย่างแคบ ดังนี้

สำหรับความหมายอย่างกว้างสุด Louis Constans³ อธิบายว่า ในทางกฎหมายเอกชน “corporation” หมายถึง การรวมกลุ่มของบุคคลหลายคนที่มีลักษณะร่วมกัน มีความเป็นปึกแผ่นต่อเนื่อง โดยแต่ละบุคคลเป็นผู้ทรงสิทธิที่จะกระทำการเพื่อประโยชน์ร่วมกันของกลุ่ม ไม่ว่าด้วยตนเองหรือผ่านทางผู้แทนของตน โดยนัยนี้ “corporation” จึงเป็นปรากฏการณ์ทางสังคมวิทยา และในขณะเดียวกันก็เป็นปรากฏการณ์ทางกฎหมายด้วย กล่าวคือ “corporation” มีสถานะเป็นนิติบุคคล และมีนิติสัมพันธ์

³ Louis Constans, Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français, 1966, Paris : Dalloz, p. 170.

กับสมาชิกของนิติบุคคลนั้น ๆ นิติสัมพันธ์ในที่นี้ หมายถึง บุคคลแต่ละคนในฐานะสมาชิกย่อมมีสิทธิเสรีภาพตามที่นิติบุคคลรับรองและให้ความคุ้มครอง แต่ในทางตรงข้าม นิติบุคคลก็มีเอกสิทธิ์บางประการเหนือสมาชิกเพื่อประโยชน์ร่วมกันของนิติบุคคล

ส่วนในทางกฎหมายมหาชน Jean-Bernard Auby⁴ ได้อธิบายความหมายของ “corporation” ในทำนองเดียวกันกับการอธิบายในทางกฎหมายเอกชน ดังนี้ ในกรณีนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนจะพบว่า “corporation” เกิดจากการที่บุคคลหลายคนประกอบกันขึ้นเป็นกลุ่ม โดยที่แต่ละคนในกลุ่มมีผลประโยชน์ มีกิจกรรมร่วมกัน และมีความสัมพันธ์ในทำนองที่เรียกว่า เป็นสมาชิกของกลุ่ม ซึ่งกลุ่มดังกล่าวมีสถานะเป็นนิติบุคคล สมาชิกเหล่านี้มีสิทธิพิเศษบางประการต่อนิติบุคคล เช่น การมีส่วนร่วมในการบริหาร แต่ในทำนองกลับกัน สมาชิกแต่ละคนก็ต้องอยู่ภายใต้อำนาจบังคับของนิติบุคคลนั้น ๆ ด้วยเช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น การที่บุคคลจำนวนหนึ่งอาศัยอยู่ในเขตเทศบาลเดียวกัน ย่อมมีสิทธิเรียกร้องต่าง ๆ ในฐานะพลเมืองต่อเทศบาล แต่ในขณะเดียวกัน ก็อยู่ภายใต้บังคับของกฎระเบียบของเทศบาลนั้น และเทศบาลก็มีเอกสิทธิ์บางประการที่จะบังคับเหนือประชาชนในเขตเทศบาลนั้นได้ เทศบาลจึงมีลักษณะเป็น “corporation”

นอกจากนี้ Michel Guibal⁵ ได้นิยามคำว่า “corporation” ให้กระชับยิ่งขึ้นว่า องค์กรที่มีโครงสร้างแบบ “corporation” เป็นการรวมกลุ่มของบุคคลหลายคนที่มีลักษณะร่วมกัน และมีความเป็นปึกแผ่นต่อเนื่อง โดยกลุ่มบุคคลดังกล่าวได้รับมอบสถานะทางกฎหมายให้เป็นนิติบุคคล เพื่อดำเนินกิจการต่าง ๆ ของนิติบุคคลให้บรรลุวัตถุประสงค์และประโยชน์ร่วมกันของกลุ่ม ไม่ว่าจะดำเนินการโดยนิติบุคคลเองหรือผ่านทางผู้แทนซึ่งสมาชิกเลือกกันเอง

จากความหมายที่นักวิชาการทั้งสามท่านได้อธิบายข้างต้น ย่อมสรุปได้ว่า รัฐ (État) ภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตย และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Collectivité territoriale) ล้วนมีลักษณะเป็นองค์กรที่มีโครงสร้างแบบ “corporation” เนื่องจากเป็นการรวมกลุ่มของบุคคลหลายคนที่มีลักษณะร่วมกันในทางพื้นที่ ชาติพันธุ์ วัฒนธรรม และมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยแต่ละบุคคลในฐานะพลเมืองของรัฐหรือประชาชนในท้องถิ่นเป็นผู้มีสิทธิหน้าที่ตามที่กฎหมายรับรองและคุ้มครอง มีสิทธิเข้าไปมีส่วนร่วมในการบริหารประเทศและท้องถิ่นเพื่อประโยชน์ร่วมกันของพลเมือง ไม่ว่าด้วยตนเองหรือผ่านทางผู้แทนที่มาจากการเลือกตั้ง แต่ในขณะเดียวกัน พลเมืองทุกคนก็อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายของรัฐหรือกฎระเบียบของท้องถิ่นนั้น ๆ และรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็มีเอกสิทธิ์ที่จะบังคับเหนือพลเมืองในรัฐหรือในท้องถิ่นนั้นได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งจะเห็นได้ว่ารัฐ และองค์กรปกครอง

⁴ Jean-Bernard Auby, La notion de personne publique en droit administratif, thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux I, 1979, p. 168.

⁵ Michel Guibal, L'ordre professionnel, thèse, Montpellier, 1970, p. 17.

ส่วนท้องถิ่นมีสถานะเป็นนิติบุคคล⁶ ซึ่งทำให้สามารถทรงสิทธิต่าง ๆ มีหน้าที่ตามกฎหมาย และแสดงเจตนาต่าง ๆ ได้อย่างอิสระ

สำหรับในความหมายที่แคบลงมา นักวิชาการหลายท่านได้พยายามอธิบายความหมายและลักษณะขององค์กรที่มีโครงสร้างแบบ “corporation” ในระดับที่ต่ำกว่ารัฐ เช่น Bernard, Barret และ Brunier⁷ อธิบายว่า “corporation” เป็นองค์กรที่ได้รับมอบภารกิจและได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ขององค์กร โดยเป็นองค์กรที่เกิดจากการรวมกลุ่มของบุคคลเพื่อประกันความเป็นอิสระของสมาชิกในกลุ่มซึ่งมีผลประโยชน์ร่วมกัน อันเป็นการสร้างความเข้มแข็งมั่นคงให้กับกลุ่มพิทักษ์ผลประโยชน์ของกลุ่มและประโยชน์สาธารณะ ลดการแทรกแซงจากอำนาจภายนอกกลุ่ม จึงเป็นการรวมกลุ่มในลักษณะช่วยเหลือเกื้อกูลกัน มิใช่แข่งขันกันเอง

อย่างไรก็ตาม นักวิชาการบางท่าน เช่น Isabelle Muller⁸ เห็นว่า อำนาจขององค์กรแบบ “corporation” มิใช่อำนาจที่ได้รับมอบจากรัฐ แต่เป็นอำนาจโดยชอบธรรมของตัวองค์กรเองอยู่แล้ว ดังจะเห็นว่า องค์กรมีอำนาจบริหารจัดการกันเอง มีอำนาจลงโทษทางวินัยสมาชิก เป็นต้น นอกจากนี้ นักวิชาการท่านนี้ยังได้นำเสนอปรากฏการณ์ขององค์กรแบบ “corporation” ไว้อย่างน่าสนใจ โดยเทียบเคียงกับปรากฏการณ์ของ “รัฐ” ซึ่งเป็นองค์กรที่มีโครงสร้างแบบ “corporation” ชัดเจน กล่าวคือ องค์กรแบบ “corporation” มีรูปแบบโครงสร้างที่คล้ายคลึงกันกับรัฐ ต่างกันก็เพียงแต่เป็นองค์กรที่อยู่ภายใต้รัฐเท่านั้น มีอิสระในการปกครองตนเองในทำนองเดียวกันกับการที่รัฐมีอำนาจอธิปไตย มีองค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร มีกฎระเบียบของตนเองโดยเฉพาะ และมีการบังคับใช้กฎระเบียบนั้นกับสมาชิกในองค์กรเพื่อประโยชน์ร่วมกันของสมาชิก ในทำนองเดียวกันกับการที่รัฐใช้อำนาจบังคับแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดเพื่อประโยชน์สาธารณะ

นอกจากนี้ ยังได้มีการอธิบายความหมายของ “corporation” ในบริบทที่แคบลงไปอีก โดยมุ่งหมายไปที่การรวมกลุ่มทางวิชาชีพโดยเฉพาะ ดังนี้

พจนานุกรม Robert ให้คำนิยาม “corporation” ว่าหมายถึง การรวมกลุ่มของผู้ประกอบวิชาชีพเดียวกันเพื่อจัดระเบียบและปกป้องผลประโยชน์ของวิชาชีพ

⁶ ในประเทศฝรั่งเศส รัฐมีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ซึ่งแตกต่างจากประเทศไทยที่ไม่ถือว่ารัฐเป็นนิติบุคคล แต่กระทรวง ทบวง กรม เป็นนิติบุคคล กระนั้นก็ตาม รัฐย่อมเป็นนิติบุคคลตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

⁷ Jacques Reynaud, L'ordre des médecins, these de doctorat en droit, l'Université de Lyon, 1943, p. 76.

⁸ Isabelle Muller, « La normative corporative « reconnue » », dans Le groupement et le droit : corporatisme, néo-corporatisme, Presses de l'UT1, 1996, p. 32.



Hélène Simonian-Gineste⁹ อธิบายว่า “corporation” หมายถึง การที่ผู้ประกอบวิชาชีพเดียวกันรวมกลุ่มกันขึ้นเป็นองค์กร มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ร่วมกันของสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพ โดยมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในระหว่างสมาชิก มีการจัดระเบียบ และควบคุมจรรยาบรรณของวิชาชีพ

B. Chenot¹⁰ อธิบายความหมายของ “corporation” โดยแสดงให้เห็นถึงการมีอำนาจเหนือสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพ และการมีอิสระในการปกครองตนเองที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ กล่าวคือ อำนาจขององค์กรแบบ “corporation” ที่มีต่อสมาชิกในองค์กร มิได้มีลักษณะเป็นเพียงความสัมพันธ์แบบนายจ้างลูกจ้างเท่านั้น แต่เป็นองค์กรที่มีการใช้อำนาจทั้งในการออกกฎระเบียบบังคับใช้แก่สมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพ และอำนาจในการบังคับใช้กฎระเบียบนั้น ตลอดจนอำนาจในการบริหารจัดการวิชาชีพ เพื่อประโยชน์ร่วมกันของวิชาชีพ อีกทั้งยังมีอำนาจทางตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทกับผู้ประกอบวิชาชีพที่ฝ่าฝืนกฎระเบียบดังกล่าว กล่าวอีกนัยหนึ่ง “corporation” เป็นรูปแบบการจัดองค์กรในการควบคุมการประกอบวิชาชีพด้วยการรวมกลุ่มของผู้ประกอบวิชาชีพด้วยกันเองภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ

ในทำนองเดียวกัน Jacques Reynaud¹¹ ได้สรุปว่า “corporation” เป็นองค์กรที่รวมกลุ่มผู้ประกอบวิชาชีพเดียวกันที่มีผลประโยชน์ร่วมกัน โดยมีสิทธิเสรีภาพและทรัพย์สินเป็นของตนเอง ทั้งยังมีเขตอำนาจพิจารณาข้อพิพาทเป็นของตนเองด้วย จึงเป็นองค์กรที่มีขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้ประกอบวิชาชีพ และในขณะเดียวกัน ก็ยังเป็นเสมือนที่ปรึกษาของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับวิชาชีพนั้น ๆ ไปในตัวด้วย โดยนัยนี้ รัฐจึงมีบทบาทเป็นเพียงผู้สนับสนุน คอยให้ความร่วมมือช่วยเหลือ แต่ “corporation” เป็นผู้บริหารจัดการวิชาชีพเอง เนื่องจากมีเครื่องมือที่ดีกว่ารัฐ ดังจะเห็นได้ว่า “corporation” บริหารจัดการทุกอย่างที่เกี่ยวกับวิชาชีพ เสมือนหนึ่งว่ามีทั้งอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการภายในขอบเขตวิชาชีพนั้น ๆ ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ ซึ่งในบริบทของความสัมพันธ์กับรัฐ “corporation” จึงเป็นเสมือนผู้ช่วยของรัฐในการดูแลจัดการวิชาชีพเพื่อประโยชน์สาธารณะด้วย

นอกจากนี้ นักกฎหมายทั้งเอกชนและมหาชนยังได้อธิบายปรากฏการณ์ของ “corporation” ว่ามาจากแนวคิด “ความเป็นอิสระในการปกครองตนเอง” เริ่มต้นจาก Léon Michoud¹² อธิบายว่า นิติบุคคลทุกประเภทล้วนมีอิสระในการบริหารจัดการองค์กรตามขอบเขตที่ฝ่ายนิติบัญญัติเปิดช่องให้กระทำได้อย่างไรก็ดี Louis Constans¹³ อธิบายเพิ่มเติมว่า ความเป็นอิสระในการปกครองตนเองปรากฏอย่างแท้จริงในกรณีนิติบุคคลที่มีโครงสร้างแบบ “corporation” โดยมีอิสระในการออกกฎระเบียบบังคับใช้แก่สมาชิก

⁹ Hélène Simonian-Gineste, « Le néo-corporatisme et la norme étatique », dans *Le groupement et le droit : corporatisme, néo-corporatisme*, Presses de l'UT1, 1996, p. 89.

¹⁰ *Ibid*, p. 91.

¹¹ Jacques Reynaud, *op. cit.*, pp. 75-76.

¹² Léon Michoud et Louis Trobatas, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Tome I, L.G.D.J., 2^e édition (mise à jour par L. Trobatas), 1924, p. 2.

¹³ Louis Constans, *op. cit.*, pp. 185-186.

ภายในกลุ่มเอง ซึ่งสมาชิกแต่ละคนต้องเข้ามาผูกพันและอยู่ภายใต้กฎระเบียบดังกล่าวด้วยเหตุที่มีลักษณะบางประการร่วมกัน และ Pothier¹⁴ ได้ขยายความด้วยว่า อิสระในการปกครองตนเองของ “corporation” ยังรวมไปถึงการบังคับใช้กฎระเบียบของกลุ่มแก่สมาชิกโดยมีอำนาจทางปกครอง และมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทในการลงโทษทางวินัยแก่สมาชิกในกลุ่มด้วย

ประการท้ายสุด “corporation” ได้รับการอธิบายในอีกแง่มุมหนึ่งว่า เป็นองค์กรที่มีโครงสร้างสำหรับกลุ่มบุคคลที่มีผลประโยชน์ของกลุ่มร่วมกัน แต่ในขณะเดียวกัน ก็มีประโยชน์สาธารณะนอกเหนือจากประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มให้ต้องคำนึงถึงด้วย ซึ่งองค์กรในลักษณะดังกล่าวมักเป็นองค์กรที่มีลักษณะผสมทั้งเอกชนและมหาชนอยู่ด้วยกัน ดังเช่นสภาวิชาชีพ โดยโครงสร้างองค์กรแบบ “corporation” นี้เองจะสามารถประสานประโยชน์ที่แตกต่างกันเข้าด้วยกันได้ ทั้งนี้ Y. Barel¹⁵ ให้ข้อสังเกตว่า องค์กรแบบ “corporation” มักเป็นองค์กรที่ทำให้เกิดความยุ่งยากซับซ้อนในการวินิจฉัยว่า เป็นองค์กรตามกฎหมายเอกชนหรือมหาชน และ Jacques Reynaud¹⁶ ให้ข้อสรุปว่า “corporation” เป็นองค์กรที่มีโครงสร้างเอื้อต่อการประสานระหว่างประโยชน์เอกชนที่เป็นของกลุ่มกับประโยชน์สาธารณะเข้าด้วยกัน โดยรัฐมีบทบาทอย่างจำกัดในการกำกับดูแลองค์กรเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ ในขณะที่องค์กรเองได้รับมอบอำนาจให้ปกครองตนเองในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ของตน จึงมีเอกสิทธิ์ที่จะบังคับแก่สมาชิกในกลุ่ม นอกจากนี้ J.-L. Marie¹⁷ ยังอธิบายในทำนองเดียวกันว่า “corporation” อยู่บนพื้นฐานแนวคิดการผูกขาดในการจัดการวิชาชีพเพื่อประโยชน์ของสมาชิกด้วยกันเอง โดยมีเครื่องมือหรืออำนาจที่ได้รับมอบจากรัฐที่จะบังคับเหนือสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพได้ แต่ในขณะเดียวกัน รัฐก็มีบทบาทในการกำกับดูแลองค์กรเพื่อประโยชน์สาธารณะด้วยเช่นกัน

จากคำอธิบายของนักวิชาการดังที่ได้กล่าวมาทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นการอธิบายในบริบทหรือแง่มุมใดก็ตาม ย่อมทำให้สรุปได้ว่า สภาวิชาชีพที่บทความนี้มุ่งศึกษานั้นเข้าลักษณะขององค์กรที่มีโครงสร้างแบบ “corporation” กล่าวคือ เป็นการรวมกลุ่มของผู้ที่มีลักษณะร่วมกัน คือ ประกอบวิชาชีพเดียวกัน และมีผลประโยชน์ร่วมกันในทางวิชาชีพ มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มวิชาชีพ และในขณะเดียวกันก็มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะในการควบคุมการประกอบวิชาชีพด้วย ทั้งเป็นองค์กรที่มีสถานะเป็นนิติบุคคล มีอิสระในการบริหารจัดการกิจการของวิชาชีพเอง โดยมีผู้บริหารองค์กรที่มาจากการเลือกตั้งของสมาชิกด้วยกัน และมีทั้งอำนาจในการออกกฎระเบียบ อำนาจทางปกครอง

¹⁴ Pothier, *Traité des Personnes*, éd. Bugnet, tome IX, p.79.

¹⁵ Y. Barel, « Un nouveau corporatisme ? », dans *L'Etat et le corporatisme*, PUF, 1988, p. 32, cité dans Hélène Simonian-Gineste, *op. cit.*, p. 92.

¹⁶ Jacques Reynaud, *op. cit.*, p. 256.

¹⁷ J.-L. Marie, *Les agriculteurs et la politique*, Montchrestien Coll, Clefs Politique, 1994, cité dans Hélène Simonian-Gineste, *op. cit.*, p. 92.

ในการบังคับใช้กฎระเบียบ ตลอดจนอำนาจทางตุลาการในการลงโทษทางวินัยผู้ประกอบการวิชาชีพที่ฝ่าฝืนกฎระเบียบของวิชาชีพ ทั้งนี้ ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ

ในลำดับต่อไปจะได้ศึกษาถึงลักษณะสำคัญของ “corporation” โดยเปรียบเทียบกับ “fondation” ซึ่งจะทำให้เข้าใจได้ดียิ่งขึ้นว่า สภาวิชาชีพมีลักษณะเป็นองค์กรแบบ “corporation” อย่างไร

2. ลักษณะสำคัญของ “corporation” ที่แตกต่างจาก “fondation”

การศึกษาในหัวข้อที่ผ่านมาเป็นการทำความเข้าใจ “corporation” จากความหมายของ “corporation” เอง แต่เพื่อให้เข้าใจ “corporation” ได้กระจ่างขึ้น จะต้องศึกษาถึงลักษณะสำคัญของ “corporation” โดยเปรียบเทียบกับ “fondation” ซึ่งเป็นองค์กรที่มีโครงสร้างอีกลักษณะหนึ่งในทางตรงกันข้ามด้วย ในเบื้องต้น เพื่อที่จะแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างองค์กรทั้งสองแบบ ขออธิบายความหมายและลักษณะของ “fondation” โดยสังเขป ดังนี้

Louis Constans¹⁸ อธิบายว่า โดยทั่วไป “fondation” หมายถึง การที่เจ้าของทุนมอบทุนให้แก่บุคคลหนึ่งโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บุคคลนั้นดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของเจ้าของทุน โดยอาจเป็นการมอบทุนให้แก่บุคคลที่มีอยู่เดิมที่สามารถดำเนินการตามความประสงค์ของเจ้าของทุนได้อยู่แล้ว หรืออาจจัดตั้งบุคคลขึ้นใหม่โดยเฉพาะ ในกรณีที่บุคคลที่มีอยู่เดิมไม่สามารถดำเนินการตามความประสงค์ของเจ้าของทุน

จากคำอธิบายข้างต้น จะเห็นความแตกต่างในเบื้องต้นระหว่าง “fondation” กับ “corporation” ที่มีที่มาแตกต่างกัน โดยองค์กรแบบ “corporation” มีจุดเริ่มต้นมาจากการรวมกลุ่มของผู้ที่มีลักษณะและผลประโยชน์ร่วมกัน และมีการบริหารจัดการองค์กรในลักษณะปกครองตนเอง ในขณะที่องค์กรแบบ “fondation” ไม่มีลักษณะดังกล่าวเนื่องจากมีจุดเริ่มต้นมาจากการได้รับมอบทุนและภารกิจมาจากเจ้าของทุนโดยเฉพาะ ตัวอย่างขององค์กรแบบ “fondation” ได้แก่ นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนโดยทั่วไป เช่น บริษัท มูลนิธิ ส่วนนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนที่มีโครงสร้างแบบ “fondation” ที่เห็นได้ชัดเจน คือ องค์กรมหาชน (établissement public) ซึ่งดำเนินการตามความประสงค์ของเจ้าของทุน ซึ่งก็คือรัฐ นั่นเอง

ความแตกต่างระหว่าง “corporation” กับ “fondation” มี 3 ประการหลัก ๆ ได้แก่ ลักษณะทางสังคมวิทยา ขอบเขตอำนาจขององค์กร และความสัมพันธ์กับอำนาจรัฐ

1) ความแตกต่างในเรื่องลักษณะทางสังคมวิทยา

ลักษณะทางสังคมวิทยาเป็นประเด็นหนึ่งที่ทำให้เห็นความแตกต่างระหว่างองค์กรทั้งสองแบบได้ชัดเจน สำหรับ “corporation” บุคคลหลายคนมารวมกันเป็นกลุ่มนั้นมีลักษณะร่วมกัน มีผลประโยชน์ร่วมกัน มีความเป็นปึกแผ่นต่อเนื่อง และมีความรู้สึกเป็นน้ำหนึ่งใจเดียวกันระหว่างสมาชิก ก่อนที่จะได้รับมอบสถานะทางกฎหมายให้เป็นนิติบุคคลเสียอีก สมาชิกเหล่านี้ล้วนมีความต้องการ

¹⁸ Louis Constans, *op. cit.*, p. 205.

ที่จะดำเนินกิจการของกลุ่มร่วมกัน โดยอาจดำเนินการด้วยตนเองหรือผ่านทางผู้แทนที่ตนมอบความไว้วางใจให้บริหารจัดการกลุ่ม อันเป็นลักษณะของการปกครองกันเองเพื่อตอบสนองต่อความต้องการร่วมกันของกลุ่มด้วยเหตุนี้ เพื่อให้การดำเนินกิจการต่าง ๆ ของกลุ่มบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ร่วมกัน กลุ่มบุคคลนี้จึงได้รับมอบสถานะทางกฎหมายให้เป็นนิติบุคคลและนำหลักประชาธิปไตยมาใช้ในการบริหารจัดการองค์กร¹⁹ ดังที่ได้กล่าวมานี้ ย่อมเห็นได้ว่า ปรากฏการณ์ทางสังคมวิทยาดังกล่าวพบได้ในกรณีของรัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และสหวิชาชีพ ซึ่งเป็นองค์กรแบบ “corporation”

ในทางตรงกันข้าม จะเห็นได้ว่า ในกรณี “fondation” นั้น ผู้ใช้ประโยชน์จากกิจการขององค์กรประเภทนี้ ไม่ได้มีส่วนร่วมในการริเริ่มก่อตั้งหรือบริหารจัดการองค์กรแต่อย่างใด²⁰ ยกตัวอย่างเช่น กรณีองค์การมหาชน เช่น โรงพยาบาลหรือมหาวิทยาลัย ผู้ป่วยหรือนักศึกษาซึ่งเป็นผู้ใช้ประโยชน์จากกิจการขององค์กร ไม่ได้มีส่วนร่วมในการบริหารกิจการของโรงพยาบาลหรือมหาวิทยาลัยแต่อย่างใด หากแต่เป็นความประสงค์ของผู้เป็นเจ้าของทุนเองซึ่งอยู่ภายนอกกลุ่มผู้ใช้ประโยชน์ ดังนั้น ความประสงค์ของเจ้าของทุนกับความต้องการของกลุ่มผู้ใช้ประโยชน์จึงอาจขัดแย้งกันได้ และไม่ได้เป็นไปในแนวทางเดียวกันเสมอไป กรณีจึงต่างกับ “corporation” ซึ่งเป็นความต้องการร่วมกันของสมาชิกในกลุ่ม โดยมีผู้แทนของกลุ่มเองเป็นผู้ขับเคลื่อนให้เป็นไปตามความต้องการนั้น²¹

ในทางสังคมวิทยา มีข้อสังเกตว่า ผู้ใช้ประโยชน์จากกิจการของ “fondation” ไม่มีการรวมกลุ่มในลักษณะที่เป็นปีกแผ่นต่อเนื่องหรือมั่นคง หากมีการรวมกลุ่มก็เป็นแต่การรวมกลุ่มเพื่อเรียกร้องประโยชน์เพียงชั่วคราวหรือเฉพาะกิจเท่านั้น เช่น กลุ่มผู้ป่วย กลุ่มผู้ใช้บริการขนส่งมวลชน กลุ่มผู้ใช้ไฟฟ้า อย่างไรก็ตาม แม้ผู้ใช้ประโยชน์จากกิจการของ “fondation” ในบางกรณีอาจมีความรู้สึกผูกพันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันได้ก็ตาม เช่น กลุ่มนักเรียนนักศึกษา หรือผู้ป่วย เมื่อแต่ละคนสำเร็จการศึกษา หรือได้รับการรักษาจนหายดี อันเป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการให้บริการขององค์กรนั้น ๆ แล้วก็ย่อมพ้นจากการเป็นผู้ใช้บริการ จึงไม่อาจถือเป็นกลุ่มที่มีความเป็นปีกแผ่นต่อเนื่องเพียงพอที่จะแสดงเจตนาร่วมกันของกลุ่มได้ นอกจากนี้ ย่อมเห็นได้ชัดว่า การดำเนินกิจการขององค์กรแบบ “fondation” ต้องเป็นไปตามความประสงค์ของเจ้าของทุนเป็นหลัก โดยสภาพจึงเป็นไปไม่ได้ที่จะให้ผู้ใช้บริการ ดังเช่นกลุ่มนักเรียนนักศึกษา หรือผู้ป่วย มาร่วมบริหารจัดการองค์กร และไม่อาจนำหลักประชาธิปไตยมาใช้ในการบริหารจัดการองค์กรดังเช่นกรณีของ “corporation” เหล่านี้เป็นลักษณะทางสังคมวิทยาที่แตกต่างกันขององค์กรทั้งสองประเภท²²

¹⁹ Louis Constans, *op. cit.*, pp. 172, 206-207.

²⁰ Gierke, « Juristische Person; Genossenschaftstheorie », *Rechtslexikon d'Holtzendorff*, pp. 12-13, cité dans Léon Michoud, *op. cit.*, p. 186.

²¹ Louis Constans, *op. cit.*, p. 172.

²² *Ibid*, pp. 172-173, 206-209.

2) ความแตกต่างในเรื่องขอบเขตอำนาจขององค์กร

ความแตกต่างระหว่าง “corporation” กับ “fondation” ในเรื่องขอบเขตการใช้อำนาจอธิบายได้จากหลักเรื่อง “ขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล” กล่าวคือ นิติบุคคลโดยผู้แทนย่อมมีสิทธิ หน้าที่ และความสามารถที่จะกระทำการภายในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น ๆ แต่หากเป็นการกระทำที่อยู่นอกขอบวัตถุประสงค์ การนั้นย่อมไม่ผูกพันนิติบุคคล หลักการดังกล่าวใช้บังคับกับนิติบุคคลทุกประเภท แต่ในระดับที่ต่างกัน ขึ้นอยู่กับว่า นิติบุคคลนั้นมีขอบวัตถุประสงค์เป็นการทั่วไปหรือเป็นการเฉพาะเจาะจง หากเป็นนิติบุคคลที่มีวัตถุประสงค์เป็นการทั่วไป มิได้มีวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใดโดยเฉพาะ นิติบุคคลนั้นย่อมมีขอบเขตการใช้อำนาจอย่างกว้างหรือเป็นการทั่วไป (competence de principe) ซึ่งได้แก่กรณีขององค์กรแบบ “corporation” แต่ถ้าเป็นนิติบุคคลที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการหนึ่งการใดโดยเฉพาะ นิติบุคคลนั้นย่อมมีขอบเขตการใช้อำนาจอย่างแคบหรือเป็นการเฉพาะเจาะจง (competence d’attribution) ซึ่งได้แก่กรณีขององค์กรแบบ “fondation”

การที่องค์กรแบบ “fondation” มีขอบเขตการใช้อำนาจเป็นการเฉพาะเจาะจงนั้น เนื่องจาก “fondation” เป็นกรณีที่เจ้าของทุนมอบทุนให้แก่นิติบุคคลโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้นิติบุคคลนั้น ดำเนินกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของเจ้าของทุน ผู้แทนของนิติบุคคลจึงไม่อาจกระทำการใด นอกเหนือขอบวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายหรือข้อบังคับของนิติบุคคลนั้น ๆ กำหนด โดยมีข้อสังเกตว่า องค์กรแบบ “fondation” มักมีกิจกรรมหลักที่ต้องดำเนินการเพียงกิจกรรมเดียว ดังกรณีขององค์กรการกุศล เช่น โรงพยาบาลมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริการทางการแพทย์ มหาวิทยาลัยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริการทางการศึกษา

ในขณะที่องค์กรแบบ “corporation” มีวัตถุประสงค์เป็นการทั่วไป จึงมีขอบเขตการใช้อำนาจอย่างกว้างและหลากหลาย ด้วยเหตุนี้ ผู้บริหารองค์กรจึงอาจริเริ่มดำเนินการใดที่เห็นว่า เป็นประโยชน์แก่สมาชิกขององค์กรได้ แม้จะมีบทบัญญัติระบุวัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ขององค์กรก็ตาม แต่ก็เป็นการบัญญัติอย่างกว้างเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้บริหารองค์กรสามารถดำเนินการใด ๆ ตามที่เห็นสมควร เพื่อประโยชน์ของกลุ่มสมาชิกและประโยชน์สาธารณะ ดังเช่นกรณีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ทั้งในทางบริหาร ออกกฎเกณฑ์ใช้บังคับแก่ประชาชนในท้องถิ่น บังคับใช้กฎเกณฑ์ และดำเนินการในด้านต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ของท้องถิ่นและประโยชน์สาธารณะ โดยมีได้มีกิจกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งที่ได้รับมอบหมายให้ต้องดำเนินการโดยเฉพาะเจาะจง ในทำนองเดียวกันกับกรณีของสหวิชาชีพ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ทั้งในทางบริหาร ออกกฎเกณฑ์ใช้บังคับแก่สมาชิกผู้ประกอบการวิชาชีพ และผู้ที่ประสงค์จะประกอบวิชาชีพ บังคับใช้กฎเกณฑ์ และดำเนินการในด้านต่าง ๆ เกี่ยวกับวิชาชีพของตน เพื่อประโยชน์ของกลุ่มวิชาชีพและประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ตาม ขอบเขตอำนาจดังกล่าวมิใช่อำนาจที่ไร้ขอบเขต แต่ยังคงต้องอยู่ภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ขององค์กรและต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของสมาชิกและประโยชน์สาธารณะ

ความแตกต่างอีกประการหนึ่งเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจขององค์กร คือ แม้องค์กรแบบ “corporation” และ “fondation” ต่างก็มีอำนาจในการออกกฎระเบียบเกี่ยวกับการให้บริการตามกรอบภารกิจขององค์กรเช่นเดียวกัน แต่มีข้อสังเกตว่า กฎระเบียบดังกล่าวใช้บังคับแก่บุคคลในสถานะและนิติสัมพันธ์ที่ต่างกัน กล่าวคือ ในกรณี “fondation” ดังเช่นองค์การมหาชน ผู้อยู่ในบังคับของกฎระเบียบ คือ ผู้ใช้บริการ ซึ่งจะต้องเข้ามาอยู่ในบังคับของกฎระเบียบก็ต่อเมื่อเข้าใช้บริการเท่านั้น และถือเป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ใช้บริการ อันเป็นนิติสัมพันธ์ในลักษณะต่างตอบแทนในทางตรงกันข้าม กรณี “corporation” เป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการออกกฎระเบียบบังคับใช้แก่สมาชิกหรือผู้ที่เข้าเป็นสมาชิกโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลดังกล่าว อันเป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับผู้ถูกปกครอง ขอบเขตอำนาจขององค์กรจึงเป็นลักษณะประการหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่าง “corporation” กับ “fondation” ได้ชัดเจน

3) ความแตกต่างในเรื่องความสัมพันธ์กับอำนาจรัฐ

แม้องค์กรแบบ “corporation” และ “fondation” ต่างอยู่ภายใต้อำนาจอำกับดูแล²³ (pouvoir de tutelle) ของรัฐเช่นเดียวกัน แต่รัฐใช้อำนาจในการกำกับดูแลองค์กรทั้งสองประเภทในระดับที่ต่างกัน โดยรัฐใช้อำนาจอำกับดูแล “fondation” ในระดับที่เข้มข้นกว่า “corporation” กล่าวคือ “fondation” ยังคงอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐในหลายกรณี (subordination organique) ซึ่งยังไม่อาจถือได้ว่ามีอิสระในการปกครองตนเอง ในขณะที่ “corporation” ถือได้ว่ามีอิสระในการปกครองตนเองในระดับหนึ่ง (indépendance organique) โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐในบางกรณีเท่านั้น

ความแตกต่างของระดับในการกำกับดูแลองค์กรทั้งสองประเภทที่เห็นได้ชัด มี 3 กรณี ได้แก่ อิสระในการดำเนินกิจกรรมขององค์กร การได้มาซึ่งผู้บริหารองค์กร และความรับผิดชอบในการบริหารจัดการองค์กร

ก. อิสระในการดำเนินกิจกรรมขององค์กร

สำหรับองค์กรแบบ “corporation” ในกรณีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีการจัดองค์กรโดยใช้หลักการกระจายอำนาจ โดยเป็นการกระจายอำนาจทางพื้นที่ (décentralisation territoriale) ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจปกครองและจัดทำบริการสาธารณะในท้องถิ่นของตน โดยไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของรัฐบาลส่วนกลาง เพียงแต่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ ทั้งนี้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในแต่ละเขตพื้นที่จะมีองค์กรบริหารเป็นของตนเอง ซึ่งมาจากการเลือกตั้ง

²³ อำนาจอำกับดูแลของรัฐเป็นการที่รัฐใช้อำนาจในการกำกับดูแลให้องค์กรที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลปฏิบัติตามหน้าที่ที่ต้องทำตามกฎหมาย โดยมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลเท่านั้น ไม่มีอำนาจสั่งการให้องค์กรที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลปฏิบัติตามที่เห็นสมควร และการใช้อำนาจดังกล่าวจะกระทำได้ต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจไว้และต้องเป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด ซึ่งต่างจากอำนาจบังคับบัญชา (pouvoir hiérarchie) อันเป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาใช้กับผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา โดยสามารถตรวจสอบได้ทั้งเรื่องความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการกระทำของผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา

จากประชาชนในท้องถิ่น จึงมีอิสระในการดำเนินกิจกรรมอันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะด้านต่าง ๆ เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนภายในเขตพื้นที่ โดยรัฐจะใช้อำนาจในการกำกับดูแลเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นและประโยชน์ส่วนรวมของประเทศ ในทำนองเดียวกัน สภาวิชาชีพแต่ละวิชาชีพจะมีคณะกรรมการบริหารซึ่งโดยหลักมาจากการเลือกตั้ง มีอิสระในการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ของกลุ่มวิชาชีพและประโยชน์สาธารณะ มีการออกกฎเกณฑ์ใช้บังคับภายในวิชาชีพของตนเอง และลงโทษทางวินัยผู้ที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ดังกล่าว โดยรัฐจะใช้อำนาจกำกับดูแลการดำเนินกิจกรรมของสภาวิชาชีพเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการประกอบวิชาชีพ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อประชาชน แต่จะไม่กำกับดูแลการดำเนินกิจกรรมอื่น ๆ ที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของสภาวิชาชีพเอง โดยหลักแล้วจึงถือว่า องค์กรแบบ “corporation” มีอิสระในการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ด้วยการริเริ่มขององค์กรเอง

ส่วนองค์กรแบบ “fondation” นั้น เพื่อให้เห็นความแตกต่างจากองค์กรแบบ “corporation” ได้ชัดเจน จะต้องเปรียบเทียบกับกรณีขององค์กรมหาชน ซึ่งเป็นการจัดองค์กรโดยใช้หลักการกระจายอำนาจเช่นเดียวกัน แต่เป็นการกระจายอำนาจทางบริการ (décentralisation fonctionnelle) ซึ่งเป็นการโอนกิจการบริการสาธารณะบางกิจการจากรัฐไปให้องค์การมหาชนดำเนินการ ดังนี้ จึงเห็นได้ว่า องค์กรมหาชนมีกิจกรรมที่ต้องดำเนินการตามที่ได้รับมอบหมายจากรัฐอยู่แล้ว ไม่อาจริเริ่มดำเนินกิจกรรมอื่นใดนอกเหนือไปจากขอบวัตถุประสงค์เฉพาะขององค์กรมหาชนได้ นอกจากนี้ แม้โดยหลักการองค์กรมหาชนเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากรัฐ มีทรัพย์สิน มีผู้บริหารของตนเอง และมีอิสระในการดำเนินกิจกรรมตามที่ได้รับมอบหมายในระดับหนึ่งก็ตาม แต่เมื่อรัฐเองเป็นผู้มอบหมายกิจการให้แก่องค์กรมหาชน จึงปรากฏว่า รัฐโดยหน่วยงานที่มีอำนาจกำกับดูแลองค์กรมหาชนมีส่วนร่วมสำคัญในการบริหารองค์กร กำหนดทิศทางการองค์กร กำหนดนโยบาย และตัดสินใจในเรื่องสำคัญ เช่น กรอบภารกิจ การจัดสรรงบประมาณ การบริหารงานบุคคล ประหนึ่งเป็นกรรมการบริหารขององค์กรมหาชนเสียเอง ดังนี้ องค์กรแบบ “fondation” จึงไม่มีอิสระในการดำเนินกิจกรรมขององค์กรอย่างแท้จริงอย่างเช่นกรณีขององค์กรแบบ “corporation”

ข. การได้มาซึ่งผู้บริหารองค์กร

การได้มาซึ่งผู้บริหารองค์กรเป็นข้อแตกต่างระหว่างองค์กรแบบ “corporation” กับ “fondation” ที่เห็นได้ชัดเจน กล่าวคือ ผู้บริหารขององค์กรแบบ “corporation” มาจากการเลือกตั้งกันเองของสมาชิก ในขณะที่ผู้บริหารขององค์กรแบบ “fondation” มาจากการแต่งตั้งโดยเจ้าของทุนหรือองค์กรที่มีอำนาจกำกับดูแล²⁴

²⁴ Louis Constans, *op. cit.*, pp. 134-135.

สำหรับองค์กรแบบ “corporation” ไม่ว่าจะเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือสภาวิชาชีพ โดยหลักแล้ว คณะผู้บริหารมาจากการเลือกตั้งของสมาชิกในสังกัดเสมอ กล่าวคือ ประชาชนในท้องถิ่น หรือสมาชิกผู้ประกอบการวิชาชีพ แล้วแต่กรณี มีสิทธิเลือกผู้แทนที่ตนไว้วางใจเข้าไปทำหน้าที่บริหารองค์กร ซึ่งรูปแบบและหลักเกณฑ์การเลือกตั้งอาจแตกต่างกันไป โดยอาจเป็นการเลือกตั้งทางตรงหรือทางอ้อมตามแต่กรณี ส่วนองค์กรที่มีอำนาจกำกับดูแล “corporation” โดยหลักแล้วไม่มีอำนาจหน้าที่ในกระบวนการได้มาซึ่งผู้บริหารองค์กร ไม่มีส่วนในการแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้บริหารองค์กรแต่อย่างใด²⁵

นอกจากนี้ องค์กรที่มีอำนาจกำกับดูแล “corporation” ไม่มีอำนาจหน้าที่ในกระบวนการเลือกตั้งผู้บริหารองค์กรทั้งในทางตรงและทางอ้อม ตลอดจนไม่มีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการเลือกตั้ง หรือเพิกถอนการเลือกตั้งด้วยตนเอง แต่ต้องร้องขอต่อศาลปกครอง เพื่อให้วินิจฉัยเพิกถอนการเลือกตั้งเท่านั้น การเลือกตั้งผู้บริหารขององค์กรแบบ “corporation” จึงเป็นอิสระเฉพาะของแต่ละองค์กร ซึ่งองค์กรที่มีอำนาจกำกับดูแลไม่อาจแทรกแซงได้ และถือเป็นสิ่งสำคัญที่แสดงให้เห็นว่า องค์กรแบบ “corporation” มีอิสระในการปกครองตนเองอย่างแท้จริงตามหลักประชาธิปไตยแบบมีผู้แทน โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ²⁶

ส่วนองค์กรแบบ “foundation” เมื่อเป็นองค์กรที่ได้รับมอบทุนและภารกิจให้ดำเนินกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดตามความประสงค์ของเจ้าของทุนแล้ว โดยตรรกะเจ้าของทุนในฐานะผู้ให้ทุนและมอบภารกิจย่อมต้องสามารถเลือกบุคคลที่ตนไว้วางใจมาบริหารกิจการเพื่อให้ภารกิจที่ตนมอบหมายสำเร็จลุล่วง จึงเป็นไปได้ไม่ได้โดยสภาพที่จะให้ผู้บริหารองค์กรมาจากการเลือกตั้งอย่างกรณีขององค์กรแบบ “corporation” ดังจะเห็นได้ว่า เจ้าของหรือผู้ถือหุ้นของบริษัทเป็นผู้แต่งตั้งกรรมการผู้จัดการของบริษัท องค์กรที่มีอำนาจกำกับดูแลองค์กรมหาชนมีอำนาจในการแต่งตั้งคณะผู้บริหารระดับสูงหรือที่ปรึกษาขององค์กรมหาชน ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ทั้งนี้ อำนาจในการแต่งตั้งดังกล่าวอาจแตกต่างกันไปตามแต่ละองค์กร โดยอาจเป็นกรณีองค์กรที่มีอำนาจกำกับดูแลมีบทบาทในกระบวนการสรรหาแต่งตั้งทั้งหมด หรือเพียงแต่ให้การอนุมัติตามรายชื่อที่เสนอมา จึงอาจสรุปได้ว่า การที่องค์กรแต่ละประเภท

²⁵ อย่างไรก็ดี ในกรณีสภาวิชาชีพ อาจมีกฎหมายกำหนดให้มีผู้แทนภาครัฐร่วมเป็นกรรมการสภาวิชาชีพอยู่ด้วย เช่น ประมวลกฎหมายสาธารณสุขกำหนดให้คณะกรรมการแพทยสภาแห่งชาติฝรั่งเศส มีกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งจากสถาบันแพทยศาสตร์แห่งชาติ จำนวน 1 คน และกรรมการที่เป็นสมาชิกสภาแห่งรัฐซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม จำนวน 1 คน แต่ก็เป็นส่วนที่น้อยมาก กรรมการแพทยสภาแห่งชาติส่วนใหญ่อีกจำนวน 54 คน มาจากการเลือกของคณะกรรมการแพทยสภาจังหวัดในแต่ละจังหวัด ซึ่งมาจากการเลือกตั้งของสมาชิกผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม

²⁶ *Ibid*, pp. 136, 138-139.



มีวิธีการได้มาซึ่งผู้บริหารที่แตกต่างกันนั้น เป็นผลมาจากการที่องค์กรแต่ละประเภทมีจุดเริ่มต้นหรือลักษณะทางสังคมวิทยาที่แตกต่างกันนั่นเอง²⁷

ค. ความรับผิดชอบในการบริหารจัดการองค์กร

ความแตกต่างในการได้มาซึ่งผู้บริหารระหว่างองค์กรแบบ “corporation” กับ “fondation” ดังกล่าว ย่อมส่งผลให้ความรับผิดชอบของผู้บริหารในการบริหารจัดการองค์กรแต่ละประเภทแตกต่างกันไปด้วย กล่าวคือ ในกรณีขององค์กรแบบ “corporation” ไม่ว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือสภาวิชาชีพ คณะผู้บริหารในฐานะผู้แทนของสมาชิกมีความรับผิดชอบในทางการเมือง (responsabilité politique) ต่อสมาชิกผู้มีสิทธิเลือกตั้ง โดยสมาชิกผู้มีสิทธิเลือกตั้งมีสิทธิที่จะเลือกผู้บริหารชุดเดิมกลับมาดำรงตำแหน่ง หรือเลือกผู้สมัครอื่นแทนเมื่อวาระการดำรงตำแหน่งของผู้บริหารชุดเดิมสิ้นสุดลง อันเป็นการแสดงออกของสมาชิกผู้มีสิทธิเลือกตั้งว่า พอใจต่อการบริหารงานที่ผ่านมาของผู้บริหารองค์กรหรือไม่ นอกจากนี้ ยังมีกลไกอื่นที่เปิดโอกาสให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งควบคุมตรวจสอบการบริหารงานของผู้บริหาร เช่น ในกรณีของเทศบาลในประเทศฝรั่งเศส ผู้มีสิทธิเลือกตั้งในเขตเทศบาลอาจร้องขอต่อผู้ว่าราชการจังหวัดให้มิคำสั่งให้สมาชิกสภาเทศบาลพ้นจากตำแหน่ง²⁸

แม้โดยหลักคณะผู้บริหารขององค์กรแบบ “corporation” มีความรับผิดชอบต่อสมาชิกผู้มีสิทธิเลือกตั้ง แต่ในบางกรณียังอาจมีความรับผิดชอบต่อองค์กรที่มีอำนาจกำกับดูแลด้วย โดยกฎหมายให้อำนาจองค์กรที่มีอำนาจกำกับดูแลไว้โดยเฉพาะ เช่น ในกรณีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยหรือผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจสั่งพักการปฏิบัติหน้าที่ของนายกเทศมนตรีหรืออาจมีการออกรัฐกฤษฎีกาให้นายกเทศมนตรีพ้นจากตำแหน่ง ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจสั่งพักการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาเทศบาล หรือรัฐบาลมีอำนาจออกรัฐกฤษฎีกาให้ยุบสภาเทศบาลหรือสภาจังหวัด อย่างไรก็ตาม การที่องค์กรกำกับดูแลมีอำนาจดังกล่าว ยังมีอาจถือเป็นข้อสรุปได้ว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความรับผิดชอบในทางการเมืองต่อองค์กรที่มีอำนาจกำกับดูแล เนื่องจากองค์กรที่มีอำนาจกำกับดูแลจะใช้อำนาจดังกล่าวได้ต่อเมื่อปรากฏว่า ผู้บริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีพฤติการณ์ทุจริตหรือปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ มิได้เป็นการใช้อำนาจเพื่อแทรกแซงการบริหารงานภายในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นอำนาจของคณะผู้บริหารแต่อย่างใด จึงสรุปได้ว่า ผู้บริหารขององค์กรแบบ “corporation” มีความรับผิดชอบในทางการเมืองต่อสมาชิกผู้มีสิทธิเลือกตั้งเท่านั้น²⁹

ส่วนความรับผิดชอบในการบริหารจัดการองค์กรแบบ “fondation” มีลักษณะที่แตกต่างออกไป โดยหลักแล้ว คณะผู้บริหารมีความรับผิดชอบต่อเจ้าของทุนหรือองค์กรที่มีอำนาจกำกับดูแล เนื่องจากเป็นผู้ให้ทุนและมอบภารกิจ และเมื่อเจ้าของทุนหรือองค์กรที่มีอำนาจกำกับดูแลเป็นผู้แต่งตั้งบุคคล

²⁷ Ibid, p. 139.

²⁸ Ibid, pp. 150-151.

²⁹ Ibid, pp. 152-153.

ที่ตนไว้วางใจให้มาบริหารกิจการเองแล้ว จึงยอมอยู่ในสถานะที่จะประเมินผลงานของบุคคลดังกล่าว หากเห็นว่าการบริหารงานไม่เป็นที่พึงพอใจ ก็สามารถปลดออกจากตำแหน่งได้ ดังจะเห็นได้ว่า เจ้าของหรือผู้ถือหุ้นของบริษัทมีอำนาจถอดถอนกรรมการผู้จัดการของบริษัท องค์กรที่มีอำนาจกำกับดูแลองค์การมหาชน มีอำนาจถอดถอนคณะผู้บริหารระดับสูงหรือที่ปรึกษาขององค์การมหาชน ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน จึงเป็นข้อแตกต่างจากองค์กรแบบ “corporation” ที่เห็นได้ชัดเจนอีกประการหนึ่ง³⁰

จากการศึกษาความหมายและลักษณะสำคัญของ “corporation” แม้จะยังไม่มียุติบัญญัติที่แน่นอนตายตัว และนักวิชาการแต่ละท่านได้พยายามอธิบายความหมายและลักษณะของ “corporation” ในบริบทและแง่มุมต่าง ๆ ที่หลากหลายดังที่ได้กล่าวไปแล้วก็ตาม แต่อาจสรุปให้เข้าใจได้โดยง่ายว่า “corporation” หมายถึง การรวมกลุ่มของบุคคลที่มีลักษณะร่วมกัน มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ร่วมกันของกลุ่ม โดยเป็นองค์กรที่มีสถานะเป็นนิติบุคคล มีอิสระในการบริหารจัดการกิจการของตนเอง มีผู้บริหาร องค์กรที่มาจาก การเลือกตั้งของสมาชิกด้วยกัน และมีทั้งอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ และบังคับใช้กฎเกณฑ์ ภายในกลุ่มสมาชิก อันมีลักษณะตรงกันข้ามกับ “foundation” ซึ่งเป็นองค์กรที่เกิดจากการที่เจ้าของทุน มอบทุนให้แก่บุคคลหนึ่งโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้นิติบุคคลนั้นดำเนินกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง ตามความประสงค์ของเจ้าของทุน องค์กรทั้งสองประเภทจึงมีลักษณะหลายประการที่แตกต่างกัน ทั้งในเรื่องลักษณะทางสังคมวิทยา ขอบเขตอำนาจขององค์กร และความสัมพันธ์กับอำนาจรัฐ ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว ซึ่งเมื่อพิจารณากรณีของสภาวิชาชีพแล้ว จะเห็นว่า สภาวิชาชีพเข้าลักษณะของการเป็น “corporation” ตามความหมายและลักษณะดังที่ได้อธิบายไว้แล้วทุกประการ ความเข้าใจดังกล่าวจะเป็นพื้นฐานสำคัญในการศึกษาถึงองค์ประกอบของสภาวิชาชีพ ดังจะกล่าวต่อไปในส่วนที่ 2

ส่วนที่ 2 องค์ประกอบของสภาวิชาชีพ : ศึกษาเปรียบเทียบกับรัฐในฐานะต้นแบบของ “corporation”

ดังที่ได้นำเสนอในส่วนที่ 1 แล้วว่า รัฐ (État) ภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตย มีลักษณะเป็นองค์กรที่มีโครงสร้างแบบ “corporation” อย่างชัดเจน เนื่องจากการรวมกลุ่มของบุคคลหลายคนที่มีลักษณะร่วมกันในทางพื้นที่ ชาติพันธุ์ วัฒนธรรม และมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยแต่ละบุคคลในฐานะพลเมืองของรัฐเป็นผู้มีสิทธิหน้าที่ตามที่กฎหมายรับรองและคุ้มครอง มีสิทธิเข้าไปมีส่วนร่วมในการบริหารประเทศเพื่อประโยชน์ร่วมกันของพลเมือง ไม่ว่าด้วยตนเองหรือผ่านทางผู้แทนที่มาจาก การเลือกตั้ง แต่ในขณะเดียวกัน พลเมืองทุกคนก็อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายของรัฐ และรัฐก็มีเอกสิทธิ์ที่จะบังคับเหนือพลเมืองของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะด้วย ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่า รัฐเป็นต้นแบบสำคัญให้แก่องค์กรแบบ “corporation” ประเภทอื่น ๆ อย่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (collectivité territoriale) และสภาวิชาชีพ (ordre professionnel) ดังที่ Isabelle Muller³¹ อธิบายปรากฏการณ์ขององค์กรแบบ “corporation” ประเภทอื่น ๆ โดยเทียบเคียงกับปรากฏการณ์ของ “รัฐ” ว่า

³⁰ Ibid, pp. 156-158.

³¹ Isabelle Muller, *op. cit.*, p. 32.

องค์กรแบบ “corporation” (ที่ไม่ใช่รัฐ) มีรูปแบบโครงสร้างที่คล้ายคลึงกันกับรัฐ ต่างกันก็เพียงแต่เป็นองค์กรที่อยู่ในระดับต่ำกว่ารัฐเท่านั้น มีอิสระในการปกครองตนเองในทำนองเดียวกันกับการที่รัฐมีอำนาจอธิปไตย มีองค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร มีกฎระเบียบของตนเองโดยเฉพาะ และมีการบังคับใช้กฎระเบียบนั้นกับสมาชิกในองค์กรเพื่อประโยชน์ร่วมกันของสมาชิก ในทำนองเดียวกันกับการที่รัฐใช้อำนาจบังคับแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนี้ การศึกษาองค์ประกอบขององค์กรแบบ “corporation” จะเห็นภาพชัดเจนและเป็นไปโดยง่ายหากเทียบเคียงกับรัฐ จนอาจกล่าวได้ว่า หากประสงค์จะทราบว่าเป็นองค์กรแบบ “corporation” มีองค์ประกอบเช่นไร ให้นึกถึงองค์ประกอบของรัฐที่เรารู้จักกันดีอยู่แล้วนั่นเอง ซึ่งบทความนี้จะขอใช้แนวทางดังกล่าวในการศึกษาองค์ประกอบของ “corporation”

องค์ประกอบของ “corporation” อาจจำแนกได้เป็น 1. องค์ประกอบทางสังคมวิทยา (éléments sociologiques) และ 2. องค์ประกอบทางกฎหมาย (éléments juridiques)

1. องค์ประกอบทางสังคมวิทยา

ในทางสังคมวิทยา รัฐต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญอย่างน้อยสามประการ ได้แก่ ประชากร ดินแดน และรัฐบาล ในทำนองเดียวกัน “corporation” อื่น ๆ จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีองค์ประกอบทางสังคมวิทยาคบสามประการด้วยเช่นกัน กล่าวคือ มีสมาชิกขององค์กร มีพื้นที่หรือขอบเขตการใช้อำนาจขององค์กร และมีองค์กรผู้ใช้อำนาจเหนือสมาชิกภายในพื้นที่ขอบเขตนั้น ๆ หากขาดองค์ประกอบหนึ่งองค์ประกอบใดแล้ว “corporation” ย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้

1.1) องค์ประกอบด้านบุคคล : ประชากร

องค์ประกอบด้านบุคคล (élément personnel) ซึ่งหมายถึง ประชากร (population) นั้น ถือเป็นองค์ประกอบเบื้องต้นของ “corporation” ทุกประเภท สำหรับรัฐ รัฐทุกรัฐย่อมต้องประกอบไปด้วยประชาชนซึ่งมีถิ่นที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐ โดยประชาชนเหล่านั้นมีความรู้สึกร่วมกันที่จะอาศัยอยู่ด้วยกัน เนื่องจากมีจุดเกาะเกี่ยวหรือมีลักษณะประการหนึ่งประการใดหรือหลายประการร่วมกัน เช่น มีภาษา วัฒนธรรม ศาสนา หรือเชื้อชาติเดียวกันหรือใกล้เคียงกัน มีความรู้สึกร่วมกันถึงความเป็นชาติด้วยเหตุที่มีประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม ประเพณีที่สืบทอดกันมา มีเป้าหมายที่จะให้ชาติของตนมีความเจริญก้าวหน้าและมีความเป็นปึกแผ่น ในขณะเดียวกัน ลักษณะเหล่านี้ก็ย่อมแบ่งแยกกลุ่มคนที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวหรือไม่มีลักษณะร่วมกันให้ออกจากกันด้วย ประชาชนจึงเป็นองค์ประกอบพื้นฐานที่สำคัญของรัฐ หากประชาชนมีจำนวนน้อยเกินไปหรือมากเกินไป หรือไม่มีคุณภาพ ย่อมส่งผลต่อความมั่นคงและความเจริญก้าวหน้าของรัฐนั้น ๆ ด้วย โดยในกรณีของรัฐภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตย ประชาชนย่อมมีสิทธิเข้าไปมีส่วนร่วมในการบริหารประเทศ ไม่ว่าจะด้วยตนเองหรือผ่านทางผู้แทนที่มาจากการเลือกตั้ง รวมถึงมีส่วนร่วมในทางการเมืองต่าง ๆ ตลอดจนมีสิทธิหน้าที่และเสรีภาพตามที่กฎหมายรับรองและคุ้มครอง

ในทำนองเดียวกัน กลุ่มบุคคลถือเป็นองค์ประกอบพื้นฐานของ “corporation” อื่น ๆ อย่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและสภาวิชาชีพด้วยเช่นกัน อันที่จริงแล้ว การเกิดขึ้นและการดำรงอยู่ของนิติบุคคลทุกประเภทล้วนเกี่ยวข้องกับกลุ่มบุคคลด้วยกันทั้งนั้น แต่การรวมกลุ่มของบุคคลในกรณีองค์กรแบบ “corporation” มีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากการรวมกลุ่มในกรณีนิติบุคคลอื่น ๆ โดยทั่วไป กล่าวคือ องค์กรแบบ “corporation” เป็นการรวมกลุ่มของบุคคลที่มีลักษณะร่วมกัน มีผลประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใดร่วมกัน และมีความรู้สึกเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในระหว่างสมาชิกของกลุ่ม โดยบุคคลเหล่านี้เป็นผู้ทรงสิทธิที่จะกระทำการเพื่อประโยชน์ร่วมกันของกลุ่ม ไม่ว่าด้วยตนเองหรือผ่านทางผู้แทนของตน จึงย่อมเห็นได้ว่า เป็นการรวมกลุ่มในลักษณะเดียวกันกับกรณีของรัฐ แต่แตกต่างจากการรวมกลุ่มของนิติบุคคลอื่น ๆ โดยทั่วไป ซึ่งเป็นเพียงการรวมกลุ่มเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะอย่างเท่านั้น

ดังเช่นในกรณีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ไม่ว่าในระดับเทศบาล ตำบล หรือจังหวัด ย่อมประกอบไปด้วยประชาชนในเขตพื้นที่นั้น ๆ กลุ่มบุคคลเหล่านี้มีจุดเกาะเกี่ยวร่วมกันจากการมีภูมิลำเนาอยู่ในบริเวณใกล้เคียงกันภายใต้เขตพื้นที่การปกครองเดียวกัน โดยมีความต้องการร่วมกันที่จะให้ท้องถิ่นของตนพัฒนาด้วยการริเริ่มของประชาชนในท้องถิ่นเองเพื่อให้ตอบสนองต่อความต้องการที่แท้จริงของประชาชนในท้องถิ่นนั้น ซึ่งย่อมแตกต่างกันไปตามแต่ละเขตพื้นที่การปกครอง และประชาชนในท้องถิ่นมีสิทธิเลือกตั้งผู้แทนในท้องถิ่นของตนเข้าไปเป็นผู้บริหารกิจการของท้องถิ่นเพื่อประโยชน์ร่วมกันของประชาชนในท้องถิ่น หรือเลือกให้เป็นสมาชิกสภาท้องถิ่นเพื่อเลือกผู้บริหารท้องถิ่นอีกทีหนึ่ง ในทำนองเดียวกันกับการเลือกตั้งผู้แทนของรัฐ

สำหรับสภาวิชาชีพก็เช่นเดียวกัน แต่ละสภาวิชาชีพประกอบไปด้วยกลุ่มบุคคลซึ่งประกอบวิชาชีพเดียวกัน จุดเกาะเกี่ยวในที่นี้ คือ การที่บุคคลซึ่งประกอบวิชาชีพเดียวกันมีความต้องการร่วมกันที่จะปกป้องผลประโยชน์ของวิชาชีพ ซึ่งมักเกิดขึ้นจากการเรียกร้องของกลุ่มผู้ประกอบการวิชาชีพ ให้มีการจัดตั้งองค์กรที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลที่เรียกว่า “สภาวิชาชีพ” เพื่อให้องค์กรนี้มีอิสระในการควบคุมการประกอบวิชาชีพของตนเอง โดยผู้ประกอบการวิชาชีพซึ่งเป็นสมาชิกของสภาวิชาชีพมีสิทธิเลือกตั้งผู้แทนของตนที่เป็นผู้ประกอบการวิชาชีพด้วยกันเองให้เข้าไปทำหน้าที่บริหารจัดการวิชาชีพ

ดังที่ได้กล่าวมานี้ จึงย่อมเห็นได้ว่า “ประชากร” เป็นองค์ประกอบพื้นฐานที่สำคัญขององค์กรแบบ “corporation” ไม่ว่าจะเป็นรัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือสภาวิชาชีพ และมีได้หมายถึงแต่เพียงการที่บุคคลหลายคนมาอยู่ร่วมกันเท่านั้น แต่ต้องเป็นบุคคลที่มีลักษณะร่วมกัน มีจุดเกาะเกี่ยวหรือผลประโยชน์ร่วมกันด้วย ซึ่งถือเป็นลักษณะเฉพาะขององค์กรแบบ “corporation” ที่แตกต่างจากนิติบุคคลประเภทอื่น ๆ องค์ประกอบสำคัญประการต่อมา คือ ดินแดนหรืออาณาเขตที่แน่นอน ซึ่งรองรับประชากรของ “corporation” นั้นเอง

1.2) องค์ประกอบด้านพื้นที่ : ดินแดนหรืออาณาเขต

องค์ประกอบด้านพื้นที่ (élément géographique) ซึ่งหมายถึง ดินแดนหรืออาณาเขต (territoire) นั้น เป็นองค์ประกอบทางกายภาพของ “corporation” ทุกประเภท ที่โดยสภาพแล้ว จะขาดไปเสียไม่ได้ ในกรณีของรัฐ ย่อมเป็นไปไม่ได้เลยที่รัฐจะเกิดขึ้นหรือดำรงอยู่โดยปราศจากดินแดนของตนเอง ดินแดนในที่นี้ หมายถึง พื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่มีอาณาเขตแน่นอนชัดเจน อันเป็นที่ซึ่งรองรับประชากร และการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ กล่าวคือ ดินแดนเป็นที่ซึ่งประชากรของรัฐอยู่อาศัยและมีสิทธิหน้าที่ และเสรีภาพในฐานะพลเมืองของรัฐนั้น ๆ และเป็นที่ซึ่งรัฐโดยองค์กรผู้มิอำนาจสามารถใช้อำนาจอธิปไตย ได้อย่างเต็มที่ภายในอาณาเขตของตน ในขณะเดียวกัน ดินแดนก็เป็นสิ่งที่จำกัดขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐหนึ่ง มิให้ล่วงล้ำเข้าไปในอาณาเขตของรัฐอื่น ซึ่งต่างก็มีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของตนด้วยเช่นกัน

สำหรับองค์กรแบบ “corporation” อื่น ๆ ก็มีดินแดนหรืออาณาเขตเป็นองค์ประกอบ ที่ขาดไม่ได้เช่นเดียวกันกับรัฐ ในกรณีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ดินแดน หมายถึง พื้นที่หน่วยการปกครองย่อย ซึ่งเกิดจากการแบ่งพื้นที่ทั้งหมดของรัฐเป็นระดับต่าง ๆ เช่น ภาค (région) จังหวัด (département) เทศบาล (commune) ตำบล ซึ่งอาจมีรูปแบบแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ หรืออาจเป็นพื้นที่การปกครอง ส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ ซึ่งจะจัดตั้งขึ้นเป็นกรณี ๆ ไป โดยเฉพาะในเขตเมืองหลวงหรือเมืองขนาดใหญ่ ซึ่งเป็นพื้นที่ที่มีความเจริญทางเศรษฐกิจมาก มีประชากรอาศัยอยู่หนาแน่น หรือมีนักท่องเที่ยวจำนวนมาก เช่น กรุงปารีส (Paris) เมืองลียง (Lyon) เมืองมาร์กเซย (Marseille) กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา โดยพื้นที่ การปกครองเหล่านี้มีการจัดระเบียบการปกครองตามหลักการกระจายอำนาจทางพื้นที่ (décentralisation territoriale) ซึ่งในแต่ละพื้นที่การปกครองจะมีองค์กรปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ดูแลจัดทำบริการสาธารณะ โดยมีอิสระในระดับหนึ่งตามขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ ดังนั้น ดินแดน หรือเขตพื้นที่การปกครองจึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญอีกประการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อันเป็นที่ซึ่งรองรับให้ประชาชนในท้องถิ่นอยู่อาศัยและมีสิทธิหน้าที่ในฐานะประชาชนของท้องถิ่นนั้น ๆ เช่น สิทธิในการเลือกตั้งผู้บริหารท้องถิ่น สิทธิในการเข้าชื่อเสนอข้อบัญญัติท้องถิ่น ตลอดจนเป็นที่ซึ่ง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระในการใช้อำนาจตามขอบเขตที่กฎหมายกำหนดได้อย่างเต็มที่ภายใน เขตพื้นที่การปกครองของตน

ส่วนองค์กรแบบ “corporation” ที่เป็นสภาวิชาชีพ ดินแดนหรืออาณาเขต อันเป็นองค์ประกอบขององค์กรประเภทนี้ มีความหมายสองนัย สำหรับนัยแรกเป็นความหมายโดยตรง ดินแดนหรืออาณาเขตของสภาวิชาชีพ หมายถึง เขตพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ (circonscription géographique) ที่แน่นอนชัดเจนในทำนองเดียวกันกับดินแดนของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อันเป็นที่ซึ่งสภาวิชาชีพ มีอิสระในการใช้อำนาจตามขอบเขตที่กฎหมายกำหนดได้อย่างเต็มที่ภายในเขตพื้นที่ดังกล่าว โดยนัยนี้ สภาวิชาชีพของวิชาชีพต่าง ๆ ในแต่ละประเทศ ย่อมมีอำนาจในการควบคุมการประกอบวิชาชีพตลอดจน ดำเนินกิจการต่าง ๆ ของวิชาชีพได้ภายในอาณาเขตประเทศนั้น ๆ และไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจดังกล่าว ในอาณาเขตของประเทศอื่นได้

ส่วนอีกนัยหนึ่งนั้นเป็นความหมายเชิงอุปมา ดินแดนหรืออาณาเขตของสภาวิชาชีพ หมายถึง ขอบเขตในทางเนื้อหาของวิชาชีพ (circonscription professionnelle) ซึ่งอาจกล่าวให้เห็นภาพ โดยง่ายว่า วิชาชีพแต่ละวิชาชีพย่อมมีอาณาเขตในทางเนื้อหาเป็นของตนเอง เช่น “อาณาเขตของวิชาชีพ ทนายความ” คือ การว่าความ บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ทนายความไม่สามารถก้าวล่วงเข้ามาในอาณาเขตของวิชาชีพ ทนายความเพื่อว่าความได้ “อาณาเขตของวิชาชีพเวชกรรม” คือ การรักษาผู้ป่วย บุคคลอื่นที่ไม่ใช่แพทย์ ไม่สามารถก้าวล่วงเข้ามาในอาณาเขตของวิชาชีพเวชกรรมเพื่อรักษาผู้ป่วยได้ “อาณาเขตของวิชาชีพวิศวกรรม” คือ การวิเคราะห์ คำนวณ ออกแบบ ตรวจสอบและควบคุมการผลิตหรือการก่อสร้างต่าง ๆ บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ วิศวกรไม่สามารถก้าวล่วงเข้ามาในอาณาเขตของวิชาชีพวิศวกรรมเพื่อประกอบวิชาชีพดังกล่าวได้ ขอบเขต ในทางเนื้อหาของวิชาชีพนี้เองจึงมีผลเป็นการจำแนกผู้ประกอบวิชาชีพในแต่ละวิชาชีพให้มีความชัดเจน และย่อมเป็นกรอบในการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะมีสิทธิเข้าเป็นสมาชิกของแต่ละสภาวิชาชีพ อันจะทำให้มีสิทธิในการขอขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ ตลอดจนมีสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ในฐานะสมาชิกของสภาวิชาชีพนั้น ๆ ต่อไป เช่น มีสิทธิเลือกตั้งกรรมการของสภาวิชาชีพ หรือได้รับเลือกตั้ง เป็นกรรมการ

โดยทั่วไปแต่ละวิชาชีพจะมีกฎหมายกำหนดนิยามหรือขอบเขตในทางเนื้อหา ของวิชาชีพไว้ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในบรรดากลุ่มวิชาชีพที่มีความเกี่ยวเนื่องใกล้ชิดกัน ดังเช่น กลุ่มวิชาชีพด้านการแพทย์และสาธารณสุข ยกตัวอย่างเช่น

พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 4 บัญญัติขอบเขต ของวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของแพทยสภา ว่าหมายถึง วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์ เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์ การปรับสายตา ด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก และหมายความ รวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร การสอดใส่วัตถุใด ๆ เข้าไปในร่างกาย ทั้งนี้ เพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวย หรือการบำรุงร่างกายด้วย

พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2528 มาตรา 4 บัญญัติขอบเขตของวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของสภาการพยาบาล ว่าหมายถึง วิชาชีพเกี่ยวกับการพยาบาลและการผดุงครรภ์ โดย “การพยาบาล” หมายความว่า การกระทำ ต่อมนุษย์เกี่ยวกับการดูแลและการช่วยเหลือเมื่อเจ็บป่วย การฟื้นฟูสภาพ การป้องกันโรค และการส่งเสริม สุขภาพ รวมทั้งการช่วยเหลือแพทย์กระทำการรักษาโรค ทั้งนี้ โดยอาศัยหลักวิทยาศาสตร์และศิลปะ การพยาบาล ส่วน “การผดุงครรภ์” หมายความว่า การกระทำเกี่ยวกับการดูแล และการช่วยเหลือหญิงมีครรภ์ หญิงหลังคลอด และทารกแรกเกิด รวมถึงการตรวจ การทำคลอด การส่งเสริมสุขภาพและป้องกัน

ความผิดปกติในระยะตั้งครรภ์ ระยะคลอด และระยะหลังคลอด รวมทั้งช่วยเหลือแพทย์กระทำการรักษาโรคทั้งนี้ โดยอาศัยหลักวิทยาศาสตร์และศิลปะการผดุงครรภ์³²

พระราชบัญญัติวิชาชีพทันตกรรม พ.ศ. 2537 มาตรา 4 บัญญัติขอบเขตของวิชาชีพทันตกรรม ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของทันตแพทยสภา ว่าหมายถึง วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจ การวินิจฉัย การบำบัด หรือการป้องกัน โรคฟัน โรคอวัยวะที่เกี่ยวข้องกับฟัน โรคอวัยวะในช่องปาก โรคขากรรไกรและกระดูกใบหน้าที่เกี่ยวข้องเนื่องกับขากรรไกร รวมทั้งการกระทำทางศัลยกรรม และการกระทำใด ๆ ในการบำบัด บำรุงและฟื้นฟูสภาพของอวัยวะในช่องปาก กระดูกใบหน้าที่เกี่ยวข้องเนื่องกับขากรรไกรและการทำฟันในช่องปาก

พระราชบัญญัติวิชาชีพเภสัชกรรม พ.ศ. 2537 มาตรา 4 บัญญัติขอบเขตของวิชาชีพเภสัชกรรม ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของสภาเภสัชกรรม ว่าหมายถึง วิชาชีพที่เกี่ยวกับการกระทำการในการเตรียมยา การผลิตยา การประดิษฐ์ยา การเลือกสรรยา การวิเคราะห์ยา การควบคุม และการประกันคุณภาพยา การปรุงและจ่ายยาตามใบสั่งยาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม หรือผู้ประกอบวิชาชีพทันตกรรม หรือผู้ประกอบกิจการบำบัดโรคสัตว์ รวมทั้งการดำเนินการปรุงยาและการขายยาตามกฎหมายว่าด้วยยา

ส่วนประเทศฝรั่งเศสก็มีการกำหนดนิยามหรือขอบเขตของวิชาชีพเหล่านี้ในประมวลกฎหมายสาธารณสุข (Code de la santé publique) ไว้อย่างชัดเจนในลักษณะเดียวกันกับประเทศไทย ดังที่ได้กล่าวมานี้ ย่อมเห็นได้ว่า ขอบเขตในทางเนื้อหาของวิชาชีพมีความสำคัญต่อการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพด้วยเช่นกัน โดยสภาวิชาชีพต้องใช้อำนาจอยู่ภายในขอบเขตวิชาชีพของตนเท่านั้น ไม่ก้าวล่วงวิชาชีพอื่น ในทำนองเดียวกันกับเรื่องเขตพื้นที่ทางภูมิศาสตร์

องค์ประกอบทางสังคมวิทยาของ “corporation” ประการสุดท้าย คือ องค์การทางการเมือง ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญที่มีความสัมพันธ์กับองค์ประกอบด้านบุคคลและด้านพื้นที่ กล่าวคือ เป็นองค์การใช้อำนาจเหนือประชากรภายในดินแดนหรืออาณาเขตของ “corporation” นั้น ๆ

³² มีข้อสังเกตว่า การกระทำบางอย่างไม่สามารถแบ่งแยกได้โดยเด็ดขาดว่าอยู่ในขอบเขตของวิชาชีพใดวิชาชีพหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น การผดุงครรภ์ ซึ่งอาจกระทำได้ทั้งโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ประกอบวิชาชีพการผดุงครรภ์ แต่สำหรับผู้ประกอบวิชาชีพการผดุงครรภ์อาจมีข้อจำกัดในการประกอบวิชาชีพบางกรณีตามที่ข้อบังคับสภาการพยาบาลกำหนด เช่น จะให้ยาผู้ป่วยได้เฉพาะที่แพทย์ซึ่งเป็นผู้บำบัดโรคได้ระบุไว้ในแผนการรักษาพยาบาล หรือเมื่อเป็นการปฐมพยาบาล หรือจะทำการผดุงครรภ์ได้แต่เฉพาะรายที่มีครรภ์ปกติและคลอดอย่างปกติ (ข้อบังคับสภาการพยาบาล ว่าด้วยข้อจำกัดและเงื่อนไขในการประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2550 ข้อ 16 ถึงข้อ 19)

1.3) องค์ประกอบด้านสถาบัน : องค์การทางการเมือง

นอกจากประชากรและดินแดนแล้ว องค์กรแบบ “corporation” จำเป็นต้องมีองค์ประกอบด้านสถาบัน (élément institutionnel) ซึ่งหมายถึง องค์กรทางการเมือง (organisation politique) ที่มีความเป็นอิสระใช้อำนาจทางการเมืองในการบริหารกิจการของ “corporation” เพื่อประโยชน์ร่วมกันของ “corporation” โดยมีอำนาจเหนือสมาชิกภายในอาณาเขตของ “corporation” องค์กรทางการเมืองนี้ต้องมีความเป็นสถาบัน กล่าวคือ มีความสามารถในการปรับตัว มีความดำรงอยู่ต่อเนื่องยาวนาน แม้ตัวบุคคลจะเปลี่ยน แต่องค์กรยังคงอยู่ ทำให้ภารกิจของ “corporation” ยังคงดำเนินไปได้อย่างต่อเนื่องตลอดเวลาไม่มีช่องว่าง การมีองค์กรทางการเมืองทำให้เกิดกลุ่มบุคคลที่มีอำนาจในการสั่งการหรือผู้ปกครองควบคู่ไปกับกลุ่มบุคคลที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งหรือผู้ถูกปกครอง ซึ่งเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในองค์กรแบบ “corporation” ทุกประเภท

สำหรับรัฐภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตย รัฐสภาในฐานะฝ่ายนิติบัญญัติและรัฐบาลในฐานะฝ่ายบริหาร เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจทางการเมืองในการออกกฎหมายและบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม โดยอาจใช้อำนาจฝ่ายเดียวหรือใช้กำลังบังคับแก่ประชาชนเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายหรือคำสั่งของตนโดยที่บุคคลนั้นไม่ต้องให้ความยินยอม หรืออาจบังคับผ่านกระบวนการยุติธรรมทางศาลในกรณีที่บุคคลฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย นอกจากนี้ องค์กรทางการเมืองยังมีการกิจในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนด้วย

ส่วนองค์กรแบบ “corporation” อื่นที่อยู่ภายใต้รัฐ ไม่ว่าจะเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือสภาวิชาชีพ จะพบเช่นกันว่า มีทั้งผู้ปกครองและผู้ถูกปกครอง โดยความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองและผู้ถูกปกครองในองค์กรแบบ “corporation” เหล่านี้ มีลักษณะที่สามารถเทียบเคียงกันได้กับปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในรัฐ กล่าวคือ ในกรณีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่ละท้องถิ่นจะมีองค์กรทางการเมืองเพื่อกำหนดและขับเคลื่อนนโยบายของท้องถิ่น ยกตัวอย่างกรณีของเทศบาล องค์กรทางการเมืองในที่นี้ คือ สภาเทศบาล ซึ่งมาจากการเลือกตั้งของประชาชนในเทศบาล ทำหน้าที่ทางนิติบัญญัติในการตราเทศบัญญัติซึ่งเป็นกฎข้อบังคับที่ใช้บังคับในเขตเทศบาลนั้น ๆ³³ โดยมีนายกเทศมนตรีซึ่งอาจมาจากการเลือกตั้งของประชาชนโดยตรงหรือมาจากการเลือกตั้งในบรรดาสมาชิกสภาเทศบาล ทำหน้าที่ทางบริหาร จัดทำบริการสาธารณะในเขตเทศบาล โดยอาจใช้อำนาจฝ่ายเดียวหรือใช้กำลังบังคับแก่ประชาชนในเทศบาลเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายหรือคำสั่งของตนได้ในทำนองเดียวกันกับการใช้อำนาจขององค์กรทางการเมืองของรัฐ

³³ การใช้อำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองในการออกกฎเกณฑ์ใช้บังคับภายในท้องถิ่นเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ ซึ่งถือเป็นการกระทำทางปกครอง มิใช่การกระทำทางนิติบัญญัติแต่อย่างใด แต่ในที่นี้เป็นการอธิบายให้เห็นภาพโดยเทียบเคียงกับการใช้อำนาจของรัฐเท่านั้น

ในกรณีสภาวิชาชีพ แม้การจัดโครงสร้างองค์กรอาจแตกต่างกันไปในแต่ละวิชาชีพ และแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ แต่ถึงอย่างไร จะต้องมีความกรรมการของสภาวิชาชีพชุดหนึ่ง ซึ่งมาจากการเลือกตั้งของสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพโดยตรงหรือโดยอ้อม มีอำนาจสูงสุดในการบริหารกิจการของวิชาชีพ โดยมีอำนาจในการออกกฎระเบียบและบังคับใช้กฎระเบียบแก่ผู้ประกอบวิชาชีพหรือผู้ที่ประสงค์จะประกอบวิชาชีพ เพื่อควบคุมดูแลการประกอบวิชาชีพให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย คณะกรรมการดังกล่าวจึงถือเป็นองค์กรทางการเมืองของสภาวิชาชีพใช้อำนาจเหนือสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพในลักษณะเดียวกันกับองค์กรทางการเมืองของรัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

อย่างไรก็ตาม แม้องค์กรแบบ “corporation” ทุกประเภทจะมีองค์กรทางการเมืองซึ่งมีความเป็นอิสระในการบริหารกิจการของตนเอง ความแตกต่างประการสำคัญ คือ รัฐมีอำนาจอธิปไตยอันถือเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองรัฐ ย่อมไม่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรใด ๆ อีก ในขณะที่องค์กรแบบ “corporation” อื่นที่อยู่ภายใต้รัฐอย่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและสภาวิชาชีพมิได้มีอิสระอย่างสมบูรณ์ เพียงแต่มีอิสระในระดับหนึ่งภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ

นอกจากองค์ประกอบทางสังคมวิทยาแล้ว “corporation” จำต้องมีองค์ประกอบทางกฎหมายด้วย ดังจะกล่าวต่อไป

2. องค์ประกอบทางกฎหมาย

องค์ประกอบทางกฎหมายที่สำคัญสามประการที่บ่งชี้ถึงความเป็น “corporation” และทำให้้องค์กรประเภทนี้แตกต่างจากองค์กรอื่น ๆ ได้แก่ การมีสถานะเป็นนิติบุคคล การมีอิสระในการปกครองตนเอง และการมีอำนาจเหนือบุคคลที่อยู่ในบังคับ

2.1) การเป็นนิติบุคคล

การมีสถานะเป็นนิติบุคคล (personnalité morale) ถือเป็นองค์ประกอบเบื้องต้นในการรวมกลุ่มของบุคคลหลายประเภททั้งในทางกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน ไม่ว่าจะเป็นองค์กรแบบ “corporation” หรือ “fondation” ก็ตาม ที่จะทำให้กลุ่มบุคคลนั้น ๆ สามารถมีสิทธิและหน้าที่ในนามของกลุ่มเองเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา การเป็นนิติบุคคลทำให้มีทรัพย์สิน มีงบประมาณเป็นของตนเอง แยกต่างหากจากบุคคลผู้เป็นสมาชิกของกลุ่ม สามารถเข้าทำสัญญา ฟ้องคดีต่อศาลเพื่อปกป้องประโยชน์ของกลุ่ม ตลอดจนมีบุคลากรของตนเองเพื่อดำเนินกิจการต่าง ๆ ภายในขอบวัตถุประสงค์ของกลุ่มด้วยเหตุนี้ นิติบุคคลจึงต้องมีบุคคลธรรมดาเป็นผู้แทนนิติบุคคล มีอำนาจหน้าที่จัดการแทนนิติบุคคลในเรื่องต่าง ๆ เพื่อแสดงออกถึงสิทธิ หน้าที่ และความประสงค์ของนิติบุคคลนั้น

สำหรับองค์กรแบบ “corporation” ไม่ว่ารัฐ³⁴ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือสภาวิชาชีพ การมีสถานะเป็นนิติบุคคลย่อมทำให้องค์กรประเภทนี้มีสิทธิ อำนาจหน้าที่ ทรัพย์สิน งบประมาณ บุคลากร ในการดำเนินกิจการของ “corporation” เพื่อประโยชน์ร่วมกันของสมาชิก โดยมีผู้แทนนิติบุคคลเป็นผู้มีอำนาจจัดการแทน “corporation” ในเรื่องต่าง ๆ เช่น นายกรัฐมนตรี นายกเทศมนตรี นายกสภาวิชาชีพ เป็นผู้แทนของรัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และสภาวิชาชีพ ตามลำดับ อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี บุคคลเหล่านี้มิใช่เจ้าของตำแหน่งดังกล่าว หากแต่ครองตำแหน่งอยู่เพียงช่วงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น และเป็นการกระทำในนามของนิติบุคคล มิใช่ในนามส่วนตัว จึงทำให้นิติบุคคลมีความมั่นคงต่อเนื่อง กิจการของนิติบุคคลสามารถดำเนินต่อไปได้โดยไม่หยุดชะงักแม้จะมีการเปลี่ยนตัวผู้แทนนิติบุคคลก็ตาม นอกจากนี้ การมีสถานะเป็นนิติบุคคลยังเป็นองค์ประกอบพื้นฐานที่จะทำให้ “corporation” มีอิสระ ในการปกครองตนเอง อันเป็นองค์ประกอบที่สำคัญประการต่อมา

2.2) อิสระในการปกครองตนเอง

ลักษณะเด่นประการหนึ่งขององค์กรแบบ “corporation” คือ การมีอิสระ ในการปกครองตนเอง (autonomie) ซึ่งหมายความว่า องค์กรแบบ “corporation” ต้องมีอิสระ ในการตัดสินใจดำเนินกิจการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ขององค์กรและสมาชิก โดยไม่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชา ขององค์กรอื่น หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า มีอำนาจในการปกครองสมาชิกด้วยกฎเกณฑ์ขององค์กรเอง ทั้งนี้ อิสระในการปกครองตนเองถือเป็นลักษณะร่วมกันขององค์กรแบบ “corporation” ทุกประเภท ไม่ว่ารัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือสภาวิชาชีพ จะแตกต่างกันอยู่บ้างก็แต่เพียงระดับของอิสระ ในการปกครองตนเองของแต่ละองค์กร

สำหรับรัฐ อิสระในการปกครองตนเองในที่นี้เป็นอิสระในระดับสูงสุดหรืออิสระ โดยสมบูรณ์ที่เรียกว่า “อำนาจอธิปไตย” (souveraineté) อันเป็นอำนาจอิสระสูงสุดในการปกครองรัฐ ไม่มีกลุ่มบุคคล หรือองค์กรอื่นใดจะมีอำนาจเหนือไปกว่าอำนาจอธิปไตยของรัฐได้ อำนาจอธิปไตยอาจอธิบายได้สองลักษณะ ได้แก่ อำนาจอธิปไตยภายนอก และอำนาจอธิปไตยภายใน สำหรับอำนาจอธิปไตยภายนอก รัฐมีความเป็นเอกราช ไม่อยู่ภายใต้การปกครองของรัฐอื่น สามารถดำเนินความสัมพันธ์กับรัฐอื่น ๆ ประกาศสงคราม หรือทำสัญญา สันติภาพได้อย่างอิสระโดยไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของรัฐอื่น แม้ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ รัฐอาจต้องผูกพันตามสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ก็ตาม แต่รัฐยังคงมีอิสระในการเลือก ที่จะเข้าผูกพันหรือไม่ก็ได้ ส่วนอำนาจอธิปไตยภายใน เป็นอำนาจอิสระสูงสุดในการปกครองตนเองภายในอาณาเขต ของรัฐ รัฐย่อมมีอิสระโดยสมบูรณ์ในการใช้อำนาจทั้งในทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ หรือดำเนิน กิจการใด ๆ ของรัฐโดยปราศจากการควบคุมหรือแทรกแซงจากกลุ่มบุคคลหรือองค์กรอื่นใด ซึ่งทำให้รัฐ

³⁴ ในประเทศฝรั่งเศส รัฐมีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ซึ่งแตกต่างจากประเทศไทย ที่ไม่ถือว่า รัฐเป็นนิติบุคคล แต่กระทรวง ทบวง กรม เป็นนิติบุคคล กระนั้นก็ตาม รัฐย่อมเป็นนิติบุคคลตามหลักกฎหมาย ระหว่างประเทศ

ในฐานะผู้ปกครองมีอำนาจบังคับเหนือประชาชนของรัฐในฐานะผู้ถูกปกครอง ด้วยเหตุนี้ อำนาจอธิปไตยจึงถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดของความเป็นรัฐ โดยมีอาจเรียกดินแดนที่มีประชากรและรัฐบาลว่าเป็น “รัฐ” ได้อย่างแท้จริง หากไม่มีอำนาจอธิปไตยในการปกครองตนเอง

ส่วนองค์กรแบบ “corporation” อื่น ๆ ในระดับที่ต่ำกว่ารัฐ แม้จะไม่มีอิสระโดยสมบูรณ์อย่างอำนาจอธิปไตยของรัฐเนื่องจากเป็นองค์กรที่อยู่ภายใต้รัฐ แต่เมื่อพิจารณาถึงการใช้อำนาจและการดำเนินกิจการขององค์กร ยังถือได้ว่า องค์กรประเภทนี้มีอิสระในการปกครองตนเอง เพียงแต่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบางประการ ซึ่งเรื่องอิสระในการปกครองตนเองนั้น Rousseau³⁵ ได้ให้ข้อพิจารณาสามประการ ได้แก่ การมีอิสระในการตัดสินใจด้วยตนเอง (autodétermination) การมีอำนาจแต่เพียงผู้เดียว (compétence exclusive) และการมีอำนาจดุลพินิจ (compétence discrétionnaire) โดยจะนำมาใช้พิจารณากรณีองค์กรแบบ “corporation” ที่อยู่ภายใต้รัฐ อันได้แก่ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และสภาวิชาชีพตามลำดับ ดังนี้

ข้อพิจารณาประการแรกของการมีอิสระในการปกครองตนเอง คือ การที่องค์กรผู้ใช้อำนาจสามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระเกี่ยวกับการกำหนดนโยบายและการดำเนินการ โดยมีดุลพินิจในการตัดสินใจเลือกสิ่งที่จะเป็นประโยชน์แก่สมาชิกมากที่สุดโดยไม่อยู่ภายใต้การควบคุมหรือสั่งการจากอำนาจอื่น ดังจะเห็นได้ว่า ทั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและสภาวิชาชีพมีอิสระในการตัดสินใจเกี่ยวกับการกำหนดนโยบายและการดำเนินการขององค์กรเพื่อประโยชน์ของสมาชิก เช่น นายกเทศมนตรีมีอำนาจกำหนดนโยบายในการบริหารราชการของเทศบาล การจัดทำบริการสาธารณะภายในเขตเทศบาล ตลอดจนกิจการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ของประชาชนในเขตเทศบาล โดยมีอิสระในการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ด้วยการริเริ่มของเทศบาลเอง ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของรัฐบาลส่วนกลาง เพียงแต่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ในทำนองเดียวกัน คณะกรรมการของสภาวิชาชีพมีอิสระในการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ของกลุ่มวิชาชีพและประโยชน์สาธารณะ มีการออกกฎเกณฑ์ใช้บังคับภายในวิชาชีพของตนเอง และลงโทษทางวินัยผู้ที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ดังกล่าว โดยรัฐเพียงแต่มีอำนาจในการกำกับดูแลการดำเนินกิจกรรมของสภาวิชาชีพเท่าที่จำเป็นในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ จึงถือได้ว่าองค์กรแบบ “corporation” มีอิสระในการตัดสินใจด้วยตนเอง

สิ่งบ่งชี้ถึงการมีอิสระในการปกครองตนเองประการต่อมา คือ การมีอำนาจแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งหมายถึงการมีอำนาจผูกขาดในการจัดการกิจการของตนเอง อำนาจผูกขาดที่ว่านี้อธิบายได้จากการที่องค์กรผู้ใช้อำนาจเป็นอิสระจากการบังคับบัญชาของอำนาจอื่น ดังจะเห็นได้ว่า องค์กรผู้ใช้อำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและสภาวิชาชีพไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของรัฐบาลส่วนกลาง และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละท้องถิ่นเองก็มีอำนาจเฉพาะของตนในการออกกฎเกณฑ์จัดทำบริการสาธารณะ บริหารจัดการกิจการต่าง ๆ ภายในท้องถิ่นของตน ซึ่งเป็นอำนาจแต่เพียงผู้เดียว

³⁵ Louis Constans, *op. cit.*, p. 178.

ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นจะก้าวล่วงไม่ได้ ส่วนสภาวิชาชีพแต่ละวิชาชีพก็มีอำนาจเฉพาะของตนเองในการออกกฎเกณฑ์ บริหารจัดการกิจการของวิชาชีพ บังคับใช้กฎเกณฑ์ และลงโทษสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพ ซึ่งเป็นอำนาจแต่เพียงผู้เดียวของสภาวิชาชีพนั้น ๆ ที่สภาวิชาชีพอื่นไม่อาจก้าวล่วงได้เช่นกัน องค์กรแบบ “corporation” จึงมีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวทั้งในทางพื้นที่และในทางเนื้อหาที่จะจำกัดมิให้องค์กรที่เหนือกว่าหรือองค์กรในระดับเดียวกันเข้ามาก้าวล่วง

ประการสุดท้าย อำนาจดุลพินิจเป็นอีกสิ่งหนึ่ง que แสดงถึงการมีอิสระในการปกครองตนเอง ซึ่งหมายความว่า องค์กรผู้ใช้อำนาจต้องมีดุลพินิจในการตัดสินใจเลือกสิ่งที่เหมาะสมที่สุดแก่สมาชิก ซึ่งสอดคล้องกับข้อพิจารณาในเรื่องการมีอิสระในการตัดสินใจด้วยตนเอง และการมีอำนาจแต่เพียงผู้เดียว ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ทั้งนี้ เนื่องจากองค์กรแบบ “corporation” มีขอบเขตการใช้อำนาจอย่างกว้างหรือเป็นการทั่วไป (compétence de principe) มิได้เป็นนิติบุคคลที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการหนึ่งการใด โดยเฉพาะอย่างองค์กรแบบ “fondation” องค์กรผู้ใช้อำนาจขององค์กรแบบ “corporation” ไม่ว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือสภาวิชาชีพจึงมีอำนาจดุลพินิจริเริ่มดำเนินการในเรื่องต่าง ๆ ที่เห็นว่า จะเป็นประโยชน์แก่องค์กรและสมาชิกได้อย่างอิสระ มิได้ถูกผูกพันที่จะต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจง

จากข้อพิจารณาทั้งสามประการข้างต้น ย่อมเห็นว่า องค์กรแบบ “corporation” ทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นรัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือสภาวิชาชีพ ล้วนมีดุลพินิจในการตัดสินใจด้วยตนเอง อย่างอิสระ โดยถือเป็นอำนาจแต่เพียงผู้เดียวขององค์กรนั้น ๆ อันแสดงให้เห็นถึงการมีอิสระในการปกครองตนเองแล้ว แม้อาจมีระดับของความเป็นอิสระที่แตกต่างกันก็ตาม อิสระในการปกครองตนเองจึงเป็น องค์ประกอบที่สำคัญยิ่งอีกประการหนึ่งของการเป็น “corporation” และทำให้ต้องมียุติการประกอบ ประการสุดท้ายตามมา นั่นคือ การมีอำนาจเหนือบุคคลที่อยู่ในบังคับ

2.3) อำนาจเหนือบุคคลที่อยู่ในบังคับ

เมื่อองค์กรแบบ “corporation” มีอิสระในการปกครองตนเองแล้ว ย่อมต้องมี เครื่องมือในการปกครอง ซึ่งก็คืออำนาจเหนือบุคคลที่อยู่ในบังคับขององค์กร (pouvoir de contrainte) นั่นเอง ในระดับของรัฐ องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐต้องมีอำนาจบังคับเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ รวมทั้งรักษาและป้องกันอธิปไตยและความมั่นคงของประเทศ ตลอดจนมีอำนาจบังคับเพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพและอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนเมื่อมีข้อพิพาท การใช้อำนาจของรัฐจำแนกออกได้เป็น การใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ การใช้อำนาจเช่นนี้เป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับ แก่บุคคลโดยที่บุคคลนั้นไม่ต้องให้ความยินยอม การที่รัฐมีอำนาจดังกล่าวโดยชอบธรรมอธิบายได้จากทฤษฎี สัญญาประชาคมที่ว่า ประชาชนในฐานะปัจเจกชนยินยอมพร้อมใจกันสละอำนาจของตนให้ผู้หนึ่งผู้ใด ทำหน้าที่แทนตนในนามส่วนรวมในการปกครองรัฐเพื่อความมั่นคงปลอดภัยในสิทธิเสรีภาพของตน อันกล่าวได้ว่า เป็นเอกสิทธิ์อันได้มาจากอำนาจมหาชน (prérogative de la puissance publique) ที่รัฐอาจใช้บังคับแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดเพื่อประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ตาม อำนาจดังกล่าวมิใช่อำนาจ

ที่ไร้ขอบเขต จึงต้องอยู่ภายในกรอบของกฎหมายด้วย อำนาจบังคับฝ่ายเดียวของรัฐเริ่มตั้งแต่การออกกฎหมาย โดยฝ่ายนิติบัญญัติ การบังคับใช้กฎหมายโดยฝ่ายปกครองด้วยการออกกฎหรือคำสั่งหรือใช้กำลังบังคับ เพื่อให้เป็นไปตามกฎหรือคำสั่งของตน ตลอดจนการบังคับใช้กฎหมายโดยฝ่ายตุลาการด้วยการมีคำพิพากษา หรือคำสั่งชี้ขาดคดีให้มีการลงโทษหรือบังคับให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด

อำนาจเหนือบุคคลที่อยู่ในบังคับเป็นเครื่องมือจำเป็นในการปกครองตนเอง สำหรับองค์กรแบบ “corporation” ที่อยู่ภายใต้รัฐอย่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและสภาวิชาชีพด้วยเช่นกัน องค์กรเหล่านี้มีเอกสิทธิ์ที่ได้รับมอบจากรัฐให้ปกครองกันเองโดยมีอำนาจเหนือสมาชิกที่อยู่ในบังคับ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้น ๆ ในกรณีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น สภาของแต่ละท้องถิ่น ซึ่งมาจากการเลือกตั้งของประชาชนในท้องถิ่น มีอำนาจออกกฎเกณฑ์ใช้บังคับแก่ประชาชน โดยนายก ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะฝ่ายบริหาร รวมทั้งเจ้าหน้าที่ในสังกัดอาจใช้อำนาจฝ่ายเดียว ด้วยการออกกฎหรือคำสั่งหรือใช้กำลังบังคับแก่ประชาชนในท้องถิ่นเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อย ความมั่นคงปลอดภัยภายในท้องถิ่น ทั้งนี้ ภายในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้

สำหรับสภาวิชาชีพก็เช่นกัน คณะกรรมการของแต่ละสภาวิชาชีพมีเอกสิทธิ์ ที่ได้รับมอบจากรัฐในการปกครองผู้ประกอบการวิชาชีพด้วยตนเอง โดยมีอำนาจฝ่ายเดียวบังคับแก่สมาชิก ผู้ประกอบวิชาชีพ ตลอดจนผู้ที่ประสงค์จะเข้ามาประกอบวิชาชีพ ด้วยการออกกฎเกณฑ์ในเรื่องต่าง ๆ เช่น หลักเกณฑ์การขึ้นทะเบียนและการออกใบอนุญาต คุณสมบัติของผู้ประกอบวิชาชีพ จรรยาบรรณแห่งวิชาชีพ หรืออาจเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการออกคำสั่ง เช่น การออกใบอนุญาตหรือไม่ออกใบอนุญาต เป็นผู้ประกอบวิชาชีพ การรับรองหรือไม่รับรองปริญญา วุฒิบัตรหรือหลักสูตรการศึกษาของสถาบันต่าง ๆ ตลอดจนการลงโทษพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตของผู้ประกอบวิชาชีพที่ฝ่าฝืนจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพ

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า การใช้อำนาจเหนือบุคคลที่อยู่ในบังคับเป็นสิ่งที่รับรองแนวคิด เรื่องอิสระในการปกครองตนเองขององค์กรแบบ “corporation” ที่อยู่ภายใต้รัฐ ซึ่งมีอิสระในตนเองเดียวกัน กับรัฐในการออกกฎเกณฑ์ใช้บังคับเป็นการภายในแก่สมาชิกของตนเอง ทั้งนี้ トラบเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้ง ต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายของรัฐ และมีอิสระในการบังคับใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าวแก่สมาชิกด้วยการออกคำสั่ง ลงโทษหรือใช้กำลังบังคับ นอกจากนี้ แนวคิดดังกล่าวยังทำให้องค์กรแบบ “corporation” มีความชอบธรรม ในการเรียกเก็บเงินอุดหนุนจากสมาชิก โดยให้สมาชิกมีหน้าที่ต้องชำระเงินจำนวนหนึ่งตามอัตราที่องค์กรนั้น ๆ กำหนดเพื่อนำมาใช้ประโยชน์ภายในกิจการขององค์กร ซึ่งในกรณีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจอยู่ในรูปแบบของภาษีที่ท้องถิ่นจัดเก็บเอง หรือค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ส่วนในกรณีสภาวิชาชีพอาจอยู่ในรูปแบบ ของค่าจดทะเบียนสมาชิก ค่าบำรุง หรือค่าธรรมเนียมต่าง ๆ โดยนัยนี้ เงินอุดหนุนซึ่งองค์กร แบบ “corporation” ที่อยู่ภายใต้รัฐเรียกเก็บจากสมาชิกของตน จึงเทียบเคียงได้กับภาษีที่รัฐเรียกเก็บ จากประชาชนนั่นเอง ซึ่งถือเป็นการใช้อำนาจบังคับที่เห็นได้ชัดอีกประการหนึ่งขององค์กรประเภทนี้

จากการศึกษาองค์ประกอบของ “corporation” จะเห็นได้ว่า สภาวิชาชีพที่มุ่งศึกษา มีองค์ประกอบของความเป็น “corporation” ครบถ้วนทุกประการ ทั้งองค์ประกอบทางสังคมวิทยา และองค์ประกอบทางกฎหมาย กล่าวคือ สภาวิชาชีพมีสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพ มีขอบเขตการใช้อำนาจของแต่ละวิชาชีพ และมีคณะกรรมการซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจ โดยที่สภาวิชาชีพมีสถานะเป็นนิติบุคคล มีอิสระในการปกครองตนเอง ทั้งมีอำนาจเหนือสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพและผู้ที่ประสงค์จะเข้ามาประกอบวิชาชีพ จึงทำให้สรุปได้อย่างชัดเจนว่า สภาวิชาชีพเป็นองค์กรแบบ “corporation” ที่มีโครงสร้างในทำนองเดียวกันกับรัฐ ดังจะเห็นได้ว่า รัฐและสภาวิชาชีพมีองค์ประกอบด้านบุคคลคล้ายคลึงกัน โดยรัฐเป็นการรวมกลุ่มของผู้ที่มีลักษณะร่วมกันทางภาษา วัฒนธรรม ศาสนา หรือเชื้อชาติเดียวกันหรือใกล้เคียงกัน มีความรู้สึกร่วมกันถึงความเป็นชาติ ในขณะที่สภาวิชาชีพก็เป็นการรวมกลุ่มของบุคคลซึ่งประกอบวิชาชีพเดียวกันที่มีความต้องการร่วมกันที่จะปกป้องผลประโยชน์ของวิชาชีพ อีกทั้งรัฐและสภาวิชาชีพต่างก็มีองค์ประกอบด้านพื้นที่ โดยรัฐมีอาณาเขตแน่นอนชัดเจน อันเป็นที่ซึ่งรองรับประชากรและการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ ส่วนสภาวิชาชีพก็มีเขตพื้นที่ทางภูมิศาสตร์กับทั้งขอบเขตในทางเนื้อหาของแต่ละวิชาชีพที่แน่นอนชัดเจน อันเป็นที่ซึ่งสภาวิชาชีพมีอิสระในการใช้อำนาจตามขอบเขตที่กฎหมายกำหนดได้อย่างเต็มที่ภายในเขตพื้นที่ดังกล่าว นอกจากนี้ รัฐและสภาวิชาชีพต่างมีองค์ประกอบด้านสถาบันในลักษณะที่เทียบเคียงกันได้ กล่าวคือ มีองค์กรผู้ใช้อำนาจซึ่งมีอิสระในการบริหารกิจการขององค์กร โดยรัฐมีรัฐสภา รัฐบาล และศาล เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในด้านนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ตามลำดับ ซึ่งมีอำนาจบังคับเหนือประชาชนเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงในประเทศ ส่วนสภาวิชาชีพแต่ละวิชาชีพก็มีคณะกรรมการซึ่งมีอิสระในการบริหารกิจการของวิชาชีพเอง โดยมีอำนาจออกกฎเกณฑ์ในเรื่องต่าง ๆ เกี่ยวกับวิชาชีพ มีอำนาจบังคับใช้กฎเกณฑ์ ตลอดจนมีอำนาจลงโทษสมาชิกผู้ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับแก่สมาชิกและผู้อยู่ในบังคับของสภาวิชาชีพในทำนองเดียวกันกับการใช้อำนาจของรัฐด้วยเช่นกัน

จากข้อสรุปดังกล่าว ทำให้มีข้อควรพิจารณาว่า เมื่อสภาวิชาชีพมีลักษณะโครงสร้างที่เทียบเคียงกันได้กับรัฐแล้ว หลักสำคัญบางประการที่ใช้ในการจัดโครงสร้างองค์กรของรัฐ จึงควรนำมาปรับใช้กับการจัดโครงสร้างของสภาวิชาชีพ ซึ่งเป็นองค์กรแบบ “corporation” ตามสมควรด้วย อันเป็นประเด็นที่จะนำมาศึกษาในส่วนที่ 3 ต่อไป

ส่วนที่ 3 หลักที่พึงปรับใช้กับสภาวิชาชีพในฐานะที่เป็น “corporation” : หลักประชาธิปไตย และหลักการแบ่งแยกอำนาจ

จากลักษณะโครงสร้างและองค์ประกอบของสภาวิชาชีพซึ่งมีความคล้ายคลึงกันกับรัฐ ดังกล่าวนี้อเอง จึงพบว่า มีการนำหลักสำคัญบางประการในการบริหารและจัดโครงสร้างองค์กรของรัฐ มาปรับใช้กับองค์กรแบบ “corporation” อื่น ๆ อย่างสภาวิชาชีพด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักประชาธิปไตย และหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยเป็นการนำมาปรับใช้ตามสมควรให้เหมาะสมกับสภาพขององค์กรนั้น ๆ ซึ่งจะขอนำเสนอตามลำดับ ดังนี้

1. หลักประชาธิปไตย

หลักประชาธิปไตย (démocratie) ถือเป็นหลักสำคัญพื้นฐานที่จำเป็นอย่างยิ่งสำหรับองค์กรแบบ “corporation” ทุกองค์กร จนอาจถือได้ว่า องค์กรที่ไม่ได้นำหลักประชาธิปไตยมาปรับใช้ ไม่อาจจัดเป็น “corporation” อย่างแท้จริงได้เลย ทั้งนี้ เนื่องจากโดยสภาพของ “corporation” เป็นการรวมกลุ่มของบุคคลหลายคนเพื่อประโยชน์ร่วมกันของกลุ่ม หลักประชาธิปไตยจึงต้องนำมาปรับใช้แก่การบริหารจัดการองค์กรเพื่อให้สามารถตอบสนองต่อเจตจำนงร่วมกันของสมาชิกได้มากที่สุด

สำหรับการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปนั้น เงื่อนไขสำคัญประการหนึ่ง คือ ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยต้องมีส่วนร่วมทางการเมืองการปกครองของรัฐ ไม่ว่าจะด้วยตนเองหรือผ่านทางผู้แทน ซึ่งโดยทั่วไปในการบริหารงานของรัฐที่มีอาณาเขตและประชากรจำนวนมาก การที่จะให้ประชาชนทุกคนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจบริหารกิจการบ้านเมืองในทุกเรื่องย่อมเป็นไปได้ จึงต้องใช้รูปแบบประชาธิปไตยทางผู้แทน กล่าวคือ องค์กรผู้ใช้อำนาจทางการเมืองของรัฐต้องมาจากเสียงข้างมากของประชาชนโดยผ่านการเลือกตั้ง ดังนี้ การเลือกตั้งจึงถือเป็นเครื่องมือสำคัญของประชาธิปไตยทางผู้แทนที่เปิดโอกาสให้ประชาชนตัดสินใจว่า จะให้ผู้ใดเข้ามาทำหน้าที่แทนตนในการบริหารประเทศ โดยจะต้องเป็นการเลือกตั้งที่บริสุทธิ์ยุติธรรม โปร่งใส มีกลไกในการตรวจสอบได้ ตลอดจนเป็นหลักประกันความเป็นอิสระและความเสมอภาคในการออกเสียงเลือกตั้ง

หลักการดังกล่าวนำมาปรับใช้กับองค์กรแบบ “corporation” ที่อยู่ภายใต้รัฐด้วยเช่นกัน ดังจะเห็นได้ว่า สมาชิกของสภาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละท้องถิ่นก็มาจากการเลือกตั้งของประชาชนในท้องถิ่นนั้น ส่วนสภาวิชาชีพที่มุ่งศึกษานั้น จำนวนหนึ่งของกรรมการสภาวิชาชีพซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจของสภาวิชาชีพก็มาจากการเลือกตั้งในบรรดาสมาชิกผู้ประกอบการวิชาชีพ และโดยสมาชิกผู้ประกอบการวิชาชีพด้วยเช่นกัน ดังจะได้ยกตัวอย่าง ดังนี้

ในประเทศฝรั่งเศส มีการนำหลักประชาธิปไตยแบบมีผู้แทนมาปรับใช้กับสภาวิชาชีพแต่ละวิชาชีพ โดยให้มีการเลือกตั้งกรรมการสภาวิชาชีพโดยสมาชิกผู้ประกอบการวิชาชีพด้วยตนเอง และมีการจัดระบบการเลือกตั้งให้มีความเที่ยงธรรมเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพในการเลือกผู้แทนของสมาชิกผู้ประกอบการวิชาชีพในทำนองเดียวกันกับการเลือกตั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น ซึ่งอาจมีรายละเอียดแตกต่างกันไปในแต่ละวิชาชีพ ทั้งนี้ จะขอยกตัวอย่างหนึ่งในสภาวิชาชีพที่มีความสำคัญยิ่งในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งก็คือ แพทยสภา มาเป็นกรณีศึกษา ดังนี้

แพทยสภาฝรั่งเศสจัดโครงสร้างการบริหารออกเป็นระดับชาติ ระดับภาค และระดับจังหวัด โดยคณะกรรมการแพทยสภาจังหวัด (Conseil départemental de l'Ordre des médecins) ได้รับเลือกตั้งจากที่ประชุมใหญ่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมในจังหวัดนั้น ๆ³⁶ ส่วนคณะกรรมการแพทยสภาภาค (Conseil régional de l'Ordre des médecins) ได้รับเลือกโดยคณะกรรมการแพทยสภาจังหวัด

³⁶ มาตรา L. 4123-3 แห่งประมวลกฎหมายสาธารณสุข

จากบรรดาผู้สมัครที่เป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในภาคนั้น ๆ³⁷ และคณะกรรมการแพทยสภาแห่งชาติ (Conseil national de l'Ordre des médecins) ซึ่งเป็นคณะกรรมการในระดับสูงสุด ประกอบไปด้วย กรรมการจำนวนทั้งสิ้น 58 คน โดยเป็นกรรมการซึ่งได้รับเลือกจากคณะกรรมการแพทยสภาจังหวัด จำนวน 56 คน กรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งจากสถาบันแพทยศาสตร์แห่งชาติ (Académie nationale de médecine) จำนวน 1 คน และกรรมการที่เป็นสมาชิกสภาแห่งรัฐ (membre du Conseil d'État) ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม (ministre de la justice) จำนวน 1 คน³⁸

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้ว กรรมการแพทยสภาเกือบทั้งหมดมีที่มาจากการเลือกตั้ง โดยสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพและเลือกจากสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพด้วยกันเอง โดยเริ่มจากการที่สมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพเลือกกรรมการแพทยสภาในระดับจังหวัด และกรรมการแพทยสภาจังหวัดเป็นผู้เลือกกรรมการแพทยสภาในระดับภาคและในระดับชาติต่อไป โดยมีกรรมการที่มาจากแต่งตั้งเพียงสองคนเท่านั้น

สำหรับสภาวิชาชีพในประเทศไทยก็พบว่า มีการนำหลักประชาธิปไตยแบบมีผู้แทน มาปรับใช้ด้วยเช่นกัน โดยจะขอยกตัวอย่างสภาวิชาชีพในด้านต่าง ๆ 5 วิชาชีพ อันได้แก่ แพทยสภา สภาเภสัชกรรม สภาทนายความ สภาวิศวกร และสภาวิชาชีพบัญชี มาเป็นกรณีศึกษา ดังนี้

กรณีแพทยสภา พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 14 บัญญัติให้ คณะกรรมการแพทยสภา ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงสาธารณสุข อธิบดีกรมการแพทย์ อธิบดีกรมอนามัย เจ้ากรมแพทย์ทหารบก เจ้ากรมแพทย์ทหารเรือ เจ้ากรมแพทย์ทหารอากาศ นายแพทย์ใหญ่กรมตำรวจ คณบดีคณะแพทยศาสตร์ในมหาวิทยาลัย ผู้อำนวยการวิทยาลัยแพทยศาสตร์ เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง และกรรมการซึ่งได้รับเลือกตั้งโดยสมาชิกอีกจำนวนเท่ากับจำนวนกรรมการโดยตำแหน่งในขณะเลือกตั้ง แต่ละวาระ และให้เลขาธิการเป็นกรรมการและเลขานุการ

กรณีสภาเภสัชกรรม พระราชบัญญัติวิชาชีพเภสัชกรรม พ.ศ. 2537 มาตรา 15 บัญญัติให้คณะกรรมการสภาเภสัชกรรม ประกอบด้วย

(1) กรรมการโดยตำแหน่ง ได้แก่ ปลัดกระทรวงสาธารณสุข นายกเภสัชกรรมสมาคมแห่งประเทศไทยในพระบรมราชูปถัมภ์ คณบดีคณะเภสัชศาสตร์ในสถาบันอุดมศึกษาที่ได้รับความเห็นชอบหรือได้รับอนุญาตจากทบวงมหาวิทยาลัยให้จัดตั้งขึ้นตามที่ทบวงมหาวิทยาลัยเสนอจำนวนห้าคน

(2) กรรมการซึ่งได้รับแต่งตั้งโดยเป็นผู้แทนจากกระทรวงสาธารณสุขสามคน จากกระทรวงกลาโหมหนึ่งคน และจากกระทรวงมหาดไทยหนึ่งคน และ

(3) กรรมการซึ่งได้รับเลือกตั้งโดยสมาชิกมีจำนวนเท่ากับจำนวนกรรมการใน (1) และ (2) รวมกันในขณะเลือกตั้งแต่ละคราว

และให้เลขาธิการเป็นกรรมการและเลขานุการ

³⁷ มาตรา L. 4124-11 แห่งประมวลกฎหมายสาธารณสุข

³⁸ มาตรา L. 4122-1-1 แห่งประมวลกฎหมายสาธารณสุข

กรณีสภาทนายความ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 14 บัญญัติให้ คณะกรรมการสภาทนายความ ประกอบด้วย ผู้แทนกระทรวงยุติธรรมหนึ่งคนและผู้แทนนิติบัณฑิตยสภา หนึ่งคน เป็นกรรมการ และนายกและกรรมการอื่นอีกไม่เกินยี่สิบสามคนซึ่งสมาชิกสภาทนายความ ทั่วประเทศได้เลือกตั้งขึ้นโดยกรรมการดังกล่าวไม่น้อยกว่าเก้าคนจะต้องมีสำนักงานประจำอยู่ตามภาคต่าง ๆ ตามพระราชกฤษฎีกาตั้งอธิบดีผู้พิพากษาภาค ภาคละหนึ่งคน

กรณีสภาวิศวกร พระราชบัญญัติวิศวกร พ.ศ. 2542 มาตรา 24 บัญญัติให้คณะกรรมการ สภาวิศวกร ประกอบด้วย

(1) กรรมการซึ่งสมาชิกสามัญเลือกตั้งขึ้นจากสมาชิกสามัญ และมีได้ดำรงตำแหน่ง คณาจารย์ในสถาบันอุดมศึกษาระดับปริญญา จำนวนสิบคน

(2) กรรมการซึ่งสมาชิกสามัญเลือกตั้งขึ้นจากสมาชิกสามัญ และดำรงตำแหน่ง คณาจารย์ในสถาบันอุดมศึกษาระดับปริญญา จำนวนห้าคน

(3) กรรมการซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจากสมาชิกสามัญโดยการเสนอชื่อของรัฐมนตรี จำนวนห้าคน

กรณีสภาวิชาชีพบัญชี พระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2547 มาตรา 22 บัญญัติให้ คณะกรรมการสภาวิชาชีพบัญชี ประกอบด้วย

(1) นายกสภาวิชาชีพบัญชี ซึ่งที่ประชุมใหญ่เลือกตั้งจากสมาชิกสามัญ

(2) กรรมการโดยตำแหน่ง ได้แก่ ประธานคณะกรรมการวิชาชีพบัญชีทุกด้าน ซึ่งมาตรา 32 วรรคสอง บัญญัติให้ประธานกรรมการวิชาชีพบัญชีด้านต่าง ๆ ให้มาจากการเลือกตั้งของสมาชิกสามัญ โดยที่ประชุมใหญ่สภาวิชาชีพบัญชี ประธานคณะกรรมการกำหนดมาตรฐานการบัญชี และประธาน คณะกรรมการจรรยาบรรณ

(3) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งนายกสภาวิชาชีพบัญชีและกรรมการโดยตำแหน่ง ตาม (2) มีมติแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิเกี่ยวกับวิชาการบัญชีสองคน และผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมายหนึ่งคน

(4) กรรมการซึ่งที่ประชุมใหญ่เลือกตั้งจากสมาชิกสามัญ มีจำนวนไม่เกินห้าคน

และให้เลขาธิการสภาวิชาชีพบัญชีเป็นกรรมการและเลขานุการ

ดังที่ได้ยกตัวอย่างมานี้ จะเห็นได้ว่า สภาวิชาชีพแต่ละวิชาชีพจะมีกรรมการอยู่สองประเภท ประเภทหนึ่งเป็นกรรมการที่มาจากการเลือกตั้งโดยสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพ และอีกประเภทหนึ่ง เป็นกรรมการที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้ง กล่าวคือ อาจมาจากการแต่งตั้ง หรือเป็นกรรมการโดยตำแหน่ง แม้สภาวิชาชีพแต่ละวิชาชีพจะมีการกำหนดจำนวนและสัดส่วนของกรรมการตามความเหมาะสม ของแต่ละวิชาชีพ แต่จะเห็นได้ว่า ทุกสภาวิชาชีพนั้น ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของคณะกรรมการสภาวิชาชีพ มาจากการเลือกตั้งโดยสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพ ซึ่งในบางวิชาชีพมีสัดส่วนของกรรมการที่มาจากการเลือกตั้ง มากกว่ากรรมการที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งด้วย อันแสดงถึงการนำหลักประชาธิปไตยแบบมีผู้แทนมาปรับใช้ กับสภาวิชาชีพซึ่งเป็นองค์กรแบบ “corporation” อย่างไรก็ดี จะพบว่า ในสภาวิชาชีพหลายวิชาชีพ

มีการรวมการโดยตำแหน่งซึ่งมาจากภาครัฐหรือมาจากการแต่งตั้งโดยภาครัฐอยู่ด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากสภาวิชาชีพยังเป็น “corporation” ที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ มิได้มีอิสระในการปกครองตนเองอย่างสมบูรณ์

ตามหลักประชาธิปไตย นอกจากประชาชนจะต้องมีส่วนร่วมทางการเมืองโดยมีสิทธิเลือกตั้งแล้ว ยังมีสิทธิพื้นฐานสำคัญอื่น ๆ เช่น สิทธิในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นในทางการเมือง สิทธิในการตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหาร ทั้งในทางการเมืองและในทางศาล ซึ่งหลักการดังกล่าวได้นำมาปรับใช้กับองค์กรแบบ “corporation” ที่อยู่ภายใต้รัฐด้วยเช่นกัน ยกตัวอย่างกรณีสภาวิชาชีพในประเทศไทย เช่น การให้สมาชิกของสภาวิชาชีพมีสิทธิในการแสดงความคิดเห็นต่อคณะกรรมการสภาวิชาชีพเป็นหนังสือเกี่ยวกับกิจการของสภาวิชาชีพ หรือเกี่ยวกับการปฏิบัติตามวัตถุประสงค์หรืออำนาจหน้าที่ของสภาวิชาชีพ การให้สมาชิกของสภาวิชาชีพร่วมกันตามจำนวนที่กฎหมายกำหนดมีสิทธิเสนอให้คณะกรรมการสภาวิชาชีพพิจารณาเรื่องใดที่เกี่ยวกับกิจการของสภาวิชาชีพ โดยคณะกรรมการสภาวิชาชีพต้องพิจารณาและแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้เสนอทราบโดยมิชักช้า การเข้าชื่อร้องขอเป็นหนังสือให้มีการประชุมใหญ่วิสามัญ³⁹ การให้สมาชิกมีสิทธิแสดงความคิดเห็นหรือซักถามเกี่ยวกับการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสภาวิชาชีพหรือเกี่ยวกับการบริหารงานทั่วไปของสภาวิชาชีพในการประชุมใหญ่⁴⁰ การให้สมาชิกมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในการประชุมใหญ่⁴¹ การให้สมาชิกเข้าชื่อเสนอร่างข้อบังคับต่อสภาวิชาชีพหรือมีสิทธิเสนอขอให้คณะกรรมการสภาวิชาชีพพิจารณาแก้ไขข้อบังคับ⁴² หรือการที่สมาชิกอาจใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งของสภาวิชาชีพที่ตนเห็นว่า ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ดังที่ได้กล่าวมานี้เป็นตัวอย่างส่วนหนึ่งของการนำหลักประชาธิปไตยมาปรับใช้กับสภาวิชาชีพซึ่งเป็นองค์กรแบบ “corporation” หลักสำคัญประการต่อมาที่ถือเป็นหลักการพื้นฐานที่ต้องนำมาปรับใช้กับองค์กรแบบ “corporation” คือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ

³⁹ มาตรา 12 (2) แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525, มาตรา 13 (2) แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเภสัชกรรม พ.ศ. 2537, มาตรา 12 (1) และมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 และมาตรา 13 (3) และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิศวกร พ.ศ. 2542

⁴⁰ มาตรา 12 (2) แห่งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528, มาตรา 13 (1) แห่งพระราชบัญญัติวิศวกร พ.ศ. 2542 และมาตรา 16 (1) แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2547

⁴¹ มาตรา 13 (2) แห่งพระราชบัญญัติวิศวกร พ.ศ. 2542 และมาตรา 16 (2) แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2547

⁴² มาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528, มาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติวิศวกร พ.ศ. 2542 และมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2547

2. หลักการแบ่งแยกอำนาจ

แนวคิดว่าการแบ่งแยกอำนาจ (séparation des pouvoirs) ปรากฏมาตั้งแต่ในสมัยกรีกแล้ว⁴³ โดยได้มีการอธิบายขยายความในบริบทต่าง ๆ เรื่อยมา⁴⁴ แต่ที่ได้รับการกล่าวถึงจนเป็นที่ยอมรับมากที่สุด คือ แนวคิดของมงเตสกีเยอ (Montesquieu) ซึ่งได้อธิบายไว้ในหนังสือ “เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” (De l'esprit des lois) ใน ค.ศ. 1744 ซึ่งมีใจความโดยสรุปว่า ในแต่ละรัฐมีอำนาจสามประการ ได้แก่ 1. อำนาจนิตินิติบัญญัติ คือ อำนาจในการตรากฎหมาย 2. อำนาจบริหาร คือ อำนาจในการบังคับใช้กฎหมาย และ 3. อำนาจตุลาการ คือ อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยเห็นว่า หากมีการรวมอำนาจนิตินิติบัญญัติและอำนาจบริหารอยู่ในบุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวกันแล้ว เสรีภาพย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้เนื่องจากบุคคลหรือองค์กรนั้นอาจออกกฎหมายตามอำเภอใจและใช้บังคับอย่างอำเภอใจ และเสรีภาพไม่อาจเกิดขึ้นได้เช่นกัน หากมิได้มีการแยกอำนาจตุลาการออกจากอำนาจนิตินิติบัญญัติและอำนาจบริหาร หากตุลาการรวมอยู่กับฝ่ายนิตินิติบัญญัติก็จะทำให้อำนาจเหนือชีวิตและเสรีภาพของพลเมืองเป็นไปตามอำเภอใจ เพราะเหตุที่ตุลาการเป็นผู้ตรากฎหมายเสียเอง หากตุลาการเป็นพวกเดียวกับฝ่ายบริหารก็จะทำให้ตุลาการมีอำนาจแบบผู้กดขี่ และทุกอย่างย่อมสูญสิ้นไปหากบุคคลหรือองค์กรเดียวกันสามารถใช้อำนาจทั้งสามประการได้

หลักการแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวมีอิทธิพลต่อการจัดตั้งระบบการเมืองการปกครองในหลายประเทศ จนถือเป็นหลักการตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) ถึงกับบัญญัติไว้ในข้อ 16 ว่า “รัฐใดที่มีได้ใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจ รัฐนั้นย่อมไม่อาจถือได้เลยว่ามีรัฐธรรมนูญ” หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงถือเป็นหลักการสำคัญพื้นฐานที่ขาดไปเสียไม่ได้สำหรับการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งมีการตีความและนำไปปรับใช้แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ โดยอาจเป็นการแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาดอย่างระบบประธานาธิบดี กล่าวคือ แบ่งแยกอำนาจทั้งสามออกจากกันอย่างสิ้นเชิง โดยไม่มีความรับผิดชอบต่อกัน หรืออาจเป็นการแบ่งแยกอำนาจไม่เด็ดขาดอย่างระบบรัฐสภา กล่าวคือ แบ่งแยกอำนาจทั้งสามออกจากกัน แต่ยังคงมีความรับผิดชอบต่อกันอยู่ แต่ถึงอย่างไรก็มีวัตถุประสงค์หลักอย่างเดียวกัน คือ เพื่อป้องกันมิให้อำนาจทั้งหมดรวมอยู่ที่องค์กรเดียวกัน อันจะนำมาซึ่งการใช้อำนาจอย่างเกินขอบเขต

⁴³ ในข้อเขียนว่าด้วยการเมือง (Politics) ของอริสโตเติล (Aristote) ได้มีการแบ่งภารกิจของรัฐออกเป็นสามด้าน ได้แก่ 1. ภารกิจที่เกี่ยวกับอำนาจในการปรึกษาและตัดสินใจเกี่ยวกับราชการแผ่นดิน กล่าวคือ ในการตรากฎหมาย และความสัมพันธ์กับต่างประเทศ 2. ภารกิจที่มอบหมายให้แก่รัฐมนตรีในการบริหารราชการ และการสั่งการต่าง ๆ และ 3. ภารกิจทางตุลาการ

⁴⁴ แนวคิดที่สำคัญ คือ แนวคิดของจอห์น ล็อก (John Locke) ที่ได้กล่าวไว้ในหนังสือ “Second Treatise of Civil Government” ว่า อำนาจอธิปไตยแบ่งออกได้เป็นสามอำนาจ ได้แก่ 1. อำนาจนิตินิติบัญญัติ 2. อำนาจบริหาร และ 3. อำนาจเกี่ยวกับความสัมพันธ์กับต่างประเทศ

และให้มีการจำกัดและควบคุมการใช้อำนาจซึ่งกันและกัน หรือคานอำนาจหนึ่งมิให้ใช้อย่างเกินขอบเขต ซึ่งย่อมส่งผลเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

เมื่อหลักการแบ่งแยกอำนาจถือเป็นหลักจำเป็นพื้นฐานสำหรับรัฐ ซึ่งเป็นต้นแบบของ “corporation” แล้ว หลักนี้จึงควรต้องนำมาปรับใช้กับองค์กรอื่น ๆ ที่มีโครงสร้างแบบ “corporation” ด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม เนื่องจากองค์กรที่มีโครงสร้างแบบ “corporation” ที่อยู่ภายใต้รัฐ มิได้มีอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ในตัวเองอย่างสมบูรณ์เช่นเดียวกับรัฐ เพียงแต่มีลักษณะการใช้อำนาจที่เทียบเคียงกันได้ หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงมิได้นำมาปรับใช้โดยเคร่งครัดอย่างกรณีของรัฐ แต่นำมาปรับใช้ตามสมควรเพื่อเป็นหลักประกันว่า อำนาจทั้งหมดของ “corporation” จะไม่รวมศูนย์อยู่ที่บุคคลหรือกลุ่มบุคคลเดียวกัน อันจะนำมาซึ่งการใช้อำนาจอย่างเกินขอบเขต ยกตัวอย่างกรณีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แม้ไม่อาจถือได้ว่า การใช้อำนาจออกกฎเกณฑ์ใช้บังคับภายในท้องถิ่นเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติ เนื่องจากเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ ซึ่งถือเป็นการใช้อำนาจทางปกครองอันเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหารก็ตาม แต่ก็มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจออกกฎเกณฑ์ในทำนองเดียวกับการที่สภาใช้อำนาจนิติบัญญัติ จึงพบว่า มีการจำลองโครงสร้างทางการเมืองระดับชาติเอาไว้ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย ดังเช่น การให้มีสภาท้องถิ่นซึ่งเป็นเสมือนฝ่ายนิติบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแยกจากฝ่ายบริหาร เพื่อให้ทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่ตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ

สำหรับสภาวิชาชีพซึ่งเป็น “corporation” ที่มุ่งศึกษานั้นพบว่า ในประเทศฝรั่งเศส มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาปรับใช้เช่นกัน โดยมุ่งเน้นที่การแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการออกจากองค์กรผู้ใช้อำนาจบริหารหรืออำนาจทางปกครอง ทั้งนี้ เนื่องจากสภาวิชาชีพเป็น “corporation” ที่มีทั้งอำนาจในการบริหารกิจการของสภาวิชาชีพ รวมทั้งอำนาจทางปกครองในการออกกฎ คำสั่ง บังคับ แก่สมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพและผู้ที่อยู่ในบังคับของสภาวิชาชีพ เช่น การออกใบอนุญาตหรือไม่ออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ และในขณะเดียวกันก็มีอำนาจวินิจฉัยคดีด้านจรรยาบรรณหรือจริยธรรมวิชาชีพ โดยอาจลงโทษสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพที่ฝ่าฝืนจรรยาบรรณวิชาชีพ เช่น การพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ ซึ่งมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางตุลาการ

การที่สภาวิชาชีพจำเป็นต้องมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยคดีด้านจรรยาบรรณวิชาชีพ ก็เนื่องมาจากการวินิจฉัยคดีด้านจรรยาบรรณวิชาชีพต้องอาศัยความเชี่ยวชาญทางเทคนิคหรือความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านจากผู้ประกอบวิชาชีพนั้น ๆ โดยเฉพาะ ตุลาการหรือบุคคลากรที่ไม่ได้ประกอบวิชาชีพโดยตรงย่อมไม่มีความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์เพียงพอที่จะวินิจฉัยว่า การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพที่ถูกกล่าวหาเป็นการฝ่าฝืนจรรยาบรรณวิชาชีพหรือไม่ บุคคลผู้นั้นสมควรได้รับโทษทางจรรยาบรรณหรือไม่ เพียงใด ปัญหาเหล่านี้จำเป็นต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญของผู้ประกอบวิชาชีพด้วยกันเอง โดยเฉพาะ อีกทั้งยังเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบวิชาชีพ ซึ่งเป็นผู้แทนของผู้ประกอบวิชาชีพด้วยกันเอง และอยู่ในฐานะที่จะเข้าใจปัญหาได้ดีที่สุด มามีส่วนร่วมในการอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่ผู้ประกอบวิชาชีพ อันจะทำให้สามารถยอมรับผลการวินิจฉัยได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักการของ “corporation” ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

ด้วยเหตุนี้ เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมให้แก่คู่กรณีในกระบวนการพิจารณาคดีด้านจรรยาบรรณวิชาชีพ ประเทศฝรั่งเศสจึงนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาปรับใช้กับการจัดโครงสร้างองค์กรของสภาวิชาชีพ โดยจะขอยกตัวอย่างแพทยสภาฝรั่งเศสมาเป็นกรณีศึกษา ดังนี้

ดังที่ได้กล่าวไว้ตอนต้นแล้วว่า แพทยสภาฝรั่งเศสจัดโครงสร้างการบริหารออกเป็น 3 ระดับ ตามโครงสร้างการบริหารราชการแผ่นดิน ได้แก่ ระดับชาติ ระดับภาค และระดับจังหวัด โดยมีคณะกรรมการแพทยสภาแห่งชาติ คณะกรรมการแพทยสภาภาค และคณะกรรมการแพทยสภาจังหวัด เป็นองค์กรหลักที่รับผิดชอบการบริหารงาน ตามลำดับ

ทั้งนี้ ในระดับชาติและระดับภาค ประมวลกฎหมายสาธารณสุข (Code de la santé publique) กำหนดให้แพทยสภามีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยคดีด้านจรรยาบรรณวิชาชีพด้วย โดยมีการจัดโครงสร้างองค์กรสำหรับการใช้อำนาจดังกล่าวโดยเฉพาะ แยกต่างหากจากคณะกรรมการแพทยสภาแห่งชาติ และคณะกรรมการแพทยสภาภาค ที่ใช้อำนาจทางปกครองและอำนาจในทางบริหารทั่วไป อันเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ดังนี้

ในระดับชาติ มีคณะกรรมการทางวินัยแห่งชาติ (Chambre disciplinaire nationale) แยกต่างหากจากคณะกรรมการแพทยสภาแห่งชาติ ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยอุทธรณ์คำวินิจฉัยคดีด้านจรรยาบรรณของคณะกรรมการทางวินัยชั้นต้น (Chambre disciplinaire de première instance) คณะกรรมการทางวินัยแห่งชาติ ประกอบไปด้วย กรรมการและกรรมการสำรองในจำนวนเท่ากัน ได้รับเลือกโดยคณะกรรมการแพทยสภาแห่งชาติ โดยครึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมดได้รับเลือกจากบรรดากรรมการแพทยสภาแห่งชาติ อีกครึ่งหนึ่งได้รับเลือกจากบรรดากรรมการแพทยสภาภาค หรือกรรมการแพทยสภาจังหวัด หรืออดีตกรรมการแพทยสภาไม่ว่าในระดับใด โดยมีสมาชิกสภาแห่งรัฐ (เทียบเท่าตุลาการศาลปกครองสูงสุด) ทำหน้าที่เป็นประธานคณะกรรมการ⁴⁵

ในระดับภาค มีคณะกรรมการทางวินัยชั้นต้น (Chambre disciplinaire de première instance) แยกต่างหากจากคณะกรรมการแพทยสภาภาค ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยคดีด้านจรรยาบรรณวิชาชีพในชั้นต้น เมื่อมีข้อเท็จจริงปรากฏต่อแพทยสภาหรือมีการร้องเรียนต่อแพทยสภาถึงการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพ คณะกรรมการทางวินัยชั้นต้นประกอบไปด้วยกรรมการและกรรมการสำรองในจำนวนเท่ากัน ได้รับเลือกโดยคณะกรรมการแพทยสภาภาค โดยครึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมดได้รับเลือกจากบรรดากรรมการแพทยสภาภาค อีกครึ่งหนึ่งได้รับเลือกจากบรรดากรรมการหรืออดีตกรรมการแพทยสภาแห่งชาติ หรือกรรมการแพทยสภาจังหวัด โดยมีตุลาการศาลปกครองชั้นต้นหรือตุลาการศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ทำหน้าที่เป็นประธานคณะกรรมการ⁴⁶

⁴⁵ มาตรา L. 4122-3 และ R. 4122-5 แห่งประมวลกฎหมายสาธารณสุข

⁴⁶ มาตรา L. 4124-7 และ R. 4124-4 แห่งประมวลกฎหมายสาธารณสุข

ส่วนแพทยสภาในระดับจังหวัดไม่ได้มีอำนาจในการวินิจฉัยคดีด้านจรรยาบรรณวิชาชีพโดยตรง แต่มีหน้าที่เบื้องต้นในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยหรือระหว่างแพทย์ด้วยกัน ก่อนส่งเรื่องให้คณะกรรมการทางวินัยขั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีด้านจรรยาบรรณต่อไป

ดังนั้น จะเห็นว่า มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาปรับใช้กับการจัดโครงสร้างองค์กรของแพทยสภาฝรั่งเศส โดยจัดตั้งคณะกรรมการทางวินัยให้เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจทางตุลาการของแพทยสภา⁴⁷ แยกต่างหากจากคณะกรรมการแพทยสภา ซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจทางปกครองและอำนาจในทางบริหารทั่วไป อีกทั้งมีการกำหนดให้ตุลาการศาลปกครองเป็นประธานคณะกรรมการทางวินัย เพื่อให้การใช้อำนาจทางตุลาการของแพทยสภาเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ สามารถอำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณีได้อย่างแท้จริง

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตที่น่าสนใจว่า แต่เดิมคณะกรรมการแพทยสภาภาคของประเทศฝรั่งเศส มีทั้งอำนาจในการบริหารกิจการของแพทยสภาในระดับภาค มีอำนาจหน้าที่ทางปกครอง เช่น การวินิจฉัยอุทธรณ์เกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ ทั้งยังมีอำนาจทางตุลาการในการวินิจฉัยคดีด้านจริยธรรมวิชาชีพ ซึ่งได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากว่า มีลักษณะเป็นการรวมศูนย์อำนาจไว้ที่องค์กรเพียงองค์กรเดียว ประกอบกับแรงกดดันจากอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) ซึ่งข้อ 6-1 บัญญัติรับรองให้บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมและเปิดเผยภายในระยะเวลาอันสมควร โดยคณะกรรมการหรือองค์คณะพิจารณาข้อพิพาทที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลาง ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยกฎหมาย ดังนั้น จึงเป็นที่มาของการปฏิรูปการจัดโครงสร้างองค์กรของแพทยสภาฝรั่งเศส โดยมีการออกรัฐบัญญัติหมายเลข 2002-303 ลงวันที่ 4 มีนาคม ค.ศ. 2002 ว่าด้วยสิทธิของผู้ป่วยและคุณภาพของระบบสาธารณสุข (Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des maladies et à la qualité du système de santé) ยกเลิกอำนาจในการวินิจฉัยคดีด้านจริยธรรมวิชาชีพของคณะกรรมการแพทยสภาภาคให้เหลือแต่เพียงอำนาจบริหารหรืออำนาจทางปกครองเท่านั้น และให้จัดตั้งคณะกรรมการทางวินัยขั้นต้นแยกต่างหากจากคณะกรรมการแพทยสภาภาคเพื่อใช้อำนาจทางตุลาการโดยเฉพาะ

⁴⁷ มีข้อสังเกตว่า ประเทศฝรั่งเศสถือว่าการใช้อำนาจในการวินิจฉัยคดีด้านจรรยาบรรณวิชาชีพของสภาวิชาชีพมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางตุลาการหรือที่เรียกว่า “นิติกรรมทางตุลาการ” เลย์ตีเดียว์ กล่าวคือ เป็นการกระทำในลักษณะการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาศัยหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย โดยองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายมีองค์ประกอบในลักษณะที่เป็นกลุ่มบุคคล มีความเป็นอิสระ และมีวิธีพิจารณาคดีสำหรับวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิหน้าที่ในทำนองเดียวกันกับศาล ในขณะที่นิติกรรมทางปกครองมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจสั่งการทั่วไป ยังไม่มีข้อพิพาททางกฎหมายให้วินิจฉัยชี้ขาด และไม่มีการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาสำหรับวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิหน้าที่โดยเฉพาะ โดยนัยนี้ ประเทศฝรั่งเศสจึงถือว่า คณะกรรมการทางวินัยของสภาวิชาชีพมีสถานะเป็น “ศาลปกครองชำนาญพิเศษ” (jurisdiction administrative spéciale) และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการทางวินัยของสภาวิชาชีพย่อมมีสถานะเป็นคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งคู่กรณีที่ไม่พอใจอาจโต้แย้งคำวินิจฉัยดังกล่าวต่อสภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'État) ได้เลย



อันแสดงให้เห็นถึงความสำคัญในการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาปรับใช้กับสภาวิชาชีพเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับการพิจารณาคดี

อย่างไรก็ดี สำหรับสภาวิชาชีพในประเทศไทย หากพิจารณาจากสภาวิชาชีพ 5 วิชาชีพที่ได้ยกมาเป็นกรณีศึกษาข้างต้นจะพบว่า มีเพียงสภาวิชาชีพบัญชีเพียงแห่งเดียวที่นำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาปรับใช้ โดยพระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2547⁴⁸ บัญญัติให้คณะกรรมการจรรยาบรรณมีอำนาจสอบสวนพิจารณาเมื่อมีผู้กล่าวหาหรือปรากฏต่อคณะกรรมการจรรยาบรรณว่า ผู้ประกอบวิชาชีพบัญชีประพฤติผิดจรรยาบรรณ โดยมีอำนาจเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำหรือชี้แจงข้อเท็จจริงหรือทำคำชี้แจงเป็นหนังสือ หรือส่งบัญชี ทะเบียน เอกสาร หรือหลักฐานใด เพื่อตรวจสอบหรือประกอบการพิจารณาเพื่อประโยชน์แก่การสอบสวน และหากพิจารณาจากผลการสอบสวนแล้วมีมติว่า ผู้ใดประพฤติผิดจรรยาบรรณให้มีคำสั่งลงโทษอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ 1) ตักเตือนเป็นหนังสือ 2) ภาคทัณฑ์ 3) พักใช้ใบอนุญาตพักการขึ้นทะเบียน หรือห้ามการประกอบวิชาชีพบัญชีด้านที่ประพฤติผิดจรรยาบรรณโดยมีกำหนดเวลาแต่ไม่เกินสามปี 4) เพิกถอนใบอนุญาต เพิกถอนการขึ้นทะเบียน หรือสั่งให้พ้นจากการเป็นสมาชิกสภาวิชาชีพบัญชี และในกรณีที่คณะกรรมการจรรยาบรรณมีมติว่า ผู้ถูกกล่าวหาได้ประพฤติผิดจรรยาบรรณให้สั่งยกคำกล่าวหา ทั้งนี้ ผู้กล่าวหาหรือผู้ซึ่งถูกคณะกรรมการจรรยาบรรณสั่งลงโทษมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อคณะกรรมการกำกับดูแลการประกอบวิชาชีพบัญชีได้ และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกำกับดูแลการประกอบวิชาชีพบัญชีให้เป็นที่สุดในระดับสภาวิชาชีพ จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจทางตุลาการของสภาวิชาชีพบัญชี โดยให้มีคณะกรรมการจรรยาบรรณมีอำนาจหน้าที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาและมีคำสั่งเกี่ยวกับเรื่องจรรยาบรรณของผู้ประกอบวิชาชีพบัญชีและมีคณะกรรมการกำกับดูแลการประกอบวิชาชีพบัญชีเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ในเรื่องดังกล่าวแตกต่างหากจากคณะกรรมการสภาวิชาชีพบัญชี⁴⁹ ซึ่งมีเพียงอำนาจหน้าที่ในการบริหารกิจการของสภาวิชาชีพและอำนาจทางปกครองในเรื่องต่าง ๆ

ส่วนสภาวิชาชีพอื่น ๆ อันได้แก่ แพทยสภา⁵⁰ สภาเภสัชกรรม⁵¹ สภานายความ⁵² และสภาวิศวกร⁵³ นั้น มีคณะกรรมการสภาวิชาชีพคณะหนึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจสูงสุดของสภาวิชาชีพ โดยมีทั้งอำนาจบริหารกิจการของสภาวิชาชีพ อำนาจทางปกครองในการออกระเบียบข้อบังคับ ออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ รับรองปริญญา ประกาศนียบัตร วุฒิบัตร หลักสูตร วิทยฐานะของสถาบันต่าง ๆ รวมทั้ง

⁴⁸ มาตรา 49 มาตรา 50 มาตรา 53 มาตรา 54 มาตรา 55 มาตรา 59 และมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2547

⁴⁹ มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2547

⁵⁰ มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 21 และมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

⁵¹ มาตรา 8 มาตรา 9 มาตรา 23 และมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเภสัชกรรม พ.ศ. 2537

⁵² มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 27 และมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528

⁵³ มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 33 และมาตรา 62 แห่งพระราชบัญญัติวิศวกร พ.ศ. 2542

มีอำนาจในการวินิจฉัยคดีด้านจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพ อันมีลักษณะเป็นการรวมศูนย์อำนาจทั้งหมดไว้ที่องค์กรเดียว

ทั้งนี้ ในกรณีแพทยสภา⁵⁴ และสภาเภสัชกรรม⁵⁵ พบว่า คณะกรรมการแพทยสภา และคณะกรรมการสภาเภสัชกรรมเองเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับคดีด้านจริยธรรม ภายหลังจากที่ได้รับรายงานหรือสำนวนพร้อมความเห็นจากคณะอนุกรรมการจรรยาบรรณ และคณะอนุกรรมการสอบสวน โดยอาจวินิจฉัยชี้ขาดให้ยกข้อกล่าวหาหรือข้อกล่าวโทษ หรือลงโทษโดยการว่ากล่าวตักเตือน ภาคทัณฑ์ พักใช้ใบอนุญาต หรือเพิกถอนใบอนุญาต ซึ่งคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการแพทยสภาและคณะกรรมการสภาเภสัชกรรมให้ถือเป็นที่สุดในระดับสภาวิชาชีพ

ส่วนกรณีสภาพทนายความ⁵⁶ แม้จะพบว่า มีคณะกรรมการมรรยาททนายความ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคติมรรยาททนายความ โดยอาจมีคำสั่งจำหน่ายคดี ยกคำกล่าวหา ว่ากล่าวตักเตือน ให้ทำทัณฑ์บนเป็นหนังสือ ลงโทษภาคทัณฑ์ ห้ามทำการเป็นทนายความชั่วคราว หรือลบชื่อออกจากทะเบียนทนายความก็ตาม แต่คำสั่งดังกล่าวยังไม่เป็นที่สุด ประธานกรรมการมรรยาททนายความต้องส่งสำนวนคดีมรรยาททนายความไปยังนายกสภาพทนายความเพื่อให้คณะกรรมการสภาพทนายความทำการพิจารณาและมีอำนาจสั่งยื่น แก่ หรือกลับคำสั่งของคณะกรรมการมรรยาททนายความ รวมทั้งสั่งลงโทษอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่เห็นสมควรได้ ซึ่งคำสั่งของคณะกรรมการสภาพทนายความให้ถือเป็นที่สุดในระดับสภาวิชาชีพ ดังนั้น อำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยคดีมรรยาททนายความในท้ายที่สุดยังคงเป็นของคณะกรรมการสภาพทนายความ

ในทำนองเดียวกันกับสภาวิศวกร⁵⁷ ซึ่งแม้จะมีคณะกรรมการจรรยาบรรณเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยกรณีที่มีการกล่าวหาว่าผู้ได้รับใบอนุญาตประพฤติผิดจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพวิศวกรรม โดยอาจวินิจฉัยชี้ขาดให้ยกข้อกล่าวหา ตักเตือน ภาคทัณฑ์ พักใช้ใบอนุญาต หรือเพิกถอนใบอนุญาตก็ตาม แต่ผู้ได้รับใบอนุญาตซึ่งคณะกรรมการจรรยาบรรณวินิจฉัยชี้ขาดให้ลงโทษ อาจอุทธรณ์คำวินิจฉัยชี้ขาดต่อคณะกรรมการสภาวิศวกร โดยคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการสภาวิศวกรให้ถือเป็นที่สุดในระดับสภาวิชาชีพ อำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยคดีด้านจรรยาบรรณวิชาชีพจึงยังเป็นของคณะกรรมการสภาวิศวกรอยู่เช่นกัน

ดังที่ได้กล่าวมานี้ ย่อมเห็นได้ว่า สภาวิชาชีพส่วนใหญ่ในประเทศไทยมีแต่เพียงการจัดตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่เบื้องต้นในการพิจารณาคดีด้านจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพในรูปแบบคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่สืบสวนสอบสวนข้อเท็จจริงและเสนอความเห็นเพื่อให้คณะกรรมการสภาวิชาชีพวินิจฉัย

⁵⁴ มาตรา 35 และมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

⁵⁵ มาตรา 37 และมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเภสัชกรรม พ.ศ. 2537

⁵⁶ มาตรา 66 ประกอบมาตรา 52 และมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528

⁵⁷ มาตรา 33 (5) มาตรา 57 มาตรา 61 และมาตรา 62 แห่งพระราชบัญญัติวิศวกร พ.ศ. 2542

ต่อไปเท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีดังกล่าวด้วยตนเอง จึงยังไม่อาจถือได้ว่าการแบ่งแยกระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารกับองค์กรที่ใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีอย่างแท้จริงตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ กรณีดังกล่าวน่าจะสืบเนื่องมาจากประเทศไทยยังไม่มีแนวคิดในการแบ่งแยกระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการของฝ่ายปกครองอย่างชัดเจน โดยถือว่าการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีด้านจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพก็มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่งในการทำนองเดียวกันกับการใช้อำนาจออกระเบียบข้อบังคับ หรือใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ รับรองปริญญา ประกาศนียบัตร วุฒิบัตร หลักสูตร วิทยฐานะของสถาบันต่าง ๆ ทั้งที่แท้จริงแล้วการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีด้านจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางตุลาการ หรือกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า เป็นการใช้อำนาจกึ่งตุลาการของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ซึ่งต่างจากการใช้อำนาจทางปกครองของคณะกรรมการที่มีอำนาจในการพิจารณาทางปกครองโดยทั่วไป แม้ข้อดีของการไม่จัดตั้งคณะกรรมการหลายคณะจะช่วยประหยัดงบประมาณ และสอดคล้องกับมาตรา 77 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บัญญัติให้รัฐพึงใช้ระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่จำเป็น แต่ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า การใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีด้านจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพเป็นการกระทำของสภาวิชาชีพในฐานะที่เป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทที่แยกต่างหากจากการใช้อำนาจออกระเบียบข้อบังคับหรือใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ ฯลฯ ซึ่งเป็นการกระทำของสภาวิชาชีพในฐานะที่เป็นคณะกรรมการที่มีอำนาจในการพิจารณาทางปกครอง จึงถือเป็นกรณีจำเป็นที่จะต้องจัดตั้งคณะกรรมการที่ใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีด้านจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพขึ้นต่างหากเป็นการเฉพาะตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญที่องค์กรแบบ “corporation” อย่างสภาวิชาชีพพึงนำมาปรับใช้ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้อำนาจทั้งหมดรวมอยู่ที่องค์กรเดียวกัน อันจะนำมาซึ่งการใช้อำนาจโดยมิชอบ และเพื่อเป็นหลักประกันความยุติธรรมให้แก่คู่กรณีในกระบวนการพิจารณาคดีดังกล่าวได้

ในประเทศฝรั่งเศส นอกจากหลักประชาธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วยังอาจมีการนำหลักการอื่นที่ใช้กับรัฐในฐานะต้นแบบของ “corporation” มาปรับใช้กับสภาวิชาชีพด้วย เช่น มีการจัดโครงสร้างการบริหารกิจการของสภาวิชาชีพตามพื้นที่การปกครองของรัฐ ซึ่งสอดคล้องกับการจัดโครงสร้างการบริหารราชการแผ่นดิน ยกตัวอย่างกรณีแพทยสภาฝรั่งเศส มีการจัดโครงสร้างการบริหารโดยแบ่งออกเป็นระดับชาติ ระดับภาค และระดับจังหวัด โดยมีคณะกรรมการแพทยสภาแห่งชาติ (Conseil national de l'Ordre des médecins) เป็นคณะกรรมการในระดับสูงสุด มีอำนาจหน้าที่บริหารกิจการของแพทยสภาในภาพรวม โดยมีการมอบภารกิจบางประการให้แก่ระดับภาค (région) ซึ่งมีคณะกรรมการแพทยสภาภาค (Conseil régional de l'Ordre des médecins) ประจำอยู่ในแต่ละภาค มีอำนาจหน้าที่บริหารกิจการของแพทยสภาในระดับภาค และให้แก่ระดับจังหวัด (département) ซึ่งมีคณะกรรมการแพทยสภาจังหวัด (Conseil départemental de l'Ordre des médecins) ประจำอยู่ในแต่ละจังหวัด มีอำนาจหน้าที่บริหารกิจการของแพทยสภาในระดับจังหวัด โดยมีการปรับใช้หลักการแบ่งอำนาจ (déconcentration) และหลักการกระจายอำนาจ (décentralisation) จากระดับชาติให้แก่ระดับภาค

และระดับจังหวัดตามความเหมาะสมแก่ภารกิจ เพื่อให้การบริหารกิจการเป็นไปโดยทั่วถึงและมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ การจัดโครงสร้างดังกล่าวอาจแตกต่างกันไปในแต่ละสภาวิชาชีพ และแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ

สำหรับสภาวิชาชีพในประเทศไทยยังไม่มีโครงสร้างการบริหารตามพื้นที่ในลักษณะดังกล่าวแต่อย่างใด ซึ่งในการพิจารณาว่า สมควรที่จะจัดตั้งหรือไม่ อย่างไร นั้น แม้โดยหลักการแล้วการจัดตั้งสภาวิชาชีพในระดับภาคหรือระดับจังหวัดย่อมเกิดผลดีต่อประสิทธิภาพในการบริหารจัดการองค์กร ทำให้ควบคุมดูแลการประกอบวิชาชีพได้อย่างทั่วถึง และอำนวยความสะดวกแก่ผู้ประกอบการวิชาชีพและประชาชน ผู้รับบริการทางวิชาชีพในพื้นที่ แต่การจัดตั้งคณะกรรมการสภาวิชาชีพขึ้นในระดับภาคหรือระดับจังหวัดย่อมต้องมีรายจ่ายและใช้บุคลากรเพิ่มขึ้นอีกจำนวนมาก จึงเป็นเรื่องที่สภาวิชาชีพแต่ละแห่งจะต้องพิจารณาตามความจำเป็นและความเหมาะสม แต่หากเปรียบเทียบกับข้อเสนอแนะที่ให้จัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดคดีด้านจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพขึ้นต่างหากเป็นการเฉพาะ เห็นว่า การจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดคดีด้านจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพเป็นเรื่องที่สมควรดำเนินการก่อน เนื่องจากมีผลโดยตรงต่อการอำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณีในกระบวนการพิจารณาคดีด้านจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพ และใช้งบประมาณน้อยกว่ามาก จึงก่อให้เกิดผลที่คุ้มค่าและเป็นรูปธรรมมากกว่า

บทสรุป

เมื่อเป็นที่ยอมรับว่า รัฐและสภาวิชาชีพ ต่างเป็นองค์กรแบบ “corporation” ที่มีลักษณะและโครงสร้างคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ เป็นการรวมกลุ่มของบุคคลที่มีลักษณะร่วมกัน มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ร่วมกันของกลุ่ม โดยเป็นองค์กรที่มีอิสระในการบริหารจัดการกิจการของตนเอง มีผู้บริหารองค์กรที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนหรือสมาชิกผู้ประกอบการวิชาชีพด้วยกัน และมีทั้งอำนาจในการออกกฎเกณฑ์และบังคับใช้กฎเกณฑ์แก่ประชาชนหรือสมาชิกภายในกลุ่มสมาชิก และมีองค์ประกอบของความเป็น “corporation” ทั้งในทางสังคมวิทยาและทางกฎหมายเช่นเดียวกัน กล่าวคือ มีประชากรหรือสมาชิกผู้ประกอบการวิชาชีพ มีดินแดนอาณาเขตหรือขอบเขตการใช้อำนาจ และมีองค์กรทางการเมืองหรือคณะกรรมการสภาวิชาชีพเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจ โดยมีสถานะเป็นนิติบุคคล มีอิสระในการปกครองตนเอง ทั้งมีอำนาจเหนือประชาชนหรือสมาชิกผู้ประกอบการวิชาชีพและผู้ที่จะประสงค์จะเข้ามาประกอบวิชาชีพ ด้วยเหตุนี้จึงนำมาสู่ข้อสรุปที่ว่า เมื่อทั้งรัฐและสภาวิชาชีพต่างมีโครงสร้างองค์กรแบบ “corporation” โดยถือว่ารัฐเป็นต้นแบบของ “corporation” แล้ว หลักการพื้นฐานสำคัญที่ใช้กับรัฐจึงควรต้องนำมาปรับใช้กับองค์กรแบบ “corporation” อื่น ๆ รวมถึงสภาวิชาชีพด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักประชาธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจ ดังจะเห็นว่า ในประเทศฝรั่งเศสมีการนำหลักประชาธิปไตยมาปรับใช้กับสภาวิชาชีพโดยกำหนดให้กรรมการสภาวิชาชีพส่วนมากมาจากการเลือกตั้งในบรรดาสมาชิกผู้ประกอบการวิชาชีพและโดยสมาชิกผู้ประกอบการวิชาชีพ รวมทั้งให้สมาชิกผู้ประกอบการวิชาชีพมีส่วนร่วมในการบริหารกิจการของสภาวิชาชีพในลักษณะต่าง ๆ เพื่อให้สามารถตอบสนองต่อเจตจำนงร่วมกันของสมาชิกได้มากที่สุด และมีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาปรับใช้โดยให้องค์กรผู้ใช้อำนาจพิจารณา

วินิจฉัยคดีด้านจรรยาบรรณวิชาชีพแยกต่างหากจากองค์กรผู้ใช้อำนาจบริหารกิจการของสภาวิชาชีพ เพื่อเป็นหลักประกันความยุติธรรมให้แก่คู่กรณีในกระบวนการพิจารณา

สำหรับประเทศไทยพบว่า มีการนำหลักประชาธิปไตยมาปรับใช้กับสภาวิชาชีพในทำนองเดียวกัน โดยให้สมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพมีสิทธิเลือกตั้งกรรมการสภาวิชาชีพเพื่อเป็นผู้แทนของตน ตลอดจนอาจมีส่วนร่วมต่าง ๆ ในการบริหารกิจการของสภาวิชาชีพ อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาปรับใช้เท่าที่ควร โดยพบว่า ในหลายสภาวิชาชีพมีคณะกรรมการสภาวิชาชีพซึ่งมีทั้งอำนาจบริหารกิจการของสภาวิชาชีพ และในขณะเดียวกันก็มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีด้านจรรยาบรรณวิชาชีพด้วย อันเป็นการรวมศูนย์อำนาจไว้ที่องค์กรเดียว ซึ่งอาจเอื้อต่อการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือการใช้อำนาจเกินขอบเขต อันจะทำให้คู่กรณีไม่ได้รับความเป็นธรรม และยังส่งผลต่อความเชื่อมั่นของคู่กรณีรวมทั้งประชาชนทั่วไปในกระบวนการพิจารณาคดีด้านจรรยาบรรณด้วย โดยเฉพาะฝ่ายผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการประกอบวิชาชีพ ซึ่งมักมีความเชื่ออยู่แล้วว่า ผู้ประกอบวิชาชีพด้วยกันย่อมเข้าข้างพวกเดียวกันเอง ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นเรื่องสำคัญที่ต้องนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาปรับใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การให้องค์กรผู้ใช้อำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีด้านจรรยาบรรณวิชาชีพโดยเฉพาะแยกต่างหากจากองค์กรบริหารของสภาวิชาชีพ เพื่อให้กระบวนการพิจารณาคดีด้านจรรยาบรรณวิชาชีพเป็นที่ยอมรับของคู่กรณีและสามารถอำนวยการความยุติธรรมให้แก่คู่กรณีทุกฝ่ายได้อย่างแท้จริง

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตในท้ายที่สุดว่า การที่ประเทศฝรั่งเศสนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาปรับใช้กับสภาวิชาชีพ ในฐานะที่เป็นองค์กรแบบ “corporation” เช่นเดียวกันกับรัฐ โดยมีกฎหมายบัญญัติให้คณะกรรมการทางวินัยของสภาวิชาชีพเป็นผู้ใช้อำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีด้านจรรยาบรรณโดยเฉพาะ ซึ่งมีองค์ประกอบเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความเป็นอิสระ และมีวิธีพิจารณาคดีสำหรับวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิหน้าที่ในทำนองเดียวกันกับศาล นั้น เป็นผลให้ประเทศฝรั่งเศสถือว่า คณะกรรมการทางวินัยของสภาวิชาชีพมีสถานะเทียบเท่ากับศาลปกครองชั้นต้นเลยทีเดียว โดยถือเป็น “ศาลปกครองชำนาญพิเศษ” (jurisdiction administrative spéciale)⁵⁸ ดังนั้น คู่กรณีที่ไม่พอใจคำวินิจฉัยของคณะกรรมการทางวินัยของสภาวิชาชีพ ซึ่งถือเสมือนเป็นคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น จึงอาจได้แย้งคำวินิจฉัยดังกล่าวต่อสภาแห่งรัฐ

⁵⁸ ศาลปกครองในประเทศฝรั่งเศสสามารถจำแนกในทางทฤษฎีออกได้เป็นสองประเภท ได้แก่ 1. ศาลปกครองที่มีอำนาจทั่วไป (jurisdiction de droit commun) ซึ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองทั้งปวง ยกเว้นคดีที่มีกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองชำนาญพิเศษหรือองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองอื่น ๆ และ 2. ศาลปกครองที่มีอำนาจเฉพาะ (jurisdiction d'attribution) หรือที่เรียกว่า “ศาลปกครองชำนาญพิเศษ” (jurisdiction administrative spéciale) ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองเฉพาะเรื่อง โดยอาจจัดตั้งในรูปแบบศาลหรือคณะกรรมการก็ได้ เช่น ศาลตรวจเงินแผ่นดิน (Cour des comptes) ศาลวินัยงบประมาณและการคลัง (Cour de discipline budgétaire et financière) คณะกรรมการของสภาวิชาชีพต่าง ๆ ที่ทำหน้าที่พิจารณา วินิจฉัยโทษทางวินัย (juridictions ordinaires) สภามหาวิทยาลัย (Conseil de discipline interne à l'université)

หรือศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'État) ได้เลย⁵⁹ ซึ่งช่วยร่นระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้มีความรวดเร็วมากยิ่งขึ้นโดยไม่ต้องโต้แย้งคำวินิจฉัยในชั้นสภาวิชาชีพต่อศาลปกครองชั้นต้นอีก ซึ่งหากพิจารณากรณีของประเทศไทยจะพบเช่นกันว่า มาตรา 11 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁶⁰ ได้เปิดช่องให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนดคดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ซึ่งคู่กรณีอาจโต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวต่อศาลปกครองสูงสุดได้โดยตรง และตามนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” หมายความว่า คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่มีการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย จึงเห็นได้ว่า “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” มีแนวคิดและหลักการเช่นเดียวกันกับ “ศาลปกครองชำนาญพิเศษ” ของประเทศฝรั่งเศส พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงบัญญัติให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดอาจประกาศกำหนดคดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เพื่อให้คู่กรณีสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดได้ทันที อย่างไรก็ตาม จนถึงปัจจุบันยังไม่มีข้อกำหนดให้คำวินิจฉัยของสภาวิชาชีพถือเป็นคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทแต่อย่างใด จึงเห็นว่า ข้อพิจารณาสำคัญประการหนึ่งที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดควรคำนึงถึงในการประกาศกำหนดคดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามมาตรา 11 (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว คือ ต้องพิจารณาก่อนว่า สภาวิชาชีพนั้น ๆ มีการจัดโครงสร้างองค์กรที่เหมาะสมสอดคล้องกับการเป็นองค์กรแบบ “corporation” แล้วหรือยัง หากสภาวิชาชีพได้มีการนำหลักการที่พึงนำมาปรับใช้กับ “corporation” มาปรับใช้แล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การจัดให้มีองค์กรผู้ใช้อำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีด้านจรรยาบรรณวิชาชีพโดยเฉพาะแยกต่างหากจากองค์กรบริหารของสภาวิชาชีพตามหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว ก็ย่อมถือได้ว่าสภาวิชาชีพนั้นมีการ “จัดตั้งองค์กร” สำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย อันเป็นองค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งของการเป็น “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” แล้ว และหากสภาวิชาชีพนั้นไม่มีวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายด้วย ก็ย่อมถือว่าสภาวิชาชีพนั้นมิ้องประกอบของการเป็น “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” ครบถ้วนที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดสมควรประกาศกำหนดให้คู่กรณีสามารถโต้แย้งคำวินิจฉัย

⁵⁹ ทั้งนี้ คู่กรณีอาจโต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการทางวินัยของสภาวิชาชีพต่อศาลปกครองสูงสุดได้เฉพาะในปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น กระบวนการดังกล่าวทำให้โดยหลักแล้วศาลปกครองสูงสุดไม่ก้าวล่วงไปวินิจฉัยในปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งถึงที่สุดแล้วในชั้นสภาวิชาชีพ

⁶⁰ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 11 “ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด

ฯลฯ

ฯลฯ”



ของสภาวิชาชีพนั้น ๆ ต่อศาลปกครองสูงสุดได้โดยตรงตามเจตนารมณ์ที่มาตรา 11 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เปิดช่องไว้

ดังที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนี้ย่อมแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของการศึกษาทำความเข้าใจเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายในเชิงโครงสร้างของสภาวิชาชีพในฐานะที่เป็นองค์กรแบบ “corporation” ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถนำหลักการต่าง ๆ ที่พื้่นนำมาปรับใช้กับ “corporation” มาปรับใช้กับสภาวิชาชีพได้อย่างถูกต้องเหมาะสมต่อไป

วารสารวิชาการศาลปกครอง



บรรณานุกรม

AMADIO/TRILLAUD Michèle, Les chambres disciplinaires de l'Ordre des médecins, mémoire de recherche, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2008-2009.

AUBY Jean-Bernard, La notion de personne publique en droit administratif, thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux I, 1979.

AZZOU Alison, La réforme du contentieux disciplinaire médical, rapport de stage, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2008-2009.

BAREL Y., « Un nouveau corporatisme ? », dans L'Etat et le corporatisme, PUF, 1988.

BROUSSOLLE Yves, Le droit public en fiches, Ellipses, 2^e édition, 2012.

CONSTANS Louis, Le dualism de la notion de personne morale administrative en droit français, Dalloz, 1966.

COUDEVYLLE Andrée, Précis de droit public, Ellipses, 2005.

DEVERS Gilles, Pour une réforme de l'Ordre des médecins, thèse de doctorat en droit, Université Jean Moulin Lyon III, 2005.

DYENS Samuel et GUERIN Eric, Droit public, Centre national de la fonction publique territoriale, 2008.

ETIEN Robert, Initiation au droit public, Ellipses, 1998.

FRAISSEIX Patrick et VALETTE Jean-Paul, Précis de droit public, Presses universitaires de France, 2000.

GEORGES Philippe et SIAT Guy, Droit public, Sirey, 16^e édition, 2011.

GIERKE, « Juristische Person; Genossenschaftstheorie », Rechtslexikon d'Holtzendorff.

GUIBAL Michel Guibal, L'ordre professionnel, thèse, Montpellier, 1970.

“L'organisation du Conseil national”, Conseil national de l'Ordre des médecins, [Online] retrieved from : <<https://www.conseil-national.medecin.fr/lordre-medecins/conseil-national-lordre/lorganisation-conseil-national>> [1 มีนาคม 2563]. MARIE J.-L., Les agriculteurs et la politique, Montchrestien Coll, Clefs Politique, 1994.

MICHOUD Léon et TROBATAS Louis, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, Tome I, L.G.D.J, 2^e édition (mise à jour par L. Trobatas), 1924.

MULLER Isabelle, « La normative corporative « reconnue » », dans Le groupement et le droit : corporatisme, néo-corporatisme, Presses de l'UT1, 1996.



POTHIER, Traité des Personnes, édition Bugnet, tome IX.

REYNAUD Jacques, L'ordre des médecins, thèse de doctorat en droit, l'Université de Lyon, 1943.

SAVIGNY, Traité de droit romain, trad. Guénoux, t. II.

SIMONIAN-GINESTE Hélène, « Le néo-corporatisme et la norme étatique », dans Le groupement et le droit : corporatisme, néo-corporatisme, Presses de l'UT1, 1996.

SPILIOTOPOULOS Epaminondas P., La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français, Librairie générale de droit et de jurisprudence R.Pichon et R. Durand-Auzias, 1959.

ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 27 : 2561, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 9 : 2559, กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สถานะความเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง
กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

The Status of the National Broadcasting and Telecommunications Commission
(NBTC)'s Status as a State Independent Organization

พัลภา นุ่มน้อย *

รับบทความเมื่อ 2 พฤษภาคม 2566

แก้ไขบทความเมื่อ 5 กุมภาพันธ์ 2567

ตอบรับบทความเมื่อ 7 มีนาคม 2567

บทคัดย่อ

บทบาทและการทำหน้าที่ของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กสทช. ได้ทวีความสำคัญในยุคสังคมและเศรษฐกิจดิจิทัล โดยองค์กรดังกล่าวเป็นองค์กรอิสระซึ่งจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 การดำเนินการของ กสทช. ในฐานะเป็นองค์กรกำกับดูแลกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม มักมีผลกระทบต่อประชาชนในวงกว้าง เนื่องจากวิถีชีวิตของประชาชนต้องพึ่งพาข้อมูลข่าวสารและการติดต่อสื่อสารผ่านอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อย่างยิ่งยวด บทความนี้จะกล่าวถึงอำนาจหน้าที่โดยรวมของ กสทช. เพื่อให้ผู้อ่านเข้าใจถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายในการกำหนดถึงความเป็นอิสระโดยสถานะทางกฎหมายของ กสทช. ว่า มีความอิสระจากความกดดันทางธุรกิจและอิสระจากอำนาจบริหารหรือไม่ จากการศึกษาวิเคราะห์ ผู้เขียนเห็นว่า กสทช. มีสถานะทางกฎหมายเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระซึ่งควรเป็นอิสระจากอำนาจทางการเมืองของฝ่ายบริหารทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมถึงเป็นอิสระจากการแทรกแซงจากอำนาจทางธุรกิจใด ๆ ที่ทำให้การกำกับกิจการโทรคมนาคมขาดความเป็นอิสระ ดังนั้น กสทช. จึงมีความเป็นองค์กรผู้เชี่ยวชาญที่ปราศจากการแทรกแซงจากอำนาจภายนอกที่มีขอบด้วยกฎหมายอย่างแท้จริง นอกจากนี้ การทำหน้าที่ของ กสทช. ต้องคำนึงถึงหลักคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการติดต่อสื่อสาร หลักการบริการสาธารณะ หลักความโปร่งใส และสร้างความเป็นธรรมในการแข่งขันในกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทย

คำสำคัญ : กิจการโทรคมนาคม, การสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์, องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ, การกำกับกิจการโดยรัฐ, กฎ Must Have, หลักคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการติดต่อสื่อสาร, หลักการบริการสาธารณะ, หลักความโปร่งใส

* นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยคิวชู, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 3 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง



Abstract

The roles and responsibilities of the National Broadcasting and Telecommunications Commission (NBTC) are increasingly crucial in the digital society and economy. The NBTC, as an independent organization established under the Act on Organization to Assign Radio Frequency and to Regulate the Broadcasting and Telecommunications Services B.E. 2553 (2010), plays a vital role in regulating and overseeing the broadcasting. The operations of the NBTC as a regulatory body often have a wide-ranging impact on the public. As people heavily rely on electronic devices for information, news, and communication, the NBTC's overall responsibilities are significant. This article discusses the general duties of the NBTC to help readers understand the legal intentions regarding its independent status. It emphasizes that legally, the NBTC is an independent regulatory agency that should operate free from pressure, both commercially and politically. Based on the writer's analysis, the NBTC is legally mandated to be independent from political influence and business interference. Therefore, it should be an expert organization free from any external influence that is not compliant with the law. Additionally, the NBTC, in performing its duties, should prioritize protecting individuals' rights in communication, promoting public service principles and transparency, as well as fostering fair competition in broadcasting which are crucial for Thailand's electronic communication in the future.

Keywords : telecommunications businesses, electronic communication, independent regulatory agency, State Regulation, Must Have Rule, the right to communicate, public service principles, transparency

บทนำ

เมื่อการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เข้ามามีบทบาทในการดำรงชีวิตของประชาชนมากขึ้นเรื่อย ๆ บทบาทและการทำหน้าที่ขององค์กรกำกับกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม (ในบทความนี้ใช้คำแทนโดยย่อว่า “องค์กรกำกับกิจการกระจายเสียงฯ”) เป็นเรื่องที่อยู่ในความสนใจของสังคมไม่ว่าในประเทศใด ซึ่งกรณีของประเทศไทย องค์กรในลักษณะดังกล่าว คือ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กสทช. โดยในช่วงเวลาที่ผ่านมาเมื่อไม่นานมานี้ปรากฏข่าวทางสื่อต่าง ๆ เกี่ยวกับบทบาทการทำหน้าที่ของ กสทช. เช่น ประเด็นเกี่ยวกับกรณีการถ่ายทอดสดการแข่งขันฟุตบอลโลก 2022 ได้มีการตั้งคำถามเกี่ยวกับกรณีการกีฬาแห่งประเทศไทย (กกท.) ให้สิทธิกับสถานีโทรทัศน์บางช่องถ่ายทอดสดการแข่งขันฟุตบอล 32 คู่ และให้ทีวีดิจิทัลประเภทธุรกิจและบริการสาธารณะ 20 ช่องรับสัญญาณ ถ่ายทอดสดแบบ Must Have ตามประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์รายการโทรทัศน์สำคัญที่ให้เผยแพร่ได้เฉพาะในบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป พ.ศ. 2555 (กฎ Must Have)¹ เพียง 32 คู่ จาก 64 คู่ ซึ่งอาจไม่ตรงตามมติ กสทช. ที่ให้เงิน 600 ล้านบาท โดยจัดสรรเงินจากกองทุนวิจัยและพัฒนากิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม เพื่อประโยชน์สาธารณะ (กทปส.) ให้กับการกีฬาแห่งประเทศไทย (กกท.) สำหรับซื้อลิขสิทธิ์ฟุตบอลโลก 64 คู่ เพื่อเผยแพร่อย่างเท่าเทียม และทั่วถึงผ่านทีวีดิจิทัลทั้งหมด ในการจัดสรรเงินก้อนนี้มีภาคเอกชนรายหนึ่งช่วยสนับสนุนค่าลิขสิทธิ์อีกเป็นจำนวนเงิน 300 ล้านบาท ในการถ่ายทอดสดฟุตบอลโลกครั้งนั้น แม้ว่าในที่สุดคนไทยได้ชมการถ่ายทอดฟุตบอลโลกในประเทศ แต่ปรากฏการวิพากษ์วิจารณ์ในเชิงลบว่า เหตุใด กกท. จึงได้ทำสัญญาโอนลิขสิทธิ์ฟุตบอลโลกให้เอกชนรายที่สนับสนุนเงินสมทบค่าลิขสิทธิ์จาก กทปส. ได้สิทธิถ่ายทอดทุกช่องทางแต่เพียงผู้เดียว การที่องค์กรและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องไม่สามารถแสดงความโปร่งใสและให้เหตุผลที่เป็นธรรมเป็นที่ประจักษ์ได้กลายเป็นสิ่งบั่นทอนความเชื่อถือในบทบาทของรัฐในส่วนนี้อย่างไม่ควรที่จะปรากฏ

ต่อมา ปรากฏประเด็นเกี่ยวกับกฎ Must Have เป็นกระแสข่าวและมีการตั้งคำถามเกี่ยวกับบทบาทของ กสทช. อีกครั้ง เมื่อมีการแข่งขันกีฬาซีเกมส์ (The 32nd SEA GAMES) ซึ่งจัดขึ้นระหว่างวันที่ 5 ถึง 17 พฤษภาคม 2566 ณ กรุงพนมเปญ ประเทศกัมพูชา ซึ่งต้องมีการถ่ายทอด

¹ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์รายการโทรทัศน์สำคัญที่ให้เผยแพร่ได้เฉพาะในบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป พ.ศ. 2555 (กฎ Must Have) ระบุในภาคผนวก รายการโทรทัศน์ที่กำหนด ตามข้อ 3 มีทั้งสิ้น 7 รายการ ได้แก่ การแข่งขันกีฬาระหว่างประเทศในกลุ่มเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หรือกีฬาซีเกมส์ (South-East Asian Games, SEA Games) การแข่งขันกีฬาสำหรับนักกีฬาคคนพิการอาเซียนพาราเกมส์ (ASEAN Para Games) การแข่งขันกีฬาระหว่างประเทศในทวีปเอเชีย หรือเอเชียนเกมส์ (Asian Games) การแข่งขันกีฬาสำหรับนักกีฬาคคนพิการเอเชียนพาราเกมส์ (Asian Para Games) การแข่งขันกีฬาโอลิมปิก (Olympic Games) การแข่งขันกีฬาสำหรับคนพิการหลายประเภทจากทั่วโลก หรือกีฬาวาราลิมปิก (Paralympic Games) และการแข่งขันฟุตบอลโลกรอบสุดท้าย (FIFA World Cup Final)

ทางโทรศัพท์ตามที่กฎหมาย Must Have กำหนด แต่รัฐจะต้องแบกรับค่าลิขสิทธิ์การถ่ายทอดออกอากาศจำนวนมาก ด้วยเหตุนี้ คณะอนุกรรมการพิจารณาอนุญาตด้านกิจการโทรศัพท์ได้มีมติยกเลิกกฎดังกล่าวเนื่องจากกฎหมาย Must Have ทำให้เอกชนที่ให้บริการโทรศัพท์แบบบอกรับสมาชิกหรือแพ็คเกจทีวีขาดแรงจูงใจในการซื้อลิขสิทธิ์ และกฎดังกล่าวเป็นอุปสรรคต่อความเสมอภาคในการเข้าถึงการถ่ายทอดออกอากาศรายการโทรศัพท์ที่เป็นที่นิยมอย่างสูงซึ่งขัดกับเจตนารมณ์อันแท้จริงของการออกกฎหมายฉบับดังกล่าว

กรณีต่อมา ปรากฏประเด็นเกี่ยวกับการควบคุมกิจการของผู้ให้บริการโทรคมนาคมขนาดใหญ่ของประเทศไทยสองบริษัท โดยสำนักงาน กสทช. ได้มีหนังสือ 2 ฉบับ ได้แก่ หนังสือสำนักงาน กสทช. ที่ สทช 2402/23454 ลงวันที่ 12 พฤษภาคม 2565 และหนังสือ ส่วนที่สุด ลงวันที่ 25 สิงหาคม 2565 เพื่อรับผลการพิจารณาข้อหาหรือจากคณะกรรมการกฤษฎีกาในประเด็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจของ กสทช. และสำนักงาน กสทช. ในการพิจารณากรณีการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ทูรู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) และบริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) หรือดีแทค

ทั้งสามกรณีดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายและอำนาจหน้าที่ของ กสทช. ได้เป็นอย่างดี เนื่องจากข้อขัดข้องที่ปรากฏในการทำหน้าที่ของ กสทช. ทุกครั้งกระทบต่อสิทธิในการรับข่าวสาร สารที่เป็นประโยชน์ของประชาชนโดยตรงและเป็นวงกว้าง การที่ กสทช. หลีกเลี่ยงที่จะแสดงบทบาทความเป็นองค์กรผู้เชี่ยวชาญอย่างเข้มแข็ง โดยส่วนตัวผู้เขียนเห็นว่า เป็นสถานการณ์ที่ไม่ควรเกิดขึ้นกับองค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ ที่ควรเป็นอิสระและมีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการกำกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมของประเทศมากที่สุด

บทความฉบับนี้ผู้เขียนจะนำเสนอรูปแบบและสถานะทางกฎหมายขององค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ จากกรณีศึกษาของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหราชอาณาจักร โดยนำเสนอในมุมมองกฎหมายเปรียบเทียบ ซึ่งจะทำให้เกิดภาพที่ชัดเจนยิ่งขึ้นเกี่ยวกับสถานะและหลักประกันความเป็นอิสระขององค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ อันเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาการของกฎหมายมหาชน และยังเป็นประเด็นศึกษาเพื่อประโยชน์ของศาลปกครองในการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของ กสทช. ต่อไป

1. บทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ

ปัจจุบันภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะด้านกิจการโทรคมนาคมทวีความสำคัญขึ้น โดยเฉพาะในช่วงเวลาที่โลกกำลังเปลี่ยนผ่านรูปแบบการติดต่อสื่อสารสู่ระบบอิเล็กทรอนิกส์เกือบทั้งหมด คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ในฐานะองค์กรหลักซึ่งมีอำนาจหน้าที่กำกับการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม มีสถานะทางกฎหมายเป็นองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระในการทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม โดยองค์กรกำกับการที่เป็นอิสระ

ย่อมสามารถนำนโยบายของรัฐมาปฏิบัติด้วยความเป็นกลางและปราศจากอคติส่วนบุคคล อีกทั้งการเป็นอิสระจากผู้ประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมที่รัฐเป็นเจ้าของยังช่วยให้องค์กรกำกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมสามารถปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางต่อผู้ให้บริการในตลาดทุกราย เช่น ในเรื่องนโยบายการแข่งขัน การเชื่อมต่อโครงข่าย เป็นต้น²

ปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกมักวางโครงสร้างองค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ อย่างเป็นมาตรฐานสากล ซึ่งการแยกองค์กรกำกับการออกจากผู้ประกอบกิจการในตลาดจะช่วยให้ตลาดเกิดความเชื่อมั่นและเกิดการส่งเสริมให้มีการเคารพกติกาที่รัฐวางไว้ภายใต้กรอบกติกาการค้าระหว่างประเทศ โดยในมุมมองของผู้เชี่ยวชาญด้านกิจการโทรคมนาคมเห็นว่า ปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดความเชื่อมั่นของผู้ประกอบการในกิจการโทรคมนาคม คือ ความเป็นอิสระขององค์กรกำกับการจากการควบคุมโดยรัฐบาล โดยแต่ละประเทศมีการกำหนดระดับของความเป็นอิสระที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับกฎหมาย สภาพแวดล้อมทางการเมือง และโครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละประเทศ ซึ่งมีองค์กรกำกับการเพียงส่วนน้อยที่เป็นอิสระโดยสมบูรณ์จากรัฐบาล โดยอย่างน้อยที่สุดองค์กรกำกับการจะได้รับมอบหมายและได้รับการจัดสรรงบประมาณจากรัฐบาล ซึ่งองค์กรกำกับการสามารถนำงบประมาณไปบริหารจัดการได้เอง

ด้วยเหตุที่องค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ สามารถจัดสรรและบริหารจัดการงบประมาณได้เอง จึงสามารถดึงดูดผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านมาปฏิบัติหน้าที่ให้องค์กรได้อย่างเพียงพอ ทั้งนี้ การยกระดับให้องค์กรกำกับการดังกล่าวมีความเป็นอิสระเพิ่มมากขึ้นมีเหตุผลสนับสนุนหลายประการ เช่น ส่งผลให้เกิดความเป็นกลางและเป็นเกราะป้องกันการแทรกแซงทางการเมือง หรือความกดดันในการดำเนินกิจการ การรับรู้ถึงความเป็นอิสระเป็นส่วนสำคัญในการคงไว้ซึ่งความเป็นเจ้าของทรัพยากรสำหรับการติดต่อสื่อสารของรัฐเพื่อให้ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกันในกิจการโทรคมนาคม เช่น คลื่นความถี่ วิทยุโทรทัศน์ สัญญาณดาวเทียมของรัฐ เป็นต้น ซึ่งเอกชนผู้ประกอบการและนักลงทุนจะมีความเชื่อมั่นต่อองค์กรกำกับการ การแข่งขันในตลาดที่ทำหน้าที่อย่างเป็นธรรมและโปร่งใส อันสามารถนำไปสู่การลงทุนที่เพิ่มขึ้นในภาคอุตสาหกรรมดังกล่าวและส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม โดยที่ความเชื่อมั่นดังกล่าวขึ้นอยู่กับความน่าเชื่อถือขององค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ ซึ่งปรากฏให้เห็นจากความเป็นมืออาชีพในการกำกับการและจากการวางตัวเป็นกลางในการทำหน้าที่กำกับกิจการดังกล่าว³ อย่างไรก็ตาม การทำหน้าที่ขององค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ ที่มีความเป็นอิสระดังกล่าวมิได้หมายความว่า องค์กรนั้นจะเป็นอิสระจากกฎหมายหรือนโยบายของประเทศ การออกคำสั่ง

² สำนักงานกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการกำกับกิจการโทรคมนาคม : การออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม, 2552, กรุงเทพฯ : แอปป์้า พรินต์ติ้ง กรุ๊ป, [ออนไลน์], หน้า 15, เข้าถึงจาก <https://www.nbtc.go.th/getattachment/36f990a0-7969-499a-9df2-a0427e3e82d6/1.pdf.aspx> เมื่อ 17 ตุลาคม 2565.

³ Hank Intven and McCarthy Tétrault, Telecommunication Regulation Handbook (Module 1) : Overview of Telecommunications Regulation, (World Bank : Washington, 2000), [Online], p. 6, retrieved from https://www.itu.int/ITU-D/treg/Documentation/Infodev_handbook/1_overview.pdf เมื่อ 5 ธันวาคม 2565.



โดยองค์กรกำกับกิจการต้องมีความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายของประเทศ การทำหน้าที่ขององค์กรกำกับกิจการต้องพร้อมรับมือต่อสถานการณ์ปัญหาและรัฐบาลผ่านกลไกรูปแบบต่าง ๆ เช่น รายงานประจำปี หรือการรับฟังความคิดเห็นเพื่อออกกฎหมาย เป็นต้น ซึ่งองค์กรกำกับกิจการต้องแสดงให้เห็นที่ประจักษ์ถึงความโปร่งใสในการออกคำสั่งตามอำนาจหน้าที่⁴ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา จะเห็นได้อย่างค่อนข้างชัดเจนว่ากฎหมายไทยได้วางรากฐานรูปแบบและสถานะองค์กรกำกับกิจการกระจายเสียงฯ ในลักษณะที่มุ่งหมายให้ กสทช. เป็นองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระจากการแทรกแซงทั้งจากฝ่ายผู้ประกอบการเอกชนและฝ่ายอำนาจทางการเมืองให้มากที่สุด

ส่วนในด้านการแสดงให้เห็นเป็นที่ประจักษ์ถึงความเข้มแข็งในเชิงสถาบันในการเป็นองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระจากการแทรกแซงนั้น ผู้เขียนเห็นสอดคล้องกับรองศาสตราจารย์ ดร.ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง ซึ่งเคยแสดงทัศนะไว้ถึงความโดยสรุปว่า “โดยทั่วไปแล้ว ความเป็นอิสระของหน่วยงานหนึ่งอาจประเมินได้ในสองลักษณะ ลักษณะแรก เป็นการประเมินเชิงโครงสร้างขององค์กรซึ่งเป็นการกำหนดกรอบเชิงโครงสร้างป้องกันการมีส่วนได้เสีย ลักษณะที่สอง เป็นการประเมินในทางปฏิบัติซึ่งสะท้อนจากการที่หน่วยงานแสดงออกซึ่งความเป็นอิสระและความเป็นกลางในการดำเนินการอย่างต่อเนื่องยาวนานเป็นที่น่าเชื่อถือ เพราะเพียงแค่การออกแบบเชิงโครงสร้างไม่สามารถประกันความเป็นอิสระได้ทั้งความเข้มแข็งเชิงสถาบันไม่อาจสร้างได้ในชั่วข้ามคืน ไม่อาจสร้างได้เพียงแค่การจัดตั้งองค์กร ไม่อาจสร้างได้เพียงการออกกฎหมาย และไม่อาจสร้างได้เพียงการลงนามความร่วมมืออย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น แต่ต้องอาศัยการปฏิบัติอย่างต่อเนื่องยาวนานผ่านการเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ และการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นนี้เองที่จะเป็นตัวบ่งชี้ให้เห็นถึงความเข้มแข็งเชิงสถาบัน ความเป็นอิสระเชิงโครงสร้างจึงเป็นเพียงแต่จุดเริ่มต้นและเป็นการรับรองความสำคัญของความเป็นอิสระเท่านั้น”⁵ ดังนั้น การที่ กสทช. จะได้รับการยอมรับถึงความความเป็นอิสระในทางปฏิบัติจึงเป็นเรื่องที่จะต้องพิสูจน์ด้วยการทำหน้าที่ด้วยความเป็นกลางและเป็นอิสระอย่างต่อเนื่องต่อไป

2. สถานะทางกฎหมายขององค์กรอิสระ

การจัดตั้งองค์กรกำกับกิจการกระจายเสียงฯ ปรากฏขึ้นครั้งแรกในสหรัฐอเมริกาและแคนาดา ช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ซึ่งองค์กรดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ภายใต้โครงสร้างองค์กรแบบคณะกรรมการกึ่งตุลาการ (quasi-judicial boards) หรือคณะกรรมการ (commissions) โดยมีประธานคณะกรรมการ

⁴ Ibid

⁵ ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง, “ปัญหาทางกฎหมายของการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมโดยปราศจากนโยบาย กรณีกิจการดาวเทียมสื่อสารไทย,” วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้า ปีที่ 9 ฉบับที่ 1, 2560, หน้า 6-7.

เป็นหัวหน้า⁶ ต่อมา แนวคิดในการจัดตั้งองค์กรอิสระในแนวทางดังกล่าวส่งอิทธิพลทางความคิดไปยังประเทศอื่น ๆ รวมทั้งประเทศฝรั่งเศส สำหรับการปรากฏขึ้นของ “องค์กรอิสระของรัฐ” หรือ “independent administrative authority” มีการกล่าวถึงเป็นครั้งแรกในประเทศฝรั่งเศส ประมาณปี ค.ศ. 1978⁷ โดยในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ปรากฏหน่วยงานอิสระของรัฐหลายองค์กรซึ่งได้รับมอบอำนาจให้ทำภารกิจตามกฎหมายอันแตกต่างจากฝ่ายปกครอง โดยในหลายกรณีองค์กรอิสระของรัฐทำหน้าที่กำกับกิจการตลาดหรือสร้างความเชื่อมั่นให้กับผู้ประกอบการ ซึ่งต่างจากหน่วยงานทางปกครองทั่วไป เนื่องจากองค์กรอิสระของรัฐมีอำนาจให้ความเห็นหรือคำแนะนำตลอดจนกำกับกิจการหลายประการ รวมถึงอำนาจชี้ขาดตัดสินบุคคลหรือกำหนดโทษทางอาญาต่อกรณีซึ่งไม่ปฏิบัติตามกฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง เช่น องค์กรผู้กำกับกิจการด้านการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจเรียกค่าปรับที่สำคัญ⁸ เป็นกรณีซึ่งจะมีการเรียกค่าปรับจากเอกชนที่ฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ได้แก่ กรณีฝ่าฝืนเงื่อนไขการมีอำนาจเหนือตลาด (dominance) กรณีฝ่าฝืนการกำหนดราคา (price fixing) และจากการรวบส่วนแบ่งการตลาด (market sharing)⁹ อำนาจตัดสินบุคคลหรือกำหนดโทษดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการทำหน้าที่ในฐานะหน่วยงานทางปกครอง โดยมีได้ทำให้องค์กรอิสระของรัฐมีสถานะเป็นองค์กรตุลาการแต่อย่างใด

โดยที่แต่ละประเทศมีพัฒนาการในการจัดตั้งองค์กรอิสระที่ทำหน้าที่กำกับกิจการโทรคมนาคมที่แตกต่างกัน การกำหนดนิยามของ “องค์กรกำกับกิจการที่เป็นอิสระ” จึงมีความหลากหลายในแต่ละระบบกฎหมาย นักวิชาการแต่ละประเทศต่างกำหนดชื่อเรียกและบทนิยามไว้แตกต่างกัน สำหรับนักวิชาการของสหรัฐอเมริกาเห็นว่า องค์กรอิสระเป็นองค์กรที่มีอำนาจกำกับกิจการประกอบอยู่ด้วย ซึ่งแยกต่างหากจากฝ่ายบริหารและไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของประธานาธิบดี กรณีความเป็นอิสระนี้นอกจากได้รับการรับรองโดยบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว แต่ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1935 ยังปรากฏคำพิพากษาของศาลของสหรัฐอเมริกาที่พิพากษารับรองความเป็นอิสระขององค์กรในลักษณะนี้ด้วย เช่น ในคดี *Humphrey's Executor v. United States* คดีนี้ศาลแห่งเมือง Humphrey พิพากษาว่า ประธานาธิบดีไม่สามารถปลดสมาชิกในคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (FTC) ตามความต้องการได้ ถือเป็นคำพิพากษา

⁶ Hank Intven and McCarthy Tétrault, *Supra note 3*, p. 7.

⁷ Robert Elgie and Iain McMenamin, Credible commitment, political uncertainty, or policy complexity? Explaining variations in the independence of non-majoritarian institutions in France, [Online], pp. 11-12, retrieved from https://doras.dcu.ie/59/2/credible_commitment.pdf เมื่อ 5 มกราคม 2567.

⁸ Nicolas Contis and Camille Doguet, Members of independent administrative authorities can be recused under principle of impartiality, (September 29th, 2020), [Online], retrieved from <https://www.lexology.com/commentary/litigation/france/kallioip/members-of-independent-administrative-authorities-can-be-recused-under-principle-of-impartiality> #Right เมื่อ 21 พฤศจิกายน 2565.

⁹ European Commission, Fines for breaking EU Competition Law, [Online], retrieved from https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-01/factsheet_fines_en.pdf เมื่อ 11 มีนาคม 2566.



ที่วางหลักว่า องค์การของรัฐผูกพันภายใต้บทบัญญัติกฎหมายย่อมมีอิสระจากการควบคุมบังคับบัญชาจากฝ่ายบริหารทั้งทางตรงและโดยอ้อม¹⁰ จึงอาจอนุมานได้ว่า หากองค์การของรัฐที่กฎหมายมุ่งหมายให้จัดตั้งในลักษณะเป็นองค์กรหรือคณะกรรมการที่เป็นอิสระ ย่อมมีความมุ่งหมายให้อิสระจากการแทรกแซงจากฝ่ายการเมืองหรือฝ่ายบริหารนั่นเอง

ด้านนักวิชาการของฝรั่งเศสกำหนดนิยามว่า “องค์กรอิสระ” เป็นหน่วยงานทางปกครองซึ่งแยกออกจากการควบคุมตามปกติของฝ่ายบริหารหรือเป็นองค์กรที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาตามปกติของราชการส่วนกลาง¹¹ ซึ่งการรับรองให้องค์กรอิสระไม่อาจถูกแทรกแซงจากอำนาจฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะฝ่ายการเมืองได้นั้นนับว่าเป็นไปในแนวทางที่สากลยอมรับ เนื่องจากหากยอมให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายการเมืองแทรกแซงได้แล้ว ความเชื่อมั่นและความโปร่งใสในการทำหน้าที่ขององค์กรกำกับกิจการอาจด้อยลงได้ ทั้งยังทำให้เกิดความไม่เชื่อมั่นในความเป็นอิสระอย่างแท้จริงขององค์กรนี้ จึงยากที่ประชาชนจะยอมรับการทำหน้าที่องค์กรที่ต้องปกป้องสิทธิพื้นฐานของประชาชนในการแสดงความคิดเห็นและสิทธิการรับรู้ข้อมูลข่าวสารอย่างเสมอภาค ทัวถึง และเป็นธรรมได้

ส่วนนักวิชาการของสหราชอาณาจักรยอมรับองค์การอิสระนี้ในฐานะองค์กรซึ่งใช้งบประมาณของรัฐในการทำการกิจของรัฐให้บรรลุผล โดยมีความเป็นอิสระจากผู้แทนปวงชนที่มาจากการเลือกตั้ง¹²

แม้ว่าการกำหนดนิยามและประเภทขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระจะมีความหลากหลายดังที่กล่าวมาแล้วนี้ แต่ก็มีจุดร่วมกันอยู่ โดยอาจสกัดข้อความคิดจำแนกมาเป็นลักษณะสำคัญได้ 5 ประการ ได้แก่ *ประการแรก* ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญที่สุด คือ องค์กรดังกล่าวเป็นการจัดตั้งขึ้นโดยแยกจากหน่วยงานของรัฐที่ใช้อำนาจบริหาร *ประการที่สอง* เป็นหน่วยงานของรัฐ (public organizations) ซึ่งมักมีอำนาจกำกับกิจการในลักษณะกึ่งอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และกึ่งตุลาการ *ประการที่สาม* ผู้บริหารขององค์กรจะต้องไม่ใช่บุคคลที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน และต้องมิใช่บุคคลที่ได้รับการจัดสรรโดยนักการเมือง *ประการที่สี่* อำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบขององค์กรดังกล่าวได้รับมอบหมายภายใต้กฎหมายมหาชน และ *ประการที่ห้า* โดยปกติรัฐสภาและประธานาธิบดีจะเข้าร่วมในการสรรหาผู้บริหารขององค์กรอิสระดังกล่าว¹³

¹⁰ 295 U.S.602 (1935). (See Susan M.Olson, ‘Challenges to the Gatekeeper: The Debate over Federal Litigating Authority’, 68 *Judicature* 71, 73 n.12 (1984), p. 628.

¹¹ Bougrab, J., *Independent Administrative Authorities in France in Independent Administrative Authorities*. Edited by Caranta, R., Andernas, M., Fairgrieve, D. London : British Institute of International and Comparative Law, 2004, p. 57. quoted in Aurelija Pūraitė and Leva Deviantikovaite, *Independent Regulatory and Administrative Authorities in the Republic of Lithuania*, [Online], p. 284, retrieved from <https://tlq.ilaw.cas.cz/index.php/tlq/article/view/99> เมื่อ 21 พฤศจิกายน 2565.

¹² *Ibid*

¹³ *Ibid*

นักวิชาการของไทยได้นิยามคำว่า “องค์กรอิสระ” หมายถึง องค์กรของรัฐที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการเกี่ยวกับภารกิจของรัฐตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมาย โดยเป็นองค์กรของรัฐที่มีสถานะพิเศษ ซึ่งได้รับหลักประกันให้สามารถปฏิบัติภารกิจหน้าที่ได้โดยอิสระ ปลอดภัยจากการแทรกแซงจากองค์กรของรัฐอื่น หรือสถาบันการเมือง รวมทั้งอยู่เหนือกระแสและการกดดันใด ๆ ที่เกิดขึ้นภายในสังคม ในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง¹⁴ ทั้งนี้ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) มีฐานะเป็นองค์กรอิสระ¹⁵ ที่มีอำนาจหน้าที่ในการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ตามมาตรา 60 วรรคสาม ประกอบกับมาตรา 274¹⁶ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย องค์กรอิสระจึงมีบทบาทสำคัญในการสร้างดุลยภาพระหว่างการบริหารที่มีประสิทธิภาพกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งโครงสร้างระบบบริหารรูปแบบเดิมมีข้อจำกัด ประเทศไทยจึงมีการจัดตั้งองค์กรอิสระขึ้นครั้งแรกภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมืองหรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540¹⁷ และจนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันยังคงรับรองความเป็นองค์กรอิสระของ กสทช. เรื่อยมา

อนึ่ง ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้นิยาม คำว่า “องค์กรอิสระ” ว่าหมายถึง องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐในลักษณะที่เป็นอำนาจบริหารหรือปฏิบัติภารกิจของรัฐในลักษณะที่เป็นภารกิจในทางบริหาร แต่องค์กรดังกล่าวเป็นอิสระจากการบังคับบัญชาหรือการกำกับกิจการของคณะรัฐมนตรี¹⁸ นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ฯ ยังได้นำเสนอรายงานผลการวิจัย เรื่อง องค์กรอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ไว้ว่า แม้องค์กรอิสระจะสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับได้ก็ตาม แต่อำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับขององค์กรอิสระก็ไม่ถือว่าเป็นอำนาจนิติบัญญัติ เพราะองค์กรอิสระมิได้มีอำนาจในการตรากฎหมายแม่บทขึ้นใช้บังคับเหมือนกับรัฐสภาและมอบหมายให้องค์กรอื่นบังคับใช้กฎหมายตามที่ตนได้ตราขึ้น แต่องค์กรอิสระออกกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นกฎหมาย

¹⁴ นพดล เสงเจริญ, “องค์กรอิสระ : ความสำคัญต่อการปฏิรูปการเมืองและการปฏิรูประบบราชการ,” (2 เมษายน 2549), [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=895> เมื่อ 16 ตุลาคม 2565.

¹⁵ เฟ้งอ้าง

¹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มาตรา 274 “ให้คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 เป็นองค์กรตามมาตรา 60 วรรคสาม และให้คณะรัฐมนตรีดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติดังกล่าวให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อพิจารณาภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้”

¹⁷ นพดล เสงเจริญ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 14

¹⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ‘องค์กรอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540’ (รายงานการวิจัยเสนอต่อคณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550) หน้า 16-17.

ลำดับรองในกรอบของกฎหมายแม่บทเพื่อกำหนดรายละเอียด ทั้งนี้ ตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบหมายและตนเป็นผู้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายลำดับรองนั้นเอง แม้มีปัญหาให้องค์กรอิสระต้องวินิจฉัยชี้ขาดก็ไม่ถือว่าการวินิจฉัยชี้ขาดดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตุลาการ เพราะองค์กรอิสระไม่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นในลักษณะที่เป็นศาล ไม่ได้ทำหน้าที่เป็นคนกลางวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท แต่เป็นผู้ใช้อำนาจรัฐบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย เพราะหากตีความว่า การใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรอิสระเป็นอำนาจตุลาการแล้ว ต้องถือว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งหรือคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้พิพากษาศาลาการ ซึ่งจะถือเช่นนั้นไม่ได้ เพราะมิฉะนั้นแล้ว จะขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ที่ผู้พิพากษาศาลาการมีอำนาจบริหารจัดการในการเลือกตั้งหรือทำการตรวจเงินแผ่นดินพร้อม ๆ กับการวินิจฉัยชี้ขาดคดีที่ตนเป็นผู้ใช้อำนาจนั้นเองตั้งแต่นั้น¹⁹

องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ (Independent Regulatory Agency) เป็นสถาบันทางการบริหารที่มีบทบาทสร้างดุลยภาพระหว่างการบริหารรูปแบบเดิมที่มีข้อจำกัด เนื่องจากการจัดลำดับของอำนาจหน้าที่และการควบคุมบังคับบัญชาตามลำดับชั้นทำให้เกิดความล่าช้าและขาดประสิทธิภาพในการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งอาจกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมและสิทธิเสรีภาพของประชาชน²⁰ คำว่า “องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ” มีการนิยามความหมายซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 2 แนวทางด้วยกัน คือ *แนวทางแรก* เป็นแนวทางการวิเคราะห์ในเชิงกฎหมายโดยแท้ ซึ่งเป็นการกำหนดความหมายอย่างแคบ (Approach Restrictive) ให้แก่องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระมิใช่เพียงความเป็นอิสระจากการบังคับบัญชาของหน่วยงานหนึ่งหน่วยงานใดของรัฐเท่านั้น แต่ยังมีอำนาจวินิจฉัยสั่งการอย่างแท้จริงได้ด้วย และ*แนวทางที่สอง* เป็นแนวทางการวิเคราะห์ในเชิงสังคมวิทยาหรือในทางข้อเท็จจริง (Sociology - Administrative Approach) เป็นการพิจารณาในเชิงการให้คำนิยามแก่องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระในความหมายอย่างกว้าง นั่นคือ องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระนั้นเป็นองค์กรที่มีอำนาจเพียงให้คำแนะนำและจัดทำรายงานพิมพ์เผยแพร่เท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยสั่งการ²¹

เมื่อพิจารณาโครงสร้างของรัฐในระดับสูงสุดอันเป็นส่วนหนึ่งของสถาบันทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) ฝ่ายบริหาร (รัฐบาล) ฝ่ายตุลาการ (ศาล) นั้น การกำกับกิจการโทรคมนาคมเป็นการดำเนินการแยกต่างหากจากฝ่ายบริหารแบบดั้งเดิม เนื่องด้วยปัญหาหลักสามประการอันเกิดจากโครงสร้างการบริหารแบบดั้งเดิมอันได้แก่ *ประการแรก* ปัญหาอันเกิดจากความล่าช้าในการตัดสินใจ การยึดติดกับกฎระเบียบที่ย่ำแย่ และการปรับใช้โดยไม่พิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมาย *ประการที่สอง* ปัญหาการขาดความรู้ความเข้าใจ

¹⁹ เฟิงอ้าว

²⁰ นพดล เสงเจริญ, *อ้าวแล้ว เชิงรรถที่ 14*

²¹ วิษณุ วรรณุญ, องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระในบางประเทศ : สหรัฐอเมริกา อังกฤษและฝรั่งเศส, รายงานการศึกษาวิจัย ‘องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ’ (Independent Administrative Body) เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (คปป.), สำนักงานกองทุนสนับสนุนงานวิจัย (สกว.), กันยายน 2538, หน้า 14-15. อ้างใน จินตนา พนมชัยยวัฒน์, กฎหมายโทรคมนาคม, พิมพ์ครั้งที่ 2 : 2563, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 96.

เรื่องเทคโนโลยีใหม่ ๆ ซึ่งมีความสลับซับซ้อนและก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว จึงต้องอาศัยการปรับตัวของฝ่ายปกครองอย่างสูง และประการสุดท้าย ปัญหาอันเกิดจากความไม่มีประสิทธิภาพของโครงสร้างการบริหารแบบดั้งเดิมในการรักษาประโยชน์ส่วนรวมของรัฐและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน²²

นอกจากนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ด้วยเหตุที่การดำเนินงานและสถานะขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระนั้นจะมีการตราพระราชบัญญัติเป็นเรื่อง ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติ จึงอาจกล่าวได้ว่า อำนาจขององค์กรอิสระเป็นอำนาจทางปกครองที่กำหนดภายใต้กฎหมายระดับพระราชบัญญัติเป็นสำคัญ ทำให้การมีอำนาจหน้าที่ที่รับมาโดยตรงตามรัฐธรรมนูญอันเป็นการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการแต่อย่างใด²³ หากแต่อำนาจหน้าที่ขององค์กรอิสระแยกเช่นองค์กรกำกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมเป็นอำนาจทางปกครองที่มาจากพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 นั้นเอง

แม้ในปัจจุบันองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระซึ่งได้รับการจัดตั้งขึ้นบางองค์กรมีอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง ในขณะที่บางองค์กรรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้อำนาจไว้ อย่างไรก็ตาม องค์กรอิสระทุกองค์กรมีอำนาจหน้าที่ต่าง ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ตลอดจนอำนาจหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในกฎ (อนุบัญญัติ) อีกด้วย ซึ่งมีข้อพิจารณาว่า อำนาจที่องค์กรอิสระได้รับตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัตินั้นถือเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยประเภทใด กล่าวคือ เป็นอำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ หรือเป็นอำนาจอธิปไตยประเภทที่เพิ่มขึ้นมาใหม่²⁴ ข้อพิจารณานี้จะเกิดความกระจ่างยิ่งขึ้นเมื่อพิจารณาจากกรณีการบัญญัติหลักการเกี่ยวกับองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระไว้ในรัฐธรรมนูญ

โดยที่มาของการบัญญัติหลักการเกี่ยวกับองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการนำเสนอแนวคิดจากการที่รองศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ วรรุญญ (ในขณะที่เป็นอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) ได้จัดทำรายงานการวิจัย เรื่อง องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระเสนอต่อคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (คปป.) หลังเกิดเหตุการณ์เดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2535 โดย รองศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ วรรุญญ เห็นว่า มีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติหลักการเกี่ยวกับองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระไว้ในรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐประเภทหนึ่ง เพื่อให้เป็นอิสระและไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของสถาบันตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจทำได้เป็น 2 แนวทาง คือ

²² เพ็ญอ้าง, หน้า 94.

²³ สถาบันพระปกเกล้า, องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2560, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=8A_2560 เมื่อ 1 มกราคม 2567.

²⁴ ขาญชัย แสงศักดิ์, องค์กรอิสระ : ข้อพิจารณาทางกฎหมายมหาชน, 2561, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 31.



แนวทางที่หนึ่ง คือ บัญญัติหลักการเรื่ององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างกว้าง ๆ เฉพาะสิ่งที่เป็นสาระสำคัญ สำหรับปัญหาว่าองค์กรใดบ้างจะมีสถานะเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระนั้น ให้ออกเป็นพระราชบัญญัติเป็นเรื่อง ๆ ไป

แนวทางที่สอง คือ ระบุในรัฐธรรมนูญว่าองค์กรใดบ้างที่จะให้มีสถานะเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ ซึ่งจะทำให้องค์กรเหล่านั้นมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญไปในตัวด้วย

โดยที่รองศาสตราจารย์ ดร.วิชณุ วารัญญ เห็นว่า ควรใช้แนวทางแรกเพราะจะยืดหยุ่น และสามารถปรับเปลี่ยนเพิ่มเติมหรือยกเลิกองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระได้โดยง่ายโดยไม่จำเป็นต้องดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ²⁵

สำหรับ “องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้นบัญญัติไว้ในหมวด 12 องค์กรอิสระ ประกอบด้วย 5 องค์กร ได้แก่

- (1) คณะกรรมการการเลือกตั้ง (มาตรา 222 ถึงมาตรา 227)
- (2) ผู้ตรวจการแผ่นดิน (มาตรา 228 ถึงมาตรา 231)
- (3) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (มาตรา 232 ถึงมาตรา 237)
- (4) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (มาตรา 238 ถึงมาตรา 245)
- (5) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (มาตรา 246 ถึงมาตรา 247)

โดยองค์กรใดจะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2541 ซึ่งได้ให้ความหมายขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ หมายความว่า “องค์กรที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ” ประกอบกับความเห็นทางวิชาการเห็นพ้องกันว่า “องค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางการเมือง โดยระบอบองค์กรนั้น ๆ ในรัฐธรรมนูญ และมีการบัญญัติอำนาจหน้าที่ขององค์กรนั้นไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย” ดังนั้น โดยสรุป องค์กรตามรัฐธรรมนูญ จึงหมายความว่า องค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีรัฐธรรมนูญบัญญัติอำนาจหน้าที่ไว้ และเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ หรืออำนาจในลักษณะเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ ไม่ว่าจะเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ องค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรที่เรียกชื่อเป็นอย่างอื่น แต่หากมีความหมายดังที่กล่าวมาข้างต้น องค์กรนั้นย่อมเรียกได้ว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วยกันทั้งสิ้น²⁶

ดังที่กล่าวมาผู้เขียนจึงขอสรุปในส่วนท้ายนี้ว่า เมื่อพิจารณาลักษณะดังกล่าว กสทช. มิใช่องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด หากแต่เป็นองค์กรของรัฐที่มีการจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ

²⁵ เฟื่องอ้าง, หน้า 44-45.

²⁶ คณะอนุกรรมการบริหารศาลปกครอง, จัดทำคู่มือการปฏิบัติงานภายในของศาลปกครองสูงสุด, คู่มือการปฏิบัติงานภายในของศาลปกครองสูงสุด, 2564, กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, หน้า 6-7.

2. หลักทฤษฎีเกี่ยวกับการเปิดเสรีกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมกับการเป็นองค์กรอิสระ

ผลจากการหลอมรวมเพื่อนำมาซึ่งการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม (ในบทความนี้ใช้คำแทนโดยย่อว่า “กิจการโทรคมนาคม”) ที่ขยายวงกว้างและพัฒนาารูปแบบกิจการโทรคมนาคมทั่วโลกอย่างรวดเร็ว ผู้ให้บริการกิจการโทรคมนาคมรายใหญ่จากประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส สหราชอาณาจักร ญี่ปุ่น และออสเตรเลียเริ่มหันมาเน้นขยายตลาดบริการกิจการโทรคมนาคมในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก ด้วยการให้บริการผ่านพันธมิตรธุรกิจ (Strategic Alliance) ในประเทศต่าง ๆ ซึ่งสอดคล้องกับการกระตุ้นให้เปิดเสรีบริการกิจการโทรคมนาคมตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Service; GATS) ซึ่งรวมถึงบริการกิจการโทรคมนาคมด้วย และด้วยลักษณะธรรมชาติของเทคโนโลยีหลอมรวมสื่อที่ข้ามพรมแดน (Non Barrier) เช่น บริการโรมมิ่งของโทรศัพท์เคลื่อนที่ และระบบการสื่อสารโทรคมนาคมผ่านดาวเทียม เป็นต้น ดังนั้น การกำหนดมาตรฐานของเทคโนโลยีและองค์การกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมจึงเป็นเรื่องสำคัญที่ปรากฏในเอกสารอ้างอิงขององค์การการค้าโลก (WTO Reference Paper) ข้อกำหนดที่ 5 กำหนดให้หน่วยงานกำกับกิจการต้องแยกออกจากผู้ให้บริการโทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน และไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ให้บริการกิจการโทรคมนาคมรายใด ๆ รวมถึงกระบวนการตัดสินใจและการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานกำกับกิจการควรอยู่บนพื้นฐานเดียวกัน โปร่งใส และเป็นธรรม²⁷ การที่มีมาตรฐานขององค์การระหว่างประเทศและกติกาสากลกำหนดรองรับการเปิดเสรีกิจการโทรคมนาคมดังกล่าวนี้เป็นกติกามีพัฒนาการภายใต้หลักทฤษฎีที่สำคัญหลายประการ ดังต่อไปนี้

3.1 หลักคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการติดต่อสื่อสาร (Right to Communication)

เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก รวมทั้งสิทธิการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารเป็นสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights; UDHR) ข้อ 19 ซึ่งกำหนดว่า “ทุกคนมีสิทธิในอิสระแห่งความเห็นและการแสดงออก ทั้งนี้ สิทธินี้รวมถึงอิสรภาพที่จะถือเอาความเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง และที่จะแสวงหา รับ และส่งข้อมูลข่าวสารและข้อคิดผ่านสื่อใด และโดยไม่คำนึงถึงพรมแดน”²⁸ ทั้งนี้ ปฏิญญาสากลดังกล่าวมีสาระสำคัญดังนี้

- 1) บุคคลทุกคนมีสิทธิแสดงความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง
- 2) บุคคลทุกคนมีสิทธิเสรีภาพในการแสดงออก ซึ่งรวมถึงสิทธิในการแสวงหา การรับ และการสื่อข้อมูลและแนวความคิดในเรื่องต่าง ๆ โดยไร้ข้อจำกัดทั้งทางวาจา ทางลายลักษณ์อักษร หรือสื่อสิ่งพิมพ์ในรูปแบบของศิลปะ หรือผ่านสื่ออื่น ๆ ตามเจตนาของผู้นั้น

²⁷ จินตนา พนมชัยชยวัฒน์, กฎหมายโทรคมนาคม, พิมพ์ครั้งที่ 2 : 2563, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 55.

²⁸ กระทรวงการต่างประเทศ, ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration on Human Rights), [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/udhr-th-en.pdf> เมื่อ 11 มกราคม 2566.

3) การใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวต้องคำนึงถึงความรับผิดชอบที่จำเป็น เช่น สิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น การป้องกันความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยของสังคม ศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการสาธารณสุขของส่วนรวม เป็นต้น²⁹

เมื่อประเทศไทยยอมรับกรอบแนวคิดตามกติการะหว่างประเทศในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการติดต่อสื่อสาร ดังนั้น การทำหน้าที่ของหน่วยงานรัฐในฐานะองค์กรที่มีหน้าที่กำกับกิจการย่อมมีเป้าหมายสำคัญ ได้แก่ การทำให้มีการแข่งขันอย่างต่อเนื่อง และการปกป้องผู้บริโภคจากผลกระทบจากการครอบงำตลาดโดยการต่อต้านพฤติกรรมการกำหนดราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง หรือพฤติกรรมกีดกันการแข่งขัน (Anti-Competitive Behavior) ในรูปแบบอื่น ๆ เนื่องจากโดยธรรมชาติของตลาดถือเป็นเรื่องค่อนข้างยากที่จะมีการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพหรือเป็นธรรม เนื่องจากปัจจัยที่สำคัญของกลไกตลาด คือ อำนาจต่อรองที่เท่าเทียมกัน (Equal Bargaining Power) อาทิ การเข้าร่วมการแข่งขันประกวดราคาโดยกติกาที่เท่าเทียมและเป็นธรรม การกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น หากมีความไม่เท่าเทียมกันเกิดขึ้นย่อมจำเป็นต้องมีการกำกับกิจการเพื่อปกป้องผลประโยชน์บางประการ³⁰ ทั้งนี้ วัตถุประสงค์หลักของการกำกับกิจการโทรคมนาคมอาจแตกต่างกันในแต่ละประเทศ โดยรัฐบาลในประเทศส่วนใหญ่เห็นว่า การสื่อสารโทรคมนาคมเป็นการบริการสาธารณะที่จำเป็น ซึ่งแม้ว่าในระยะหลังรัฐบาลจะมีผู้ดำเนินการจัดทำบริการด้านเครือข่ายด้วยตนเองอีกต่อไป แต่โดยทั่วไปรัฐบาลยังคงผูกขาดอำนาจในการกำกับกิจการดังกล่าวไว้เพื่อสร้างความเชื่อมั่นต่อระบบการให้บริการเครือข่ายโทรคมนาคมด้วยการตระหนักถึงการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจากการแพร่ขยายของแนวทางการกำหนดให้ตลาดเป็นศูนย์กลางในการตอบสนองต่อความต้องการด้านโทรคมนาคม และจากการเจริญเติบโตของอุตสาหกรรมโทรคมนาคมทำให้องค์กรกำกับกิจการไม่ควรเข้าแทรกแซงในรายละเอียดของการบริหารจัดการมากเกินไป อย่างไรก็ตาม องค์กรกำกับกิจการดังกล่าวยังคงมีบทบาทในการสร้างสิ่งแวดล้อมที่เหมาะสมในการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมสำหรับผู้ประกอบกิจการซึ่งส่วนใหญ่เป็นเอกชน โดยในปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะลดการกำกับกิจการลง (Deregulation) เนื่องจากการกำกับกิจการแบบดั้งเดิมหลายรูปแบบถูกวิพากษ์วิจารณ์จนส่งผลกระทบต่อการพัฒนาประเทศมากกว่าที่จะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานและการบริการกิจการโทรคมนาคมของประเทศ ปัจจุบันเมื่อมีการกำหนดหรือทบทวนมาตรการกำกับกิจการ โดยทั่วไปรัฐบาลและองค์กรกำกับกิจการประกอบกิจการดังกล่าวจะต้องทำให้เกิดความเชื่อมั่นใน 2 ประการ ได้แก่ (1) มีความต้องการให้มีการกำกับกิจการ และ (2) มาตรการที่มีประสิทธิภาพสูงสุด

²⁹ Sharynne McLeod, Communication rights: Fundamental human rights for all, (21st February, 2018), [Online], retrieved from <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/17549507.2018.1428687?Need Access=true> เมื่อ 5 ธันวาคม 2565.

³⁰ ศูนย์นวัตกรรมทางธุรกิจ คณะบริหารธุรกิจ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, เข้าใจการกำกับดูแล : ทฤษฎี กลยุทธ์ และหลักปฏิบัติ, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2553, กรุงเทพฯ : เทคโนโลยี มีเดีย, หน้า 38-39.

ได้รับการเลือกใช้เพื่อตอบสนองต่อวัตถุประสงค์เฉพาะในการกำกับกิจการ (Specific regulatory objective) แม้ว่ามาตรการในการกำกับกิจการจะมีความหลากหลายในแต่ละประเทศ หากแต่วัตถุประสงค์หลักของการกำกับกิจการโทรคมนาคมไม่แตกต่างกันมากนัก³¹

3.2 หลักการบริการที่เป็นพื้นฐาน (Universal Service)

ในอดีตการบริการสาธารณะจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและภายนอกประเทศ รวมทั้งการให้ประชาชนอยู่ดีกินดี ต่อมา เมื่อสังคมขยายใหญ่ขึ้นและเทคโนโลยีพัฒนามากขึ้นทำให้ประชาชนมีความต้องการในหลาย ๆ สิ่งที่เกี่ยวข้องกับการดำรงชีวิต การบริการสาธารณะจึงเริ่มมีรูปแบบและวิธีการในการจัดทำที่หลากหลายมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เช่น กิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และโทรคมนาคม ซึ่งจัดเป็นบริการสาธารณะที่ประชาชนทุกคนควรได้รับ อันมีความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของประเทศต่าง ๆ ซึ่งต้องอยู่ภายใต้หลักสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ ได้แก่ หลักว่าด้วยความเสมอภาค หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง³²

กิจการโทรคมนาคมของประเทศไทยจัดเป็นบริการสาธารณะ (Public Service) ที่อยู่ในความอำนาจการหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน โดยที่การจัดทำบริการสาธารณะในด้านนี้ผูกพันต่อหลักการที่สำคัญ ก็คือ หลักการบริการที่เป็นพื้นฐาน (Universal Service) ซึ่งให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการติดต่อสื่อสารด้วยเหตุนี้ รัฐจึงมีหน้าที่ในการกำกับกิจการให้มีการบริการกิจการโทรคมนาคมอย่างครอบคลุมทั่วทุกพื้นที่ แม้แต่ในถิ่นทุรกันดาร หรือแม้แต่ในสถานที่ที่มีการติดต่อสื่อสารในปริมาณต่ำ ไม่คุ้มค่าในการลงทุน แม้ว่าในการให้บริการนั้น รัฐจะต้องเสียค่าใช้จ่ายหรือลงทุนสูงเพียงใดก็ตาม ต้นทุนในการบริการดังกล่าวย่อมมาจากภาษีของประชาชน รัฐจำเป็นต้องจัดทำบริการโทรคมนาคมอย่างทั่วถึง และลดช่องว่างหรือความเหลื่อมล้ำในการเข้าถึงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารของประชาชนซึ่งขัดกับวัตถุประสงค์โดยธรรมชาติของเอกชนตามทฤษฎีบริษัท (Theory of Firm) ที่มุ่งเน้นให้ตนเองได้กำไรสูงสุด (Profit Maximization) องค์กรของรัฐจึงเป็นผู้เหมาะสมที่สุดในการให้บริการสาธารณะ³³ นอกจากนี้ หลักการบริการที่เป็นพื้นฐานได้กลายมาเป็นภารกิจหลักของสำนักงาน กสทช. ในการเชื่อมต่อทุกครัวเรือนหรือแทบทุกครัวเรือนไปยัง

³¹ Hank Intven and McCarthy Tétrault, *Supra note 3*, pp. 1-2.

³² จินตนา พนมชัยยวัฒน์, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 27*, หน้า 86-88.

³³ สุธรรม อยู่ในธรรม, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในกิจการโทรคมนาคม, เอกสารวิชาการหลักสูตรผู้บริหารกระบวนกรยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.) รุ่นที่ 15 วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2554, หน้า 5-10. อ้างใน จินตนา พนมชัยยวัฒน์, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 27*, หน้า 67.



โครงข่ายโทรคมนาคมสาธารณะ โดยทั่วไปมีชื่อเรียกว่า พันธะของการบริการอย่างทั่วถึง (Universal Service Obligation หรือ USO)³⁴ นั่นเอง

หากย้อนกลับไปยังระยะแรกของการจัดทำบริการสาธารณะด้านกิจการโทรคมนาคม และวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ในประเทศไทยนั้น รัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำบริการสาธารณะเอง โดยการจัดสรรทรัพยากรซึ่งสะท้อนความคิดว่า ทรัพยากรคลื่นความถี่วิทยุและกิจการที่ใช้คลื่นความถี่วิทยุ เพื่อกิจการโทรคมนาคมหรือกิจการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์เป็น “บริการสาธารณะ” (Public Service) ระดับชาติเช่นเดียวกับบริการสาธารณะประเภทอื่น ๆ เช่น บริการสาธารณะด้านการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ (Public Defense Service) ที่รัฐต้องเป็นผู้จัดทำ เป็นต้น ต่างกันตรงที่การใช้ทรัพยากรคลื่นความถี่วิทยุเพื่อกิจการโทรเลขและโทรศัพท์หรือเพื่อกิจการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์เป็นบริการสาธารณะที่รัฐอาจมอบอำนาจให้เอกชนไปดำเนินการได้ เพราะจัดเป็น “บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางพาณิชย์กรรม” (Commercial Public Service)³⁵ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การบริการสาธารณะในปัจจุบันนี้เปรียบเสมือนหน้าที่ที่รัฐต้องจัดทำ เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยอาศัยอำนาจมหาชนซึ่งเป็นสิ่งที่ประชาชนทั่วไปไม่สามารถอ้างได้มาเป็นแนวทางในการจัดทำบริการสาธารณะ รัฐจึงมีความชอบธรรมแต่เพียงผู้เดียวที่จะกระทำการใด ๆ ในนามของรัฐ หากเกิดกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดหรือเกิดความรับผิดอย่างอื่น และในระยะแรกรัฐไม่ยอมรับการให้เอกชนเข้าจัดทำบริการสาธารณะพื้นฐานในส่วนกิจการโทรคมนาคมและวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์³⁶ ทั้งที่ในบางกรณีรัฐไม่จำเป็นต้องจัดทำบริการสาธารณะเอง แต่อาจมอบให้เอกชนดำเนินการแทนรัฐ โดยรัฐเพียงควบคุมดูแลการจัดทำ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บริการสาธารณะโดยเอกชนเพื่อให้บริการที่เกิดขึ้นอยู่ในมาตรฐานเดียวกันกับที่รัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ทั้งนี้ กิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และโทรคมนาคมเป็นบริการหนึ่งที่ทั้งรัฐและเอกชนสามารถดำเนินการได้³⁷ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในสภาพตลาดเทคโนโลยีและเศรษฐกิจดิจิทัล

เมื่อรัฐเริ่มเห็นว่า เอกชนอาจสามารถดำเนินการในกิจการโทรคมนาคมและวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่านี้เองทำให้เกิดการปรับตัวในเวลาต่อมา จนกระทั่งในปัจจุบันที่เน้นด้านการผลิตเทคโนโลยีใหม่ ๆ เพื่อการจำหน่ายอุปกรณ์หรือซื้อขายหรือมีบริการใหม่เกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว รัฐจำต้องให้เอกชนเข้าดำเนินการเป็นหลักเพื่อปรับเปลี่ยนการบริหารจัดการที่คล่องตัว

³⁴ คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, การบริการอย่างทั่วถึงและการเข้าถึงอย่างทั่วถึง, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://www.nbt.go.th/getattachment/329bab9e-2f12-4e32-b0c0-431aff6d45e/2-Universal-Service.pdf.aspx> เมื่อ 20 มกราคม 2567.

³⁵ จินตนา พนมชัยชยวัฒน์, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 27*, หน้า 71.

³⁶ *เพ็งอ้าว*, หน้า 77.

³⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, บริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, 2541, กรุงเทพฯ : นิติธรรม, หน้า 28.

และทันต่อความเปลี่ยนแปลงของบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ซึ่งแตกต่างจากบริการสาธารณะประเภทอื่น อีกทั้งค่าตอบแทนจากการให้บริการของผู้ใช้บริการยังสร้างรายได้เข้าสู่รัฐเป็นจำนวนมาก แต่ด้วยสถานะทางกฎหมายที่แตกต่างกันระหว่างรัฐผู้ให้บริการกับประชาชนผู้ให้บริการ รัฐจึงต้องจัดรูปแบบของบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและทางพาณิชย์กรรมในกิจการบริการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์และโทรคมนาคมในรูปแบบความสัมพันธ์ในลักษณะ “สัญญา” ตามกฎหมายเอกชนทั่วไป³⁸ ดังนั้น ในปัจจุบันจึงปรากฏชัดว่า เอกชนเป็นผู้ให้บริการในกิจการโทรคมนาคมเป็นหลักโดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐในแนวทางที่มุ่งให้เกิดการบริการที่มีความครอบคลุมทั่วถึงในทุกพื้นที่ของประเทศตามหลักการบริการที่เป็นพื้นฐาน (Universal Service) นั่นเอง

3.3 หลักความโปร่งใส (Principle of Transparency)

เมื่อองค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ ปัจจุบันเป็นผู้คอยรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์ของเอกชนผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมและประโยชน์สาธารณะ ความเชื่อมั่นของประชาชนต่อความโปร่งใสและความเป็นกลางขององค์กรอิสระถือเป็นหัวใจสำคัญ กล่าวคือ “หลักความโปร่งใส” คือ การที่กฎหมาย ระเบียบหรือข้อบังคับที่จะกระทบต่อการค้า การบริการ จะต้องได้รับการตีพิมพ์และเผยแพร่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประกาศข้อกำหนดในเรื่องการจดทะเบียนหรือการออกใบอนุญาต รวมถึงการยอมรับหรือรับรองในรูปแบบอื่น ๆ ที่จำเป็นสำหรับผู้ให้บริการกิจการโทรคมนาคมต่างชาติที่เข้ามาประกอบกิจการอย่างถูกต้องตามกฎหมายของแต่ละประเทศ³⁹ ผู้ประกอบกิจการด้านโทรคมนาคมและนักลงทุนย่อมมีความเชื่อมั่นอย่างมากหากองค์กรกำกับการมีความเป็นอิสระและสามารถกำกับกิจการในตลาดได้อย่างมีประสิทธิภาพและมีความโปร่งใส ซึ่งความเชื่อดังกล่าวนำไปสู่การลงทุนที่เพิ่มขึ้นในภาคอุตสาหกรรมโทรคมนาคมและส่วนอื่นที่เกี่ยวข้องทางเศรษฐกิจ โดยที่ความเชื่อดังกล่าวนั้นจะขึ้นอยู่กับความน่าเชื่อถือในความเป็นมืออาชีพและการวางตัวเป็นกลางขององค์กรกำกับการซึ่งหลายประเทศกำหนดค่าตอบแทนที่สูงเป็นพิเศษให้แก่เจ้าหน้าที่ในองค์กรกำกับการโทรคมนาคมเพื่อให้ยากต่อการแทรกแซง และเพื่อที่จะสามารถสรรหาบุคลากรที่มีคุณสมบัติค่อนข้างสูงและไม่มีการทุจริตโดยบุคลากรภายในองค์กร⁴⁰ นอกจากนี้ แหล่งที่มาของเงินที่องค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ ได้รับจากการออกใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่วิทยุโทรทัศน์โดยจัดการประมูลตามที่กฎหมายกำหนดและจากรายได้อื่นในความรับผิดชอบนั้น ยังอาจมากกว่าเงินที่รัฐบาลจัดสรรให้กับองค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ ส่งผลให้ค่าธรรมเนียมการขอใบอนุญาตดังกล่าวครอบคลุมค่าใช้จ่ายในการบริการของรัฐบนพื้นฐานของหลักที่ว่า “ผู้ให้บริการต้องจ่าย”

³⁸ จินตนา พนมชัยชยวัฒน์, *อ้าวแล้ว เจิงจรรรฤที่ 27*, หน้า 85-86.

³⁹ เพ็ญอ้อ, หน้า 137.

⁴⁰ Hank Intven and McCarthy Tétrault, *Supra note 3*, pp. 6-7.



(User pay basis) ซึ่งค่าธรรมเนียมการรับใบอนุญาตในกิจการโทรคมนาคมเป็นแหล่งงบประมาณจำนวนมากที่นำไปสู่การได้มาซึ่งผู้เชี่ยวชาญที่จะทำหน้าที่กำกับกิจการ⁴¹

อำนาจหน้าที่ที่สำคัญอีกประการหนึ่งขององค์กรกำกับกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ ได้แก่ การออกใบอนุญาตเกี่ยวกับการให้เอกชนใช้คลื่นความถี่และสิทธิในการประกอบกิจการด้านโทรคมนาคม ซึ่งกระบวนการออกใบอนุญาตดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้หลักประการหนึ่งที่สำคัญ คือ “หลักความโปร่งใส” (Transparency) ซึ่งจะเพิ่มความน่าเชื่อถือของรัฐบาลและยังเพิ่มรายได้ให้รัฐจากการออกใบอนุญาตสำหรับการให้บริการใหม่ ๆ รวมทั้งช่วยเพิ่มความเชื่อมั่นต่อตลาดอันส่งผลให้มีการลงทุนมากขึ้น อันสอดคล้องกับหลักการในเอกสารอ้างอิงเกี่ยวกับการกำกับกิจการขององค์การการค้าโลก หรือ WTO โดยกระบวนการออกใบอนุญาตต้องกระทำโดยเปิดเผยและต้องเป็นการตัดสินใจบนพื้นฐานของหลักเกณฑ์ที่ได้ประกาศไว้ล่วงหน้าแล้ว⁴²

ภายใต้หลักเกณฑ์อ้างอิงการวางมาตรการกำกับกับการประกอบกิจการโทรคมนาคม โดย WTO ส่งผลให้มีการกำหนดมาตรการโดยอาศัยตลาดเป็นศูนย์กลางมากกว่าการให้รัฐบาลเป็นศูนย์กลาง การกำกับกิจการ นอกจากนี้ กรอบแนวทางภายใต้รายงานอ้างอิงในการกำกับกิจการขององค์การการค้าโลก (the WTO Regulation Reference Paper) ยังกำหนดให้จัดตั้งองค์กรกำกับกิจการแยกต่างหากจากผู้ให้บริการกิจการโทรคมนาคม และองค์กรกำกับกิจการสามารถแก้ไขเยียวยาข้อพิพาทเกี่ยวกับกรณีการเชื่อมต่อสัญญาณโทรคมนาคมเข้าด้วยกัน โดยที่ความเชื่อถือนของตลาดต่อองค์กรกำกับกิจการมักจะเพิ่มขึ้นตามปัจจัยด้านความเป็นอิสระขององค์กรกำกับกิจการจากรัฐบาลและผู้ให้บริการด้านโทรคมนาคม ความเชื่อมั่นของตลาดเช่นนั้นย่อมส่งผลสนับสนุนให้เกิดการลงทุนจากนักลงทุนต่างชาติและนักลงทุนภายในเพิ่มสูงขึ้น ทั้งยังเพิ่มความเชื่อมั่นต่อผู้ประกอบการที่มีอยู่แล้วและผู้ประกอบการรายใหม่ที่จะเข้ามาในตลาด⁴³ อีกด้วย

นอกจากนี้ หลักสำคัญอีกประการที่มักได้รับการอ้างถึงควบคู่กับหลักความโปร่งใส คือ หลักความพร้อมรับผิด (Accountability) ซึ่งหมายถึง ความพร้อมรับผิดขององค์กรผู้ทำหน้าที่กำกับกิจการที่มีต่อประชาชน ต่อรัฐสภา ต่อศาล เมื่อต้องแสดงให้เห็นประจักษ์ซึ่งการทำหน้าที่อย่างระมัดระวังเพื่อเป็นหลักประกันในส่วนของคุณภาพของประชาชนในการติดต่อสื่อสาร ตลอดจนเสรีภาพในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์ต่อตน

⁴¹ Ibid

⁴² จินตนา พนมชัยยวัฒน์, อ้างแล้ว เจียงอรรถที่ 27, หน้า 145.

⁴³ Hank Intven and McCarthy Tétrault, *Supra* note 3, p. 5.

4. สถานะทางกฎหมายขององค์กรกำกับกิจการโทรคมนาคมของต่างประเทศ

4.1 สถานะทางกฎหมายขององค์กรกำกับกิจการโทรคมนาคมตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศส การจัดตั้งองค์กรอิสระเป็นส่วนหนึ่งของรูปแบบการกระจายอำนาจในการจัดทำภารกิจของรัฐ ในกรณีที่รัฐต้องการกระจายอำนาจ รัฐจะจัดตั้งนิติบุคคลมหาชนขึ้นเพื่อรับโอนอำนาจจากรัฐ โดยถ้าเป็นการกระจายอำนาจทางเขตแดนหรือทางพื้นที่ รัฐจะจัดตั้งนิติบุคคลมหาชนในรูปขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อให้อำนาจการกระจายอำนาจบางส่วนไปจากรัฐ แต่หากเป็นการกระจายอำนาจทางบริการหรือทางภารกิจ รัฐจะจัดตั้งนิติบุคคลมหาชนขึ้นมาในรูปขององค์การมหาชน (établissement public) เพื่อให้อำนาจการกระจายอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดไปจากรัฐ ทั้งนี้ นิติบุคคลมหาชนในประเทศฝรั่งเศส ได้แก่ (1) รัฐ (2) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และ (3) องค์การมหาชน (établissement public)⁴⁴ ต่อมา เมื่อมีการจัดตั้งองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระในรูป “Independent regulatory agencies” ขึ้นครั้งแรกในสหรัฐอเมริกาซึ่งมีบทบาทในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพทำให้สาธารณรัฐฝรั่งเศสตระหนักถึงความสำคัญของการจัดตั้งองค์กรลักษณะดังกล่าวขึ้นเพื่อให้ทันต่อความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคม ประเทศฝรั่งเศสจึงนำแนวคิดเรื่อง Independent regulatory agencies หรือ IRA ของสหรัฐอเมริกา มาจัดตั้งเป็นองค์กรประเภทใหม่ที่เรียกว่า “Autorités administratives indépendantes” หรือ “AAI”⁴⁵ ซึ่งเป็นองค์กรของรัฐที่มีได้มีลักษณะเป็นนิติบุคคล และมีได้อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือการกำกับกิจการของรัฐบาล แต่ให้ความเป็นอิสระในการดำเนินงาน⁴⁶ แม้ว่าในระยะแรกของการจัดตั้งองค์กรประเภทนี้ขึ้นในประเทศฝรั่งเศสจะมีนักวิชาการทางกฎหมายมหาชนโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสถานะความเป็นอิสระขององค์กรดังกล่าว แต่ต่อมาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและสภาแห่งรัฐในฐานะองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองได้วินิจฉัยรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรประเภทนี้⁴⁷

เนื่องจาก AAI ของประเทศฝรั่งเศสเป็นองค์กรอิสระที่มีอำนาจถึงตุลาการในการวินิจฉัยกรณีพิพาทเกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคม และมีพัฒนาการที่มุ่งป้องกันการแทรกแซงจากฝ่ายบริหาร⁴⁸

⁴⁴ ชาญชัย แสงศักดิ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 24*, หน้า 39.

⁴⁵ Autorités administratives indépendantes อาจแปลเป็นภาษาไทยว่า องค์กรทางปกครองอิสระ เพื่อให้ปะปนกับคำว่า องค์การมหาชน (ซึ่งแปลมาจากคำว่า “établissement public”) อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์, *เพ็งอ้าว*, หน้า 40.

⁴⁶ *เพ็งอ้าว*, หน้า 39.

⁴⁷ Michel Gentot, *Les Autorités administratives indépendantes*, 2^e éd, Montchrestien, 1994, pp. 20-21. อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์, *เพ็งอ้าว*, หน้า 35.

⁴⁸ Robert Elgie, *Why do governments delegate authority to quasi-autonomous agencies? The Case of Independent Administrative Authorities in France*, [Online], p. 3, retrieved from https://www.researchgate.net/publication/29651398_Why_Do_Governments_Delegate_Authority_to_Quasi-Autonomous_Agencies_The_Case_of_Independent_Administrative_Authorities_in_France เมื่อ 15 ตุลาคม 2565.

นักวิชาการเคยอธิบายว่า การเกิดขึ้นขององค์กรอิสระของรัฐเกิดจากพลวัตของสังคมที่เป็นสากล รวมทั้งมีปัจจัยอันเกิดจากการเปิดเสรีให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการและการแปรรูปรัฐวิสาหกิจซึ่งเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในยุโรปราวปี ค.ศ. 1980 อีกทั้งมาจากแนวคิดทางการเมืองที่มีพัฒนาการอย่างต่อเนื่องเพื่อให้เกิดความน่าเชื่อถือในการกำกับกิจการซึ่งออกโดยผู้กำหนดนโยบาย เพื่อเป็นการปรับปรุงความสามารถของผู้เชี่ยวชาญ อนึ่ง นักวิชาการบางส่วนเชื่อว่า การแพร่หลายของการจัดให้องค์กรอิสระของรัฐนั้นมีความเชื่อมโยงกับบทบาทของรัฐที่เปลี่ยนแปลงไป โดยปัจจุบันรัฐดำเนินการคล้ายคนกลางชี้ขาด (Arbitrator) และเป็นผู้กำกับกิจการ (Regulator) ซึ่งต่างจากผู้ประกอบกิจการเอกชนและผู้เล่นในตลาด⁴⁹

องค์กรกำกับกิจการโทรคมนาคมของประเทศฝรั่งเศสที่สำคัญ คือ องค์กรกำกับกิจการการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์และไปรษณีย์ (Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes : ARCEP) ซึ่งเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ (AAI) ประเภททางกฎระเบียบด้านกิจการโทรคมนาคมและกิจการไปรษณีย์ ก่อตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2540 ซึ่งแปลงองค์กรมาจากหน่วยงานกำกับกิจการโทรคมนาคม (Autorité de Régulation des Télécoms : ART) ในเวลานั้นรัฐสภามอบหมายให้ทำหน้าที่สนับสนุนให้มีการแข่งขันของภาคการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้ผู้ประกอบการรายใหม่สามารถประกอบกิจการควบคู่ไปกับผู้ให้บริการในอดีต ดังกรณีของ France Télécom ซึ่งเข้าควบรวมกิจการของ Orange และต่อมาเปลี่ยนเป็นชื่อ Orange S.A. (Société anonyme)⁵⁰

ต่อมา เมื่อปี ค.ศ. 1997 หน่วยงานกำกับกิจการโทรคมนาคม หรือ ART ก็เปลี่ยนเป็นชื่อที่ใช้ในปัจจุบัน นั่นก็คือ France's Electronic Communications, Postal and Print media distribution Regulatory Authority หรือ ARCEP (L'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse) ซึ่ง ARCEP เกิดขึ้นพร้อมแนวคิดที่ประเทศฝรั่งเศสมีมุมมองในการนำเทคโนโลยีดิจิทัลเป็นศูนย์กลางในการติดต่อสื่อสาร⁵¹ จึงเห็นได้ว่า เนื่องจากกิจการโทรคมนาคมเริ่มมีบทบาทสำคัญในการทำงานของประเทศและชีวิตประจำวันของชาวฝรั่งเศสยิ่งขึ้น รัฐมีความจำเป็นต้องมีการแทรกแซงหน่วยงานของรัฐที่เป็นอิสระจากบริษัทและรัฐบาลเพื่อให้แน่ใจว่าหน่วยงานของรัฐที่เป็นอิสระดังกล่าวจะพัฒนาความสามารถในการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพและเป็นธรรมได้⁵²

⁴⁹ Aurelija Pūraitė and Leva Deviantikovaite, 'Independent Regulatory and Administrative Authorities in the Republic of Lithuania', [Online], p. 283, retrieved from <https://tlq.ilaw.cas.cz/index.php/tlq/article/view/99> เมื่อ 21 พฤศจิกายน 2565.

⁵⁰ Logopedia, 'Orange S.A.' [Online], retrieved from https://logos.fandom.com/wiki/Orange_S.A. เมื่อ 21 พฤศจิกายน 2566.

⁵¹ ARCEP, 'Our duties'. [Online], retrieved from <https://en.arcep.fr/arcep/our-duties.html> เมื่อ 21 พฤศจิกายน 2566.

⁵² อรรถมน พิเชษฐวรกุล, กฎหมายโทรคมนาคม : ความรู้เบื้องต้น, 2564, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 100.

ทั้งนี้ หากมีคดีพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรอิสระที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ศาลปกครองย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวได้ ซึ่งหลักการพื้นฐานดังกล่าวอาจถูกจำกัดโดยการตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติในกรณีที่มีความจำเป็นต่อการบริหารจัดการอำนวยความยุติธรรมที่ดี⁵³ เช่นเดียวกับกฎหมายไทยที่คดีพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของ กสทช. เป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

4.2 สถานะทางกฎหมายขององค์กรกำกับกิจการโทรคมนาคมตามระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศผู้นำด้านเทคโนโลยีระดับโลกและมีประสบการณ์การกำหนดนโยบายกำกับกิจการโทรคมนาคมอย่างน่าสนใจ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในยุคหลอมรวมเทคโนโลยีผ่านอุปกรณ์สื่อสาร (Convergence Technology) ซึ่งหมายถึง การรวมตัวกันของเทคโนโลยีให้เป็นเทคโนโลยีรูปแบบเดียวที่สามารถใช้งานได้หลายวัตถุประสงค์ในหนึ่งเดียว เช่น สามารถใช้โทรศัพท์มือถือเครื่องเดียวในการพูดคุย ฟังวิทยุ และดูโทรทัศน์ได้ หรือคอมพิวเตอร์แบบพกพาที่นอกจากจะใช้ในการประมวลผลและจัดเก็บข้อมูลแล้วยังสามารถใช้ในการติดต่อสื่อสารบนอินเทอร์เน็ต หรือค้นคว้าหาข้อมูลได้ เป็นต้น ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้มีการจัดตั้งองค์กรอิสระและกำหนดกฎหมายในการกำกับกิจการที่กลายเป็นต้นแบบให้กับนานาประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง องค์กรกำกับกิจการโทรคมนาคมของสหรัฐอเมริกาเป็นองค์กรอิสระที่ชื่อว่า คณะกรรมการกิจการสื่อสารแห่งรัฐบาลกลาง (Federal Communications Commission : FCC) ซึ่งจัดอยู่ในฐานะองค์กรกำกับกิจการแห่งที่ 4 ตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา เพื่อทำหน้าที่กำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม⁵⁴ เมื่อสหรัฐอเมริกาเป็นต้นกำเนิดรูปแบบขององค์กรอิสระของรัฐด้านการกำกับกิจการโทรคมนาคม ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรนำรูปแบบขององค์กรกำกับกิจการดังกล่าวมาศึกษาเพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ในลำดับต่อไป

จากพัฒนาการในสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 1887 ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการกิจการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ (the Interstate Commerce Commission : ICC) สังกัดกระทรวงการค้า (Department of Commerce) ขึ้นเป็นองค์กรระดับรัฐบาลกลางที่มีส่วนสำคัญในการพัฒนาการบริหารโครงสร้างทางเศรษฐกิจของประเทศ และภายหลังมีการยกฐานะเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระองค์กรแรก (the First Independent Regulatory Agency) จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1891 สภาองเกรสแห่งสหรัฐอเมริกาได้ลงมติเห็นชอบในการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ (ICC)⁵⁵ อันประกอบด้วยคณะกรรมการ

⁵³ Michel Gentot, *Supra note 47*.

⁵⁴ อรรถมน พิเชษฐกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 52*, หน้า 98.

⁵⁵ Zucker, David K. 2016, *The Origin and Development of the Interstate Commerce Commission and Its Impact on the Origination of Independent Regulatory Commissions in the American Legal System : A Historical Perspective*. Master's thesis, Harvard Extension School, [Online], p. 90, retrieved <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/33797258/ZUCKER-DOCUMENT-2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y> เมื่อ 2 มกราคม 2566.



จำนวน 5 คน ที่ขึ้นตรงกับกระทรวงมหาดไทย (Department of the Interior) มีอำนาจหน้าที่ดูแลควบคุมและวางระเบียบการประกอบธุรกิจการค้าระหว่างนักธุรกิจต่างมลรัฐกัน ลักษณะพิเศษขององค์กรนี้คือ ความเป็นเอกเทศหรืออัตตาณัติ (Autonomy) ที่ไม่ต้องฟังคำสั่งจากหน่วยงานราชการที่สังกัด มีความเป็นกลาง ไม่ต้องถูกครอบงำโดยประเด็นทางการเมือง ทำให้มีข้อวิพากษ์วิจารณ์ว่าการจัดตั้งองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระดังกล่าวตกเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาหรือไม่⁵⁶ ในเวลาต่อมาได้มีการตั้งองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระอีกหลายองค์กรรวมถึงการจัดตั้ง “คณะกรรมการกิจการสื่อสารแห่งรัฐบาลกลาง” (Federal Communications Commissions : FCC) ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการสื่อสาร ค.ศ. 1934 (Communication Act of 1934) จากนั้น ในปี ค.ศ. 1940 ประธานาธิบดี Roosevelt ได้ออกกฎหมาย Walter - Logan Act of 1940 อันเป็นความพยายามครั้งแรกในการสร้างมาตรฐานในคำวินิจฉัยขององค์กรทางปกครอง โดยสร้างรูปแบบการดำเนินกระบวนการพิจารณา และการกำหนดโครงสร้างองค์กรของตนเอง ต่อมา ในปี ค.ศ. 1946 สภาkongเกรสจึงได้ตรากฎหมาย Federal Administrative Procedure Act หรือที่เรียกโดยย่อว่า APA เพื่อสร้างความชอบด้วยกฎหมายของการปฏิบัติงานขององค์กรปกครองที่เกิดขึ้นมา ซึ่งรวมถึงองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ ทั้ง FCC และ ICC

ภายใต้กระแสของการจัดตั้งองค์กรของรัฐรูปแบบใหม่ดังเช่น ICC อันเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระองค์กรแรก รัฐบาลได้จัดตั้งองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระขึ้นอีกหลายองค์กร ในช่วงศตวรรษที่ 19 รัฐบาลจึงเลือกใช้วิธีในการกำกับกิจการโทรคมนาคมภายใต้หน่วยงานกำกับกิจการเพียงหน่วยงานเดียวที่มีอำนาจกำกับกิจการทั้งกิจการที่ใช้สายและไร้สายด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติว่าด้วยการสื่อสาร ค.ศ. 1934 เป็นกฎหมายฉบับแรกที่บังคับใช้ในระดับรัฐบาลกลางที่บัญญัติถึงการกำกับกิจการพาณิชย์ต่างประเทศ ในกิจการสื่อสารทั้งใช้สายและไร้สายปรากฏตามหมวด 1 ข้อ 1 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารฯ นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1934 หน่วยงานกลางตามรัฐบัญญัติดังกล่าว จึงได้จัดตั้งองค์กรในระดับรัฐบาลกลางทำหน้าที่โดยตรงในการจัดสรรคลื่นความถี่วิทยุและการกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และโทรคมนาคม อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของสองหน่วยงาน คือ คณะกรรมการกิจการสื่อสารแห่งรัฐบาลกลาง (Federal Communications Commission : FCC) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ตั้งขึ้นโดยฝ่ายบริหารและเป็นองค์กรกำกับกิจการระดับรัฐบาลกลาง (Federal Regulatory Agencies) แห่งที่ 4 ที่รัฐบาลกลางจัดตั้งขึ้น อีกหน่วยงานหนึ่งคือ สำนักงานบริหารข้อมูลข่าวสารและโทรคมนาคมแห่งชาติ (National Telecommunications and Information Administration : NTIA) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่รับผิดชอบในการออกนโยบายในการจัดสรรคลื่นความถี่วิทยุและการใช้คลื่นความถี่วิทยุโดยหน่วยงานรัฐบาลกลาง ตลอดจนแผนพัฒนา

⁵⁶ Zuckman, H. L. and Corn-Reverse, R. L., Modern Communication Law (Chapter ten; The Federal Communications Commission : Jurisdiction, Structure and Procedures), St.Paul, Minn.West Group, 1999, p. 371. อ้างใน จินตนา พนมชัยชยวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 27, หน้า 166.

สำหรับการใช้คลื่นความถี่วิทยุในสภาวะสงครามและสภาวะปกติ และจัดเตรียมการมีส่วนร่วมและการปรับใช้ตามมติในการประชุมระหว่างประเทศทั้งหลายต่าง ๆ⁵⁷

ทั้งนี้ องค์การกำกับกิจการที่เป็นอิสระ เช่น FCC จะได้รับมอบอำนาจบางประการที่เป็นกลไกอันจำเป็นในการปฏิบัติภารกิจหน้าที่อย่างเพียงพอ เช่น อำนาจสอบสวนข้อเท็จจริง อำนาจเรียกให้ส่งเอกสารหรือพยานหลักฐาน อำนาจออกกฎระเบียบ อำนาจฟ้องร้องดำเนินคดีทางศาลแทนผู้เสียหาย เป็นต้น สำหรับในการปฏิบัติหน้าที่นั้น องค์การกำกับกิจการ (IRA) ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Administrative Procedure Act of 1946) และอาจถูกควบคุมด้วยกระบวนการทางศาลหรือโดยกรรมาธิการวิสามัญของรัฐสภา แต่การควบคุมการทำงานที่มีประสิทธิภาพที่สุด ได้แก่ การควบคุมผ่านสำนักงานงบประมาณ (Office of Management and Budget : OMB) อันเป็นหน่วยงานที่ขึ้นตรงต่อประธานาธิบดีและเป็นหน่วยงานที่ตั้งงบประมาณในการทำงานให้ FCC ภายใต้อำนาจหน้าที่ด้วยการสื่อสาร⁵⁸

มิเชล ฌ็องโด้ (Michel Gentot) อธิบายว่า ตามมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาบัญญัติว่า “อำนาจทางบริหาร ให้ประธานาธิบดีแห่งสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ใช้” งานบริหารในแต่ละกระทรวงให้ดำเนินการโดยส่วนราชการและ “executive agencies” องค์กรกลุ่มหลังนี้มีได้เป็นอิสระ แต่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของประธานาธิบดี รัฐสภามีความประสงค์ที่จะให้กิจการบางประเภทมีความเป็นอิสระจากอำนาจของประธานาธิบดี จึงเป็นที่มาของการจัดตั้ง “Independent commissions” ขึ้น⁵⁹ ทั้งนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า โดยโครงสร้างองค์กรของรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา องค์กรจำนวนมากจะอยู่ใต้อำนาจบริหารของประธานาธิบดี แต่มีรูปแบบองค์กรในลักษณะขององค์กรอิสระ คือ องค์กรที่มุ่งเน้นความเป็นอิสระจากประธานาธิบดีซึ่งเป็นอำนาจทางการเมือง การที่สหรัฐอเมริกากำหนดให้ FCC เป็นองค์กรอิสระอันดับต้น ๆ ที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นย่อมสะท้อนว่า กิจการด้านโทรคมนาคมเป็นกิจการสำคัญที่อาจกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและการเจริญเติบโตของประเทศโดยรวม

4.3 สถานะทางกฎหมายขององค์กรกำกับกิจการโทรคมนาคมตามระบบกฎหมายสหราชอาณาจักร

เดิมองค์กรกำกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมและวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ในระบบกฎหมายของสหราชอาณาจักรเป็นหน่วยงานซึ่งไม่เป็นของรัฐ ไม่ขึ้นตรงต่อการเมือง และไม่อยู่ในสังกัดของกระทรวงใด ๆ เรียกชื่อว่า สำนักงานด้านกิจการโทรคมนาคม หรือ Office of Telecommunications (OFTEL) ซึ่งปฏิบัติงานอย่างอิสระโดยมี Director General of Telecommunications (DG-OFTEL) เป็นผู้บริหารสูงสุด ทำหน้าที่วางนโยบายและแนวทางเฉพาะอย่างกว้าง ๆ โดยร่วมรับผิดชอบกับ Secretary

⁵⁷ จินตนา พนมชัยชยวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงบรรณคดีที่ 27, หน้า 174.

⁵⁸ เฟิงอ้าว, หน้า 196.

⁵⁹ ชาญชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณคดีที่ 24, หน้า 35.



of State for the Department of Trade and Industry โดยกฎหมายโทรคมนาคมของสหราชอาณาจักร กำหนดให้ Secretary of State เป็นผู้แต่งตั้ง DG-OFTEL โดยให้อยู่ในตำแหน่งไม่เกิน 5 ปี แต่อาจแต่งตั้งใหม่ได้ หรืออาจถอดถอนได้ โดยอาศัยเหตุผลเรื่องความสามารถในการปฏิบัติงานที่บกพร่องหรือประพฤติมิชอบ ทั้งนี้ OFTEL มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับกิจการโทรคมนาคมรวมถึงการกำหนดเงื่อนไขการอนุญาต การเปลี่ยนแปลงแก้ไขใบอนุญาต และดูแลให้มีการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพ แต่อำนาจการตัดสินใจ เช่น อำนาจในการออกใบอนุญาตต้องดำเนินการคู่ไปกับ Secretary of State ยังมีลักษณะเป็นหน่วยงาน กึ่งอิสระ โดย DG-OFTEL รับผิดชอบขึ้นตรงกับรัฐสภาและไม่ได้รับผลกระทบหากมีการเปลี่ยนแปลง ทางการเมือง อีกทั้งยังไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของ Secretary of State ยกเว้นเรื่องเกี่ยวกับความมั่นคง ของชาติและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า OFTEL มีความอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ แต่ไม่ได้ปลอดจากการเมืองอย่างแท้จริงนั่นเอง⁶⁰ ซึ่ง OFTEL เป็นหน่วยงานกึ่งอิสระที่ดำเนินงานระหว่าง ปี ค.ศ. 1984 - ค.ศ. 2003 ต่อมา ในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2003 OFTEL ถูกยกเลิกบทบาทและถูกแทนที่ ด้วยองค์กรที่มีชื่อว่า สำนักงานการสื่อสาร หรือ Office of Communications (OFCOM)⁶¹ โดยถูกจัดตั้ง เป็นองค์กรกำกับการประกอบกิจการด้านการสื่อสารในประการใด ๆ ของสหราชอาณาจักร

สำหรับพัฒนาการของหน่วยงานกำกับกิจการด้านโทรคมนาคมในสหราชอาณาจักรนั้น ปรากฏว่าในช่วงศตวรรษที่ 20 การที่รัฐเป็นเจ้าของกิจการด้านสาธารณูปโภคต่าง ๆ เช่น ไฟฟ้า แก๊ส ประปา และรถไฟ อาจทำให้มีข้อจำกัดในพัฒนาการของการกำกับกิจการ แต่พัฒนาการของการกำกับกิจการ ก็ปรากฏอย่างต่อเนื่องตั้งแต่ปี ค.ศ.1930 เป็นต้นมา โดยในช่วงระยะเวลาดังกล่าวได้มีการอนุญาตให้มีการขนส่งสินค้าและผู้โดยสารทางบก รวมทั้งได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการด้านการตลาด (Marketing Boards) ในอุตสาหกรรมประมง (Fishing Industry) ภายหลังสงครามโลกได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการ ด้านการตลาดขึ้นในอุตสาหกรรมประเภทอื่น ๆ และในปี ค.ศ.1954 ได้มีการจัดตั้งหน่วยงานกำกับกิจการ ที่เป็นอิสระตามรูปแบบของสหรัฐอเมริกาขึ้นในบริเตน (สหราชอาณาจักร) ได้แก่ หน่วยงานกิจการโทรทัศน์เสรี (Independent Television Authority : ITA) โดย ITA เป็นรูปแบบใหม่ที่มีการผสมผสานระหว่างความเป็นอิสระ จากรัฐในระดับหนึ่งกับการปฏิบัติหน้าที่ในการวินิจฉัย กำกับกิจการ และกำหนดนโยบาย⁶²

โดยปกติองค์กรที่มีหน้าที่กำกับกิจการโทรคมนาคมมักทำหน้าที่กำกับกิจการ เฉพาะกิจการที่เกี่ยวข้องกับตลาดโทรคมนาคมเท่านั้น แต่บางครั้งอาจได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่ กำกับกิจการหรือตลาดที่มีลักษณะใกล้เคียงกันด้วย เช่น ตลาดด้านบริการแพร่ภาพและกระจายเสียง

⁶⁰ อรรถมน พิเชษฐกุล, *อ้าวแล้ว เจียงอรรถที่ 52*, หน้า 99.

⁶¹ Thomson Reuters Practical Laws, 'Office of Telecommunications (OfTel)'. [Online], retrieved from [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Glossary/UKPracticalLaw/I3f4a4292e8db11e398db8b09b4f043e0?](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Glossary/UKPracticalLaw/I3f4a4292e8db11e398db8b09b4f043e0?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) เมื่อ 15 มกราคม 2567.

⁶² ศูนย์นวัตกรรมทางธุรกิจ คณะบริหารธุรกิจ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, *อ้าวแล้ว เจียงอรรถที่ 30*, หน้า 21-22.

(เช่น ในประเทศแคนาดาและสหราชอาณาจักร) กับบริการสารสนเทศ รวมทั้งในประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดให้หน่วยงานกำกับกิจการโทรคมนาคมใช้รูปแบบ “การกำกับกิจการหลายกิจการ” หรือ Multi-Sectors Regulators ซึ่งอาจเป็นรูปแบบที่สอดคล้องกับพลวัตของยุคหลอมรวมสื่อมากกว่ารูปแบบของหน่วยงานกำกับกิจการโทรคมนาคมที่มักทำหน้าที่กำกับกิจการเฉพาะกิจการที่เกี่ยวข้องกับตลาดโทรคมนาคมเท่านั้น กรณีของสหราชอาณาจักรปรากฏองค์กรอิสระที่เรียกว่า “Quasi-autonomous Non-Governmental Organizations” (QUANGOs)⁶³ อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการจัดตั้ง OFCOM ขึ้นเป็นการกำหนดอำนาจหน้าที่ซึ่งรวบรวมองค์กรกำกับกิจการประกอบกิจการด้านการสื่อสารแห่งชาติไว้ในองค์กรเดียว ส่งผลในการลดจำนวนสมาชิกใน QUANGOs ในเวลาต่อมา⁶⁴

หัวใจสำคัญของการกำกับกิจการด้านบริการสาธารณูปโภคในสหราชอาณาจักร ได้แก่ แนวความคิดในเรื่องหน่วยงานกำกับกิจการเฉพาะสาขาที่เป็นอิสระ ณ เวลาที่มีการแปรรูปกิจการโทรคมนาคมเป็นเอกชนนั้น รัฐบาลมีความเชื่อว่าการกำกับกิจการเฉพาะสาขาจะทำให้เกิดรูปแบบการควบคุมที่มีความรวดเร็วมากขึ้น มีความเด็ดขาดมากขึ้น และลดขั้นตอนตามระบบราชการได้มากกว่ารูปแบบที่จะเกิดขึ้นจากระบบองค์คณะ (Collegiate Regime) ระบบดังกล่าวถูกนำไปใช้อย่างแพร่หลายในกิจการสาธารณูปโภคอื่น โดยรูปแบบของการกำกับกิจการจะเป็นการผสมผสานระหว่างกฎหมายทั่วไป (เช่น กฎหมายว่าด้วยการค้าที่เป็นธรรมและการแข่งขัน) และการให้ใบอนุญาตแก่ผู้ประกอบการแต่ละราย กฎหมายที่เกี่ยวข้องจะทำให้เกิดโครงสร้างสถาบัน และมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้ใบอนุญาตผู้ประกอบการ แต่ใบอนุญาตที่ออกให้กับผู้ประกอบการแต่ละรายนั้นจะประกอบไปด้วยข้อกำหนดในรายละเอียดที่ใช้ควบคุมการให้บริการ และในหลายกรณีจะมีข้อกำหนดสำหรับการควบคุมอัตราค่าบริการ ดังนั้น จึงมีการบังคับใช้เพดานราคา RPI-X⁶⁵ กับผู้ประกอบการ ซึ่งเสมือนเป็นเงื่อนไขของผู้ประกอบการเหล่านั้น และการเปลี่ยนแปลงเพดานราคาจะทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของใบอนุญาต⁶⁶ จากประสบการณ์ของสหราชอาณาจักรพบว่า ความสำเร็จหรือความล้มเหลวในการกำกับกิจการสาธารณูปโภคมิได้ขึ้นอยู่กับการมองว่า การดำเนินการนั้นก่อให้เกิด

⁶³ จินตนา พนมชัยยวัฒน์, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 27*, หน้า 196.

⁶⁴ The Guardian, ‘Ofcom hits back at David Cameron’, (6th July, 2009), [Online], retrieved from <https://www.theguardian.com/media/2009/jul/06/ofcom-david-cameron> เมื่อ 15 มกราคม 2567.

⁶⁵ เพดานราคา RPI-X เป็นราคาที่อยู่ภายใต้กฎระเบียบ RPI-X : RPI ลบ X จะหมายถึง รูปแบบของเพดานอัตราค่าบริการที่พัฒนาในสหราชอาณาจักรและใช้ในหลายประเทศ โดยราคาจะถูกปรับอัตโนมัติตามเงินเฟ้อของราคาขายปลีกปีก่อน (RPI) และปรับปรุงประสิทธิภาพที่คาดหวัง (X) ระหว่างช่วงระยะเวลาที่สูตรการปรับราคานั้นใช้อยู่ X อาจจะใช้วิธีการคำนวณจากจำนวนของกระบวนการ (อ้างใน Sanford V.Berg, *อภิธานศัพท์สำหรับองค์ความรู้การกำกับดูแลโครงสร้างและกิจการสาธารณูปโภค*, (30 มิถุนายน 2548), Public Utility Research Center, University of Florida จัดทำให้กับธนาคารโลก, หน้า 120.

⁶⁶ ศูนย์นวัตกรรมทางธุรกิจ คณะบริหารธุรกิจ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 30*, หน้า 361.

ผลลัพธ์ที่มีประสิทธิภาพ น่าเชื่อถือ และมีความเป็นธรรมเท่านั้น แต่ยังขึ้นอยู่กับมุมมองว่าการดำเนินการนั้นก่อให้เกิดผลประโยชน์ในระดับที่ยอมรับได้ ซึ่งในมุมมองการดูแลกิจการสาธารณะปโภคมิได้มีความแตกต่างไปจากการกำกับกิจการอื่น ๆ แต่อย่างใด⁶⁷ ทั้งนี้ การกำกับกิจการสาธารณะปโภคที่มีเอกชนเป็นเจ้าของนั้น ระบบการควบคุมอัตราค่าบริการจะต้องสร้างจุดสมดุลระหว่างประโยชน์ของลูกค้าที่ควรได้รับการคุ้มครองจากการแสวงหากำไรจากการผูกขาด และประโยชน์ของผู้ลงทุนซึ่งเมื่อต้องลงทุนด้วยเงินจำนวนมาก กับการลงทุนที่เรียกคืนไม่ได้ (Irrecoverable Investment) ก็จะมีความกังวลด้วยเกรงว่าหน่วยงานกำกับกิจการจะกำหนดอัตราค่าบริการที่ทำให้ตนไม่สามารถได้รับคืนทุนที่ลงทุนไปแล้ว ซึ่งในที่สุดแล้วเพียงแค่ความกลัวดังกล่าวก็เพียงพอที่จะยับยั้งการลงทุนของนักลงทุนได้ตั้งแต่แรกเริ่มแล้ว ดังนั้นหน้าที่หลักสองประการควบคู่กันในการกำกับกิจการ ได้แก่ การปกป้องผู้บริโภคจากการแสวงหากำไรจากการผูกขาด และการสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนเพื่อให้มีโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นต่อการให้บริการ⁶⁸ เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดทั้งแก่สาธารณะและสำหรับปัจเจกบุคคล

5. บทวิเคราะห์เกี่ยวกับสถานะความเป็นองค์กรอิสระขององค์กรกำกับกิจการด้านกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

ในเบื้องต้นผู้เขียนเห็นว่า กสทช. ซึ่งเป็นองค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม มีสถานะภาพเป็น “องค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระ” ซึ่งเป็นองค์กรอิสระประเภทหนึ่งที่ไม่ใช่ส่วนราชการ ไม่ใช่รัฐวิสาหกิจ ไม่ใช่องค์การมหาชน และไม่ใช่บริษัทเอกชน แต่เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งนี้ ตามมาตรา 274⁶⁹ ประกอบกับมาตรา 60 วรรคสาม⁷⁰ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังนั้น กสทช. จึงมิใช่หน่วยงานทางปกครองทั่วไปที่อยู่ใต้บังคับบัญชาของรัฐบาลหรือฝ่ายบริหารทั้งทางตรงและทางอ้อม เพื่อให้ กสทช. สามารถทำหน้าที่ปกป้องประโยชน์สาธารณะด้านการสื่อสารโทรคมนาคม และสามารถคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนได้โดยปราศจากการแทรกแซงจากอำนาจทางการเมือง เมื่อเปรียบเทียบกับรูปแบบองค์กรกำกับกิจการโทรคมนาคมของต่างประเทศทั้งของประเทศฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักรแล้ว พบว่า มีประเด็นรูปแบบองค์กรที่สามารถอธิบายเป็นข้อเสนอแนะ

⁶⁷ เฟื่องอ้าง, หน้า 369.

⁶⁸ เฟื่องอ้าง, หน้า 410.

⁶⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มาตรา 274 “ให้คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 เป็นองค์กรตามมาตรา 60 วรรคสาม และให้คณะรัฐมนตรีดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติดังกล่าวให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อพิจารณาภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวัน นับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้”

⁷⁰ โปรดดู สำนักงานกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2

ในการพัฒนากำหนดกรอบอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายและกำหนดกรอบแนวทางการตีความเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของ กสทช. ได้ชัดเจนขึ้น

ภารกิจหลักของ กสทช. คือ การจัดให้มีมาตรการป้องกันผู้ประกอบกิจการด้านโทรคมนาคม เพื่อมิให้มีการแสวงหาประโยชน์จากผู้บริโภคโดยไม่เป็นธรรมหรือสร้างภาระแก่ผู้บริโภคเกินความจำเป็น ทั้งนี้ ตามที่พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำอันเป็นการผูกขาดหรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในการกิจการโทรคมนาคม และประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณากำหนดผู้มีอำนาจเหนือตลาดในการกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2557 ซึ่งได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของ กสทช. ในการควบคุมกำกับกิจการการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม ซึ่งเป็นธุรกิจที่มีพระราชบัญญัติ องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะให้อำนาจไว้ กสทช. จึงมีอำนาจตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ในการกำหนดมาตรการเฉพาะมิให้ผู้รับใบอนุญาตกระทำการอย่างใดอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการให้บริการกิจการโทรคมนาคม ตลอดจนมีอำนาจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ในการกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำอันเป็นการผูกขาดหรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม⁷¹

เมื่อสถานะทางกฎหมายขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระของ กสทช. ได้รับการจัดตั้งตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 และปรากฏการรับรองความเป็นอิสระจากเอกชนผู้ประกอบการและอิสระจากอำนาจทางการเมืองไว้โดยรัฐธรรมนูญ ภายใต้กฎหมายที่กำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ดังกล่าวโดยหลัก กสทช. จึงเป็นองค์กรอิสระที่ใช้อำนาจหน้าที่ทางบริหารและมีความพิเศษในส่วนที่มีอำนาจวินิจฉัยหลายกรณีเกี่ยวกับการกำกับกิจการโทรคมนาคมซึ่งเป็นอำนาจกึ่งตุลาการควบคุมด้วย ซึ่งทั้งความเป็นอิสระและการมีอำนาจทางบริหารและอำนาจกึ่งตุลาการเช่นนี้คล้ายคลึงกับองค์กรกำกับกิจการโทรคมนาคม

⁷¹ ยังฟังไม่ได้มีเหตุไม่ชอบด้วยกม.! ‘ศาล ปค.’ ยกคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวฯ คดีควรวม TRUE-DTAC, สำนักข่าวอิศรา [ออนไลน์], 10 ธันวาคม 2565), เข้าถึงจาก <https://www.isranews.org/article/isranews-news/114322-Central-Administrative-Court-NBTC-TRUE-DTAC-Amalgamation-case-news.html> เมื่อ 12 ธันวาคม 2565.



ในสหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศส ขณะที่บทบาทและความเป็นอิสระของ OFCOM ของสหราชอาณาจักร มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับกิจการโทรคมนาคมรวมถึงการกำหนดเงื่อนไขการอนุญาต การเปลี่ยนแปลง แก๊สไขใบอนุญาต และดูแลให้มีการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพ ขณะเดียวกัน ก็มีอำนาจการตัดสินใจ อย่างองค์กรกำกับกิจการประกอบการด้านการสื่อสารและสื่อบันเทิง (media and telecoms regulator) ที่เป็นองค์กรอิสระ⁷² ซึ่งหากพิเคราะห์มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติการสื่อสาร ค.ศ. 2003 (Communications Act 2003) ซึ่งกำหนดบทบาทหน้าที่หลักของ OFCOM ของสหราชอาณาจักรซึ่งมีหน้าที่เชิงกำกับกิจการหลัก คือ การปกป้องผู้บริโภคจากการแสวงกำไรจากการผูกขาด และการสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุน เพื่อให้มีโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นต่อการให้บริการในกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคมทั้งในส่วนของการสร้างความบันเทิงและการติดต่อสื่อสาร ภายใต้หลักการสำคัญ ได้แก่ หลักความโปร่งใส (transparency) หลักความพร้อมรับผิดชอบ (accountability) หลักความได้สัดส่วน (proportionality) การกำกับการประกอบกิจการมีความเจาะจงและมีเสถียรภาพ และหลักการทางกฎหมาย ที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ⁷³ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ในปัจจุบันบทบาทหน้าที่ กสทช. มีลักษณะในทำนองเดียวกันนี้ ส่วนที่ว่าจะมีความเคร่งครัดต่อการป้องกันการแทรกแซงจากอำนาจของฝ่ายบริหารมากน้อยเพียงใด ผู้เขียนเห็นว่าเป็นไปตามบริบทของแต่ละประเทศ

อนึ่ง การบัญญัติองค์กรอิสระไว้ในรัฐธรรมนูญโดยมีที่มาและรูปแบบโครงสร้างองค์กร เป็นไปตามสภาพของกิจการที่เกิดขึ้นมากกว่าเป็นการคิดค้นโดยอาศัยทฤษฎีใด ๆ ส่งผลให้องค์กรอิสระเหล่านี้ ไม่มีลักษณะร่วมทางกฎหมายอย่างชัดเจน และมีสถานะทางกฎหมายที่แตกต่างกันไป แม้ว่ารัฐธรรมนูญ จะกล่าวถึงความเป็นอิสระไว้เช่นเดียวกันก็ตาม ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ เป็นสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่มีบทบาททำนองเดียวกันกับองค์กร ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยดั้งเดิม ขณะที่องค์กรอิสระอื่น ๆ นั้น รัฐธรรมนูญจะกำหนดเพียงให้มีอำนาจหน้าที่อย่างไร ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ จากที่กล่าวมาข้างต้นพบว่า องค์กรอิสระของต่างประเทศไม่ว่าจะเป็น IRA ของสหรัฐอเมริกาหรือ AAI ของฝรั่งเศสล้วนมีสถานะเป็นเพียง “องค์กรทางปกครอง” ประเภทหนึ่ง ที่มีการทำงานเป็นอิสระปราศจากการแทรกแซงของฝ่ายบริหาร ซึ่งองค์กรอิสระเหล่านี้อาจมีชื่อเรียก แตกต่างกันไป โดยที่ประเทศฝรั่งเศสไม่ได้มีการนิยามหรือกล่าวถึงองค์กรตามรัฐธรรมนูญไว้โดยตรง แต่ในมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้กล่าวถึง “สถาบันการเมืองแห่งรัฐ” (l'organisation des pouvoirs publics) ไว้ ซึ่งหมายความว่า หน่วยงานที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลมหาชนที่ใช้อำนาจมหาชน ทั้งหลาย อีกทั้งในมาตรา 16 ยังกล่าวถึง “สถาบันแห่งอำนาจมหาชนตามรัฐธรรมนูญ” (องค์กรตามรัฐธรรมนูญ)

⁷² The Guardian, *Supra* note 64.

⁷³ Legislation.gov.uk, ‘Communications Act 2003’. [Online], retrieved from [https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/notes/division/5/1/3#:~:text=OFCOM's%20principal%20duty%20is%3A%20\(i,in%20section%20405\(5\)\)](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/notes/division/5/1/3#:~:text=OFCOM's%20principal%20duty%20is%3A%20(i,in%20section%20405(5))) เมื่อ 15 มกราคม 2567.

หรือที่ภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า “Pouvoirs Publics Constitutionnels” ซึ่งมีความหมายแคบกว่าคำแรก เนื่องจากหมายถึงเฉพาะสถาบันหรือองค์กรทั้งหลายที่รัฐธรรมนูญกล่าวถึง คือ ประธานาธิบดี รัฐบาล รัฐสภา ตุลาการ และศาลอาญาชั้นสูง ซึ่งแสดงให้เห็นว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสนั้น ต้องเป็นองค์กรที่ถูกก่อตั้งโดยรัฐธรรมนูญและมีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยสูงสุด แต่เมื่อมองในบริบทของรัฐธรรมนูญไทยนั้น จำเป็นต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ในการร่างรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้น ความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญของไทยจึงอาจพิจารณาในความหมายอย่างกว้าง⁷⁴

การตีความคำว่า “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยที่ 2/2541⁷⁵ ซึ่งเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น หมายถึง องค์กรที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ องค์กรที่ได้มีการบัญญัติถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่ไว้ในรัฐธรรมนูญ การพิจารณาในแง่นี้เป็นการพิจารณาในทางรูปแบบ⁷⁶ เท่านั้น ดังนั้น เมื่อคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กสทช. เป็นการจัดตั้งองค์กรตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2553 โดยปรากฏว่า รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันยังคงรับรองความเป็นองค์กรอิสระของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ย่อมกล่าวได้ว่า สถานะปัจจุบันของ กสทช. เป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระจากการแทรกแซงจากฝ่ายการเมือง แม้ไม่อาจเรียกว่าเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญได้ดังเดิมที่เคยปรากฏในครั้งที่ เป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก็ตาม

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า กสทช. ไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด การที่องค์กรกำกับกิจการจะสามารถมีความอิสระมากน้อยหรือไม่ เพียงไร การเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ ซึ่งได้รับการจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติโดยที่ผู้เข้ามาเป็น กสทช. ดำรงหลักการทางกฎหมายที่สำคัญในการปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มความสามารถย่อมดำรงความอิสระได้อย่างดี หลักการทางกฎหมาย

⁷⁴ อรรถมน พิเชฐวรกุล, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 52*, หน้า 107.

⁷⁵ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2541 คดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญพิเคราะห์แล้วเห็นว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น หมายถึง องค์กรที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *รวมบทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำสั่งศาลปกครอง*, 2547, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 121.

⁷⁶ การพิจารณาในทางรูปแบบ (formelle Kriterien) ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น มีสาระสำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก พิจารณาในแง่การก่อตั้ง องค์กรนั้นจะต้องได้รับการก่อตั้งโดยตรงจากรัฐธรรมนูญ และประการที่สอง พิจารณาในแง่ของการบัญญัติรับรองอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องบัญญัติรับรองอำนาจหน้าที่ขององค์กรนั้นไว้โดยรัฐธรรมนูญเช่นกัน มีบางองค์กร เช่น สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ถือว่าได้ก่อตั้งขึ้นโดยตรงตามมาตรา 89 ของรัฐธรรมนูญ แต่ในทางรูปแบบแล้ว หากพิจารณาในแง่ของการบัญญัติรับรองอำนาจหน้าที่ขององค์กรแล้วไม่มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 องค์กรดังกล่าวจึงไม่ถือเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โปรดดู บรรเจิด สิงคะเนติ, *เพ็งอ้าว*, หน้า 121.



ที่ กสทช. ต้องดำรงไว้ ได้แก่ หลักสิทธิมนุษยชนในการติดต่อสื่อสาร หลักการบริการสาธารณะ หลักความโปร่งใสและเป็นธรรม ดังนั้น สถานะของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กสทช. ของไทยมิใช่องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ แต่เป็นองค์กรของรัฐที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองความเป็นอิสระ

เมื่อพิจารณาจากสถานะทางกฎหมายของ กสทช. ดังที่อธิบายมาข้างต้น การที่สำนักงาน กสทช. มีหนังสือเพื่อรับผลการพิจารณาข้อหาหรือจากคณะกรรมการกฤษฎีกาในประเด็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจของ กสทช. และสำนักงาน กสทช. ในการพิจารณากรณีการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท โทรคมนาคม และบริษัท ดีแทค การที่สำนักงาน กสทช. มีหนังสือจำนวน 2 ฉบับ เพื่อการนี้ ได้แก่ หนังสือสำนักงาน กสทช. ที่ สทช 2402/23454 ลงวันที่ 12 พฤษภาคม 2565 และหนังสือ ส่วนที่สุด ลงวันที่ 25 สิงหาคม 2565 เพื่อให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้สั่งการไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกานั้น การจะพิจารณาว่านายกรัฐมนตรีควรมีข้อสั่งการอย่างไร และคณะกรรมการกฤษฎีกาควรมีการพิจารณาประเด็นดังกล่าวให้ตามคำขอหรือไม่นั้น ปรากฏมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2482 ได้มีการลงมติวางระเบียบในเรื่องการตีความ และการให้ความเห็นในทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาไว้ ความเป็นว่า “เมื่อกระทรวง ทบวง กรมใด มีความสงสัยในปัญหากฎหมาย จะเป็นโดยเกี่ยวกับวงหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรมนั้น ๆ โดยเฉพาะก็ดี หรือเกี่ยวข้องกับการทำหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรมอื่น ซึ่งไม่เป็นที่ตกลงกันได้ก็ดี และได้ส่งปัญหาในทางกฎหมายนั้น ๆ มาเพื่อขอให้คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาให้ความเห็น และในชั้นพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกานั้น ถ้าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกระทรวง ทบวง กรมใด ก็ให้เชิญผู้แทนกระทรวง ทบวง กรมนั้น ๆ ร่วมในการพิจารณาด้วย และเมื่อคณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นในทางกฎหมาย เป็นประการใดแล้ว โดยปกติให้เป็นไปตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา นั้น”⁷⁷ ซึ่งจากมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า มติคณะรัฐมนตรีย่อมมุ่งหมายให้ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นทางกฎหมายและผูกพันต่อหน่วยงานภายใต้โครงสร้างบังคับบัญชาที่เป็นกระทรวง ทบวง กรม ที่อยู่ภายใต้ อำนาจบังคับบัญชาของรัฐบาลเท่านั้น และแม้จะครอบคลุมหน่วยงานในการกำกับกิจการของฝ่ายบริหาร ก็ไม่อาจให้ความเห็นทางกฎหมายโดยคณะกรรมการกฤษฎีกามีผลผูกพันรวมไปถึงองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ อย่างกรณีของ กสทช. แต่อย่างใด ดังที่ปรากฏมุมมองของผู้เชี่ยวชาญด้านกิจการโทรคมนาคมว่า ปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดความเชื่อมั่นของผู้ประกอบการในกิจการโทรคมนาคม คือ การเป็นอิสระขององค์กรกำกับกิจการจากการควบคุมโดยรัฐบาล⁷⁸ นั่นเอง

⁷⁷ กระทรวงมหาดไทย, หนังสือกรมเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ น. 11310/2482 เรื่อง การขอให้คณะกรรมการกฤษฎีกาตีความในกฎหมาย ลงวันที่ 2 มีนาคม 2482, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <http://www.law.moi.go.th/pdf/11310.2482.pdf> เมื่อ 17 มีนาคม 2566.

⁷⁸ Hank Intven and McCarthy Tétrault, *Supra* note 3, p. 6.

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามข้อ 3 ของระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าด้วยการรับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมายของกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ที่กำหนดให้คณะกรรมการกฤษฎีกามีหน้าที่ให้ความเห็นแก่หน่วยงานของรัฐ กระทรวง ทบวง กรม รัฐวิสาหกิจ หรือตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือมติของคณะรัฐมนตรีเท่านั้น ประกอบกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้ กสทช. ไม่ถูกแทรกแซงจากอำนาจฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล การที่คณะกรรมการกฤษฎีกาจะให้ความเห็นกำหนดทิศทางการใช้อำนาจหน้าที่ของ กสทช. น่าจะไม่เหมาะสมนัก เนื่องจากบทบาทด้านหนึ่งของคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นหน่วยงานที่ปรึกษาทางกฎหมายของรัฐบาล อยู่ภายใต้โครงสร้างการบังคับบัญชาโดยฝ่ายบริหารตามปกติ ในความเห็นส่วนตัวของผู้เขียน การยอมรับให้องค์กรอิสระทั้งหลายต้องปฏิบัติตามมติของคณะกรรมการกฤษฎีกา อาจกระทบหลักประกันความเป็นอิสระจากฝ่ายการเมืองในมุมมองของประชาชนก็เป็นได้ อนึ่ง ในที่นี้ ผู้เขียนมิได้หมายความว่า คณะกรรมการกฤษฎีกาไม่มีความเป็นกลาง ตลอดระยะเวลาอันยาวนาน คณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิสูจน์ความแข็งแกร่งในทางปฏิบัติต่อสังคมว่าปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง อย่างไรก็ตาม สิ่งที่ผู้ทำหน้าที่ในองค์กรอิสระได้รับความคาดหวังจากประชาชนว่าเป็นองค์กรของผู้เชี่ยวชาญในด้านนั้น ๆ จำเป็นต้องมีความลึกซึ้งในบทบาท อำนาจหน้าที่บนพื้นฐานของการระดมความรู้อย่างเข้มข้น และต้องแสดงให้เห็นที่เป็นที่ประจักษ์ถึงความเป็นกลาง เพื่อที่จะสามารถทำหน้าที่พิทักษ์รักษาสหิทธิพื้นฐานของประชาชนเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังเช่นกรณี กสทช. ให้ทุนสนับสนุนโดยมีมติให้เงิน 600 ล้านบาท กับการศึกษาแห่งประเทศไทย (กทท.) ชื่อลิขสิทธิ์ฟุตบอลโลก 64 คู่ เพื่อนำมาเผยแพร่อย่างเท่าเทียมและทั่วถึงผ่านทีวีดิจิทัลทั้งหมด ในฐานะที่ กสทช. นำรายได้จากการออกใบอนุญาตด้านกิจการโทรคมนาคมมาบริหารให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะ เป็นกรณี กสทช. ไม่อาจบริหารจัดการรายได้โดยปราศจากกรอบแนวทางและการชี้แจงถึงความสมเหตุสมผลในการใช้งบประมาณของส่วนรวมดังกล่าวได้

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ในปัจจุบันนี้รัฐวางบทบาทในลักษณะกำกับการประกอบกิจการที่เอกชนเข้าดำเนินการเป็นหลัก เนื่องจากศักยภาพการดำเนินกิจการของเอกชนในปัจจุบันมีการบริหารจัดการที่คล่องตัวและทันต่อความเปลี่ยนแปลงของสังคม เป็นผลดีต่อการจัดทำบริการสาธารณะในส่วนของการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมซึ่งเป็นสาธารณูปโภคพื้นฐานของประชาชนที่มีความเชื่อมโยงกับความเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีสูงกว่าบริการสาธารณะด้านอื่น ๆ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าการทำหน้าที่ของ กสทช. ในการรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์ของเอกชนผู้ประกอบการและประโยชน์สาธารณะของประชาชนโดยรวมเป็นความท้าทายอย่างสูงและจำเป็นต้องเป็นอิสระจากการแทรกแซงจากภาคการเมืองและภาคธุรกิจ ดังที่ได้อธิบายหลักการและเหตุผลมาเป็นลำดับข้างต้น

ทั้งนี้ ในความเห็นของผู้เขียนโดยส่วนตัวเห็นว่า โดยเจตนารมณ์อันแท้จริงของกฎหมายต้องการกำหนดสถานะความเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระของ กสทช. ถึงแม้มีข้อครหาตามรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อเทียบกับองค์กรกำกับกิจการโทรคมนาคมของต่างประเทศ ทั้งสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง องค์กรและบทบาทหน้าที่ในระบบกฎหมายไทยมิได้ด้อยกว่าในรูปแบบของต่างประเทศแต่อย่างใด แต่สิ่งที่ทำให้เกิดการตั้งคำถามต่อบทบาทหน้าที่ของ กสทช. หลายกรณี อาทิ กรณีที่ กสทช. ที่ให้เงิน 600 ล้านบาทกับการกีฬาแห่งประเทศไทย (กกท.) ซื้อลิขสิทธิ์ฟุตบอลโลก 64 คู่ หรือกรณีที่คณะอนุกรรมการพิจารณาอนุญาตด้านกิจการโทรทัศน์ได้มีมติยกเลิกประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์รายการโทรทัศน์สำคัญที่ให้เผยแพร่ได้เฉพาะในบริการโทรทัศน์ ที่เป็นการทั่วไป พ.ศ. 2555 (กฎ Must Have) การมีมติให้ยกเลิกกฎดังกล่าวเพื่อสอดคล้องกับสถานการณ์การแพร่ภาพการแข่งขันกีฬาซีเกมส์ครั้งที่ 32 ที่กำลังจะจัดขึ้นที่ประเทศกัมพูชา และกรณีที่ กสทช. มีหนังสือสองฉบับให้คณะกรรมการกฤษฎีกาชี้ทางออกการตีความกรณีควมรวมสองบริษัทขนาดใหญ่ ในกิจการโทรคมนาคม เป็นต้น ปัญหาไม่ได้เกิดการเคลือบแคลงสงสัยจากสถานะทางกฎหมายที่ไม่ชัดเจน ข้อกังขาของประชาชนที่สะท้อนผ่านกรณีทั้งสามในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาเกิดจากการทำหน้าที่ของผู้ที่เข้าไปปฏิบัติหน้าที่ กสทช. ที่มักไม่แสดงให้เห็นประชาชนประจักษ์ถึงความโปร่งใส เป็นกลาง และความเชี่ยวชาญอย่างแท้จริงในการทำหน้าที่ดังกล่าว ดังนั้น ผู้เขียนเชื่อว่า การแสดงความโปร่งใส และการให้ข้อมูลอย่างรอบด้านของ กสทช. ให้เป็นที่ประจักษ์เป็นสิ่งจำเป็นในการสร้างบรรทัดฐาน และเป็นการสร้างความเชื่อมั่นและศรัทธาแก่ประชาชนตลอดจนผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

ตามที่ได้อธิบายมาข้างต้นทั้งหมดผู้เขียนจึงเห็นว่า การที่ กสทช. มีสถานะเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระแยกต่างหากจากโครงสร้างปกติของฝ่ายบริหารของรัฐยังคงเป็นรูปแบบที่เหมาะสมที่สุดในปัจจุบันสำหรับการกำกับกิจการด้านโทรคมนาคม ซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองความเป็นอิสระจากการแทรกแซงของเอกชนหรืออำนาจทางการเมือง อย่างไรก็ตาม ความเป็นอิสระเช่นนี้มีได้หมายความว่า กสทช. จะเป็นอิสระจากนโยบายพื้นฐานของรัฐ และมีได้หมายความว่า จะเป็นอิสระจากความพร้อมรับผิดชอบต่อประชาชน หรือต่อองค์กรตุลาการแต่อย่างใด แต่ กสทช. ยังคงอยู่ภายใต้การตรวจสอบการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง ซึ่งในปัจจุบันยังมีคดีพิพาทที่มีการโต้แย้งการใช้อำนาจของ กสทช. อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลปกครอง

ท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ปัจจุบันองค์ความรู้ด้านกฎหมายปกครองที่สนับสนุนการพิจารณาคดีของศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคมและการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ของไทยยังมีอยู่อย่างจำกัด ดังนั้น ผู้เขียนจึงตั้งใจที่จะนำเสนอหลักทฤษฎีทางกฎหมายที่เชื่อมโยงและเกี่ยวข้องกับ การพัฒนาแนวทางการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรกำกับกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมอย่างต่อเนื่องในโอกาสต่อไป

บรรณานุกรม

กระทรวงการต่างประเทศ, ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน. Universal Declaration on Human Rights, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/udhr-th-en.pdf>

กระทรวงมหาดไทย, หนังสือกรมเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ น. 11310/2482 เรื่อง การขอให้คณะกรรมการกฤษฎีกาตีความในกฎหมาย ลงวันที่ 2 มีนาคม 2482, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <http://www.law.moi.go.th/pdf/11310.2482.pdf>

คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, การบริการอย่างทั่วถึงและการเข้าถึงอย่างทั่วถึง, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://www.nbtc.go.th/getattachment/329bab9e-2f12-4e32-b0c0-431aff6d45e/2-Universal-Service.pdf.aspx> เมื่อ 20 มกราคม 2567.

คณะอนุกรรมการบริหารศาลปกครอง, จัดทำคู่มือการปฏิบัติงานภายในของศาลปกครองสูงสุด, คู่มือการปฏิบัติงานภายในของศาลปกครองสูงสุด, 2564, กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง.

จินตนา พนมชัยวัฒน์, กฎหมายโทรคมนาคม, พิมพ์ครั้งที่ 2 : 2563, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

ชาญชัย แสวงศักดิ์, องค์การอิสระ : ข้อพิจารณาทางกฎหมายมหาชน, 2561, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

นพดล เสงเจริญ, “องค์การอิสระ : ความสำคัญต่อการปฏิรูปการเมืองและการปฏิรูประบบราชการ,” (2 เมษายน 2549), [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=895> เมื่อ 16 ตุลาคม 2565.

นันทวัฒน์ บรมานันท์, บริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, 2541, กรุงเทพฯ : นิติธรรม.

บรรเจิด สิงคะเนติ, รวมบทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำสั่งศาลปกครอง, 2547, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง, “ปัญหาทางกฎหมายของการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม โดยปราศจากนโยบาย กรณีกิจการดาวเทียมสื่อสารไทย,” วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้า ปีที่ 9 ฉบับที่ 1, 2560.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ‘องค์การอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540’ (รายงานการวิจัยเสนอต่อคณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550)

ศูนย์นวัตกรรมทางธุรกิจ คณะบริหารธุรกิจ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, เข้าใจการกำกับดูแล : ทฤษฎี กลยุทธ์ และหลักปฏิบัติ, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2553, กรุงเทพฯ : เทคโนโลยี มีเดีย.

สถาบันพระปกเกล้า, องค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2560, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=8A_2560 เมื่อ 1 มกราคม 2567.



สุธรรม อยู่ในธรรม, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในกิจการโทรคมนาคม, เอกสารวิชาการหลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.) รุ่นที่ 15 วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2554.

สำนักงานกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการกำกับกิจการโทรคมนาคม : การออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม, 2552, กรุงเทพฯ : แอ๊ปป่า พรินติ้ง กรุ๊ป, [ออนไลน์], หน้า 15, เข้าถึงจาก <https://www.nbt.go.th/getattachment/36f990a0-7969-499a-9df2-a0427e3e82d6/1.pdf.aspx> เมื่อ 17 ตุลาคม 2565.

สำนักข่าวอิศรา, ยังฟังไม่ได้มีเหตุไม่ชอบด้วยกม.! ‘ศาล ปค.’ ยกคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวฯ คดีควบรวม TRUE-DTAC, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://www.isranews.org/article/isranews-news/114322-Central-Administrative-Court-NBTC-TRUE-DTAC-Amalgamation-case-news.html> เมื่อ 12 ธันวาคม 2565.

อรัชมน พิเชฐวรกุล, กฎหมายโทรคมนาคม : ความรู้เบื้องต้น, 2564, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

Aurelija Pūraitė and Leva Deviantikovaite, ‘Independent Regulatory and Administrative Authorities in the Republic of Lithuania’, [Online], p. 283, retrieved from <https://tlq.ilaw.cas.cz/index.php/tlq/article/view/99> เมื่อ 21 พฤศจิกายน 2565.

European Commission, Fines for breaking EU Competition Law. [Online], retrieved from https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-01/factsheet_fines_en.pdf เมื่อ 11 มีนาคม 2566.

Hank Intven and McCarthy Tétrault, Telecommunication Regulation Handbook (Module 1) : Overview of Telecommunications Regulation, (World Bank : Washington, 2000), [Online], p. 6, retrieved from https://www.itu.int/ITU-D/treg/Documentation/Infodev_handbook/1_overview.pdf เมื่อ 5 ธันวาคม 2565.

Nicolas Contis and Camille Doguet, Members of independent administrative authorities can be recused under principle of impartiality, (September 29th, 2020), [Online], retrieved from <https://www.lexology.com/commentary/litigation/france/kalliop/members-of-independent-administrative-authorities-can-be-recused-under-principle-of-impartiality#Right> เมื่อ 21 พฤศจิกายน 2565.

Robert Elgie and Iain McMenamin, Credible commitment, political uncertainty, or policy complexity? Explaining variations in the independence of non-majoritarian institutions in France, [Online], pp. 11-12, retrieved from https://doras.dcu.ie/59/2/credible_commitment.pdf เมื่อ 5 มกราคม 2567.

Susan M.Olson. ‘Challenges to the Gatekeeper : The Debate over Federal Litigating Authority’, *68 Judicature* 71, 73 n.12 (1984).

Sharynne McLeod, Communication rights : Fundamental human rights for all, (21st February, 2018), [Online], retrieved from <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/17549507.2018.1428687?Need Access=true> เมื่อ 5 ธันวาคม 2565.

Thomson Reuters Practical Laws, ‘Office of Telecommunications (OfTel)’. [Online], retrieved from [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Glossary/UKPracticalLaw/13f4a4292e8db11e398db8b09b4f043e0?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Glossary/UKPracticalLaw/13f4a4292e8db11e398db8b09b4f043e0?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) เมื่อ 15 มกราคม 2567.

Zucker, David K. 2016, The Origin and Development of the Interstate Commerce Commission and Its Impact on the Origination of Independent Regulatory Commissions in the American Legal System : A Historical Perspective. Master’s thesis, Harvard Extension School, [Online], p. 90, retrieved <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/33797258/ZUCKER-DOCUMENT-2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y> เมื่อ 2 มกราคม 2566.



ข้อสังเกตทางวิชาการเกี่ยวกับประเด็นปัญหาการแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้ในสัญญาทางปกครอง
The declaration of intention to extinguish obligations by set-off
in Administrative Contract

นพรัตน์ อุดมโชคมงคล *

รับบทความเมื่อ 9 พฤษภาคม 2566

แก้ไขบทความเมื่อ 17 เมษายน 2567

ตอบรับบทความเมื่อ 17 เมษายน 2567

บทคัดย่อ

การหักกลบลบหนี้เป็นการระงับซึ่งมูลหนี้ที่มีต่อกันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ในจำนวนที่ตรงกันในส่วนหนี้ของทั้งสองฝ่าย และด้วยผลทางกฎหมายของการหักกลบลบหนี้ที่ก่อให้เกิดการหักล้างกันแห่งความเป็นลูกหนี้และเจ้าหนี้ (Compensatio est debiti et crediti inter se contributio) อันเป็น “การระงับแห่งมูลหนี้” ดังนั้น การหักกลบลบหนี้จึงต้องอาศัย “เจตนา” เป็นสำคัญ และเมื่อ “การแสดงเจตนาตามกระบวนการพิจารณาดีของศาลปกครอง” มีทั้งการแสดงเจตนาที่มีคำขอให้ศาลมีคำสั่งบังคับโดยการเสนอข้อหาต่อศาลซึ่งจะต้องทำเป็นคำฟ้องหรือคำฟ้องแย้ง กับการแสดงเจตนาที่ไม่มีคำขอให้ศาลมีคำสั่งบังคับเป็นแต่เพียงการแสดงเจตนายอมรับหรือปฏิเสธข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย ซึ่งการแสดงเจตนาอย่างหลังนี้ไม่จำเป็นต้องทำเป็นคำฟ้อง เพียงแต่แสดงให้ศาลเห็นถึงเจตนาที่ชัดเจนก็เพียงพอแล้ว กรณีจึงมีประเด็นปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยว่า การหักกลบลบหนี้ในชั้นศาลนั้น ต้องเสนอข้อหาโดยการฟ้องหรือการฟ้องแย้ง โดยมีคำขอให้ศาลทำการหักกลบลบหนี้ให้แก่ตนหรือไม่ และเมื่อพิจารณาประกอบกับการหักกลบลบหนี้ในชั้นศาลตามหลักกฎหมายแพ่งอิตาลี ซึ่งบัญญัติให้ศาลมีอำนาจกำหนดจำนวนหนี้ให้แน่นอนและหักกลบลบหนี้ให้คู่กรณีที่ร้องขอได้ อันเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณี โดยไม่จำเป็นต้องแยกฟ้องเป็นคดีใหม่เพื่อที่ในท้ายที่สุดต่างฝ่ายต่างก็ต้องนำหนี้ที่มีความชัดเจนตามคำพิพากษาในแต่ละคดีมาชำระให้แก่กัน และเพื่อแก้ปัญหาในทางวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองไทยที่ยังมีข้อถกเถียงเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้ในชั้นศาล ไม่ว่าจะเป็นกรณีอำนาจศาลในการกำหนดคำสั่งบังคับหรือค่าธรรมเนียมศาล หากไม่มีการฟ้องคดีหรือฟ้องแย้งเข้ามา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเด็นที่ว่าถ้าฟังการแสดงเจตนาว่า ต่างฝ่ายต่างมีหนี้ต่อกันย่อมเป็นการโต้แย้งความมีอยู่และจำนวนของหนี้ที่ทำให้หนี้ยังเป็นหนี้ที่มีข้อต่อสู้ซึ่งไม่อาจจะหักกลบลบหนี้ได้ ดังนั้น เพื่อให้ศาลปกครองสามารถพิจารณากำหนด “ความแน่นอนของจำนวนหนี้จากสัญญาทางปกครอง

*

Dottorato di Ricerca in diritto pubblico, Università degli Studi “Tor Vergata”, ประเทศอิตาลี,
ผู้อำนวยการกลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 3 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ขอสงวนลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย โดยห้ามคัดลอก ทำซ้ำ ดัดแปลงหรือนำส่วนใดส่วนหนึ่งไปเผยแพร่สู่ภายนอก

โดยไม่ได้รับอนุญาต เว้นแต่เป็นการอ้างอิงในทางวิชาการ ต้องอ้างอิงแหล่งที่มาของข้อมูลทุกครั้ง

ฉบับเดียวกัน” และสามารถดำเนินการหักกลบลบหนี้ในหนี้ที่ยังมีข้อต่อสู้ได้ ศาลปกครองชอบที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยการกำหนดประเด็นให้คู่สัญญาชี้แจงในประเด็นที่เป็นหนี้ระหว่างกัน และให้คู่กรณีแสดงความประสงค์ที่จะฟ้องเพิ่มเติมหรือฟ้องแย้งเข้ามาในคดีเพื่อขอให้ศาลกำหนดค่าบังคับต่อไปได้ อันเป็นกรณีที่ศาลปกครองอาศัยการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดี เพื่อเปิดทางให้ศาลมีอำนาจในการเข้าไป “หักกลบลบหนี้ในชั้นศาล” เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย และยังเป็นไปตามสาระสำคัญของการหักกลบลบหนี้อีกด้วยนั่นเอง

คำสำคัญ : อิตาลี, หักกลบลบหนี้, สัญญาทางปกครอง, สิทธิเรียกร้อง, ฟ้องแย้ง, วิธีพิจารณาคดีปกครอง



Abstract

Set-off operates as a means of extinguishing obligations in which both parties are debtors and creditors of each other, and the amounts owed correspond. The legal effect of set-off is that the obligations are discharged from both parties; therefore, it can be seen that the extinguishment of obligations by set-off essentially depends upon the intentions of both parties. The Administrative Court procedure recognizes the declaration of intention by the parties in the form of specified reliefs sought by the plaintiff in a submission of a claim or counter-claim. In addition, Administrative Court procedure also recognizes the declaration of intention by the parties where there is no specified relief sought but the parties admit or deny the matter of a certain fact or law in the pleading. In this latter case, the declaration of intention clearly conveyed in the pleading is sufficient to be recognized by the court without the need to submit a claim or counter-claim. Consequently, the question regarding whether the extinguishment of obligation by set-off in the Administrative Court proceeding can be applied only when the parties file a claim or counter-claim seeking a relief to set-off their debt or not must be addressed.

This article examines Italian law regarding the extinguishment of an obligation by set-off in a court proceeding which grants the court the power to ascertain the sum of the debts and adjudicate by setting off those debts as requested by both parties without the need to file a new case with the court. In other words, each party does not have to file separate claims to acquire the court judgments ascertaining the amount of debt and eventually compensate each other accordingly afterward since the court can extinguish the obligations by set-off. By examining Italian law regarding the extinguishment of obligation by set-off in the court proceeding, this article aims to resolve some unsettled issues presented in Thai Administrative Court procedure regarding the extinguishment of obligation by set-off by the Court. The issues addressed in this article can range from the matter of the Court's power to determine any decree in the judgment to the matter of Court fees in the case where there is no separate claim or counter-claim filed with the Court. Moreover, the most prominent issue that this article aims to address is whether mere declarations from both parties admitting that they owned certain debts to each other can be deemed as a specific denial of the existence and amount of debts, which means that those debts are still in dispute and not capable of being set off against each other. For Thai Administrative Court to be able

to ascertain the amount of debts arising from an administrative contract and exercise a set-off in judicial proceeding on debts that are still in dispute, it is argued in this article that the Court can conduct the proceeding by identifying the issue for the parties to further submit explanations regarding the debts incurred between parties and granting the parties the opportunities to make a declaration of intention in the form of a supplementary plaint or counter-claim seeking a decree for those debts in the judgment. By doing so, the Court exercises its power in accordance with the Administrative Court procedure, which enables the set-off in a judicial proceeding to deliver justice to both parties and uphold the essence of the set-off principle.

Keywords : Italy, Set-off, administrative contract, right to claim, counter claim, Administrative Court Procedure



ความนำ

หลักกฎหมายเรื่องการหักกลบลบหนี้ นั้น บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 หนี้ ลักษณะ 1 บทเปิดเสร็จทั่วไป หมวด 5 ความระงับหนี้ ส่วนที่ 3 หักกลบลบหนี้ (มาตรา 341-348) อันแสดงให้เห็นถึงลักษณะทางกฎหมายของการหักกลบลบหนี้ที่สามารถนำมาใช้เป็นหลักกฎหมายหนึ่งในเรื่อง “หนี้” โดยเฉพาะอย่างยิ่ง “ความระงับแห่งหนี้” โดยการ “หักกลบลบหนี้” นั้น ปรากฏการนำมาใช้และตีความในสัญญาทางแพ่งมาโดยตลอด และเนื่องจากสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยไม่ปรากฏบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาใช้บังคับในหลาย ๆ กรณี ศาลจึงมักจะหยิบยืมหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้ กรณี “การหักกลบลบหนี้ในสัญญาทางปกครอง” ก็เช่นเดียวกัน ดังนั้น การศึกษาเรื่องการหักกลบลบหนี้ในบทความฉบับนี้จะเป็นการศึกษาแง่มุมของหลักกฎหมายเกี่ยวกับ “การหักกลบลบหนี้ในสัญญาทางปกครอง” และการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเด็นปัญหาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิตามสัญญาฟ้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้แก่ตน การที่ศาลปกครองจะพิจารณามีคำพิพากษาโดยการหักกลบลบหนี้ให้หนี้ คู่กรณีฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องเสนอข้อหาโดยการฟ้องหรือการฟ้องแย้งโดยมีคำขอให้ศาลทำการหักกลบลบหนี้ให้แก้หนี้หรือไม่ อย่างไร

เนื้อหาของบทความฉบับนี้มุ่งศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายอิตาลีกับหลักกฎหมายไทย ตลอดจนศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองและศาลฎีกาที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้เกิดความเข้าใจในการนำหลักกฎหมายเรื่องการหักกลบลบหนี้มาใช้กับสัญญาทางปกครอง ซึ่งเค้าโครงของบทความประกอบด้วยหัวข้อหลักดังนี้ 1. หลักกฎหมายว่าด้วยการหักกลบลบหนี้ 1.1 การหักกลบลบหนี้ในบริบทของกฎหมายอิตาลี 1.2 หลักเกณฑ์ของการหักกลบลบหนี้และวิธีการหักกลบลบหนี้ตามกฎหมายไทย 1.2.1 วัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นอย่างเดียวกัน 1.2.2 หนี้ทั้งสองรายถึงกำหนดชำระแล้ว 1.2.3 ข้อจำกัดในการหักกลบลบหนี้ 1.3 การแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้ 1.3.1 การแสดงเจตนาของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง 1.3.2 การแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้จะมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขไม่ได้ 1.3.3 การแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้ในชั้นศาล 2. คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่เกี่ยวข้อง 2.1 แนวทางที่หนึ่ง ศาลมีอำนาจทำการหักกลบลบหนี้ได้ โดยผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องฟ้องแย้งเข้ามาในคดี 2.2 แนวทางที่สอง ศาลมีอำนาจทำการหักกลบลบหนี้ได้ โดยผู้ถูกฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องฟ้องแย้งเข้ามาในคดี และส่วนสุดท้ายเป็นการนำหลักกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลที่ได้นำเสนอไว้มาวิเคราะห์และสรุป

1. หลักกฎหมายว่าด้วยการหักกลบลบหนี้

โดยทั่วไป การระงับแห่งหนี้น่าจะเกิดขึ้นได้โดยการชำระหนี้ให้ถูกต้อง แต่การหักกลบลบหนี้จัดเป็นการระงับแห่งหนี้ประเภทที่ทำให้เจ้าหนี้พอใจเหมือนว่าได้รับชำระหนี้ เนื่องจากเป็นการหักล้างหนี้กันในทางบัญชีแทนที่ต่างฝ่ายต่างจะต้องมีการชำระหนี้กันจริง¹ การหักกลบลบหนี้ จึงหมายถึง การแสดงเจตนา

¹ Bianca C.M., Diritto Civile IV : L'Obbligazione ristampata emendate 1993, Milano : Giuffrè, p. 478. อ้างถึงใน ศนันท์รัตน์ โสถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), พิมพ์ครั้งที่ 3 : 2560, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 391.

ของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในหนี้ต่างรายกันและมีวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นอย่างเดียวกัน อีกทั้งหนี้ทั้งสองรายต่างก็ถึงกำหนดชำระพร้อมกัน และได้แสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้ต่ออีกฝ่ายหนึ่ง

1.1 การหักกลบลบหนี้ในบริบทของกฎหมายอิตาลี

ในระบบกฎหมายอิตาลี แบ่งแยกการหักกลบลบหนี้ไว้ 3 ประเภทด้วยกัน คือ

(ก) การหักกลบลบหนี้โดยผลของกฎหมาย (compensazione legale)

ตามมาตรา 1241² แห่งประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี เพียงแค่มีหนี้ต่างรายในวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นอย่างเดียวกัน มีจำนวนที่แน่นอนและหนี้ถึงกำหนดแล้ว โดยไม่มีเงื่อนไขเงื่อนไขเวลา การหักกลบลบหนี้ก็เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ โดยไม่ต้องมีการแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้หรือต้องมีการดำเนินการในศาลแต่อย่างใด แต่หักกลบลบกันได้เฉพาะจำนวนที่เท่ากันเท่านั้น

(ข) การหักกลบลบหนี้โดยคำพิพากษา (compensazione giudiziale)

ตามมาตรา 1243³ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ในกรณีที่คู่กรณีร้องขอต่อศาลภายใต้เงื่อนไขที่หนี้ยังไม่อาจกำหนดจำนวนที่แน่นอน แต่หนี้นั้นอาจกำหนดจำนวนที่แน่นอนได้

² Codice civile

Art. 1241. (Estinzione per compensazione) “Quando due persone sono obbligate l’una verso l’altra, i due debiti si estinguono per le quantità corrispondenti, secondo le norme degli articoli che seguono.”

คำแปล : มาตรา 1241 (การระงับแห่งหนี้โดยการหักกลบลบหนี้) “เมื่อบุคคลสองฝ่ายมีหนี้ซึ่งกันและกัน ให้หนี้ทั้งสองที่มีจำนวนเท่ากันระงับสิ้นลงตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในมาตราต่อไป”

Art. 1242 (Effetti della compensazione) “La compensazione estingue i due debiti dal giorno della loro coesistenza. Il giudice non può rilevarla d’ufficio.

La prescrizione non impedisce la compensazione, se non era compiuta quando si è verificata la coesistenza dei due debiti.”

คำแปล : มาตรา 1242 (ผลของการหักกลบลบหนี้) “การหักกลบลบหนี้ทำให้ระงับสิ้นแห่งหนี้ทั้งสองฝ่ายนับแต่วันที่หนี้ดังกล่าวเกิดขึ้นพร้อมกัน ทั้งนี้ ศาลไม่อาจหยิบยกขึ้นวินิจฉัยเอง

อายุความไม่เป็นอุปสรรคต่อการหักกลบลบหนี้ หากยังไม่ถึงกำหนดชำระเมื่อพิสูจน์ได้ว่าหนี้ทั้งสองเกิดขึ้นพร้อมกัน”

³ Codice Civile

Art. 1243. (Compensazione legale e giudiziale) “La compensazione si verifica solo tra due debiti che hanno per oggetto una somma di denaro o una quantità di cose fungibili dello stesso genere e che sono ugualmente liquidi ed esigibili.

Se il debito opposto in compensazione non è liquido ma è di facile e pronta liquidazione, il giudice può dichiarare la compensazione per la parte del debito che riconosce esistente, e può anche sospendere la condanna per il credito liquido fino all’accertamento del credito opposto in compensazione.”

คำแปล : มาตรา 1243 (การหักกลบลบหนี้โดยผลของกฎหมายและโดยคำพิพากษาของศาล) “การหักกลบลบหนี้เกิดขึ้นเฉพาะระหว่างหนี้สองฝ่ายซึ่งมีวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นจำนวนเงินที่แน่นอนหรือจำนวนสิ่งของซึ่งสามารถทดแทนกันได้ด้วยสิ่งที่เป็นประเภทเดียวกันซึ่งคิดเป็นจำนวนเงินและมีกำหนดชำระเท่ากัน (วรรคแรกเป็นการหักกลบลบหนี้โดยผลของกฎหมาย)

(มีต่อหน้าถัดไป)

(ค) การหักกลบลบหนี้โดยการตกลงกัน (Compensazione volontaria)

ตามมาตรา 1252⁴ ซึ่งกรณีนี้เกิดจากการตกลงกันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้จึงไม่จำเป็นต้องเข้าหลักเกณฑ์ในกรณีของข้อ (ก) หรือ (ข) โดยคู่สัญญาทำสัญญาตกลงสละสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ที่มีต่อกันและกันในกรณีนี้อาจมีการตกลงทำสัญญากันไว้ล่วงหน้าก่อนก็ได้

1.2 หลักเกณฑ์ของการหักกลบลบหนี้และวิธีการหักกลบลบหนี้ตามกฎหมายไทย

มาตรา 341 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติหลักการทั่วไปของการหักกลบลบหนี้เอาไว้ ดังนี้ “ถ้าบุคคลสองคนต่างมีความผูกพันซึ่งกันและกันโดยมูลหนี้อันมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกัน และหนี้ทั้งสองรายนั้นถึงกำหนดจะชำระไซ้ ท่านว่าลูกหนี้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งย่อมจะหลุดพ้นจากหนี้ของตนด้วยหักกลบลบกันได้เพียงเท่าจำนวนที่ตรงกันในมูลหนี้ทั้งสองฝ่ายนั้น เว้นแต่สภาพแห่งหนี้ฝ่ายหนึ่งจะไม่เปิดช่องให้หักกลบลบกันได้” จากบทบัญญัติดังกล่าวซึ่งบัญญัติสาระสำคัญของการหักกลบลบหนี้เอาไว้ว่า การหักกลบลบหนี้ต้องมีวัตถุประสงค์แห่งหนี้เหมือนกัน หนี้ทั้งสองรายถึงกำหนดชำระแล้ว และไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดในการหักกลบลบหนี้ ซึ่งอธิบายได้ ดังนี้

1.2.1 วัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นอย่างเดียวกัน

โดยทั่วไปแล้ว เมื่อปรากฏว่า คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างอ้างสิทธิเรียกร้องโดยอาศัยสัญญาฉบับเดียวกัน กรณีย่อมต้องถือว่า สัญญาฉบับดังกล่าวเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนี้เหมือนกัน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4895/2551) แต่ก็ปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 145/2554 ถึงข้อจำกัดบางประการกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลแยกกันต่างหาก ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4895/2551

การหักกลบลบหนี้ นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 341 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า “ต้องเป็นเรื่องที่บุคคลสองคนต่างมีความผูกพันต่างเป็นหนี้ซึ่งกันและกัน และต้องมีมูลหนี้อันมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกัน กล่าวคือ มีวัตถุประสงค์แห่งหนี้เหมือนกัน เช่น เงินต่อเงิน หรือสิ่งของต่อสิ่งของ...

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 3)

หากหนี้ที่ขื่อนำมาหักกลบยังไม่อาจกำหนดเป็นจำนวนเงินที่แน่นอนได้ แต่หนี้นั้นอาจกำหนดได้ง่ายและโดยเร็ว ศาลอาจกำหนดจำนวนหนี้ขึ้นและอาจสั่งให้หักกลบส่วนของหนี้ อีกทั้งศาลยังอาจสั่งให้ระงับการกำหนดจำนวนหนี้เป็นจำนวนเงินจนกว่าจะมีการตรวจสอบจำนวนหนี้ของอีกฝ่ายที่นำมาหักกลบ (วรรคสองเป็นการหักกลบลบหนี้โดยคำพิพากษาของศาล)”

⁴ Codice Civile

Art. 1252. (Compensazione volontaria) “Per volontà delle parti può aver luogo compensazione anche se non ricorrono le condizioni previste dagli articoli precedenti.

Le parti possono anche stabilire preventivamente le condizioni di tale compensazione.”

คำแปล : มาตรา 1252 (การหักกลบลบหนี้โดยการตกลงกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย) “การหักกลบลบหนี้ย่อมเกิดขึ้นได้โดยการตกลงกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย แม้ไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในมาตราก่อนหน้านี้ คู่สัญญาอาจตกลงกันกำหนดเงื่อนไขการหักกลบลบหนี้ดังกล่าวไว้ล่วงหน้าก่อนก็ได้”

จำเลยเป็นหนี้ค่าจ้างขุดส้วมล้อมรั้วจักรยานยนต์ซึ่งค้างชำระแก่โจทก์อันเป็นหนี้เงิน ส่วนโจทก์มีหนี้ที่ต้องคืน วงล้อมรั้วจักรยานยนต์ที่โจทก์ยังไม่ได้ทำการขุดส้วมให้แก่จำเลย แต่หนี้ดังกล่าวมิได้มีมูลหนี้อันเป็นวัตถุ อย่างเดียวกัน จึงไม่เข้าหลักเกณฑ์เรื่องการหักกลบลบหนี้...”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 145/2554

ข้อเท็จจริงในเบื้องต้นฟังได้ว่า จำเลยทำสัญญาจ้างโจทก์ก่อสร้างสำนักงาน สาธารณสุขจังหวัดชัยนาท ในราคา 25,000,000 บาท เริ่มก่อสร้างตั้งแต่วันที่ 6 ตุลาคม 2538 กำหนดแล้วเสร็จ ภายในวันที่ 23 กันยายน 2539 แต่ต่อมาได้มีการขยายระยะเวลาก่อสร้างออกไป 2 ครั้ง กำหนดเวลาแล้วเสร็จ ครั้งสุดท้ายภายในวันที่ 19 สิงหาคม 2540 แต่โจทก์ก่อสร้างไม่เสร็จ จำเลยบอกเลิกสัญญา โจทก์จึงฟ้อง เรียกเงินค่าก่อสร้างในงานที่ทำให้จำเลยไปแล้ว ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ภาค 1 พิพากษาให้จำเลย ชำระเงินแก่โจทก์ แต่โจทก์ไม่พอใจจำนวนเงินที่ศาลกำหนดให้ จึงยื่นฎีกา ศาลชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับฎีกาของโจทก์ ขณะเดียวกับที่โจทก์ฟ้องคดีนี้ จำเลยได้ฟ้องโจทก์ในคดีนี้เรียกร้องให้ชำระค่าปรับฐานผิดสัญญาเนื่องจาก ก่อสร้างไม่แล้วเสร็จตามกำหนดระยะเวลา และศาลชั้นต้นได้พิพากษา (คดีแพ่งหมายเลขแดงที่ 154/2547) ให้โจทก์ในคดีนี้ชำระค่าปรับแก่จำเลย คดีนี้มีปัญหาวินิจฉัยตามฎีกาของจำเลยว่า จำเลยจะขอหักกลบลบหนี้ ตามคำพิพากษาในคดีนี้และในคดีแพ่งหมายเลขแดงที่ 154/2547 ของศาลชั้นต้นได้หรือไม่ โดยจำเลยฎีกาว่า **หนี้ทั้งสองคดีเป็นหนี้ตามคำพิพากษา ไม่ถือว่าเป็นสิทธิเรียกร้องที่มีข้อต่อสู้จึงหักกลบลบหนี้กันได้ในชั้นนี้ได้** ศาลฎีกาเห็นว่า ความรับผิดของจำเลยที่ต้องชำระค่างานให้แก่โจทก์กับความรับผิดของโจทก์ที่ต้องชำระค่าปรับ แก่จำเลยเกิดจากสัญญาเดียวกัน ต่างฝ่ายต่างผูกพันในหนี้อันเดียวกัน จึงหาใช่เป็นการหักกลบลบหนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 341 วรรคหนึ่ง ซึ่งมาตรา 344 วรรคหนึ่ง ห้ามมิให้หักกลบลบหนี้ หากสิทธิเรียกร้องนั้นยังมีข้อต่อสู้ซึ่งศาลอุทธรณ์ภาค 1 ยกขึ้นปรับบทวินิจฉัย **เมื่อจำเลยและโจทก์ต่างมีหนี้ ที่จะต้องชำระให้แก่กันในแต่ละคดีซึ่งการบังคับคดีตามคำพิพากษาต้องกระทำแยกต่างหากจากกัน ดังนี้ จำเลยจะขอหักหนี้ได้เพียงใดหรือไม่ จึงเป็นเรื่องที่จะต้องไปว่ากล่าวกัน**ในชั้นบังคับคดีต่อไป การที่ศาลอุทธรณ์ภาค 1 วินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีสิทธินำหนี้ตามคำพิพากษาทั้งสองคดีมาหักกันนั้น ศาลฎีกา เห็นพ้องด้วยในผล

จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 145/2554 จะเห็นได้ว่า คดีที่แม้จะเป็นสิทธิเรียกร้อง ที่เกิดขึ้นจากสัญญาฉบับเดียวกันก็ตาม และมีหนี้เงินที่จะต้องชำระให้แก่กันก็ตาม แต่หากคู่สัญญา ใช้สิทธิฟ้องคดีในส่วนของตนเป็นคนละคดีแล้ว จะมาขอหักกลบลบหนี้ในชั้นศาลอีกไม่ได้ ต้องไปดำเนินการ บังคับคดีเอากับสิทธิของตนในแต่ละคดีเอง กรณีจะเห็นได้ว่า ศาลฎีกาแยกระหว่างการฟ้องให้ชำระหนี้ ออกจากการแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้อย่างชัดเจน



1.2.2 หนังสือสองรายถึงกำหนดชำระแล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3045/2545

โจทก์ฟ้องว่า โจทก์เป็นเจ้าของบัญชีเงินฝากเลขที่ 1340644641 ที่ได้เปิดไว้กับธนาคารแห่งหนึ่ง (ที่จำเลยมีเงินฝาก) สาขาสะพานใหม่ ดอนเมือง โดยมียอดเงินฝาก ณ วันที่ 13 ธันวาคม 2542 เป็นเงิน 480,724.78 บาท เมื่อวันที่ 13 ธันวาคม 2542 จำเลยได้แจ้งให้ธนาคาร (ที่จำเลยมีเงินฝาก) สาขาสะพานใหม่ ดอนเมือง หักเงินในบัญชีเงินฝากดังกล่าว โดยที่ไม่ได้รับความยินยอมจากโจทก์ ซึ่งจำเลยไม่มีสิทธิกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย จำเลยจึงต้องคืนเงินจำนวนดังกล่าวพร้อมด้วยดอกเบี้ย อัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีนับถึงวันฟ้องเป็นเงินจำนวน 25,838.95 บาท ขอให้บังคับจำเลยชำระเงิน 506,563.73 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีจากต้นเงิน 480,724.78 บาท นับถัดจากวันฟ้อง เป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จแก่โจทก์

จำเลยให้การว่า เหตุที่จำเลยหักบัญชีเงินฝากดังกล่าว เนื่องจากโจทก์เป็นหนี้เงินกู้ธนาคาร (ที่จำเลยมีเงินฝาก) สาขาบางใหญ่ นนทบุรี จำนวน 1,400,000 บาท พร้อมด้วยดอกเบี้ย 714,272.72 บาท จำเลยจึงใช้สิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 341 หักบัญชีเงินฝากของโจทก์ดังกล่าวเพื่อไปชำระหนี้เงินกู้ในส่วนดอกเบี้ย โจทก์จึงยังคงค้างหนี้เงินต้น 1,400,000 บาท และดอกเบี้ย 233,547.94 บาท ซึ่งจำเลยได้นำมูลหนี้ดังกล่าวไปฟ้องบังคับให้โจทก์ชำระหนี้ต่อศาลจังหวัดนนทบุรี และศาลจังหวัดนนทบุรีได้มีคำพิพากษาให้โจทก์ชำระหนี้แก่จำเลยแล้ว ตามคดีแพ่งหมายเลขแดงที่ 3105/2543 ขอให้ยกฟ้อง

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คดีมีปัญหาข้อกฎหมายมาสู่ศาลฎีกาว่า จำเลยมีสิทธินำหนี้ที่โจทก์เป็นหนี้เงินกู้จำเลยมาหักกลบลบกันกับหนี้ที่จำเลยจะต้องคืนเงินที่รับฝากไว้จากโจทก์โดยโจทก์ไม่ยินยอมได้หรือไม่ เห็นว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 341 บัญญัติถึงเรื่องการหักกลบลบหนี้ไว้ว่า “ถ้าบุคคลสองคนต่างมีความผูกพันซึ่งกันและกันโดยมูลหนี้อันมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกัน และหนี้ทั้งสองรายนั้นถึงกำหนดจะชำระไซ้ ท่านว่าลูกหนี้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งย่อมจะหลุดพ้นจากหนี้ของตนด้วยหักกลบลบกันได้ เพียงเท่าจำนวนที่ตรงกันในมูลหนี้ทั้งสองฝ่ายนั้น...” บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้กำหนดเป็นเงื่อนไขไว้แต่ประการใดว่า การหักกลบลบหนี้ระหว่างกันนั้นจะต้องได้รับความยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่ง สำหรับคดีนี้ได้ความตามที่โจทก์และจำเลยแถลงรับกันว่า จำเลยได้แสดงเจตนาหักกลบลบหนี้ไปยังโจทก์แล้ว ปรากฏตามหนังสือของธนาคาร (ที่จำเลยมีเงินฝาก) สาขาสะพานใหม่ ดอนเมือง ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2542 ดังนั้นเมื่อข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่า การฝากเงินของโจทก์ไว้กับจำเลยนั้นได้มีการกำหนดเวลาคืนเงินฝากไว้แน่นอนกรณีจึงต้องถือว่าหนี้เงินฝากดังกล่าวถึงกำหนดชำระหนี้ทันทีที่โจทก์ได้ฝากเงินไว้กับจำเลย และเมื่อการกู้เงินและรับฝากเงินระหว่างโจทก์และจำเลยดังกล่าวไม่ปรากฏเช่นกันว่า ทั้งสองฝ่ายได้แสดงเจตนาไม่ให้นำหนี้ที่มีอยู่ต่อกันมาหักกลบลบกันไว้ จำเลยจึงมีสิทธินำเงินฝากในบัญชีของโจทก์ไปหักกลบลบกับหนี้ที่โจทก์กู้เงินไปจากจำเลยที่ถึงกำหนดชำระแล้วได้โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากโจทก์ การที่ศาลชั้นต้น

พิพากษามานั้นไม่ต้องด้วยความเห็นของศาลฎีกา อุทธรณ์ของจำเลยฟังขึ้น พิพากษากลับให้ยกฟ้องโจทก์ ค่าฤชาธรรมเนียมทั้งสองศาลให้เป็นพับ

จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3045/2545 พบว่า เมื่อธนาคารเป็นเจ้าหนี้ (เงินกู้) ในจำนวนเงินที่มากกว่าที่ตนเองเป็นหนี้ (เงินฝาก) ดังนั้น ในทางบัญชีที่จะทำให้ธนาคารได้รับชำระหนี้ก่อนไปบางส่วน โดยหักเงินจากบัญชีเงินฝาก และยังเหลือหนี้ที่จะสามารถฟ้องร้องได้อีกส่วนหนึ่ง ทำให้การหักกลบลบหนี้เป็นประโยชน์ต่อธนาคาร จะเห็นได้ว่า ธนาคารได้แสดงเจตนาหักกลบลบหนี้ (นอกศาล) ซึ่งมีผลในทางกฎหมายในทันทีตามมาตรา 341 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม แม้ในแง่ของกฎหมายจะทำให้การหักกลบลบหนี้มีผลในทันที โดยไม่ต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งยินยอมก็ตาม ประกอบกับบัญชีเงินฝากที่พิพาทอยู่ในการดูแลของธนาคาร ธนาคารจึงสามารถหักชำระหนี้ได้เอง ทำให้ในทางปฏิบัติการหักกลบลบหนี้ที่ผู้แสดงเจตนาไม่อำนาจในการหักกลบลบหนี้ได้เอง การหักกลบลบหนี้จึงเป็นเครื่องมือในทางกฎหมายที่เป็นประโยชน์อย่างมาก ซึ่งในสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ จะมีการทำสัญญาที่มีข้อสัญญาที่ทำให้รัฐได้เปรียบในทางบัญชี เช่น ข้อกำหนดให้มีการวางหลักประกันสัญญาเป็นต้น แต่ในมุมมองด้านวิธีพิจารณาคดีจะเห็นได้ว่า คดีนี้ผู้ฝากเงินกับธนาคารไม่เห็นพ้องด้วยกับการหักบัญชีเงินฝาก จึงได้ฟ้องโต้แย้งการหักกลบลบหนี้ต่อศาลเพื่อขอบังคับให้ธนาคารคืนเงินที่หักไปจากบัญชีเงินฝาก ซึ่งกรณีนี้เป็นการโต้แย้งว่าธนาคารไม่มีสิทธิหักเงินฝากไปชำระหนี้ได้ มิได้โต้แย้งจำนวนเงินที่เป็นหนี้ กรณีจึงมีประเด็นที่ศาลจะพิจารณาเพียงว่า การหักกลบลบหนี้ต้องอาศัยความยินยอมหรือไม่เท่านั้น สำหรับกรณีที่มีการโต้แย้ง “จำนวนเงิน” จะสามารถหักกลบลบหนี้กันได้หรือไม่นั้น จะได้กล่าวถึงในส่วน “หนี้มีข้อต่อสู้” ต่อไป

1.2.3 ข้อจำกัดในการหักกลบลบหนี้

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะพบข้อจำกัดที่เป็นเหตุขัดขวางการหักกลบลบหนี้ได้ทั้งสิ้น 6 ประการ ดังนี้

(1) สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้หักกลบลบกันได้ตามมาตรา 341 วรรคแรกตอนท้าย⁵ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(2) เป็นการขัดกับเจตนาอันคู่กรณีได้แสดงไว้ แต่มีข้อยกเว้นมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตตามมาตรา 341 วรรคสอง⁶ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 341 วรรคแรก “ถ้าบุคคลสองคนต่างมีความผูกพันซึ่งกันและกันโดยมูลหนี้อันมีวัตถุเป็นอย่างเดียวกัน และหนี้ทั้งสองรายนั้นถึงกำหนดจะชำระไซ้ ท่านว่าลูกหนี้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งย่อมจะหลุดพ้นจากหนี้ของตนด้วยหักกลบลบกันได้เพียงเท่าจำนวนที่ตรงกันในมูลหนี้ทั้งสองฝ่ายนั้น เว้นแต่สภาพแห่งหนี้ฝ่ายหนึ่งจะไม่เปิดช่องให้หักกลบลบกันได้”

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 341 วรรคสอง “บทบัญญัติดังกล่าวมาในวรรคก่อนนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ หากเป็นการขัดกับเจตนาอันคู่กรณีได้แสดงไว้ แต่เจตนาเช่นนี้ท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต”

(3) สิทธิเรียกร้องยังมีข้อต่อสู้ตามกฎหมายมาตรา 344⁷ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(4) หนี้อันเกิดจากการอันมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 345⁸ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(5) สิทธิเรียกร้องซึ่งศาลสั่งยึดไม่ได้ตามมาตรา 346⁹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(6) กรณีซึ่งศาลสั่งห้ามลูกหนี้คนที่สามใช้เงินแก่เจ้าหนี้แล้วตามมาตรา 347¹⁰ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายเรื่องดังกล่าวในสัญญาทางปกครอง มีข้อสังเกตว่า เนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งหนี้ในสัญญาทางปกครองมักจะเป็นหนี้เงินจากสัญญาฉบับเดียวกัน เช่น การนำค่าปรับหักกลบลบหนี้ค่าการงาน หรือการสั่งให้ธนาคารนำส่งหลักประกันสัญญามาเป็นค่าปรับหลังจากหักกลบลบหนี้ค่าการงานไปบางส่วนแล้ว เป็นต้น ทำให้มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า “หนี้มีข้อต่อสู้” ที่ต้องห้ามมิให้มีการหักกลบลบหนี้หนี้มีขอบเขตในการพิจารณาเช่นใด

กรณีจึงจำเป็นต้องพิจารณาหลักการตามมาตรา 344 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่กล่าวถึงข้อจำกัดในการหักกลบลบหนี้ประการหนึ่งว่า หนี้ที่มีข้อต่อสู้จะหักกลบลบหนี้กันไม่ได้ กล่าวคือ การแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้ตามมาตรา 342 นั้น จะต้องปรากฏว่า สิทธิเรียกร้องของแต่ละฝ่ายที่จะขอหักกลบลบหนี้กันนั้น เป็นสิทธิเรียกร้องที่ปราศจากข้อต่อสู้ใด ๆ คือ จะต้องไม่มีการโต้แย้งเกี่ยวกับสภาพและความสมบูรณ์ของสิทธิเรียกร้องนั่นเอง ฉะนั้น หากปรากฏว่า สิทธิเรียกร้องรายใดเกิดขึ้นด้วยกลฉ้อฉล ช่มชู้ สำคัญผิด หรือไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ ฯลฯ สิทธิเรียกร้องเหล่านี้ถือว่ายังมีข้อต่อสู้กันอยู่ จะนำมาหักกลบลบหนี้กับหนี้อื่นไม่ได้ เช่น โจทก์เข้าสวนของจำเลยอยู่ แต่ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือตามมาตรา 538 ดังนั้น โจทก์จะนำหนี้เข้าสวนนี้มาหักกลบลบหนี้กับหนี้ซึ่งจำเลยเป็นเจ้าหนี้โจทก์

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 344 “สิทธิเรียกร้องโดยยังมีข้อต่อสู้ สิทธิเรียกร้องนั้นท่านว่าหาอาจจะเอามาหักกลบลบหนี้ได้ไม่ อนึ่ง อายุความย่อมไม่ตัดรอนการหักกลบลบหนี้ แม้สิทธิเรียกร้องขาดอายุความแล้ว แต่ว่าในเวลาที่จะหักกลบลบกับสิทธิเรียกร้องฝ่ายอื่นได้นั้น สิทธิยังไม่ขาด”

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 345 “หนี้รายใดเกิดแต่การอันมิชอบด้วยกฎหมายเป็นมูล ท่านห้ามมิให้ลูกหนี้ถือเอาประโยชน์แห่งหนี้รายนั้น เพื่อหักกลบลบหนี้กับเจ้าหนี้”

⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 346 “สิทธิเรียกร้องรายใดตามกฎหมายศาลจะสั่งยึดมิได้ สิทธิเรียกร้องรายนั้นหาอาจจะเอาไปหักกลบลบหนี้ได้ไม่”

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 347 “ลูกหนี้คนที่สามหากได้รับคำสั่งศาลห้ามมิให้ใช้เงินแล้ว จะยกเอาหนี้ซึ่งตนได้มาภายหลังแต่นั้นขึ้นเป็นข้อต่อสู้เจ้าหนี้ผู้ที่ยึดทรัพย์นั้น ท่านว่าหาอาจจะยกได้ไม่”

หาได้ไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1384/2482) กรณีมีปัญหาว่า สิทธิเรียกร้องที่ยังมีข้อต่อสู้ยื่น หมายถึง กรณีที่เมื่อฝ่ายหนึ่งโต้แย้งขึ้นมาถือว่ามิข้อต่อสู้แล้ว หรือต้องมีการพิจารณารับฟังพยานหลักฐานเสียก่อนว่า มีข้อต่อสู้ตามที่โต้แย้งไว้ จึงจะถือว่าเป็นหนี้ที่มีข้อต่อสู้ ซึ่งแนวคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยว่า หนี้ที่ข้อเท็จจริง ยังไม่ได้ความแน่นอนและมีข้อต่อสู้จะหักกลบลบหนี้กันไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 673/2471) หรือกรณีโจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย จำเลยต่อสู้ว่าหากต้องรับผิดชอบหักกลบลบหนี้กับค่าเช่า ซึ่งโจทก์เป็นหนี้จำเลยอยู่ เมื่อโจทก์เบิกความเป็นพยานว่า โจทก์ชำระบ้างไม่ชำระบ้าง ได้รับใบเสร็จบ้าง ไม่ได้รับบ้าง ดังนี้ ถือว่าโจทก์ยังมีข้อต่อสู้ในหนี้ค่าเช่าอยู่ จึงนำมาหักกลบลบหนี้ไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1812/2511) จากคำพิพากษาศาลฎีกาทั้ง 2 คดีนี้ จะเห็นได้ว่า คำว่า “หนี้ที่ยังมีข้อต่อสู้” ตามมาตรา 344 นี้ มิใช่เพียงแค่ลูกหนี้ปฏิเสธขึ้นมาลอย ๆ เท่านั้น แต่จะต้องพิจารณาว่า ยังมีข้อต่อสู้ อยู่จริงหรือไม่ด้วย ดังนั้น แม้โจทก์จะปฏิเสธหนี้ที่จำเลยขอหักกลบลบหนี้มาในคำให้การ ศาลจะสั่ง ไม่พิจารณาในข้อหักกลบลบหนี้ทันทีไม่ได้ แต่ศาลจะต้องพิจารณารับฟังพยานหลักฐานให้ได้ความ เสียก่อนว่า มีข้อต่อสู้ตามที่โจทก์โต้แย้งไว้หรือไม่ ถ้าไม่มีจริงก็ตัดสินให้หักกลบลบหนี้กันได้ แต่ถ้ามีจริง ก็ไม่ให้หักกลบลบหนี้กัน เหมือนดังในกรณีที่จำเลยขอหักกลบลบหนี้โดยวิธีฟ้องแย้งเข้ามา

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องประเด็น “หนี้ที่ยังมีข้อต่อสู้” เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1285/2532 แม้หนี้ที่โจทก์ฟ้องขอให้จำเลยรับผิดชอบ ตามสัญญาซื้อขายกับหนี้ค่าปรับที่โจทก์ต้องชำระให้จำเลยอันเกิดจากการที่โจทก์ผิดสัญญาซื้อขายในคราวก่อน จะมีวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นการชำระหนี้เหมือนกัน แต่เมื่อโจทก์ยังมีข้อโต้แย้งอยู่ว่า โจทก์ไม่ได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา และได้ชำระหนี้ให้แก่จำเลยครบถ้วนแล้วเช่นนี้ จึงเป็นหนี้ที่ยังมีข้อต่อสู้ไม่อาจนำมาหักกลบลบหนี้กันได้ ตามมาตรา 344 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 668/2544 หนี้ที่ยังมีข้อต่อสู้ที่นำมาหักกลบลบหนี้ไม่ได้ ตามมาตรา 344 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายถึง หนี้ที่ฝ่ายหนึ่งอ้างขึ้นแต่อีกฝ่ายหนึ่ง ยังมีข้อโต้แย้งไม่ยอมรับ ดังนั้น เมื่อจำเลยอ้างว่าโจทก์จะต้องรับผิดชอบในทรัพย์สินของจำเลยที่อยู่ ในความรับผิดชอบของโจทก์สูญหายไป แต่โจทก์แถลงต่อศาลแรงงานกลางว่า หนี้จำนวนดังกล่าวเป็นหนี้ ที่ยังมีข้อต่อสู้ แม้จะให้สืบพยานโจทก์และจำเลยไปก็ไม่ทำให้กลายเป็นหนี้ที่ไม่มีข้อต่อสู้ จำเลยจึงนำหนี้ ดังกล่าวมาหักกลบลบหนี้ไม่ได้

เมื่อระเบียบของจำเลยว่าด้วยพนักงานและลูกจ้าง ข้อ 25 กำหนดให้เงินสะสม ของพนักงานหรือลูกจ้างรวมทั้งดอกเบี้ยเป็นประกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ร้านสหกรณ์โดยการกระทำ หรืองดเว้นการกระทำของพนักงานหรือลูกจ้างนั้น ๆ แต่โจทก์เป็นพนักงานทำความสะอาด ไม่ใช่งานเกี่ยวกับการเงินหรือทรัพย์สินที่นายจ้างจะเรียกหรือรับเงินประกันการทำงานหรือเงินประกัน ความเสียหายในการทำงานจากลูกจ้างได้ตามประกาศกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เรื่อง หลักเกณฑ์ และวิธีการเรียกหรือรับเงินประกันการทำงานหรือเงินประกันความเสียหายในการทำงานจากลูกจ้าง ลงวันที่ 19 สิงหาคม 2541 ข้อ 4 จำเลยจึงต้องห้ามไม่ให้เรียกหรือรับเงินประกันการทำงานหรือเงินประกัน

ความเสียหายในการทำงานจากโจทก์ เมื่อจำเลยเลิกจ้างจึงต้องคืนค่าจ้างที่หักไว้เป็นรายเดือนให้แก่โจทก์ พร้อมดอกเบี้ยตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2163/2548 ตามมาตรา 341 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ได้กำหนดเป็นเงื่อนไขไว้แต่ประการใดว่า การหักกลบลบหนี้ระหว่างกันนั้น จะต้องได้รับความยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่งก่อน เมื่อจำเลยเป็นลูกหนี้โจทก์ในฐานะผู้ค้าประกัน ในขณะที่เดียวกัน โจทก์ก็เป็นลูกหนี้ของจำเลยตามมูลหนี้ตัวสัญญาใช้เงิน และหนี้ดังกล่าวต่างก็ถึงกำหนดชำระแล้ว เมื่อข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่า ขณะที่จำเลยทำสัญญาค้าประกันหนี้ต่อโจทก์นั้น ทั้งสองฝ่ายได้แสดงเจตนาไม่ให้นำหนี้ที่มีอยู่ต่อกันนั้นมาหักกลบลบกัน จำเลยจึงมีสิทธิที่จะนำหนี้ดังกล่าวมาหักกลบลบกันได้ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากโจทก์แต่ประการใด

หนี้ที่ยังมีข้อต่อสู้ที่นำมาหักกลบลบหนี้ไม่ได้ตามมาตรา 344 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายถึง หนี้ที่ฝ่ายหนึ่งอ้างแล้วอีกฝ่ายหนึ่งมีข้อโต้แย้งไม่ยอมรับในข้อสาระสำคัญ ซึ่งมีผลกระทบถึงความรับผิดในหนี้ดังกล่าวหรือจำนวนหนี้ที่จะต้องรับผิด ซึ่งข้อความในเอกสารหมาย ล.7 หาได้มีข้อความตอนใดที่เป็นการปฏิเสธความรับผิด หรือโต้แย้งจำนวนหนี้ที่จะต้องรับผิดแต่อย่างใดไม่ กรณีจึงถือไม่ได้ว่าหนี้ดังกล่าวเป็นหนี้ที่ยังมีข้อต่อสู้

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นจะเห็นได้ว่า “หนี้ที่มีข้อต่อสู้” นั้น คือ ข้อโต้แย้ง ไม่ยอมรับในข้อสาระสำคัญซึ่งมีผลกระทบถึงความรับผิดในหนี้ดังกล่าวหรือจำนวนหนี้ที่จะต้องรับผิด ดังนั้น สาระสำคัญของข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่จะถือว่ายังมีข้อโต้แย้งอยู่ เช่น หากมีการโต้แย้งว่า “ไม่ผิดสัญญา” หรือไม่ยอมรับ “จำนวนเงินที่หักกลบลบหนี้” หรือในบางกรณีลูกหนี้ที่จะถูกหักกลบลบหนี้ นั้น โต้แย้งว่าตนมีหนี้ที่จะเรียกมากกว่าหนี้ที่ผู้แสดงเจตนาหักกลบลบหนี้ (หนี้ท่วมหนี้ที่จะนำมาหักกลบลบหนี้) เช่นนี้ ย่อมต้องถือว่าหนี้มีข้อต่อสู้ที่ไม่อาจจะหักกลบลบหนี้ได้

นอกจากนี้ จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นยังแสดงให้เห็นว่า “ความชัดเจนแน่นอนแห่งมูลหนี้” เป็นสาระสำคัญของการหักกลบลบหนี้ ดังนั้น ในการพิจารณาคดีของศาลปกครองเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้ ศาลจึงต้องพิจารณาให้ได้ความว่า “หนี้ที่ขอหักกลบลบหนี้มีข้อต่อสู้” หรือไม่ และหากศาลเห็นว่า หนี้ดังกล่าวมีความชัดเจนแล้ว กรณีจึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า “แม้หนี้จะมีข้อต่อสู้” ศาลสามารถวินิจฉัยให้หนี้มีความชัดเจนแน่นอนขึ้นและหักกลบลบหนี้ไปในคดีนั้น ๆ ได้หรือไม่ เพียงใด อันเป็นประเด็นสาระสำคัญของบทความฉบับนี้ ซึ่งจะได้อธิบายผ่านคำวินิจฉัยของศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดต่อไป

1.3 การแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 342 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า “หักกลบลบหนี้ นั้น ทำได้ด้วยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง การแสดงเจตนาเช่นนี้ ท่านว่าจะมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเริ่มต้นหรือเวลาสิ้นสุดอีกด้วยหาได้ไม่” กรณีจึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปเกี่ยวกับการแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้ ดังนี้

1.3.1 การแสดงเจตนาของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

โดยที่มาตรา 342¹¹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้ การแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่จะมีผลสมบูรณ์เป็นการแสดงเจตนาเมื่ออีกฝ่ายรับหรือรู้ตามมาตรา 168¹² หรือมาตรา 169¹³ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แล้ว แต่การหักกลบลบหนี้มิใช่สัญญา เพียงแต่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้หรือมีสิทธิที่จะขอหักกลบลบหนี้ได้เมื่อข้อเท็จจริงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด

อนึ่ง การแสดงเจตนา (*declaratio voluntatis (latin); declaration of will*) นั้น หมายถึง การแสดงออกถึงความประสงค์ที่จะสร้างผลผูกพันในทางกฎหมายขึ้น โดยเจตนาตั้งแต่เจตนาเดียวขึ้นไปประกอบกันย่อมก่อให้เกิดการผูกพันนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ (นิติกรรม) ตามมาตรา 149¹⁴ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งการแสดงเจตนาเพื่อขอหักกลบลบหนี้ จะเป็นสาระสำคัญที่จะส่งผลต่อการพิจารณาคดีของศาลปกครอง โดยที่ศาลปกครองจะต้องพิจารณาให้ได้ความว่า คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้แสดงเจตนาต่อศาลเพื่อขอหักกลบลบหนี้ หรือไม่

1.3.2 การแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้จะมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขหรือไม่

มาตรา 342 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “หักกลบลบหนี้ นั้น ทำได้ด้วยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง การแสดงเจตนาเช่นนี้ท่านว่าจะมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไข เริ่มต้นหรือเวลาสิ้นสุดอีกด้วยหาได้ไม่” ทั้งนี้ เนื่องจากหากการแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้มีเงื่อนไข

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 342 “หักกลบลบหนี้ นั้น ทำได้ด้วยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง การแสดงเจตนาเช่นนี้ท่านว่าจะมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไข เริ่มต้นหรือเวลาสิ้นสุดอีกด้วยหาได้ไม่

การแสดงเจตนาดังกล่าวมาในวรรคก่อนนี้ ท่านว่ามีผลย้อนหลังขึ้นไปจนถึงเวลาซึ่งหนี้ทั้งสองฝ่ายนั้นจะอาจหักกลบลบกันได้เป็นครั้งแรก”

¹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 168 “การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าให้ถือว่าผลนับแต่ผู้รับการแสดงเจตนาได้ทราบการแสดงเจตนา นั้น ความข้อนี้ให้ใช้ตลอดถึงการที่บุคคลหนึ่งแสดงเจตนาไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งโดยทางโทรศัพท์หรือโดยเครื่องมือสื่อสารอย่างอื่น หรือโดยวิธีอื่นซึ่งสามารถติดต่อถึงกันได้ทำนองเดียวกัน”

¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 169 “การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้าให้ถือว่าผลนับแต่เวลาที่การแสดงเจตนา นั้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา แต่ถ้าได้บอกออกไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา นั้น ก่อนหรือพร้อมกันกับการแสดงเจตนา นั้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา การแสดงเจตนา นั้นตกเป็นอันไร้ผล

การแสดงเจตนาที่ได้ส่งออกไปแล้วย่อมไม่เสื่อมเสียไป แม้ภายหลังการแสดงเจตนา นั้นผู้แสดงเจตนาจะถึงแก่ความตาย หรือถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ”

¹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 149 “นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัครมุ่งโดยตรงต่อการผูกพันนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ”



หรือเงื่อนไขเวลา แสดงว่าผลของการหักกลบลบหนี้ยังไม่อาจเกิดขึ้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากการแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้ได้อยู่ภายใต้เงื่อนไขบังคับก่อน ย่อมหมายความว่า การหักกลบลบหนี้จะเกิดขึ้นได้หรือไม่ยังไม่แน่นอน อาจหักกลบได้หรืออาจหักกลบไม่ได้ขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอน หรือแม้การแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้จะมีเงื่อนไขก็หมายความว่า ตราบใดยังไม่ถึงเวลาที่กำหนด การหักกลบลบหนี้ยังไม่เกิดขึ้นเช่นกัน¹⁵

1.3.3 การแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้ในชั้นศาล

นักกฎหมายหลายท่านได้อธิบายหลักการสำคัญอันเป็นองค์ประกอบของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้ในชั้นศาล ดังนี้

(1) ศาลทราบถึงการแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้ก็เพียงพอที่ศาลจะทำการหักกลบลบหนี้ให้

โสภณ รัตนกร¹⁶ อธิบายว่า มาตรา 342 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้กำหนดวิธีการหักกลบลบหนี้ไว้ว่า “ทำได้ด้วยการแสดงเจตนา” ฉะนั้น แม้หนี้ทั้งสองฝ่ายจะถึงกำหนดชำระด้วยกันแล้ว และต่างก็อยู่ในสภาพจะหักกลบลบกันได้แล้วก็ตาม ถ้ายังไม่มีการแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้ก็ยังไม่เกิดขึ้น การแสดงเจตนาดังกล่าวนี้ทำได้โดยฝ่ายหนึ่งแจ้งไปยังอีกฝ่ายหนึ่งว่า ประสงค์จะให้มีการหักกลบลบหนี้กันเท่านั้นก็เพียงพอแล้ว ไม่มีพิธีการอย่างอื่นอีก ดังนั้น จะเป็นการแจ้งไปโดยหนังสือหรือด้วยวาจาก็ได้

การหักกลบลบหนี้ของไทยถือตามระบบกฎหมายเยอรมัน จะเกิดขึ้นได้ก็โดยเจตนาของคู่กรณี มิใช่เกิดขึ้นเองโดยผลของกฎหมายอย่างระบบกฎหมายของฝรั่งเศส ซึ่งถือว่าเมื่อหนี้ของทั้งสองฝ่ายพร้อมจะหักกันได้ ก็เกิดการหักกลบลบหนี้ทันที ไม่เกี่ยวกับเจตนาหรือความรู้เห็นของคู่กรณี ในขณะที่กฎหมายอังกฤษถือว่า การหักกลบลบหนี้เป็นเรื่องของกฎหมายวิสัยบัญญัติซึ่งศาลเท่านั้นจะเป็นผู้หักกลบลบหนี้ให้ แต่กฎหมายไทยเดินตามระบบซวีลลอว์ โดยถือว่า การหักกลบลบหนี้เป็นเรื่องของกฎหมายสารบัญญัติ และลูกหนี้เจ้าหนี้อาจหักกลบลบหนี้กันได้เองนอกศาล แต่อาจมีการขอหักกลบลบหนี้กันในชั้นดำเนินคดีในศาล หรือในชั้นบังคับคดีก็ได้¹⁷

(2) ศาลไม่มีอำนาจ “หักกลบลบหนี้” ได้เอง ถ้าคู่กรณีไม่แสดงเจตนา

ไพโรจน์ วายุภาพ¹⁸ อธิบายว่า แม้ลูกหนี้ถูกเจ้าหนี้ฟ้องบังคับให้ชำระหนี้แล้ว ลูกหนี้ก็ยังสามารถแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้มาในคำให้การได้ แต่ถ้าหักกลบลบหนี้แล้วโจทก์กลับต้องชำระหนี้ให้จำเลย จำเลยก็ต้องฟ้องแย้งมาด้วย มิฉะนั้นศาลจะพิพากษาบังคับให้โจทก์ชำระหนี้ส่วนนั้น

¹⁵ ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), พิมพ์ครั้งที่ 3 : 2560, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 401.

¹⁶ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6 : 2545, กรุงเทพฯ : นิติบรรณาการ, หน้า 501.

¹⁷ พึ่งอ้วน, หน้า 501.

¹⁸ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้, 2542, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 351-352.

ให้จำเลยไม่ได้ ต้องห้ามตามมาตรา 142 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 781/2516 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 609/2521 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1748/2540) อย่างไรก็ตาม แม้จำเลยจะไม่ได้ให้การขอหักกลบลบหนี้หรือฟ้องแย้ง หากศาลพิพากษาคดีใด ซึ่งอาจมีการหักกลบลบหนี้กันได้ เพื่อประโยชน์ในการบังคับคดี ศาลจะหักกลบลบหนี้ทั้งสองฝ่ายให้เสร็จไป โดยคู่ความไม่ต้องขอ และพิพากษาให้จำเลยชำระหนี้แก่โจทก์ในจำนวนที่เหลือจากการหักกลบลบหนี้แล้วเท่านั้น กรณีเช่นนี้เท่ากับเป็นการหักกลบลบหนี้โดยไม่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนา จึงไม่ตรงกับหลักการในมาตรา 342 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2923/2525 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2786/2526 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7221/2540)

(3) ระบบกฎหมายอิตาลีและฝรั่งเศส

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ระบบกฎหมายอิตาลีให้อำนาจศาลในการกำหนดจำนวนหนี้ให้ชัดเจนแน่นอนเพื่อประโยชน์ในการหักกลบลบหนี้ไว้ในมาตรา 1243 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งเป็นกรณีการหักกลบลบหนี้โดยคำพิพากษาของศาล (Compensazione legale e giudiziale) ว่า “หากหนี้ที่ขอนำมาหักกลบยังไม่อาจกำหนดเป็นจำนวนเงินที่แน่นอนได้ แต่หนี้นี้นั้นอาจกำหนดได้ง่ายและโดยเร็ว ศาลอาจกำหนดจำนวนหนี้ขึ้นและอาจสั่งให้หักกลบส่วนของหนี้ อีกทั้งศาลยังอาจสั่งให้ระงับการกำหนดจำนวนหนี้เป็นจำนวนเงินจนกว่าจะมีการตรวจสอบจำนวนหนี้ของอีกฝ่ายที่นำมาหักกลบ”¹⁹ ดังนั้น ในระบบกฎหมายอิตาลี ศาลจะทำหน้าที่กำหนดความชัดเจนแน่นอนแห่งหนี้ให้แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้

เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับการศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ ซึ่งจะทำให้เห็นภาพความแตกต่างชัดเจนขึ้น ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล²⁰ ได้อธิบายเปรียบเทียบระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่คล้ายคลึงกับระบบกฎหมายอิตาลีว่า ศาลมีอำนาจกำหนดจำนวนที่แน่นอนของหนี้ที่จะนำมาหักกลบลบหนี้ต่อกัน ทั้งนี้ ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้กำหนดวิธีการหักกลบลบหนี้ไว้ 3 ประการ ประการแรก ได้แก่ การหักกลบลบหนี้โดยผลของกฎหมาย (la compensation légale) ซึ่งเกิดขึ้นในกรณีที่ทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งการชำระหนี้ทั้งสองรายเป็นโภคทรัพย์และเป็นทรัพย์ที่แบ่งได้ เช่น ข้าว น้ำตาล ฯลฯ และเข้าหลักเกณฑ์ที่หักกลบลบกันได้ ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 341 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย หนี้ทั้งสองรายก็หักกลบลบกันได้โดยผลของกฎหมาย โดยคู่กรณีไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้ ซึ่งการหักกลบลบหนี้วิธีนี้อาจจะไม่ชอบด้วยหลักวิธีการหักกลบลบหนี้ เพราะกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้องบังคับให้หักกลบลบหนี้กันไปโดยที่คู่กรณีอาจไม่ประสงค์

¹⁹ Codice civile

Art. 1243 comma 2 “Se il debito opposto in compensazione non è liquid ma è di facile e pronta liquidazione, il giudice può dichiarare la compensazione per la parte del debito che riconosce esistente, e può anche sospendere la condanna per il credito liquido fino all'accertamento del credito opposto in compensazione.”

²⁰ ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล, สารานุกรมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หักกลบลบหนี้, 2540, กรุงเทพฯ : อมรินทร์พริ้นติ้ง แอนด์พับลิชชิ่ง, หน้า 13-14.

จะขอหักกลบลบหนี้ก็ได้ *ประการที่สอง* การหักกลบลบหนี้โดยข้อตกลงหรือโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย (la compensation conventionnelle) เป็นการหักกลบลบหนี้ที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยินยอมหักกลบลบหนี้กัน โดยการหักกลบลบหนี้กันนั้นไม่ต้องด้วยกรณีหลักเกณฑ์ในการหักกลบลบหนี้กันได้ตามกฎหมาย เช่น หนี้รายหนึ่งถึงกำหนดชำระแล้ว หรือจำนวนหนี้เป็นที่ยุติแน่นอนแล้ว แต่หนี้อีกรายหนึ่งยังไม่ถึงกำหนดชำระ หรือจำนวนหนี้ยังไม่เป็นที่ยุติแน่นอน ถ้าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงยินยอมหักกลบลบหนี้กันก็สามารถทำได้ ซึ่งการหักกลบลบหนี้ด้วยวิธีนี้มีนักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่า ไม่น่าเป็นการหักกลบลบหนี้ แต่เป็นเรื่องต่างฝ่ายต่างปลดหนี้ให้แก่กัน โดยทั้งสองฝ่ายมาตกลงไม่เอาอะไรจากกัน²¹ สำหรับในประเทศไทย ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่า การหักกลบลบหนี้โดยสัญญาอาจมีได้ ซึ่งอยู่ในหลักเรื่องหนี้ตามสัญญา โดยไม่อยู่ในบังคับของแบบ แต่แสดงเจตนาให้หักกลบลบหนี้กันตามข้อตกลงได้โดยไม่ต้องฟ้องแย้ง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2108/2518) *ประการที่สาม* การหักกลบลบหนี้โดยคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาล (la compensation judiciaire) เป็นการหักกลบลบหนี้กรณีที่ฝ่ายหนึ่งฟ้องเรียกให้ชำระหนี้ และอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องแย้งเรียกค่าสินไหมทดแทนที่จำนวนหนี้ยังไม่เป็นที่ยุติแน่นอน ศาลจะกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้มีจำนวนที่แน่นอนและให้หักกลบลบหนี้กันไป สำหรับในประเทศไทยยังมีข้อสงสัยว่า ศาลมีอำนาจหักกลบลบหนี้ได้หรือไม่ อีกทั้งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็ไม่มีบทบัญญัติให้ศาลสั่งหักกลบลบหนี้เองได้²² อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ เมื่อคู่ความต่างฟ้องและฟ้องแย้งเรียกเอาเงินแก่กัน โดยปกติจะมีคำขอให้หักกลบลบหนี้แสดงไว้ในคำฟ้องหรือฟ้องแย้งด้วย หรือมีคำขอโดยปริยายที่ประสงค์จะขอหักหนี้ ศาลก็ชอบที่จะสั่งหักกลบลบหนี้ได้ อย่างไรก็ตาม ถึงแม้คู่ความไม่ได้แสดงเจตนาหักกลบลบหนี้กันไว้ ศาลก็สามารถพิพากษาคดีให้หักกลบลบหนี้กันได้โดยคู่ความไม่ต้องร้องขอ เช่น จำเลยต้องชำระหนี้แก่โจทก์ตามฟ้อง และโจทก์ต้องใช้ค่าเสียหายแก่จำเลยตามฟ้องแย้ง วัตถุประสงค์นี้เป็นเงินที่ต้องชำระซึ่งกันและกัน ศาลย่อมมีอำนาจพิพากษาให้หักกลบลบหนี้กันได้ เพราะเป็นการสะดวกในการบังคับคดี และไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดห้ามไว้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2923/2525)

2. คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่เกี่ยวข้อง

เนื่องจากศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้เสนอข้อหาโดยการฟ้องให้คู่สัญญาชำระหนี้ตามสัญญา และผู้ถูกฟ้องคดีมิได้ฟ้องหรือฟ้องแย้งโดยมีคำขอให้ศาลทำการหักกลบลบหนี้ให้แก่ตน ศาลปกครองจะมีอำนาจพิพากษาให้หักกลบลบหนี้ได้หรือไม่ ซึ่งกรณีข้างต้นศาลปกครองได้มีคำพิพากษาแบ่งออกได้เป็นสองแนวทาง ได้แก่ *แนวทางที่หนึ่ง* ศาลจะมีอำนาจทำการหักกลบลบหนี้ได้ โดยผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องฟ้องแย้งเข้ามาในคดี และ *แนวทางที่สอง* ศาลมีอำนาจทำการหักกลบลบหนี้ได้ โดยผู้ถูกฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องฟ้องแย้งเข้ามาในคดี

²¹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), พิมพ์ครั้งที่ 4 : 2562, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 1117-1118.

²² อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 20, หน้า 14.

ดังนั้น จึงมีปัญหาคือจะต้องพิจารณาว่า “การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิตามสัญญาฟ้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้แก่ตน ศาลปกครองจะพิจารณามีคำพิพากษาโดยการหักกลบลบหนี้ให้หนี้คู่กรณีฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องเสนอข้อหาโดยการฟ้องหรือการฟ้องแย้ง โดยมีคำขอให้ศาลทำการหักกลบลบหนี้ให้แก่ตนหรือไม่ อย่างไร” ทั้งนี้ เพื่อให้ปัญหาดังกล่าวเป็นที่ยุติและเป็นแนวทางให้กับศาลปกครองใช้ประกอบการพิจารณาวินิจฉัยคดีต่อไป

2.1 แนวทางที่หนึ่ง ศาลมีอำนาจทำการหักกลบลบหนี้ได้ โดยผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องฟ้องแย้งเข้ามาในคดี

แนวทางแรก เห็นว่า การที่ศาลจะทำการหักกลบลบหนี้ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีได้นั้น ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องเสนอคดีของตนต่อศาลเป็นอีกคดีหนึ่งหรือฟ้องแย้งเพื่อตั้งฐานแห่งสิทธิเรียกร้องของตน เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ฟ้องคดีต่อศาลหรือฟ้องแย้งเข้ามาในคดี ศาลจึงไม่อาจทำการหักกลบลบหนี้ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ ทั้งนี้ คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่สนับสนุนแนวทางแรก เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 736/2563 สำหรับอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ว่า ศาลปกครองชั้นต้นมิได้นำราคาข้าวสารมาหักกลบลบหนี้ค่าบำเหน็จ ค่าฝากเก็บข้าวเปลือก และค่ารักษาคุณภาพข้าวเปลือกในอัตรา 20 บาทต่อตันข้าวเปลือกต่อเดือนให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 นั้น เห็นว่า แม้ข้ออุทธรณ์ในส่วนนี้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ยกขึ้นอ้างในคำให้การ จึงเป็นข้อที่โต้แย้งกันมาแล้ว โดยชอบในศาลปกครองชั้นต้นตามข้อ 101 วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 แล้วก็ตาม แต่คำให้การในเรื่องหักกลบลบหนี้ดังกล่าวผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มิได้ระบุเป็นคำขอไว้โดยชัดแจ้งว่า ผู้ฟ้องคดีมีหนี้ที่ต้องชำระให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นจำนวนเท่าใด รวมทั้งมิได้มีการชำระค่าธรรมเนียมศาลในเรื่องดังกล่าวในชั้นการพิจารณาของศาลปกครองชั้นต้น กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่าคำให้การดังกล่าวเป็นการฟ้องแย้งตามข้อ 44 วรรคหนึ่ง แห่งระเบียบดังกล่าว ประกอบมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองสูงสุดจึงไม่อาจพิจารณาให้ได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 395/2560 โดยที่คดีนี้ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ว่าการที่ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า งานงวดที่ 3 แล้วเสร็จไปร้อยละ 70 เมื่อคำนวณราคางานตามอัตราที่กำหนดไว้ในสัญญาสำหรับงานงวดที่ 3 เป็นเงิน 1,269,750 บาท ร้อยละ 70 ของค่างานงวดที่ 3 คำนวณเป็นเงิน 888,825 บาท แล้วนำราคางานค้างของงานงวดที่ 3 ดังกล่าว มาหักกลบลบกับค่าปรับนั้น กรณีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามไม่ได้ฟ้องแย้งเรียกร้องค่างานงวดที่ 3 ในส่วนที่อ้างว่าทำเสร็จไปแล้วดังกล่าว ศาลจึงไม่อาจนำเงินค่างานดังกล่าวมาหักกลบลบกับค่าเบี้ยปรับได้ ศาลเห็นว่า เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามมิได้ฟ้องแย้งในประเด็นนี้ไว้ การจะนำข้อเท็จจริงว่ามีการดำเนินการก่อสร้างในงานงวดที่ 3 แล้วเสร็จไปเพียงใดนั้น จึงไม่สามารถนำมารับฟังในการพิจารณาคดีนี้ได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 489/2559 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะมีสิทธินำค่าจ้างหักส่วนจำกัด สุวัชชัยกรูป ให้ซ่อมแซมปรับปรุงอาคารสำนักงานเทศบาลตำบลชัยวารีหลังใหม่ที่ชำรุดเสียหายเป็นเงินจำนวน 95,000 บาท มาหักออกจากค่าจ้างงานงวดสุดท้ายที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องชำระให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้หรือไม่ ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องฟ้องคดีต่อศาลหรือฟ้องแย้งในคดีนี้ เพื่อตั้งฐานแห่งสิทธิเรียกร้องของตนจากความชำรุดบกพร่องของงานจ้างที่รับมอบมาแล้ว เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ฟ้องผู้ฟ้องคดีต่อศาลหรือฟ้องแย้งมาในคดีนี้ ศาลจึงไม่อาจนำเงินค่าจ้างจำนวน 95,000 บาท หักออกจากเงินค่าจ้างงานงวดที่ 5 หรืองวดสุดท้ายที่ผู้ถูกฟ้องคดีต้องชำระให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1920/2559 เป็นการฟ้องแย้งขอให้ชดเชยค่าการทำงานที่ได้ทำไปแล้ว แต่ไม่ได้มีคำขอให้หักกลบลบหนี้ สรุปได้ว่า ผู้ฟ้องคดี (องค์การบริหารส่วนตำบลต้นหมิงมัส) ฟ้องขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามชดเชยค่าเสียหายจากการผิดสัญญาก่อสร้างอาคารที่ทำการของผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ฟ้องแย้งขอให้ผู้ฟ้องคดีชดเชยค่าเสียหายกรณีไม่ได้รับค่าจ้างจากการงานที่ได้ทำไปแล้ว เห็นว่า เมื่อผู้ฟ้องคดีมีสิทธิได้รับค่าปรับจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นเงินจำนวน 362,450 บาท ส่วนผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ก็มีสิทธิได้รับค่าการทำงานที่ได้ทำไปแล้วเป็นเงินจำนวน 337,028 บาท ตามมาตรา 391 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น เมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิเรียกร้องต่อกัน ซึ่งหากนำสิทธิดังกล่าวมาหักกลบลบหนี้กันเพื่อความสะดวกในการบังคับคดีแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยังคงต้องชำระเงินให้แก่ผู้ฟ้องคดีอีกเป็นจำนวน 25,922 บาท จึงพิพากษาให้เป็นให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ร่วมกันชำระเงินให้แก่ผู้ฟ้องคดีจำนวน 25,922 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีของต้นเงินจำนวนดังกล่าวนับถัดจากวันฟ้องคดีเป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จ นอกจากนี้แก้ไขให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1532/2559 เป็นการฟ้องแย้งขอให้ชดเชยค่าปรับ แต่ไม่ได้มีคำขอให้หักกลบลบหนี้ สรุปได้ว่า คดีนี้ผู้ฟ้องคดี (ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิริยะชัยก่อสร้าง) ฟ้องขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (องค์การบริหารส่วนตำบลท่าโพธิ์) ชำระค่าจ้างพร้อมค่าเสียหายเนื่องจากการก่อสร้างรางระบายน้ำคอนกรีตเสริมเหล็ก ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ฟ้องแย้งขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชำระเงินเบี้ยปรับ เนื่องจากผู้ฟ้องคดีเป็นฝ่ายผิดสัญญาจ้าง เห็นว่าศาลปกครองชั้นต้นได้วินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นฝ่ายผิดสัญญา แต่สมควรกำหนดเบี้ยปรับเพียงร้อยละสิบของค่าจ้างเป็นเงินจำนวน 84,000 บาท ซึ่งต่อมา ไม่ปรากฏว่ามีคู่กรณีฝ่ายใดโต้แย้งประเด็นวินิจฉัยดังกล่าว กรณีจึงถือว่าประเด็นที่ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีสิทธิได้รับค่าปรับในจำนวนร้อยละสิบของค่าจ้างเป็นเงินจำนวน 84,000 บาท นั้น เป็นที่สุดตามมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อย่างไรก็ตาม เมื่อผู้ฟ้องคดีมีสิทธิจะได้รับค่าการทำงานจำนวน 507,413.12 บาท และเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีสิทธิเรียกค่าปรับจากผู้ฟ้องคดีเป็นเงินจำนวน 84,000 บาท แล้ว คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจึงต่างมีสิทธิเรียกร้องแก่กัน เมื่อนำเอาสิทธิเรียกร้องดังกล่าวมาหักกลบลบหนี้กันเพื่อความสะดวกแก่การบังคับคดี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยังต้องชำระค่าการทำงานให้แก่ผู้ฟ้องคดีอีกเป็นเงินจำนวน 423,413.12 บาท (507,413.12 - 84,000)

2.2 แนวทางที่สอง ศาลมีอำนาจทำการหักกลบลบหนี้ได้ โดยผู้ถูกฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องฟ้องแย้งเข้ามาในคดี

แนวทางที่สอง เห็นว่า ศาลสามารถทำการหักกลบลบหนี้ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ โดยที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องเสนอคดีของตนต่อศาลเป็นอีกคดีหนึ่งหรือฟ้องแย้งเข้ามาในคดีแต่อย่างใด ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่า มีแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่สนับสนุนแนวทางที่สอง ดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1058/2560 กรณีมูลหนี้ค่าการงานที่ผู้ฟ้องคดีจะต้องชำระให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีและมูลหนี้ค่าปรับที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องชำระให้แก่ผู้ฟ้องคดีอันเป็นมูลหนี้จากสัญญาฉบับเดียวกัน โดยคู่สัญญาต่างฝ่ายต่างเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ของกันและกัน และหนี้ทั้งสองถึงกำหนดชำระแล้ว ทั้งนี้ ตามข้อสัญญาและโดยผลของกฎหมายแล้วแต่กรณี **ผู้ถูกฟ้องคดีจึงสามารถปลดหนี้โดยการหักกลบลบหนี้ได้ โดยไม่จำเป็นต้องฟ้องแย้งเข้ามาในคดี** ซึ่งเมื่อหักกลบลบหนี้จากหนี้ค่าการงานกับหนี้ค่าปรับดังกล่าวแล้ว ยังคงมีค่าการงานที่ผู้ฟ้องคดีจะต้องชำระให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีอีก กรณีจึงไม่เหลือค่าปรับที่ผู้ถูกฟ้องคดีต้องชำระให้แก่ผู้ฟ้องคดีอีก แต่หนี้ค่าการงานส่วนที่เหลือจากการหักกลบลบหนี้นั้น ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้ฟ้องแย้งเข้ามาในคดี ศาลจึงไม่อาจกำหนดค่าบังคับให้ผู้ฟ้องคดีจ่ายค่าการงานส่วนเกินนั้นให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1136/2560 เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายตามมาตรา 391 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังที่กล่าวข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายได้บัญญัติรองรับผลของการเลิกสัญญาไว้ว่า คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม โดยการงานอันได้กระทำไปแล้วให้ทำการใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้นแทน ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่ถูกกฎหมายได้บัญญัติให้อำนาจศาลสามารถนำค่าการงานที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้กระทำไปแล้วมาหักกลบลบหนี้กับค่าปรับได้ โดยผู้ถูกฟ้องคดีหาจำเป็นต้องฟ้องแย้งเรียกเข้ามาในคดีอีกแต่อย่างใดไม่ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายหลังจากที่เลิกสัญญากันแล้วเพื่อไม่ให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกันอย่างไรก็ตาม โดยที่คดีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำคำให้การยื่นต่อศาลปกครองชั้นต้น และทำคำแก้อุทธรณ์ยื่นต่อศาลปกครองสูงสุดว่า ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ตั้งใจที่จะเรียกเอาค่าการงานที่ทำไปแล้วจากผู้ฟ้องคดี กรณีจึงต้องถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้สละสิทธิในเงินดังกล่าวแล้ว ศาลจึงไม่อาจนำค่าการงานที่ทำไปแล้วไปหักออกจากค่าปรับส่วนที่ต้องชำระจำนวน 20,495 บาท ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิได้รับค่าปรับจำนวน 20,495 บาท

นอกจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดข้างต้นที่สนับสนุนแนวทางที่ว่า ศาลสามารถทำการหักกลบลบหนี้ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ โดยที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องเสนอคดีของตนต่อศาลเป็นอีกคดีหนึ่งหรือฟ้องแย้งเข้ามาในคดี ยังปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาที่วางแนวทางในลักษณะเดียวกัน ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1190/2526 โจทก์และจำเลยต่างมีความผูกพันในอันที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่กันและกัน เมื่อหนี้ของทั้งสองฝ่ายต่างถึงกำหนดแล้ว **ย่อมจะหักกลบลบหนี้กันได้โดยจำเลยไม่ต้องฟ้องโจทก์เป็นคดีใหม่หรือฟ้องแย้ง** เพราะโจทก์มีความผูกพันจะต้องชำระหนี้ให้แก่จำเลยตามสัญญาค้ำประกันส่วนจำเลยก็มีความผูกพันจะต้องชำระเงินให้แก่โจทก์ตามตัวสัญญาใช้เงิน ทั้งการที่ได้มีการมอบตัวสัญญาใช้เงินตามสัญญาค้ำประกัน ก็มีใช่เป็นเครื่องแสดงเจตนาของคู่กรณีว่าจะมีให้นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 341 มาใช้บังคับ จำเลยจึงมีสิทธิที่จะหักกลบลบหนี้กันได้ตามจำนวนที่ตรงกันในมูลหนี้ ตั้งแต่เวลาที่หนี้ทั้งสองฝ่ายอาจหักกลบลบหนี้กันได้เป็นครั้งแรก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2616/2563 โจทก์ทำสัญญาเช่าที่ดินจากจำเลยเพื่อปลูกสร้างอาคารรวม 8 ห้อง ให้ผู้อื่นเช่า 6 ห้อง ในจำนวนนี้ ส.เช่า 1 ห้อง และเจ้าของร้านรถจักรยานยนต์เช่า 1 ห้อง ระหว่างเดือนกุมภาพันธ์ 2559 ถึงเดือนธันวาคม 2560 นางสาว ร. ผู้อนุบาลจำเลยไปเก็บเงินจาก ส. และเจ้าของร้านซ่อมรถจักรยานยนต์รวม 23 เดือน โดยจำเลยไม่มีสิทธิ จำเลยจึงต้องคืนเงินจำนวนดังกล่าวแก่โจทก์ แต่โจทก์ซึ่งเป็นผู้เช่าก็ได้ชำระค่าเช่าให้แก่จำเลยนับแต่ทำสัญญาเช่า ซึ่งเมื่อครบกำหนดสัญญาเช่าแล้ว จำเลยได้ฟ้องขับไล่โจทก์ออกจากที่ดินที่เช่าและเรียกค่าเช่าที่ค้างชำระ ซึ่งศาลพิพากษาให้จำเลยขนย้ายทรัพย์สินออกไปจากที่ดินที่เช่าและให้โจทก์ชำระค่าเช่าแก่จำเลย ซึ่งศาลออกหมายตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีแล้ว หนัดังกล่าวเป็นหนี้ที่ไม่มีข้อโต้แย้ง โจทก์จึงมีหนี้ต้องชำระแก่จำเลย เมื่อต่างฝ่ายต่างมีวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นเงินซึ่งต้องชำระซึ่งกันและกัน ศาลย่อมพิพากษาให้หักกลบลบหนี้กันได้โดยจำเลยไม่ต้องฟ้องแย้ง เพราะเป็นความสะดวกในการบังคับคดี เมื่อนำเงินที่จำเลยเก็บจากผู้เช่าของโจทก์โดยไม่มีสิทธิมาหักกลบลบหนี้กับค่าเช่าที่โจทก์ค้างชำระแก่จำเลย โจทก์ยังต้องรับผิดชอบชำระค่าเช่าแก่จำเลยอีก จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์

3. บทวิเคราะห์

เมื่อการหักกลบลบหนี้ต้องอาศัย “เจตนา” เป็นสำคัญ ประกอบกับกรณีที่หากคู่กรณีมีการขอหรือแสดงเจตนาในชั้นศาลนั้น จึงต้องทำความเข้าใจในเบื้องต้นเสียก่อนถึง “การแสดงเจตนาของคู่กรณีในการพิจารณาตัดสินของศาล โดยไม่ปรากฏคำขอให้ศาลบังคับตามเจตนา” เช่น การปฏิเสธหรือยอมรับข้อโต้แย้งของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งกับ “การแสดงเจตนาที่เป็นการขอให้ศาลบังคับตามเจตนา” ต้องเป็นการแสดงเจตนาในลักษณะที่เสนอข้อหาต่อศาลโดยทำเป็นคำฟ้องหรือคำฟ้องแย้ง และเมื่อพิจารณากรณีที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “ศาลย่อมพิพากษาให้หักกลบลบหนี้กันได้โดยจำเลยไม่ต้องฟ้องแย้ง” (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1190/2526 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2616/2563) นั้น แสดงให้เห็นได้ว่า การแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้ของคู่กรณีในชั้นศาล ไม่จำเป็นต้องมีคำขอบังคับโดยทำเป็นคำฟ้องหรือคำฟ้องแย้งก็ได้ ทำให้คู่กรณีสามารถขอหักกลบลบหนี้ในชั้นศาลได้ อย่างไรก็ตาม คู่กรณีต้องแสดงเจตนาให้ศาลทราบได้ว่าตนประสงค์จะหักกลบลบหนี้ และแม้ว่าศาลจะทราบถึงเจตนาที่คู่กรณีประสงค์จะขอหักกลบลบหนี้แล้วก็ตาม แต่ศาลก็ยังต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า หนี้นั้นมีข้อต่อสู้หรือไม่ เช่น หากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนั้นยังต่อสู้ว่า

ตนไม่มีหน้าที่จะต้องถูกนำมาหักกลบลบหนี้ด้วย เนื่องจากไม่ได้กระทำผิดสัญญา กรณีจึงยังมีประเด็นที่ศาลต้องพิจารณาว่าการหักกลบลบหนี้้นั้นไม่อาจกระทำได้หากมีการโต้แย้งว่าไม่ผิดสัญญา ซึ่งถือว่าหนี้้นั้นยังมีข้อต่อสู้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1285/2532)

เมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองแนวทางแรกที่เห็นว่า การที่ศาลจะทำการหักกลบลบหนี้ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีได้นั้น ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องเสนอคดีของตนต่อศาลเป็นอีกคดีหนึ่งหรือฟ้องแย้งเพื่อตั้งฐานแห่งสิทธิเรียกร้องของตน เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ฟ้องคดีต่อศาลหรือฟ้องแย้งเข้ามาในคดี ศาลจึงไม่อาจทำการหักกลบลบหนี้ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ จะเห็นได้ว่า แม้ว่าการแสดงเจตนาในชั้นศาลไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาโดยมีคำขอบังคับเสมอไป แต่การที่ศาลกำหนดให้มีการเสนอข้อหาหรือเสนอคำฟ้องต่อศาลเป็นกรณีที่ศาลถือเอาเจตนาที่ชัดเจนของคู่กรณีเป็นสาระสำคัญ อีกทั้งการที่ศาลกำหนดให้การหักกลบลบหนี้ในชั้นศาลต้องเสนอข้อหาต่อศาลโดยการฟ้องคดีหรือฟ้องแย้งนั้น จะทำให้ศาลมีอำนาจในการกำหนดจำนวนหนี้ของทั้งสองฝ่ายให้มีความแน่นอน เพราะกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายพิพาทกัน ในชั้นศาล ย่อมเป็นกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างกล่าวอ้างว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นฝ่ายผิดสัญญา ย่อมทำให้หนี้้นั้นมีข้อต่อสู้ ศาลจึงไม่อาจจะหักกลบลบหนี้ให้ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1285/2532) ดังนั้น ลำพังการแสดงเจตนาต่อศาลเพื่อขอหักกลบลบหนี้จึงยังไม่เพียงพอที่จะให้อำนาจศาลในการหักกลบลบหนี้ได้

เมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองแนวที่สองที่เห็นว่า ศาลสามารถทำการหักกลบลบหนี้ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ โดยผู้ถูกฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องเสนอคดีของตนต่อศาลเป็นอีกคดีหนึ่งหรือฟ้องแย้งเข้ามาในคดีแต่อย่างใด นั้น แม้หนี้จะยังไม่ชัดเจนแน่นอนและหนี้้นั้นมีข้อต่อสู้ทั้งโต้แย้งเรื่องการผิดสัญญา และจำนวนหนี้ที่จะนำมาหักกลบลบหนี้ต่อกัน แต่ศาลก็ยังคงไว้ซึ่งอำนาจในการหักกลบลบหนี้ อันเป็นกรณีที่ศาลตีความขยายอำนาจให้ตนเองมีอำนาจกำหนดจำนวนหนี้ให้แน่นอนให้เป็นดังเช่นระบบกฎหมายอิตาลีและฝรั่งเศส แต่ในระบบการหักกลบลบหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น ศาลไม่มีอำนาจในการกำหนดความแน่นอนของหนี้ ซึ่งหากปรากฏต่อศาลถึงความไม่แน่นอนของจำนวนหนี้ ศาลจะต้องปฏิเสธการหักกลบลบหนี้้นั้น เนื่องจากหนี้้นั้นยังมีข้อต่อสู้ ซึ่งผลของคำพิพากษาดังกล่าว แม้จะทำให้คดีที่ขอให้หักกลบลบหนี้้นั้นเสร็จสิ้นไปได้ก็ตาม แต่ในคดีที่หนี้ยังไม่มีความแน่นอนชัดเจน คู่กรณีจะต้องไปดำเนินคดีเป็นอีกคดีหนึ่ง ดังนั้น เพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเป็นไปเพื่อการอำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณี และเนื่องจากระบบกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทยเป็นระบบกฎหมายที่ประสงค์จะให้องค์กรตุลาการพิจารณาและอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย การนำหลักกฎหมายว่าด้วยการหักกลบลบหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในสัญญาทางปกครอง จึงควรนำมาใช้ให้มีความยืดหยุ่นมากขึ้น โดยเฉพาะในกรณีที่มีปัญหาเกิดขึ้นจาก “สัญญาทางปกครองเดียวกัน” แต่ต่างฝ่ายต่างมีหนี้ที่จะอ้างขึ้นต่อกัน ในกรณีนี้ แม้ว่าในระบบกฎหมายจะไม่ปรากฏบทบัญญัติเช่นเดียวกับในระบบกฎหมายอิตาลีและฝรั่งเศสก็ตาม แต่เมื่อศาลมีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาแสวงหาข้อเท็จจริงจากสำนวนคดีได้เองว่า คู่กรณีเจตนาที่จะหักกลบลบหนี้หรือไม่ เช่น กรณีที่แม้จะไม่กล่าวถึงการหักกลบลบหนี้ แต่อ้างว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายมีหนี้ตามสัญญาฉบับเดียวกันที่ต้องชำระให้แก่ตน ก็เพียงพอที่จะแสดงให้เห็น

เจตนาขอให้หักกลบลบหนี้แล้ว และเมื่อศาลทราบถึงเจตนาของคู่สัญญาแล้ว ในบางกรณีลูกหนี้ที่จะถูกหักกลบลบหนี้ นั้น โต้แย้งว่าตนมีหนี้ที่จะเรียกมากกว่าหนี้ที่ผู้แสดงเจตนาหักกลบลบหนี้ (หนี้ท่วมหนี้ที่จะนำมาหักกลบลบหนี้) เช่นนี้ ศาลอาจจะต้องสอบถามคู่กรณีฝ่ายนั้นว่า ประสงค์จะขอบังคับส่วนเกินจากการหักกลบลบหนี้หรือไม่ ซึ่งหากประสงค์ให้ทำเป็นคำฟ้องหรือคำฟ้องแย้ง และชำระค่าธรรมเนียมศาลในส่วนที่ขอบังคับเข้ามาเพิ่มเติมได้ ซึ่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาดังกล่าวจะทำให้ศาลมีอำนาจพิจารณาคำฟ้องหรือคำฟ้องแย้งในหนี้ที่มีข้อต่อสู้ และทำให้ศาลมีอำนาจในการกำหนดจำนวนหนี้ที่แน่นอน ซึ่งย่อมเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณี โดยไม่จำเป็นต้องไปดำเนินคดีแยกต่างหากอีกคดีหนึ่ง

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลปกครองเป็นระบบไต่สวน ศาลย่อมมีอำนาจกำหนดประเด็นที่จะแสวงหาข้อเท็จจริงได้เอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การที่ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดประเด็นให้คู่กรณีชี้แจง ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดประเด็นให้ผู้ถูกฟ้องคดีให้การตามข้อ 42 วรรคหนึ่ง²³ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 หรือศาลจะกำหนดประเด็นข้อเท็จจริงที่จะทำการไต่สวนโดยให้คู่กรณีหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องทำการชี้แจงได้ตามข้อ 51 วรรคสอง²⁴ แห่งระเบียบดังกล่าว โดยในกรณีนี้ ศาลอาจจะกำหนดประเด็นที่ว่า “คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างมีความผูกพันซึ่งกันและกันโดยมูลหนี้อันมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกัน” หรือไม่ เพียงใด เพื่อให้คู่กรณีชี้แจงและให้คู่กรณีแจ้งความประสงค์จะฟ้องเพิ่มเติมหรือฟ้องแย้งเข้ามาในคดีได้ หากคู่กรณีฝ่ายใดประสงค์ที่จะขอให้ศาลกำหนดค่าบังคับให้ อันเป็นกรณีที่ศาลปกครองอาศัยอำนาจในการกำหนดประเด็นตามระเบียบเดียวกัน เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลสามารถขยายอำนาจให้ตนเอง “มีอำนาจในการกำหนดจำนวนหนี้ให้แน่นอน” ให้เป็นดังเช่นระบบกฎหมายอิตาลีและฝรั่งเศสได้ โดยไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) อันเป็นการผสวนข้อดีระหว่างแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดทั้งสองแนวทางเข้าด้วยกันเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม อีกทั้งกรณีดังกล่าวไม่ถึงว่าขัดต่อวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองเรื่องค่าธรรมเนียมศาลตามมาตรา 45 วรรคสี่²⁵ แห่งพระราชบัญญัติ

²³ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 42 “เมื่อตุลาการเจ้าของสำนวนเห็นว่าคำฟ้องใดเป็นคำฟ้องที่สมบูรณ์ครบถ้วน ให้มีคำสั่งรับคำฟ้อง และมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทำคำให้การ โดยส่งสำเนาคำฟ้องและสำเนายานหลักฐานไปด้วย ในกรณีที่เห็นสมควร จะกำหนดประเด็นให้ผู้ถูกฟ้องคดีต้องให้การ หรือให้จัดส่งยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องหรือที่จะเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาของศาลด้วยก็ได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่กำหนดไว้ในข้อ 61”

²⁴ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 51 “ศาลมีอำนาจออกคำสั่งเรียกคู่กรณีหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำได้ตามที่เห็นสมควร คำสั่งของศาลตามวรรคหนึ่งจะกำหนดประเด็นข้อเท็จจริงที่จะทำการไต่สวนไว้ด้วยก็ได้”

²⁵ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 45 วรรคสี่ “การฟ้องคดีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล เว้นแต่การฟ้องคดีขอให้สั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินอันสืบเนื่องจากคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ให้เสียค่าธรรมเนียมศาลตามทุนทรัพย์ในอัตราตามที่ระบุไว้ในตาราง 1 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สำหรับคดีที่มีคำขอให้ปลดเปลื้องทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้...”

จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เนื่องจากคู่กรณีไม่มีการฟ้องเพิ่มเติมหรือฟ้องแย้งเข้ามาในคดี จึงไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล

4. บทสรุป

การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิตามสัญญาฟ้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้แก่ตน การที่ศาลปกครองจะพิจารณามีคำพิพากษาโดยการหักกลบลบหนี้ให้ได้นั้น จะต้องปรากฏ “เจตนาในการขอหักกลบลบหนี้” ที่จะทำให้ศาลทราบได้ว่า ผู้ฟ้องคดีประสงค์จะหักกลบลบหนี้กับหนี้ของผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งศาลสามารถดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงโดยกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีชี้แจงในประเด็นดังกล่าวว่า “หนี้ที่จะถูกนำมาหักกลบลบหนี้” นั้น ผู้ถูกฟ้องคดีเห็นเป็นเช่นใด โดยเฉพาะในจำนวนเงินที่จะถูกหักกลบลบหนี้ หากผู้ถูกฟ้องคดีโต้แย้งว่า ตนมีหนี้ที่จะเรียกมากกว่าหนี้ที่ผู้ฟ้องคดีแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้ (หนี้ท่วมหนี้ที่จะนำมาหักกลบลบหนี้) เช่นนี้ ศาลอาจจะต้องสอบถามผู้ถูกฟ้องคดีว่า ประสงค์จะขอบังคับส่วนเกินจากการหักกลบลบหนี้หรือไม่ โดยคู่กรณีฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องเสนอข้อหาโดยการฟ้องหรือการฟ้องแย้ง โดยมีคำขอให้ศาลทำการหักกลบลบหนี้ให้แก่นั่น ซึ่งเมื่อพิจารณาความข้อนี้ประกอบเข้ากับภารกิจของศาลปกครองในฐานะที่เป็นองค์กรตุลาการในการระงับข้อพิพาททางปกครอง และเมื่อการหักกลบลบหนี้คือการหักล้างกันแห่งความเป็นลูกหนี้และเจ้าหนี้ (Compensatio est debiti et crediti inter se contribution) อันเป็นการระงับหนี้ที่บุคคลสองฝ่ายมีต่อกันแล้ว การระงับข้อพิพาทโดยการระงับซึ่งหนี้ที่ทั้งสองฝ่ายมีแก่กันย่อมยังประโยชน์ให้คดีพิพาทเสร็จสิ้นไปโดยเร็ว และก่อให้เกิดประโยชน์แก่ทั้งสองฝ่าย ดังนั้น เพื่อให้ศาลปกครองสามารถพิจารณากำหนด “ความแน่นอนของจำนวนหนี้จากสัญญาทางปกครองฉบับเดียวกัน” และสามารถดำเนินการหักกลบลบหนี้ในหนี้ที่ยังมีข้อต่อสู้ได้ ศาลปกครองชอบที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยการกำหนดประเด็นให้ผู้สัญญาชี้แจง²⁶ ในประเด็นที่เป็นหนี้ระหว่างกัน และแสดงความประสงค์ที่จะฟ้องเพิ่มเติมหรือฟ้องแย้งเข้ามาในคดีเพื่อขอให้ศาลกำหนดค่าบังคับต่อไปได้ อันเป็นกรณีที่ศาลปกครองอาศัยวิธีพิจารณาคดีของศาลเข้าไป “หักกลบลบหนี้ในชั้นศาล” เพื่อประโยชน์แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายนั่นเอง

²⁶ เป็นอำนาจของศาลปกครองตามข้อ 42 วรรคหนึ่ง ข้อ 47 วรรคหนึ่ง และข้อ 51 วรรคหนึ่ง ประกอบวรรคสอง ของระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543



บรรณานุกรม

หนังสือ ตำราภาษาไทย

จิต เศรษฐบุตร, (แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์), หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 15 : 2548, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล, สารานุกรมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หักกลบลบหนี้, 2540, กรุงเทพฯ : อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง.

ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้, 2542, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

ศันันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), พิมพ์ครั้งที่ 3 : 2560, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

สนิท สนั่นศิลป์, คำอธิบายกฎหมายหนี้ว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้องและความระงับแห่งหนี้ ลักษณะ 1 หมวด 4-5, 2539, กรุงเทพฯ : สุตรไฟศาล.

เสนีย์ ปราโมช,ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), พิมพ์ครั้งที่ 4 : 2562, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6 : 2545, กรุงเทพฯ : นิติบรรณาการ.

หนังสือต่างประเทศ

Arangio-ruiz V., Istituzioni di Diritto Romano Quattordicesima edizione riveduta ristampata analitica, 1984, Giovene : Napoli.

Bianca C.M., Diritto Civile IV : L'Obbligazione ristampata emendate 1993, Milano : Giuffrè.

เว็บไซต์ต่างประเทศ

Codice Civile 2023, [Online], retrieved from <https://www.brocardi.it/codice-civile/>.

La compensazione è l'annullamento reciproco di un debito e di un credito, [Online], retrieved from <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-i/capo-iv/sezione-iii/art1241.html>.

บทวิเคราะห์คดี : บทบาทของศาลปกครองในการคุ้มครองเสรีภาพของสื่อมวลชน
ในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น
กรณีศึกษาจากคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดิน
ระบบดิจิทัลของบริษัท วอยซ์ ทวี จำกัด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564)

วิชา เนตรหัตถ์สนั่น*

ส่วนที่หนึ่ง ข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลปกครอง

คดีนี้ ผู้ฟ้องคดี (บริษัท วอยซ์ ทวี จำกัด) ฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือสำนักงาน กสทช. (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) มีหนังสือรวม 4 ฉบับ แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ตรวจสอบและได้รับเรื่องร้องเรียนให้ตรวจสอบการนำเสนอข่าวจากรายการ Tonight Thailand และรายการ Wake Up News รวมทั้งสิ้น 5 กรณี ซึ่งผู้ดำเนินรายการได้แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐบาล หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมไปถึงการดำเนินการของพรรคการเมืองต่าง ๆ หรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับข่าวสารที่นำเสนอ เช่น การให้ความเห็นเกี่ยวกับผลการสำรวจความเห็นของประชาชนเกี่ยวกับสถานการณ์การเลือกตั้งว่า “ประชาชนส่วนใหญ่มีข้อกังวลใจเกี่ยวกับการเลื่อนการเลือกตั้งและเศรษฐกิจ แต่ผู้มีอำนาจไม่ยอมรับ เสมือนไม่ยอมให้มีการเลือกตั้ง” การแสดงความคิดเห็นต่อการประกาศนโยบายของพรรคพลังประชารัฐของนายอุตตม สาวนายน ว่า “ทำไมขณะที่ดำรงตำแหน่งในคณะรัฐบาลกว่า 5 ปี ถึงไม่ดำเนินการตามที่มีการแถลงนโยบาย แต่จะมาดำเนินการภายหลังจากที่ได้รับการเลือกตั้ง” การวิพากษ์วิจารณ์ถึงกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งได้มีการกำหนดช่วงเวลาในการออกอากาศของพรรคการเมืองผ่านสื่อโทรทัศน์และสื่อวิทยุกระจายเสียงว่า “เป็นไปเพื่อประโยชน์ที่จะควบคุมสื่อ” รวมไปถึงการใช้ถ้อยคำที่ตามความเห็นของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองแล้ว เป็นถ้อยคำที่ “สื่อให้เห็นถึงการเลือกข้างและความไม่เป็นกลางของผู้ดำเนินรายการ”¹ เช่น “พวกเรา” “ฝั่งนี้” “ฝั่งนั้น” “เราต้องเตรียมความพร้อม” หรือ “เราจะต้องสู้ทุกวิถีทาง” ด้วยเหตุนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงได้แจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ฟ้องคดีทราบและเชิญให้ผู้ฟ้องคดีมาชี้แจงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการพิจารณา จากนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้รวบรวมข้อเท็จจริงทั้งหมด เพื่อเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กสทช. (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) เพื่อพิจารณา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งมีหน้าที่และความรับผิดชอบ

*

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

¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564, หน้า 9.



ตามกฎหมายในการป้องกันมิให้การนำเสนอข่าวสาร “ถูกใช้เป็นช่องทางในการเผยแพร่ข้อมูลหรือชุดความคิดที่อาจนำไปสู่ความขัดแย้งของประชาชนในสังคมเช่นที่เป็นมาในอดีต” พิจารณาแล้ว เห็นว่า เนื้อหารายการของผู้ฟ้องคดีมีลักษณะที่ “ก่อให้เกิดความสับสนแก่ประชาชน”² ด้วยเหตุนี้ การออกอากาศรายการดังกล่าวจึงเป็นการออกอากาศรายการซึ่งต้องห้ามมิให้มีการออกอากาศหรือเผยแพร่ต่อสาธารณะ อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อมาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551³ โดยผลจากข้อ 1 ของคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 41/2559⁴ ประกอบข้อ 3 (5) ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557⁵ อีกทั้งกรณีดังกล่าวยังเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการประกอบกิจการโทรทัศน์ระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ฉบับลงวันที่

² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564, หน้า 13.

³ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551

มาตรา 37 วรรคหนึ่ง “ห้ามมิให้ออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาสาระที่ก่อให้เกิดการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมีการกระทำซึ่งเข้าลักษณะลามกอนาจาร หรือมีผลกระทบต่อทำให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง”

⁴ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 41/2559 เรื่อง การกำกับดูแลการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารต่อสาธารณะ

ข้อ 1 “ให้การเสนอข้อมูลข่าวสารหรือการออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาสาระตามข้อ 3 (1) ถึง (7) ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 เรื่อง การให้ความร่วมมือต่อการปฏิบัติงานของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ และการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารต่อสาธารณะ ลงวันที่ 18 กรกฎาคม พุทธศักราช 2557 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 103/2557 เรื่อง แก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 ลงวันที่ 21 กรกฎาคม พุทธศักราช 2557 เป็นการออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาสาระที่ก่อให้เกิดการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 แล้วแต่กรณี”

⁵ ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 เรื่อง การให้ความร่วมมือต่อการปฏิบัติงานของคณะรักษาความสงบแห่งชาติและการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารต่อสาธารณะ

ข้อ 3 “ผู้ประกอบการและผู้ให้บริการด้านสื่อมวลชนทุกประเภททั้งที่เป็นของราชการและเอกชน ไม่ว่าจะเป็นสถานีวิทยุกระจายเสียง สถานีโทรทัศน์ภาคพื้นดิน สถานีโทรทัศน์ผ่านดาวเทียม เคเบิล โทรทัศน์ระบบดิจิตอล และโทรทัศน์อินเทอร์เน็ต หนังสือพิมพ์ วารสาร หรือสื่อสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ รวมทั้งผู้ให้บริการด้านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ทุกประเภท อันรวมถึงการสื่อสารทางสังคมสื่อออนไลน์ มีหน้าที่เผยแพร่ข้อมูลข่าวสารตามที่ได้รับแจ้งจากคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ทั้งนี้ ให้บุคคลดังกล่าวรวมทั้งบุคคลอื่นใดงดเว้นการนำเสนอข้อมูลข่าวสารในลักษณะ ดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(5) ข้อมูลข่าวสารที่ก่อให้เกิดความสับสน ยั่วยุ ปลุกปั่นให้เกิดความขัดแย้ง หรือสร้างให้เกิดความแตกแยกในราชอาณาจักร

ฯลฯ

ฯลฯ”

4 มิถุนายน 2557 ด้วยเหตุนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีมติในการประชุมครั้งที่ 3/2562 เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2562 เพื่อออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินระบบดิจิทัล ช่องรายการวอยซ์ ทีวี ของผู้ฟ้องคดี เป็นระยะเวลา 15 วัน นับแต่วันที่รับคำสั่งเป็นต้นไป ทั้งนี้ โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 64 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551⁶ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในการประชุมครั้งที่ 3/2562 ดังกล่าว ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า มติดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงมีคำพิพากษาให้เพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในการประชุมครั้งที่ 3/2562 โดยให้มีผลนับแต่วันที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีมติ ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองอุทธรณ์

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า บทบัญญัติตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง และมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 อันเป็นบทบัญญัติที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้น จะต้อง “ตีความบทบัญญัติกฎหมายอย่างเคร่งครัด” บนหลักการพื้นฐานของสังคมประชาธิปไตยที่บุคคลและสื่อมวลชนย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ทั้งในทางที่เห็นพ้องและเห็นต่างภายใต้รัฐธรรมนูญ และต้องใช้อำนาจดังกล่าวจำกัดเฉพาะกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงอย่างชัดเจนว่า ผู้รับใบอนุญาตได้กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติห้าม และครบองค์ประกอบแห่งการออกคำสั่งตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น⁷ แต่ในขณะเดียวกัน สื่อมวลชนก็ต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนภายใต้หลักจริยธรรมแห่งวิชาชีพ โดยไม่เสนอข่าวหรือแสดงความคิดเห็นในลักษณะที่ก่อให้เกิดการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมีการกระทำซึ่งเข้าลักษณะลามกอนาจาร หรือมีผลกระทบต่อทำให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือการนำเสนอข้อมูลข่าวสารที่ก่อให้เกิดความสับสน ยั่วยุ ปลุกปั่นให้เกิดความขัดแย้ง หรือสร้างให้เกิดความแตกแยกในราชอาณาจักร รวมถึงต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนดอย่างเคร่งครัดด้วยเช่นเดียวกัน

เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า รายการที่พิพาทมีลักษณะเป็น “รายการข่าวเชิงวิเคราะห์ทางการเมือง” กล่าวคือ เป็นรายการที่นำข่าวสารจากแหล่งข่าวในขณะนั้นมาเรียบเรียงและนำเสนอใหม่ในรูปแบบของตนเอง พร้อมทั้งวิเคราะห์ข่าวที่นำเสนอขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การจัดทำ

⁶ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551

มาตรา 64 “คณะกรรมการอาจพิจารณาสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตได้เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(2) ผู้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนมาตรา 37 และเป็นกรณีที่เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

ฯลฯ

ฯลฯ”

⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564, หน้า 60.



บทวิเคราะห์เชิงการเมืองด้วยการวิพากษ์วิจารณ์การดำเนินงานของรัฐบาล หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมไปถึงการดำเนินการของพรรคการเมืองต่าง ๆ หรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับข่าวสารที่น่าสนใจ ซึ่งการนำเสนอข่าวของผู้ฟ้องคดีนั้น แม้ว่าจะมีการแสดงความคิดเห็นเพิ่มเติมไปจากเนื้อหาที่ปรากฏในข่าวก็ตาม แต่ก็ไม่ได้มีการบิดเบือนข้อเท็จจริงไปจากแหล่งข่าวสารที่น่าสนใจ และเป็นเพียง “การดำเนินรายการตามปกติวิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพสื่อมวลชน”⁸ ที่ย่อมมีเสรีภาพในการเสนอข่าวสารและแสดงความคิดเห็นภายใต้จริยธรรมแห่งวิชาชีพตามมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁹ เท่านั้น ด้วยเหตุนี้ การนำเสนอรายการพิพาทดังกล่าวจึงไม่ได้มีลักษณะที่เป็นการก่อให้เกิดความสับสน ยั่วยุ ปลุกปั่นให้เกิดความขัดแย้ง หรือสร้างให้เกิดความแตกแยกในราชอาณาจักรตามข้อ 3 (5) ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 103/2557 อันจะถือเป็นการออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาสาระที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 และตามนัยข้อ 1 ของคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 41/2559 หรือขัดต่อเงื่อนไขว่าด้วยการประกอบกิจการโทรทัศน์ของผู้ฟ้องคดีตามบันทึกข้อตกลงระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ฉบับลงวันที่ 4 มิถุนายน 2557 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงไม่อาจใช้อำนาจตามมาตรา 64 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 พักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัลของผู้ฟ้องคดีได้

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองพิพาทแล้วพบว่า การใช้อำนาจตามมาตรา 64 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขที่สำคัญ 2 ประการ คือ **ประการที่หนึ่ง** ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้รับใบอนุญาตได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง อันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และ**ประการที่สอง** การกระทำเช่นนั้น จะต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในขั้นตอนการรวบรวมข้อเท็จจริงและเสนอความเห็นต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เสนอเพียงแต่ข้อเท็จจริงอันเป็นพฤติการณ์ในการกระทำความผิดของผู้ฟ้องคดี โดยไม่ได้เสนอความเห็นว่าการออกอากาศรายการพิพาทของผู้ฟ้องคดีได้ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ อย่างไร รวมถึงไม่ปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มีการพิจารณาในประเด็นความเสียหายอย่างร้ายแรง ก่อนออกคำสั่งกำหนดโทษทางปกครองให้พักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัลของผู้ฟ้องคดี

⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564, หน้า 64.

⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มาตรา 35 วรรคหนึ่ง “บุคคลซึ่งประกอบวิชาชีพสื่อมวลชนย่อมมีเสรีภาพในการเสนอข่าวสารหรือการแสดงความคิดเห็นตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพ”

จึงเป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มิได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในข้อ 22.3 ของประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดในกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ที่มีโทษทางปกครอง พ.ศ. 2556¹⁰ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงไม่อาจมีคำสั่งพักใช้ใบอนุญาต ให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัลของผู้ฟ้องคดี โดยอาศัยอำนาจ ตามมาตรา 64 วรรคหนึ่ง (2) ประกอบกับมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ได้

ด้วยเหตุนี้ มีมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในการประชุมครั้งที่ 3/2562 เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2562 จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้เพิกถอนมติดังกล่าว โดยให้มีผลนับแต่วันที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีมติ นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย ศาลปกครองสูงสุด พิพากษายืน

ส่วนที่สอง บทวิเคราะห์คดี

บทนำ

คดีที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นนั้น เป็นคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองของไทยเป็นจำนวนมาก แต่กลับเป็นประเด็นปัญหาที่ยังไม่ปรากฏหลักการทางทฤษฎีที่เป็นระบบมากนัก ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเลือก ที่จะนำเสนอคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564 ซึ่งเป็นหนึ่งในคำพิพากษาที่ศาลปกครอง ได้วางหลักการใช้การตีความกฎหมายที่น่าสนใจเกี่ยวกับเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสาร และการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รวมไปถึงข้อจำกัด ของการใช้เสรีภาพดังกล่าวที่ปรากฏในกฎหมายฉบับต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น การใช้อำนาจของ กสทช. เพื่อออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินระบบดิจิทัล ตามมาตรา 37 ประกอบมาตรา 64 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 และเพื่อให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์คำพิพากษา

¹⁰ ประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ที่มีโทษทางปกครอง พ.ศ. 2556

ข้อ 22 “ในกรณีที่ปรากฏว่า ผู้รับใบอนุญาตกระทำความผิดดังต่อไปนี้ ให้สำนักงานเสนอความเห็น ต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาและมีคำสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต

ฯลฯ

ฯลฯ

22.3 ผู้รับใบอนุญาตละเลยการตรวจสอบการออกอากาศรายการเนื้อหาที่ขัดต่อกฎหมาย หรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการที่ให้ดำเนินการแก้ไขตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 และเป็นกรณีที่เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

ฯลฯ

ฯลฯ”



ฉบับดังกล่าวโดยใช้โครงสร้างการใช้การตีความกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมัน โดยแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 3 ขั้นตอน¹¹ ได้แก่ **ขั้นตอนที่หนึ่ง** การพิจารณาว่าการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของปัจเจกบุคคลนั้น อยู่ในขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นหรือไม่ (หัวข้อที่ 1.) **ขั้นตอนที่สอง** การพิจารณาว่าการกระทำของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น เป็นการใช้มาตรการเพื่อแทรกแซงการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นหรือไม่ (หัวข้อที่ 2.) และ **ขั้นตอนที่สาม** การพิจารณาว่าการจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นด้วยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ (หัวข้อที่ 3.) โดยมีรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาแต่ละประการ ดังต่อไปนี้

1. ขอบเขตความคุ้มครอง (Schutzbereich; scope of protection)

เนื่องจากบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพแต่ละมาตรานั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนด “พรมแดนในการดำเนินชีวิตอย่างเป็นอิสระของปัจเจกบุคคล” (Lebensbereiche)¹² ในด้านต่าง ๆ ซึ่งมีเนื้อหา เงื่อนไข และข้อจำกัดของความคุ้มครองที่แตกต่างกันออกไป ด้วยเหตุนี้ การกำหนด “ขอบเขตความคุ้มครอง” (Schutzbereich; scope of protection) ของสิทธิหรือเสรีภาพจึงเป็นไปเพื่อพิจารณาว่า การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของปัจเจกบุคคลนั้น จะได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นสิทธิหรือเสรีภาพประการใด ทั้งนี้ เพื่อจะได้พิจารณาต่อไปว่า ปัจเจกบุคคลจะสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพประการนั้นภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดประการใด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งรัฐจะสามารถจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดประการใดบ้าง โดยเฉพาะการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการนำเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 35 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย นั้น จำต้องพิจารณาว่า “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น” (หัวข้อที่ 1.1) และ “เสรีภาพในการนำเสนอข่าวสาร” (หัวข้อที่ 1.2) มีขอบเขตความคุ้มครองเช่นใด ทั้งในมุมมองของกฎหมายเปรียบเทียบและมุมมองของกฎหมายไทย ทั้งนี้ เพื่อนำหลักการที่ได้มาใช้ในการวิเคราะห์ว่า การนำเสนอข่าวจากรายการของผู้ฟ้องคดีในกรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564 นั้น จะอยู่ในขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพของสื่อมวลชนในการนำเสนอข่าวสาร

¹¹ รายละเอียด โปรดดู Manssen, Gerrit, *Staatrecht II Grundrechte*, 19. Aufl., München 2022, § 16 Rn. 396; Kingreen/Poscher/Pieroth/Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 32. Aufl., Heidelberg 2016, § 6 Rn. 220; Hufen, Friedhelm, *Staatrecht II Grundrechte*, 5. Aufl., München 2016; ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน*, พิมพ์ครั้งที่ 2 : 2562, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 210.

¹² Kingreen/Poscher/Pieroth/Schlink, *ibid*, § 6 Rn. 220; คำแปลภาษาไทยเป็นไปตาม ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *เพิ่งอ้าง*, หน้า 210.

และการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่ (หัวข้อที่ 1.3) โดยมีรายละเอียดในแต่ละประเด็นปัญหา ดังต่อไปนี้

1.1 เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ในฐานะที่เป็นพื้นฐานของเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น

ในการพิจารณาว่า “การแสดงความคิดเห็น” ในลักษณะใดจะเป็นวัตถุประสงค์แห่งการคุ้มครองของเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นได้มากน้อยเพียงใดนั้น จะต้องเริ่มจากการทำความเข้าใจความสำคัญของการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (หัวข้อที่ 1.1.1) เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในมุมมองกฎหมายเปรียบเทียบ (หัวข้อที่ 1.1.2) และขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในมุมมองกฎหมายไทย (หัวข้อที่ 1.1.3) ต่อไป

1.1.1 ความสำคัญของการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

ในรัฐเสรีประชาธิปไตย เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นพื้นฐานของการใช้สิทธิและเสรีภาพประการอื่นทั้งปวง เนื่องจากการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจะเริ่มต้นและดำรงอยู่ได้ก็ต่อเมื่อประชาชนได้มีโอกาสแสดงความคิดเห็นเพื่อวิพากษ์วิจารณ์ประสิทธิภาพในการดำเนินงานของรัฐในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในแง่มุมต่าง ๆ ซึ่งแนวคิดที่ให้ความสำคัญแก่การคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในฐานะที่เป็นพื้นฐานของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพทั้งปวงเช่นว่านี้เป็นแนวคิดที่เริ่มแพร่หลายตั้งแต่ในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 โดยในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้พิพากษา Benjamin N. Cardozo ได้แสดงทัศนะของตนไว้ในคดี Palko v. State of Connecticut เมื่อ ค.ศ. 1937 ว่าเสรีภาพทางความคิดและเสรีภาพในการพูด (freedom of thought and speech) นั้น เป็น “รากฐานที่สำคัญและเงื่อนไขที่ขาดเสียไม่ได้สำหรับการใช้เสรีภาพประการอื่นในเกือบทุกรูปแบบ”¹³ ส่วนในประเทศเยอรมนีนั้น ศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วางหลักการที่เกี่ยวข้องกับสถานะของการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในคดีตามคำพิพากษา ฉบับลงวันที่ 15 มกราคม ค.ศ. 1958 (คดี Lüth) ว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrecht) ในการใช้เสรีภาพเพื่อแสดงความคิดเห็นในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการแสดงออกถึงบุคลิกภาพของปัจเจกบุคคลในรูปแบบที่ชัดเจนที่สุดนั้น เป็นหนึ่งในสิทธิมนุษยชน (Menschenrechte) ที่สำคัญที่สุดในรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเสรีภาพดังกล่าวเป็นเสรีภาพที่จะขาดเสียมิได้สำหรับการก่อร่างสร้างระเบียบพื้นฐานแห่งสังคมเสรีประชาธิปไตย”¹⁴ คำพิพากษาดังกล่าวจึงเป็นคำพิพากษาที่แสดงให้เห็นว่าในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Meinungsfreiheit) เป็นข้อความคิด

¹³ Palko v. State of Connecticut, 302 US 319, 327 (1937); “Freedom of expression is the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom.”

¹⁴ BverfGE 7, 198 (20 ff.) – Lüth; “Das Grundrecht auf Meinungsfreiheit ist als unmittelbarer Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt. Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend.”



ซึ่งเป็นศูนย์กลางของการสร้างรัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่¹⁵ หรือแม้กระทั่งในประเทศที่ไม่ปรากฏบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญเพื่อการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยตรง ดังเช่นในกรณีของประเทศออสเตรเลีย ศาลสูง (High Court) ได้ตีความว่า เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองโดยนัย (implied) จากรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์¹⁶

1.1.2 ขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในมุมมองกฎหมายเปรียบเทียบ

ถึงแม้ประเทศที่ยึดถือระบอบเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายจะมีทัศนะว่าการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจะเป็นรากฐานที่สำคัญของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงก็ตาม แต่ในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศก็มีการกำหนดรายละเอียดของขอบเขตการคุ้มครองการแสดงความคิดเห็นที่ต่างกันไป ดังต่อไปนี้

ในบริบทของ**ประเทศสหรัฐอเมริกา** การคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้รับรองคุณค่าทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกใน “รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่หนึ่ง” (First Amendment)¹⁷ เมื่อ ค.ศ. 1791 ต่อมา เมื่อ ค.ศ. 1989 ผู้พิพากษา William Brennan ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไว้ในคดี Texas v. Johnson¹⁸ ว่า “หากจะกล่าวว่าการใดหลักการหนึ่งจะเป็นหลักการที่ฝังรากลึกอยู่ในรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่หนึ่งแล้ว หลักการเช่นนั้นย่อมต้องเป็นหลักการที่ว่า รัฐบาลไม่สามารถกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันมีผลเป็นการห้ามการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น เพียงเพราะเหตุที่ว่า รัฐบาลเห็นว่าการแสดงความคิดเห็นเช่นนั้นเป็นความคิดเห็นที่ก้าวร้าว หรือเพียงเพราะตนไม่เห็นด้วยกับความคิดเห็นเช่นนั้น

¹⁵ Manssen, Gerrit, Staatrecht II Grundrechte, 19. Aufl., München 2022, § 16 Rn. 396; Kingreen/Poscher/Piero/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 32. Aufl., Heidelberg 2016, § 13 Rn. 611.

¹⁶ ตัวอย่างคดีที่วางหลักการเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เช่น คดี Australian Capital Television v Commonwealth (1992) 177 CLR 106 และคดี Coleman v Power (2004) 220 CLR 1 อ้างถึงใน Berendt Eric, Freedom of Expression, in : Rosenfeld, Michael/ Sajó, András, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, p. 892.

¹⁷ รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่หนึ่ง (First Amendment) “รัฐสภาจะต้องไม่ตรากฎหมายที่เป็นการสถาปนาศาสนาใดศาสนาหนึ่ง (an establishment of religion) หรือตรากฎหมายที่มีผลเป็นการห้ามการปฏิบัติให้เป็นไปตามความเชื่อตามศาสนาเช่นนั้น รวมไปถึงการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการลิดรอนเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (freedom of speech) เสรีภาพของสื่อมวลชน (freedom of the press) เสรีภาพของประชาชนในการชุมนุมอย่างสงบ (right of the people peaceably to assemble) หรือสิทธิในการร้องเรียนในกรณีที่ได้รับบาดเจ็บหรือเสียหายจากการดำเนินงานของรัฐ (right to petition the Government for a redress of grievances)”

¹⁸ Texas v. Johnson., 491 U.S. 397 (1989), [Online], retrieved from <https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court/491/397.html> เมื่อ 9 มิถุนายน 2566.

เท่านั้น”¹⁹ ด้วยเหตุนี้ ในบริบทของประเทศสหรัฐอเมริกา การคุ้มครองการแสดงความคิดเห็นจึงครอบคลุมการแสดงความคิดเห็นที่รุนแรงหรือที่เป็นปฏิปักษ์กับรัฐบาลอีกด้วย²⁰

ในบริบทของ**ประเทศแคนาดา** ศาลฎีกาแห่งประเทศแคนาดา (Supreme Court of Canada) ได้วินิจฉัยว่า มาตรา 2 (b) แห่งกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประเทศแคนาดา (the Canadian Charter of Rights and Freedoms)²¹ เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองถึง “การแสดงออกในทุกูปแบบที่มุ่งประสงค์ต่อการสื่อความหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง” (any form of activities attempting to convey a meaning) ด้วยเหตุนี้ ในระบบกฎหมายแคนาดา เฉพาะการกระทำที่การแสดงความคิดเห็นที่เป็นไปในแนวทางที่รุนแรงอย่างยิ่งเท่านั้นที่ไม่อยู่ในขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

ในบริบทของ**ประเทศเยอรมนี** ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ตีความว่า “การแสดงความคิดเห็น” (Meinungsäußerungen) ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ หรือที่เรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (Grundgesetz)²² นั้น หมายถึง “การประเมินค่า” (Werturteile) ทั้งปวง ไม่ว่าจะเป็นการประเมินค่าเช่นนั้นจะเกี่ยวข้องหรือไม่เกี่ยวข้องกับการเมือง จะเกี่ยวข้องกับประเด็นสาธารณะ หรือประเด็นส่วนบุคคล จะมีเหตุผลหรือไม่มีเหตุผล จะมีคุณค่าหรือไร้คุณค่าก็ตาม²³ ด้วยเหตุนี้ แม้กระทั่งการแสดงความคิดเห็นที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง ก่อให้เกิดความตื่นตระหนก เป็นการรบกวนจิตใจบุคคลอื่น หรือการแสดงความเห็นเช่นนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจ (wirtschaftliche Vorteile)

¹⁹ “If there is a bedrock principle underlying the First Amendment, it is that government may not prohibit the expression of an idea simply because it finds it offensive or disagreeable.”

²⁰ รายละเอียดเกี่ยวกับขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในบริบทของประเทศสหรัฐอเมริกา โปรดดู อัสวิน อุดทาคำ, “ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงออก : ศึกษากรณีคำพิพากษาหรือการกระทำที่สร้างความเกลียดชังตามแนวคำวินิจฉัยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและศาลสหรัฐอเมริกา” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 77-83.

²¹ the Canadian Charter of Rights and Freedoms

Section 2 “Everyone has the following fundamental freedoms: ...

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication; ...”

²² รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

มาตรา 5 วรรคหนึ่ง “บุคคลทุกคนย่อมมีเสรีภาพในการแสดงและเผยแพร่ความคิดเห็นของตนด้วยคำพูด ตัวอักษร หรือภาพ และเสรีภาพในการเข้าถึงข้อมูลจากแหล่งข้อมูลที่เข้าถึงได้โดยทั่วไปโดยปราศจากอุปสรรคขัดขวาง เสรีภาพของสื่อมวลชนและเสรีภาพในการนำเสนอข้อมูลผ่านทางวิทยุ โทรทัศน์ หรือภาพยนตร์ ย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ การเซ็นเซอร์เป็นสิ่งที่ไม่สามารถกระทำได้”

²³ คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ฉบับลงวันที่ 22 มิถุนายน ค.ศ. 1982 (BverfG Urteil vom 22.6.1982 – 1 BvR 1376/79) และคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ฉบับลงวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 1983 (BVerfG Urteil vom 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 – u.a.)



ไปพร้อมกันด้วยก็ตาม²⁴ ยังคงเป็นการแสดงความคิดเห็นที่อยู่ในขอบเขตความคุ้มครองของมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน อยู่เช่นกัน

ส่วน “การกล่าวอ้างข้อเท็จจริง” (Tatsachenbehauptung) จะอยู่ในขอบเขตความคุ้มครองของมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน หรือไม่นั้น ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันในทางวิชาการ โดยแนวความเห็นส่วนหนึ่งเห็นว่า การกล่าวอ้างข้อเท็จจริงไม่อยู่ในขอบเขตความคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น²⁵ อย่างไรก็ตาม แนวความเห็นอีกส่วนหนึ่งอันเป็นแนวความเห็นที่สอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองของประเทศเยอรมนีในปัจจุบันเห็นว่า การประเมินค่าของสิ่งใดสิ่งหนึ่งย่อมมาพร้อมกับการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเสมอ กล่าวคือ เพียงแค่การเลือกที่จะนำเสนอหรือไม่นำเสนอข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือเลือกที่จะนำเสนอข้อเท็จจริงในบริบทอย่างใดอย่างหนึ่งก็อาจเรียกว่า เป็นการประเมินค่าของสิ่งนั้นไปเป็นที่เรียบร้อยแล้ว²⁶ ด้วยเหตุนี้ การแยกการประเมินค่าออกจากการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงจึงไม่สามารถกระทำได้ในความเป็นจริง²⁷ อย่างไรก็ตาม คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ลงวันที่ 9 ตุลาคม ค.ศ. 1991²⁸ ได้วางหลักการไว้ว่า การกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งจะอยู่ในขอบเขตความคุ้มครองของมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน ก็ต่อเมื่อการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเช่นนั้นเป็น “เงื่อนไขที่สำคัญต่อการแสดงความคิดเห็น” (Voraussetzung der Bildung von Meinungen) เท่านั้น นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์²⁹ ยังได้วินิจฉัยต่อไปอีกว่า การกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งที่ได้รับการพิสูจน์แล้วว่าไม่เป็นความจริง หรือการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งทั้งที่ผู้กล่าวอ้างรู้ว่าไม่เป็นความจริง (erwiesen oder bewusst unwahre

²⁴ BVerfGE 30, 336 (352); BVerfGE 95, 173 (182); BVerfGE 102, 347 (359); BGHZ 130, 196 (203); Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 14. Aufl., München 2016, § 5 Rn. 5. รายละเอียดของข้อโต้แย้งที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่เกิดจากการกระทำในเชิงเศรษฐกิจ โปรดดู Hufen, Friedhelm, Staatsrecht II Grundrechte, 5. Aufl., München 2016, § 25 Rn. 9.

²⁵ Huster, NJW 1996, 487.

²⁶ Kingreen/Poscher/Pieroth/Schlink, *Supra note 11*, § 13 Rn. 618; ในบริบทของเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวและการแสดงความคิดเห็นนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้แสดงทัศนะไว้ในคำพิพากษา ฉบับลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1961 (BVerfG vom 28.2.1961 – 2 BvG 1/60 – u.a.) ว่า “การเลือกและออกแบบรายการที่สื่อมวลชนต้องการนำเสนอ นั้น ย่อมเกี่ยวข้องกับการตัดสินใจที่จะนำเสนอหรือไม่นำเสนอสิ่งใดสิ่งหนึ่งอย่างแยกออกจากกันไม่ได้”

²⁷ Herzog, MD, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 51; Schulze-Fielitz, DR, Art. 5 I, II Rn. 65.

²⁸ BVerfG Beschluss vom 9.10.1991 – 1 BvR 1555/88.

²⁹ คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ฉบับลงวันที่ 22 มิถุนายน ค.ศ. 1982 (BVerfG Urteil vom 22.6.1982 – 1 BvR 1376/79), คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ฉบับลงวันที่ 9 ตุลาคม ค.ศ. 1991 (BVerfG Beschluss vom 9.10.1991 – 1 BvR 1555/88) และคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ฉบับลงวันที่ 10 พฤศจิกายน ค.ศ. 1991 (BVerfG Beschluss vom 10.11.1998 – 1 BvR 1531/96)

Tatsachenbehauptung) นั้น ไม่อยู่ในขอบเขตความคุ้มครองของมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน³⁰ ด้วยเหตุนี้ จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า ในบริบทกฎหมายเยอรมัน นิยามของ “การแสดงความคิดเห็น” เป็นนิยามที่ต้องตีความอย่างกว้าง³¹ โดยครอบคลุมทั้งการแสดงความคิดเห็นและการนำเสนอข้อเท็จจริงที่จำเป็นต่อการนำเสนอความคิดเห็นนั่นเอง

เมื่อพิจารณาขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ในมุมมองของกฎหมายต่างประเทศแล้วจะเห็นได้ว่า แม้ในบริบทของแต่ละประเทศจะมีการกำหนดขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นด้วยการกำหนดสิ่งที่มีใช้ “การแสดงความคิดเห็น” ในลักษณะที่แตกต่างออกไป เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศแคนาดาใช้ระดับความรุนแรงของการสื่อความหมายด้วยการพูด การเขียน หรือการแสดงออกโดยวิธีอื่น ๆ เป็นเกณฑ์ หรือประเทศเยอรมนีใช้ลักษณะและความจริงหรือเท็จของข้อความที่ถูกกล่าวอ้างเป็นเกณฑ์ก็ตาม แต่ลักษณะของการกำหนดขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ร่วมกันของประเทศเหล่านี้ คือ การกำหนดนิยามของ “การแสดงความคิดเห็น” ให้เป็นนิยามที่มีความหมายอย่างกว้างเป็นหลัก โดยให้ครอบคลุมลักษณะของการแสดงออกให้ได้มากที่สุด ทั้งในแง่ของรูปแบบและเนื้อหา ส่วนประเด็นปัญหาว่าการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของรัฐจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น เป็นสิ่งที่จะไปพิจารณาอย่างละเอียดในขั้นตอนของการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้มาตรการในการแทรกแซงการใช้เสรีภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การพิจารณาว่ามาตรการเช่นนั้น เป็นการใช้มาตรการเพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ ด้วยเหตุนี้ ในทัศนะของผู้เขียนแล้ว การพิจารณาขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจึงเป็น “ตะแกรงกรองอย่างหยาบ” สำหรับการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการของรัฐที่ใช้ในการแทรกแซงการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเท่านั้น

1.1.3 ขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในมุมมองกฎหมายไทย

เมื่อพิจารณาถ้อยคำตามมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แล้ว บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

³⁰ อย่างไรก็ตาม มีผู้วิพากษ์วิจารณ์ว่า การนำประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความจริงเท็จของข้อมูลหรือความรู้สำนึกของปัจเจกบุคคลผู้แสดงความคิดเห็นมาพิจารณาเพื่อกำหนดขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา เป็นการกำหนดให้การแสดงความคิดเห็นในหลายรูปแบบอยู่นอกขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยไม่จำเป็น ทั้งที่ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความจริงเท็จของข้อมูลหรือความรู้สำนึกของปัจเจกบุคคลผู้แสดงความคิดเห็นควรจะไปพิจารณาประกอบในขั้นตอนของการวิเคราะห์ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น รายละเอียด โปรดดู Hufen, Friedhelm, *Supra* note 11, § 25 Rn. 8 ซึ่งอ้างถึง Schulze-Fielitz, in Dreier, GG, Art 5 I, II, Rn. 64.

³¹ BVerfGE 61, 1 (9); Manssen, Gerrit, *Supra* note 11, § 16 Rn. 396.



ครอบคลุมไปถึงการแสดงออกด้วย “การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น” อันเป็นการยืนยันหลักการว่า ในเชิงรูปแบบแล้ว เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นย่อมเป็นเสรีภาพที่คุ้มครองการแสดงออกโดยไม่จำกัดวิธีการ

อย่างไรก็ตาม กลับไม่ปรากฏคำอธิบายความหมายของคำว่า “การแสดงความคิดเห็น” ในเชิงเนื้อหาที่เป็นรูปธรรม ทั้งในถ้อยคำตามมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาศาลปกครอง หรือแม้กระทั่งใน “ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายการมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560” อันเป็นเอกสารที่สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ “...บอกเล่าความมุ่งหมายและความหมายของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแต่ละมาตรา” และ “...บอกเล่าถึงเหตุผล ความเป็นมาของแนวคิดที่นำมาบัญญัติ พัฒนาการของมาตรานั้น ๆ ตั้งแต่ในอดีตจนถึงแนวความคิด และความมุ่งหมายล่าสุดของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญในการจัดทำบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในมาตรานั้น ๆ”³² ก็ตาม โดยเอกสารดังกล่าวอธิบายแต่เพียงว่า เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นเสรีภาพที่ได้รับการรับรองในฐานะที่เป็น “คุณค่าระดับสากล”³³ ด้วยเหตุนี้ ในบริบทของกฎหมายไทย การตีความคำว่า “การแสดงความคิดเห็น” จึงต้องตีความในความหมายอย่างกว้างเพื่อให้ครอบคลุมถึงเนื้อหาของการแสดงออกให้ได้มากที่สุดเช่นกัน ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการสากลดังที่ปรากฏในเจตนารมณ์ของการร่างรัฐธรรมนูญ ส่วนรายละเอียดของความคุ้มครองจะเป็นเช่นใดนั้น เป็นหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองในการอธิบายนิยามของการแสดงความคิดเห็นให้เหมาะสมกับบริบทในแต่ละยุคสมัยต่อไป

1.2 เสรีภาพของสื่อมวลชนในการนำเสนอข่าวสาร

นอกจากเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นแล้ว รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ เช่น ประเทศเยอรมนียังได้กำหนดการคุ้มครองเสรีภาพของสื่อมวลชนเพิ่มขึ้นอีกด้วย โดยเสรีภาพของสื่อมวลชนยังคงเป็นเสรีภาพที่สัมพันธ์กับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในฐานะที่เป็น “สิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารระหว่างบุคคล” (Kommunikationsgrundrechte) เช่นเดียวกัน³⁴ ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมัน เสรีภาพของสื่อมวลชน (Rundfunksfreiheit) นั้น เป็นเสรีภาพที่ครอบคลุม “การกระทำทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของสื่อมวลชน” (alle mit der Veranstaltung von Rundfunk zusammenhängenden Tätigkeiten)³⁵ ตั้งแต่กระบวนการของการได้มาซึ่งข้อมูล

³² สำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายการมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, [ออนไลน์], คำนำ หน้า ข, เข้าถึงจาก <https://dl.parliament.go.th/backoffice/viewer2300/web/viewer.php> เมื่อ 9 มิถุนายน 2566.

³³ เฟ็งอว่ง, หน้า 49, โดยกล่าวว่า เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR)

³⁴ Manssen, *Supra note 11*, § 16 Rn. 394.

³⁵ Manssen, *Supra note 11*, § 16 Rn. 423.

การผลิตรายการ ไปจนถึงการเผยแพร่รายการสู่สาธารณชน³⁶ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การกระทำที่อยู่ในขอบเขต ความคุ้มครองเสรีภาพของสื่อมวลชน ประกอบไปด้วย เสรีภาพในการจัดรูปแบบองค์กรและรูปแบบ ในการหาแหล่งเงินทุน (Organisation und Finanzierung)³⁷ เสรีภาพในการเข้าถึงและรวบรวมข้อมูล จากแหล่งข้อมูลที่หลากหลาย (Sammlung von Informationen)³⁸ และเสรีภาพในการออกแบบเนื้อหา ของรายการที่ต้องการนำเสนอต่อสาธารณชน (Programmgestaltungsfreiheit)³⁹ นั่นเอง

ในบริบทของกฎหมายไทยได้มีการกำหนดบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองเสรีภาพ ของสื่อมวลชนเพิ่มเติมจากการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเช่นเดียวกัน โดยมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้บุคคลซึ่งประกอบวิชาชีพสื่อมวลชน นอกจากจะมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ยังมีเสรีภาพในการ “นำเสนอข่าวสาร” อีกด้วย

1.3 การนำเสนอข่าวจากรายการของผู้ฟ้องคดีอยู่ในขอบเขตความคุ้มครอง ของมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่

เมื่อได้พิจารณาแล้วว่า มาตรา 35 วรรคหนึ่ง เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองเสรีภาพ ของสื่อมวลชนในการนำเสนอข่าวสารทั้งในรูปแบบที่เป็นการนำเสนอข้อเท็จจริงและความคิดเห็น ด้วยเหตุนี้ การดำเนินรายการพิพาททั้ง 5 รายการ ซึ่งประกอบไปด้วยการนำเสนอข้อเท็จจริงจากคลิปสัมภาษณ์ ของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องและการแสดงความคิดเห็นของผู้ดำเนินรายการ โดยไม่ปรากฏถึงการจงใจบิดเบือน ข้อเท็จจริงแต่อย่างใด จึงเป็นการนำเสนอข่าวสารที่อยู่ในความคุ้มครองของมาตราดังกล่าว ส่วนประเด็นปัญหาว่า ถ้อยคำที่ผู้ดำเนินรายการใช้เป็นถ้อยคำที่เมื่อพิจารณาในมุมมองของผู้ถูกฟ้องคดีแล้ว อาจก่อให้เกิด ความเกลียดชังหรือแตกแยกกันในสังคม อันจะส่งผลต่อความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำสั่งพักใช้ใบอนุญาต ให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัลหรือไม่ นั้น เป็นสิ่งที่ต้องพิจารณา ในขั้นตอนของการวิเคราะห์ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการที่รัฐใช้ในการแทรกแซงการใช้เสรีภาพ ของสื่อมวลชนในการนำเสนอข่าวสาร (Rechtfertigung; justification)⁴⁰ ต่อไป

2. การกระทำอันเป็นมาตรการเพื่อแทรกแซงการใช้เสรีภาพ (Eingriff; encroachment)

เมื่อพิจารณาได้ความแล้วว่า การกระทำของผู้ฟ้องคดีอยู่ในขอบเขตความคุ้มครอง ของเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แล้ว กรณีมีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่า การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง มีลักษณะเป็นการใช้มาตรการเพื่อแทรกแซงการใช้เสรีภาพของผู้ฟ้องคดีหรือไม่

³⁶ BVerfGE 77, 65 (74).

³⁷ VerfGE 59, 231 (260).

³⁸ BVerfGE 91, 125 (134).

³⁹ BVerfGE 59, 231 (260).

⁴⁰ รายละเอียดโปรดดูต่อไปในหัวข้อที่ 3.



หากพิจารณาหลักคิดทางทฤษฎีที่ใช้ในระบบกฎหมายเยอรมัน⁴¹ การใช้มาตรการเพื่อแทรกแซงการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นนั้น สามารถกระทำได้ 2 รูปแบบ ได้แก่ **รูปแบบที่หนึ่ง** โดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมุ่งประสงค์ต่อการแทรกแซงการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นโดยตรง (unmittelbarer gezielter Eingriff) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดกฎหมายให้มีผลต่อผู้ประกอบการกิจการสื่อมวลชนเป็นการทั่วไป หรือการออกคำสั่งแก่ผู้ประกอบการกิจการสื่อมวลชนเป็นการเฉพาะราย โดยมุ่งประสงค์ให้ผู้ประกอบการกิจการสื่อมวลชนไม่สามารถออกแบบเนื้อหาหรือวิธีการเผยแพร่รายการสู่สาธารณชนได้อย่างอิสระ⁴² หรือ**รูปแบบที่สอง** การกระทำที่มีผลเป็นการแทรกแซงการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นโดยอ้อม (mittelbarer Eingriff) กล่าวคือ เป็นการกระทำที่มีผลเป็นการขัดขวางการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นในทางความเป็นจริง (faktische Beeinträchtigung)

แม้ในระบบกฎหมายไทยจะยังมิได้มีการวางหลักการทางทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับลักษณะของการใช้มาตรการเพื่อแทรกแซงการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นก็ตาม แต่การออกคำสั่งทางปกครองเพื่อพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัลของผู้ฟ้องคดี ย่อมทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถนำเสนอข่าวสารได้ภายในระยะที่กำหนดไว้ในคำสั่ง การออกคำสั่งดังกล่าวจึงเป็นการใช้มาตรการของฝ่ายปกครองเพื่อแทรกแซงเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 35 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อย่างชัดเจน

3. ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้มาตรการเพื่อแทรกแซงการใช้เสรีภาพ (Rechtfertigung; justification)

เมื่อการออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัลเป็นการใช้มาตรการเพื่อแทรกแซงการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 35 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แล้วจึงมีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่า การแทรกแซงการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นด้วยการออกคำสั่งในรูปแบบดังกล่าว เป็นการแทรกแซงการใช้เสรีภาพที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ โดยเริ่มจากการพิจารณาหลักการทั่วไปเกี่ยวกับลักษณะและผลของเงื่อนไขสำหรับการจำกัดการใช้เสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (หัวข้อที่ 3.1) เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดเสรีภาพ (หัวข้อที่ 3.2) และความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัล (หัวข้อที่ 3.3) เป็นลำดับถัดไป

⁴¹ Hufen, Friedhelm, *Supra note 11*, § 25 Rn. 15 - 18; Manssen, Gerit, *Supra note 11*, § 25 Rn. 395.

⁴² Sodan/Ziekow, *Grundkurs öffentliches Recht*, 10. Auflage 2023, § 32 Rn. 22.

3.1 หลักการทั่วไปเกี่ยวกับเงื่อนไขสำหรับการจำกัดการใช้เสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

การใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดการใช้เสรีภาพอย่างใดอย่างหนึ่งจะเป็นการใช้มาตรการที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อการใช้มาตรการเช่นนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขในการใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดเสรีภาพ (Schranken) ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (รายละเอียดเป็นไปตามหัวข้อ 3.1.1) และเป็นมาตรการที่คำนึงถึงขอบเขตหรือข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับการใช้เงื่อนไขในการใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดเสรีภาพ (Schranken-Schranken) เช่นว่าน้อยอย่างเพียงพอ (รายละเอียดเป็นไปตามหัวข้อ 3.1.1) โดยรายละเอียดของหลักการทางทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขในการใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดเสรีภาพ และขอบเขตหรือข้อจำกัดสำหรับการใช้เงื่อนไขในการใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดเสรีภาพ มีดังต่อไปนี้

3.1.1 เงื่อนไขในการใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดเสรีภาพ (Schranken)

เนื่องจากมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลนั้น จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ การจำกัดเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจึงมิใช่สิ่งที่สามารถจะกระทำได้อย่างอำเภอใจ แต่เป็นสิ่งที่ต้องกระทำโดยคำนึงถึงเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดยเฉพาะสำหรับการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพแต่ละประการประกอบกันด้วย⁴³ โดยในทางทฤษฎี⁴⁴ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสามารถกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพได้ 2 รูปแบบ คือ **รูปแบบที่หนึ่ง** สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยมีเงื่อนไขธรรมดาในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ (Grundrechte mit einfachem Gesetzesvorbehalt) เช่น มาตรา 37 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติให้การกำหนดขอบเขตและการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินและการสืบมรดกนั้นสามารถกระทำได้โดยการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดขอบเขตหรือจำกัดสิทธิดังกล่าว โดยมีได้กำหนดลักษณะของกฎหมายที่สามารถนำมาใช้ในการกำหนดขอบเขตหรือจำกัดสิทธิแต่อย่างใด **รูปแบบที่สอง** สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยมีเงื่อนไขพิเศษในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ (Grundrechte mit qualifiziertem Gesetzesvorbehalt) ดังเช่นในกรณีของมาตรา 34 ซึ่งบัญญัติให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นสามารถทำได้เฉพาะแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในมาตราดังกล่าว ดังต่อไปนี้ **ประการที่หนึ่ง** เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ **ประการที่สอง** เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น **ประการที่สาม** เพื่อรักษา

⁴³ ชื่อเรียกอย่างอื่นของ “เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เฉพาะสำหรับการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ” (Schranken) เช่น “ข้อยกเว้นการคุ้มครองเสรีภาพ” ซึ่งเป็นคำแปลที่ปรากฏใน มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, 2562, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 100.

⁴⁴ รายละเอียดของลักษณะในการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแต่ละประเภท โปรดดูต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 11, หน้า 215-249.

ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือ**ประการที่สี่** เพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ในกรณีของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยมีเงื่อนไขพิเศษในการตรากฎหมาย จำกัดสิทธิ ดังเช่นในกรณีของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีดุลพินิจที่จะตรากฎหมาย เพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้อย่างอิสระ แต่ต้องตรากฎหมายโดยมีวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งในสี่ประการตามที่มาตรา 34 วรรคหนึ่ง กำหนดนั่นเอง

แม้ถ้อยคำตามบทบัญญัติมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย จะกำหนดให้ “จริยธรรมแห่งวิชาชีพ” เป็นข้อจำกัดของปัจเจกบุคคลในการใช้เสรีภาพ ของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น โดยมีได้กำหนดเงื่อนไขที่ฝ่ายนิติบัญญัติ จะใช้ในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดการใช้เสรีภาพดังกล่าวก็ตาม แต่เมื่อบทบัญญัติตามมาตรานี้ได้บัญญัติ ให้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นส่วนหนึ่งของการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่าการจะพิจารณาถึงเงื่อนไขที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะใช้ในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดการใช้เสรีภาพในส่วนที่เกี่ยวข้อง กับการแสดงความคิดเห็นของสื่อมวลชนจึงต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ซึ่งกำหนดเงื่อนไขของการตรากฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นประกอบด้วย โดยผลของการนำเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตราดังกล่าวมาพิจารณาประกอบกับการคุ้มครองเสรีภาพ ของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 35 วรรคหนึ่ง คือ การตรากฎหมาย เพื่อจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นจะกระทำได้อีกต่อเมื่อ กฎหมายเช่นนั้นเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพ ของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพ ของประชาชนอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น

3.1.2 ขอบเขตหรือข้อจำกัดสำหรับการใช้เงื่อนไขในการใช้มาตรการของรัฐ เพื่อจำกัดเสรีภาพ (Schraken-Schraken)

เนื่องจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแต่ละมาตราต่างมีลักษณะเป็น “บรรทัดฐานทางกฎหมาย” (Norm) อยู่ในตัว บทบัญญัติซึ่งกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน จึงอาจถูกกำหนดขอบเขตหรือจำกัดด้วยบรรทัดฐานทางกฎหมายประการอื่นได้ด้วยเช่นกัน⁴⁵ ด้วยเหตุนี้ ในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนและการนำกฎหมายดังกล่าวไปใช้กับข้อเท็จจริง ที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี ผู้ตรากฎหมายหรือผู้ใช้กฎหมายจึงต้องคำนึงถึงขอบเขตหรือข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญ กำหนดไว้สำหรับการใช้เงื่อนไขในการใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดเสรีภาพ (Schraken-Schraken) เสมอ

ด้วยเหตุนี้ นอกจากเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ประกอบ มาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว การพิจารณาเงื่อนไข สำหรับการตรากฎหมายเพื่อจำกัดการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดง

⁴⁵ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11, หน้า 234.

ความคิดเห็นนั้น ยังต้องคำนึงถึงขอบเขตหรือข้อจำกัดประการอื่นที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับจำกัดการใช้เสรีภาพดังกล่าวอีกด้วย⁴⁶ โดยมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁴⁷ ได้กำหนดขอบเขตหรือข้อจำกัดสำหรับการตรากฎหมายเพื่อจำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนโดยทั่วไปไว้ 5 ประการ ได้แก่ **ประการที่หนึ่ง** กฎหมายที่จำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนจะต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม **ประการที่สอง** กฎหมายที่จำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนจะต้องไม่เป็นกฎหมายที่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรแก่เหตุ **ประการที่สาม** กฎหมายที่จำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนจะต้องไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ **ประการที่สี่** กฎหมายที่จำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนจะต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย และ**ประการที่ห้า** กฎหมายที่จำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป กล่าวคือ จะต้องเป็นกฎหมายที่ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง

ทั้งนี้ ในบทวิเคราะห์คดีฉบับนี้จะได้กล่าวถึงขอบเขตหรือข้อจำกัดสำหรับการใช้เงื่อนไขในการใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดเสรีภาพ ทั้งในรูปแบบของการตรากฎหมายและการออกคำสั่งทางปกครอง อันเป็นหลักการที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมันและเป็นหลักการที่สำคัญต่อการวิเคราะห์คดีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564 2 ประการ ได้แก่ **ประการที่หนึ่ง** ทฤษฎีความสัมพันธ์แลกเปลี่ยนระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานและกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน (Wechselwirkungstheorie) และ**ประการที่สอง** หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)

⁴⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มาตรา 26 “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”

⁴⁷ แม้มาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จะได้กำหนดให้ขอบเขตและข้อจำกัดทั้ง 5 ประการ ที่จะกล่าวดังต่อไปนี้ เป็นข้อจำกัดที่จะใช้ในกรณีที่ “รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไข (ประการอื่น) ไว้” ก็ตาม แต่ขอบเขตและข้อจำกัดในการใช้สิทธิหรือเสรีภาพทั้ง 5 ประการนี้ เป็นหลักการขั้นพื้นฐานที่จะขาดเสียมิได้สำหรับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ขอบเขตและข้อจำกัดทั้ง 5 ประการดังกล่าว จึงเป็นขอบเขตและข้อจำกัดที่ต้องนำมาใช้ทั้งในการพิจารณาเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยมีเงื่อนไขธรรมดาในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ (Grundrechte mit einfachem Gesetzesvorbehalt) และการพิจารณาเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยมีเงื่อนไขพิเศษในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ (Grundrechte mit qualifiziertem Gesetzesvorbehalt) ไว้แล้วเช่นกัน



(1) ทฤษฎีความสัมพันธ์แลกเปลี่ยนระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานและกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน (Wechselwirkungstheorie)

“ทฤษฎีความสัมพันธ์แลกเปลี่ยนระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานและกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน” (Wechselwirkungstheorie) หรือที่เรียกว่า “ทฤษฎีชิงช้า” (Schaukeltheorie) เป็นทฤษฎีที่เรียกร้องให้กฎหมายที่ใช้ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจะต้องเป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในเรื่องนั้น ๆ⁴⁸ กล่าวเฉพาะในบริบทของการจำกัดการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น กล่าวคือ มิใช่ว่าการที่กฎหมายซึ่งใช้ในการจำกัดการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นจะตราขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 34 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แล้ว กฎหมายเช่นนั้นจะเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสมอไป หากแต่ศาลจะต้องพิจารณาถึงการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวให้เข้ากับวัตถุประสงค์และบริบทของการคุ้มครองการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น⁴⁹ โดยศาลจะต้องตีความโดยคำนึงถึงความสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานในสังคมเสรีประชาธิปไตย (Bedeutung des Grundrechts im freiheitlich-demokratischen Staat) และนำคุณค่าเช่นนั้นมาเป็นข้อจำกัดของกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น อีกชั้นหนึ่งด้วย⁵⁰ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างความสำคัญของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารระหว่างบุคคล (Kommunikationsgrundrecht) กับคุณค่าประการอื่นที่เป็นวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายที่ใช้ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน และตีความกฎหมายเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างคุณค่าทั้งสองประการดังกล่าว⁵¹ โดยในกรณีที่ เป็นข้อสงสัย ศาลจะต้องตีความกฎหมายให้เป็นคุณกับปัจเจกบุคคลผู้ทรงเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น⁵² ผลจากการตีความกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นด้วยทฤษฎีความสัมพันธ์แลกเปลี่ยนระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานและกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน คือ กฎหมายที่ใช้ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจะถูกตีความแคบที่สุดเพื่อให้การใช้เสรีภาพของปัจเจกบุคคลถูกจำกัดน้อยที่สุดเท่าที่เป็นไปได้⁵³

⁴⁸ Hufen, *Supra* note 11, § 9 Rn. 13.

⁴⁹ Manssen, *Supra* note 11, § 16 Rn. 448.

⁵⁰ BVerfGE 71, 206 (214).

⁵¹ BVerfGE 35, 202 (224).

⁵² BVerfGE 61, 1 (11).

⁵³ Manssen, *Supra* note 11, § 16 Rn. 448.

(2) หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)

เงื่อนไขสำคัญและเป็นรูปธรรมที่สุดสำหรับการกำหนดขอบเขตในการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนตามทัศนะของผู้เขียน ได้แก่ การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยคำนึงถึง “**หลักความพอสมควรแก่เหตุ**” (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) อันเป็นหลักการที่เรียกร้องให้การกระทำใด ๆ ของรัฐที่กระทบสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน ทั้งในรูปแบบของการตรากฎหมายหรือการออกคำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง รัฐจะเข้าไปแทรกแซงการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เท่าที่จำเป็นต่อการดำเนินการของรัฐบาลที่ประโยชน์สาธารณะจะบรรลุผลเท่านั้น⁵⁴ โดยในการตรวจสอบความชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุของการกระทำของรัฐที่กระทบสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนนั้น สามารถกระทำได้ใน 3 ขั้นตอน ดังต่อไปนี้⁵⁵ **ขั้นตอนที่หนึ่ง** พิจารณาว่ามาตรการที่เลือกใช้นั้น มีความเหมาะสม (Geeignetheit, suitability) หรือไม่ กล่าวคือ เป็นขั้นตอนที่รัฐจะต้องตรวจสอบว่า วิธีการที่รัฐเลือกใช้นั้น เป็นมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้จริงหรือไม่ **ขั้นตอนที่สอง** พิจารณาว่ามีความจำเป็น (Erforderlichkeit, necessity) ที่รัฐจะต้องใช้มาตรการที่เลือกไว้หรือไม่ กล่าวคือ ในกรณีที่มีมาตรการให้รัฐเลือกใช้ได้หลายมาตรการนั้น จะต้องไม่มีวิธีการอื่นที่หากนำมาใช้แล้วกระทบสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนน้อยกว่า (milderes Mittel) แต่เป็นมาตรการที่ได้ผลเท่าเทียมกันกับวิธีการที่รัฐได้เลือกไว้ (ebenso wirksames Mittel) และ**ขั้นตอนที่สาม** มาตรการที่รัฐเลือกใช้จะต้องเป็นมาตรการที่ได้สัดส่วน (Angemessenheit, balancing) กล่าวคือ ต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างความร้ายแรงของผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (Schwere des Eingriffs) กับความจำเป็นและเร่งด่วนของเหตุผลที่ใช้ในการดำเนินการที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน (Gewicht und Dringlichkeit der rechtfertigenden Gründe) โดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของรัฐจะเป็นการกระทำที่ไม่พอสมควรแก่เหตุ ก็ต่อเมื่อผลกระทบที่ปัจเจกบุคคลได้รับนั้นรุนแรงกว่าประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับอย่างมีนัยสำคัญ (ersichtlich wesentlich schwerer wiegen)⁵⁶ ด้วยเหตุนี้ การตรากฎหมายและการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งซึ่งมีผลเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น

⁵⁴ Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl., München 2016, Rn. 229.

⁵⁵ ในบางตำราอาจแบ่งเป็น 4 ขั้นตอน โดยเพิ่มขั้นตอนของการหาความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ (Zweck- und Mittelprüfung) หรือการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของวัตถุประสงค์ (Legitimacy of the End) เป็นขั้นตอนแรก กล่าวคือ ตรวจสอบว่าวิธีการที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้นั้น นำไปสู่วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ รายละเอียดเป็นไปตาม Detterbeck, Steffen, *Ibid.*, Rn. 229 ff.; Schlink, Bernhard, Proportionality (1), in : Rosenfeld, Michel and Sajó. András (eds), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, (London : Oxford University Press, 2013), p. 720.

⁵⁶ BVerfGE 44, 353 (373).



ที่ไม่ใช่มาตรการที่เหมาะสม (geeignet) ไม่ใช่มาตรการที่จำเป็น (erforderlich) หรือไม่ใช่มาตรการที่ได้สัดส่วน (angemessen) อย่างใดอย่างหนึ่ง กฎหมายหรือการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งเช่นนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองนั้น คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยอาศัยฐานจากการใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญหรือมีลักษณะเป็นการใช้ดุลพินิจต่อข้อเท็จจริงรายการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้โดยศาลปกครอง⁵⁷

3.2 ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดเสรีภาพ

ในคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564 นี้ ผู้ฟ้องคดีได้แย้งการใช้ดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในการออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัล โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 64 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ซึ่งได้กำหนดเงื่อนไขในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัลว่า จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และเป็นกรณีที่เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ด้วยเหตุนี้ จึงมีประเด็นต้องพิจารณาเสียก่อนว่า มาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน รวมไปถึงข้อ 3 (5) ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ชอบด้วยเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่

3.2.1 ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติ

การประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 37 วรรคหนึ่ง นั้น เมื่อบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดประเภทรายการซึ่งห้ามมิให้ออกอากาศไว้ 4 ประเภทหลัก ได้แก่ **ประเภทที่หนึ่ง** รายการที่มีเนื้อหาสาระที่ก่อให้เกิดการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข **ประเภทที่สอง** รายการที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน **ประเภทที่สาม** รายการซึ่งมีการกระทำซึ่งเข้าลักษณะลามกอนาจาร และ**ประเภทที่สี่** รายการซึ่งมีผลกระทบต่อทำให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง เช่นนี้แล้ว การกำหนดรายการซึ่งต้องห้ามออกอากาศประเภทที่หนึ่ง ประเภทที่สอง และประเภทที่สาม เป็นการจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐและเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ในขณะที่การกำหนดรายการซึ่งต้องห้ามออกอากาศประเภทที่สี่เป็นการจำกัดเสรีภาพ

⁵⁷ ในบริบทของกฎหมายไทย การใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจที่อาจถูกเพิกถอนได้โดยศาลปกครอง เนื่องจากเป็น “การใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ” ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะ เพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชนตามมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ด้วยเหตุนี้ จึงสรุปได้ว่า มาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 เป็นกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชน ในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นซึ่งเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายที่ใช้เป็นฐานอำนาจ สำหรับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันมีผลเป็นการจำกัด การใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นได้

3.2.2 ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของข้อ 3 (5) ของประกาศ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่า ข้อ 3 (5) ของประกาศ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 ซึ่งมีผลเป็น “ส่วนขยาย” ของมาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ด้วยผลของข้อ 1 ของคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 41/2559 นั้น จะมีสถานะเป็น “กฎหมายซึ่งตราขึ้น โดยเฉพาะ” เพื่อจำกัดการใช้เสรีภาพมาตรา 34 วรรคหนึ่ง และมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่

สำหรับประเด็นปัญหานี้ แม้ว่า ข้อ 3 (5) ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 จะมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันมิให้สื่อมวลชนใช้ประทุษวาจา (Hate Speech)⁵⁸ ประกอบการนำเสนอข่าวสาร อันเป็นการจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสาร และการแสดงความคิดเห็นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ และเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ประกอบ มาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ก็ตาม แต่เมื่อพิเคราะห์ถึงถ้อยคำที่ใช้

⁵⁸ ประทุษวาจา (Hate Speech) หมายถึง “คำพูดหรือการกระทำที่สร้างความเกลียดชัง เป็นการแสดงออก ทุกรูปแบบที่เป็นการยั่วยุหรือแพร่ขยายให้เกิดความเกลียดชังระหว่างเชื้อชาติ คนต่างชาติ ลัทธิต่อต้านยิว ศาสนา รวมถึง เพศสภาพและความพิการ หรือความเกลียดชังรูปแบบอื่นอันมีพื้นฐานมาจากการไม่อดทนอดกลั้นต่อความแตกต่าง เป็นการแสดงออกซึ่งความรู้สึกเกลียดชังที่ไม่ใช่ในระดับปัจเจกบุคคล แต่ยกระดับความเกลียดชังถึงระดับนามธรรม ในลักษณะเหมารวม (stereotype) และมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดความรุนแรงแก่ผู้ถูกกระทำได้” ทั้งนี้ รายละเอียด ของข้อโต้แย้งที่เกี่ยวข้องกับความสำคัญของการกำหนดขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงออกในบริบทของการใช้ โปรดดู อัสวิน อุดทาคำ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 20* และนอกจากนี้ โปรดดู Wagner, Christoph : Kommunikation in sozialen Medien und Grundrechte – Zur Drittwirkung der Meinungsfreiheit und Ausgestaltung einer dienenden Medienfreiheit, ZUM 2022, 861 (863); Ingold MMR 2020, 82 (83); Lüdemann MMR 2019, 279 (280); Spindler CR 2019, 238 (240 f.); BVerfGE 149, 222 = ZUM 2018, 680 Rn. 79.

ในบทบัญญัติตามข้อ 3 (5) ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติดังกล่าวแล้ว บทบัญญัติดังกล่าวใช้ถ้อยคำในองค์ประกอบส่วนเหตุว่า “สื่อให้เกิด” ในขณะที่มาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ใช้ถ้อยคำว่า “ก่อให้เกิด” คำว่า “มีผลกระทบ” และคำว่า “เข้าลักษณะ” โดยพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้นิยามของคำว่า “สื่อ” ว่าหมายถึง “แสดงให้รู้เป็นนัย ๆ (ส่วนมากใช้ไปในทางที่ไม่ดี) เช่น สำเนียงส่อภาษา กิริยาส่อสกุล ส่อเจตนาทุจริต ส่อพิรุณ” ด้วยเหตุนี้ องค์ประกอบส่วนเหตุของข้อ 3 (5) ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 จึงมีลักษณะเป็นการพิจารณาความเป็นไปได้โดยทั่วไปที่การกระทำของสื่อมวลชนจะสื่อให้เกิดความสับสน ยั่วยุ ปลุกปั่นให้เกิดความขัดแย้ง หรือสร้างให้เกิดความแตกแยกในราชอาณาจักรเท่านั้น โดยมีได้คำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำของสื่อมวลชนกับผลที่เกิดขึ้นต่อสังคมแต่อย่างใด บทบัญญัตินี้จึงเป็นบทบัญญัติที่ให้ดุลพินิจอย่างกว้างแก่เจ้าหน้าที่ในการจำกัดการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น ในขณะที่พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้ความหมายของคำว่า “ก่อให้เกิด” ว่าหมายถึง “ทำให้เกิดขึ้น มีขึ้น หรือเป็นรูปขึ้น เช่น ก่อไฟ ก่อสงคราม ก่อตึก” องค์ประกอบส่วนเหตุของมาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว นั้น จึงมีลักษณะเป็นการพิจารณาถึงความสัมพันธ์โดยตรงระหว่างการกระทำของสื่อมวลชนกับผลที่เกิดขึ้นต่อสังคม บทบัญญัตินี้จึงเป็นบทบัญญัติให้ดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ในการจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นที่จำกัดกว่าข้อ 3 (5) ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557

แม้ว่าจากการพิจารณาบทบัญญัติตามข้อ 3 (5) ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 ตามตัวอักษรแล้วจะได้ผลว่า บทบัญญัตินี้เป็นบทบัญญัติที่ให้ดุลพินิจอย่างกว้างแก่เจ้าหน้าที่ในการจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้วก็ตาม แต่หากตีความบทบัญญัตินี้ด้วยวิธีการตีความบทบัญญัติให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (verfassungskonforme Auslegung) โดยคำนึงถึงการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่า แม้บทบัญญัตินี้จะไม่ถึงขนาดที่เป็นบทบัญญัติซึ่งขัดหรือแย้งต่อการคุ้มครองเสรีภาพของสื่อมวลชนในการแสดงความคิดเห็นและการนำเสนอข่าวสารตามมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ก็ตาม แต่การใช้การตีความบทบัญญัตินี้ก็ต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ด้วย ทั้งนี้ ตามทฤษฎีความสัมพันธ์แลกเปลี่ยนระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานและกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน (Wechselwirkungstheorie) ดังที่กล่าวไว้ข้างต้น ด้วยเหตุนี้ ข้อ 3 (5) ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 จึงเป็นบทบัญญัติที่ต้องตีความอย่างเคร่งครัด ผลจากการตีความข้อ 3 (5) ของประกาศดังกล่าว ด้วยวิธีการใช้การตีความกฎหมายอย่างเคร่งครัดนั้น ทำให้การพิจารณาว่า การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของสื่อมวลชนจะเป็นการกระทำที่เป็นไปตามเงื่อนไขในการใช้อำนาจตามบทบัญญัตินี้ได้นั้น จะต้องเป็นการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสาร โดยที่ผู้เผยแพร่ข่าวสารมีเจตนาให้เกิดความสับสน ยั่วยุ ปลุกปั่น

ให้เกิดความขัดแย้ง หรือสร้างให้เกิดความแตกแยกในราชอาณาจักรเท่านั้น ส่วนการกระทำที่มีลักษณะเป็นการแสดงความคิดเห็นโดยสุจริต หรือการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารทั้งที่เป็นข้อเท็จจริงหรือความคิดเห็น ภายใต้การปฏิบัติหน้าที่ตามปกติวิสัยของสื่อมวลชนนั้น ย่อมเป็นการใช้สิทธิที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ด้วยเหตุนี้ การกระทำของผู้ฟ้องคดีจึงไม่เป็นการออกอากาศรายการซึ่งมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551

3.2.3 ข้อพิจารณาเพิ่มเติม : “จริยธรรมแห่งวิชาชีพ” ในฐานะข้อจำกัดการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น

นอกจากเงื่อนไขสำหรับจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ปรากฏในมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แล้ว มาตรา 35 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ยังได้กำหนดให้ “จริยธรรมแห่งวิชาชีพ” เป็นข้อจำกัดในการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นเพิ่มเติมอีกด้วย⁵⁹ โดยคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564 นี้ ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้กล่าวอ้างถึงความสำคัญของจริยธรรมแห่งวิชาชีพต่อการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นไว้ว่า

“...ส่วนที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า คำสั่งพิพากษขัดต่อมาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้น เห็นว่า โดยหลักการสากล สื่อมวลชนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะนำเสนอข้อมูลข่าวสารหรือให้ความเห็นในประเด็นต่าง ๆ โดยไม่ถูกปิดกั้นหรือจำกัด แต่ไม่ได้หมายความว่าสื่อมวลชนสามารถที่จะนำเสนอข้อมูลข่าวสารหรือแสดงความคิดเห็นได้ตามอำเภอใจแต่อย่างใด หากแต่จะต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบวิชาชีพ รวมถึงจริยธรรมหรือมาตรฐานทางวิชาชีพในฐานะสื่อมวลชน เช่น การนำเสนอข้อมูลข่าวสารอย่างถูกต้อง ครบถ้วน รอบด้าน การแสดงความคิดเห็นบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ถูกต้องด้วยความเป็นกลางและเป็นธรรมต่อผู้ที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น เมื่อพิจารณาถ้อยคำมาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่จะให้การคุ้มครองเสรีภาพของผู้ประกอบกิจการสื่อมวลชนเฉพาะการดำเนินการตามหลักจริยธรรมแห่งวิชาชีพเท่านั้น...”⁶⁰

จากข้อต่อสู้ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจะเห็นได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้กล่าวอ้างถึงความหมายของจริยธรรมหรือมาตรฐานทางวิชาชีพในฐานะสื่อมวลชนที่เป็น “หลักการสากล” ว่าจะหมายถึง “การนำเสนอข้อมูลข่าวสารอย่างถูกต้อง ครบถ้วน รอบด้าน การแสดงความคิดเห็นบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ถูกต้องด้วยความเป็นกลางและเป็นธรรมต่อผู้ที่เกี่ยวข้อง” ซึ่งถ้อยคำในลักษณะนี้

⁵⁹ ทั้งนี้ ข้อจำกัดในเรื่อง “จริยธรรมแห่งวิชาชีพ” เป็นข้อจำกัดที่เพิ่มเติมมาไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นครั้งแรก รายละเอียดโปรดดู สำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 32*, หน้า 51.

⁶⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564, หน้า 14-15.

เป็นถ้อยคำที่คล้ายคลึงกับถ้อยคำที่ปรากฏในมาตรา 30 (2) แห่งร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมจริยธรรมและมาตรฐานวิชาชีพสื่อมวลชน พ.ศ. ⁶¹ ซึ่งได้กำหนดให้มาตรฐานทางจริยธรรมสื่อมวลชนอย่างน้อยต้องมี “การเสนอข้อเท็จจริงด้วยความถูกต้อง ครบถ้วนรอบด้าน และเป็นธรรม”⁶²

อย่างไรก็ตาม ดังที่นำเสนอไว้ในส่วนของหลักการทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดเงื่อนไขสำหรับการจำกัดการใช้เสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้วว่าการจำกัดการใช้เสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญจะต้องบัญญัติเป็นกฎหมาย และกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดการใช้เสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น จะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของการคุ้มครองเสรีภาพที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญมิได้ ทั้งนี้ ตามทฤษฎีความสัมพันธ์แลกเปลี่ยนระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานและกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน (Wechselwirkungstheorie) ด้วยเหตุนี้ การนำจริยธรรมหรือมาตรฐานทางวิชาชีพของสื่อมวลชนซึ่งเป็นหลักการที่มีความเป็นนามธรรมมาเป็นข้อจำกัดของการกระทำของปัจเจกบุคคลดังที่ปรากฏในข้อต่อสู้ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองนั้นจึงไม่สามารถกระทำได้ ในทางกลับกัน การตีความกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นนั้น ศาลปกครองจะต้องตีความให้ปัจเจกบุคคลได้รับความคุ้มครองเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นให้ได้มากที่สุด โดยจำกัดการใช้เสรีภาพดังกล่าวของสื่อมวลชนภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุเท่านั้น

⁶¹ เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมจริยธรรมและมาตรฐานวิชาชีพสื่อมวลชน พ.ศ. (คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ) ฉบับที่เผยแพร่ในคลังสารสนเทศของสภานิติบัญญัติ, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://dl.parliament.go.th/backoffice/viewer2300/web/viewer.php> เมื่อ 10 มิถุนายน 2566, รายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับหลักการและความเป็นมาในการร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมจริยธรรมและมาตรฐานวิชาชีพสื่อมวลชน พ.ศ. โปรดดู ภัทราพร ตันงาม, “การใช้อำนาจรัฐควบคุมสิทธิเสรีภาพสื่อมวลชนผ่านการปฏิรูป : ศึกษากรณีร่าง พ.ร.บ. การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ส่งเสริมจริยธรรมและมาตรฐานวิชาชีพสื่อมวลชน พ.ศ.” (วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต (การเมืองการปกครอง), สาขาวิชาการเมืองการปกครอง สำหรับนักบริหาร คณะรัฐศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560).

⁶² ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมจริยธรรมและมาตรฐานวิชาชีพสื่อมวลชน พ.ศ.

มาตรา 30 “มาตรฐานทางจริยธรรมสื่อมวลชนที่สภากำหนดอย่างน้อยต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับจริยธรรม ในเรื่องดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(2) การเสนอข้อเท็จจริงด้วยความถูกต้อง ครบถ้วนรอบด้าน และเป็นธรรม

ฯลฯ

ฯลฯ”

3.3 ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรคมนาคมพื้นดินในระบบดิจิทัล

มาตรา 64 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2551 บัญญัติให้การใช้ดุลพินิจในการมีคำสั่งเพื่อพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรคมนาคมพื้นดินในระบบดิจิทัลนั้น จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไข 2 ประการ ได้แก่ **ประการที่หนึ่ง** ผู้รับใบอนุญาตจะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันมีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และ**ประการที่สอง** การกระทำดังกล่าวต้องเป็นกรณีที่เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ด้วยเหตุนี้ การกระทำของผู้ฟ้องคดีจึงต้องเป็นการกระทำที่เป็นไปตามองค์ประกอบทั้งสองประการดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงจะสามารถใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเพื่อพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรคมนาคมพื้นดินในระบบดิจิทัลได้

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ**องค์ประกอบประการที่หนึ่ง**นั้น ดังที่ได้พิจารณาแล้วว่า บทบัญญัติตามข้อ 3 (5) ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 เป็นบทบัญญัติที่ต้องตีความโดยใช้วิธีการตีความบทบัญญัติให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (verfassungskonforme Auslegung) เพื่อจำกัดการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่มิให้กระทบต่อสาระสำคัญของการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น ผลจากการตีความกฎหมายในลักษณะดังกล่าวทำให้ข้อ 3 (5) ของประกาศดังกล่าว เป็นบทบัญญัติที่ต้องตีความอย่างเคร่งครัด กล่าวคือ การกระทำที่เข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในบทบัญญัตินี้จะต้องเป็นการกระทำที่เบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นเท่านั้น ซึ่งในคดีที่วิเคราะห์นี้ แม้ศาลปกครองสูงสุดจะไม่ได้กล่าวถึงหลักการดังกล่าวไว้โดยตรงก็ตาม แต่ศาลปกครองสูงสุดก็วินิจฉัยว่า การกระทำของผู้ฟ้องคดีเป็น “การดำเนินรายการตามปกติวิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพสื่อมวลชน” จึงมิได้มีลักษณะของการนำเสนอข่าวที่ “ก่อให้เกิดความสับสน ยั่วยุ ปลุกปั่นให้เกิดความขัดแย้ง หรือสร้างให้เกิดความแตกแยกในราชอาณาจักร” ตามข้อ 3 (5) อันจะถือเป็นการออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาสาระที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2551

อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองยังวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ**องค์ประกอบประการที่สอง** ต่อไปว่า การที่เจ้าหน้าที่จะใช้ดุลพินิจเพื่อมีคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรคมนาคมพื้นดินในระบบดิจิทัลนั้น นอกจากจะต้องได้ความเสียก่อนว่า ผู้รับใบอนุญาตได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 37 ข้างต้นแล้ว การกระทำเช่นนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ “ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรง” อีกด้วย เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏแต่เพียงว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้แจ้งเตือนผู้ฟ้องคดีให้งดออกอากาศรายการพิพาทอยู่หลายครั้ง โดยไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า การออกอากาศรายการพิพาทนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงเช่นใด ข้อเท็จจริงเพียงเท่านี้จึงยังไม่เพียงพอที่จะสรุปได้ว่า การกระทำของผู้ฟ้องคดีเป็นการกระทำ



ที่ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงตามมาตรา 64 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 แต่อย่างใด

ด้วยเหตุผลทั้งหมดนี้จึงสามารถสรุปได้ว่า การเผยแพร่รายการพิพาทของผู้ฟ้องคดีเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบในการใช้ดุลพินิจเพื่อพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัลตามมาตรา 64 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ทั้งสององค์ประกอบ กล่าวคือ ไม่ปรากฏทั้งการกระทำที่มีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และไม่ปรากฏลักษณะของการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงแต่อย่างใด

บทสรุป

จากการศึกษาประเด็นปัญหาและหลักกฎหมายที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564 แล้วพบว่า คำพิพากษานี้เป็นคำพิพากษาที่ศาลปกครองได้วางหลักการที่สำคัญไว้อย่างน้อย 2 ประการ ได้แก่ **ประการที่หนึ่ง** การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของรัฐอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น จะพิจารณาแต่เพียงว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างเดียวนั้นไม่ได้ แต่ต้องนำรัฐธรรมนูญมาใช้เป็นมาตรวัดในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน และตีความกฎหมายฉบับดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนในเรื่องนั้น ๆ อีกด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จะต้องตีความบทบัญญัติที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วยวิธีการใช้การตีความกฎหมายโดยเคร่งครัด เพื่อให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้ดุลพินิจในการแทรกแซงการใช้เสรีภาพประเภทต่าง ๆ เพียงแต่พอสมควรแก่เหตุเท่านั้น **ประการที่สอง** ด้วยผลจากการตีความบทบัญญัติที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วยวิธีการใช้การตีความกฎหมายโดยเคร่งครัดเช่นนี้ การที่เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานทางปกครองจะใช้ดุลพินิจอย่างใดอย่างหนึ่งอันมีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนนั้น จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงอย่างชัดแจ้งแล้วว่า ปัจจุบันบุคคลได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเป็นไปตามองค์ประกอบของกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานทางปกครองในการใช้ดุลพินิจเพื่อจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนทุกประการแล้วเท่านั้น

ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่า คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564 เป็นตัวอย่างที่ดีของคำพิพากษาศาลปกครองที่วินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยมีได้คำนึงถึงเพียงบทบัญญัติของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น แต่คำนึงถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างรอบด้าน กล่าวคือ มีการนำขอบเขตและข้อจำกัดในการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น ตามมาตรา 35 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาพิจารณาประกอบในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย

ของคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัลด้วย
อันเป็นแนวทางการพิจารณาที่ควรนำมาใช้ประกอบการพิจารณาคดีปกครองในคดีอื่น ๆ ต่อไป

คำสำคัญ : สื่อมวลชน, โทรคมนาคม, รัฐธรรมนูญ, เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น, เสรีภาพ
ในการนำเสนอข่าวสาร, การพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่, การพักใช้ใบอนุญาตประกอบกิจการโทรทัศน์

วารสารวิชาการศาลปกครอง

บทวิเคราะห์คดี : สัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ ที่สำคัญหรือจำเป็นในการดำเนินการบริการสาธารณะให้บรรลุผล

พัชรภรณ์ ศิริวิมลกุล *

1. ความนำ

แม้พัฒนาการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประเทศไทยจะค่อนข้างมีความชัดเจน และเป็นมาตรฐานมากขึ้นในปัจจุบัน แต่ประเด็นการตีความเกี่ยวกับนิยามของสัญญาทางปกครอง ยังคงเป็นปัญหาหนึ่งที่ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยังคงมีความเห็นไม่เป็นแนวทางเดียวกันในการพิจารณาเพื่อจัดทำคำพิพากษาของศาลปกครองหรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล แม้จะมีการบัญญัตินิยามของ “สัญญาทางปกครอง” ไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และต่อมาที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้มีมติในการประชุมฯ ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2544 เพื่อขยายขอบเขตของนิยามความหมายของสัญญาทางปกครอง และแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งแล้วก็ตาม แต่จากคำนิยามดังกล่าวเป็นเพียงการวางหลักไว้อย่างกว้าง ๆ ยังไม่มีความชัดเจนในบางประเด็น เช่น การพิจารณาสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลว่า ข้อพิพาทดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม และเป็นสัญญาประเภทใด หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ เป็นหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้กำหนดขึ้น โดยเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การพิจารณาไว้ว่า “สัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล เป็นสัญญาทางปกครอง” อันเป็นการขยายขอบเขตของสัญญาทางปกครองออกไปจากเดิม ส่งผลให้สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าทรัพย์สินที่แต่เดิมเป็นสัญญาทางแพ่งอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งต่อมาศาลปกครองก็ได้วินิจฉัยตามแนวทางดังกล่าว โดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้มีมติในการประชุม ครั้งที่ 6/2547 เมื่อวันที่ 9 มิถุนายน 2547 ให้ความหมายสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมไว้ว่า รวมถึงสัญญาเพื่อจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์สำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวจึงอยู่ในอำนาจศาลปกครอง ซึ่งในอดีตที่ผ่านมาการตีความสัญญาในกรณีดังกล่าวเป็นปัญหาและมีความไม่ชัดเจนในบางคดี โดยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาด

* ร.ม. (บริหารรัฐกิจ), น.ม. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปริญญาโทสาขากการแปลภาษาอังกฤษ-สเปน (Master Universitario en Traducción Inglés Español (Lenguajes Especializados)) มหาวิทยาลัย Valladolid ประเทศสเปน, พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

อำนาจหน้าที่ระหว่างศาลมีคำวินิจฉัยไม่สอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลปกครอง แม้ในปัจจุบันอาจมีความสอดคล้องกันบ้างแล้ว แต่ก็ยังไม่ชัดเจนในบางกรณี ด้วยเหตุผลของความแตกต่างกันในผลของคำพิพากษาและคำวินิจฉัยดังกล่าว จึงควรมีการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นในการดำเนินการบริการสาธารณะให้บรรลุผล การวิเคราะห์เปรียบเทียบคำพิพากษาของศาลปกครองและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลโดยละเอียด รวมถึงนำตัวอย่างคำพิพากษาของศาลประเทศสเปน ที่มีแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับเรื่องของสัญญาทางปกครองมาประกอบพิจารณา และการกำหนดหลักเกณฑ์ของการจำแนกสัญญาที่ใช้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับ “สัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล” ต่อไป เพื่อนำไปสู่การกำหนดประเภทของสัญญาและเขตอำนาจของคดีประเภทสัญญา และกำหนดแนวทางการพิจารณาคดีประเภทสัญญาทางปกครองให้มีแนวคำพิพากษาที่ชัดเจนและสอดคล้องเป็นไปในทิศทางเดียวกันต่อไป

2. หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นในการดำเนินการบริการสาธารณะให้บรรลุผล

มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ประกอบกับมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2544 กำหนดว่า “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”

นอกจากพิจารณานิยามของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 แล้ว และที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์

การพิจารณาไว้ว่า “สัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล เป็นสัญญาทางปกครอง” ซึ่งเป็นการขยายขอบเขตของสัญญาทางปกครองออกไปจากเดิม ส่งผลให้สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าทรัพย์สิน ที่แต่เดิมเป็นสัญญาทางแพ่งอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งต่อมาศาลปกครองก็ได้วินิจฉัยตามแนวทางดังกล่าว ได้แก่ สัญญาซื้อขายร่มบุคคลโดดแบบสายตึงประจำที่แบบเอ็มซี 1-1 ปีพร้อมร่มช่วย ที-10 อาร์และอุปกรณ์ สัญญาจ้างผลิตบัตรโทรศัพท์สาธารณะแบบชิปการ์ด (Chipcard) สัญญาซื้อขายวัสดุก่อสร้างประเภทหินทรายท่อประปาที่ใช้ในกิจการประปา¹ ซึ่งการจำแนกสัญญาทางปกครองตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ “สัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล เป็นสัญญาทางปกครอง” อาจยังต้องมีการตีความว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งและใช้หลักเกณฑ์ใดในการจำแนก

จากการกำหนดลักษณะของสัญญาทางปกครองโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลดังกล่าว ได้เกิดปัญหาการตีความสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ในลักษณะความหมายอย่างกว้างเกินจากนิยามของสัญญาทางปกครองตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ โดยเพิ่มการพิจารณาในกรณีของวัตถุประสงค์เป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นที่จะทำให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุวัตถุประสงค์หรือไม่ประกอบด้วย ถ้าวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นเป็นเครื่องมือที่จำเป็นทำให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผลสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง จึงเป็นปัญหาในการวินิจฉัยว่า กรณีใดเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะที่ขึ้นอยู่กับ การให้เหตุผลว่า เครื่องมือนั้นสำคัญหรือจำเป็นต่อการให้บริการสาธารณะหรือไม่ อย่างไร หรือหากเครื่องมือหรืออุปกรณ์ดังกล่าวมีความสำคัญหรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะ แต่ระดับของความสำคัญหรือความจำเป็นดังกล่าวมีแคไหน เพียงไร จะต้องมีความใกล้ชิดต่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงหรือโดยอ้อม หรือมีความเกี่ยวพันกับภารกิจหรืออำนาจหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะของหน่วยงานทางปกครองนั้น ๆ แคไหน เพียงไร ในปัจจุบันยังไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การจำแนกแยกแยะเรื่องดังกล่าวไว้โดยตรง จึงทำให้เกิดปัญหาการตีความความหมายและขอบเขตของสัญญาในประเด็นดังกล่าวว่าเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง ซึ่งในบางครั้งปรากฏแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ไม่สอดคล้องหรือตรงกัน อย่างไรก็ตาม ความไม่สอดคล้องดังกล่าวอาจเกิดจากข้อเท็จจริงหรือมีรายละเอียดของคดีที่แตกต่างกัน ในบางประการที่ส่งผลต่อผลของคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัย ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดของคดีที่ได้หยิบยกมาศึกษาวิเคราะห์ต่อไป

¹ เดชา สินธุเพชร, “เกณฑ์การวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครอง : ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะและสัญญาให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง,” วารสารวิชาการนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ ปีที่ 9 ฉบับที่ 11, 2564, หน้า 121. (130-133).

3. แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุแห่งสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล

ปัจจุบันการวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองที่ให้จัดทำบริการสาธารณะยังคงมีความไม่ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในประเด็นเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุแห่งสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล โดยอาจแบ่งประเภทของสัญญาทั้งในกรณีที่เป็นสัญญาทางปกครอง และกรณีที่ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง และศาลที่มีคำวินิจฉัย ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

3.1 แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ

1) แนวคำพิพากษาของศาลปกครอง

1.1) กรณีที่ศาลพิพากษาว่าเป็นสัญญาทางปกครอง มีเหตุผลตามคำพิพากษาดังนี้

ก. สัญญาซื้อเครื่องฟั่นเคมีระบบฟอยละอองละเอียด ยูแอลวี ของโรงพยาบาล เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเป็นการจัดซื้อเครื่องมือกำจัดแมลง สัตว์นำโรคและเชื้อโรค ป้องกันโรคต่าง ๆ และฆ่าเชื้อโรคในโรงพยาบาล บ้านเรือน และที่พำอาศัย ดังนั้น เครื่องมืองดกล่าวเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นเพื่อให้บริการสาธารณะด้านสาธารณสุขของโรงพยาบาลบรรลุผล²

ข. สัญญาซื้อขายติดตั้งเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์ประมวลผลเพื่อติดตั้งในโรงพยาบาลของรัฐ อุปกรณ์ดังกล่าวมีลักษณะเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะใช้เชื่อมโยงและรับส่งข้อมูลของประชาชนที่มาใช้บริการสาธารณสุขด้านการแพทย์ จากแผนกหนึ่งไปยังอีกแผนกหนึ่งในโรงพยาบาลเดียวกัน และจากโรงพยาบาลหนึ่งไปยังอีกโรงพยาบาลหนึ่ง ให้สะดวก รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพเพียงพอต่อความต้องการของประชาชน ดังนั้น วัตถุแห่งสัญญาจึงเป็นการซื้อเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณสุขด้านการแพทย์ให้บรรลุผล และแม้ว่าเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองจะเป็นผู้ควบคุมและใช้เครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์การประมวลผลระบบคอมพิวเตอร์ดังกล่าวก็ตาม แต่วัตถุประสงค์หลักของการใช้เครื่องมือดังกล่าวก็เป็นไปเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะและเป็นประโยชน์โดยตรงต่อประชาชนที่มาขอใช้บริการสาธารณสุขทางการแพทย์ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง³

² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 71/2554

³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 726/2547 (ประชุมใหญ่)



ค. สัญญาจัดซื้อรถยนต์บรรทุกน้ำและอุปกรณ์ดับเพลิง พร้อมติดตั้งเครื่องสูบน้ำอุปกรณ์ดับเพลิง และเครื่องมืออุปกรณ์ประจำรถ มีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดให้มีเครื่องมืออันสำคัญที่ใช้ในการดับเพลิง อันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ในการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยขององค์การบริหารส่วนตำบล จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง⁴

ง. สัญญาซื้อขายคอมพิวเตอร์เพื่อจัดซื้อและติดตั้งเครื่องคอมพิวเตอร์พร้อมอุปกรณ์ต่อเชื่อม สำหรับโครงการพัฒนาระบบเทคโนโลยีสารสนเทศในส่วนโครงสร้างพื้นฐานของสถาบันคุ้มครองเงินฝาก เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งสถาบันดังกล่าวก็เพื่อจัดทำบริการสาธารณะในการคุ้มครองเงินฝากในสถาบันการเงิน เสริมสร้างความมั่นคงและเสถียรภาพของระบบสถาบันการเงิน รวมทั้งดำเนินการกับสถาบันการเงินที่ถูกควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงินและชำระบัญชีสถาบันการเงินที่ถูกเพิกถอนใบอนุญาต ดังนั้น การทำสัญญาซื้อขายดังกล่าว จึงมีวัตถุประสงค์หลักเป็นการจัดให้มีเครื่องมือสำหรับจัดทำบริการสาธารณะ และเป็นประโยชน์โดยตรงต่อประชาชนผู้ฝากเงิน สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง⁵

จ. สัญญาการจัดซื้อเครื่องรบกวนความถี่วิทยุ เมื่อจังหวัดยะลาซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการดูแลให้มีการปฏิบัติและบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยและเป็นธรรมในสังคม อันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ เครื่องมือดังกล่าวจึงเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญและจำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนในพื้นที่ สัญญาการจัดซื้อเครื่องมือข้างต้น จึงเป็นสัญญาทางปกครอง⁶

ฉ. สัญญาซื้อขายเตียงผ่าตัดทั่วไประบบไฟฟ้าพร้อมรีโมทคอนโทรล เพื่อใช้งานในห้องผ่าตัด กลุ่มงานการพยาบาลผู้ป่วยผ่าตัด โรงพยาบาลราชบุรี เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการจัดหาหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะด้านการแพทย์ตามภารกิจของโรงพยาบาลราชบุรีให้บรรลุผล และเป็นประโยชน์โดยตรงต่อประชาชนที่มาขอใช้บริการด้านการแพทย์ สัญญาซื้อขายดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ อันเป็นสัญญาทางปกครอง⁷

ช. สัญญาซื้อขายเรือไฟเบอร์ (สำหรับจัดเก็บวัชพืช) กับเอกชน ซึ่งเป็นการจัดหาเครื่องมือสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง⁸

⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 350/2560

⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 586/2560

⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 438/2562

⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 99/2563

⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 977/2565

1.2) กรณีที่ศาลปกครองพิพากษาว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง มีเหตุผลตามคำพิพากษา ดังนี้

ก. สัญญาซื้อขายดินลูกรังเพื่อนำมาใช้ในการทำถนน แม้ว่าการซ่อมแซมถนนบนคันคลองจะเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์แก่ประชาชน ซึ่งถือได้ว่าเป็นการบริการสาธารณะ แต่ดินลูกรังที่ใช้ในการซ่อมแซมถนนดังกล่าวเป็นเพียงอุปกรณ์ที่ผู้ฟ้องคดีใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะเท่านั้น ทำให้สิ่งสาธารณูปโภคไม่ ดังนั้น การจัดหาดินลูกรังของกรมชลประทานโดยการทำสัญญาซื้อขายกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ก. จึงไม่ใช่สัญญาที่ให้ผู้สัญญาฝ่ายเอกชนจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ทั้งสัญญาดังกล่าวไม่มีข้อกำหนดที่แสดงให้เห็นถึงเอกลักษณ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ สัญญาดังกล่าวจึงมิใช่สัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาทางแพ่ง⁹

ข. สัญญาซื้อขายเตาเผาขยะ ระหว่างเทศบาลกับเอกชน แม้การกำจัดขยะมูลฝอยจะเป็นหน้าที่ตามกฎหมายของเทศบาล แต่เตาเผาขยะเป็นเพียงอุปกรณ์ที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะของเทศบาลเท่านั้น ไม่ได้เป็นสิ่งสาธารณูปโภค ดังนั้น สัญญาซื้อขายเตาเผาขยะจึงไม่ใช่สัญญาที่ให้ผู้สัญญาฝ่ายเอกชนจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ทั้งสัญญาดังกล่าวไม่มีข้อกำหนดที่แสดงให้เห็นถึงเอกลักษณ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ จึงไม่เป็นสัญญาทางปกครอง¹⁰

ค. สัญญาซื้อขายเครื่องกำเนิดไฟฟ้าเพื่อใช้ในโรงพยาบาลของกระทรวงสาธารณสุข ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งไม่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐ แต่เป็นสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสมัครใจเข้าผูกพันซึ่งกันและกันภายในกรอบของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ใช้บังคับกับการทำสัญญาโดยใจสมัครในฐานที่เท่าเทียมกันของคู่สัญญา และวัตถุประสงค์ของสัญญาซึ่งได้แก่การซื้อเครื่องกำเนิดไฟฟ้าไปใช้ในกิจการของโรงพยาบาล ก็มีใช้สิ่งสาธารณูปโภคที่ประชาชนทั่วไปจะเข้าไปใช้ประโยชน์ได้โดยตรง หรือเป็นเครื่องมือโดยตรงที่จะขาดไม่ได้ในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยของโรงพยาบาลอันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น สัญญาซื้อขายเครื่องกำเนิดไฟฟ้าเพื่อใช้ในโรงพยาบาลจึงมิใช่สัญญาทางปกครอง

ง. สัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจเพื่อใช้ที่ศูนย์หัวใจเป็นสัญญาที่แม้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่สัญญาดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง และมีวัตถุประสงค์ของสัญญาเพียงเพื่อให้ได้มาซึ่งเครื่องมือที่ใช้ในหน่วยงานเท่านั้น ไม่มีวัตถุประสงค์ให้คู่สัญญาเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมบริการสาธารณะโดยตรง ทั้งไม่มีข้อกำหนดที่แสดงให้เห็นถึงการใช้อำนาจรัฐเหนือคู่สัญญา ดังนั้น สัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจจึงมิใช่สัญญาทางปกครอง

⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 146/2548

¹⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 423/2546



จ. สัญญาซื้อขายวัสดุไฟฟ้า เป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐทำสัญญาซื้อขายวัสดุไฟฟ้าจากเอกชนเพื่อนำไปใช้ในงานปรับปรุงซ่อมแซมไฟฟ้าแสงสว่างทางสาธารณะ สัญญาดังกล่าวเป็นเพียงการจัดซื้อวัสดุอุปกรณ์เท่านั้น มิใช่สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง แต่เป็นสัญญาทางแพ่งที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสมัครใจเข้าร่วมบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค จึงไม่เป็นสัญญาทางปกครอง¹¹

ฉ. สัญญาซื้อขายวัสดุอุปกรณ์ก่อสร้างเพื่อนำไปบำรุงรักษาและก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภค แม้จะมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่สัญญาซื้อขายดังกล่าวเป็นเพียงการซื้อขายวัสดุอุปกรณ์ก่อสร้างทั่วไป โดยไม่อาจถือว่าเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญและจำเป็นแก่การจัดทำบริการสาธารณะด้านสาธารณูปโภค และไม่อาจถือว่าเป็นสัญญาที่ให้ร้านค้าเอกชนร่วมจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อีกทั้งไม่ปรากฏข้อกำหนดที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ขององค์การบริหารส่วนตำบลที่มีอยู่เหนือสัญญา สัญญาซื้อขายที่พิพาทจึงมิได้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง¹²

ช. สัญญาก่อสร้างและติดตั้งระบบบำบัดน้ำเสียประจำอาคารของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นสัญญาจ้างทำของในทางแพ่งทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้ผู้ฟ้องคดีจัดทำบริการสาธารณะหรือเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดี แม้จะเป็นไปตามรูปแบบสัญญาของหน่วยงานทางปกครองและมีข้อความแสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ที่หน่วยงานทางปกครองมีอยู่เหนือเอกชนคู่สัญญาตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างก็ตาม ก็ไม่ทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง¹³

ซ. สัญญาซื้อสินค้าเครื่องมือแพทย์ประเภทโลหะตามกระดูกสันหลังส่วนคอส่วนอก เอว และโลหะตามกระดูกขา พร้อมอุปกรณ์ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า สัญญาซื้อขายเครื่องมือแพทย์ดังกล่าวเป็นเพียงข้อตกลงที่ผู้ถูกฟ้องคดีมุ่งผูกพันตนกับผู้ฟ้องคดีด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคโดยไม่ปรากฏว่ามีข้อกำหนดใดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินงานกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผลแต่อย่างใด สัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง มิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง¹⁴

¹¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 633/2560

¹² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 283/2561

¹³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 403/2566

¹⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 1490/2566 (ประชุมใหญ่)

2) แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

2.1) กรณีที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง มีเหตุผล ดังนี้

ก. สัญญาซื้อประตูตรวจค้นโลหะ คดีนี้โจทก์เป็นกรมสังกัดกระทรวงการคลัง มีภารกิจและอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการผลิตเหรียญกษาปณ์และจัดสร้างเครื่องราชอิสริยาภรณ์ สัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดซื้อเครื่องมือสำคัญที่โจทก์ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ให้บรรลุผล ทั้งสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดในสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่โจทก์ซึ่งไม่อาจพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป สัญญาพิพาทจึงมิได้ทำขึ้นโดยมุ่งผูกพันด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเท่าเทียมกันเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง สัญญาพิพาทนี้จึงเป็นสัญญาทางปกครอง¹⁵

ข. สัญญาซื้อขายครุภัณฑ์เครื่องคอมพิวเตอร์ระหว่างสำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติกับเอกชน สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำนโยบายการประถมศึกษาอันเป็นภารกิจเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ การซื้อครุภัณฑ์ดังกล่าวย่อมแสดงให้เห็นว่า เพื่อนำไปใช้ในการจัดการเรียนการสอน ซึ่งเป็นภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง¹⁶

2.2) กรณีที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง มีเหตุผล ดังนี้

ก. สัญญาซื้อขายเครื่องถ่ายเอกสาร เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ให้ส่งมอบเครื่องถ่ายเอกสาร จึงไม่ใช่ลักษณะของการมอบหมายให้เข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง ทั้งเครื่องถ่ายเอกสารไม่ใช่เครื่องมือสำคัญ แต่เป็นเพียงเครื่องมือที่ช่วยอำนวยความสะดวกด้านการผลิตเอกสารการเรียนการสอนเท่านั้น วัตถุประสงค์แห่งสัญญาจึงไม่ใช่เรื่องการให้โจทก์เข้าจัดทำบริการสาธารณะที่จะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง จึงไม่ใช่ความสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน แต่เป็นเรื่องสิทธิและหน้าที่ในทางแพ่งของคู่สัญญาตามหลักกฎหมายเอกชนซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม¹⁷

ข. สัญญาซื้อขายโต๊ะเก้าอี้นักเรียนพร้อมติดตั้ง โดยให้เอกชนส่งมอบโต๊ะเก้าอี้นักเรียนพร้อมติดตั้งให้แก่หน่วยงานทางปกครอง ไม่ได้มีลักษณะของการมอบหมายให้เอกชนเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ รวมทั้งวัตถุประสงค์แห่งสัญญาพิพาทเป็นเพียงเครื่องมือที่ช่วยอำนวยความสะดวกด้านการเรียนการสอนเท่านั้น ไม่ใช่เครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงและไม่มีลักษณะเป็น

¹⁵ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 9/2555

¹⁶ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 27/2551

¹⁷ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 82/2559



สัญญาสัมปทานหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติที่จะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง จึงเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม¹⁸

ค. สัญญาที่สำนักงานตำรวจแห่งชาติซื้อรถจักรยานยนต์นำขบวนบุคคลสำคัญ ถือเป็นสัญญาทางแพ่ง มิใช่สัญญาทางปกครอง เพราะรถจักรยานยนต์นำขบวนจัดเป็นรถจักรยานยนต์ทั่วไป มิใช่อุปกรณ์เฉพาะ¹⁹

ง. สัญญาซื้อเครื่องคัดขนาดไข่และฆ่าเชื้อไข่ระหว่างกรมปศุสัตว์และบริษัทเอกชน มีสาระสำคัญเป็นการให้บริษัทเอกชนจัดหาและส่งมอบเครื่องคัดขนาดไข่และฆ่าเชื้อไข่ อันเป็นการเตรียมวัสดุหรืออุปกรณ์ที่จะนำไปใช้ในโครงการผลิตวัคซีนสำหรับป้องกันโรคในสัตว์ปีกของกรมปศุสัตว์เท่านั้น จึงเป็นสัญญาจัดหาพัสดุธรรมดาที่สนับสนุนภารกิจหลักของกรมปศุสัตว์เท่านั้น มิใช่สัญญาทางปกครอง²⁰

จ. สัญญาซื้อขายครุภัณฑ์ก่อสร้าง (รถตักหน้าขุดหลัง) ชนิดขับเคลื่อน 4 ล้อ เป็นเพียงสัญญาซื้อขายรถยนต์ซึ่งเป็นอุปกรณ์อำนวยความสะดวกแก่การดำเนินงานของจำเลย โดยสัญญา มีสาระสำคัญเพียงว่า ให้โจทก์ส่งมอบครุภัณฑ์ก่อสร้างดังกล่าว จึงเป็นเพียงสัญญาซื้อขายครุภัณฑ์ที่หน่วยงานทางปกครองผู้ซื้อมุ่งผูกพันตนกับผู้ขายซึ่งเป็นเอกชนด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค ทั้งไม่มีลักษณะเป็นการให้โจทก์เข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงหรือมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอันจะเข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ความสัมพันธ์ระหว่างโจทก์และจำเลยทั้งสองในการทำสัญญาพิพาทจึงไม่จำเป็นต้องบังคับตามกฎหมายมหาชน แต่เป็นเรื่องสิทธิและหน้าที่ในทางแพ่งของคู่สัญญาตามหลักกฎหมายเอกชน จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง

3.2 แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารและปรับปรุงซ่อมแซมอาคาร เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะอันถือว่าเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญ

1) แนวคำพิพากษาของศาลปกครอง

1.1) กรณีที่ศาลปกครองพิพากษาว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ปรากฏเหตุผล การวินิจฉัยของศาล ดังนี้

ก. สัญญาจ้างซ่อมแซมอาคารของกองสรรพาวุธ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ เป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการ สาธารณะ²¹

¹⁸ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 145/2561

¹⁹ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 122/2557

²⁰ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 30/2549

²¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 308/2547

ข. สัญญาจ้างจัดทำห้องปฏิบัติการวิทยาศาสตร์ คณิตศาสตร์ และภาษาอังกฤษ สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน เป็นเครื่องมือสำคัญในการจัดการศึกษาขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นการบริการสาธารณะให้บรรลุผล²²

ค. สัญญาจ้างตกแต่งซ่อมประตูเมือง เมื่อองค์การบริหารส่วนจังหวัดมีอำนาจ และหน้าที่จัดระบบบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นของตนเองด้านส่งเสริมการท่องเที่ยว เมื่อการตกแต่งซ่อมประตูเมืองที่พิพาทเป็นกิจกรรมที่จัดให้มีขึ้นตามโครงการจัดงานส่งเสริมการท่องเที่ยวของจังหวัด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการประชาสัมพันธ์จังหวัดให้เป็นที่รู้จักของนักท่องเที่ยว ซ่อมประตูเมืองดังกล่าวจึงถือเป็นเครื่องมือที่จะทำให้การบริการสาธารณะด้านการส่งเสริมการท่องเที่ยวซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีบรรลุผล จึงเป็นสัญญาทางปกครอง²³

ง. สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการโรงพยาบาล คณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครอง เพียงฝ่ายเดียวที่จะเลิกสัญญาได้ ประกอบกับลักษณะที่เป็นสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผลที่ไม่พบในสัญญาทั่วไปในทางแพ่ง ทั้งยังมีการตกลงให้ใช้สัญญาแบบปรับราคาสำหรับราคางานก่อสร้างตามสัญญาจ้างนี้อีกด้วย จึงเป็นสัญญาทางปกครอง²⁴

จ. สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่พักอาศัย 5 ชั้น 16 ครอบครัว ในบริเวณพื้นที่แขวงทางหลวงพังงา เป็นกรณีที่กรมทางหลวงจัดหาที่อยู่อาศัยให้แก่เจ้าหน้าที่ในสังกัดที่ไม่มีที่อยู่อาศัยในเขตพื้นที่นั้น ซึ่งไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาผลกำไรอย่างเอกชน ถือว่าเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งจำเป็นพื้นฐานในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล จึงเป็นสัญญาทางปกครอง²⁵

ฉ. สัญญาจ้างก่อสร้างโครงการบ้านพักข้าราชการด้านบุคลากรสงขลา เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง และเป็นสัญญาที่จัดให้มีบ้านพักข้าราชการของกรมบุคลากร เพื่อให้เจ้าหน้าที่บุคลากรสงขลาซึ่งมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะพักอาศัย บ้านพักข้าราชการด้านบุคลากรสงขลาจึงเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญเพื่อให้การบริการสาธารณะของกรมบุคลากรบรรลุผล จึงเป็นสัญญาทางปกครอง²⁶

²² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 853/2547

²³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 306/2549

²⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 106/2544

²⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 604/2564

²⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 157/2550



ข. สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน เมื่ออาคารสำนักงานดังกล่าวเป็นถาวรวัตถุที่เป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะเกี่ยวกับสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานซึ่งประชาชนและผู้ใช้แรงงานสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง จึงเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันเป็นสัญญาทางปกครอง²⁷

ค. สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานเขตราชบุรีบูรณะ เมื่ออาคารสำนักงานเขตเป็นสถานที่สำหรับปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่เพื่อบริการประชาชน อันเป็นบริการสาธารณะตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 เป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะให้บรรลุผล ทั้งเป็นสิ่งสาธารณูปโภคที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง เป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นสัญญาทางปกครอง²⁸

ง. สัญญาจ้างปรับปรุงต่อเติมอาคารศาลาธนาภิรักษ์ เมื่ออาคารสถานที่สำหรับให้บริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของกรมธนารักษ์ อันได้แก่ อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง กฎหมายว่าด้วยที่ราชพัสดุ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง อาคารดังกล่าวจึงถือเป็นถาวรวัตถุอันเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะให้บรรลุผล จึงเป็นสัญญาทางปกครอง²⁹

จ. สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียน ระหว่างสำนักงานการประถมศึกษาอำเภอภูพาน กับห้างหุ้นส่วนจำกัด ก. เป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค โดยเป็นการจัดให้มีอาคารเรียนเพื่อเป็นสถานศึกษาอันเป็นบริการสาธารณะที่ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกันประกอบกับข้อกำหนดในสัญญามีลักษณะพิเศษที่เป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครอง จึงเป็นสัญญาทางปกครอง³⁰

ฉ. สัญญาจ้างปรับปรุงห้องน้ำมหาวิทยาลัยราชภัฏ เป็นสัญญาจ้างปรับปรุงห้องน้ำของสำนักศิลปะและวัฒนธรรม ซึ่งเป็นสถานที่ที่ใช้ในการเรียนการสอน กิจกรรมเกี่ยวกับศิลปะและวัฒนธรรม รวมทั้งจัดแสดงนิทรรศการที่เป็นผลงานของนักศึกษาและประชาชนทั่วไป เมื่อมหาวิทยาลัยราชภัฏ มีอำนาจหน้าที่และวัตถุประสงค์เพื่อการศึกษา ส่งเสริมวิชาการ และวิชาชีพชั้นสูง ทำการสอน วิจัย ให้บริการแก่สังคม ปรับปรุง ถ่ายทอด และพัฒนาเทคโนโลยี ทุนบำรุงศิลปะและวัฒนธรรม ผลิตครู และส่งเสริมวิทยฐานะครู การปรับปรุงห้องน้ำในอาคารดังกล่าว ซึ่งเป็นสถานที่ที่จัดให้บริการสาธารณะของมหาวิทยาลัยราชภัฏ ย่อมถือเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่เพื่อให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์หลักได้ อันเป็นการอำนวยความสะดวกในการจัดทำบริการสาธารณะของมหาวิทยาลัย

²⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 443/2545

²⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 497/2545

²⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 493/2545

³⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 255/2546

ให้บรรลุผล การว่าจ้างเพื่อปรับปรุงห้องน้ำของสำนักศิลปะและวัฒนธรรมจึงถือเป็นการจัดหาอุปกรณ์เครื่องมือเครื่องใช้เพื่อสนับสนุนหรืออำนวยความสะดวกในการจัดทำบริการสาธารณะของมหาวิทยาลัยราชภัฏโดยตรง จึงเป็นสัญญาทางปกครอง³¹

1.2) กรณีที่ศาลปกครองพิพากษาว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง ศาลได้อธิบายเหตุผล ดังต่อไปนี้

ก. สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารแฟลตตอเนกประสงค์ พร้อมงานปรับปรุงดินก่อสร้างอาคารงานระบบสาธารณูปโภค สาธารณูปการ และอื่น ๆ โครงการบ้านพักข้าราชการ (ประเภทเช่า) ของการเคหะแห่งชาติ เป็นการจัดให้มีเคหะเพื่อให้ข้าราชการได้มีที่อยู่อาศัยโดยเก็บค่าเช่าเป็นรายเดือน จึงเป็นการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการก่อสร้างอาคารตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติการเคหะแห่งชาติ พ.ศ. 2537 อันเป็นวัตถุประสงค์หลักของผู้ฟ้องคดีที่ดำเนินการได้เช่นเดียวกับเอกชน โดยไม่จำเป็นต้องใช้อำนาจทางปกครอง เมื่อสัญญาจ้างก่อสร้างดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อสร้างอาคารแฟลตตอเนกประสงค์ให้ข้าราชการเช่า การดำเนินกิจการของผู้ฟ้องคดี จึงไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม³²

ข. สัญญาเช่าอาคารที่กระทรวงสาธารณสุขทำกับเอกชนเป็นนิติสัมพันธ์ในเชิงพาณิชย์ สัญญาดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง³³

2) แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

2.1) กรณีที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง มีเหตุผล ดังต่อไปนี้

ก. สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงอาคารเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองและมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเครื่องมือสำคัญและจำเป็นเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะในอำนาจหน้าที่ของจำเลยบรรลุผล จึงเป็นสัญญาทางปกครอง³⁴

ข. สัญญาจ้างก่อสร้างพื้นคอนกรีต เป็นไปเพื่อให้ได้งานก่อสร้างที่จำเป็นสำหรับการติดตั้งตู้คอนเทนเนอร์ของสถานีทวนสัญญาณซึ่งเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินบริการสาธารณะด้านโทรคมนาคมของรัฐ³⁵

³¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 975/2565

³² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 656/2550

³³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 84/2557

³⁴ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 39/2558

³⁵ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 37/2550



ค. สัญญาก่อสร้างอาคารหอพักนักศึกษาจำนวน 2 หลัง และระบบสาธารณูปโภคที่เชื่อมต่อภายนอกอาคารถือเป็นกิจการที่หน่วยงานของรัฐซึ่งมีหน้าที่จัดการศึกษาดำเนินการเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาจ้างดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง³⁶

ง. สัญญาก่อสร้างอาคารที่ทำการศาลจังหวัดสมุทร พร้อมบ้านพักและสิ่งก่อสร้างประกอบ เป็นการจัดให้มีอาคารเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของโจทก์บรรลุผล สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง³⁷

จ. สัญญาก่อสร้างอาคารหอพักนักศึกษาแพทย์ มหาวิทยาลัยมหิดล ถือเป็นกิจการที่หน่วยงานของรัฐซึ่งมีหน้าที่จัดการศึกษาดำเนินการเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาจ้างดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครองอันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง³⁸

ฉ. สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงซ่อมแซมอาคารที่ทำการ อาคารที่พักอาศัยและสิ่งก่อสร้างประกอบ เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง และมีวัตถุประสงค์เป็นเครื่องมือสำคัญและจำเป็นเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะในอำนาจหน้าที่ของจำเลยบรรลุผล อันมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง³⁹

2.2) กรณีที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง มีเหตุผล ดังต่อไปนี้

ก. สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารพักอาศัยนายทหารสัญญาบัตร เพื่อใช้เป็นที่พักอาศัยของข้าราชการอันมิได้เป็นไปเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงหรือเพื่อเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่เป็นเพียงสัญญาทางแพ่ง⁴⁰ ซึ่งต่อมาได้มีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยในทำนองเดียวกันว่าสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่พักอาศัยของข้าราชการตำรวจเป็นสัญญาทางแพ่ง⁴¹

ข. สัญญาจ้างก่อสร้างบ้านพักเรือนแถวชั้นประทวนและพลตำรวจมีวัตถุประสงค์เพื่อการบรรเทาความเดือดร้อนของข้าราชการตำรวจและครอบครัวที่ยังไม่มีที่พักอาศัยเท่านั้น มิได้เป็นไปเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงหรือเพื่อเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะอันจะถือเป็นสัญญาทางปกครอง และแม้จะเป็นสัญญาสำเร็จรูปและปรับราคาได้และมีข้อสัญญากำหนดสิทธิให้แก่จำเลย

³⁶ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 1/2548

³⁷ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 12/2552

³⁸ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 31/2548

³⁹ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 39/2558

⁴⁰ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 52/2560

⁴¹ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 11/2562 และคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 28/2563

เลิกจ้างฝ่ายเดียวหรือสั่งให้ทำงานพิเศษ ไม่ได้มีลักษณะพิเศษที่ไม่อาจพบในสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง⁴²

ค. สัญญาจ้างเหมาก่อสร้างอาคารที่พักอาศัย 120 ห้อง 3 ชั้น พร้อมส่วนประกอบจำนวน 1 หลังนั้น เป็นสัญญาจ้างให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างอาคารเพื่อใช้เป็นที่พักอาศัยให้กับเจ้าหน้าที่ในกองร้อยปราบจลาจลหญิง อันมิได้เป็นไปเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงหรือเพื่อเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง

ง. สัญญาก่อสร้างอาคารที่พักอาศัย (แฟลต) 5 ชั้น 30 ครอบครัว (ใต้ถุนสูง) พร้อมส่วนประกอบ เป็นสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเพื่อใช้เป็นที่พักอาศัยของข้าราชการตำรวจและครอบครัวเท่านั้น มิได้เป็นไปเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงหรือเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ อันจะถือเป็นสัญญาทางปกครอง และแม้จะมีข้อสัญญากำหนดให้คณะกรรมการตรวจการจ้างหรือผู้ควบคุมงาน หรือบริษัทที่ปรึกษาที่ผู้ถูกฟ้องคดีแต่งตั้งขึ้นมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบสถานที่ที่กำลังก่อสร้าง สั่งการให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมหรือตัดทอนซึ่งงานตามสัญญา ตลอดจนสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขรูปแบบและข้อกำหนดต่าง ๆ ในเอกสารสัญญา แต่ข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวก็มีได้มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผลแต่อย่างใด สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่พักอาศัยพิพาท จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง⁴³

จ. สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่พักอาศัย นายทหารสัญญาบัตร 16 ครอบครัว จำนวน 4 หลัง ตามโครงการก่อสร้างบ้านพักข้าราชการ กองบัญชาการกองทัพไทย เป็นสัญญาว่าจ้างผู้ฟ้องคดีให้ก่อสร้างอาคารที่พักอาศัยนายทหารสัญญาบัตร เพื่อใช้เป็นที่พักอาศัยของข้าราชการอันมิได้เป็นไปเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงหรือเพื่อเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่เป็นเพียงสัญญาทางแพ่งที่มีหน่วยงานทางปกครองเป็นคู่สัญญาเท่านั้น⁴⁴

3.3 แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาจ้างเอกชนในการดำเนินการอื่น ๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะอันถือว่าเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญ

1) แนวคำพิพากษาของศาลปกครอง

1.1) กรณีที่ศาลปกครองพิพากษาว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ปรากฏเหตุผลการวินิจฉัยของศาล ดังนี้

ก. สัญญาจ้างสร้างเรือตรวจการณ์ สัญญาที่กองทัพเรือจ้างเอกชนสร้างเรือตรวจการณ์เป็นเครื่องมือของกองทัพเรือในการดำเนินการบริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้บรรลุผล จึงเป็นสัญญาทางปกครอง⁴⁵

⁴² คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 77/2563

⁴³ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 28/2563

⁴⁴ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 52/2560

⁴⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 692/2546



ข. สัญญาให้สิทธิปรับปรุงและดูแลรักษาความสะอาดห้องสุขาภายในตลาดนัดจตุจักรเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง และมีวัตถุประสงค์ในการรักษาความสะอาดเพื่อการอนามัยแก่ประชาชนในสาธารณสถาน อันถือเป็นการจัดหาหรือจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง⁴⁶

ค. สัญญาจ้างให้ทำความสะอาดบริเวณศูนย์พัฒนาเด็กเล็กเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากการดำเนินงานของศูนย์พัฒนาเด็กเล็กมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมกระบวนการเรียนรู้และส่งเสริมพัฒนาการของเด็ก ซึ่งวัตถุประสงค์ในการว่าจ้างผู้ฟ้องคดีเพื่อที่จะจัดทำบริการสาธารณะในด้านการรักษาความสะอาดบริเวณศูนย์พัฒนาเด็กเล็กซึ่งเป็นการให้บริการด้านอนามัยและอำนวยความสะดวกจึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ⁴⁷

ง. สัญญาจ้างจัดพิมพ์วารสารและหนังสือของโรงเรียนของรัฐเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการจัดการเรียนการสอนนักเรียนของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อันเป็นส่วนหนึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะด้านการศึกษาตามอำนาจหน้าที่และเป็นการกิจของสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน จึงมีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดหาหรือจัดให้มีวัสดุอุปกรณ์เพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล อันเป็นสัญญาทางปกครอง⁴⁸

จ. สัญญาจ้างถ่ายภาพและบันทึกข้อมูลแบบแสดงรายการภาษี สัญญาที่กรมสรรพากรจ้างเอกชนให้ทำการถ่ายภาพและบันทึกข้อมูลแบบแสดงรายการภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ปีภาษี 2548 และภาษีเงินได้นิติบุคคลรอบระยะเวลาบัญชีปีภาษี 2548 มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการจ้างทำงานอันเป็นกิจการทางปกครองที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของกรมสรรพากร จึงเป็นสัญญาที่เป็นเครื่องมือหรือวิธีการที่จะทำให้การดำเนินกิจการทางปกครองของกรมสรรพากรบรรลุผล ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ⁴⁹

ฉ. สัญญาประกันการนำรถยนต์ที่ไ้แล้วเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อปรับสภาพแล้วส่งออก มีลักษณะเป็นข้อตกลงหรือสัญญาที่เป็นเครื่องมือหรือวิธีการที่จะทำให้นโยบายของกระทรวงพาณิชย์ที่จะให้มีการนำรถยนต์ที่ไ้แล้วที่มีสภาพชำรุดหรือจำเป็นต้องซ่อมแซมหรือต้องปรับปรุงเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อทำการปรับปรุงสภาพให้มีสภาพดี ใช้งานได้โดยสมบูรณ์แล้วส่งออกเพื่อเป็นการสนับสนุนให้มีการสร้างงานและสร้างมูลค่าเพิ่มบรรลุผล สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ⁵⁰

⁴⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 301/2555

⁴⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 537/2556

⁴⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1221/2560

⁴⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 307/2561

⁵⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 298/2560

1.2) กรณีที่ศาลปกครองพิพากษาว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง ปราบปรามเหตุผล การวินิจฉัยของศาล ดังนี้

ก. สัญญาจ้างเหมาติดตั้งปุ่มสะท้อนแสงสองหน้าบนผิวจราจร ระหว่าง กรมทางหลวง กับบริษัท ก. จำกัด ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง⁵¹

ข. สัญญาจ้างซ่อมรถยนต์ของทางราชการ แม้นายกเทศมนตรีซึ่งเป็นคู่สัญญา ฝ่ายผู้ว่าจ้างจะมีฐานะเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประกอบกับรถยนต์ทั้งสองคันเป็นทรัพย์สินของรัฐ เป็นทรัพย์สินสาธารณะ มีหน่วยงานของรัฐดูแลรักษา แทนรัฐ เป็นอุปกรณ์และเป็นเครื่องมือเครื่องใช้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เทศบาลเมืองชัยภูมิ มีไว้เพื่อบริการทางสังคม และสาธารณประโยชน์ในการจัดหาและบำรุงรักษาสถาปัตยกรรมโปกให้แก่ประชาชน ในท้องถิ่นหรือส่วนรวมในคราวจำเป็น และเพื่อประโยชน์ของสาธารณะโดยรวมก็ตาม แต่การไม่ชำระ ค่าซ่อมรถยนต์ตามสัญญาเป็นความรับผิดชอบตามสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 เมื่อมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นก็ต้องบังคับตามสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ จึงมิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง⁵²

ค. สัญญาจ้างทำความสะอาดอาคารเฉลิมพระเกียรติ 7 ชั้น ของโรงพยาบาล ราชบุรี เป็นเพียงสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การรักษาความสะอาด ของโรงพยาบาลเพื่อให้ความสะอาดแก่ประชาชนที่เข้ามารับการรักษา จึงไม่ได้เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการ สาธารณะ หรือเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะ ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง⁵³

ง. สัญญาจ้างทำความสะอาดอาคารและบริเวณสถานีอนามัย เป็นเพียง สัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากการทำความสะอาดอาคารและบริเวณ อาคารสถานที่เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนทั่วไป แม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะเป็นลูกจ้างชั่วคราว ของหน่วยงานทางปกครองก็ตาม หรือเงินค่าจ้างจะเป็นเงินงบประมาณแผ่นดินก็มิได้ทำให้สัญญาดังกล่าว เป็นสัญญาทางปกครอง⁵⁴

2) แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

2.1) กรณีที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่า เป็นสัญญาทางปกครอง มีเหตุผล ดังต่อไปนี้

ก. สัญญาว่าจ้างเพื่อจัดหาและติดตั้งเครื่องช่วยการเดินอากาศ ILS ซึ่งเป็น เครื่องมือควบคุมการบินเวลาสภาพอากาศไม่ปกติ อันเป็นเครื่องมือสำคัญที่ผู้รับจ้างจะต้องจัดหา

⁵¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 252/2544

⁵² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 73/2547

⁵³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 94/2549

⁵⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 641/2551

มาโดยเฉพาะสำหรับช่วยการเดินอากาศ ไม่สามารถจัดหาได้ทั่วไปในท้องตลาด ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดระบบการจราจรและการขนส่งทางอากาศดำเนินไปด้วยความเรียบร้อย จึงเป็นการจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง สัญญาว่าจ้างดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง⁵⁵

ข. สัญญาที่บริษัท ทศท คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ได้ว่าจ้างบริษัท เทลการ์ด จำกัด ผลิตบัตรโทรศัพท์สาธารณะแบบชิปการ์ด (Chip card) เพื่อนำมาใช้งานกับเครื่องโทรศัพท์สาธารณะตามกิจการให้บริการเกี่ยวกับกิจการโทรศัพท์ของบริษัท ทศท คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) บัตรโทรศัพท์แบบชิปการ์ด เมื่อสัญญาพิพาทเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง มีสาระสำคัญเพื่อให้ได้มาซึ่งบัตรโทรศัพท์สาธารณะแบบชิปการ์ดและนำมาใช้งานกับเครื่องโทรศัพท์สาธารณะตามภารกิจให้บริการเกี่ยวกับกิจการโทรศัพท์ของจำเลย บัตรโทรศัพท์จึงเป็นอุปกรณ์ที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะด้านการสื่อสารโทรคมนาคมให้บรรลุผล สัญญาจ้างดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

4. แนวคำพิพากษาเกี่ยวกับสัญญาที่ให้บริการสาธารณะของประเทศสเปน

ในประเทศสเปนไม่ได้มีคำพิพากษาที่จำแนกวัตถุแห่งสัญญาว่าเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นในการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เมื่อพิจารณาคำพิพากษาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในการให้บริการสาธารณะพบว่า มีเกณฑ์การพิจารณาจากคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองและมีวัตถุประสงค์ของสัญญาที่จะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังมีตัวอย่างต่อไปนี้⁵⁶

4.1 คำพิพากษาเกี่ยวกับการวางหลักความเป็นสัญญาทางปกครอง

ก. คำพิพากษาศาลฎีกา ลงวันที่ 31 ตุลาคม ค.ศ. 1995 ได้สรุปแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในบริบทของการให้บริการสาธารณะและประโยชน์สาธารณะ โดยที่มาตรา 3. a) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1998 ได้กำหนดลักษณะสัญญาทางปกครองที่จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลที่พิจารณาคดีปกครองว่า เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการก่อสร้างและการให้บริการสาธารณะทุกประเภท และมาตรา 4.2 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของรัฐ ค.ศ. 1965 ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของรัฐ ค.ศ. 1973 และพระราชกฤษฎีกา ลงวันที่ 2 พฤษภาคม ค.ศ. 1986 ที่ได้ขยายขอบเขตแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองว่า ต้องมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับประโยชน์สาธารณะ หรือต้องเกี่ยวพันกับการให้บริการสาธารณะที่ได้รับการคุ้มครองพิเศษในการดำเนินการจัดทำสัญญา

⁵⁵ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 9/2551

⁵⁶ พชรภรณ์ ศิริวิมลกุล, “สัญญาทางปกครองของประเทศสเปน” แปลจากบทความของ Óscar Moreno Gil, Contratos Administrativos : Legislación y Jurisprudencia, Sexta Edición, Thomson-Civitas, 2004. (เอกสารวิชาการภายในของสำนักวิจัยและวิชาการ)

ข. คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีปกครอง ลงวันที่ 8 มีนาคม ค.ศ. 1986 ได้วางหลักการเกี่ยวกับแนวความคิดของสัญญาทางปกครองว่า เป้าหมายของการทำสัญญา คือ เพื่อประโยชน์สาธารณะ อันเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของการจัดทำสัญญาทางปกครอง

ค. คำพิพากษาศาลฎีกา ลงวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 1976 และลงวันที่ 28 พฤศจิกายน ค.ศ. 1981 ได้กำหนดให้สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินซึ่งมีเป้าหมายเพื่อตอบสนองความต้องการของสาธารณชนอันเป็นวัตถุประสงค์สำคัญในการจัดทำสัญญาดังกล่าว เป็นสัญญาทางปกครอง

ง. คำพิพากษาศาลฎีกา ลงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1995 และลงวันที่ 4 พฤษภาคม ค.ศ. 1995 กำหนดลักษณะของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1998 โดยพิจารณาในประเด็นของความเป็นผลของสัญญา และวัตถุประสงค์ของการจัดทำสัญญาเพื่อการก่อสร้างและการให้บริการสาธารณะ รวมถึงขยายแนวความคิดที่กว้างขึ้นเกี่ยวกับการดำเนินงานของหน่วยงานทางปกครองหากเป็นไปได้เพื่อประโยชน์ส่วนรวม จะอยู่ในอำนาจศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีปกครอง

จ. คำพิพากษาศาลจังหวัดเกวณก้า ลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 1995 กำหนดให้สัญญาให้เข้าทำประโยชน์ในที่ดินของรัฐบริเวณภูเขาและสัญญาที่เกี่ยวกับการล่าสัตว์ ซึ่งไม่เพียงแต่สัญญาดังกล่าวจะมีการกำหนดคุณลักษณะของการใช้อำนาจทางปกครองโดยแท้ในการดำเนินการเกี่ยวกับป่าไม้ แต่ยังมีการควบคุมกำกับดูแลได้อย่างแท้จริงอีกด้วย โดยฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่ดำเนินการเกี่ยวกับป่าไม้จะต้องดูแลการเข้าทำประโยชน์ในบริเวณภูเขาและป่าไม้ให้ดีขึ้น และต้องจัดระเบียบรูปแบบของการใช้ประโยชน์ให้ถูกต้อง

4.2 คำพิพากษาเกี่ยวกับสัญญาเช่าหรือสัญญาการให้บริการ

1) กรณีที่ศาลพิพากษาว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ปรากฏเหตุผลการวินิจฉัยดังนี้

ก. สัญญาเช่าหรือให้บริการที่มีเป้าประสงค์เพื่อสาธารณะและมีการควบคุมหรือกำกับดูแลโดยฝ่ายปกครอง เป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาต่าง ๆ ที่จัดทำกับสถาปนิกเพื่อดำเนินโครงการก่อสร้างพื้นที่อุตสาหกรรม (คำพิพากษาศาลฎีกา ลงวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 1988)

ข. สัญญาเกี่ยวกับการใช้บริการสถาปนิกเพื่อให้คำปรึกษาแนะนำเกี่ยวกับการจัดทำรายงานการวางผังเมืองเป็นสัญญาทางปกครอง (คำพิพากษาศาลฎีกา ลงวันที่ 20 ธันวาคม ค.ศ. 1995)

ค. สัญญาการเช่าสังหาริมทรัพย์ที่เกี่ยวกับการฉายภาพยนตร์และมีลักษณะทางวัฒนธรรมและทางศิลปะ หรือสัญญาเกี่ยวกับการเช่าสถานที่แสดงการต่อสู้วัวกระทิง (คำพิพากษาศาลฎีกา ลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1987 และคำพิพากษาศาลฎีกา (แผนกคดีปกครอง) ลงวันที่ 29 มิถุนายน ค.ศ. 1990) ตลอดจนสัญญาเกี่ยวกับการเก็บรักษาเมล็ดพันธุ์ข้าวโพด (คำพิพากษาศาลฎีกา (แผนกคดีปกครอง) ลงวันที่ 13 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1990) เป็นสัญญาที่มีการใช้อำนาจทางปกครอง จึงเป็นสัญญาทางปกครอง



ง. สัญญาเกี่ยวกับการแสดงนิทรรศการเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจาก การเผยแพร่วัฒนธรรม การส่งเสริมด้านความรู้ในทางศิลปะและประวัติศาสตร์นั้น มีการควบคุมกำกับดูแล โดยหน่วยงานทางปกครอง ทั้งหน่วยงานทางปกครองยังมีอำนาจขยายระยะเวลาของสัญญาหรือแก้ไข ข้อสัญญาเพื่อให้สามารถจัดนิทรรศการแสดงผลภาพวาดต่อไปได้ จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

2) กรณีที่ศาลพิพากษาว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง ปรากฏเหตุผลการวินิจฉัย ดังนี้

ก. สัญญาให้บริการนายความเพื่อให้คำปรึกษาหารือแก่เทศบาลในกรณี ของพินัยกรรมเป็นสัญญาทางแพ่ง (คำพิพากษาศาลฎีกา ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1991) เนื่องจากสัญญา เกี่ยวกับการจัดทำพินัยกรรมดังกล่าวไม่ได้มีเป้าประสงค์พิเศษเพื่อสาธารณะ และฝ่ายปกครองไม่ได้ใช้ เอกสิทธิ์ใด ทั้งกิจกรรมดังกล่าวไม่ได้แสดงให้เห็นถึงการที่ฝ่ายปกครองได้ใช้คุณลักษณะพิเศษที่จะบ่งชี้ได้ว่า สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง

ข. สัญญาจ้างสถาปนิกให้ควบคุมดูแลงานก่อสร้างที่ต้องมีการปรับปรุงแก้ไข และขยายศูนย์สุขภาพ (คำพิพากษาของศาลจังหวัดปาเลเนเซีย เมื่อวันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ. 1995) เนื่องจากศาลเห็นว่า สัญญานี้ไม่ได้มีเป้าประสงค์เพื่อสาธารณะโดยตรง ไม่มีคุณลักษณะทางปกครอง อันเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาในการบริหารจัดการการบริการสาธารณะ รวมถึงไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการก่อสร้าง โดยตรงหรือโดยทันทีหรือเป็นไปเพื่อการบริการสาธารณะ จึงไม่มีคุณลักษณะของการใช้อำนาจทางปกครอง สัญญานี้เป็นสัญญาทางแพ่ง

ค. สัญญาให้เช่าพื้นที่สำหรับให้บริการด้านบาร์ ร้านกาแฟ หรือร้านอาหารนั้น แม้ว่าควรจะมีคามเหมือนกันก็ตาม แต่โดยที่คำพิพากษบางคดีเห็นว่า เป็นสัญญาทางแพ่ง (คำพิพากษา ศาลฎีกา ลงวันที่ 20 ธันวาคม ค.ศ. 1996 และคำสั่งของศาลอุทธรณ์แห่งแคว้นปกครองอิสระกันตาเบรีย ลงวันที่ 11 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998) แต่คำพิพากษาอื่น ๆ เห็นว่าเป็นสัญญาปกครอง (คำพิพากษาศาลฎีกา ลงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1999) เนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกับการให้บริการสาธารณะ จะเห็นได้ว่า แนวคำวินิจฉัยดังกล่าวไม่สอดคล้องกัน ในกรณีนี้สภาพที่ปรึกษาด้านสัญญาทางปกครองจึงได้พิจารณา ความเป็นไปได้ในการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาการให้บริการร้านกาแฟหรือร้านอาหารในมหาวิทยาลัย โดยระบุว่า ความเป็นไปได้ที่จะเป็นทั้งสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง แต่ควรพิจารณาจากแนวคิด เกี่ยวกับการบริการสาธารณะเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

ง. คำพิพากษาศาลฎีกา (แผนกคดีแพ่ง) ลงวันที่ 8 ตุลาคม ค.ศ. 1996 ได้อธิบาย ถึงสัญญาเกี่ยวกับการเช่าทั้งหลายในท้องถิ่นต่าง ๆ ซึ่งเป็นการเช่าทรัพย์สินในพื้นที่ที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ รวมถึงตลาดของเทศบาลเมือง ซึ่งศาลได้พิจารณาเกี่ยวกับคุณลักษณะของทรัพย์สินของท้องถิ่นเหล่านี้ว่า ขาดคุณลักษณะเกี่ยวกับการให้บริการสาธารณะของตลาดของเทศบาลเมือง ทั้งสัญญาดังกล่าวยังไม่มี คุณลักษณะของการควบคุมกำกับดูแลจากฝ่ายปกครอง โดยศาลได้ระบุในรายละเอียดว่า ภายใต้ขอบเขต ของอำนาจหน้าที่ที่ชัดเจนในการดำเนินตามภารกิจและความรับผิดชอบที่เฉพาะเจาะจง วัตถุประสงค์

ของการทำสัญญาไม่ได้เป็นไปเพื่อให้บริการสาธารณะภายใต้ขอบเขตของอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบที่เทศบาลเมืองปอมโปโลน่าได้มีอยู่

จ. สัญญาเกี่ยวกับการเช่าทรัพย์สินของหน่วยงานทางปกครองหรือสัญญาเกี่ยวกับการเช่าใช้หรือทำประโยชน์ในทรัพย์สินดังกล่าว โดยหลักการแล้ว การเช่าไร่หรืออสังหาริมทรัพย์ของฝ่ายปกครองจะถูกกำหนดให้เป็นสัญญาทางแพ่ง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกา (แผนกคดีปกครอง) ลงวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1982 ได้กำหนดให้สัญญาที่เกี่ยวกับการเช่าทรัพย์สินของเทศบาลเป็นสัญญาทางแพ่ง เป็นต้น

ฉ. คำพิพากษาศาลจังหวัดบูร์โกส ลงวันที่ 14 เมษายน ค.ศ. 1993 เห็นว่า สัญญาเช่าไร่ในชนบทของเทศบาลเป็นสัญญาทางแพ่ง เนื่องจากไม่มีการกระทำใด ๆ ที่เป็นการให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษในประโยชน์สาธารณะและไม่ได้แสดงให้เห็นถึงกิจกรรมของเทศบาลที่เป็นไปเพื่อสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม

4.3 คำพิพากษาเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์

1) กรณีที่ศาลพิพากษาว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ปรากฏเหตุผลการวินิจฉัย ดังนี้

ก. สัญญาอื่น ๆ ที่มีเป้าประสงค์เพื่อสาธารณะและมีคุณลักษณะของการใช้อำนาจทางปกครองในสัญญา ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาของศาลฎีกา (แผนกคดีแพ่ง) ลงวันที่ 28 ตุลาคม ค.ศ. 1991 ได้ชี้ขาดเขตอำนาจศาล โดยระบุว่า คดีที่ฟ้องมานั้นไม่ได้อยู่ในอำนาจของศาลที่พิจารณาคดีแพ่ง เนื่องจากสมาคมที่ฟ้องคดีเกี่ยวกับเขตพื้นที่อุตสาหกรรมได้มีการบริหารจัดการโดยสถาบันส่งเสริมการอยู่อาศัยของภาครัฐ ซึ่งสัญญาซื้อขายดังกล่าวส่งผลกระทบต่อการบริการสาธารณะ ได้ก่อให้เกิดการกำหนดเขตพื้นที่อุตสาหกรรมใหม่ และสามารถกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครองพิเศษ ทั้งนี้ ศาลได้พิจารณาว่า สัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้ขอบเขตของอำนาจหน้าที่พิเศษขององค์กรภาครัฐและเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม

ข. สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์แห่งแคว้นปกครองอิสระกาตาลูญา ลงวันที่ 7 กรกฎาคม ค.ศ. 1999 ได้ระบุถึงคุณลักษณะของการใช้อำนาจทางปกครองของสัญญานี้ว่า บ้านที่เทศบาลได้มานั้นมาจากโครงการก่อสร้างภายใต้หน่วยงานบริการเพื่อความเป็นอยู่ที่ดีของสังคมที่เรียกว่า Casa d'Avis โดยคดีนี้ศาลเห็นว่า สัญญาที่เทศบาลเมือง Sant Pere de Ribes ได้จัดทำนั้น มีเป้าประสงค์ที่จะก่อสร้าง Casa d'Avis และข้อเสนอมาจากหน่วยงานบริการเพื่อความเป็นอยู่ที่ดีของสังคม โดยเป้าหมายของการจัดทำสัญญานั้นได้มีการกำหนดคุณลักษณะและให้ความคุ้มครองพิเศษเพื่อประโยชน์สาธารณะ (คำพิพากษาศาลฎีกา เมื่อวันที่ 11 มิถุนายน ค.ศ. 1996) โดยในคดีนี้มีเป้าประสงค์เพื่อการจัดการทรัพย์สินเพื่อสาธารณะ ได้แก่ Casa d'Avis ซึ่งมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเขตพื้นที่ความเป็นอยู่ที่ดีของเทศบาล จึงเป็นสัญญาทางปกครอง



ค. คำพิพากษาศาลอุทธรณ์แห่งแคว้นปกครองอิสระบาเลอาเรส ลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 1999 ได้วางแนวทางเกี่ยวกับเป้าประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการก่อสร้างท่อสำหรับจัดหาใหม่ ซึ่งการส่งน้ำดังกล่าวเป็นการบริการสาธารณะในเขตเทศบาลเพื่อการจัดหาน้ำที่จำเป็น จึงมีความจำเป็นที่จะก่อสร้างท่อส่งน้ำไปยังพื้นที่ดินของเอกชน สัญญานี้จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

2) กรณีที่ศาลพิพากษาว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง ปราบกฎเหตุผลการวินิจฉัยดังนี้

ก. สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ได้มีเส้นแบ่งในการกำหนดความเป็นสัญญาที่ค่อนข้างซับซ้อนมากกว่า โดยศาลได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่า หากเป็นสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางแพ่ง ทั้งนี้ คำพิพากษาของศาลฎีกา (แผนกคดีปกครอง) ลงวันที่ 19 ตุลาคม ค.ศ. 1981 ระบุว่า การขายอาคารโดยฝ่ายปกครองเป็นสัญญาทางแพ่ง เนื่องจากผู้ซื้อไม่ได้มีเป้าหมายที่จะดำเนินการเพื่อสาธารณะหรือสังคม

ข. คำพิพากษาของศาลฎีกา (แผนกคดีแพ่ง) ลงวันที่ 11 มิถุนายน ค.ศ. 1993 ได้สั่งลงโทษเทศบาลในการอนุญาตให้มีการสร้างทางเพื่อการทำปศุสัตว์ ซึ่งนำมาสู่การจัดทำสัญญาการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ โดยที่การซื้อขายดังกล่าวเป็นการซื้อขายทางแพ่ง จึงไม่เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากไม่ได้กระทบต่อการบริการสาธารณะใด ๆ

ค. คำพิพากษาของศาลฎีกา (แผนกคดีแพ่ง) ลงวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 1990 ในคดีเกี่ยวกับสนามบินและภาระจำยอมในความมั่นคงปลอดภัย ระบุว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางแพ่งเนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกับการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์เพื่อก่อสร้างที่อยู่อาศัยให้กับบุคคลในวัยชรา

ง. คำพิพากษาศาลฎีกา (แผนกคดีปกครอง) ลงวันที่ 19 พฤษภาคม ค.ศ. 1986 ระบุว่า ศาลไม่รับคำฟ้องที่ฟ้องเรียกค่าเสียหายของบุคคลซึ่งได้รับต้นพืชมาจากผู้แทนราษฎรของแคว้นอัสตูเรียส และภายหลังได้มีการคัดแยกพันธุ์พืช และชนิดของพืชแล้ว เนื่องจากความรับผิดที่เกิดขึ้นเป็นความรับผิดจากสัญญาที่มีลักษณะเป็นการขายอสังหาริมทรัพย์โดยฝ่ายปกครอง ไม่ใช่ความรับผิดทางแพ่ง แต่เนื่องจากการขายต้นไม้ที่เป็นดอกผลซึ่งดำเนินการโดยหน่วยงานที่อยู่ภายใต้สภาผู้แทนราษฎรของจังหวัดซึ่งดูเหมือนจะอยู่ภายใต้การควบคุมกำกับดูแลหรือเป็นกิจกรรมที่อยู่ภายใต้อำนาจของหน่วยงานดังกล่าว นั้นกลับมีคุณลักษณะทางเอกชน ไม่ได้มีเป้าหมายเกี่ยวกับการก่อสร้างหรือให้บริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง

จ. คำพิพากษาศาลฎีกา ลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1992 ระบุว่า สัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองของรัฐและสมาคมทางวัฒนธรรมเพื่อได้รับประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ เป็นสัญญาทางแพ่ง

5. บทวิเคราะห์สัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลจากแนวคำพิพากษา และแนวคำวินิจฉัยต่าง ๆ

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองและแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลพบว่า ในสัญญาประเภทเดียวกันกลับวินิจฉัยแตกต่างกัน ซึ่งอาจมีข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันหรือแตกต่างกัน บางสัญญาเป็นสัญญาทางปกครอง และบางสัญญาเป็นสัญญาทางแพ่ง ส่งผลให้เกิดการวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองไม่ชัดเจน และเกิดปัญหาความไม่สอดคล้องของคำพิพากษาของศาลปกครองและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในการจำแนกสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้กำหนดหลักเกณฑ์สำหรับการวินิจฉัยและการจำแนกสัญญา ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

5.1 หลักเกณฑ์ในการวิเคราะห์สัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลตามคำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง

แม้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะได้กำหนดนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 3 และมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2544 ได้ขยายการใช้ดุลพินิจของศาลในการตีความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ ตลอดจนคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้กำหนดหลักเกณฑ์โดยให้สัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลเป็นสัญญาทางปกครองก็ตาม แต่ยังคงมีความไม่ชัดเจนและมีปัญหาในการตีความ อันส่งผลต่อคำพิพากษาของศาลปกครองหรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในบางคดีไม่สอดคล้องกัน ด้วยเหตุที่ข้อเท็จจริงอาจจะแตกต่างกันหรือแนวทางในการตีความแตกต่างกัน

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษานโยบายของประเทศไทยทั้งของศาลปกครองและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล การจะวินิจฉัยว่าสัญญานั้น ๆ มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลหรือไม่ สิ่งสำคัญคือการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของสัญญาว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ซึ่งในประเทศสเปนก็เช่นเดียวกัน แม้จะไม่ได้มีการระบุลักษณะของสัญญาในการจัดทำบริการสาธารณะในบทบัญญัติของกฎหมายหรือในแนวคำพิพากษาว่า มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลหรือไม่ แต่เป็นการตีความในภาพรวมของสัญญาการบริการสาธารณะว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ โดยจะต้องพิจารณาคู่สัญญาที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองและมีวัตถุประสงค์ของสัญญาที่เป็นไป



เพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก มีเป้าประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะโดยตรง หรือมีเป้าประสงค์พิเศษเพื่อสาธารณะ โดยไม่ได้ลงในรายละเอียดทั้งในบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือในคำพิพากษาว่าเป็นสัญญาในการจัดทำบริการสาธารณะด้วยเหตุผลใดบ้าง ซึ่งเมื่อพิจารณาจากนิยามความหมายของการจัดทำบริการสาธารณะไม่ว่าจะของประเทศไทยหรือของประเทศสเปน จะกำหนดให้การบริการสาธารณะเป็นกิจการที่อยู่ในความอำนาจการหรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครอง ซึ่งลักษณะที่สำคัญที่สุดของการบริการสาธารณะ คือ ต้องเป็นกิจการที่รัฐจัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการของประชาชน ซึ่งรัฐมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะเองโดยตรง หรืออาจมีการมอบบริการสาธารณะอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐให้บุคคลอื่นซึ่งอาจเป็นหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนเป็นผู้ดำเนินการ อีกทั้งฝ่ายปกครองจะต้องมีเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น มีการจัดทำสัญญาทางปกครอง มีบุคลากร ทรัพย์สิน และอำนาจพิเศษ นอกจากนี้ บริการสาธารณะจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณประโยชน์ โดยรัฐไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดได้ แต่จะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคนอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน อีกทั้งบริการสาธารณะของประเทศไทยและต่างประเทศมีสิ่งหนึ่งที่เหมือนกัน คือ หลักความต่อเนื่อง เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้น หากบริการสาธารณะหยุดชะงักไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ ด้วยเหตุนี้ บริการสาธารณะจึงต้องมีความต่อเนื่องในการจัดทำ โดยหลักการที่สำคัญของหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ คือ นิติบุคคลผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะจะต้องดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องตลอดเวลา หากมีกรณีที่เกิดการหยุดชะงักจะต้องมีการรับผิดชอบ อีกทั้งยังต้องมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ดียิ่งขึ้นด้วย และต้องยึดหลักความเสมอภาคในการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน ดังนั้น การพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครอง ไม่ว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใดหรือการพิจารณาสัญญาทางปกครองที่วัตถุแห่งสัญญาเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่สำคัญ

นอกจากนี้ ยังมีหลักเกณฑ์อื่นที่ศาลไทยและศาลสเปนใช้พิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุแห่งสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล คือ เอกสิทธิ์ในสัญญาทางปกครองของฝ่ายปกครอง โดยสัญญาทางปกครองต้องมีการควบคุม กำกับดูแลจากฝ่ายปกครอง และฝ่ายปกครองต้องมีขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่ชัดเจนในการดำเนินการตามภารกิจและความรับผิดชอบที่เฉพาะเจาะจงหรือการมีอำนาจหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะโดยตรง หรือการเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญที่ใกล้ชิดกับการบริการสาธารณะ เป็นต้น จึงอาจสรุปหลักเกณฑ์ในการจำแนกสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุแห่งสัญญาเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นในการดำเนินการให้บริการสาธารณะให้บรรลุผล ดังนี้

(1) หลักเกณฑ์การพิจารณาจากคู่สัญญาว่าเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐหรือไม่

(2) หลักเกณฑ์การพิจารณาอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะตามสัญญานั้นหรือไม่

(3) หลักเกณฑ์การพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นไปเพื่อการบริการสาธารณะหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่

(4) หลักเกณฑ์การพิจารณาว่า เครื่องมือหรืออุปกรณ์นั้นมีความจำเป็นหรือความสำคัญต่อการบริการสาธารณะหรือไม่ มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ หากไม่มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ดังกล่าวแล้ว จะทำให้ไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลได้

(5) หลักเกณฑ์การพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญาว่า เป็นไปตามหลักกฎหมายมหาชนหรือไม่

(6) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อกำหนดในสัญญาที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐและเป็นข้อกำหนดที่ไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่ง

หลักเกณฑ์ดังกล่าวทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้นนั้น อาจเป็นหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการพิจารณาจำแนกความเป็นสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์สัญญาเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นในการดำเนินบริการสาธารณะให้บรรลุผลที่สำคัญ หากเข้าข่ายตามหลักเกณฑ์ทั้งหมดสัญญาดังกล่าวจึงจะเป็นสัญญาทางปกครอง

5.2 แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ

แนวคำพิพากษาของศาลปกครองและแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะที่มีการวินิจฉัยแตกต่างกันนั้น จะเห็นได้ว่า มีการตีความจากตัวสัญญาเป็นหลักว่า

1) คำพิพากษาของศาลปกครองที่หยิบยกมาเป็นตัวอย่างพิจารณาว่า สัญญาซื้อขายเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่เป็นสัญญาทางปกครองนั้น ส่วนใหญ่จะวินิจฉัยโดยใช้หลักเกณฑ์ที่ว่า เครื่องมือดังกล่าวที่มีการจัดทำสัญญาซื้อขายระหว่างหน่วยงานทางปกครองและเอกชนนั้นเป็นอุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผลหรือไม่ หรือเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงหรือไม่ หรือเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองนั้น ๆ หรือไม่ เช่น สัญญาซื้อเครื่องฟั่นเคมีระบบฟอยละออง ยูแอลวี ของโรงพยาบาล สัญญาซื้อขายติดตั้งเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์ประมวลผลเพื่อติดตั้งในโรงพยาบาลของรัฐ สัญญาซื้อขายเตียงผ่าตัดทั่วไประบบไฟฟ้า เป็นต้น ส่วนในกรณีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจะใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเช่นเดียวกัน คือ พิจารณาจากการจัดทำสัญญาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดซื้อเครื่องมือสำคัญที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ให้บรรลุผลหรือการจัดซื้อเครื่องมือหรืออุปกรณ์ดังกล่าวเป็นไปตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองที่มีการกิจ



ในการบริการสาธารณะ และสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดในสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่หน่วยงานทางปกครอง ซึ่งไม่อาจพบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป เช่น สัญญาซื้อประตูตรวจค้นโลหะ สัญญาซื้อขายครุภัณฑ์เครื่องคอมพิวเตอร์ เป็นต้น ส่วนประเทศสเปนจะใช้หลักเกณฑ์ของการจัดทำบริการสาธารณะหรือประโยชน์สาธารณะเป็นหลักเกณฑ์ในการจำแนกสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่มีเป้าประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น

2) กรณีที่ศาลปกครองเห็นว่า สัญญาซื้อขายดังกล่าวไม่เป็นสัญญาทางปกครอง จะพิจารณาโดยใช้หลักเกณฑ์ที่ว่า ถ้าวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นไม่ได้มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเครื่องมือที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะ แต่เป็นเพียงอุปกรณ์ที่ผู้ฟ้องคดีใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะเท่านั้น ไม่ใช่สิ่งสาธารณูปโภคหรือมีวัตถุประสงค์ของสัญญาเพียงเพื่อให้ได้มาซึ่งเครื่องมือที่ใช้ในหน่วยงานเท่านั้น ไม่มีวัตถุประสงค์ให้คู่สัญญาเข้าดำเนินกิจการหรือเข้าร่วมบริการสาธารณะโดยตรง แต่เป็นเพียงการซื้อวัสดุอุปกรณ์ จึงมิใช่สัญญาจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง แม้คู่สัญญาจะเป็นเอกชนและหน่วยงานของรัฐก็ตาม เช่น สัญญาซื้อขายดินลูกรัง สัญญาซื้อขายเตาเผาขยะ สัญญาซื้อขายเครื่องกำเนิดไฟฟ้าเพื่อใช้ในโรงพยาบาล หรือการที่สัญญาซื้อขายนั้น ๆ ไม่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐหรือข้อกำหนดพิเศษที่แสดงให้เห็นถึงการใช้อำนาจรัฐ แต่เป็นสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสมัครใจเข้าผูกพันซึ่งกันและกันตามกรอบของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกัน ส่วนประเทศสเปนก็จะใช้หลักเกณฑ์ของการจัดทำบริการสาธารณะหรือประโยชน์สาธารณะเป็นหลักเกณฑ์ในการจำแนกสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ที่ไม่ได้มีเป้าประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น

ผู้เขียนเห็นว่า กรณีสัญญาซื้อขายดังกล่าวอาจต้องพิจารณาถึงการที่เครื่องมือหรืออุปกรณ์ดังกล่าวเป็นไปเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานนั้น ๆ หรือเป็นเครื่องมือสำคัญที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ให้บรรลุผลหรือไม่ ซึ่งสัญญาซื้อขายที่ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเห็นว่าเป็นสัญญาทางปกครองนั้น ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการวินิจฉัยที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังกล่าวแล้ว อย่างไรก็ตาม ในกรณีของสัญญาซื้อขายเตาเผาขยะ สัญญาซื้อขายดินลูกรัง สัญญาซื้อขายวัสดุไฟฟ้าเพื่อปรับปรุงซ่อมแซมไฟฟ้าแสงสว่างทางสาธารณะ สัญญาซื้อโต๊ะเก้าอี้ ที่ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลพิจารณาว่าไม่เป็นสัญญาทางปกครอง ผู้เขียนเห็นว่า กรณีดังกล่าวน่าจะเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเตาเผาขยะ ดินลูกรัง โต๊ะเก้าอี้ วัสดุไฟฟ้า ต่างก็เป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ต้องจัดซื้อหรือจัดหามาเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานนั้น ๆ ซึ่งเป็นวัสดุอุปกรณ์หรือเครื่องมือที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล หากไม่มีวัสดุอุปกรณ์เหล่านี้แล้ว ก็ไม่น่าจะทำให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผลได้

นอกจากนี้ มีข้อสังเกตว่า ในการตีความโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นตัวกำหนด จะทำให้สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนเป็นสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลไปเสียทั้งหมด เพราะสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะหรือประโยชน์ของส่วนรวมมากบ้างน้อยบ้าง ดังนั้น ในการพิจารณาสัญญาซื้อขายเครื่องมือหรืออุปกรณ์ดังกล่าว ผู้เขียน เห็นว่า อาจพิจารณาที่พื้นฐานของนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาว่าอยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนหรือไม่ ประกอบการพิจารณาด้วยอีกหลักเกณฑ์หนึ่ง ในลักษณะเดียวกับประเทศเยอรมนีที่กำหนดเกณฑ์ ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง โดยพิจารณาจากนิติสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครองที่จะเป็นนิติสัมพันธ์ที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน กล่าวคือ การที่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองให้อำนาจเหนือเอกชนสั่งการมากระทบสิทธิเสรีภาพหรือทรัพย์สินของเอกชนโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนอันมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น สัญญาที่เอกชนคู่สัญญามีหน้าที่เพียงแต่จัดหาพัสดุหรือเครื่องมือต่าง ๆ เพื่อส่งมอบให้แก่ฝ่ายปกครองเท่านั้น และเอกชนคู่สัญญาก็จะได้รับค่าตอบแทนจากฝ่ายปกครอง จากนั้นสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาเป็นอันสิ้นสุดลง โดยเอกชนไม่ได้มีหน้าที่ต่อไปในการจัดทำบริการสาธารณะแก่ประชาชน จึงไม่จำเป็นที่ฝ่ายปกครองต้องมีอำนาจทางปกครองเหนือเอกชนคู่สัญญาเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผลตามอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ซึ่งแตกต่างจากสัญญาสัมปทาน แต่สัญญาที่เกี่ยวกับการจัดหาพัสดุหรือเครื่องมือที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะนั้น หากพิจารณาตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน จะเป็นสัญญาทางแพ่งที่ช่วยเสริมกิจการของฝ่ายปกครองเท่านั้น แต่หากเป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะโดยตรงแก่ประชาชน เช่น สัญญาจ้างเอกชนกำจัดขยะ สัญญาลักษณะนี้ เอกชนคู่สัญญาจะเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะให้กับประชาชนผู้ใช้บริการโดยตรง หรือแม้กระทั่งประเทศฝรั่งเศส และประเทศสเปนก็ได้นำหลักเอกสิทธิ์ที่ฝ่ายปกครองมีมาใช้ในการบริหารสัญญาและเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งที่จะทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้น จึงเห็นว่า ในกรณีของสัญญาซื้อขายอุปกรณ์หรือเครื่องมือที่นำมาใช้ในการบริการสาธารณะจำเป็นที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีเอกสิทธิ์หรือมีอำนาจทางปกครองเหนือเอกชนคู่สัญญาเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะที่เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนรัฐสามารถดำเนินการต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง ไม่หยุดชะงักเพราะหากไม่มีความต่อเนื่องหรือมีความจำเป็นต้องหยุดชะงักก็จะทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อนจากการจัดทำบริการสาธารณะได้ เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาด้วยอีกประการหนึ่ง⁵⁷

⁵⁷ สุวัฒน์ ไกรสกุล และจุฑาภรณ์ คงรักษ์กวิน, “การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง : ศึกษากรณีการตีความสัญญาที่จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค,” วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ปีที่ 7 ฉบับที่ 1, 2559, หน้า 17 (26-27).



5.3 แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารและปรับปรุงซ่อมแซมอาคารเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะอันถือว่าเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญ

สำหรับแนวคำพิพากษาและคำวินิจฉัยสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารและปรับปรุงซ่อมแซมอาคาร เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะอันถือว่าเป็นเครื่องมือที่สำคัญที่หยิบยกมาเป็นประเด็นในการวิเคราะห์นั้น มีการใช้หลักเกณฑ์ในการจำแนกสัญญาที่ว่า

1) คำพิพากษาที่ระบุให้สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารและปรับปรุงซ่อมแซมอาคารเป็นสัญญาทางปกครองนั้นได้ใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณา 2 กรณี คือ การก่อสร้างอาคารที่เป็นหอพักหรือที่อยู่อาศัยของเจ้าหน้าที่ และกรณีของอาคารที่เป็นสำนักงานหรือสถานที่ปฏิบัติงานต่าง ๆ โดยกำหนดว่าอาคารที่พักหรืออาคารสำนักงานเหล่านั้นเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลหรือเป็นสิ่งที่จำเป็นพื้นฐานในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผลหรือเป็นการจัดหาอุปกรณ์เครื่องมือเครื่องใช้เพื่อสนับสนุนหรืออำนวยความสะดวกในการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาจ้างซ่อมแซมอาคารของกองสรรพาวุธ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่พักอาศัยของข้าราชการ สัญญาจ้างจัดทำห้องปฏิบัติการวิทยาศาสตร์ คณิตศาสตร์ และภาษาอังกฤษ สัญญาจ้างตกแต่งซุ้มประตูเมือง สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานหรือสำนักงานเขตราชภัฏวชิรญาณ สัญญาจ้างปรับปรุงต่อเติมอาคารศาลาธารนารักษ์ สัญญาจ้างปรับปรุงห้องน้ำมหาวิทยาลัยราชภัฏ เป็นต้น หรือมีการใช้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการที่สัญญานั้น ๆ มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวที่จะเลิกสัญญาได้หรือมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผลที่ไม่พบในสัญญาทั่วไปในทางแพ่ง เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการโรงพยาบาล สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียน ส่วนในกรณีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจะใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับศาลปกครองที่ว่า การก่อสร้างอาคารต่าง ๆ เป็นเครื่องมือสำคัญหรือจำเป็นเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่บรรลุผล เช่น สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงซ่อมแซมอาคารที่ทำการ อาคารที่พักอาศัย เป็นต้น

2) คำพิพากษาที่ระบุให้สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารและปรับปรุงซ่อมแซมอาคารที่ไม่เป็นสัญญาทางปกครองนั้น ศาลปกครองใช้หลักเกณฑ์ที่ว่า เมื่อสัญญาจ้างก่อสร้างดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างแพลตฟอร์ม หรือการใช้เกณฑ์ที่ว่า สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองกับเอกชนเป็นนิติสัมพันธ์ในเชิงพาณิชย์ สัญญาดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาเช่าอาคารที่กระทรวงสาธารณสุขทำกับเอกชน ส่วนในกรณีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจะใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเป็นไปในแนวทางเดียวกันที่ว่า หากอาคารดังกล่าวไม่ได้เป็นไปเพื่อจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงหรือเพื่อเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะจะไม่ใช่สัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาก่อสร้างอาคารหอพักข้าราชการต่าง ๆ

จากกรณีของสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารและปรับปรุงซ่อมแซมอาคารที่ศาลปกครองวินิจฉัยนั้น ผู้เขียนเห็นว่า หากเป็นสัญญาการก่อสร้างอาคารที่ทำการต่าง ๆ ซึ่งเป็นไปเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง และอาคารดังกล่าวเป็นการจัดหาเครื่องมือที่สำคัญหรืออุปกรณ์จำเป็นต่อการบริการสาธารณะ เช่น สัญญาการก่อสร้างสำนักงานเขตต่าง ๆ น่าจะเป็นคำวินิจฉัยที่มีเหตุผลรองรับและมีการปรับใช้หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยได้เหมาะสมแล้ว อย่างไรก็ตาม กรณีของสัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการหรือนักศึกษา หรือจ้างปรับปรุงห้องน้ำในมหาวิทยาลัยราชภัฏ ที่ศาลวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองนั้น ผู้เขียนเห็นว่า วัตถุประสงค์ของสัญญาไม่ได้เป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่มีความจำเป็นหรือความสำคัญต่อการบริการสาธารณะโดยตรง หรือมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ หากไม่มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ดังกล่าวแล้ว จะทำให้ไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลได้ หอพักหรือห้องน้ำเป็นเพียงสิ่งที่ไม่เสริมหรือสนับสนุนการให้บริการสาธารณะโดยอ้อมเท่านั้น แม้คำพิพากษาจะระบุถึงความมีเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองหรือการมีข้อกำหนดพิเศษที่แสดงความเป็นเอกสิทธิ์ของหน่วยงานทางปกครอง ผู้ทำสัญญาหรือการเป็นสัญญาสำเร็จรูปในการดำเนินการบริการสาธารณะหรือการก่อสร้างปรับปรุงหอพัก หรือห้องน้ำดังกล่าว ก็ไม่ใช่อำนาจหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะของหน่วยงานโดยตรง จึงเห็นว่า 2 กรณีนี้ควรจะเป็นสัญญาทางแพ่ง ข้อพิพาทดังกล่าวควรอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม

5.4 แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาจ้างเอกชนในการดำเนินการอื่น ๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะอันถือว่าเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญ

สำหรับแนวคำพิพากษาและคำวินิจฉัยสัญญาจ้างเอกชนในการดำเนินการอื่น ๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะอันถือว่าเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญที่หยิบยกมาเป็นประเด็นในการวิเคราะห์นั้น มีการใช้หลักเกณฑ์ในการจำแนกสัญญาที่ว่า

1) คำพิพากษาของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาจ้างเอกชนดำเนินการต่าง ๆ ที่เป็นสัญญาทางปกครอง จะใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า การจ้างดังกล่าวเป็นเครื่องมือของหน่วยงานในการดำเนินการบริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้บรรลุผล หรือเป็นการจัดหาหรือจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น สัญญาจ้างสร้างเรือตรวจการณ์ สัญญาให้สิทธิปรับปรุงและดูแลรักษาความสะอาดห้องสุขาภายในตลาดนัดจตุจักร สัญญาจ้างให้ทำความสะอาดบริเวณศูนย์พัฒนาเด็กเล็ก สัญญาจ้างจัดพิมพ์วารสารและหนังสือของโรงเรียนของรัฐ สัญญาจ้างถ่ายภาพและบันทึกข้อมูลแบบแสดงรายการภาษี เป็นต้น ส่วนในกรณีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจะใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยใช้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเป็นเครื่องมือที่สำคัญหรืออุปกรณ์ที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะที่ไม่สามารถจัดหาได้ทั่วไปในท้องตลาด มาประกอบการวินิจฉัย เช่น สัญญาว่าจ้างเพื่อจัดหาและติดตั้งเครื่องช่วยการเดินอากาศ ILS หรือสัญญาที่บริษัท ทศท คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ได้ว่าจ้างบริษัท เทลการ์ด จำกัด ผลิตบัตรโทรศัพท์สาธารณะแบบชิปการ์ด (Chip card) ส่วนกรณีคำพิพากษาของศาลในประเทศสเปน จะพิจารณาจากเป้าประสงค์ของสัญญาเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก และอาจมี

บางกรณีที่น่าหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง หรือการที่สัญญามีคุณลักษณะทางปกครองมาประกอบกรณีวินิจฉัยด้วย เช่น สัญญาเกี่ยวกับการให้บริการสถาปนิกเพื่อให้คำปรึกษาแนะนำหรือดำเนินการต่าง ๆ

2) คำพิพากษาของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาจ้างเอกชนดำเนินการต่าง ๆ ที่ไม่เป็นสัญญาทางปกครองจะใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า หากสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ สัญญานั้นจะไม่ใช่สัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาจ้างทำความสะอาดอาคารเฉลิมพระเกียรติ 7 ชั้น ของโรงพยาบาล สัญญาจ้างทำความสะอาดอาคารและบริเวณสถานีนอนมัย ส่วนคำพิพากษาของศาลในประเทศสเปนมีการพิจารณาว่าหากสัญญานั้นไม่มีการกระทำใด ๆ ที่เป็นการให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษในประโยชน์สาธารณะ ไม่ได้มีเป้าประสงค์เพื่อสาธารณะโดยตรง หรือเป็นไปเพื่อสนองความต้องการของประชาชนโดยรวม หรือฝ่ายปกครองไม่ได้ดำเนินการโดยใช้เอกสิทธิ์ใด ๆ หรือฝ่ายปกครองไม่ได้มีการกำกับ ควบคุมดูแลการจัดทำสัญญา หรือกิจกรรมดังกล่าวไม่ได้แสดงให้เห็นถึงการที่ฝ่ายปกครองได้ใช้คุณลักษณะพิเศษที่จะบ่งชี้ได้ว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาที่มีการให้บริการทนายความเพื่อให้คำปรึกษาหารือแก่เทศบาล สัญญาที่ได้จัดทำกับสถาปนิกในการพิจารณาถึงโครงการที่มุ่งควบคุมดูแลงานก่อสร้างที่ต้องมีการปรับปรุงแก้ไขและขยายศูนย์สุขภาพ สัญญาเกี่ยวกับการเช่าทั้งหลายในท้องถิ่นต่าง ๆ ซึ่งเป็นการเช่าทรัพย์สินในพื้นที่ที่เป็นอสังหาริมทรัพย์รวมถึงตลาดของเทศบาลเมือง สัญญาเกี่ยวกับการเช่าทรัพย์สินของหน่วยงานทางปกครองหรือสัญญาเกี่ยวกับการเช่าใช้หรือทำประโยชน์สัญญาเช่าไรรู้ เป็นต้น

ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครองและไม่ใช่สัญญาทางปกครองตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ได้หยิบยกมาเป็นตัวอย่างนั้นมีความสมเหตุสมผล และสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาจำแนกสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งแล้ว อย่างไรก็ตาม มีบางแนวคำพิพากษาที่ผู้เขียนอาจมีความเห็นที่แตกต่าง กล่าวคือ สัญญาเกี่ยวกับการปรับปรุงและดูแลรักษาความสะอาดในสถานที่ใด ๆ เช่น สัญญาให้สิทธิปรับปรุงและดูแลรักษาความสะอาดห้องสุขาภายในตลาดนัดจตุจักร หรือสัญญาจ้างให้ทำความสะอาดบริเวณศูนย์พัฒนาเด็กเล็ก เห็นว่า ไม่ควรเป็นสัญญาทางปกครอง แม้การจัดทำสัญญาดังกล่าวจะเป็นไปโดยมีเหตุผลว่า มีวัตถุประสงค์ในการรักษาความสะอาดเพื่อการอนามัยแก่ประชาชนในสาธารณสุขสถาน อันถือเป็นการจัดหาหรือจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ แต่สัญญาดังกล่าวไม่ได้เป็นการจัดทำบริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานนั้น ๆ โดยตรง อีกทั้งวัตถุประสงค์แห่งสัญญาไม่ได้เป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่มีความจำเป็นหรือสำคัญต่อการบริการสาธารณะโดยตรง หรือมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ หากไม่มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ดังกล่าวแล้ว จะทำให้ไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลได้ คดีพิพาทดังกล่าวจึงควรอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์ให้สัญญาเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นในการดำเนินการบริการสาธารณะให้บรรลุผลนั้น ยังมีลักษณะที่ต้องตีความโดยยึดประโยชน์สาธารณะและการที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นจะนำไปสู่การดำเนินการบริการสาธารณะให้บรรลุผลได้สำเร็จหรือไม่เป็นสำคัญ และให้ความสำคัญกับการที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นต่อการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ซึ่งอาจมีข้อเสนอแนะในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการจำแนกสัญญาดังกล่าว ดังนี้

(1) กรณีของสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับบริการสาธารณะ ควรจะต้องพิจารณาจากคู่สัญญาว่าเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือไม่ หรือมีความเกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะตามสัญญานั้นหรือไม่ และวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นไปเพื่อการบริการสาธารณะหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ส่วนกรณีสัญญาทางปกครองที่เป็นการจัดหาหรือจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์สำคัญหรือจำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลนั้น ก็ต้องใช้เกณฑ์ดังกล่าวพิจารณาเช่นเดียวกัน และต้องพิจารณาว่าเครื่องมือหรืออุปกรณ์นั้นมีความจำเป็นหรือความสำคัญต่อการบริการสาธารณะหรือไม่ หากไม่มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ดังกล่าวแล้ว จะทำให้ไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลได้ หากเครื่องมือหรืออุปกรณ์ดังกล่าวเป็นสิ่งสำคัญหรือจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลย่อมมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

(2) การวินิจฉัยว่าสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะใดควรเป็นสัญญาทางปกครองนั้น ไม่ควรนำเอาคุณลักษณะของทรัพย์สินหรือประเภทของทรัพย์สิน หรือหน้าที่ของคู่สัญญามาเป็นเงื่อนไขของการวินิจฉัย เนื่องจากสัญญาทางปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งภารกิจหลักของฝ่ายปกครอง คือ การจัดทำบริการสาธารณะ การจะถือว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น สัญญาดังกล่าวจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจะเป็นประโยชน์โดยตรงหรือโดยอ้อมหรือแม้แต่เป็นเครื่องมือสนับสนุนการจัดทำบริการสาธารณะก็ควรให้ถือว่าเป็นการจัดทำบริการสาธารณะเช่นกัน⁵⁸

(3) กรณีสัญญาทางปกครองที่วัตถุประสงค์ให้สัญญาเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นในการดำเนินการบริการสาธารณะให้บรรลุผล อาจมีข้อกำหนดในสัญญาที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐและเป็นข้อกำหนดที่ไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่ง เพื่อให้หน่วยงานทางปกครองมีอำนาจในการปรับปรุงแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและบรรลุผล แต่ไม่อาจใช้เป็นหลักเกณฑ์หลักในการพิจารณาว่า แม้ไม่มีข้อกำหนดถึงความมีเอกสิทธิ์ดังกล่าวแล้ว จะส่งผลให้สัญญาดังกล่าวไม่เป็นสัญญาทางปกครองทุกกรณีไป โดยอาจต้องคำนึงถึงบริบทของวัตถุประสงค์ของสัญญาว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่เป็นสำคัญด้วย

⁵⁸ มาฤทธิ์ กาญจนารักษ์, “หลักการของสัญญาทางปกครองกับการวินิจฉัยที่ไม่ตรงกัน : ผลต่อความเสมอภาคของการนำคดีขึ้นสู่ศาล,” วารสารนิติศาสตร์และสังคมศาสตร์ ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม) 2564, หน้า 221.

โดยสรุปแล้ว แนวคำพิพากษาของศาลปกครองและแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ผ่านมา ได้มีการใช้หลักเกณฑ์หลายประการในการพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองที่วัตถุแห่งสัญญาเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นในการดำเนินการบริการสาธารณะให้บรรลุผล แต่อาจไม่ครบทุกหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น หรือในบางกรณีแม้จะพิจารณาครบทุกหลักเกณฑ์และอาจดูคล้ายกับว่าจะเข้าข่ายครบทุกองค์ประกอบของความเป็นสัญญาทางปกครอง แต่สุดท้ายกลับไม่เป็นสัญญาทางปกครอง โดยมีเกณฑ์ในการพิจารณาที่สำคัญ คือ การพิจารณาจากคู่สัญญาว่าเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือไม่ หรือมีความเกี่ยวข้อง หรือมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะตามสัญญานั้นหรือไม่ การพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของสัญญาว่าเป็นไปเพื่อการบริการสาธารณะหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ การพิจารณาว่าเครื่องมือหรืออุปกรณ์นั้นมีความจำเป็นหรือความสำคัญต่อการบริการสาธารณะหรือไม่ มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับบริการสาธารณะหากไม่มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ดังกล่าวแล้ว จะทำให้ไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลได้ หรือการพิจารณาเกี่ยวกับข้อกำหนดในสัญญาที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐหรือเป็นข้อกำหนดที่ไม่อาจพบได้ในสัญญาทางแพ่ง

หลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นอาจใช้เพื่อเป็นข้อเสนอแนะของหลักเกณฑ์สำคัญให้ศาลปกครองยึดถือเพื่อประกอบการพิจารณาคดี อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองควรจัดทำหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครองทั้งหลักเกณฑ์ด้านองค์กร หลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาหรือวัตถุแห่งสัญญา รวมทั้งหลักเกณฑ์ที่จะวินิจฉัยสัญญาทางปกครองโดยที่ครอบคลุมเนื้อหาของสัญญาทางปกครอง โดยอาจปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และเพิ่มหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่วัตถุแห่งสัญญาเป็นการจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นในการดำเนินการบริการสาธารณะให้บรรลุผลไว้เป็นคำนิยามหนึ่งที่เพิ่มเติมจากมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่เคยมีอยู่ก่อนแล้ว และควรยกฐานะของมติดังกล่าวและที่มีอยู่ก่อนแล้วเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้มีสถานะทางกฎหมาย เพื่อให้มติดังกล่าวมีความมั่นคงมากยิ่งขึ้น โดยแก้ไขเพิ่มเติมในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือในกรณีที่มีการจัดทำกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองในอนาคต ก็เห็นควรนำบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้เป็นหนึ่งในคำนิยามของสัญญาทางปกครองด้วย รวมถึงการจัดทำแนวคำวินิจฉัยที่มีความชัดเจนเพื่อให้การพิจารณาคดีของศาลปกครองเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและอำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชนสูงสุด

คำสำคัญ : สัญญาทางปกครอง, วัตถุแห่งสัญญา, เครื่องมือ, อุปกรณ์, การจัดทำบริการสาธารณะ

หลักกฎหมายมหาชน

สเปน : อำนาจศาลในการพิจารณาคดีฟ้องโต้แย้งพระราชกำหนด

การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน

(Real Decreto por el que se declara el estado de alarma)

พัชรภรณ์ ศิริวิมลกุล *

สาระสำคัญ :

ประเทศสเปนมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินทั้งในระดับรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และพระราชกำหนด โดยการฟ้องคดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน รวมถึงการขยายระยะเวลาใช้บังคับพระราชกำหนดดังกล่าว บุคคลสามารถยื่นฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอความคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญในช่วงเวลาที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ส่วนกรณีการฟ้องโต้แย้งคำสั่งหรือกฎอันเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครอง และตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎและคำสั่งที่ออกภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งอาจจะละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือทรัพย์สินของประชาชนสามารถยื่นฟ้องต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครอง

รายละเอียดของเรื่อง :

การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเพื่อการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในกรณีที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น บุคคลสามารถยื่นฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ กรณีการโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน รวมถึงการขยายระยะเวลาประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ส่วนกรณีการฟ้องโต้แย้งคำสั่งหรือกฎอันเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครอง และตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎหรือคำสั่งภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งอาจจะละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือทรัพย์สินของประชาชน บุคคลสามารถยื่นฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายนั้น ๆ เช่น ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครอง ดังตัวอย่างคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญและศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครอง ดังนี้

*

พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง (ประเภท : สิทธิขั้นพื้นฐาน, เขตอำนาจศาลปกครอง, การพิจารณาคดีฟ้องโต้แย้งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน)



1. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 83/2016 ลงวันที่ 28 เมษายน ค.ศ. 2016¹

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในประเด็นการขอให้ระงับการขยายระยะเวลาใช้บังคับประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยรัฐบาลได้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อควบคุมการจราจรทางอากาศสืบเนื่องจากการที่รัฐบาลได้แก้ไขเงื่อนไขการจ้างงาน จึงเกิดการประท้วงและนัดหยุดงาน รวมทั้งมีการข่มขู่ว่าจะเข้าทำลายสนามบินและเกิดความเสี่ยงต่ออุบัติเหตุ ฝ่ายบริหารของสนามบินจึงปิดช่องทางการบินทั้งหมดและยกเลิกการบินทุกเที่ยวบิน นำมาสู่การประท้วงและนัดหยุดงานของสหภาพแรงงานวิหุการบิน รัฐบาลจึงออกประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจากเหตุการณ์ดังกล่าว และขยายระยะเวลาการใช้บังคับประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในเวลาต่อมา สหภาพแรงงานวิหุการบินจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลฎีกาแผนกคดีปกครองเพื่อขอให้ยกเลิกการขยายระยะเวลาสถานการณ์ฉุกเฉินตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อควบคุมการจราจรทางอากาศ ฉบับที่ 1673/2010 ลงวันที่ 4 ธันวาคม ค.ศ. 2010 และขอให้เพิกถอนมติของคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 2010 ที่เสนอสภาผู้แทนราษฎรเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าว โดยออกเป็นพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อควบคุมการจราจรทางอากาศ ฉบับที่ 1717/2010 ลงวันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 2010 แต่ศาลฎีกาแผนกคดีปกครองไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาเนื่องจากไม่อยู่ในอำนาจของศาลฎีกาที่จะพิจารณาเรื่องดังกล่าว โดยศาลเห็นว่า การใช้อำนาจขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินของรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจของสภาผู้แทนราษฎรในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญ อันเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ มิใช่การใช้อำนาจตามกฎหมายปกครองแต่อย่างใด คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ มิได้อยู่ในอำนาจของศาลที่พิจารณาคดีปกครอง

ผู้ร้องเห็นว่า การวินิจฉัยของศาลฎีกาแผนกคดีปกครองละเมิดต่อสิทธิของผู้ร้องที่จะได้รับการคุ้มครองทางศาลและสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้ศาลคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลโดยการยกเลิกประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และขอให้ศาลกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราว

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาตีความเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานจากการขยายระยะเวลาประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งการประกาศขยายระยะเวลาดังกล่าวจะต้องตราเป็นพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า แม้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะออกเป็นพระราชกำหนดที่มาจากมติเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี แต่การพิจารณาให้ความเห็นชอบเนื้อหา รวมถึงผลทางกฎหมายของพระราชกำหนดดังกล่าวจะต้องเสนอสภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบก่อนประกาศบังคับใช้ พระราชกำหนดดังกล่าวจึงมีลำดับศักดิ์เทียบเท่ากับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ อำนาจในการกำหนดข้อยกเว้น การยกเลิก หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงใด ๆ ในช่วงระหว่างที่มีการประกาศ

¹ David Delgado Ramoseil, “El estado de alarma ante el tribunal constitucional,” Revista Electrónica Iberoamericana (REIB), Vol. 16 No.1, [Online], pp. 258-259, retrieved from file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/Dialnet-ElEstadoDeAlarmaAnteElTribunalConstitucional-8520738%20(6).pdf เมื่อ 2 ธันวาคม 2566.

สถานการณ์ฉุกเฉินจึงเป็นอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว

2. คำสั่งของศาลฎีกาแผนกคดีปกครองกรณีการฟ้องโต้แย้งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน²

คดีนี้ทนายความผู้หนึ่งยื่นฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีปกครองโต้แย้งข้อกำหนดฉบับที่ 2/2021 ลงวันที่ 24 มกราคม ค.ศ. 2021 จากการที่รัฐบาลท้องถิ่นของแคว้นปกครองตนเองบาเลนเซียได้ออกมาตรการใหม่ในการควบคุมโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ที่เข้มงวดยิ่งขึ้น โดยรัฐบาลท้องถิ่นของแคว้นปกครองตนเองบาเลนเซียได้ออกข้อจำกัดให้บุคคลที่ไม่ได้อาศัยอยู่ในที่อยู่อาศัยเดียวกันสามารถอยู่รวมตัวกันในพื้นที่สาธารณะได้แค่ 2 คน และสามารถเข้าไปในที่อยู่อาศัยของอีกบุคคลหนึ่งในช่วงเวลาที่มีการขยายระยะเวลาการปิดพื้นที่ และมีข้อจำกัดในการเข้ามาในเขตเทศบาลเมืองช่วงวันหยุดและวันนักขัตฤกษ์ อันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีและประชาชนหลายคน เนื่องจากข้อจำกัดดังกล่าวมีข้อห้ามที่กระทบต่อการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานในชีวิตประจำวัน และผู้ฟ้องคดียังโต้แย้งมาตรา 10 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ฉบับที่ 926/2020 ลงวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ. 2020 จากการที่รัฐบาลขยายระยะเวลาบังคับใช้พระราชกำหนดดังกล่าว ซึ่งส่งผลให้รัฐบาลมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง และยกเลิกมาตรการที่เกี่ยวข้องข้อจำกัดการเข้าออกแคว้นปกครองตนเองและการรวมกลุ่มในที่สาธารณะและในพื้นที่ส่วนบุคคลได้ ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ

ศาลฎีกาแผนกคดีปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า ศาลไม่อาจรับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาได้ เนื่องจากเป็นการฟ้องโต้แย้งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินหลายฉบับ ซึ่งพระราชกำหนดดังกล่าวมีสถานะเทียบเท่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติ คดีดังกล่าวจึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลฎีกาแผนกคดีปกครอง โดยคดีนี้ศาลได้พิจารณาตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีปกครองคดีก่อนหน้า³ ที่วินิจฉัยและวางหลักว่า ศาลฎีกาไม่มีอำนาจพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน เนื่องจากพระราชกำหนดดังกล่าวมีสถานะเทียบเท่ากับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติซึ่งศาลที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว คือ ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กฎหรือคำสั่งที่มีสถานะเทียบเท่ากับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติอย่างไรก็ตาม กรณีการฟ้องโต้แย้งคำสั่งและบทบัญญัติที่ออกตามความในพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินจะอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลฎีกาแผนกคดีปกครอง

² El Supremo reitera que no puede revisar los estados de alarma tras los últimos recursos, 2021, [Online], retrieved from <https://elderecho.com/el-supremo-reitera-que-no-puede-revisar-los-estados-de-alarma-tras-los-ultimos-recursos> เมื่อ 1 ธันวาคม 2566.

นอกจากนี้ หากมีกรณีที่บุคคลได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายยื่นฟ้องคดีต่อศาลที่พิจารณาคดีปกครองเพื่อโต้แย้งบทบัญญัติหรือคำสั่งที่ออกตามความในพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า กรณีนี้เป็นความเสียหายต่อสิทธิขั้นพื้นฐานหรือเสรีภาพที่ได้รับ ความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ บุคคลมีสิทธิยื่นฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอความคุ้มครองสิทธิ ตามรัฐธรรมนูญภายหลังจากที่กระบวนการฟ้องคดีต่อศาลที่พิจารณาคดีปกครองเสร็จสิ้นลงโดยศาลมีคำสั่ง ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

3. คำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีปกครอง ลงวันที่ 21 กันยายน ค.ศ. 2023 เกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครองภายใต้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน (คดีหมายเลขแดง ที่ 453/2022)³

ศาลฎีกาแผนกคดีปกครองมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องที่เจ้าของโรงแรม (ผู้ฟ้องคดี) ขอให้แคว้นปกครองอิสระมาดริด (ผู้ถูกฟ้องคดี) ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับ จากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีปิดการให้บริการโรงแรมในช่วงที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยศาลฎีกาได้พิพากษาวางหลักเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครองจากองค์ประกอบ 4 ประการ ดังนี้

(1) ความรับผิดของผู้ตรากฎหมาย

ศาลฎีกาแผนกคดีปกครองพิจารณาตีความตามมาตรา 9.3 ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรสเปน ประกอบกับมาตรา 32.3 และมาตรา 32.4 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ค.ศ. 2015 (Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) ซึ่งมีหลักการว่า หากบุคคลได้รับความเสียหายอันเป็นผลมาจากการบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมาย ที่มีสถานะเทียบเท่าพระราชบัญญัติที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งต่อกฎหมายของสหภาพยุโรป บุคคลนั้นมีสิทธิได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งการวินิจฉัยเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครองดังกล่าวจะต้องพิจารณาลำดับศักดิ์ทางกฎหมายของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินว่ามีสถานะเช่นไร ทั้งนี้ หากพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และคำสั่งของศาลฎีกาแผนกคดีปกครอง ลงวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ. 2020 (คดีหมายเลขแดงที่ 114/2020) แล้ว ผลของคำวินิจฉัยปรากฏว่า พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับการยื่นคำร้องขอให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการออกมาตรการภายใต้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินที่อาจไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญ ตามคำวินิจฉัยฉบับที่ 148/2021 วินิจฉัยสรุปได้ว่า การออกมาตรการที่เป็นข้อจำกัดในช่วงเวลาของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินมีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว ดังนั้น เจ้าของโรงแรมจึงไม่ถูกละเมิดสิทธิตามมาตรา 35.1

³ Carlos Yáñez Díaz, Responsabilidad patrimonial derivada del estado de alarma. La previsible sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2023, [Online], retrieved from <https://blog.sepin.es/responsabilidad-patrimonial-estado-alarma> เมื่อ 1 ธันวาคม 2566.

และมาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน (มาตรา 35.1 และมาตรา 38 บัญญัติเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ และการประกอบธุรกิจ) แต่มาตรการปิดโรงแรมฯ มุ่งคุ้มครองสิทธิอื่นตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ สิทธิในการได้รับความคุ้มครองสุขภาพ (มาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน) และสิทธิในชีวิตและร่างกาย (มาตรา 15 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน) ซึ่งศาลฎีกาแผนกคดีปกครองในคดีนี้ได้ยึดแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 148/2021 ที่วินิจฉัยว่า มาตรการในการระงับการก่อสร้างและการดำเนินการของผู้ประกอบการต่าง ๆ ในช่วงเวลาที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน จะได้รับความคุ้มครองมาประกอบการพิจารณาตัดสิน โดยศาลรัฐธรรมนูญยังได้วินิจฉัยไว้ด้วยว่า ในการออกมาตรการที่ประชาชนมีหน้าที่ตามกฎหมายต้องดำเนินการ แม้จะปรากฏความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ก็ไม่อาจนำมาเป็นเหตุเพื่อฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 3.2 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน การประกาศสถานการณ์พิเศษ และการประกาศสถานการณ์ที่ต้องเข้าควบคุมพื้นที่ ค.ศ. 1981 (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.) ที่บัญญัติว่า “บุคคลที่ได้รับความเสียหายต่อตนเองหรือสิทธิหรือทรัพย์สินอันมาจากกฎหมายหรือคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ฉุกเฉินมีผลบังคับใช้ มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนโดยสอดคล้องกับบทบัญญัติในกฎหมายที่เกี่ยวข้อง” ได้

(2) การตีความมาตรา 3.2 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน การประกาศสถานการณ์พิเศษ และการประกาศสถานการณ์ที่ต้องเข้าควบคุมพื้นที่ ค.ศ. 1981

มาตรา 3.2 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติเป็นสาระสำคัญว่า “บุคคลที่ได้รับความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย สิทธิ หรือทรัพย์สินอันเนื่องมาจากกฎหมายหรือคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ฉุกเฉินมีผลบังคับใช้ มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนโดยสอดคล้องกับบทบัญญัติในกฎหมายที่เกี่ยวข้อง” ดังนั้น บุคคลสามารถฟ้องคดีเพื่อขอให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 148/2021 แล้ว บุคคลไม่สามารถฟ้องเพื่อขอให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหากปรากฏความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้

(3) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของมาตรการที่จำกัดสิทธิต่าง ๆ

การพิจารณาความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครองมีเงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งคือ ความเสียหายจะต้องเป็นผลโดยตรงจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สำหรับคดีนี้ศาลได้พิจารณาการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย 2 ลักษณะ คือ การพิจารณาความรับผิดของผู้ตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่บังคับใช้แก่ประชาชนทุกคน และการกำหนดให้ประชาชนมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายกำหนด หากมีกรณีที่มีความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาว่า มาตรการที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้ในช่วงสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นเป็นไปตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ และหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 148/2021 และคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 40/2020 กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดมาตรการในช่วงสถานการณ์

ฉุกเฉินว่าต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนและหลักการป้องกันไว้ล่วงหน้าอันเป็นไปตามกฎหมายของสหภาพยุโรปที่มีวัตถุประสงค์ให้ความคุ้มครองสุขภาพของประชาชนและสิ่งแวดล้อม

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังวินิจฉัยไว้ด้วยว่า โดยที่มาตรการที่ฝ่ายปกครองกำหนดในช่วงสถานการณ์ฉุกเฉินจะมีลักษณะทั่วไปและกระทบต่อบุคคลหลายคน ซึ่งแต่ละคนอาจได้รับผลกระทบมากน้อยแตกต่างกันไป การที่มาตรการดังกล่าวส่งผลกระทบเป็นการทั่วไปจะมีผลให้การกำหนดมาตรการเหล่านี้เป็นการดำเนินการที่มีผลกระทบต่อกลุ่ม และความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ได้เกิดกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง มาตรการดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับการพิจารณาความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครองอันเกิดจากการละเลยต่อการปฏิบัติหน้าที่ หากฝ่ายปกครองเห็นว่า การป้องกันโรคระบาดจำเป็นต้องกำหนดมาตรการที่จำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงการระบาดของโรค เช่น การปิดสถานที่บางแห่ง การกำหนดมาตรการนี้จึงเป็นการกระทำทางปกครองที่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุและเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนแล้ว ดังนั้น กรณีนี้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงไม่ได้เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(4) เหตุสุดวิสัย

เหตุสุดวิสัยเป็นองค์ประกอบที่เป็นข้อยกเว้นความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครอง โดยเป็นไปตามมาตรา 1105 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติถึงเหตุการณ์ที่ไม่อาจป้องกันหรือคาดการณ์ล่วงหน้าได้ โดยที่สถานการณ์โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 หรือ COVID-19 เป็นเหตุการณ์ที่เป็นเหตุสุดวิสัย เนื่องจากเป็นไวรัสที่ไม่เป็นที่รู้จักมาก่อน แตกต่างจากไวรัสชนิดอื่น และเชื้อไวรัสชนิดใหม่นี้นำไปสู่โรกระบบทางเดินหายใจ และก่อให้เกิดการระบาดที่รุนแรงและขยายเป็นวงกว้างในระดับโลกภายในระยะเวลาอันสั้น

ศาลฎีกาแผนกคดีปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีนี้เป็นโรคระบาดที่เป็นเหตุสุดวิสัย และเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองที่จำกัดสิทธิของบุคคล เช่นเดียวกันกับกรณีของพายุไซโคลนที่ถือเป็นเหตุสุดวิสัย ซึ่งศาลฎีกาแผนกคดีปกครองได้วางหลักว่า หลักเกณฑ์ทั่วไปของการพิจารณาเหตุยกเว้นความรับผิดทางละเมิดนั้น จะต้องพิจารณามาตรการที่ฝ่ายปกครองปรับใช้ โดยคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน หลักความสมเหตุสมผล และความเหมาะสม ซึ่งจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คดีนี้ ศาลฎีกาแผนกคดีปกครองพิพากษาให้แคว้นปกครองอิสระมาดริดชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดีเป็นจำนวนเงิน 4,000 ยูโร (จากที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนเงิน 417,316.70 ยูโร)

ข้อสังเกตของผู้แปลและเรียบเรียง :

การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศสเปนมีกฎหมายที่เป็นฐานอำนาจ ดังนี้

1. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน (Constitución España) บัญญัติเกี่ยวกับการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ในมาตรา 116 โดยมาตรา 116.1 บัญญัติว่า “ให้มีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญในการบัญญัติเกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉิน รวมถึงอำนาจหน้าที่และข้อจำกัดที่เกี่ยวข้อง”

มาตรา 116.2 บัญญัติว่า “ในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ให้รัฐบาลออกเป็นพระราชกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี เพื่อเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาให้ความเห็นชอบโดยใช้บังคับภายในระยะเวลาสูงสุดไม่เกิน 15 วัน และการขยายระยะเวลาจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎร ทั้งนี้ พระราชกำหนดดังกล่าวจะบังคับใช้ในพื้นที่ตามที่ได้ระบุไว้ในประกาศ”

2. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน
การประกาศสถานการณ์พิเศษ และการประกาศสถานการณ์ที่ต้องเข้าควบคุมพื้นที่ ค.ศ. 1981 (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.) บัญญัติว่า การจัดให้มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะดำเนินการได้เมื่อมีเหตุการณ์พิเศษที่ไม่อาจดำเนินการภายใต้ระเบียบข้อบังคับตามกฎหมายนั้น ๆ โดยมาตรการที่กำหนดสำหรับสถานการณ์ฉุกเฉิน ตลอดจนระยะเวลาของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องกระทำเฉพาะกรณีที่เป็นอย่างเคร่งครัด และคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน (มาตรา 1) ทั้งนี้ การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องตราเป็นพระราชกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีและสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา 6 วรรคหนึ่ง (1)) ส่วนการยื่นฟ้องคดีต่อศาล หากเป็นกฎหมายหรือคำสั่งที่ออกโดยหน่วยงานทางปกครองที่จะต้องบังคับใช้ในระหว่างที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ให้ยื่นฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายนั้น ๆ และบุคคลที่ได้รับความเสียหายต่อร่างกาย สิทธิ หรือทรัพย์สินอันเนื่องมาจากกฎหมายหรือคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ฉุกเฉิน มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนโดยสอดคล้องกับบทบัญญัติในกฎหมายที่เกี่ยวข้อง (มาตรา 3)

ส่วนกรณีที่เป็นเหตุให้ต้องประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว บัญญัติให้รัฐบาลมีสิทธิใช้อำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามมาตรา 116.1 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน โดยอาจประกาศบังคับใช้ทั่วราชอาณาจักรหรือบางท้องที่เมื่อมีเหตุ ดังนี้

- a) ภัยพิบัติ ความหายนะ หรือความไม่สงบเรียบร้อยในสังคม รวมถึงแผ่นดินไหว อุทกภัย ไฟไหม้ในเขตเมืองและไฟไหม้ป่า หรืออุบัติเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายรุนแรง
- b) วิกฤตทางด้านสาธารณสุข รวมถึงโรคระบาด หรือสถานการณ์มลพิษที่รุนแรง
- c) การหยุดให้บริการสาธารณะที่จำเป็นต่อสังคม

ในกรณีที่ต้องกำหนดระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หลักเกณฑ์เป็นไปตาม มาตรา 6 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเดียวกัน ที่บัญญัติว่า “พระราชกำหนด จะต้องประกาศกำหนดเขตพื้นที่ใช้บังคับ ระยะเวลาในการประกาศใช้ และผลที่จะเกิดขึ้นจากการประกาศ สถานการณ์ฉุกเฉินที่มีระยะเวลาเกิน 15 วัน โดยสภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจขยายระยะเวลาการประกาศ สถานการณ์ฉุกเฉินออกไป ซึ่งกรณีนี้สามารถกำหนดเงื่อนไขของการบังคับใช้ในช่วงเวลาที่มีการขยาย ระยะเวลาได้”

การกำหนดมาตรการในช่วงที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นไปตามหลักเกณฑ์ ในมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ซึ่งบัญญัติให้อาจกำหนดมาตรการเพื่อ

- a) จำกัดการเดินทางหรือความเป็นอยู่ของบุคคลหรือยานพาหนะในช่วงเวลาและสถานที่ ที่กำหนดไว้ หรือตามเงื่อนไขที่กำหนด
- b) การตรวจสอบทรัพย์สินทุกประเภทหรือการกำหนดให้มีการบังคับกับบุคคล
- c) การเข้าไปตรวจสอบกิจการอุตสาหกรรม โรงงาน การเข้าใช้ประโยชน์ ยกเว้น ที่อยู่อาศัยของบุคคล
- d) การจำกัดการให้บริการหรือการบริโภคเท่าที่จำเป็น

ฝรั่งเศส : ผลของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ให้ส่งสำนวนคดีคืนไปยังศาลปกครองชั้นต้น
เพื่อมีคำพิพากษาหรือคำสั่งตามรูปคดี ภายหลังจากที่ศาลพิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาด
ของอนุญาโตตุลาการ

ขนิษฐา เต็มตฤณญา *



<https://fr.wikipedia.org/wiki/Conseil_d%27%C3%89tat_%28France%29> ;

<https://fr.wikipedia.org/wiki/Administration_sup%C3%A9rieure_de_Wallis-et-Futuna> และ

<<https://la1ere.francetvinfo.fr/wallisfutuna/territoire-wallis-futuna-risque-payer-296-millions-francs-cfp-soit-25-millions-euros-societe-broadband-pacifique-851672.html>>, เมื่อ 15 กันยายน 2566

สาระสำคัญ :

ในคดีร้องคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เมื่อศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และมีคำสั่งให้ส่งสำนวนคดีคืนไปยังศาลปกครองชั้นต้นหมู่เกาะวอลิสและฟุตูนา เพื่อมีคำพิพากษาหรือคำสั่งตามรูปคดีต่อไปนั้น เป็นกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาให้ส่งสำนวนคดีคืนไปยังศาลปกครองชั้นต้นตามเขตอำนาจของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองตามรูปคดีปกครองทั่วไป โดยให้ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาประเด็นข้อพิพาทแห่งคดี กรณีจึงมิใช่การส่งสำนวนคดีคืนไปยังศาลปกครองชั้นต้นเพื่อพิจารณาคำร้องขอให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทในฐานะอนุญาโตตุลาการ

ดังนั้น ศาลปกครองชั้นต้นหมู่เกาะวอลิสและฟุตูนาที่ได้รับการส่งคืนสำนวนมาจึงมีหน้าที่พิจารณาประเด็นแห่งข้อพิพาท ซึ่งในคดีนี้ คือ การที่ผู้ว่าราชการหมู่เกาะวอลิสและฟุตูนาปฏิเสธไม่เชื่อมต่อสัญญาอนุญาตระหว่างผู้ให้บริการและเครือข่ายบริการของไปรษณีย์และการสื่อสารตามคำขอของบริษัทบรอดแบนด์แปซิฟิก เป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามคำสั่งลงวันที่ 18 พฤษภาคม ค.ศ. 2009 หรือไม่ และบริษัทฯ มีสิทธิได้รับชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากความเสียหายดังกล่าวหรือไม่

*

พนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง (ประเภท : อนุญาโตตุลาการ, เขตอำนาจศาลปกครอง, คำร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และวิธีพิจารณาคดีปกครอง)



รายละเอียดของเรื่อง¹ :

คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่หมู่เกาะวอลิสและฟตูนา (îles Wallis-et-Futuna) โดยผู้ว่าราชการหมู่เกาะวอลิสและฟตูนา (l'administrateur supérieur des îles Wallis-et-Futuna) เป็นผู้ลงนามในคำสั่งให้บริษัทบรอดแบนด์แปซิฟิก (Société Broadband Pacifique) เข้ามาสร้างและดำเนินการเกี่ยวกับเครือข่ายโทรคมนาคมในหมู่เกาะเป็นเวลาห้าปี โดยกำหนดให้ระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการเข้าทำสัญญาและการปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งภายหลังเกิดข้อพิพาทตามสัญญาและมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ กระทั่งมีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเมื่อวันที่ 23 ธันวาคม ค.ศ. 2015 ให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และมีคำสั่งให้ส่งสำนวนคดีคืนไปยังศาลปกครองชั้นต้นหมู่เกาะวอลิสและฟตูนา (Tribunal administratif de Wallis-et-Futuna) เพื่อมีคำพิพากษาหรือคำสั่งตามรูปคดีต่อไป²

ต่อมา ศาลปกครองชั้นต้นหมู่เกาะวอลิสและฟตูนามีคำสั่งยกคำขอของบริษัทบรอดแบนด์แปซิฟิก เนื่องจากเห็นว่า คำขอให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาท (arbitrer un litige) ปรากฏโดยชัดแจ้งว่า ศาลไม่มีอำนาจรับไว้พิจารณาได้ (manifestement irrecevable)³ และศาลปกครองชั้นอุทธรณ์กรุงปารีส (Cour administrative d'appel de Paris) มีคำสั่งไม่รับคำร้องอุทธรณ์คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นของบริษัทฯ โดยเห็นว่า ศาลปกครองชั้นต้นไม่มีอำนาจพิจารณาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการมาวินิจฉัยข้อพิพาทได้ เนื่องจากเป็นอำนาจของอธิบดีศาลชั้นต้นเมืองนูเมอา (Président du tribunal de première instance de Nouméa)⁴ ตามข้อ 10.1 ในเอกสารแนบท้าย (le cahier des charges) คำสั่งผู้ว่าราชการหมู่เกาะวอลิสและฟตูนา ลงวันที่ 18 พฤษภาคม ค.ศ. 2009 บริษัทบรอดแบนด์แปซิฟิกไม่เห็นด้วยกับคำสั่งของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์จึงยื่นคัดค้านต่อศาลปกครองสูงสุด โดยขอให้ศาลมีคำสั่งกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และขอให้พิจารณาเนื้อหาแห่งคดีและพิพาทตามคำขอของตน พร้อมขอให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหมู่เกาะวอลิสและฟตูนาชดใช้ค่าธรรมเนียมศาลให้แก่ตนเป็นจำนวนเงินสี่หมื่นยูโร ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติมาตรา L. 761-1 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

¹ สรุปและเรียบเรียงจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 2017 เลขที่ 401154 ในคดีพิพาทระหว่างผู้ว่าราชการหมู่เกาะวอลิสและฟตูนา กับบริษัทบรอดแบนด์แปซิฟิก (CE, 2^{ème} - 7^{ème} chambres réunies, 4 octobre 2017, Société Broadband Pacifique c/Administrateur des îles Wallis-et-Futuna, n°401154)

² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ลงวันที่ 23 ธันวาคม ค.ศ. 2015 เลขที่ 376018 ในคดีพิพาทระหว่างผู้ว่าราชการหมู่เกาะวอลิสและฟตูนา กับบริษัทบรอดแบนด์แปซิฟิก (CE, 23 déc. 2015, Administrateur des îles Wallis-et-Futuna c/Société Broadband Pacifique, n°376018 ในชั้นฎีกา เดิมตฤณดา, “ฝรั่งเศส : อำนาจศาลปกครองสูงสุดในการพิจารณาคำร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ,” หลักกฎหมายมหาชนประจำเดือนมิถุนายน 2566 ลำดับที่ 2 (เผยแพร่ในระบบอินทราเน็ตของสำนักงานศาลปกครอง)

³ TA de Wallis-et-Futuna, Ord., 9 février 2016, n°1660004

⁴ CAA de Paris, Ord., 2 mai 2016, n°16PA01018

จากข้อเท็จจริงในคดี สภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุด⁵ พิจารณาแล้วเห็นว่า ในคดีร้องคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และมีคำสั่งให้ส่งสำนวนคดีขึ้นไปยังศาลปกครองชั้นต้นหมู่เกาะวอลิสและฟูตูนา เพื่อมีคำพิพากษาหรือคำสั่งตามรูปคดีต่อไป โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา L. 311-1⁶ และมาตรา R. 312-1⁷ แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ไม่อาจตีความได้ว่า เป็นการส่งสำนวนคดีขึ้นไปยังศาลปกครองชั้นต้นเพื่อพิจารณาคำร้องขอให้ตั้งอนุญาโตตุลาการหรือวินิจฉัยคดีพิพาทในฐานะอนุญาโตตุลาการ หากแต่เป็นกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาให้ส่งสำนวนคดีขึ้นไปยังศาลปกครองชั้นต้นตามเขตอำนาจของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองตามรูปคดีปกครองทั่วไป (Jurisdiction administrative de droit commun) กล่าวคือ การพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการที่ผู้ว่าราชการหมู่เกาะวอลิสและฟูตูนาปฏิเสธไม่เชื่อมต่อสัญญาณระหว่างผู้ให้บริการและเครือข่ายบริการของไปรษณีย์ และการสื่อสารตามคำขอของบริษัทบรอดแบนด์แปซิฟิก เป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามคำสั่งลงวันที่ 18 พฤษภาคม ค.ศ. 2009 หรือไม่ และบริษัทฯ มีสิทธิได้รับชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากความเสียหายดังกล่าวหรือไม่ ดังนั้น การที่ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มีคำสั่งยกคำร้องอุทธรณ์พิพาทจึงเป็นการสั่งคำร้องที่ไม่เป็นไปตามรูปเรื่องของคดี (la portée du litige) และไม่เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล คำร้องของบริษัทบรอดแบนด์แปซิฟิกที่ขอให้มีการกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์จึงมีมูลให้รับฟังได้

⁵ เนื่องจากสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่เป็นฝ่ายที่ปรึกษากฎหมายให้กับรัฐบาล และเป็นองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองในฐานะศาลปกครองสูงสุด โดยมีการจัดโครงสร้างแบ่งเป็นองค์กรคณะทำหน้าที่ที่ปรึกษากฎหมายแยกออกจากองค์กรคณะที่วินิจฉัยคดีปกครอง (แผนกคดีปกครองในสภาแห่งรัฐ) ในการเรียบเรียงเนื้อหาคำพิพากษาต่อไปนี้จะใช้คำว่า “ศาลปกครองสูงสุด” ซึ่งหมายถึงแผนกคดีปกครองในสภาแห่งรัฐ (la section du contentieux)

⁶ ประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

มาตรา L. 311-1 “ศาลปกครองชั้นต้นเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองทั่วไป ในฐานะศาลชั้นต้น เว้นแต่คดีซึ่งอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองอื่น เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของคดีพิพาท หรือเพื่อประโยชน์ในการบริหารจัดการคดีให้เกิดความยุติธรรม”

⁷ ประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

มาตรา R. 312-1 “เมื่อบทบัญญัติในส่วนที่สองของหมวดนี้หรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับอื่นมิได้บัญญัติข้อยกเว้นเขตอำนาจศาลไว้เป็นพิเศษ ศาลปกครองชั้นต้นซึ่งตั้งอยู่ในพื้นที่ที่ออกคำสั่งทางปกครองจึงเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามพื้นที่ หากคำสั่งทางปกครองที่พิพาทมีการลงนามโดยผู้ออกคำสั่งหลายคน ศาลปกครองชั้นต้นซึ่งตั้งอยู่ในเขตพื้นที่ที่ผู้ออกคำสั่งคนแรกได้รับการแต่งตั้งให้มีอำนาจทำคำสั่งนั้นและปฏิบัติราชการ เป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี

ภายใต้เงื่อนไขเดียวกันนี้ให้ใช้กับกรณีอุทธรณ์แบบบังคับซึ่งได้มีการยื่นต่อศาลปกครองชั้นต้น คำสั่งที่ใช้พิจารณาเขตอำนาจศาลปกครองตามพื้นที่ หมายความว่า คำสั่งที่เป็นวัตถุแห่งการอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองหรือที่ไม่ได้ยื่นต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา”



โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา L. 821-2 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ซึ่งบัญญัติให้กรณีที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งกลับคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจในการสั่งคดีหลายลักษณะ ดังนี้

(1) ศาลปกครองสูงสุดอาจส่งสำนวนคดีคืนไปยังศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ซึ่งประกอบด้วยตุลาการศาลปกครองคนอื่นที่มีไต่ถามคดีเดิมเพื่อมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ เว้นแต่จะมีเหตุอันสมควรเกี่ยวกับลักษณะของศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองชั้นอุทธรณ์นั้น

(2) ศาลปกครองสูงสุดอาจส่งสำนวนคดีไปให้ศาลอื่นที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเพื่อมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่

(3) ศาลปกครองสูงสุดอาจวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดี หากเป็นไปเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมสำหรับคดีที่มีการฎีกาไปยังศาลปกครองสูงสุดเป็นครั้งที่สองตามความในวรรคสองของมาตราเดียวกัน ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีให้คดีเสร็จเด็ดขาด

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า ศาลปกครองชั้นต้นหมู่เกาะ วอลิสและฟูตูนา เป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีตามคำร้องกล่าวอ้างของบริษัทบรอดแบนด์แปซิฟิก คำร้องของบริษัทบรอดแบนด์แปซิฟิกเพื่อขอให้ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งกลับคำสั่งไม่รับเรื่องของบริษัทฯ ไว้พิจารณาจึงมีผลให้รับฟังได้ และมีเหตุให้ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งให้ส่งสำนวนคดีคืนไปยังศาลปกครองชั้นต้นหมู่เกาะ วอลิสและฟูตูนา เพื่อมีคำพิพากษาหรือคำสั่งอีกครั้ง ทั้งนี้ ตามคำร้องของบริษัทฯ ที่ขอให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหมู่เกาะ วอลิสและฟูตูนาชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ตนเป็นเงินจำนวน 26,246,575 ยูโร โดยให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหมู่เกาะ วอลิสและฟูตูนาชดใช้ค่าธรรมเนียมศาลให้แก่บริษัทบรอดแบนด์แปซิฟิกเป็นเงินจำนวนสี่พันยูโร ตามความในมาตรา L. 761-1 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

คำพิพากษา :

ศาลปกครองสูงสุดพิพากษากลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นหมู่เกาะ วอลิสและฟูตูนา และของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์กรุงปารีส และมีคำสั่งให้ส่งสำนวนคดีคืนไปยังศาลปกครองชั้นต้นเพื่อมีคำพิพากษาหรือคำสั่งอีกครั้ง และให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหมู่เกาะ วอลิสและฟูตูนาชดใช้ค่าธรรมเนียมศาลให้แก่บริษัทบรอดแบนด์แปซิฟิกเป็นเงินจำนวนสี่พันยูโร

สรุปความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 863/2562
การขอรับสัมปทานการประกอบกิจการประปาตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58

ปฐมน แป้นเหลือ *

สาระสำคัญ :

กรณีประปาของหมู่บ้านจัดสรรไม่มีระบบกรองหรือระบบบำบัดเป็นเพียงกระบวนการผลิตที่อาจทำให้ได้น้ำประปาไม่ได้มาตรฐาน แต่ไม่มีผลทำให้การดำเนินการสูบน้ำจากบ่อบาดาลเก็บไว้ที่ห้องสูงแล้วส่งจำหน่ายให้แก่ประชาชนผู้ซื้อที่ดินจัดสรรตามท่อส่งน้ำไม่เป็นการประกอบกิจการประปา ประกอบกับพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ไม่ใช่กฎหมายเฉพาะที่ให้อำนาจประกอบกิจการประปาอันจะเป็นข้อยกเว้นให้ไม่ต้องขอสัมปทานหรือขออนุญาตประกอบกิจการประปาตามข้อ 6 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 การดำเนินกิจการประปาของหมู่บ้านจัดสรรจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายดังกล่าว ส่วนการดำเนินกิจการประปาของบริษัทเอกชนในนิคมอุตสาหกรรม เนื่องจากการประกอบกิจการประปาในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของบริษัทผู้ร่วมดำเนินงานจัดตั้งนิคมอุตสาหกรรม ภายใต้การกำกับดูแลของการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะให้อำนาจประกอบกิจการประปาแล้ว การดำเนินกิจการประปาของบริษัทเอกชนในนิคมอุตสาหกรรมจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58

หลักกฎหมาย :

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน โดยข้อ 3 (5) ประกอบข้อ 4 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 นี้บัญญัติว่า การประปาเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคที่บุคคลใดจะประกอบกิจการนั้นได้จะต้องได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม อย่างไรก็ตาม ข้อ 6 แห่งกฎหมายฉบับเดียวกันบัญญัติยกเว้นไว้ว่า กรณีที่มีกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการประกอบกิจการใด ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยกิจการนั้น กล่าวคือ การประกอบกิจการประปาที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเฉพาะแล้ว ไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีอีก

รายละเอียดของเรื่อง :

กรมทรัพยากรน้ำซึ่งมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการตรวจสอบและกำกับดูแลกิจการประปา สัมปทานให้เป็นไปตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 มีข้อหารือเกี่ยวกับการตีความบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวต่อคณะกรรมการกฤษฎีกา 2 ประเด็น ดังนี้

* เจ้าหน้าที่ศาลปกครองชำนาญการ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง



ประเด็นที่หนึ่ง พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ที่บัญญัติว่า ผู้จัดสรรที่ดิน ต้องจัดให้มีระบบสาธารณูปโภคเพื่อให้บริการแก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรร ประกอบกับประกาศคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลาง เรื่อง กำหนดนโยบายการจัดสรรที่ดินเพื่อที่อยู่อาศัยและพาณิชยกรรม ลงวันที่ 25 มกราคม พ.ศ. 2544 และที่แก้ไขเพิ่มเติม บัญญัติว่า กรณีที่ดินจัดสรรไม่ได้ตั้งอยู่ในพื้นที่ให้บริการของการประปานครหลวง การประปาส่วนภูมิภาค หรือการประปาส่วนท้องถิ่น ให้ผู้จัดสรรที่ดินใช้ระบบประปาอื่นได้ กรณีนี้หมู่บ้านจัดสรร ได้ยื่นคำขออนุญาตจัดสรรที่ดินในขณะที่บริเวณโครงการยังไม่มีระบบประปาของหน่วยงานของรัฐให้บริการ หมู่บ้านจัดสรรจึงใช้ระบบประปาของโครงการเองโดยขออนุญาตใช้ระบบประปาบาดาลสูบน้ำจากบ่อบาดาล เก็บไว้ที่หอถังสูง แล้วส่งจำหน่ายให้แก่ประชาชนผู้ซื้อที่ดินจัดสรรตามท่อส่งน้ำ โดยไม่มีระบบกรอง หรือบำบัดให้สะอาดกว่าน้ำที่สูบน้ำจากบ่อบาดาล ทั้งนี้ ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง หลักเกณฑ์การดำเนินการเกี่ยวกับสัมปทานประกอบกิจการประปาเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุก ของประชาชน พ.ศ. 2554 กำหนดว่า “การประกอบกิจการประปา” หมายความว่า การประกอบกิจการ เกี่ยวกับการจัดหา น้ำดิบ การผลิต การจัดส่ง และการจัดจำหน่ายน้ำประปา โดยบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ไปยังผู้รับบริการ โดยมีค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น” การดำเนินการดังกล่าวถือเป็น การประกอบกิจการประปาตามนิยามข้างต้นซึ่งจะต้องขอรับสัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 หรือไม่

ประเด็นที่สอง การให้บริการระบบประปาในเขตนิคมอุตสาหกรรมมีหลายรูปแบบขึ้นอยู่กับ ผู้พัฒนานิคมและความต้องการใช้น้ำ เช่น น้ำประปา น้ำดิบ หรือน้ำที่ปราศจากแร่ เป็นต้น นิคมอุตสาหกรรม ตามข้อหาหรือมีบริษัท A เป็นผู้ร่วมดำเนินงานจัดตั้งนิคมอุตสาหกรรมและเป็นผู้ให้บริการระบบสาธารณูปโภค ซึ่งได้ว่าจ้างให้บริษัท B ผลิตและส่งน้ำประปาให้กับนิคมอุตสาหกรรมดังกล่าว การดำเนินการของบริษัท B ถือเป็นการประกอบกิจการประปาซึ่งจะต้องขอรับสัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 หรือไม่

คำวินิจฉัย/ความเห็น

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 5) พิจารณาข้อหาแล้ว มีความเห็นสรุปได้ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง การดำเนินการของหมู่บ้านจัดสรรตามข้อหาหรือมีลักษณะเป็นการจัดหา น้ำดิบและนำมาผลิต เพื่อจัดส่งและจำหน่ายให้แก่ประชาชนในหมู่บ้าน มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประชาชน บริโภคใช้สอย จึงเป็นการประกอบกิจการประปาตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 และประกาศ กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมฯ ส่วนกรณีที่ประปาของหมู่บ้านจัดสรรไม่มีระบบกรอง หรือระบบบำบัดเป็นเพียงกระบวนการผลิตที่อาจทำให้ได้น้ำประปาที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐาน แต่ไม่มีผล ทำให้การดำเนินการดังกล่าวไม่เป็นการประกอบกิจการประปาแต่อย่างใด การที่หมู่บ้านจัดสรรได้รับอนุญาต ให้ใช้น้ำบาดาลเพื่ออุปโภคหรือบริโภคยังถือไม่ได้ว่าได้รับสัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 และกรณีตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 กำหนดให้ผู้จัดสรรที่ดินต้องจัดให้มีระบบ สาธารณูปโภคเพื่อให้บริการแก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรเป็นกรณีกฎหมายกำหนดหน้าที่ของผู้จัดสรรที่ดิน

ไม่ใช่กฎหมายเฉพาะที่ให้อำนาจในการประกอบกิจการประปาอันจะเป็นข้อยกเว้นไม่ต้องขอรับอนุญาตหรือขอสัมปทานตามข้อ 6 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58

นอกจากนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 5) มีข้อสังเกตด้วยว่า ประกาศคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางๆ ที่กำหนดให้กรณีที่ดินจัดสรรตั้งอยู่ในบริเวณที่มีระบบประปาของหน่วยงานของรัฐให้บริการต้องใช้บริการของหน่วยงานนั้น กรณีนอกเหนือจากนี้ ให้ผู้จัดสรรที่ดินเสนอแบบก่อสร้างระบบผลิตและจ่ายน้ำเพื่อขอรับความเห็นชอบจากคณะกรรมการจัดสรรที่ดินจังหวัด และข้อกำหนดเกี่ยวกับการจัดสรรที่ดินจังหวัดที่กำหนดให้การจัดระบบประปาที่ใช้บริการของระบบประปาของหน่วยงานของรัฐ ต้องแนบหลักฐานการรับรองจากหน่วยงานนั้นว่าสามารถให้บริการได้ หรือหากจัดระบบประปาสัมปทานให้แสดงหลักฐานการรับคำขอสัมปทานประกอบกิจการประปาตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 นั้น คณะกรรมการจัดสรรที่ดินจังหวัดต้องดำเนินการให้เป็นไปตามประกาศและข้อกำหนดข้างต้นโดยเคร่งครัด

ประเด็นที่สอง ตามพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 การนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดตั้งหรือขยายนิคมอุตสาหกรรม รวมทั้งจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น จัดให้มีและบริหารจัดการกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคที่จำเป็นหรือเพื่อประโยชน์แก่กิจการของนิคมอุตสาหกรรม ซึ่งรวมถึงมีอำนาจกระทำการที่เกี่ยวข้องกับกิจการประปาทุกประการ ประกอบกับกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการจัดตั้งนิคมอุตสาหกรรม พ.ศ. 2548 กำหนดให้ นิคมอุตสาหกรรมที่จัดตั้งขึ้นต้องมีระบบประปา โดยสามารถจัดให้มีระบบประปาของหน่วยงานภาครัฐหรือเอกชนได้ตามที่คณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยเห็นชอบ คณะกรรมการดังกล่าวได้ออกข้อบังคับกำหนดมาตรฐานระบบประปาไว้ด้วย จึงเห็นว่า การดำเนินกิจการประปาภายในเขตนิคมอุตสาหกรรมเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติขึ้นเป็นพิเศษ ดังนั้น เมื่อนิคมอุตสาหกรรมตามข้อหาหรือดำเนินการโดยบริษัท A จึงเป็นหน้าที่ของบริษัท A ที่จะจัดให้มีระบบสาธารณูปโภค ภายใต้การกำกับดูแลของการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย การที่บริษัท A ว่าจ้างบริษัท B ให้ผลิตและส่งจ่ายน้ำประปาให้แก่นิคมอุตสาหกรรมเป็นระยะเวลา 30 ปี จึงเป็นกรณีที่อยู่ในขอบเขตอำนาจหน้าที่การดำเนินการของบริษัท A ตามที่พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 กำหนด ประกอบกับการให้บริการน้ำประปาดังกล่าวเป็นการจัดส่งให้แก่ผู้ประกอบการภายในเขตอุตสาหกรรมเท่านั้น ไม่ใช่เป็นการจัดส่งน้ำประปาเพื่อการอุปโภคบริโภคของประชาชนโดยทั่วไป ดังนั้น การผลิตและส่งจำหน่ายน้ำประปาของบริษัท B เป็นการดำเนินการตามกฎหมายเฉพาะที่กำหนดการดำเนินการเกี่ยวกับกิจการประปาไปแล้วตามข้อ 6 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 บริษัท B จึงไม่ต้องขอรับสัมปทานกิจการประปาภายใต้กฎหมายดังกล่าว

ดังนั้น กรณีการดำเนินกิจการประปาของหมู่บ้านจัดสรรจึงอยู่ภายใต้บังคับประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ที่จะต้องขออนุญาตหรือขอสัมปทาน แต่การดำเนินกิจการประปาของบริษัท B ในนิคมอุตสาหกรรมไม่อยู่ภายใต้บังคับที่ต้องดำเนินการตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าว

คำแปลการบรรยายทางวิชาการ

เรื่อง การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการโดยศาล*

ความนำ

ประเด็นเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยศาลเป็นประเด็นทางกฎหมายที่มีข้อพิจารณาหลายประการในกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายไทย ควรที่จะนำมากล่าวในการบรรยาย ในขณะที่ประเด็นเรื่องอำนาจฝ่ายปกครองในการตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นอีกประเด็นหนึ่งที่แม้การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในประเทศฝรั่งเศสและในประเทศไทยจะมีความแตกต่างกัน แต่ประเด็นหลังไม่ใช่ประเด็นที่มีข้อยุ่งยากในหลักการตามกฎหมายไทย จึงไม่นำมากล่าวในการบรรยายครั้งนี้ เหตุที่ประเด็นดังกล่าวไม่มีความยุ่งยากในการพิจารณาเนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ของประเทศไทย บัญญัติเป็นหลักการให้ฝ่ายปกครองเลือกใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ซึ่งรวมถึงสัญญาทางปกครองได้โดยมาตรา 15 บัญญัติว่า “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา ” อย่างไรก็ตาม ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการขอให้เพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขนิติกรรมของฝ่ายปกครองไม่อาจระงับได้ด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ เหตุผลไม่ใช่เป็นเพราะว่ากฎหมายบัญญัติห้ามมิให้กระทำ หากแต่เป็นเพราะการระงับข้อพิพาทดังกล่าวด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (contraire à l'ordre public)

หัวข้อในการบรรยายจึงมุ่งอธิบายถึงอำนาจศาลฝรั่งเศสในการควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นหลัก ด้วยเหตุผลสองประการ

ประการแรก กฎหมายไทยเช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศอื่น ๆ ในโลก ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับความแตกต่างระหว่างอนุญาโตตุลาการในประเทศและอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศโดยอนุญาโตตุลาการทั้งสองประเภทบังคับใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเดียวกัน ไม่แยกความแตกต่าง

*

บรรยายโดย Prof. Mathieu MAISONNEUVE, Agrégé des facultés de droit (France), Professeur à l'Université d'Aix-Marseille สาธารณรัฐฝรั่งเศส ในหัวข้อ “Le contrôle juridictionnel des sentences arbitrales” เมื่อวันที่พฤหัสบดีที่ 24 พฤศจิกายน 2565 ณ ห้องสัมมนา 2 (แนวลาด) ชั้นปี 1 อาคารศาลปกครอง

ถอดความและเรียบเรียงโดย นางสาวชนิษฐา เตมิตถุชญา พนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

(Moniste) ในขณะที่กฎหมายฝรั่งเศสแยกความแตกต่างระหว่างอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศออกจากอนุญาโตตุลาการในประเทศ (Le droit de l'arbitrage est dualisme)

ประการที่สอง ปัญหาทางกฎหมายของประเทศไทยเกี่ยวกับการควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นประเด็นที่ยังมีข้อโต้แย้งและถกเถียงในบางแง่มุมมาโดยตลอด ข้อเท็จจริงที่เป็นตัวอย่าง คือ เมื่อสิบกว่าปีที่ผ่านมา ศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล (Tribunal des conflits) มีคำวินิจฉัยในคดี INSERM¹ เกี่ยวกับปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลในการควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในคดีพิพาทที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งภายหลังมีคำวินิจฉัยของศาลที่มีการวิพากษ์จากนักกฎหมายอย่างรุนแรง และปัญหาดังกล่าวยังคงเป็นประเด็นที่เป็นข้อถกเถียงกันจนทุกวันนี้ ปัญหาทางกฎหมายจากคดีดังกล่าวเป็นกรณีศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยอมให้ศาลปกครองฝรั่งเศสเข้ามาตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีปกครอง กล่าวได้ว่าคดี Fosmax มีส่วนสำคัญที่ทำให้ระบบการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยศาลปกครองฝรั่งเศสมีพัฒนาการก้าวหน้าเป็นอย่างดี กระนั้นก็ตาม ปัจจุบันยังคงอยู่ระหว่างดำเนินการเพื่อสร้างให้เป็นระบบที่สมบูรณ์ ในการนี้ คำวินิจฉัยของศาลที่เกี่ยวข้องกับคดี Fosmax มีหลายคำวินิจฉัยด้วยกัน ได้แก่ คดีของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล 1 คดี² และคดีพิพาทที่สภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัย 2 คดี³ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในเนื้อหาการบรรยาย

ในเบื้องต้นก่อนที่จะศึกษาเนื้อหาของคดี ต้องทำความเข้าใจก่อนว่า ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีปกรองนั้น เป็นปัญหาในเรื่องหลักการของระบบศาลและไกลเกินไปถึงจะกล่าวถึงแต่ปัญหาทางเทคนิค กล่าวคือ ประเทศไทยและประเทศต่างใช้ระบบศาลคู่ กรณีจึงมีความเห็นทางกฎหมายที่แตกต่างกันโดยสิ้นเชิง 2 ความเห็น

ความเห็นแรก จากฝ่ายโลกาภิวัตน์นิยม (Mondialiste) ซึ่งสนับสนุนให้ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แม้จะเป็นคำชี้ขาดในคดีพิพาททางปกครอง และระดับการควบคุมตรวจสอบควรจะต้องน้อยมาก เครื่องวัดเพียงเท่าที่จำเป็น (au strict nécessaire) ซึ่งรวมถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ขัดกับหลักเกณฑ์อันสำคัญของกฎหมายมหาชน (des règles impératives de droit public) แต่ให้ควบคุมเพียงคำชี้ขาดที่ขัดกับหลักความสงบเรียบร้อยของกฎหมายระหว่างประเทศ (l'ordre public international) ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองปรัชญาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นระบบที่แยกออกจากกฎหมายของรัฐ ทั้งเพื่อเป็นการสร้างแรงจูงใจให้มาทำอนุญาโตตุลาการที่กรุงปารีส ซึ่งวิธีการระงับข้อพิพาทลักษณะนี้จะเล็งมิให้เกิดข้อยุ่งยากทางกฎหมาย

¹ TC, 17 mai 2010, Institut national de la santé et de la recherche médical c/Fondation Saugstad, n° C3754

² TC, 11 avril 2016, Sté Fosmax LNG, n° C4043

³ CE, Ass., 9 novembre 2016, Sté Fosmax LNG, n° 388806 และ CE, 20 juillet 2021, Stés Technimont SpA et TCM FR SA c/Sté Fosmax LNG, n° 443342

ความเห็นที่สอง จากฝ่าย “รัฐนิยม” (Étatiste)⁴ ซึ่งให้ความสำคัญกับความเป็นรัฐ โดยเห็นว่าการควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในคดีพิพาทที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองไม่ควรอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลยุติธรรม เนื่องจากศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีแนวทางในการควบคุมตรวจสอบขั้นต่ำและจำกัดเท่าที่จำเป็น การตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงควรอยู่ภายใต้ระบบของศาลคู่อย่างเคร่งครัดโดยไม่มีข้อยกเว้นประการใดเป็นพิเศษ แม้จะเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการก็ตาม และเป็นการสมควรที่จะให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ขัดต่อหลักเกณฑ์อันสำคัญของกฎหมายมหาชนตามกฎหมายภายใน การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการในคดีปกครองซึ่งต้องคำนึงถึงหลักความสงบเรียบร้อย จึงไม่ควรได้รับการปฏิบัติในลักษณะเดียวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการในคดีแพ่ง ที่เกี่ยวกับการพาณิชย์ ดังนั้น คดีพิพาททางปกครองจึงควรควบคุมและตรวจสอบโดยศาลปกครอง

สำหรับประเทศฝรั่งเศส ศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยด้วยทางสายกลางระหว่างสองแนวคิดดังกล่าว ซึ่งก็ได้เป็นที่พอใจของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและยังเป็นชนวนแห่งความไม่พอใจจากฝ่ายที่สนับสนุนแนวความเห็นแรก ถึงกับกล่าวหาว่า ทางออกของศาลชี้ขาดฯ เปรียบได้กับพวกที่มีรสนิยมชอบความรุนแรง พึงพอใจกับการได้รับความเจ็บปวด⁵ (le masochisme français) หรือเปรียบเสมือนการเข้าเครื่องทรมานกรรมในยุคไบแซนไทน์⁶ (les contorsions byzantines) กระนั้นก็ตาม ความกลัวจากฝ่ายความเห็นแรกอาจเลือนรางลงได้ในอนาคต

จากคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสที่วินิจฉัยภายหลังคดี INSERM แสดงให้เห็นแนวทางที่ค่อนข้างประนีประนอมระหว่างสองแนวความคิด ซึ่งต่อไปนี้จะพิจารณาปัญหาทางกฎหมายที่เป็นข้อถกเถียงกัน 3 ประเด็น คือ (1) ใครหรือศาลใดจะมีอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง (2) หากศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดดังกล่าว ศาลปกครองจะตรวจสอบเรื่องใดบ้าง (3) เมื่อศาลปกครองทำหน้าที่ตรวจสอบ ศาลปกครองจะควบคุมและตรวจสอบเหตุที่คู่กรณีกล่าวอ้างเพื่อคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเพียงใด

⁴ จากพจนานุกรม Larousse คำว่า “Étatiste” หมายถึง รัฐนิยม (étatisme) หรือผู้ฝักใฝ่รัฐ (partisan de l'étatisme) และมีความหมายเดียวกับคำว่า รัฐทำหน้าที่กำกับกับการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของเอกชน โดยรัฐใช้วิธีการเข้าแทรกแซง (dirigisme) ตรงกันข้ามกับแนวคิดที่รัฐปล่อยให้เอกชนดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจได้โดยเสรี (libéral) - หมายเหตุจากผู้ถอดความและเรียบเรียง (<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/%C3%A9tatiste/31323> เมื่อ 31 มีนาคม 2566)

⁵ E. Gaillard, « Masochisme français. Le Tribunal des conflits torpille le droit français de l'arbitrage », JCPG 2010, n° 21, 24 mai 2010, doctr., 585.

⁶ TH-Clay, « Les contorsions byzantines du Tribunal des conflits en matière d'arbitrage », JCPG, 2010, Act., n° 552.

1. ปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลฝรั่งเศสในการควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในคดีพิพาทที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง

โดยหลักการทั่วไป ศาลของประเทศฝรั่งเศสมีเขตอำนาจในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ 2 กรณี

(1) การยื่นคำร้องคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาด กรณีนี้เป็นกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการได้กระทำการขึ้นในประเทศฝรั่งเศส

(2) การยื่นคำร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ (demande d'exequatur) ซึ่งเป็นการยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในดินแดนประเทศฝรั่งเศส

กรณีจึงมีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า ผู้ร้องจะต้องยื่นคำร้องทั้งสองกรณีข้างต้นต่อศาลใด

แนวความคิดในการแบ่งเขตอำนาจศาลตามลักษณะของคดีพิพาทมีมานานแล้ว เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้น คือ ศาลที่อยู่คดีพิพาทอยู่ในเขตอำนาจศาล หากคู่กรณีได้เสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด⁷ ระบบศาลคู่ของประเทศฝรั่งเศสไม่ได้จัดแบ่งเขตอำนาจศาลในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมาก่อน ซึ่งทุกวันนี้ยังคงเป็นปัญหาสำหรับการแบ่งแยกเขตอำนาจศาลในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศ⁸ อย่างไรก็ตามก็ตีไม่มีประเด็นเช่นนั้นอีกแล้วสำหรับกรณีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

นับแต่ปี ค.ศ. 2010 เป็นต้นมา การตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในคดีพิพาทที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองนั้น มีหลักคิดที่แตกต่างออกไป ศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้กำหนดหลักการที่เป็นกฎเกณฑ์สำคัญในการแบ่งเขตอำนาจศาลไว้ในคดี INSERM โดยคำวินิจฉัยคดีนี้เริ่มต้นด้วยการวางหลักการเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลยุติธรรมเหนือคดีร้องคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งได้กระทำการขึ้นในประเทศฝรั่งเศส โดยไม่ได้พิจารณาองค์ประกอบเกี่ยวกับคู่กรณีที่พิพาทและลักษณะเนื้อหาของข้อพิพาท ตลอดจนไม่ได้พิจารณาว่าเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่พิพาทในคดี และเป็นข้อพิพาทเกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองหรือไม่

ความในคำวินิจฉัยตอนหนึ่งมีว่า “คำร้องคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งกระทำการขึ้นในประเทศฝรั่งเศสภายใต้ข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ กรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามสัญญาหรือการสิ้นสุดของสัญญาระหว่างนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสกับบุคคลตามกฎหมายต่างประเทศ โดยมีการปฏิบัติตามสัญญาในดินแดนประเทศฝรั่งเศส และเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องประโยชน์ทางการค้าระหว่างประเทศ แม้ข้อพิพาทจะเป็นเรื่องสัญญาทางปกครองตามกฎหมายภายในของประเทศฝรั่งเศสก็ตาม คำร้องดังกล่าวให้ยื่นต่อศาลอุทธรณ์ในเขตอำนาจศาลที่คำชี้ขาดนั้น

⁷ TC, 19 mai 1958, Sté Myrtoon Steamship

⁸ TC, 16 octobre 2006, Caisse centrale de réassurance c/Mutuelle des architectes français



ได้กระทำขึ้น ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติมาตรา 1505 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คำร้องดังกล่าว ไม่ถือว่าขัดต่อหลักการแบ่งเขตอำนาจระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครอง...”

จะเห็นได้ว่า ศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลพิจารณายอมรับให้ศาลยุติธรรมเป็นศาล ที่มีเขตอำนาจในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และหลักในเรื่องระบบศาลคู่นี้ ไม่ได้กำหนดให้สงวนคดีพิพาทดังกล่าวไว้เฉพาะให้อยู่ภายใต้ศาลปกครอง ซึ่งในประเด็นนี้ ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายเอกชนในด้านอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ต่างให้การสนับสนุนแนวคิดดังกล่าว

แต่อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วางแนวทางกำหนด ข้อยกเว้นเขตอำนาจของศาลยุติธรรม เพื่อให้คดีพิพาทเกี่ยวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองภายใต้เงื่อนไขบางประการ ซึ่งแนวทางการยกเว้นดังกล่าวก่อให้เกิด เสี่ยงวิพากษ์อย่างหนักในบางครั้ง กรณีจึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่า

- ภายใต้สมมติฐานเดียวกันที่ว่า คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ กระทำขึ้นในประเทศฝรั่งเศส จะมีกรณีใดบ้างที่คู่พิพาทต้องยื่นคำร้องขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศต่อศาลปกครอง

- เมื่อใดที่ศาลต้องตรวจสอบว่า เป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ที่กระทบต่อหลักเกณฑ์อันสำคัญของกฎหมายมหาชน

- หลักเกณฑ์อันสำคัญของกฎหมายมหาชนมีหลักเกณฑ์อะไรบ้าง คำตอบของปัญหานี้ คือ หลักเกี่ยวกับการครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (Principe de l'occupation du domaine public) และหลักเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (Principe de la commande publique)

คำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจึงกำหนดเงื่อนไขไว้ว่า “...แต่หาก คดีร้องคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการข้างต้นเป็นกรณีที่ศาลต้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์อันสำคัญตามกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส เช่น หลักเกี่ยวกับการครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน หลักเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ที่ใช้บังคับ กับสัญญาพัสดุ สัญญาร่วมทุน และสัญญามอบให้จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งสัญญาเหล่านี้เป็นสัญญาที่ต้อง อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครองว่าด้วยความสงบเรียบร้อย คำร้องคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในคดีพิพาทที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาหรือการสิ้นสุดแห่งสัญญาให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษา ของศาลปกครอง”

หลักการที่เป็นกุญแจสำคัญในการแบ่งเขตอำนาจศาลในคดีร้องคัดค้านคำชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยคดี INSERM ได้มีการนำมาปรับใช้ กับการพิจารณาคดีร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (demande d'exequatur) ด้วย⁹

⁹ TC, 24 avril 2017, Syndicat mixte des aéroports de Charente c/Société Ryannair Limited et Airport Marketing Services Limited, n° C4075

ข้อแตกต่างเพียงประการเดียวระหว่างคดีร้องคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศกับคดีร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ คือ อำนาจศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดในการตรวจสอบคำร้องที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง หากเป็นคดีร้องคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ สภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณา¹⁰ ในขณะที่ศาลปกครองชั้นต้นมีเขตอำนาจพิจารณาคดีร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ¹¹

¹⁰ CE, Ass., 9 novembre 2016, Sté Fosmax LNG, n° 388806 คดีนี้มีผู้ศึกษา ซึ่งได้มีการแปลและเรียบเรียงหลายท่าน (รายละเอียดโปรดดูคำแปลคำพิพากษาต่างประเทศ เรื่อง “อำนาจของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” โดย ดร.ปาสีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์ ตรวจสอบโดยศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.วรพจน์ วิศวพิชญ์ ในวารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 18 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มีนาคม) 2561 หน้า 162. และเรื่อง “สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ” โดย ดร.อภิญา แก้วกำเนิด หลักกฎหมายมหาชนจากคำพิพากษาและข่าวกฎหมายต่างประเทศ เล่ม 1 (รวมเล่มเผยแพร่ พฤศจิกายน 2565) ของสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, หน้า 102. (เอกสารอิเล็กทรอนิกส์))

¹¹ CE, 19 avril 2013, Syndicat mixte des aéroports de Charente, n° 352750 คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาว่า “บรรดาสัญญาพัสดุเป็นหนึ่งในสัญญาซึ่งหากมีคดีพิพาท ศาลปกครองจะเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาดังนั้น หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามสัญญาหรือการบอกเลิกสัญญาระหว่างนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสและบุคคลตามกฎหมายต่างประเทศ โดยคู่กรณีตกลงให้ระงับข้อพิพาทดังกล่าวด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้กระทำขึ้นในประเทศฝรั่งเศส ศาลปกครองฝรั่งเศสจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีร้องคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่อ้างว่าไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์อันสำคัญของกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส ซึ่งผู้ร้องต้องยื่นคำร้องดังกล่าวต่อศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา L. 321-2 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง แต่หากเป็นคำชี้ขาดที่กระทำขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ ศาลปกครองฝรั่งเศสจะไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีร้องคัดค้านคำชี้ขาดนั้น (un recours dirigé contre cette sentence) ในขณะเดียวกัน คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะกระทำขึ้นในประเทศใด ให้ศาลปกครองฝรั่งเศสเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคำร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (une demande tendant à l'exequatur de la sentence) ซึ่งศาลจะมีคำสั่งปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดหากเป็นคำชี้ขาดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย คดีร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นในฐานะศาลชั้นแรก (en premier ressort) ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติมาตรา L. 311-1 แห่งประมวลกฎหมายเดียวกัน” - หมายเหตุจากผู้ถอดความและเรียบเรียง

นอกจากนี้ มีคดีตัวอย่างอีกคดีที่ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อศาลปกครองชั้นต้นเมืองปัวตีเยร์ (Tribunal administratif de Poitiers) ของประเทศฝรั่งเศส เพื่อขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศกรุงลอนดอน (Cour d'arbitrage international de Londres) ในข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลิกสัญญาจัดทำตลาดเส้นทางการบินระหว่างสนามบินในประเทศอังกฤษกับสนามบินในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีประเด็นเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ขัดต่อกฎหมายระดับสหภาพยุโรป ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นคำชี้ขาดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (TA de Poitiers, 3^{ème} chambre, 15 décembre 2020, Sociétés X et Y, n°1900269) - หมายเหตุจากผู้ถอดความและเรียบเรียง

(มีต่อหน้าถัดไป)



ข้อสังเกตประการหนึ่งที่น่าสนใจ คือ เมื่อศาลปกครองมีคำสั่งไม่รับคำร้องขอให้เพิกถอน คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ คำสั่งดังกล่าวจะมีผลเป็นการให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทันที¹² ตามบทบัญญัติมาตรา 1498 และมาตรา 1527 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส

ประเด็นที่จะพิจารณาต่อมา คือ การยกเว้นเขตอำนาจของศาลยุติธรรมในการควบคุม ตรวจสอบ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีเหตุผลเพียงพอให้เป็นประเด็นที่ต้องพิจารณากันอย่างมาก หรือไม่

กรณีนี้ต้องพิจารณาลักษณะของคดีพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ไม่ใช่เพียงว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองเท่านั้น และไม่ใช่เพียงว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเท่านั้นที่ศาลปกครองจะมีเขตอำนาจเหนือคดี แต่จะต้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะพิเศษ (des contrats administratifs spéciaux) ศาลปกครองจึงจะมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเหล่านั้น ตัวอย่างเช่น สัญญาเกี่ยวกับการให้ครอบครองที่สาธารณประโยชน์ อันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สัญญาจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (สัญญาพัสดุ) สัญญาสัมปทาน เป็นต้น

นอกจากอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาบางประเภทดังที่กล่าวมาแล้ว อำนาจที่ศาลปกครองใช้ในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศยังค่อนข้างจำกัด กล่าวคือ หากสัญญาลักษณะพิเศษข้างต้นเป็นเรื่องในทางระหว่างประเทศ

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 11)

(รายละเอียดของคำพิพากษา โปรตดู ชนิษฐา เดิมตฤณมา, “วัตถุประสงค์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ประการใดที่มีลักษณะขัดหรือแย้งต่อความสงบเรียบร้อย ที่ศาลปกครองฝรั่งเศสจะมีคำสั่งไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ,” หลักกฎหมายมหาชนประจำเดือนพฤษภาคม 2565 ลำดับที่ 1 (เผยแพร่ในระบบออนไลน์ที่สำนักงานศาลปกครอง))

¹² CE, 7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies, 20 juillet 2021, Sté Tecnimont SpA et TCM FR SA c/Sté Fosmax, n° 443342

คำพิพากษาโดยสรุป ความว่า “การขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้น คู่พิพาทจะอ้างเหตุแห่งการคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่อศาลปกครองได้เฉพาะกรณีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ วินิจฉัยโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นคำชี้ขาดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น เมื่อสภาแห่งรัฐ (ในฐานะศาลปกครองสูงสุด) เห็นว่า เหตุที่ผู้ร้องยกขึ้นอ้างเพื่อขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นเหตุที่ไม่อาจรับฟังได้ สภาแห่งรัฐจะพิพากษายกคำร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวมีผลเป็นการวินิจฉัยให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” - หมายเหตุจากผู้ถอดความและเรียบเรียง

(รายละเอียดของคำพิพากษา โปรตดู ชนิษฐา เดิมตฤณมา, “การปฏิเสธไม่เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของประเทศฝรั่งเศส จะมีผลเป็นการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือไม่,” ในสำนักงานศาลปกครอง (สำนักวิจัยและวิชาการ), หลักกฎหมายมหาชนจากคำพิพากษาและข่าวกฎหมายต่างประเทศ เล่ม 1 (รวมเล่มเผยแพร่ พฤศจิกายน 2565), หน้า 110. (เอกสารอิเล็กทรอนิกส์))

สัญญาดังกล่าวจะไม่จัดอยู่ในประเภท “สัญญาทางปกครอง” เสมอไป หากแต่เป็น “สัญญาของฝ่ายปกครอง” ที่ไม่ได้ใช้กฎหมายฝรั่งเศสบังคับกับสัญญา เพราะฉะนั้น สัญญาที่สร้างขึ้นและมีการปฏิบัติตามสัญญา ในต่างประเทศจึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง¹³ ตัวอย่างเช่น รัฐบาลฝรั่งเศส (โดยสถานทูตฝรั่งเศส) ทำสัญญาก่อสร้างสถานทูตฝรั่งเศสแห่งใหม่ที่กรุงเทพมหานคร และสัญญาทำขึ้นที่กรุงเทพมหานคร โดยระบุในสัญญาให้นำกฎหมายไทยมาใช้บังคับกับสัญญา¹⁴ หากมีข้อกำหนดในสัญญาให้ระงับข้อพิพาท ด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ต่อมา มีข้อพิพาทเกิดขึ้นและมีการระงับข้อพิพาทโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ที่หอการค้ากรุงปารีส ศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคำร้องคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คือ ศาลอุทธรณ์กรุงปารีส มีใช้สภาแห่งรัฐซึ่งเป็นศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส กรณีจึงมีข้อพิจารณาว่า แม้สัญญาพิพาท จะทำขึ้นโดยรัฐบาลฝรั่งเศส และเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจ้างก่อสร้าง (une commande travaux publics) หากแต่เป็นสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายปกครอง (un contrat international de l'administration) ไม่ถือเป็นสัญญาทางปกครอง กล่าวโดยสรุป การพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครองในบริบท ที่ศาลปกครองฝรั่งเศสมีเขตอำนาจในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้น พิจารณาจากเงื่อนไขหลายประการ ได้แก่ สถานที่ทำสัญญา สถานที่ที่มีการปฏิบัติตามสัญญา และกฎหมาย ที่ใช้บังคับกับสัญญาที่พิพาท

สำหรับกฎหมายไทย เมื่อพิจารณาจากมาตรา 45 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งบัญญัติว่า “การอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลตามพระราชบัญญัตินี้ ให้อุทธรณ์ต่อศาลฎีกาหรือศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณี” อาจตีความได้ว่า กฎหมายไม่ได้กำหนดให้อำนาจ ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทุกกรณี กล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นไปไม่ได้เลยที่จะตัดอำนาจศาลปกครองในคดีพิพาทดังกล่าวออกโดยสิ้นเชิง ความเป็นไปได้ อย่างมากที่สุด คือ การจำกัดเขตอำนาจศาลปกครองตามขอบเขตการบังคับใช้หลักทั่วไปว่าด้วยระบบศาลคู่ โดยคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายอนุญาโตตุลาการ

¹³ CE, Sect., 19 novembre 1999, Tegos

¹⁴ ผู้บรรยายยกตัวอย่างข้อเท็จจริงในเนื้อหาเพื่อให้เห็นภาพโดยง่าย เปรียบข้อเท็จจริงในคดีเป็นเหตุการณ์ ที่รัฐบาลฝรั่งเศส (โดยสถานทูตฝรั่งเศส) ทำสัญญาก่อสร้างสถานทูตฝรั่งเศสแห่งใหม่ที่กรุงเทพมหานคร ลงนามทำสัญญา ที่กรุงเทพมหานคร และในสัญญากำหนดให้ใช้บังคับกฎหมายไทย สำหรับข้อเท็จจริงในคดีที่อ้างในคำบรรยายเป็นกรณี รัฐบาลฝรั่งเศส (โดยสถานทูตฝรั่งเศส) ทำสัญญาให้บริษัทในสาธารณรัฐจิบูตี (ตั้งอยู่ทางฝั่งตะวันออกของทวีปแอฟริกา) ทำการต่อเติมซ่อมแซมอาคารสถานกงสุลใหญ่ ณ กรุงจิบูตี เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากกระบวนการคัดเลือกผู้ชนะการเสนอราคา และมีการฟ้องคดีที่ศาลปกครองฝรั่งเศส ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสพิพากษาว่า สัญญาที่สถานทูตฝรั่งเศสทำขึ้นในต่างประเทศ ไม่ถือเป็นสัญญาทางปกครองที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งประมวลกฎหมายการพัสดุฝรั่งเศส และไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง (CE, 4 juillet 2008, Sté Colas Djibouti, n° 316028) - หมายเหตุจากผู้ถอดความและเรียบเรียง



ในส่วนของประเทศฝรั่งเศส การที่บางคนวิจารณ์อย่างรุนแรงเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลปกครองในการควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ที่แม้จะเหลืออยู่เพียงเล็กน้อยนั้น เหตุเพราะเกรงว่าศาลปกครองจะควบคุมตรวจสอบอย่างเข้มข้น ซึ่งจะมากไปกว่าระดับการควบคุมของศาลยุติธรรม และอาจเป็นเพราะกลัวว่าจะเป็นการกระทบความเป็นอิสระของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ทั้งการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในระดับที่จำกัดเพียงเท่าที่จำเป็นของศาลยุติธรรมยังเป็นการดึงดูดให้คู่พิพาทสนใจมาใช้บริการอนุญาโตตุลาการของหอการค้ากรุงปารีส คำถามคือ ความกลัวเช่นนั้นนี้มีเหตุผลฟังขึ้นหรือไม่

2. ศาลของประเทศฝรั่งเศสควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองอย่างไร

คดีร้องคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งกระทำขึ้นในประเทศฝรั่งเศส ถือเป็นคดีลักษณะพิเศษในศาลยุติธรรม โดยมาตรา 1518 ถึงมาตรา 1527 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติเกี่ยวกับคดีร้องขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

เหตุอันจะอ้างเพื่อร้องคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในศาลยุติธรรมนั้นค่อนข้างจำกัด และเมื่อศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับคำขอแล้ว คู่กรณีไม่อาจอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวได้ทุกกรณี

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1520 บัญญัติเหตุที่ใช้อ้างเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ดังนี้

- (1) คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยเขตอำนาจของตนผิดพลาด
- (2) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมาย
- (3) คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยไม่เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้

ในข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ

- (4) การดำเนินกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามหลักฟังความทุกฝ่าย
- (5) การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ (Ordre public international)

สำหรับเหตุแห่งความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศเป็นเหตุผลเดียวที่ศาลยุติธรรมใช้พิจารณาเพื่อเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และเมื่อศาลยุติธรรมมีคำสั่งเกี่ยวกับคำร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีไม่สามารถยื่นคำร้องขอให้ศาลพิจารณาเนื้อหาแห่งคดีใหม่ได้อีกเลย แต่หากเป็นคดีร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในศาลยุติธรรมตามมาตรา 1525 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เหตุที่ศาลจะปฏิเสธไม่บังคับให้ตามคำขอ ได้แก่ เหตุใดเหตุหนึ่งที่จะบ่งชี้ไว้ในมาตรา 1520 แห่งประมวลกฎหมายเดียวกัน เท่านั้น

กรณีคำร้องในคดีพิพาทเกี่ยวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในศาลปกครอง ศาลปกครองจะไม่บังคับใช้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกับคดี ซึ่งเป็นไปตามหลักความเป็นอิสระของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส กรณีจึงเกิดคำถามว่า เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับคดีพิพาท ศาลปกครองจะควบคุมและตรวจสอบอย่างไร

หากเป็นคดีร้องคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศ (*une sentence interne*) ศาลปกครองฝรั่งเศสจะตรวจสอบทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย อาจพิจารณาได้ว่า การยื่นคำร้องคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศเปรียบเสมือนเป็นการอุทธรณ์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ¹⁵ แต่หากเป็นคดีร้องคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ การพิจารณาคำร้องโดยศาลปกครองไม่ถือเป็นการพิจารณาอุทธรณ์ อาจเรียกเป็น “การอุทธรณ์ลักษณะเฉพาะ” (*appel sui generis*) ซึ่งศาลปกครองฝรั่งเศสพิจารณาคดีร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศโดยรับเอาบทบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาบังคับใช้กับคดี กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลปกครองฝรั่งเศสจะไม่พิจารณาเนื้อหาแห่งคดีอีก แต่จะควบคุมและตรวจสอบเพียงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและการทำงานของอนุญาโตตุลาการ

จากวัตถุประสงค์ที่กล่าวมา ข้ออ้างที่จะยกขึ้นว่ากล่าวเพื่อคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจึงค่อนข้างจำกัดเฉพาะบรรดาข้ออ้างที่บัญญัติในมาตรา 1520 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เท่านั้น อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ไม่ใช่เหตุทั้งหมดที่จะนำมาอ้างต่อศาลปกครองได้

ตัวอย่างคดี Fosmax LNG ที่วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่สภาแห่งรัฐฝรั่งเศส เมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน ค.ศ. 2016 ดังนี้

“สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสในฐานะศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (*une convention d'arbitrage*) ทั้งข้อตกลงที่ทำขึ้นในรูปแบบของข้อสัญญาให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่ปรากฏอยู่ในสัญญาหลัก (*une clause compromissoire*) และข้อตกลงที่ทำขึ้นในรูปแบบความตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นภายหลังแยกต่างหากจากสัญญาหลัก (*un compromis*) โดยเหตุที่อ้างต่อศาลปกครองเพื่อบังคับหรือคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ จะต้องเป็นกรณีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (*La sentence a été rendue dans des conditions irrégulières*) หรือเป็นกรณีคำชี้ขาดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนเท่านั้น

¹⁵ CE, 23 décembre 2015, Administrateur des îles Wallis-et-Futuna c/Société Broadband Pacifique, n° 376068



สำหรับการตรวจสอบความถูกต้องของกระบวนการอนุญาตตุลาการ หากไม่มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับขั้นตอนการพิจารณาวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการในข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการจะถือเป็นคำชี้ขาดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่ง ดังต่อไปนี้

- (1) เป็นคำชี้ขาดที่คณะอนุญาตตุลาการวินิจฉัยเขตอำนาจของตนผิดพลาด
- (2) เป็นกรณีที่ต้องประกอบของคณะอนุญาตตุลาการไม่ถูกต้องตามกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลผู้ได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาตตุลาการมีที่มาและคุณสมบัติที่ขัดกับหลักความเป็นอิสระ และหลักความเป็นกลางขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาท
- (3) คำชี้ขาดได้ทำขึ้นโดยไม่เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ภายใต้กรอบข้อตกลงให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการ
- (4) การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการไม่เป็นไปตามหลักฟังความทุกฝ่าย
- (5) คำชี้ขาดไม่ได้ระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัยไว้...”

นอกจากข้ออ้างเกี่ยวกับคำชี้ขาดที่ไม่ได้ระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัยไว้ ซึ่งเป็นข้ออ้างที่ไม่ได้บัญญัติในมาตรา 1520 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ข้ออ้างต่าง ๆ ที่คู่กรณีจะอ้างต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ นั้น ล้วนเป็นข้ออ้างเดียวกันกับที่ใช้อ้างต่อศาลยุติธรรม เช่น คณะอนุญาตตุลาการไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาท องค์ประกอบของคณะอนุญาตตุลาการไม่ถูกต้องตามกฎหมาย คณะอนุญาตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยไม่เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ของตน การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยไม่เป็นไปตามหลักฟังความทุกฝ่าย คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อย เป็นต้น

สำหรับข้ออ้างเกี่ยวกับคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศที่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อย ศาลปกครองและศาลยุติธรรมจะรับฟังข้ออ้างในระดับที่แตกต่างกัน กล่าวคือ

- ศาลยุติธรรมฝรั่งเศสเห็นว่า การเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศที่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อย จะต้องเป็นคำชี้ขาดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยในระดับระหว่างประเทศเท่านั้น หมายความว่า จะต้องเป็นความสงบเรียบร้อยที่รัฐต่าง ๆ ทั่วโลกเห็นตรงกันเป็นเอกฉันท์ หรือเห็นตรงกันโดยรัฐส่วนใหญ่ เช่น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการต่อต้านการทุจริตคอร์รัปชัน การค้ายาเสพติด การค้าอวัยวะมนุษย์ การฟอกเงิน หรือกฎเกณฑ์ที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองบุคคลที่อยู่ในฐานะเสียเปรียบ หรือการลงโทษในระดับระหว่างประเทศและระดับสหภาพยุโรปเพื่อคุ้มครองความสงบ รวมถึงการคุ้มครองความมั่นคงระหว่างประเทศ อาทิ การกำหนดมาตรการห้ามเรือเข้าออกจากท่า หรือมาตรการห้ามค้าขายกับประเทศต้องโทษ หลักเกณฑ์ที่กล่าวมานี้เป็นหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศโดยแท้ นอกจากนี้ มีหลักความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายสหภาพยุโรปด้วย เช่น กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า เป็นต้น

- ศาลปกครองฝรั่งเศสเห็นต่างจากศาลยุติธรรมฝรั่งเศส โดยมองว่า ความสงบเรียบร้อยที่จะเป็นเหตุให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศจะต้องเป็น “ความสงบเรียบร้อยตามนิยามของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส” (l'ordre public de droit administratif par définition nationale)

อย่างไรก็ดี ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสมิได้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ขัดต่อกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายปกครองเสมอไป เฉพาะหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายปกครองบางเรื่องเท่านั้นที่จะเป็นเหตุให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าว¹⁶ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาคดี Fosmax LNG

“...กรณีการตรวจสอบเนื้อหา ศาลปกครองจะพิจารณาว่าเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็ต่อเมื่อเข้ากรณี ดังต่อไปนี้

(1) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทำขึ้นตามสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
(2) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทำขึ้นโดยมีเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงเกี่ยวกับเงื่อนไขในการยินยอมเข้าทำสัญญาของคู่กรณี

(3) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทำขึ้นโดยขัดกับบทบัญญัติที่ห้ามมิให้ฝ่ายปกครองยกเว้นหลักเกณฑ์บางประการ อาทิ การห้ามมิให้ฝ่ายปกครองตกลงทำสัญญาโดยเสรี การห้ามมิให้ฝ่ายปกครองแสดงเจตนาโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน หรือการห้ามมิให้ฝ่ายปกครองปฏิเสธหรือบอกเลิกการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา ในขณะที่ฝ่ายปกครองนั้นมีหน้าที่สำคัญที่จะต้องรักษาประโยชน์สาธารณะ

(4) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทำขึ้นโดยขัดต่อความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายของสหภาพยุโรป”

เหตุดังกล่าวข้างต้นเป็นเหตุที่ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสใช้พิจารณาคำร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเช่นกัน¹⁷

จากที่กล่าวมาจะเห็นว่า แนวทางที่ศาลปกครองใช้ในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแทบจะไม่ต่างจากแนวทางของศาลยุติธรรม ยกเว้นเรื่องความสงบเรียบร้อยเพียงกรณีเดียว

นอกจากนี้ ศาลปกครองฝรั่งเศสไม่ได้ยึดหลักเกณฑ์หรือข้ออ้างที่กำหนดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หากแต่ศาลยึดตามความตกลงระหว่างประเทศที่ฝรั่งเศสเป็นภาคีสมาชิก กล่าวคือ อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ¹⁸ ทำขึ้นเมื่อวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ. 1958 ซึ่งประเทศฝรั่งเศสได้ให้สัตยาบันในปี ค.ศ. 1959 เช่นเดียวกับประเทศไทย โดยอนุสัญญาฉบับนี้บัญญัติเหตุที่อาจจะใช้อ้างเพื่อคัดค้านการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าว และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสเพียงนำบทบัญญัติดังกล่าวมาบัญญัติไว้

¹⁶ M. Lahouazi et M. Chambon, « Un régime administratif d'ordre public », AJDA 2021, p. 1716.

¹⁷ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10

¹⁸ Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958

แม้อนุสัญญานิวออร์ก ค.ศ. 1958 จะบัญญัติเพียงเหตุที่ใช้พิจารณายอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ โดยไม่ได้กล่าวถึงเหตุแห่งการคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (ที่กระทำขึ้นในประเทศฝรั่งเศส) แต่หากศาลปกครองจะตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศโดยอาศัยเหตุที่ต่างออกไปก็คงจะไม่เป็นเหตุและผลกันเท่าใดนัก

3. ศาลของประเทศฝรั่งเศสควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ในคดีพิพาทที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองแคว้น เพียงใด

ปัญหาเกี่ยวกับระดับการควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เป็นปัญหาสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การตรวจสอบคำชี้ขาดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ซึ่งหากศาลควบคุมอย่างจำกัดหรือค่อนข้างน้อย (le contrôle est restreint) การควบคุมดังกล่าวจะกลายเป็นเพียงการควบคุมแค่เปลือกนอกหรือรูปแบบ (le contrôle risque d'être superficiel) ที่เหมือนจะไม่ได้ควบคุมเลย แต่หากศาลควบคุมมาก ก็จะเป็นการเข้าไปทบทวนเนื้อหาของข้อพิพาท (la révision au fond) ซึ่งเกินไปกว่าหลักการควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามปกติ

แต่เดิมศาลยุติธรรมจำกัดการควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (minimaliste) เฉพาะกรณีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยอย่างเห็นได้ชัดแจ้ง แน่นนอนและเป็นรูปธรรม (une violation flagrante, effective et concrète) เท่านั้น ที่ศาลยุติธรรมรับฟังเพื่อเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ดังตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์กรุงปารีส ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน ค.ศ. 2004 ในคดี *Thales Air Défense c/Euromissile* หลังจากนั้น คำพิพากษาศาลฎีกา (องค์คณะคดีแพ่ง) ลงวันที่ 4 มิถุนายน ค.ศ. 2008 ในคดี *SNF c/Cytec Industries* ก็ได้พิพากษายืนยันหลักการข้างต้นเช่นเดียวกัน

ปัจจุบันศาลยุติธรรมควบคุมเข้มงวดขึ้นแต่ไม่มากนัก เพียงแค่คำชี้ขาดปรากฏลักษณะที่กำหนดได้ว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อย (l'ordre soit caractérisée) ก็พอที่จะเพิกถอนคำชี้ขาดได้ (คำพิพากษาศาลฎีกา ลงวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 2022 ในคดี *Belokon* และคำวินิจฉัยศาลอุทธรณ์กรุงปารีส ลงวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 2022 ในคดี *Groupement Santullo*) จะเห็นได้ว่า ปัจจุบันศาลยุติธรรมควบคุมในระดับที่น้อยกว่า “ระดับการควบคุมว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยที่จะต้องเห็นได้อย่างชัดแจ้ง” (une violation « flagrante » ou même « manifeste ») ที่ศาลปฏิบัติแต่เดิม ซึ่งเรื่องนี้คงต้องรอพัฒนาการของระดับการควบคุมคำชี้ขาดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยโดยศาลยุติธรรมต่อไป แต่ที่เห็นแน่นอนคือ ศาลยุติธรรมจะไม่เข้าไปควบคุมมาก (maximaliste) ถึงขนาดก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบเนื้อหาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (une révision au fond de la sentence)

สำหรับศาลปกครอง ปัจจุบันยังไม่มีคำพิพากษาที่กำหนดรูปแบบของระดับการควบคุม และตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไว้เป็นหลักการ แต่จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดีร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหลายคำพิพากษาพบว่า ศาลปกครองควบคุมค่อนข้างน้อย (*un contrôle très distancié*)¹⁹

ตัวอย่างคดีที่สำคัญซึ่งสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดมีคำวินิจฉัย จำนวน 2 คดี

(1) คดี Fosmax²⁰

คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาจ้างก่อสร้างสถานีก๊าซมีเทนในบริเวณท่าเรือเมืองมาร์กเซย ซึ่งทำขึ้นในปี ค.ศ. 2004 โดยมีค่าจ้าง 362 ล้านยูโร ให้ทำการก่อสร้างโรงผลิตก๊าซธรรมชาติพร้อมสิ่งปลูกสร้างอื่นที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการผลิตก๊าซไปจนขนส่งก๊าซทางเรือและขนถ่ายเข้าสู่ระบบส่งก๊าซ ต่อมา ในปี ค.ศ. 2010 เกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่าง บริษัท Fosmax ผู้ว่าจ้าง ฝ่ายหนึ่ง กับกลุ่มบริษัท STS ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของบริษัทสัญชาติอิตาลี ผู้รับจ้าง อีกฝ่ายหนึ่ง และในปี ค.ศ. 2011 คู่สัญญาตกลงกันให้เพิ่มข้อสัญญาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการเข้าไปในสัญญา ซึ่งจากข้อสัญญาดังกล่าว บริษัท Fosmax ผู้ว่าจ้าง ได้เสนอข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการของหอการค้ากรุงปารีสวินิจฉัยเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้รับจ้างอันเกิดจากความล่าช้า รวมทั้งการส่งมอบงานที่ไม่ถูกต้อง ในขณะที่ฝ่ายผู้รับจ้างได้ยื่นข้อเรียกร้องแย้งเพื่อขอให้ผู้ว่าจ้างชดเชยค่าเสียหายจากการที่ดินมีต้นทุนการก่อสร้างเพิ่มขึ้น ต่อมา คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดให้กลุ่มบริษัท STS ชดใช้เงินจำนวน 69 ล้านยูโร ให้แก่บริษัท Fosmax แต่ให้บริษัท Fosmax ชดใช้เงินจำนวน 128 ล้านยูโร ให้กับกลุ่มบริษัท STS

บริษัท Fosmax จึงยื่นคำร้องต่อศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในเบื้องต้นของการพิจารณาคดี มีประเด็นเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในการควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดดังกล่าว ท้ายที่สุด ศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยให้ศาลปกครองสูงสุดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุผลว่า แม้จะเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งโดยหลักแล้ว ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการควบคุมตรวจสอบคำชี้ขาดดังกล่าว แต่เนื่องจากเป็นคดีพิพาทที่ศาลต้องตรวจสอบคำชี้ขาดในข้อพิพาทที่เกิดจากการปฏิบัติตามสัญญาร่วมทุนภายใต้หลักการของสัญญาทางปกครอง ซึ่งศาลต้องตรวจสอบสัญญาให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บังคับเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

ศาลปกครองสูงสุดในคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน ค.ศ. 2016 พิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการบางส่วน โดยเห็นว่า เป็นคำชี้ขาดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยผิดพลาดในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญา

¹⁹ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12

²⁰ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10



ตามกฎหมายแพ่ง ในขณะที่ข้อเท็จจริงปรากฏว่า สัญญาพิพาทเป็นสัญญาทางปกครอง²¹ และจากข้อวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวส่งผลให้ไม่ต้องนำหลักว่าด้วยความสงบเรียบร้อยมาใช้บังคับกับข้อพิพาท

เมื่อคดีอยู่ในชั้นการตรวจสอบของศาล หากศาลพิจารณาว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการขัดต่อความสงบเรียบร้อย ศาลจะเพิกถอนคำชี้ขาด ไม่ว่าศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม การที่ศาลจะใช้อำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น จะต้องประจักษ์แก่ศาลว่า คำชี้ขาดมีลักษณะที่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อย (La violation doit être concrète)

สำหรับคดีนี้ ศาลปกครองสูงสุดเพิกถอนคำชี้ขาดที่พิพาทบางส่วน โดยพิจารณาหลักเกณฑ์อันสำคัญยิ่งที่เป็นส่วนหนึ่งของหลักความสงบเรียบร้อยในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่า ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือไม่ โดยศาลปกครองสูงสุดมิได้พิจารณาว่า คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยโดยขัดกับหลักการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่ฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าเสียหายให้กับเอกชนคู่สัญญากรณีเกิดปัญหาการปฏิบัติตามสัญญาที่มีราคาค่าจ้างเหมาะสมแล้ววินิจฉัยให้บริษัท Fosmax ชดใช้ให้กับกลุ่มบริษัท STS เพราะได้รับความเสียหายจากจำนวนเงินค่าใช้จ่ายตามสัญญาผันผวน ทั้งนี้ได้นำหลักเกณฑ์ของกฎหมายปกครอง รวมทั้งหลักเกณฑ์อื่นที่ถือเป็นหลักความสงบเรียบร้อยมาใช้เพื่อตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในคดีนี้ หากแต่ศาลปกครองนำหลักความสงบเรียบร้อยตามหลักกฎหมายปกครองที่มีเกณฑ์การพิจารณาเกินไปกว่าความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศที่ศาลยุติธรรมใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเหตุแห่งการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลปกครองในคดีนี้แล้วจะเห็นได้ว่า เมื่อคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการขัดต่อหลักเกณฑ์อันสำคัญประการหนึ่งเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายปกครอง (une règle essentielle d'ordre public administratif) ศาลจึงเพิกถอนคำชี้ขาดที่พิพาท ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้กับสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ เมื่อเอกชนผู้รับจ้างไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาภายในกำหนดระยะเวลา หน่วยงานทางปกครองในฐานะผู้ว่าจ้างมีอำนาจเข้าทำงานเอง (la mise en régie) หรือมอบให้เอกชนรายอื่นทำงานที่จ้างต่อไปจนแล้วเสร็จ โดยไม่จำเป็นต้องบอกเลิกสัญญาก่อน และผู้รับจ้างมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นให้แก่หน่วยงานผู้ว่าจ้าง หลักการดังกล่าวเกี่ยวข้องกับอำนาจอันสำคัญของหน่วยงานผู้ว่าจ้างโดยมีวัตถุประสงค์ให้งานสำเร็จลุล่วงเพื่อประโยชน์สาธารณะ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธคำขอของบริษัท Fosmax ที่ให้กลุ่มบริษัท STS ชดใช้ค่าเสียหายแก่ตน ด้วยเหตุที่ตนต้องไปจ้างเอกชนอีกรายมาดำเนินการก่อสร้างให้แล้วเสร็จ โดยมีได้บอกเลิกสัญญาก่อน อันถือเป็นการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งไม่ชอบด้วยหลักการอันสำคัญของกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจึงมีเนื้อหาที่ปรากฏชัดแจ้งว่า ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อย (La violation de l'ordre public était concrète)

²¹ TC, 11 avril 2016, Société Fosmax

(2) คดี Sté Tecnimont SpA et TCM FR SA²²

ภายหลังศาลมีคำพิพากษาในคดี Fosmax เมื่อไม่มีข้อตกลงระหว่างคู่กรณีให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณาพิพากษาในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับค่าเสียหายในกรณีพิพาท บริษัท Fosmax ผู้ว่าจ้าง ซึ่งเป็นผู้ร้องในคดีดังกล่าวจึงได้เสนอข้อพิพาทเฉพาะค่าเสียหายของอนุญาโตตุลาการในส่วนที่ศาลปกครองเพิกถอนเพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดประเด็นค่าเสียหายกรณีบริษัทต้องไปจ้างเอกชนรายอื่นเข้ามาจัดการงานต่อมา คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยให้กลุ่มบริษัท STS ชดใช้เงินให้กับบริษัท Fosmax จำนวน 32 ล้านยูโร เป็นค่าเสียหายที่บริษัท Fosmax ต้องไปจ้างเอกชนรายอื่นเข้ามาทำงานจ้างต่อให้แล้วเสร็จ ซึ่งในครั้งนี้นี้กลุ่มบริษัท STS เป็นฝ่ายที่ยื่นคำร้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว

ผลของคดีปรากฏว่า ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งยกคำร้องของกลุ่มบริษัท STS ผู้ร้องในประเด็นที่อ้างว่าค่าชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมิได้มีการให้เหตุผลที่เพียงพอ โดยศาลเห็นว่า แม้การไม่ให้เหตุผลในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะเป็นเหตุประการหนึ่งที่ศาลปกครองใช้เพิกถอนคำชี้ขาด แต่ต้องเป็นกรณีที่ไม่ปรากฏเหตุผลของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดที่จะเป็นเหตุแห่งการเพิกถอนคำชี้ขาด มิใช่กรณีที่เห็นว่าอนุญาโตตุลาการให้เหตุผลแต่เห็นว่าไม่เพียงพอตามที่ผู้ร้องกล่าวอ้าง

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งยกคำร้องของกลุ่มบริษัท STS ในประเด็นที่อ้างว่าค่าชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการขัดต่อ “หลักคำพิพากษามีสภาพบังคับและมีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตามคำบังคับ” (l'autorité de chose jugée) เนื่องจากเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ผลแห่งคำชี้ขาดขัดต่อคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการฉบับแรก โดยศาลเห็นว่า การฝ่าฝืนหลักคำพิพากษามีผลผูกพันมิใช่เหตุแห่งความสงบเรียบร้อยที่จะขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้

สำหรับประเด็นที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าค่าชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่วินิจฉัยให้กลุ่มบริษัท STS ผู้รับจ้าง ต้องชดใช้เงินให้แก่บริษัท Fosmax ผู้ว่าจ้าง เป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยเกี่ยวกับหลักห้ามลงโทษเอกชนให้ชดใช้เงินที่เขาไม่จำต้องชำระ (Une personne privée ne saurait être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas) นั้น ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งยกคำร้อง โดยวินิจฉัยว่า แม้หลักดังกล่าวจะเป็นหลักเกณฑ์บังคับประการหนึ่งของกฎหมายมหาชน (une règle impérative du droit public) แต่ก็มีใช้หลักเกณฑ์สำคัญอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (une règle essentielle d'ordre public) ที่ศาลปกครองฝรั่งเศสจะนำมาใช้ควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตเกี่ยวกับหลักเกณฑ์สำคัญข้างต้นว่า ศาลปกครองฝรั่งเศสใช้หลักเกณฑ์เดียวกันนี้เพื่อคุ้มครองหน่วยงานของรัฐ โดยอ้างหลักการห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐแสดงเจตนาทำความตกลงโดยเสรี (l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités)

²² อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12

ดังตัวอย่างที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด²³ ในขณะเดียวกัน จะเห็นว่า ศาลปกครองมุ่งที่จะใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวเพื่อควบคุมตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในระดับที่ค่อนข้างเว้นระยะห่างหรือไม่เข้าไปควบคุมจนเกินไป กล่าวได้ว่า ศาลปกครองประสงค์ควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่วินิจฉัยผิดพลาดโดยชัดแจ้ง (l'erreur manifeste d'appréciation)

สรุป

จากที่กล่าวมาทั้งหมด หากถามความเห็นเกี่ยวกับระบบการควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในคดีพิพาทที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสแล้วเห็นว่า เป็นที่น่าพอใจแล้วหรือยัง

โดยภาพรวม เห็นว่า เป็นที่น่าพึงพอใจแล้ว เพราะเป็นระบบควบคุมตรวจสอบที่มีลักษณะเรียบง่าย น่าสนใจ ในขณะเดียวกัน ก็เป็นระบบที่คุ้มครองหลักเกณฑ์สำคัญแห่งกฎหมายมหาชน

ประการแรก “เรียบง่าย” เนื่องจากระบบของประเทศฝรั่งเศสให้อำนาจศาลยุติธรรมเป็นหลักในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

ประการต่อมา “น่าสนใจ” เนื่องจากแนวทางที่ศาลยุติธรรมใช้ตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นแนวทางที่เป็นคุณอย่างมากกับระบบอนุญาโตตุลาการ โดยศาลยุติธรรมไม่ได้ควบคุมอย่างจำกัดจนเกินไป ไม่ถึงขนาดว่าคำชี้ขาดจะต้องขัดต่อความสงบเรียบร้อยโดยชัดแจ้ง เพียงแต่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการปรากฏลักษณะที่แสดงให้เห็นว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ ก็ถือเป็นคำชี้ขาดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยที่เป็นเหตุแห่งการเพิกถอนได้แล้ว

ประการสุดท้าย เป็น “ระบบที่คุ้มครองหลักเกณฑ์สำคัญแห่งกฎหมายมหาชน” โดยศาลปกครองฝรั่งเศส ซึ่งเป็นระบบที่น่าสนใจมาโดยตลอด เนื่องจากศาลปกครองยึดหลักการควบคุมตรวจสอบไม่ด้อยไปกว่าการควบคุมโดยศาลยุติธรรม ศาลปกครองจึงไม่ได้นำหลักความสงบเรียบร้อยของกฎหมายปกครองทุกหลักการมาใช้ตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ศาลพิจารณาใช้เพียง

²³ CE, Sect., 19 mars 1971, Sieurs Mergui, n° 79962 คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่หน่วยงานทางปกครองเสนอต่อเอกชนว่าจะชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เอกชนด้วยเงินจำนวนหนึ่ง โดยเอกชนสนองรับคำเสนอเช่นว่านี้ และโดยที่หน่วยงานทางปกครองไม่มีหน้าที่จะต้องชำระ เป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ที่หากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีคำขอให้ศาลปกครองพิพากษาให้เป็นไปตามข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความระหว่างคู่กรณี ศาลที่รับคำขอให้พิพากษาให้หน่วยงานทางปกครองชำระเงินจำนวนหนึ่งให้แก่ผู้ขอ มีหน้าที่ที่จะต้องยกหลักกฎหมายที่ว่า “นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนไม่อาจถูกบังคับให้ชำระเงินแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด โดยที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนไม่มีหน้าที่ (หนี้) ที่จะต้องชำระแก่บุคคลนั้น” ขึ้นวินิจฉัย แล้วจึงพิพากษาคดีไป

(โปรดดู วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “ข้อสังเกตเกี่ยวกับขอบเขตแห่งความมีผลใช้บังคับของหลักกฎหมายที่ว่า “นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนไม่อาจถูกบังคับให้ชำระเงินแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด โดยที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนไม่มีหน้าที่ (หนี้) ที่จะต้องชำระแก่บุคคลนั้น,” ในรวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง 2565, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 162-165.)

หลักเกณฑ์อันสำคัญยิ่ง (Règles les plus essentielles) ที่เป็นแก่นของกฎหมายปกครอง (le noyau dur du droit administratif) และที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (Intérêt général) เท่านั้น

หากถามต่อว่า ถึงเวลาแล้วหรือยังที่ฝ่ายนิติบัญญัติฝรั่งเศสจะยกเลิกหลักห้ามหน่วยงานของรัฐไปทำความตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ (Principe d'interdiction pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage) เพราะเมื่อพิจารณาบริบทของเงื่อนไขในปัจจุบัน ประเทศฝรั่งเศสมีระบบควบคุมตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ศาลยุติธรรมมีอำนาจควบคุมตรวจสอบเป็นหลัก และใช้ระดับการควบคุมขั้นต่ำ อีกทั้งมีระบบที่ส่งมอบให้อำนาจศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทที่มีปัญหาต้องพิจารณาหลักเกณฑ์สำคัญเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนตามหลักกฎหมายปกครอง ดังนั้น จึงไม่มีเหตุให้ต้องกลัวที่จะเปิดให้หน่วยงานของรัฐสามารถทำความตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้

นอกจากนี้ การยกเลิกหลักการดังกล่าวจะมีเหตุและผล เนื่องจากภายหลังทำความตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแล้ว มีบางครั้งที่หน่วยงานของรัฐเจตนาใช้หลักดังกล่าวเป็นเครื่องมืออ้างต่อศาล เพื่อเป็นเหตุให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาด หรือเพื่อคัดค้านการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ ต้องเข้าใจว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายของข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่ฝ่าฝืนหลักห้ามหน่วยงานของรัฐทำความตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ถือเป็นเหตุอ้างประการหนึ่งเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่ศาลปกครองรับฟังเพื่อเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคู่กรณีสามารถยกขึ้นว่ากล่าวในศาล หรือศาลเห็นเองก็ย่อมได้

ข้อพิจารณาอีกประการหนึ่ง กฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในกฎหมายมหาชน (Loi sur l'arbitrage de droit public) ควรจะต้องทบทวนปัญหาเกี่ยวกับการรักษาความลับของคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งอันที่จริงแล้ว ประเด็นเรื่องการรักษาความลับของกระบวนการอนุญาโตตุลาการถือเป็นหลักการดั้งเดิมของระบบการระงับข้อพิพาทประเภทนี้ แต่ดูเหมือนว่า หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะขัดแย้งกับหลักเกณฑ์อันสำคัญสูงสุดของระบอบประชาธิปไตยตามที่ปรากฏในมาตรา 15 ของคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ความว่า “สังคมย่อมมีสิทธิขอให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของตน”²⁴

ท้ายที่สุดแล้ว การควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยศาลเป็นเรื่องหนึ่ง การตรวจสอบการทำงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามหลักประชาธิปไตยก็เป็นอีกเรื่องหนึ่งซึ่งจำเป็น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อมีเรื่องเงินของแผ่นดินเข้ามาเกี่ยวข้องเป็นเดิมพัน (Lorsque sont en jeu des deniers publics)

²⁴ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789

Article 15 “La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration”



คำถามท้ายการบรรยายทางวิชาการ

คำถาม หลักเกณฑ์สำคัญเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (une règle essentielle d'ordre public) ที่ศาลปกครองนำมาใช้ควบคุมและตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้นมีข้อเกิดแห่งหลักเกณฑ์จากที่ใด มีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรที่กำหนดหลักดังกล่าวไว้หรือไม่ และมีหลักอะไรบ้าง

คำตอบ ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติหลักเกณฑ์เหล่านั้น หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่ในกฎหมายปกครอง ซึ่งศาลปกครองฝรั่งเศสนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ ตามที่ปรากฏในคดี Fosmax เช่น หลักห้ามหน่วยงานของรัฐไปทำความตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ หลักห้ามมิให้หน่วยงานแสดงเจตนาโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน หลักห้ามหน่วยงานปฏิเสธหรือบอกเลิกการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา เป็นต้น

คำถาม ตัวอย่างของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่ศาลปกครองฝรั่งเศสเห็นว่าไม่สำคัญ

คำตอบ หลักให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องชดเชยค่าเสียหายให้กับเอกชนคู่สัญญากรณีเกิดปัญหาการปฏิบัติตามสัญญาที่มีราคาต่ำลง ง่าย ๆ หลักห้ามลงโทษเอกชนให้ชดเชยเงินที่เขาไม่จำเป็นต้องชำระ เป็นต้น

คำสำคัญ : อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ, เขตอำนาจศาลฝรั่งเศส, การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ, การเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (เหตุแห่งการบังคับ/เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ)

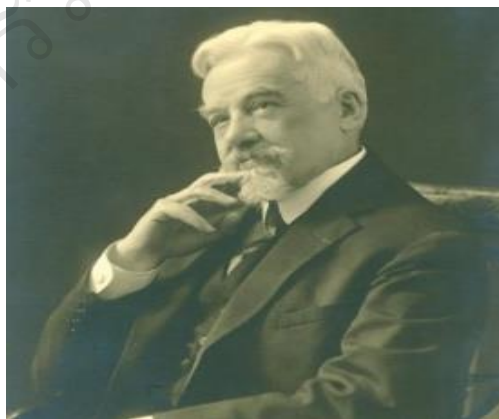
ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ

เรย์มง การ์เร่ เดอ มัลแบร์ก

(Raymond Carré de Malberg)*

สวัสดีครับ ท่านผู้อ่านทุกท่าน สำหรับวารสารวิชาการศาลปกครองฉบับนี้จะขออนุญาตท่านผู้อ่านดลสัมผัสภาษานักกฎหมายมหาชนไทย และขอเสนอประวัตินักกฎหมายมหาชนต่างประเทศแทนครับ โดยในฉบับนี้ บรรณาธิการขอเสนอชีวประวัติ ผลงาน และแนวความคิดของนักกฎหมายมหาชนชาวฝรั่งเศส ได้แก่ Raymond Carré de Malberg ผู้ซึ่งวางรากฐานแนวคิดเรื่องอำนาจรัฐและกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ร่วมสมัยกับโมริซ โอริอู (Maurice Hauriou) หลุยส์ รอลองด์ (Louis Rolland) และเลอง ดูกิตต์ (Léon Duguit)

เรย์มง การ์เร่ เดอ มัลแบร์ก เกิดเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 1861 ที่เมือง Strasbourg สาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยมีบิดาเป็นผู้บังคับบัญชาหน่วยทหารราบเบาในกองทัพ ซึ่งบิดาได้เสียชีวิตในระหว่างสงคราม Franco-Prussia เรย์มง การ์เร่ เดอ มัลแบร์ก สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาเอกทางกฎหมายในปี ค.ศ. 1887 โดยทำวิทยานิพนธ์เรื่อง l'histoire de l'exception en droit romain et dans l'ancienne procédure française (ประวัติศาสตร์ของข้อยกเว้นในกฎหมายโรมันและในกฎหมายวิธีพิจารณาไต่สวนของฝรั่งเศส) เมื่อสำเร็จการศึกษาเขาได้ประกอบอาชีพทนายความโดยประจำอยู่ที่สำนักเนติบัณฑิตประจำกรุงปารีส



ภาพที่ 1 : Raymond Carré de Malberg

ภาพประกอบจาก : <https://twitter.com/ICarredeMalberg>

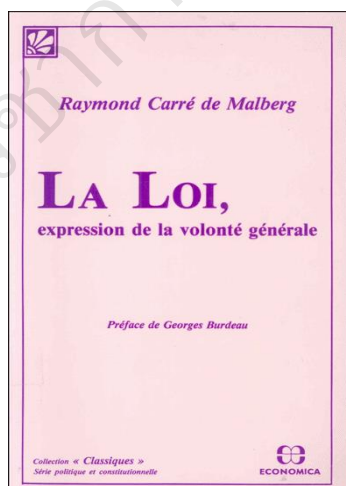
* เรียบเรียงโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ยอดพล เทพสิทธิ์า อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร

ขอสงวนลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย โดยห้ามคัดลอก ทำซ้ำ ดัดแปลงหรือนำส่วนใดส่วนหนึ่งไปเผยแพร่สู่ภายนอก โดยไม่ได้รับอนุญาต เว้นแต่เป็นการอ้างอิงในทางวิชาการ ต้องอ้างอิงแหล่งที่มาของข้อมูลทุกครั้ง

เรย์มง การ์เร เดอ มัลแบร์ก เริ่มต้นชีวิตทางวิชาการในปี ค.ศ. 1890 โดยสามารถสอบผ่านการคัดเลือกเข้าเป็นอาจารย์มหาวิทยาลัยได้ โดยเลือกประจำ ณ มหาวิทยาลัย Caen และรับผิดชอบสอนในรายวิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ในขณะที่ทำการสอนอยู่ที่มหาวิทยาลัย Caen นั้น เขาได้ตีพิมพ์ผลงานทางวิชาการชิ้นแรก ได้แก่ *Pandectes ses premières notes de jurisprudence* (รวบรวมหลักกฎหมาย) ต่อมา ในปี ค.ศ. 1894 เขาได้ย้ายไปทำการสอนที่มหาวิทยาลัย Nancy

ที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย Nancy (ปัจจุบันถูกควบรวมอยู่ในมหาวิทยาลัย Lorraine) เขาได้รับมอบหมายให้ทำการสอนในหัวข้อ กฎหมายรัฐธรรมนูญและประเด็นพิเศษทางกฎหมายปกครอง และได้รับการแต่งตั้งให้เป็นศาสตราจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ โดยผลของรัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 25 เมษายน ค.ศ. 1896

แนวคิดทางกฎหมายของเรย์มง การ์เร เดอ มัลแบร์ก ได้แก่ ปรัชญานิยมทางกฎหมายของรัฐ (positivism juridique étatique) เขาเชื่อเช่นเดียวกันกับนักกฎหมายสายปรัชญานิยมคนอื่นว่า กฎหมายแยกออกจากศีลธรรมอย่างเด็ดขาด และยังคงแยกจากกฎหมายธรรมชาติและการเมือง กฎหมายมีที่มาและถูกใช้โดยรัฐและรัฐอธิปไตยจะเป็นผู้ที่กำหนดหรือจำกัดอำนาจของตนเอง เขาเห็นว่ารัฐเกิดขึ้นโดยอาศัยความยินยอมระหว่างปัจเจกบุคคลและมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการทรัพยากรที่ใช้อยู่ร่วมกัน



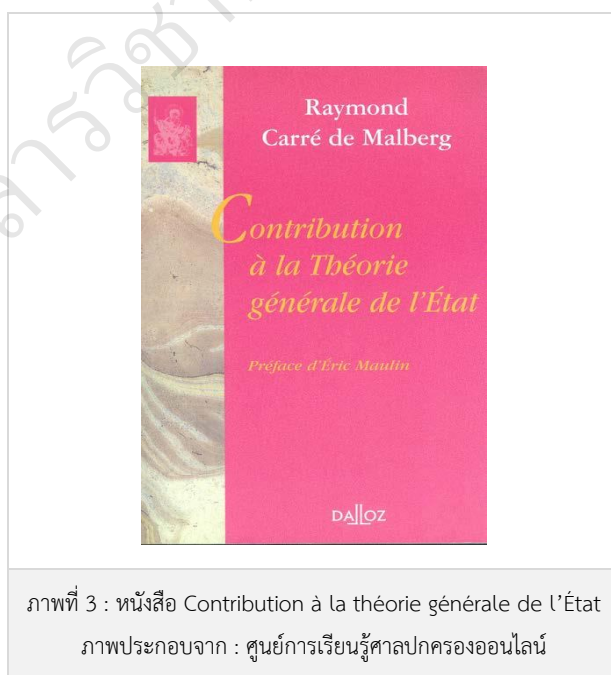
ภาพที่ 2 : หนังสือ La loi, expression de la volonté générale

ภาพประกอบจาก : ศูนย์การเรียนรู้ศาลปกครองออนไลน์

นอกจากประเด็นดังกล่าวแล้วเขายังเป็นผู้ริเริ่มในการศึกษาเปรียบเทียบให้เห็นความแตกต่างระหว่างอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน (*souveraineté populaire*) และอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ (*souveraineté nationale*) โดยยกตัวอย่างจากระบบรัฐสภาแบบมีอำนาจมากภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 3 โดยเขาเสนอให้มีการแก้ไขระบบการเมืองโดยลดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและสร้างความเข้มแข็งให้แก่ฝ่ายบริหาร โดยให้คำอธิบายว่า รัฐเป็นนิติบุคคลที่สูงที่สุดและแสดงออกผ่านการใช้อำนาจ (บริหาร) แต่รัฐยังคงอยู่ภายใต้กฎหมาย

ภายใต้ทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย เขาเชื่อว่า กฎหมายเป็นบรรทัดฐานเพียงอย่างเดียวของรัฐที่ถูกตราออกมาโดยผลของเจตจำนงของรัฐอธิปไตย และในการจำกัดอำนาจของรัฐเอง รัฐสามารถถูกจำกัดอำนาจได้แต่เพียงกฎหมายที่ตนเองออกเท่านั้น โดยกฎหมายนั้นสามารถถูกเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขได้ก็แต่โดยรัฐ ในประเด็นนี้ เรย์มง การ์เร เดอ มัลแบร์ก ได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากแนวคิดในการจำกัดอำนาจตนเองของรัฐจากเยอรมัน โดยเห็นว่า ไม่มีกฎเกณฑ์ใด ๆ ที่อยู่เหนือรัฐ และกฎเกณฑ์อื่น ๆ ที่มาก่อนรัฐไม่สามารถนำมาจำกัดอำนาจรัฐได้ ซึ่งหมายความว่า กฎเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ได้หรือมีผลใช้บังคับนั้นจะต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่ออกโดยรัฐเท่านั้น

เรย์มง การ์เร เดอ มัลแบร์ก ยกตัวอย่างเพื่อพิสูจน์ว่า การจำกัดอำนาจโดยรัฐนั้นรัฐยังคงมีสถานะทางกฎหมายและไม่สูญเสียสถานะอธิปไตยได้ โดยใช้ตัวอย่างของจอร์จ เจอริเนค (Georg Jellinek) นักกฎหมายเยอรมัน (ค.ศ. 1851 - ค.ศ. 1911) ที่ว่า รัฐไม่สามารถยกเลิกกฎเกณฑ์และกฎหมายต่าง ๆ ได้ เพราะจะก่อให้เกิดสภาพอนาธิปไตยซึ่งในสภาพดังกล่าวเท่ากับว่า รัฐทำลายตัวเอง (เพราะไม่สามารถมีอำนาจบังคับหรือสั่งการใด ๆ ได้)



นอกจากการนำเสนอทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมายแล้ว เรย์มง การ์เร เดอ มัลแบร์ก ยังได้แสดงความเห็นต่อกฎหมายธรรมชาติว่า กฎหมายธรรมชาตินั้นไม่ได้มีสถานะทางกฎหมาย เพราะเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่มีสภาพบังคับและยังไม่อาจให้นิยามทางกฎหมายได้

อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีการจำกัดอำนาจโดยรัฐถูกวิจารณ์อย่างรุนแรงโดยเล-อง ดูกิตต์ ศาสตราจารย์ทางกฎหมายจากมหาวิทยาลัย Bordeaux และผู้ก่อตั้งแนวคิดว่าด้วยการจัดทำบริการสาธารณะว่า ไม่ใช่เรื่องน่าประหลาดใจ นอกจากนั้น เล-อง ดูกิตต์ ยังชี้ให้เห็นว่า เรย์มง การ์เร เดอ มัลแบร์ก นั้น ยึดมั่นในทฤษฎีของนักกฎหมายเยอรมันอย่างชัดเจน และชี้ให้เห็นถึงจุดอ่อนของทฤษฎีการจำกัดอำนาจโดยรัฐว่า การที่รัฐจะถูกจำกัดอำนาจได้แต่โดยกฎหมายของตนเองนั้นเป็นเพราะรัฐต้องการให้เป็นแบบนั้น ซึ่งผลที่ตามมา คือ การมีอำนาจอย่างไรชอบเขตของรัฐ และได้กล่าวทิ้งท้ายไว้ว่า ทฤษฎีนี้เป็นแค่เรื่องตลก นอกจาก เล-อง ดูกิตต์ ที่ไม่เห็นด้วยกับทฤษฎีการจำกัดอำนาจตนเองโดยรัฐแล้ว โมริส โอริอู ศาสตราจารย์จากมหาวิทยาลัย Toulouse ก็ไม่เห็นด้วยเช่นกัน

ในช่วงสุดท้ายของการประกอบอาชีพ เรย์มง การ์เร เดอ มัลแบร์ก ได้ย้ายไปสอนที่มหาวิทยาลัย Strasbourg ในปี ค.ศ. 1919 (ภายหลังจากที่ประเทศเยอรมนีแพ้สงครามโลกครั้งที่ 1 และประเทศฝรั่งเศสได้รับ Alsace - Lorraine คืน) และได้เสียชีวิตในวันที่ 21 มีนาคม ค.ศ. 1935 ที่เมือง Strasbourg



ภาพที่ 4 : มหาวิทยาลัย Strasbourg

ภาพประกอบจาก : Université de Strasbourg



ผลงานที่สำคัญ

■ หนังสือ

- Raymond Carré de Malberg (préf. Georges Burdeau), *La Loi, expression de la volonté générale*
- Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*
- Raymond Carré de Malberg (préf. Éric Maulin), *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*

■ บทความ

- « La condition juridique de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire allemand », *RDP*, 1914, pp. 5-47.
- « Du fondement du droit à la réparation intégrale pour les victimes des dommages de guerre »
- « Y a-t-il lieu de réviser les lois constitutionnelles ? », *L'Alsace française*, 6 octobre 1923, pp. 912-917.
- « La question du caractère étatique des pays allemands et l'article 76 de la Constitution de Weimar », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1924, pp. 285-325.
- « La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la Constitution de Weimar », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1925, pp. 321-347.
- « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », *Revue politique et parlementaire*, 1927, pp. 339-354.



- « Observations sur le fondement juridique de la force obligatoire de la loi », *Revista de drept public*, 1927, pp. 4-43.
 - « La distinction des lois matérielles et formelles et le concept de loi dans la Constitution de Weimar », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1928, pp. 597-619.
 - « La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels », *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, pp. 144-161.
 - « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger*, avril-mai-juin 1931, pp. 225-244.
 - « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique », dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Génys*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1935, pp. 192-203.
 - « L'État agit par voie législative, administrative et juridictionnelle », dans *Encyclopédie française*, t. X, 1935, pp. 10.30.5-10.30.10.
-

“ กฎหมายแยกออกจากศีลธรรมอย่างเด็ดขาด
และยังต้องแยกจากกฎหมายธรรมชาติและการเมือง ”



ภาพประกอบจาก : <https://twitter.com/ICarredeMalberg>

แนวคิดทางกฎหมายของ Raymond Carré de Malberg