



วารสารวิชาการ

ศาลปกครอง

Administrative Courts Journal

ปีที่ 24 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม) 2567

บทความทางวิชาการ

- ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักการป้องกัน (Principle of Prevention) และหลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle) ในกฎหมายสิ่งแวดล้อมของเครือรัฐออสเตรเลียและประเทศไทย
อรภัทร ตรียมมงคลกุล
- การผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในประเทศไทย
อานันท์ กระบวนศรี
- คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น : มุมมองกฎหมายต่างประเทศ และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดกรณีคำสั่งที่สืบเนื่องจากการสอบแข่งขัน
กาญจนา ปัญญานนท์
- กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างในประเทศสเปน : ศึกษาการอุทธรณ์กระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง
พิชราภรณ์ ศิริวิมลกุล
- บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไต้หวันในการคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างเพศ
ปฐมน แปนเหลือ

บทวิเคราะห์คดี

- หน้าที่ของหน่วยงานของรัฐในการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร
กาญจนา ปัญญานนท์
- การดำเนินการตามคำพิพากษาเพิกถอนใบรับหนังสือแจ้งความประสงค์จะก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอนหรือเคลื่อนย้ายอาคาร หรือเปลี่ยนการใช้อาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาต
(คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส. 188/2566)
วิชญ์वास พิมพิทักษ์

คอลัมน์หลักกฎหมายมหาชน

- สหภาพยุโรป : คดีประวัติศาสตร์ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิพากษาว่า การที่รัฐบาลของสมาพันธรัฐสวิสเพิกเฉยต่อปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (climate change) เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน
ศิรินันท์ ศรีสุข
- สหภาพยุโรปและอิตาลี : การพิจารณาคดีสองชั้นศาลนานถึง 9 ปี ถือว่าละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีภายในเวลาอันสมควร
กาญจนา ปัญญานนท์
- สรุปความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 584/2566 การอ้างมาตรา 10 (1) แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 เป็นบทอาศัยอำนาจในการออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข
นิชาภา เขียนสายอ

คอลัมน์ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ

“ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ”

วารสารวิชาการ

ศาลปกครอง

Administrative Courts Journal

€ – Journal

ราคา 150 บาท

ปีที่ 24 ฉบับที่ 2
(พฤษภาคม-สิงหาคม) 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
นายนรินทร์	อิธิสาร	ผู้อำนวยการสำนักวิจัยและวิชาการ

กองบรรณาธิการ

นายวิชณุ	วรัญญู	รองประธานศาลปกครองสูงสุด
ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์	ภาศิริรัตน์	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช	สรุโฆษิต	คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
รองศาสตราจารย์ ดร.สุปรียา	แก้วละเอียด	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
รองศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์	อึ้งจะนิล	คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
รองศาสตราจารย์ ดร.ฐาการ	ศิริยุทธวัฒนา	อดีตคณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ยอดพล	เทพสิทธิธา	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร
นายศุภวัฒน์	สิงห์สุวงษ์	สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
นายเอกชัย	ไชยनुวัติ	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสยาม

คณะกรรมการจัดการวารสารวิชาการศาลปกครอง

นายประพัฒน์	ตันสุวรรณนันท	เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง
นายเจตน์	สถาวรศีลพร	รองเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง
นายรินทร์	อิธิสาร	ผู้อำนวยการสำนักวิจัยและวิชาการ
นายวิริยะ	วัฒนสุชาติ	ผู้อำนวยการสำนักส่งเสริมงานคดีปกครอง
นางผจงจิตต์	วงศ์ธีรญาณเดช	ผู้อำนวยการวิทยาลัยการยุติธรรมทางปกครอง
นางสาวจณัญญา	สุภานิช	ผู้อำนวยการสำนักประชาสัมพันธ์
นางสาวอภิญา	แก้วกำเหนิด	ผู้อำนวยการกลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ

ฝ่ายจัดการวารสารวิชาการศาลปกครอง

นางสาวอภิญา	แก้วกำเหนิด	นางสาวพัชรภรณ์	ศิริวิมลกุล
นายนิติกร	ชัยวิเศษ	นางณัฐ์เนตร	เศวตอริยพงษ์
นายพัฒนพงศ์	คงศักดิ์	นางสาวนิชาภา	เขียนสายออ
นางสาวปฐมน	แป้นเหลือ	นางสาวสุภาณี	ขวัญจันทิก
นายณัฐภัทร	ประเสริฐวิทย์	นายคติจพน	สินสูงสุด

ฝ่ายพิสูจน์อักษรและการพิมพ์

นางสาวกาญจนา	ปัญญานนท์	นางสาวศิรินทร์	ศรีสุข
นางสาวดวงแก้ว	เกิดจันทร์		

ฝ่ายประชาสัมพันธ์และงานศิลป์

นางสาวจณัญญา	สุภานิช	นางสาวรัตนภรณ์	พงสะมั่ง
นางรัชนิวรรณ	คงทวี	นางสาวจุฑาภรณ์	สายรัดเงิน

ฝ่ายสารสนเทศและเว็บไซต์

นายทศพล	ทองเทือก	นายวิภูเมธ	ศรีปานเงิน

ฝ่ายจัดจำหน่าย

นายตุลฉัตร	อุดารักษ์	นางสาวรัชดาภรณ์	มีแก้ว

วัตถุประสงค์

เพื่อส่งเสริม เผยแพร่ และพัฒนาความรู้ทางวิชาการด้านกฎหมายมหาชน กฎหมายปกครอง และกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของประเทศไทยและนานาชาติ

หลักเกณฑ์การรับผลงานทางวิชาการ เพื่อเผยแพร่ในวารสารวิชาการศาลปกครอง

1. งานวิชาการที่รับเผยแพร่ ได้แก่
 - บทความทางวิชาการ โดยสามารถจัดทำได้ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ/บทความแปล
 - 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 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม) 2567 นี้ ยังคงมีเนื้อหาสาระที่เข้มข้นและหลากหลายเช่นเคย ไม่ว่าจะเป็นบทความทางวิชาการหรือผลงานทางวิชาการประเภทอื่น

สำหรับบทความทางวิชาการ มีบทความในประเด็นต่าง ๆ ที่น่าสนใจ โดยเฉพาะในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ ได้แก่ (1) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักการป้องกัน (Principle of Prevention) และหลักการระงับไว้ก่อน (Precautionary Principle) ในกฎหมายสิ่งแวดล้อมของเครือรัฐออสเตรเลียและประเทศไทย โดยนางสาวอรภัทร ตรัยมงคลกุล (2) การผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในประเทศไทย โดยนายอานันท์ กระบวนศรี (3) คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น : มุมมองกฎหมายต่างประเทศ และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดกรณีคำสั่งที่สืบเนื่องจากการสอบแข่งขัน โดยนางสาวกาญจนา ปัญญานนท์ (4) กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างในประเทศสเปน : ศึกษาการอุทธรณ์กระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง โดยนางสาวพัชรภรณ์ ศิริวิมลกุล และ (5) บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นในการคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างเพศ โดยนางสาวปฐมน แปนเหลือ

ในส่วนบทวิเคราะห์คดี ประกอบไปด้วย (1) บทวิเคราะห์คดี เรื่อง หน้าที่ของหน่วยงานของรัฐในการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร โดยนางสาวกาญจนา ปัญญานนท์ และ (2) บทวิเคราะห์คดี เรื่อง การดำเนินการตามคำพิพากษาเพิกถอนใบรับหนังสือแจ้งความประสงค์จะก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอนหรือเคลื่อนย้ายอาคาร หรือเปลี่ยนการใช้อาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาต (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส. 188/2566) โดยนายวิษณุพาส พิมพ์อักษร

หลักกฎหมายมหาชน ซึ่งมีทั้งในส่วนกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย ประกอบไปด้วย (1) สหภาพยุโรป : คดีประวัติศาสตร์ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิพากษาว่า การที่รัฐบาลของสมาพันธรัฐสวิสเพิกเฉยต่อปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (climate change) เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน โดยนางสาวศิรินทร์ ศรีสุข (2) สหภาพยุโรปและอิตาลี : การพิจารณาคดีสองชั้นศาลนานถึง 9 ปี ถือว่าละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีภายในเวลาอันสมควร โดยนางสาวกาญจนา ปัญญานนท์ และ (3) สรุปความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 584/2566 การอ้างมาตรา 10 (1) แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 เป็นบทอาศัยอำนาจในการออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข โดยนางสาวนิชาภา เขียนสายอ

นอกจากนี้ ยังมีคำแปลการบรรยายทางวิชาการ ได้แก่ (1) ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส กับคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม โดย Stéphane HOYNCK ตุลาการศาลปกครองสูงสุด สาธารณรัฐฝรั่งเศส ถอดความและเรียบเรียงโดย นางสาวอภิญญา แก้วกำเหนิด และ (2) การรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ของศาลยุติธรรมสิงคโปร์และศาลปกครองไทย โดยวิทยากรฝ่ายไทย ได้แก่ ดร.ชัยภัทร ทังทอง และ ดร.ชาญวิทย์ ชัยกันย์ ตุลาการศาลปกครองระยอง และวิทยากรฝ่ายสิงคโปร์ คือ Mr. Toh Kon Sing,

Ministry Family Chief Information Officer, Office of Transformation and Innovation
ถอดความและเรียบเรียงโดย ดร.ชัยภัทร ทังทอง และ ดร.ชาญวิทย์ ชัยกันย์ ตุลาการศาลปกครองระยอง

วารสารวิชาการศาลปกครองฉบับนี้ขอเสนอประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจผ่านบทสัมภาษณ์ชีวประวัติและผลงานของศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายมหาชน ซึ่งมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์จำนวนมาก และมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาแนวคิดในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครองของประเทศไทยมาอย่างยาวนาน กองบรรณาธิการต้องขอขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูงที่ได้กรุณาสละเวลาให้สัมภาษณ์ และอนุญาตให้นำบทสัมภาษณ์มาเผยแพร่ ณ ที่นี้ ซึ่งนับเป็นโอกาสที่ทำให้ดียิ่ง

ท้ายที่สุด ยังมีคอลัมน์แนะนำวิทยานิพนธ์ที่น่าสนใจ ได้แก่ วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับความรับผิดชอบอื่นตามกฎหมายไทย เขียนโดยสุชาวภู แสนคำ และแนะนำโดยนางสาวณัฏฐา เชื้อฉุน และนางสาวนิตา บาลโสง

กองบรรณาธิการวารสารวิชาการศาลปกครองขอขอบคุณผู้เขียนทุกท่านที่ส่งบทความทางกฎหมายมาลงตีพิมพ์ในวารสารวิชาการศาลปกครอง ทั้งนี้ วารสารวิชาการศาลปกครองยังคงมุ่งมั่นที่จะเผยแพร่บทความทางวิชาการและความรู้ทางกฎหมายปกครองที่ผ่านการคัดสรรและกลั่นกรองจากผู้ทรงคุณวุฒิในกองบรรณาธิการและนักวิชาการภายนอก กองบรรณาธิการหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวารสารวิชาการศาลปกครองฉบับนี้จะเป็นประโยชน์แก่ท่านผู้อ่าน และมีส่วนช่วยพัฒนาองค์ความรู้ในทางกฎหมายมหาชนในวงการกฎหมายไทยต่อไป

นายศุภวัฒน์ สิงห์สูงษ์

บรรณาธิการ



วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 24 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม) 2567

สารบัญ

บทความทางวิชาการ

- ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักการป้องกัน (Principle of Prevention) และหลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle) ในกฎหมายสิ่งแวดล้อมของเครือรัฐออสเตรเลียและประเทศไทย
โดย อรรถพร ตรียมงคลกุล 1
- การผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง
ในประเทศไทย
โดย อานันท์ กระบวนศรี 61
- คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่า
ไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น : มุมมองกฎหมายต่างประเทศ และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด
กรณีคำสั่งที่สืบเนื่องจากการสอบแข่งขัน
โดย กาญจนา ปัญญานนท์ 128
- กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างในประเทศสเปน : ศึกษาการอุทธรณ์กระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง
โดย พัทธราภรณ์ ศิริวิมลกุล 176
- บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นในการคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างเพศ
โดย ปฐมน แปนเหลือ 208

บทวิเคราะห์คดี

- หน้าที่ของหน่วยงานของรัฐในการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร
โดย กาญจนา ปัญญานนท์ 241
- การดำเนินการตามคำพิพากษาเพิกถอนใบรับหนังสือแจ้งความประสงค์จะก่อสร้าง ดัดแปลง
รื้อถอนหรือเคลื่อนย้ายอาคาร หรือเปลี่ยนการใช้อาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาต
(คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส. 188/2566)
โดย วิชญ์พาส พิมพ์อักษร 272



หลักกฎหมายมหาชน

- สหภาพยุโรป : คดีประวัติศาสตร์ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิพากษาว่า การที่รัฐบาลของสมาพันธรัฐสวิสเพิกเฉยต่อปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (climate change) เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน โดย ศิขรินทร์ ศรีสุข 288
- สหภาพยุโรปและอิตาลี : การพิจารณาคดีสองชั้นศาลนานถึง 9 ปี ถือว่าละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีภายในเวลาอันสมควร โดย กาญจนา ปัญญานนท์ 300
- สรุปความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 584/2566 การอ้างมาตรา 10 (1) แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 เป็นบทอาศัยอำนาจในการออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข โดย นิชาภา เขียนสายออ 306

คำแปลการบรรยายทางวิชาการ

- ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสกับคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม โดย Stéphane HOYNCK ตุลาการศาลปกครองสูงสุด สาธารณรัฐฝรั่งเศส ถอดความและเรียบเรียงโดย อภิญญา แก้วกำหนด 312
- การรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ของศาลยุติธรรมสิงคโปร์และศาลปกครองไทย โดย Mr. Toh Kon Sing, Ministry Family Chief Information Officer, Office of Transformation and Innovation ดร.ชัยภัทร ทังทอง และ ดร.ชาญวิทย์ ชัยกันย์ ตุลาการศาลปกครองระยอง ถอดความและเรียบเรียงโดย ชัยภัทร ทังทอง และชาญวิทย์ ชัยกันย์ 328

คอลัมน์ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ

- บทสัมภาษณ์ชีวประวัติและผลงานของศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ 340

คอลัมน์แนะนำวิทยานิพนธ์ที่น่าสนใจ

- คดีปกครองเกี่ยวกับความรับผิดชอบอื่นตามกฎหมายไทย เขียนโดย สุชาวณี แสนคำ โดย ญัฏฐา เชื้อฉุน และนิตา บาลโสง 352

**ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักการป้องกัน (Principle of Prevention)
และหลักการระงับไว้ก่อน (Precautionary Principle) ในกฎหมายสิ่งแวดล้อม
ของเครือรัฐออสเตรเลียและประเทศไทย**

**Considerations Regarding the “Principle of Prevention” and the “Precautionary
Principle” in Environmental Laws in Thailand and the Commonwealth of Australia**

อรภัทร ตริยมงคลกุล*

รับบทความเมื่อ 24 พฤษภาคม 2567

แก้ไขบทความเมื่อ 31 กรกฎาคม 2567

ตอบรับบทความเมื่อ 22 สิงหาคม 2567

บทคัดย่อ

หลักการป้องกัน (Principle of Prevention) และหลักการระงับไว้ก่อน (Precautionary Principle) เป็นหลักการทางสิ่งแวดล้อมที่ได้รับการยอมรับกันอย่างกว้างขวางทั้งในระดับกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ สำหรับในประเทศไทยนั้น ยังไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับเงื่อนไข และขอบเขตในการใช้ทั้งสองหลักการนี้ทั้งในบทบัญญัติแห่งกฎหมายและในการวินิจฉัยคดีของศาล บทความนี้จะนำเสนอข้อมูลและบทวิเคราะห์ในแง่มุมดังกล่าว โดยศึกษาเปรียบเทียบกรณีของประเทศไทย กับเครือรัฐออสเตรเลียซึ่งเป็นประเทศแรก ๆ ที่นำหลักการระงับไว้ก่อนมากำหนดไว้ในระดับนโยบาย และในกฎหมายของตน จากการศึกษาปรากฏว่า แนวทางในการปรับใช้ทั้งสองหลักการของเครือรัฐออสเตรเลีย มีความชัดเจนมากกว่าในประเทศไทย เนื่องจากมีกฎหมายหลักด้านการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมรับรอง หลักการดังกล่าวโดยเฉพาะหลักการระงับไว้ก่อนไว้โดยตรง และศาลได้วินิจฉัยเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การใช้ และความแตกต่างระหว่างสองหลักการนี้ด้วย ส่วนในประเทศไทยนั้น สถานะของทั้งสองหลักการนี้โดยทั่วไป ยังไม่ชัดเจนนัก แม้จะปรากฏแนวคิดของทั้งสองหลักการในกฎหมายหลายฉบับและเริ่มมีกฎหมายเฉพาะ บางฉบับบัญญัติรับรองไว้โดยตรง สำหรับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองไทย ปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่า ศาลปกครองได้วางแนวทางหรือหลักเกณฑ์ในการปรับใช้หรือวินิจฉัยแบ่งแยกทั้งสองหลักการออกจากกัน อย่างชัดเจนแต่อย่างใด โดยศาลมักจะวินิจฉัยไปตามแนวคิดที่ว่า “การป้องกันดีกว่าการแก้ไข” ในส่วนท้าย ของบทความนี้ ผู้เขียนได้มีข้อเสนอแนะว่าควรเพิ่มเติมบทบัญญัติที่รับรองหลักการป้องกันและหลักการ ระงับไว้ก่อนอย่างชัดเจนและกำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้และนิยามของทั้งสองหลักการไว้ในกฎหมายต่าง ๆ

*

Master of Environmental Law, The University of Melbourne, Australia, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ
กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 3 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง



ให้มากขึ้น โดยเฉพาะในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และโดยที่องค์ความรู้หรือข้อมูลทางวิทยาศาสตร์มีบทบาทที่สำคัญมากต่อการปรับใช้หลักการดังกล่าว ในการพิจารณาตีปกรองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมของศาล กระบวนการในการคัดเลือกและตั้งพยาน ผู้เชี่ยวชาญจึงเป็นเรื่องที่ต้องให้ความสำคัญเป็นอย่างยิ่งทั้งในเรื่องของคุณสมบัติและความเป็นกลาง

คำสำคัญ : ป้องกัน, ป้องกันล่งหน้า, ระวังไว้ก่อน, กฎหมายสิ่งแวดล้อม, ออสเตรเลีย, ศาลปกครอง, พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

Abstract

“The Principle of Prevention” and “The Precautionary Principle” are environmental principles, widely acknowledged both internationally and domestically. In Thailand, however, there are no clear criteria and scope of their application provided in laws or by the courts. This article presents the information and analysis of these principles, comparing their criteria and scope of application in Thailand and the Commonwealth of Australia one of the first few countries to incorporate the Precautionary Principle into domestic policies and laws. The study finds that the applications of these principles in Australia are more concrete than in Thailand, because the core environmental statutes explicitly recognize these principles, especially the Precautionary Principle. In addition, Australian courts have been laying down precedents that articulate the criteria for applying these principles and the differences between them. As for Thailand, generally, the status of these principles is less explicit, although their concepts have been embraced in several legislations and certain specific laws have directly recognized them. With regard to the legal cases, there have not been any articulations on guidelines or criteria for applications of these principles or any attempts to explicitly distinguish them by the Administrative Court of Thailand. In Practice, the courts tend to make decision based on the basic notation of “It is better safe than sorry”. In the final part of this article, recommendations are proposed by the author. First, statutory provisions explicitly recognizing the Principle of Prevention and the Precautionary Principle, as well as setting forth the application criteria and clear definitions, should be increasingly inserted into Thai laws, especially the Enhancement and Conservation of the National Environmental Quality Act, B.E. 2535 (1992). Additionally, as the scientific knowledge or information plays significant roles in the application of the said principles in the court proceedings of the administrative environmental cases, the appointment of expert witnesses should be regarded as highly important, both in the aspects of qualification and impartiality.

Keywords : Prevention, Principle of Prevention, Precautionary Principle, Environmental Law, Australia, Administrative Court, Enhancement and Conservation of the National Environment Quality Act, B.E. 2535 (1992)



1. บทนำ

ในปัจจุบัน กฎหมายสิ่งแวดล้อมทั้งที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศได้รับการพัฒนามาอย่างต่อเนื่องและมีความก้าวหน้าในระดับหนึ่ง ในบรรดาหลักการพื้นฐานทั้งหลายของกฎหมายสิ่งแวดล้อมนั้น หลักการป้องกัน (Principle of Prevention)¹ และหลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle)² เป็นสองหลักการที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางสำหรับประเทศไทยนั้น แม้ว่าปัจจุบันประเด็นปัญหาทางสิ่งแวดล้อมต่าง ๆ จะได้รับความสนใจมากกว่าในอดีตและมีคดีพิพาทเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมเข้าสู่การพิจารณาของศาลมากขึ้น แต่ยังไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับเงื่อนไขและขอบเขตในการใช้ทั้งสองหลักการนี้ ทั้งในบทบัญญัติแห่งกฎหมายและในการวินิจฉัยคดีในขณะที่ยกเลิก ๆ ประเทศ โดยเฉพาะประเทศที่พัฒนาแล้วอย่างเช่นเครือรัฐออสเตรเลีย มีความก้าวหน้าในการนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้มากกว่า ผู้เขียนจึงเห็นว่า น่าจะเป็นประโยชน์หากมีการศึกษาวิเคราะห์การใช้หลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อนของประเทศดังกล่าว ทั้งในส่วนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและคำพิพากษาของศาลโดยพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีของประเทศไทย เพราะจะช่วยให้ทราบแนวทางและสามารถประเมินทางเลือกในการตีความทั้งสองหลักการได้ดีขึ้น ในบทความนี้ ผู้เขียนเลือกศึกษากรณีของเครือรัฐออสเตรเลีย เนื่องจากเห็นว่าเป็นประเทศแรก ๆ ที่นำหลักการระวังไว้ก่อนมากำหนดไว้ในระดับนโยบายตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ. 1992³ และในกฎหมาย ทั้งยังมีการพัฒนาแนวทางการตีความของศาลมากพอสมควร โดยมีคดีที่ศาลวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาไว้อย่างน่าสนใจหลายคดี โดยเฉพาะคดีที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เช่น ปัญหาจากการทำเหมืองแร่ ปัญหาสัตว์ป่าที่เสี่ยงต่อการสูญพันธุ์ เป็นต้น ผู้เขียนจึงศึกษาและรวบรวมข้อมูลในแง่มุมของกฎหมายปกครองและคดีปกครอง พร้อมทั้งเสนอบทวิเคราะห์ในประเด็นที่น่าสนใจ โดยหัวข้อที่ 2 ของบทความนี้จะกล่าวถึงแนวคิดทั่วไปของหลักการป้องกัน

¹ หลักการนี้มีชื่อเรียกในภาษาอังกฤษที่แตกต่างกันไปบ้างแต่มีความหมายอย่างเดียวกัน เช่น “Principle of Prevention” “Preventive/Preventative Principle” “Prevention Principle” เป็นต้น ส่วนในประเทศไทยมีการแปลหลักการนี้เป็นภาษาไทยไว้แตกต่างกัน เช่น “หลักการป้องกัน” “หลักการป้องกันล่วงหน้า” “หลักการกระทำเพื่อป้องกันล่วงหน้า” เป็นต้น สำหรับในบทความนี้ผู้เขียนขอแปลหลักการนี้เป็นภาษาไทยว่า “หลักการป้องกัน” เนื่องจากเห็นว่ามีความกระชับและตรงกับถ้อยคำในภาษาอังกฤษมากที่สุด

² ในประเทศไทย มีการแปลคำว่า “Precautionary Principle” เป็นภาษาไทยไว้แตกต่างกันไป เช่น “หลักการระวังไว้ก่อน” “หลักการระมัดระวังล่วงหน้า” “หลักการเฝ้าระวัง” “หลักการป้องกันล่วงหน้า” “หลักการป้องกันไว้ก่อน” “หลักการป้องกันไว้ก่อนล่วงหน้า” เป็นต้น สำหรับในบทความนี้ผู้เขียนขอแปลหลักการนี้เป็นภาษาไทยว่า “หลักการระวังไว้ก่อน” เนื่องจากเห็นว่ามีความกระชับและตรงกับถ้อยคำในภาษาอังกฤษมากที่สุด

³ ปรากฏตามเอกสารทางนโยบายที่สำคัญ คือ National Strategy for Ecologically Sustainable Development December 1992 (NSED) จัดทำโดย Ecologically Sustainable Development Steering Committee และ Inter-Governmental Agreement on the Environment 1 May 1992 (IGAE) จัดทำโดย Council of Australian Governments; Jacqueline Peel, “Interpretation and Application of the Precautionary Principle : Australia’s Contribution,” Review of European Community & International Environmental Law Issue 1, 2009, P. 11 (11).

และหลักการระงับไว้ก่อนซึ่งมีพื้นฐานมาจากหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศ หัวข้อที่ 3 และหัวข้อที่ 4 จะเป็นการนำเสนอภาพรวมของการปรับใช้หลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนในเครือรัฐออสเตรเลีย และในประเทศไทย ตามลำดับ และหัวข้อที่ 5 ผู้เขียนจะวิเคราะห์จุดเด่นและจุดด้อยของการปรับใช้หลักการดังกล่าวในเครือรัฐออสเตรเลียและประเทศไทย ก่อนที่จะสรุปสาระสำคัญพร้อมข้อเสนอแนะในหัวข้อที่ 6

2. แนวคิดของหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน

2.1 ข้อความคิดเบื้องต้น

ในอดีต การรับมือกับผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมจากกิจกรรมต่าง ๆ ของมนุษย์เป็นไปในเชิงตั้งรับ กล่าวคือ เน้นการแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่เรียกว่า “Curative Approach”⁴ หรือ “Reactive Response”⁵ ต่อมา ได้มีการนำแนวคิดที่มุ่งเน้นการป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหาย หรือที่เรียกว่า “Proactive/Preventative Response”⁶ มาปรับใช้ และมีการพัฒนาต่อยอดเป็นสองหลักการ คือ หลักการป้องกัน (Principle of Prevention) และหลักการระงับไว้ก่อน (Precautionary Principle) ปัจจุบันทั้งสองหลักการมีความสำคัญอย่างยิ่งในกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ และประเทศต่าง ๆ ได้รับเอาหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในประเทศของตน เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักการระงับไว้ก่อนเป็นเอกสารแนบท้ายรัฐธรรมนูญ⁷ และราชอาณาจักรสเปน ซึ่งมีบทบัญญัติรับรองแนวคิดของหลักการระงับไว้ก่อนอยู่ในกฎหมายที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมหลายฉบับ⁸

⁴ Nicolas de Sadeleer, *Environmental Principles : From Political Slogans to Legal Rules*, 2nd edn, (Oxford : Oxford Academic, 2020), p. 85.

⁵ Gerry Bates, *Environmental Law in Australia*, (LexisNexis Butterworths, 2019), p. 232.

⁶ *Ibid*

⁷ วรณภา ตีระสังขะ, “รัฐธรรมนูญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อมของประเทศฝรั่งเศสและความท้าทายต่อประเทศไทย,” วารสารสถาบันพระปกเกล้า ปีที่ 16 ฉบับที่ 3, 2561, น. 26 (37).

La charte de l'environnement (French Charter for the environment) : (English Version)

Article 5 : “When the occurrence of any damage, albeit unpredictable in the current state of scientific knowledge, may seriously and irreversibly harm the environment, public authorities shall, with due respect for the principle of precaution and the areas within their jurisdiction, ensure the implementation of procedures for risk assessment and the adoption of temporary measures commensurate with the risk involved in order to preclude the occurrence of such damage.” [Online], retrieved from <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/charter-for-the-environment> เมื่อ 27 กรกฎาคม 2567.

⁸ โธมัส ทีปะปาล, การนำหลักการระงับไว้ก่อนมาปรับใช้ในระบบกฎหมายประเทศสเปน, 2567, [ออนไลน์], น. 5-7, เข้าถึงจาก <http://intranet2.admincourt.go.th/02-office/office44/wp2/wp-content/uploads/2024/03/OA19-3-67.pdf> เมื่อ 4 กรกฎาคม 2567.



เช่นเดียวกับเครื่องรัฐออสเตรเลียที่จะพิจารณาในส่วนถัดไป ในขั้นนี้ผู้เขียนขอกล่าวถึงแนวคิดทั่วไปของทั้งสองหลักการซึ่งพอจะสรุปได้โดยสังเขป ดังนี้

2.1.1 หลักการป้องกัน (Principle of Prevention)

หลักการป้องกันมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงความเสี่ยงที่คาดการณ์ได้ โดยเรียกร้องให้ผู้ดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ต้องใช้ความระมัดระวังอย่างเหมาะสม (Due Diligence) เพื่อป้องกันการเกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในระหว่างดำเนินกิจกรรมนั้น ๆ และผู้ดำเนินกิจกรรมดังกล่าวต้องมีมาตรการเชิงรุกในการป้องกันความเสียหายด้วย⁹ แนวความคิดในเรื่องการป้องกันความเสียหายล่วงหน้าเกิดขึ้นมาเป็นเวลาไม่น้อยกว่าแปดสิบปีโดยประมาณ และได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการพื้นฐานของความตกลงระหว่างประเทศและมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมจำนวนมาก¹⁰ แม้หลักการนี้มักไม่ได้ถูกกล่าวถึงโดยตรงในกฎหมายและความตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ก็ตาม แต่มีบทบัญญัติที่ใกล้เคียงในปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (ปฏิญญาริโอ) (Rio Declaration on Environment and Development 1992) อยู่สองส่วน ส่วนแรก คือ หลักการที่ 2 ที่เรียกว่า หลักการ No-Harm¹¹ มีเนื้อหาดังนี้

“ภายใต้บังคับของกฎบัตรสหประชาชาติและหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐแต่ละรัฐมีอำนาจอธิปไตยที่จะแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติของตนภายใต้นโยบายด้านสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาของรัฐนั้น และมีความรับผิดชอบที่จะต้องทำให้แน่ใจว่า กิจกรรมที่ดำเนินไปภายในอาณาเขตของตนจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมในรัฐอื่น ๆ หรือในพื้นที่ที่อยู่นอกเหนืออาณาเขตของรัฐ”¹²

⁹ Leslie-Anne Duvic-Paoli, *The Prevention Principle in International Environmental Law*, (Cambridge : Cambridge University Press, 2018), pp. 8-9.

¹⁰ ACH Kiss and D Shelton, *International Environmental Law*, 2nd edn, (Transnational Publishers, 2000), p. 263, cited in Arie Trouwborst, “Prevention, Precaution, Logic and Law - The Relationship between the Precautionary Principle and the Preventative Principle in International Law and Associated Questions,” *Erasmus Law Review* Issue 2, 2009, p. 105 (112).

¹¹ คดีที่มีส่วนสำคัญในการพัฒนาหลักการนี้ คือ คดี Trail Smelter ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้วินิจฉัยไว้ว่า รัฐไม่อาจใช้หรืออนุญาตให้มีการใช้พื้นที่ในอาณาเขตของตนในลักษณะที่จะก่อให้เกิดความเสียหายในหรือต่อพื้นที่ในอาณาเขตของรัฐอื่น รวมทั้งทรัพย์สินหรือบุคคลภายในอาณาเขตของรัฐอื่น หากความเสียหายนั้นเป็นผลกระทบต่อถิ่นฐานและมีพยานหลักฐานที่ชัดเจนและน่าเชื่อถือสนับสนุน (Trail Smelter case (United States v. Canada) (Arbitration Tribunal) (1941) 3 RIAA 1905).

¹² UNGA ‘Report of the United Nations Conference on Environment and Development Annex I : Rio Declaration on Environment and Development’ (adopted 14th June 1992) UN Doc A/CONF 151/26/Rev1 (Rio Declaration) Principle 2; ถ้อยคำเช่นนี้เคยปรากฏมาก่อนแล้วในปฏิญญาสตอกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 (Stockholm Declaration on the Human Environment) หลักการที่ 21 แต่ในปฏิญญาริโอได้มีการเพิ่มความเล็กน้อย คือ จากในปฏิญญาสตอกโฮล์มที่กล่าวถึงเพียงนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมของรัฐ เป็น “นโยบายด้านสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาของรัฐ” (UNGA, ‘Report of the United Nations Conference on the Human Environment’, (adopted 16th June 1972) UN Doc A/CONF48/14/Rev1 (Stockholm Declaration))

อย่างไรก็ตาม หลักการ No-Harm มีความแตกต่างจากหลักการป้องกัน คือ เป็นหลักการที่มีพื้นฐานมาจากการเคารพในอำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐโดยเน้นที่การกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อไม่ให้มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในรัฐอื่น ๆ ในขณะที่หลักการป้องกันมุ่งเน้นที่การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นเป้าหมายหลักในตัวเอง และมีผลครอบคลุมถึงการป้องกันผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมภายในอาณาเขตของตนด้วย¹³

ส่วนที่สอง คือ หลักการที่ 14 ของปฏิญญาริโอ ที่กำหนดว่า “รัฐต้องร่วมมือกันอย่างมีประสิทธิภาพในการลดหรือป้องกันการเคลื่อนย้ายหรือถ่ายโอนกิจกรรมหรือวัตถุใด ๆ ไปยังรัฐอื่นที่ก่อให้เกิดความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อมอย่างร้ายแรง หรือเป็นอันตรายต่อสุขภาพมนุษย์”¹⁴ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หลักการข้อนี้ใช้ถ้อยคำที่ค่อนข้างแคบกว่าแนวคิดโดยทั่วไปของหลักการป้องกัน

นอกจากนี้ ยังมีข้อความในเอกสารระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่แสดงให้เห็นถึงแนวคิดเรื่องการป้องกันอันตรายหรือความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมในบริบทเฉพาะเรื่องอื่น เช่น หลักการที่ 7 ของปฏิญญาสตอกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ที่วางหลักว่า รัฐต้องกระทำการทุกอย่างที่เป็นไปได้เพื่อป้องกันมลพิษในทะเลที่เกิดจากวัตถุที่เป็นอันตรายต่าง ๆ¹⁵

2.1.2 หลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle)

2.1.2.1 ความเป็นมา

หลักการระวังไว้ก่อนมีต้นกำเนิดในประเทศเยอรมนีโดยเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายทางสิ่งแวดล้อมของเยอรมนี ตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ. 1970 มีชื่อเรียกว่า *Vorsorgeprinzip*¹⁶ ต่อมาได้รับการรับรองในสนธิสัญญาและเอกสารความร่วมมือระหว่างประเทศหลายฉบับ¹⁷ แต่ที่เป็นที่ยอมรับกันมากที่สุด คือ หลักการที่ 15 ของปฏิญญาริโอ¹⁸ ซึ่งระบุถึงหลักการระวังไว้ก่อนไว้อย่างชัดเจน ดังนี้

¹³ P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, 4th edn, (Cambridge : Cambridge University Press, 2018), p. 212. Arie Trouwborst, *op. cit.* 10, pp. 112-113.

¹⁴ Rio Declaration Principle 14

¹⁵ Stockholm Declaration Principle 7

¹⁶ Sonja Boehmer-Christiansen, “The Precautionary Principle in Germany – Enabling Government” in Timothy O’Riordan and James Cameron (eds) *Interpreting the Precautionary Principle* (Routledge 1994), p. 31. cited in Lee Godden, Jacqueline Peel, and Jan McDonald, *Environmental Law*, (Oxford : Oxford University Press, 2018), p. 82.

¹⁷ ก่อนมีการจัดทำปฏิญญาริโอฯ มีอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยการปกป้องชั้นบรรยากาศโอโซน ค.ศ. 1985 ที่ได้กำหนดไว้ในอารัมภบทว่า “พึงระลึกถึงมาตรการระวังไว้ก่อนในการปกป้องชั้นบรรยากาศโอโซนซึ่งได้มีการนำมาใช้ในระดับประเทศและระดับระหว่างประเทศ” (The Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer (adopted 22 March 1985, entered into force 22 September 1988) (1985) 1513 UNTS 293); ฤกษ์ ช่างกล่อม, (มีต่อหน้าถัดไป)



“ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม รัฐทั้งหลายต้องนำแนวคิดที่ว่าด้วยการระวังไว้ก่อน มาใช้อย่างกว้างขวางตามความสามารถของตน ในกรณีที่มีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายที่รุนแรง หรือไม่อาจแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้ การขาดความแน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ไม่อาจถูกยกเป็นข้ออ้าง เพื่อคัดค้านการใช้มาตรการป้องกันที่มีประสิทธิภาพคุ้มค่าเพื่อป้องกันความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อมได้”¹⁹

การใช้หลักการระวังไว้ก่อนมีความแตกต่างจากหลักการป้องกัน ในส่วนของเงื่อนไขเรื่องระดับความไม่แน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหาย ต่อสิ่งแวดล้อม กล่าวคือ หลักการป้องกันจะใช้กับกรณีของความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายที่ทราบอยู่แล้ว หรือเป็นความเสี่ยงที่น่าจะเกิดหรือคาดการณ์ไว้²⁰ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นกรณีที่ทราบถึงความสัมพันธ์ ระหว่างความเสี่ยงและผลกระทบแล้ว โดยอาจเป็นปัญหามลพิษเรื้อรังหรือความเสี่ยงที่เกิดขึ้นซ้ำ ๆ ก็ได้ ส่วนหลักการระวังไว้ก่อนจะเป็นหลักการที่มีขึ้นเพื่ออุดช่องว่างในกรณีที่ขาดความชัดเจนแน่นอนของหลักฐาน ทางวิทยาศาสตร์²¹ ในมุมมองของหลักการป้องกันที่เคร่งครัด การใช้มาตรการป้องกันความเสียหายจะขึ้นอยู่กับ เงื่อนไขเรื่องความแน่นอนที่จะเกิดอันตราย ในขณะที่หลักการระวังไว้ก่อนเรียกร้องให้ใช้มาตรการ ตั้งแต่มีความเป็นไปได้ที่จะเกิดความเสียหายขึ้น โดยไม่จำเป็นต้องมีความแน่นอน²² อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริง

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 17)

การจัดตั้งศาลสิ่งแวดล้อมกับปัญหาระบบความยุติธรรม, (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2556), น. 92, ใน จักรวดี มนูญพงศ์, “หลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle) : สารสำคัญ คำบังคับทางกฎหมาย และคำวินิจฉัยของศาลปกครอง” ใน คณะทำงานหนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ สำนักงานศาลปกครอง (บรรณาธิการ) หนังสือที่ระลึก เนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ (กรุงเทพฯ : สหมิตรพรินต์ติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2565), น. 345.

¹⁸ C Tollefson & J Thornback, “Litigating the Precautionary Principle in Domestic Courts,” Journal of Environmental Law and Practice Issue 19, 2008, p. 33 (36).

¹⁹ Rio Declaration Principle 15

²⁰ *op. cit.* 5

²¹ *op. cit.* 4, p. 116.

²² D Freestone and Z Makuch, “The New International Environmental Law of Fisheries : The 1995 UN Straddling Stocks Convention” Yearbook of International Environmental Law Issue 7, 1996, p. 3 (13); DM Dzidzornu, “Four Principles in Marine Environment Protection: A Comparative Analysis,” Ocean Development and International Law Issue 29, 1998, p. 91 (100); D Freestone, “International Fisheries Law Since Rio : The Continued Rise of the Precautionary Principle,” in A Boyle and D Freestone (eds.) International Law and Sustainable Development, (Oxford : Oxford University Press, 1999) p. 139.; J Juste Ruiz, Derecho Internacional del Medio Ambiente, (McGraw-Hill, 1999), p. 78; M Kaiser, “Fish-Farming and the Precautionary Principle : Context and Values in Environmental Science for Policy,” Foundations of Science Issue 2, 1997, p. 307 (312); N Haigh, “The Introduction of the Precautionary Principle into the UK” in T O’Riordan and J Cameron (eds.) (มีต่อหน้าถัดไป)

รัฐต่าง ๆ ไม่ได้สนใจที่จะแยกแยะขอบเขตการใช้สองหลักการนี้เท่าใดนัก และมักจะอ้างอิงหลักการระงับไว้ก่อนเพียงหลักการเดียวกับทุกสถานการณ์²³

2.1.2.2 แนวทางในการตีความที่เป็นไปได้

1) ข้อความคิดเกี่ยวกับ “ความไม่แน่นอน” (Uncertainty)

ปัญหาเรื่องความแน่นอนนั้น ในวงการวิทยาศาสตร์เป็นที่ยอมรับกันว่า หากข้อมูลมีระดับความแน่นอนอยู่ที่ร้อยละ 95 ก็ถือว่ามีความแน่นอนแล้ว เนื่องจากการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ได้ ไม่ได้หมายความว่า ความไม่แน่นอนทั้งหมดจะถูกขจัดออกไป²⁴ โดย Zander ให้ความเห็นไว้ว่า หลักการระงับไว้ก่อน อาจถือได้ว่าใช้ในกรณีที่ระดับความแน่นอนอยู่ระหว่างร้อยละ 0 ถึงร้อยละ 95 ส่วนความแน่นอน ตั้งแต่ระดับร้อยละ 95 ขึ้นไปอยู่ในขอบเขตของหลักการป้องกัน²⁵ นอกจากนี้ ความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์ อาจหมายถึงกรณีที่ทราบถึงอันตรายหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแล้ว แต่ยังไม่เข้าไปถึงความน่าจะเป็น (Probability) ลักษณะ (Kind) หรือความรุนแรง (Gravity) ของความเสี่ยงอย่างสมบูรณ์²⁶ นักวิชาการจำนวนหนึ่ง ได้พยายามจำแนกระดับและที่มาของความไม่แน่นอนไว้ โดยอาจสรุปเรียงลำดับจากระดับความไม่แน่นอน ที่ต่ำที่สุดไปถึงระดับสูงสุด ดังนี้

(1) ความคลาดเคลื่อน (inexactness) เป็นความไม่แน่นอน ที่สามารถอธิบายได้ในทางสถิติ เช่น ความไม่แน่นอนโดยธรรมชาติของข้อมูล เนื่องจากมาตรวัดต่าง ๆ

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 22)

Interpreting the Precautionary Principle, (Cameron & May, 1994) p. 241. Cited in Arie Trouwborst, “Prevention, Precaution, Logic and Law - The Relationship between the Precautionary Principle and the Preventative Principle in International Law and Associated Questions,” Erasmus Law Review Issue 2, 2009, p. 105 (116-117).

²³ Arie Trouwborst, “Prevention, Precaution, Logic and Law – The Relationship between the Precautionary Principle and the Preventative Principle in International Law and Associated Questions,” Erasmus Law Review Issue 2, 2009, p. 105 (124).

²⁴ J Lemons, K Schrader-Frechette and C Cranor, “The Precautionary Principle: Scientific Uncertainty and Type I and Type II Errors,” Foundations of Science Issue 2, 1997, p. 207; J Tickner and C Raffenberger, The Precautionary Principle in Action : A Handbook, [Online], retrieved from www.mindfully.org/Precaution/Precaution-In-Action-Handbook.pdf accessed 1 March 2010, cited in Joakim Zander, The Application of the Precautionary Principle in Practice : Comparative Dimensions, (Cambridge University Press, 2010), p. 15.

²⁵ Joakim Zander, The Application of the Precautionary Principle in Practice : Comparative Dimensions, (Cambridge University Press, 2010), p. 15.

²⁶ Laura Schuijers, “Responding to Ecological Uncertainty in the Context of Climate Change : Thirty Years of the Precautionary Principle in Australia,” Sydney Law Review Issue 1, 2023, p. 249 (258).



ในความเป็นจริงจะไม่สามารถแสดงค่าที่แท้จริงของสิ่งที่วัดได้ จึงมีความไม่เที่ยงตรงหรือไม่แม่นยำ ทำให้ค่าที่ได้ไม่สมบูรณ์อยู่เสมอ

(2) ขาดการเก็บหรือวัดระดับข้อมูล (lack of observations or measurements) หากมีการศึกษาวิจัยและเก็บข้อมูลมากขึ้น ความไม่แน่นอนนี้ก็จะลดลงได้

(3) ข้อมูลมีความขัดแย้งกัน (conflicting evidence) หากมีการศึกษาเพิ่มเติมอาจลดความไม่แน่นอนชนิดนี้ได้เช่นกัน

(4) ไม่สามารถเก็บข้อมูลได้ในปัจจุบันและในอนาคตอันใกล้ได้ (practically immeasurable)

(5) มีความเสี่ยงที่ซ่อนอยู่หรือคาดไม่ถึง (ignorance) ทำให้ไม่ทราบถึงความเสี่ยงดังกล่าวจึงไม่สามารถพิจารณาได้ กรณีนี้แตกต่างจากสื่กรณี่แรกที่สามารถระบุความเสี่ยงได้ แต่ยังไม่สามารถบอกระดับความรุนแรงและความน่าจะเป็นได้แน่นอน²⁷

2) ระดับความเข้มข้นในการตีความ

ในสองหลักการนี้ หลักการระวังไว้ก่อนเป็นหลักการที่ยังมีการถกเถียงกันอย่างมากเกี่ยวกับความหมายและขอบเขตการใช้ เนื่องจากแม้จะมีข้อความคิดพื้นฐานดังที่กล่าวไว้ข้างต้น แต่ไม่สามารถตอบได้ชัดเจนว่า ในสถานการณ์หนึ่ง ๆ จะต้องใช้ความระมัดระวังเพียงใด²⁸ ความแตกต่างในการตีความหลักการระวังไว้ก่อนอาจพบได้ในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) ระดับความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายที่ควรจะต้องบังคับใช้หลักการระวังไว้ก่อน

(2) การพิจารณาว่าจะนำมาตรการระวังไว้ก่อนใดมาใช้ ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างความเสี่ยงที่เป็นไปได้กับข้อพิจารณาอื่นหรือไม่ เช่น ค่าใช้จ่าย หรือปัจจัยอื่น ๆ

(3) หลักการระวังไว้ก่อนก่อให้เกิดหน้าที่เชิงรุกที่จะต้องกระทำการใด ๆ หรือเพียงแต่เป็นการยอมให้กระทำการได้

²⁷ MBA van Asselt, Perspectives on Uncertainty and Risk : The PRIMA Approach to Decision Support, (Kluwer, 2000); WE Walker et al, “Defining Uncertainty : A Conceptual Basis for Uncertainty Management in Model-Based Decision Support,” Integrated Assessment Issue 1, 2003, p. 12., cited in Joakim Zander, *op. cit.* 25, pp. 16-17.

²⁸ D Bodansky, “Scientific Uncertainty and the Precautionary Principle,” Environment Issue 7, 1991, p. 4 (43); G Marchant, “Biotechnology and the Precautionary Principle: Right Question, Wrong Answer,” International Journal of Biotechnology Issue 1, 2002, p. 34 (34-45)., cited in Gary E. Marchant, “From General Policy to Legal Rule : Aspirations and Limitations of the Precautionary Principle,” Environmental Health Perspectives Issue 14, 2003, p. 1799 (1800).

(4) ภาระการพิสูจน์ความมียู่หรือไม่มีอยู่ของความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายตกอยู่แก่ฝ่ายใด²⁹

จากข้อพิจารณาดังกล่าว แนวทางการตีความหลักการนี้อาจสรุปได้เป็น 3 ระดับ ดังนี้³⁰

(1) ระดับเข้มข้นน้อย (weak)

นิยามของหลักการระงับไว้ก่อนที่มีอิทธิพลในทางระหว่างประเทศส่วนใหญ่อยู่ในระดับนี้ เช่น นิยามตามปฏิญญาริโอ การตีความแบบนี้เน้นที่การปฏิเสธไม่ให้ยับยั้งความไม่แน่นอนในทางวิทยาศาสตร์ขึ้นมาเป็นข้ออ้างที่จะขัดขวางการใช้มาตรการป้องกันความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม³¹ เนื่องจากในอดีต แม้จะมีความไม่แน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับผลกระทบของกิจกรรมใด ๆ แต่โดยหลักแล้ว ผู้มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการจะอนุญาตให้มีการดำเนินกิจกรรมนั้นไปก่อน³² ลักษณะประการที่สอง คือ หากตีความในระดับนี้ หลักการระงับไว้ก่อนจะถูกนำมาใช้ก็ต่อเมื่อความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายเป็นเรื่องที่รุนแรง (serious) ไม่สามารถแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้ (irreversible) หรือเป็นเรื่องที่มีนัยสำคัญ (significant) โดยจะต้องมีหลักฐานเกี่ยวกับความเป็นไปได้ที่จะเกิดและความรุนแรงของผลกระทบนั้นด้วย นอกจากนี้ อาจมีการกำหนดให้พิจารณาเรื่องความคุ้มค่า (cost-effective) ของมาตรการระงับไว้ก่อนที่จะนำมาใช้ด้วย สำหรับการพิสูจน์ว่ามีความจำเป็นต้องใช้มาตรการระงับไว้ก่อน (the burden of proof) หรือไม่นั้น มักจะตกแก่ผู้ที่ต้องการให้ใช้มาตรการดังกล่าว³³

²⁹ Deborah C Peterson, “Precaution: Principles and Practice in Australian Environmental and Natural Resource Management,” Australian Journal of Agricultural and Resource Economics Issue 4, 2006, p. 469 (471).

³⁰ R Cooney, “From Promise to Practicalities : the Precautionary Principle in Biodiversity Conservation and Natural Resource Management,” in R Cooney and B Dickson (eds) Biodiversity and the Precautionary Principle : Risk, Uncertainty and Practice in Conservation and Sustainable Use, (Earthscan, 2005), pp. 3-17; J Wiener, “Precaution In a Multi-Risk World” in Paustenbach’ in D Paustenbach (ed) Human and Ecological Risk Assessment : Theory and Practice, (Wiley-Interscience 2002) pp. 1509-1531, cited in *op. cit.* 29, p. 471.

³¹ *op. cit.* 29

³² R Cooney, The Precautionary Principle in Biodiversity Conservation and Natural Resource Management : An issues paper for policy-makers, researchers and practitioners, (Gland, Switzerland and Cambridge : IUCN, 2004), p. 5.

³³ *op. cit.* 29, p. 472.



(2) ระดับเข้มข้นปานกลาง (moderate)

การตีความที่ระดับความเข้มข้นปานกลางนั้น เป็นกรณีที่เรียกร้องให้มีมาตรการบางอย่างเพื่อป้องกันความเสี่ยง มิใช่เพียงการปฏิเสธข้ออ้างอย่างในการตีความรูปแบบแรก อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ กรณีนี้ไม่ได้แตกต่างจากการตีความระดับเข้มข้นน้อยมากนัก เพียงแต่ถ้อยคำที่ใช้จะแสดงถึงการใช้มาตรการที่เข้มข้นกว่า นอกจากนี้ การตีความแบบนี้มักไม่มีข้อกำหนดอย่างชัดเจนให้พิจารณามาตรการโดยประเมินปัจจัยต่าง ๆ ได้แก่ ต้นทุนทางเศรษฐศาสตร์หรือสังคม เกณฑ์ที่จะเริ่มใช้มาตรการอาจกำหนดแบบผ่อนคลายกว่า เช่น ใช้คำเพียงว่า “ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้” (potential damage) ส่วนภาระการพิสูจน์ยังเป็นเช่นเดียวกับการตีความแบบเข้มข้นน้อย³⁴

(3) ระดับเข้มข้นมาก (strong)

การตีความในระดับที่เข้มข้นมากมีการเรียกร้องให้ใช้มาตรการเพื่อป้องกันความเสียหายเช่นเดียวกับแบบที่สอง ส่วนเกณฑ์การใช้ข้อกำหนดเพียงว่า หากมีความเสียหายเกิดขึ้นก็ต้องนำหลักการระวังไว้ก่อนมาพิจารณา ส่วนที่แตกต่างจากสองแบบแรกอย่างชัดเจน คือ มีการผลักภาระการพิสูจน์ให้ตกแก่ผู้ที่ต้องการดำเนินกิจกรรมที่อาจก่อความเสียหายที่จะต้องพิสูจน์ว่า ผลกระทบ กระบวนการ หรือเทคโนโลยีของตนมีความปลอดภัยเพียงพอ หากไม่สามารถพิสูจน์ได้ก็จะไม่อนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมนั้น ๆ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า โดยทั่วไปแล้วหน่วยงานของรัฐมักไม่ใช้แนวทางที่เข้มข้นนี้ ส่วนใหญ่ข้อกำหนดตามแนวทางการตีความนี้จะถูกกำหนดโดยองค์กรภาคเอกชน ดังนั้น การตีความแบบนี้จึงมักจะไม่ได้มีสถานะทางกฎหมายทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ³⁵

2.1.2.3 มาตรการระวังไว้ก่อนที่อาจนำมาใช้

การตัดสินใจบนพื้นฐานของหลักการระวังไว้ก่อนอาจเป็นไปในสามลักษณะใหญ่ ๆ คือ

- 1) ห้ามไม่ให้ดำเนินกิจกรรมที่มีความเสี่ยงนั้นเด็ดขาด
- 2) ให้งดการดำเนินกิจกรรมไว้จนกว่าจะทราบข้อมูลเพิ่มเติม
- 3) อนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมนั้นได้ แต่ต้องมีมาตรการเพื่อลดโอกาส

หรือความเสียหายที่จะเกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม หรือมีการตรวจประเมินผลกระทบอย่างใกล้ชิด³⁶

³⁴ Ibid

³⁵ Ibid, pp. 472-473.

³⁶ จักรวดี มนูญพงศ์, “หลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle) : สำคัญ คำบังคับทางกฎหมาย และคำวินิจฉัยของศาลปกครอง” ใน คณะทำงานหนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ สำนักงานศาลปกครอง (บรรณาธิการ), หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ (กรุงเทพฯ : สหมิตรพริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2565), น. 347; Henk van den Belt, “Debating the Precautionary Principle : “Guilty until Proven Innocent” or “Innocent until Proven Guilty”?,” Plant Physiology Issue 3, 2003, p. 1122 (1123).

3. การปรับใช้หลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อนในเครือรัฐออสเตรเลีย

หลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อนเป็นหลักการที่กฎหมายและนโยบายทางสิ่งแวดล้อมของเครือรัฐออสเตรเลียให้ความสำคัญ โดยเฉพาะหลักการระวังไว้ก่อนที่เครือรัฐออสเตรเลียเป็นประเทศแรก ๆ ที่รับเข้ามากำหนดไว้ในนโยบายด้านสิ่งแวดล้อม ทั้งยังมีกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมหลายฉบับบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนและมีคำพิพากษาวางแนวทางในการตีความไว้³⁷ ส่วนหลักการป้องกันมีการกล่าวถึงบ้าง แต่น้อยกว่าหลักการระวังไว้ก่อน รายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1 บทบัญญัติของกฎหมายและเอกสารแนวนโยบายที่สำคัญ

3.1.1 ข้อตกลงระหว่างรัฐบาลว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 1992 (Inter - Governmental Agreement on the Environment (1992))

ในยุคเริ่มแรก หลักการระวังไว้ก่อนได้รับการยอมรับและกำหนดลงในเอกสารทางนโยบายที่สำคัญของเครือรัฐออสเตรเลีย คือ ข้อตกลงระหว่างรัฐบาลว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 1992 ซึ่งเอกสารฉบับนี้ผูกพันรัฐบาลในทุกระดับให้ต้องนำหลักการระวังไว้ก่อนมาพิจารณาในการกำหนดนโยบายทางสิ่งแวดล้อม และเอกสารดังกล่าวได้วางแนวทางเพิ่มเติมไว้ด้วยว่า การใช้หลักการระวังไว้ก่อนในการตัดสินใจทั้งทางมหาชนและเอกชนนั้น หากเป็นไปได้ จะต้องอาศัยการประเมินอย่างรอบคอบ เพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่รุนแรงหรือไม่สามารถแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้ และต้องมีการประเมินผลลัพธ์ของทางเลือกต่าง ๆ โดยพิจารณาจากความเสี่ยงด้วย³⁸

3.1.2 กฎหมายระดับสหพันธรัฐ : พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 (Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999)

ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศที่มีระบบการปกครองแบบสหพันธรัฐ จึงมีกฎหมายทั้งระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐ โดยหลักแล้วมลรัฐมีอำนาจออกกฎหมายขึ้นใช้บังคับเอง ยกเว้นบางเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจของสหพันธรัฐหรือมีอำนาจร่วมกัน³⁹ สำหรับพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 ของสหพันธรัฐนี้ เป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรการในการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในเรื่องที่มีความสำคัญทางสิ่งแวดล้อมระดับชาติ (Matters of National Environmental Significance) เช่น พื้นที่ที่ได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นมรดกโลก พื้นที่ชุ่มน้ำตามอนุสัญญาแรมซาร์ สิ่งมีชีวิตที่มีความเสี่ยงที่จะสูญพันธุ์ พื้นที่อุทยานทางทะเลเกรทแบร์ริเออร์ฟ เป็นต้น

³⁷ Jacqueline Peel, “Interpretation and Application of the Precautionary Principle : Australia’s Contribution” Review of European Community & International Environmental Law Issue 1, 2009, p. 11 (11).

³⁸ Ibid, pp. 12-13; Council of Australian Governments, Inter-Governmental Agreement on the Environment 1 May 1992 (IGAE)

³⁹ เช่น ตามรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย มาตรา 51 บัญญัติกรณีที่สหพันธรัฐมีอำนาจร่วมกับมลรัฐและมาตรา 52 บัญญัติกรณีที่เป็นอำนาจโดยเฉพาะของสหพันธรัฐ



รวมทั้งการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ในพื้นที่ที่อยู่ในอำนาจของสหพันธรัฐหรือการดำเนินกิจกรรมโดยหน่วยงานสหพันธรัฐ จากการศึกษาตัวบทกฎหมายดังกล่าวพบว่า มีการสอดแทรกหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน ทั้งโดยชัดแจ้งและโดยนัย ดังนี้

3.1.2.1 บทบัญญัติที่รับรองหลักการระงับไว้ก่อนโดยเฉพาะ

พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 มาตรา 3(1)(b) บัญญัติว่า กฎหมายนี้มีขึ้นเพื่อส่งเสริมหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนทางระบบนิเวศน์ หรือ “The Principles of Ecologically Sustainable Development” ซึ่งมาตรา 3A(b) ของกฎหมายดังกล่าว บัญญัติให้หลักการระงับไว้ก่อนเป็นหลักการย่อยหนึ่งของหลักการดังกล่าว โดยระบุว่า

“ถ้ามีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายที่รุนแรง (serious) หรือไม่อาจแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้ (irreversible) ต่อสิ่งแวดล้อม การขาดความแน่นอนทางวิทยาศาสตร์ไม่อาจถูกหยิบยกเป็นข้ออ้างที่จะผัดผ่อนการใช้มาตรการเพื่อป้องกันความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อมได้”⁴⁰

เห็นได้ว่า ข้อความดังกล่าวแสดงถึงสาระสำคัญของหลักการระงับไว้ก่อน ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับหลักการที่ 15 ของปฏิญญาริโอ

3.1.2.2 บทบัญญัติให้นำหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้ในการตัดสินใจ

หรือวินิจฉัยตามกฎหมาย

มาตรา 391 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายนี้ ต้องนำหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้ในการพิจารณาคำสั่งในเรื่องต่าง ๆ ที่กำหนดไว้เท่าที่จะสามารถทำได้ โดยสอดคล้องกับบทบัญญัติอื่น ๆ ของกฎหมายนี้ โดยมีการบัญญัติกรณีที่จะต้องนำหลักการระงับไว้ก่อนมาพิจารณาเป็นรายกรณี เช่น มาตรา 75 การพิจารณาว่ากิจกรรมที่จะดำเนินการเป็น “กิจกรรมควบคุม”

⁴⁰ Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999 (Cth) (‘EPBC Act (Cth)’ s 3(A) :

“The following principles are principles of ecologically sustainable development :

(a) decision-making processes should effectively integrate both long-term and short-term economic, environmental, social and equitable considerations;

(b) if there are threats of serious or irreversible environmental damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to prevent environmental degradation;

(c) the principle of inter-generational equity—that the present generation should ensure that the health, diversity and productivity of the environment is maintained or enhanced for the benefit of future generations;

(d) the conservation of biological diversity and ecological integrity should be a fundamental consideration in decision-making;

(e) improved valuation, pricing and incentive mechanisms should be promoted.”

หรือไม่ มาตรา 133 การพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติให้มีการดำเนินกิจกรรมใดกิจกรรมหนึ่ง มาตรา 201 การพิจารณาออกใบอนุญาตให้ล่า เคลื่อนย้าย ค้าขาย สิ่งมีชีวิตที่ขึ้นทะเบียนว่าเสี่ยงต่อการสูญพันธุ์ หรือสร้างความเสียหายต่อแหล่งที่อยู่อาศัยของสิ่งมีชีวิตดังกล่าว เป็นต้น

3.1.2.3 บทบัญญัติเรื่องการขอความเห็นชอบจากรัฐมนตรีและการประเมิน

ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

หมวดที่ 2 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการที่มี จะมี หรืออาจจะมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในแต่ละด้านตามที่บัญญัติไว้ เว้นแต่รัฐมนตรีผู้รักษาการจะให้ความเห็นชอบหรือเข้าชื่อยกเว้นที่ไม่ต้องได้รับความเห็นชอบก่อนดำเนินการ เช่น มีความตกลงสองฝ่ายระหว่างสหพันธรัฐและมลรัฐหรือเขตปกครองพิเศษ หรือมีประกาศของรัฐมนตรีกำหนดยกเว้นไว้เช่นนั้น⁴¹ กิจกรรมที่เข้าลักษณะดังกล่าวเรียกว่า “กิจกรรมควบคุม” (Controlled Action) ซึ่งกิจกรรมประเภทนี้จะต้องมีการประเมินผลกระทบที่เกิด (has) จะเกิด (will have) หรืออาจจะมี (is likely to have) ต่อสิ่งแวดล้อมก่อนด้วยวิธีใดวิธีหนึ่งตามที่บัญญัติไว้⁴² เมื่อรัฐมนตรีพิจารณาปัจจัยที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในด้านนั้น ๆ ปัจจัยทางเศรษฐกิจและสังคม โดยคำนึงถึงหลักการว่าด้วยการพัฒนาที่ยั่งยืนทางระบบนิเวศน์ รายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และข้อมูลอื่น ๆ แล้ว ก็อาจมีคำสั่งอนุมัติให้ดำเนินกิจกรรมที่ขออนุญาตได้⁴³ ผลของบทบัญญัติเช่นนี้ คือ เป็นการป้องกันไม่ให้มีการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ที่อาจมีอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมในแต่ละด้านที่บัญญัติไว้จนกว่าจะมีการพิจารณาอย่างรอบคอบถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกิจกรรมนั้น ๆ

3.1.3 กฎหมายระดับมลรัฐ

ในเครือรัฐออสเตรเลีย แต่ละมลรัฐมีอำนาจออกกฎหมายขึ้นบังคับใช้ ในเขตของตนเอง กฎหมายของแต่ละมลรัฐจึงอาจแตกต่างกันออกไปบ้าง ในที่นี้ผู้เขียนขอยกตัวอย่างกฎหมายของมลรัฐวิกตอเรีย ซึ่งมีกฎหมายหลัก คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 (Environment Protection Act 2017 (Vic)) ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1.3.1 บทบัญญัติที่กล่าวถึงหลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อนโดยตรง

1) บทบัญญัติที่รับรองหลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อน

มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 ของมลรัฐวิกตอเรียกล่าวถึงหลักการพื้นฐานว่าด้วยการให้ความสำคัญกับการป้องกันเป็นอันดับแรก หรือ “Principle of Primacy of Prevention” โดยระบุว่าการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดต่อสุขภาพมนุษย์ และต่อสิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่ควรดำเนินการมากกว่าการใช้มาตรการในการแก้ไขเยียวยาหรือลดความเสียหายนั้น

⁴¹ *Ibid*, part 3 division 1

⁴² *ibid*, part 8

⁴³ *Ibid*, section 136



ส่วนมาตรา 20 ได้ให้นิยามหลักการระงับไว้ก่อนในทำนองเดียวกันกับมาตรา 3A(b) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 ของสหพันธรัฐที่ได้กล่าวไว้แล้ว เพียงแต่เพิ่มเติม “อันตรายต่อสุขภาพของมนุษย์” เข้าไปในส่วนของความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นด้วย และนอกจากการป้องกันความเสียหายแล้ว บทบัญญัตินี้ยังกล่าวถึงการลดความเสียหายให้เหลือน้อยที่สุดด้วย อันเป็นการคำนึงถึงความเป็นจริงในทางปฏิบัติที่อาจไม่สามารถป้องกันความเสียหายได้ทั้งหมด⁴⁴ ทั้งนี้ มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 ของมลรัฐวิกตอเรียบัญญัติไว้ชัดเจนว่า ฝ่ายนิติบัญญัติมีเจตนารมณ์ให้นำทั้งสองหลักการและหลักการอื่น ๆ ตามที่บัญญัติไว้มาใช้ในการบริหารงานตามกฎหมายนี้

2) บทบัญญัติให้นำหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน

มาใช้ในการวินิจฉัยสั่งการ

พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 ของมลรัฐวิกตอเรีย สร้างระบบควบคุมการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่องสิ่งแวดล้อมโดยกระบวนการอนุญาต การอนุมัติ หรือการจดทะเบียนกิจกรรมเป็นรายการไป โดยกำหนดปัจจัยที่ต้องนำมาพิจารณาซึ่งรวมถึง หลักการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม อันได้แก่ หลักการระงับไว้ก่อนและหลักการเรื่องการให้ความสำคัญกับการป้องกันเป็นอันดับแรก รวมทั้งหลักการอื่น ๆ ที่บัญญัติไว้⁴⁵

3.1.3.2 บทบัญญัติที่แสดงถึงแนวคิดของหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน

นอกจากการบัญญัติเป็นข้อพิจารณาอย่างชัดแจ้งแล้ว แนวคิดของหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนยังอาจเป็นพื้นฐานของบทบัญญัติเฉพาะต่าง ๆ อีก ดังตัวอย่างต่อไปนี้

1) บทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่โดยทั่วไปในการดูแลรักษา

สิ่งแวดล้อม

มาตรา 25 (1) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 ของมลรัฐวิกตอเรียบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ทั่วไปทางสิ่งแวดล้อม (General Environmental Duty) ว่า บุคคลใดที่ดำเนินกิจกรรมซึ่งอาจมีความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อสุขภาพมนุษย์หรือต่อสิ่งแวดล้อมจากมลพิษหรือสิ่งปนเปื้อน ต้องลดความเสี่ยงดังกล่าวให้เหลือน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ตามสมควรในทางปฏิบัติ (reasonably practicable) หากฝ่าฝืนจะมีความรับผิดทางแพ่ง และถ้าเป็นการกระทำให้การประกอบธุรกิจหรือกิจการซึ่งมีความผิดทางอาญาดำเนิน (2) นอกจากนี้ (4) ของมาตราดังกล่าวยังได้บัญญัติยกตัวอย่างหน้าที่ที่หากละเว้นการปฏิบัติในการประกอบธุรกิจหรือกิจการจะถือว่าฝ่าฝืนหน้าที่ทั่วไปตาม (1) อีกด้วย

⁴⁴ Environment Protection Act 2017 (Vic) s 20 ('EP Act (Vic)') :

"If there exist threats of serious or irreversible harm to human health or the environment, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to prevent or minimise those threats."

⁴⁵ Ibid, chapter 4

เช่น การใช้และบำรุงรักษาโรงงาน อุปกรณ์ กระบวนการ และระบบต่าง ๆ ในลักษณะที่มีความเสี่ยงน้อยที่สุด การมีระบบตรวจจับ ประเมิน และควบคุมความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากกิจกรรม เป็นต้น

2) บทบัญญัติเกี่ยวกับการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม

มลรัฐวิกตอเรียมีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมแยกออกมาต่างหาก คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 1978 (Environment Effects Act 1978 (Vic)) ซึ่งบัญญัติให้เฉพาะกิจกรรมบางประเภทเท่านั้นที่ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่เรียกว่า Environment Effects Statement เช่น โครงการตามที่ประกาศกำหนดให้เป็นโครงการสาธารณะ (Public Works) ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้⁴⁶ หรือโครงการที่อาจมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างมาก ในกรณีที่รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายนี้เห็นสมควร เป็นต้น⁴⁷

3) บทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมโดยระบบการอนุญาต

พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 ของมลรัฐวิกตอเรียบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ด้วยระบบการอนุญาตและการจดทะเบียนไว้หลายประเภท โดยกฎหมายให้อำนาจคณะกรรมการท้องถิ่นในการกำหนดประเภทของกิจกรรมที่ต้องขออนุญาต (License หรือ Permit) หรือจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ (Registration) ก่อน จึงจะดำเนินกิจกรรมนั้น ๆ ได้ และในการอนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ผู้อนุญาตอาจกำหนดเงื่อนไข เช่น ระบุมาตรการที่ผู้ขออนุญาตต้องใช้เพื่อให้เป็นไปตามหน้าที่ทั่วไปทางสิ่งแวดล้อม⁴⁸

4) บทบัญญัติเกี่ยวกับการมีคำสั่งเฉพาะรายเพื่อป้องกันความเสียหาย

พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 ของมลรัฐวิกตอเรียบัญญัติให้กรณีที่เชื่อว่าการฝ่าฝืนกฎหมายหรือเงื่อนไขการอนุญาต รวมถึงดำเนินกิจกรรมหรือเสนอที่จะดำเนินกิจกรรมที่ก่อหรืออาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพมนุษย์หรือต่อสิ่งแวดล้อมจากมลพิษหรือสิ่งปนเปื้อน เจ้าหน้าที่อาจมีคำสั่งเป็นหนังสือให้บุคคลนั้นปรับปรุงการดำเนินการ อาจใช้มาตรการป้องกันหรือลดความเสียหายหรืออาจมีคำสั่งห้ามดำเนินกิจกรรม หากไม่มีการปฏิบัติตามจะมีสภาพบังคับทั้งทางแพ่งและทางอาญา⁴⁹

⁴⁶ มาตรา 2 (1) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 1978 ของมลรัฐวิกตอเรียบัญญัตินิยามไว้ว่า “public works means works undertaken or proposed to be undertaken (whether commenced before, on or after the commencement of the Environment Effects (Amendment) Act 1994), by or on behalf of the Crown or for public statutory bodies but does not include works undertaken by or on behalf of municipal councils” ซึ่งนิยามดังกล่าวระบุเพียงว่า “public works” หมายถึง โครงการที่ดำเนินการหรือมีการเสนอให้ดำเนินการ โดยหรือในนามของราชบัลลังก์ หรือเพื่อหน่วยงานที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายโดยมีวัตถุประสงค์ในทางสาธารณะ ซึ่งไม่รวมถึงหน่วยงานปกครองส่วนท้องถิ่น โดยไม่ได้รับระบุไว้อย่างชัดเจนว่าหมายถึงโครงการประเภทใดบ้าง

⁴⁷ Environment Effects Act 1978 (Vic) s 3-8C

⁴⁸ EP Act (Vic) ch 4; EP Act (Vic) s 465(2), Schedule 1

⁴⁹ EP Act (Vic) chapter 10



5) บทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการเสริมอื่น ๆ

พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 ของมลรัฐวิกตอเรีย ได้บัญญัติมาตรการอื่น ๆ ที่สามารถส่งเสริมการใช้หลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อนให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นด้วย เช่น บทบัญญัติที่ให้กรรมการท้องถิ่นมีอำนาจประกาศกำหนดมาตรฐานอ้างอิง (Reference Standards)⁵⁰ และอนุมัติคู่มือแนวทางการปฏิบัติ (Compliance Codes)⁵¹ และเจ้าหน้าที่อาจมีคำแนะนำเฉพาะกรณี (Position Statements)⁵² บทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจประเมินทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Audit)⁵³ เป็นต้น

3.2 การปรับใช้และการตีความของศาล

3.2.1 ลักษณะคดีพิพาทที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลในเครือรัฐออสเตรเลีย

คดีสิ่งแวดล้อมโดยทั่วไป รวมทั้งคดีเกี่ยวกับหลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อนที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลในเครือรัฐออสเตรเลีย อาจแบ่งออกได้เป็นสามประเภท คดีประเภทแรก คือ การฟ้องเพื่อบังคับทางแพ่ง ซึ่งมักจะเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฟ้องเอกชนที่กระทำผิดหรือฝ่าฝืนกฎหมาย หรือเป็นคดีที่เอกชนฟ้องตนเอง หรือฟ้องเจ้าหน้าที่ที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย⁵⁴ คดีประเภทที่สอง คือ การขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย (Judicial Review) ของคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ รวมทั้งการพิจารณาไม่ออกคำสั่ง ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยศาล ค.ศ. 1977 (Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977 (Cth)) ของสหพันธรัฐ ที่บัญญัติเหตุในการขอให้ศาลตรวจสอบคำสั่งทางปกครองไว้หลายประการ ซึ่งศาลมีอำนาจตรวจสอบในสามลักษณะใหญ่ ๆ ได้แก่ ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความไม่มีเหตุผล และความไม่ถูกต้องในเชิงกระบวนการ โดยในการตรวจสอบประเภทนี้ ศาลจะไม่พิจารณาในเนื้อหาของคำสั่งหรือการกระทำนั้น เว้นแต่เป็นกรณีที่จำเป็นต้องพิจารณาเนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลจะใช้อำนาจพิจารณาอย่างระมัดระวัง นอกจากนี้ ศาลจะไม่ใช้ดุลพินิจแทนฝ่ายปกครองและไม่พิพากษาให้เกิดผลลัพธ์ไปในทางใดทางหนึ่ง เพราะการชี้แนะนักและพิจารณาเลือกใช้มาตรการเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายปกครองตามหลักการ

⁵⁰ *Ibid*, chapter 5 part 5.2

⁵¹ *Ibid*, chapter 5 part 5.3

⁵² *Ibid*, chapter 5 part 5.4

⁵³ *Ibid*, chapter 8 part 8.3

⁵⁴ Brian Preston, “The Australian Experience on Environmental Law,” *Environmental and Planning Law Journal* Issue 6, 2018, p. 637 (654).

แบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย⁵⁵ ตัวอย่างของคดีประเภทนี้ เช่น ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งทางปกครอง จากการกระทำที่เกี่ยวข้อง หรือจากการไม่ออกคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 สามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลสหพันธรัฐได้ตามมาตรา 487 (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ประกอบกับมาตรา 5 ถึงมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยศาล ค.ศ. 1977 ของสหพันธรัฐ⁵⁶ ส่วนคดีประเภทที่สาม คือ การขอให้ตรวจสอบเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองโดยผู้รับคำสั่งนั้น หรือโดยบุคคลที่สาม (Merit Review) กรณีนี้มักเป็นการตรวจสอบโดยองค์กรในฝ่ายบริหารเอง โดยผู้ตรวจสอบมีอำนาจและดุลพินิจเสมือนเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งในเรื่องนั้น ๆ จึงสามารถตรวจสอบไปถึงความเหมาะสมของคำสั่งได้ และอาจมีคำสั่งใหม่ทดแทนคำสั่งเดิมได้เลย⁵⁷ ตัวอย่างของการตรวจสอบเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ ผู้ยื่นคำขออนุมัติโครงการพัฒนาต่าง ๆ ที่ไม่พอใจในคำสั่งของเจ้าหน้าที่สามารถอุทธรณ์คำสั่งนั้นต่อศาลที่ดินและสิ่งแวดล้อมแห่งมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ได้ตามมาตรา 8.7 แห่งพระราชบัญญัติการวางแผนและการประเมินทางสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 1979 ของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ (Environmental Planning and Assessment Act 1979 (NSW)) โดยศาลมีอำนาจและดุลพินิจเช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งตามมาตรา 8.14 (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

สำหรับหลักการระงับไว้ก่อน มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ข้อโต้แย้งที่มีถูกหยิบยกขึ้นมาในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง มีดังนี้

(1) เมื่อมีการบัญญัติหลักการระงับไว้ก่อนไว้โดยเฉพาะในกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีอาจมีการโต้แย้งว่าเจ้าหน้าที่ผู้สั่งการไม่ได้พิจารณาถึงหลักการดังกล่าว จึงเป็นเหตุให้เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁵⁸ ซึ่งอาจขอให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยอ้างว่าเป็นการใช้อำนาจที่ไม่เหมาะสม

⁵⁵ *op. cit.* 26, p. 261; *Lawyers for Forests Inc v Minister for the Environment, Heritage and the Arts* (2009) 165 LGERA p. 203 (219) [36] cited in *op. cit.* 26, p. 261; Warwick Gullett, “Environmental Protection and the “Precautionary Principle”: a Response to Scientific Uncertainty in Environmental Management,” *Environmental and Planning Law Journal* Issue 1, 1997, p. 52 (60), cited in Warwick Gullett, “The Threshold Test of the Precautionary Principle in Australian Courts and Tribunals: Lessons for Judicial Review,” in Elizabeth Fisher, Judith Jones, and René von Schomberg (eds) *Implementing the Precautionary Principle: Perspectives and Prospects*, (Edward Elgar Publishing Limited, 2006), p. 187; *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] 1 AC 374, 410 cited in *op. cit.* 54, pp. 654-655; *Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977* (Cth) s 5- s 7; SW Howe, *Administrative law*, (LexisNexis Butterworths, 2020), p. 32.

⁵⁶ EPBC Act (Cth) s 487 (1)

⁵⁷ *op. cit.* 54, p. 655; SW Howe, *Administrative law*, (LexisNexis Butterworths, 2020), p. 28.

⁵⁸ Warwick Gullett, “The Threshold Test of the Precautionary Principle in Australian Courts and Tribunals: Lessons for Judicial Review” in Elizabeth Fisher, Judith Jones, and René von Schomberg (eds), *Implementing the Precautionary Principle: Perspectives and Prospects*, (Edward Elgar Publishing Limited, 2006), p. 187.



ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เนื่องจากเจ้าหน้าที่ไม่นำข้อพิจารณาที่เกี่ยวข้องมาพิจารณาในการใช้อำนาจออกคำสั่งหรือกระทำการตามมาตรา 5(1)(e) ประกอบกับมาตรา 5(2)(b) แห่งพระราชบัญญัติการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยศาล ค.ศ. 1977

(2) เมื่อเจ้าหน้าที่พิจารณามีคำสั่งโดยใช้หลักการระงับไว้ก่อน ผู้ฟ้องคดีอาจโต้แย้งว่าไม่เข้าเงื่อนไขที่จะใช้หลักการนี้ โดยอาจอ้างว่าเป็นการใช้อำนาจที่ไม่เหมาะสมตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เนื่องจากเจ้าหน้าที่นำข้อพิจารณาที่ไม่เกี่ยวข้องมาพิจารณาตามมาตรา 5(1)(e) ประกอบกับมาตรา 5(2)(a) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว นอกจากนี้ อาจมีการโต้แย้งในเนื้อหาของคำสั่งด้วย เช่น โต้แย้งว่าการใช้หลักการระงับไว้ก่อนจะก่อให้เกิดภาระเกินสมควร⁵⁹

3.2.2 ตัวอย่างคดีที่น่าสนใจ

ในเครือรัฐออสเตรเลีย ศาลได้วางหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการใช้หลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนไว้ในคดีจำนวนมาก ในที่นี้ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างคดีที่น่าสนใจ ดังต่อไปนี้

3.2.2.1 คดี *Leatch v National Parks & Wildlife Service (Leatch)*

คดีนี้มีมูลเหตุมาจากกรณีที่สภาเมือง Shoalhaven City มีโครงการจะสร้างถนนเชื่อมต่อ North Nowra ไปยังถนนใหญ่ Princes Highway เพื่อลดความหนาแน่นของการจราจรในการสร้างถนนดังกล่าวจะต้องมีการกำจัดสัตว์ในบริเวณรอบ ๆ สภาเมืองจึงยื่นคำขออนุญาตจับ ระบาย หรือฆ่าสัตว์ที่เสี่ยงต่อการสูญพันธุ์ ซึ่งผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติและสัตว์ป่า ค.ศ. 1974 ของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ (National Parks and Wildlife Act 1974 (NSW)) ได้ออกใบอนุญาตให้ โดยมีกำหนดระยะเวลา 10 ปี และกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ไว้⁶⁰

ในเบื้องต้น เนื่องจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประเด็นพิพาทในคดีนี้ไม่ได้มีบทบัญญัติรับรองหลักการระงับไว้ก่อนไว้โดยชัดแจ้ง ศาลจึงวินิจฉัยวางหลักไว้ว่า หลักการระงับไว้ก่อนเป็นเรื่องของสามัญสำนึก และมีการใช้หลักการนี้โดยผู้มีอำนาจสั่งการมาตั้งแต่ก่อนที่จะมีการกำหนดเป็นหลักการออกมาแล้ว⁶¹ ซึ่งในส่วนนี้มีคดีอื่น ๆ บางคดีที่วินิจฉัยแตกต่างออกไป เช่น คดี *Friends of Hinchinbrook Society Inc v Minister for Environment (No2)*⁶² และคดี *Alliance to Save Hinchinbrook v Delegate of the Chief Executive, Environmental Protection Agency*⁶³

⁵⁹ *Ibid*, p. 198.

⁶⁰ *Leatch v National Parks & Wildlife Service* (1993) 81 LGERA 270.

⁶¹ *Ibid*

⁶² *Friends of Hinchinbrook Society Inc v Minister for Environment (No2)* (1997) 69 FCR 28.

คดีนี้ศาลแบ่งแยกระหว่างหลักการระงับไว้ก่อนที่เป็นหลักสามัญสำนึกตามคำวินิจฉัยคดี *Leatch* กับหลักการระงับไว้ก่อนที่นำมากำหนดไว้ใน Inter-Governmental Agreement 1992 ซึ่งมีการประกาศออกมาหลังจากการบังคับใช้กฎหมาย (มีต่อหน้าถัดไป)

ส่วนประเด็นต่อมา คือ หลักการระงับไว้ก่อนเป็นข้อพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับคดีนี้หรือไม่ ศาลเห็นว่าการวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวต้องพิจารณาสาระสำคัญ ขอบเขต และวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่เป็นประเด็นในคดีนี้ คือ ส่วนที่ 7 ของพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติและสัตว์ป่า ค.ศ. 1974 แห่งมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ ซึ่งเกี่ยวกับการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า การพิจารณากำหนดรายชื่อสัตว์ที่ใกล้สูญพันธุ์ การออกใบอนุญาตจับหรือล่าสัตว์ดังกล่าว และการกำหนดความผิดอาญาสำหรับผู้จับหรือล่าสัตว์ดังกล่าวโดยฝ่าฝืนกฎหมาย ศาลเห็นว่าเป็นที่ชัดเจนว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าที่เสี่ยงต่อการสูญพันธุ์ หลักการระงับไว้ก่อนจึงมีความเกี่ยวข้องและต้องนำมาพิจารณาด้วย แม้จะไม่มีบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจนก็ตาม⁶⁴

สัตว์ชนิดหนึ่งที่ถูกยกขึ้นมาพิจารณาในคดีนี้ คือ กบที่เรียกว่า Giant Burrowing Frog ศาลเห็นว่าข้อมูลเกี่ยวกับสัตว์ชนิดนี้ยังไม่เพียงพอ และสัตว์ชนิดนี้เพิ่งได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นสัตว์ที่เสี่ยงต่อการสูญพันธุ์ อีกทั้งเมื่อพิจารณาปัจจัยที่กฎหมายมาตรา 92A(6) แห่งพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติและสัตว์ป่า ค.ศ. 1974 ของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ กำหนดเป็นแนวทางในการพิจารณาขึ้นทะเบียนสัตว์ที่ใกล้สูญพันธุ์แล้ว จะเห็นได้ว่าการใช้ความระมัดระวังควรเป็นแนวทางหลักในการพิจารณาของศาล และการใช้หลักการระงับไว้ก่อนเป็นแนวทางที่เหมาะสมที่สุดในกรณีที่ขาดข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับจำนวนประชากร แหล่งที่อยู่อาศัย และผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับสัตว์นั้น ศาลเห็นว่าไม่ควรออกใบอนุญาตจับ รบกวาน หรือล่าสัตว์ อย่างไรก็ตาม ศาลยังชี้ว่าการปฏิเสธการออกใบอนุญาตดังกล่าวไม่ใช่การห้ามเด็ดขาด หากต่อไปในอนาคตมีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์มากขึ้น ก็อาจพิจารณาออกใบอนุญาตได้⁶⁵

3.2.2.2 คดี *Telstra Corporation Ltd v Hornsby Shire Council*

คดีนี้บริษัทโทรคมนาคมฟ็อกโต้แย้งคำสั่งของหน่วยงานท้องถิ่นที่ไม่อนุญาตให้ติดตั้งเสาโทรคมนาคมในพื้นที่ เนื่องจากหน่วยงานและประชาชนมีความกังวลเกี่ยวกับผลกระทบต่อสุขภาพจากคลื่นสัญญาณที่แผ่ออกมาจากเสาโทรคมนาคม ศาลเห็นว่าระดับคลื่นที่จะปล่อยออกมาจากสถานีสามารถควบคุมให้เป็นไปตามมาตรฐานของเครือรัฐออสเตรเลียได้โดยง่าย และผลกระทบ

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 62)

คุ้มครองมรดกโลกที่เป็นประเด็นพิพาทเป็นเวลา 9 ปี โดยศาลเห็นว่าหลักการระงับไว้ก่อนในรูปแบบหลังนี้ไม่ผูกพันรัฐมนตรีผู้รักษาการที่จะต้องนำมาพิจารณา; P Stein, “A Cautious Application of the Precautionary Principle,” *Environmental Law Review* Issue 1, 2000, p. 1 (4).

⁶³ *Alliance to Save Hinchinbrook v Delegate of the Chief Executive, Environmental Protection Agency* [2006] QSC 84. ศาลวินิจฉัยว่า ตามพฤติการณ์ในคดีนี้ เมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้นิยามของหลักการระงับไว้ก่อนไว้ และไม่มียกเว้นเกี่ยวกับหน้าที่ที่ต้องใช้หลักการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ศาลจึงเห็นว่าไม่มีเหตุผลรองรับที่จะวินิจฉัยว่ามีความผิดพลาดในเชิงกระบวนการอันเกิดจากการไม่นำหลักการระงับไว้ก่อนมาพิจารณา

⁶⁴ *Leatch v National Parks & Wildlife Service* (1993) 81 LGERA 270.

⁶⁵ *Ibid*



ต่อสุขภาพและความปลอดภัยของประชาชนหรือผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมจากการสัมผัสคลื่นในปริมาณดังกล่าวอยู่ในระดับที่เพิกเฉยได้ จึงไม่เข้าเงื่อนไขที่จะใช้หลักการระงับไว้ก่อนในส่วนที่อ้างว่ามีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายที่รุนแรงหรือไม่อาจแก้ไขได้ และศาลเห็นว่าความกังวลดังกล่าวไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่มีเหตุมีผล นอกจากนี้ ข้อเท็จจริงยังปรากฏว่ามีการพิจารณากำหนดมาตรการด้วยแนวคิดเรื่องการระงับไว้ก่อนแล้ว เช่น การกำหนดมาตรฐานความปลอดภัย รวมทั้งมาตรการต่าง ๆ เพื่อป้องกันความเสี่ยง⁶⁶ เป็นต้น ซึ่งคำวินิจฉัยคดีนี้ถูกอ้างอิงโดยคดีต่อ ๆ มาจำนวนมาก โดยศาลได้วางหลักการสำคัญไว้เพิ่มเติม ดังต่อไปนี้

1) เงื่อนไขในการใช้หลักการระงับไว้ก่อน

ศาลในคดีนี้จำแนกเงื่อนไขที่จะใช้หลักการระงับไว้ก่อนออกเป็นสององค์ประกอบ คือ (1) มีความเสี่ยงว่าจะเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่รุนแรงหรือไม่อาจแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้ และ (2) มีความไม่แน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ โดยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขครบทั้งสองข้อ จึงจะนำหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้ได้ มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) มีความเสี่ยงว่าจะเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่รุนแรงหรือไม่อาจแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้

ศาลชี้ว่า เงื่อนไขข้อนี้ไม่จำเป็นจะต้องเกิดความเสียหายขึ้นจริง ๆ เพียงแต่มีความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นก็เพียงพอแล้ว แต่ต้องมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์รองรับด้วย ในการนี้ ศาลยังยกตัวอย่างปัจจัยที่อาจใช้ในการพิจารณาว่าความเสียหายที่มีความเสี่ยงว่าจะเกิดขึ้น เป็นความเสียหายที่ “รุนแรง”(serious) หรือ “ไม่อาจแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้” (irreversible) หรือไม่ เช่น

- ขนาดพื้นที่ที่ได้รับความเสี่ยง เช่น ระดับท้องถื่นหรือระดับประเทศ

- ระดับความรุนแรงของผลกระทบที่เป็นไปได้ว่าจะเกิดขึ้น

ต่อธรรมชาติและมนุษย์

- ความรู้สึกของประชาชนเกี่ยวกับคุณค่าของสิ่งแวดล้อมนั้น ๆ

- ปัจจัยเกี่ยวกับเวลาทั้งในเรื่องของช่วงเวลาที่เกิดผลกระทบ

หรือความยาวนานของผลกระทบ

- ความซับซ้อนและความเกี่ยวเนื่องของผลกระทบที่เป็นไปได้

- ระดับความกังวลของประชาชน และความมีเหตุผล

ทางวิทยาศาสตร์หรือเหตุผลด้านอื่น ๆ ของข้อกังวลนั้น

⁶⁶ Telstra Corporation Ltd v Hornsby Shire Council (2006) 67 NSWLR 256 (‘Telstra’).

- ความสามารถในการแก้ไขให้สิ่งแวดล้อมกลับคืนสู่สภาพเดิม รวมทั้งระยะเวลา ความยุ่งยาก และค่าใช้จ่ายในการแก้ไขผลกระทบ⁶⁷

(2) มีความไม่แน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ (scientific uncertainty)

ศาลคดีนี้ได้ยกตัวอย่างข้อพิจารณา เช่น

- ความเพียงพอของพยานหลักฐานว่าอาจมีความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่รุนแรงหรือไม่สามารถแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้

- ระดับความไม่แน่นอน รวมถึงลักษณะของความไม่แน่นอน

- ศักยภาพในการลดความไม่แน่นอน เมื่อคำนึงถึงความเป็นไปได้ในทางหลักการและทางเศรษฐศาสตร์ ภายในกรอบระยะเวลาอันสมควร⁶⁸

สำหรับประเด็นที่ว่าต้องมีความไม่แน่นอนเพียงใดจึงจะเข้าเงื่อนไขนั้น ศาลเห็นว่าในความเป็นจริงแล้ว วิทยาศาสตร์ไม่สามารถยืนยันความเสี่ยงที่อาจเกิดความเสียหายได้ทั้งหมด ดังนั้น จึงมีความไม่แน่นอนอยู่เสมอ นอกจากนี้ ศาลได้อ้างอิงข้อความของ de Sadeleer ที่ว่า ความไม่แน่นอนดังกล่าว ต้องมีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เชิงประจักษ์สนับสนุนในระดับหนึ่ง แม้ว่าจะเป็นเพียงส่วนน้อยก็ตาม โดยศาลสรุปว่า หลักการระงับไว้ก่อนสามารถใช้ได้กับความเสี่ยงทั้งหลายที่ยังไม่สามารถระบุความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลได้ แต่เมื่อพิจารณาในทางวิทยาศาสตร์แล้ว มีเหตุผลน่าเชื่อถือว่ามีความสัมพันธ์ดังกล่าวอยู่จริง⁶⁹

2) ผลของการใช้หลักการระงับไว้ก่อน

(1) การเปลี่ยนแปลงภาระการพิสูจน์

ศาลได้วางหลักไว้ว่า ผลของหลักการระงับไว้ก่อนก็คือ ผู้ออกคำสั่งต้องถือเสมือนว่า ความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายเป็นความเสี่ยงที่แน่นอนและเป็นจริง ภาระในการพิสูจน์ว่า ความเสี่ยงดังกล่าวไม่มีอยู่จริงหรือสามารถเพิกเฉยได้ เป็นภาระของผู้เสนอโครงการ เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อให้มั่นใจว่าจะมีการคาดการณ์ล่วงหน้าในเชิงป้องกันและใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันความเสียหายไปก่อน เพราะหากรอให้มีการพิสูจน์ให้เห็นถึงความเสียหายที่แน่นอน อาจสายเกินไป ยากเกินไป หรือมีค่าใช้จ่ายสูงในการที่จะเปลี่ยนแปลงการกระทำที่เป็นอันตรายนั้น⁷⁰

⁶⁷ A Deville and R Harding, *Applying the Precautionary Principle*, (Federation Press, 1997), pp. 25-31, N de Sadeleer, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, (Oxford University Press, 2005), pp. 163-165, cited in *op. cit.* 66, [128]-[134].

⁶⁸ A Deville and R Harding, *Applying the Precautionary Principle*, (Federation Press, 1997), pp. 31-37, cited in *op. cit.* 66, [140]-[141].

⁶⁹ *op. cit.* 4, p. 160, cited in *op. cit.* 66, [142]-[148].

⁷⁰ *op. cit.* 66, [150].



(2) การพิจารณามาตรการที่จะใช้

สำหรับประเภทและระดับของมาตรการระงับไว้ก่อนที่จะใช้นั้น ขึ้นอยู่กับระดับความรุนแรงกับการที่ไม่สามารถแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้ และระดับความไม่แน่นอน ยิ่งมีความเสี่ยงรุนแรงและมีความไม่แน่นอนมากเท่าใด ระดับของความระมัดระวังยิ่งต้องสูงขึ้น นอกจากนี้ การพิจารณาเลือกมาตรการที่จะใช้ ต้องพิจารณาถึงความได้สัดส่วนของมาตรการนั้นด้วย กล่าวคือ มาตรการนั้น ต้องไม่เป็นภาระเกินกว่าความเหมาะสมและความจำเป็นเพื่อบรรลุเป้าหมายที่ต้องการ และควรพิจารณา เรื่องของค่าใช้จ่ายและความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติด้วย⁷¹ สำหรับการให้น้ำหนักกับหลักการระงับไว้ก่อนนั้น เมื่อหลักการดังกล่าวเป็นหนึ่งในหลักการย่อยของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนทางระบบนิเวศน์ จึงต้องพิจารณา ร่วมกับหลักการย่อยอื่น ๆ ด้วย โดยไม่จำเป็นต้องให้น้ำหนักหลักการดังกล่าวเหนือหลักการอื่น⁷² และศาลยังมี ข้อสังเกตที่สำคัญ คือ หลักการดังกล่าวไม่ได้มุ่งหมายให้หลีกเลี่ยงความเสี่ยงทั้งหมดแต่อย่างใด และไม่ได้ มีผลบังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องปฏิเสธการอนุญาตให้ดำเนินโครงการหรือกิจกรรมนั้น ๆ⁷³

3) ความแตกต่างระหว่างหลักการระงับไว้ก่อนและหลักการป้องกัน

ศาลได้วางหลักไว้ว่า ความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายที่รุนแรง หรือไม่อาจแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้ จะถือว่าค่อนข้างมีความแน่นอนเมื่อพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างกิจกรรม ที่ดำเนินการกับความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ สามารถคำนวณความน่าจะเป็นที่ความเสียหายจะเกิดได้ และสามารถระงับได้ ในกรณีนี้จะต้องมีการใช้มาตรการบางอย่างเช่นกัน โดยจะเป็นมาตรการป้องกัน (preventative measures) เพื่อควบคุมหรือกำกับดูแลความเสี่ยง ไม่ใช่มาตรการระงับไว้ก่อน (precautionary measures)⁷⁴

3.2.2.3 คดี *Gloucester Resources Ltd v Minister for Planning*

(Rocky Hill Case)

บริษัท Gloucester Resources พ้องโต้แย้งคำสั่งปฏิเสธการออกใบอนุญาต ทำเหมืองถ่านหินในบริเวณที่เรียกว่า Rocky Hill คดีนี้มีการวินิจฉัยโดยละเอียดถึงผลกระทบต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้น จากการทำเหมืองดังกล่าวในหลายด้าน เช่น ผลกระทบที่เกิดจากการใช้ประโยชน์พื้นที่ในการทำเหมือง ไม่สอดคล้องกับการใช้ประโยชน์อย่างอื่นที่มีอยู่ หรือได้รับการอนุมัติ หรือเป็นการใช้งานที่ควรจะเป็นผลกระทบทางทัศนียภาพ ผลกระทบทางสังคม ผลกระทบต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เป็นต้น ในที่นี้ขอแยกเฉพาะประเด็นเกี่ยวกับผลกระทบของเหมืองถ่านโค้กต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

⁷¹ *Ibid*, [169]-[171].

⁷² D Farrier “Factoring Biodiversity Conservation into Decision-Making Processes : The Role of the Precautionary Principle,” in R Harding and E Fisher (eds), *Perspectives on the Precautionary Principle*, (Federation Press, 1999), p. 108. cited in *op. cit.* 66, [154].

⁷³ *Ibid*

⁷⁴ *Ibid*, [149].

ซึ่งศาลได้รับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญและหลักฐานจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายแล้ว ศาลได้วินิจฉัยไว้อย่างน่าสนใจว่า โครงการเหมือง Rocky Hill จะทำให้มีการปล่อยก๊าซเรือนกระจกปริมาณมากทั้งทางตรงและทางอ้อม และการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของโครงการนี้มีส่วนในการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศของโลก กล่าวคือ มีความสัมพันธ์ (causal link) ระหว่างการที่โครงการปล่อยก๊าซเรือนกระจกออกมาสะสมเรื่อย ๆ กับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและผลกระทบที่ตามมา ดังนั้น โครงการดังกล่าวจึงน่าจะมีผลกระทบทางอ้อมต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งรวมถึงระบบสภาพภูมิอากาศ สิ่งแวดล้อมทั้งในน้ำและบนบก และมนุษย์ การไม่อนุมัติโครงการนี้จึงเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในปริมาณที่มีนัยสำคัญ⁷⁵

คดีนี้ ศาลเห็นว่าข้อมูลค่อนข้างแน่นอนเกี่ยวกับผลกระทบที่จะเกิดจากการสร้างเหมืองตามโครงการที่พิพาท เช่น ในส่วนของการปล่อยก๊าซเรือนกระจก เป็นที่ยอมรับกันทั่วไป และคู่กรณีรวมทั้งพยานผู้เชี่ยวชาญทั้งสองฝ่ายไม่ได้โต้แย้งในประเด็นที่ว่า โครงการพิพาทจะปล่อยก๊าซเรือนกระจกซึ่งจะมีผลต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศของโลก และจากข้อมูลที่ปรากฏต่อศาลว่ามีปริมาณก๊าซที่ปล่อยทั้งทางตรงและทางอ้อมเป็นตัวเลขว่าไม่น้อยกว่า 37.8Mt CO₂-e ซึ่งถือว่าเป็นปริมาณที่มากสำหรับแหล่งกำเนิดเดียว ผู้เขียนจึงเห็นว่า แม้ศาลจะไม่ได้กล่าวไว้โดยตรง แต่คดีนี้ศาลได้วินิจฉัยโดยมีน้ำหนักไปในแนวคิดของหลักการป้องกัน เนื่องจากมีข้อมูลเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการปล่อยก๊าซเรือนกระจกจากโครงการพิพาทกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศค่อนข้างชัดเจน และเป็นที่แน่ชัดว่าโครงการพิพาทจะปล่อยก๊าซเรือนกระจกออกมา

4. การปรับใช้หลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อนในประเทศไทย

4.1 บทบัญญัติของกฎหมายที่สำคัญ

4.1.1 บทบัญญัติที่กล่าวถึงหลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อนโดยตรง

ปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายที่กล่าวถึง “หลักการป้องกันล่วงหน้า” ไว้โดยตรง คือ พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 กฎหมายฉบับนี้ตราขึ้นเป็นการเร่งด่วนเนื่องจากสหภาพยุโรปได้แจ้งเตือนให้ประเทศไทยเร่งแก้ไขปัญหาการทำประมงที่ผิดกฎหมาย ขาดการรายงาน และไร้การควบคุม (Illegal, Unreported and Unregulated Fishing หรือ IUU fishing)⁷⁶ โดยมาตรา 4 ของกฎหมายนี้ได้บัญญัติถึงวัตถุประสงค์โดยรวมไว้ดังนี้

“บทบัญญัติแห่งพระราชกำหนดนี้มุ่งหมายเพื่อการจัดระเบียบการประมงในประเทศไทยและในน่านน้ำทั่วไป เพื่อป้องกันมิให้มีการทำการประมงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อรักษาทรัพยากรสัตว์น้ำให้อยู่ในภาวะที่เป็นแหล่งอาหารของมนุษยชาติอย่างยั่งยืน และรักษาสภาพสิ่งแวดล้อม

⁷⁵ Gloucester Resources Ltd v Minister for Planning (2019) 234 LGERA 257.

⁷⁶ อริยพร โพธิ์ใส, “มาตรการและแนวทางป้องกันปัญหาการทำประมงผิดกฎหมายของประเทศไทยกับหลักการสำคัญของ IUU Fishing,” วารสารจุลนิติ ปีที่ 14 ฉบับที่ 4, 2560, น. 149-161. อ้างถึงใน ปุณยวีร์ หนูประกอบ และภาวิดา รังษี, “การนำนโยบายด้านการประมงพาณิชย์ไปปฏิบัติ ตั้งแต่ พ.ศ. 2558 - ปัจจุบัน : ความท้าทายแห่งการเปลี่ยนแปลง,” วารสารวิชาการวิทยาลัยบริหารศาสตร์ ปีที่ 4 ฉบับที่ 4, 2564, น. 142 (145).



ให้ดำรงอยู่ในสภาพที่เหมาะสมตามแนวทาง กฎเกณฑ์ และมาตรฐานที่เป็นที่ยอมรับนับถือในนานาประเทศ... ภายใต้วัตถุประสงค์ ดังต่อไปนี้...

(5) มีการใช้หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ดีที่สุดเพื่อให้การบริหารจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำนำไปสู่การพัฒนาระบบเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมที่ยั่งยืน สอดคล้องกับแนวทางการรักษาสมดุลของระบบนิเวศ และหลักการป้องกันล่วงหน้าเพื่อรักษาหรือฟื้นฟูทรัพยากรสัตว์น้ำให้อยู่ในระดับที่สามารถก่อให้เกิดผลผลิตสูงสุดของสัตว์น้ำที่สามารถทำการประมงได้อย่างยั่งยืน...”

นอกจากมาตรา 4 ข้างต้นแล้ว พระราชกำหนดนี้ยังบัญญัติเน้นย้ำถึงหลักการดังกล่าวอีกหลายแห่ง เช่น มาตรา 21 (4) ที่กำหนดผลสัมฤทธิ์ของนโยบายที่ออกโดยคณะกรรมการนโยบายการประมงแห่งชาติ และมาตรา 55 ซึ่งกำหนดวัตถุประสงค์ของหมวด 5 ว่าด้วยมาตรการอนุรักษ์และบริหารจัดการ

โดยมีประเด็นนำพิจารณาว่า คำว่า “หลักการป้องกันล่วงหน้า” ตามกฎหมายฉบับนี้จะหมายถึง “Principle of Prevention” หรือ “Precautionary Principle” เนื่องจากผู้เขียนงานวิชาการบางท่านเรียก “Precautionary Principle” ว่า “หลักการป้องกันล่วงหน้า”⁷⁷ ในขณะที่บางท่านเรียก “Principle of Prevention” ว่า “หลักการป้องกันล่วงหน้า”⁷⁸ ในประเด็นนี้ หากพิจารณาเอกสารต่าง ๆ ที่จัดทำหรือร่วมจัดทำโดยกรมประมงซึ่งเป็นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องโดยตรง จะพบว่ามีการกล่าวถึง “หลักการป้องกันล่วงหน้า” โดยวงเล็บด้วยคำภาษาอังกฤษว่า “Precautionary Principle”⁷⁹ อีกทั้งเอกสาร

⁷⁷ เช่น ใน ธีรยุทธ์ ทรงเดชะ, “การปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศร่วมกับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะข้อพิพาททางอาวุธ” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557) และสุรศักดิ์ บุญเรือง, ‘บทบาทของหลักการพัฒนายั่งยืนในการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม : ศึกษาการกำหนดเงื่อนไขประกอบการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาอนุญาตการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม’ (รายงานฉบับสมบูรณ์เสนอต่อคณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, มกราคม 2565), น. 16-17.

⁷⁸ เช่น ในจักรวดี มนูญพงศ์, “หลักการระงับไว้ก่อน (Precautionary Principle) : สาระสำคัญ คำบังคับทางกฎหมาย และคำวินิจฉัยของศาลปกครอง,” ใน คณะทำงานหนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ สำนักงานศาลปกครอง (บรรณาธิการ), หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ (กรุงเทพฯ : สหมิตรพริ้นต์ติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2565) และสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, ‘หลักการพื้นฐานของกฎหมายสิ่งแวดล้อมในระบบกฎหมายไทย’ (รายงานการศึกษาวิจัยโครงการปรับปรุงและพัฒนาระบบบริหารงานยุติธรรมทางปกครอง : การศึกษาวิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองสิ่งแวดล้อมในระบบกฎหมายไทย, สิงหาคม 2564), น. 50.

⁷⁹ แผนการบริหารจัดการประมงทะเลของประเทศไทย นโยบายแห่งชาติด้านการจัดการประมงทะเล พ.ศ. 2558 - 2562 เอกสารแนบท้าย ฉบับที่ 2 ของประกาศกรมประมง เรื่อง แผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยการป้องกัน ยับยั้ง และจัดการทำการประมงที่ผิดกฎหมาย ขาดการรายงาน และไร้การควบคุม พ.ศ. 2558 - 2562 และแผนการบริหารจัดการประมงทะเลของประเทศไทย นโยบายแห่งชาติด้านการจัดการประมงทะเล พ.ศ. 2558-2562, หน้า 27 กล่าวถึง “หลักการป้องกันล่วงหน้าในการจัดการประมง (Precautionary approach to fisheries management)”; กรมประมง (มีต่อหน้าถัดไป)

ความตกลงสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติตามบทบัญญัติของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ฉบับลงวันที่ 10 ธันวาคม 2525 เกี่ยวกับการอนุรักษ์และการจัดการประชากรสัตว์น้ำชนิดที่ข้ามเขต และอพยพย้ายถิ่นไกล ซึ่งเป็นความตกลงที่มีอยู่แล้วในขณะที่มีการตราพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 และมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทรัพยากรสัตว์น้ำ จะพบว่าการกล่าวถึง “Precautionary Principle” อย่างชัดเจนเพียงหลักการเดียว⁸⁰ ดังนั้น จึงเป็นไปได้ว่า คำว่า “หลักการป้องกันล่วงหน้า” ตามกฎหมายฉบับนี้ จะหมายถึง “Precautionary Principle” มิใช่ “Principle of Prevention”

4.1.2 บทบัญญัติที่แสดงถึงแนวคิดของหลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อน

แม้ว่ากฎหมายของประเทศไทยส่วนใหญ่จะยังไม่มีการบัญญัติถึงหลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อนโดยตรง แต่หากพิจารณาตามแนวทางที่ จักรวดี มนูญพงศ์ เสนอ

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 79)

กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ และคณะประมง มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, การจัดการประมงภายใต้บริบทของพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 และที่แก้ไขเพิ่มเติม [ออนไลน์], น. 14, เข้าถึงจาก <https://fish.ku.ac.th/pdf/การจัดการประมง.pdf> เมื่อ 16 มิถุนายน 2567, กล่าวถึง “หลักการป้องกันล่วงหน้า (Precautionary principle)” อันเป็นวัตถุประสงค์ของหมวด 5 มาตราการอนุรักษ์และบริหารจัดการ แห่งพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558.

⁸⁰ ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีความตกลงนี้เมื่อวันที่ 28 เมษายน 2560 อันเป็นเวลาภายหลังจากการตราพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 แล้ว จึงไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการนำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติตามพันธกรณีในความตกลง แต่ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะนำมาพิจารณาประกอบได้; The United Nations Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks (adopted 4th August 1995, entered into force 11th December 2001) 2167 UNTS 3 (UNFSA) :

Article 5 General principles

“In order to conserve and manage straddling fish stocks and highly migratory fish stocks, coastal States and States fishing on the high seas shall, in giving effect to their duty to cooperate in accordance with the Convention :

...(c) apply the precautionary approach in accordance with article 6 ”

Article 6 Application of the precautionary approach

“1. States shall apply the precautionary approach widely to conservation, management and exploitation of straddling fish stocks and highly migratory fish stocks in order to protect the living marine resources and preserve the marine environment.

2. States shall be more cautious when information is uncertain, unreliable or inadequate. The absence of adequate scientific information shall not be used as a reason for postponing or failing to take conservation and management measures.”



คือ พิจารณาจากเจตนารมณ์ ถ้อยคำ และมาตรการที่กำหนดตามบทบัญญัติต่าง ๆ⁸¹ จะพบว่ามีแนวคิดของทั้งสองหลักการแฝงอยู่ในหลาย ๆ บทบัญญัติ ดังเช่นตัวอย่างต่อไปนี้

4.1.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 58 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน สะท้อนถึงแนวคิดที่ให้ความสำคัญกับการป้องกันการเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม โดยบัญญัติให้มีการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมก่อนเริ่มดำเนินโครงการที่ได้รับการประเมินว่า “อาจมีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดของประชาชนหรือชุมชน หรือสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง” เพื่อนำผลการประเมินนั้นมาประกอบการพิจารณาดำเนินการหรืออนุญาตให้ดำเนินโครงการนั้นต่อไป และวรรคสามของมาตราเดียวกัน บัญญัติว่า “ในการดำเนินการหรืออนุญาตตามวรรคหนึ่ง รัฐต้องระมัดระวังให้เกิดผลกระทบต่อประชาชน ชุมชน สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพน้อยที่สุด...”

4.1.2.2 กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ

ประเทศไทยมีกฎหมายกลางในเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม คือ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ซึ่งจัดตั้งหน่วยงานกลางด้านการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม คือ คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ และบัญญัติถึงการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในประเด็นหลัก ๆ เช่น การควบคุมมลพิษโดยทั่วไป การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมในกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ อีก เช่น พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 เป็นต้น ผู้เขียนขอยกตัวอย่างบทบัญญัติที่มีพื้นฐานมาจากแนวคิดเรื่องการป้องกันและการระวังไว้ก่อน ดังนี้

4.1.2.3 บทบัญญัติเกี่ยวกับการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม

มาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 บัญญัติให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติมีอำนาจประกาศกำหนดให้โครงการหรือกิจการหรือการดำเนินการใดของรัฐหรือที่รัฐจะอนุญาตให้ผู้ใดดำเนินการเป็นโครงการหรือกิจการหรือการดำเนินการที่ “มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม” หรือที่ “อาจมีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดของประชาชนหรือชุมชนหรือสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง” ซึ่งผู้ดำเนินการหรือผู้ขออนุญาตต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม

⁸¹ จักราวดี มนูญพงศ์, “หลักการระมัดระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle) : สำคัญ คำบังคับทางกฎหมาย และคำวินิจฉัยของศาลปกครอง,” ใน คณะทำงานหนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการสำนักงานศาลปกครอง (บรรณาธิการ), หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ (กรุงเทพฯ : สหมิตรพรีนติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2565), น. 349-350.

4.1.2.4 บทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมโดยระบบการอนุญาต

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับระบบการอนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมโดยตรง แต่อาจมีความเชื่อมโยงกับกฎหมายอื่นที่มีระบบการอนุญาต โดยผู้ขออนุญาตดำเนินกิจการที่ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายนี้ต้องยื่นรายงานดังกล่าวต่อเจ้าหน้าที่ที่พิจารณาอนุญาตตามกฎหมายอื่นด้วยตามมาตรา 50 วรรคหนึ่งและวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว สำหรับบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับระบบการอนุญาตโดยตรงที่น่าสนใจ เช่น กรณีการประกอบกิจการโรงงานจำพวกที่ 3 ตามพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 มาตรา 7 วรรคหนึ่ง (3) บัญญัติให้ต้องได้รับใบอนุญาตก่อนจึงจะดำเนินการได้ ซึ่งการประกอบกิจการโรงงานจำพวกที่ 3 โดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นความผิดทางอาญา และมีโทษตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

4.1.2.5 บทบัญญัติเกี่ยวกับการมีคำสั่งเฉพาะรายเพื่อป้องกันความเสียหาย

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 บัญญัติให้เจ้าพนักงานควบคุมมลพิษมีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้บุคคลหยุดการกระทำหรือให้กระทำการเป็นเรื่อง ๆ ไป เช่น คำสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครอง ผู้ควบคุม หรือผู้ได้รับใบอนุญาตรับจ้างให้บริการระบบบำบัดน้ำเสียหรือกำจัดของเสีย จัดการแก้ไข เปลี่ยนแปลง ปรับปรุง หรือซ่อมแซมระบบ หรืออุปกรณ์ และเครื่องมือต่าง ๆ รวมทั้งให้หยุดหรือปิดการดำเนินกิจการ หรือมีคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาต ในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือคำสั่งตามมาตรา 82 (2) และ (4) นอกจากนี้ ยังมีบทบัญญัติที่น่าสนใจ คือ มาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 ที่บัญญัติให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบกิจการโรงงานที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ หรือการประกอบกิจการโรงงานมีสภาพที่อาจก่อให้เกิดอันตราย ความเสียหาย หรือความเดือดร้อนแก่บุคคลหรือทรัพย์สินที่อยู่ในโรงงานหรือที่อยู่ใกล้เคียงกับโรงงาน ระงับการกระทำที่ฝ่าฝืนหรือแก้ไขปรับปรุงภายในระยะเวลาที่กำหนด

4.1.2.6 บทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการเสริมอื่น ๆ

กฎหมายของประเทศไทยได้บัญญัติถึงมาตรการอื่น ๆ ที่จะช่วยเสริมประสิทธิภาพในการคุ้มครองรักษาสิ่งแวดล้อม ดังเช่นตัวอย่างต่อไปนี้

1) บทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดมาตรฐานทางสิ่งแวดล้อม

มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 บัญญัติให้คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติมีอำนาจกำหนดมาตรฐานคุณภาพสิ่งแวดล้อมในเรื่องต่าง ๆ เช่น มาตรฐานคุณภาพน้ำในแหล่งน้ำสาธารณะ มาตรฐานคุณภาพอากาศในบรรยากาศโดยทั่วไป เป็นต้น โดยการกำหนดมาตรฐานคุณภาพสิ่งแวดล้อมต้องอาศัยหลักวิชาการ กฎเกณฑ์ และหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เป็นพื้นฐาน และจะต้องคำนึงถึงความเป็นไปได้ในเชิงเศรษฐกิจ สังคม และเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องด้วย



2) บทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการคุ้มครองเป็นพิเศษ

ในบางพื้นที่

มาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อม ในกรณีดังต่อไปนี้

- พื้นที่ที่มีลักษณะเป็นพื้นที่ต้นน้ำลำธาร หรือ
- พื้นที่ที่มีระบบนิเวศน์ตามธรรมชาติที่แตกต่างจากพื้นที่อื่นโดยทั่วไป

หรือ

- พื้นที่ที่มีระบบนิเวศน์ตามธรรมชาติที่อาจถูกทำลาย หรืออาจได้รับ

ผลกระทบกระเทือนจากกิจกรรมต่าง ๆ ของมนุษย์ได้โดยง่าย หรือ

- พื้นที่ที่มีคุณค่าทางธรรมชาติหรือศิลปกรรมอันควรแก่การอนุรักษ์

ทั้งนี้ มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน บัญญัติให้กำหนด

มาตรการคุ้มครองไว้ในกฎกระทรวงตามความเหมาะสม และมาตรา 33 บัญญัติให้คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติมีอำนาจกำหนดมาตรฐานคุณภาพสิ่งแวดล้อมในเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมให้สูงกว่ามาตรฐานคุณภาพสิ่งแวดล้อมทั่วไปตามมาตรา 32 ด้วย

4.2 การปรับใช้และการตีความของศาล

4.2.1 ลักษณะคดีพิพาทที่อาจเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครอง

คดีพิพาทที่เข้าสู่ศาลปกครองในประเทศไทยมีหลายคดีที่หากพิจารณาจากเนื้อหาแล้วจะเห็นได้ว่ามีความเกี่ยวข้องกับหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน สำหรับหลักการป้องกันนั้นมีกรณีให้เห็นได้ชัดคือ คดีเกี่ยวกับมลพิษหรือวัตถุอันตรายต่าง ๆ ที่มีข้อมูลว่ามีผลกระทบในทางลบต่อสิ่งแวดล้อมหรือสุขภาพของมนุษย์ค่อนข้างชัดเจน ส่วนหลักการระงับไว้ก่อนมักเป็นกรณีที่พอจะทราบเกี่ยวกับความเสียหายหรืออันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อมหรือสุขภาพมนุษย์ แต่มีข้อมูลบางส่วนที่ยังไม่ชัดเจนหรือขัดแย้งกัน คดีที่นำมาฟ้องโดยทั่วไปอาจเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) (2) หรือ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กล่าวคือ คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย คดีพิพาทเกี่ยวกับการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร หรือคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิด โดยเฉพาะคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งของเจ้าหน้าที่ ซึ่งศาลอาจนำหลักการป้องกันหรือหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้ประกอบการพิจารณาในเนื้อหาคดีว่า เจ้าหน้าที่ได้ใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยเหตุผลหรือไม่ โดยมักพิจารณาควบคู่ไปกับหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นข้อพิจารณาส่วนหนึ่งในบทบัญญัติดังกล่าวด้วย สำหรับการกำหนดค่าบังคับยอมเป็นไปตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) (2) หรือ (3) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว แล้วแต่กรณีโดยศาลอาจเพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน สั่งให้ปฏิบัติตามหน้าที่

ภายในเวลาที่ศาลกำหนด สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยศาลไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐได้

4.2.2 ตัวอย่างคดีที่น่าสนใจ

ศาลปกครองไทย โดยเฉพาะในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ได้วินิจฉัยคดี โดยใช้หลักการป้องกันและหลักการระวังไว้ก่อน ซึ่งมีทั้งคดีที่กล่าวถึงหลักการทั้งสองไว้โดยตรง และคดีที่ศาลไม่ได้กล่าวถึง แต่วินิจฉัยด้วยแนวคิดที่สอดคล้องกัน ดังต่อไปนี้

4.2.2.1 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 450/2557

ผู้ฟ้องคดีซึ่งประกอบกิจการขนส่งและขนถ่ายถ่านหินได้นำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (เทศบาลตำบลบางปะอิน หรือเทศบาลตำบลบ้านเลน เดิม) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (นายกเทศมนตรีตำบลบางปะอิน หรือนายกเทศมนตรีตำบลบ้านเลน เดิม) ปฏิบัติหน้าที่ในการออกใบอนุญาตประกอบกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ และخذใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี คดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ในการประกอบกิจการที่ผ่านมาของผู้ฟ้องคดี และบริษัทในเครือซึ่งมีสถานประกอบการอยู่แห่งเดียวกันก่อให้เกิดฝุ่นละอองฟุ้งกระจายและอาจมีเศษถ่านหินร่วงหล่นสู่มัมน้ำเจ้าพระยาได้ โดยในการขออนุญาตออกใบอนุญาตครั้งนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้กำหนดมาตรการให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการก่อนจะพิจารณาออกใบอนุญาตตามข้อ 7 ของเทศบัญญัติเทศบาลตำบลบ้านเลน เรื่อง การควบคุมกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ พ.ศ. 2543 แต่ผู้ฟ้องคดีไม่ดำเนินการ ศาลปกครองสูงสุดจึงถือว่าผู้ฟ้องคดียังไม่ได้ปฏิบัติตามมาตรการด้านการจัดการสิ่งแวดล้อมที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กำหนดให้ครบถ้วน ทั้งการออกใบอนุญาตให้ประกอบกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพให้แก่ผู้ฟ้องคดีอาจเป็นเหตุกระทบกระเทือนถึงสุขอนามัยของประชาชนตามข้อ 8 ของเทศบัญญัติดังกล่าว การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่ออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ฟ้องคดีจึงไม่เป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ และไม่เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี⁸²

คดีนี้เป็นกรณีที่มีความต่อเนื่องกันระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว และการคาดการณ์ว่าจะเกิดความเสียหายขึ้นต่อไป ผู้เขียนเห็นว่า ข้อเท็จจริงคดีนี้ค่อนข้างชัดเจน เนื่องจากมีข้อมูลจากการปฏิบัติที่ผ่านมาของผู้ฟ้องคดีและบริษัทในเครือ รวมทั้งจากการตรวจสอบของเจ้าหน้าที่ว่าการประกอบกิจการนี้มีลักษณะที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพมนุษย์ การที่เจ้าหน้าที่กำหนดมาตรการให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการก่อนพิจารณาออกใบอนุญาตต่อไปจึงอยู่บนพื้นฐานของหลักการป้องกัน คือ เป็นไปเพื่อไม่ให้ผู้ฟ้องคดีประกอบกิจการต่อไปจนกว่าจะมีมาตรการป้องกันที่เหมาะสม ซึ่งจะเป็นการป้องกันไม่ให้ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่เคยเกิดแล้วเกิดขึ้นอีกในอนาคต

⁸² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 450/2557



4.2.2.2 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 412/2564

คดีนี้เป็นคดีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค แต่ก็มีแง่มุมที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันอันตรายต่อสุขภาพมนุษย์ซึ่งอาจเกิดจากวัสดุที่ใช้กันอยู่ทั่วไป คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งสามซึ่งเป็นผู้ผลิตและจำหน่ายกระเบื้องซึ่งมีแร่ใยหินชนิดโครโซไทล์เป็นส่วนผสม ฟ้องขอให้เพิกถอนประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค) โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะกรรมการว่าด้วยฉลาก) ที่ให้ผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนประกอบของแร่ใยหินเป็นสินค้าที่ควบคุมฉลาก และต้องระบุค่าเตือนในฉลากว่าอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพ คดีนี้ข้อมูลทั้งคู่กรณีทั้งสองฝ่ายนำเสนอต่อศาลมีความขัดแย้งกัน โดยข้อมูลของฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีระบุว่า องค์การอนามัยโลกและสถาบันวิจัยโรคมะเร็งนานาชาติจัดจำแนกให้แร่ใยหินอยู่ในกลุ่มสารก่อมะเร็งซึ่ง 40 ประเทศทั่วโลก รวมทั้งประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ได้ห้ามใช้แร่ใยหินทุกชนิดรวมทั้งชนิดโครโซไทล์ และผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนผสมของแร่ใยหินชนิดโครโซไทล์ ในขณะที่ข้อมูลของฝ่ายผู้ฟ้องคดีระบุในทำนองว่า แร่ใยหินชนิดโครโซไทล์และผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องไม่มีอันตรายต่อสุขภาพ

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีกล่าวอ้างว่า องค์การอนามัยโลกและสถาบันวิจัยโรคมะเร็งนานาชาติต่างมีข้อมูลทางวิชาการไปในทางที่ว่า แร่ใยหินเป็นอันตรายต่อสุขภาพ และแร่ใยหินทุกชนิดอาจก่อมะเร็งได้ ซึ่งเป็นข้อมูลที่น่าเชื่อถือระดับหนึ่ง และได้มีการรับฟังความคิดเห็นจากหน่วยงานอื่น ๆ ซึ่งก็เป็นไปในทำนองเดียวกัน ศาลเห็นว่าการดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในการออกประกาศเป็นการใช้ดุลพินิจถ่วงถ่วงถึงประโยชน์ที่ส่วนรวมจะพึงได้รับกับการะที่ผู้ผลิตต้องมีต้นทุนเพิ่มขึ้นในการต้องแสดงฉลากแล้วให้น้ำหนักที่ประโยชน์ที่ส่วนรวมจะพึงได้รับ นอกจากนี้ การกำหนดให้ผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนประกอบของแร่ใยหินเป็นสินค้าที่ควบคุมฉลากดังกล่าว มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการป้องกันอันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อสุขภาพอนามัยของผู้บริโภค อันถือได้ว่าเป็นการดำเนินมาตรการระวังไว้ก่อน (Precaution) จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว⁸³

ข้อเท็จจริงคดีนี้ หากพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของเครื่องรัฐออสเตรเลีย คือ ความเป็นไปได้ว่าผลิตภัณฑ์ที่มีแร่ใยหินเป็นส่วนประกอบจะก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพมนุษย์ และข้อมูลทางวิทยาศาสตร์จากการศึกษาวิจัยที่แสดงต่อศาลชี้ไปในทางตรงข้ามกัน ทำให้เกิดความไม่แน่นอน จึงถือว่าเป็นไปตามเงื่อนไขของเครื่องรัฐออสเตรเลียที่จะใช้หลักการนี้ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองไทยไม่ได้วินิจฉัยโดยเจาะจงถึงเงื่อนไขในการใช้หลักการระวังไว้ก่อนดังเช่นศาลในเครื่องรัฐออสเตรเลีย เพียงแต่เห็นได้จากการวินิจฉัยว่า ข้อมูลเกี่ยวกับอันตรายของแร่ใยหินชนิดโครโซไทล์เป็นข้อมูลที่มีหลักฐานทางวิชาการรองรับ ไม่ใช่ข้อมูลที่เลื่อนลอย แม้จะมีข้อมูลที่แตกต่างกัน แต่ศาลเห็นว่าการที่หน่วยงานตัดสินใจในลักษณะที่เป็นการป้องกันอันตรายไว้ก่อนย่อมดีกว่า นอกจากนี้ ศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาวินิจฉัยความเหมาะสมของมาตรการระวังไว้ก่อน โดยกล่าวถึงการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับการะของผู้ผลิต ซึ่งก็คือการให้ระบุค่าเตือนในฉลาก อันแสดงให้เห็นถึงความเกี่ยวโยงของหลักความได้สัดส่วน

⁸³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 412/2564

กับหลักการระงับไว้ก่อน ดังเช่นที่ศาลที่ดินและสิ่งแวดล้อมแห่งมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ได้วินิจฉัยไว้ในคดี *Telstra* อย่างไรก็ตาม เนื่องจากมาตรการควบคุมในคดีนี้เป็นไปตามกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นหลักซึ่งเป็นมุมมองของกฎหมายเอกชนมากกว่า ดังนั้น การชี้แจงน้ำหนักระหว่างประโยชน์ส่วนรวมและภาระที่จะเกิดกับผู้ผลิตสินค้าอาจแตกต่างไปจากคดีสิ่งแวดล้อมโดยแท้ แต่ในส่วนของการระงับไว้ก่อนในคดีนี้น่าจะเทียบเคียงกันได้ นอกจากนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า หากสินค้าที่เป็นประเด็นในคดีนี้เป็นตัวผลิตภัณฑ์แร่ใยหินเองซึ่งจัดเป็นวัตถุอันตรายตามกฎหมายว่าด้วยวัตถุอันตรายแล้ว⁸⁴ ก็น่าจะถือว่ามีข้อมูลที่ชัดเจนอันเป็นไปตามหลักการป้องกันมากกว่าหลักการระงับไว้ก่อน

ในประเด็นเกี่ยวกับสุขภาพมนุษย์ นอกจากคดีนี้แล้วยังมีคดีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 263/2561 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า การที่สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาปฏิเสธการขึ้นทะเบียนตำรับยาของผู้ฟ้องคดี เนื่องจากข้อมูลที่ยังไม่ชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้สามารถเชื่อถือในสรรพคุณของยาดังกล่าวได้ เป็นการใช้อุปินาที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว⁸⁵ ซึ่งคดีดังกล่าวเป็นการวินิจฉัยด้วยแนวคิดของหลักการระงับไว้ก่อนเช่นเดียวกัน โดยเป็นกรณีที่มีความไม่แน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เนื่องจากมีข้อมูลไม่เพียงพอ และศาลปกครองสูงสุดในคดีดังกล่าวได้วินิจฉัยไปในทางเดียวกันว่า การตัดสินใจในลักษณะที่เป็นการป้องกันความเสียหายไว้ก่อนในกรณีเช่นนี้ย่อมถูกต้องแล้ว

4.2.2.3 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 921/2560

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สืบเจตเป็นประชาชนที่อาศัยอยู่ในเขตเทศบาลเมืองมาบตาพุด จังหวัดระยอง ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการของนิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุดที่ปล่อยมลพิษต่าง ๆ ออกมาจนทำให้ประชาชนในท้องถิ่นเจ็บป่วยเป็นจำนวนมาก จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นขอให้ผู้ถูกฟ้องคดี (คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ) ประกาศให้พื้นที่ดังกล่าวเป็นเขตควบคุมมลพิษตามมาตรา 59 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้ข้อมูลต่าง ๆ จะไม่ตรงกันเสียทีเดียว และยังคงดำเนินการวิจัยเพิ่มเติมเพื่อให้ได้ผลการวิเคราะห์ข้อมูลที่แม่นยำขึ้นก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากเอกสารรายงานทางวิชาการต่าง ๆ ต่างมีสาระสำคัญสอดคล้องกันว่า พื้นที่ในเขตนิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุดเป็นพื้นที่ที่มีปัญหามลพิษ ซึ่งมีแนวโน้มที่จะร้ายแรงถึงขนาดเป็นอันตรายต่อสุขภาพอนามัยของประชาชนหรืออาจก่อให้เกิดผลกระทบเสียหายนต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีสมควรประกาศให้เป็นเขตควบคุมมลพิษตามมาตรา 59 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุด

⁸⁴ ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง บัญชีรายชื่อวัตถุอันตราย พ.ศ. 2556

⁸⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 263/2561



ได้หยิบยกหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมเรื่อง “การป้องกันไว้ก่อน”⁸⁶ (Precautionary Principle) ของปฏิญญาริโอ (Rio Declaration on Environment and Development) หลักการ 15 ขึ้น เพื่อวินิจฉัยปฏิเสธข้ออ้างตามอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีมีดุลพินิจว่าจะประกาศเขตควบคุมมลพิษหรือไม่ก็ได้ โดยพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงในคดีนี้ที่เห็นได้ว่า หากไม่ควบคุมดูแลมลพิษจากโรงงานอุตสาหกรรมหนักอย่างจริงจัง อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสุขภาพอนามัยของประชาชนหรือคุณภาพสิ่งแวดล้อม และความเสียหายนั้นไม่สามารถแก้ไขให้กลับคืนเหมือนเดิมได้⁸⁷

คดีนี้มีความน่าสนใจเนื่องจากผู้ฟ้องคดีได้อ้างถึงหลักการที่ 15 ของปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา มาในคำฟ้องด้วย ส่วนผู้ถูกฟ้องคดีได้โต้แย้งเกี่ยวกับความถูกต้องและความน่าเชื่อถือของข้อมูลทางวิชาการที่ศาลปกครองชั้นต้นใช้ในการวินิจฉัยคดี ซึ่งคดีนี้มีความชัดเจนว่ามีมลพิษเกิดขึ้นแล้วในบริเวณพื้นที่มาบตาพุด การประกาศให้พื้นที่ดังกล่าวเป็นเขตควบคุมมลพิษจึงเป็นมาตรการในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว อย่างไรก็ตาม การใช้มาตรการดังกล่าวย่อมต้องรวมไปถึงการป้องกันไม่ให้เกิดมลพิษขึ้นอีกต่อไปในอนาคตด้วย ซึ่งในส่วนนี้หากพิจารณาในแง่ที่ว่ามีความเป็นไปได้อย่างยิ่งว่าจะเกิดมลพิษขึ้นอีกและทราบถึงลักษณะของมลพิษที่จะเกิดขึ้น การเตรียมมาตรการเพื่อป้องกันน่าจะเป็นไปตามหลักการป้องกัน ส่วนการที่คดีนี้ศาลได้หยิบยกหลักการระงับไว้ก่อนขึ้นมานั้น ผู้เขียนเห็นว่า เป็นไปเพื่อปฏิเสธข้ออ้างของผู้ถูกฟ้องคดีเกี่ยวกับความไม่แน่นอนชัดเจนของข้อมูลในรายละเอียดบางอย่างและความน่าเชื่อถือของการศึกษาวิจัย ซึ่งบางเรื่องศาลอาจไม่ได้มีความรู้ความเชี่ยวชาญมากพอที่จะไปวินิจฉัยเกี่ยวกับคุณภาพของข้อมูล ตลอดจนระเบียบวิธีในการวิจัยที่ถูกต้อง ศาลจึงวินิจฉัยไปในทางที่ว่า แม้จะมีความไม่แน่นอนดังกล่าวอยู่จริง แต่เมื่อพิจารณาข้อมูลที่มีซึ่งล้วนบ่งชี้ถึงแนวโน้มการเกิดมลพิษที่จะมากขึ้นเรื่อย ๆ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่อาจปฏิเสธหน้าที่ของตนได้ อันเป็นการวินิจฉัยไปตามแนวทางเดียวกับข้อความในหลักการที่ 15 ของปฏิญญาริโอ

4.2.2.4 คำพิพากษาศาลปกครองเชียงใหม่ที่ ส. 2/2566

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีเป็นประชาชนในจังหวัดเชียงใหม่ฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายกรัฐมนตรี) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ) ละเลยการปฏิบัติหน้าที่ในการแก้ไขปัญหาฝุ่นละอองขนาดเล็กไม่เกิน 2.5 ไมครอน (PM 2.5) โดยมีคำขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ปฏิบัติตามหน้าที่ในการแก้ปัญหาดังกล่าวของทุกปีให้หมดสิ้นไป ศาลปกครองเชียงใหม่ได้รับฟังข้อมูลทางวิทยาศาสตร์จากหลายแหล่ง ทั้งข้อมูลคุณภาพอากาศจากกรมควบคุมมลพิษย้อนหลัง ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2561 ข้อมูลสถิติการป่วยและการเข้ารับการรักษาตัวในโรงพยาบาลด้วยอาการที่อาจเกี่ยวข้องกับการที่ฝุ่นละออง PM 2.5 เกินมาตรฐาน ข้อมูลทางการแพทย์เกี่ยวกับผลกระทบของฝุ่นละออง PM 2.5 แล้วเห็นว่า กรณีนี้เป็นที่ประจักษ์ชัดแจ้งอย่างต่อเนื่องว่าท้องที่ในเขตจังหวัดเชียงใหม่มีปัญหามลพิษ ซึ่งมีแนวโน้มที่ร้ายแรง

⁸⁶ ถ้อยคำจากการแปลของศาลปกครองสูงสุด

⁸⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 921/2560

จนถึงขนาดเป็นอันตรายต่อสุขภาพอนามัยของประชาชน ทั้งในระยะสั้นและระยะยาว และก่อให้เกิดผลกระทบเสียหายต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม ซึ่งแม้มีการดำเนินการอยู่บ้าง แต่ก็ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหานี้ได้ ถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองละเลยต่อหน้าที่ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 คดีนี้มีประเด็นที่น่าสนใจ คือ ศาลวินิจฉัยว่า ขณะที่มีการพิจารณาสถานการณ์ปัญหาควันหรือฝุ่นละอองได้คลี่คลายลงแล้ว แต่เมื่อศาลได้คำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ว่า ปัญหาดังกล่าวจะยังคงเกิดขึ้นเป็นประจำในช่วงเดือนธันวาคมถึงพฤษภาคม ของทุกปีอย่างต่อเนื่อง และมีแนวโน้มว่าจะทวีความรุนแรงขึ้น จึงพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกำหนด มาตรการที่มีประสิทธิภาพและรวดเร็ว เพื่อใช้ในการระวัง ป้องกัน บรรเทา และแก้ไขปัญหาฝุ่นละออง PM 2.5 ในเขตจังหวัดเชียงใหม่ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต โดยอ้างอิงหลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle) และหลักการป้องกันล่วงหน้า (Preventive Principle)⁸⁸

ผู้เขียนเห็นว่า คดีนี้ศาลได้กล่าวถึงทั้งปัญหาที่เกิดขึ้นแล้วและปัญหาที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ในส่วนหลังนี้ มีข้อมูลค่อนข้างชัดเจนว่าปัญหาฝุ่นละออง PM 2.5 จะเกิดขึ้นอีก ในปีต่อ ๆ ไป และมีข้อมูลผลกระทบต่อสุขภาพที่สามารถระบุได้ค่อนข้างชัดเจนว่ามีผลต่ออวัยวะใด ในร่างกายของมนุษย์บ้างและมีผลกระทบอย่างไร จึงเห็นว่ามีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ค่อนข้างแน่นอน อันเข้าหลักเกณฑ์ของหลักการป้องกันมากกว่าหลักการระวังไว้ก่อน ส่วนการที่ศาลมีคำพิพากษาเช่นนี้ ถือว่าเป็นประโยชน์ต่อประชาชนมาก เพราะศาลได้คำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ว่า แม้ปริมาณฝุ่นละออง จะเบาบางลงในขณะที่มีการพิพากษา แต่ในปีต่อไปก็อาจจะเกิดขึ้นอีก หากศาลพิพากษาเฉพาะในส่วนที่ปัญหา เกิดขึ้นแล้วอาจไม่ตอบสนองวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของผู้ฟ้องคดี อย่างไรก็ตาม คดีนี้มีการอุทธรณ์ ไปยังศาลปกครองสูงสุด จึงต้องรอดูว่าศาลปกครองสูงสุดจะพิจารณาพิพากษาอย่างไรต่อไป

อนึ่ง ต่อมา ศาลปกครองเชียงใหม่ได้มีคำพิพากษาศาลปกครองเชียงใหม่ ที่ ส. 1/2567 ซึ่งเป็นการฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้นายกรัฐมนตรีและคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายในการแก้ไขปัญหาฝุ่นละออง PM 2.5 เช่นกัน และมีข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกัน ในส่วนที่ว่า ขณะมีการพิจารณาปัญหาดังกล่าวได้คลี่คลายลงแล้ว โดยศาลปกครองเชียงใหม่ได้พิพากษา ในทำนองเดียวกันกับคดีนี้ แต่คำพิพากษาศาลปกครองเชียงใหม่ที่ ส. 1/2567 ศาลอ้างอิงเพียงหลักการป้องกัน ซึ่งตรงกับความเห็นของผู้เขียน⁸⁹ นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ ส. 36/2566 ที่ผู้ฟ้องคดี ฟ้องเกี่ยวกับการแก้ไขปัญหาฝุ่นละอองดังกล่าวเช่นกัน โดยศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่าปัญหานี้ส่งผลกระทบ ในวงกว้าง และความเสียหายต่อสุขภาพอนามัยของประชาชนหรือคุณภาพสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นนั้นไม่สามารถ แก้ไขให้กลับคืนเหมือนเดิมได้⁹⁰ ซึ่งใกล้เคียงกับองค์ประกอบของหลักการระวังไว้ก่อนตามปณิธานริโอ

⁸⁸ คำพิพากษาศาลปกครองเชียงใหม่ที่ ส. 2/2566

⁸⁹ คำพิพากษาศาลปกครองเชียงใหม่ที่ ส. 1/2567

⁹⁰ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ ส. 36/2566



คือ “threats of serious or irreversible damage” แต่ศาลก็ไม่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับองค์ประกอบเรื่องความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นจุดที่ทำให้หลักการดังกล่าวแตกต่างจากหลักการป้องกัน แต่อย่างใด

4.2.2.5 คำพิพากษาศาลปกครองระยองที่ ส. 15/2558

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดสิบหกเป็นประชาชนที่อาศัยอยู่บริเวณสถานที่ตั้งโรงงานผลิตถ่านโค้กของบริษัท ท. ฟ้องขอให้ศาลพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม) ดำเนินการแก้ไขข้อความตามประกาศเกี่ยวกับโครงการหรือกิจการที่จะต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม โดยให้อุตสาหกรรมการผลิตถ่านโค้กเป็นโครงการหรือกิจการที่จะต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม

ศาลปกครองระยองวินิจฉัยว่า จากข้อเท็จจริงเชื่อได้ว่าอุตสาหกรรมการผลิตถ่านโค้กเป็นโครงการหรือกิจการที่อาจมีผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรง หากปล่อยให้มีการดำเนินกิจการและเกิดปัญหาดังกล่าวขึ้นแล้ว ย่อมเป็นการยากที่จะเยียวยาแก้ไขให้กลับคืนสู่สภาพเดิมได้ ในภายหลัง กรณีจึงถือว่าประโยชน์ที่ประชาชนและสังคมส่วนรวมจะได้รับมีน้ำหนักมากกว่าและคุ้มค่ากับการที่เสรีภาพในการประกอบกิจการของเอกชนต้องถูกจำกัดลง และมีความจำเป็นที่รัฐจะต้องใช้มาตรการป้องกันความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมดังกล่าว การที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ดำเนินการแก้ไขประกาศพิพาทจึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ โดยที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กล่าวอ้างว่าเหตุที่ไม่ได้กำหนดให้อุตสาหกรรมการผลิตถ่านโค้กเป็นโครงการหรือกิจการที่ต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมนั้น เนื่องจากข้อมูลในขณะนั้นมีเหตุอันควรเชื่อว่าการประกอบกิจการผลิตถ่านโค้กเพียงอย่างเดียวโดยมิใช้กิจกรรมที่ต่อเนื่องกับกระบวนการถลุงเหล็กจะไม่เกิดขึ้นในระยะเวลาอันใกล้ ประกอบกับไม่มีข้อมูลการศึกษาวินิจฉัยเกี่ยวกับผลกระทบสิ่งแวดล้อมในเชิงลึก อีกทั้งอัตราการใช้ถ่านโค้กในประเทศมีน้อยมากเนื่องจากโดยปกติผู้ประกอบการจะใช้วิธีการสั่งซื้อจากต่างประเทศ ซึ่งศาลปกครองระยองได้วินิจฉัยว่าการกำหนดให้มีการทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม ถือเป็นมาตรการป้องกันความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมตามหลักการป้องกันล่วงหน้าหรือหลักการระวังไว้ก่อน ซึ่งเป็นหลักการจัดการเชิงรุกที่เน้นการป้องกันผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม แม้จะยังไม่มีข้อพิสูจน์หรือหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับสาเหตุ ขนาด โอกาสความเป็นไปได้ และลักษณะของความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นก็ตาม ดังนั้น ข้ออ้างดังกล่าวจึงมิใช่เหตุผลอันสมควร⁹¹

ผู้เขียนเห็นว่า คดีนี้ศาลได้นำหลักการระวังไว้ก่อนมาใช้ปฏิเสธข้ออ้างของฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดี อันเป็นการตีความหลักการนี้ในเชิงปฏิเสธเช่นเดียวกับหลักการที่ 15 ของปฎิญญาธิโอและกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย นอกจากนี้ ศาลยังพิจารณาถึงความได้สัดส่วนของมาตรการที่ใช้

⁹¹ คำพิพากษาศาลปกครองระยองที่ ส. 15/2558

โดยซึ่งนำหน้าระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับภาระที่เอกชนต้องแบกรับ อย่างไรก็ตาม คดีนี้ศาลได้หยิบยกหลักการระงับไว้ก่อนเพื่อใช้ปฏิเสธข้ออ้างของฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นการกล่าวอ้างไปถึงข้อมูลที่มีในขณะออกประกาศพิพาท แต่หากพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในชั้นศาลแล้ว ถือว่ามีข้อมูลแนนอนพอสมควรว่าการประกอบกิจการผลิตถ่านโค้กมีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพมนุษย์ซึ่งเป็นความเสียหายที่รุนแรง จึงน่าจะเป็นไปตามหลักการป้องกันมากกว่า

**ตารางเปรียบเทียบบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน
ในกฎหมายคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่สำคัญของเครือรัฐออสเตรเลียและประเทศไทย**

ประเด็นเปรียบเทียบ	เครือรัฐออสเตรเลีย พระราชบัญญัติคุ้มครอง สิ่งแวดล้อมและอนุรักษ ความหลากหลาย ทางชีวภาพ (สหพันธรัฐ)	พระราชบัญญัติคุ้มครอง สิ่งแวดล้อมฯ (มลรัฐวิกตอเรีย)	ประเทศไทย พระราชบัญญัติส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม แห่งชาติ พ.ศ. 2535
หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ ผู้รับผิดชอบ	รัฐมนตรีผู้รักษาการ ตามพระราชบัญญัติ	สำนักงานคุ้มครองสิ่งแวดล้อม (Environment Protection Authority)	คณะกรรมการสิ่งแวดล้อม แห่งชาติ
ความเข้มข้นในการตีความ หลักการระงับไว้ก่อน	ระดับเข้มข้นน้อย	ระดับเข้มข้นน้อย	ยังไม่แน่ชัด
วัตถุประสงค์การคุ้มครอง	สิ่งแวดล้อม เฉพาะในเรื่องที่มี ความสำคัญทางสิ่งแวดล้อม ระดับชาติตามที่บัญญัติไว้ หรือเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ สหพันธรัฐ	สุขภาพมนุษย์และสิ่งแวดล้อม	- สิ่งแวดล้อม - สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใด ของประชาชนหรือชุมชน (ในเรื่องการประเมินผลกระทบ สิ่งแวดล้อม)
บทบัญญัติที่กล่าวถึง หลักการป้องกัน และหลักการระงับไว้ก่อน โดยตรง	- รับรองหลักการระงับไว้ก่อน ไว้โดยตรงในฐานะหลักการย่อย ของหลักการว่าด้วยการพัฒนา ที่ยั่งยืนทางระบบนิเวศน์ - บัญญัติให้รัฐมนตรีผู้รักษาการ นำหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้ ในการตัดสินใจหรือวินิจฉัย ตามกฎหมายอย่างชัดเจน เป็นรายกรณี	- รับรองหลักการเรื่อง “การให้ความสำคัญกับ การป้องกันเป็นอันดับแรก” - รับรองหลักการระงับไว้ก่อน โดยกำหนดนิยามที่ใกล้เคียง กับกฎหมายของสหพันธรัฐ แต่เพิ่ม “อันตรายต่อสุขภาพ มนุษย์” และบัญญัติถึงการลด ความเสี่ยงให้เหลือน้อยที่สุดด้วย - กำหนดให้หลักการคุ้มครอง สิ่งแวดล้อม ซึ่งรวมถึงทั้งสอง หลักการนี้ เป็นข้อพิจารณา	ไม่มีการรับรองทั้งสองหลักการ ไว้โดยตรง หรือบัญญัติ ให้เป็นข้อพิจารณาในการวินิจฉัย สั่งการเป็นการทั่วไป (แต่มี การบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะ คือ พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558)



ประเด็นเปรียบเทียบ	เครือรัฐออสเตรเลีย พระราชบัญญัติคุ้มครอง สิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ ความหลากหลาย ทางชีวภาพ (สหพันธรัฐ)	พระราชบัญญัติคุ้มครอง สิ่งแวดล้อมฯ (มลรัฐวิกตอเรีย)	ประเทศไทย พระราชบัญญัติส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม แห่งชาติ พ.ศ. 2535
		ในการอนุญาตให้ดำเนิน กิจกรรมบางอย่าง	
บทบัญญัติที่มีแนวคิด ของหลักการป้องกัน และหรือหลักการระวังไว้ก่อน 1. การกำหนดหน้าที่ ในการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อม เป็นการทั่วไป	ไม่มี	กำหนดหน้าที่ทั่วไป ในการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อม หากฝ่าฝืนมีสภาพบังคับทางแพ่ง และอาจมีโทษทางอาญา	ไม่มี
2. การประเมินผลกระทบ สิ่งแวดล้อม	ต้องมีการประเมินผลกระทบ สิ่งแวดล้อมด้วยวิธีใดวิธีหนึ่ง ตามที่บัญญัติ หากเป็น “กิจกรรมควบคุม”	มีกฎหมายเฉพาะแยกต่างหาก คือ พระราชบัญญัติ ว่าด้วยผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 1978 ซึ่งบัญญัติให้ต้องมี การประเมินผลกระทบ สิ่งแวดล้อมหากเป็นโครงการ สาธารณะ หรือโครงการที่อาจ มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม อย่างมาก (หากรัฐมนตรี ผู้รักษาการเห็นสมควร)	ให้รัฐมนตรีมีอำนาจกำหนด โครงการที่ถือว่า (1) มีผลกระทบ สิ่งแวดล้อม หรือ (2) อาจมี ผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใด ของประชาชนหรือชุมชน หรือสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมิน ผลกระทบสิ่งแวดล้อม
3. ระบบการอนุญาต	จะดำเนิน “กิจกรรมควบคุม” ได้ก็ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบ จากรัฐมนตรีผู้รักษาการ	ห้ามดำเนินกิจกรรม ประเภทที่คณะกรรมการท้องถิ่น กำหนด เว้นแต่ได้รับการอนุญาต (license, permit) หรือมี การจดทะเบียน (registration)	ไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับระบบ การอนุญาตในกิจกรรมที่ก่อ หรืออาจก่อความเสียหายโดยตรง แต่อาจมีการพิจารณารายงาน การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม ประกอบกับการพิจารณาออก ใบอนุญาตตามกฎหมายอื่น ๆ
4. การมีคำสั่งเฉพาะราย เพื่อป้องกันความเสียหาย	ไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจน	คำสั่งให้ปรับปรุงการดำเนินการ ให้เข้ามาตรการป้องกัน ความเสียหาย หรือห้ามดำเนิน กิจกรรม กรณีที่เชื่อว่าการฝ่าฝืน กฎหมายหรือเงื่อนไขการอนุญาต เสนอหรือดำเนินกิจกรรมที่ก่อ หรืออาจก่อความเสียหาย	คำสั่งห้ามการกระทำหรือให้ กระทำการเฉพาะเรื่อง เช่น คำสั่งให้เจ้าของ ผู้ครอบครอง ผู้ควบคุม หรือผู้ให้บริการระบบ บำบัดน้ำเสียหรือกำจัดของเสีย แก้ไขปรับปรุงระบบของตน รวมทั้งให้หยุดหรือปิด

ประเด็นเปรียบเทียบ	เครือรัฐออสเตรเลีย พระราชบัญญัติคุ้มครอง สิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ ความหลากหลาย ทางชีวภาพ (สหพันธรัฐ)	พระราชบัญญัติคุ้มครอง สิ่งแวดล้อมฯ (มลรัฐวิกตอเรีย)	ประเทศไทย พระราชบัญญัติส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม แห่งชาติ พ.ศ. 2535
		ต่อสุขภาพมนุษย์ หรือสิ่งแวดล้อม	การดำเนินการ กรณีที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือคำสั่ง
5. มาตรการเสริมอื่น ๆ	มาตรการที่สามารถทดแทน การขอความเห็นชอบ จากรัฐมนตรีได้ เช่น ระบบ การทำความเข้าใจระหว่าง สหพันธรัฐกับมลรัฐ การทำ แผนการจัดการเขตชีวภูมิศาสตร์	- การกำหนดมาตรฐานอ้างอิง คู่มือแนวทางการปฏิบัติ และคำแนะนำเฉพาะกรณี - มาตรการตามความสนใจ เช่น การตรวจประเมิน ทางสิ่งแวดล้อม การจัดทำ แผนการจัดการสิ่งแวดล้อมที่ดี ยิ่งขึ้น เป็นต้น	- การกำหนดมาตรฐาน ทางสิ่งแวดล้อม - การกำหนดมาตรการ คุ้มครองเป็นพิเศษในพื้นที่ คุ้มครองสิ่งแวดล้อม - การจัดทำแผนจัดการ คุณภาพสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

5. บทวิเคราะห์

จากการศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายเกี่ยวกับหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนในเครือรัฐออสเตรเลียและประเทศไทย พบว่ามีข้อพิจารณาที่น่าสนใจ ดังนี้

5.1 ระดับความเข้มข้นของการใช้หลักการระงับไว้ก่อนในภาพรวม

จากแนวทางการตีความหลักการระงับไว้ก่อนสามระดับที่กล่าวไว้ในข้อ 2.1.2.2 จะเห็นได้ว่า แนวทางของเครือรัฐออสเตรเลียโดยภาพรวมอยู่ในระดับความเข้มข้นค่อนข้างน้อย กล่าวคือ มีการกำหนดขอบเขตของความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นว่า ต้องเป็นความเสียหายที่ “รุนแรงหรือไม่อาจแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้” และศาลในคดี *Telstra* ยังได้วางหลักให้พิจารณาเรื่องความคุ้มค่าและความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติด้วย⁹² ทำให้เป็นการจำกัดกรอบในการใช้หลักการระงับไว้ก่อนให้แคบลง โดยสรุปแล้ว การใช้หลักการนี้ในเครือรัฐออสเตรเลียมีความคล้ายคลึงกับแนวทางตามหลักการที่ 15 ของปญญญาริโอ อย่างไรก็ตาม ในคดี *Telstra* ศาลได้วางหลักเพิ่มเติมว่าการใช้หลักการระงับไว้ก่อนมีผลให้มีการผลักภาระการพิสูจน์ให้ตกอยู่กับผู้เสนอโครงการ⁹³ ซึ่งเป็นการยกเว้นหลักการเรื่องพยานหลักฐานในกรณีทั่วไปที่ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นต้องนำสืบ” ทำให้เป็นประโยชน์กับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมากขึ้น

⁹² *op. cit.* 66, p. 166.

⁹³ *Ibid.*, p. 150.

กรณีของประเทศไทยยังไม่ปรากฏแนวทางที่ชัดเจนในการใช้หลักการระงับไว้ก่อน เป็นการทั่วไปว่าจะเป็นในระดับใด แต่อาจปรากฏตามถ้อยคำในกฎหมายแต่ละฉบับเป็นรายกรณีไป เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 48 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติกรณีที่ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมว่า ต้องเป็นกรณีที่ “มีผลกระทบ...” หรือ “อาจมีผลกระทบ...อย่างรุนแรง” ซึ่งแสดงว่ามีการจำกัดขอบเขตความเสียหายในกรณีที่ยังไม่เกิดขึ้นว่า ต้องเป็นความเสียหายที่รุนแรง แต่ยังไม่มียกเว้นเกี่ยวกับข้อพิจารณาอื่น ๆ เช่น จะต้องมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนเพียงใด จึงจะถือว่า “อาจมีผลกระทบ” สำหรับการผลการพิจารณาพิสูจน์ไปยังผู้เสนอโครงการหรือผู้ดำเนินกิจกรรม อาจพบได้โดยนัยของบทบัญญัติแห่งกฎหมายบางมาตรา เช่น การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมและระบบการอนุญาต ที่แม้ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับผลการพิจารณาอย่างชัดเจน แต่ก็เห็นได้ว่าในชั้นการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ว่าจะอนุญาตให้ดำเนินโครงการหรือไม่ เงื่อนไขสำคัญในการพิจารณา คือ ผลของการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม กล่าวคือ ผู้เสนอโครงการต้องเสนอหลักฐานให้เป็นที่พอใจได้ว่าโครงการดังกล่าวไม่มีผลกระทบที่ร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม หรือหากมีผลกระทบจะใช้มาตรการป้องกันหรือเยียวยาที่มีประสิทธิภาพอย่างไร จึงเห็นได้ว่าภาระการพิสูจน์ในชั้นการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ในกรณีนี้ตกอยู่กับผู้เสนอโครงการเช่นเดียวกับในเครื่องรัฐออสเตรเลีย ส่วนมาตรการระงับไว้ก่อนที่จะใช้ก็เป็นไปตามที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้กำหนดไว้ และเป็นไปตามดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ หากกฎหมายกำหนดทางเลือกไว้หลายทาง โดยกฎหมายไทยได้กำหนดมาตรการไว้ทั้งระดับเข้มข้นมาก เช่น การไม่อนุญาตให้ประกอบกิจการโรงงาน และระดับเข้มข้นน้อย เช่น การอนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมโดยมีเงื่อนไข ซึ่งเห็นได้ว่ามีความใกล้เคียงกับกฎหมายของเครื่องรัฐออสเตรเลีย

5.2 บทบัญญัติแห่งกฎหมาย

5.2.1 บทบัญญัติที่รับรองหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนไว้โดยตรง

สำหรับหลักการระงับไว้ก่อนนั้น กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่สำคัญของเครื่องรัฐออสเตรเลีย ทั้งระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐ มักกล่าวถึงหลักการระงับไว้ก่อนไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ มีการนำหลักการดังกล่าวมารวมไว้ในบทบัญญัติส่วนที่แสดงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยการบัญญัตินิยามไว้ และมีการบัญญัติให้หลักการนี้เป็นข้อพิจารณาในการสั่งการของเจ้าหน้าที่ เช่น มาตรา 391 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 ของสหพันธรัฐ อันแสดงให้เห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติของเครื่องรัฐออสเตรเลียให้ความสำคัญกับหลักการระงับไว้ก่อนเป็นอย่างมาก จึงได้นำมาบัญญัติไว้ในส่วนข้อความเบื้องต้นของกฎหมาย ซึ่งเป็นส่วนที่กำหนดทิศทางในการปรับใช้ และตีความกฎหมายทั้งฉบับ ผลของการมีบทบัญญัติรับรองหลักการระงับไว้ก่อนโดยตรง คือ ทำให้หลักการดังกล่าวมีสภาพบังคับทางกฎหมายได้ หากเจ้าหน้าที่ไม่นำไปพิจารณาในการมีคำสั่ง อาจเป็นเหตุให้ศาลพิพากษาว่า คำสั่งที่ออกมาเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้อย่างชัดเจนและหนักแน่นกว่ากรณีที่ไม่มีบทบัญญัติไว้ นอกจากนี้ การที่มาตรา 3A แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติรับรองหลักการระงับไว้ก่อนไว้ในฐานะที่เป็นหลักการย่อยหนึ่งของหลักการว่าด้วยการพัฒนาที่ยั่งยืนทางระบบนิเวศน์ ยังเป็นการวางแนวทาง

ในการพิจารณาว่าหลักการดังกล่าวต้องนำมาพิจารณาร่วมกับหลักการย่อยอื่น ๆ อีก เช่น หลักความยุติธรรมระหว่างชนต่างรุ่น หลักการตัดสินใจโดยคำนึงถึงข้อพิจารณาทั้งระยะสั้นและระยะยาวเกี่ยวกับเศรษฐกิจ สิ่งแวดล้อม สังคม และความยุติธรรม เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยนั้น เริ่มมีการบัญญัติถึง “หลักการป้องกันล่วงหน้า” (ซึ่งน่าจะหมายถึง “Precautionary Principle”) ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติบ้างแล้ว คือ ปรากฏในพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 ซึ่งมีผลให้หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาหลักการดังกล่าว และศาลสามารถหยิบยกหลักการนี้ขึ้นมาพิจารณาได้โดยตรง นอกจากนี้ แม้จะไม่ได้มีการบัญญัตินิยามหรือขยายความเกี่ยวกับขอบเขตและวิธีการใช้ “หลักการป้องกันล่วงหน้า” ไว้ แต่เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในมาตรา 4 ที่ว่า “ตามแนวทาง กฎเกณฑ์ และมาตรฐานที่เป็นที่ยอมรับนับถือในนานาประเทศ” จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้เปิดช่องให้นำเอกสารระหว่างประเทศต่าง ๆ มาพิจารณา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า อาจนำหลักเกณฑ์ตามหลักการที่ 15 ของปฏิญญาริโอมาใช้ได้ อย่างไรก็ตาม การรับรองดังกล่าวเป็นการบัญญัติไว้ในกฎหมายที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมซึ่งเกี่ยวข้องกับการทำประมงเป็นการเฉพาะ แต่ไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายกลางด้านการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในลักษณะที่มีผลเป็นการทั่วไปอย่างในกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียแต่อย่างใด ดังนั้น ผลของการบัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวจึงจำกัดอยู่แต่เฉพาะตามพระราชกำหนดนี้เท่านั้น

สำหรับกรณีตามกฎหมายอื่น ๆ ที่ไม่ได้บัญญัติรับรองหลักการระวังไว้ก่อนไว้โดยเฉพาะ สถานะของหลักการดังกล่าวยังคงไม่ชัดเจน และมีปัญหาว่าศาลปกครองไทยจะนำหลักการดังกล่าวมาใช้ในสถานะใด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หลักการนี้อาจถือเป็นเครื่องมือช่วยในการตีความกฎหมายอย่างหนึ่ง กล่าวคือ หากพิจารณาแล้วเห็นว่ากฎหมายฉบับใดมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ศาลอาจนำหลักการระวังไว้ก่อนมาใช้เพื่อช่วยในการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นในกรณีที่มีข้อสงสัยได้ โดยพิจารณาควบคู่ไปกับการตีความตามตัวอักษร⁹⁴ เนื่องจากหลักการระวังไว้ก่อนจะส่งเสริมให้การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายนั้น ๆ เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและครอบคลุมมากขึ้น ตัวอย่างเช่น ถ้อยคำว่า “อาจมีผลกระทบ...อย่างรุนแรง” ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 48 วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นถ้อยคำที่มีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจงและแสดงถึงความไม่แน่นอนอยู่ในตัว กรณีนี้ผู้บังคับใช้กฎหมายหรือศาลอาจตีความตามหลักการระวังไว้ก่อนได้ คือ ในกรณีที่มีข้อมูลในระดับหนึ่งบ่งชี้ว่า อาจมีความเสียหายหรือผลกระทบที่รุนแรงเกิดขึ้น แม้ว่าข้อมูลดังกล่าวจะยังไม่แน่นอน ผู้ที่เกี่ยวข้องไม่อาจยกขึ้นเป็นข้ออ้างในการผัดผ่อนการใช้มาตรการ หรือต้องมีการใช้มาตรการเพื่อป้องกันความเสียหายหรืออันตรายต่อสิ่งแวดล้อมไว้ก่อน การตีความเช่นนี้ย่อมสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวที่ต้องการ “ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม” ซึ่งการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์นี้ได้จำเป็นต้อง

⁹⁴ โปรตุเกส ปนัดดา พงศ์สุรย์มาส, “การตีความและการอุดช่องว่างของกฎหมาย,” ใน มานิตย์ จุมปา (บรรณาธิการ) ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 12, (กรุงเทพฯ : แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), น. 100-108.



ตีความบทบัญญัติต่าง ๆ ไปในแนวทางของหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน แม้ว่าตามหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าวจะไม่ได้เน้นย้ำเกี่ยวกับการให้ความสำคัญกับการป้องกันปัญหาสิ่งแวดล้อมมากกว่าการแก้ไขเยียวยาอย่างชัดเจนก็ตาม⁹⁵

ในกรณีของหลักการป้องกัน กฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียมีการกล่าวถึงน้อยกว่าหลักการระงับไว้ก่อน โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 ของมลรัฐวิกตอเรียเป็นกฎหมายที่รับรองหลักการนี้ไว้อย่างชัดเจนเป็นเอกเทศจากหลักการอื่น แต่ก็ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขอื่นใดเป็นการเฉพาะ⁹⁶ ส่วนกฎหมายของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติรับรองไว้โดยตรง แต่ผู้เขียนเห็นว่า อาจนำหลักการดังกล่าวมาใช้ในการตีความกฎหมายต่าง ๆ ที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและสุขภาพมนุษย์ได้เช่นกัน

5.2.2 ความชัดเจนในแนวทางการบังคับใช้

การที่พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 ของเครือรัฐออสเตรเลีย บัญญัติไว้อย่างชัดเจนถึงกรณีที่ต้องนำหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้ในการตัดสินใจ โดยระบุเป็นรายมาตรา และกฎหมายระดับมลรัฐบัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวและกำหนดให้เป็นข้อพิจารณาหนึ่งในการตัดสินใจต่าง ๆ เช่น การออกใบอนุญาต เป็นต้น ทำให้มีความชัดเจนทั้งต่อผู้บังคับใช้กฎหมาย ผู้ประกอบกิจกรรม และในการพิจารณาของศาลมากขึ้น เพื่อลดการถกเถียงโต้แย้งในประเด็นว่าควรใช้หลักการนี้ในกรณีใดลงไปได้ ส่วนหลักการป้องกันนั้น แม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงอย่างชัดเจน แต่ผู้เขียนเห็นว่า ตามหลักสามัญสำนึกอาจอนุมานได้ว่า แม้ในกรณีที่ข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับผลกระทบทางลบมีความไม่ชัดเจน ผู้มีอำนาจสั่งการยังต้องพิจารณาไปในทางที่จะป้องกันหรือลดความเสี่ยง ดังนั้น หากเป็นกรณีที่มีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับผลกระทบทางลบอย่างชัดเจนซึ่งมีความร้ายแรงมากกว่ากรณีแรก

⁹⁵ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ระบุว่า “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ คือ โดยที่กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันยังไม่มีมาตรการควบคุม และแก้ไขปัญหามลพิษได้อย่างพอเพียง สมควรปรับปรุงใหม่โดย

(1) ส่งเสริมประชาชน และองค์กรเอกชนให้มีส่วนร่วมในการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม
(2) จัดระบบการบริหารงานด้านสิ่งแวดล้อมให้เป็นไปตามหลักการจัดการคุณภาพสิ่งแวดล้อม
(3) กำหนดอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และราชการส่วนท้องถิ่น ให้เกิดการประสานงาน และมีหน้าที่ร่วมกันในการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม และกำหนดแนวทางปฏิบัติในส่วนที่ไม่มีหน่วยงานใดรับผิดชอบโดยตรง

(4) กำหนดมาตรการควบคุมมลพิษด้วยการจัดให้มีระบบบำบัดอากาศเสีย ระบบบำบัดน้ำเสีย ระบบกำจัดของเสีย และเครื่องมือหรืออุปกรณ์ต่าง ๆ เพื่อแก้ไขปัญหามลพิษ

(5) กำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดมลพิษให้เป็นไปโดยชัดเจน

(6) กำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมด้านกองทุน และความช่วยเหลือด้านต่าง ๆ เพื่อเป็นการจูงใจให้มีการยอมรับที่จะปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

⁹⁶ EP Act (Vic) s 15

ผู้มีอำนาจสั่งการยังต้องพิจารณาไปในทางที่มุ่งเน้นการป้องกันหรือลดความเสี่ยงเพื่อให้สอดคล้องกับการใช้หลักการระงับไว้ก่อนและสอดคล้องกับหลักการย่อยอื่น ๆ ของหลักการว่าด้วยการพัฒนาที่ยั่งยืนทางระบบนิเวศน์ด้วย เช่น หลักการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพและความสมบูรณ์ของระบบนิเวศน์ เป็นต้น ส่วนระดับความไม่แน่นอนที่ใช้แบ่งแยกระหว่างหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนนั้น กฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียเองไม่ได้ระบุเอาไว้ จึงเป็นดุลพินิจของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและศาลในการพิจารณาเป็นรายกรณีไป

สำหรับในประเทศไทยนั้น พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 ได้กล่าวถึง “หลักการป้องกันล่วงหน้า” โดยตรง แต่ก็มีผลบังคับเฉพาะกับการบริหารจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำเท่านั้น ดังนั้น ในกรณีอื่น ๆ ทั่วไปที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ต้องนำหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนมาพิจารณา จึงยังเป็นการยากที่จะบังคับให้เจ้าหน้าที่นำทั้งสองหลักการมาประกอบการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง ที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมโดยตรง ในลักษณะที่ *Peel* เรียกว่าเป็น “เรื่องที่เจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาเป็นงานประจำ” (Routine aspect of decision-making process)⁹⁷ ดังนั้น จึงมีช่องว่างที่ต้องตีความว่า การปรับใช้กฎหมาย ควรจะมุ่งเน้นไปในทางที่ป้องกันความเสียหายมากกว่าการแก้ไขหรือไม่ และในกรณีที่ข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ ยังไม่ชัดเจนควรพิจารณาสั่งการไปในแนวทางใด ในปัจจุบันกรณีที่หลักการทั้งสองจะมีบทบาทมากขึ้น จึงมักเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดกลไกบนพื้นฐานของหลักการดังกล่าว เช่น การกำหนดมาตรฐานต่าง ๆ การกำหนดหน้าที่ให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษดำเนินการมาตรการป้องกัน การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

5.2.3 บทบัญญัติที่แสดงถึงแนวคิดของหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน

กฎหมายของทั้งเครือรัฐออสเตรเลียและประเทศไทยต่างกำหนดมาตรการในการป้องกันความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่อาจเกิดขึ้นจากกิจกรรมต่าง ๆ โดยอยู่บนพื้นฐานของหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน โดยบทบัญญัติลักษณะนี้มักจะสามารถตีความหรือปรับใช้ให้เป็นไปตามหลักการป้องกันหรือหลักการระงับไว้ก่อนก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและข้อมูลที่มีอยู่ในแต่ละกรณี ตัวอย่างเช่นบทบัญญัติต่อไปนี้

5.2.3.1 บทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่ในการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อม

มาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 ของมลรัฐวิกตอเรีย เครือรัฐออสเตรเลีย เป็นบทบัญญัติที่มีความก้าวหน้าที่น่าสนใจเป็นพิเศษ คือ การกำหนดหน้าที่ทั่วไปทางสิ่งแวดล้อมให้ผู้ดำเนินกิจกรรมซึ่งอาจมีความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อสุขภาพมนุษย์หรือต่อสิ่งแวดล้อมจะต้องลดความเสี่ยงให้เหลือน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ตามสมควรในทางปฏิบัติ หากฝ่าฝืนจะมีสภาพบังคับทางแพ่ง และอาจมีความผิดทางอาญาในบางกรณี ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัตินี้เป็นการกระตุ้นให้ผู้ประกอบกิจกรรมกำหนดมาตรการเชิงรุก เพื่อลดความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม

⁹⁷ *op. cit.* 37, p. 14.



หรือต่อสุขภาพมนุษย์มากกว่าบทบัญญัติทั่วไปที่กำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแล้ว อันเป็นเพียงการลดแรงจูงใจในการดำเนินกิจกรรมไปในทางที่เสี่ยง เนื่องจากตามมาตรา 25 แม้จะยังไม่มี ความเสียหายเกิดขึ้น เพียงแค่มีการดำเนินกิจกรรมไปโดยไม่มาตรการลดความเสี่ยงก็เป็นการฝ่าฝืน กฎหมายแล้ว จะเห็นได้ว่ามาตราดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ส่งเสริมแนวคิดที่มุ่งเน้นการป้องกันมากกว่า การแก้ไขอย่างเด่นชัด โดยการตีความอาจครอบคลุมทั้งการป้องกันและการระงับไว้ก่อน เนื่องจากในฐานะ ผู้ประกอบกิจการหนึ่ง ๆ ผู้ดำเนินกิจกรรมย่อมมีสิ่งที่ทราบดีเกี่ยวกับความเสี่ยงที่จะเกิดผลกระทบในทางลบ ต่อสิ่งแวดล้อมหรือสุขภาพมนุษย์ ซึ่งกรณีนี้การใช้มาตรการป้องกันความเสี่ยงดังกล่าวย่อมเป็นไป ตามหลักการป้องกัน ส่วนกรณีที่ยังมีข้อมูลไม่แน่นอนอาจจะเป็นกรณีใดกรณีหนึ่งที่กล่าวไว้ในข้อ 2.1.2.2 เช่น การขาดข้อมูล หรือข้อมูลปัจจุบันมีความขัดแย้งกัน⁹⁸ เป็นต้น กรณีนี้ควรใช้มาตรการตามหลักการ ระงับไว้ก่อนด้วย เพื่อให้สอดคล้องกันทั้งในทางปฏิบัติสำหรับการพิจารณาของเจ้าหน้าที่และการวินิจฉัยคดีของศาล

กฎหมายของประเทศไทยได้กำหนดหน้าที่ในการใช้มาตรการป้องกัน ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งครอบคลุมทั้งหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนเช่นกัน แต่จะมี ความเฉพาะเจาะจงมากกว่าของเครือรัฐออสเตรเลีย ตัวอย่างเช่น มาตรา 68 วรรคสอง และมาตรา 70⁹⁹ แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ที่เป็นบทบัญญัติเฉพาะ สำหรับเจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษ และพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 ที่จะบังคับ กับกิจการที่เข้าลักษณะเป็นโรงงานตามพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงอาจมีบางกรณีที่อยู่นอกขอบเขต ของกฎหมายต่าง ๆ ได้ เท่ากับว่ากรณีเหล่านี้ต้องอาศัยกลไกอื่น ๆ เช่น หากเกิดมลพิษขึ้นมาก็ประกาศให้พื้นที่ ที่เกิดเหตุเป็นเขตควบคุมมลพิษ ซึ่งมักเป็นการแก้ไขเยียวยาเมื่อเกิดปัญหาแล้ว ไม่ใช่การป้องกัน หรือการระงับไว้ก่อนแต่อย่างใด เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 ของมลรัฐวิกตอเรีย ที่กำหนดหน้าที่ทั่วไปโดยใช้คำว่า “A person who is engaging in an activity that may give rise to risks of harm...” ซึ่งมีขอบเขตค่อนข้างกว้าง กล่าวคือ ผู้อยู่ในบังคับอาจเป็นบุคคลใด ก็ได้ และกิจกรรมที่ทำจะเป็นกิจกรรมใดก็ได้ที่เข้าลักษณะว่าอาจก่อให้เกิดความเสี่ยง ทำให้มาตรการ ทางกฎหมายดังกล่าวมีความครอบคลุมมากกว่า อย่างไรก็ตาม ในการตรวจสอบของเจ้าหน้าที่จะต้องอาศัย การประเมินความเสี่ยงที่แม่นยำ เพราะบทบัญญัติดังกล่าวอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ประกอบการ

⁹⁸ MBA van Asselt, Perspectives on Uncertainty and Risk : The PRIMA Approach to Decision Support, (Kluwer, 2000); WE Walker et al, “Defining Uncertainty : A Conceptual Basis for Uncertainty Management in Model-Based Decision Support,” Integrated Assessment Issue 1, 2003, p. 12. *op. cit.* 25, p. 16-17.

⁹⁹ เช่น มาตรา 68 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 บัญญัติให้ “เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษทางอากาศต้องติดตั้ง หรือจัดให้มีระบบบำบัดอากาศเสีย อุปกรณ์หรือเครื่องมืออื่นใด สำหรับการควบคุม กำจัด ลด หรือจัดมลพิษซึ่งอาจมีผลกระทบต่อคุณภาพอากาศ ตามที่เจ้าพนักงานควบคุมมลพิษกำหนด...” และมาตรา 70 ที่บัญญัติให้ “เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษทางน้ำ มีหน้าที่ต้องก่อสร้าง ติดตั้ง หรือจัดให้มีระบบบำบัดน้ำเสีย หรือระบบกำจัดของเสียตามที่เจ้าพนักงานควบคุมมลพิษกำหนด...”

ได้มากกว่า และอาจมีปัญหาเรื่องการโต้แย้งการใช้ดุลพินิจมากกว่า เนื่องจากถ้อยคำในกฎหมายเปิดช่องให้ตีความได้อย่างกว้างขวาง

5.2.3.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม

การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมทั้งของประเทศไทย และเครื่องมือออสเตรเลียนีมีลักษณะเป็นการส่งเสริมทั้งหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนควบคู่กันไป เนื่องจากเป็นเครื่องมือสำคัญในการได้มาซึ่งข้อมูลที่จะใช้ในการกำหนดมาตรการป้องกันหรือลดผลกระทบจากโครงการต่าง ๆ สำหรับกรณีที่คาดการณ์ถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นได้โดยมีข้อมูลที่ค่อนข้างแน่ชัดอยู่แล้ว ข้อมูลเพิ่มเติมที่ได้จากการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมจะช่วยให้สามารถพิจารณาเลือกใช้มาตรการได้อย่างเหมาะสมมากขึ้นตามหลักการป้องกัน นอกจากนี้ บทบัญญัตินี้ได้สะท้อนแนวคิดของหลักการระงับไว้ก่อนในแง่ที่ว่า จะไม่ให้มีการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่มีความเสี่ยงจนกว่าจะได้ทราบข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่ชัดเจนมากขึ้น ดังจะเห็นได้ว่าโครงการบางประเภทเป็นที่ทราบกันดีว่ามีแนวโน้มที่จะก่อความเสียหายได้สูง แต่อาจจะยังมีความไม่ชัดเจนของข้อมูลเกี่ยวกับผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นในพื้นที่ที่จะดำเนินการ ซึ่งเป็นข้อมูลเฉพาะพื้นที่ รวมทั้งขอบเขตของความเสียหาย อันถือเป็นความไม่แน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ลักษณะหนึ่ง การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมจะช่วยให้มีข้อมูลที่กระจ่างชัดขึ้นในส่วนนี้ และข้อมูลที่ได้จะช่วยให้ผู้ประกอบการสามารถจัดการป้องกันแก้ไขผลกระทบล่วงหน้าได้อย่างเหมาะสมก่อนที่จะเริ่มโครงการ¹⁰⁰ และสามารถติดตามดูผลกระทบต่าง ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นในขณะที่โครงการกำลังดำเนินการ¹⁰¹ ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่า เป็นไปตามหลักการระงับไว้ก่อน

สำหรับกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียทั้งระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐ และกฎหมายของประเทศไทย นั้น ต่างก็บัญญัติให้ต้องมีการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมเป็นบางกรณี โดยถ้อยคำของกฎหมายทั้งสองประเทศครอบคลุมทั้งกรณีที่การดำเนินกิจกรรมมีหรืออาจมีผลกระทบทางลบต่อสิ่งแวดล้อม ทำให้การกำหนดประเภทโครงการที่ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมสามารถตีความไปตามหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนได้ และมีข้อสังเกตว่าหลักการเรื่องการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของประเทศไทยด้วย ทำให้

¹⁰⁰ สามัคคี บุญยะวัฒน์, “การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม,” ใน สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน โดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว, เล่มที่ 37, น. 236 อ้างถึงใน วรพรรณ เขยชิด, “เงื่อนไขของการใช้หลัก Precautionary Principle ภายใต้ความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 42.

¹⁰¹ สำนักวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม, ระบบการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของประเทศไทย, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก http://www.onep.go.th/eia/index.php?option=com_content&view=article&id=30&Itemid=127 เมื่อ 12 ธันวาคม 2559, อ้างถึงใน วรพรรณ เขยชิด, “เงื่อนไขของการใช้หลัก Precautionary Principle ภายใต้ความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 42-43.



เป็นที่ชัดเจนว่า กฎหมายหรือการกระทำใดที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง แต่ดำเนินการโดยไม่มีการประเมินผลกระทบก่อน ย่อมเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ นอกจากนี้ มาตรา 48 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ของประเทศไทยยังบัญญัติถึงผลกระทบที่ต้องศึกษาและประเมินไว้กว้างกว่า เนื่องจากในกรณีที่ “อาจจะ” มีผลกระทบนั้น ครอบคลุมไปถึงผลกระทบต่อคุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดของประชาชนหรือชุมชน อันเป็นการระบุอย่างชัดเจนว่าให้คำนึงถึงข้อพิจารณาในมิติทางสังคมด้วย

5.2.3.3 บทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมโดยระบบการอนุญาต

การควบคุมการดำเนินกิจกรรมที่มีความเสี่ยงด้วยระบบการอนุญาต โดยทั่วไปมีลักษณะเป็นไปตามแนวคิดเรื่องการป้องกันและการระงับไว้ก่อนอยู่ในตัว กล่าวคือ เป็นการห้ามมิให้ดำเนินกิจกรรม ทั้งกรณีที่มีข้อมูลเกี่ยวกับความเสี่ยงชัดเจนและไม่ชัดเจน เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการดำเนินกิจกรรมนั้นไม่มีอันตรายหรือมีมาตรการในการป้องกันและรับมือที่ดีเพียงพอ สำหรับในกรณีหรือสเตรเลี่ยนกฎหมายสิ่งแวดล้อมทั้งระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐของประเทศไทยได้เน้นย้ำถึงความสำคัญของหลักการระงับไว้ก่อนอีกขั้นหนึ่งโดยบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ต้องนำหลักการดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาคำขออนุญาตด้วย ส่วนกฎหมายของประเทศไทยนั้น หากพิจารณาพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 มาตรา 4 (5) ที่บัญญัติวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้ว่า “มีการใช้หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ดีที่สุด เพื่อให้การบริหารจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำนำไปสู่การพัฒนาระบบเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมที่ยั่งยืน สอดคล้องกับแนวทางการรักษาสมดุลของระบบนิเวศและหลักการป้องกันล่วงหน้า...” จะเห็นได้ว่า แม้บทบัญญัติในส่วนของการออกใบอนุญาตต่าง ๆ ตามพระราชกำหนดนี้ จะไม่ได้บัญญัติให้นำหลักการใดมาใช้เป็นข้อพิจารณาโดยตรง แต่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องก็ต้องคำนึงถึง “หลักการป้องกันล่วงหน้า” ตามมาตราดังกล่าวด้วย เพราะเป็นหลักการที่รวมอยู่ในวัตถุประสงค์ของกฎหมายทั้งฉบับ สำหรับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติอื่น ๆ ที่ไม่ได้ระบุให้นำหลักการใดมาพิจารณา อาจเป็นไปได้ว่ามีการใช้อ้างว่ายังไม่มีข้อมูลเกี่ยวกับผลกระทบที่แน่นอนเพื่อผัดผ่อนการใช้มาตรการป้องกันตามสมควร เนื่องจากเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐอาจให้น้ำหนักแก่การพัฒนาทางเศรษฐกิจมากกว่าการป้องกันผลกระทบที่ยังเห็นไม่ชัดเจน และถ้าตีความโดยใช้หลักการระงับไว้ก่อน อาจมีผลเป็นการปฏิเสธการออกใบอนุญาตหรือต้องกำหนดเงื่อนไขมากขึ้นในการอนุญาต ซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบกิจการของผู้ยื่นคำขอโดยที่ยังไม่มีข้อมูลที่ชัดเจนและไม่มียกเว้นบทบัญญัติแห่งกฎหมายรับรองโดยชัดแจ้ง จึงเป็นการยากที่พนักงานเจ้าหน้าที่จะนำหลักการดังกล่าวมาใช้ นอกจากนี้ แม้ว่าจะระบบการอนุญาตในประเทศไทยจะมีผลเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ไปยังผู้เสนอโครงการที่ขออนุญาตให้เป็นผู้พิสูจน์ว่าโครงการที่จะดำเนินการไม่มีผลกระทบในทางลบต่อสิ่งแวดล้อม หรือหากก็สามารถใช้มาตรการป้องกันผลกระทบที่จะเกิดขึ้นได้ แต่ยังคงมีปัญหาว่าต้องพิสูจน์ให้เป็นที่ยอมรับในระดับใด ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจแบบผ่อนปรนอาจปล่อยให้กิจกรรมที่มีความเสี่ยงดำเนินไปได้โดยที่ยังไม่มีมาตรการป้องกันความเสียหายที่มีประสิทธิภาพเพียงพอ

5.2.3.4 บทบัญญัติเกี่ยวกับการมีคำสั่งเฉพาะรายเพื่อป้องกันความเสียหาย

พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2017 ของมลรัฐวิกตอเรีย มีบทบัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ค่อนข้างกว้างในการออกคำสั่งเพื่อป้องกันการเกิดความเสียหาย โดยครอบคลุมตั้งแต่กรณีที่ยังไม่เกิดความเสียหายแต่มีความเป็นไปได้ว่าจะเกิดความเสียหายด้วย ซึ่งสอดคล้องกับหลักการป้องกันหรือหลักการระงับไว้ก่อน แล้วแต่กรณี ส่วนกฎหมายของประเทศไทย แม้จะสามารถตีความให้เป็นไปตามทั้งสองหลักการได้เช่นเดียวกัน แต่บทบัญญัติที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการสั่งการ ยังมีลักษณะที่ค่อนข้างจำกัดกว่า เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ที่จำกัดเฉพาะบางกรณี อาทิ ผู้ให้บริการกำจัดน้ำเสียหรือผู้ครอบครองที่ฝ่าฝืนกฎหมายหรือคำสั่ง¹⁰² และพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 ที่รวมเฉพาะกรณีที่อาจก่อให้เกิดอันตรายหรือความเสียหายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินบริเวณใกล้เคียงโรงงาน¹⁰³ ซึ่งค่อนข้างแคบ เนื่องจากไม่รวมถึงความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมโดยทั่วไป

5.2.3.5 บทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการเสริมอื่น ๆ

ประเทศไทยและเครือรัฐออสเตรเลียมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดมาตรการอื่น ๆ ที่ช่วยสนับสนุนการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมบนพื้นฐานของหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ตัวอย่างเช่น

1) บทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดมาตรฐานด้านสิ่งแวดล้อม

กฎหมายของทั้งเครือรัฐออสเตรเลียและของประเทศไทย ต่างมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการกำหนดมาตรฐานด้านสิ่งแวดล้อมเป็นการทั่วไป ซึ่งเห็นได้ว่ามาตรฐานดังกล่าวเป็นมาตรวัดสถานะและคุณภาพของสิ่งแวดล้อมรวมทั้งปริมาณมลพิษ เพื่อใช้ในการควบคุมและเฝ้าระวังไม่ให้เกิดปัญหาความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อม อันเป็นการคาดการณ์ล่วงหน้าว่าจะมีปัญหาทางสิ่งแวดล้อมใดเกิดขึ้นบ้าง โดยอยู่บนพื้นฐานของหลักการทางวิทยาศาสตร์ แล้วกำหนดมาตรฐานต่าง ๆ เพื่อใช้อำนาจในการควบคุมคุณภาพสิ่งแวดล้อม จึงถือว่าสะท้อนถึงแนวคิดเรื่องการป้องกัน และอาจเป็นไปตามหลักการระงับไว้ก่อนด้วยก็ได้ในกรณีที่มีข้อมูลไม่ชัดเจน แต่อาจกำหนดมาตรฐานไว้เพื่อป้องกันความเสี่ยงบางอย่างที่ไม่อาจคาดการณ์ได้อย่างชัดเจน

2) บทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการคุ้มครองเป็นการพิเศษ

ในบางพื้นที่

พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 ของสหพันธรัฐ เครือรัฐออสเตรเลีย และมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มีลักษณะเป็นการกำหนดมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

¹⁰² มาตรา 82 (2) และ (4) แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

¹⁰³ มาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535



ในบางพื้นที่หรือบางเรื่องเป็นพิเศษ ซึ่งอาจเป็นไปตามหลักการป้องกันหรือหลักการระงับไว้ก่อนตามข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่อง โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 บัญญัติพื้นที่และเรื่องที่ต้องการคุ้มครองไว้โดยตรง อันเป็นการเพิ่มเติมความคุ้มครองสิ่งแวดล้อมจากบทบัญญัติที่แต่ละมลรัฐมีอยู่แล้วตามกฎหมายของตน ส่วนกฎหมายของประเทศไทยให้อำนาจรัฐมนตรีในการประกาศกำหนดเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อม โดยพิจารณาจากความเปราะบางของพื้นที่หรือลักษณะพิเศษที่ควรอนุรักษ์ให้คงสภาพเดิม บทบัญญัติลักษณะนี้จึงมีแนวคิดเรื่องการป้องกันและการระงับไว้ก่อนในระดับที่สูงขึ้นไปอีก เนื่องจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องสามารถกำหนดมาตรฐานหรือข้อกำหนดพิเศษที่เข้มงวดกว่ากรณีปกติได้โดยที่ยังไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น นอกจากนี้ บทบัญญัตินี้ดังกล่าวยังทำให้มีการนำข้อพิจารณาตามลักษณะเฉพาะของแต่ละพื้นที่มารวมพิจารณาเพื่อใช้มาตรการป้องกันความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม เพื่อให้การกำหนดมาตรการมีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น

5.3 การปรับใช้และการตีความของศาล

5.3.1 ลักษณะคดีพิพาทที่เข้าสู่การพิจารณาของศาล

คดีพิพาทเกี่ยวกับหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลในประเทศไทยมีความคล้ายคลึงกับศาลในเครือรัฐออสเตรเลียในแง่ที่ว่า อาจเป็นคดีระหว่างเอกชนด้วยกันหรือเป็นคดีระหว่างเอกชนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครองหรือการไม่ออกคำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำละเมิด แต่ด้วยเหตุที่ศาลเครือรัฐออสเตรเลียได้สร้างบรรทัดฐานเกี่ยวกับหลักการระงับไว้ก่อนไว้อย่างชัดเจน ทั้งยังมีการรับรองไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายและนโยบายทางสิ่งแวดล้อม การดำเนินคดีในเครือรัฐออสเตรเลียจึงมีการใช้หลักการระงับไว้ก่อนเป็นข้อต่อสู้ในคดีอย่างแพร่หลายมากกว่าส่วนในประเทศไทย เช่น มักมีการยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้โดยตรงว่าเจ้าหน้าที่มีคำสั่งไปโดยไม่คำนึงถึงหลักการระงับไว้ก่อน เป็นต้น สำหรับกรณีพิพาทเกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครองในเครือรัฐออสเตรเลียมีการแบ่งแยกกันระหว่างการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและการตรวจสอบในเนื้อหาอย่างชัดเจนมากกว่าในประเทศไทย กล่าวคือ โดยหลักศาลในเครือรัฐออสเตรเลียจะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย โดยอาจพิจารณาเนื้อหาของคำสั่งเฉพาะในส่วนที่จำเป็นต่อการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมาย แต่จะไม่ก้าวล่วงเข้าไปใช้ดุลพินิจแทนฝ่ายปกครองในการเลือกผลทางกฎหมายในทางใดทางหนึ่ง ส่วนการตรวจสอบเนื้อหาของคำสั่งมักจะกระทำโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในฝ่ายบริหารเอง ยกเว้นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจศาลไว้ชัดเจน สำหรับประเทศไทย เมื่อพิจารณาตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว ศาลสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่และพิจารณาลงไปในเนื้อหาของกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำได้บางส่วน โดยตรวจสอบว่า กฎ คำสั่ง หรือการกระทำนั้นมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร (หลักความได้สัดส่วน) หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบหรือไม่ ซึ่งในปัจจุบันศาลปกครองไทยได้นำแนวคิดเรื่องการป้องกันและการระงับไว้ก่อนมาใช้เป็นข้อพิจารณาหนึ่งด้วย โดยจะพิจารณาประกอบกับหลักความได้สัดส่วน

แต่ศาลจะไม่พิพากษาก้าวล่วงไปใช้ดุลพินิจแทนฝ่ายบริหาร เช่น ให้ออกใบอนุญาต อันเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็นไปในทำนองเดียวกับหลักการทั่วไปของศาลในเครือรัฐออสเตรเลีย

5.3.2 หลักเกณฑ์ในการพิจารณา

ในกรณีของหลักการป้องกัน ศาลในเครือรัฐออสเตรเลียเพียงแต่วางหลักไว้ในคดี *Telstra* ว่า หากเป็นกรณีที่มีข้อมูลชัดเจน มาตรการที่ใช้จะเป็นการป้องกัน¹⁰⁴ แต่ศาลไม่ได้วางหลักเพิ่มเติมไปจากนี้แต่อย่างใด เช่น ระดับความแน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่จะถือว่าเข้ากรณีหลักการป้องกัน เป็นต้น ในส่วนของการใช้หลักการระงับไว้ก่อน ศาลได้พิจารณาแยกองค์ประกอบจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ที่เป็นไปในทำนองเดียวกับปฏิญญาไรโอ¹⁰⁵ ซึ่งถือว่าเป็นแนวทางที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป โดยศาลได้วางหลักเพิ่มเติมด้วยว่า ความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมนั้นจะต้องมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนพอสมควร อันเป็นการวางกรอบไม่ให้มีการใช้หลักการดังกล่าวอย่างกว้างขวางเกินไปจนเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาอุตสาหกรรมหรือการพัฒนาต่าง ๆ โดยไม่มีเหตุผลที่หนักแน่นเพียงพอ และศาลได้วางหลักเพิ่มเติมข้อพิจารณาในเรื่องความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติและความคุ้มค่าในการใช้มาตรการ¹⁰⁶ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการที่ 15 ของปฏิญญาไรโอ และเป็นการพิจารณาบนหลักของความเป็นจริงที่ว่าทรัพยากรมีจำกัดจึงต้องใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุด

สำหรับศาลปกครองไทย ยังไม่ปรากฏแนวทางของศาลปกครองสูงสุดในเรื่องเงื่อนไขและขอบเขตการใช้บังคับหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนที่ชัดเจนแต่อย่างใด แต่จากการศึกษาพบว่า ในการนำหลักการดังกล่าวมาใช้วินิจฉัยคดี ศาลพิจารณาโดยมีเงื่อนไขอย่างกว้าง ๆ คือ หากเป็นกรณีที่ศาลเห็นว่าจะมีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมหรือต่อสุขภาพมนุษย์ ศาลจะพิจารณาไปตามแนวคิดที่ว่า การป้องกันดีกว่าการแก้ไข และสำหรับในบางคดี เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 412/2564 และคำพิพากษาศาลปกครองระยองที่ ส. 15/2558 ศาลได้วินิจฉัยในลักษณะที่ว่า หากมีข้อมูลเกี่ยวกับผลกระทบทางลบต่อสิ่งแวดล้อมที่ยังไม่แน่นอนหรือมีความขัดแย้งกัน การดำเนินการไปในทางที่ป้องกันความเสี่ยงย่อมเหมาะสมกว่าการปล่อยให้มีการดำเนินการไปในทางที่เสี่ยงต่อการเกิดความเสียหาย อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองไทยยังไม่ได้วินิจฉัยวางหลักในปัญหาว่า ความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายนั้นต้องมีระดับเท่าใดและต้องมีพยานหลักฐานรองรับเพียงใด ความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นควรมีขอบเขตเพียงใด และหากนำหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้จะตีความในระดับใด ควรให้น้ำหนักเพียงใด เมื่อเทียบกับข้อพิจารณาอื่น ๆ เช่น ปัจจัยทางเศรษฐกิจ หรือสังคม และผลของหลักการดังกล่าวควรมีเพียงใด เช่น มีผลเป็นเพียงการปฏิเสธการอ้างความไม่แน่นอนเพื่อคัดค้านการใช้มาตรการป้องกันที่จำเป็น หรือจะเป็นการบังคับให้ต้องมีมาตรการดังกล่าว และจะให้มีการผลกระทบการพิสูจน์หรือไม่ เพียงใด ผู้เขียนเห็นว่า

¹⁰⁴ *op. cit.* 66, p. 149.

¹⁰⁵ *Ibid*, [128]-[148].

¹⁰⁶ *Ibid*, p. 166.

สาเหตุหนึ่งที่ศาลปกครองไทยไม่ได้วางหลักเกี่ยวกับขอบเขตและเงื่อนไขในการใช้หลักการระงับไว้ก่อนไว้มากเท่าศาลในเครือรัฐออสเตรเลีย ส่วนหนึ่งอาจเป็นเพราะประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ ซึ่งการพิจารณาพิพากษาคดีจะเป็นการปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่กับคดีที่เกิดขึ้นเฉพาะคดี¹⁰⁷ ศาลจึงไม่ได้มีบทบาทเป็นผู้สร้างกฎหมายแต่อย่างใด ในขณะที่เครือรัฐออสเตรเลียซึ่งมีระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์นั้น คำพิพากษาเป็นบ่อเกิดที่สำคัญที่สุดของกฎหมาย ศาลจะตีความหลักการต่าง ๆ และริเริ่มในการปรับใช้หลักการนั้นในพฤติการณ์ที่เห็นว่าเหมาะสม¹⁰⁸ และจะวางหลักกฎหมายในคดีต่าง ๆ อย่างกว้างขวาง ทั้งยังอาจมีการอ้างอิงตำราต่าง ๆ ประกอบด้วย ดังนั้น ลักษณะของคำพิพากษาของศาลในสองระบบกฎหมายจึงมีความแตกต่างกันอยู่แล้วโดยพื้นฐาน

ในส่วนของการหลักการป้องกัน ผู้เขียนเห็นว่า ยังมีบางประเด็นที่ยังไม่ชัดเจน เช่น กรณีที่มีข้อมูลที่แน่นอนว่าจะเกิดความเสียหายหรืออันตรายต่อสิ่งแวดล้อม ความเสียหายหรืออันตรายนั้นจะต้องมีลักษณะที่รุนแรงหรือไม่อาจแก้ไขได้ด้วยหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ในเมื่อมีข้อมูลที่แน่นอนแล้วว่าจะมีผลกระทบ จึงควรมีมาตรการป้องกันหรืออย่างน้อยควรลดผลกระทบนั้นลงหน้า เพราะการที่ทราบแน่นอนล่วงหน้าย่อมทำให้สามารถเตรียมการรับมือได้ดีกว่ากรณีที่มีข้อมูลไม่แน่นอน จึงไม่มีเหตุที่จะผัดผ่อนการใช้มาตรการป้องกัน นอกจากนี้ อาจมีข้อสงสัยว่าหลักการป้องกันจะเป็นเพียงข้อพิจารณาหนึ่งแต่ไม่ได้มีผลเป็นการปฏิเสธการอนุญาตหรือยุติโครงการหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า น่าจะตีความไปในทางเดียวกันกับหลักการระงับไว้ก่อนเพื่อให้สอดคล้องกัน ดังจะเห็นได้ในกรณีของการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่บางครั้งก็ทราบถึงผลกระทบบางอย่างได้อยู่แล้ว แต่เจ้าหน้าที่อาจอนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมนั้นโดยกำหนดเงื่อนไขในการลดผลกระทบหรือให้เยียวยาผู้ได้รับผลกระทบ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากมีข้อมูลที่แน่นอนกว่าในเรื่องความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหาย ผู้เขียนจึงเห็นว่า สมควรให้น้ำหนักกับข้อพิจารณาเชิงป้องกันในกรณีดังกล่าวมากกว่ากรณีที่มีข้อมูลยังไม่แน่นอน แต่ต้องพิจารณาถึงความรุนแรงของผลกระทบนั้น ๆ ด้วย

5.3.3 การแบ่งแยกระหว่างสองหลักการ

ศาลในเครือรัฐออสเตรเลียเคยมีคำพิพากษาที่ชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างสองหลักการนี้ไว้อย่างชัดเจนถึงการพิจารณาหลักการทั้งสองแยกออกจากกัน แต่โดยทั่วไปแล้วหลักการระงับไว้ก่อนจะถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาอย่างชัดเจนมากกว่าหลักการป้องกัน ผู้เขียนเห็นว่า อาจเป็นเพราะหลักการดังกล่าวได้รับความสนใจและมีการให้ความสำคัญมากกว่า เนื่องจากได้มีการรับรองในกฎหมายระหว่างประเทศต่าง ๆ โดยตรง การที่เครือรัฐออสเตรเลียรับหลักการดังกล่าวมาใช้จึงเป็นไปในแนวทางเดียวกัน และส่งผลถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลและบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วย

¹⁰⁷ สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 27, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2563), น. 104-105.

¹⁰⁸ P Stein, "A Cautious Application of the Precautionary Principle" Environmental Law Review Issue 1, 2000, p. 1 (2); ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 47.

อีกทั้งหลักการดังกล่าวมีความไม่ชัดเจนของถ้อยคำมากกว่า เช่น คำว่า “ความเสี่ยง” หรือ “ความไม่แน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์” เป็นต้น ทำให้มีการตีความได้แตกต่างกัน ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่าสามารถจำแนกได้คร่าว ๆ เป็นสามระดับ

สำหรับกรณีของประเทศไทย แม้มีคดีที่ศาลระบุถึงหลักการใดหลักการหนึ่งหรือทั้งสองหลักการโดยตรง แต่ศาลไม่ได้วางแนวทางในการแบ่งแยกทั้งสองหลักการออกจากกัน เพียงแต่สื่อรวม ๆ ถึงการป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นล่วงหน้าอันเป็นแนวคิดพื้นฐานของทั้งสองหลักการ โดยมีบางคดีที่ศาลได้กล่าวถึงองค์ประกอบของหลักการระงับไว้ก่อนอยู่บ้าง ได้แก่ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 921/2560 และคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ ส. 36/2566 ที่ศาลกล่าวถึงความรุนแรงของความเสียหายและการที่ไม่อาจแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้ ส่วนคำพิพากษาศาลปกครองระยองที่ ส. 15/2558 ศาลได้กล่าวถึงความไม่แน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันศาลปกครองไทยยังไม่ได้วางหลักการพิจารณาโดยตรงและแยกแยะหลักการระงับไว้ก่อนออกจากหลักการป้องกันอย่างชัดเจนแต่อย่างใด

ผู้เขียนเห็นว่า แท้จริงแล้วทั้งสองหลักการเป็นเรื่องเดียวกัน คือ มีพื้นฐานมาจากแนวคิดที่ว่า การป้องกันดีกว่าการแก้ไข เพียงแต่หลักการระงับไว้ก่อนเป็นการขยายความหรือเป็นวิวัฒนาการของหลักการป้องกัน และถูกพัฒนามาเพื่อเป็นแนวทางในการตีความในกรณีที่ข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ไม่ชัดเจน ซึ่งในความเป็นจริงควรพิจารณาทั้งสองหลักการควบคู่กัน เนื่องจากในทางวิทยาศาสตร์ไม่มีเรื่องใดที่สามารถยืนยันได้แน่นอนถึง 100 เปอร์เซ็นต์¹⁰⁹ ดังนั้น แม้แต่ในการใช้หลักการป้องกันเอง ก็ไม่จำเป็นต้องมีข้อมูลที่แน่นอนทั้งหมดในระดับดังกล่าว และในบางเรื่องอาจมีทั้งส่วนที่มีข้อมูลค่อนข้างชัดเจนและส่วนที่มีข้อมูลไม่ชัดเจน เช่น กรณีฝุ่นละออง PM 2.5 ที่มีข้อมูลค่อนข้างชัดเจนสำหรับผลกระทบต่อสุขภาพในบางโรค แต่อาจมีผลกระทบต่อสุขภาพด้านอื่น ๆ หรือผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างอื่นที่ยังรวบรวมข้อมูลได้ไม่เพียงพอ เป็นต้น ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับ *de Sadeleer*¹¹⁰ ว่า เส้นแบ่งระหว่างทั้งสองหลักการในหลาย ๆ กรณีอาจไม่ได้ชัดเจนมากนัก และเห็นว่าการพิจารณาว่า การใช้หลักการแต่ละหลักการจะต้องมีความแน่นอนหรือความไม่แน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์มากน้อยเพียงใดอาจแตกต่างกันไป โดยต้องพิจารณาบริบทต่าง ๆ ของแต่ละประเทศด้วย เช่น ในประเทศที่มีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีไม่มาก อาจมีทางเลือกของมาตรการป้องกันความเสี่ยงน้อยกว่า ซึ่งอาจมีผลในการกำหนดระดับความไม่แน่นอนที่เป็นเงื่อนไขในการใช้หลักการระงับไว้ก่อน นอกจากนี้ ไม่ว่าจะพิจารณาแยกเป็นสองหลักการหรือไม่ ในการกำหนดมาตรการที่จะใช้ต้องพิจารณาจากอัตราความเสี่ยงและความไม่แน่นอนของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เช่นเดียวกัน เพราะแม้แต่ในกลุ่มกิจกรรมที่มีความไม่แน่นอนของข้อมูลเอง อาจมีความไม่แน่นอนหลายระดับซึ่งย่อมส่งผลต่อความเข้มข้นของมาตรการที่จะใช้

¹⁰⁹ C Barton, “The Status of the Precautionary Principle in Australia: Its Emergence in Legislation and as a Common Law Doctrine,” *Harvard Environmental Law Review* Issue 2, 1998, p. 509 (518); *Nicholls v Director-General of National Parks and Wildlife* (1994) 84 LGERA 397, 419, cited in *op. cit.* 66, [143].

¹¹⁰ *op. cit.* 4, p. 116.

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทความนี้นำเสนอให้เห็นภาพรวมของการใช้หลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน โดยเปรียบเทียบในบริบทของเครือรัฐออสเตรเลียและประเทศไทย ซึ่งผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่า ผู้อ่านจะได้เข้าใจถึงความแตกต่างระหว่างสองหลักการนี้ รวมทั้งขอบเขตและแนวทางในการตีความแต่ละหลักการมากขึ้น จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่า กฎหมายของประเทศไทยได้กำหนดกลไกหลายอย่างบนพื้นฐานของแนวคิดเรื่องการป้องกันและการระงับไว้ก่อน เช่น การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม ระบบการอนุญาต การกำหนดมาตรฐานทางสิ่งแวดล้อม เป็นต้น แต่ยังไม่มียกข้อยกเว้นแห่งกฎหมายรับรองหลักการทั้งสองไว้โดยตรงอย่างแพร่หลายดังเช่นในเครือรัฐออสเตรเลีย และในการพิจารณาของศาลยังไม่มีกรวางหลักเกณฑ์การใช้ที่ชัดเจนเท่าใดนัก ผู้เขียนจึงมีข้อสังเกตและข้อเสนอแนะ ดังนี้

(1) แม้ว่าศาลอาจนำหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีได้อยู่แล้ว แต่ควรเพิ่มเติมบทบัญญัติที่รับรองหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อนไว้ในกฎหมายต่าง ๆ ให้มากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายสารบัญญัติ หรือกฎหมายวิธีสบัญญัติที่เกี่ยวกับการพิจารณาตัดสินสิ่งแวดล้อม โดยผู้เขียนเห็นว่า อย่างน้อยควรเพิ่มบทบัญญัติรับรองทั้งสองหลักการเป็นการทั่วไปลงในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายหลักและมีขอบเขตการบังคับใช้ค่อนข้างกว้าง โดยมุ่งคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในกรณีทั่วไปที่ไม่ได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะกำหนดมาตรการไว้เป็นพิเศษ ซึ่งกรณีเหล่านี้มีโอกาสเกิดข้อสงสัยได้มากกว่า ควรใช้มาตรการป้องกันความเสียหายล่วงหน้าหรือไม่ เพียงใด การที่มีบทบัญญัติรับรองทั้งสองหลักการนี้ย่อมจะทำให้เกิดความชัดเจนและมีน้ำหนักมากขึ้น ทั้งยังมีผลผูกพันการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ผู้ประกอบกิจการต่าง ๆ และการพิจารณาของศาลให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน อันจะเป็นการยกระดับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของประเทศไทยให้สูงขึ้นและเป็นไปตามหลักการที่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศด้วย ทั้งนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ในการกล่าวถึงทั้งสองหลักการ ควรมีการวงเล็บชื่อเรียกในภาษาอังกฤษไว้ด้วยเพื่อให้เข้าใจตรงกันว่าหมายถึงหลักการใด และหากเป็นไปได้ควรกำหนดชื่อเรียกทั้งสองหลักการให้เป็นอย่างเดียวกัน ทั้งในทางวิชาการ ในการดำเนินงานของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ และในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล เนื่องจากในปัจจุบันมีการใช้ชื่อเรียกในภาษาไทยที่หลากหลายและบางครั้งก็ใช้ถ้อยคำที่ใกล้เคียงกันจนอาจทำให้เกิดความสับสนได้

(2) เนื่องจากประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ ซึ่งโดยปกติศาลจะเพียงปรับใช้และตีความกฎหมายที่มีอยู่โดยไม่สร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายขึ้นใหม่ ดังนั้น จึงควรมีบทบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการใช้ทั้งสองหลักการให้ชัดเจนเพื่อลดความคลุมเครือ เช่น การกำหนดการพิสูจน์หรือข้อพิจารณาอื่น ๆ ที่ต้องพิจารณาร่วมกัน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า บางประเด็นอาจจะต้องบัญญัติให้ละเอียดหรือใช้ถ้อยคำที่มีความเฉพาะเจาะจงมากเพราะจะทำให้ขาดความยืดหยุ่นและมีความยุ่งยากในการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี เช่น ในเรื่องของมาตรการที่จะใช้เพื่อป้องกันความเสียหาย จำเป็นต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป แต่อาจกำหนดกรอบกว้าง ๆ ไว้ อาทิ ข้อพิจารณาในการใช้มาตรการ

เป็นต้น นอกจากนี้ ในการกำหนดหลักเกณฑ์ควรคำนึงถึงสภาพข้อเท็จจริงในบริบทของประเทศไทย เช่น ความเปราะบางของสิ่งแวดล้อม ความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ความสามารถในการบริหารจัดการความเสี่ยง เป็นต้น ทั้งนี้ ประเทศไทยอาจเริ่มต้นด้วยการตีความในระดับเข้มข้นน้อยเช่นเดียวกับ เครือรัฐออสเตรเลีย คือ กำหนดเงื่อนไขในเรื่องขอบเขตของความเสียหายที่มีความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้น ให้เป็นเฉพาะความเสียหายที่รุนแรงหรือไม่อาจแก้ไขให้คืนสภาพเดิมได้ เนื่องจากอาจเป็นไปได้ยาก หรือมีค่าใช้จ่ายสูงหากต้องพิจารณาความเสียหายทุกชนิด รวมทั้งควรกำหนดขอบเขตของความเสียหาย ที่จะต้องมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์รองรับในระดับหนึ่ง เพื่อป้องกันการกล่าวอ้างอย่างพร่ำเพรื่อ โดยไม่มีเหตุอันควร ส่วนการวิเคราะห์ระดับความแน่นอนของข้อมูล ผู้เขียนเห็นว่า อาจพิจารณาประกอบกับ ระดับความแน่นอนจากตัวเลขร้อยละที่เป็นที่ยอมรับกันในวงการวิทยาศาสตร์ เช่น ระดับความแน่นอน ตั้งแต่ร้อยละ 95 ขึ้นไป ถือว่ามีความแน่นอนของข้อมูลแล้ว หากต่ำกว่าร้อยละ 95 ถือว่ายังไม่มี ความแน่นอนของข้อมูล โดยการระบุระดับความแน่นอนนี้ควรอาศัยความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญเป็นรายกรณีไป

(3) สำหรับปัญหาว่าจะพิจารณาโดยแบ่งแยกทั้งสองหลักการออกจากกันหรือไม่นั้น เห็นว่า หากมีบทบัญญัติกำหนดนิยามไว้ทั้งสองหลักการจะทำให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น แต่แม้จะบัญญัติถึง หลักการระงับไว้ก่อนเพียงหลักการเดียว หากใช้การตีความในทางที่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของหลักการ ระงับไว้ก่อนที่มุ่งเน้นการป้องกันความเสียหายแต่เนิ่น ๆ รวมทั้งเจตนารมณ์ของกฎหมายในการคุ้มครอง สิ่งแวดล้อม ย่อมครอบคลุมไปถึงกรณีข้อมูลเกี่ยวกับผลกระทบมีความชัดเจนด้วย

(4) จากการศึกษาทั้งหลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน จะเห็นได้ว่าองค์ความรู้ หรือข้อมูลทางวิทยาศาสตร์มีบทบาทที่สำคัญมากต่อการปรับใช้หลักการดังกล่าวในการทำงานของหน่วยงาน ผู้ควบคุมดูแลการประกอบกิจการต่าง ๆ และในการพิจารณาคดีของศาล เนื่องจากการพิสูจน์ข้อเท็จจริง ตามเงื่อนไขของการใช้หลักการ และการกำหนดมาตรการป้องกันและหรือมาตรการระงับไว้ก่อน ย่อมต้องอาศัยความรู้ทางวิทยาศาสตร์เป็นพื้นฐาน สำหรับในชั้นการพิจารณาคดีรวมไปถึงการบังคับ คดีปกครองทางสิ่งแวดล้อมของศาลปกครอง ความรู้ทางวิทยาศาสตร์ในหลาย ๆ เรื่องเป็นเรื่องทางเทคนิค ที่ศาลไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ การตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญจึงเป็นส่วนสำคัญที่จะช่วยในการพิจารณา คดีสิ่งแวดล้อมโดยการปรับใช้หลักการป้องกันและหลักการระงับไว้ก่อน ดังนั้น การให้ความสำคัญ กับการคัดเลือกโดยพิจารณาคุณสมบัติและความเป็นกลางของพยานผู้เชี่ยวชาญอย่างถี่ถ้วนจึงเป็นสิ่งจำเป็น อย่างมากในคดีประเภทนี้



บรรณานุกรม

1. หนังสือและบทความ

หนังสือและบทความภาษาต่างประเทศ

A Deville and R Harding, Applying the Precautionary Principle, (Federation Press, 1997).

ACH Kiss and D Shelton, International Environmental Law, 2nd edn, (Transnational Publishers, 2000).

Arie Trouwborst, "Prevention, Precaution, Logic and Law - The Relationship between the Precautionary Principle and the Preventative Principle in International Law and Associated Questions," Erasmus Law Review Issue 2, 2009.

Brian Preston, "The Australian Experience on Environmental Law," Environmental and Planning Law Journal Issue 6, 2018.

C Barton, "The Status of the Precautionary Principle in Australia : Its Emergence in Legislation and as a Common Law Doctrine," Harvard Environmental Law Review Issue 2, 1998

C Tollefson & J Thornback, "Litigating the Precautionary Principle in Domestic Courts," Journal of Environmental Law and Practice Issue 19, 2008.

D Bodansky, "Scientific Uncertainty and the Precautionary Principle," Environment Issue 7, 1991.

D Farrier "Factoring Biodiversity Conservation into Decision-Making Processes : The Role of the Precautionary Principle," in R Harding and E Fisher (eds), Perspectives on the Precautionary Principle, (Federation Press, 1999).

D Freestone and Z Makuch, "The New International Environmental Law of Fisheries : The 1995 UN Straddling Stocks Convention" Yearbook of International Environmental Law Issue 7, 1996.

D Freestone, "International Fisheries Law Since Rio : The Continued Rise of the Precautionary Principle," in A Boyle and D Freestone (eds.) International Law and Sustainable Development, (Oxford : Oxford University Press, 1999).

Deborah C Peterson, "Precaution: Principles and Practice in Australian Environmental and Natural Resource Management," Australian Journal of Agricultural and Resource Economics Issue 4, 2006.

DM Dzidzornu, “Four Principles in Marine Environment Protection : A Comparative Analysis,” Ocean Development and International Law Issue 29, 1998.

G Marchant, “Biotechnology and the Precautionary Principle : Right Question, Wrong Answer,” International Journal of Biotechnology Issue 1, 2002.

Gary E. Marchant, “From General Policy to Legal Rule : Aspirations and Limitations of the Precautionary Principle,” Environmental Health Perspectives Issue 14, 2003.

Gerry Bates, Environmental Law in Australia, (LexisNexis Butterworths, 2019).

Henk van den Belt, “Debating the Precautionary Principle : “Guilty until Proven Innocent” or “Innocent until Proven Guilty”?,” Plant Physiology Issue 3, 2003.

J Juste Ruiz, Derecho Internacional del Medio Ambiente, (McGraw-Hill, 1999).

J Lemons, K Schrader-Frechette and C Cranor, “The Precautionary Principle : Scientific Uncertainty and Type I and Type II Errors,” Foundations of Science Issue 2, 1997.

J Tickner and C Raffensberger, The Precautionary Principle in Action : A Handbook, [Online], retrieved from www.mindfully.org/Precaution/Precaution-In-Action-Handbook.pdf accessed 1 March 2010.

J Wiener, “Precaution In a Multi-Risk World” in Paustenbach’ in D Paustenbach (ed) Human and Ecological Risk Assessment : Theory and Practice, (Wiley-Interscience, 2002).

Jacqueline Peel, “Interpretation and Application of the Precautionary Principle : Australia’s Contribution,” Review of European Community & International Environmental Law Issue 1, 2009.

Joakim Zander, The Application of the Precautionary Principle in Practice : Comparative Dimensions, (Cambridge University Press, 2010).

Laura Schuijers, “Responding to Ecological Uncertainty in the Context of Climate Change: Thirty Years of the Precautionary Principle in Australia,” Sydney Law Review Issue 1, 2023.

Lee Godden, Jacqueline Peel, and Jan McDonald, Environmental Law, (Oxford : Oxford University Press, 2018).

Leslie-Anne Duvic-Paoli, The Prevention Principle in International Environmental Law, (Cambridge : Cambridge University Press, 2018).

M Kaiser, “Fish-Farming and the Precautionary Principle : Context and Values in Environmental Science for Policy,” Foundations of Science Issue 2, 1997.



MBA van Asselt, Perspectives on Uncertainty and Risk : The PRIMA Approach to Decision Support, (Kluwer, 2000).

N Haigh, “The Introduction of the Precautionary Principle into the UK” in T O’Riordan and J Cameron (eds.) Interpreting the Precautionary Principle, (Cameron & May, 1994).

Nicolas de Sadeleer, Environmental Principles : From Political Slogans to Legal Rules, (Oxford University Press, 2005).

Nicolas de Sadeleer, Environmental Principles : From Political Slogans to Legal Rules, 2nd edn, (Oxford : Oxford Academic, 2020).

P. Sands, Principles of International Environmental Law, 4th edn, (Cambridge : Cambridge University Press, 2018).

P Stein, “A Cautious Application of the Precautionary Principle,” Environmental Law Review Issue 1, 2000.

R Cooney, “From Promise to Practicalities : the Precautionary Principle in Biodiversity Conservation and Natural Resource Management,” in R Cooney and B Dickson (eds) Biodiversity and the Precautionary Principle : Risk, Uncertainty and Practice in Conservation and Sustainable Use, (Earthscan, 2005).

R Cooney, The Precautionary Principle in Biodiversity Conservation and Natural Resource Management : An issues paper for policy-makers, researchers and practitioners, (Gland, Switzerland and Cambridge : IUCN, 2004).

Sonja Boehmer-Christiansen, “The Precautionary Principle in Germany - Enabling Government” in Timothy O’Riordan and James Cameron (eds) Interpreting the Precautionary Principle (Routledge 1994).

SW Howe, Administrative law, (LexisNexis Butterworths, 2020).

Warwick Gullett, “Environmental Protection and the “Precautionary Principle” : a Response to Scientific Uncertainty in Environmental Management,” Environmental and Planning Law Journal Issue 1, 1997.

Warwick Gullett, “The Threshold Test of the Precautionary Principle in Australian Courts and Tribunals : Lessons for Judicial Review,” in Elizabeth Fisher, Judith Jones, and René von Schomberg (eds) Implementing the Precautionary Principle : Perspectives and Prospects, (Edward Elgar Publishing Limited, 2006).

WE Walker et al, “Defining Uncertainty : A Conceptual Basis for Uncertainty Management in Model-Based Decision Support,” Integrated Assessment Issue 1, 2003.

หนังสือและบทความภาษาไทย

กรมประมง กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ และคณะประมง มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, การจัดการประมงภายใต้บริบทของพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 และที่แก้ไขเพิ่มเติม [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://fish.ku.ac.th/pdf/การจัดการประมง.pdf> เมื่อ 16 มิถุนายน 2567.

กฤษณะ ช่างกล่อม, การจัดตั้งศาลสิ่งแวดล้อมกับปัญหาระบบความยุติธรรม, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2556).

จักราวดี มนูญพงศ์, “หลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle) : สำคัญค่าบังคับทางกฎหมาย และคำวินิจฉัยของศาลปกครอง,” ใน คณะทำงานหนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ สำนักงานศาลปกครอง (บรรณาธิการ), หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ (กรุงเทพฯ : สหมิตรพรินติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2565).

ถิรายุส ทรงเดชะ, “การปรับใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศร่วมกับหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในภาวะข้อพิพาททางอาวุธ” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557).

ปนัดดา พงศ์สุรย์มาส, “การตีความและการอุดช่องว่างของกฎหมาย,” ใน มานิตย์ จุมปา (บรรณาธิการ) ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 12, (กรุงเทพฯ : แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555).

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546).

บุญยวีร์ หนูประกอบ และภาวิดา รังษี, “การนำนโยบายด้านการประมงพาณิชย์ไปปฏิบัติตั้งแต่ พ.ศ. 2558 - ปัจจุบัน : ความท้าทายแห่งการเปลี่ยนแปลง,” วารสารวิชาการวิทยาลัยบริหารศาสตร์ ปีที่ 4 ฉบับที่ 4, 2564.

โรม ทีปะปาล, การนำหลักระวังไว้ก่อนมาปรับใช้ในระบบกฎหมายประเทศสเปน, 2567, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <http://intranet2.admincourt.go.th/02-office/office44/wp2/wp-content/uploads/2024/03/OA19-3-67.pdf> เมื่อ 4 กรกฎาคม 2567.

วรรณภา ตีระสังขะ, “รัฐธรรมนูญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อมของประเทศฝรั่งเศสและความท้าทายต่อประเทศไทย,” วารสารสถาบันพระปกเกล้า ปีที่ 16 ฉบับที่ 3, 2561.



วรวรรณ เขยชิด, “เงื่อนไขของการใช้หลัก Precautionary Principle ภายใต้ความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559).

สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 27, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2563).

สามัคคี บุญยะวัฒน์, “การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม,” ใน สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน โดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว, เล่มที่ 37.

สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, ‘หลักการพื้นฐานของกฎหมายสิ่งแวดล้อมในระบบกฎหมายไทย’ (รายงานการศึกษาวิจัยโครงการปรับปรุงและพัฒนาระบบบริหารงานยุติธรรมทางปกครอง : การศึกษาวิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาคดีปกครองสิ่งแวดล้อมในระบบกฎหมายไทย, สิงหาคม 2564).

สุรศักดิ์ บุญเรือง, ‘บทบาทของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนในการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม : ศึกษาการกำหนดเงื่อนไขประกอบการใช้ดุลพินิจในการพิจารณารายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม’ (รายงานฉบับสมบูรณ์เสนอต่อคณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, มกราคม 2565).

อริยพร โพธิ์ใส, “มาตรการและแนวทางป้องกันปัญหาการทำประมงผิดกฎหมายของประเทศไทยกับหลักการสำคัญของ IUU Fishing,” วารสารจุลนิติ ปีที่ 14 ฉบับที่ 4, 2560.

อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2566).

2. กฎหมายและเอกสารทางนโยบายของรัฐบาล

กฎหมายและเอกสารทางนโยบายของต่างประเทศ

Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977 (Cth).

Council of Australian Governments, Inter-Governmental Agreement on the Environment 1 May 1992 (IGAE).

Environment Effects Act 1978 (Vic).

Environment Protection Act 2017 (Vic).

Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999 (Cth).

Inter-Governmental Agreement on the Environment 1 May 1992 (IGAE), Council of Australian Governments.

La charte de l’environnement (French Charter for the environment).

National Strategy for Ecologically Sustainable Development December 1992 (NSED), Ecologically Sustainable Development Steering Committee.

กฎหมายและเอกสารทางนโยบายของประเทศไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558.

พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535.

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535.

ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง บัญชีรายชื่อวัตถุอันตราย พ.ศ. 2556.

แผนการบริหารจัดการประมงทะเลของประเทศไทย นโยบายแห่งชาติด้านการจัดการประมงทะเล พ.ศ. 2558 - 2562 เอกสารแนบท้าย ฉบับที่ 2 ของประกาศกรมประมง เรื่อง แผนปฏิบัติการระดับชาติ ว่าด้วยการป้องกัน ยับยั้ง และจัดการทำการประมงที่ผิดกฎหมาย ขาดการรายงาน และไร้การควบคุม พ.ศ. 2558 - 2562.

3. เอกสารระหว่างประเทศ

UNGA 'Report of the United Nations Conference on Environment and Development Annex I : Rio Declaration on Environment and Development,' (14 June 1992), UN Doc. A/CONF. 151/26/Rev.1 (Rio Declaration).

UNGA, 'Report of the United Nations Conference on the Human Environment', (adopted 16th June 1972) UN Doc A/CONF48/14/Rev1 (Stockholm Declaration).

The United Nations Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks (adopted 4th August 1995, entered into force 11th December 2001) 2167 UNTS 3 (UNFSA).

The Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer (adopted 22 March 1985, entered into force 22 September 1988) (1985) 1513 UNTS 293.

4. คำพิพากษาของศาล

คำพิพากษาของศาลต่างประเทศ

Alliance to Save Hinchinbrook v Delegate of the Chief Executive, Environmental Protection Agency [2006] QSC 84.

Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] 1 AC 374.

Friends of Hinchinbrook Society Inc v Minister for Environment (No2) (1997) 69 FCR 28.

Gloucester Resources Ltd v Minister for Planning (2019) 234 LGERA 257.



Lawyers for Forests Inc v Minister for the Environment, Heritage and the Arts (2009) 165 LGERA 203.

Leatch v National Parks & Wildlife Service (1993) 81 LGERA 270.

Nicholls v Director-General of National Parks and Wildlife (1994) 84 LGERA 397.

Telstra Corporation Ltd v Hornsby Shire Council (2006) 67 NSWLR 256.

Trail Smelter case (United States v. Canada) (Arbitration Tribunal) (1941) 3 RIAA 1905.

คำพิพากษาของศาลในประเทศไทย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 450/2557.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 263/2561.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 412/2564.

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 921/2560.

คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ ส. 36/2566.

คำพิพากษาศาลปกครองเชียงใหม่ที่ ส. 2/2566.

คำพิพากษาศาลปกครองเชียงใหม่ที่ ส. 1/2567.

คำพิพากษาศาลปกครองระยองที่ ส. 15/2558.

5. แหล่งข้อมูลอื่น ๆ

สำนักวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม, ระบบการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของประเทศไทย, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก http://www.onep.go.th/eia/index.php?option=com_content&view=article&id=30&Itemid=127 เมื่อ 12 ธันวาคม 2559.

การผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลัง
ของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในประเทศไทย
The Mitigation of the Retrospective Effects of Judgements Revoking
Administrative Acts in Thailand

อานันท์ กระบวนศรี*

รับบทความเมื่อ 5 ธันวาคม 2566

แก้ไขบทความเมื่อ 15 กรกฎาคม 2567

ตอบรับบทความเมื่อ 22 สิงหาคม 2567

บทคัดย่อ

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครองโดยหลักแล้ว หากศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่านิติกรรมที่พิพาทไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองย่อมมีอำนาจพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมดังกล่าว ผลของการเพิกถอนนี้ส่งผลย้อนหลัง (*effet rétroactif*) กลับไปตั้งแต่วันที่ฝ่ายปกครองมีนิติกรรมทางปกครอง ทำให้นิติกรรมดังกล่าวเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยปรากฏอยู่เลยตั้งแต่แรก (*l'acte annulé est réputé n'avoir jamais existé*) เพื่อลบล้างความเสียหายที่เกิดจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ฝ่ายปกครองได้ก่อให้เกิดขึ้นให้หมดสิ้นไปจากระบบกฎหมายอย่างสิ้นเชิง อย่างไรก็ตาม ความเคร่งครัดจากหลักการดังกล่าวมาจนเกินไปก็ย่อมทำให้เกิดปัญหาอื่นตามมาโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปัญหาความขัดแย้งระหว่างหลักการทางกฎหมายอื่น เช่น หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ หรือผลร้ายที่เกิดขึ้นกับบุคคลภายนอกที่ได้รับประโยชน์จากนิติกรรมดังกล่าวโดยสุจริตกฎหมายไทยได้แก้ไขปัญหานี้ด้วยการเปิดช่องให้ศาลสามารถผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยเปิดช่องให้ศาลปกครองสามารถกำหนดคำบังคับว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี บทความนี้จะศึกษาที่มาของบทบัญญัติดังกล่าวหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง รวมตลอดไปจนถึงแนวทางการปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวของศาลปกครองไทยเพื่อทำความเข้าใจว่าศาลไทยมีอำนาจในการผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษา

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



เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองหรือไม่ และมีโดยอาศัยเหตุผลหรือหลักกฎหมายใดมาสนับสนุนการใช้อำนาจดังกล่าว

คำสำคัญ : บทความวิชาการ, กฎหมายมหาชน, กฎหมายปกครอง, ศาลปกครอง, สภาแห่งรัฐ, ฝรั่งเศส, นิติกรรมทางปกครอง, การฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย, ผลย้อนหลังของการสิ้นสุดนิติกรรมทางปกครอง, วิธีพิจารณาคดีปกครอง, หลักนิติรัฐ, ความเป็นธรรมแห่งกรณี, หลักความชอบด้วยกฎหมาย, หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ, หลักการคุ้มครองความเชื่อถือว่าวางใจ, แนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะ, หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี, หลักการดำเนินการกิจทางปกครองที่ดี, เลอง ดูกิต์, โครงการ แอชตัน โอโศก

Abstract

In the context of the judicial oversight of administrative acts, if upon thorough examination, the Administrative Court determines that an administrative act is unlawful, it has the authority to revoke the act. The revocation may have a retrospective effect that extends back to the date when the administrative act was executed, treating it as though it had never existed. This measure aims to mitigate any harm resulting from the illegality of the administrative act, effectively expunging it entirely from the legal system. Excessive adherence to this principle, however, may give rise to complications, particularly conflicts with other legal principles, such as the principle of legal certainty. This conflict becomes notably evident in the adverse consequences faced by third parties who have legitimately gained benefits from the revoked administrative act. To effectively address this issue, Thai law empowers the Administrative Court, granting it the authority to mitigate the retroactive impact of the revocation judgment, as outlined in Section 72, Paragraph Two of the Administrative Court Establishment and Procedure Act B.E. 2542 (1999). This provision specifies that the Administrative Court may exercise discretion in rendering the revocation judgment either with retrospective or non-retrospective, or prospective effect, up to a designated point in time. Furthermore, the court may prescribe any relevant conditions deemed necessary for justice in a particular case. This article explores the origins of this provision, relevant legal principles, and the Thai Administrative Court's approach in exercising the power to mitigate the retroactive effects of judgments revoking administrative acts. The objective is to understand whether Thai courts have exercised the power to mitigate retroactivity and the reasons or legal principles they rely on in making such determinations.

Keywords : Academic articles, Public law, Administrative law, Administrative Courts, Conseil d'Etat, France, Acte administratif, Recours pour excès de pouvoir, Disparition rétroactive de l'acte, Administrative court procedure, État de droit, Principle of equity, Principles of Legality, Principle of Legal certainty, The principle of the protection of legitimate expectation, The concept of the public interest, Principle of Good Governance, Principles of Good Administration, Léon Duguit, Ashton Asoke Project



บทนำ

เมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2566 ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาในคดีฟ้องเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างอาคารโครงการ แอชตัน อโศก ตามที่สมาคมต่อต้านสภาวะโลกร้อน โดยนายศรีสุวรรณ จรรยา กับพวกรวม 16 คน (ผู้ฟ้องคดี) ได้ยื่นฟ้องผู้อำนวยการเขตวัฒนา กับพวกรวม 5 คน (ผู้ถูกฟ้องคดี) กรณีละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ โดยร่วมกันออกคำสั่งอนุมัติหรืออนุญาตให้ผู้ประกอบการเอกชนก่อสร้างอาคารชุดพักอาศัยขนาดใหญ่พิเศษชื่อโครงการ แอชตัน อโศก ในซอยสุขุมวิท 21 แขวงคลองเตยเหนือ เขตวัฒนา กรุงเทพมหานคร โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า การที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาเพิกถอนใบรับหนังสือแจ้งความประสงค์จะก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอนหรือเคลื่อนย้ายอาคาร หรือเปลี่ยนการใช้อาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 39 ทวิ ประกอบมาตรา 39 ทรี ที่ออกให้แก่บริษัท อนันดา เอ็มเอฟ เอเชีย อโศก จำกัด หรือบริษัท อนันดา ดีเวลลอปเม้นท์ ทู จำกัด (ผู้ร้องสอด) โดยให้มีผลย้อนหลังถึงวันที่ออกหนังสือฉบับดังกล่าว ส่วนคำขออื่นนอกจากนี้ให้ยก นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย พิพากษายืน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ประชุมใหญ่) ที่ อส. 188/2566)

อย่างไรก็ตาม ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อยไม่เห็นพ้องด้วยกับมติของที่ประชุมใหญ่ ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างมาก จึงมีความเห็นแย้งโดยเห็นสมควรที่ศาลปกครองสูงสุดจะมีคำพิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นเพิกถอนใบรับหนังสือแจ้งความประสงค์จะก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอนหรือเคลื่อนย้ายอาคาร หรือเปลี่ยนการใช้อาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 39 ทวิ ประกอบมาตรา 39 ทรี ที่ออกให้แก่ผู้ร้องสอด โดยให้มีผลเมื่อพ้นกำหนด 270 วัน นับแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา โดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (ผู้ว่าการการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย) เสนอเรื่องการขออนุญาตใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่าน ตามคำขออนุญาตใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่าน ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2557 ของผู้ร้องสอด ต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบภายในกำหนด 270 วัน นับแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา หากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ไม่ดำเนินการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือดำเนินการแล้วแต่คณะรัฐมนตรีไม่พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าว หรือคณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าวแล้วแต่ไม่ให้ความเห็นชอบ แล้วแต่กรณี ให้การเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร) โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (ผู้อำนวยการสำนักการโยธา) ทั้งสิ้น มีผลตามคำพิพากษา หากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ดำเนินการเสนอเรื่องดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบให้การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยดำเนินกิจการดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนด ให้การเพิกถอนตามคำพิพากษานี้เป็นอันสิ้นผลไป ส่วนคำขออื่นนอกจากนี้ให้ยก

จะเห็นได้ว่าความเห็นของตุลาการศาลปกครองเสียงข้างน้อย ได้นำหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจมาใช้ในการพิจารณาคดี โดยอาศัยอำนาจ

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) ที่บัญญัติว่า “ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ (1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)” และมาตรา 72 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “ในการมีค่าบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่า จะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี” การใช้เทคนิคดังกล่าวในทางทฤษฎีเรียกว่า “การผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (l’atténuation de l’effet rétroactif de l’annulation des actes administratifs)” โดยปรากฏตัวอย่างที่ศาลปกครองฝรั่งเศสใช้เครื่องมือทางกฎหมายที่ใกล้เคียงกันในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Titran ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 2001

อย่างไรก็ตาม ความเห็นของตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อยในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ประชุมใหญ่) ที่ อส. 188/2566 ไม่ใช่ความเห็นทางกฎหมายที่เสนอให้มีการใช้มาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เป็นครั้งแรก แต่เคยปรากฏมาแล้วหลายคดี เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 148/2549 ที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ศาลจะมีคำพิพากษาเพิกถอนประกาศดังกล่าวโดยให้มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่ออกประกาศนั้นย่อมทำให้เกิดความเสียหายและไม่เป็นธรรมแก่ลูกจ้างที่ได้รับประโยชน์ตามประกาศดังกล่าว จึงสมควรให้การเพิกถอนประกาศนั้นมีผลตั้งแต่วันที่ มีคำพิพากษา หรือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 343/2557 ที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เพื่อไม่ให้เกิดการเดินรถโดยสารประจำทางในเส้นทางดังกล่าวอันเป็นบริการสาธารณะต้องหยุดชะงัก และไม่ทำให้ประชาชนต้องได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการมีคำพิพากษาเพิกถอนใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางดังกล่าว กรณีจึงสมควรมีคำพิพากษาเพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยให้การเพิกถอนมีผลเมื่อพ้นกำหนด 180 วัน นับแต่วันที่ มีคำพิพากษา หรือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 141 - 142/2556 ที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า หากจะให้ค่าบังคับมีผลกระทบถึงกิจการหรือโครงการต่าง ๆ ที่ได้ดำเนินการไปแล้ว เช่น การซ่อมแซมถนน การขุดลำห้วย หรืออุปกรณ์การเรียนการสอนที่ได้จัดซื้อให้โรงเรียนหรือสถานศึกษาให้กลับคืนสู่สภาพเดิม ย่อมจะมีผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะที่ได้ดำเนินการไปแล้วเป็นอย่างยิ่ง อีกทั้งทำให้รัฐต้องสูญเสียงบประมาณโดยใช่เหตุ แต่ถ้าศาลมีคำพิพากษาโดยกำหนดเงื่อนไขว่า แต่ทั้งนี้ ค่าบังคับของศาลไม่กระทบถึงกิจการหรือโครงการต่าง ๆ ที่ได้ดำเนินการไปแล้วย่อมเกิดความเป็นธรรมต่อสังคมและเกิดประโยชน์ต่อสาธารณะมากกว่า

จะเห็นได้ว่า การใช้มาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน เป็นเครื่องมือในการผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ยังคงเป็นเรื่องที่ยังไม่มีข้อยุติในระบบกฎหมายไทย นักกฎหมายส่วนหนึ่งเห็นพ้องด้วยกับการใช้เครื่องมือดังกล่าว ในขณะที่นักกฎหมายอีกส่วนหนึ่งไม่สนับสนุนการใช้และการตีความกฎหมายในลักษณะดังกล่าวเท่าใดนัก



ส่วนหนึ่งเนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวได้ให้อำนาจแก่ศาลปกครองอย่างกว้าง ๆ โดยมีเพียงถ้อยคำว่า “ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี” ที่เป็นเหตุผลสนับสนุนการใช้อำนาจของศาลปกครองในการกำหนดว่าการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง¹ จะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่ง หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใด ดังนั้น จึงต้องทำการศึกษาค้นคว้าหลักการพื้นฐานทางกฎหมายที่สำคัญที่ฝ่ายปกครองและศาลปกครองจะต้องคำนึงถึงในการปฏิบัติหน้าที่ทางปกครองและการปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ตามลำดับ เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนมากขึ้นว่า ศาลปกครองจะต้องพิจารณาคำใดบ้างในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเพื่อให้เกิด “ความเป็นธรรมแห่งกรณี”

¹ อย่างไรก็ตาม ก่อนที่จะเข้าสู่เนื้อหาหลักของบทความนี้ พึงอธิบายขอบเขตแห่งการศึกษาให้ชัดเจนเสียก่อน เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ต้องตรงกัน ผู้เขียนจำเป็นต้องอธิบายในเบื้องต้นเสียก่อนว่า วัตถุประสงค์ของการศึกษาของบทความฉบับนี้ได้แก่ “นิติกรรมทางปกครอง” (l'acte administratif) อันเป็นข้อความคิดที่มีที่มาจากระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเมื่อมีการกล่าวถึงคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ในปัจจุบันจะเห็นได้ว่ายังมีความไม่แน่นอนชัดเจนในทางทฤษฎี กล่าวคือ ในระบบกฎหมายไทยคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” เป็นถ้อยคำที่ปรากฏในงานเขียนทางวิชาการ เช่น หนังสือ ตำรา งานวิจัย และบทความเกี่ยวกับกฎหมายปกครองเป็นหลัก แต่ไม่ใช่ถ้อยคำทางกฎหมายที่ได้รับการบัญญัตินิยามหรือคำจำกัดความไว้ในกฎหมายไทย แตกต่างจากคำว่า “กฎ” หรือ “คำสั่งทางปกครอง” ที่ปรากฏนิยามที่ชัดเจนในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นอกจากนี้ ในประเทศไทยพบว่ามีการใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” อย่างน้อย 3 ความหมาย แตกต่างกันไป ได้แก่ (1) หมายความว่านิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกว้าง ได้แก่ กฎ คำสั่งทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง (2) หมายความว่านิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกลาง ได้แก่ กฎ และคำสั่งทางปกครอง และ (3) หมายความว่านิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างแคบ (เฉพาะคำสั่งทางปกครอง)

เพื่อทำความเข้าใจเนื้อหาในบทความนี้ จึงต้องอธิบายให้ชัดเจนก่อนว่าคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ในฐานะที่เป็นศัพท์เทคนิคของการศึกษานี้ โดยมีความหมายอย่างกลาง ได้แก่ กฎ และคำสั่งทางปกครองเท่านั้น เนื่องจากเป็นการศึกษาเฉพาะการใช้เทคนิคทางกฎหมายของศาลปกครองในการกำหนดคำบังคับของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) และมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ที่ในทางทฤษฎีเรียกว่า “คดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” (le recours pour excès de pouvoir) เท่านั้น ไม่รวมถึงคดีฟ้องโต้แย้งเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองหรือสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) (4) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) ซึ่งเป็นคดีปกครองแยกออกมาต่างหากอีกประเภทหนึ่งที่ในทางทฤษฎีเรียกว่า “คดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม” (le recours de plein contentieux, โปรดดู Serge Daël, Contentieux administratif, 3^e éd., (Paris : PUF, 2010), pp. 64-65., Alix Perrin, Contentieux administratif, 2^e éd., (Paris : Dalloz, 2021), pp. 118-119, 128-130., Mattias Guyomar et al., Contentieux administratif, 6^e éd., (Paris : Dalloz, 2021), pp. 122-123, 132-133., Gustave Peiser, Contentieux administratif, 16^e éd., (Paris : Dalloz, 2014), p. 272., et Jacques Viguié, Le Contentieux administratif, 1^{ère} éd., (Paris : Dalloz, 1998), pp. 106-107.

อนึ่ง การแบ่งประเภทคดีดังกล่าวจะได้ทำการอธิบายในสาระสำคัญต่อไปในส่วนที่ 1.3 ลักษณะของการใช้อำนาจของศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง

การผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีข้อดีที่ทำให้คำพิพากษาของศาลปกครองมีความยืดหยุ่นและสามารถแก้ไขปัญหาความชอบด้วยกฎหมายไปพร้อมกับการคำนึงถึงคุณค่าอื่น เช่น ประโยชน์สาธารณะ ความสุจริตของบุคคลภายนอก หรือประสิทธิภาพในการดำเนินงานของฝ่ายปกครองไปพร้อมกัน แต่ก็มีข้อเสียที่อาจถูกมองได้ว่าเป็นการใช้อำนาจของศาลปกครองก้าวล่วงเข้าไปในแดนของฝ่ายปกครองโดยที่ศาลควรจำกัดบทบาทของตนเฉพาะการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และถึงแม้ว่าในภายหลังจากที่ได้มีคำพิพากษาออกมาแล้ว เกิดปัญหาในทางปฏิบัติที่สืบเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของศาล เช่น การเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายให้แก่บุคคลภายนอกที่สุจริต ก็ไม่ใช่เรื่องที่ศาลจะต้องหยิบยกขึ้นมาพิจารณาแต่อย่างใด มิฉะนั้นแล้ว ก็ย่อมเท่ากับศาลวางบทบาทของตนเสมือนหนึ่งว่าเป็นผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองเสียเอง อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของหลักนิติรัฐ

บทความนี้แบ่งการศึกษาออกเป็น 4 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 1 ผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายไทย ส่วนที่ 2 การผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายไทย ส่วนที่ 3 การผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในศาลปกครองไทย และส่วนที่ 4 บทวิเคราะห์

ส่วนที่ 1 ผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

ศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ในกรณีที่ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่านิติกรรมทางปกครองที่พิพาทไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยหลักแล้ว ศาลปกครองย่อมมีอำนาจพิพากษาเพิกถอนให้นิติกรรมทางปกครองนั้นสิ้นผลย้อนหลังกลับไปตั้งแต่วันแรกที่มีการออกนิติกรรมทางปกครองนั้น เพื่อให้ในทางกฎหมายถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่เคยมีผลใช้บังคับมาเลยตั้งแต่แรก เป็นการลบล้างความไม่ชอบด้วยกฎหมายให้หมดสิ้นไปจากระบบกฎหมายและเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายอันเนื่องมาจากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว

เพื่อทำความเข้าใจบทบาทของศาลปกครองในการรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายและในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนจากการใช้อำนาจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ในส่วนที่ 1 ของบทความนี้จะทำการศึกษา 4 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 1.1 ความทั่วไปของหลักความชอบด้วยกฎหมายและองค์ประกอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ส่วนที่ 1.2 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยฝ่ายปกครองและโดยศาลปกครอง ส่วนที่ 1.3 ลักษณะของการใช้อำนาจของศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง และส่วนที่ 1.4 อำนาจของศาลปกครองไทยในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

1.1 ความทั่วไปของหลักความชอบด้วยกฎหมายและองค์ประกอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

ส่วนที่ 1.1 ของบทความนี้แบ่งออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 1.1.1 ความทั่วไปของหลักความชอบด้วยกฎหมาย และส่วนที่ 1.1.2 องค์ประกอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

1.1.1 ความทั่วไปของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

หลักนิติรัฐ (l'État de droit) เป็นหลักการพื้นฐานในทางกฎหมายมหาชนที่มีความสำคัญ หลักนิติรัฐมีฐานที่มาจากหลักการปฏิเสธอำนาจสูงสุดเด็ดขาดของผู้ปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ผู้ปกครองสามารถใช้อำนาจได้อย่างไร้ขีดจำกัดและมีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจเพื่อเอื้อประโยชน์ส่วนตน หลักการดังกล่าวเรียกร้องให้การกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องถูกควบคุมตรวจสอบว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย (ที่ผ่านความยินยอมของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตย) ภายใต้แนวคิดเรื่องนิติรัฐ รัฐได้ยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย รัฐไม่ได้เป็นหน่วยที่มีอำนาจสูงสุดเด็ดขาดเหมือนอย่างในระบอบเก่า รัฐและองค์การของรัฐมีสถานะเป็นเพียงผู้แทนของประชาชนที่ได้รับมอบอำนาจและความชอบธรรมในการตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน ซึ่งได้แก่การดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยและการจัดทำบริการสาธารณะ และเพื่อเป็นหลักประกันว่ารัฐจะใช้อำนาจที่ได้รับมาไปในทางที่ชอบเพื่อตอบสนองต่อประโยชน์ส่วนรวม หากประโยชน์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใด การใช้อำนาจรัฐจะต้องตกอยู่ภายใต้กรอบที่กฎหมายซึ่งผ่านความยินยอมของผู้แทนประชาชนกำหนด หลักการดังกล่าวเรียกว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมาย (le principe de légalité)”

ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่ใช้อำนาจในเชิงรุก (active) โดยหลักแล้วย่อมสามารถเริ่มใช้อำนาจได้เอง โดยที่ไม่ต้องมีคำร้องขอจากประชาชน² และเมื่อในการตัดสินใจต่าง ๆ อาจจะกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชน การใช้อำนาจดังกล่าวย่อมจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชนและจะต้องเป็นการใช้อำนาจที่มีข้อจำกัด ข้อจำกัดที่ว่านี้ คือ การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจะต้องมีกฎหมายเป็นฐานที่มาในการใช้อำนาจและการใช้อำนาจดังกล่าวจะต้องอยู่ภายในขอบเขตที่กฎหมายได้ให้อำนาจเอาไว้อย่างเคร่งครัด หลักการดังกล่าวมีชื่อเรียกว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” หรือ “หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” หลักการดังกล่าวเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองยอมตนตกอยู่ใต้กฎหมาย (la soumission de l'Administration à la loi) ไม่ต่างจากการที่รัฐยอมตนตกอยู่ใต้กฎหมายที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นหลักการ

² ต่างจากการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการที่โดยหลักแล้วจะจำกัดอำนาจของตนในเชิงรับ (passive) เท่านั้น โปรดดู ส่วนที่ 1.2 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยฝ่ายปกครองและโดยศาลปกครอง

ที่สืบสาวมาจากหลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นผลผลิตมาจากการใช้อำนาจอธิปไตยขององค์กรทางการเมืองที่มีอำนาจสูงสุด³

เมื่อฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวม และเพื่อให้การดังกล่าวบรรลุผล บางครั้งอาจมีความจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจทางปกครองซึ่งอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจเหนือในลักษณะดังกล่าวมีความชอบธรรมการใด ๆ ที่ฝ่ายปกครองจะกระทำจึงต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งมาจากความยินยอมของผู้แทนประชาชนในระบอบเสรีประชาธิปไตย หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ของฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ที่ตนตราขึ้น หลักการดังกล่าวเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐซึ่งประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ คือ หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” และหลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” หรืออาจกล่าวได้ว่า กฎหมายเป็นทั้งบ่อเกิดและข้อจำกัดของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง การกระทำทางปกครองจึงเป็นเพียง “การบังคับให้การต่าง ๆ เป็นไปตามกฎหมาย” เท่านั้น⁴ ซึ่งผลผลิตจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่สำคัญของฝ่ายปกครอง ได้แก่ “นิติกรรมทางปกครอง” แต่ในบางครั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองอาจดำเนินกิจกรรมหรือกระทำการบางอย่างที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ไม่ว่าจะโดยตั้งใจหรือไม่ตั้งใจก็ดี และในบางกรณีการฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อนักกฎหมายหรือสังคม เพราะฉะนั้นเพื่อให้หลักความชอบด้วยกฎหมายมีผลใช้บังคับได้อย่างแท้จริง นักกฎหมายจึงได้สร้างมาตรการต่าง ๆ ขึ้นมาควบคุมตรวจสอบการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย มาตรการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษฝ่ายปกครองที่ฝ่าฝืนกฎหมายและในอีกทางหนึ่งก็เพื่อที่จะ *เยียวยาความเดือดร้อนเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการของฝ่ายปกครอง*

1.1.2 องค์ประกอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

ในทางทฤษฎี ความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองแบ่งองค์ประกอบสำคัญได้เป็น 2 องค์ประกอบ ในกรณีที่มีความบกพร่องในองค์ประกอบใดหรืออาจเกิดความบกพร่องทั้งสององค์ประกอบ ผู้ฟ้องคดีสามารถนำมาใช้ฟ้องโต้แย้งขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมนั้นได้ (cas d'ouverture/causes juridiques) ได้แก่ (1) ความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุภายนอก (la légalité externe) และ (2) ความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุภายใน (la légalité interne)⁵ โดยมีเนื้อหาสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

³ Jean - Claude Ricci, *Droit Administratif Général*, 5^e éd., (Paris : Hachette Supérieur, 2013), p. 16.

⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน : รวมบทความบางเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2540), น. 56.

⁵ Gilles Lebreton, *Droit administratif*, 11^e éd., (Paris : Dalloz, 2021), pp. 525-526., Martine Lombard et al, *op. cit.*, p. 477., Patrice Chrétien et al, *Droit administratif*, 27^e éd., (Paris : Sirey, 2020), p. 841., et Pascale Gonod, *Droit administratif général*, 2^e éd., (Paris : Dalloz, 2020), p. 175.



1.1.2.1 ความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุภายนอก (la légalité externe)

เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก คือ ข้อเท็จจริงที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่ใช่ข้อบกพร่องที่เป็น “เนื้อหา” แห่งคดี (le fond) แต่เป็นเรื่องของ “รูปแบบ” (la façon) การตัดสินใจในการทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ทั้งนี้ อาจจำแนกเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ผู้ฟ้องคดีอาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ (le moyen) ได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ (1) อำนาจของฝ่ายปกครอง (la compétence) ในการออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง และ (2) รูปแบบและขั้นตอน (les formes et formalités) ในการออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง⁶

1.1.2.2 ความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุภายใน (la légalité interne)

เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน คือ ข้อเท็จจริงที่ทำให้นิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็น “เนื้อหา” แห่งคดี (l'illégalité du contenu) เป็นข้อเท็จจริง (les faits) หรือมูลเหตุจูงใจ (les motifs) ที่ฝ่ายปกครองใช้ในการตัดสินใจทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ทั้งนี้ อาจจำแนกเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ผู้ฟ้องคดีอาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ (le moyen) ได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ (1) มูลเหตุจูงใจของฝ่ายปกครอง (les motifs) ในการออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง และ (2) วัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครอง (le but) ในการออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง⁷

(1) มูลเหตุจูงใจของฝ่ายปกครอง (les motifs)

ความบกพร่องอันเนื่องมาจากมูลเหตุจูงใจของฝ่ายปกครองที่ทำให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจจำแนกออกได้เป็น 3 กรณี ได้แก่ (1.1) ความบกพร่องอันเนื่องมาจากความถูกต้องสมบูรณ์ของข้อเท็จจริง (1.2) ความบกพร่องอันเนื่องมาจากความถูกต้องสมบูรณ์ของข้อกฎหมาย และ (1.3) ความบกพร่องอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง⁸

(2) วัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครอง (le but)

การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์ที่กฎหมายกำหนดและจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวม (l'intérêt général) เท่านั้น ไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อการจัดการบริการสาธารณะ หรือเป็นไปเพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ดังนั้น การใช้อำนาจโดยมีวัตถุประสงค์อย่างอื่นที่แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายย่อมเป็นการบิดเบือนการใช้อำนาจ (le détournement de pouvoir)⁹

⁶ Bertrand Seiller, *Droit administratif : 2. L'action administrative*, 7^e éd., (Paris : Champs université, 2014), pp. 254-257., Martine Lombard et al., *Droit administratif*, 14^e éd., (Paris : Dalloz, 2021), pp. 522-524., Gilles Lebreton, *op. cit.*, pp. 250-265, Patrice Chrétien et al, *op. cit.*, pp. 843-846., Pascale Gonod, *op. cit.* p. 175.

⁷ Bertrand Seiller, *op. cit.*, pp. 258-262.

⁸ *Ibid*, pp. 260-262., Gilles Lebreton, *op. cit.*, p. 532-534., et Martine Lombard et al., *op. cit.*, pp. 524-526., Patrice Chrétien et al, *op. cit.*, pp. 846-848., et Pascale Gonod, *op. cit.* pp. 176-177.

⁹ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 263., Gilles Lebreton, *op. cit.*, pp. 527-528., Martine Lombard et al., *op. cit.*, pp. 526-527., Patrice Chrétien et al, *op. cit.*, pp. 849-850., et Pascale Gonod, *op. cit.* p. 177.

1.2 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง โดยฝ่ายปกครองและโดยศาลปกครอง

การประกาศตนว่ารัฐและหน่วยงานเจ้าหน้าที่ของรัฐยินยอมตกอยู่ภายใต้กฎหมายย่อมไม่มีประโยชน์อันใดเลยหากปราศจากการควบคุมตรวจสอบว่าคำมั่นดังกล่าวจะได้รับการเคารพและปฏิบัติตาม การใช้อำนาจรัฐจึงต้องถูกควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครองที่มีความเป็นกลางและมีความเป็นอิสระ บทบาทขององค์กรตุลาการจึงเป็นหลักประกันสำคัญว่าฝ่ายปกครองจะเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย เพื่อให้แน่ใจว่าฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจที่ได้รับมานั้นเป็นไปโดยเคารพต่อหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชนโดยส่วนรวม การอันใดที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย ศาลปกครองย่อมมีอำนาจพิพากษาเพิกถอนการดังกล่าวให้สิ้นผลไปจากระบบกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ไม่ได้มีเพียงการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเท่านั้น แต่รวมไปถึงการควบคุมโดยฝ่ายปกครองอีกด้วย ดังนั้น ประเภทของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (le contrôle de la légalité) จึงอาจจำแนกได้เป็น 2 กรณี¹⁰ ได้แก่

1.2.1 การควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง (les recours administratifs)

การควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะที่สำคัญ ได้แก่ 1) การควบคุมตรวจสอบโดยฝ่ายปกครองผู้ออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองเอง (le recours gracieux) และ 2) การควบคุมตรวจสอบโดยผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองผู้ออกกฎหรือคำสั่ง (le recours hiérarchique) หลักการสำคัญของการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง คือ ฝ่ายปกครองด้วยกันเองสามารถควบคุมตรวจสอบได้อย่างกว้างขวางตามหลักอำนาจบังคับบัญชา (pouvoir hiérarchique) ดังนั้น การควบคุมภายในฝ่ายปกครอง จึงสามารถควบคุมตรวจสอบได้ทั้งประเด็นปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย (la légalité) และประเด็นปัญหาความเหมาะสม (l'opportunité) (และหรือรวมถึงความเหมาะสมโดยแท้ (la pure opportunité))¹¹

¹⁰ Pascale Gonod, *op. cit.* p. 161., Michel Rousset et al., *Droit administratif*, Tome I, L'action administrative, 2^e éd., (Paris : PUG, 2004), p. 81., Georges Dupuis et al., *Droit administratif*, 10^e éd., (Paris : Sirey, 2007), pp. 50-51.

¹¹ หลักการดังกล่าวปรากฏอย่างชัดเจนในระบบกฎหมายไทย ดังที่ปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 46 ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญที่แบ่งแยกความแตกต่างระหว่างขอบเขตการควบคุมโดยกระบวนการภายในฝ่ายปกครองกับขอบเขตการควบคุมโดยองค์กรศาลซึ่งจะควบคุมได้เฉพาะในด้านความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น โปรดดู บุญนันท วรรณพาณิชย์, หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพฯ : สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, 2545), น. 37-38.



1.2.2 การควบคุมตรวจสอบภายนอกฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ (les recours juridictionnels)¹²

ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองเป็นองค์กรสำคัญที่เข้ามาทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าว ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองที่ไม่เคารพต่อหลักการดังกล่าว ย่อมอาจถูกศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนได้ อย่างไรก็ตาม การควบคุมตรวจสอบภายนอกฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการจะมีลักษณะที่แตกต่างกับการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง ศาลมีอำนาจแค่เพียงควบคุมตรวจสอบในประเด็นปัญหาความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่สามารถควบคุมตรวจสอบในประเด็นปัญหาเรื่องความเหมาะสมได้แต่อย่างใด¹³ มิฉะนั้นแล้ว ย่อมถือว่าศาลเข้าไปแทรกแซงสมทบบทบาทเป็นผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองเสียเอง อันจะนำมาซึ่งปัญหาในเรื่องการแบ่งแยกอำนาจและนำไปสู่ปัญหาเรื่องการปกครองโดยศาล (gouvernement des juges) ที่ต้องห้ามตามหลักนิติรัฐ¹⁴ นอกจากนี้ การใช้อำนาจขององค์กรตุลาการที่โดยหลักแล้วจะจำกัดอำนาจของตนในเชิงรับ (passive) หมายถึง หากไม่มีการฟ้องหรือการฟ้องไม่ครอบคลุมไปถึงประเด็นปัญหาหนึ่ง ศาลย่อมไม่สามารถพิจารณาพิพากษาประเด็นปัญหานั้นได้แต่อย่างใด ภายใต้หลักที่ว่าศาลไม่มีอำนาจพิพากษาเกินคำขอ (le principe de prohibition de l'ultra petita) มิฉะนั้นแล้ว ย่อมถือเสมือนหนึ่งว่าศาลปกครองเข้าไปทำหน้าที่เป็นฝ่ายปกครองเสียเองซึ่งจะขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ เว้นเสียแต่ว่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง (moyens d'ordre public) และเป็นอำนาจในการควบคุมตรวจสอบ “ภายหลัง” (a posteriori) จากที่ได้มีการกระทำทางปกครองแล้วเท่านั้น มิฉะนั้นแล้ว ย่อมเท่ากับเป็นการใช้อำนาจในเชิงรุกเสมือนหนึ่งว่าเป็นฝ่ายปกครองเสียเอง¹⁵

¹² การควบคุมตรวจสอบภายนอกฝ่ายปกครองในความหมายอย่างกว้างจะมืองค์กรอื่น ๆ นอกเหนือไปจากศาล เช่น รัฐสภาหรือองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญหรือตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ แต่ในที่นี้จะกล่าวถึงเฉพาะการควบคุมตรวจสอบภายนอกโดยองค์กรตุลาการเท่านั้น

¹³ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 126.

¹⁴ André Legrand et al., *Droit public : Droit constitutionnel et administratif, Finances publiques, Institutions européennes*, (Paris : Documentation française, 2017), p. 21., et Georges Dupuis et al., *op. cit.*, pp. 138-139.

¹⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป*, (กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, 2554), น. 11-12, 74 และ 85 และ Michel Rousset et al., *Droit administratif, Tome II, Le contentieux administratif*, 2^e éd., (Paris : PUG, 2004), p. 25., Jean Waline, *Droit administratif*, 26^e éd., (Paris : Dalloz, 2016), p. 837., Alix Perrin, *op. cit.*, p. 223., Gustave Peiser, *op. cit.*, p. 160., et Prosper Weil et al., *Droit administratif*, 25^e éd., (Paris : PUF Humensis, 2017), pp. 90-92.

1.3 ลักษณะของการใช้อำนาจของศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง

เลอง ดูกีต์ (Léon Duguit) อติตอจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบอร์กโดซ์ (Université de Bordeaux) นักกฎหมายมหาชนที่มีชื่อเสียง ได้อธิบายว่า การแบ่งประเภทคดีพิพาทในคดีปกครองเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก เนื่องจากการฟ้องคดีในแต่ละประเภทมีลักษณะที่ต่างกัน ผู้ฟ้องคดีมีสถานะในทางกฎหมายและวัตถุประสงค์ในการฟ้องคดีที่ต่างกัน รวมไปถึงวัตถุประสงค์ที่พิพาทที่มีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ ความแตกต่างดังกล่าวจะส่งผลโดยตรงต่ออำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในส่วนของการกำหนดคำบังคับของศาล และผลบังคับผูกพันของคำพิพากษา และได้เสนอให้มีการแบ่งแยกประเภทคดีปกครองออกเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ (1) การดำเนินคดีปกครองแบบภาวะวิสัย และ (2) การดำเนินคดีปกครองแบบอัตวิสัย¹⁶ การแบ่งประเภทคดีดังกล่าวเป็นการจำแนกโดยอาศัยกฎเกณฑ์ในทางรูปแบบ (la classification matérielle) ซึ่งมีฐานที่มาจากจากการพิจารณาลักษณะคำฟ้องของผู้ฟ้องคดี หากผู้ฟ้องคดีประสงค์จะฟ้องเพื่อโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง การฟ้องคดีดังกล่าวย่อมมีลักษณะเป็นการฟ้องคดีแบบภาวะวิสัย แต่หากผู้ฟ้องคดีต้องการฟ้องโต้แย้งสิทธิหน้าที่ของตน กรณีย่อมถือว่าเป็นการฟ้องคดีแบบอัตวิสัย¹⁷ ดังนั้น ในส่วนที่ 1.3 ของบทความนี้จึงแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 1.3.1 การฟ้องคดีปกครองแบบภาวะวิสัย และส่วนที่ 1.3.2 การฟ้องคดีปกครองแบบอัตวิสัย

1.3.1 การฟ้องคดีปกครองแบบภาวะวิสัย (contentieux objectif)

ในการฟ้องคดีแบบภาวะวิสัยนั้น ศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ที่ต้องตรวจสอบว่า กฎหมายถูกละเมิดโดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองหรือไม่ กล่าวคือ เป็นกรณีปัญหาทางกฎหมายที่ว่านิติกรรมทางปกครองที่พิพาทนั้นเคารพต่อกฎหมายที่เป็นทั้งบ่อเกิดและข้อจำกัดในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองหรือไม่ ดังนั้น การฟ้องคดีแบบภาวะวิสัยจึงเป็นคดีที่ถือว่าผู้ฟ้องคดีมีวัตถุประสงค์ที่จะขอให้ศาลปกครองพิจารณาประเด็นปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมายเป็นสำคัญ¹⁸ แม้ว่าในความเป็นจริงแล้ว ผู้ฟ้องคดีอาจจะต้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาไปในทางที่คุ้มครองสิทธิหรือประโยชน์ที่ตนพึงจะได้รับก็ตาม ตัวอย่างของการฟ้องคดีแบบภาวะวิสัย ได้แก่ คดีพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (le recours pour excès de pouvoir) หรือคดีที่ศาลยุติธรรมร้องขอให้ศาลปกครองตีความความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่คู่กรณีกล่าวอ้าง (le contentieux de l'appréciation

¹⁶ Olivier Gohin, *Contentieux administratif*, 4^e éd., (Paris : LexisNexis Litec, 2005), p. 176., et Pierre Delvolvé, *Le droit administratif*, 7^e éd., (Paris : Dalloz, 2018), pp. 114-115., et Pascale Gonod, *op. cit.*, p. 162.

¹⁷ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 123-124., et Gustave Peiser, *op. cit.*, p. 210., et Pierre - Laurent Frier et al., *Droit administratif*, 12^e éd., (Paris : LGDJ, 2018), p. 634.

¹⁸ Alix Perrin, *op. cit.*, pp. 118-119.



de légalité)¹⁹ อย่างไรก็ตาม ในบทความนี้จะศึกษาเฉพาะคดีพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

คดีฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Recours pour excès de pouvoir)²⁰ หรืออาจเรียกว่าคดีที่ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอน (le contentieux d'annulation) คดีพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นคดีที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก เพราะนอกจากจะเป็นเครื่องมือสำคัญที่ศาลปกครองใช้ในการปกป้องสิทธิหรือประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีแล้ว ยังเป็นหลักประกันสำคัญที่ทำให้การกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายตามหลักนิติรัฐ²¹ ดังนั้น ผลบังคับของคำพิพากษาในคดีประเภทนี้ยังมีผลผูกพันเป็นการทั่วไป (erga omnes)²² ไม่ได้ผูกพันเฉพาะคู่กรณีเหมือนการฟ้องคดีแบบอรรถวิสัย และมีผลย้อนหลังกลับไปในอดีต ตั้งแต่วันที่ที่มีการออกนิติกรรมทางปกครองโดยฝ่ายปกครอง (effet rétroactif)²³ ตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดคดี Rodière ลงวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ. 1925²⁴ ทำให้นิติกรรมทางปกครองที่ศาลพิพากษาเพิกถอนถือเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยปรากฏมาก่อน (l'acte annulé est réputé n'avoir jamais existé) เพื่อจัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายให้หมดไปและเพื่อเยียวยาผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁵ ตลอดรวมไปถึงมาตรการต่าง ๆ ที่นิติกรรมนั้นก่อตั้งขึ้น (les actes subséquents)²⁶ ในช่วงเวลาที่นิติกรรมนั้นมีผลบังคับใช้ก็ย่อมถูกเพิกถอนไปด้วย²⁷ การใช้เครื่องมือสำคัญดังกล่าวของศาลปกครองจึงสามารถใช้นี้ได้กับบุคคลเป็นการทั่วไป (une autorité absolue de chose jugée)²⁸ บุคคลอื่นที่ไม่ได้เข้ามา

¹⁹ Gustave Peiser, *op. cit.*, p. 211.

²⁰ อำนาจของศาลปกครองฝรั่งเศสในคดีฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ปรากฏในตัวกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศฝรั่งเศส (ต่างกับประเทศไทยที่บัญญัติเอาไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1)) แต่เป็นอำนาจทั่วไปที่มีสถานะในทางกฎหมายเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ผ่านการรับรองโดยศาลปกครองสูงสุดในคดี Dame Lamotte ลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1950 และเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการปฏิบัติตามหลักนิติรัฐมาอย่างยาวนาน, โปรดดู Michel Rousset et al., *Droit administratif*, Tome II, Le contentieux administratif, *op. cit.*, p. 109.

²¹ Prosper Weil et al., *op. cit.*, pp. 103-104.

²² Serge Daël, *op. cit.*, p. 64., et Gilles Lebreton, *op. cit.*, pp. 502-503., Patrice Chrétien et al., *op. cit.*, pp. 859-860., et Jean - Claude Ricci, *op. cit.*, pp. 294-295.

²³ Pierre Delvolvé, *op. cit.*, p. 123., Pascale Gonod, *op. cit.*, p. 178.

²⁴ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด คดี Rodière ลงวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ. 1925

²⁵ Gustave Peiser, *op. cit.*, p. 285. Olivier Gohin, *op. cit.*, p. 183.

²⁶ André Maurin, *Droit administratif*, 11^e éd., (Paris : Sirey, 2018), p. 221.

²⁷ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด คดี Société Gepro ลงวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1986

²⁸ Michel Rousset et al., *Droit administratif*, Tome II, Le contentieux administratif, *op. cit.*, p. 136.

เป็นกรณีในศาลปกครองก็อาจจะได้รับประโยชน์ไปโดยปริยายจากการที่ศาลพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่พิพาท โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่นิติกรรมที่พิพาทเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป

ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ศาลปกครองจะต้องพิจารณาว่าคำสั่งดังกล่าวมีความบกพร่องในทางกฎหมายหรือไม่ และความบกพร่องดังกล่าวมีผลร้ายแรงที่ถึงขนาดทำให้คำสั่งนั้นจะต้องถูกเพิกถอนโดยศาลปกครองหรือไม่ เมื่อสาระสำคัญของคดีประเภทนี้ คือ การปกป้องคุ้มครองให้ระบบกฎหมายปกครองมีความถูกต้องสมบูรณ์ปราศจากนิติกรรมทางปกครองที่ละเมิดต่อกฎหมาย คำฟ้องของคดีประเภทนี้จึงเป็นประเภทคดีที่มีขอบเขตกว้างขวางและครอบคลุม ส่งผลต่อการพิจารณาประเด็นเรื่องผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองที่ทำให้ศาลพิจารณาในขอบเขตที่กว้างขวางเช่นเดียวกัน ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่พิสูจน์แต่เพียงว่าฝ่ายปกครองกระทำการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือประโยชน์ของตน จึงมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง (*intérêt à agir*) โดยไม่จำเป็นต้องถึงขนาดพิสูจน์ว่าผู้ฟ้องคดีมีสิทธิโดยชอบธรรมตามกฎหมายที่พิพาทแต่อย่างใด โดยศาลอาจพิจารณาเพียงความเกี่ยวข้องกับนิติกรรมที่พิพาทในระดับหนึ่งก็เพียงพอให้ศาลสามารถรับคดีไว้พิจารณาได้ แต่ผู้ฟ้องคดีจะต้องพิสูจน์ว่าตนมีส่วนได้เสียที่มีลักษณะเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (*direct*) และได้รับผลกระทบอย่างแน่นอน (*certain*)²⁹ เพราะเจตนารมณ์ที่แท้จริงของคดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือ การปกป้องคุ้มครองความชอบด้วยกฎหมายในระบบกฎหมายปกครอง การจำกัดเงื่อนไขการฟ้องคดีในลักษณะดังกล่าวก็เป็นไปเพียงเพื่อการขัดขวางไม่ให้มีปริมาณคดีพิพาทเข้าสู่ศาลมากเกินไปถึงขนาดว่าบุคคลใดก็สามารถมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ (*l'action populaire*)³⁰

แม้ว่าจะเปิดโอกาสให้มีการฟ้องคดีอย่างกว้างขวาง แต่ศาลปกครองก็มีอำนาจเพียงพิจารณาเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น โดยไม่มีอำนาจสั่งให้ชดเชยค่าเสียหายหรือสั่งให้คู่กรณีต้องรับผิดชอบใด ๆ อันเป็นผลมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ทั้งศาลปกครองไม่สามารถสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการหรือดเนินกระทำการได้ ศาลปกครองเพียงพิจารณาในประเด็นปัญหากฎหมายและพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวสูญสิ้นไปจากระบบกฎหมายปกครอง ศาลไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจของฝ่ายปกครองหรือเข้าไป “แทนที่” (*substituer*) การตัดสินใจของฝ่ายปกครองได้แต่อย่างใด³¹ เพราะฉะนั้น ในกรณีฟ้องโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองที่ให้ประโยชน์ (เช่น การฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งไม่อนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร)

²⁹ Gustave Peiser, *op. cit.*, pp. 99-101.

³⁰ Alix Perrin, *op. cit.*, p. 102., Pascale Gonod, *op. cit.*, p. 174., et Patrice Chrétien et al, *op. cit.*, pp. 821-822.

³¹ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 130.



คดีประเภทนี้ไม่ได้เยียวยาความเสียหายของผู้ฟ้องคดีได้อย่างแท้จริง เนื่องจากศาลไม่สามารถออกนิตินิรกรรมทางปกครองหรือสั่งให้ฝ่ายปกครองออกนิตินิรกรรมทางปกครองได้ (ศาลทำได้แค่เพียงพิพากษาว่าคำสั่งไม่อนุญาตดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ศาลไม่สามารถออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารและไม่สามารถสั่งให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้) ศาลปกครองมีอำนาจแค่เพียง (1) พิพากษาเพิกถอนนิตินิรกรรมทางปกครองที่พิพาท (*les décisions d'annulation*) (ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วนของนิตินิรกรรมทางปกครองที่พิพาท) และ (2) พิพากษายกฟ้อง (*Les décisions de rejet*)³² แตกต่างจากคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มซึ่งผู้ฟ้องคดีได้โต้แย้งเรื่องการกระทำที่กระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองจึงมีอำนาจที่จะพิพากษาเพื่อให้ฝ่ายปกครองดำเนินการให้เป็นไปตามสิทธิของผู้ฟ้องคดีได้³³

ตรงกันข้ามกับการฟ้องโต้แย้งนิตินิรกรรมทางปกครองที่ให้โทษ ในกรณีที่ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่านิตินิรกรรมที่พิพาทเป็นนิตินิรกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายสูญสลายหายไปอย่างสิ้นเชิงและเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่ได้รับผลร้ายจากนิตินิรกรรมดังกล่าวไม่ให้มีความเสียหายและไม่ให้มีผลทึบหมองอีกต่อไป ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวคำวินิจฉัยไว้อย่างชัดเจนว่าคำพิพากษาของศาลปกครองจะมีผลทำให้นิตินิรกรรมทางปกครองที่ถูกนำมาฟ้องขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนสิ้นผลย้อนหลัง (*la disparition retroactive de l'acte*)³⁴ ทำให้นิตินิรกรรมทางปกครองที่ถูกศาลพิพากษาเพิกถอนถือเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยปรากฏมาก่อน (*l'acte annulé est réputé n'avoir jamais existé*)³⁵ ตลอดจนไปถึงมาตรการต่าง ๆ ที่นิตินิรกรรมนั้นก่อตั้งขึ้น (*les actes subséquents*)³⁶ ในช่วงเวลาที่นิตินิรกรรมนั้นมีผลบังคับใช้ก็ย่อมถูกเพิกถอนไปด้วย³⁷ ดังปรากฏในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด คดี Rodière ลงวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ. 1925³⁸

³² Pascale Gonod, *op. cit.*, p. 178., Michel Rousset et al., *Droit administratif*, Tome II, *Le contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 135-136., Jean - Claude Ricci, *op. cit.*, 293., et Georges Dupuis et al., *op. cit.*, p. 641.

³³ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 124 et pp. 133-136., Martine Lombard et al., *op. cit.*, p. 541., et André Maurin, *op. cit.*, pp. 249-250.

³⁴ Michel Rousset et al., *Droit administratif*, Tome II, *Le contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 136.

³⁵ Pierre Delvolvé, *op. cit.*, p. 123., et Prosper Weil et al., *op. cit.*, pp. 108-109.

³⁶ André Maurin, *op. cit.*, p. 221.

³⁷ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด คดี Société Gepro ลงวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1986

³⁸ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด คดี Rodière ลงวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ. 1925

คำพิพากษาบรรทัดฐานในคดี Rodière เป็นคำพิพากษาที่ได้รับการยึดถือเป็นหลักว่า เมื่อศาลพิจารณาว่านิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลตั้งแต่วันที่นิติกรรมทางปกครองนั้นเกิดขึ้น การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวจะต้องเพิกถอนย้อนหลังไปถึงจุดกำเนิดของนิติกรรมทางปกครอง การประกาศว่านิติกรรมทางปกครองที่ถูกเพิกถอนไม่เคยมีอยู่เลยมาตั้งแต่แรก (*jamaïs existé dans le passé*) เป็นการส่งเสริมให้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เพราะนอกจากจะเป็นไปเพื่อการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายแล้ว ยังเป็นการปกป้องคุ้มครองและเยียวยาความเสียหายให้กับประชาชนผู้ได้รับผลร้ายจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยไม่เคารพต่อกฎหมายได้อย่างแท้จริง

อย่างไรก็ตาม ผลของคำพิพากษาในลักษณะดังที่กล่าวมานี้อาจก่อให้เกิดผลร้ายต่ออนติฐานะของบุคคลผู้ตกอยู่ภายใต้กฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองฉบับที่พิพาทนั้น ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม และอาจก่อให้เกิดผลร้ายต่อประโยชน์สาธารณะอย่างร้ายแรง ประเทศฝรั่งเศสจึงเริ่มผ่อนคลายความเข้มงวดของหลักการดังกล่าว โดยพิจารณาถึงคุณค่าทางกฎหมายอื่น ๆ ที่มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองผ่านการตีความกฎหมายของศาลปกครองสูงสุด หลักการพื้นฐานที่สำคัญ ได้แก่ หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ (*le principe de sécurité juridique*) หลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ (*le principe de confiance légitime*) กับทั้งแนวคิดด้วยประโยชน์สาธารณะ (*la notion d'intérêt général*)³⁹ พัฒนาการของแนวคำพิพากษาของศาลที่ผ่อนคลายการยึดถือหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองอย่างเข้มงวดดังกล่าวปรากฏผ่านการกำหนดผลแห่งคำพิพากษาที่แตกต่างออกไปจากหลักการเดิมที่เคยนับถือปฏิบัติในอดีต⁴⁰ เช่น การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยกำหนดให้มีผลในวันที่มีคำพิพากษาหรือมีผลไปในอนาคตในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Association AC ! ค.ศ. 2004⁴¹ (*technique de l'« annulation aux effets limités à l'avenir »*)⁴²

³⁹ รวมถึงหลักการอื่น เช่น หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งการใช้อำนาจ (คำสั่ง) ทางกฎหมาย (*la stabilité de l'ordre juridique*) หรือหลักการบริหารบ้านเมือง/การปกครองที่ดี (*une bonne administration*), โปรดดู Michel Rousset et al., *Droit administratif*, Tome II, *Le contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 112.

⁴⁰ อานันท์ กระบวนศรี, “ทวิลักษณะในความสัมพันธ์ของหลักความชอบด้วยกฎหมาย (*le principe de légalité*) และหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ (*le principe de sécurité juridique*) ในการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยศาลปกครองฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ ปีที่ 11 ฉบับที่ 2, 2565, น. 154-169.

⁴¹ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด คดี Association AC ! ลงวันที่ 11 พฤษภาคม ค.ศ. 2004

⁴² Martine Lombard et al., *op. cit.*, pp. 529-530., Jean - Claude Ricci, *op. cit.*, p. 294., Jean Waline, *op. cit.*, pp. 840-841., Gustave Peiser, *Droit administratif general*, *op. cit.*, pp. 314-315., et Georges Dupuis et al., *op. cit.*, p. 644.



1.3.2 การฟ้องคดีปกครองแบบอัตวิสัย (contentieux subjectif)

การฟ้องคดีประเภทนี้ มุ่งเน้นการดำเนินการอื่นที่ไม่ใช่การเพิกถอนการกระทำทางปกครอง เช่น การเยียวยาความเสียหายหรือการแก้ไขสัญญา⁴³ ศาลปกครองมีอำนาจที่จะพิจารณาสถานะของบุคคล (la situation juridique d'un individu) และสามารถพิพากษาบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิของผู้ฟ้องคดี เป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่ามีการกระทำที่กระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดี การฟ้องคดีแบบอัตวิสัย ได้แก่ การฟ้องคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (le recours de plein contentieux) หรือที่อาจเรียกในอีกชื่อหนึ่งได้เช่นกันว่า le contentieux de plein jurisdiction การฟ้องคดีประเภทนี้มีชื่อเรียกว่าคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มเนื่องจากเป็นกรณีที่ศาลปกครองมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการสั่งให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าเสียหายทดแทนหรือสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการได้ ต่างกับคดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ศาลปกครองมีอำนาจแต่เพียงพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ตัวอย่างของคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม ได้แก่ การดำเนินคดีเกี่ยวกับสัญญา (le contentieux des contrats) การดำเนินคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง (le contentieux de la réparation) การดำเนินคดีเกี่ยวกับการเลือกตั้ง (le contentieux électoral) หรือการดำเนินคดีเกี่ยวกับภาษี (le contentieux fiscal)⁴⁴ เป็นต้น

ในการพิจารณาว่าคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มหรือไม่ ศาลจะพิจารณาจากคำขอท้ายฟ้องว่าผู้ฟ้องคดีประสงค์ที่จะขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมที่พิพาทหรือไม่ หรือมุ่งขอให้ศาลพิพากษาให้ชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีเป็นหลัก ดังนั้น กรณีที่ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มได้จะต้องเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีได้แย้งว่ามีการกระทำที่กระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีเท่านั้น⁴⁵ เช่น ขอให้ศาลปกครองพิพากษาให้คู่สัญญาชำระหนี้ ค่าปรับ และค่าเสียหายจากการผิดสัญญา หรือเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำ⁴⁶ จะเห็นได้ว่าศาลมีอำนาจอย่างกว้างขวาง และสามารถกำหนดค่าบังคับได้แทบจะทุกรูปแบบ เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิหน้าที่ของคู่กรณี อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะเป็นคดีที่ศาลปกครองมีอำนาจเต็มก็ตาม แต่โดยหลักแล้ว ศาลปกครองไม่มีอำนาจถึงขนาดที่จะตัดสินใจเข้าทำการแทนฝ่ายปกครอง⁴⁷ และคำพิพากษาของศาลมีผลผูกพันเฉพาะแต่คู่กรณี (une autorité relative de la chose jugée) ไม่มีผลผูกพันออกไปยังบุคคลภายนอกเหมือนการฟ้องคดีแบบภาววิสัย⁴⁸ เว้นแต่ในบางกรณีที่มิใช่เป็นการทั่วไป ซึ่งต้องถือว่าเป็นข้อยกเว้น เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้ง⁴⁹ เป็นต้น

⁴³ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 122-123., et Jacques Viguiet, *op. cit.*, pp. 106-107.

⁴⁴ Alix Perrin, *op. cit.*, pp. 118-119.

⁴⁵ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 132-135.

⁴⁶ Gustave Peiser, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 272.

⁴⁷ *Ibid*

⁴⁸ Olivier Gohin, *op. cit.*, p. 184.

⁴⁹ Serge Daël, *op. cit.*, p. 64.

1.4 อำนาจของศาลปกครองไทยในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

เมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศต้นแบบของระบบกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทยแล้ว จะเห็นได้ว่าการกำหนดคำบังคับของศาลปกครองในคดีที่ฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศสยึดถือหลักการมีผลย้อนหลังของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลปกครองตามคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลปกครองสูงสุดคดี Rodière ลงวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ. 1925 ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งไม่ได้มีการบัญญัติเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เหมือนในระบบกฎหมายไทยที่มีบทบัญญัติมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาโดยละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้กำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่าโดยหลักแล้วศาลปกครองจะต้องกำหนดคำบังคับให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองย้อนหลังกลับไปตั้งแต่วันที่มีการออกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น มาตราดังกล่าวไม่ได้กำหนดบังคับให้ศาลปกครองจะต้องระบุระยะเวลาที่ชัดเจนแน่นอนเอาไว้ในคำพิพากษา โดยบทบัญญัติในวรรคสองของมาตรา 72 ได้ใช้ถ้อยคำว่า “ในการมีคำบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี” ซึ่งทำให้เกิดการตั้งคำถามว่า แท้จริงแล้ว การกำหนดระยะเวลาที่คำพิพากษามีผลบังคับให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นหน้าที่ที่ศาลจะต้องระบุเอาไว้อย่างชัดเจนในทุกกรณี หรือเป็นเพียงเครื่องมือหนึ่งที่ศาลปกครองมีดุลพินิจเลือกได้ว่าจะใช้หรือไม่ใช้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

ปัญหาดังกล่าวได้เข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 523/2556 คดีนี้ ผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ให้ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้วเห็นว่าคำสั่งทางปกครองที่พิพาทไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงกำหนดคำบังคับในคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 183/2553 ว่า “ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ 609/2547 ลงวันที่ 17 กันยายน 2547 ที่ให้ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ คำขออื่นนอกจากนี้ให้ยก” จะเห็นได้ว่าในชั้นการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นศาลไม่ได้กำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่าจะให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีโดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ได้นำมาสู่การพิจารณาของศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นพ้องด้วยกับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นในประเด็นปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่พิพาท แต่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าคำพิพากษาดังกล่าวไม่ครบถ้วนสมบูรณ์เนื่องจากไม่ได้กำหนดคำบังคับให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลตั้งแต่วันที่ ศาลปกครองสูงสุดจึงกำหนดคำบังคับว่า “ที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ให้ผู้ฟ้องคดี

ออกจากราชการ คำขออื่นนอกจากนี้ให้ยก นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นมิได้กำหนดคำบังคับให้การเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวมีผลตั้งแต่วันที่ใด กรณีจึงยังไม่ต้องด้วยมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิพากษาแก่ให้ถูกต้องได้ตามนัยข้อ 111 (4)⁵⁰ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543”

นอกจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 523/2556 แล้ว ยังมีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในคดีอื่นที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยในประเด็นปัญหามาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ในทำนองเดียวกัน ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 225/2559 และ อ. 226/2559 เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 227/2559 อ. 228/2559 อ. 1156/2559 อ. 513/2560 อ. 630/2560 อ. 1178/2560 อ. 1211/2560 อ. 246/2562 และ อ. 102-103/2563

จะเห็นได้ว่า แนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของประเทศไทยในปัจจุบันได้ตีความบทบัญญัติมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ในลักษณะที่เป็นการบังคับให้ศาลปกครองจะต้องกำหนดผลของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเอาไว้อย่างชัดเจน เพื่อไม่ให้เกิดความสงสัย อันอาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปัญหาในการปฏิบัติตามคำบังคับศาลปกครองโดยฝ่ายปกครองผู้ถูกฟ้องคดี เช่น จะต้องดำเนินการคืนสิทธิให้แก่ผู้ฟ้องคดีอย่างไร เพราะหากผู้ถูกฟ้องคดีไม่อาจทราบได้ว่าคำสั่งของตนมีผลไม่ชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่วันที่ใด ก็ย่อมไม่สามารถที่จะคำนวณประโยชน์หรือค่าเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีพึงจะได้รับจากการชนะคดีในศาลปกครอง ทำให้ต้องสูญเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการมีหนังสือขอหรือกับสำนักงานศาลปกครองหรือร้องขอให้ศาลปกครองตีความคำพิพากษาให้ชัดเจนแน่นอนในภายหลังแทนที่จะกำหนดให้ชัดเจนเอาไว้ในคำพิพากษาของศาลปกครองตั้งแต่ต้น

อย่างไรก็ตาม แนวคำพิพากษาที่ได้ยกมาเป็นตัวอย่างนี้ เป็นเพียงคำพิพากษาส่วนหนึ่งที่วินิจฉัยว่าศาลปกครองจะต้องกำหนดคำบังคับกำหนดผลของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเอาไว้แน่นอนชัดเจน และเป็นแนวคำพิพากษาที่ศาลปกครองสูงสุดได้กำหนดผลย้อนหลังของคำพิพากษาให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่พิพาทย้อนหลังกลับไปตั้งแต่วันที่

⁵⁰ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

ข้อ 111 “ในการพิจารณาคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิพากษาหรือมีคำสั่งดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(4) หากเห็นว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นถูกบางส่วนและผิดบางส่วน ให้พิพากษาหรือมีคำสั่งแก้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นโดยพิพากษาหรือมีคำสั่งยืนบางส่วน กลับบางส่วน และพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ในส่วนที่กลับนั้น”

มีการออกนิตินิรนามทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำพิพากษาของศาลปกครองจึงมีผลทำให้นิตินิรนามทางปกครองที่ถูกนำมาฟ้องขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนสิ้นผลย้อนหลังเสมือนหนึ่งว่าไม่มีนิตินิรนามดังกล่าวปรากฏมาก่อน เช่นเดียวกับคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส คดี Rodière ลงวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ. 1925 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในคดีที่ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่านิตินิรนามทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีความบกพร่องอย่างร้ายแรง ดังตัวอย่างในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 526/2554 ที่ศาลได้วินิจฉัยว่า “การออกประกาศพิพาทโดยเทศบาลเมือง พ. เป็นการกระทำที่กระทำโดยไม่มีอำนาจ เป็นการกระทำที่ก้าวล่วงเข้าไปในอำนาจของสภาเทศบาลและผู้ว่าราชการจังหวัด และเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น อันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีสภาพความร้ายแรงถึงระดับที่ต้องถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่เคยมีอยู่เลย... ศาลปกครองสูงสุดจึงเห็นสมควรกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนประกาศพิพาท โดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ประกาศดังกล่าวมีผลใช้บังคับ...”

อย่างไรก็ดี ศาลปกครองไทยได้ศึกษาและพัฒนาแนวทางการใช้กฎหมาย และได้มีการนำบทบัญญัติในวรรคสองของมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาใช้เพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังดังกล่าวมากขึ้นเรื่อย ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่านิตินิรนามทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ถึงขนาดมีความบกพร่องอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดการอำนวยความสะดวกแก่กรณี ซึ่งจะได้นำโดยละเอียดในส่วนที่ 2 ของบทความนี้

ส่วนที่ 2 การผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิตินิรนามทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

ในการพิจารณาคดีของศาลปกครอง โดยหลักแล้วหากมีการฟ้องคดีเพื่อขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองย่อมไม่มีทางเลือกอื่นในการกำหนดค่าบังคับนอกเหนือจาก 1) การมีคำพิพากษานิตินิรนามทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งนำไปสู่การเพิกถอนนิตินิรนามทางปกครอง หรือ 2) การมีคำพิพากษานิตินิรนามทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายและมีผลบังคับใช้ ซึ่งหากการพิจารณาพิพากษาของศาลเป็นไปตามข้อ 1) แล้ว การเพิกถอนนิตินิรนามทางปกครองนั้นย่อมมีผลโดยทันทีและถือเสมือนว่านิตินิรนามทางปกครองนั้นไม่เคยปรากฏอยู่เลย พัฒนาการการใช้และการตีความกฎหมายของตุลาการศาลปกครองที่ได้มีการยึดถือหลักนิติรัฐเป็นสำคัญสะท้อนให้เห็นถึงความเปลี่ยนแปลงของนิติวิธีที่ศาลนำมาปรับใช้เพื่ออำนวยความสะดวกในทางปกครองให้เด่นชัดยิ่งขึ้นจากการศึกษาพบว่า ถึงแม้ว่าการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิตินิรนามทางปกครองโดยศาลปกครองจะเป็นหัวใจสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม นักวิชาการกฎหมายปกครองได้มีข้อเรียกร้องในเวลาต่อมาว่า ศาลปกครองไม่อาจยึดถือแต่เพียงหลักความชอบด้วยกฎหมายเป็นเพียงสรณะหนึ่งเดียวในการอำนวยความสะดวกการยุติธรรม

ในทางปกครอง หากแต่ศาลจะต้องพิจารณาถึงคุณค่าต่าง ๆ ที่กฎหมายรับรองและแสวงหาความสมดุลระหว่างประโยชน์ต่าง ๆ ที่ดำรงอยู่ในระบบกฎหมายมหาชน ทั้งในทางที่เป็นปฏิฐานและในทางที่เป็นปฎิเสธต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ (le principe de sécurité juridique) ที่ปรากฏตัวขึ้นในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 และมีพัฒนาการอย่างต่อเนื่องและท้าทายการดำรงอยู่ของหลักความชอบด้วยกฎหมาย⁵¹

ในส่วนที่ 2 ของบทความนี้จะแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 2.1 ที่มาการผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายไทย และส่วนที่ 2.2 หลักการสำคัญในการผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

2.1 ที่มาการผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

ในระบบกฎหมายไทย กฎหมายที่ให้อำนาจแก่ศาลปกครองในการกำหนดค่าบังคับของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและให้อำนาจในการผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ตามลำดับ โดยในวรรคหนึ่งบัญญัติว่า “ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ (1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)” และมาตรา 72 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในการมีค่าบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี” จะเห็นได้ว่า กฎหมายได้เปิดช่องให้ศาลปกครองในการกำหนดค่าบังคับของคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง โดยให้การเพิกถอนมีผลไปในอนาคตหรือกำหนดเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใด หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการเพิกถอนโดยมีผลย้อนหลังจะก่อให้เกิดผลกระทบมากเกินไป ศาลอาจพิจารณายกเว้นหลักการเพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลังได้⁵² อย่างไรก็ตาม การใช้เครื่องมือของศาลปกครองตามวรรคสองยังคงเป็นเรื่องใหม่และยังมีข้อถกเถียงในหมู่นักกฎหมายไทย สาเหตุที่สำคัญ คือ บทบัญญัติดังกล่าวได้ให้อำนาจแก่ศาลปกครองอย่างกว้าง ๆ และใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะ

⁵¹ อานันท์ กระบวนศรี, “การผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (l'atténuation l'effet rétroactif de l'annulation) ในประเทศฝรั่งเศส,” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 23 ฉบับที่ 1, 2566, น. 7.

⁵² ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2562), น. 318.

เป็น “นามธรรม” สูง กล่าวคือ คำว่า “ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี” ที่เกิดผลสนับสนุนการใช้อำนาจของศาลปกครองในการกำหนดว่าการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองจะให้ผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่ง หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใด

เมื่อศึกษาที่มาของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคสอง พบว่า ในชั้นร่างกฎหมายไม่ปรากฏเหตุผลในการร่างกฎหมายตามความในวรรคดังกล่าวแต่อย่างใด⁵³ มีเพียงเหตุผลในการกำหนดคำบังคับให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้มีผลย้อนหลังเท่านั้น ดังปรากฏในรายงานการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ในชั้นวุฒิสภา ครั้งที่ 5/2542 เมื่อวันที่ 5 เมษายน 2542 ได้มีการถกแถลงตอนหนึ่งโดยท่านวิชัย โสสุวรรณจินดา ว่า “เรียนถามท่านชัยวัฒน์นิดหนึ่งที่วรรค 2 เขียนบอกว่า การออกคำบังคับมีผลย้อนหลังก็ได้จะมีผลกระทบต่อการปฏิบัติที่ได้ดำเนินการมาแล้ว รวมทั้งคำสั่งซึ่งอาจจะไปเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่นไปด้วยหรือไม่” ในประเด็นนี้ เลขานุการ (ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์) ได้กล่าวว่า “อันนี้จำเป็นต้องทำ คือ บางกรณีถ้าไม่ย้อนหลังไม่เกิดความเป็นธรรมกับเขาเลย ผมคงต้องย้อนหลังให้เขา แต่ถ้าย้อนหลังไปกระทบถึงใครคนใดได้รับความเสียหายเขาก็มีสิทธิได้รับการเยียวยา ในจุดนั้นคงต้องว่าเป็นเรื่องอันนี้ต้องทำตัวอย่างให้ชัดครับ” ข้อความที่ปรากฏในรายงานการประชุมดังกล่าวเห็นได้ว่า ในชั้นร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้ให้ความสำคัญกับการกำหนดคำบังคับให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้มีผลย้อนหลัง เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมที่จะเกิดขึ้นแก่ผู้ฟ้องคดีที่ได้รับความเสียหายจากนิติกรรมทางปกครองที่ให้โทษ ในทางตรงกันข้ามไม่ได้มีการกล่าวถึงการผ่อนคลายความเคร่งครัดดังกล่าวในกรณีที่เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ให้ประโยชน์ที่จะต้องพิจารณาถึงหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม จากที่ได้อธิบายมาแล้วในส่วนที่ 1.2 จะเห็นได้ว่าการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองอาจทำได้ทั้งโดยศาลปกครองและโดยฝ่ายปกครองเอง หรือที่เรียกว่าการควบคุมตรวจสอบภายในของฝ่ายปกครอง ในระบบกฎหมายไทย การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองภายในของฝ่ายปกครองปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่เป็นเพียงการควบคุมตรวจสอบเฉพาะคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ไม่รวมไปถึงการควบคุมตรวจสอบกฎแต่อย่างใด ซึ่งการทบทวนคำสั่งทางปกครองในกฎหมายนี้ปรากฏใน 3 รูปแบบสำคัญ ได้แก่ 1) การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง (มาตรา 44 ถึงมาตรา 48) 2) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (มาตรา 49 ถึงมาตรา 53) และ 3) การขอให้พิจารณาใหม่ (มาตรา 54) ดังนั้นเพื่อทำความเข้าใจพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72

⁵³ โปรดดู สำนักงานศาลปกครอง, รวมเหตุผลและความเป็นมาเป็นรายมาตราของร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. เล่ม 4, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2548), น. 421-422.



วรรคสอง มากยิ่งขึ้น อาจต้องศึกษาพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกัน อย่างไรก็ตาม ในบทความนี้จะศึกษาเฉพาะในส่วนของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเท่านั้น เนื่องจากมีลักษณะใกล้เคียงกับการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครอง เพราะเป็นการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่การควบคุมตรวจสอบความเหมาะสม แต่ก็ยังคงมีความแตกต่างกันในเรื่องที่ว่า การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจที่ฝ่ายปกครองสามารถเริ่มได้เอง ต่างจากศาลปกครองที่จะต้องรอให้มีการฟ้องเป็นคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาล โดยศาลไม่สามารถที่จะพิพากษาเกินไปจากคำขอได้

จากการศึกษาที่มาของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคสอง ในชั้นร่างกฎหมายไม่ปรากฏคำอธิบายที่ชัดเจนว่าเป็นการร่างกฎหมายโดยอาศัยแนวทางตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่อย่างไรก็ตาม และจากการสืบค้นเอกสารรายงานการประชุมคณะกรรมการวิสามัญในการพิจารณาร่างกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ไม่ปรากฏว่ามีกรออภิปรายในประเด็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้มีผลไปในอดีตหรือในอนาคต หรือกำหนดเงื่อนไขอย่างอื่นเช่นเดียวกัน จึงไม่อาจสรุปได้ว่าศาลปกครองจะต้องนำหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในพระราชบัญญัติดังกล่าวมาใช้เป็นฐานในการตีความค้นหาความหมายของคำว่า “ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี” แต่เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 50 ถึงมาตรา 52 แล้ว จะเห็นได้ว่ามีเนื้อหาที่ใกล้เคียงกันอย่างยิ่ง จึงอาจสรุปได้ว่า การร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคสอง ได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากบทบัญญัติมาตรา 50 ถึงมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนั้น ศาลปกครองจึงสามารถนำหลักการที่ปรากฏในบทบัญญัติดังกล่าวมาปรับใช้พิจารณาประกอบกับการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคสอง ได้

นอกจากนี้ หลักการที่ปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นหลักการที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องเคารพและปฏิบัติตาม หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในแง่นี้ศาลปกครองในฐานะองค์กรควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงต้องนำหลักการดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่ฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเสมอ

ในการค้นหาหลักการสำคัญที่ปรากฏในพระราชบัญญัติดังกล่าว ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในประเทศไทย โดยศาลปกครอง ปรากฏในส่วนที่ 6 การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เฉพาะในมาตรา 50 ถึงมาตรา 52 เนื่องจากการเป็นเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนมาตรา 53 เป็นเรื่องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่สามารถนำมาใช้ในการศึกษาได้แต่อย่างใด

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 50 บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วน โดยจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้ แต่ถ้าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับ การเพิกถอนต้องเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 51 และมาตรา 52”

มาตรา 51 บัญญัติว่า “การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ ให้คำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน

ความเชื่อโดยสุจริตตามวรรคหนึ่งจะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วโดยไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้นั้นต้องเสียหายเกินควรแก่กรณี

ในกรณีดังต่อไปนี้ ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะอ้าง**ความเชื่อโดยสุจริต**ไม่ได้

- (1) ผู้นั้นได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง หรือข่มขู่ หรือชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย
- (2) ผู้นั้นได้ให้ข้อความซึ่งไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ
- (3) ผู้นั้นได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในขณะที่ได้รับคำสั่งทางปกครองหรือการไม่รู้นั้นเป็นไปโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ในกรณีที่เพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลัง การคืนเงิน ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ไป ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม โดยถ้าเมื่อใดผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหรือควรได้รู้เช่นนั้น หากผู้นั้นมิได้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงให้ถือว่าผู้นั้นตกอยู่ในฐานะไม่สุจริตตั้งแต่นั้นเป็นต้นไป และในกรณีตามวรรคสาม ผู้นั้นต้องรับผิดชอบในการคืนเงิน ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ได้รับไปเต็มจำนวน”

มาตรา 52 บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 51 อาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วนได้ แต่ผู้ได้รับผลกระทบจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจาก**ความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง**ได้ และให้นำความในมาตรา 51 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่ต้องร้องขอค่าทดแทนภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่ได้รับแจ้งให้ทราบถึงการเพิกถอนนั้น...”

บทบัญญัติดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บทบัญญัติมาตรา 51 ได้สะท้อนให้เห็นถึงความพยายามในการรับรองหลักการพื้นฐานที่สำคัญเพื่อสนับสนุนหลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นกับประโยชน์สาธารณะเสมอ ในการใช้อำนาจเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองจะอาศัยแต่เพียงหลักความชอบด้วยกฎหมายในการใช้อำนาจเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองไม่ได้



ตัวอย่าง การใช้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ปรากฏในบันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 506/2560 กรณีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองอนุมัติให้เจ้าหน้าที่เข้ารับการอบรมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นหลักสูตรที่ไม่เข้ากรณีที่จะเบิกจ่ายได้ตามระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรม การจัดงาน และการประชุมระหว่างประเทศ พ.ศ. 2549 และระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการเบิกค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการ พ.ศ. 2550 คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า ในการเพิกถอนคำสั่งอนุมัติให้เจ้าหน้าที่เข้ารับการอบรม และเรียกคืนประโยชน์ที่เจ้าหน้าที่ได้รับไปโดยไม่ชอบด้วยนั้น จะต้องพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ที่มีความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งดังกล่าวและเชื่อว่ามีสิทธิเบิกค่าใช้จ่ายในการเข้ารับการอบรมจากทางราชการหรือไม่ หากไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าเจ้าหน้าที่ได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง หรือข่มขู่หรือชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย หรือได้ให้ข้อความที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญเพื่อให้ได้รับคำสั่งอนุมัติให้เข้ารับการอบรมและเบิกค่าใช้จ่ายจากทางราชการ หรือได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งในขณะที่ได้รับคำสั่ง หรือการไม่รู้นั้นเป็นไปโดยการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงตามที่กำหนดในมาตรา 51 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เจ้าหน้าที่ย่อมอ้างความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งอนุมัติให้เข้ารับการอบรมและให้เบิกค่าใช้จ่ายจากทางราชการได้ หน่วยงานย่อมไม่อาจเรียกให้เจ้าหน้าที่คืนเงินค่าใช้จ่ายได้ แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าเจ้าหน้าที่มีพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งที่ไม่สุจริตตามบทบัญญัติมาตรา 51 วรรคสาม เจ้าหน้าที่ย่อมไม่อาจอ้างความเชื่อโดยสุจริตได้ และหน่วยงานอาจเพิกถอนคำสั่งอนุมัติให้เข้ารับการอบรมและเบิกค่าใช้จ่ายโดยให้มีผลย้อนหลังได้ ซึ่งการคืนเงินค่าใช้จ่ายจะเป็นไปตามบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในมาตรา 51 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้รับรองหลักการสำคัญที่ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาไปพร้อมกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยอาจสรุปได้เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญ 3 หลักการ ได้แก่ 1) หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ 2) แนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะ และ 3) หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีและหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี⁵⁴ ดังนั้น ศาลปกครองจึงสามารถนำหลักการสำคัญเหล่านี้มาใช้เป็นฐานสนับสนุนการใช้การตีความพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคสอง เพื่อให้เกิด “ความเป็นธรรมแห่งกรณี”

⁵⁴ โปรตตุ บุญอนันต์ วรรณพาณิชย์, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 11*, น. 37-49., และโปรตตุ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองสำหรับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า, 2554), น. 73-84.

2.2 หลักการสำคัญในการผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

การยึดถือหลักความชอบด้วยกฎหมายและกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองย้อนหลังอย่างเคร่งครัดในบางกรณีอาจนำมาซึ่งความเสียหายอย่างร้ายแรงเกินสมควรต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของนิติกรรมทางปกครองที่พิพาท โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตและเชื่อถือในความถูกต้องกับทั้งได้รับประโยชน์จากการดำรงอยู่ของนิติกรรมที่พิพาทและไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับความบกพร่องในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส ศาลปกครองสูงสุดได้ยอมรับอย่างเป็นทางการว่าการยึดถือหลักความชอบด้วยกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอต่อการนำมาซึ่งความยุติธรรมในกระบวนการยุติธรรมทางปกครองและอาจนำมาซึ่งความเสียหายในการปฏิบัติราชการและความเสียหายต่อประชาชน ศาลปกครองสูงสุดจึงได้นำหลักการพื้นฐานอื่นที่สำคัญ ไม่ว่าจะเป็นหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ ข้อความคิดว่าด้วยประโยชน์สาธารณะ หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี หลักการดำเนินการกิจทางปกครองที่ดี และหลักการพื้นฐานอื่น มาใช้พิจารณาประกอบกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่กรณีและเพื่อประโยชน์สูงสุดแก่ส่วนรวม⁵⁵ เช่นเดียวกับในประเทศไทยที่แม้จะไม่ได้มีการวางหลักพื้นฐานที่ศาลปกครองนำมาใช้เคียงคู่กับหลักความชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคสอง แต่อาจสืบสาวได้จากกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 50 ถึงมาตรา 52

ในส่วนที่ 2.2 จะแบ่งการศึกษาหลักการหรือข้อความคิดสำคัญที่ศาลปกครองไทยสามารถหยิบยกมาใช้ประกอบกับหลักความชอบด้วยกฎหมายออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 2.2.1 หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ ส่วนที่ 2.2.2 แนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะ และส่วนที่ 2.2.3 หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีและหลักการดำเนินการกิจทางปกครองที่ดี

2.2.1 หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ (le principe de sécurité juridique) และหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ (le principe de confiance légitime)

หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองซึ่งเป็นหนึ่งในหลักการย่อยของหลักนิติรัฐ (l'État de droit) เป็นสองหลักการที่มีจะถูกกล่าวอย่างรวม ๆ ในเวลาเดียวกัน อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวมีความเหมือนและความแตกต่างกัน และมีความสัมพันธ์กับหลักความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ในปัญหาดังกล่าวจะแบ่งการนำเสนอประเด็นทางกฎหมาย 2 ประเด็น ได้แก่ 1) หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ

⁵⁵ อานันท์ กระบวนศรี, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 40*, น. 148.



(le principe de sécurité juridique) และ 2) ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ และหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ⁵⁶

1) หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ (le principe de sécurité juridique)

หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะเป็นหลักประกันความมั่นคงแห่งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายและเป็นหนึ่งในหลักการพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ ทั้งนี้ หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะปรากฏในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดใน 2 ลักษณะ ได้แก่

(ก) หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะในฐานะที่เป็นเครื่องมือสำคัญในการจำกัดผลย้อนหลังของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ (la decision créatrice de droit)⁵⁷

ในกรณีที่มีการฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการก่อตั้งสิทธิ แม้ว่านิติกรรมที่พิพาทจะมีความบกพร่องในทางกฎหมายก็ตาม แต่หากศาลปกครองพิพากษาเพิกถอน อาจทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสิทธิของบุคคลภายนอก ผู้กระทำการโดยสุจริต ศาลปกครองจึงนำหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะมาใช้ในการจำกัดผลย้อนหลังของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่พิพาท ตัวอย่างของการนำหลักการนี้มาใช้ในการผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักความชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดคดี Association AC ! ในประเทศฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 2004⁵⁸ ที่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งบรรจุแต่งตั้งข้าราชการ⁵⁹ หรือตัวอย่างของการนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ในคดี Association AC ! ในปี ค.ศ. 2004⁶⁰ ที่ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่าการพิพากษาเพิกถอนกฎหมายไม่ได้มีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณี แต่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป (*Erga omnes*) จึงต้องพิจารณาว่าผลจากการเพิกถอนกฎหมายในเวลาใดเวลาหนึ่งจะส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของบุคคลอื่น ๆ ที่ไม่ใช่คู่กรณีหรือไม่⁶¹ และเมื่อศาลได้ชี้แจงน้ำหนักแล้วเห็นว่าการกำหนดค่าบังคับให้นิติกรรมทางปกครองที่พิพาทสิ้นผลย้อนหลังย่อมส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงเกินสมควร

⁵⁶ อานันท์ กระบวนศรี, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 51*, น. 11-16.

⁵⁷ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 537.

⁵⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ประชุมใหญ่) คดี Association AC ! ลงวันที่ 11 พฤษภาคม ค.ศ. 2004

⁵⁹ Conseil d'État, "Conseil d'État, 26 octobre 2001 - M. Ternon, Délai de retrait par l'administration d'un acte individuel créateur de droits entaché d'illégalité" 26 Octobre 2018, [Online], retrieved from <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-26-octobre-2001-m-ternon> เมื่อ 20 กรกฎาคม 2566.

⁶⁰ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด (ประชุมใหญ่) คดี Association AC ! ลงวันที่ 11 พฤษภาคม ค.ศ. 2004

⁶¹ Conseil d'État, "Conseil d'État, Assemblée, 11 mai 2004, Association AC ! et autres, Pouvoir reconnu au juge de moduler dans le temps les effets d'une annulation contentieuse" 12 mai 2017, [Online], retrieved from <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-assemblee-11-mai-2004-association-ac-et-autres> เมื่อ 20 กรกฎาคม 2566.

ต่อความมั่นคงแน่นอนของบรรดาสิทธิต่าง ๆ ของผู้ที่ได้รับความช่วยเหลือและผู้จ่ายเงินสมทบ จึงมีคำพิพากษาเพิกถอนกฎกระทรวงฉบับนี้โดยกำหนดให้มีผลนับแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2004 (คำนวณเป็นเวลา 51 วันนับจากวันที่ศาลมีคำพิพากษาในวันที่ 11 พฤษภาคม ค.ศ. 2004) อันเป็นการกำหนดผลของคำพิพากษาว่าจะให้มีผลไปในอนาคต

(ข) หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองต้องเคารพและปฏิบัติตาม

ปัจจุบัน ศาลปกครองสูงสุดได้รับรองหลักการดังกล่าวว่ามีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (le principe général du droit) ในคดี Société KPMG et autres (หรือที่เรียกโดยย่อว่า คดี KPMG) ในปี ค.ศ. 2006⁶² ศาลได้หยิบยกหลักการดังกล่าวมาใช้เพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายบางส่วน เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยที่ไม่ได้กำหนดบทเฉพาะกาลเอาไว้ในช่วงเปลี่ยนผ่าน เพื่อเตรียมความพร้อมให้กับประชาชนในการปรับตัวเข้ากับสภากาชาดในระบอบกฎหมายใหม่⁶³ กฎที่พิพาทจึงทำให้ผู้ตกอยู่ภายใต้บังคับได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการสูญเสียความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ

2) ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ

หลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ (le principe de confiance légitime) เป็นหลักประกันว่าการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องมีความแน่นอนและคาดหมายได้ เพื่อให้ประชาชนเกิดความไว้วางใจในฝ่ายปกครอง ตลอดจนสามารถคาดหมายถึงผลลัพธ์ที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายปกครอง กับทั้งเตรียมความพร้อมในการรับมือกับความเปลี่ยนแปลงแห่งนิติฐานะในอนาคตที่จะเกิดขึ้นได้ หลักการดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับประชาคมยุโรป (les principes généraux du droit communautaire)

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจมีลักษณะร่วมกัน คือ เป็นการเรียกร้ององค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนให้หลักประกันแก่ปัจเจกบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจในสองประการ *ประการแรก* องค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนต้องประกันเสถียรภาพของสถานะทางกฎหมายของปัจเจกบุคคล กล่าวคือ กฎเกณฑ์ที่องค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนออกมาใช้บังคับจะต้องมีสถานะที่มั่นคงพอสมควร ไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกบ่อยครั้งหรือง่ายเกินไป

⁶² คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด (ประชุมใหญ่) คดี Société KPMG ลงวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ. 2006

⁶³ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 537., Andre Maurin, *op. cit.*, p. 46., Jean Waline, *op. cit.*, p. 392., et Conseil d'État, "Conseil d'État, Assemblée, 24 mars 2006, Société KPMG et autres, Reconnaissance en droit interne d'un principe de sécurité juridique" 24 mars 2006, [Online], retrieved from <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-assemblee-24-mars-2006-societe-kpmg-et-autres> เมื่อ 24 กุมภาพันธ์ 2566.



ประการที่สอง องค์การผู้ใช้อำนาจมหาชนจะต้องประกันความแน่นอนและชัดเจนของกฎเกณฑ์และสถานะทางกฎหมายของปัจเจกบุคคล กล่าวคือ กฎเกณฑ์และคำสั่งทั้งหลายต้องมีความชัดเจน เข้าใจได้ง่าย และเข้าถึงได้ง่าย

ส่วนความแตกต่างระหว่างสองหลักการข้างต้น คือ หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะเป็นหลักการที่มีลักษณะทั่วไป (général) และเป็นนามธรรม (abstrait) ในขณะที่หลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจเป็นหลักการที่มีลักษณะเฉพาะ (spécifique) และเป็นรูปธรรม (concret) มากกว่า ตลอดจนมุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคล (le droit subjectif) และมุ่งคุ้มครองในแง่อัตวิสัย (subjectif) รวมถึงพิจารณาถึงความสุจริต (bonne foi) โดยดูจากพฤติการณ์ของผู้อยู่ภายใต้นิติกรรมทางปกครอง⁶⁴

2.2.2 แนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะ (la notion d'intérêt général)

นอกเหนือไปจากหลักการพื้นฐานทั้งสองประการที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว ข้อความคิดพื้นฐานในทางกฎหมายมหาชนที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ แนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นหัวใจในทางกฎหมายและในทางการเมืองของประเทศฝรั่งเศสมาเป็นเวลากว่าสองร้อยปีในฐานะที่เป็นวัตถุประสงค์สูงสุดของการกระทำทางมหาชน (la fin ultime de l'action publique) กับทั้งยังเป็นแนวคิดที่ศาลปกครองสูงสุดได้นำมาใช้เป็นสารัตถะในการพัฒนากฎหมายมหาชน⁶⁵ ในการพิจารณาคดีของศาลปกครอง ศาลจะต้องแสวงหาความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ต่อส่วนตัวของปัจเจกบุคคล โดยให้ความสำคัญกับประโยชน์สาธารณะมากกว่า แต่ต้องไม่กระทบต่อประโยชน์ต่อส่วนตัวมากเกินไป ในกรณีที่เอกชนได้รับความเดือดร้อนเสียหายเกินสมควร รัฐต้องเยียวยาความเสียหายดังกล่าวเพื่อความเป็นธรรม⁶⁶

ตัวอย่างของการนำแนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะมาปรับใช้ปรากฏในคดี Association AC ! ค.ศ. 2004 ที่ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่าการพิพากษาเพิกถอนกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้มีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณี แต่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป จึงต้องพิจารณาว่าการเพิกถอนกฎจะส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ในกรณีนี้ ได้แก่ ความเสี่ยงจากความระส่ำระสายของระบบประกันการว่างงาน เนื่องจากจะเกิดสภาวะสุญญากาศทางกฎหมายอย่างร้ายแรง (un vide juridique qui serait grave) หากศาลพิพากษาเพิกถอนย้อนหลัง⁶⁷ ศาลจึงต้องชั่งน้ำหนักระหว่างหลักความชอบด้วยกฎหมายและแนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะประกอบกันในการพิจารณาพิพากษาคดีและการกำหนดค่าบังคับ

⁶⁴ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 15, น. 65-67., และปิยนุตร แสงกนกกุล, กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป, (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 91-94.

⁶⁵ อานันท์ กระบวนศรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 51, น. 16.

⁶⁶ เพิ่งอ้าง, น. 17.

⁶⁷ Jean Waline, *op. cit.*, p. 841., et Conseil d'État, "Conseil d'État, Assemblée, 11 mai 2004, Association AC ! et autres, Pouvoir reconnu au juge de moduler dans le temps les effets d'une annulation contentieuse" 12 mai 2017, [Online], retrieved from <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-assemblee-11-mai-2004-association-ac-et-autres> เมื่อ 20 กรกฎาคม 2566.

ของคำพิพากษาเพื่อความยุติธรรม เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการกำหนดค่าบังคับให้นิติกรรมทางปกครองที่พิพาทสิ้นผลย้อนหลังย่อมส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงเกินสมควรต่อประโยชน์สาธารณะ จึงมีคำพิพากษาเพิกถอนกฎกระทรวงฉบับนี้ โดยกำหนดให้มีผลนับแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2004 (คำนวณเป็นเวลา 51 วัน นับจากวันที่ศาลมีคำพิพากษาในวันที่ 11 พฤษภาคม ค.ศ. 2004) อันเป็นการกำหนดผลของคำพิพากษาว่าจะให้มีผลไปในอนาคต

2.2.3 หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี (les principes de bonne gouvernance) และหลักการดำเนินการกิจทางปกครองที่ดี (les principes de bonne administration)

การใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครองมีความเป็นพลวัต รวดเร็ว และสม่ำเสมอ ส่งผลให้ระบบกฎหมายปกครองมีการปรับตัวและเปลี่ยนแปลงไปตามยุคตามสมัย ปัจจุบัน นอกจากฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายแล้ว ยังต้องเคารพต่อหลักการดำเนินการกิจทางปกครองที่ดีอีกด้วย เพื่อให้งานทางปกครองมีประสิทธิภาพสูงสุด⁶⁸ หลักการดำเนินการกิจทางปกครองที่ดีมักจะถูกนำมาใช้พร้อมกับหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี แต่แท้จริงแล้วมีลักษณะที่แตกต่างกัน ในขณะที่หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีมีฐานะเป็น “แนวคิดพื้นฐานสำหรับการดำเนินการกิจทางปกครอง” ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็น “เป้าประสงค์สูงสุด” ของรัฐของฝ่ายปกครองสมัยใหม่ หลักการดำเนินการกิจทางปกครองที่ดีก็ได้ถูกก่อร่างสร้างขึ้นในฐานะ “วิธีการ” ต่าง ๆ ที่จะนำไปสู่จุดมุ่งหมายนั้นคือ การสถาปนาแนวคิดแรกให้เกิดขึ้นได้จริงอย่างเป็นรูปธรรม ด้วยเหตุผลเช่นนี้เองจึงมีนักวิชาการทางด้านกฎหมายปกครองจำนวนมากกล่าวว่า ข้อความคิดว่าด้วยการดำเนินการกิจทางปกครองที่ดีนี้มีลักษณะเป็นข้อความคิดทางกฎหมายในเชิงปฏิบัติการที่มุ่งเน้นให้ฝ่ายปกครองนำไปปฏิบัติบังคับใช้⁶⁹ ทั้งนี้ ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติหน้าที่ในทางปกครองอย่างเหมาะสม (Proper) โปร่งใส (Transparent) เปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วม (Participation) ตรวจสอบได้ (Accountable) มีประสิทธิภาพ (Effective) และคุ้มครองสิทธิของประชาชน (Rights)⁷⁰

ตัวอย่างของการนำหลักการดำเนินการกิจทางปกครองที่ดีมาใช้ในการผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักความชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดคดี Titran ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 2001 ในประเทศฝรั่งเศส⁷¹ ในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า กฎที่ฝ่ายปกครองออกมาไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็ยังเป็นเพียงข้อบกพร่องในเรื่องของขั้นตอนในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง เนื่องจากฝ่ายปกครองไม่ได้ปฏิบัติตามความเห็นของคณะกรรมการข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และเสรีภาพแห่งชาติกำหนดตามกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกกฎ หากศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนกฎดังกล่าว

⁶⁸ บุญอนันต์ วรรณพาณิชย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11, น. 47.

⁶⁹ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, หลักพื้นฐานทางกฎหมายปกครอง : ข้อความคิดว่าด้วยรัฐ ฝ่ายปกครอง และอำนาจทางปกครอง, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2565), น. 152.

⁷⁰ เฟื่องอ้าง, น. 149-150.

⁷¹ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด (ประชุมใหญ่) คดี Titran ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 2001



ย่อมทำให้กฎหมายที่พิพาทไม่มีผลใช้บังคับเลยมาตั้งแต่แรก ผลย้อนหลังของคำพิพากษาย่อมสร้างความเสียหายอย่างร้ายแรง เช่น การสูญเสียข้อมูลที่ได้จัดเก็บไปทั้งหมดโดยที่ไม่สามารถกู้คืนข้อมูลกลับมาได้โดยง่าย ทั้งที่ปัญหาดังกล่าวเป็นเพียงความบกพร่องที่สามารถแก้ไขให้ชอบด้วยกฎหมายได้ กล่าวคือให้ฝ่ายปกครองแก้ไขกฎให้เป็นไปตามความเห็นของคณะกรรมการข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ฯ ศาลปกครองสูงสุดจึงมีคำพิพากษาเพิกถอนกฎที่พิพาทในกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการตามเงื่อนไขดังกล่าวภายใน 2 เดือน นับแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา เป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองแก้ไขข้อบกพร่องให้ถูกต้องตามกฎหมายภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด

ส่วนที่ 3 แนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในการผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในประเทศไทย

ปัจจุบัน ศาลปกครองไทยได้นำบทบัญญัติมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาใช้เพื่อให้เกิด “ความเป็นธรรมแห่งกรณี”⁷² มากขึ้น จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดทำให้สามารถจำแนกเครื่องมือที่ศาลปกครองไทยนำมาใช้ได้ 2 รูปแบบ ได้แก่ 1) การพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยกำหนดไม่ให้มีผลย้อนหลังกลับไปตั้งแต่วันแรกที่มีการออกนิติกรรมทางปกครอง และ 2) การพิพากษากำหนดเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใดให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติเพื่อดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องของนิติกรรมทางปกครองให้ถูกต้องตามกฎหมายภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้⁷³

⁷² อย่างไรก็ตาม บรรดาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่นำมาใช้ศึกษาและอ้างอิงในบทความนี้ในบางคดีไม่ได้มีการอ้างมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เอาไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด แต่จากการศึกษาเนื้อหาสาระสำคัญของคำพิพากษาเหล่านี้แล้วก็จะเห็นได้ว่าศาลปกครองได้นำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้เป็นเครื่องมือในการผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุผลและโดยการใช้เครื่องมือทางกฎหมายที่แตกต่างกันไป

⁷³ มีข้อสังเกตว่า ในหลายคดีศาลปกครองสูงสุดได้ใช้บทบัญญัติมาตรา 69 (8) กำหนดข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา แต่ข้อสังเกตดังกล่าวไม่ได้มีผลบังคับในทางกฎหมายแต่อย่างใด จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นเครื่องมือสำคัญที่ศาลปกครองไทยนำมาใช้ในการคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในประเทศไทย ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของการศึกษาของบทความนี้

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 69 “คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองของศาลปกครองอย่างน้อยต้องระบุ

ฯลฯ

ฯลฯ

(8) ข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา ถ้ามี

ฯลฯ

ฯลฯ”

3.1 การพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยกำหนดไม่ให้มีผลย้อนหลังกลับไปตั้งแต่วันแรกที่มีการออกนิติกรรมทางปกครอง

การผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในประเทศไทยโดยศาลปกครองไทยผ่านการกำหนดผลของระยะเวลาที่แตกต่างกันไป อาจแบ่งได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ 1) การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยกำหนดให้มีผลในวันที่มีคำพิพากษา และ 2) การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยกำหนดให้มีผลในอนาคตหลังจากวันที่มีคำพิพากษา โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1.1 การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยกำหนดให้มีผลในวันที่มีคำพิพากษา⁷⁴

ในบางกรณีที่การกำหนดให้คำพิพากษามีผลย้อนหลังไปในอดีตอาจทำให้เกิดความเสียหายและความไม่เป็นธรรมอย่างร้ายแรง ศาลปกครองสูงสุดจึงได้กำหนดคำบังคับยกเว้นผลย้อนหลังของคำพิพากษาโดยกำหนดให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา ไม่ใช่วันที่มีการออกนิติกรรมทางปกครองที่พิพาท ตัวอย่างคำพิพากษาที่น่าสนใจ ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 148/2549 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 61/2558 ซึ่งจะได้ศึกษาและวิเคราะห์ตามลำดับ ดังนี้

1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 148/2549

(ก) ข้อเท็จจริงแห่งคดี

ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สืบสามคนเป็นพนักงานของการไฟฟ้านครหลวง ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจ และปฏิบัติหน้าที่มานาน้อยกว่าห้าปี ต่อมา รัฐบาลได้มีนโยบายส่งเสริมการระดมเงินออมในประเทศ โดยให้มีการจัดตั้งกองทุนบำนาญและกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ และสมาชิกที่ได้รับเงินจากกองทุน จะได้รับการยกเว้นภาษีที่ได้จากเงินได้ดังกล่าว จากนั้นผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (กรมสรรพากร) โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (อธิบดีกรมสรรพากร) ได้ออกประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 80) ข้อ (ข) กำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่จะได้รับยกเว้นภาษีใหม่ ทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สืบสามคนไม่ได้รับยกเว้นภาษี ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สืบสามคนได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากประกาศดังกล่าว จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง ขอให้ศาลเพิกถอนประกาศดังกล่าว

(ข) การพิจารณาคดีของศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า คดีนี้มีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยว่า ประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 80) ข้อ (ข) ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลจะบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ดำเนินการพิจารณาแก้ไขให้ครอบคลุมผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สืบสามคนได้หรือไม่ ข้อเท็จจริงปรากฏว่ากระทรวงการคลังเห็นว่าเพื่อส่งเสริมให้มีการออมเพิ่มขึ้น และเพื่อเป็นการจูงใจให้ลูกจ้างเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพเป็นระยะเวลานาน ซึ่งจะทำให้ลูกจ้างและครอบครัวมีเงินไว้ใช้จ่าย

⁷⁴ โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Ministre de Aménagement du territoire c/Société Schweppes ลงวันที่ 21 มกราคม ค.ศ. 2002 ใน อานันท์ กระบวนศรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 51, น. 25-26.



เมื่อลูกจ้างออกจากงานเพราะเกษียณอายุ ทุพพลภาพ หรือตาย จึงได้ออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 195 (พ.ศ. 2538) ยกเว้นภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาให้แก่ลูกจ้างสำหรับเงินได้ที่ลูกจ้างจ่ายเป็นเงินสะสมเข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ตามกฎหมายว่าด้วยกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่อธิบดีกรมสรรพากร กำหนด ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ออกประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 80) ข้อ (ข) กำหนดหลักเกณฑ์ใหม่ซึ่งมีการจำแนกสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพออกเป็น 3 กลุ่ม ซึ่งศาลพิจารณาแล้ว เห็นว่าในกลุ่มของผู้ฟ้องคดีทั้งสองคนไม่ได้รับประโยชน์จากการยกเว้นภาษี ทั้งที่ลูกจ้างทั้งสามกลุ่ม สมควรเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพที่มีอายุไม่ต่ำกว่าห้าสิบห้าปีบริบูรณ์ โดยได้ทำงานกับนายจ้างมาแล้ว ไม่น้อยกว่าห้าปี และได้ออกจากงานเพราะเกษียณอายุก่อนการเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพครบห้าปี เหมือนกัน ประกาศอธิบดีกรมสรรพากรที่พิพาทจึงมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับปี พ.ศ. 2540) ประกอบกับมาตรา 9 วรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าขณะนี้ลูกจ้างตามข้อ (ข) ของประกาศดังกล่าวได้เกษียณอายุ และได้รับประโยชน์จากการได้รับยกเว้นภาษีตามประกาศดังกล่าวไปแล้ว การที่ศาลจะมีคำพิพากษาให้เพิกถอนประกาศดังกล่าวโดยให้มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่ออกประกาศนั้น ย่อมทำให้เกิดความเสียหายและไม่เป็นธรรมแก่ลูกจ้างที่ได้รับประโยชน์ตามประกาศดังกล่าว จึงสมควรให้การเพิกถอนประกาศนั้นมีผลตั้งแต่วันที่คำพิพากษา และเมื่อได้มีการเพิกถอนประกาศอธิบดีกรมสรรพากร เกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 80) แล้ว การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะแก้ไขประกาศอธิบดีกรมสรรพากร เกี่ยวกับภาษีเงินได้ให้ครอบคลุมผู้ฟ้องคดีทั้งสองคนเป็นดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยเฉพาะ ศาลไม่อาจจะใช้ดุลพินิจแทนได้

พิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้เพิกถอน ประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 80) ข้อ (ข) โดยให้มีผลเป็นการเพิกถอนตั้งแต่วันที่ คำพิพากษาลงถึงที่สุด

(ค) ข้อพิจารณา

คดีนี้เป็นคดีฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนกฎที่ออกโดยฝ่ายปกครอง ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่ากฎที่พิพาทไม่ชอบด้วยกฎหมายจริง เนื่องจาก มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม แต่ด้วยลักษณะของกฎที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่ใช่มีผลใช้บังคับเฉพาะแก่กับผู้ฟ้องคดี หากศาลพิพากษาเพิกถอนกฎดังกล่าวโดยกำหนดให้มีผลย้อนหลัง กลับไปตั้งแต่วันที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีการออกกฎก็จะทำให้เกิดความเสียหายและไม่เป็นธรรมแก่ลูกจ้างอื่น ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกที่ได้รับประโยชน์ตามประกาศดังกล่าว กรณีจึงเป็นการนำหลักความมั่นคงแน่นอน แห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจมาใช้เป็นฐานในการผ่อนคลายนความเคร่งครัด ของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดจึงพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่พิพาท โดยกำหนดให้มีผลตั้งแต่วันที่คำพิพากษา

เป็นการยืนยันความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวโดยที่ไม่กระทบต่อความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและความเชื่อถือโดยสุจริตในความคงอยู่ของนิติกรรมทางปกครองของบุคคลภายนอก

นอกจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 148/2549 ที่ได้กล่าวมาแล้ว ยังมีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในคดีอื่นที่ศาลปกครองได้ใช้เครื่องมือเดียวกันนี้ในการพิจารณาพิพากษา เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่กรณี เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 158/2550 ซึ่งศาลได้นำหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีและหลักการดำเนินการกิจทางปกครองที่ดีมาประกอบพิจารณาตัดสินคดี โดยศาลวินิจฉัยว่า แม้ว่ามติของผู้ถูกฟ้องคดี (คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน) จะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากศาลปกครองสูงสุดเพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีโดยให้มีผลย้อนหลังก็จะกระทบต่อบุคคลผู้ที่ได้รับการคัดเลือกเข้ารับราชการตามมติของผู้ถูกฟ้องคดีตลอดจนกระทบต่อการบริหารงานบุคคลของภาคราชการ ศาลปกครองสูงสุดควรที่จะเพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีนับตั้งแต่วันที่คำพิพากษาถึงที่สุดเป็นต้นไป หรือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 89/2549 อ. 407/2555 อบ. 148/2565 และ อบ. 85/2565 ที่ศาลเห็นว่าการเพิกถอนกฎโดยให้มีผลย้อนหลังย่อมส่งผลกระทบและอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อข้าราชการรายอื่นที่ได้รับการคัดเลือกและแต่งตั้งโดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามมติที่พิพากษาผู้ซึ่งไม่ได้มีส่วนได้เสียในคดีและไม่ได้เข้ามาเป็นคู่กรณีในคดีนี้ รวมทั้งอาจมีผลกระทบต่อการบริหารราชการโดยรวม

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดยังนำเครื่องมือดังกล่าวมาใช้ในคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเช่นเดียวกัน เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 957-958/2558 ที่วินิจฉัยว่าการเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดี (ผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา ม.) โดยให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่คำสั่งดังกล่าวมีผลบังคับ นั้น มิได้มีผลเป็นการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายของผู้ฟ้องคดีและผู้ที่เกี่ยวข้องได้รับผลกระทบจากคำสั่งที่พิพากษาดังกล่าวแต่อย่างใด เนื่องจากภายหลังจากให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวแล้ว กรณีก็อาจมีคำสั่งแต่งตั้งบุคคลหนึ่งบุคคลใดให้ไปดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียน ค. โดยให้มีผลในทางพฤตินัยย้อนหลังกลับไปได้ อีกทั้งการเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวโดยให้มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่ต้น ยังอาจก่อให้เกิดปัญหาอุปสรรคแก่การบริหารราชการทั้งในด้านประสิทธิภาพและความต่อเนื่องในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำรงตำแหน่งผู้บริหารสถานศึกษาที่เกี่ยวข้อง อันอาจมีผลกระทบต่อระบบบริหารงานบุคคลของเขตพื้นที่การศึกษาโดยรวม ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวโดยให้มีผลนับตั้งแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา

2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 61/2558

(ก) ข้อเท็จจริงแห่งคดี

ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ขณะรับราชการตำแหน่งผู้บังคับหมู่ งานป้องกันปราบปราม สถานีตำรวจภูธรอำเภอเมือง พ. (ปัจจุบัน คือ สถานีตำรวจภูธรเมือง พ.) จังหวัด พ. มีกรณีถูกกล่าวหาว่าผู้ฟ้องคดีกับพวกร่วมกันพยายามฆ่าผู้อื่น และกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (ผู้บัญชาการตำรวจภูธรภาค) เห็นว่าพยานหลักฐานมีเพียงพอรับฟังได้ว่า พฤติการณ์และการกระทำของผู้ฟ้องคดีเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรงฐานกระทำการอันได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง



ตามมาตรา 98 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 จึงได้มีคำสั่งลงโทษไล่ออกจากราชการ ผู้ฟ้องคดีไม่เห็นด้วยกับคำสั่งลงโทษไล่ออกจากราชการและอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะกรรมการข้าราชการตำรวจ) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 พิจารณาแล้วเห็นว่าคำสั่งลงโทษไล่ออกจากราชการถูกต้องและเหมาะสมแล้ว จึงมีคำสั่งยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองที่ให้ไล่ออกจากราชการและขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งรับผู้ฟ้องคดีกลับเข้ารับราชการตำรวจตามเดิม

(ข) การพิจารณาคดีของศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงโดยร่วมกันพยายามฆ่านาย ป. ความผิดของผู้ฟ้องคดีจึงมีโทษถึงขนาดปลดออกหรือไล่ออก ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงต้องดำเนินการทางวินัยกับผู้ฟ้องคดีตามหลักเกณฑ์วิธีการที่กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนกำหนด ซึ่งนำมาใช้โดยอนุโลมตามมาตรา 61 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2521 โดยพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 มาตรา 102 วรรคสาม บัญญัติให้ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุข้าราชการเป็นผู้มีอำนาจสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรง แต่เมื่อผู้กำกับการหัวหน้าสถานีตำรวจภูธรอำเภอเมือง พ. มีใช้ผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติในการดำเนินการทางวินัยตามคำสั่งดังกล่าว การที่ผู้กำกับการหัวหน้าสถานีตำรวจภูธรอำเภอเมือง พ. ซึ่งเป็นเพียงผู้บังคับบัญชาชั้นต้นของผู้ฟ้องคดีออกคำสั่งสถานีตำรวจภูธรอำเภอเมือง พ. แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรงผู้ฟ้องคดีย่อมเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจ เนื่องจากไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการออกคำสั่งลงโทษไล่ออกจากราชการ คำสั่งลงโทษทางวินัยผู้ฟ้องคดีจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ถ้าปรากฏว่าข้าราชการดังกล่าวกระทำความผิดวินัยจริงแล้ว เพียงแต่มีความบกพร่องเฉพาะในส่วนของขั้นตอนและวิธีการดำเนินการทางวินัยเนื่องจากไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น และเมื่อมีการแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวแล้ว ก็ไม่อาจทำให้ผลการดำเนินการทางวินัยเปลี่ยนแปลงจากเดิม ด้วยเหตุผลดังกล่าว การพิพากษาคดีของศาลโดยการกำหนดคำสั่งบังคับให้เพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยตามกรณีดังกล่าวมานั้น จึงต้องใช้ความระมัดระวังมิให้มีผลในทางตรงกันข้าม โดยการทำให้ข้าราชการที่ได้กระทำความผิดวินัยกลายเป็นผู้ที่พ้นจากความผิดเพราะความบกพร่องในส่วนของขั้นตอนและวิธีการดำเนินการทางวินัย มิฉะนั้น จะเป็นการสร้างความเสียหายให้แก่ทางราชการเพิ่มขึ้นอีก ดังนั้น เมื่อพิจารณาระหว่างประโยชน์ส่วนตัวของผู้ฟ้องคดีกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อประโยชน์สาธารณะและการบริหารราชการแผ่นดินแล้ว ศาลปกครองสูงสุดจึงเห็นว่า คดีนี้ศาลควรพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ลงโทษไล่ออกจากราชการ โดยให้การเพิกถอนมีผลนับแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา และมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา โดยผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจดำเนินการทางวินัยผู้ฟ้องคดีใหม่ให้ถูกต้อง

(ค) ข้อพิจารณา

ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 61/2558 ศาลปกครองสูงสุดไม่ได้นำหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจมาใช้ในการคุ้มครองสิทธิผู้ฟ้องคดีหรือบุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต แต่เป็นกรณีฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ คำสั่งลงโทษไล่ออกผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ ในคดีนี้ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า คำสั่งที่พิพาทมีความบกพร่องในทางกฎหมายด้วยเหตุจากภายนอก กล่าวคือ เป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจและเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบหรือขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ และเป็นขั้นตอนสำคัญถึงขนาดที่ทำให้คำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ศาลปกครองพิจารณาต่อไปว่า ความบกพร่องดังกล่าวไม่ได้ร้ายแรงถึงขนาดที่ศาลปกครองจะต้องพิพากษาเพิกถอนย้อนหลังกลับไปตั้งแต่ต้น เนื่องจากยังคงเป็นเรื่องของรูปแบบหรือขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ และศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า หากฝ่ายปกครองได้ดำเนินการใหม่ให้ถูกต้องครบถ้วนแล้ว ฝ่ายปกครองจะพิจารณาและวินิจฉัยเป็นอย่างเดิม เนื่องจากศาลพิจารณาข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่าการกระทำของผู้ฟ้องคดีเข้าลักษณะเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรงจริง ดังนั้น เมื่อศาลปกครองชี้แจงให้หน่วยงานหลักความชอบด้วยกฎหมาย แนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะ หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีและหลักการดำเนินการกิจทางปกครองที่ดีแล้ว (ศาลใช้คำว่า “เมื่อพิจารณาระหว่างประโยชน์ส่วนตัวของผู้ฟ้องคดีกับผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นต่อประโยชน์สาธารณะและการบริหารราชการแผ่นดิน”) ศาลย่อมไม่สมควรที่จะใช้อำนาจอันจะทำให้มีผลเสมือนว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้กระทำความผิดวินัย กรณีจะเห็นได้ว่า ศาลปกครองได้พิจารณาลงลึกเข้าไปถึงปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเรื่องความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุจากภายในหรือ “เนื้อหา” ของคำสั่งทางปกครอง เป็นเรื่องที่มีความสำคัญ และศาลเห็นว่าข้อบกพร่องด้วยเหตุจากภายนอกหรือ “รูปแบบ” ของคำสั่งทางปกครองเป็นความบกพร่องที่อาจแก้ไขให้ถูกต้องได้ แทนที่ศาลจะพิพากษาเพิกถอนคำสั่งไล่ออกของผู้ถูกฟ้องคดี โดยกำหนดให้มีผลย้อนหลังกลับไปตั้งแต่วันที่ที่มีการออกคำสั่งดังกล่าว ศาลปกครองจึงพิพากษาเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวโดยกำหนดให้มีผลตั้งแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา และให้ข้อสังเกตเป็นคำแนะนำแก่ฝ่ายปกครองว่า ให้ฝ่ายปกครองกลับไปดำเนินการสอบสวนและลงโทษทางวินัยให้ถูกต้องตามรูปแบบและขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติต่อไป

เมื่อพิจารณาเนื้อหาของคำพิพากษาดังนี้แล้วจะเห็นได้ว่า ศาลปกครองให้ความสำคัญกับเรื่องในทางเนื้อหามากกว่ารูปแบบของนิติกรรมทางปกครอง และเห็นว่าวินัยข้าราชการเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและศาลจะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบโดยคำนึงถึงประโยชน์ต่อส่วนรวมและประโยชน์ต่อระบบราชการโดยรวมเป็นสำคัญ ภายหลังจากที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 61/2558 ศาลปกครองได้ใช้เครื่องมือและเหตุผลเดียวกันนี้ในคำพิพากษาอื่นหลายคดี เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 63/2558 อ. 194/2558 อ. 1147/2558 อ. 1435/2558 อ. 39/2559 อ. 116/2559 อบ. 229/2563 และ พบ. 11/2563



อย่างไรก็ตาม ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 61/2558 ศาลปกครองยังไม่ได้อธิบายในรายละเอียดว่าการพิพากษาเพิกถอนคำสั่งโดยกำหนดให้มีผลนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาได้ช่วยป้องกันไม่ให้ “มีผลในทางตรงกันข้ามโดยการทำให้ข้าราชการที่ได้กระทำผิดวินัยกลายเป็นผู้ที่พ้นจากความผิดเพราะความบกพร่องในส่วนของขั้นตอนและวิธีการดำเนินการทางวินัย” แต่จะเห็นได้ชัดเจนในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พบ. 2/2564 ที่อธิบายเอาไว้อย่างชัดเจนว่า หากศาลพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งลงโทษไล่ออกจากผู้ฟ้องคดีออกจากราชการโดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ออกคำสั่งย่อมมีผลให้ผู้ฟ้องคดีได้กลับเข้ารับราชการ และมีสิทธิได้รับเงินเดือนและสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดจากทางราชการย้อนหลังไปถึงวันที่ออกคำสั่งโดยผู้ฟ้องคดีไม่ได้ปฏิบัติราชการในระหว่างนั้นย่อมไม่เป็นธรรมแก่ทางราชการ เป็นการนำหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีและหลักการดำเนินการกิจการปกครองที่ดีมาใช้ในการผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังในการพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

แนวคำพิพากษาที่ได้กล่าวมานี้สะท้อนให้เห็นว่า ศาลปกครองยังเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายและยืนยันว่ากฎหมายที่กำหนดรูปแบบและขั้นตอนในการพิจารณาและจัดทำคำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ ถึงแม้คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยจะเป็นเพียงการพิจารณาทางปกครองซึ่งยังไม่อาจถือได้ว่ามีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์แก่คู่กรณี แต่เมื่อคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยเป็นการเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นขั้นตอนสำคัญเพื่อจัดให้มีคำสั่งลงโทษทางวินัย เมื่อกระบวนการในการออกคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายเสียแล้ว ผลผลิตของกระบวนการนั้น กล่าวคือ คำสั่งลงโทษทางวินัยย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะความบกพร่องในกระบวนการเกี่ยวกับการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย⁷⁵ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองได้ให้ความสำคัญกับความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุจากภายในของนิติกรรมทางปกครองมากยิ่งขึ้นไปกว่าเหตุจากภายนอก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกระบวนการลงโทษทางวินัยซึ่งเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ การจัดทำคำพิพากษาจึงต้องใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษ เมื่อศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ฟ้องคดีได้กระทำความผิดทางวินัยอย่างร้ายแรง และเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลเห็นเป็นประจักษ์ชัดว่า แม้ต่อมาหน่วยงานทางปกครองจะไปแก้ไขขั้นตอนการดำเนินการทางวินัยที่ผิดพลาดไปแล้ว ผลการพิจารณา ก็ยังคงมีคำสั่งไล่ออกจากราชการเช่นเดิม ศาลปกครองสูงสุดก็ไม่ต้องการที่จะกำหนดค่าบังคับและมีผลทำให้ข้าราชการที่กระทำผิดวินัยกลายเป็นผู้ที่พ้นจากความผิดเพียงเพราะความบกพร่องในกระบวนการพิจารณาของหน่วยงานทางปกครอง ทั้งยังเป็นการสร้างภาระให้แก่ฝ่ายปกครองโดยไม่จำเป็น เพราะหากศาลปกครองกำหนดให้เพิกถอนย้อนหลังเสียแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องไปดำเนินการคืนสิทธิแก่ผู้ฟ้องคดี จากนั้นก็ต้องดำเนินการทางวินัยใหม่และออกคำสั่งลงโทษทางวินัยเหมือนเดิม สิทธิที่คืนแก่ผู้ฟ้องคดีก่อนหน้านี้ก็ต้องเรียกคืนกลับมาเป็นของราชการอยู่ดี อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองยังคงจำกัดบทบาทของตน

⁷⁵ นิติกร ชัยวิเศษ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายวินัยข้าราชการ, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2564), น. 80.

ในฐานะองค์กรตุลาการที่ไม่ก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยแทนที่ฝ่ายปกครอง โดยการเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถกลับไปดำเนินการแก้ไขกระบวนการทางปกครองที่บกพร่องให้ถูกต้องตามกฎหมาย

3.1.2 การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยกำหนดให้มีผลในอนาคตหลังจากวันที่มีคำพิพากษา⁷⁶

ในกรณีที่ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า การกำหนดให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย้อนหลังกลับไปในอดีตหรือให้มีผลเพิกถอนในวันที่ศาลมีคำพิพากษาไม่ได้ก่อให้เกิด “ความเป็นธรรมแห่งกรณี” แล้ว ย่อมสามารถกำหนดให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายหลังจากวันที่ศาลปกครองมีคำพิพากษา เพื่อให้คำพิพากษามีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคสอง ในกรณีนี้ โดยหลักแล้วศาลจะกำหนดระยะเวลาที่ชัดเจนไว้เพื่อให้ผู้ตกอยู่ภายใต้บังคับของนิติกรรมทางปกครองที่พิพาทได้มีเวลาพอสมควรในการเตรียมความพร้อมสำหรับการเปลี่ยนแปลงในนิติฐานะจากผลของคำพิพากษา หรือเพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีแก้ไขข้อบกพร่องให้นิติกรรมทางปกครองของตนกลับมาชอบด้วยกฎหมาย หรือเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีมีระยะเวลาพอสมควรในการเจรจาหาทางออกร่วมกันภายในระยะเวลาที่ศาลปกครองกำหนด ดังปรากฏตัวอย่างในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่สำคัญ 2 คดี ได้แก่ 1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 252/2556 และ 2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 343/2557

1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 252/2556

(ก) ข้อเท็จจริงแห่งคดี

ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 6 โรงพยาบาล น. ได้รับสมัครคัดเลือกข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 7 โดยในการรับสมัครคัดเลือกมีผู้ฟ้องคดีและผู้สนใจสมัครเข้าคัดเลือกรวม 5 ราย ผู้ฟ้องคดีได้เข้าสอบสัมภาษณ์ แต่ไม่ได้รับการพิจารณาคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 7 ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 7 ของผู้ถูกฟ้องคดี (ผู้ว่าราชการจังหวัด ป.) เป็นคำสั่งที่ออกโดยไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามกฎหมาย จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง

(ข) การพิจารณาคดีของศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า แม้คำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 7 จะลงนามโดยผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งถือว่าเป็นการออกคำสั่งโดยผู้มีอำนาจตามกฎหมายโดยชอบแล้วก็ตาม แต่การดำเนินการพิจารณาความเหมาะสมและการคัดเลือก

⁷⁶ โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ประชุมใหญ่) คดี Association AC ! ลงวันที่ 11 พฤษภาคม ค.ศ. 2004 ใน อานันท์ กระบวนศรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 51, น. 26-29.



ข้าราชการยังมีได้ดำเนินการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามที่ ก.พ. กำหนด คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งที่ออกโดยผู้ที่ไม่ใช้อำนาจ

อย่างไรก็ดี หากศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งพิพาทย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิประโยชน์ของข้าราชการที่ได้รับการแต่งตั้งตามคำสั่งดังกล่าว จำนวน 3 ราย ซึ่งเป็นผู้มีคุณสมบัติและได้ผ่านกระบวนการพิจารณาคัดเลือกและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวแล้วโดยสุจริต และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องดำเนินการพิจารณาคัดเลือกข้าราชการเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งและออกคำสั่งใหม่ให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่ ก.พ. กำหนด ภายหลังจากที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งพิพาทแล้วนั้น โดยสภาพย่อมอาจเกิดปัญหาความเป็นธรรมในการพิจารณาความเหมาะสมของข้าราชการจำนวน 5 ราย ที่เข้าสู่กระบวนการพิจารณาคัดเลือก เนื่องจากการพิจารณาประเมินความเหมาะสมของบุคคลย้อนหลังไปในขณะที่มีการพิจารณาคัดเลือกข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวเมื่อปี พ.ศ. 2549 เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมในอันที่จะเป็นการคุ้มครองสิทธิโดยสุจริตให้แก่ข้าราชการทั้งสามรายที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 7 ตามคำสั่งพิพาท ศาลปกครองสูงสุดจึงเห็นสมควรกำหนดให้เพิกถอนคำสั่งพิพาทโดยให้มีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งตามบทบัญญัติในมาตรา 72 เพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเลื่อนและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 7 ใหม่ตามหลักเกณฑ์ที่ ก.พ. กำหนด และออกคำสั่งที่ถูกต้องต่อไป ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนคำสั่งพิพาท ทั้งนี้ ให้การเพิกถอนคำสั่งพิพาทมีผลเมื่อครบ 180 วัน นับแต่วันที่มีคำพิพากษานี้ โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา โดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการพิจารณาคัดเลือกข้าราชการจากผู้สมัครเดิมให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนดโดยเคร่งครัด

(ค) ข้อพิจารณา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 252/2556 เป็นคดีเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ กรณีนี้เป็นคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งข้าราชการซึ่งโดยธรรมชาติของเรื่องจะมีความเกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกที่เข้าสอบแข่งขัน และเกี่ยวข้องกับการดำเนินงานภาครัฐที่ต้องมีความต่อเนื่อง การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครองจึงไม่สามารถพิจารณาเพียงหลักความชอบด้วยกฎหมายได้แต่อย่างใด แต่จะต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานทางกฎหมายที่สำคัญอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ และหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีและหลักการดำเนินการทางปกครองที่ดีประกอบกัน เช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 957-958/2558 ที่ได้อธิบายไว้แล้วข้างต้น อย่างไรก็ดี ในคดีนี้ศาลปกครองได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคสอง กำหนดคำบังคับให้เพิกถอนไปในอนาคต กล่าวคือ ทั้งนี้ ให้การเพิกถอนคำสั่งพิพาทมีผลเมื่อครบกำหนด 180 วัน นับแต่วันที่ศาลปกครองมีคำพิพากษา เพื่อรักษาสถานะของความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่พิพาทเอาไว้ชั่วคราวเป็นเวลาหนึ่ง ป้องกันไม่ให้เกิดสูญญากาศทางกฎหมาย และเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองไปดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องทางกฎหมาย

ให้ครบถ้วนสมบูรณ์ภายในระยะเวลาดังกล่าว ทั้งนี้ เมื่อศาลปกครองไม่มีอำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการในคดีฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ แม้ศาลจะมีความเห็นว่าฝ่ายปกครองควรดำเนินการใหม่ให้ถูกต้องตามกฎหมาย ศาลทำได้เพียงการให้ข้อสังเกตโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติดังกล่าว มาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) ซึ่งแม้ไม่ได้มีสภาพบังคับผูกพันทางกฎหมายให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตาม แต่ในทางปฏิบัติย่อมเป็นที่คาดหมายได้ว่าหากฝ่ายปกครองฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามข้อสังเกตนี้ นิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครองที่ออกมาภายหลังอาจจะถูกโต้แย้งฟ้องขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนได้

นอกจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีนี้แล้ว ศาลปกครองสูงสุดยังได้นำเครื่องมือเดียวกันนี้มาใช้ในอีกหลายคดี เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 235/2558 ที่ศาลเห็นควรกำหนดค่าบังคับให้การเพิกถอนคำสั่งพิพาทมีผลบังคับเมื่อพ้นกำหนดเวลาหกสิบวันนับแต่วันที่คำพิพากษาถึงที่สุด ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณาการย้ายผู้ฟ้องคดีเสียใหม่ให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา (ก.ค.ศ.) กำหนดไว้สำหรับการย้ายเพื่อประโยชน์ของทางราชการ โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาคือ ให้ผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณาการย้ายผู้ฟ้องคดีใหม่ให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่ ก.ค.ศ. กำหนดไว้สำหรับการย้ายเพื่อประโยชน์ของทางราชการไปแล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่มิคำพิพากษา⁷⁷ หรือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 764/2558 ที่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าคำสั่งไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการมีปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยมีจำนวนคณะกรรมการไม่ครบตามองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดไว้ เมื่อการสอบสวนของคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการโดยอาศัยสำนวนการสอบสวนของคณะกรรมการสอบสวนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน แต่การมีค่าบังคับดังกล่าวจะให้ผลตั้งแต่เมื่อใดหรือจะให้มีเงื่อนไขอย่างใดนั้น ศาลปกครองจะต้องพิจารณาตามความเป็นธรรมแห่งกรณี ดังนั้น เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมแก่ผู้ฟ้องคดีในอันที่จะได้รับการสอบสวนทางวินัยโดยคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยที่มีองค์ประกอบที่ถูกต้องตามกฎหมาย และเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการด้านการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกฟ้องคดีที่จะดำเนินการทางวินัยแก่บุคลากรที่ถูกร้องเรียนกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดวินัย เพื่อให้ได้ข้อยุติว่าบุคลากรที่ถูกร้องเรียนได้กระทำความผิดวินัยตามที่ถูกร้องเรียนกล่าวหาจริงหรือไม่ จึงเห็นควรกำหนดให้การเพิกถอน

⁷⁷ ประเด็นเรื่องการกำหนดค่าบังคับตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคสอง เคยเข้าสู่การพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่มีข้อสงสัยในคดี อ. 33/2557 แต่เป็นความเห็นของตุลาการเสียงข้างน้อยที่เห็นควรกำหนดให้การเพิกถอนประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แต่งตั้งข้าราชการพลเรือนฯ ไปในอนาคต กล่าวคือ มีผลเมื่อครบกำหนดเก้าสิบวัน นับแต่วันที่มิคำพิพากษานี้ โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาโดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณาดำเนินการตามกฎหมายเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีได้ดำรงตำแหน่งเดิมหรือตำแหน่งอื่นที่มีอำนาจหน้าที่ในทางบริหารเทียบเท่ากับตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ทั้งนี้ ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่มิคำพิพากษา



คำสั่งพิพากษาให้มีผลไปในอนาคตเพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยเสียใหม่ ให้ถูกต้องตามกฎหมาย ดำเนินการทางวินัยแก่ผู้ฟ้องคดีใหม่ให้เป็นไปตามกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย กฎ ระเบียบที่เกี่ยวข้อง และออกคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ถูกต้อง จึงพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ลงโทษไล่ออกผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ ทั้งนี้ ให้การเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวมีผลตามคำพิพากษาเมื่อครบกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่ที่มีคำพิพากษานี้ โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาโดยผู้ถูกฟ้องคดีสามารถออกคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยเสียใหม่ให้ถูกต้องตามกฎหมายและออกคำสั่งทางวินัยที่ถูกต้อง

ศาลปกครองสูงสุดได้นำเครื่องมือดังกล่าวมาใช้ในคดีฟ้องขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎด้วยเช่นกัน ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 479/2556 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1167-1172/2558 ที่วินิจฉัยทำนองเดียวกันว่า การพิพากษาเพิกถอนกฎที่พิพากษา มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่กฎนั้นมีผลใช้บังคับ จะมีผลกระทบต่อการแต่งตั้งข้าราชการตำรวจในตำแหน่งผู้บัญชาการที่ผ่านมา และการปฏิบัติการกิจของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ซึ่งถือว่าเป็นอุปสรรคต่อการบริหารราชการแผ่นดิน เกิดผลเสียหายมากกว่าผลดี ดังนั้น เพื่อให้การเพิกถอนกฎดังกล่าวเกิดความเป็นธรรมแห่งกรณี และเกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์ของทางราชการกับประโยชน์ของผู้ฟ้องคดี จึงสมควรเพิกถอนกฎดังกล่าวโดยให้การเพิกถอนมีผลตั้งแต่วันที่มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาในราชกิจจานุเบกษา และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 17/2551 ที่ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาให้เพิกถอนข้อ 1 (1) ของกฎ ก.ค.ศ. ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการได้มาของอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิและอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา พ.ศ. 2548 ทั้งนี้ โดยให้มีผลเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษานี้ในราชกิจจานุเบกษาแล้ว และให้ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดตำแหน่งผู้บริหารหน่วยงานการศึกษาที่เรียกชื่ออย่างอื่น ในเขตพื้นที่การศึกษาไว้ในกฎ ก.ค.ศ. ดังกล่าว โดยคำนึงถึงหลักความเสมอภาค

จากตัวอย่างแนวคำพิพากษาของศาลปกครองข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในกรณีของการเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคลากรภาครัฐที่บกพร่องในกระบวนการพิจารณาออกคำสั่ง ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจ หรือโดยไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด ศาลปกครองสูงสุดอาจเพิกถอนนิติกรรมดังกล่าวโดยนำหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ และหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี และหลักการดำเนินการกิจการทางปกครองที่ดีมาใช้ประกอบหลักความชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดได้กำหนดคำสั่งบังคับให้การเพิกถอนมีผลไปในอนาคตเพื่อให้เวลาแก่ฝ่ายปกครองกลับไปดำเนินการพิจารณาออกคำสั่งให้ถูกต้องตามข้อสังเกตของศาลปกครองภายในระยะเวลาที่กำหนดในคำพิพากษา

2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 343/2557

(ก) ข้อเท็จจริงแห่งคดี

ผู้ฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 35 เป็นผู้ประกอบการขนส่งคนโดยสารในเส้นทางเดินรถสายยาว กรุงเทพมหานคร - นครราชสีมา ส่วนผู้ฟ้องคดีที่ 36 เป็นผู้ประกอบการขนส่งคนโดยสารในเส้นทางเดินรถสายสั้น นครราชสีมา - ปากช่อง ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (อธิบดีกรมการขนส่งทางบก) ได้ออกประกาศกรมการขนส่งทางบก เรื่อง ให้ผู้ประสงค์จะขออนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางด้วยรถที่ใช้ในการขนส่งผู้โดยสารยื่นคำขออนุญาตประกอบการขนส่ง ลงวันที่ 27 กันยายน 2545 ภายหลังผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง) พิจารณาแล้วมีมติอนุมัติให้ออกใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางด้วยรถที่ใช้ในการขนส่งผู้โดยสารในเส้นทางพระนครศรีอยุธยา - นครราชสีมาให้แก่ผู้ร้องสอด (ห้างหุ้นส่วนจำกัด ใจเพชรขนส่ง) จากนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อนุมัติให้ดำเนินการจดทะเบียนบรรจรถโดยสารประจำทางให้แก่ผู้ร้องสอด ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าผู้ร้องสอดเดินรถทับเส้นทางเดินรถโดยสารของตนจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองขอให้พิพากษาเพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ที่อนุมัติให้ออกใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางให้แก่ผู้ร้องสอด และมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่อนุมัติให้ดำเนินการจดทะเบียนบรรจรถโดยสารประจำทางให้แก่ผู้ร้องสอด

(ข) การพิจารณาคดีของศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ออกประกาศกรมการขนส่งทางบก เรื่อง ให้ผู้ประสงค์จะขออนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางด้วยรถที่ใช้ในการขนส่งผู้โดยสารยื่นคำขออนุญาตประกอบการขนส่ง ลงวันที่ 27 กันยายน 2545 ซึ่งตามกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการประกาศรับคำขออนุญาตประกอบการขนส่งเป็นการทั่วไปเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 30 วัน ซึ่งเป็นขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎกระทรวงกำหนดไว้สำหรับการออกใบอนุญาตประกอบการขนส่งที่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่สามารถแสดงได้ว่าได้ปิดประกาศดังกล่าวเมื่อใด เชื่อได้ว่าได้ประกาศรับคำขอเป็นเวลาไม่ถึง 30 วัน จึงเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการออกใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางด้วยรถที่ใช้ในการขนส่งผู้โดยสาร ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 มีมติอนุมัติให้ออกใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางให้แก่ผู้ร้องสอด จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อนุมัติให้ดำเนินการจดทะเบียนบรรจรถโดยสารประจำทางให้แก่ผู้ร้องสอด ซึ่งเป็นการปฏิบัติตามมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม เพื่อไม่ให้การเดินรถโดยสารประจำทางในเส้นทางดังกล่าวอันเป็นบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักลง และไม่ทำให้ประชาชนต้องได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการมีคำพิพากษาเพิกถอนการออกใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางดังกล่าว กรณีจึงสมควรมีคำพิพากษาให้เพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยให้การเพิกถอนมีผลเมื่อพ้นกำหนด 180 วัน นับแต่วันที่มีคำพิพากษา



(ค) ข้อพิจารณา

คำพิพากษาคดีนี้มีลักษณะที่แตกต่างจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 252/2556 ที่เป็นคดีปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ เนื่องจากคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้นำแนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะมาใช้เป็นหลักในการผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยศาลเห็นว่านิติกรรมทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีมีความบกพร่องด้วยเหตุจากภายนอก กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ไม่ปฏิบัติตามรูปแบบหรือขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ ศาลจึงเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมดังกล่าว แต่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าหากศาลกำหนดคำสั่งให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่พิพาทย้อนหลังไปในอดีตหรือแม้กระทั่งกำหนดให้มีผลในวันที่ศาลมีคำพิพากษา ประโยชน์ที่จะได้รับการคล้อยความไม่ชอบด้วยกฎหมายให้หมดสิ้นไปจากระบบกฎหมายอย่างสิ้นเชิงไม่คุ้มค่ากับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ประชาชนผู้ใช้บริการขนส่งสาธารณะ นอกจากนี้ ศาลยังได้นำหลักกฎหมายมหาชนเรื่องบริการสาธารณะที่จะต้องมีความต่อเนื่อง (le principe de continuité des services publics) มาใช้ประกอบในการพิจารณาคดี ดังปรากฏจากเนื้อความที่ศาลเห็นว่าคำพิพากษาของศาลปกครองไม่ควรทำให้ “บริการสาธารณะต้องหยุดชะงักลง” ด้วยเหตุผลดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดจึงเลือกกำหนดคำสั่งให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่พิพาทไปในอนาคต กล่าวคือ ให้การเพิกถอนมีผลเมื่อพ้นกำหนด 180 วัน นับแต่วันที่คำพิพากษา เพื่อให้ช่วงเวลาดังกล่าวการจัดทำบริการสาธารณะของผู้ร้องสอดยังคงชอบด้วยกฎหมาย ประชาชนสามารถใช้บริการสาธารณะดังกล่าวได้อย่างไม่หยุดชะงัก และฝ่ายปกครองได้มีเวลาพอสมควรในการแก้ไขความบกพร่องในการพิจารณาและออกคำสั่งให้ใบอนุญาตฉบับใหม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการที่กฎหมายกำหนด

หลังจากมีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 343/2557 แล้ว ได้มีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในคดีอื่นที่คล้ายคลึงกันซึ่งศาลปกครองได้ให้ความสำคัญกับแนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 34/2550 ที่ศาลพิพากษาเพิกถอนมาตรา 3 แห่งพระราชกฤษฎีกากำหนดให้ผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมสวิตซ์ไฟฟ้าต้องเป็นไปตามมาตรฐาน พ.ศ. 2547 โดยให้มีผลเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษานี้ในราชกิจจานุเบกษา

นอกจากแนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะที่ศาลปกครองให้ความสำคัญแล้วยังปรากฏคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ได้นำหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจมาใช้ในการพิจารณาคดี ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 991/2563 ที่ศาลเห็นว่าการผ่อนผันให้จำหน่ายสินค้าได้ทุกวันทั้งในเวลากลางวันและกลางคืนของผู้ถูกฟ้องคดี จะทำให้มีการตั้งวางจำหน่ายสินค้าบดบังหน้าร้านของผู้ฟ้องคดีที่ประกอบการค้าขายเสื้อผ้า ตลอดจนอาคารพาณิชย์ที่ประกอบการค้าขายตลอดแนวถนน จ. ทั้งวัน โดยสิ้นเชิง ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 20 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535

จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การเพิกถอนประกาศดังกล่าวจะทำให้ผู้ได้รับอนุญาตให้จำหน่ายสินค้าในบริเวณจุดผ่อนผันได้รับผลกระทบในการประกอบอาชีพและบริเวณที่ทำกิน ดังนั้น เพื่อให้ผู้จำหน่ายสินค้ามีเวลาปรับตัว และหรือผู้ถูกฟ้องคดีจะได้ออกประกาศกำหนดระยะเวลาในการผ่อนผันใหม่ให้เหมาะสม ตลอดจนไม่กระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดีและบุคคลอื่นซึ่งเป็นผู้ประกอบการค้าขายในอาคารพาณิชย์ตลอดแนวนน จ. เกินสมควร จึงสมควรมีคำพิพากษาให้การเพิกถอนประกาศดังกล่าวมีผลเมื่อพ้นกำหนด 90 วัน นับแต่วันที่มีคำพิพากษา และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1337/2559 ที่ศาลพิพากษาเพิกถอนประกาศกำหนดพื้นที่ผ่อนผันฯ โดยกำหนดให้มีผลเมื่อพ้นกำหนด 30 วัน นับแต่วันที่มีคำพิพากษา ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้จำหน่ายสินค้าในพื้นที่ผ่อนผันได้มีเวลาปรับตัวพอสมควรเช่นเดียวกัน

3.2 การพิพากษากำหนดเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใดให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ เพื่อดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องของนิติกรรมทางปกครองให้ถูกต้องตามกฎหมายภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด⁷⁸

ในกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า ความบกพร่องของนิติกรรมทางปกครองเป็นความบกพร่องอันเนื่องมาจากเหตุภายนอกของนิติกรรมทางปกครอง เช่น เป็นการออกคำสั่งโดยไม่ปฏิบัติตามรูปแบบหรือวิธีการขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด และเห็นว่าเป็นความบกพร่องที่ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขให้ถูกต้องได้ ศาลปกครองอาจจะไม่เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวได้ โดยการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคสอง กำหนดเงื่อนไขให้ฝ่ายปกครองไปดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่ศาลกำหนด หากฝ่ายปกครองดำเนินการดังกล่าวภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ศาลก็จะไม่เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่พิพาท แต่หากฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติตามแต่พ้นกำหนดระยะเวลาที่กำหนดในคำพิพากษาก็ให้ถือว่านิติกรรมทางปกครองที่พิพาทถูกเพิกถอนเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าว การใช้เครื่องมือดังกล่าวปรากฏตัวอย่างในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่น่าสนใจ 2 คดี ได้แก่ 1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส. 188/2566 (ความเห็นของตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อย) และ 2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 141-142/2556

1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส. 188/2566 (ความเห็นของตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อย)

(ก) ข้อเท็จจริงแห่งคดี

ผู้ฟ้องคดีที่ 1 (สมาคม ต.) เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมสิทธิและหน้าที่ของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในการจัดการด้านการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติให้ใช้ประโยชน์ได้อย่างสมดุล ยั่งยืน และเกิดความมั่นคงทางนิเวศ ได้ดำเนินการ

⁷⁸ โปรดดู คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในคดี Titran ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 2001 ใน อานันท์ กระบวนศรี, อ่างแล้ว เชิงอรุณที่ 51, น. 29-34.



ช่วยเหลือผู้ฟ้องคดีที่ 2 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 16 กรณีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติและปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งห้า (ผู้อำนวยการเขตวัฒนา ที่ 1 ผู้อำนวยการสำนักงานโยธา ที่ 2 ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร ที่ 3 ผู้ว่าการการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ที่ 4 และคณะกรรมการผู้ชำนาญการพิจารณารายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมด้านอาคาร การจัดสรรที่ดิน และบริการชุมชน ที่ 5 ตามลำดับ) เนื่องจากเป็นผู้อยู่อาศัยในชุมชนบริเวณข้างเคียงโครงการ อ. ของผู้ร้องสอด (บริษัท อ.) ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบหกเห็นว่าที่ดินบริเวณดังกล่าวไม่สามารถใช้ทำการก่อสร้างอาคารสูงเกิน 23 เมตร หรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษได้ เนื่องจากซอย ส. ซึ่งเป็นทางเข้าออกโครงการมีความกว้างเพียง 3 เมตรเศษ ต้องห้ามทำการก่อสร้างอาคารสูงเกิน 23 เมตร หรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษตามกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ 33 (พ.ศ. 2535) และกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ 55 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ประกอบกับข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง ควบคุมอาคาร พ.ศ. 2544 ส่วนที่ดินขนาดกว้าง 13 เมตร ที่ใช้เป็นทางเข้าออกของอาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษในโครงการ อ. มิได้เป็นที่ดินของผู้ร้องสอด แต่เป็นที่ดินของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย (รฟม.) ที่ได้มาจากการเวนคืนตามพระราชบัญญัติกำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืน ซึ่งจะต้องนำที่ดินไปใช้ตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนตามที่ระบุไว้ในพระราชบัญญัติเท่านั้น จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างอาคารโครงการ อ. ของผู้ร้องสอด

(ข) การพิจารณาคดีของศาลปกครองสูงสุดและความเห็นของตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อย

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า ที่ดินของผู้ร้องสอดซึ่งผู้ร้องสอดประสงค์ใช้เป็นที่ตั้งของอาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษในโครงการ อ. ไม่มีเขตที่ดินที่ใช้เป็นที่ตั้งอาคารด้านหนึ่งด้านใดกว้างไม่น้อยกว่า 12 เมตร ติดถนนสาธารณะที่มีเขตทางกว้างไม่น้อยกว่า 18 เมตร ยาวต่อเนื่องกันโดยตลอดจนไปเชื่อมต่อกับถนนสาธารณะอื่นที่มีเขตทางกว้างไม่น้อยกว่า 18 เมตร และยาวต่อเนื่องกันโดยตลอดจนถึงบริเวณที่ตั้งของอาคาร เพื่อสามารถใช้เป็นทางเข้าออกของรถดับเพลิงได้ โดยสะดวกตามข้อ 2 วรรคสอง และวรรคสาม ของกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ 33 (พ.ศ. 2535) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ 50 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 แต่เมื่อผู้ร้องสอดได้รับใบอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่านขนาดกว้าง 13 เมตร ของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย (รฟม.) เป็นทางเข้าออกสู่ถนน ส. หรือถนน อ. อันเป็นทางสาธารณะ ผู้ร้องสอดจึงได้นำที่ดินดังกล่าวไปใช้ในการยื่นแจ้งความประสงค์จะก่อสร้างอาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษในโครงการ อ. ของผู้ร้องสอดต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่าที่ดินขนาดกว้าง 13 เมตร ที่ใช้เป็นทางเข้าออกของอาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษในโครงการ อ. มิได้เป็นที่ดินของผู้ร้องสอด แต่เป็นที่ดินของ รฟม. ที่ได้มาจากการเวนคืนตามพระราชบัญญัติกำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนฯ โดยมีวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนเพื่อสร้างทางพิเศษตามโครงการ

รถไฟฟ้ามหานครฯ รฟม. ย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องนำที่ดินไปใช้ตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว การที่ รฟม. นำที่ดินที่ได้มาจากการเวนคืนไปอนุญาตให้ผู้ร้องสอดใช้เป็นทางเข้าออกสู่ถนน ส. โดยมีวัตถุประสงค์ในการใช้ที่ดินเพื่อดำเนินการก่อสร้างอาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษในโครงการ อ. ของผู้ร้องสอด อันเป็นประโยชน์แก่กิจการของผู้ร้องสอดเท่านั้น มิใช่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของ รฟม. และวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืน การอนุญาตของ รฟม. เช่นว่านี้ จึงมีอาจกระทำได้นั้น ที่ดินบริเวณของผู้ร้องสอดจึงไม่สามารถใช้ทำการก่อสร้างอาคารสูงเกิน 23 เมตร หรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษได้ เนื่องจากซอย ส. ซึ่งเป็นทางเข้าออกโครงการมีความกว้างเพียง 3 เมตรเศษ ต้องห้ามทำการก่อสร้างอาคารสูงเกิน 23 เมตร หรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษตามกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ 33 (พ.ศ. 2535) และกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ 55 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ประกอบกับข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง ควบคุมอาคาร พ.ศ. 2544 ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนใบอนุญาตที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกให้แก่ผู้ร้องสอด โดยให้มีผลย้อนหลังถึงวันที่ออกหนังสือฉบับดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อยมีความเห็นแย้งว่า ถึงแม้ว่าการอนุญาตให้ก่อสร้างโครงการ อ. จะไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากโครงการ อ. ไม่มีเขตที่ดินที่ใช้เป็นที่ตั้งอาคารด้านหนึ่งด้านใดกว้างไม่น้อยกว่า 12 เมตร ติดถนนสาธารณะที่มีเขตทางกว้างไม่น้อยกว่า 18 เมตร ยาวต่อเนื่องกันโดยตลอดจนไปเชื่อมต่อกับถนนสาธารณะอื่นที่มีเขตทางกว้างไม่น้อยกว่า 18 เมตร และยาวต่อเนื่องกันโดยตลอดจนถึงบริเวณที่ตั้งของอาคาร เพื่อสามารถใช้เป็นทางเข้าออกของรถดับเพลิงได้ โดยสะดวกตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม โครงการ อ. ของผู้ร้องสอด เป็นโครงการอาคารชุดอยู่อาศัย โดยมีห้องชุดจำนวน 783 ห้อง ซึ่งผู้ร้องสอดได้ขายให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้วประมาณ 666 ห้อง การเพิกถอนใบอนุญาตที่ออกให้แก่ผู้ร้องสอดโดยไม่เปิดโอกาสให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการแก้ไขความบกพร่องทั้งที่อยู่ในวิสัยที่อาจจะกระทำได้ ย่อมมีแต่จะก่อความเสียหายให้แก่เจ้าของห้องชุดซึ่งเป็นผู้ซื้อห้องชุดมาโดยสุจริต และยังเป็นการตัดอำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ในการมีหนังสือแจ้งข้อบกพร่องให้ผู้ร้องสอดดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอาคารให้ถูกต้องตามกฎหมาย ในการพิพากษาคดี จึงสมควรกำหนดเงื่อนไขในการพิพากษาให้การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย (รฟม.) ดำเนินการนำเรื่องการขออนุญาตใช้ประโยชน์ในที่ดินของ รฟม. เป็นทางผ่านตามคำขออนุญาตใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่านของผู้ร้องสอดเสนอรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม เพื่อเสนอไปยังคณะรัฐมนตรีพิจารณาตามมาตรา 74 และมาตรา 75 (6) แห่งพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 ภายใน 270 วัน นับแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา หาก รฟม. ไม่ดำเนินการเสนอเรื่องดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรีภายในระยะเวลาดังกล่าว หรือดำเนินการแล้วแต่คณะรัฐมนตรีไม่พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าว หรือคณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าวแล้วแต่ไม่ให้ความเห็นชอบ ให้การเพิกถอนใบอนุญาตที่ออกให้แก่ผู้ร้องสอดโดยกำหนดให้มีผลเมื่อพ้นกำหนด 270 วัน นับแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา หาก รฟม. ดำเนินการเสนอเรื่องดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบ



ให้ รฟม. ดำเนินกิจการดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนด ให้ใบอนุญาตที่ออกให้แก่ผู้ร้องสอด้มีผลต่อไป
ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อย จึงมีความเห็นว่า สมควรที่ศาลปกครองสูงสุดจะมีคำพิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น เป็นเพิกถอนใบอนุญาตที่ออกให้แก่ผู้ร้องสอด้โดยให้มีผลเมื่อพ้นกำหนด 270 วัน นับแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุด มีคำพิพากษา โดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เสนอเรื่องการขออนุญาตใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชน แห่งประเทศไทยเป็นทางผ่านตามคำขออนุญาตใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย เป็นทางผ่านของผู้ร้องสอด้ต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบภายในกำหนด 270 วัน นับแต่วันที่ ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา หากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ไม่ดำเนินการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีภายในระยะเวลา ที่กำหนด หรือดำเนินการแล้วแต่คณะรัฐมนตรีไม่พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าว หรือคณะรัฐมนตรี พิจารณาแล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าวแล้วแต่ไม่ให้ความเห็นชอบ แล้วแต่กรณี ให้การเพิกถอนคำสั่ง ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ทั้งสิ้น มีผลตามคำพิพากษา หากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ดำเนินการ เสนอเรื่องดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบให้การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชน แห่งประเทศไทยดำเนินการดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนด ให้การเพิกถอนตามคำพิพากษานี้ เป็นอันสิ้นผลไป

(ค) ข้อพิจารณา

ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อยได้ใช้เทคนิคทางกฎหมายที่น่าสนใจ คือ การกำหนดเงื่อนไขในการพิพากษาโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่เปิดช่องให้ศาลปกครอง สามารถ “กำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี” ซึ่งเป็นการให้อำนาจ แก่ศาลปกครองค่อนข้างมาก เพื่อให้ศาลปกครองมีความยืดหยุ่นในการกำหนดค่าบังคับเพื่อให้เกิด ความเป็นธรรมในแต่ละกรณี ในกรณีนี้ ศาลปกครองได้ยกหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ และหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจมาใช้ในการพิจารณาคดีดังปรากฏถ้อยคำที่ว่า “ผู้ร้องสอด้ ได้ขายให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้วประมาณ 666 ห้อง” และถ้อยคำที่ว่า “ก่อความเสียหายให้แก่เจ้าของห้องชุด ซึ่งเป็นผู้ซื้อห้องชุดมาโดยสุจริต” ศาลปกครองจึงใช้อำนาจตามมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติ ดังกล่าว ผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบ ด้วยกฎหมายตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยพิพากษาเพิกถอนใบอนุญาตที่ออกให้แก่ผู้ร้องสอด้ โดยให้มีผลเมื่อพ้นกำหนด 270 วัน นับแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา แต่ได้กำหนดเงื่อนไข ให้ฝ่ายปกครองไปปฏิบัติตามภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด คือ 270 วัน ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวมีสภาพบังคับ ทางกฎหมาย แตกต่างไปจากการกำหนดข้อสังเกตตามมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามซึ่งไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมายแต่อย่างใด เพราะฉะนั้น

(1) ในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เสนอเรื่องการขออนุญาตใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่าน ตามคำขออนุญาตใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่านของผู้ร้องสอดต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบภายในกำหนด 270 วัน นับแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา และคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบให้การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยดำเนินกิจการดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนด ให้การเพิกถอนตามคำพิพากษานี้เป็นอันสิ้นผลไป

(2) ในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ไม่ดำเนินการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือดำเนินการแล้วแต่คณะรัฐมนตรีไม่พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าว หรือคณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าวแล้วแต่ไม่ให้ความเห็นชอบ แล้วแต่กรณี ให้เพิกถอนใบอนุญาตที่ออกให้แก่ผู้ร้องสอด

จะเห็นว่า การใช้เทคนิคดังกล่าวของศาลปกครองสูงสุดมีความคล้ายคลึงกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี *Titran* ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 2001 ของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งในคดีดังกล่าวศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีและหลักการดำเนินการกิจการปกครองที่ดีมาพิจารณาประกอบด้วย สะท้อนให้เห็นว่าแนวคิดในการผ่อนคลายนัยความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่พัฒนาขึ้นมาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสได้ส่งอิทธิพลทางความคิดเข้ามาในระบบกฎหมายไทยที่ละน้อย นอกจากความเห็นของตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อยในคดีดังกล่าวแล้ว ยังปรากฏคดีปกครองอื่นที่น่าสนใจแต่ยังคงเป็นเพียงคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น (คดียังไม่ถึงที่สุด) เนื่องจากศาลได้กำหนดเงื่อนไขตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เอาไว้ในคำบังคับอย่างชัดเจน ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองอุดรธานีที่ ส. 2/2560 (คดีอยู่ในระหว่างพิจารณาของแผนกคดีสิ่งแวดล้อม ศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อส. 40/2560) ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า เมื่อได้พิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองประกอบกับส่วนได้เสียระหว่างรัฐกับเอกชนแล้ว สมควรให้คำพิพากษามีผลในอนาคตเมื่อผู้ร้องสอดไม่สามารถแก้ไขเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดให้ถูกต้องสมบูรณ์ภายในกำหนดหนึ่งปี ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ออกใบอนุญาตประกอบกิจการควบคุมสถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิงให้แก่ผู้ร้องสอด โดยให้การเพิกถอนมีผลในวันที่ครบกำหนดหนึ่งปี ดังนี้ (1) เมื่อผู้ร้องสอดไม่จัดทำระบบป้องกันน้ำเสียในคลองส่งน้ำด้วยพลังงานไฟฟ้าโดยมีการกำจัดน้ำเสียแล้วปล่อยลงสู่ท่อระบายน้ำของทางราชการตามประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดให้สถานีน้ำมันเชื้อเพลิงเป็นแหล่งกำเนิดมลพิษที่จะต้องถูกควบคุมการปล่อยน้ำเสียลงสู่แหล่งน้ำสาธารณะหรือออกสู่สิ่งแวดล้อม ลงวันที่ 8 พฤศจิกายน 2549 ให้ถูกต้องสมบูรณ์ (2) เมื่อผู้ร้องสอดไม่ได้รับความเห็นชอบจากผู้ว่าราชการจังหวัด ห. ให้ใช้คลองส่งน้ำด้วยพลังงานไฟฟ้ากับถนนสองฝั่งคลองส่งน้ำด้วยพลังงานไฟฟ้าเฉพาะส่วนที่ใช้ประโยชน์ตามพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช 2457 และ (3) ถนนบนคลองส่งน้ำด้วยพลังงานไฟฟ้าเฉพาะส่วน

ที่ผู้ร้องสอใช้ประโยชน์ไม่ได้รับอนุมัติจากกระทรวงมหาดไทยให้เปลี่ยนสภาพที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน จากการใช้เพื่อประโยชน์อย่างหนึ่งเป็นอีกอย่างหนึ่งตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการเปลี่ยนสภาพที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน จากการใช้เพื่อประโยชน์อย่างหนึ่งเป็นอีกอย่างหนึ่ง พ.ศ. 2543

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า ตัวอย่างคำพิพากษาที่ยกมานี้ล้วนเป็นคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมทั้งสองคดี สะท้อนให้เห็นว่าคดีสิ่งแวดล้อมเป็นคดีที่มีผลกระทบต่อประชาชนจำนวนมาก ศาลปกครองจึงต้องใช้ความระมัดระวังในการชี้แจงน้ำหนักผลดีและผลเสียที่ได้จากการพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่พิพาทตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในแต่ละกรณี

นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า การใช้เครื่องมือในการกำหนดเงื่อนไขในคำพิพากษาให้ฝ่ายปกครองดำเนินการแก้ไขความบกพร่องให้เป็นไปตามกฎหมายภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดนั้น มีลักษณะที่ใกล้เคียงกับการใช้เครื่องมือกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปในอนาคต (และส่วนมากศาลจะกำหนดข้อสังเกตเพิ่มเติมเป็นแนวทางให้ฝ่ายปกครองไปปฏิบัติ) เพราะทั้งสองกรณีล้วนเป็นเรื่องที่ศาลปกครองเห็นว่าความบกพร่องที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขให้กลับมาถูกต้องสมบูรณ์ได้ ในทางพฤตินัยผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นคือฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการให้ถูกต้องตามกฎหมายตามที่ศาลปกครองเห็น แต่ในทางนิตินัย การพิพากษาเพิกถอนไปในอนาคตมีผลทำให้นิติกรรมทางปกครองที่พิพาทนั้นถูกเพิกถอนเสมอ ไม่ว่าจะเป็นเพราะ (1) พ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าวนิติกรรมทางปกครองที่พิพาทย่อมสิ้นผลลงโดยผลของคำพิพากษา หรือ (2) เป็นกรณีที่ก่อนจะถึงเวลานั้นฝ่ายปกครองมีโอกาที่จะพิจารณาและออกกฎหรือคำสั่งใหม่ กล่าวคือ ถึงแม้ว่าในช่วงเวลาดังกล่าวกฎหรือคำสั่งเดิมจะยังไม่สิ้นผล (ทำให้นิติฐานะของคู่กรณีและการบริหารราชการแผ่นดินมีความต่อเนื่อง) แต่เมื่อมีการออกกฎหรือคำสั่งใหม่มาแทนที่กฎหรือคำสั่งเดิม นิติกรรมทางปกครองที่พิพาทย่อมสิ้นผลลงโดยปริยายโดยฝ่ายปกครองเอง ตรงกันข้ามกับการพิพากษาเพิกถอนโดยกำหนดเงื่อนไขให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติภายในระยะเวลาที่ศาลปกครองกำหนด ซึ่งเป็นกรณีที่หากฝ่ายปกครองปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าวแล้วโดยผลของคำพิพากษาจะถือว่านิติกรรมทางปกครองที่พิพาทนั้นไม่ถูกพิพากษาเพิกถอนแต่อย่างใด

ปัญหาบางประการที่นึกต่อไป คือ หากครบกำหนดระยะเวลาที่ศาลปกครองกำหนดแล้ว แต่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว อันส่งผลให้นิติกรรมทางปกครองที่พิพาทถูกเพิกถอนลงโดยผลของคำพิพากษาแล้ว ผลเพิกถอนนิติกรรมดังกล่าวจะมีผลในเวลาใดระหว่าง (1) ถูกเพิกถอนตั้งแต่วันที่มีการออกนิติกรรมทางปกครอง (2) ถูกเพิกถอนตั้งแต่วันที่ศาลปกครองมีคำพิพากษา หรือ (3) ถูกเพิกถอนตั้งแต่วันที่ครบกำหนดระยะเวลาตามเงื่อนไขในคำบังคับของศาลปกครอง เนื่องจากการกำหนดระยะเวลาในคำบังคับของศาลเป็นเพียงการเปิดช่องให้ระยะเวลาแก่ฝ่ายปกครองเป็นเวลาหนึ่ง เพื่อกลับไปทบทวนแก้ไขข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นตามแนวทางที่ศาลกำหนดเอาไว้เท่านั้น แต่ไม่ได้กำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่าหากต่อมาฝ่ายปกครองละเลยไม่ปฏิบัติตาม จนเป็นเหตุให้นิติกรรมที่พิพาทถูกศาลปกครองเพิกถอนแล้วนั้น นิติกรรมที่ถูกเพิกถอนจะถูกเพิกถอนย้อนหลังไปในอดีต หรือมีผล

นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา หรือมีผลไปในอนาคตภายหลังจากวันที่ศาลมีคำพิพากษาเป็นระยะเวลาใด ระยะเวลาหนึ่ง

ผู้เขียนเห็นว่า จะต้องพิจารณาเนื้อหาของเรื่องเป็นกรณีไป กล่าวคือ ในกรณีที่เป็นการฟ้องเพิกถอนกฎ สมควรให้มีผลนับแต่วันที่ครบกำหนดระยะเวลาตามเงื่อนไขในคำบังคับ ของศาล เพื่อป้องกันผลร้ายแก่บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต แต่ถ้าเป็นการเพิกถอนคำสั่ง ทางปกครอง ควรจะเพิกถอนย้อนหลังกลับไปตั้งแต่วันที่มีการออกนิติกรรมทางปกครองเพื่อประโยชน์ แก่ผู้ฟ้องคดี อย่างไรก็ตาม สำหรับกรณีหลังอาจจะเกิดคำถามตามมาว่าถ้าคำสั่งเดียวกันนั้นเป็นคุณ กับบุคคลภายนอก ศาลปกครองจะดำเนินการอย่างไร ซึ่งวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวสามารถทำได้โดยอาศัย บทบัญญัติเดียวกัน กล่าวคือ อำนาจตามบทบัญญัติมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ให้อำนาจแก่ศาลปกครองในการกำหนด “เงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี” โดยอาจกำหนดเป็นเงื่อนไขว่า “ทั้งนี้ คำบังคับ ของศาลไม่กระทบถึงบุคคลภายนอก กิจการหรือโครงการต่าง ๆ ที่ได้ดำเนินการไปแล้ว” ซึ่งจะได้กล่าว โดยรายละเอียดผ่านการศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 141-142/2556 ต่อไป

2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 141-142/2556

(ก) ข้อเท็จจริงแห่งคดี

ผู้ฟ้องคดีเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด ห. ฟ้องขอให้ศาลปกครอง พิพากษาเพิกถอนข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2548 ข้อบัญญัติงบประมาณ รายจ่ายเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ถึงฉบับที่ 6 ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2548 และข้อบัญญัติงบประมาณ รายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2549 ขององค์การบริหารส่วนจังหวัด ห. และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด ห.) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (สภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด ห.) ซึ่งปฏิบัติงานไม่ถูกต้องตามกฎหมายและระเบียบ หากมีการจัดซื้อจัดจ้างและเบิกเงินไปแล้วต้องส่งเงินคืน ให้แก่องค์การบริหารส่วนจังหวัด ห.

(ข) การพิจารณาคดีของศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า แม้ว่าข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่าย เพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ฉบับที่ 2 ฉบับที่ 5 ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2548 และข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่าย ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2548 เฉพาะรายการหน่วยงานกองคลัง ข้อ 2.2.42 จะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่เมื่อข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายดังกล่าวมีผลบังคับใช้เป็นกรอบวงเงินงบประมาณที่ให้ส่วนราชการ เบิกจ่ายเงินไปใช้ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะต่าง ๆ ในปีงบประมาณ และส่วนราชการ ได้ดำเนินการเบิกจ่ายเงินตามวงเงินงบประมาณที่กำหนดไว้ในข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายดังกล่าวแล้ว ผลบังคับใช้ข้อบัญญัติฯ ในส่วนที่มีการเบิกจ่ายเงินและนำไปใช้แล้วย่อมหมดสิ้นไป หากจะให้คำบังคับ มีผลกระทบต่อกิจการหรือโครงการต่าง ๆ ที่ได้ดำเนินการไปแล้ว เช่น การซ่อมแซมถนน การขุดลำห้วย หรืออุปกรณ์การเรียนการสอนที่ได้จัดซื้อให้โรงเรียนหรือสถานศึกษาให้กลับคืนสู่สภาพเดิม ย่อมจะมีผลกระทบ

ต่อการจัดทำบริการสาธารณะที่ได้ดำเนินการไปแล้วเป็นอย่างยิ่ง อีกทั้งทำให้รัฐต้องสูญเสียงบประมาณโดยใช่เหตุ แต่ถ้าศาลมีคำพิพากษาโดยกำหนดเงื่อนไขว่า แต่ทั้งนี้ คำบังคับของศาลไม่กระทบถึงกิจการหรือโครงการต่าง ๆ ที่ได้ดำเนินการไปแล้ว ย่อมเกิดความเป็นธรรมต่อสังคมและเกิดประโยชน์ต่อสาธารณะมากกว่า ศาลปกครองสูงสุดจึงพิพากษาเพิกถอนข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ฉบับที่ 2 และฉบับที่ 5 ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2548 ทั้งสามฉบับ และเพิกถอนข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2548 เฉพาะรายการหน่วยงานกองคลัง ข้อ 2.2.42 โครงการซ่อมแซมถนนลูกรังสาย บ. งบประมาณ 200,000 บาท ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยให้มีผลบังคับตั้งแต่วันที่มีการประกาศใช้ข้อบัญญัติดังกล่าวแต่ละฉบับ แต่ทั้งนี้ คำบังคับของศาลไม่กระทบถึงกิจการหรือโครงการต่าง ๆ ที่ได้ดำเนินการไปแล้ว

(ค) ข้อพิจารณา

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อบัญญัติที่พิพาทเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเห็นควรพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมดังกล่าวโดยกำหนดให้มีผลย้อนหลังกลับไปตั้งแต่วันที่มีการประกาศใช้ข้อบัญญัติดังกล่าว แต่ศาลเห็นว่าหากกำหนดให้คำบังคับมีผลย้อนหลัง ย่อมส่งผลกระทบต่อกิจการหรือโครงการต่าง ๆ ที่ได้ดำเนินการไปแล้ว เช่น การซ่อมแซมถนน การขุดลำห้วย หรืออุปกรณ์การเรียนการสอนที่ได้จัดซื้อให้โรงเรียนหรือสถานศึกษาให้กลับคืนสู่สภาพเดิม เป็นต้น ย่อมจะมีผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะที่ได้ดำเนินการไปแล้วเป็นอย่างยิ่ง อีกทั้งทำให้รัฐต้องสูญเสียงบประมาณโดยใช่เหตุ กรณีย่อมเป็นการนำหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ แนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะ และหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี และหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีมาใช้ในการผ่อนคลายนความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของการพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย ศาลจึงใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคสอง กำหนดเงื่อนไขว่า “แต่ทั้งนี้ คำบังคับของศาลไม่กระทบถึงกิจการหรือโครงการต่าง ๆ ที่ได้ดำเนินการไปแล้ว” เพื่อให้การเพิกถอนนิติกรรมที่พิพาทไม่ไปสร้างความเดือดร้อนเสียหายแก่บุคคลภายนอกและต่อการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายปกครองเกินสมควร

การใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าวถือเป็นการผ่อนคลายนความเคร่งครัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด คดี *Rodière* ลงวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ. 1925 ของประเทศฝรั่งเศส ที่โดยหลักแล้วย่อมมีผลทำให้นิติกรรมทางปกครองที่ถูกศาลพิพากษาเพิกถอนให้ถือเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยปรากฏมาก่อน (*l'acte annulé est réputé n'avoir jamais existé*) เพื่อขจัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายให้หมดไปและเพื่อเยียวยาผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตลอดรวมไปถึงมาตรการต่าง ๆ ที่นิติกรรมนั้นก่อตั้งขึ้น (*les actes subséquents*) ในช่วงเวลาที่นิติกรรมนั้น

มีผลบังคับใช้ก็ย่อมถูกเพิกถอนไปด้วย⁷⁹ แต่กรณีนี้เป็นกรณีที่ศาลปกครองได้พิจารณาและสร้างสมดุลระหว่างการปกป้องรักษาหลักความชอบด้วยกฎหมายไปพร้อมกับการคำนึงถึงหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ แนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะ และหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีและหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีประกอบกัน ศาลปกครองจึงหาทางออกโดยการยืนยันว่านิติกรรมทางปกครองที่พิพาทไม่ชอบด้วยกฎหมาย กำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนนิติกรรมดังกล่าวย้อนหลังกลับไปตั้งแต่วันที่ที่มีการออกนิติกรรมนั้น แต่จำกัดผลทางกฎหมายไม่ให้กระทบต่อมาตรการโครงการ หรือกิจการต่าง ๆ ที่นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้ก่อตั้งขึ้นในช่วงเวลาที่นิติกรรมทางปกครองมีผลบังคับใช้ ไม่ให้ถูกลบล้างหายไปพร้อมกับนิติกรรมทางปกครองที่พิพาทซึ่งเป็นต้นตอของความไม่ชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 141-142/2556 แล้ว ยังปรากฏการใช้เทคนิคทางกฎหมายเดียวกันในคดีอื่น เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 824/2558 ที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ย้ายและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันสมควรต้องเพิกถอนเสีย แต่ทั้งนี้ การเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวไม่สมควรก่อให้เกิดผลเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีที่อาจอาศัยสิทธิตามตำแหน่งที่ได้รับแต่งตั้งดังกล่าวเป็นคุณสมบัติในการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอื่นต่อไป ซึ่งศาลมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขของการมีค่าบังคับให้เพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างใดก็ได้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณีตามมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงสมควรกำหนดเงื่อนไขให้การเพิกถอนคำสั่งย้ายและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่มีผลต่อการอาศัยสิทธิจากตำแหน่งที่ได้รับแต่งตั้งเป็นคุณสมบัติในการแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีให้ดำรงตำแหน่งอื่น ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ย้ายผู้ฟ้องคดีไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (เจ้าหน้าที่สิทธิมนุษยชน 9 ชช.) และเพิกถอนคำสั่งที่แต่งตั้งผู้ฟ้องคดีให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว ตั้งแต่วันที่คำสั่งดังกล่าวเป็นต้นไป โดยกำหนดเงื่อนไขให้การเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวไม่มีผลต่อการอาศัยสิทธิจากตำแหน่งที่ได้รับแต่งตั้งเป็นคุณสมบัติในการแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีให้ดำรงตำแหน่งอื่น

4. บทวิเคราะห์

การนำหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ แนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะ และหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีและหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีมาใช้ในการผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย ได้ทำลายความคิดดั้งเดิมที่ยึดถือต่อกันมาโดยตลอดว่า การพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครองจะต้องมีผลย้อนหลังกลับไปตั้งแต่วันที่มีการออกนิติกรรมทางปกครองเสมอ แนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดได้สะท้อนให้เห็นถึง

⁷⁹ โปรดดูส่วนที่ 1.3.1 การฟ้องคดีปกครองแบบภาวะวิสัย (contentieux objectif) ของบทความนี้

ความพยายามผ่อนคลายนโยบายความเข้มงวดจนเกินไปของหลักความชอบด้วยกฎหมาย และได้ส่งต่อแนวความคิดนี้เข้ามาสู่ระบบกฎหมายไทย

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคสองให้อำนาจแก่ศาลปกครองในการผ่อนคลายนโยบายความเคร่งครัดของหลักการมีผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยกำหนดเป็นกรอบกว้าง ๆ เอาไว้ว่า เพื่อให้เกิด “ความเป็นธรรมแห่งกรณี” ศาลปกครองสามารถกำหนดค่าบังคับให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ก็ได้ โดยศาลสามารถกำหนดค่าบังคับให้มีผลในวันที่ศาลมีคำพิพากษาหรือให้มีผลไปในอนาคตภายหลังจากวันที่ศาลมีคำพิพากษาก็ได้ นอกจากนี้ ยังสามารถกำหนดเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใดประกอบคำพิพากษาได้เช่นกัน

แม้ว่าการใช้เครื่องมือดังกล่าวของศาลปกครองจะมีประโยชน์เนื่องจากทำให้ค่าบังคับของศาลมีความยืดหยุ่น ผู้ฟ้องคดีได้รับประโยชน์อย่างแท้จริงในทางปฏิบัติ ทำให้บุคคลภายนอกที่ไม่ได้เข้ามาเป็นคู่กรณีได้รับการคุ้มครองสิทธิที่ได้รับมาโดยสุจริต และทำให้ระบบราชการและการจัดทำบริการสาธารณะแก่ประชาชนสามารถดำเนินการอย่างต่อเนื่องไม่หยุดชะงักลงก็ตาม แต่การใช้เครื่องมือดังกล่าวนำมาสู่การตั้งคำถามว่า ศาลปกครองในฐานะองค์กรตุลาการควรจะมิบทบาทอย่างไรในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย การใช้อำนาจของศาลปกครองก้าวล่วงเข้าไปในแดนของฝ่ายปกครองหรือไม่ เป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอันเป็นหลักการสำคัญของหลักนิติรัฐหรือไม่

ในการพิจารณาปัญหาที่เกิดจากการใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคสอง อาจจำแนกได้เป็น 2 ประการ คือ 1) เนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองที่ศาลปกครองเข้าไปควบคุม และ 2) การกำหนดค่าบังคับของศาลปกครอง

1) เนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองที่ศาลปกครองเข้าไปควบคุม

ความกังวลดังกล่าวเริ่มจาก หลักกฎหมายมหาชนและหลักกฎหมายปกครองที่แบ่งแยกอำนาจระหว่างฝ่ายปกครองและศาลปกครอง โดยที่ศาลปกครองไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบประเด็นปัญหาเรื่อง “ความเหมาะสม” ของนิติกรรมทางปกครองได้ และยังรวมไปถึงเรื่องที่เป็น “ดุลพินิจโดยแท้” ของฝ่ายปกครอง มิฉะนั้นแล้ว ย่อมเท่ากับว่าองค์กรตุลาการได้เข้ามามีอำนาจควบคุมตรวจสอบเรื่องในทางบริหาร ทำให้ศาลมีความสามารถในการตัดสินใจเรื่องราวทางบริหารหรือนโยบายได้เอง โดยที่ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบทางการเมือง ซึ่งขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอันเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ทำให้ดุลยภาพแห่งอำนาจระหว่างองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการเสียไป ย่อมนำไปสู่รูปแบบของการปกครองโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งต้องห้ามตามหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักประชาธิปไตย (le gouvernement des juges)⁸⁰ ดังนั้น เรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารหรืออยู่ในแผนทางการเมือง ศาลจะตรวจสอบว่าแนวทางที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกตัดสินใจนั้น

⁸⁰ André Legrand et al., *op. cit.*, p. 21.

เหมาะสมหรือไม่เหมาะสมไม่ได้ หากศาลปกครองก้าวล่วงเข้าไปควบคุมตรวจสอบในเรื่องดังกล่าว ซึ่งถือเป็นดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายปกครอง ย่อมเป็นการใช้อำนาจบริหารโดยองค์กรตุลาการ ศาลปกครองจะมีสถานะเสมือนหนึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ⁸¹ ศาลปกครองทำได้แต่เพียงตรวจสอบปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น ต่างกับการควบคุมตรวจสอบภายในโดยฝ่ายปกครองเองที่ฝ่ายปกครองสามารถตรวจสอบได้ทั้งประเด็นความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของนิติกรรมทางปกครอง⁸²

ในระบบกฎหมายไทย เมื่อพิจารณาอำนาจของศาลปกครองอาจเริ่มจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่รับรองว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทอันเนื่องมาจาก 1) การใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจาก 2) การดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยราชการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁸³ ดังนั้น อำนาจของศาลปกครอง คือ การตรวจสอบมิให้การกระทำทางปกครองขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย ซึ่งเป็นการควบคุมตรวจสอบภายใต้กรอบของกฎหมาย และเมื่อทำการศึกษาค้นประกอบของความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง⁸⁴ แล้ว จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (le control de l'appréciation juridique des faits) ซึ่งถือว่าเป็นหนึ่งในเหตุแห่งความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุภายใน (la légalité interne)⁸⁵ สอดคล้องกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ในกรณี que ที่ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองโดยใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ⁸⁶ แต่ศาลปกครองจะต้องระมัดระวังไม่เข้าไปตรวจสอบ “ความเหมาะสม” (l'opportunité) หรือ “ดุลพินิจโดยแท้” (une décision purement discrétionnaire) ของการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง มิฉะนั้นแล้ว ย่อมถือได้ว่าเป็นการก้าวล่วงเข้าไปปฏิบัติหน้าที่ผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองเสียเอง

⁸¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 15, น. 76.

⁸² โปรดดู ส่วนที่ 1.1 ความทั่วไปของหลักความชอบด้วยกฎหมายและองค์ประกอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

⁸³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 197 วรรคหนึ่ง “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

⁸⁴ โปรดดู ส่วนที่ 1.1.2 องค์ประกอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

⁸⁵ โปรดดู ส่วนที่ 1.1.2.2 ความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุภายใน (la légalité interne)

⁸⁶ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 (1) “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจาก... เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ”



เมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในคดีที่ศาลปกครองได้นำ มาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว มาใช้แล้วจะเห็นได้ว่า ไม่ปรากฏว่ามีคดีใดที่ศาลปกครอง ก้าวล่วงถึงขนาดเข้าไปตรวจสอบความเหมาะสมหรือดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายปกครอง โดยศาลปกครอง ได้ย้าอยู่เสมอว่า คำขอของผู้ฟ้องคดี เช่น การฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองแก้ไขประกาศอธิบดีกรมสรรพากร คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 148/2549 ศาลได้วินิจฉัยว่า เป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ศาลไม่สามารถ ก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบได้ หรือในกรณีที่ศาลปกครองเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 991/2563 ศาลปกครองได้พิจารณาด้วยความระมัดระวังและเห็นว่า เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจกำหนดจุดผ่อนผันอย่างไม่ชอบโดยสิ้นเชิง เพราะเป็นการกำหนดจุดผ่อนผัน ให้จำหน่ายสินค้าได้ทุกวัน ทั้งในเวลากลางวันและกลางคืน เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยอย่างผิดพลาด อย่างประจักษ์ชัด (l'erreur manifeste d'appréciation) จึงไม่ชอบด้วยพระราชบัญญัติรักษาความสะอาด และความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 ซึ่งอยู่ในกรอบที่ศาลปกครองสามารถเข้าไป พิจารณาได้⁸⁷

2) การกำหนดคำบังคับของศาลปกครอง

การใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองตามทฤษฎี การแบ่งแยกประเภทคดีของเลอง ดูกิตต์ ที่ได้แบ่งแยกประเภทคดีปกครองเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ (1) การดำเนิน คดีปกครองแบบภาวะวิสัย และ (2) การดำเนินคดีปกครองแบบอัตวิสัย⁸⁸ โดยที่การฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอน นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) มีลักษณะเป็นการดำเนินคดีปกครองแบบภาวะวิสัย ศาลปกครองมีหน้าที่ ในการตรวจสอบว่ากฎหมายถูกละเมิดโดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองหรือไม่ เนื่องจากถือว่า ผู้ฟ้องคดีมีวัตถุประสงค์ที่จะขอให้ศาลปกครองพิจารณาในประเด็นปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย เป็นสำคัญ ซึ่งต่างกับการฟ้องคดีแบบอัตวิสัย เช่น คดีความรับผิดชอบทางละเมิดและคดีสัญญาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) และ (4) ตามลำดับ ที่ผู้ฟ้องคดีมีความประสงค์ ที่จะให้ศาลพิพากษากำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของผู้ฟ้องคดีเป็นสำคัญ ศาลปกครองมีหน้าที่ ตรวจสอบนิติสัมพันธ์ของคู่กรณีที่มีพิพาทเป็นสำคัญ (la situation juridique d'un individu) นอกจากนี้ ผลบังคับของคำพิพากษาในคดีฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองยังมีผลผูกพันเป็นการทั่วไป (une autorité absolue de chose jugée) และมีผลย้อนหลัง (effet rétroactif) กลับไปในอดีต ตั้งแต่วันที่ มีการออกนิติกรรมทางปกครองโดยฝ่ายปกครอง ทำให้นิติกรรมทางปกครองที่ถูกศาลพิพากษาเพิกถอน

⁸⁷ อานันท์ กระบวนศรี, “การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง และการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ปีที่ 12 ฉบับที่ 1, 2566, น. 163-164.

⁸⁸ โปรตุเกส ส่วนที่ 1.3 ลักษณะของการใช้อำนาจของศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบการกระทำ ของฝ่ายปกครอง

โดยให้ถือเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยปรากฏมาก่อน ดังนั้น เมื่อศาลพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่พิพาทตามพระราชบัญญัติเดียวกัน มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แล้ว บุคคลภายนอกสามารถอ้างเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่พิพาทใช้ยื่นต่อฝ่ายปกครองได้ เพื่อจัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายให้หมดไปและเพื่อเยียวยาผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่สามารถสั่งให้ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองตามสิทธิของผู้ฟ้องคดีได้ ต่างกับการฟ้องคดีแบบอ้อมวิสัยที่เมื่อศาลเข้าไปตรวจสอบนิติสัมพันธ์ของคู่กรณีพิพาทแล้ว ศาลสามารถพิพากษาและกำหนดค่าบังคับให้ฝ่ายปกครองดำเนินการตามสิทธิของผู้ฟ้องคดีได้ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แต่มีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณีเท่านั้น (une autorité relative de la chose jugée) ด้วยระบบดังกล่าว ทำให้เกิดการตั้งคำถามว่า การกำหนดค่าบังคับตามพระราชบัญญัติเดียวกัน มาตรา 72 วรรคสอง มีผลเป็นการทำให้ศาลเข้าไปพิจารณาตรวจสอบนิติสัมพันธ์แห่งสิทธิของผู้ฟ้องคดีและกำหนดค่าบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของผู้ฟ้องคดี เสมือนหนึ่งว่าศาลปกครองได้เพิกถอนนิติกรรมที่พิพาทและเข้าไปสั่งการให้ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองใหม่เพื่อให้เป็นไปตามสิทธิของผู้ฟ้องคดี ทำให้ศาลปกครองมีอำนาจมากเกินไปและเป็นการกระทำที่ขัดต่อทฤษฎีการแบ่งแยกประเภทคดีปกครองและขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่าการใช้อำนาจของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคสอง ศาลปกครองยังคงจำกัดบทบาทของตนเองในการใช้อำนาจเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่ได้มีการใช้อำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการ หรือมีคำสั่งศาลเข้าไปแทนที่การตัดสินใจของฝ่ายปกครองแต่อย่างใด จึงไม่อาจถือได้ว่ามีลักษณะเป็นการก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยในสิทธิหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีหรือบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิของผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด แม้ว่าเมื่ออ่านเนื้อความในคำพิพากษาแล้วจะปรากฏความเห็นทางกฎหมายของศาลปกครองและความปรารถนาที่จะให้ฝ่ายปกครองกลับไปแก้ไขนิติกรรมทางปกครองที่บกพร่องให้ถูกต้องก็ตาม แต่ศาลปกครองยังคงจำกัดอำนาจตัวเอง โดยใช้อำนาจตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) ในการตัดสินว่าจะเพิกถอนหรือไม่เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่พิพาทเท่านั้น แต่ไม่ได้สั่งให้ฝ่ายปกครองต้องไปดำเนินการให้เป็นไปตามสิทธิของผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แต่อย่างใด เพียงแต่ในกรณีที่ศาลพิพากษาเพิกถอนและศาลเห็นว่าการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่พิพาทอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณี บุคคลภายนอกที่ไม่ได้เข้ามาเป็นคู่กรณี หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่การปฏิบัติราชการหรือการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองเกินสมควร ศาลปกครองสามารถใช้อำนาจตามมาตรา 72 วรรคสอง เป็นเครื่องมือ “สนับสนุน” เพิ่มเติมให้การใช้อำนาจตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) มีความยุติธรรมแห่งกรณีอย่างแท้จริง นอกจากนี้ ศาลยังไม่ได้ใช้อำนาจตามอำเภอใจในการตีความคำว่า “ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี” แต่ศาลได้ศึกษาและยกหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ แนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะ และหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีและหลักการดำเนินการกิจ



ทางปกครองที่ดี⁸⁹ ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายเช่นเดียวกัน ในการเข้ามา “ผ่อนคลาย” หลักความชอบด้วยกฎหมาย ไม่ได้เข้ามา “ยกเว้น” หรือ “ยกเลิก” หลักความชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด ดังจะเห็นได้จากการที่ศาลปกครองยังคงมีคำพิพากษา “เพิกถอน” นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพียงแต่จะเพิกถอนอย่างไรนั้น ศาลปกครองจะพิจารณาตามเหตุผลและความจำเป็นในแต่ละกรณี

เมื่อเทียบกับกรณีศาลปกครองได้เคยวินิจฉัยว่าเป็นคำขอที่อยู่ในแดนของฝ่ายปกครอง โดยแท้แล้วจะเห็นได้ว่า กรณีที่จะถือเป็นการก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจะมีลักษณะเป็นการขอให้ศาลสั่งให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งหรือมีการกระทำอื่นใด เช่น ฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนการประมูลสิทธิก่อสร้างอาคารในที่ดินราชพัสดุและให้ดำเนินการเปิดประมูลใหม่⁹⁰ ขอให้เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีเข้าสู่ตำแหน่ง⁹¹ ขอให้เพิกถอนคำสั่งเลื่อนเงินเดือนข้าราชการและให้เลื่อนเงินเดือนผู้ฟ้องคดีใหม่⁹² หรือขอให้อนุวัติให้ผู้ฟ้องคดีจบการศึกษาและอนุวัติปริญญาให้แก่ผู้ฟ้องคดี⁹³ หรือในตัวอย่างคดีปกครองที่ยกมาศึกษาในบทความนี้ ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 148/2549 ที่มีประเด็นที่ผู้ฟ้องร้องขอต่อศาลว่าหากกฎที่พิพาทไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลจะบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการพิจารณาแก้ไขกฎเสียใหม่ให้ครอบคลุมผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สิบสามคนได้หรือไม่ หรือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 61/2558 ที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองที่ให้ไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการและให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งรับผู้ฟ้องคดีกลับเข้า

⁸⁹ มีข้อสังเกตว่า การนำหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีและหลักการดำเนินการกิจการทางปกครองที่ดีมาใช้ในคดีปกครองนั้น ศาลนำมาใช้ในฐานะที่เป็นหลักซึ่งศาลนำมาผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ในกรณีที่ศาลเห็นว่าการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่พิพาทย้อนหลังกลับไปในอดีตแล้ว อาจทำให้เกิดความเสียหายแก่ระบบราชการโดยรวมเกินสมควร ศาลสามารถเปลี่ยนแปลงช่วงเวลาที่จะให้การเพิกถอนมีผลบังคับได้ตามที่เห็นสมควร แต่ศาลปกครองไม่สามารถนำมาใช้ในฐานะที่เป็นกรอบในการควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองแต่อย่างใด มิฉะนั้นแล้ว ย่อมเท่ากับศาลปกครองได้กลายเป็นฝ่ายบริหารเสียเองที่จะสามารถตัดสินใจได้ว่า การบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีหรือการดำเนินการกิจการทางปกครองที่ดีจะต้องเป็นอย่างไร และเข้ามาควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ซึ่งศาลปกครองเห็นว่าเป็นไปตามมาตรฐานที่ศาลปกครองกำหนด ย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างร้ายแรง ดังนั้น ในการยกหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีและหลักการดำเนินการกิจการทางปกครองที่ดีมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลปกครองจะต้องนำหลักการดังกล่าวมาใช้ด้วยความระมัดระวังเป็นอย่างยิ่ง ตรงกันข้ามกับหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ ที่ศาลสามารถนำมาใช้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ฝ่ายปกครองต้องเคารพและปฏิบัติตาม หากฝ่ายปกครองไม่เคารพต่อหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ ศาลปกครองก็อาจพิพากษาเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองได้, โปรตดู อานันท์ กระบวนศรี, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 51*, น. 155.

⁹⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 289/2565

⁹¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1342/2559

⁹² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 985/2559

⁹³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 516/2556

รับราชการตำรวจตามเดิม ซึ่งทั้งสองคดีที่กล่าวมานี้ ศาลปกครองได้วินิจฉัยว่าเป็นเรื่องที่ศาลไม่อาจพิจารณาตามคำขอได้ จึงยกคำขอดังกล่าว และแม้ว่าศาลปกครองจะเห็นพ้องด้วยว่าฝ่ายปกครองควรออกนิติกรรมทางปกครองใหม่ให้ถูกต้องตามกฎหมาย แต่ศาลจะจำกัดตนไม่เข้าไปสั่งการฝ่ายปกครองแต่อย่างใด ศาลทำได้แต่เพียงพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่พิพาท และกำหนด “ข้อสังเกต” เป็นแนวทางกว้าง ๆ เท่านั้น ไม่มีผลบังคับ และไม่ได้ก้าวล่วงไปใช้อำนาจของฝ่ายปกครองแต่อย่างใด

เมื่อศึกษาหลักการพื้นฐานทั้งในส่วนที่ 1 และส่วนที่ 2 ของบทความนี้ ประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในส่วนที่ 3 และทำการวิเคราะห์ เปรียบเทียบ แล้วจะเห็นความแตกต่างระหว่างการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองกับการใช้อำนาจของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคสอง ปรากฏตามตารางด้านล่างนี้ ซึ่งเป็นการยืนยันว่า การใช้อำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 72 วรรคสอง ในการผ่อนคลายนความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ยังคงถือว่าอยู่ในบทบาทขององค์กรตุลาการที่ไม่ได้มีลักษณะก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง โดยแท้ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจแต่อย่างใด

ลักษณะของการใช้อำนาจ	การใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง	การใช้อำนาจของศาลปกครอง
	ใช้อำนาจในเชิงรุก	ใช้อำนาจในเชิงรับ (ศาลไม่สามารถริเริ่มคดีได้เองและห้ามไม่ให้ศาลพิพากษาเกินคำขอ)
ระดับการควบคุมตรวจสอบนิติกรรมทางปกครอง	ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสม	ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย
ระดับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง	ความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุภายนอกและด้วยเหตุภายใน (ทั้งปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย ตลพินิจวินิจฉัย และตลพินิจตัดสินใจ) และความเหมาะสม	ความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุภายนอกและด้วยเหตุภายใน (แต่ถ้ามีความบกพร่องด้วยเหตุภายนอก การกำหนดค่าบังคับของศาลจะผ่อนคลายนกว่ากรณีที่เป็นเหตุภายใน)
ลักษณะของการควบคุมตรวจสอบ	ภาววิสัยและอัตวิสัย	ภาววิสัย (แต่ในการกำหนดค่าบังคับศาลได้เข้ามาพิจารณาประโยชน์ที่ผู้ฟ้องคดีพึงจะได้รับ หรือความเสียหายที่บุคคลภายนอก/ระบบราชการ/ประโยชน์สาธารณะ จะได้รับเพิ่มมากขึ้น)
บ่อเกิดของกฎหมายที่นำมาใช้พิจารณา	พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (เฉพาะในส่วน of คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 49 ถึงมาตรา 52)	พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคสอง



	การใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง	การใช้อำนาจของศาลปกครอง
กฎเกณฑ์หรือหลักกฎหมาย ที่นำมาใช้ในการพิจารณา	- หลักความชอบด้วยกฎหมาย - หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ/ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ - แนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะ - หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี/ หลักการดำเนินการกิจทางปกครองที่ดี	- หลักความชอบด้วยกฎหมาย - หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ/ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ - แนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะ - หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี/ หลักการดำเนินการกิจทางปกครองที่ดี
การกำหนดคำสั่ง/คำบังคับ	เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง + สั่งให้กระทำการ จดเว้นกระทำการ ฯลฯ	เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง + กำหนดระยะเวลาของคำบังคับ หรือเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใด

ตารางที่ 1⁹⁴

อย่างไรก็ดี เพื่อป้องกันไม่ให้ศาลปกครองใช้อำนาจมากเกินไป จากการศึกษาหลักกฎหมายทั้งในทางทฤษฎีและแนวคำพิพากษาของศาลปกครองไทยในทางปฏิบัติแล้ว อาจสรุปได้ว่ากรณีที่ศาลปกครองจะใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคสอง ในการค้นหา “ความเป็นธรรมแห่งกรณี” ศาลปกครองไม่สามารถใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ แต่จะต้องเข้าองค์ประกอบที่สำคัญ 2 เรื่อง คือ

(1) นิติกรรมทางปกครองที่พิพาทไม่ใช่นิติกรรมที่บกพร่องอย่างร้ายแรงถึงระดับที่ต้องถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่เคยมีอยู่เลย

ในกรณีที่ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า นิติกรรมที่พิพาทเป็นนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง ศาลปกครองไม่สามารถปล่อยให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายยังคงดำรงอยู่ต่อไปในระบบกฎหมายได้ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 526/2554 ซึ่งศาลปกครองจะต้องพิจารณาเป็นกรณีไป ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า โดยหลักแล้วความบกพร่องด้วยเหตุจากภายในมีระดับความรุนแรงมากกว่าความบกพร่องด้วยเหตุจากภายนอกของนิติกรรมทางปกครอง แต่ไม่ได้หมายความว่าหากเป็นความบกพร่องด้วยเหตุจากภายในแล้ว ศาลปกครองจะไม่สามารถใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติดังกล่าว มาตรา 72 วรรคสอง ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 148/2549 ซึ่งศาลเห็นว่านิติกรรมที่พิพาทมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เป็นกรณีที่ศาลได้ผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเช่นกัน จึงอาจสรุปในเบื้องต้นได้ว่า ในกรณีที่เป็นการความบกพร่องด้วยเหตุจากภายนอก การผ่อนคลายความเคร่งครัดจะยืดหยุ่นกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่าฝ่ายปกครองสามารถแก้ไข

⁹⁴ จัดทำโดยผู้เขียน

ความบกพร่องนั้นให้กลับมาครบถ้วนสมบูรณ์ตามกฎหมาย เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 252/2556 ซึ่งศาลปกครองจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณี

(2) การพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้มีผลย้อนหลัง จะสร้างความเดือดร้อนเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต การปฏิบัติราชการ หรือการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองเกินสมควร

แม้ว่าการกระทำของฝ่ายปกครองจะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองไม่สามารถพิจารณาเพียงแค่หลักความชอบด้วยกฎหมาย เพียงหลักการเดียวได้แต่อย่างใด ศาลปกครองจะต้องพิจารณาถึงคุณค่าอื่น ๆ ได้แก่ หลักความมั่นคง แน่นนอนแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ แนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะ และหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีและหลักการดำเนินการกิจทางปกครองที่ดี มาใช้พิจารณาประกอบกัน หากศาลนำหลักการดังกล่าวมาพิจารณาแล้วเห็นว่าความเดือดร้อนเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการกำหนด ผลย้อนหลังของคำพิพากษามีผลร้ายมากกว่าผลดี ศาลปกครองสามารถใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองฯ มาตรา 72 วรรคสอง เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่กรณี

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า คดีปกครองที่ศาลปกครองสูงสุดได้นำมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว มาใช้เพื่ออำนวยความยุติธรรม มักจะเป็นคดีพิเศษที่ศาลปกครองได้มีการกำหนดประเภทคดีเอาไว้เป็นการเฉพาะ เนื่องจากเป็นคดีที่มีความสำคัญแตกต่างไปจากคดีปกครองทั่วไป การกำหนดคำบังคับของศาลจึงต้องใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษ เช่น คดีวินัยข้าราชการในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 61/2558 ที่ศาลคำนึงถึงประโยชน์ต่อส่วนรวมและประโยชน์ต่อระบบราชการโดยรวม เป็นสำคัญ คดีบริหารงานบุคคลภาครัฐ ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 252/2556 ที่ศาลคำนึงถึง หลักความมั่นคง แน่นนอนแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ และหลักการดำเนินการกิจทางปกครองที่ดี คดีสิ่งแวดล้อม ในคำพิพากษาศาลปกครองอุดรธานีที่ ส. 2/2560 ที่ศาลคำนึงถึง ประโยชน์สาธารณะและการปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครอง หรือคดีปกครองทั่วไปแต่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับ การเงินการคลังของรัฐ ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 141-142/2556 ที่ศาลปกครองคำนึงถึง ความเป็นธรรมต่อสังคมและประโยชน์ต่อสาธารณะ ความมั่นคง แน่นนอนแห่งนิติฐานะและการดำเนินการกิจ ทางปกครองที่ดีประกอบกัน

บทสรุป

หลักนิติรัฐเรียกร้องว่าการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และเพื่อให้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเกิดขึ้นจริง จึงต้องมีหลักประกันว่า การกระทำของฝ่ายปกครองจะถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลาง ศาลปกครองจึงมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย หากศาลเห็นว่าเป็นนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลสามารถพิพากษาเพิกถอนการกระทำดังกล่าว

โดยกำหนดให้มีผลย้อนหลังกลับไปตั้งแต่วันที่ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองนั้น เพื่อลบล้างความไม่ชอบด้วยกฎหมายและผลผลิตที่เกิดจากนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้หมดสิ้นไปจากระบบกฎหมาย ทั้งนี้ ตามคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลปกครองสูงสุด คดี *Rodière* ลงวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ. 1925

อย่างไรก็ดี การใช้และการตีความกฎหมายของศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศส ได้มีส่วนสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองและทำให้ศาลเห็นว่าการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยกำหนดให้มีผลย้อนหลังกลับไปในอดีตอาจไม่สามารถอำนวยความสะดวกในทางปกครองได้ในทุกกรณี ยิ่งไปกว่านั้น การลบล้างผลในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากนิติกรรมทางปกครองที่ย้อนกลับไปในอดีต ทั้งที่ข้อเท็จจริงได้ผ่านพ้นไปแล้วอาจก่อให้เกิดผลร้ายมากกว่าผลดี ศาลปกครองสูงสุดจึงได้พัฒนาหลักกฎหมายอื่น ๆ เช่น หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและหลักการดำเนินการกิจทางปกครองที่ดี มาใช้พิจารณาประกอบกับหลักความชอบด้วยกฎหมายเพื่อลดความเข้มงวดในการกำหนดผลย้อนหลังของคำพิพากษาให้ผ่อนคลายลง

การศึกษาพัฒนาการของแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศส จึงเป็นประโยชน์ในการใช้และการตีความตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคสอง แต่ถึงแม้ว่ากฎหมายดังกล่าวจะให้อำนาจแก่ศาลในการกำหนดค่าบังคับ โดยให้การเพิกถอนสามารถมีผลไปในอดีต ปัจจุบัน หรือในอนาคต และยังสามารถกำหนดเงื่อนไขได้อย่างใดอย่างหนึ่งในคำพิพากษา แต่กฎหมายได้ให้อำนาจเป็นกรอบอย่างกว้างผ่านการใช้ถ้อยคำว่า “ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี” ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ไม่ได้มีความหมายแน่นอนตายตัวและมีลักษณะเป็นนามธรรม ทำให้ศาลปกครองไทยยังไม่ค่อยใช้เครื่องมือดังกล่าวในการผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายมากนัก อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า ปัจจุบันศาลได้นำบทบัญญัติมาตรา 72 วรรคสอง มาใช้มากขึ้นทีละน้อย โดยการนำหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ แนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะ และหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีและหลักการดำเนินการกิจทางปกครองที่ดีมาใช้ควบคู่ไปกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในแต่ละกรณี

เมื่อพิจารณาปัญหาข้อพิพาทที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ได้นำมา ในบทความนี้แล้วจะเห็นได้ว่า ในการพิจารณาทางปกครองและการพิจารณาคดีปกครอง ย่อมปรากฏอยู่เสมอว่าในการแก้ไขปัญหานั้นอาจนำมาซึ่งปัญหาอื่นตามมา ทั้งนี้ เนื่องจากในความเป็นจริงแล้ว มีคุณค่าในทางกฎหมายที่หลากหลายและแตกต่างกันดำรงอยู่ในเวลาเดียวกัน บ้างก็มีความสัมพันธ์ที่ส่งเสริมกัน แต่ก็มีความสัมพันธ์ที่ขัดแย้งกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะที่มักจะปะทะกันอยู่เสมอ จึงเป็นหน้าที่ของศาลปกครองที่จะต้องประสานความขัดแย้งและสร้างความสมดุลให้เกิดขึ้นในระบบกฎหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมอย่างแท้จริง อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี บทบาทหลักของศาลปกครองซึ่งมีสถานะเป็นองค์กรตุลาการ จึงมีหน้าที่ต้องขจัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองให้หมดสิ้นไป หากศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่านิติกรรม

ทางปกครองที่พิพาทไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยหลักแล้วศาลปกครองจะต้องพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นเสมอ เพียงแต่การกำหนดค่าบังคับว่าจะพิพากษาเพิกถอนอย่างไรนั้น ศาลจะต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักคุณค่าทางกฎหมายต่าง ๆ และซึ่งน้ำหนักผลดีและผลเสียที่จะเกิดขึ้นจากการออกค่าบังคับของศาล โดยมีเป้าหมายสำคัญเพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ทุกฝ่ายมากที่สุดเท่าที่ศาลจะพึงให้ได้ภายใต้กรอบของกฎหมาย

กล่าวโดยสรุป จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคสอง เป็นเครื่องมือในทางกฎหมายที่น่าสนใจที่ศาลปกครองไทยสามารถนำมาใช้เพื่อให้คำพิพากษาและค่าบังคับของศาลปกครองมีความยืดหยุ่นและมีประสิทธิภาพ สามารถอำนวยความสะดวกทางปกครองได้มากยิ่งขึ้นไปกว่าการจำกัดตนอย่างเคร่งครัดและพิจารณาเพียงแค่หลักความชอบด้วยกฎหมาย แต่ยังถือว่าเป็นเครื่องมือที่ยังไม่ค่อยถูกนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีในประเทศไทยมากนัก ส่งผลทำให้การใช้และการตีความบทบัญญัติดังกล่าวของศาลปกครองในแต่ละคดีมีความละเอียดอ่อนและมีความกังวลต่อผลที่จะตามมาและต่อข้อวิพากษ์วิจารณ์ของนักวิชาการว่าเป็นการใช้อำนาจที่มากเกินไปหรือเป็นการใช้อำนาจที่ไม่ชอบด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักนิติรัฐ จึงเป็นหน้าที่ของนักกฎหมายมหาชนที่จะต้องช่วยกันศึกษาและสร้างสรรค์องค์ความรู้ในเรื่องดังกล่าวเพื่อสนับสนุนการทำงานของศาลปกครองไทยต่อไป



บรรณานุกรม

เอกสารภาษาไทย

ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2562).

นิติกร ชัยวิเศษ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายวินัยข้าราชการ, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2564).

บุญอนันต์ วรรณพาณิชย์, หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพฯ : สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, 2545).

ปิยบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป, (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556).

พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, หลักพื้นฐานทางกฎหมายปกครอง : ข้อความคิดว่าด้วยรัฐ ฝ่ายปกครอง และอำนาจทางปกครอง, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2565).

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน : รวมบทความบางเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2540).

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครองภาคทั่วไป, (กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, 2554).

_____, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองสำหรับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า, 2554).

สำนักงานศาลปกครอง, รวมเหตุผลและความเป็นมาเป็นรายมาตราของร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. เล่ม 4, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2548).

อานันท์ กระบวนศรี, “การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองและการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ปีที่ 12 ฉบับที่ 1, 2566.

_____, “การผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (l’atténuation l’effet rétroactif de l’annulation) ในประเทศฝรั่งเศส,” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 23 ฉบับที่ 1, 2566.

_____, “ทวิลักษณะในความสัมพันธ์ของหลักความชอบด้วยกฎหมาย (le principe de légalité) และหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ (le principe de sécurité juridique) ในการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยศาลปกครองฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ ปีที่ 11 ฉบับที่ 2, 2565.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 148/2549.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 34/2550.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 158/2550.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 17/2551.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 526/2554.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 141-142/2556.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 252/2556.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 479/2556.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 516/2556.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 523/2556.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 33/2557.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 343/2557.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 61/2558.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 63/2558.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 194/2558.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 235/2558.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 764/2558.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 824/2558.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 957-958/2558.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1147/2558.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1167-1172/2558.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1435/2558.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 39/2559.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 116/2559.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 225-228/2559.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 985/2559.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1156/2559.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1337/2559.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1342/2559.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 513/2560.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 630/2560.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1178/2560.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1211/2560.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 246/2562.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟบ. 11/2563.
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 102-103/2563.



คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 229/2563.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 991/2563.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟบ. 2/2564.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 289/2565.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส. 188/2566.

คำพิพากษาศาลปกครองอุดรธานีที่ ส. 2/2560 (คดีอยู่ในระหว่างพิจารณาของแผนกคดีสิ่งแวดล้อม ศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อส. 40/2560).

เอกสารภาษาฝรั่งเศส

Alix Perrin, Contentieux administratif, 2^e éd., (Paris : Dalloz, 2021).

André Legrand et al., Droit public : Droit constitutionnel et administratif, Finances publiques, Institutions européennes, (Paris : Documentation française, 2017).

André Maurin, Droit administratif, 11^e éd., (Paris : Sirey, 2018).

Bertrand Seiller, Droit administratif : 2. L'action administrative, 7^e éd., (Paris : Champs université, 2014).

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

Jean - Claude Ricci, Droit Administratif Général, 5^e éd., (Paris : Hachette Supérieur, 2013).

Jean Waline, Droit administratif, 26^e éd., (Paris : Dalloz, 2016).

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

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

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

Martine Lombard et al., Droit administratif, 14^e éd., (Paris : Dalloz, 2021).

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

Michel Rousset et al., Droit administratif, Tome I, L'action administrative, 2^e éd., (Paris : PUG, 2004).

_____, Droit administratif, Tome II, Le contentieux administratif, 2^e éd., (Paris : PUG, 2004).

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

Pascale Gonod, Droit administratif general, 2^e éd., (Paris : Dalloz, 2020).

Patrice Chrétien et al., Droit administratif, 27^e éd., (Paris : Sirey, 2020).

Pierre Delvolvé, Le droit administratif, 7^e éd., (Paris : Dalloz, 2018).

Pierre - Laurent Frier et al., Droit administratif, 12^e éd., (Paris : LGDJ, 2018).

Prosper Weil et al., Droit administratif, 25^e éd., (Paris : PUF/Humensis, 2017).

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

Conseil d'État, "Conseil d'État, 26 octobre 2001 - M. Ternon, Délai de retrait par l'administration d'un acte individuel créateur de droits entaché d'illégalité" 26 Octobre 2018, [Online] retrieved from <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-26-octobre-2001-m.-ternon> เมื่อ 20 กรกฎาคม 2566.

Conseil d'État, "Conseil d'État, Assemblée, 11 mai 2004, Association AC ! et autres, Pouvoir reconnu au juge de moduler dans le temps les effets d'une annulation contentieuse" 12 mai 2017, [Online] retrieved from <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-assemblee-11-mai-2004-association-ac-et-autres> เมื่อ 20 กรกฎาคม 2566.

Conseil d'État, "Conseil d'État, Assemblée, 24 mars 2006, Société KPMG et autres, Reconnaissance en droit interne d'un principe de sécurité juridique" 24 mars 2006, [Online] retrieved from <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-assemblee-24-mars-2006-societe-kpmg-et-autres> เมื่อ 24 กุมภาพันธ์ 2566.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Rodière ลงวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ. 1925.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Société Gepro ลงวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1986.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ประชุมใหญ่) คดี Titran ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 2001.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ประชุมใหญ่) คดี Ternon ลงวันที่ 26 ตุลาคม ค.ศ. 2001.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Ministre de Aménagement du territoire c/Société Schweppes ลงวันที่ 21 มกราคม ค.ศ. 2002.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ประชุมใหญ่) คดี Association AC ! ลงวันที่ 11 พฤษภาคม ค.ศ. 2004.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ประชุมใหญ่) คดี Société KPMG ลงวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ. 2006.



คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่า
ไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น : มุมมองกฎหมายต่างประเทศ

และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดกรณีคำสั่งที่สืบเนื่องจากการสอบแข่งขัน

Administrative order that is obviously and seriously unlawful which legally
is considered as if it was never issued : perspectives from foreign law
and the judgments of the Supreme Administrative Court in series of cases involving
the civil service examinations

กาญจนา ปัญญานนท์*

รับบทความเมื่อ 12 มีนาคม 2567

แก้ไขบทความเมื่อ 26 กรกฎาคม 2567

ตอบรับบทความเมื่อ 22 สิงหาคม 2567

บทคัดย่อ

แนวคิดเรื่องคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะเป็นแนวคิดที่ได้รับการพัฒนาผ่านข้อความคิดทางทฤษฎี กฎหมาย และคำพิพากษาของศาลของบางประเทศในยุโรปมานานแล้ว โดยกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐอิตาลี สาธารณรัฐโปรตุเกส และราชอาณาจักรสเปน บัญญัติรับรองแนวคิดเรื่องคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะไว้อย่างชัดแจ้งในกฎหมาย โดยบัญญัติเป็นการทั่วไปว่า คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะหากมีความบกพร่องในลักษณะที่ร้ายแรงและชัดแจ้ง และบัญญัติกรณีเฉพาะที่เป็นเหตุทำให้เป็นโมฆะ ในขณะที่สาธารณรัฐฝรั่งเศส แม้จะไม่มีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในกฎหมาย และไม่ได้ใช้คำว่า คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ แต่ก็มีทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่ในทางกฎหมายที่ได้รับการพัฒนาโดยสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุด โดยสภาแห่งรัฐจะพิจารณาเป็นรายกรณีไปว่า คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องอย่างใดจึงจะถือว่าเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง อันจะถือว่าไม่มีอยู่เลยในทางกฎหมาย สำหรับประเทศไทย แม้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะไม่ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ แต่หลักการนี้ก็เป็นที่ยอมรับจากทั้งตำรากฎหมายปกครองไทย ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด นับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักการนี้มาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดี

* ปริญญาเอกกฎหมายมหาชน (Dottorato di Ricerca in Diritto Pubblico) มหาวิทยาลัย Pavia สาธารณรัฐอิตาลี, พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

โดยไม่ได้ใช้คำว่าคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ แต่ใช้คำว่าคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง และร้ายแรงซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น โดยได้นำมาปรับใช้ ในการวินิจฉัยคดีสามกรณีด้วยกัน คือ คดีองค์การบริหารส่วนตำบลผาจุ คดีการสอบคัดเลือกข้าราชการ เพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอซึ่งปรากฏว่าผู้ได้รับการคัดเลือกบางรายทุจริต และกลุ่มคดีการสอบคัดเลือก เป็นพนักงานส่วนท้องถิ่นซึ่งขัดกับมาตรฐานทั่วไปในการจัดสอบ เมื่อพิจารณาทั้งสามกรณีแล้วจะเห็นได้ถึงการพัฒนาลักษณะนี้ จึงมีความน่าสนใจที่จะศึกษาว่า ข้อเท็จจริงอย่างไรที่ศาลปกครองสูงสุดจะถือว่า คำสั่งทางปกครองมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงถึงขนาดที่จะทำให้ในทางกฎหมายถือเสมือนว่า ไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น จากการศึกษาพบว่า กรณีการสอบแข่งขันที่พบการทุจริตในการสอบ ไม่ว่าจะเป็นการทุจริตโดยผู้สอบ เจ้าหน้าที่ผู้จัดสอบ ตลอดจนการจัดสอบที่ไม่ได้มาตรฐานตั้งแต่ขั้นตอน การออกข้อสอบ การตรวจข้อสอบ และการประมวลผลคะแนน โดยมีบุคคลดำเนินการเองทั้งหมดในฐานะส่วนตัว ซึ่งขัดกับมาตรฐานทั่วไปที่กำหนดให้สถาบันการศึกษาหรือหน่วยงานที่คณะกรรมการพนักงานส่วนท้องถิ่น คัดเลือกเป็นผู้รับผิดชอบ อันเป็นการจัดสอบโดยทุจริตและผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ส่งผลให้ ประกาศบัญชีผู้สอบแข่งขันได้และคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งซึ่งเป็นผลมาจากประกาศนี้เป็นคำสั่งทางปกครอง ที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงถึงขนาดที่จะทำให้ในทางกฎหมายถือเสมือนว่า ไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น

คำสำคัญ : คำสั่งทางปกครอง, คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง, โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง, มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด, คดีการสอบคัดเลือก, พนักงานส่วนท้องถิ่น



Abstract

The concept of void administrative acts is a concept that has long been developed through theoretical writings, laws and court judgments of several European countries. According to the administrative procedural laws of the Federal Republic of Germany, the Republic of Italy, the Republic of Portugal, and the Kingdom of Spain, the concept of void administrative acts is explicitly recognized by the law. It is generally stated that an administrative order is null if it has serious and obvious defects, and in some cases the causes of nullity are specifically prescribed by law. While French administrative law does not explicitly specify the concept of void administrative acts and does not use the term 'void administrative act' there is a theory of administrative acts that do not exist in law, developed by the Council of State. The French Council of State considers, on a case-by-case basis, which defects in an administrative act are considered obvious and serious that the act shall be considered to not exist at all in law. For Thailand, although the Administrative Procedure Act B.E. 2539 (1996) does not recognize the concept of void administrative acts, this concept is recognized by Thai administrative law textbooks, legal opinions of the Administrative Procedure Committee, and especially by the judgments of the Supreme Administrative Court. From the past to the present, the Supreme Administrative Court has applied the concept of a void administrative act in adjudicating cases. Instead of using the term 'void administrative act', it uses the term 'administrative order that is obviously and seriously unlawful,' which legally is considered as if the administrative act was never issued, has no legal effect, is not valid or legally binding, and is invalid from the outset. This principle has been applied in three cases: the Phajook Subdistrict case; the case of the Chief District officer program recruitment, where selected candidates were found to have cheated; and a series of cases involving the recruitment of local government organization employees, where the process was found to have severely conflicted with general examination standards. The development of the principle can be found throughout the cases. It is worth examining the facts the Supreme Administrative Court considers when determining that an administrative order is obviously and seriously unlawful, as if it was never issued, has no legal effect, is not valid or legally binding, and is invalid from the outset. The study found that in cases of the civil service examinations where were found to have cheated, whether by the candidates or the exam organizers, or due to substandard examination procedures - such as the creation of exam questions,

grading, and score processing being carried out by individuals instead of an educational institution or other entity nominated by the Committee on Local Government Personnel as the examination standard requires - the examination is considered dishonest and seriously unlawful. Consequently, the resulting selection announcement and the government official appointment orders will be deemed obviously and seriously unlawful as if the administrative act was never issued.

Keywords : administrative order, administrative order with obviously and seriously unlawful, void administrative act, the General Assembly of Judges of the Supreme Administrative Court, cases involving the recruiting of the government officer, local government organization employees



บทนำ

“ความไม่สมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองนั้น เปรียบเสมือนการป่วยไข้หรือเป็นโรคของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งก็เหมือนอาการป่วยทั่ว ๆ ไป โดยอาจจะมีทั้งการเจ็บป่วยมากหรือน้อย รักษาได้หรือรักษาไม่ได้ ซึ่งการรักษาอาจทำได้โดยการเยียวยาหรือการกำจัดแบบถอนรากถอนโคน แตกต่างกันไปตามลักษณะความร้ายแรงของโรค เช่นเดียวกันเมื่อคำสั่งทางปกครองไม่สมบูรณ์แล้ว การเยียวยาก็แตกต่างกันออกไปตามระดับของความร้ายแรงของเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์นั้น”¹

เมื่อคำสั่งทางปกครองเป็นมาตรการหนึ่งที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินกิจการทางปกครอง บางครั้งคำสั่งทางปกครองอาจมีข้อบกพร่องบางประการอันมีผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งศาสตราจารย์พิเศษชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ได้จำแนกผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ออกเป็นสองประเภทตามระดับความร้ายแรง คือ “คำสั่งที่เป็นโมฆะ ซึ่งเสียเปล่าไม่มีผลมาตั้งแต่ต้น และคำสั่งที่เพิกถอนได้ ซึ่งมีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น แต่อาจถูกเพิกถอนภายหลังได้”² “โดยความเป็นโมฆะ คือ การไม่ยอมรับว่ามีผลใด ๆ เกิดขึ้นเลย โมฆะจะต้องเป็นความบกพร่องรุนแรงที่เห็นได้ชัดเจนโดยบุคคลโดยทั่วไป อันเป็นเรื่องรุนแรงยิ่งกว่ากรณีของคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ซึ่งอาจถูกเพิกถอนย้อนหลังไปทั้งหมดได้ เพราะความเป็นสุญของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะจะไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง และบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์สืบเนื่องจากผู้นั้นด้วย ทุกอย่างเป็นสุญหมด ไม่มีสิทธิใดที่จะเกิดขึ้นต่อไปได้”³ โดยความบกพร่องต้องมีความชัดเจนถึงระดับที่ทำให้ไม่มีผู้ใดเลยที่จะอ้างความคาดหวังโดยชอบด้วยกฎหมายได้ และรัฐจะไม่รับผิดชอบใด ๆ ต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งหมด”⁴ เมื่อตกเป็นโมฆะแล้ว ต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองเป็นสิ่งที่ไม่เคยเกิดผลขึ้นในระบบของกฎหมายเลย จึงไม่สามารถใช้หลักการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้อยู่ในตัว

¹ Vincenzo Cerulli Irelli, Lineamenti del diritto amministrativo, (Torino : G. Giapichelli Editore 2006), p. 467.

² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพฯ : สื่อการพิมพ์, 2540), น. 279.

³ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาผลทางกฎหมายของนิติกรรมที่เป็นโมฆะในกฎหมายแพ่งแล้วก็มีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติให้นิติกรรมใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย (มาตรา 150) เป็นการพนันวิสัย (มาตรา 150) เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (มาตรา 150) หรือไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด (มาตรา 152) ตกเป็นโมฆะ ซึ่งนิติกรรมที่เป็นโมฆะจะเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น ไม่อาจให้สืดยานแก่กันได้ (172 วรรคหนึ่ง) และผู้มีส่วนได้เสียคนหนึ่งคนใดจะยกความเสียเปล่าขึ้นกล่าวอ้างก็ได้ (มาตรา 172 วรรคหนึ่ง)

⁴ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 284-285.

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไม่ได้บัญญัติเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้ เนื่องจากในขณะที่ยกร่างกฎหมายผู้ร่างเห็นว่า แนวคิดในเรื่องนี้กฎหมายต่างประเทศยังมีหลักการที่ไม่ตรงกัน จึงปล่อยไว้ให้มีการพัฒนาต่อไปโดยการตีความกฎหมาย⁵

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และคำวินิจฉัยของศาลปกครองไทยแล้ว จะเห็นได้ว่า มีการยอมรับแนวคิดและความมีอยู่ของหลักการเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง ต่อมา เมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองแล้ว ศาลปกครองสูงสุดได้นำแนวคิดนี้มาใช้ในการวินิจฉัยคดีเช่นกัน โดยใช้คำว่า “คำสั่งที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น” แทนคำว่าคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47/2546 (ประชุมใหญ่) ซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ให้เจ้าหน้าที่ชุดใช้เงิน แต่ต่อมาก็ไม่ปรากฏว่าศาลปกครองสูงสุดได้นำแนวคิดในเรื่องนี้มาใช้ในการวินิจฉัยคดีอีกเป็นเวลานาน จนกระทั่งเมื่อ พ.ศ. 2562 ในคดีการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอซึ่งปรากฏว่าผู้ได้รับการคัดเลือกบางรายทุจริต และต่อมาในปี พ.ศ. 2564 เป็นต้นมา ในกลุ่มคดีพิพาทเกี่ยวกับการสอบแข่งขันเป็นพนักงานส่วนท้องถิ่น ศาลปกครองสูงสุดได้หยิบยกแนวคิดเรื่องคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงอันเป็นผลให้คำสั่งนั้นไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้นมาใช้ในการวินิจฉัยคดีอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งเดิมคดีพิพาทกลุ่มหลังนี้ปรากฏแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดแตกต่างกันเป็นสองแนวทาง จึงมีการนำคดีกลุ่มดังกล่าวสู่การพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดในการประชุมครั้งที่ 15/2564 ซึ่งที่ประชุมใหญ่ฯ มีมติสรุปได้ว่า การสอบแข่งขันเพื่อเป็นพนักงานส่วนท้องถิ่นเป็นขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งของการสรรหาบุคคลที่มีความรู้ ความสามารถ และความเหมาะสม เพื่อเป็นพนักงานส่วนท้องถิ่น เมื่อการสอบดังกล่าวเป็นการจัดสอบที่ไม่ได้มาตรฐานตั้งแต่ขั้นตอนการออกข้อสอบ การตรวจข้อสอบ และการประมวลผลคะแนน โดยมีบุคคลในฐานะส่วนตัวเป็นผู้ดำเนินการเองทั้งหมด ขัดกับมาตรฐานทั่วไปที่กำหนดให้หน่วยงานกลางที่ได้รับการคัดเลือกเป็นผู้รับผิดชอบ อันเป็นการจัดสอบโดยทุจริตและผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง เมื่อต่อมาคณะกรรมการพนักงานส่วนท้องถิ่นของจังหวัดได้พิจารณาผลการสอบดังกล่าวแล้วมีมติเห็นชอบให้บรรจุและแต่งตั้งผู้สอบแข่งขันได้ และผู้บริหารท้องถิ่นได้อาศัยมติดังกล่าวมีคำสั่งบรรจุและแต่งตั้ง ประกาศขึ้นบัญชีผู้สอบแข่งขันได้ และคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งซึ่งเป็นผลมาจากประกาศดังกล่าว จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง โดยทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งนั้น

⁵ เฟิงอ้าง, น. 282.



จึงน่าสนใจเป็นอย่างยิ่งที่จะศึกษาว่า คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น มีความหมาย ความเป็นมา และพัฒนาการอย่างไร และความบกพร่องหรือความไม่สมบูรณ์อย่างไรจึงจะถือได้ว่าชัดแจ้งและร้ายแรงถึงขนาดที่จะทำให้ถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่เคยเกิดขึ้นเลยหรือเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น

โดยที่แนวคิดเรื่องคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะซึ่งเป็นคำที่ใช้ในกฎหมายต่างประเทศหรือคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งอันเป็นถ้อยคำที่ศาลปกครองสูงสุดของไทยนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดี เป็นแนวคิดที่ได้รับการพัฒนาผ่านข้อความคิดทางทฤษฎี กฎหมาย และคำวินิจฉัยของศาลในประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรปมาช้านานแล้ว ดังนั้น ก่อนที่จะศึกษาแนวคิดและพัฒนาการของเรื่องดังกล่าวในกฎหมายไทย พึงพิจารณากฎหมายต่างประเทศว่ามีแนวคิดและทฤษฎีในเรื่องนี้อย่างไร โดยจะศึกษาแนวคิดทางกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส สาธารณรัฐอิตาลี สาธารณรัฐโปรตุเกส และราชอาณาจักรสเปนพอสังเขป และพิจารณาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ จากนั้น จะได้ศึกษาแนวคิดดังกล่าวและพัฒนาการเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งนั้นในกฎหมายไทย แนวคำพิพากษาของศาลปกครอง และข้อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาดังกล่าว อันจะนำไปสู่บทสรุปและข้อสังเกตเพื่อเป็นข้อพิจารณาในการใช้และการตีความคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงต่อไป

2. แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะในกฎหมายต่างประเทศ

2.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁶

กฎหมายเยอรมันได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองเอาไว้ในรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 โดยมาตรา 44⁷ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะ หากคำสั่งทางปกครองนั้นมีข้อบกพร่องอย่างร้ายแรงและข้อบกพร่องนั้นเห็นได้อย่างชัดแจ้ง” วรรคสอง บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาเงื่อนไข

⁶ รายละเอียดเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน โปรตุเกส นรินทร์ อธิสาร, “ปัญหาการฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองไทย : ศึกษาเปรียบเทียบมุมมองของระบบกฎหมายเยอรมัน,” 2563, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://admc.admincourt.go.th/02-office/office44/wp2/wp-content/uploads/2021/10/DanInfo=intranet2.admincourt.go.th+OA66-03-63.pdf> เมื่อ 9 กรกฎาคม 2567. และณฤมล ชณะรัตน์, “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับเหตุแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง และการยืนยันความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองโดยศาลปกครอง,” 2563, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก http://oer.admincourt.go.th/search_detail/result/11188 เมื่อ 9 กรกฎาคม 2567. ซึ่งบทความทั้งสองบทความนี้ผู้เขียนได้อธิบายแนวคิดนี้ตามกฎหมายเยอรมันไว้โดยละเอียด

⁷ คำแปลโดย นรินทร์ อธิสาร, เพิ่งอ้าง, น. 15-17.

ตามวรรคหนึ่ง หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ 1) ออกเป็นหนังสือหรือทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยไม่ได้แสดงให้เห็นว่าเจ้าหน้าที่ใดเป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว 2) ตามบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว ต้องออกโดยวิธีการส่งมอบหนังสือรับรอง แต่ไม่ได้มีการดำเนินการตามรูปแบบดังกล่าว 3) ออกโดยเจ้าหน้าที่ โดยเกินจากขอบอำนาจตามพื้นที่ที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ข้อ 1 โดยไม่ได้รับมอบอำนาจ 4) ด้วยเหตุผล ในทางข้อเท็จจริง คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สามารถดำเนินการตามได้ 5) เรียกร้องให้กระทำการที่ไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย อันจะทำให้เกิดองค์ประกอบความผิดทางอาญาหรือค่าปรับทางปกครอง และ 6) ขัดต่อศีลธรรมอันดี”

อย่างไรก็ตาม วรรคสามของมาตราดังกล่าวได้บัญญัติข้อยกเว้นว่า “คำสั่งทางปกครอง ไม่ตกเป็นโมฆะ ด้วยเหตุผลดังนี้ 1) ไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจทางพื้นที่ เว้นแต่กรณี ที่กำหนดไว้ในวรรคสอง ข้อ 3 2) มีผู้ที่มีส่วนได้เสียซึ่งตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 20 วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง ข้อ 2 ถึงข้อ 6 เข้ามามีส่วนร่วมในการออกคำสั่งทางปกครอง 3) การร่วมออกคำสั่งทางปกครองตามที่กฎหมาย กำหนดของคณะกรรมการที่ไม่มีอำนาจออกมติ สำหรับการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว หรือมีมติไป โดยไม่มีความสามารถในการมีมติดังกล่าว 4) ไม่ปรากฏว่ามีการร่วมออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่อื่น ตามที่กฎหมายกำหนด”

วรรคสี่ บัญญัติว่า “กรณีคำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะเพียงบางส่วน ให้ถือว่า คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นโมฆะทั้งหมด หากส่วนที่เป็นโมฆะเป็นสาระสำคัญถึงขนาดที่เจ้าหน้าที่จะไม่ออก คำสั่งทางปกครองโดยปราศจากส่วนที่เป็นโมฆะดังกล่าว”

วรรคห้า บัญญัติว่า “เจ้าหน้าที่มีอำนาจที่จะยืนยันความเป็นโมฆะได้เองไม่ว่าในเวลาใด ๆ และต้องยืนยันความเป็นโมฆะ ตามคำขอของผู้ยื่นคำขอที่มีประโยชน์เกี่ยวข้องอันชอบธรรม”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า มาตรา 44 แห่งรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง ค.ศ. 1976 บัญญัติเหตุแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้สองกรณี คือ กรณีแรก ความเป็นโมฆะแบบทั่วไป หากคำสั่งทางปกครองมีข้อบกพร่องอย่างร้ายแรงและเห็นเป็นประจักษ์ชัด ไว้ในวรรคหนึ่ง และกรณีที่สอง ความเป็นโมฆะแบบเด็ดขาดตามรายการที่บัญญัติไว้ในวรรคสอง จากนั้น ได้บัญญัติข้อยกเว้นที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ตกเป็นโมฆะไว้ในวรรคสาม

ทั้งนี้ ตัวอย่างคดีที่ศาลปกครองเยอรมันได้วินิจฉัยเกี่ยวกับความเป็นโมฆะแบบทั่วไป ของคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐนอร์ทไรน์-เว็สท์ฟาเลิน พิพากษาว่า การออกใบอนุญาตก่อสร้างโรงแรมที่ไม่กำหนดให้มีบันไดและทางออกฉุกเฉิน เป็นข้อบกพร่องอย่างร้ายแรง และเห็นประจักษ์ชัดสำหรับทุกคนว่าทุกโรงแรมจะต้องจัดให้มี มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ⁸ หรือศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งเมืองลือเนบวร์ค พิพากษาว่า การให้ลาออกจากราชการโดยปราศจากคำร้อง ขอลาออกจากราชการมีลักษณะบกพร่องอย่างร้ายแรงและเห็นประจักษ์ชัด คดีนี้ผู้ฟ้องคดีเพียงแต่ยื่นคำร้อง ขอสมัครเป็นผู้พิพากษา แต่ไม่ได้ยื่นคำร้องขอลาออกจากการเป็นข้าราชการประจำ ทำให้การลาออก

⁸ นฤมล ชณะรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น. 10-11.

จากราชการของผู้ฟ้องคดีเป็นไปโดยไม่มีการยื่นคำร้องมาก่อน ซึ่งกฎหมายข้าราชการให้ความสำคัญต่อแบบคำร้องนี้เป็นอย่างมาก เช่นนี้ การให้ลาออกจากราชการโดยปราศจากคำร้องขอลาออกจากราชการจึงเป็นโมฆะ⁹ โดยนฤมล ชณะรัตน์ เห็นว่า “จากตัวอย่างคำวินิจฉัยข้างต้น ลักษณะของความบกพร่องอย่างร้ายแรงและเห็นประจักษ์ชัด จะเป็นกรณีที่ไม่ว่าจากคำใดก็ตามจะเกิดขึ้นได้อย่างแน่แท้ เป็นสิ่งที่เป็นไปได้เลยเป็นความผิดปกติเป็นอย่างมาก หรือส่วนที่เป็นสาระสำคัญขาดความชัดเจนอย่างยิ่ง ความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง จึงนำมาปรับใช้ในกรณีที่จำกัด้ย ซึ่งการพิจารณาว่ามีความบกพร่องอย่างร้ายแรงและเห็นประจักษ์ชัดจนถึงขนาดเป็นโมฆะจะเป็นเรื่องที่ศาล เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และฝ่ายวิชาการจะได้พัฒนาขึ้นไป”¹⁰

สำหรับความเป็นโมฆะแบบเด็ดขาดตามรายการที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๔๔ วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 นั้น เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติกรณีที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะหากมีเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งนฤมล ชณะรัตน์ เห็นว่า “การบัญญัติแจกแจงรายการเช่นนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยในการตีความและเป็นนิตินโยบายที่ประสงค์จะหลีกเลี่ยงความไม่ชัดเจนในการตีความว่าอย่างไรจะถึงขนาดที่มีความบกพร่องอย่างร้ายแรงและเห็นประจักษ์ชัด”¹¹ ทั้งนี้ นฤมล ชณะรัตน์ ได้แยกพิจารณาความเป็นโมฆะตามบทบัญญัติในวรรคสองตามเหตุแห่งความบกพร่อง¹² ออกเป็นสามกรณี สรุปได้ดังนี้

(1) ความบกพร่องในแง่รูปแบบและขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ กรณีการออกเป็นหนังสือหรือทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยไม่ได้แสดงให้เห็นว่าเจ้าหน้าที่ใดเป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว และกรณีตามบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว คำสั่งทางปกครองต้องออกเป็นหนังสือที่มีการรับรองและต้องมีการส่งมอบหนังสือที่มีการรับรองดังกล่าว แต่ไม่ได้มีการดำเนินการตามรูปแบบนั้น ซึ่งกรณีนี้อาจกล่าวได้ว่า เป็นการที่กฎหมายกำหนด “แบบ” ของคำสั่งทางปกครองเอาไว้แน่นอน เช่น การได้มาซึ่งสัญญาติเยอร์มันที่ผู้ขอสัญญาติจะต้องผ่านพิธีการส่งมอบหนังสือสำคัญการขอสัญญาติจากหน่วยงานราชการเยอร์มัน หากไม่ได้มีการดำเนินการตามพิธีการส่งมอบหนังสือสำคัญการขอสัญญาติ คำสั่งทางปกครองนั้นจะตกเป็นโมฆะหรือกรณีที่กฎหมายกำหนดแบบเอาไว้ หากมิได้ทำตามจะทำให้คำสั่งนั้นเป็นโมฆะ กล่าวคือ “มาตรา 10 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยข้าราชการแห่งสหพันธรัฐ กำหนดแบบของคำสั่งแต่งตั้งไว้ว่า จะต้องทำเป็นหนังสือตราสารที่มีข้อความตามที่กฎหมายกำหนด โดยจะต้องระบุประเภทของนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายข้าราชการ ตำแหน่งที่แต่งตั้ง หากเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายข้าราชการที่มีระยะเวลาจะต้องระบุกำหนดเวลา

⁹ เฟ็งอ้าง

¹⁰ เฟ็งอ้าง, น. 11.

¹¹ เฟ็งอ้าง, น. 12.

¹² เฟ็งอ้าง, น. 12-13.

ที่แต่งตั้งเอาไว้ด้วย และจะต้องส่งมอบหนังสือตราสารนั้นให้แก่ผู้ได้รับแต่งตั้ง หากมิได้มีการแต่งตั้งโดยส่งมอบหนังสือตราสารหรือหนังสือตราสารมีข้อความไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด มาตรา 13 วรรคหนึ่ง ข้อ 1 แห่งรัฐธรรมนูญถือว่าด้วยซ้ำว่าการแห่งสหพันธรัฐกำหนดให้การแต่งตั้งนั้นเป็นโมฆะ”¹³

(2) ความบกพร่องในอำนาจของผู้ออกคำสั่งทางปกครอง โดยอาจพิจารณาได้ในสามมิติ คือ อำนาจในแง่บุคคลที่เจ้าหน้าที่จะมีอำนาจได้ต้องเป็นผู้ดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนด อำนาจในแง่เวลาที่เจ้าหน้าที่จะต้องกระทำการในขณะที่มีอำนาจตามกฎหมาย และอำนาจในแง่ของพื้นที่ที่เจ้าหน้าที่จะต้องใช้อำนาจในพื้นที่ที่ตนรับผิดชอบ

(3) ความบกพร่องในเนื้อหา ไม่ว่าจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่โดยสภาพแล้วไม่อาจกระทำได้ คำสั่งทางปกครองที่เรียกร้องให้กระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

อย่างไรก็ตาม มาตรา ๔๔ แห่งรัฐธรรมนูญวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ก็ได้บัญญัติข้อยกเว้นที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ตกเป็นโมฆะไว้ โดยหากมีเหตุหนึ่งเหตุใดใน 4 ประการตามที่บัญญัติไว้ในวรรคดังกล่าว ไม่เป็นเหตุทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะ แต่เป็นเพียงคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้เท่านั้น¹⁴

2.2 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

แม้กฎหมายฝรั่งเศสจะไม่ได้บัญญัติเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกันกับในกฎหมายเยอรมันก็ตาม แต่แนวคิดดังกล่าวปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐซึ่งทำหน้าที่ศาลปกครองสูงสุด กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครองที่แม้จะทำขึ้นและมีอยู่ในทางข้อเท็จจริง แต่หากมีเหตุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง จะถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่ในทางกฎหมาย กล่าวคือ ไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมายหรือเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น ทั้งนี้ ศาลจะเป็นผู้พิจารณาเป็นรายกรณีไปว่า คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องอย่างไรจึงจะถือว่าชัดแจ้งและร้ายแรง¹⁵ ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยไว้ว่า กรณีดังต่อไปนี้เป็นคำสั่งที่มีความบกพร่องอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง เช่น คำสั่งขององค์กรที่ไม่มีอยู่จริงในทางกฎหมาย¹⁶ คำสั่งแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่ใช่เพื่อเป็นการทำงานตามหน้าที่แต่เพื่อให้ได้รับ

¹³ นิติกร ชัยวิเศษ, หลักความมั่นคงของตำแหน่งในกฎหมายข้าราชการเยอรมัน, 2564, น. 5-6, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก http://oer.admincourt.go.th/search_detail/result/11766 เมื่อ 9 กรกฎาคม 2567.

¹⁴ นฤมล ขนระรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น. 14.

¹⁵ MAURER (H.), Droit administratif allemand, traduit par FROMONT (M.), (Paris: L.G.D.J., 1994), p. 261. อ้างถึงใน ศุภวัฒน์ สิงห์สูงษ์, “โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง : มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบและพัฒนากล้าสุดในระบบกฎหมายไทย,” กฎีกาสาร ปีที่ 10 ฉบับที่ 5, 2558, น. 17-18.

¹⁶ René Chapus. Droit administratif général. Tome I. 632-633 (4° Edition. 1988) อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 281.



ประโยชน์จากตำแหน่งนั้น¹⁷ คำสั่งให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานทั้งที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นพ้นกำหนดที่ต้องทำหน้าที่นั้นแล้ว¹⁸ คำสั่งที่เห็นโดยชัดแจ้งว่าไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของฝ่ายปกครองและละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์สิน และสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลอย่างร้ายแรง¹⁹ คำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในวัตถุประสงค์อย่างชัดแจ้ง และร้ายแรง เช่น คำสั่งให้ข้าราชการที่เกษียณอายุราชการแล้วดำรงตำแหน่งต่อไป หรือคำสั่งให้บุคคล ดำรงตำแหน่งทางราชการเพียงเพื่อให้ได้รับสิทธิประโยชน์แต่ไม่ได้มอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ เนื่องจาก เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง ไม่ควรรับรู้ผลทางกฎหมายใด ๆ เป็นต้น หรือกรณีที่ฝ่ายปกครอง ใช้อำนาจขององค์กรอื่น เช่น กรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดมีคำสั่งให้การเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลเป็นโมฆะ ทั้งที่เรื่องดังกล่าวอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาล²⁰ หรือคำสั่งทางปกครองใดที่ออกโดยอาศัยฐาน ของกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ศาลปกครองได้ประกาศให้เป็นโมฆะ²¹ หรือมติของคณะกรรมการ บริหารเทศบาลที่เกิดจากการประชุมของนายกเทศมนตรีและผู้ช่วย ซึ่งสภาแห่งรัฐเห็นว่า ไม่มีบทกฎหมายใด ที่ให้อำนาจแก่คณะกรรมการดังกล่าวที่จะร่วมกันมีมติในเรื่องใดแทนที่สภาเทศบาลหรือนายกเทศมนตรี ในเรื่องเกี่ยวกับการบริหารงานของเทศบาล องค์กรดังกล่าวจึงเป็น “องค์กรที่ไม่มีอยู่ตามกฎหมาย”²² เป็นต้น

2.3 สาธารณรัฐอิตาลี

ความเป็นโมฆะเป็นความไม่สมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง ซึ่งศาสตราจารย์ Vincenzo Cerulli Irelli ได้ให้คำอธิบายไว้อย่างน่าฟังว่า “ความไม่สมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองนั้น เปรียบเสมือนการป่วยไข้หรือเป็นโรคของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งก็เหมือนอาการป่วยทั่ว ๆ ไป โดยอาจจะ มีทั้งการเจ็บป่วยมากหรือน้อย รักษาได้หรือรักษาไม่ได้ ซึ่งการรักษาอาจจะทำได้โดยการเยียวยาหรือการกำจัด แบบถอนรากถอนโคน (*tanquam non esset*) แตกต่างกันไปตามลักษณะความร้ายแรงของโรค เช่นเดียวกัน เมื่อคำสั่งทางปกครองไม่สมบูรณ์แล้ว การเยียวยาอาจแตกต่างกันไปตามระดับของความร้ายแรง ของเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์นั้น”²³ ซึ่งความไม่สมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองนี้ รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง ค.ศ. 1990 ได้แบ่งเป็นสองประเภทด้วยกัน คือ โมฆะกรรม (ไม่สมบูรณ์ร้ายแรง รักษาไม่ได้ ต้องกำจัด) และโมฆียะกรรม (แม้จะไม่สมบูรณ์ แต่ยังสามารถรักษาได้) โดยความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองนั้น

¹⁷ เพิ่งอ้าง, น. 282

¹⁸ เพิ่งอ้าง

¹⁹ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 15, น. 19.

²⁰ เพิ่งอ้าง

²¹ เพิ่งอ้าง

²² คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน 1983 คดี Saerens อ้างถึงใน ยงยุทธ อนุกุล และดารารพร นพเก้า, “นิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลย (*actes administratifs inexistance*) (คดี Rosan Girard คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐฝรั่งเศส (ประชุมใหญ่)) ลงวันที่ 31 พฤษภาคม ค.ศ. 1957),” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 6 ฉบับที่ 1, 2549, น. 138.

²³ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 467.

ถือได้ว่าเป็นเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ที่รุนแรงที่สุด คำสั่งทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะนั้นกฎหมายจึงให้ถือเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยมีอยู่มาก่อน โดยมาตรา 21 สัตต วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1990 บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองที่ขาดองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญ คำสั่งทางปกครองที่ทำโดยปราศจากอำนาจอย่างสิ้นเชิง คำสั่งทางปกครองที่ทำโดยขัดหรือแย้งต่อคำพิพากษาให้ตกเป็นโมฆะ ทั้งนี้หมายถึงคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้ตกเป็นโมฆะด้วย”

เมื่อพิจารณาดำรงกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐประกอบกันแล้ว จะเห็นได้ว่า คำสั่งทางปกครองจะตกเป็น “โมฆะ” เมื่อมีเหตุดังนี้

1) ขาดองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญ

โดยองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ ความสามารถในการออกคำสั่ง (เช่น มีความบกพร่องเพราะผู้ทำคำสั่งไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นต้น) การประกาศก่อนการออกคำสั่ง (เช่น กรณีเวนคืนต้องมีการประกาศว่า เว้นคืนที่ดินเพื่อวัตถุประสงค์ใด เช่น สร้างโรงพยาบาล หรือสร้างถนน เป็นต้น ก่อนออกรัฐกฤษฎีกาเวนคืน) วัตถุประสงค์ของคำสั่ง เหตุของการออกคำสั่ง แบบเป็นหนังสือ การลงนามโดยผู้มีอำนาจ²⁴ เป็นต้น ดังนี้แล้วคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีลายมือชื่อของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งย่อมตกเป็นโมฆะ²⁵ หรือหากพิจารณาจากเจตนาภายในของผู้ทำคำสั่ง หากผู้ทำคำสั่งมีเจตนาโดยทุจริตในการใช้อำนาจหรือมีการเรียกรับเงินเพื่อใช้อำนาจออกคำสั่ง การออกคำสั่งโดยมีเจตนาทุจริตนี้เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนตนของผู้ออกคำสั่งเท่านั้น ไม่ใช่เพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงถือได้ว่าเป็นการออกคำสั่งโดยขาดองค์ประกอบสำคัญในเรื่องเจตนาของผู้ทรงอำนาจ²⁶ อันทำให้เป็นโมฆะ หรือกรณีการสรรหาบุคคล

²⁴ คำพิพากษาศาลปกครองฎีกาภาคลาคีโอ เลขที่ 32942 ลงวันที่ 21 ตุลาคม ค.ศ. 2010

²⁵ คำพิพากษาศาลแห่งรัฐ เลขที่ 1892 ลงวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 1995 อ้างถึงใน ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, “โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง : มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบและพัฒนากล้าสุดในระบบกฎหมายไทย,” กฎกฤษฎีกาสาร ปีที่ 10 ฉบับที่ 5, 2558, น. 24.

คำพิพากษาศาลปกครองฎีกาอะบรูซโซ เลขที่ 174 ลงวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 2020 อ้างถึงใน Lucca Di Maurizio, Sulla validità del provvedimento amministrativo privo della firma, [Online], retrieved from https://www.ildirittoamministrativo.it/Sulla-validita%C3%A0-provvedimento-amministrativo-privo-della-firma-Lucca-Maurizio/gamm683#_ftn4 เมื่อ 17 ธันวาคม 2566

อย่างไรก็ตาม กรณีที่แม้ไม่มีการลงลายมือชื่อแต่หากในคำสั่งดังกล่าวสามารถอ้างอิงหน่วยงานผู้ทำคำสั่งได้ คำสั่งดังกล่าวก็ไม่ตกเป็นโมฆะ (คำพิพากษาศาลแห่งรัฐ เลขที่ 981 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2007)

²⁶ Marina D'Orsogna, La nullità del provvedimento amministrativo, in Cerulli Irelli, La disciplina generale dell'azione amministrativa, (Napoli: Jovene, 2006), p. 368.



เข้ารับราชการโดยไม่มีการสอบแข่งขัน อันถือได้ว่าเป็นองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของการสรรหา²⁷ หรือคำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะเมื่อบุคคลหรือวัตถุแห่งคำสั่งไม่มีอยู่จริง เช่น การเกณฑ์ทหารจากบุคคล เพศหญิง การออกรัฐกฤษฎีกาเวนคืนสิ่งสาธารณทรัพย์ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนแล้ว เป็นต้น²⁸

2. ทำโดยปราศจากอำนาจอย่างสิ้นเชิง (difetto assoluto di attribuzione o carenza di potere in astratto)²⁹ ซึ่งกรณีที่ผู้ออกคำสั่งปราศจากอำนาจโดยสิ้นเชิงหรือโดยเด็ดขาด ได้แก่

²⁷ คำพิพากษาศาลฎีกา เลขที่ 21528 ลงวันที่ 20 สิงหาคม ค.ศ. 2019 สรุปสาระสำคัญได้ว่า โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลี มาตรา 97 บัญญัติให้การคัดเลือกบุคคลากรภาครัฐให้ทำโดยการสอบแข่งขัน และมาตรา 51 วรรคหนึ่ง บัญญัติรับรองสิทธิแก่พลเมืองในการเข้าทำงานในหน่วยงานของรัฐโดยเสมอภาคและตามวิธีการ ที่กฎหมายบัญญัติ และโดยที่มาตรา 35 (การคัดเลือกบุคคลเข้าปฏิบัติงาน) วรรคสาม แห่งรัฐกฤษฎีกาเลขที่ 165/2001 (ว่าด้วยหลักเกณฑ์การบริหารงานบุคคลในหน่วยงานทางปกครอง) บัญญัติให้การคัดเลือกบุคคลเข้าปฏิบัติงาน ในหน่วยงานทางปกครองต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ 1) ต้องมีการประกาศหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือก กระบวนการคัดเลือกต้องประกันความเป็นกลาง และกระบวนการคัดเลือกต้องเป็นไปโดยประหยัดและรวดเร็ว 2) ใช้วิธีการที่เหมาะสมและโปร่งใส เพื่อให้ได้บุคลากรที่มีความสามารถตรงกับตำแหน่ง 3) เคารพหลักความเสมอภาค ระหว่างชายและหญิง 4) กระจายกระบวนการคัดเลือก 5) องค์ประกอบของคณะกรรมการคัดเลือกต้องประกอบไปด้วย ผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาที่เปิดสอบ โดยสรรหาจากเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานและอาจารย์ผู้สอนซึ่งมาจากภายนอก ดังนั้นแล้ว เมื่อการคัดเลือกบุคคลเพื่อปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐสามารถทำได้โดยผ่านกระบวนการสอบแข่งขันตามที่มาตราดังกล่าวกำหนดไว้เท่านั้น เพื่อให้ได้บุคคลที่มีความรู้ความสามารถ เมื่อไม่มีการสอบแข่งขันอันถือเป็นสาระสำคัญ ในการสอบคัดเลือก สัญญาจ้างจึงเป็นโมฆะ

นอกจากนี้แล้ว แม้กระทั้งการสรรหาบุคคลเพื่อปฏิบัติงานในบริษัทจำกัดที่มีหน่วยงานทางปกครอง เป็นผู้ถือหุ้นรายเดียว โดยไม่ดำเนินกระบวนการสอบแข่งขัน เป็นการฝ่าฝืนกระบวนการคัดเลือกบุคคลเข้าทำงาน ในหน่วยงานของรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ทำให้สัญญาจ้างเป็นโมฆะอีกด้วย (คำพิพากษาศาลฎีกาเลขที่ 2538 ลงวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 2021 [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://lavlex.it/wp-content/uploads/2022/03/cassazione-2538-2022.pdf> เมื่อ 6 พฤศจิกายน 2566) รายละเอียดโปรดดู กาญจนา ปัญญานนท์, อิตาลี : การคัดเลือกบุคคล เข้าทำงานในบริษัทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยไม่จัดสอบแข่งขัน สัญญาจ้างเป็นโมฆะ, หลักกฎหมายมหาชน ประจำเดือนพฤศจิกายน 2566, น. 13-16. [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://admc.admincourt.go.th/02-office/office44/wp2/wpcontent/uploads/2023/11/DanalInfo=intranet2.admincourt.go.th+L11-66.pdf> เมื่อ 10 มกราคม 2567

²⁸ คำพิพากษาศาลปกครองฎีกาภาคลอมบาร์เดีย เลขที่ 855 ลงวันที่ 22 เมษายน ค.ศ. 2005 คำพิพากษาศาลปกครองฎีกาภาคปูเยีย เลขที่ 3740 ลงวันที่ 19 ตุลาคม ค.ศ. 2006 และคำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ เลขที่ 88 ลงวันที่ 29 มกราคม ค.ศ. 1999

²⁹ เมื่อเทียบเคียงกับกฎหมายฝรั่งเศส การทำนิติกรรมโดยปราศจากอำนาจนั้นศาลถือว่าตกเป็นโมฆะ และไม่มีผลใช้บังคับและถือว่าเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงเสมือนกับว่าไม่มีความคงอยู่ของนิติกรรม ทางปกครองนั้น ในการนี้ ศาลมีอำนาจยกเหตุเรื่องการทำนิติกรรมโดยปราศจากอำนาจขึ้นพิจารณาได้เอง (โปรดดู สุรีย์ เผ่าสุขถาวร, รายงานการศึกษาส่วนบุคคล เรื่อง ศาลปกครองกับการพิจารณาปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2554), น. 4-5.

• กรณีไม่มีกฎหมายให้อำนาจในการออกคำสั่งนั้น เช่น กรณีคำสั่งของเทศบาลที่ให้ติดไม้กางเขนในห้องเรียนในทุกโรงเรียนและติดกางเขนในห้องทำงานในสำนักงานเทศบาลนั้นเป็นคำสั่งที่ทำโดยปราศจากอำนาจโดยสิ้นเชิงเพราะไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจแก่เทศบาลในการออกคำสั่งนั้น คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นโมฆะ³⁰

• การออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีหน่วยงานทางปกครองใดมีอำนาจเลย

• การออกคำสั่งโดยใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการ³¹

• แม้กฎหมายให้อำนาจออกคำสั่งได้ แต่ระยะเวลาที่กฎหมายให้ใช้อำนาจสิ้นสุดไปแล้ว³²

• การออกคำสั่งทางปกครองโดยใช้อำนาจที่เป็นของหน่วยงานอื่น หน่วยงานอื่นในที่นี้หมายถึง หน่วยงานอื่นซึ่งไม่ได้อยู่ในสังกัดเดียวกัน³³ เช่น อำเภอซึ่งเป็นหน่วยงานสังกัดกระทรวงมหาดไทยออกคำสั่งทางปกครองซึ่งอยู่ในอำนาจของสำนักงานการศึกษาซึ่งอยู่ในสังกัดกระทรวงศึกษาธิการ กรณีนี้คำสั่งตกเป็นโมฆะ เป็นต้น³⁴ หรือเมื่อพิจารณาจากความรับผิดชอบเหนือพื้นที่แล้ว โดยที่สาธารณรัฐอิตาลีแบ่งการปกครองออกเป็นในระดับรัฐ แคว้น จังหวัด เทศบาล หากแต่ละองค์กรใช้อำนาจออกคำสั่งข้ามเขตพื้นที่รับผิดชอบ ย่อมเป็นการก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจขององค์กรอื่นทั้ง ๆ ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกัน กรณีนี้คำสั่งดังกล่าวย่อมเป็นโมฆะ³⁵ หรือการที่แคว้นหนึ่งอนุมัติให้มีการก่อสร้างกังหันลมผลิตไฟฟ้าบริเวณพื้นที่รอยต่อระหว่างสองแคว้น โดยไม่ได้ดำเนินการประชุมตกลงกันเรื่องอำนาจระหว่างแคว้นก่อนการอนุมัติดังกล่าวเป็นโมฆะ³⁶ เป็นต้น

3) ขัดหรือแย้งต่อคำพิพากษา โดยกรณีที่คำสั่งทางปกครองออกโดยขัดหรือแย้งกับคำพิพากษา ให้หมายรวมถึงคำสั่งของศาลปกครองเกี่ยวกับวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องคดีด้วย

4) กรณีอื่นตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง เช่น มาตรา 11 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1990 บัญญัติให้ข้อตกลงของฝ่ายปกครอง (ข้อตกลงระหว่างหน่วยงานทางปกครองและเอกชน) ที่ไม่ได้จัดทำเป็นหนังสือตกเป็นโมฆะ เป็นต้น

โดยที่ความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองมีเหตุมาจากความบกพร่องที่ร้ายแรงเป็นพิเศษจนถึงขนาดที่กฎหมายไม่อาจยอมรับให้คงอยู่และมีผลทางกฎหมายได้ ฝ่ายนิติบัญญัติ

³⁰ คำพิพากษาศาลปกครองภูมิภาคซีชีเลีย เลขที่ 4958 ลงวันที่ 13 เมษายน ค.ศ. 2010

³¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ประชุมใหญ่) เลขที่ 4 ลงวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 2003

³² คำพิพากษาศาลฎีกา (ประชุมใหญ่) เลขที่ 36 ลงวันที่ 10 มกราคม ค.ศ. 2001

³³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ประชุมใหญ่) องค์คณะที่ 4 เลขที่ 6023 ลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 2005

³⁴ Franco Bassi, Lezioni di diritto amministrativo, - 8. ed. - (Milano : A. Giuffrè, 2008). p. 115.

³⁵ คำพิพากษาศาลปกครองภูมิภาคลาซิโอ เลขที่ 2550 ลงวันที่ 15 มีนาคม ค.ศ. 2012

³⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ประชุมใหญ่) เลขที่ 3039 ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 2012



จึงไม่ต้องการให้คำสั่งทางปกครองซึ่งขาดองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญนี้กลับมามีผลทางกฎหมายได้อีก หรือไม่อาจปรับเปลี่ยนให้ชอบด้วยกฎหมายได้อีก คำสั่งซึ่งมีความบกพร่องอย่างชัดเจนและร้ายแรง จึงตกเป็นโมฆะ ทั้งนี้ ตามกฎหมายอิตาลี เหตุที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองใดเป็นโมฆะนั้น ต้องเป็นเหตุ ที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นโมฆะ คือ ขาดองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญ ปราศจากอำนาจอย่างสิ้นเชิง ชัดหรือแย้งต่อคำพิพากษา และกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ตกเป็นโมฆะ³⁷

นอกจากนี้ ความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นข้อกฎหมายที่คู่กรณีอาจยกขึ้น เป็นข้อต่อสู้ได้ทุกเวลา (senza limite temporale)³⁸ หากคู่กรณีไม่ยกความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง ขึ้นต่อสู้ ศาลปกครองมีอำนาจในการยกความเป็นโมฆะดังกล่าวขึ้นพิจารณาได้เอง ทั้งนี้ ตามมาตรา 31 วรรคสี่ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง ซึ่งบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลปกครองในการยกประเด็น เรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองขึ้นมาพิจารณาได้เองได้เสมอ และสภาแห่งรัฐเคยวินิจฉัยว่า อำนาจดังกล่าวของศาลปกครอง ถือเป็น “อำนาจหน้าที่” (potere-dovere) ของศาลปกครอง กล่าวคือ ศาลมี “หน้าที่” ยกขึ้นพิจารณา มิใช่ทางเลือกที่ศาลจะยกขึ้นพิจารณาหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้ การที่กฎหมาย บัญญัติให้ศาลมีหน้าที่ยกความเป็นโมฆะของนิติกรรมขึ้นพิจารณาได้เองนั้น เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติ เล็งเห็นถึงความจำเป็นที่จะให้ศาลมีหน้าที่ในการพิทักษ์รักษาประโยชน์สาธารณะนั่นเอง³⁹

2.4 สาธารณรัฐโปรตุเกส⁴⁰

กฎหมายของสาธารณรัฐโปรตุเกสได้ยอมรับและรับรองเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่ง ทางปกครองเอาไว้ในกฎหมายเช่นกัน โดยมาตรา 133 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง ค.ศ. 2015 ได้บัญญัติเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองเอาไว้ โดยกำหนดความเป็นโมฆะ ในกรณีทั่วไปในวรรคหนึ่งว่า คำสั่งทางปกครองที่ขาดองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญ คำสั่งที่มีความบกพร่อง ร้ายแรงเป็นพิเศษ และเหตุอื่นที่กฎหมายกำหนด ตกเป็นโมฆะ และวรรคสองของมาตราดังกล่าว ได้กำหนด กรณีเฉพาะที่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะเอาไว้หลายกรณีด้วยกัน ได้แก่ กรณีที่มีการละเมิด ต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล กรณีผู้ทำคำสั่งไม่มีอำนาจโดยสิ้นเชิง กรณีวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง เป็นสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ กรณีคำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อคำพิพากษา และกรณีที่ฝ่ายปกครองก้าวล่วงไปใช้อำนาจขององค์กรอื่น เป็นต้น อนึ่ง มาตรา 134 แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว บัญญัติให้การกระทำ

³⁷ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ เลขที่ 676 ลงวันที่ 28 กรกฎาคม ค.ศ. 2011 และคำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ เลขที่ 6507 ลงวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 2012

³⁸ ดังที่มาตรา 1422 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี บัญญัติว่า “ความเป็นโมฆะของนิติกรรมนั้น ไม่ตกอยู่ภายใต้อายุความ”

³⁹ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ เลขที่ 721 ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 2012

⁴⁰ Luís Cabral de Moncada, “A NULIDADE DO ACTO ADMINISTRATIVO,” Jurismat : Revista Jurídica, n.º 02, 2013. [Online], retrieved from: <https://recilensinlusofona.pt/handle/10437/4399> เมื่อ 19 ธันวาคม 2566

ทางปกครองที่เป็นโมฆะนั้นไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายใด และความเป็นโมฆะอาจถูกยกขึ้นได้ในทุกเวลา โดยทุกคน รวมถึงโดยหน่วยงานทางปกครองและศาลด้วย

2.5 ราชอาณาจักรสเปน

กฎหมายสเปนได้บัญญัติรับรองเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้เช่นกัน โดยมาตรา 62.1 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1992 ได้บัญญัติเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะไว้ 7 ประการ ได้แก่ คำสั่งที่ออกมาโดยกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ คำสั่งที่ออกโดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจหน้าที่อย่างเห็นได้ชัดหรือเป็นการออกคำสั่งนอกเขตอำนาจ คำสั่งให้กระทำการในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ คำสั่งทางปกครองที่สั่งให้กระทำการใดอันเป็นความผิดอาญา คำสั่งที่ออกโดยข้ามขั้นตอนวิธีการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ทั้งหมดหรือคำสั่งของคณะกรรมการที่ออกโดยไม่ผ่านกระบวนการลงมติ คำสั่งที่ไม่ได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่สำคัญอย่างยิ่งในการออกคำสั่ง และเหตุอื่นที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นโมฆะ⁴¹

2.6 ข้อพิจารณาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ⁴²

จากแนวคิดและทฤษฎีต่างประเทศดังที่ได้กล่าวมาในหัวข้อที่ 2.1 ถึง 2.5 จะเห็นได้ว่ากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐอิตาลี สาธารณรัฐโปรตุเกส และราชอาณาจักรสเปน ได้ยอมรับหลักการเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง โดยใช้คำว่า “คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ” และได้บัญญัติรับรองแนวคิดเรื่องคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะไว้โดยชัดแจ้งในกฎหมาย โดยบัญญัติเป็นการทั่วไปว่าคำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะหากมีความบกพร่องในลักษณะที่ร้ายแรงและชัดแจ้ง และบัญญัติกรณีเฉพาะที่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะ ในขณะที่สาธารณรัฐฝรั่งเศส แม้ไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในกฎหมายและไม่ได้ใช้คำว่าคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ แต่ก็มี “ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่ในทางกฎหมาย”⁴³ ที่ได้รับการพัฒนาโดยสภาแห่งรัฐซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลปกครองสูงสุด โดยศาล

⁴¹ โรม ทิเปปา, “การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยหน่วยงานทางปกครองในประเทศสเปน,” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 17 ฉบับที่ 1, 2560, น. 35-36.

⁴² ในเรื่องโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองในมุมมองเชิงกฎหมายปกครองเปรียบเทียบนั้น ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์ ได้อธิบายไว้โดยละเอียดแล้ว โปรดดู ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์, “โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง : มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบและพัฒนากล้าสุดในระบบกฎหมายไทย” อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 25 ทั้งยังได้แบ่งเหตุแห่งความเป็นโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง (ในมุมมองเชิงกฎหมายปกครองเปรียบเทียบ) เอาไว้อย่างน่าสนใจ และเป็นระบบโดยแบ่งออกเป็น 3 กลุ่ม คือ ความบกพร่องในเนื้อหาสาระของคำสั่ง ความบกพร่องในอำนาจหน้าที่ของผู้ทำคำสั่ง และความบกพร่องในแบบพิธีของคำสั่ง

ดังนั้น โดยที่บทความนี้มีความมุ่งหมายจะอธิบายและวิเคราะห์พัฒนาการของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดไทย ในบทความนี้ผู้เขียนจึงทำการเปรียบเทียบความเหมือนและความแตกต่างในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบเบื้องต้นเท่านั้น

⁴³ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 25, น. 17.

จะเป็นผู้พิจารณาเป็นรายกรณีไปว่าคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องอย่างใดจึงจะถือว่าเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง อันจะถือว่าไม่มีอยู่เลยในทางกฎหมายหรือเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า แม้จะมีความแตกต่างเรื่องการใช้ถ้อยคำอยู่บ้าง แต่ทั้งห้าประเทศล้วนแต่ยอมรับว่าผลของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ คือ ในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้นเช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ แม้แนวคิดเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองของทั้งห้าประเทศจะมีความแตกต่างในบางกรณีในเรื่องของเหตุที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาในภาพรวมแล้ว จะเห็นได้ว่า มีจุดร่วมกันหรือมีแนวคิดที่คล้ายคลึงกันว่า คำสั่งทางปกครองที่มีเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดแจ้งย่อมตกเป็นโมฆะ โดยเห็นว่าคำสั่งที่มีความบกพร่องอย่างร้ายแรงเรื่องผู้ทรงอำนาจ คำสั่งที่ผู้ออกคำสั่งปราศจากอำนาจโดยสิ้นเชิง คำสั่งทางปกครองที่ขาดองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญ คำสั่งที่ผู้ทำคำสั่งก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจขององค์กรอื่นซึ่งไม่ได้มีจุดร่วมหรือจุดเกาะเกี่ยวในการใช้อำนาจร่วมกันเลย คำสั่งที่ผู้ออกคำสั่งไม่มีอำนาจเหนือพื้นที่นั้น คำสั่งที่ขัดหรือแย้งกับคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้ว คำสั่งที่ให้กระทำการใดอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอาญา คำสั่งที่ไม่มีวัตถุประสงค์แห่งคำสั่ง ตลอดจนคำสั่งที่เป็นไปไม่ได้ ล้วนมีความบกพร่องอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงถึงขนาดที่ทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวตกเป็นโมฆะ และไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเรื่อง “แบบ” ของคำสั่งทางปกครองแล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมันได้กำหนดเรื่อง “แบบ” ของคำสั่งทางปกครองเอาไว้ว่า กรณีที่กฎหมายกำหนดแบบหากไม่ได้ทำตาม จะทำให้คำสั่งนั้นเป็นโมฆะ เช่นเดียวกันกับกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองอิตาลีที่กำหนดไว้ในทำนองเดียวกันในกรณีข้อตกลงของฝ่ายปกครอง (ข้อตกลงระหว่างหน่วยงานทางปกครองและเอกชน) หากไม่ได้จัดทำเป็นหนังสือ ตกเป็นโมฆะ

3. แนวความคิดและพัฒนาการเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น ในกฎหมายไทย

แม้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะไม่ได้บัญญัติเรื่องคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น หรือความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองเอาไว้โดยชัดแจ้งดังกฎหมายต่างประเทศที่ได้กล่าวถึงข้างต้น แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าระบบกฎหมายไทยปฏิเสธไม่ยอมรับแนวคิดดังกล่าว ดังจะเห็นได้จากการกล่าวถึงแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ในข้อเขียนทางวิชาการ ตลอดจนความพยายามในการเพิ่มเติมแนวคิดนี้ในกฎหมายดังกล่าว

3.1 ข้อพิจารณาผ่านข้อเขียนทางวิชาการด้านกฎหมายปกครอง

หากพิจารณาดำรงกฎหมายไทยแล้ว จะเห็นได้ว่ามีการกล่าวถึงเรื่องคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะเอาไว้ โดยศาสตราจารย์พิเศษชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ได้กล่าวถึงแนวคิดในเรื่องนี้ว่า

“คำสั่งทางปกครองเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง ข้อบกพร่องในการเกิดนิติกรรมทางปกครองย่อมมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์ทางกฎหมาย... คำสั่งทางปกครองเป็นนิติกรรมทางปกครองที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบดูแลการงานของรัฐให้เป็นไปตามเป้าหมายเพื่อรักษาประโยชน์ร่วมกันของสังคมและคุ้มครองสิทธิของเอกชน จึงมีผลกว่าโดยปกติคำสั่งทางปกครองที่สร้างขึ้นจะต้องมีผลทางกฎหมายเสมอ เว้นแต่บางกรณีให้ถือว่าไม่เกิดผลเลย เสมือนไม่มีอยู่มาตั้งแต่ต้น (ซึ่งกรณีนี้มีที่ใช้อยู่อย่างจำกัด)”⁴⁴ อันแสดงให้เห็นว่าแนวคิดเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองได้ปรากฏในข้อเขียนทางวิชาการในประเทศไทยเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้ว ซึ่งเรื่องนี้ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้ให้คำอธิบายไว้เช่นกันว่า “ระบบกฎหมายปกครองของไทยได้กำหนดผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องไว้ในหลายลักษณะ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความรุนแรงของความบกพร่องหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น โดยแบ่งตามความรุนแรงของความบกพร่องออกเป็นห้าระดับ คือ (1) กรณีที่คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงหรือผิดพลาดอย่างรุนแรงและความผิดพลาดนั้นเป็นที่เห็นประจักษ์ชัด (2) คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ไม่ถึงขนาดรุนแรงและเห็นประจักษ์ชัด (3) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการหรือขั้นตอนบางประการ (4) คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการที่ไม่เป็นสาระสำคัญ และ (5) คำสั่งทางปกครองที่มีข้อผิดพลาดเล็กน้อย ซึ่งข้อบกพร่องกรณีหนึ่งที่หนึ่งเท่านั้นที่เป็นโมฆะ ทั้งนี้ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ คือ ประการแรก คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะย่อมไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมายดังที่ผู้ออกคำสั่งต้องการ ประการที่สอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งได้ ประการที่สาม องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจแก้ไขเยียวยาคำสั่งให้สมบูรณ์ได้ ประการที่สี่ ไม่ว่าเวลาจะล่วงเลยไปนานเพียงใดก็ตาม ผู้มีส่วนได้เสียอาจหยิบยกความเป็นโมฆะขึ้นมากล่าวอ้างได้เสมอ และหากปรากฏในกระบวนการพิจารณาคดี แม้คู่กรณีจะไม่ได้ยกขึ้นกล่าวอ้าง ศาลก็อาจยกขึ้นพิจารณาได้เองและอาจพิพากษาแสดงความเสียเปล่าของคำสั่งทางปกครองนั้นได้ และประการที่ห้า คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะนั้นไม่มีผลในทางกฎหมาย จึงไม่มีความจำเป็นต้องเพิกถอน เนื่องจากไม่มีอะไรให้เพิกถอน องค์กรที่มีอำนาจในการลบล้างคำสั่งทางปกครองจึงได้แต่ประกาศความเป็นโมฆะหรือความเสียเปล่าของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น”⁴⁵

เมื่อพิจารณาจากข้อเขียนทางกฎหมายปกครองข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในทางวิชาการได้ยอมรับถึงความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง และได้มีการแบ่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในสองระดับ คือ ระดับที่ขัดแย้งและร้ายแรงถึงขนาดที่ทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะ และระดับที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น อันแสดงให้เห็นว่าแนวคิดเรื่องความเป็นโมฆะ

⁴⁴ อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 178-180.

⁴⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, (กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, 2554), น. 202-211.

ของคำสั่งทางปกครองไม่ใช่เรื่องใหม่และได้รับการกล่าวถึงในวงวิชาการมาเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้ว เพียงแต่ยังไม่มีหรือนำมาบัญญัติเอาไว้ในกฎหมายดังเช่นในกฎหมายต่างประเทศที่ได้ทำการศึกษามาแล้วในหัวข้อที่ 2

3.2 ข้อพิจารณาจากความพยายามในการแก้ไขกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

3.2.1 ชั้นการยกย่องพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ก่อนปี พ.ศ. 2539)

แม้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองเอาไว้ แต่ในชั้นการเตรียมการเสนอร่างกฎหมายดังกล่าวประเด็นเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองนี้เป็นประเด็นหนึ่งที่มีความสนใจและได้มีการอภิปรายอย่างกว้างขวาง โดยร่างกฎหมายในส่วนนี้ผู้ร่างใช้กฎหมายเยอรมันที่มีการบัญญัติเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองเอาไว้อย่างชัดเจนเป็นต้นแบบในการยกย่อง และอ้างอิงกฎหมายฝรั่งเศสที่แม้จะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องนี้แต่สภาแห่งรัฐก็ได้วางแนววินิจฉัยเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองเอาไว้ซึ่งในขณะนั้นกรรมการยกย่องกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่า การแบ่งแยกโมฆียกรรมและโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองนั้น ยังเป็นแนวคิดที่ซับซ้อนสำหรับประเทศไทย และอาจทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จึงควรปล่อยให้องค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองเป็นผู้วางหลักในภายหลังต่อไป⁴⁶

3.2.2 ความพยายามในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะ ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ในโครงการสัมมนาเพื่อพัฒนาองค์ความรู้และรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งจัดโดยกองกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน 2562 ได้มีการยกประเด็นเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมหลักโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ โดยให้เหตุผลว่า “มาตรา 42 วรรคสอง ได้กำหนดเกี่ยวกับการมีผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองไว้ว่า คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนไขเวลาหรือโดยเหตุอื่น แต่ไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดแจ้งว่าไม่มีผลใด ๆ ทางกฎหมายหรือเป็นโมฆะไว้ ทั้งที่ผ่านมาศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้นำหลักโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองมาใช้ โดยมีแนวความเห็นเห็นว่า เมื่อเป็นคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดแจ้ง ย่อมไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น จึงไม่มีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐ และหน่วยงานของรัฐไม่ต้องเพิกถอนคำสั่ง แต่ขอขบที่จะประกาศให้ทราบเป็นการทั่วไปว่าคำสั่งไม่มีผลทางกฎหมายหรือแจ้งให้ผู้รับคำสั่งทราบว่าคำสั่งนั้นไม่มีผลทางกฎหมาย การยอมรับถึงการมีอยู่ของหลักดังกล่าว แต่ไม่มีการกำหนดไว้ในกฎหมาย จึงอาจทำให้มีปัญหาข้อโต้แย้งว่าการใช้หลักดังกล่าวมีฐานทางกฎหมายรองรับหรือไม่ นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่รัฐและประชาชน

⁴⁶ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรงค์, “โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง : มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบและพัฒนาการล่าสุดในระบบกฎหมายไทย,” กฤษฎีกาสาร ปีที่ 10 ฉบับที่ 5, 2558, น. 9-10.

อาจจะไม่รู้ว่าคำสั่งทางปกครองลักษณะใดที่ตกเป็นโมฆะและผลของโมฆะกรรมเป็นอย่างไร ด้วยเหตุนี้จึงสมควรเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ โดยกำหนดเหตุและผลของโมฆะกรรม รวมทั้งการประกาศโมฆะกรรมโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไว้อย่างชัดเจน”⁴⁷

ต่อมา ในปี พ.ศ. 2565 และ พ.ศ. 2566 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้จัดโครงการเสวนาวิชาการในหัวข้อ “การพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง : หลักการและสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ..) พ.ศ.”⁴⁸ โดยร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวที่นำมาเผยแพร่และรับฟังความคิดเห็นในครั้งนี้เป็นร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) แล้ว โดยร่างฯ ดังกล่าวได้เสนอให้มีบทบัญญัติใหม่ จำนวน 24 มาตรา และร่างมาตรา 43/1 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักการของโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง กรณีเฉพาะที่กฎหมายให้ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ ผลของโมฆะกรรม และการประกาศโมฆะกรรม กล่าวคือ

“มาตรา 43/1 คำสั่งทางปกครองที่มีความผิดพลาดอย่างร้ายแรงและขัดแย้งตกเป็นโมฆะและไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่นั้น และให้ถือว่าคำสั่งทางปกครองต่อไปนี้มีความผิดพลาดอย่างร้ายแรงและขัดแย้ง

(1) คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือหรือด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งไม่ระบุเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง

(2) คำสั่งทางปกครองที่ทำขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นคู่กรณีเองตามมาตรา 13 (1)

(3) คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้บุคคลกระทำการอันพ้นวิสัยจะปฏิบัติได้

(4) คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้บุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามกฎหมายที่มีโทษทางอาญา มีโทษทางปกครอง หรือมีโทษปรับเป็นพินัย

⁴⁷ เพลินตา ตันรังสรรค์, “การแก้ไขกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง,” จุลินิติ ปีที่ 16 ฉบับที่ 5, 2562, น. 45. [ออนไลน์], เข้าถึงจาก https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/4seminar/s90.pdf เมื่อ 9 มกราคม 2567.

⁴⁸ เพลินตา ตันรังสรรค์, “การพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง : หลักการและสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ..) พ.ศ.,” จุลินิติ ปีที่ 19 ฉบับที่ 2, 2565, น. 53-65. [ออนไลน์], เข้าถึงจาก https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/4seminar/s106.pdf เมื่อ 10 มกราคม 2567. เพลินตา ตันรังสรรค์, การพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง : บทบัญญัติเพื่อสร้างเสริมความมั่นคง ประสิทธิภาพและธรรมาภิบาลในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง, จุลินิติ ปีที่ 19 ฉบับที่ 3, 2565, น. 47-58. [ออนไลน์], เข้าถึงจาก https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/4seminar/s105.pdf, วิชชา เนตรหัสันย์ และวรวรรณ ชลินทรวัฒน์, รายงานสรุปการเข้าร่วมการสัมมนาทางวิชาการ, น. 20-23. [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://admc.admincourt.go.th/02-office/office82/wp/wp-content/uploads/2023/01/Danainfo=intranet2.admincourt.go.th+040866.pdf> เมื่อ 9 มกราคม 2567.



- (5) คำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
- (6) คำสั่งทางปกครองที่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอย่างร้ายแรง
- (7) คำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการทุจริตร่วมกันของเจ้าหน้าที่และคู่กรณี

ผู้รับคำสั่งทั้งสองฝ่าย

คำสั่งทางปกครองใดมีเนื้อหาส่วนใดส่วนหนึ่งเป็นโมฆะ หากเนื้อหาส่วนนั้นเป็นสาระสำคัญถึงขนาดที่เจ้าหน้าที่คงไม่ทำคำสั่งนั้นขึ้นโดยปราศจากเนื้อหาส่วนดังกล่าว ให้ถือว่าคำสั่งนั้นตกเป็นโมฆะทั้งหมด

เจ้าหน้าที่ ผู้บังคับบัญชา ผู้กำกับดูแล หรือผู้ควบคุมการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ อาจประกาศโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองได้ทุกเมื่อ โดยดำเนินการเองหรือตามคำขอของผู้มีส่วนได้เสีย ทั้งนี้ ก่อนประกาศโมฆะกรรม อาจหารือคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองก็ได้ การประกาศโมฆะกรรมให้เป็นที่สุด

เมื่อมีการประกาศโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองแล้ว ให้นำมาตรา 42 วรรคสาม มาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม”

เมื่อพิจารณาจากร่างกฎหมายมาตราดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่า ผู้ร่างได้นำหลักการในเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองที่ปรากฏในมาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน มาใช้ประกอบการยกร่างมาตรานี้ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ โดยการเพิ่มเติมเรื่องคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจน เพื่อให้มีฐานทางกฎหมายรับรอง และเพื่อให้สอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อพิจารณาร่างกฎหมายมาตราดังกล่าวใน (7) ที่ว่า “คำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการทุจริตร่วมกันของเจ้าหน้าที่และคู่กรณีผู้รับคำสั่งทั้งสองฝ่าย” เป็นโมฆะแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ยังไม่สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด (ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไปในหัวข้อที่ 4) ที่ได้วินิจฉัยว่า การตรวจสอบโดยปรากฏการทุจริตของเจ้าหน้าที่ผู้จัดการสอบ แม้จะไม่ปรากฏว่าคู่กรณีผู้รับคำสั่งทางปกครองร่วมทุจริตด้วย ไม่ว่าการทุจริตจะเกิดจากการกระทำของผู้ฟ้องคดีหรือไม่ก็ตาม แต่ก็ถือได้ว่าเป็นกรณีที่มีการกระทำที่ผิดกฎหมายอย่างชัดเจนและร้ายแรง ซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้นเช่นกัน โดยไม่ได้กำหนดให้การทุจริตร่วมกันของเจ้าหน้าที่และคู่กรณีผู้รับคำสั่งเป็นองค์ประกอบอันทำให้คำสั่งนั้นตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ควรพิจารณาหลักการในกฎหมายอิตาลี และกฎหมายโปรตุเกสที่กำหนดความเป็นโมฆะในกรณีทั่วไปว่า คำสั่งทางปกครองที่ขาดองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญเป็นโมฆะ ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายอธิบายว่า อย่างไรจึงจะถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรงประกอบด้วย เพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถเข้าใจได้โดยง่ายว่า อย่างไรจึงจะถือได้ว่าเป็นกรณีที่มีการกระทำที่ผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรงถึงขนาดที่จะทำให้เป็นโมฆะ

4. พัฒนาการของแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น

นับจากอดีตจนถึงปัจจุบัน ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักการเรื่องคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีใน 3 กรณีด้วยกัน กล่าวคือ คดีองค์การบริหารส่วนตำบลผาจุ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47/2546 (ประชุมใหญ่)) คดีการสอบคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอซึ่งปรากฏว่าผู้ได้รับการคัดเลือกบางรายทุจริต (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 49/2562) และกลุ่มคดีเกี่ยวกับการสอบคัดเลือกพนักงานส่วนท้องถิ่นซึ่งขัดกับมาตรฐานทั่วไปในการจัดสอบ (ประชุมใหญ่)

4.1 คดีองค์การบริหารส่วนตำบลผาจุ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47/2546 (ประชุมใหญ่))

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47/2546 (ประชุมใหญ่) ศาลปกครองสูงสุดได้นำแนวคิดในเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองมาใช้เป็นครั้งแรก แต่มิได้ใช้คำว่าโมฆะดังเช่นในกฎหมายของบางประเทศที่ได้กล่าวถึงในหัวข้อที่ 2 แต่ใช้คำว่า “คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น”

คดีนี้สืบเนื่องจากการที่องค์การบริหารส่วนตำบลผาจุ⁴⁹ ได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดกรณีการจัดจ้างก่อสร้างถนนซึ่งทำให้ราชการเสียหายเนื่องจากต้องจ่ายค่าจ้างสูงกว่าความเป็นจริง คณะกรรมการดังกล่าวตรวจสอบแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีซึ่งขณะนั้นดำรงตำแหน่งหัวหน้าส่วนการคลังและเจ้าหน้าที่อีก 3 คน ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความบกพร่องและประมาทเลินเล่อ จึงมีคำสั่งเรียกให้ทั้งสี่คนชำระเงินค่าสินไหมทดแทน ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่วินิจฉัยว่า คำสั่งเรียกให้ชำระเงินค่าสินไหมทดแทนที่พิพาทขัดต่อเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และขัดต่อมาตรา 10 ประกอบมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบเมื่อตนจงใจกระทำให้เกิดความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายดังกล่าว นอกจากนี้ เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ อบต. ผาจุ เป็นกรณีการกระทำละเมิดที่เกิดจากเหตุทั่วไปและมีจำนวนเกินกว่า 50,000 บาท แต่ อบต. ผาจุ ไม่ได้รายงานกระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบก่อนตามประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ฉบับลงวันที่ 28 ตุลาคม 2541 ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ของฝ่ายบริหารที่กำหนดให้ต้องปฏิบัติ คำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้เงินทั้งที่ผู้ฟ้องคดีประมาทเลินเล่อธรรมดา จึงเป็นการกระทำที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ในทางกฎหมายจึงถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง

⁴⁹ จากนี้ไปขอเรียกโดยย่อว่า อบต. ผาจุ



ศาลไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว เพราะคำสั่งนั้นไม่มีผลบังคับตามกฎหมายอยู่ในตัว ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นไม่เพิกถอนคำสั่งที่พิพาท เพราะในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง และให้ อบต. ผาจุก ระวังการกระทำเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีใช้เงินแผ่นดิน โดยคดีนี้เป็นคดีแรกที่ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักเรื่องความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงของคำสั่งทางปกครองมาใช้ในการวินิจฉัยคดี⁵⁰

ต่อมา คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้นำแนวความคิดดังกล่าวมาใช้ในการให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐด้วยเช่นกัน ได้แก่ ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 268/2552 เรื่อง ผลใช้บังคับของคำสั่งทางปกครอง (หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.)) ที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้อ้างอิงคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดข้างต้นแล้วให้ความเห็นว่า เมื่อมาตรา 58 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินห้ามเดินสำรวจในเขตป่าไม้ถาวรตามมติคณะรัฐมนตรี และมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 ห้ามมิให้บุคคลใดยึดถือหรือครอบครองที่ดินหรือกระทำการด้วยประการใด ๆ อันเป็นการเสื่อมเสียแก่สภาพป่าสงวนแห่งชาติ ดังนั้น การออก น.ส. 3 ก. ในเขตป่าไม้ถาวรตามมติคณะรัฐมนตรีหรือในเขตป่าสงวนแห่งชาติ อันขัดต่อประมวลกฎหมายที่ดินและพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติฯ ย่อมถือได้ว่าเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและฝ่าฝืนกฎหมายอย่างชัดแจ้ง จึงทำให้ น.ส. 3 ก. ดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับ⁵¹ จากนั้น ในปี พ.ศ. 2554 ได้มีความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 898/2554 เรื่อง การแต่งตั้งบุคคลที่เสียชีวิตแล้วเป็นอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษามัธยมศึกษา ว่า มติของ ก.ค.ศ. และประกาศในส่วนที่แต่งตั้งผู้ตายไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น อันเป็นการนำแนวคิดเรื่องคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง มาใช้ด้วยเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม แม้ปี พ.ศ. 2546 ศาลปกครองสูงสุดจะได้เริ่มนำแนวคิดเรื่องคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองมาใช้กับคำสั่งให้ชดใช้เงินในคดี อบต. ผาจุก แล้วก็ตาม แต่ภายหลังจากคำพิพากษาคดีดังกล่าวเมื่อมีการฟ้องคดีอื่น ๆ ต่อมา ในคดีที่มีคำขอให้เพิกถอนคำสั่งให้ชดใช้เงินที่หน่วยงานของรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า ความเสียหายเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของเจ้าหน้าที่และมีคำสั่งให้ชดใช้เงิน แต่ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า เจ้าหน้าที่ไม่ได้จงใจหรือไม่ได้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

⁵⁰ อนึ่ง ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์ เห็นว่า คำพิพากษาคดีนี้ถือเป็นหลักสำคัญสำคัญของแนวคิดในเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทย และสะท้อนให้เห็นถึงบทบาทของศาลปกครองในการพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง โปรดดู ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 46*, น. 12.

⁵¹ ทั้งนี้ ข้อพิพาทลักษณะเดียวกันนี้คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 325/2563 ได้วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันว่า หนังสือแสดงสิทธิในที่ดินที่ออกในเขตป่าสงวนแห่งชาติและป่าไม้ถาวร ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนกฎหมายอย่างชัดแจ้ง จึงไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย

และเจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดชอบ หรือในกรณีที่ปรากฏเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากไม่ได้ส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ศาลปกครองสูงสุดจะมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งให้ชดใช้เงิน โดยวินิจฉัยว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่ไม่ได้วินิจฉัยว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งนั้นแต่อย่างใด ดังนั้นภายหลังจากคดี อบต. ผาจุก จึงไม่ปรากฏว่าศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักการดังกล่าวมาใช้ในการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้เงินค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดอีก

4.2 คดีการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอซึ่งปรากฏว่าผู้ได้รับการคัดเลือกบางรายทุจริต (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 49/2562)

ในปี พ.ศ. 2562 ศาลปกครองสูงสุดได้นำแนวคิดเรื่องคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งนั้น กลับมาใช้ในการวินิจฉัยคดีอีกครั้งหนึ่ง โดยนำมาใช้ในคดีเกี่ยวกับการสอบคัดเลือก

คดีนี้สืบเนื่องจากเมื่อปี พ.ศ. 2557 คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ได้มีความเห็นที่น่าสนใจอย่างยิ่งในข้อหาหรือเกี่ยวกับผลบังคับใช้ของประกาศผลการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ กรณีผู้ได้รับการคัดเลือกบางรายทุจริต ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 761/2557⁵² ซึ่งในเรื่องนี้คณะกรรมการฯ ได้ตั้งประเด็นในการพิจารณาเกี่ยวกับสถานะและผลทางกฎหมายของประกาศดังกล่าว โดยให้ความเห็นว่า เมื่อข้อเท็จจริงตามผลการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. รับฟังได้ว่า มีการกระทำทุจริตในการสอบ คือ มีการให้คะแนนในการสอบข้อเขียนแก่ผู้ได้รับการคัดเลือกส่วนหนึ่ง โดยไม่มีการตรวจสอบคำตอบ จากนั้น เจ้าหน้าที่คนหนึ่งที่มีหน้าที่

⁵² ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 761/2557 เรื่อง ผลบังคับใช้ของประกาศผลการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอกรณีผู้ได้รับการคัดเลือกบางรายทุจริต คณะกรรมการฯ เห็นว่า โดยที่การเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอเป็นขั้นตอนที่จำเป็นแก่การได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนายอำเภอ โดยผู้ได้รับการคัดเลือกให้เข้าศึกษาอบรมมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวหากผ่านการอบรม ดังนั้น ประกาศกรมการปกครอง เรื่อง ผลการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. 2552 จึงเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของอธิบดีกรมการปกครองที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ที่ได้รับการคัดเลือกและผู้ไม่ได้รับการคัดเลือก จึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ทั้งนี้ เมื่อข้อเท็จจริงตามผลการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. รับฟังได้ว่า มีการให้คะแนนในการสอบข้อเขียนแก่ผู้ได้รับการคัดเลือก จำนวน 139 คน ประกอบด้วย บุคคลที่ถูกคณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูลความผิด 119 คน และบุคคลที่พ้นไฉ่เป็นพยาน 20 คน โดยไม่มีการตรวจสอบคำตอบ และผู้ได้รับการคัดเลือกดังกล่าวได้เขียนกระดาษขึ้นใหม่นอกห้องสอบ และนาย ว. ได้นำไปใส่ในสมุดคำตอบแทนกระดาษคำตอบเดิมที่เขียนในห้องสอบ อันเป็นการกระทำทุจริต ดังนั้น ประกาศกรมการปกครองดังกล่าว ซึ่งมีผู้ได้รับการคัดเลือกรวมทั้งสิ้น 286 คน จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดแจ้งบางส่วน ทำให้ประกาศผลการคัดเลือกในส่วนของผู้ได้รับการคัดเลือก จำนวน 139 คน ดังกล่าว ไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่นั้น



เกี่ยวกับการจัดสอบได้ให้ผู้ได้รับการคัดเลือกดังกล่าวเขียนกระดาษคำตอบขึ้นใหม่นอกห้องสอบ แล้วได้นำไปใส่ในสมุดคำตอบแทนกระดาษคำตอบเดิมที่เขียนในห้องสอบ ดังนั้น ประการกรมการปกครอง เรื่อง ผลการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. 2552 ซึ่งมีผู้ได้รับการคัดเลือกรวมทั้งสิ้น 286 คน จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงบางส่วน ทำให้ประกาศผลการคัดเลือกในส่วนของผู้ได้รับคัดเลือกจำนวน 139 คน ไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น กรมการปกครองจึงสมควรแก้ไขโดยการยกเลิกผลการสอบในส่วนที่ผิดพลาดนั้น เพื่อให้เป็นที่ทราบโดยทั่วกันว่า ประกาศดังกล่าวไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น และเมื่อเป็นคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรง และชัดแจ้งบางส่วนและไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น การยกเลิกผลการคัดเลือกที่ผิดพลาดจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติว่าด้วยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁵³ ต่อมา กรมการปกครองได้ประกาศยกเลิกผลการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรดังกล่าว จำนวน 139 ราย รวมถึงผู้ฟ้องคดีด้วย ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนประกาศดังกล่าว

คดีนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้หยิบยกแนวคิดเรื่องคำสั่งที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง และร้ายแรงมาวินิจฉัยในทำนองเดียวกันกับคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ทั้งศาลยังได้แบ่งแยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองออกเป็นสองระดับตามความร้ายแรง โดยศาลได้อธิบายหลักกฎหมายว่า เมื่อคำสั่งทางปกครองเป็นนิติกรรมทางปกครองอย่างหนึ่ง ซึ่งผลในทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจมีหลายลักษณะขึ้นอยู่กับระดับความร้ายแรงของเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับธรรมดาและไม่เป็นที่เห็นประจักษ์ คงมีผลทางกฎหมายอยู่ตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลโดยเหตุอื่น หากไม่มีผู้ใดหยิบยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาโต้แย้งภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ทั้งไม่ปรากฏเหตุให้ต้องเพิกถอนโดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งหรือผู้บังคับบัญชา นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวก็ย่อมมีผลทางกฎหมายอยู่ต่อไปและไม่อาจถูกเพิกถอนได้อีก ทั้งนี้ ตามหลักความมั่นคงของนิติฐานะและการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของนิติกรรมทางปกครองนั้น แต่หากนิติกรรมทางปกครองใดมีความไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับที่ร้ายแรงและเป็นที่ประจักษ์ ย่อมถือว่านิติกรรมทางปกครองดังกล่าวไม่เคยเกิดขึ้นเลยหรือเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น ผู้มีอำนาจเพิกถอนเพียงแต่วินิจฉัยถึงความเสียเปล่า โดยไม่ต้องเพิกถอน⁵⁴ เมื่อคดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงตามรายงานการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ว่า มีการทุจริตในการสอบคัดเลือก โดยมีการให้คะแนน

⁵³ ผู้สอบได้คนหนึ่งได้นำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งของกรมการปกครอง ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยเรื่องนี้ไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 49/2562

⁵⁴ จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้แบ่งแยกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามระดับแห่งความร้ายแรงของเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกับกฎหมายต่างประเทศและคำอธิบายทางวิชาการในตำรากฎหมายไทยซึ่งได้ศึกษาแล้วในหัวข้อที่ 3.1 และศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การทุจริตในการสอบแข่งขันถือเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นข้อบกพร่องที่ชัดแจ้งร้ายแรงเห็นเป็นประจักษ์

ในการสอบข้อเขียนแก่ผู้ได้รับการคัดเลือกบางคน โดยไม่มีการตรวจสอบคำตอบ และต่อมามีการปลอมกระดาษคำตอบโดยมีการเขียนคำตอบขึ้นใหม่นอกห้องสอบแล้วให้เจ้าหน้าที่นำไปใส่ในสมุดคำตอบแทนกระดาษคำตอบเดิมที่เขียนในห้องสอบ อันเป็นการกระทำทุจริต ประกาศกรมการปกครอง เรื่อง ผลการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. 2552 จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและขัดแย้งบางส่วน จำนวน 139 คน เฉพาะส่วนของผู้เข้าสอบที่จงใจกระทำการทุจริต ส่งผลให้คำสั่งทางปกครองเฉพาะส่วนดังกล่าวไม่มีผลทางกฎหมายมาแต่ต้น จึงไม่มีคำสั่งทางปกครองที่อาจกระทบสิทธิที่จำต้องรับฟังคู่กรณีและไม่อยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติว่าด้วยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

4.3 คดีพิพาทเกี่ยวกับการจัดสอบพนักงานส่วนท้องถิ่น

ในปี พ.ศ. 2564 ศาลปกครองสูงสุดได้นำแนวคิดเรื่องคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างขัดแย้งและร้ายแรง ซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งนั้น มาใช้ในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการจัดสอบแข่งขันในคดีพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งพนักงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งออกโดยสืบเนื่องมาจากการจัดสอบที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการคัดเลือก โดยคดีพิพาทดังกล่าวนี้ปรากฏแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดแตกต่างกันเป็นสองแนวทาง ดังนี้

แนวทางแรก ได้แก่ กลุ่มคดีการสอบแข่งขันเป็นพนักงานเทศบาลตำบลลวกโก เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 217/2564 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 250/2564 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 423/2564 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 452/2564 และคดีการสอบพนักงานส่วนท้องถิ่นอื่น เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 194/2564 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 211/2564 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 294/2564 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 307/2564

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า เมื่อเทศบาลประสงค์จะจัดสอบแข่งขันเพื่อสรรหาบุคคลเป็นพนักงานเทศบาล กฎหมายกำหนดให้ต้องมีหน่วยงานกลางที่คณะกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัดคัดเลือกให้รับผิดชอบการจัดสอบแข่งขัน ทั้งต้องมีการวางระบบควบคุมการผลิตข้อสอบและเก็บรักษาอย่างรัดกุมเพื่อป้องกันการรั่วไหลหรือการทุจริต โดยมีเจตนารมณ์เพื่อให้การสอบแข่งขันเป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ยุติธรรม เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมแก่ผู้สมัครทุกคน และเพื่อให้ได้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถเหมาะสมกับตำแหน่ง อันจะเป็นการผดุงไว้ซึ่งระบบคุณธรรมในการสรรหาบุคคลเข้ารับราชการและความเชื่อมั่นของประชาชนต่อการบริหารราชการแผ่นดิน เมื่อคดีนี้ การดำเนินการสอบแข่งขันเป็นพนักงานเทศบาลกกโมไม่ได้ดำเนินการโดยมหาวิทยาลัยราชภัฏเทพสตรีซึ่งเป็นหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบในการสอบ แต่เป็นการดำเนินการโดยนาย ข. เจ้าหน้าที่ของมหาวิทยาลัยดังกล่าวในฐานะส่วนตัว จึงไม่ชอบด้วยข้อ 6.1 ของประกาศคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล เรื่อง มาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการคัดเลือกโดยการสอบแข่งขันเพื่อบรรจุบุคคลเป็นพนักงานเทศบาล พ.ศ. 2555 และข้อ 6.1



ของประกาศคณะกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัดลพบุรี (ก.ท.จ. ลพบุรี) เรื่อง หลักเกณฑ์และเงื่อนไข การคัดเลือกโดยการสอบแข่งขันเพื่อบรรจุบุคคลเป็นพนักงานเทศบาล พ.ศ. 2555 เมื่อการสอบแข่งขัน เป็นขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งของการสรรหาบุคคลที่มีความรู้ ความสามารถ และความเหมาะสม ซึ่งเป็นการจัดสอบที่ไม่ได้มาตรฐานตั้งแต่ขั้นตอนการจัดสอบ การออกข้อสอบ การตรวจข้อสอบ และการประมวลผลคะแนน โดยนาย ช. เป็นผู้ดำเนินการเองทั้งหมด จึงขัดกับมาตรฐานทั่วไปที่กำหนด ให้นำหน่วยงานกลางเป็นผู้รับผิดชอบ อันเป็นการจัดสอบโดยทุจริตและผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้ง และร้ายแรง เมื่อต่อมา ก.ท.จ. ลพบุรี ได้พิจารณาผลการสอบแข่งขันแล้วมีมติเห็นชอบให้บรรจุและแต่งตั้ง ผู้สอบแข่งขันจำนวน 9 ราย รวมผู้ฟ้องคดี เป็นพนักงานเทศบาล และนายกเทศมนตรีตำบลกกโกได้อาศัยมตินี้ มีคำสั่งบรรจุและแต่งตั้ง คำสั่งนี้จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง โดยในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่ว่าการทุจริตหรือการแสดงข้อความ อันเป็นเท็จจะเกิดจากการกระทำของผู้ฟ้องคดีหรือไม่ก็ตาม จึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดี และไม่ต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่จะต้องคำนึงถึงหลักความเชื่อโดยสุจริต ของผู้ฟ้องคดี หรือต้องมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งภายใน 90 วัน นับแต่วันที่รู้ถึงเหตุให้คำสั่งดังกล่าว ตามมาตรา 49 วรรคสอง และมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ

แนวทางที่สอง ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 199/2564 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 225/2564 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 429/2564 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 433/2564

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า คำสั่งที่บรรจุและแต่งตั้งเป็นพนักงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นการให้ประโยชน์ แต่อาจเพิกถอนเมื่อพ้น 90 วัน ได้ เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 49 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มิได้บัญญัติว่าการแสดงข้อความอันเป็นเท็จต้องเป็นกรณีที่ผู้รับคำสั่งเป็นผู้แสดงข้อความอันเป็นเท็จเท่านั้น ดังนั้น ไม่ว่าผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้สอบได้หรือผู้ใดเป็นผู้แสดงข้อความอันเป็นเท็จ การเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวก็กระทำได้โดยไม่อยู่ในบังคับให้ต้องกระทำภายใน 90 วัน นับแต่ได้รู้ถึงเหตุที่จะให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น อนึ่ง ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 225/2564 ปรากฏความเห็นแย้งของตุลาการในองค์คณะซึ่งไม่เห็นด้วยกับแนวทางดังกล่าว โดยเห็นว่า กรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่อาจอ้างความเชื่อโดยสุจริตได้ตามมาตรา 51 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ต้องมีเหตุที่มาจากตัวผู้รับคำสั่งหรือจากการกระทำของผู้รับคำสั่งนั่นเอง ไม่ใช่จากการกระทำของบุคคลอื่น เมื่อผู้รับคำสั่งไม่อาจอ้างความคุ้มครองในความเชื่อโดยสุจริตได้ จึงเป็นเหตุที่จะเพิกถอนคำสั่งได้แล้ว โดยพระราชบัญญัติเดียวกันยังได้วางข้อจำกัดในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการเพิกถอนคำสั่งว่าจะต้องเพิกถอนภายในกำหนดเวลาตามมาตรา 49 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว คือ ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้ถึงเหตุที่จะให้เพิกถอนคำสั่งนั้นด้วย อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้รับคำสั่งที่สุจริตนั้น เว้นแต่เป็นกรณีที่

การแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง ซึ่งต้องเป็นการกระทำของผู้รับคำสั่งนั่นเอง ไม่ใช่จากการกระทำของบุคคลอื่นเช่นกัน แม้มาตรา 49 วรรคสอง จะไม่มีข้อความระบุไว้ชัดแจ้งว่า การแสดงข้อความอันเป็นเท็จต้องเป็นการกระทำของผู้รับคำสั่งนั่นเองก็ตาม เพราะหากเป็นการกระทำของบุคคลอื่นแล้ว ผู้รับคำสั่งก็ยังอ้างความเชื่อโดยสุจริตได้ เนื่องจากไม่เข้ากรณีหนึ่งกรณีใดตามมาตรา 51 วรรคสาม อีกทั้งคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 199/2564 ตุลาการในองค์คณะได้ทำความเข้าใจในแนวทางเดียวกัน

4.4 มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 15/2564

ต่อมา ได้มีการนำประเด็น “กรณีประกาศการขึ้นบัญชีผู้สอบแข่งขันได้เพื่อบรรจุและแต่งตั้งเป็นพนักงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และคำสั่งบรรจุแต่งตั้งผู้สอบแข่งขันได้เป็นพนักงานส่วนท้องถิ่น โดยอาศัยผลจากการจัดสอบที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการคัดเลือกโดยการสอบแข่งขันเพื่อบรรจุบุคคลเป็นพนักงานส่วนท้องถิ่น” เข้าสู่การพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาแล้วมีมติในการประชุมครั้งที่ 15/2564 สรุปสาระสำคัญได้ว่า ตามประกาศคณะกรรมการกลางพนักงานส่วนท้องถิ่น เรื่อง มาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการคัดเลือกโดยการสอบแข่งขันเพื่อบรรจุบุคคลเป็นพนักงานส่วนท้องถิ่น ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการสำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ประสงค์จะจัดสอบแข่งขันเพื่อสรรหาคัดเลือกบุคคลเป็นพนักงานส่วนท้องถิ่นว่า จะต้องมิใช่หน่วยงานกลางที่คณะกรรมการพนักงานส่วนท้องถิ่นของจังหวัดคัดเลือกจากสถาบันการศึกษาหรือจากหน่วยงานของรัฐที่เห็นสมควร เพื่อเป็นผู้รับผิดชอบในการสอบแข่งขัน ทำหน้าที่ผลิตข้อสอบ ตรวจข้อสอบ และประมวลผลคะแนน หรืองานอื่นที่เกี่ยวข้อง และเพื่อความโปร่งใสในการดำเนินการอาจมีการแต่งตั้งคณะกรรมการคณะต่าง ๆ เพื่อแบ่งหน้าที่ความรับผิดชอบในแต่ละขั้นตอนอย่างชัดเจนเพื่อตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน และต้องมีระบบควบคุมกระบวนการผลิตข้อสอบและเก็บรักษาข้อสอบอย่างรัดกุมเพื่อป้องกันการรั่วไหลหรือการทุจริตในการจัดสอบแข่งขัน โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีเจตนารมณ์เพื่อให้การสอบแข่งขันเป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ ยุติธรรม และมีมาตรฐาน เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมแก่ผู้สมัครสอบแข่งขันทุกคน และเพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถ และความเหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ เข้ารับการบรรจุแต่งตั้งเป็นพนักงานส่วนท้องถิ่น อันจะเป็นการผดุงไว้ซึ่งระบบคุณธรรมในการสรรหาคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการและความเชื่อมั่นของประชาชนต่อการบริหารราชการแผ่นดิน เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า การดำเนินการสอบแข่งขันไม่ได้ดำเนินการโดยหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบในการสอบแข่งขัน แต่ดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ในฐานะส่วนตัว การดำเนินการจัดสอบแข่งขันดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับมาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการคัดเลือกโดยการสอบแข่งขันเพื่อบรรจุบุคคลเป็นพนักงานส่วนท้องถิ่น และเมื่อการสอบแข่งขันเพื่อเป็นพนักงานส่วนท้องถิ่น ซึ่งเป็นขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งของการสรรหาคัดเลือกบุคคลที่มีความรู้ความสามารถ และความเหมาะสม เพื่อเป็นพนักงาน เป็นการจัดสอบที่ไม่ได้มาตรฐานตั้งแต่ขั้นตอน



การออกข้อสอบ การตรวจข้อสอบ และการประมวลผลคะแนน โดยมีบุคคลในฐานะส่วนตัวเป็นผู้ดำเนินการเอง ทั้งหมด ชัดกับมาตรฐานทั่วไปที่กำหนดให้หน่วยงานกลางที่ได้รับการคัดเลือกเป็นผู้รับผิดชอบ อันเป็นการจัดสอบโดยทุจริตและผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง เมื่อต่อมาคณะกรรมการพนักงานส่วนท้องถิ่นของจังหวัดได้พิจารณาผลการสอบดังกล่าวและมีมติเห็นชอบให้บรรจุและแต่งตั้งผู้สอบแข่งขันได้ และผู้บริหารท้องถิ่นได้อาศัยมติดังกล่าวมีคำสั่งบรรจุและแต่งตั้ง ดังนั้น ประกาศขึ้นบัญชีผู้สอบแข่งขันได้ และคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งซึ่งเป็นผลมาจากประกาศดังกล่าว จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง โดยทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งนั้น จึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีและไม่ต้องนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในส่วนที่ว่าด้วยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่จะต้องคำนึงถึงหลักความเชื่อโดยสุจริตของผู้ฟ้องคดีหรือต้องมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งพนักงานส่วนตำบล ภายในระยะเวลา 90 วัน นับแต่วันที่มีรู้ถึงเหตุที่จะให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวตามมาตรา 49 วรรคสอง ประกอบกับมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ

5. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยสืบเนื่องจากการสอบแข่งขันที่ปรากฏว่ามีการกระทำทุจริต

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่เกี่ยวกับการสอบแข่งขันที่ปรากฏว่ามีการทุจริตในการจัดสอบและคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ดังที่ได้กล่าวมาในหัวข้อที่ 4 แล้ว อาจแยกพิจารณา แนวความคิดเรื่องคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้พัฒนาอย่างเป็นลำดับว่า อย่างไรจึงจะถือได้ว่าเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับที่ร้ายแรงและเป็นที่ยุติ และเพราะเหตุใด ได้เป็นสองกรณี ดังนี้ คดีการสอบคัดเลือกเข้าอบรมหลักสูตรนายอำเภอ รุ่นที่ 69 และกลุ่มคดีการสอบแข่งขันพนักงานส่วนท้องถิ่น

5.1 คดีการสอบคัดเลือกเข้าอบรมหลักสูตรนายอำเภอ⁵⁵

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้หยิบยกแนวคิดเรื่องคำสั่งที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงมาวินิจฉัยในทำนองเดียวกันกับคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ทั้งศาลยังได้อธิบายหลักกฎหมาย โดยแบ่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองออกเป็นสองระดับตามความร้ายแรง กล่าวคือ “เมื่อคำสั่งทางปกครองเป็นนิติกรรมทางปกครองอย่างหนึ่ง ซึ่งผลในทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจมีหลายลักษณะขึ้นอยู่กับระดับความร้ายแรง โดยนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับธรรมดาและไม่เป็นที่ยุติ ประจักษ์ คงมีผลทางกฎหมายอยู่ตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลโดยเหตุอื่น หากไม่มีผู้ใดหยิบยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาโต้แย้งภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ทั้งไม่ปรากฏเหตุให้ต้องเพิกถอนโดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งหรือผู้บังคับบัญชา นิติกรรม

⁵⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 49/2562

ทางปกครองดังกล่าวย่อมมีผลทางกฎหมายอยู่ต่อไปและไม่อาจถูกเพิกถอนได้อีก ทั้งนี้ ตามหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของนิติกรรมทางปกครองนั้น แต่หากนิติกรรมทางปกครองใดมีความไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับที่ร้ายแรงและเป็นที่ประจักษ์ ย่อมถือว่านิติกรรมทางปกครองดังกล่าวไม่เคยเกิดขึ้นเลยหรือเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น ผู้มีอำนาจเพิกถอนเพียงแต่วินิจฉัยถึงความเสียเปล่าโดยไม่ต้องเพิกถอน”

อันจะเห็นได้ว่า คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้แบ่งแยกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามระดับแห่งความร้ายแรงของเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกับกฎหมายต่างประเทศและคำอธิบายทางวิชาการในตำรากฎหมายไทย ซึ่งได้กล่าวถึงแล้วในหัวข้อที่ 2 และหัวข้อที่ 3

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงในคดี ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การกระทำทุจริตในการจัดสอบแข่งขัน โดยการให้คะแนนแก่ผู้ได้รับการคัดเลือกบางคนโดยไม่ตรวจสอบคำตอบจนการปลอมกระดาษคำตอบโดยการเขียนคำตอบขึ้นใหม่ในห้องสอบแล้วให้เจ้าหน้าที่นำไปใส่ในสมุดคำตอบแทนกระดาษคำตอบเดิมที่เขียนในห้องสอบนั้น เป็นการกระทำทุจริตในการสอบแข่งขันโดยผู้สอบและเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการจัดสอบ อันเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับที่ร้ายแรงและเป็นที่ประจักษ์ถึงขนาดที่ไม่อาจยอมให้ประกาศผลสอบและคำสั่งที่ออกโดยสืบเนื่องจากประกาศนี้คงอยู่ได้ ประกาศผลสอบนี้จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงโดยทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น

นอกจากนี้ คดีนี้ศาลยังได้วินิจฉัยถึงผลทางกฎหมาย สรุปได้ว่า เมื่อคำสั่งไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้นแล้วจึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ในขั้นตอนต่อมา ซึ่งในคดีนี้คือ การประกาศยกเลิกผลการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอบางส่วน จึงเป็นเพียงการแก้ไขปรับปรุงเนื้อหาของประกาศดังกล่าว เพื่อให้ทราบกันโดยทั่วไปว่าประกาศนั้น ไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น โดยไม่ได้มุ่งที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระบุ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ซึ่งไม่มีสิทธิเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอมาแต่แรก ดังนั้น ประกาศดังกล่าวจึงไม่อยู่ในบังคับที่ต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามหลักเกณฑ์หรือภายในระยะเวลา 90 วัน นับแต่ได้รู้ถึงเหตุที่ให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากไม่มีคำสั่งทางปกครองที่จะให้เพิกถอน อันจะเห็นได้ว่า คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในส่วนนี้สอดคล้องกับแนวคิดเรื่องความไม่มีผลของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะในกฎหมายต่างประเทศและในตำรากฎหมายไทยซึ่งได้กล่าวถึงแล้วในหัวข้อที่ 2 และหัวข้อที่ 3 ที่ว่าคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะนั้นไม่มีผลในทางกฎหมาย จึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอน เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนี้จึงได้แต่ประกาศความเป็นโมฆะหรือความเสียเปล่าของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

5.2 กลุ่มคดีการสอบแข่งขันพนักงานส่วนท้องถิ่น

ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2564 เป็นต้นมา ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักการเรื่องคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง โดยทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้นมาใช้ในการวินิจฉัยคดีในกลุ่มคดีพิพาทเกี่ยวกับการจัดสอบพนักงานส่วนท้องถิ่นด้วย โดยเมื่อพิจารณา

เหตุผลที่ศาลวินิจฉัยว่า เป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับที่ร้ายแรงและเป็นที่ยุติแล้ว อาจแยกพิจารณาได้เป็นสองกลุ่มตามระดับความร้ายแรงของพฤติการณ์ คือ การจัดสอบแข่งขันที่ปรากฏการกระทำทุจริตของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการสอบ และการจัดสอบที่ไม่ได้ดำเนินการโดยหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบในการจัดสอบ แต่โดยมีบุคคลในฐานะส่วนตัวเป็นผู้ดำเนินการ

(1) การจัดสอบแข่งขันที่ปรากฏการกระทำทุจริตของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการสอบ

(1.1) กรณีเจ้าหน้าที่ปลอมเอกสารแสดงผลคะแนนสอบให้แตกต่างไปจากผลคะแนนการสอบที่แท้จริง⁵⁶

คดีในกลุ่มนี้ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ในการสอบแข่งขันเป็นพนักงานส่วนตำบลขององค์การบริหารส่วนตำบลในจังหวัดมหาสารคาม ปรากฏว่ามีการเปลี่ยนแปลงบัญชีผู้สอบได้ทำให้บัญชีผู้สอบได้ของหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบการสอบแข่งขันไม่ตรงกับบัญชีขององค์การบริหารส่วนตำบล ซึ่งในเรื่องนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า เมื่อองค์การบริหารส่วนตำบลประสงค์จะสอบแข่งขันเพื่อเป็นพนักงานส่วนตำบล ก.อบต. จังหวัดจะต้องคัดเลือกหน่วยงานกลางเพื่อรับผิดชอบการสอบแข่งขัน ทำหน้าที่ผลิตข้อสอบ ตรวจข้อสอบ และประมวลผลคะแนน ทั้งในการวัดผลผู้เข้าสอบจะต้องมีความรู้ความสามารถทั่วไป ความรู้ความสามารถที่ใช้เฉพาะสำหรับตำแหน่ง และความเหมาะสมกับตำแหน่ง โดยต้องได้คะแนนไม่น้อยกว่าร้อยละ 60 ของคะแนนเต็มแต่ละภาค ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีเจตนารมณ์เพื่อให้การสอบแข่งขันเป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ยุติธรรมและมีมาตรฐาน เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมแก่ผู้สมัครสอบแข่งขันทุกคน และเพื่อให้ได้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถเหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ อันจะเป็นการผดุงไว้ซึ่งระบบคุณธรรมในการสรรหาบุคคลเข้ารับราชการและความเชื่อมั่นของประชาชนต่อการบริหารราชการแผ่นดินโดยรวม เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีสอบไม่ผ่านเกณฑ์ แต่มีการปลอมเอกสารแสดงผลคะแนนสอบให้แตกต่างไปจากผลคะแนนสอบที่แท้จริง อันเป็นการกระทำโดยทุจริตและผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง เพื่อให้เข้าใจว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่สอบได้ตามเกณฑ์ที่กำหนด แล้วรายงานผลคะแนนของผู้ฟ้องคดีต่อ ก.อบต. จังหวัดมหาสารคาม เพื่อให้มีมติเห็นชอบให้บรรจุและแต่งตั้งเป็นพนักงานส่วนตำบลทั้งที่คะแนนไม่ถึงเกณฑ์ มติที่ให้ความเห็นชอบดังกล่าวจึงเป็นมติที่เกิดจากการพิจารณาผลการสอบที่ทุจริตและผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ไม่ใช่เป็นเพียงความบกพร่องที่อาจเกิดขึ้นตามปกติในการจัดสอบ คำสั่งบรรจุและแต่งตั้งโดยอาศัยมติดังกล่าว จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง โดยในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง

⁵⁶ กลุ่มคดีการสอบแข่งขันเป็นพนักงานส่วนตำบลในจังหวัดมหาสารคามที่มีมหาวิทยาลัยกาฬสินธุ์เป็นหน่วยงานกลางผู้รับผิดชอบในการสอบแข่งขัน ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 194/2564 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 492/2564 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 3/2566 เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า คดีในกลุ่มนี้ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงคะแนนสอบของผู้เข้าสอบให้สูงขึ้น เพื่อให้เข้าใจว่าเป็นผู้ที่สอบได้ตามเกณฑ์ที่กำหนด เป็นการกระทำโดยทุจริตและผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ถึงขนาดที่ทำให้คำสั่งทางปกครองที่ออกต่อมาโดยอาศัยผลการสอบดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง โดยในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น

(1.2) กรณีเจ้าหน้าที่แก้ไขกระดาษคำตอบ⁵⁷

คดีกลุ่มนี้สืบเนื่องจาก ก.อบต. จังหวัดมหาสารคามได้มีมติเห็นชอบให้จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยเป็นหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบในการดำเนินการสอบแข่งขันเพื่อบรรจุและแต่งตั้งบุคคลเป็นพนักงานส่วนตำบลขององค์การบริหารส่วนตำบลในจังหวัดมหาสารคาม จำนวน 12 แห่ง เมื่อการสอบแล้วเสร็จและมีการบรรจุและแต่งตั้งแล้ว ปรากฏว่ามีผู้ร้องเรียนว่ามีการทุจริตในสอบจากสอบสวนพบว่า ผลการตรวจข้อสอบของศูนย์ทดสอบทางวิชาการมีผู้สอบภาค ก และ ภาค ข ผ่านเกณฑ์ร้อยละ 60 จำนวน 4 ราย โดยไม่มีรายชื่อผู้ฟ้องคดีเป็นผู้สอบผ่าน ซึ่งต่างจากผลการสอบที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยได้ส่งบัญชีรายชื่อให้องค์การบริหารส่วนตำบลทั้ง 12 แห่ง และพบว่า มีการกระทำอันเป็นการทุจริตในการสอบ โดยการปลอมผลคะแนน

⁵⁷ กลุ่มการสอบแข่งขันเป็นพนักงานส่วนตำบลในจังหวัดมหาสารคามที่มีจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยเป็นหน่วยงานกลางผู้รับผิดชอบในการสอบแข่งขัน ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 211/2564 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 294/2564 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 307/2564 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 334/2565 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 337/2565 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 338/2565 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 339/2565 เป็นต้น

คดีกลุ่มนี้สืบเนื่องจากมีผู้ร้องเรียนว่า มีการทุจริตในการสอบแข่งขัน ผู้ว่าราชการจังหวัดมหาสารคามจึงแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริง ผลการสอบสวนปรากฏว่า พยานบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการตรวจข้อสอบ ประกอบด้วย อาจารย์ อ. ยืนยันทว่า ได้รับการติดต่อจากนายกองค์การบริหารส่วนตำบลในจังหวัดมหาสารคาม รวม 12 คน ให้ประสานกับจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยในการดำเนินการจัดการสอบแข่งขัน ซึ่งรวมถึงการออกข้อสอบภาค ก และภาค ข ตรวจข้อสอบและประมวลผลคะแนนของผู้สอบแข่งขัน เพื่อเสนอองค์การบริหารส่วนตำบลที่จัดให้มีการสอบ และยังได้รับการติดต่อจากนายกองค์การบริหารส่วนตำบลรวม 12 คน ให้ดำเนินการให้ผลการสอบเป็นไปตามที่ต้องการโดยจะให้คำตอบแทนการดำเนินการเป็นเงินรวมสามล้านบาท พยานจึงนำข้อสอบซึ่งมีการตรวจแล้วจากศูนย์ทดสอบทางวิชาการจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยมาแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำตอบของผู้สอบแต่ละราย ทำให้ผู้สอบแข่งขันที่ทำข้อสอบแล้วคะแนนไม่ผ่านเกณฑ์กลายเป็นผ่านเกณฑ์ จากนั้น จึงจัดทำหนังสือส่งผลคะแนนให้องค์การบริหารส่วนตำบลที่จัดสอบแข่งขันทราบ และอาจารย์ อ. ยอมรับว่า ได้สำนึกถึงผลเสียหายจากการกระทำของตน จึงให้ความร่วมมือกับทางราชการในการดำเนินการแก้ไขข้อสอบของผู้ที่เสนอคำตอบแทนให้ นอกจากนี้ ยังมีพยานอีกสองคนให้การยืนยันสอดคล้องกันว่า ได้ร่วมกันช่วยอาจารย์ อ. ตรวจข้อสอบและเกิดข้อสงสัยว่าเหตุใดอาจารย์ อ. ไม่ส่งกระดาษคำตอบเข้าเครื่องตรวจ ซึ่งอาจารย์ อ. อ้างว่า มีเหตุจำเป็นจึงต้องใช้วิธีตรวจด้วยมือ ทั้งพยานทั้งสองคนได้ตั้งข้อสังเกตว่า ซองกระดาษคำตอบบางซองมีร่องรอยการเปิดออกแล้ว แต่ก็ไม่ได้สอบถามแต่อย่างใด

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยสรุปสาระสำคัญได้ว่า การที่ ก.อบต. จังหวัดมหาสารคามให้ความเห็นชอบในการบรรจุและแต่งตั้งผู้สอบแข่งขันได้เป็นพนักงานส่วนตำบลนั้น เป็นมติที่เกิดเนื่องจากการกระทำทุจริตโดยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ เป็นเหตุให้มีการบรรจุและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีเป็นพนักงานส่วนตำบล ทั้งที่ผู้ฟ้องคดีมีคะแนนสอบไม่ถึงเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ อันเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง และได้มีคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีโดยอาศัยมติดังกล่าว คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง โดยในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งนั้น ไม่ว่าการทุจริตโดยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จนั้นจะเกิดจากการกระทำของผู้ฟ้องคดีหรือบุคคลอื่นก็ตาม จึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติว่าด้วยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่จะต้องคำนึงถึงหลักความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง และไม่เป็นกรณีที่จะต้องมีการสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งพนักงานส่วนตำบลภายในกำหนด 90 วัน นับแต่ได้รู้ถึงเหตุที่จะให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 49 วรรคสอง และมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

เมื่อพิจารณาคดีทั้งสองกลุ่มในข้อ (1.1) และ (1.2) แล้วจะเห็นได้ว่าการกระทำโดยทุจริตของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการสอบแข่งขัน ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขคะแนนสอบที่ได้รับการตรวจและประมวลผลโดยหน่วยงานกลางที่ทำหน้าที่จัดสอบแข่งขันแล้ว หรือการกระทำทุจริตโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่ในการตรวจและประมวลผลคะแนนนั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า เมื่อหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสอบแข่งขันมีเจตนารมณ์เพื่อให้การสอบแข่งขันเป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ยุติธรรมและมีมาตรฐานเพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมแก่ผู้สมัครสอบแข่งขันทุกคน และเพื่อให้องค์การบริหารส่วนตำบลได้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถเหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ เข้ารับการบรรจุและแต่งตั้งเป็นพนักงานส่วนตำบล อันจะเป็นการผดุงไว้ซึ่งระบบคุณธรรมในการสรรหาบุคคลเข้ารับราชการและความเชื่อมั่นของประชาชนต่อการบริหารราชการแผ่นดินโดยรวม การปลอมเอกสารแสดงผลคะแนนสอบของผู้สอบให้แตกต่างไปจากผลคะแนนสอบที่แท้จริง หรือการแก้ไขคะแนนสอบจากสอบไม่ผ่านเกณฑ์เป็นสอบผ่านเกณฑ์ เป็นการกระทำโดยทุจริตและผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง จึงได้นำแนวคิดเรื่องคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง โดยในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้นมาใช้ในการวินิจฉัยคดีในกลุ่มนี้

นอกจากนี้ ศาลยังได้วางหลักว่า เมื่อคำสั่งที่พิพาทเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง โดยในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้นแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการทุจริตหรือการแสดงข้อความอันเป็นเท็จนั้นจะเกิดจากการกระทำของผู้ฟ้องคดีหรือไม่ก็ตาม (ซึ่งกรณีนี้ปรากฏเพียงการกระทำทุจริตของเจ้าหน้าที่) จึงไม่ต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่จะต้องคำนึงถึงหลักความเชื่อโดยสุจริตของผู้ฟ้องคดีหรือต้องมีการสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งพนักงานส่วนตำบลภายในระยะเวลาเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเหตุให้คำสั่งดังกล่าวตามมาตรา 49 วรรคสอง ประกอบกับมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ

ทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ ซึ่งต่อมาที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ในการประชุม ครั้งที่ 15/2564 ก็ได้มีมติยืนยันหลักการนี้

(2) การสอบแข่งขันที่ไม่ได้ดำเนินการโดยหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบในการจัดสอบ แต่โดยมีบุคคลในฐานะส่วนตัวเป็นผู้ดำเนินการ

ศาลปกครองสูงสุดได้นำแนวคิดเรื่องคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรงไปใช้ในการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับการจัดสอบแข่งขันที่ไม่ได้จัดสอบโดยหน่วยงานกลาง แต่จัดสอบโดยบุคคลในฐานะส่วนตัวด้วย โดยอาจแยกพิจารณาตามหน่วยงานที่เป็นผู้รับผิดชอบจัดสอบได้เป็นสามกลุ่มคดีพิพาท ดังนี้

(2.1) การสอบแข่งขันที่มหาวิทยาลัยราชภัฏเทพสตรีเป็นหน่วยงานกลาง ผู้รับผิดชอบในการสอบ

(2.1.1) ก่อนมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 15/2564
กรณีการสอบแข่งขันเป็นพนักงานเทศบาลตำบลกกโก

คดีกลุ่มนี้⁵⁸ เป็นคดีพิพาทกลุ่มแรกที่ศาลปกครองสูงสุดได้นำแนวคิดเรื่องคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง โดยในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้นมาใช้ในการวินิจฉัยคดี กล่าวคือ เทศบาลตำบลกกโกประสงค์จะดำเนินการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุและแต่งตั้งบุคคลเป็นพนักงานเทศบาล ก.ท.จ. ลพบุรีจึงมีมติให้มหาวิทยาลัยราชภัฏเทพสตรีเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในการสอบแข่งขัน เมื่อการสอบเสร็จสิ้นแล้วเทศบาลได้ประกาศขึ้นบัญชีผู้สอบแข่งขันได้ จำนวน 9 คน และ ก.ท.จ. ลพบุรีได้มีมติเห็นชอบให้บรรจุและแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวเป็นพนักงานเทศบาล นายกเทศมนตรีตำบลกกโกจึงได้มีคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งต่อมา ปรากฏข้อเท็จจริงว่า มีการทุจริตในการจัดสอบคัดเลือกพนักงานส่วนท้องถิ่นในหลายพื้นที่ทั่วประเทศ กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นจึงมีหนังสือแจ้งเวียนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั่วประเทศชะลอการดำเนินการสอบแข่งขันทุกชั้นตอนไปก่อน สำหรับกรณีที่ได้ดำเนินการสอบแข่งขันเสร็จสิ้นแล้วให้ตรวจสอบความถูกต้องอีกครั้ง ก.ท.จ. ลพบุรีตรวจสอบแล้วพบว่า ในการสอบคัดเลือกพนักงานเทศบาลของเทศบาลตำบลกกโกนั้น มหาวิทยาลัยราชภัฏเทพสตรีไม่ได้ตอบรับเป็นหน่วยงานกลางในการดำเนินการสอบ แต่นาย ช. เจ้าหน้าที่ของมหาวิทยาลัยดังกล่าวได้แสดงตนเป็นผู้แทนในการประสานงานให้แก่มหาวิทยาลัย ทั้งที่ไม่เคยได้รับมอบหมาย ได้ปลอมหนังสือมอบอำนาจของมหาวิทยาลัย ได้ลงลายมือชื่อในบันทึกข้อตกลงการจ้างในฐานะอธิการบดี ได้ลงลายมือชื่อในหนังสือตอบรับเป็นผู้ดำเนินการสอบในนามของมหาวิทยาลัย

⁵⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 216/2564 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 217/2564 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 250/2564 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 395/2564 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 398/2564 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 423/2564 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 452/2564



ได้จัดการสอบโดยที่มหาวิทยาลัยไม่ทราบเรื่อง และได้ดำเนินการจัดทำข้อสอบ ตรวจข้อสอบ ประมวลผลคะแนน โดยลำพัง เมื่อประกาศผลสอบแล้ว นาย ช. ได้ทำลายเอกสารกระดาษคำถามและกระดาษคำตอบทั้งหมด จากนั้น ได้ปลอมใบเสร็จรับเงินของมหาวิทยาลัยเพื่อเรียกเก็บเงินจากเทศบาล

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยสรุปได้ว่า เมื่อเทศบาลประสงค์จะสอบแข่งขันเพื่อสรรหาบุคคลเป็นพนักงานเทศบาล เทศบาลจะต้องมีหน่วยงานกลางที่คณะกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัดคัดเลือกจากสถาบันการศึกษาหรือจากหน่วยงานของรัฐที่เห็นสมควร เพื่อรับผิดชอบการสอบแข่งขัน ผลิตข้อสอบ ตรวจข้อสอบ และประมวลผลคะแนน ทั้งนี้ เพื่อความโปร่งใสในการดำเนินการ อาจมีการตั้งคณะกรรมการชุดต่าง ๆ เพื่อแบ่งหน้าที่ความรับผิดชอบในแต่ละขั้นตอนอย่างชัดเจน เพื่อตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน ทั้งต้องมีการวางระบบควบคุมกระบวนการผลิตข้อสอบและเก็บรักษาข้อสอบอย่างรัดกุมเพื่อป้องกันการรั่วไหลหรือการทุจริตในการจัดสอบแข่งขัน โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีเจตนารมณ์ เพื่อให้การสอบแข่งขันเป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ยุติธรรม เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมแก่ผู้สมัครสอบแข่งขันทุกคน และเพื่อให้ได้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถเหมาะสมกับตำแหน่ง อันจะเป็นการผดุงไว้ซึ่งระบบคุณธรรมในการสรรหาบุคคลเข้ารับราชการและความเชื่อมั่นของประชาชนต่อการบริหารราชการแผ่นดิน เมื่อการสอบแข่งขันดังกล่าวเป็นการดำเนินการของนาย ช. ในฐานะส่วนตัว ไม่ได้ดำเนินการโดยมหาวิทยาลัยราชภัฏเทพสตรี จึงไม่ชอบด้วยประกาศคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล เรื่อง มาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการคัดเลือกโดยการสอบแข่งขันเพื่อบรรจุบุคคลเป็นพนักงานเทศบาล พ.ศ. 2555 และประกาศคณะกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัดลพบุรี เรื่อง หลักเกณฑ์และเงื่อนไขการคัดเลือกโดยการสอบแข่งขันเพื่อบรรจุบุคคลเป็นพนักงานเทศบาล พ.ศ. 2555 เมื่อการสอบแข่งขันเป็นขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งของการสรรหาบุคคลที่มีความรู้ ความสามารถ และความเหมาะสมเพื่อเป็นพนักงานเทศบาล การจัดสอบที่ไม่ได้มาตรฐานตั้งแต่ขั้นตอนการจัดการสอบ การออกข้อสอบ การตรวจข้อสอบ และการประมวลผลคะแนน โดยนาย ช. เป็นผู้ดำเนินการเองทั้งหมด จึงขัดกับมาตรฐานทั่วไปที่กำหนดให้สถาบันการศึกษาหรือหน่วยงานที่ ก.ท.จ. ลพบุรีคัดเลือกเป็นผู้รับผิดชอบในการสอบแข่งขัน อันเป็นการจัดสอบโดยทุจริตและผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง เมื่อ ก.ท.จ. ลพบุรีได้พิจารณาผลการสอบดังกล่าวและมีมติเห็นชอบให้บรรจุและแต่งตั้งผู้สอบแข่งขัน จำนวน 9 ราย เป็นพนักงานเทศบาล และเทศบาลได้อาศัยมติดังกล่าวมีคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งพนักงานเทศบาลทั้ง 9 ราย คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง โดยในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น จึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนประกาศขึ้นบัญชีผู้สอบแข่งขันได้และคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดี และไม่ต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่จะต้องคำนึงถึงหลักความเชื่อโดยสุจริตของผู้ฟ้องคดี หรือต้องมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งพนักงานส่วนตำบลภายในระยะเวลา 90 วัน นับแต่วันที่รู้ถึงเหตุให้คำสั่งดังกล่าวตามมาตรา 49 วรรคสอง ประกอบกับมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ

จะเห็นได้ว่า คดีกลุ่มนี้ศาลปกครองสูงสุดได้ชี้ให้เห็นว่า โดยที่ การสอบแข่งขันเป็นขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งของการสรรหาบุคคลที่มีความรู้ ความสามารถ และความเหมาะสมในการปฏิบัติงานในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อันจะเป็นการผดุงไว้ซึ่งระบบคุณธรรม ในการสรรหาบุคคลเข้ารับราชการและความเชื่อมั่นของประชาชนต่อการบริหารราชการแผ่นดิน เพื่อประกัน ความเป็นธรรมแก่ผู้สอบทุกคน และเพื่อความโปร่งใสในการดำเนินการสอบ กฎหมายจึงได้กำหนด หลักเกณฑ์มาตรฐานในการดำเนินการเอาไว้ให้ต้องจัดสอบโดยหน่วยงานหรือสถานศึกษา เพื่อให้ออกข้อสอบ ที่สามารถวัดความรู้ ความสามารถ และความเหมาะสมได้ เมื่อกรณีนี้การสอบแข่งขันอันเป็นขั้นตอน อันเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งของการสรรหาบุคคลไม่ได้ดำเนินการโดยมหาวิทยาลัย แต่โดยนาย ช. (ซึ่งแอบอ้างว่าเป็นตัวแทนมหาวิทยาลัย) ซึ่งออกข้อสอบ ตรวจข้อสอบ และประมวลผลคะแนนโดยลำพัง ในฐานะส่วนตัว จึงขัดกับมาตรฐานทั่วไปที่กำหนดให้สถานศึกษาหรือหน่วยงานที่ได้รับเลือกเป็นผู้รับผิดชอบ ในการสอบแข่งขัน อันเป็นการจัดสอบโดยทุจริตและผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ในระดับ แห่งความร้ายแรงเป็นประจักษ์ ซึ่งวิญญูชนไม่อาจยอมรับผลการสอบได้ และไม่อาจทราบได้ว่าผู้ที่สอบผ่าน เป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถตามที่กฎหมายต้องการหรือไม่ ความร้ายแรงในระดับดังกล่าวจึงถึงขนาด ที่ทำให้ประกาศผลการสอบ ตลอดจนคำสั่งทางปกครองต่างๆ ที่ออกโดยอาศัยผลการสอบดังกล่าว เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่า ไม่มีการออกคำสั่งนั้นมาตั้งแต่ต้น นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาพฤติการณ์ของเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องกับผู้จัดสอบ ที่ทำในฐานะส่วนตัวแล้ว จะเห็นได้ถึงเจตนาโดยทุจริตอีกด้วย

หากพิจารณาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบแล้ว กรณีนี้มีความใกล้เคียง กับกรณีนิติกรรมทางปกครองที่ขาดองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญ ซึ่งแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐอิตาลี ได้ให้ความสำคัญกับการสรรหาบุคคลเข้าปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐเป็นอย่างยิ่งว่า การสรรหาบุคคล เข้ารับราชการโดยไม่มีการสอบแข่งขันซึ่งเป็นองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญยิ่งของการสรรหานั้น กฎหมายไม่อาจยอมให้บุคคลที่ไม่ได้ผ่านการสอบแข่งขันที่เป็นไปตามมาตรฐานเข้ามาปฏิบัติงาน ในหน่วยงานของรัฐได้ ประกาศผลสอบจึงเป็นโมฆะ และส่งผลให้คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยอาศัย ประกาศผลสอบที่เป็นโมฆะ ย่อมตกเป็นโมฆะเช่นกัน

(2.1.2) มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 15/2564

ต่อมา ในคดีพิพาทกลุ่มที่มหาวิทยาลัยราชภัฏเทพสตรี เป็นหน่วยงานกลางผู้รับผิดชอบในการสอบแข่งขัน ซึ่งมีข้อเท็จจริงในทำนองเดียวกันกับกลุ่มคดีในหัวข้อที่ (2.1.1) ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยโดยให้เหตุผลเช่นเดียวกัน ได้แก่

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 240/2565 (ประชุมใหญ่)

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยสรุปสาระสำคัญได้ว่า ในการดำเนินการสอบแข่งขันของเทศบาลตำบลบ้านเขียน ก.ท.จ. ชัยนาทได้เห็นชอบให้มหาวิทยาลัยราชภัฏเทพสตรีเป็นผู้รับผิดชอบในการสอบแข่งขัน แต่การดำเนินการ ดังกล่าวได้กระทำโดยอาจารย์มหาวิทยาลัยดังกล่าวร่วมกับอาจารย์ภายนอก อันเป็นการดำเนินการ



ของเจ้าหน้าที่ของมหาวิทยาลัยในฐานะส่วนตัว เมื่อการสอบแข่งขันเพื่อเป็นพนักงานเทศบาลเป็นขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งของการสรรหาบุคคลที่มีความรู้ ความสามารถ และความเหมาะสม เพื่อเป็นพนักงานเทศบาล เป็นการทดสอบที่ไม่ได้มาตรฐานตั้งแต่ขั้นตอนการออกข้อสอบ การตรวจข้อสอบ และการประมวลผลคะแนน โดยมีบุคคลในฐานะส่วนตัวเป็นผู้ดำเนินการเองทั้งหมด ขัดกับมาตรฐานทั่วไปที่กำหนดให้สถาบันการศึกษาหรือหน่วยงานที่ ก.ท.จ. ชัยนาท คัดเลือกให้เป็นผู้รับผิดชอบในการสอบแข่งขัน อันเป็นการทดสอบโดยผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง เมื่อต่อมาคณะกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัดชัยนาทได้พิจารณาผลการสอบดังกล่าวและมีมติเห็นชอบให้บรรจุและแต่งตั้งผู้สอบแข่งขันได้เป็นพนักงานเทศบาล และนายกเทศมนตรีได้อาศัยมติดังกล่าวมีคำสั่งแต่งตั้งพนักงานเทศบาล ดังนั้นประกาศเทศบาลตำบลบ้านเขียน เรื่อง ประกาศรายชื่อผู้สอบแข่งขันได้และการขึ้นบัญชีผู้สอบแข่งขันได้เพื่อบรรจุบุคคลเป็นพนักงานเทศบาลตำบลบ้านเขียน และคำสั่งบรรจุแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผลมาจากประกาศดังกล่าว จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง โดยทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 359/2565 (ประชุมใหญ่)

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยสรุปสาระสำคัญได้ว่า การดำเนินการสอบแข่งขันขององค์การบริหารส่วนตำบลวัดตูมได้กระทำโดยอาจารย์มหาวิทยาลัยราชภัฏเทพสตรีร่วมกับอาจารย์ภายนอกเป็นการดำเนินการในฐานะส่วนตัว มิใช่เป็นการดำเนินการของมหาวิทยาลัยดังกล่าวซึ่งเป็นหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบในการสอบแข่งขัน การดำเนินการจัดสอบแข่งขันดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยประกาศคณะกรรมการกลางพนักงานส่วนตำบล เรื่อง มาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการคัดเลือกโดยการสอบแข่งขันเพื่อบรรจุบุคคลเป็นพนักงานส่วนตำบล พ.ศ. 2555 ประกอบกับประกาศคณะกรรมการพนักงานส่วนตำบลจังหวัดพระนครศรีอยุธยา เรื่อง หลักเกณฑ์และเงื่อนไขการคัดเลือกโดยการสอบแข่งขันเพื่อบรรจุบุคคลเป็นพนักงานส่วนตำบล พ.ศ. 2555 และเมื่อการสอบแข่งขันเป็นขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งของการสรรหาบุคคลที่มีความรู้ ความสามารถ และความเหมาะสม เพื่อเป็นพนักงานส่วนตำบลเป็นการทดสอบที่ไม่ได้มาตรฐานตั้งแต่ขั้นตอนการออกข้อสอบ การตรวจข้อสอบ และการประมวลผลคะแนน โดยมีบุคคลในฐานะส่วนตัวเป็นผู้ดำเนินการเองทั้งหมด จึงขัดกับมาตรฐานทั่วไปที่กำหนดให้สถาบันการศึกษาหรือหน่วยงานที่ได้รับการคัดเลือกเป็นผู้รับผิดชอบในการสอบแข่งขัน อันเป็นการทดสอบโดยทุจริตและผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ประกาศขึ้นบัญชีผู้สอบแข่งขันได้และคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งซึ่งเป็นผลมาจากประกาศดังกล่าว จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง โดยทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 404/2565 (ประชุมใหญ่)

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยสรุปสาระสำคัญได้ว่า ในการสอบแข่งขันขององค์การบริหารส่วนตำบลชะแมบนาย ช. ดำเนินการจัดสอบเองในฐานะส่วนตัว โดยไม่ได้รับมอบหมายจากมหาวิทยาลัยราชภัฏเทพสตรี โดยได้ขอให้เพื่อนซึ่งเป็นอาจารย์ในสาขาที่เกี่ยวข้องกับสาขาที่เปิดสอบช่วยออกข้อสอบให้ จากนั้น ได้แจ้ง

ร้านที่รับพิมพ์เอกสารให้จัดพิมพ์ข้อสอบ โดยไม่มีการแต่งตั้งคณะกรรมการในการจัดทำข้อสอบ และได้เก็บรักษาข้อสอบไว้ที่บ้านของนาย ช. โดยไม่มีการแต่งตั้งคณะกรรมการเก็บรักษาข้อสอบ และเมื่อสอบเสร็จได้นำข้อสอบและกระดาษคำตอบมาเก็บไว้ที่บ้านของตน โดยนาย ช. ได้ใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ในการตรวจข้อสอบและประมวลผลคะแนน การดำเนินการดังกล่าวจึงเป็นการดำเนินการในฐานะส่วนตัว มิใช่เป็นการดำเนินการของมหาวิทยาลัยราชภัฏเทพสตรีซึ่งเป็นหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบในการสอบแข่งขัน เมื่อการสอบแข่งขันเพื่อเป็นพนักงานส่วนตำบลเป็นขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งของการสรรหาบุคคลที่มีความรู้ ความสามารถ และความเหมาะสม เพื่อเป็นพนักงานส่วนตำบล เป็นการจัดสอบที่ไม่ได้มาตรฐานตั้งแต่ขั้นตอนการออกข้อสอบ การตรวจข้อสอบ และการประมวลผลคะแนน โดยมีบุคคลในฐานะส่วนตัวเป็นผู้ดำเนินการเองทั้งหมด จึงขัดกับมาตรฐานทั่วไปที่กำหนดให้สถาบันการศึกษาหรือหน่วยงานที่คณะกรรมการพนักงานส่วนตำบลจังหวัดพระนครศรีอยุธยาคัดเลือกให้เป็นผู้รับผิดชอบในการสอบ อันเป็นการจัดสอบโดยทุจริตและผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ประกาศขึ้นบัญชีและคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งซึ่งเป็นผลมาจากประกาศดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง โดยทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น

(2.2) กลุ่มการสอบแข่งขันของเทศบาลตำบลในจังหวัดอุดรธานีซึ่งจัดสอบโดยโรงเรียนเลิงถ่อนโนนสมบูรณ์

กลุ่มคดีนี้เป็นคดีที่เข้าสู่อำนาจพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 15/2564 ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 244/2565 (ประชุมใหญ่) ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยสรุปสาระสำคัญได้ว่า ในการดำเนินการสอบแข่งขันของเทศบาลตำบลบะยาว ก.ท.จ. อุดรธานีเห็นชอบให้โรงเรียนเลิงถ่อนโนนสมบูรณ์เป็นหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบในการสอบแข่งขัน แต่การดำเนินการสอบแข่งขันได้กระทำโดยผู้อำนวยการโรงเรียนเลิงถ่อนโนนสมบูรณ์ร่วมกับผู้อำนวยการโรงเรียนในเขตอำเภอวังสามหมออีกจำนวนหนึ่ง อันเป็นการดำเนินการในฐานะส่วนตัว⁵⁹ เมื่อการสอบแข่งขันเพื่อเป็นพนักงานเทศบาล ซึ่งเป็นขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งของการสรรหาบุคคลที่มีความรู้ ความสามารถ และความเหมาะสม เพื่อเป็นพนักงานเทศบาลของเทศบาลตำบลบะยาว เป็นการจัดสอบที่ไม่ได้มาตรฐานตั้งแต่ขั้นตอนการออกข้อสอบ การตรวจข้อสอบ และการประมวลผลคะแนน โดยมีบุคคลในฐานะส่วนตัวเป็นผู้ดำเนินการเองทั้งหมด ขัดกับมาตรฐานทั่วไปที่กำหนดให้สถาบันการศึกษาหรือหน่วยงานที่ ก.ท.จ. อุดรธานีคัดเลือกเป็นผู้รับผิดชอบในการสอบแข่งขัน อันเป็นการจัดสอบโดยผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง เมื่อต่อมา ก.ท.จ. อุดรธานีได้พิจารณาผลการสอบและมีมติเห็นชอบให้บรรจุ

⁵⁹ คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดรับฟังข้อเท็จจริงได้ว่า ด้วยเหตุที่โรงเรียนเลิงถ่อนโนนสมบูรณ์ให้ผู้อำนวยการโรงเรียน สังกัดสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาประถมศึกษาอุดรธานี เขต 2 จำนวน 3 คน ร่วมกันออกข้อสอบ ซึ่งล้วนแต่เป็นผู้จบการศึกษาด้านการศึกษาทั้งสิ้น มิใช่ผู้มีความรู้ความชำนาญในตำแหน่งที่จัดสอบ การออกข้อสอบใช้วิธีนำข้อสอบเก่าที่มีการเผยแพร่อยู่แล้ว และการออกข้อสอบไม่ได้มีการวัดความยากง่ายของข้อสอบ อันเป็นมาตรฐานในการวัดผล รวมถึงการผลิตข้อสอบใช้บุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จัดสอบเป็นผู้ผลิต

และแต่งตั้งผู้สอบแข่งขันได้เป็นพนักงานเทศบาล และนายกเทศมนตรีตำบลบะยาวได้อาศัยมติดังกล่าว มีคำสั่งแต่งตั้งพนักงานเทศบาล ดังนั้น ประกาศขึ้นบัญชีผู้สอบแข่งขันได้ของเทศบาลตำบลบะยาว และคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผลมาจากประกาศดังกล่าว จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะ ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง โดยทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น⁶⁰

(2.3) กลุ่มการสอบแข่งขันของเทศบาลตำบลในจังหวัดอุดรธานีซึ่งจัดสอบ โดยโรงเรียนอนุบาลประจักษ์ศิลปาคม

กลุ่มคดีนี้เป็นคดีที่เข้าสู่การพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ตุลาการ ในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 15/2564 เช่นกัน ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 326/2565 (ประชุมใหญ่)⁶¹ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยสรุปสาระสำคัญได้ว่า ก.อบต. จังหวัดอุดรธานีได้คัดเลือก ให้โรงเรียนอนุบาลประจักษ์ศิลปาคมเป็นหน่วยงานกลางรับผิดชอบการสอบแข่งขันขององค์การบริหารส่วนตำบล จำนวน 5 แห่ง แต่ปรากฏว่า การดำเนินการสอบแข่งขันดังกล่าวได้กระทำโดยผู้อำนวยการโรงเรียนดังกล่าว ร่วมกับผู้อำนวยการโรงเรียนในเขตอำเภอวังสามหมออีกจำนวนหนึ่ง อันเป็นการดำเนินการในฐานะส่วนตัว มิใช่เป็นการดำเนินการของหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบในการสอบแข่งขัน เมื่อการสอบแข่งขันเพื่อเป็นพนักงาน ส่วนตำบลเป็นขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งของการสรรหาบุคคลที่มีความรู้ ความสามารถ และความเหมาะสม เพื่อเป็นพนักงานส่วนตำบล เป็นการจัดสอบที่ไม่ได้มาตรฐานตั้งแต่ขั้นตอนการออกข้อสอบ การตรวจข้อสอบ และการประมวลผลคะแนน โดยมีบุคคลในฐานะส่วนตัวเป็นผู้ดำเนินการเองทั้งหมด ซึ่งขัดกับมาตรฐานทั่วไปที่กำหนดให้สถาบันการศึกษาหรือหน่วยงานที่ได้รับคัดเลือกให้เป็นผู้รับผิดชอบ ในการสอบแข่งขัน อันเป็นการจัดสอบโดยทุจริตและผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง เมื่อต่อมา ก.อบต. จังหวัดอุดรธานีได้พิจารณาผลการสอบและมีมติเห็นชอบให้บรรจุและแต่งตั้งผู้สอบแข่งขันได้ เป็นพนักงานส่วนตำบล และนายกองค์การบริหารส่วนตำบลนาทรายได้อาศัยมติดังกล่าวมีคำสั่งแต่งตั้ง พนักงานส่วนตำบล ดังนั้น ประกาศขึ้นบัญชีผู้สอบแข่งขันได้ขององค์การบริหารส่วนตำบลนาทราย และคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผลมาจากประกาศดังกล่าว จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะ ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง โดยทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น

นอกจากนี้ ภายหลังจากมติของที่ประชุมใหญ่ฯ ครั้งที่ 15/2564 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 389/2566 ซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการดำเนินการสอบแข่งขันขององค์การบริหาร ส่วนตำบลพังงา ซึ่ง ก.อบต. จังหวัดอุดรธานีเห็นชอบให้โรงเรียนอนุบาลประจักษ์ศิลปาคมเป็นผู้รับผิดชอบ

⁶⁰ คดีในกลุ่มเดียวกันกับคดีนี้ ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 235/2565 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 257/2565 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 264/2565 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 287/2565 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 387/2565 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 443/2565 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 27/2566 เป็นต้น

⁶¹ คดีในกลุ่มเดียวกันกับคดีนี้ ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 380/2565 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 394/2565 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 399/2565 เป็นต้น

จัดสอบแข่งขัน แต่ปรากฏว่า ผู้อำนวยการโรงเรียนอนุบาลประจักษ์ศิลปาคมร่วมกับพวกได้ดำเนินการในฐานะส่วนตัว ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยโดยใช้หลักการเช่นเดียวกัน

เมื่อพิจารณาคดีในกลุ่มนี้แล้วจะเห็นได้ว่า แม้คดีกลุ่มนี้จะไม่ปรากฏพฤติการณ์ที่ผู้จัดสอบได้แอบอ้างว่าเป็นผู้แทนของหน่วยงานกลางที่จัดสอบ แล้วดำเนินการจัดสอบเอง ในฐานะส่วนตัวดังเช่นกลุ่มคดีในข้อ (2.1) แต่พฤติการณ์ของผู้อำนวยการโรงเรียนกับพวกได้ร่วมกันออกข้อสอบ ตรวจข้อสอบ และประมวลผลกันเอง โดยไม่มีบุคลากรของโรงเรียนอนุบาลประจักษ์ศิลปาคมร่วมเป็นกรรมการ ทั้งผู้ออกข้อสอบยังไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญด้านการบริหารงานท้องถิ่นหรือมีประสบการณ์สูงสำหรับการบริหารงานท้องถิ่น ซึ่งออกข้อสอบโดยค้นหาจากข้อสอบเก่าและอินเทอร์เน็ตนั้น ศาลเห็นว่าเป็นการจัดสอบที่ไม่ได้มาตรฐานตั้งแต่ขั้นตอนการออกข้อสอบ การตรวจข้อสอบ และการประมวลผลคะแนน โดยมีบุคคลในฐานะส่วนตัวเป็นผู้ดำเนินการเองทั้งหมด อันขัดกับมาตรฐานทั่วไปที่กำหนดให้สถาบันการศึกษาหรือหน่วยงานที่ได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้รับผิดชอบในการสอบแข่งขัน ซึ่งพฤติการณ์ดังกล่าวนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เป็นการจัดสอบโดยทุจริตและผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง เช่นเดียวกันกับข้อ (2.1)

6. บทสรุปและข้อสังเกต

เมื่อพิจารณาจากพัฒนาการของคำพิพากษาดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่า

(1) ศาลปกครองสูงสุดได้นำเรื่องคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น มาใช้ในการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง อันเป็นไปตามความมุ่งหมายของผู้ร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ต้องการให้องค์กรที่มีหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองเป็นผู้วางหลัก โดยศาลได้นำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีโดยเคร่งครัด และเมื่อมีเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับที่ร้ายแรงและเป็นທີ່ประจักษ์เท่านั้น เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงอย่างชัดเจนว่าไม่ควรให้คำสั่งนั้นมีผลถือเป็นกรณียกเว้นอย่างยิ่ง และศาลนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีน้อยมาก เฉพาะในคดีพิพาทสามกรณีคือ คดีองค์การบริหารส่วนตำบลผาจุ คดีการสอบคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ และกลุ่มคดีเกี่ยวกับการสอบคัดเลือกพนักงานส่วนท้องถิ่น

(2) การที่ศาลปกครองสูงสุดหลีกเลี่ยงการใช้คำว่า โหมะ ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐอิตาลี สาธารณรัฐโปรตุเกส และราชอาณาจักรสเปนนั้น ผู้เขียนเข้าใจว่า อาจเพื่อไม่ให้เกิดความสับสนกับคำว่า โหมะในทางแพ่ง โดยศาลเลือกใช้คำว่า คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งนั้น ซึ่งมาจากทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่ในทางกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสแทน ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับการที่ศาลปกครองสูงสุดไทยเลือกใช้คำว่า คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งนั้น เพราะการกำหนดคำใหม่เพื่อใช้ในบริบท

ของกฎหมายปกครอง ซึ่งคำนี้สื่อให้เห็นอย่างชัดเจนถึงองค์ประกอบของความผิดและผลในทางกฎหมาย จึงเหมาะสมกว่าการใช้คำว่าโมฆะ ทั้งเพื่อป้องกันความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนของผู้ใช้กฎหมายอีกด้วย อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า แม้จะมีความแตกต่างเรื่องการใช้ถ้อยคำอยู่บ้าง แต่ก็ยังเป็นเพียงการเลือกใช้คำเท่านั้น แต่แนวคิดเรื่องคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะและคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องที่ขัดแย้งและร้ายแรง เป็นประจักษ์นัยล้วนเหมือนกัน และผลคือในทางกฎหมายก็ถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง เช่นเดียวกัน

(3) ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยอธิบายหลักกฎหมายนี้ว่า เมื่อคำสั่งทางปกครองเป็นนิติกรรมทางปกครองอย่างหนึ่ง ซึ่งผลในทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจมีหลายลักษณะ ขึ้นอยู่กับระดับความร้ายแรง โดยนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับธรรมดาและไม่เป็น ที่เห็นประจักษ์ คงมีผลทางกฎหมายอยู่ตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลโดยเหตุอื่น หากไม่มีผู้ใด หยิบยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาโต้แย้งภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ทั้งไม่ปรากฏเหตุให้ต้อง เพิกถอนโดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งหรือผู้บังคับบัญชา นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวก็ย่อมมีผลทางกฎหมาย อยู่ต่อไปและไม่อาจถูกเพิกถอนได้อีก ทั้งนี้ ตามหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและการคุ้มครองความเชื่อ โดยสุจริตในความคงอยู่ของนิติกรรมทางปกครองนั้น แต่หากนิติกรรมทางปกครองใดมีความไม่ชอบ ด้วยกฎหมายในระดับที่ร้ายแรงและเป็น ที่ประจักษ์ ย่อมถือว่านิติกรรมทางปกครองดังกล่าวไม่เคยเกิดขึ้นเลย หรือเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น ผู้มีอำนาจเพิกถอนเพียงแต่วินิจฉัยถึงความเสียเปล่า โดยไม่ต้องเพิกถอน

(4) เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่เกี่ยวกับการสอบแข่งขันแล้ว จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดให้ความสำคัญต่อการสอบแข่งขันเพื่อคัดเลือกบุคคลเข้าปฏิบัติงาน ในหน่วยงานของรัฐ เนื่องจากการสอบแข่งขันมีวัตถุประสงค์เพื่อสรรหาบุคคลที่มีความรู้ ความสามารถ และมีความเหมาะสม การสอบแข่งขัน ไม่ว่าจะเป็นการสอบแข่งขันเพื่อสรรหาบุคคลเข้าปฏิบัติงาน ในหน่วยงานของรัฐ หรือการสอบแข่งขันเพื่อเข้าศึกษาในหลักสูตรใดหลักสูตรหนึ่งของหน่วยงานของรัฐ **จึงถือเป็นขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งและเป็นขั้นตอนที่จำเป็นสำหรับการสรรหาบุคคลที่มีความรู้ ความสามารถอันจำเป็นต่อการปฏิบัติงานหรือเพื่อเข้าศึกษาอบรม จึงต้องมีการวางระบบเกี่ยวกับการสอบ ให้เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนดและมาตรฐานทางวิชาการ โดยสำหรับการสอบแข่งขันเพื่อเป็นพนักงาน ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น จะมีการแต่งตั้งหน่วยงานกลางที่มีความสามารถในการออกข้อสอบวัดความรู้ และประมวลผลมาเป็นผู้รับผิดชอบการสอบ ซึ่งโดยมากแล้วจะมีการแต่งตั้งให้สถาบันการศึกษา เป็นหน่วยงานกลางผู้รับผิดชอบการสอบ อันแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้มีจัดสอบ ที่มีมาตรฐาน มีเกณฑ์การประเมินความรู้ความสามารถที่เป็นที่ยอมรับและน่าเชื่อถือ เพื่อให้การสอบ บรรลุวัตถุประสงค์ของการวัดความรู้ความสามารถ เพื่อประกันความเป็นธรรมแก่ผู้สอบทุกคน และเพื่อให้หน่วยงานได้บุคคลที่มีความรู้ความสามารถมาปฏิบัติงาน ดังนั้น เมื่อการสอบแข่งขันเป็นขั้นตอน ที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง การจัดสอบที่ไม่ได้มาตรฐานตามที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าจะเป็นการจัดสอบ ที่ไม่ได้กระทำโดยหน่วยงานกลาง แต่มีการกระทำทุจริตโดยบุคคลซึ่งปลอมแปลงเอกสารเพื่ออ้างตนเป็นตัวแทน**

ของหน่วยงานแล้วจัดสอบโดยลำพังในฐานะส่วนตัว หรือการจัดสอบโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานกลาง ที่มีหน้าที่จัดสอบแต่ดำเนินการในฐานะส่วนตัว ทำให้ไม่อาจวัดผลได้ว่าข้อสอบมีมาตรฐานหรือไม่ กระบวนการตรวจข้อสอบและการประมวลผลคะแนนเป็นไปโดยถูกต้อง เป็นธรรม และโดยสุจริตหรือไม่ ทำให้ไม่สามารถวัดผลทางวิชาการได้ว่าบุคคลผู้สอบผ่านเกณฑ์เป็นผู้มีความรู้ความสามารถ และมีความเหมาะสมที่จะปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐหรือไม่ หรือกรณีที่การจัดสอบเป็นไปอย่างถูกต้องแล้ว แต่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่และผู้สอบร่วมกันทุจริตโดยแก้ไขกระดาษคำตอบเสียใหม่ หรือปรากฏว่ามีการกระทำทุจริตของเจ้าหน้าที่ โดยเปลี่ยนแปลงแก้ไขผลคะแนนสอบหรือแก้ไขกระดาษคำตอบ เพื่อให้ผู้ที่สอบไม่ผ่านเกณฑ์ได้รับการบรรจุ และแต่งตั้ง อันเป็นกรณีที่ไม่แน่นอนว่าผู้ที่สอบได้จะมีความรู้ความสามารถเพียงพอกับการปฏิบัติหน้าที่ ในตำแหน่งที่สอบแข่งขันหรือไม่ ทำให้ได้มาซึ่งบุคคลที่ไม่มีความรู้ความสามารถหรือไม่มีความเหมาะสม ตามวัตถุประสงค์ของการสอบคัดเลือกหรือตามที่กฎหมายเกี่ยวกับการสรรหาบุคลากรภาครัฐต้องการ การกระทำดังกล่าวมาล้วนแต่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง กระทบต่อความน่าเชื่อถือของกระบวนการ สรรหาบุคลากรภาครัฐ กระทบต่อการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่นโดยรวม และกระทบต่อการจัดทำ บริการสาธารณะของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งการจัดสอบที่ไม่ได้ดำเนินการโดยหน่วยงานกลางแต่จัดโดยบุคคลหนึ่ง ในในฐานะส่วนตัว ย่อมถือได้ว่าไม่มีการสอบแข่งขันอันเป็นขั้นตอนที่จำเป็นและเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่ง ของการสรรหาบุคลากร หรือกรณีที่แม้มีการจัดสอบโดยหน่วยงานกลางแต่มีการเปลี่ยนแปลงผลคะแนนการสอบ หรือมีการแก้ไขกระดาษคำตอบ ทำให้ผู้มีคะแนนไม่ผ่านเกณฑ์สอบได้ ล้วนแต่เป็นกรณีที่ศาลปกครองสูงสุด เห็นว่า เป็นการสอบที่ไม่ได้มาตรฐานตั้งแต่ขั้นตอนการออกข้อสอบ การตรวจข้อสอบ และการประมวลผล คะแนน เป็นการกระทำโดยทุจริต อันเป็นความผิดพลาดอย่างร้ายแรงเห็นได้โดยประจักษ์ แม้แต่วิญญูชน พิจารณาแล้วก็ตอบได้ว่ามีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง ถึงขนาดที่ไม่อาจยอมรับผลของการสอบได้ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงในระดับ แห่งความร้ายแรงเป็นประจักษ์ ร้ายแรงยิ่งกว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจเพิกถอนได้ ถึงขนาดที่ทำให้ ประสิทธิภาพการสอบ ตลอดจนคำสั่งทางปกครองต่าง ๆ ที่ออกโดยอาศัยผลการสอบดังกล่าว ตกเป็นคำสั่ง ทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง โดยในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งนั้น

หากจะพิจารณาเปรียบเทียบประเด็นข้างต้นนี้กับแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐอิตาลี (ซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลปกครองสูงสุด) แล้ว จะเห็นได้ว่า ข้อเท็จจริงในทำนองเดียวกันนี้ สภาแห่งรัฐก็ได้วินิจฉัยถึง กรณีการสอบแข่งขันที่ปรากฏการทุจริตในการจัดสอบในทำนองเดียวกันว่า กรณีที่ผู้ทำคำสั่งมีเจตนา ทุจริตในการใช้อำนาจหรือมีการเรียกรับเงินเพื่อใช้อำนาจออกคำสั่ง การออกคำสั่งโดยมีเจตนาทุจริตนี้ เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนตนของผู้ออกคำสั่งเท่านั้น ไม่ใช่เพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงถือได้ว่าเป็นการออกคำสั่ง โดยขาดองค์ประกอบสำคัญในเรื่องเจตนาของผู้ทรงอำนาจอันทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะ หรือแม้แต่กรณี การสรรหาบุคคลเข้ารับราชการโดยไม่มีการสอบแข่งขัน สภาแห่งรัฐก็เห็นว่าเมื่อการสอบแข่งขันเป็นองค์ประกอบ



อันเป็นสาระสำคัญของการสรรหาบุคคลเข้าปฏิบัติงานในภาครัฐ คำสั่งบรรจุและแต่งตั้งอันเนื่องมาจากการสรรหาโดยไม่มีการสอบแข่งขันจึงเป็นโมฆะเช่นกัน⁶²

(5) ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง โดยทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น มีดังนี้

- ในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีคำสั่งทางปกครองนั้นในทางกฎหมาย กล่าวคือ ไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น

- ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการทุจริตหรือการแสดงข้อความอันเป็นเท็จนั้นจะเกิดจากการกระทำของผู้รับคำสั่งหรือไม่

- เมื่อถือเสมือนว่าไม่มีคำสั่งทางปกครองจึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอน

- ไม่ต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่จะต้องคำนึงถึงหลักความเชื่อโดยสุจริตของผู้ฟ้องคดี หรือต้องมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งพนักงานส่วนตำบลภายในระยะเวลา 90 วัน นับแต่วันที่รู้ถึงเหตุให้คำสั่งดังกล่าวตามมาตรา 49 วรรคสอง ประกอบกับมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ

- ไม่อาจนำบทบัญญัติมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ที่กำหนดให้ต้องให้โอกาสผู้ฟ้องคดีทั้งสองที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานมาใช้บังคับแก่กรณีนี้ได้ เนื่องจากถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองที่อาจกระทบสิทธิที่ต้องให้โอกาสทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งก่อน⁶³

- เมื่อไม่มีคำสั่งให้เพิกถอน การที่หน่วยงานทางปกครองประกาศยกเลิกผลการสอบแข่งขัน เป็นเพียงการแก้ไขปรับปรุงเนื้อหาของประกาศผลการสอบ เพื่อให้เป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปว่าประกาศผลสอบนั้น ไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น กล่าวคือ การออกคำสั่งยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง โดยทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งนั้น จึงเป็นเพียงการประกาศให้ทราบโดยทั่วกันว่าคำสั่งนั้นไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น

- สำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองนั้น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47/2546 (ประชุมใหญ่) ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ว่า “การที่ผู้ถูกฟ้องคดีสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้เงินตามหนังสือดังกล่าว จึงเป็นการกระทำที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง ในทางกฎหมายจึงถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น เมื่อถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้โดยไม่ต้องยื่นอุทธรณ์ก่อนร้องทุกข์ เมื่อเรื่องร้องทุกข์ดังกล่าวได้โอนมาเป็นคดีของศาลปกครองตามมาตรา 103 วรรคสาม

⁶² โปรดดูหัวข้อที่ 2.3

⁶³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 522/2565

แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองจึงมีอำนาจรับคดีไว้พิจารณาพิพากษาต่อไปได้” และในทำนองเดียวกัน ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 49/2562 ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า “เมื่อไม่มีคำสั่งทางปกครองที่จะให้เพิกถอน และผู้ฟ้องคดีไม่มีสิทธิอุทธรณ์ประกาศดังกล่าว การที่ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ จึงถือเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมีความคับข้องใจอันเกิดจากการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติของผู้บังคับบัญชา และเป็นกรณีที่ไม้อาจอุทธรณ์ได้ จึงถือเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดสิทธิในการร้องทุกข์” จึงเห็นได้ว่า ผู้ฟ้องคดีสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้เลยโดยไม่ต้องอุทธรณ์ก่อน อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ในทางปฏิบัติการไม่อุทธรณ์คำสั่งก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองอาจเพิ่มความเสี่ยงแก่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้รับคำสั่ง หากผู้ฟ้องคดีเข้าใจผิดในลักษณะทางกฎหมายของคำสั่งที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี หากศาลเห็นว่าไม่ใช่กรณีดังกล่าวและต้องอุทธรณ์ก่อน ศาลอาจไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ดังนั้น เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง ผู้เขียนเห็นว่า ทางออกที่คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47/2546 ได้ให้ไว้ว่า “เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง อันเนื่องมาจากความเข้าใจผิดของคู่กรณีเกี่ยวกับลักษณะทางกฎหมายของคำสั่งให้ตัดใช้เงินของหน่วยงานของรัฐ เพราะเป็นปัญหาที่ศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่ถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง หรือไม่ คู่กรณีชอบที่จะยื่นอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งตามขั้นตอนและวิธีการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือที่กฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะก่อน” แล้วค่อยนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง อาจเป็นทางเลือกที่เหมาะสม จนกว่าจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในส่วนนี้ให้ชัดเจน

(6) สำหรับคดีพิพาทเกี่ยวกับการสอบแข่งขัน ศาลปกครองได้กำหนดคดีพิพาทประเภทนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งกรณีที่ประกาศผลสอบและคำสั่งที่บรรจุและแต่งตั้งที่สืบเนื่องจากประกาศดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง โดยในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น ศาลวินิจฉัยว่าไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งบรรจุและแต่งตั้ง และคำสั่งที่ไต่ยกเลิกประกาศผลสอบเป็นเพียงการแก้ไขปรับปรุงเนื้อหาของประกาศผลสอบ เพื่อให้เป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปว่าประกาศนั้นไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น อันเป็นการที่ศาลได้ประกาศความเป็นโมฆะของประกาศและคำสั่งดังกล่าวโดยนัยแล้ว อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อให้สอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด และเพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับอำนาจในการกำหนดค่าบังคับของศาลปกครอง หากในอนาคตจะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ดังรายละเอียดเกี่ยวกับการประกาศความเป็นโมฆะกรรมโดยเจ้าหน้าที่ไว้ในมาตรา 43/1 วรรคสาม ที่ว่า “เจ้าหน้าที่... อาจประกาศโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองได้ทุกเมื่อ โดยดำเนินการเองหรือตามคำขอของผู้มีส่วนได้เสีย ทั้งนี้ ก่อนประกาศโมฆะกรรม อาจหารือคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองก็ได้ การประกาศโมฆะกรรมให้เป็นที่สุด” แล้ว ผู้เขียนเห็นว่า อาจจะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง



และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในส่วนของอำนาจในการกำหนดค่าบังคับของศาลในการประกาศโฆษณากรรมให้สอดคล้องกัน โดยอาจแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 72 วรรคหนึ่ง โดยเพิ่มเติม “(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับการประกาศความเป็นโฆษณาของคำสั่งทางปกครอง” ซึ่งเป็นการบัญญัติอำนาจศาลปกครองในทำนองเดียวกันกับมาตรา 31 วรรคสี่ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองอิตาลี

(7) ปัจจุบันศาลปกครองสูงสุดยังคงจำกัดอยู่เพียงกรณีการตรวจสอบแข่งขันที่มีการกระทำผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงเท่านั้นที่จะเป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองที่สืบเนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งนั้นมาตั้งแต่ต้น สอดคล้องกับแนวคิดเรื่องความเป็นโฆษณาของคำสั่งทางปกครองในกฎหมายต่างประเทศที่ว่าหากเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งแล้วย่อมเป็นข้อบกพร่องที่มีลักษณะรุนแรงมากในลักษณะที่ไม่อาจยอมรับได้ ซึ่งวิญญูชนโดยทั่วไปสามารถเห็นได้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่อาจยอมรับได้ และกฎหมายย่อมไม่อาจยอมรับให้มีคำสั่งทางปกครองเช่นนี้อยู่ระบบกฎหมายได้ อย่างไรก็ตาม ยังไม่พบกรณีศาลปกครองสูงสุดเห็นว่ากรณีอื่น ๆ ที่ศาลปกครองต่างประเทศหรือกฎหมายต่างประเทศกำหนดให้ตกเป็นโฆษณา อันได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนแบบที่กฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจปฏิบัติได้ในความเป็นจริง คำสั่งที่ออกโดยขัดหรือแย้งต่อคำพิพากษา คำสั่งที่มีความบกพร่องอย่างร้ายแรงเรื่องผู้ทรงอำนาจหรือคำสั่งที่ผู้ออกคำสั่งปราศจากอำนาจโดยสิ้นเชิง คำสั่งที่ผู้ทำคำสั่งก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจขององค์กรอื่นซึ่งไม่ได้มีจุดรวมหรือจุดเกาะเกี่ยวในการใช้อำนาจร่วมกันเลย คำสั่งที่ผู้ออกคำสั่งไม่มีอำนาจเหนือพื้นที่นั้น คำสั่งที่ให้กระทำการใดอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอาญา เป็นต้น

อนึ่ง คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงดังที่ยกตัวอย่างนี้ ในบางกรณีร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (ที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) แล้ว ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเผยแพร่และรับฟังความคิดเห็น เมื่อปี พ.ศ. 2566) ได้วางหลักการของโฆษณากรรมของคำสั่งทางปกครอง กรณีเฉพาะที่กฎหมายให้ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโฆษณา ผลของโฆษณากรรม และการประกาศโฆษณากรรมไว้แล้ว จึงต้องพิจารณาต่อไปว่าในอนาคตฝ่ายนิติบัญญัติและศาลปกครองจะพัฒนาหลักนี้ต่อไปในทิศทางใด

(8) เมื่อพิจารณามาตรา 31 วรรคสี่ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองอิตาลี ซึ่งบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลปกครองในการยกประเด็นเรื่องความเป็นโฆษณาของคำสั่งทางปกครองขึ้นมาพิจารณาได้เองได้เสมอ ประกอบกับมาตรา 1422 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี บัญญัติให้ความเป็นโฆษณาของนิติกรรมนั้นไม่ตกอยู่ภายใต้อายุความ ดังนั้นแล้วความเป็นโฆษณาของคำสั่งทางปกครองจึงเป็นข้อกฎหมายที่คู่กรณีอาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ทุกเวลา หากคู่กรณีไม่ยกความเป็นโฆษณาของคำสั่งทางปกครองขึ้นต่อสู้ ศาลปกครองมีอำนาจในการยกความเป็นโฆษณาดังกล่าวขึ้นพิจารณาได้เอง ทั้งสภาแห่งรัฐยังได้เคยวินิจฉัยว่าอำนาจดังกล่าวของศาลปกครองถือเป็น “อำนาจ-หน้าที่” ของศาลปกครอง โดยศาลมี “หน้าที่” ยกประเด็นเรื่องความเป็นโฆษณาขึ้นพิจารณา มิใช่ทางเลือกที่ศาลจะยกขึ้นพิจารณาหรือไม่ก็ได้ ซึ่งการที่กฎหมาย

บัญญัติให้ศาลมีหน้าที่ในการยกความเป็นโมฆะของนิติกรรมขึ้นพิจารณาได้เองนั้น เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติเล็งเห็นถึงความจำเป็นที่จะให้ศาลมีหน้าที่ในการพิทักษ์รักษาประโยชน์สาธารณะนั้นเอง⁶⁴ นอกจากนี้ มาตรา 134 แห่งประมวลกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองโปรตุเกส ค.ศ. 2015 ก็ได้บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกันว่า ความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะนั้นอาจถูกยกขึ้นได้ในทุกเวลา โดยทุกคน รวมถึงโดยหน่วยงานทางปกครองและศาลด้วย

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อให้การวินิจฉัยความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองมีความครอบคลุมในทุกมิติ ทั้งเรื่องอายุความ การยกข้อต่อสู้เรื่องความเป็นโมฆะ รวมตลอดถึงอำนาจของศาลปกครองในการยกประเด็นเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองขึ้นวินิจฉัยได้เอง อาจทำได้สองกรณี ดังนี้

กรณีแรก การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ โดยเมื่อพิจารณาตรา 43/1 วรรคสาม แห่งร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (ที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ที่ได้กล่าวถึงแล้วในหัวข้อ 3.2 แล้ว อาจปรับถ้อยคำให้ครอบคลุมถึงการยกความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองโดยศาลด้วย ในทำนองเดียวกันกับ มาตรา 134 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองโปรตุเกส หรือ

กรณีที่สอง คงถ้อยคำเดิมในร่างมาตรา 43/1 ดังเดิม ส่วนอำนาจศาลปกครองในการยกประเด็นเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองขึ้นพิจารณานั้น ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ตามข้อ 92 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ซึ่งศาลมีอำนาจยกขึ้นพิจารณาได้เองอยู่แล้ว ในชั้นนี้จึงอาจไม่จำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่อย่างใด

อนึ่ง การพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองใดจะเป็นโมฆะหรือไม่ พึงต้องพิจารณาถึงเหตุแห่งความร้ายแรงของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเป็นสำคัญว่า มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและรุนแรงถึงขนาดหรือไม่ โดยอาจพิจารณาจากข้อเท็จจริงและเหตุผลของศาลปกครองสูงสุดในคดีต่าง ๆ ที่ได้ศึกษามาข้างต้นประกอบการพิจารณา ซึ่งในอนาคตศาลปกครองสูงสุดอาจได้พัฒนาการตีความในเรื่องนี้ให้ชัดเจนมากขึ้น เพื่อให้การใช้และการตีความเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ทั้งนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ในเรื่องของความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องใช้ความระมัดระวังในการพิจารณา โดยเคร่งครัดอย่างยิ่ง และใช้ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นเท่านั้น

⁶⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 721 ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 2012



บรรณานุกรม

กาญจนา ปัญญานนท์, อิตาลี : การคัดเลือกบุคคลเข้าทำงานในบริษัทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยไม่จัดสอบแข่งขัน สัญญาจ้างเป็นโมฆะ, หลักกฎหมายมหาชน ประจำเดือนพฤศจิกายน 2566. [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://admc.admincourt.go.th/02-office/office44/wp2/wpcontent/uploads/2023/11/DanInfo=intranet2.admincourt.go.th+L11-66.pdf> เมื่อ 10 มกราคม 2567

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพฯ : สื่อการพิมพ์, 2540).

นิติกร ชัยวิเศษ, หลักความมั่นคงของตำแหน่งในกฎหมายข้าราชการเยอรมัน, 2564, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก http://oer.admincourt.go.th/search_detail/result/11766 เมื่อ 9 กรกฎาคม 2567.

นรินทร์ อธิสาร, “ปัญหาการฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองไทย : ศึกษาเปรียบเทียบมุมมองของระบบกฎหมายเยอรมัน,” 2563, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://admc.admincourt.go.th/02-office/office44/wp2/wp-content/uploads/2021/10/DanInfo=intranet2.admincourt.go.th+OA66-03-63.pdf> เมื่อ 9 กรกฎาคม 2567.

นฤมล ชณะรัตน์, “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับเหตุแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองและการยืนยันความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองโดยศาลปกครอง,” 2563, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก http://oer.admincourt.go.th/search_detail/result/11188 เมื่อ 9 กรกฎาคม 2567.

เพลินตา ตันรังสรรค์, “การแก้ไขกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง,” จุลินิติ ปีที่ 16 ฉบับที่ 5, 2562, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/4seminar/s90.pdf เมื่อ 9 มกราคม 2567.

เพลินตา ตันรังสรรค์, “การพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง : บทบัญญัติเพื่อสร้างเสริมความมั่นคง ประสิทธิภาพและธรรมาภิบาลในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง,” จุลินิติ ปีที่ 19 ฉบับที่ 3, 2565, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/4seminar/s105.pdf

เพลินตา ตันรังสรรค์, “การพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง : หลักการและสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ...) พ.ศ.,” จุลินิติ ปีที่ 19 ฉบับที่ 2, 2565, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/4seminar/s106.pdf เมื่อ 10 มกราคม 2567.

ยงยุทธ อนุกุล และดารารพร นพเก้า, “นิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลย (actes administratifs inexistence) (คดี Rosan Girard คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐฝรั่งเศส (ประชุมใหญ่)) ลงวันที่ 31 พฤษภาคม ค.ศ. 1957),” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 6 ฉบับที่ 1, 2549.

โรม ทีปะปาล, “การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยหน่วยงานทางปกครองในประเทศสเปน,” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 17 ฉบับที่ 1, 2560.

วิชา เนตรทัศนัย และวรวรรณ ชลสินทรวัฒน์, รายงานสรุปการเข้าร่วมการสัมมนาทางวิชาการ, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://admc.admincourt.go.th/02.office/office82/wp/wp-content/uploads/2023/01/Danainfo=intranet2.admincourt.go.th+040866.pdf> เมื่อ 9 มกราคม 2567.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, (กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, 2554).

ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงศ์, “โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง : มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ และพัฒนาการล่าสุดในระบบกฎหมายไทย,” กฎีกาสาร ปีที่ 10 ฉบับที่ 5, 2558.

สุริย์ เฝ้าสุทธาวร, รายงานการศึกษาส่วนบุคคล เรื่อง ศาลปกครองกับการพิจารณาปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2554).

Franco Bassi, Lezioni di diritto amministrativo, - 8. ed. - (Milano : A. Giuffrè, 2008).

Lucca Di Maurizio, Sulla validità del provvedimento amministrativo privo della firma, [Online], retrieved from https://www.ildirittoamministrativo.it/Sulla-validit%C3%A0-provvedimento-amministrativo-privo-della-firma-Lucca-Maurizio/gamm683#_ftn4 เมื่อ 17 ธันวาคม 2566.

Luís Cabral de Moncada, “A NULIDADE DO ACTO ADMINISTRATIVO,” Jurismat : Revista Jurídica, n.º 02, 2013,. [Online], retrieved from. <https://recil.ensinulusofona.pt/handle/10437/4399> เมื่อ 19 ธันวาคม 2566.

Marina D’Orsogna, La nullità del provvedimento amministrativo, in Cerulli Irelli, La disciplina generale dell’azione amministrativa, (Napoli: Jovene, 2006).

Vincenzo Cerulli Irelli, Lineamenti del diritto amministrativo, (Torino : G. Giapichelli Editore, 2006)



กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างในประเทศสเปน : ศึกษาการอุทธรณ์กระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง Procurement Process in Spain : A Study on Procurement Appeals

พัชรภรณ์ ศิริวิมลกุล*

รับบทความเมื่อ 22 มีนาคม 2567

แก้ไขบทความเมื่อ 28 กรกฎาคม 2567

ตอบรับบทความเมื่อ 22 สิงหาคม 2567

บทคัดย่อ

การจัดทำสัญญาของหน่วยงานทางปกครองในประเทศสเปนจะอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público) มีหลักเกณฑ์สำคัญ คือ หากเป็นการจัดทำสัญญาทางปกครองทุกประเภท กระบวนการเตรียมการก่อนทำสัญญา การคัดเลือกคู่สัญญาและการจัดทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา และการยกเลิกสัญญา จะอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ และอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลที่พิจารณาคดีปกครอง การฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจึงสามารถฟ้องได้ 2 ลักษณะ คือ คดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดทำสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และคดีสัญญาทางปกครองที่ขอให้หน่วยงานทางปกครองชดใช้เงิน สำหรับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเป็นขั้นตอนสำคัญในการได้มาซึ่งคู่สัญญาด้วยวิธีการต่าง ๆ ตามที่หน่วยงานทางปกครองกำหนดเป็นเงื่อนไขและนำไปสู่การจัดทำสัญญาของฝ่ายปกครองต่อไป ซึ่งหากมีผลของการจัดซื้อจัดจ้าง และผู้ที่ได้ยื่นข้อเสนอเพื่อจัดซื้อจัดจ้างไม่พอใจ ก็อาจยื่นอุทธรณ์ได้โดยการเยียวยาผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากผลของการจัดซื้อจัดจ้าง พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ กำหนดให้ผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากกรณีดังกล่าว มีทางเลือกในการดำเนินการเยียวยาความเสียหายของตนจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งเป็นกระบวนการก่อนลงนามในสัญญา กล่าวคือ (1) การฟ้องคดีโดยตรงต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครอง หรือ (2) การอุทธรณ์พิเศษต่อ “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา” โดยอาจเลือกใช้สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งระหว่างการอุทธรณ์พิเศษต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา หรือการใช้สิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครอง นอกจากนี้ หลักความต่อเนื่องในการจัดทำสัญญาเป็นหลักการสำคัญซึ่งมุ่งให้บริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ไม่หยุดชะงัก และยังคงคำนึงถึง

*

ร.ม. (บริหารรัฐกิจ) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปริญญาโทสาขากการแปลภาษาอังกฤษ-สเปน (Master Universitario en Traducción Inglés Español (Lenguajes Especializados)) มหาวิทยาลัย Valladolid ประเทศสเปน, พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการสำนักงานศาลปกครอง

การควบคุมงบประมาณให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด โดยคำนึงถึงการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะที่ต้องเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ไม่หยุดชะงัก สะดวก รวดเร็ว โดยในประเทศสเปนอาจขยายระยะเวลาของสัญญาต่อไปได้

คำสำคัญ : กระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง, สัญญาทางปกครอง, กฎหมายว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ, การอุทธรณ์กระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง, หลักความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะ



Abstract

The contracting process of administrative agencies in Spain is governed by the Public Sector Contracts Act of 2017 (Law 9/2017). The key principles include that all processes of administrative contracts - from the pre-contractual preparation process, the selection of contracting parties, the execution of contracts, and compliance with contracts, to the termination of contracts - are subject to the Public Sector Contracts Act and fall within the jurisdiction of the administrative courts. Legal actions related to administrative contracts can be filed in two types of cases : (1) cases seeking annulment of administrative orders related to the unlawful contracting process, and (2) administrative contract cases seeking financial compensation from administrative agencies. The procurement process is a crucial step in acquiring contracting parties through various methods as specified by the administrative agency, leading to the formation of contracts by the administrative side. If the outcome of the procurement process is unsatisfactory to the bidders, they may file an appeal. The Public Sector Contracts Act provides remedies for those adversely affected by the procurement process, which is a pre-contractual process. Specifically, the bidders may (1) file a lawsuit directly with the competent administrative court, or (2) appeal to the Contract Dispute Resolution Committee. One may choose between submitting a special appeal to the Contract Dispute Resolution Committee or filing a lawsuit with the competent administrative court. Additionally, the principle of continuity in contract execution is a key principle aimed at ensuring uninterrupted public services. It also emphasizes the need for efficient budget control. If a contract has been signed, it must ensure continuous, uninterrupted, convenient, and swift public service delivery. In Spain, the contract period may be extended.

Keywords : Procurement process, administrative contracts, Public Sector Contracts Act, procurement appeals, principle of continuity in public service delivery

บทนำ

ประเทศสเปนไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยสัญญาทางปกครองโดยตรง แต่รายละเอียดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศสเปนมีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público) ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวได้อนุญาตการตามข้อกำหนดสหภาพยุโรป ฉบับที่ 2014/23/UE ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2014 ว่าด้วยการจัดทำสัญญาสัมปทาน (Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión) และข้อกำหนดสหภาพยุโรป ฉบับที่ 2014/24/UE ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2014 ว่าด้วยการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ (Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE)

โดยสัญญาทางปกครองเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาที่จัดทำโดยฝ่ายปกครอง ซึ่งคู่กรณีฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นหน่วยงานของรัฐ และมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งมีการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐในการบริหารสัญญา โดยสัญญาทางปกครองของประเทศสเปนสามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ (1) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ ได้แก่ สัญญาก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ (Contrato de obras) สัญญาสัมปทานงานโยธาสาธารณะ (Contrato de concesión de obras) สัญญาสัมปทานการให้บริการสาธารณะ (Contrato de concesión de servicios) สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Contrato de suministro) และสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ (Contrato de servicios) (2) สัญญาทางปกครองที่มีลักษณะพิเศษ ได้แก่ สัญญาที่กฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนให้เป็นสัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาที่มีลักษณะของการใช้อำนาจทางปกครองเป็นพิเศษโดยมีฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญาหรือวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยตรงหรือโดยอ้อม (3) สัญญาที่มีลักษณะของการผสมผสาน (Contratos mixtos)

สัญญาจัดซื้อจัดจ้างเป็นสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 โดยมาตรา 16 บัญญัติถึงลักษณะของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างว่า เป็นสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้ได้มาซึ่งสิทธิประโยชน์ของฝ่ายปกครอง มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดหาสิทธิประโยชน์ โดยการจัดซื้อ การเช่า หรือการให้เช่าทรัพย์สินที่เคลื่อนย้ายได้ ซึ่งสัญญาเหล่านี้คู่สัญญาจะต้องส่งมอบทรัพย์สินในรูปแบบที่ต่อเนื่อง และกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเป็นขั้นตอนหนึ่งที่มีความสำคัญในการได้มาซึ่งคู่สัญญาด้วยวิธีการตามที่หน่วยงานทางปกครองกำหนดอันเป็นเงื่อนไขและนำไปสู่การจัดทำสัญญาของฝ่ายปกครองต่อไป ในประเทศไทย มักจะมีกรณีที่เป็นข้อโต้แย้งเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่นำไปสู่การนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเกี่ยวกับผลของการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งอาจไม่เป็นที่พอใจ ไม่เป็นธรรม หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง บทความนี้จะศึกษาถึงกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างและการอุทธรณ์กระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง

ของประเทศสเปนที่เป็นข้อโต้แย้ง และการอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา หรือการฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาตีปกรอง

1. กระบวนการจัดทำสัญญาทางปกครองของประเทศสเปน

การจัดทำสัญญาของหน่วยงานทางปกครองในประเทศสเปนมีหลักเกณฑ์สำคัญ คือ หากเป็นการจัดทำสัญญาทางปกครอง กระบวนการเตรียมการก่อนทำสัญญา การคัดเลือกคู่สัญญา การจัดทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา และการยกเลิกสัญญา จะอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 และอยู่ในอำนาจของศาลที่มีอำนาจพิจารณาตีปกรอง โดยการจัดทำสัญญาทางแพ่ง กระบวนการเตรียมการก่อนทำสัญญา การคัดเลือกคู่สัญญา การปฏิบัติตามสัญญา และการยกเลิกสัญญา ส่วนหนึ่งจะอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 และอีกส่วนหนึ่งอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน ซึ่งหากมีข้อโต้แย้งหรือมีการฟ้องคดีจะอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลที่พิจารณาตีแพ่ง

ในส่วนของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองอย่างหนึ่ง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 ว่าเป็นสัญญา เกี่ยวกับการจัดให้ได้มาซึ่งสังหาริมทรัพย์ของฝ่ายปกครอง มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดหาสังหาริมทรัพย์ โดยการจัดซื้อหรือการเช่า หรือการให้เช่าทรัพย์สินที่เคลื่อนย้ายได้ ซึ่งสัญญาเหล่านี้คู่สัญญาจะต้องส่งมอบ ทรัพย์สินในรูปแบบที่ต่อเนื่อง และกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเป็นขั้นตอนหนึ่งที่มีความสำคัญในการได้มา ซึ่งคู่สัญญาด้วยวิธีการตามที่หน่วยงานทางปกครองกำหนดเป็นเงื่อนไขและนำไปสู่การจัดทำสัญญา ของฝ่ายปกครองต่อไป ดังนั้น การจัดซื้อจัดจ้างจึงเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการจัดทำสัญญาทางปกครอง และด้วยเหตุที่ประเทศสเปนไม่ได้มีกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างไว้เป็นการเฉพาะ จึงต้องนำหลักเกณฑ์ และข้อกำหนดของการจัดทำสัญญาทางปกครองที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 มาปรับใช้กับการดำเนินกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างด้วยเช่นเดียวกัน โดยกระบวนการจัดทำ สัญญาทางปกครองของประเทศสเปน มีขั้นตอน ดังนี้

1.1 การเตรียมการจัดทำสัญญา¹

เพื่อให้สอดคล้องกับข้อกำหนดสหภาพยุโรป ฉบับที่ 2014/23/UE ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2014 ว่าด้วยการจัดทำสัญญาสัมปทาน และข้อกำหนดสหภาพยุโรป ฉบับที่ 2014/24/UE ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2014 ว่าด้วยการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ กระบวนการจัดทำสัญญา จำเป็นต้องเป็นไปตามหลักการที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดของสหภาพยุโรปดังกล่าว โดยต้องเป็นไปตาม

¹ Lección en “Lección 9 : La contratación Administrativa. Los contratos públicos”, Principios de Gestión Administrativa Público de Ciclo Grado Medio Gestión Administrativa, [Online], p. 5, Retrieved from <http://roble.pntic.mec.es/> เมื่อ 10 กุมภาพันธ์ 2566.

หลักความเสมอภาค หลักการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม หลักความยินยอมทั้งสองฝ่าย หลักความได้สัดส่วน และหลักความโปร่งใส โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้หลักประกันการเข้าถึงสัญญาต่าง ๆ ที่ลงนามโดยภาครัฐ²

เมื่อหน่วยงานทางปกครองตัดสินใจที่จะทำสัญญา จำเป็นต้องเตรียมโครงการ โดยวางแผน ศึกษาเกี่ยวกับเศรษฐกิจและงบประมาณค่าใช้จ่ายรวมถึงการบริหารจัดการ รายละเอียดเกี่ยวกับข้อกำหนดทางด้านเทคนิคในการจัดทำสัญญาและเอกสารที่จะต้องยื่นในการคัดเลือกคู่สัญญา ตามเงื่อนไขของการจัดทำสัญญา โดยการจัดทำเอกสารที่เกี่ยวข้องและต้องเป็นไปตามข้อกำหนด

² การออกข้อกำหนดสหภาพยุโรป ฉบับที่ 2014/23/UE ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2014 ว่าด้วยการจัดทำสัญญาสัมปทาน (Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relative a la adjudicación de contratos de concesión) และข้อกำหนดสหภาพยุโรป ฉบับที่ 2014/24/UE ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2014 ว่าด้วยการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ (Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE) ส่งผลให้รัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปมีหน้าที่ต้องดำเนินการออกกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับภายในประเทศให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดของสหภาพยุโรป รวมถึงประเทศสเปนด้วยเช่นกัน ที่ได้ออกพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำสัญญาของฝ่ายปกครอง เนื่องจากปัจจุบันประเทศสเปนไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอันรวมไปถึงสัญญาจัดซื้อจัดจ้างโดยตรง โดยข้อกำหนดของสหภาพยุโรปมีเป้าหมายเพื่อให้หลักประกันการจัดทำสัญญาเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการเข้าถึง การประมูล การเผยแพร่ต่อสาธารณะ และความโปร่งใสในการดำเนินกระบวนการจัดทำสัญญา ตลอดจนการไม่เลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมและความเสมอภาคในการจัดทำสัญญาระหว่างผู้ประมูล และเป็นการสร้างความเชื่อมั่นในการควบคุม การใช้จ่ายงบประมาณอย่างรอบคอบ และเป็นไปตามหลักของความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน การใช้เงินอย่างมีประสิทธิภาพ โดยเป็นไปเพื่อการดำเนินงานโยธาสาธารณะ การบริหารจัดการทรัพย์สิน และการจัดทำสัญญาบริการ โดยผ่านเงื่อนไขที่กำหนด และเป็นไปตามความต้องการเพื่อตอบสนองความพึงพอใจ และคุ้มครองให้มีการแข่งขันโดยอิสระและการคัดเลือก รวมถึงข้อเสนอทางเศรษฐกิจที่ให้ประโยชน์มากกว่า

อีกทั้งเจตนารมณ์ของข้อกำหนดของสหภาพยุโรปจะเน้นกระบวนการทบทวนและทำให้ระเบียบข้อบังคับ ที่เกี่ยวกับการจัดทำสัญญาของภาครัฐมีความทันสมัย และมีประสิทธิภาพในการใช้จ่ายเงินของภาครัฐและอำนวยความสะดวก ในการดำเนินงานต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การมีส่วนร่วมของขนาดเล็ที่เข้ามาจัดทำสัญญาของภาครัฐ ตลอดจน การอนุญาตให้มีการใช้อำนาจมหาชนจัดทำสัญญาซึ่งจะช่วยให้การดำเนินงานภายใต้สัญญาภาครัฐเป็นไปตามเจตนารมณ์ เพื่อประโยชน์สาธารณะ นอกจากนี้ ยังเป็นการสร้างความชัดเจนในแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักประกันในเสรีภาพ ทางกฎหมาย และการรวบรวมหลักการจากแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปที่เกี่ยวกับการจัดทำสัญญา ของภาครัฐ โดยนำมาวางรากฐานไว้ในระเบียบข้อปฏิบัติต่าง ๆ ของสหภาพยุโรป

ดังนั้น เจตนารมณ์และหลักเกณฑ์ในการจัดทำสัญญาของภาครัฐตามข้อกำหนดของสหภาพยุโรป ดังกล่าวข้างต้น จึงมีอิทธิพลต่อการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่เป็นสัญญาทางปกครอง ประเภทหนึ่งในพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 ด้วยเช่นเดียวกัน (ข้อสังเกตของผู้เขียนโดยเรียบเรียง จากหลักการและเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 ที่ได้บัญญัติการตามข้อกำหนด ของสหภาพยุโรปข้างต้น)



หรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญา ตลอดจนจัดเตรียมงบประมาณค่าใช้จ่าย และจะต้องมีการประกาศประกวดราคาตามข้อกำหนดของสหภาพยุโรป เนื่องด้วยการประกาศประกวดราคาเป็นกระบวนการสำหรับการแสดงเจตนาร่วมกันของบริษัทต่าง ๆ และเป็นความเสมอภาคด้านโอกาส

ภายหลังจากมีการประกาศประกวดราคาดังกล่าวแล้ว ผู้มีอำนาจจัดทำสัญญาจะคัดเลือกคู่สัญญา ซึ่งจะคัดเลือกโดยพิจารณาจากข้อมูลส่วนตัวของคู่สัญญา รวมถึงคุณสมบัติที่มีความจำเป็นสำหรับการจัดทำสัญญาดังกล่าว การประกาศประกวดราคาที่กำหนดข้อมูลส่วนตัวของคู่สัญญานั้น จะช่วยให้กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาในการจัดทำสัญญาง่ายและสะดวกมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ การประกาศประกวดราคาควรจะมีการประกาศในหนังสือราชการของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และเมื่อได้เตรียมโครงการจัดทำสัญญาแล้ว จะต้องจัดเตรียมเอกสารจัดทำสัญญาซึ่งควรจะต้องตรวจสอบความถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนด ตลอดจนงบประมาณค่าใช้จ่ายตามที่กำหนดไว้ในงบประมาณแล้ว จึงยื่นอนุมัติขอความเห็นชอบ

1.2 การคัดเลือกคู่สัญญาและการจัดทำสัญญา³

เมื่อโครงการที่จะจัดทำสัญญาได้รับความเห็นชอบแล้ว จะมีการคัดเลือกคู่สัญญา ซึ่งเป็นบุคคลหรือบริษัทที่เหมาะสม โดยประเภทของการจัดทำสัญญาทางปกครองนั้นถือเป็นการกำหนดประเภทของคู่สัญญาไปด้วยในตัว ซึ่งจะมีการประเมินถึงความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันระหว่างกระบวนการพิจารณาทางปกครองและประเภทของคู่สัญญาที่เหมาะสมกับสัญญานั้น ๆ ทั้งนี้ การพิจารณาถึงคู่สัญญาที่มีความเหมาะสมและเป็นไปได้ ต้องสอดคล้องกับลักษณะของกระบวนการจัดทำสัญญา กล่าวคือ หากเป็นกระบวนการจัดทำสัญญาแบบเปิด คู่สัญญาจะเป็นบริษัทใดก็ได้ หากเป็นกระบวนการจัดทำสัญญาแบบมีข้อจำกัด คู่สัญญาจะต้องเป็นบริษัทที่ได้รับการคัดเลือกมาเท่านั้น

การคัดเลือกคู่สัญญาเริ่มต้นขึ้นเมื่อมีการประกาศประกวดราคาเรียบร้อยแล้ว ภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยผู้เข้าแข่งขันเพื่อคัดเลือกเป็นคู่สัญญาจะต้องแสดงถึงข้อเสนอในการจัดทำสัญญาของตน ข้อเสนอดังกล่าวต้องเสนอมาในรูปแบบของซองประกวดราคา 2 ซอง ที่ต้องปกปิด ซองประกวดราคาซองหนึ่งจะเป็นข้อมูลส่วนบุคคล อีกซองหนึ่งจะเป็นข้อเสนอด้านงบประมาณค่าใช้จ่ายในการดำเนินการตามสัญญาซึ่งควรจะเสนองบประมาณค่าใช้จ่ายเดียว พร้อมแนบเอกสารที่ต้องส่งให้พิจารณาเพื่อให้สามารถจัดทำสัญญาได้ โดยหน่วยงานที่จัดทำสัญญาสามารถกำหนดหลักเกณฑ์การคัดเลือกคู่สัญญาเพื่อความสะดวกในการจัดทำสัญญา แต่ต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการจัดทำสัญญานั้น ๆ

เมื่อเข้าสู่กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา กฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการทั่วไปในการคัดเลือกคู่สัญญา ซึ่งสามารถดำเนินการจัดทำสัญญาได้ทุกประเภท (กระบวนการแบบเปิดหรือแบบมีข้อจำกัดขึ้นอยู่กับเสรีภาพในการจัดทำสัญญาและความยินยอมของคู่สัญญา หรือการจำกัดบริษัทที่จะเข้าทำสัญญาโดยกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ) และกระบวนการพิเศษในการคัดเลือก

³ *Supra* note 1, น. 5-8.

คู่สัญญา ซึ่งจะต้องเป็นไปตามที่สัญญากำหนดไว้ (การเจรจาต่อรอง การพูดคุยระหว่างหน่วยงานที่จัดทำสัญญา และบริษัทต่าง ๆ ที่เป็นคู่สัญญา)

พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 ได้บัญญัติลักษณะพิเศษที่สำคัญมากประการหนึ่ง คือ ความเป็นไปได้ที่ผู้มีอำนาจจัดทำสัญญาจะคัดเลือกคู่สัญญาโดยการประมูลผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด โดยผู้ที่เข้าแข่งขันสามารถยื่นข้อเสนอผ่านระบบอินเทอร์เน็ตในการจัดทำสัญญาและได้รับอนุญาตผ่านช่องทางดังกล่าว

ทั้งนี้ วิธีการคัดเลือกคู่สัญญาสามารถแบ่งได้เป็น 3 รูปแบบ ดังนี้

1) การประมูล

หน่วยงานทางปกครองจะกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาในซองประมูล และเสนอให้ผู้สนใจจะทำสัญญา โดยจะพิจารณาผู้ที่สามารถให้ข้อเสนอที่ดีกว่า (ไม่ว่าจะเป็นสัญญาก่อสร้างหรือสัญญาบริการ)

2) การประกวดราคา

ขั้นตอนนี้นำมาใช้มากที่สุด โดยหน่วยงานทางปกครองจะกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ผู้ทำสัญญาต้องกระทำให้ครบถ้วนสมบูรณ์ ยกตัวอย่างเช่น การก่อสร้างสถาบันการสอนระดับมัธยมศึกษา กำหนดให้ผู้ก่อสร้างจะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 1 ปี และกำหนดค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างกับหน่วยงานทางปกครองไม่เกิน 3 พันล้านยูโร ทั้งนี้ บริษัทต่าง ๆ ที่มีข้อเสนอเพื่อจัดทำสัญญาก่อสร้างอาจจะมีข้อเสนอโดยใช้ระยะเวลาการก่อสร้างที่น้อยกว่า และกำหนดค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างน้อยกว่า หน่วยงานทางปกครองจะประเมินข้อเสนอของแต่ละบริษัทและเลือกข้อเสนอที่เห็นว่าได้ประโยชน์มากที่สุด โดยหน่วยงานทางปกครองไม่จำเป็นต้องเลือกข้อเสนอที่ราคาถูกที่สุดหรือเลือกบริษัทที่ไม่มีหนี้ แต่ต้องเลือกบริษัทที่เสนอเงื่อนไขที่ให้ประโยชน์แก่หน่วยงานทางปกครองมากที่สุด

3) การประกวดราคา-การประมูล

วิธีการทำสัญญารูปแบบนี้มี 2 ขั้นตอน คือ

ขั้นตอนการประกวดราคา : ขั้นตอนนี้จะมีการประเมินเงื่อนไขที่ผู้ทำสัญญาของแต่ละแห่งเสนอมา เช่น ทีมงานด้านเทคนิค บุคลากร ระยะเวลาการก่อสร้าง และอื่น ๆ โดยการคัดเลือกผู้ทำสัญญาเบื้องต้นจะพิจารณาจากความไม่มีหนี้

ขั้นตอนของการประมูล : ขั้นตอนนี้จะพิจารณาผู้ได้รับการประมูลระหว่างผู้ที่ได้รับการคัดเลือกจากขั้นตอนแรก โดยผู้ที่ได้รับการคัดเลือกจะต้องจัดทำสัญญาโดยมีข้อเสนอทางเศรษฐกิจที่ดีกว่า

4) การคัดเลือกคู่สัญญาโดยตรง

ในสถานการณ์ที่จำเป็นเร่งด่วนหรือเป็นการจัดทำสัญญาที่ใช้งบประมาณไม่มาก หน่วยงานทางปกครองสามารถเลือกคู่สัญญาได้โดยตรงและเป็นอิสระ ไม่จำเป็นต้องเข้าสู่กระบวนการคัดเลือกในการทำสัญญาก็ได้



ทั้งนี้ การจัดทำสัญญาของหน่วยงานทางปกครอง จะต้องพิจารณาถึงความสามารถของหน่วยงานทางปกครองในการจัดทำสัญญา โดยข้าราชการไม่สามารถจัดทำสัญญาได้ แต่จำเป็นต้องจัดทำในนามของหน่วยงานซึ่งได้รับมอบหมายอย่างชัดเจนให้มีอำนาจหน้าที่จัดทำสัญญาดังกล่าว ตัวอย่างเช่น ในแคว้นปกครองอิสระ หน่วยงานที่มีหน้าที่จัดทำสัญญา คือ สภาที่ปรึกษาของแคว้น และมีการมอบหมายผู้ที่มีอำนาจหน้าที่จัดทำสัญญาภายในวงเงินที่กำหนด

ข้อกำหนดใหม่ประการหนึ่งซึ่งอาจทำให้เกิดความสับสนในการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 เป็นการกำหนดขอบเขตขององค์กรที่สามารถจัดทำสัญญาภายใต้ระเบียบข้อบังคับที่กำหนดไว้ โดยกำหนดเกี่ยวกับองค์ประกอบของความเป็นหน่วยงานภาครัฐ ซึ่งกฎหมายได้กำหนดคำจำกัดความของ “ภาครัฐ” ไว้ ดังนี้⁴

- a) ฝ่ายบริหารงานทั่วไปของรัฐ ฝ่ายบริหารงานของแคว้นปกครองอิสระ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
- b) องค์กรซึ่งดำเนินการและให้บริการทั่วไปเกี่ยวกับการประกันสังคม
- c) องค์กรอิสระ มหาวิทยาลัยของรัฐ องค์กรที่มีอำนาจทางปกครอง
- d) สมาคมที่เป็นนิติบุคคลตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการแผ่นดิน ค.ศ. 2015 (Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público)
- e) มูลนิธิตามกฎหมายมหาชนซึ่งก่อตั้งไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมจากหนึ่งหรือหลายองค์กรภาครัฐเป็นส่วนใหญ่หรือภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยได้รับการสนับสนุนด้านทรัพย์สินมากกว่าร้อยละ 50 จากภาครัฐในลักษณะถาวร
- f) องค์กรความร่วมมือสองฝ่ายเกี่ยวกับการประกันสังคม
- g) บริษัทหรือองค์กรมหาชนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการแผ่นดิน ค.ศ. 2015 ซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายมหาชน และเป็นนิติบุคคลภายใต้การกำกับดูแลของภาครัฐหรือขึ้นอยู่กับภาครัฐ
- h) บริษัทที่ได้รับเงินสนับสนุนมากกว่าร้อยละ 50 ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมจากองค์กรที่เป็นฝ่ายบริหารงานภาครัฐทั้งในส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น องค์กรที่มีอำนาจทางปกครอง มหาวิทยาลัยของรัฐ สมาคม มูลนิธิ หรือบริษัทตามกฎหมายมหาชน องค์กรเกี่ยวกับการประกันสังคม

⁴ Article “Contratos Administrativos”, [Online], Retrieved from https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAMtMSbF1JTAAAUmJQyNLtbLUOuLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUtckhIQaptWmJOcSoAKBVPazUAAAA=WKE เมื่อ 10 กุมภาพันธ์ 2566.

i) กองทุนที่ไม่ได้เป็นนิติบุคคล

j) นิติบุคคลที่ดำเนินการเฉพาะเจาะจงเพื่อประโยชน์ส่วนรวมซึ่งไม่ได้มีคุณลักษณะทางอุตสาหกรรมหรือทางการค้า โดยมีองค์กรภาครัฐองค์กรหนึ่งหรือหลายองค์กรทำหน้าที่บริหารงบประมาณเพื่อการดำเนินกิจกรรมขององค์กรดังกล่าว รวมถึงการควบคุมการบริหารจัดการ การเสนอซื้อฝ่ายบริหาร และการกำกับดูแลหรือตรวจสอบ

k) สมาคมที่จัดตั้งโดยองค์กรที่ได้กล่าวถึงในข้อก่อนหน้านี้

อย่างไรก็ตาม ภายใต้คำว่า “ภาครัฐ” มีการจำกัดความของคำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” ดังนี้

a) หน่วยงานที่เป็นฝ่ายบริหารงานทั่วไปของส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น องค์กรเกี่ยวกับการประกันสังคม องค์กรอิสระ มหาวิทยาลัยของรัฐ องค์กรที่มีอำนาจทางปกครอง

b) สมาคมและองค์กรอื่น ๆ ภายใต้กฎหมายมหาชนและเป็นนิติบุคคลตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการแผ่นดิน ค.ศ. 2015 ในการเป็นผู้มีอำนาจจัดทำสัญญา และมีความเกี่ยวข้องกับหน่วยงานทางปกครองหลายหน่วยงาน โดยไม่ได้เป็นองค์กรที่แสวงหาผลกำไร

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 ได้นิยามคำว่า “ผู้มีอำนาจในการจัดทำสัญญา” คือ

a) หน่วยงานทางปกครอง

b) มูลนิธิตามกฎหมายมหาชน

c) องค์กรความร่วมมือ 2 ฝ่าย เกี่ยวกับการประกันสังคม

d) นิติบุคคลอื่นที่มีลักษณะแตกต่างจากที่กำหนดไว้ในข้อก่อนหน้านี้ซึ่งดำเนินการเฉพาะเจาะจงเพื่อประโยชน์ส่วนรวมที่ไม่ได้มีคุณลักษณะทางอุตสาหกรรมหรือทางการค้า โดยมีองค์กรสังกัดภาครัฐองค์กรหนึ่งหรือหลายองค์กรทำหน้าที่บริหารงบประมาณเพื่อการดำเนินกิจกรรมขององค์กรดังกล่าว รวมถึงการควบคุมการบริหารจัดการ การเสนอซื้อฝ่ายบริหารงานในองค์กร และการกำกับดูแลหรือตรวจสอบ

e) สมาคมที่จัดตั้งขึ้นโดยองค์กรตามข้อก่อนหน้านี้

อนึ่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 ได้เพิ่มองค์กรอื่น ๆ ที่สามารถจัดทำสัญญาได้ เช่น พรรคการเมือง สหภาพ และบริษัทภายใต้กฎหมายมหาชนที่มีคุณลักษณะเป็นผู้มีอำนาจจัดทำสัญญา โดยเป็นองค์กรอื่นที่เป็นนิติบุคคลที่ดำเนินการเฉพาะเจาะจงเพื่อประโยชน์ส่วนรวมที่ไม่ได้มีคุณลักษณะทางอุตสาหกรรมหรือทางการค้า



1.3 การปฏิบัติตามสัญญา⁵

เมื่อคัดเลือกคู่สัญญาเรียบร้อยแล้ว หน่วยงานทางปกครองจะต้องจัดทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย โดยสัญญาดังกล่าวประกอบด้วยข้อกำหนดที่คู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายจะต้องระบุงถึงสิทธิของหน่วยงานทางปกครองที่จะตีความ และปรับแก้ไขในเงื่อนไขตามสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ตาม หากเกิดความเสียหายจากการปรับเปลี่ยนเงื่อนไขในสัญญา หน่วยงานทางปกครองจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้กับคู่สัญญา

การปฏิบัติตามสัญญาจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดของสัญญา โดยจะส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาไม่ว่าจะเป็นเรื่องของคู่สัญญาและงบประมาณค่าใช้จ่ายในการจัดทำสัญญา ซึ่งจะไปสู่การปฏิบัติตามสัญญา สิ่งที่กำหนดคุณลักษณะของสัญญาทางปกครอง คือ การที่หน่วยงานทางปกครองเป็นผู้ใช้อำนาจเหนือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ โดยการตีความสัญญาในกรณีที่มีข้อสงสัยทั้งกรณีการปฏิบัติตามสัญญา การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาด้วยเหตุของประโยชน์สาธารณะ การออกคำสั่ง และการยกเลิกสัญญา

อย่างไรก็ตาม สำหรับการปฏิบัติตามสัญญา ผู้ทำสัญญามีหน้าที่ปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่กำหนด กรณีที่เกิดความล่าช้า ผู้ทำสัญญาอาจถูกลงโทษหรือปรับเพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ผู้ทำสัญญาต้องควบคุมความเสี่ยงและภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้นตามเงื่อนไขในข้อกำหนดของสัญญาโดยไม่มีโอกาสแก้ไขความเปลี่ยนแปลงจากสภาพการณ์ต่าง ๆ ทั้งนี้ ในการจัดทำสัญญา ผู้ทำสัญญาสามารถโอนสิทธิการทำสัญญาไปยังบุคคลที่สามซึ่งมีความสามารถได้ เว้นแต่กฎหมายบัญญัติให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งสามารถจัดทำสัญญาได้เท่านั้น ดังนั้น หากมีการโอนสิทธิไปยังบุคคลที่สามแล้ว บุคคลที่จัดทำสัญญาตั้งแต่ต้นจะไม่มีภาระผูกพันในสัญญาอีกต่อไป และบุคคลที่สามที่ได้รับการโอนสิทธิในการจัดทำสัญญาจะต้องมีหน้าที่ ความรับผิดชอบ และต้องดำเนินการตามสัญญาในฐานะผู้จัดทำสัญญาต่อฝ่ายปกครองที่เป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

1.4 การยกเลิกสัญญา⁶

การจัดทำสัญญาจะต้องดำเนินการให้สัญญามีผลโดยสมบูรณ์และบรรลุตามวัตถุประสงค์ของการจัดทำสัญญาและการจ่ายเงินโดยสมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม สัญญาอาจจะบังคับได้หากผู้ทำสัญญามีคุณลักษณะส่วนบุคคลไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของสัญญา หรือการปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปด้วยความล่าช้าโดยไม่ระมัดระวังในการบริหารค่าใช้จ่าย หากคำสั่งในการระงับสัญญาเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้กับคู่สัญญาในความเสียหายที่เกิดขึ้น

⁵ พชรภรณ์ ศิริวิมลกุล, เอกสารวิชาการ เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศสเปน : ศึกษากรณีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาตัดสินสัญญาทางปกครอง, น. 11. (เอกสารวิชาการภายในของสำนักวิจัยและวิชาการ)

⁶ เพิ่งอ้าง

นอกจากนี้ ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา หากผู้ทำสัญญาก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลที่สาม บุคคลที่สามสามารถร้องต่อฝ่ายปกครองที่เป็นคู่สัญญาให้ชดเชยค่าเสียหาย เว้นแต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น เป็นผลมาจากการออกคำสั่งโดยตรงของฝ่ายปกครองหรือจากการปฏิบัติตามโครงการของหน่วยงานทางปกครอง

2. การใช้สิทธิอุทธรณ์การดำเนินกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง

กระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง เป็นขั้นตอนหนึ่งที่สำคัญในการจัดทำสัญญา หากผลของการจัดซื้อจัดจ้าง และผู้ที่ได้ยื่นข้อเสนอมือเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างไม่พอใจก็อาจยื่นอุทธรณ์ได้ โดยในกรณีของการเยียวยาผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากผลของการจัดซื้อจัดจ้าง พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 กำหนดให้ผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากกรณีดังกล่าวมีทางเลือกในการดำเนินการเยียวยาความเสียหายของตนจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งเป็นกระบวนการก่อนมีการลงนามในสัญญา กล่าวคือ (1) การฟ้องคดีโดยตรงต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองโดยไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์ภายในต่อหน่วยงานที่ออกคำสั่งเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อน หรือ (2) การอุทธรณ์พิเศษต่อ “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา”

โดยการใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองนั้น จะต้องเป็นการฟ้องคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยหน่วยงานทางปกครองและไม่ต้องผ่านการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม การฟ้องให้หน่วยงานทางปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าว ก็อาจฟ้องให้หน่วยงานทางปกครองชดเชยค่าเสียหายจากการดำเนินกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างรวมเข้ามาด้วยได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครองจะมีอำนาจพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเตรียมการ การคัดเลือกคู่สัญญา การดำเนินการตามสัญญา และการยกเลิกสัญญาทางปกครอง⁷

ดังนั้น การฟ้องคดีอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญาทางปกครองจึงสามารถฟ้องเป็นคดีได้ 2 ลักษณะคือ คดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดทำสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และคดีสัญญาทางปกครองโดยให้หน่วยงานทางปกครองชดเชยเงิน ซึ่งการกำหนดประเภทคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมาจาก “แนวคิดเกี่ยวกับคำสั่งที่แยกออกจากตัวสัญญาได้”⁸ โดยมีจุดเริ่มต้นมาจากการพิจารณาคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองภายใต้เขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการปฏิบัติตามสัญญา

⁷ มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017

⁸ Pilar Teso Gamella, Artículo en “Los contratos del sector público”, [Online], retrieved from https://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/Administrativolaboral1862015Tema%2009_Todo.pdf เมื่อ 1 มีนาคม 2566.

และกำหนดถึงเงื่อนไขของการมีผลบังคับใช้ของสัญญา โดยอาจนำคำสั่งนี้มาฟ้องโต้แย้งต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาตีปกรองโดยมีคุณลักษณะที่เป็นอิสระ เป็นเอกเทศแยกออกมาจากสัญญา

ในส่วนของการอุทธรณ์ พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการอุทธรณ์การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐไว้ในหมวด 5 การอุทธรณ์พิเศษ มาตรา 44 ถึงมาตรา 60 โดยกำหนดประเภทของสัญญา หลักเกณฑ์ เงื่อนไขของการอุทธรณ์พิเศษ ซึ่งโดยปกติแล้ว หากเอกชนเลือกที่จะให้มีการตรวจสอบการดำเนินการทางปกครอง มักจะนำคดีไปฟ้องต่อศาล อย่างไรก็ตาม ในกรณีของการจัดซื้อจัดจ้าง ผู้เสียหายมีทางเลือกว่าจะดำเนินการอย่างไร ซึ่งผู้เสียหายมักจะเลือกใช้วิธีการอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา โดยขอบเขตของการอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการดังกล่าวเป็นไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 ที่บัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญา ซึ่งผู้เข้าทำสัญญาจะต้องถือปฏิบัติตามข้อกำหนดต่าง ๆ ดังนี้

2.1 การอุทธรณ์พิเศษ

มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 กำหนดเกี่ยวกับการอุทธรณ์พิเศษที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำสัญญา มีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้⁹

1) การอุทธรณ์พิเศษเกี่ยวกับการจัดทำสัญญา คำสั่ง และคำตัดสินที่เกี่ยวข้องกับสัญญาดังต่อไปนี้ ซึ่งเอกชนได้จัดทำกับหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานอื่น ๆ ที่ใช้อำนาจรัฐจัดทำสัญญา

ก. สัญญาการโยธาสาธารณะซึ่งมีมูลค่าของสัญญาตั้งแต่ 3 ล้านยูโรขึ้นไป สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง และสัญญาการบริการ ซึ่งมีมูลค่าของการจัดทำสัญญาตั้งแต่ 100,000 ยูโร

ข. ข้อตกลงและระบบการเข้าจัดทำสัญญา ตลอดจนสัญญาที่เกี่ยวข้อง

ค. การสัมปทานเกี่ยวกับการโยธาสาธารณะหรือการบริการที่มีมูลค่าของสัญญามากกว่า 3 ล้านยูโร

นอกจากนี้ ยังสามารถอุทธรณ์คำสั่งอันเนื่องมาจากสัญญาทางปกครองพิเศษเมื่อเกี่ยวข้องกับการกำหนดราคาของการเข้าประมูล หรือสัญญาการบริการที่มีมูลค่าสูง

การอุทธรณ์พิเศษสามารถกระทำได้สำหรับการจัดทำคำสั่งทางปกครองอันเกี่ยวกับสัญญาให้ทุนอุดหนุนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 และการดำเนินการที่ไม่ได้จัดเก็บภาษี

2) การอุทธรณ์พิเศษสามารถดำเนินการอุทธรณ์คำสั่ง ดังต่อไปนี้

ก. ประกาศประกวดราคา ของราคา และเอกสารจัดทำสัญญาที่กำหนดเงื่อนไขไว้ให้ต้องดำเนินการตามสัญญา

⁹ มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017

ข. คำสั่งเกี่ยวกับการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ของกระบวนการจัดทำสัญญา โดยจะต้องเป็นการตัดสินโดยตรงหรือโดยอ้อมเกี่ยวกับการจัดทำสัญญา การสิ้นสุดระยะเวลาของสัญญา หรือการปกป้องสิทธิหรือประโยชน์ได้เสียจากความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขได้ โดยทุกกรณีจะต้องมีการอุทธรณ์ไปยังคณะกรรมการหรือหน่วยงานเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาเพื่ออนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ผู้เข้าแข่งขัน ประกวดราคาหรือผู้ประมูลหรือการอนุญาตหรือการไม่รับข้อเสนอ รวมถึงข้อเสนอของผู้เข้าแข่งขัน ประกวดราคาที่ไม่อาจรับไว้พิจารณาได้ เนื่องจากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้เป็นผลมาจากการปรับใช้ มาตรา 149 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017

ค. ข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดทำสัญญา

ง. การปรับแก้ไขสัญญาอันเกิดจากความไม่สมบูรณ์ของสัญญาตามที่กำหนด ในมาตรา 204 และมาตรา 205 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยการปรับแก้ไขจะเป็นไปตามการจัดทำ สัญญาแบบใหม่

จ. งานที่ต้องดำเนินการในรูปแบบที่เหมาะสมตามข้อกำหนดตามกฎหมาย

ฉ. ข้อตกลงเกี่ยวกับการสัมปทาน

3) ข้อบกพร่องจากการดำเนินการที่กระทบต่อคำสั่งทางปกครองที่แตกต่าง จากเงื่อนไขของการทำสัญญานั้น ผู้มีส่วนได้เสียจะต้องแสดงให้องค์กรที่มีหน้าที่ให้คำแนะนำเรื่องเอกสาร ราชการหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำสัญญาทราบถึงการแก้ไขให้ถูกต้องสอดคล้องกับกฎหมาย และไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อนักมีส่วนได้เสียในการอุทธรณ์คำสั่งที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำสัญญา

4) ไม่นำการอุทธรณ์พิเศษมาใช้กับกระบวนการจัดทำสัญญาที่ต้องดำเนินการ โดยเร่งด่วน

5) การโต้แย้งการกระทำต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรานี้จะสามารถอุทธรณ์พิเศษได้ โดยไม่ต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบปกติ

6) คำสั่งที่ออกภายใต้กระบวนการจัดทำสัญญาของหน่วยงานทางปกครองที่ไม่เป็นไปตามข้อกำหนดของแต่ละประเภทสัญญา อาจจะยื่นอุทธรณ์ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 2015 ประกอบพระราชบัญญัติว่าด้วยศาลที่มีอำนาจในการพิจารณา คดีปกครอง ค.ศ. 1998

2.2 หน่วยงานที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์

มาตรา 45 และมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 กำหนดให้องค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ซึ่งผู้ได้รับความเสียหายสามารถอุทธรณ์ ต่อองค์กรดังกล่าว หากไม่พอใจในคำวินิจฉัย สามารถฟ้องต่อศาลได้ต่อไป โดยอาจแบ่งองค์กรที่วินิจฉัย ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ดังนี้¹⁰

¹⁰ มาตรา 45 และมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017



1) คณะกรรมการส่วนกลางในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา (el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) จะพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่เกิดขึ้นในพื้นที่ส่วนกลางของประเทศ

2) คณะกรรมการส่วนภูมิภาคในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา (el Tribunal Administrativo Territoriales de Recursos Contractuales) จะพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่เกิดขึ้นในพื้นที่ส่วนภูมิภาคของประเทศ ซึ่งได้แก่ แคว้นปกครองอิสระต่าง ๆ

ซึ่งคณะกรรมการชุดนี้ ไม่ใช่องค์กรตุลาการ โดยมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัย 2 ส่วน ได้แก่

1) อำนาจพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญา ได้แก่ สัญญาเกี่ยวกับการก่อสร้างหรือโยธาสาธารณะ สัญญาการจัดซื้อจัดจ้าง และสัญญาความร่วมมือระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชน

2) อำนาจพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำ เช่น การกระทำเกี่ยวกับการประกาศประกวดราคา ของราคา เอกสารการจัดทำสัญญาที่กำหนดเงื่อนไขให้ต้องดำเนินการตามสัญญา การกระทำเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง เป็นต้น

2.3 ผู้มีสิทธิยื่นคำขอและผู้มีอำนาจพิจารณาคำขอ

ตามมาตรา 45 มาตรา 46 และมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 กำหนดเกี่ยวกับผู้มีสิทธิยื่นคำขอและผู้มีอำนาจพิจารณาคำขอ ดังนี้¹¹

1) ผู้มีสิทธิยื่นคำขอให้คณะกรรมการส่วนกลางในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา หรือคณะกรรมการส่วนภูมิภาคในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาพิจารณาวินิจฉัย ได้แก่ บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งเป็นผู้ถูกระทบจากการกระทำที่เป็นเหตุพิพาท โดยอาจเป็นปัจเจกบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ได้รับความเสียหายหรืออาจได้รับผลกระทบจากคำวินิจฉัยอุทธรณ์พิเศษไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม

2) ผู้มีอำนาจพิจารณาคำขอ คือ คณะกรรมการส่วนกลางในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทในส่วนกลาง หรือคณะกรรมการส่วนภูมิภาคในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทในภูมิภาค ซึ่งได้แก่ แคว้นปกครองอิสระ

2.4 ระยะเวลาการยื่นคำขอและระยะเวลาการดำเนินการพิจารณาคำขอ

มาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 กำหนดเกี่ยวกับระยะเวลาการยื่นคำขอและระยะเวลาการดำเนินการพิจารณาคำขอ ดังนี้¹²

1) ระยะเวลาการยื่นคำขอ ตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 บัญญัติให้ต้องยื่นคำขอต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ภายใน 15 วันทำการ นับแต่วันถัดจากวันที่ได้รับแจ้งการกระทำที่พิพาท ทั้งนี้

¹¹ มาตรา 45 มาตรา 46 และมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017

¹² มาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017

(1) หากเป็นกรณีการยื่นคำขอคัดค้านเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการประมูล ให้นับระยะเวลา 15 วัน นับแต่วันถัดจากวันที่ผู้ประมูลได้รับเอกสารนั้น

(2) ส่วนกรณีที่เกี่ยวข้องกับประกาศประกวดราคา ให้นับแต่วันถัดจากวันที่ได้มีการประกาศ

(3) หากเป็นกรณีการคัดค้านการกระทำอื่นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง ให้นับแต่วันถัดจากวันที่ได้ทราบถึงการไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

2) ระยะเวลาการดำเนินการ ตามมาตรา 15 แห่งพระราชกฤษฎีกา ฉบับที่ 814/2015 ลงวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2015 ว่าด้วยกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยของคณะกรรมการส่วนกลางในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา (Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revision de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) บัญญัติให้ต้องพิจารณาคำขอให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลา 2 เดือน นับจากวันถัดจากวันที่ได้ยื่นคำร้อง

ทั้งนี้ หากคณะกรรมการดังกล่าวไม่ดำเนินการแจ้งใด ๆ ให้ผู้ยื่นคำร้องทราบภายในระยะเวลา 2 เดือน ให้ถือว่าคณะกรรมการดังกล่าวมี “คำสั่งยกคำขอ” อันทำให้เกิดสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลต่อไป¹³

2.5 ผลของการยื่นคำขอ

มาตรา 21.1 แห่งพระราชกฤษฎีกา ฉบับที่ 814/2015 ลงวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2015 ว่าด้วยกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยของคณะกรรมการส่วนกลางในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา กำหนดว่า กรณีที่เป็นการยื่นคำขอคัดค้านการกระทำเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง หากมีการยื่นคำขอคัดค้านการกระทำเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานที่จัดซื้อจัดจ้างนั้น ให้หน่วยงานนั้นระงับการดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวไว้ทันที หรือเมื่อได้รับแจ้งจากคณะกรรมการฯ ให้หน่วยงานจัดส่งเอกสารเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อดำเนินการตรวจสอบ¹⁴

ภายในระยะเวลา 30 วันทำการ นับแต่ได้ยื่นคำขอนั้นแล้ว คณะกรรมการฯ มีอำนาจโดยเห็นเองในการพิจารณามาตรการการระงับการดำเนินการชั่วคราวดังกล่าวและสั่งตามที่เห็นสมควรตามมาตรา 21.1 แห่งพระราชกฤษฎีกา ฉบับที่ 814/2015 ลงวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2015 ว่าด้วยกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยของคณะกรรมการส่วนกลางในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา

¹³ มาตรา 15 แห่งพระราชกฤษฎีกา ฉบับที่ 814/2015 ลงวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2015 ว่าด้วยกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยของคณะกรรมการส่วนกลางในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา

¹⁴ มาตรา 21.1 แห่งพระราชกฤษฎีกา ฉบับที่ 814/2015 ลงวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2015 ว่าด้วยกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยของคณะกรรมการส่วนกลางในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา

2.6 อำนาจออกคำสั่งของผู้มีอำนาจพิจารณา

คณะกรรมการส่วนกลางในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา มีอำนาจสั่งเกี่ยวกับคำขอได้ ดังต่อไปนี้

1) ในชั้นพิจารณาเงื่อนไขการยื่นคำขอ คณะกรรมการฯ อาจมีคำสั่งดังต่อไปนี้

(1) หากเป็นกรณีที่คำขอเป็นไปตามเงื่อนไขในการรับไว้พิจารณาตามมาตรา 22 แห่งพระราชกฤษฎีกา ฉบับที่ 814/2015 ลงวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2015 ว่าด้วยกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยของคณะกรรมการส่วนกลางในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา คณะกรรมการฯ จะมีคำสั่งรับคำขอไว้พิจารณา¹⁵

(2) หากเป็นกรณีที่คำขอไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในการรับไว้พิจารณาตามมาตรา 22 แห่งพระราชกฤษฎีกา ฉบับที่ 814/2015 ลงวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2015 ว่าด้วยกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยของคณะกรรมการส่วนกลางในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา คณะกรรมการฯ จะมีคำสั่งไม่รับคำขอไว้พิจารณาตามมาตรา 23 แห่งพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว¹⁶

หากคณะกรรมการฯ เห็นว่า เป็นการยื่นโดยไม่สุจริต ให้คณะกรรมการฯ กำหนดบทลงโทษที่เป็นตัวเงินในคำวินิจฉัยเพื่อให้ผู้ยื่นคำขอย้ายเงินได้ โดยต้องให้เหตุผลและกำหนดจำนวนค่าปรับดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ จะกำหนดค่าปรับดังกล่าวได้จะต้องเป็นกรณีที่เป็นการสั่งไม่รับคำขอทั้งหมดเท่านั้นตามมาตรา 31.2 แห่งพระราชกฤษฎีกา ฉบับที่ 814/2015 ลงวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2015 ว่าด้วยกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยของคณะกรรมการส่วนกลางในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา¹⁷

2) ในชั้นพิจารณาเนื้อหาคำขอ คณะกรรมการฯ อาจมีคำวินิจฉัยตามปกติ กล่าวคือ หากเห็นว่า การกระทำของหน่วยงานไม่ชอบด้วยกฎหมาย คณะกรรมการฯ ก็มีอำนาจสั่งเพิกถอนได้ แต่หากเห็นว่า การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายแล้ว คณะกรรมการฯ ก็จะมีคำสั่งให้ยกคำขอนั้นเอง

ทั้งนี้ มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 กำหนดเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มาจากการอุทธรณ์พิเศษ ดังนี้¹⁸

(1) คำสั่งของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาไม่ว่าจะเป็นคำสั่งที่รับคำขอทั้งหมดหรือบางส่วน หรือการยกคำขอ หรือการไม่รับคำขอไว้พิจารณา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่คณะกรรมการฯ มีคำสั่งเพิกถอนคำตัดสินเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่กระทบ

¹⁵ มาตรา 22 แห่งพระราชกฤษฎีกา ฉบับที่ 814/2015 ลงวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2015 ว่าด้วยกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยของคณะกรรมการส่วนกลางในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา

¹⁶ มาตรา 23 แห่งพระราชกฤษฎีกา ฉบับที่ 814/2015 ลงวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2015 ว่าด้วยกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยของคณะกรรมการส่วนกลางในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา

¹⁷ มาตรา 31.2 แห่งพระราชกฤษฎีกา ฉบับที่ 814/2015 ลงวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2015 ว่าด้วยกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยของคณะกรรมการส่วนกลางในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา

¹⁸ มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017

ต่อสิทธิของผู้เข้าร่วมกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่เกิดขึ้นระหว่างการดำเนินการกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง รวมถึงการยกเลิกคุณลักษณะทางเทคนิค เศรษฐกิจ หรือการเลือกปฏิบัติทางด้านการเงินซึ่งเป็นเนื้อหาที่จะอยู่ในประกาศประกวดราคา ประกาศคำชี้แจง ของราคา เงื่อนไขต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือเอกสารอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการประมูลหรือการเข้าทำสัญญา ซึ่งหากมีการเพิกถอนสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ จะต้องยกเลิกการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างและย้อนกลับไปทำกระบวนการทั้งหมดใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของการรับคำขอเพิกถอนข้อกำหนดหรือเงื่อนไขต่าง ๆ ของของราคาหรือเอกสารเกี่ยวกับการทำสัญญา มีการพิจารณาให้เพิกถอนคำสั่งเกี่ยวกับเอกสารในการจัดทำสัญญาที่ได้ผ่านความเห็นชอบแล้ว

(2) คำสั่งระงับการดำเนินการเข้าทำสัญญา หากในขณะที่มีการออกคำสั่งและได้ระงับการดำเนินการกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างอยู่ก่อนแล้ว ก็ให้ระงับการดำเนินการดังกล่าวอย่างต่อเนื่องตลอดจนการกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวที่มีอยู่ก่อนแล้ว และการให้หลักประกันตามรัฐธรรมนูญ

(3) การรับคำขอทั้งหมดหรือบางส่วน คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา จะพิจารณาให้หน่วยงานที่เป็นผู้ออกคำสั่งเกี่ยวกับการดำเนินการกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างให้เกิดผลสำเร็จ

(4) ภายหลังจากที่ได้ออกคำสั่งจากการอุทธรณ์พิเศษ หากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญายกคำขอ ผู้ยื่นอุทธรณ์สามารถฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองได้ภายในระยะเวลา 2 เดือน

สำหรับการกำหนดค่าเสียหายและค่าปรับตามมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 กำหนดให้หน่วยงานที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์พิเศษหรือคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา สามารถกำหนดให้หน่วยงานที่เป็นผู้จัดทำสัญญาจ่ายค่าเสียหายให้กับผู้มีส่วนได้เสียในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งได้รับความเสียหายจากการละเมิดข้อกำหนดในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง และจะต้องเยียวยาจากการสูญเสียค่าใช้จ่ายในการเตรียมการยื่นข้อเสนอหรือเข้าร่วมกระบวนการจัดทำสัญญา โดยจำนวนของค่าเสียหายที่เกิดขึ้นกำหนดจากหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติในหมวด 4 แห่งบทนำของพระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการแผ่นดิน ค.ศ. 2015¹⁹

2.7 การคัดค้านคำสั่ง

พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 บัญญัติให้หน่วยงานทางปกครองที่เป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัย คำวินิจฉัยของคณะกรรมการชุดนี้จึงเป็น “คำสั่งทางปกครอง”

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 ประกอบกับพระราชบัญญัติว่าด้วยศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1998 ของประเทศสเปนแล้ว จะเห็นว่าได้บัญญัติการคัดค้านคำสั่งของคณะกรรมการดังกล่าวเป็น 2 แบบ ได้แก่

¹⁹ มาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017



(1) กรณีที่เป็นคณะกรรมการส่วนกลางในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาให้ยื่นฟ้องต่อแผนกคดีปกครองในศาลอุทธรณ์แห่งชาติ (la Audiencia Nacional) ตามมาตรา 11.1f) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยศาลที่มีอำนาจพิจารณาตีปกครอง ค.ศ. 1998²⁰

(2) กรณีที่เป็นคณะกรรมการส่วนภูมิภาคในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาให้ยื่นฟ้องต่อแผนกคดีปกครองในศาลอุทธรณ์แห่งแคว้นปกครองอิสระ (los Tribunales Superiores de Justicia) ตามมาตรา 10.1k) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยศาลที่มีอำนาจพิจารณาตีปกครอง ค.ศ. 1998²¹

โดยการยื่นฟ้องต่อศาลทั้ง 2 กรณี ผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องภายใน 2 เดือน ตามมาตรา 46.1 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยศาลที่มีอำนาจพิจารณาตีปกครอง ค.ศ. 1998

3. หลักความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศสเปน

หลักสำคัญในการให้บริการสาธารณะ คือ หลักความต่อเนื่อง โดยความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะมีความสำคัญอย่างมากในรัฐ และเป็นหลักที่ควบคู่กับหลักความเสมอภาค เนื่องจากการหยุดชะงักของการบริการสาธารณะสามารถนำไปสู่การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้รับประโยชน์และผู้ที่ไม่ได้รับประโยชน์ ดังนั้น หลักความต่อเนื่องเป็นสิ่งสำคัญในการให้บริการสาธารณะ โดยเป็นการรักษาไว้ซึ่งการให้บริการที่สำคัญสำหรับการใช้ชีวิตในสังคม เช่น การให้บริการด้านความมั่นคงปลอดภัย (ตำรวจ) การให้บริการด้านสาธารณสุข (โรงพยาบาล) การให้บริการด้านการสื่อสาร การให้บริการด้านสาธารณูปโภค (การไฟฟ้า แก๊ส น้ำ) โดยการบริการทั้งหมดควรจะเป็นไปด้วยความปกติ ไม่มีการหยุดชะงักและสอดคล้องกับความจำเป็น และความคาดหวังของผู้ใช้บริการสาธารณะ นอกจากนี้ การบริการสาธารณะจะต้องมีการพัฒนาให้ทันสมัยอยู่เสมอทั้งในเขตชนบทและเขตเมือง ประกอบกับปัจจุบันมีการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีอย่างรวดเร็วและมีความต้องการในสินค้าและบริการของประชาชนในสังคมที่เพิ่มมากขึ้น การยึดถือหลักความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะรวมถึงการปรับปรุงการให้บริการ จึงเป็นสิ่งที่จำเป็นและเป็นไปตามหลักของการปรับปรุงการให้บริการสาธารณะด้วยเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม มีข้อโต้แย้งที่สำคัญในการนำหลักความต่อเนื่องมาปรับใช้ คือ การพิจารณาให้สอดคล้องกับสิทธิการหยุดงานในบริการสาธารณะ การแสดงความเห็นโต้แย้งต่อสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผลกระทบต่อการคมนาคม²²

ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 1978 ได้วางกรอบของการปกครองและการบริหารภายใต้ความเป็นสังคมประชาธิปไตย ซึ่งการดำเนินการให้เป็นไปตามเป้าหมายดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายปกครอง รวมถึงการบริหารจัดการองค์กรของภาครัฐโดยมุ่งให้มีการบริหารจัดการ

²⁰ มาตรา 11.1f) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยศาลที่มีอำนาจพิจารณาตีปกครอง ค.ศ. 1998

²¹ มาตรา 10.1k) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยศาลที่มีอำนาจพิจารณาตีปกครอง ค.ศ. 1998

²² Qué principios para los servicios públicos?, [Online], Retrieved from https://www.citego.org/bdf_fiche-document-2366_es.html/ เมื่อ 10 กุมภาพันธ์ 2566.

ภาครัฐที่ดีในการให้บริการสาธารณะ ซึ่งการดำเนินการเรื่องดังกล่าวให้บรรลุผลสำเร็จต้องประกอบด้วย หลักการต่าง ๆ ที่สำคัญ หลักประการหนึ่ง คือ หลักความต่อเนื่องและการดำเนินการในภาวะปกติของการให้บริการสาธารณะ ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมดูแลทรัพย์สินของรัฐ บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการสาธารณะ คำสั่งต่าง ๆ และรวมถึงสัญญาทางปกครอง อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะจะนำไปสู่การเข้าไปแทรกแซงของรัฐในการให้บริการสาธารณะเพื่อมุ่งให้บริการเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพสูงสุด และมีความมั่นคง

นอกจากนี้ ข้อกำหนดสหภาพยุโรป ฉบับที่ 2014/23/UE และฉบับที่ 2014/24/UE ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2014 มีเป้าหมายให้หลักประกันการจัดทำสัญญาเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการเข้าถึงการประมูล การเผยแพร่ต่อสาธารณะ และความโปร่งใสในการดำเนินกระบวนการจัดทำสัญญา ตลอดจนการไม่เลือกปฏิบัติและความเสมอภาคในการจัดทำสัญญาระหว่างผู้ประมูล และเป็นการสร้างความเชื่อมั่นในการควบคุมการใช้จ่ายงบประมาณอย่างรอบคอบ และเป็นไปตามหลักของความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน การใช้เงินอย่างมีประสิทธิภาพโดยเป็นไปเพื่อการดำเนินงานโยธาสาธารณะ การบริหารจัดการทรัพย์สิน และการจัดทำสัญญาการบริการต่าง ๆ โดยผ่านเงื่อนไขที่กำหนด รวมทั้งเป็นไปตามความต้องการเพื่อตอบสนองความพึงพอใจ และคุ้มครองการใช้อำนาจหน้าที่โดยอิสระและการคัดเลือก รวมถึงข้อเสนอทางเศรษฐกิจที่ให้ประโยชน์มากกว่า ดังนั้น หลักความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะจึงนำมาปรับใช้กับการจัดทำสัญญาทางปกครอง ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 เช่นเดียวกัน เนื่องจากข้อกำหนดสหภาพยุโรป ทั้ง 2 ฉบับ มีวัตถุประสงค์ให้การดำเนินการตามสัญญาเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการให้บริการสาธารณะตามหลักความเสมอภาค ไม่เลือกปฏิบัติ และการควบคุมการใช้จ่ายงบประมาณอย่างมีประสิทธิภาพและคุ้มค่า จึงจำเป็นต้องคำนึงถึงการให้บริการสาธารณะที่จะต้องเป็นไปอย่างต่อเนื่องไม่หยุดชะงัก และที่สำคัญซึ่งปรากฏในบทความทางวิชาการบางฉบับ²³ ได้ระบุว่า หลักความต่อเนื่องในการจัดทำสัญญาจำเป็นต้องให้รัฐมีเอกสิทธิ์ในกระบวนการจัดทำสัญญาและการบริหารสัญญา

ในการนี้ มาตรา 29.4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 ได้กำหนดถึงหลักความต่อเนื่องในการจัดทำสัญญาให้บริการสาธารณะอย่างต่อเนื่องจนกว่าจะมีการจัดทำสัญญาฉบับใหม่ภายในระยะเวลา 9 เดือน กล่าวคือ มาตรา 29.4 กำหนดให้สัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาการบริการโดยปกติแล้ว อาจกำหนดระยะเวลาไว้ เช่น 5 ปี แต่หน่วยงานอาจขยายระยะเวลาของสัญญาได้เพื่อการปรับปรุงการดำเนินการให้ดียิ่งขึ้น หรือเพื่อสร้างความต่อเนื่องในการดำเนินการตามสัญญาโดยไม่ต้องจัดทำสัญญาฉบับใหม่ อันเป็นการสร้างหลักประกันในความต่อเนื่องของการให้บริการสาธารณะ

²³ Martínez Marín, Antonio, El buen funcionamiento de los servicios públicos. Los principios de continuidad y de regularidad, [Online], Retrieved from <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/8351/1/El%20buen%20funcionamiento%20de%20los%20servicios%20publicos%20Los%20principios%20de%20continuidad%20y%20de%20regularidad.pdf> เมื่อ 16 กันยายน 2565.



เพื่อไม่ให้บริการสาธารณะมีการหยุดชะงัก โดยสามารถขยายระยะเวลาของสัญญาออกไปได้จนกว่าจะมีการจัดทำสัญญาฉบับใหม่ แต่ต้องขยายไม่เกิน 9 เดือน และต้องไม่ปรับแก้ไขเงื่อนไขในสัญญา เว้นแต่จะมีประกาศประกวดราคาเพื่อจัดทำสัญญาฉบับใหม่โดยมีการประกาศอย่างน้อย 3 เดือน นับแต่สัญญาฉบับเดิมสิ้นสุดลง²⁴ ส่วนมาตรา 288.า) กำหนดให้การให้บริการสาธารณะจะต้องมีความต่อเนื่องและให้หลักประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในเงื่อนไขที่กำหนดไว้โดยผ่านการเก็บเงินค่าบริการ ในกรณีที่สัญญาสิ้นสุดลงโดยสมบูรณ์ ผู้เข้าทำสัญญาจะต้องดำเนินการให้บริการสาธารณะอย่างต่อเนื่องจนกว่าจะมีการจัดทำสัญญาฉบับใหม่²⁵

ตัวอย่าง คำพิพากษาของศาลฎีกา ฉบับที่ 892/1981 ลงวันที่ 13 มีนาคม ค.ศ. 1981

วางหลักว่า กฎหมายว่าด้วยสัญญาของรัฐ กำหนดให้สัญญาที่จะต้องมีการปฏิบัติงานด้านการโยธาสาธารณะหรือสัญญาก่อสร้าง (หรือสัญญาการบริการ) นั้น นอกเหนือไปจากการให้ความสำคัญกับการปฏิบัติตามสัญญา งานก่อสร้างดังกล่าว ต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะด้วย แม้ระยะเวลาตามสัญญาจะสิ้นสุดลงแล้ว แต่เทศบาลมีอำนาจอนุญาตให้ทบทุนการกำหนดค่าบริการโดยคำนึงถึงสภาพการณ์ที่จำเป็นและดุลยภาพของการใช้จ่ายงบประมาณต่าง ๆ และการสัมปทานที่จะต้องเป็นไปอย่างต่อเนื่องในการให้บริการ และเป็นไปตามหลักการบริหารราชการที่ดี

ส่วนคำพิพากษาของศาลฎีกา ฉบับที่ 7263/1986 ลงวันที่ 20 ธันวาคม ค.ศ. 1986

วางหลักเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาทางปกครองที่อาจมีความเสี่ยงต่อการลงทุนของผู้เข้าทำสัญญา โดยมาตรา 57 แห่งระเบียบข้อบังคับว่าด้วยการจัดทำสัญญาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และกฎเกณฑ์การเลือกจัดทำสัญญาตามมาตรา 51 แห่งระเบียบข้อบังคับฉบับเดียวกัน กำหนดให้การให้สัมปทานการบริการสาธารณะจะต้องคำนึงถึงหลักความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะอันถือเป็นหลักการสำคัญและจำเป็นต่อสัญญาการให้สัมปทาน

จากตัวอย่างคำพิพากษาทั้ง 2 คดีข้างต้น ศาลฎีกาได้วางหลักความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะที่จะต้องนำมาปรับใช้กับการจัดทำสัญญาทางปกครอง เมื่อเกิดกรณีที่สัญญาทางปกครองฉบับเดิมสิ้นสุดลง แต่หากการบริการสาธารณะยังต้องดำเนินต่อไป ผู้จัดทำสัญญาจึงจำเป็นต้องดำเนินการใด ๆ โดยคำนึงถึงความต่อเนื่องเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งกรณีตามคำพิพากษาเป็นการดำเนินการให้สัมปทานการบริการสาธารณะที่ผู้จัดทำสัญญาอาจจะต้องมีการทบทุนการใช้จ่ายงบประมาณต่าง ๆ ในการให้บริการและการจัดเก็บค่าบริการให้เกิดดุลยภาพ เพื่อให้การบริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ไม่หยุดชะงัก ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 288.า) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐฯ ที่กำหนดให้การให้บริการสาธารณะภายใต้สัญญาสัมปทานการบริการสาธารณะจะต้องมีความต่อเนื่องและให้หลักประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในเงื่อนไขที่กำหนดไว้โดยผ่านการเก็บเงินค่าบริการ ในกรณีที่สัญญาสิ้นสุดลงโดยสมบูรณ์ ผู้เข้าทำสัญญา

²⁴ มาตรา 29.4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017

²⁵ มาตรา 288.า) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017

จะต้องดำเนินการให้บริการสาธารณะอย่างต่อเนื่องจนกว่าจะมีการจัดทำสัญญาฉบับใหม่ นอกจากนี้ ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะดังกล่าวนี้มีผลให้หน่วยงานอาจขยายระยะเวลาของสัญญาได้เพื่อปรับปรุงการดำเนินการต่าง ๆ ให้ดียิ่งขึ้น หรือเพื่อสร้างความต่อเนื่องในการดำเนินการตามสัญญาโดยไม่ต้องจัดทำสัญญาฉบับใหม่ อันเป็นการสร้างหลักประกันในความต่อเนื่องของการให้บริการสาธารณะหรือสามารถขยายระยะเวลาออกไปโดยไม่ต้องมีการปรับแก้ไขเงื่อนไขใด ๆ ในสัญญาจนกว่าจะมีการจัดทำสัญญาฉบับใหม่ตามมาตรา 29.4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐฯ

4. คำพิพากษาเกี่ยวกับการอุทธรณ์กระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง

ในการศึกษาเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศสเปน มีแนวคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องทั้งในส่วน of คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีปกครอง คำพิพากษาศาลอุทธรณ์แห่งแคว้นปกครองอิสระ แผนกคดีปกครอง และคำพิพากษาศาลอุทธรณ์แห่งชาติแผนกคดีปกครอง²⁶ ดังนี้

4.1 คำพิพากษาศาลอุทธรณ์แห่งแคว้นปกครองอิสระคานาเรียสแผนกคดีปกครอง

ลงวันที่ 16 เมษายน ค.ศ. 2018 วางหลักว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐฯ ได้กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีมีทางเลือกในการอุทธรณ์พิเศษที่เกี่ยวกับการจัดทำสัญญาโดยการโต้แย้งคำสั่งใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำสัญญา เพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียได้มีโอกาสอุทธรณ์ภายในต่อหน่วยงานที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ให้พิจารณาสิทธิที่ถูกกระทบจากการออกคำสั่งและควรจะได้รับพิจารณาให้ได้รับสิทธิที่เหมาะสมก่อนที่จะฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองต่อไป ซึ่งเป็นทางเลือกในการใช้สิทธิอุทธรณ์พิเศษที่เกี่ยวกับสัญญาต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาก่อนฟ้องคดีต่อศาล หากไม่พอใจผลของคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการฯ หรือผู้ฟ้องคดีอาจนำคดีไปฟ้องโดยตรงต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครอง แต่ไม่อาจใช้สิทธิ 2 ทางพร้อมกันได้ ซึ่งกรณีของการอุทธรณ์พิเศษจะมีการพิจารณาคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งข้อพิพาทเช่นเดียวกับการฟ้องคดีต่อศาล โดยไม่ต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในก่อนการฟ้องคดี จึงเป็นการพิจารณาคำสั่งทางปกครองดั้งเดิมโดยตรงเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม

²⁶ ประเทศสเปนใช้ระบบศาลเดี่ยว โดยมีศาลฎีกา (Supreme Court) เป็นศาลชั้นสูงสุด ซึ่งมีเขตอำนาจทั่วทั้งประเทศ รองลงมาเป็นศาลอุทธรณ์แห่งชาติ (National Court) เป็นศาลชั้นอุทธรณ์ ซึ่งมีเขตอำนาจศาลทั่วทั้งประเทศ ศาลอุทธรณ์แห่งแคว้นปกครองอิสระ (Regional High Court) เป็นศาลชั้นอุทธรณ์ มีเขตอำนาจเฉพาะในแคว้นปกครองอิสระ 17 แคว้น ส่วนศาลจังหวัด (Provincial Audience) มีเขตอำนาจในจังหวัดนั้น ๆ และศาลชำนาญพิเศษต่าง ๆ จะเป็นศาลชั้นต้น ดังนั้น คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีปกครอง คำพิพากษาศาลอุทธรณ์แห่งชาติแผนกคดีปกครอง คำพิพากษาศาลอุทธรณ์แห่งแคว้นปกครองอิสระแผนกคดีปกครอง มีความเหมือนกันในแง่ของประเภทคดีพิพาทที่ศาลพิจารณา เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครอง คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เป็นต้น แต่อาจมีความแตกต่างกันในแง่ของลักษณะของคดีปกครองในแต่ละชั้นศาลและความแตกต่างของชั้นศาล โดยศาลฎีกาจะเป็นศาลสูงสุด ศาลอุทธรณ์แห่งชาติ (National Court) เป็นศาลชั้นอุทธรณ์ที่มีเขตอำนาจศาลทั่วทั้งประเทศ ศาลอุทธรณ์แห่งแคว้นปกครองอิสระ (Regional High Court) เป็นศาลชั้นอุทธรณ์มีเขตอำนาจเฉพาะในแคว้นปกครองอิสระ 17 แคว้น



หากการพิจารณาของคณะกรรมการฯ ในการอุทธรณ์พิเศษได้ยกอุทธรณ์เนื่องจากพ้นระยะเวลาการยื่นคำร้อง จะส่งผลให้ไม่สามารถฟ้องคดีต่อศาลในเวลาต่อมาได้ เนื่องจากคณะกรรมการฯ ไม่อาจมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์เรื่องนี้ได้ด้วยเงื่อนไขของระยะเวลาการฟ้องคดี และส่งผลให้ศาลไม่อาจวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีได้

4.2 คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีปกครอง ลงวันที่ 13 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2017

วางหลักว่า การยื่นอุทธรณ์คำสั่งของบริษัท Atento เป็นการอุทธรณ์พิเศษควบคู่กับการฟ้องคดีต่อศาลนั้น ไม่อาจกระทำได้ เนื่องจากเป็นที่ชัดเจนว่า แม้ผู้ฟ้องคดีจะยื่นฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองภายในกำหนดเวลา 2 เดือน อย่างไรก็ตาม ศาลไม่อาจรับคดีนี้ไว้พิจารณาได้ เนื่องจากผู้ฟ้องคดีได้ยื่นอุทธรณ์พิเศษโต้แย้งคำสั่งเดียวกันต่อคณะกรรมการส่วนกลางในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาด้วยแล้ว จึงไม่อาจฟ้องคดีต่อศาลควบคู่กันไปได้

4.3 คำพิพากษาศาลอุทธรณ์แห่งแคว้นปกครองอิสระอันดาลูเซียแผนกคดีปกครอง

ลงวันที่ 16 พฤษภาคม ค.ศ. 2019 วางหลักเกี่ยวกับการฟ้องโต้แย้งคำสั่งของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของแคว้นปกครองอิสระอันดาลูเซีย ลงวันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ. 2015 ซึ่งไม่รับคำขอไว้พิจารณา โดยศาลวางหลักว่า “แผนกคดีปกครองได้พิจารณารณคดีที่มีการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของแคว้นปกครองอิสระอันดาลูเซียที่ไม่รับคำขอของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณา โดยระบุว่า สามารถเข้าไปพิจารณาในเนื้อหาของคดีจากการฟ้องโต้แย้งกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อจะจัดทำสัญญาได้ อย่างไรก็ตาม หากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาได้วินิจฉัยและมีคำสั่งให้เพิกถอนกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างจะมีผลย้อนหลังให้หน่วยงานทางปกครองดำเนินกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างทั้งหมดใหม่ ซึ่งไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักความคุ้มครองทางการศาลหรือสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมตามมาตรา 24.1 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน นอกจากนี้ วัตถุประสงค์คือคำสั่งทางปกครองที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาไม่รับไว้พิจารณา ดังนั้น อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยคำสั่งดังกล่าวจึงเป็นการดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนที่จะมีการฟ้องคดีตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐฯ ไม่ใช่ศาลเป็นผู้พิจารณา

นอกจากนี้ คำสั่งดังกล่าวของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจะมีผลให้คำสั่งที่เกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างถูกระงับไว้ก่อนเป็นการชั่วคราว หากในขณะที่มีการออกคำสั่งนั้นได้มีการถูกระงับไว้อย่างต่อเนื่อง รวมไปถึงการกำหนดวิธีการชั่วคราวไว้ด้วย ซึ่งจะเป็นหลักประกันตามรัฐธรรมนูญในการได้รับความคุ้มครองทางศาลที่มีประสิทธิภาพตามมาตรา 57.3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐฯ

ภายหลังจากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญามีคำสั่งยกคำขอ ผู้ยื่นคำขอที่มีส่วนได้เสียสามารถฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองได้ภายในระยะเวลา 2 เดือน นับแต่ได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว โดยผู้ยื่นคำขอฯ สามารถยื่นฟ้องคดีต่อศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองตามมาตรา 10.1k) มาตรา 10.1l) และมาตรา 11.1f) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1998 เป็นไปตามมาตรา 59.1 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐฯ

4.4 คำพิพากษาศาลอุทธรณ์แห่งชาติแผนกคดีปกครอง ลงวันที่ 18 กันยายน ค.ศ. 2019

วางหลักว่า ศาลเพียงแต่รับรองคำสั่งของกระทรวงที่ถูกฟ้องโต้แย้ง โดยคำสั่งดังกล่าวไม่ได้ผ่านกระบวนการอุทธรณ์แบบปกติ หรือไม่ได้ผ่านการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งดังกล่าว แต่เป็นการฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายหลังจากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่มีคำสั่งยกคำขอของผู้ยื่นอุทธรณ์ ส่งผลให้ผู้ยื่นคำขอต้องดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครอง ส่วนคำสั่งยกคำขอจะมีผลต่อการที่กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างดำเนินการได้ต่อเนื่องต่อไปตามมาตรา 59.2 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐฯ

จากตัวอย่างคำพิพากษาของศาลในประเทศสเปนข้างต้นตามข้อ 4.1-ข้อ 4.4 ไม่ว่าจะเป็นคำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีปกครอง คำพิพากษาศาลอุทธรณ์แห่งชาติแผนกคดีปกครอง ได้วางหลักเกี่ยวกับทางเลือกในการดำเนินการเยียวยาความเสียหายของผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลที่ไม่เป็นที่พึงพอใจ โดยผู้เดือดร้อนเสียหายสามารถเลือกดำเนินการในทางใดทางหนึ่งจาก 2 แนวทาง กล่าวคือ (1) การฟ้องคดีโดยตรงต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครอง โดยไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์ภายในต่อหน่วยงานที่ออกคำสั่งเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อน หรือ (2) การอุทธรณ์พิเศษต่อ “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา” อย่างไรก็ตาม หากผลการพิจารณาอุทธรณ์ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาไม่เป็นที่พอใจของผู้ยื่นคำขออุทธรณ์ดังกล่าวหรือยกคำขอ ผู้ยื่นคำขอมิสิทธิฟ้องเป็นคดีปกครองต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองได้ในลำดับต่อไป ซึ่งในคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้น มีกรณีที่มีการอุทธรณ์พิเศษต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาควบคู่กับการฟ้องคดีต่อศาลนั้น ไม่อาจกระทำได้ เนื่องจากเป็นที่ชัดเจนว่า แม้ผู้ฟ้องคดีจะยื่นฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองภายในกำหนดเวลา 2 เดือน แต่ศาลไม่อาจรับคดีนี้ไว้พิจารณาได้ เนื่องจากผู้ฟ้องคดีได้ยื่นอุทธรณ์พิเศษโต้แย้งคำสั่งเดียวกันต่อคณะกรรมการส่วนกลางในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาด้วยแล้ว จึงไม่อาจฟ้องคดีต่อศาลควบคู่กันไปได้ การวางหลักดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า เป็นการให้หลักประกันที่ดีในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างทันท่วงที โดยอาจเลือกช่องทางการเยียวยาช่องทางใดช่องทางหนึ่งได้เลย ไม่ต้องรอผลด้านใดด้านหนึ่ง เช่น หากประสงค์จะฟ้องคดี ก็สามารถดำเนินการได้โดยไม่ต้องรอผลของการอุทธรณ์ภายในต่อหน่วยงานทางปกครองก่อน แต่จะต้องอยู่ภายในกำหนดระยะเวลาของการฟ้องคดีด้วย ทั้งนี้ หากผู้เดือดร้อนเสียหายประสงค์จะอุทธรณ์พิเศษต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ก็สามารถรอผลการพิจารณาดังกล่าวได้ภายในกำหนดระยะเวลา และหากไม่พอใจผลการวินิจฉัยดังกล่าว ก็สามารถนำมาฟ้องคดีได้ในภายหลัง การวางหลักของการใช้สิทธิเหล่านี้ เป็นการให้หลักประกันความยุติธรรมและให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้เดือดร้อนเสียหายให้ได้รับการเยียวยาได้อย่างรวดเร็ว ทันท่วงที และรอบด้านยิ่งขึ้น เพียงแต่ไม่อาจดำเนินการทั้ง 2 ทางเลือกภายในเวลาเดียวกันได้เท่านั้น

4.5 คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีปกครอง เมื่อวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ. 2002

ได้พิพากษาจำกัดการปรับใช้ “แนวคิดเกี่ยวกับคำสั่งที่แยกออกจากตัวสัญญาได้” ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาที่จัดทำโดยองค์กรภาครัฐซึ่งไม่ได้รับการพิจารณาว่าเป็นหน่วยงานทางปกครอง โดยระบุว่า ตามแนวคำพิพากษาลงวันที่ 21 มกราคม ค.ศ. 1999 และวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1999 ได้อ้างอิงมาตรา 14 แห่งระเบียบข้อบังคับทั่วไปว่าด้วยการจัดทำสัญญาของประเทศ ซึ่งออกตามความของพระราชกฤษฎีกา 3410/1975 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1975 เป็นกรณีของสัญญาที่จัดทำโดยองค์กรภาครัฐ คือ RTVE ซึ่งเป็นสถานีโทรทัศน์แห่งชาติของประเทศสเปน โดยผลของสัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้กฎหมายเอกชน และมีการพิจารณาถึงคำสั่งที่แยกออกจากตัวสัญญาดังกล่าวได้อยู่ในขั้นตอนของการเตรียมการ และการคัดเลือกคู่สัญญา ซึ่งผลที่ตามมา คือ คำสั่งดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้หลักการทั่วไปของกฎหมายปกครองโดยอ้างอิงถึงมาตรา 10 ของกฎหมายดังกล่าวที่กำหนดว่า การกระทำที่เป็นการเตรียมการอันจะส่งผลกระทบต่อกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาถือได้ว่าเป็นขั้นตอนที่แยกออกมาได้ ซึ่งสอดคล้องกับแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับสัญญาก่อสร้างเดิม ดังนั้น คำสั่งเหล่านี้มีลักษณะทางปกครองที่แท้จริง สามารถนำมาฟ้องโต้แย้งในศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองตามมาตรา 106 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน การเรียกและการคัดเลือกคู่สัญญาในขั้นตอนของการประกวดราคา และการพิจารณาคดีไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีแพ่ง (คำพิพากษาของแผนกคดีแพ่ง เมื่อวันที่ 31 มกราคม ค.ศ.1990)

4.6 แนวคิดของศาลเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาทางปกครองจะจำกัดอยู่ที่แนวคิด

เกี่ยวกับคำสั่งที่แยกออกจากตัวสัญญาได้เช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น รายงานฉบับที่ 67/1996 ลงวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1996 ของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาทางปกครองของรัฐ (กฎหมายฉบับที่ 69/1996) ซึ่งได้รายงานเกี่ยวกับคำสั่งที่แยกออกจากตัวสัญญาได้ว่าเป็นคำสั่งที่แยกออกจากกระบวนการในการจัดทำสัญญา โดยคำสั่งดังกล่าวจะอยู่ภายใต้กฎหมายปกครองในขั้นตอนของการเตรียมการ และการคัดเลือกคู่สัญญา

จากคำพิพากษามาข้อ 4.5 และรายงานตามข้อ 4.6 เป็นการกล่าวถึงแนวคิดเกี่ยวกับคำสั่งที่แยกออกจากตัวสัญญาได้ โดยหลักแล้วคำสั่งดังกล่าวจะเป็นคำสั่งที่แยกออกจากกระบวนการในการจัดทำสัญญา โดยคำสั่งดังกล่าวจะอยู่ภายใต้กฎหมายปกครองในขั้นตอนของการเตรียมการ และการคัดเลือกคู่สัญญา หรือขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งเป็นคำสั่งที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการปฏิบัติตามสัญญา และกำหนดถึงเงื่อนไขของการมีผลบังคับใช้ของสัญญา เช่น คำสั่งเกี่ยวกับการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ของกระบวนการจัดทำสัญญา คำสั่งอันเกี่ยวเนื่องกับการประกาศผลการจัดซื้อจัดจ้าง แนวคิดดังกล่าวสัมพันธ์กับการฟ้องคดีปกครอง ซึ่งสามารถฟ้องเป็นคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการก่อนการจัดทำสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งตรงกับคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อย่างไรก็ตาม หากมีการลงนามหรือจัดทำสัญญาเรียบร้อยแล้ว และมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา

การขอให้ชดใช้เงิน จะต้องฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งตรงกับคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

5. การวิเคราะห์เปรียบเทียบกับภาระบทของการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศสเปนและประเทศไทย

จากการศึกษาเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในส่วนของการอุทธรณ์ เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศสเปนแล้ว อาจนำมาวิเคราะห์ในประเด็นสำคัญ ๆ ที่เกี่ยวข้อง ตามที่ปรากฏในบทความฉบับนี้ในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศไทยได้ ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

5.1 การฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครอง

เมื่อพิจารณาถึงการฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองของประเทศสเปน และประเทศไทยจะมีความเหมือนกันในแง่ของประเภทคดีที่ฟ้องอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 ของประเทศสเปน กำหนดให้ศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองจะมีอำนาจพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง ทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเตรียมการ การคัดเลือกคู่สัญญา การดำเนินการตามสัญญา และการยกเลิกสัญญาทางปกครอง ดังนั้น การฟ้องคดีอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญาทางปกครองจึงสามารถฟ้องเป็นคดีได้ 2 ลักษณะ คือ (1) คดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดทำสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นการฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยคำสั่งดังกล่าวจะเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือกระบวนการก่อนการจัดทำสัญญาของประเทศสเปน และ (2) คดีสัญญาทางปกครองโดยขอให้หน่วยงานทางปกครองชดใช้เงิน จะเป็นกรณีที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา และก่อให้เกิดความเสียหาย โดยคดีที่ขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับกระบวนการจัดทำสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มาจาก “แนวคิดเกี่ยวกับคำสั่งที่แยกออกจากตัวสัญญาได้” ซึ่งคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่เกิดขึ้นล่วงหน้าก่อนที่จะมีการปฏิบัติตามสัญญาและกำหนดเงื่อนไขของการมีผลบังคับของสัญญา เป็นการฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอันเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง เช่น ประกาศประกวดราคา ชองราคา และเอกสารในการจัดทำสัญญาที่กำหนดเงื่อนไขไว้ให้ต้องดำเนินการตามสัญญา คำสั่งเกี่ยวกับการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ของกระบวนการจัดทำสัญญา รวมถึงคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา เป็นต้น

ส่วนการฟ้องคดีในศาลปกครองไทยนั้น ได้มีการกำหนดประเภทคดีที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับประเทศสเปน คือ (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (2) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งหากพิจารณาเฉพาะคำสั่งที่เกิดจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองไทย จะเป็นไปตามมาตรา 9

วรรคหนึ่ง (1) และเมื่อพิจารณาถึงการฟ้องคดีปกครองตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ของประเทศไทย ได้บัญญัติไว้ว่า การดำเนินการใด ๆ ตามพระราชบัญญัตินี้ที่มีลักษณะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เช่น คำสั่งเพิกถอนรายชื่อผู้ประกอบการออกจากทะเบียน ประกาศผลผู้ชนะการซื้อหรือจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือก คำสั่งยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง คำสั่งให้เป็นผู้ทำงาน ฯลฯ ผู้ซึ่งเห็นว่าตนได้รับความเสียหายหรือผู้มีส่วนได้เสียย่อมมีสิทธิภาคีไปฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลสั่งเพิกถอนได้²⁷

ดังนั้น การฟ้องคดีที่เป็นคำสั่งทางปกครองอันเกี่ยวเนื่องกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างและสัญญาทางปกครองทั้งในประเทศสเปนและประเทศไทยจะมีความคล้ายคลึงกัน คือ สามารถฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามปกติได้

อย่างไรก็ตาม การฟ้องคดีที่เกี่ยวข้องกับการอุทธรณ์การจัดซื้อจัดจ้างของประเทศสเปนภายหลังจากที่ได้มีการลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างไปแล้ว ประเทศสเปนและประเทศไทยมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในประเทศสเปนนั้น หากผู้ฟ้องคดีเห็นว่า คำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็สามารถนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว และในขณะเดียวกันหากคำสั่งดังกล่าวส่งผลให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายจากผลของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนั้น และประสงค์จะฟ้องให้หน่วยงานทางปกครองชดเชยค่าเสียหายจากการดำเนินกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีสามารถฟ้องคดีดังกล่าวเพื่อขอให้หน่วยงานชดเชยค่าเสียหายรวมเข้ามาด้วยได้พร้อมกันทั้งสองข้อหาหรือในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีประสงค์จะอุทธรณ์พิเศษต่อ “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา” ก่อนและหากผลการพิจารณาอุทธรณ์ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาไม่เป็นที่พอใจของผู้ยื่นคำขออุทธรณ์ดังกล่าวหรือยกคำขอ ผู้ยื่นคำขอ มีสิทธิฟ้องเป็นคดีปกครองต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองได้ในลำดับต่อไปเพื่อขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยดังกล่าว และสามารถฟ้องขอให้หน่วยงานชดเชยค่าเสียหายรวมเข้ามาด้วยกันได้เช่นเดียวกัน ในขณะที่ประเทศไทยนั้น มาตรา 119 วรรคห้าแห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดให้ผู้อุทธรณ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งไม่พอใจคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกให้หน่วยงานของรัฐชดเชยค่าเสียหายได้เท่านั้น แต่ไม่สามารถฟ้องขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการดังกล่าวได้ เนื่องจากได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างไปเรียบร้อยแล้ว ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะที่ต้องมีความต่อเนื่อง ไม่หยุดชะงักลง

²⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์, กฎหมายปกครองเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2561) น. 331.

5.2 การอุทธรณ์การจัดซื้อจัดจ้างและสิทธิในการฟ้องคดี

เมื่อพิจารณาเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศสเปน หากมีผลของการจัดซื้อจัดจ้าง แม้ต่อมาจะได้มีการลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างในภายหลัง และผู้ที่ได้ยื่นข้อเสนอเพื่อจัดซื้อจัดจ้างไม่พอใจผลของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ก็อาจยื่นอุทธรณ์ได้ โดยการเยียวยาผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากผลของการจัดซื้อจัดจ้าง พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 กำหนดให้ผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากกรณีดังกล่าว มีทางเลือกดำเนินการเยียวยาความเสียหายของตนจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง กล่าวคือ (1) การฟ้องคดีโดยตรงต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครอง หรือ (2) การอุทธรณ์ต่อ “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา” โดยอาจเลือกใช้สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งระหว่างอุทธรณ์พิเศษต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา หรือการใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีปกครองวางหลักว่า การยื่นอุทธรณ์คำสั่งที่เป็นการอุทธรณ์พิเศษควบคู่กับการฟ้องคดีต่อศาลนั้น ไม่อาจกระทำได้ ศาลไม่อาจรับคดีไว้พิจารณาได้ ผู้ฟ้องคดีจะต้องเลือกวิธีการเยียวยาความเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่ง

ในส่วนของประเทศไทยนั้น พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติจำกัดผู้มีสิทธิอุทธรณ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุไว้ว่า จะต้องเป็นผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับหน่วยงานของรัฐเท่านั้นตามมาตรา 114 และบัญญัติจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์ของผู้มีสิทธิไว้ด้วยการบัญญัติห้ามมิให้อุทธรณ์ในเรื่องที่ระบุไว้ในมาตรา 115 (1)-(3) โดยมาตรา 115 (4) บัญญัติให้ออกกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่ห้ามอุทธรณ์ได้อีก ตลอดจนบัญญัติให้ผู้อุทธรณ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งไม่พอใจคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกให้หน่วยงานของรัฐชดเชยค่าเสียหายได้เท่านั้นตามมาตรา 119 วรรคห้า²⁸ กรณีดังกล่าวเป็นการฟ้องคดีเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศไทยที่ต้องผ่านการอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการฯ ซึ่งหากผู้อุทธรณ์ไม่พอใจคำวินิจฉัยของคณะกรรมการฯ จะสามารถฟ้องคดีต่อศาลเรียกให้หน่วยงานของรัฐชดเชยค่าเสียหายได้เท่านั้น เนื่องจากได้มีการลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างไปแล้วตามมาตรา 119 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ที่กำหนดไว้ว่า “...แต่การฟ้องคดีดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นแล้ว...”

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงข้อเหมือนและข้อแตกต่างของการอุทธรณ์การจัดซื้อจัดจ้างภายหลังจากที่ได้มีการลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างและสิทธิการฟ้องคดีในเรื่องดังกล่าวแล้ว ประเทศสเปนและประเทศไทยจะมีความเหมือนในแง่ของการให้สิทธิอุทธรณ์การจัดซื้อจัดจ้างต่อคณะกรรมการที่มีหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์คำสั่งที่เกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง และหากไม่พอใจผลการวินิจฉัยของคณะกรรมการดังกล่าว จึงมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลได้ต่อไป อย่างไรก็ตาม ประเทศสเปนจะมีความแตกต่างจากประเทศไทยที่มีการให้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลโดยตรงได้อีกทางหนึ่ง หากไม่ประสงค์จะอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา โดยจะต้องเลือกดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง

²⁸ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27, น. 331.

นอกจากนี้ ข้อแตกต่างอีกประการหนึ่ง คือ เมื่อได้ศึกษาถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศสเปนแล้ว ไม่พบบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 119 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ที่กำหนดว่า ผู้ยุทธวิธีผู้ใดไม่พอใจคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ หรือการยุติเรื่องตามวรรคสี่ และเห็นว่าหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าเสียหายได้ แต่การฟ้องคดีดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นแล้ว กล่าวคือ กฎหมายของประเทศสเปนไม่ได้กล่าวถึงกรณีของการฟ้องคดีว่า จะมีผลกระทบต่อกระทำการดำเนินการตามสัญญาของหน่วยงานของรัฐหรือไม่ หรือจะส่งผลให้ระงับการปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ มีแต่เพียงการระงับขั้นตอนของการอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่กำหนดให้กรณีที่เป็นกรณียื่นคำขอคัดค้านการกระทำเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง ให้หน่วยงานนั้นระงับการดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างไว้ก่อนได้

5.3 หลักความต่อเนื่องของการให้บริการสาธารณะในการจัดทำสัญญาทางปกครอง

หลักความต่อเนื่องในการจัดทำสัญญามีที่มาจากประโยชน์สาธารณะ และการมุ่งให้บริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ไม่หยุดชะงัก และคำนึงถึงการควบคุมงบประมาณให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด ซึ่งกฎหมายของประเทศสเปนไม่ได้มีการระบุไว้เช่นเดียวกับมาตรา 119 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ในเรื่องของการฟ้องคดีเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างโดยให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าเสียหาย ไม่มีผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นแล้ว อย่างไรก็ตาม มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 29.4 และมาตรา 288.a) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 กรณีของการต่อระยะเวลาของสัญญาจนกว่าจะจัดทำสัญญาฉบับใหม่ อาจมีการเทียบเคียงที่ว่า การที่กฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศไทยเขียนไว้ว่า “...ไม่มีผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นแล้ว” เป็นไปตามหลักความต่อเนื่องของสัญญาที่จะต้องดำเนินไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อให้การดำเนินไม่ล่าช้า ต่อเนื่อง ไม่หยุดชะงัก นอกจากนี้ ตามแนวคำพิพากษาศาลอุทธรณ์แห่งชาติ แผนกคดีปกครอง ลงวันที่ 18 กันยายน ค.ศ. 2019 วางหลักว่า คำสั่งยกคำขอจะมีผลต่อการที่กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างดำเนินการได้ต่อเนื่องต่อไปตามมาตรา 59.2 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐฯ

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักความต่อเนื่องในสัญญาของประเทศไทยไม่ได้กำหนดหลักการไว้โดยตรง แต่ปรากฏในมาตรา 119 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ที่ว่า “...แต่การฟ้องคดีดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นแล้ว...” ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีเจตนารมณ์ให้การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ไม่หยุดชะงัก ไม่กระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้มีการลงนามในสัญญาเรียบร้อยแล้ว ซึ่งหากการดำเนินการเป็นไปไม่ต่อเนื่อง อาจส่งผลกระทบและสร้างความเสียหายในภาพรวมได้

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากกฎหมายของประเทศสเปนและกฎหมายของประเทศไทย จะเห็นได้ว่า ได้ให้ความสำคัญต่อหลักความต่อเนื่องของการให้บริการสาธารณะในการจัดทำสัญญาทางปกครอง หากได้มีการลงนามในสัญญาไปแล้ว โดยคำนึงถึงการจัดทำบริการสาธารณะที่ต้องเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ไม่หยุดชะงัก สะดวก รวดเร็ว โดยประเทศสเปน อาจขยายระยะเวลาของสัญญาต่อไปได้ ไม่ต้องจัดทำสัญญาฉบับใหม่และไม่จำเป็นต้องปรับแก้ไขในสัญญา ส่วนกฎหมายของประเทศไทยจะเน้นไปที่กระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง โดยที่การฟ้องคดีต่อศาลเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างจะไม่มีผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างไปแล้ว ซึ่งทั้งสองประเทศเน้นไปที่ความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะเช่นเดียวกัน

บทสรุป

การจัดทำสัญญาของหน่วยงานทางปกครองในประเทศสเปนจะอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 ซึ่งมีหลักเกณฑ์สำคัญ คือ หากเป็นการจัดทำสัญญาทางปกครองทุกประเภท กระบวนการเตรียมการก่อนทำสัญญา การคัดเลือกคู่สัญญาและการจัดทำสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา และการยกเลิกสัญญา จะอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 และอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครอง โดยการฟ้องคดีอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญาทางปกครองสามารถฟ้องเป็นคดีได้ 2 ลักษณะ คือ คดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดทำสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และคดีสัญญาทางปกครองโดยให้หน่วยงานทางปกครองชดใช้เงิน

สำหรับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเป็นขั้นตอนสำคัญในการได้มาซึ่งคู่สัญญาด้วยวิธีการต่าง ๆ ตามที่หน่วยงานทางปกครองกำหนดเป็นเงื่อนไขและนำไปสู่การจัดทำสัญญาของฝ่ายปกครองต่อไป ในประเทศไทยมักจะมีกรณีที่เป็นข้อโต้แย้งเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่นำไปสู่การนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเกี่ยวกับผลของการจัดซื้อจัดจ้างที่อาจไม่เป็นที่พอใจ ไม่เป็นธรรม หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งเมื่อพิจารณาเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง หากมีผลของการจัดซื้อจัดจ้างและผู้ที่ได้ยื่นข้อเสนอเพื่อจัดซื้อจัดจ้างไม่พอใจ ก็อาจยื่นอุทธรณ์ได้ โดยการเยียวยาผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากผลของการจัดซื้อจัดจ้าง พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาของภาครัฐ ค.ศ. 2017 กำหนดให้ผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากกรณีดังกล่าว มีทางเลือกดำเนินการเยียวยาความเสียหายของตนจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งเป็นกระบวนการก่อนลงนามในสัญญา กล่าวคือ (1) การฟ้องคดีโดยตรงต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครอง หรือ (2) การอุทธรณ์พิเศษต่อ “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา” โดยอาจเลือกใช้สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งระหว่างอุทธรณ์พิเศษต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา หรือการใช้สิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครอง

นอกจากนี้ หลักความต่อเนื่องในการจัดทำสัญญาเป็นหลักการสำคัญหนึ่ง ซึ่งมุ่งให้บริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ไม่หยุดชะงัก และยังคงคำนึงถึงการควบคุมงบประมาณให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด หากได้มีการลงนามในสัญญาไปแล้ว โดยคำนึงถึงการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะที่ต้องเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ไม่หยุดชะงัก สะดวก รวดเร็ว โดยในประเทศสเปน อาจขยายระยะเวลาของสัญญาต่อไปได้

กล่าวโดยสรุปแล้ว เมื่อพิจารณากระบวนการจัดทำสัญญาทางปกครองของประเทศสเปน และประเทศไทยจะมีความคล้ายคลึงกันนับตั้งแต่การเตรียมการ การคัดเลือกคู่สัญญา การดำเนินการตามสัญญา และการยกเลิกสัญญาทางปกครอง ส่วนการจัดซื้อจัดจ้างก็เป็นขั้นตอนสำคัญก่อนที่จะจัดทำสัญญาทางปกครอง ซึ่งทั้งสองประเทศมีหลักการในการดำเนินกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่คล้ายคลึงกัน แต่อาจแตกต่างกันในการกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขของการจัดซื้อจัดจ้าง และการฟ้องคดีประเภทนี้ก็มีลักษณะคล้ายคลึงกันในส่วนที่เป็นการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองอันเกี่ยวเนื่องกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ส่วนการอุทธรณ์การจัดซื้อจัดจ้างอาจมีข้อแตกต่างในรายละเอียดไปบ้าง ดังนั้น การศึกษาเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างในประเทศสเปนจึงเป็นประโยชน์ต่อการศึกษากฎหมายเชิงเปรียบเทียบเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างในประเทศไทยทั้งในแง่ของหลักกฎหมายและแนวคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องเพื่อที่จะนำมาปรับใช้กับการดำเนินงานของศาลปกครองไทยในอนาคตต่อไป

บรรณานุกรม

เอกสารภาษาไทย

ชาญชัย แสวงศักดิ์, กฎหมายปกครองเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2561).

พัชรภรณ์ ศิริวิมลกุล, เอกสารวิชาการ เรื่อง สัญญาทางปกครองของประเทศสเปน : ศึกษากรณีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีสัญญาทางปกครอง, 2560. (เอกสารวิชาการภายในสำนักวิจัยและวิชาการ)

เอกสารภาษาต่างประเทศ

Article “Contratos Administrativos”, [Online], retrieved from https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAMtMSbF1JTAAAUMjQyNLtbLUOuLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUtckhlQaptWmJOcSoAKBVPazUAAAA=WKE เมื่อ 10 กุมภาพันธ์ 2566.

Lección en “Lección 9 : La contratación Administrativa. Los contratos públicos”, Principios de Gestión Administrativa Público de Ciclo Grado Medio Gestión Administrativa, [Online], retrieved from <http://roble.pntic.mec.es/> เมื่อ 10 กุมภาพันธ์ 2566.

Martínez Marín, Antonio, El buen funcionamiento de los servicios públicos. Los principios de continuidad y de regularidad, [Online], retrieved from <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/8351/1/El%20buen%20funcionamiento%20de%20los%20servicios%20publicos.%20Los%20principios%20de%20continuidad%20y%20de%20regularidad.pdf> เมื่อ 16 กันยายน 2565.

Pilar Teso Gamella, Artículo en “Los contratos del sector público”, [Online], retrieved from <https://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/Administrativolaboral1862015Tema%2009Todo.pdf> เมื่อ 1 มีนาคม 2566.

Qué principios para los servicios públicos?, [Online], retrieved from https://www.citego.org/bdf_fiche-document-2366_es.html/ เมื่อ 10 กุมภาพันธ์ 2566.



บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไต้หวันในการคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างเพศ The Role of The Taiwan Constitutional Court in Protecting Gender Equality

ปฐมน แปนเหลือ *

รับบทความเมื่อ 21 มีนาคม 2567

แก้ไขบทความเมื่อ 19 สิงหาคม 2567

ตอบรับบทความเมื่อ 22 สิงหาคม 2567

บทคัดย่อ

ไต้หวันได้รับอิทธิพลความคิดด้านการเมืองการปกครองจาก ดร.ซุน ยัตเซ็น โดยเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ รัฐธรรมนูญไต้หวัน มีบทบัญญัติที่มีที่มาจากหลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ รวมถึงมีบทบัญญัติเรื่องหลักความเสมอภาค โดยเฉพาะเรื่องความเสมอภาคระหว่างเพศที่บัญญัติสอดคล้องทัดเทียมกับนานาชาติ ไต้หวันมีศาลรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่ตรวจสอบการรับรองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญของประชาชน และมีบทบาทอย่างมากต่อการคุ้มครองรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ บทความนี้นำเสนอเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ และแนวคิดเรื่องหลักความเสมอภาคของไต้หวัน พร้อมทั้งพิจารณาถึงบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน ในการคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างเพศจากตัวอย่างคดี 3 คดี ในประเด็นความเสมอภาคระหว่างชาย และหญิง จากคดีเกี่ยวกับสมาคมนับถือบรรพบุรุษซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไว้ 2 คดี ในปี ค.ศ. 2015 และปี ค.ศ. 2023 รวมถึงประเด็นความเสมอภาคของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศในคดีปี ค.ศ. 2017 ที่ทำให้ไต้หวันเป็นประเทศแรกในทวีปเอเชียที่รับรองสิทธิให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้

คำสำคัญ : ศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน, ความเสมอภาคระหว่างเพศ, ความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง, สมรสเท่าเทียม

* เจ้าหน้าที่ศาลปกครองชำนาญการ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

Abstract

Taiwan has been influenced by the political and governance ideas of Dr. Sun Yat-sen. Taiwan is a liberal democracy state with a written constitution as the highest law. The Taiwanese Constitution consists of provisions based on democratic principles and the rule of law. Moreover, there are provisions on equality, particularly gender equality, which align with international standards. Taiwan has a Constitutional Court that oversees the protection of constitutional rights and equality for its citizens. This court plays a significant role in safeguarding gender equality. This article discusses the Taiwanese Constitutional Court and Taiwan's concept of equality. It also examines the court's role in protecting gender equality through three case studies. Two of these cases, decided in 2015 and 2023, concern gender equality between men and women in the context of Ancestor Worship Guild. The third case, decided in 2017, concerns the equality of the LGBTQ+ community, making Taiwan the first country in Asia to recognize same-sex marriage rights.

Keywords : Taiwan Constitutional Court, Gender Equality, Equality between men and women, Same-sex marriage

บทนำ

หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐเป็นรากฐานการดำรงอยู่ของรัฐเสรีประชาธิปไตย หลักนิติรัฐหรือรัฐแห่งความมีเหตุผลนั้น รัฐจะต้องเคารพขอบเขตส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคลและรับรองขอบเขตส่วนบุคคลโดยกฎหมาย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นองค์ประกอบหนึ่งของหลักนิติรัฐ เป็นหลักการเกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมายที่ยอมรับว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ หากมีความขัดแย้งระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายอื่นรัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะที่สูงกว่า กฎหมายซึ่งขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญจะตกเป็นโมฆะหรือไม่อาจใช้บังคับได้¹

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการที่มีพื้นฐานมาจากหลักนิติรัฐ กล่าวคือ เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและมีลักษณะเช่นเดียวกับองค์กรตุลาการอื่นในประการที่ว่า จะต้องเป็นผู้ฟ้องหรือผู้ร้องที่มีอำนาจยื่นเรื่องให้พิจารณาจึงจะมีอำนาจพิจารณา และอำนาจดังกล่าวจำกัดอยู่เฉพาะเรื่องที่มีการฟ้องหรือร้องมาเท่านั้นศาลไม่สามารถริเริ่มคดีได้ด้วยตนเอง² อย่างไรก็ตามการเกิดขึ้นของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือประการหนึ่งที่ก่อให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ³ และศาลรัฐธรรมนูญก็มีบทบาทสำคัญในการปกป้องคุ้มครองหลักการของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่คุ้มครองสิทธิในทางการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในทางส่วนบุคคลเพื่อโต้แย้งการแทรกแซงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจากองค์กรทางการเมืองโดยอาศัยเสียงข้างมากด้วย⁴

ได้หวั่นเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตย⁵ ที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ รัฐธรรมนูญได้หวั่นมีบทบัญญัติต่าง ๆ ที่มีที่มาจากหลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ ซึ่งรวมถึงบทบัญญัติเรื่องหลักความเสมอภาคที่ได้รับการบัญญัติไว้ในหมวดทั่วไปตามมาตรา 5 และหมวดสิทธิและหน้าที่ของประชาชนตามมาตรา 7 ด้วย ได้หวั่นมีศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ตรวจสอบการรับรองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญของประชาชน และศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นนี้เองมีบทบาทสำคัญที่แสดงถึงแนวคิดความก้าวหน้าเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศในได้หวั่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มีบทบาทสำคัญที่ทำให้ได้หวั่นเป็นประเทศแรกในทวีปเอเชียที่รับรองสิทธิให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้

¹ Ekkehart Stein, Staatsrecht (14. Aufl., Tübingen 1993) 13. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2563), น. 28.

² บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2564), น. 22-23.

³ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2563), น. 32.

⁴ เพิ่งอ้าง, น. 38-39.

⁵ มาตรา 1 แห่งรัฐธรรมนูญได้หวั่น บัญญัติให้ได้หวั่นเป็นสาธารณรัฐที่เป็นประชาธิปไตยของประชาชนปกครองโดยประชาชน เพื่อประชาชน

บทความนี้จะพิจารณาถึงบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นในการคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างเพศจากตัวอย่างคดีที่ทั้งประเด็นความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง รวมถึงประเด็นความเสมอภาคของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ (ส่วนที่ 2) อย่างไรก็ตาม สมควรทำความเข้าใจเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญและแนวคิดเรื่องหลักความเสมอภาคของได้หวั่นเป็นเบื้องต้น (ส่วนที่ 1)

ส่วนที่ 1 ศาลรัฐธรรมนูญและแนวคิดเรื่องหลักความเสมอภาคของได้หวั่น

1.1 ศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่น

เมื่อกล่าวถึงเรื่องการเมืองการปกครองได้หวั่นจำเป็นต้องกล่าวถึงบุคคลสำคัญคือ ดร.ซุน ยัตเซ็น ผู้ที่มีความสำคัญต่อได้หวั่นอย่างยิ่งถึงขนาดได้รับการกล่าวถึงในส่วนอารัมภบทของรัฐธรรมนูญได้หวั่นว่า รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว (ซึ่งมีฉบับเดียวนับแต่ปี ค.ศ. 1947) มีรากฐานมาจากคำสอนของ ดร.ซุน ยัตเซ็น เมื่อครั้งสถาปนาสาธารณรัฐจีน⁶ ดร.ซุน ยัตเซ็น เป็นผู้สถาปนาสาธารณรัฐจีน⁷ ให้เป็นรัฐตามหลักประชาธิปไตยแห่งแรกในทวีปเอเชีย และเป็นผู้เสนอแนวคิดลัทธิไตรประชาซึ่งเป็นลัทธิเศรษฐกิจการเมืองที่เดินทางสายกลาง กล่าวคือ เป็นแนวคิดที่ยืนยันหลักเอกราชของชาติและยึดมั่นในหลักประชาธิปไตยที่ยกย่องสิทธิเสรีภาพของประชาชน ขณะเดียวกัน ก็เรียกร้องให้มีการจำกัดอำนาจทุนและให้เป็นธรรมในการถือกรรมสิทธิ์ที่ดิน แนวคิดดังกล่าวเป็นคัมภีร์ทางการเมืองที่คณะชาติของได้หวั่นยังคงยึดถือเป็นหลักในการดำเนินนโยบายปกครองประเทศจวบจนปัจจุบัน⁸

⁶ “The National Assembly of the Republic of China, by virtue of the mandate received from the whole body of citizens, in accordance with the teachings bequeathed by Dr. Sun Yat-sen in founding the Republic of China, and in order to consolidate the authority of the State, safeguard the rights of the people, ensure social tranquility, and promote the welfare of the people, does hereby establish this Constitution, to be promulgated throughout the country for faithful and perpetual observance by all.” อารัมภบทของรัฐธรรมนูญได้หวั่นฉบับแปลภาษาอังกฤษจากเว็บไซต์ฐานข้อมูลกฎหมายได้หวั่น [Online], retrieved from <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=A0000001> เมื่อ 8 สิงหาคม 2566.

⁷ สาธารณรัฐจีนก่อตั้งอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1912 จากการปฏิวัติซินไฮ่เพื่อโค่นล้มราชวงศ์ชิง มีเมืองหลวงอยู่ที่นครหนานจิง ต่อมา เกิดสงครามกลางเมืองระหว่างรัฐบาลจีนคณะชาติภายใต้การนำของเจียงไคเช็ค กับพรรคคอมมิวนิสต์จีนที่นำโดยเหมาเจ๋อตง และในปี ค.ศ. 1949 รัฐบาลจีนคณะชาติเป็นฝ่ายพ่ายแพ้จึงได้ถอนกำลังทหารและอพยพผู้คนกว่าหนึ่งล้านคนจากจีนแผ่นดินใหญ่มาปักหลักอยู่ที่เกาะไต้หวันจวบจนปัจจุบัน ในขณะที่จีนแผ่นดินใหญ่ได้สถาปนาเป็นประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1949 อ้างถึงใน อัญชัน ทรงพุทธิ, ความเป็นมาของวันชาติสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน), (Radio Taiwan International, 10 ตุลาคม 2563) [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://th.rti.org.tw/news/view/id/2003272> เมื่อ 31 ตุลาคม 2566.

⁸ ซุน ยัตเซ็น, ลัทธิไตรประชาและรัฐธรรมนูญ 5 อำนาจ (ปริทัศน์ เกษมทรัพย์ ผู้แปล, ไทยวัฒนาพานิช 2530) อารัมภบท.



ไต้หวันมีประวัติศาสตร์ยาวนานตั้งแต่ยุคจักรวรรดิและยุคที่ตกเป็นอาณานิคม ศาลและสถาบันทางกฎหมายของไต้หวันใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากยุคต่าง ๆ ดังกล่าว อย่างไรก็ตาม บทบาทของศาลในยุคก่อนไม่มีความสำคัญมากนัก จนกระทั่งกลางทศวรรษที่ 1980 ชาวไต้หวันเรียกร้องให้มีการปฏิรูปสังคมและการเมือง ศาลต่าง ๆ ในไต้หวันจึงเริ่มมีบทบาทสำคัญ รวมถึงศาลรัฐธรรมนูญ⁹ ที่เริ่มมีบทบาทในการปกป้องรัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) และคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน แม้ว่าจะต้องเผชิญกับความท้าทายจากประเด็นข้อขัดแย้งเชิงนโยบาย และการถูกแทรกแซงจากภาคการเมืองก็ตาม¹⁰

นอกจากลัทธิไตรประชาแล้ว ดร.ซุน ยัตเซ็น ยังเป็นผู้เสนอแนวคิดระบอบการปกครอง สาธารณรัฐจีน คือ แนวคิดรัฐธรรมนูญ 5 อำนาจที่เป็นการผสมผสานรัฐธรรมนูญแบบสามอำนาจอันมีต้นแบบจากรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ผสมกับอำนาจปราบปรามทุจริตในราชการตามแนวคิดของฮิลสโล ส่วนอีกอำนาจหนึ่งซึ่งเป็นเอกลักษณ์ของแนวคิดนี้และเป็นส่วนที่ ดร.ซุน ยัตเซ็น ริเริ่มขึ้นเอง คือ อำนาจการสอบคัดเลือก ที่มีรากฐานจากระบบสอบคัดเลือกของวัฒนธรรมจีนโบราณ (จอหงวน) โดย ดร.ซุน ยัตเซ็น เชื่อว่า ผู้แทนของประชาชนและข้าราชการนั้นจะต้องเป็นผู้มีความรู้และคุณธรรมด้วย การปกครองสาธารณรัฐจีนจึงใช้ระบบรัฐธรรมนูญที่แบ่งแยกเป็น 5 อำนาจ ที่แต่ละส่วนมีอำนาจเป็นเอกเทศแยกจากกัน ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ อำนาจตรวจสอบราชการ และอำนาจการสอบคัดเลือก¹¹ ซึ่งในปัจจุบัน ไต้หวันยังคงใช้แนวคิดนี้ในการปกครองประเทศ โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด และแบ่งแยกเป็น 5 อำนาจข้างต้น

ในส่วนของอำนาจตุลาการ ไต้หวันมีสภาตุลาการ (Judicial Yuan) เป็นสภาสูงสุด มีเขตอำนาจในคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง และคดีเกี่ยวกับมาตรการทางวินัยของภาครัฐ รวมถึงการตีความรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และคำสั่ง¹² ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2003 เป็นต้นมา สมาชิกสภาตุลาการมีจำนวนทั้งสิ้น 15 คน (รวมประธานและรองประธานสภาตุลาการ) ได้รับแต่งตั้งจากประธานาธิบดีไต้หวัน โดยความยินยอมของสภานิติบัญญัติ (Legislative Yuan)¹³ สมาชิกสภาตุลาการเหล่านี้ทำหน้าที่เป็นตุลาการ

⁹ ศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน (The Taiwan Constitutional Court) เปลี่ยนมาจากสภาตุลาการระดับสูง (The Council of Grand Justices) เมื่อปี ค.ศ. 1993 โปรดดู The Taiwan Constitutional Court in a New Era, 2021 [Online], retrieved from <https://www.judicial.gov.tw/en/cp-2083-358640-47e30-2.html> เมื่อ 30 สิงหาคม 2566.

¹⁰ Wen-Chen Chang, "Courts and Judicial reform in Taiwan : gradual transformations towards the guardian of constitutionalism and rule of law" in Jiunn-Rong Yeh and Wen-Chen Chang (eds) Asian Courts in Context, (Cambridge University Press, 2015) pp. 143, 169 and 180.

¹¹ ซุน ยัตเซ็น, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 8*, น. 159-160 และ น. 166.

¹² มาตรา 77 และมาตรา 78 ของรัฐธรรมนูญไต้หวัน

¹³ มาตรา 5 แห่งบทบัญญัติเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005 (The Additional Articles of The Constitution, 2005) และมาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญองค์กรสภาตุลาการ ค.ศ. 2020 (Judicial Yuan Organization Act, 2020)

ศาลรัฐธรรมนูญด้วยอีกตำแหน่งหนึ่ง¹⁴ มีวาระการดำรงตำแหน่ง 8 ปี และไม่สามารถดำรงตำแหน่งซ้ำได้อีก¹⁵ สมาชิกสภาตุลาการแต่ละคนมีนิติกรที่ทำหน้าที่ช่วยตรวจสอบคำร้อง วิเคราะห์ประเด็น ค้นคว้าข้อมูล และทำหน้าที่อื่นตามที่ได้รับมอบหมาย จำนวน 1 ถึง 4 คน¹⁶

สมาชิกสภาตุลาการทั้ง 15 คน ซึ่งทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอีกตำแหน่งหนึ่ง มีอำนาจวินิจฉัยตรวจสอบคดีตามเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้ห้วน ซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2019 (Constitutional Court Procedure Act, 2019) ดังนี้ (1) ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaints) (2) ข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (3) การฟ้องถอดถอนประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดี (4) การยุบพรรคการเมืองที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ (5) การปกครองส่วนท้องถิ่น และ (6) การตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายและข้อบังคับให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน¹⁷ โดยประเด็นสำคัญอยู่ที่ (1) เกี่ยวกับวัตถุแห่งการวินิจฉัยตีความ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญฉบับเดิม (ค.ศ. 1993) ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเฉพาะการวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (Laws) และข้อบังคับ (Regulations) ในเชิงนามธรรม (Abstract Review)¹⁸ เท่านั้น แต่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันขยายขอบเขตวัตถุแห่งการวินิจฉัยตีความไปถึงคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaints)¹⁹ กล่าวคือ ปัจจุบันศาลรัฐธรรมนูญได้ห้วน

¹⁴ มาตรา 1 แห่งรัฐธรรมนูญวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2019 (Constitutional Court Procedure Act, 2019)

¹⁵ Hwang Jau-Yuan, “Judge-Made Constitutionalism in Democratizing Taiwan - The Role of the Council of Grand Justices and Protection of Individual Rights” in Japan Association for Studies of Constitutional Law, Akira Osuka (ed) Perspective of Constitutionalism in Asia (Shinzansha International 2003) p. 334.

¹⁶ มาตรา 14 แห่งรัฐธรรมนูญองค์กรสภาตุลาการ ค.ศ. 2020 (Judicial Yuan Organization Act, 2020)

¹⁷ มาตรา 1 แห่งรัฐธรรมนูญวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2019 (Constitutional Court Procedure Act, 2019)

¹⁸ การวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นไปตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยแบ่งเป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ ในเชิงนามธรรม (Abstract Review) และในเชิงรูปธรรม (Concrete Review) ในเชิงนามธรรมนั้น มีวัตถุประสงค์เป็นแบบกว้างโดยไม่จำเป็นต้องรอให้เกิดข้อพิพาทขึ้นก่อน ศาลรัฐธรรมนูญก็สามารถพิจารณาได้ว่า เนื้อหาบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ส่วนในเชิงรูปธรรมนั้นเป็นกรณีที่มีการวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสืบเนื่องมาจากกรณีที่มีข้อพิพาทที่ได้ดำเนินคดีในศาล อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้าวแล้ว เจริญรอกที่ 2*, น. 84-91.

¹⁹ รัฐบัญญัติวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2019 (Constitutional Court Procedure Act, 2019)

มาตรา 59 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “หลังจากได้รับการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมปกติแล้ว บุคคลใดเห็นว่าคำตัดสินถึงที่สุดที่ตัดสินต่อตนหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลนำมาวินิจฉัยตัดสินตนขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ อาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำตัดสินหรือกฎหมายนั้น”



มีอำนาจวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลอื่นในเชิงรูปธรรม (Concrete Review) ด้วยนั่นเอง²⁰

นอกจากนี้ รัฐบัญญัติวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2019 ที่มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 4 มกราคม ค.ศ. 2022 ได้ส่งผลเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญได้วันอีกหลายด้าน เช่น การใช้ระบบองค์คณะที่ประกอบด้วยตุลาการ 3 คน ทำหน้าที่วินิจฉัยตีความ 1 คดี (จากเดิมที่ใช้ตุลาการทั้ง 15 คน เป็นองค์คณะ) การเปลี่ยนจากคำวินิจฉัยตีความ (Interpretation) เป็นคำพิพากษา (Judgement)²¹ ที่มีรูปแบบคล้ายคลึงกับคำพิพากษาของศาลยุติธรรม การกำหนดให้มีเหตุผลของตุลาการทั้งฝ่ายเสียงข้างมากและเสียงข้างน้อยในคำวินิจฉัยตีความ การกำหนดให้มีการแถลงการณ์ด้วยวาจาในกรณีส่วนใหญ่ ตลอดจนการนำหลักคำแถลงของบุคคลภายนอก (Amicus Curiae) ตามแนวทางของศาลฎีกาประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้และเพิ่มการเปิดเผยเอกสารการพิจารณาคดีสู่สาธารณชนด้วย²² ความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวแสดงถึงความก้าวหน้าและพัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญได้วันเป็นอย่างดี

ในประเด็นการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยตีความของศาลรัฐธรรมนูญได้วันก็เช่นเดียวกัน เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้วันวินิจฉัยแล้วว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือข้อบังคับใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ศาลจะต้องกำหนดด้วยว่า “เมื่อใด” ที่กฎหมายนั้นจะหยุดมีผลใช้บังคับ แต่เดิมไม่มีกฎหมายที่กำหนดเฉพาะอย่างชัดเจนว่าศาลรัฐธรรมนูญได้วันจะต้องมีคำบังคับอย่างไร ศาลรัฐธรรมนูญได้วันจึงกำหนดคำบังคับหลากหลายรูปแบบ ทั้งการไม่กำหนดระยะเวลาการสิ้นผลบังคับของกฎหมายไว้ในคำบังคับ การกำหนดช่วงเวลาเพื่อให้กฎหมายหรือข้อบังคับสิ้นผลในอนาคต แต่โดยส่วนใหญ่ศาลจะกำหนดให้กฎหมายหรือข้อบังคับนั้นสิ้นผลทันที โดยหยิบยืมหลักเกณฑ์ต่าง ๆ มาจากหลักปฏิบัติของประเทศเยอรมนีและประเทศออสเตรีย²³ จนกระทั่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2019 มีผลใช้บังคับ มาตรา 51 กำหนดว่า “หากศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรัฐธรรมนูญประกาศถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นในคำวินิจฉัยของศาลด้วย” มาตรา 52 วรรคหนึ่งกำหนดความเป็นโมฆะของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญว่า “กฎหมายใดที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญให้สิ้นผลบังคับนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย เว้นแต่ ศาลรัฐธรรมนูญจะกำหนดให้ความเป็นโมฆะย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตในเวลาใดเวลาหนึ่ง” และวรรคสองของมาตราเดียวกัน กำหนดว่า “ศาลรัฐธรรมนูญจะกำหนดความเป็นโมฆะมีผลไปในอนาคตของกฎหมายระดับรัฐบัญญัติได้

²⁰ The Taiwan Constitutional Court in a New Era, 2021 [Online], retrieved from <https://www.judicial.gov.tw/en/cp-2083-358640-47e30-2.html> เมื่อ 30 สิงหาคม 2566.

²¹ เพื่อให้เนื้อหาเป็นระบบรูปแบบเดียวกัน ในบทความนี้ผู้เขียนจะใช้คำว่า “คำวินิจฉัยตีความ” ในคำตัดสินทั้งหมดของศาลรัฐธรรมนูญได้วัน ไม่ว่าจะเป็นคดีที่มีคำตัดสินก่อนหรือหลังจากที่รัฐบัญญัติวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2019 มีผลใช้บังคับ

²² The Taiwan Constitutional Court in a New Era, *Supra* note 20.

²³ Hwang Jau-Yuan, *Supra* note 15, pp. 337-339.

ไม่เกิน 2 ปี และสำหรับกฎหมายลำดับรองไม่เกิน 1 ปี” การกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เหล่านี้เป็นลายลักษณ์อักษรเพิ่มความชัดเจนถึงขอบเขตการกำหนดคำบังคับในคำวินิจฉัยตีความและน่าจะส่งผลให้คำวินิจฉัยตีความของศาลรัฐธรรมนูญได้หันต่อจากนี้มีผลในทางปฏิบัติเป็นรูปธรรมยิ่งขึ้น

เมื่อได้ทราบความเป็นมาและหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่สำคัญของศาลรัฐธรรมนูญได้หันแล้วสมควรจะได้ทราบเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคของได้หัน โดยเฉพาะความเสมอภาคระหว่างเพศเพื่อเป็นแนวทางการทำความเข้าใจตัวอย่างคำวินิจฉัยตีความของศาลรัฐธรรมนูญได้หันเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศต่อไป

1.2 หลักความเสมอภาคของได้หัน

องค์การสหประชาชาติมีความเชื่อในสิทธิเสรีภาพ อิสรภาพของมนุษยชนพื้นฐานและถือว่าความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติเป็นหัวใจของสิทธิมนุษยชน²⁴ ความเสมอภาคเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล มีลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องที่เป็นข้อห้ามไม่ให้ปฏิบัติต่อสิ่งที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันตามอำเภอใจ กล่าวคือ หลักความเสมอภาคเป็นเรื่องของการเปรียบเทียบข้อเท็จจริง 2 สิ่งเหมือนกันในสาระสำคัญ โดยนำลักษณะที่เป็นสาระสำคัญนั้นเป็นจุดยึดโยงเพื่อเปรียบเทียบ หากข้อเท็จจริง 2 สิ่งแตกต่างกันในสาระสำคัญก็สามารถปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงนั้นแตกต่างกันได้²⁵

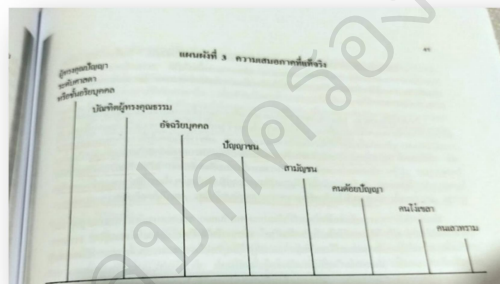
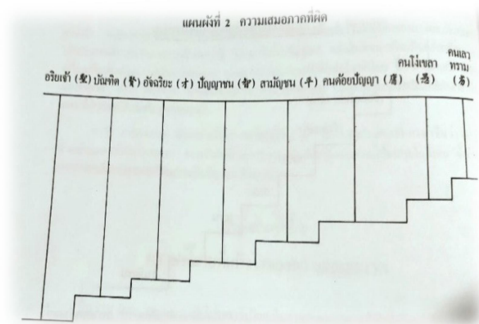
หลักความเสมอภาคที่เราได้ศึกษาโดยทั่วไปมีรากฐานมาจากแนวคิดเหตุผลนิยมของประเทศเยอรมนีจากประโยคที่ว่า “มนุษย์ทุกคนโดยธรรมชาติแล้วล้วนมีความเท่าเทียมกัน” ซึ่งหลักดังกล่าวได้รับการบัญญัติครั้งแรกในประกาศสิทธิพลเมืองของรัฐอาณานิคมในอเมริกาเหนือ และต่อมาก็ปรากฏในประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 1793 ว่า “มนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกันโดยธรรมชาติและต่อหน้ากฎหมาย”²⁶ อย่างไรก็ดี ดร.ซุน ยัตเซ็น ผู้นำแนวคิดด้านการปกครองของได้หันเคยมีปาฐกถาในมุมมองเชิงประวัติศาสตร์เปรียบเทียบสังคมจีนกับประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศต่าง ๆ ในทวีปยุโรปเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคข้างต้น โดยอธิบายว่า ความเสมอภาคเป็นของเทียม ความเสมอภาคของมนุษย์ไม่อาจพบได้ตามธรรมชาติ เพราะในธรรมชาติไม่มีของสองสิ่งใด ๆ จะอยู่ในระดับราบเรียบเท่ากันปรัชญาของการปฏิวัติในยุโรปและอเมริกาที่กล่าวถึงเสรีภาพและความเสมอภาคว่าเป็นสิ่งที่ธรรมชาติมอบให้เป็นสิทธิของมนุษย์ตามธรรมชาติซึ่งจะแยกจากกันไม่ได้ นั้น เป็นผลมาจากการสร้างทฤษฎีของนักปราชญ์ที่สนับสนุนการปฏิวัติเพื่อล้มล้างระบบการใช้อำนาจกดขี่ประชาชนของพระเจ้าแผ่นดิน อันเป็นการกำจัดความไม่เสมอภาคเทียมที่มนุษย์ (ชนชั้นปกครอง) สร้างขึ้น นอกจากนี้ ดร.ซุน ยัตเซ็น ยังเห็นว่า ความเสมอภาคเดียว

²⁴ มาลี พฤษพงษ์สวัสดิ์, ความเสมอภาคระหว่างหญิงชาย และความเสมอภาคระหว่างเพศ, 2566 [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://pridi.or.th/th/content/2023/06/1559> เมื่อ 29 สิงหาคม 2566.

²⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ : วิทยุชน 2562), น. 136-137.

²⁶ เฟิ่งอ๋าง, น. 129.

ที่มนุษย์สามารถสร้างได้คือความเสมอภาคในฐานะทางการเมืองเท่านั้น สังคมมนุษย์ควรเริ่มต้นด้วยแต่ละคนประกอบอาชีพตามสติปัญญา และความสามารถของแต่ละคนซึ่งเป็นสิ่งที่มิไม่เท่ากัน ความสำเร็จในการประกอบอาชีพของแต่ละคนจึงไม่เหมือนกัน หากไม่สนใจความรู้ความสามารถเฉพาะบุคคลและกดขี่ผู้ที่สามารถขึ้นสู่ตำแหน่งสูงไว้เพื่อให้เท่ากัน โลกก็จะไม่ก้าวหน้า ความปรารถนาให้ทุกคนเท่าเทียมกันหมดเป็นความเสมอภาคที่ไม่ถูกต้อง เส้นความเสมอภาคที่แท้จริงจะต้องวางไว้ข้างล่าง²⁷ (ตามภาพเปรียบเทียบความเสมอภาคตามแนวคิดของ ดร.ชุน ยัตเซ็น จากหนังสือ *ลัทธิไตรประชาและรัฐธรรมนูญ 5 อำนาจ* ด้านล่างนี้)



แนวคิดตามปาฐกถานี้สอดคล้องกับแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจการสอบคัดเลือกซึ่งเป็นหนึ่งในรัฐธรรมนูญ 5 อำนาจที่ ดร.ชุน ยัตเซ็น คิดริเริ่มขึ้น เป็นระบบที่ต้องการบุคคลที่มีทั้งความรู้ความสามารถและคุณธรรมในการทำหน้าที่เป็นผู้แทนประชาชนหรือเป็นข้าราชการ และสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคเชิงเนื้อหา²⁸ ที่ไม่มองอย่างเคร่งครัดว่าทุกคนจะต้องเหมือนกันเท่ากันทั้งหมด นอกจากนี้ การกำหนดสัดส่วนของชายหญิงหรือสัดส่วนเชื้อชาติของบุคคลเพื่อเข้าเรียนหรือดำรงตำแหน่งต่าง ๆ โดยมุ่งเน้นความหลากหลายของเพศหรือเชื้อชาติในจำนวนเท่ากันนั้น สมควรพิจารณาหลักคิดของ ดร.ชุน ยัตเซ็น ด้วยว่าการกำหนด

²⁷ ชุน ยัตเซ็น, *อ้าวแล้ว เจริญรทที่ 8*, น. 38-43.

²⁸ ความเสมอภาคเชิงเนื้อหาเป็นแนวคิดที่มองว่า แต่ละคนที่ความแตกต่างกันทั้งในแง่ของสภาพหรือสมรรถภาพทางร่างกาย ความสนใจส่วนตัว ความคิดเห็นทางการเมือง ฯลฯ ดังนั้น การจัดที่นั่งพิเศษที่สงวนไว้ให้แก่สตรีมีครรภ์หรือผู้พิการที่ใช้บริการระบบขนส่งสาธารณะ เนื่องจากเป็นบุคคลที่มีความแตกต่างทางชีวภาพจากคนทั่วไป จึงมีความสำคัญและจำเป็นเพื่อสร้างความเป็นธรรมและความเสมอภาค อันเป็นการกระจายผลประโยชน์ที่ยุติธรรมแตกต่างจากความเสมอภาคเชิงรูปแบบที่เป็นการตีความอย่างเคร่งครัดว่าทุกคนเหมือนกัน อ้างถึงใน ชญาพัฒน์ อัมพะวัต, คำนิยาม ของ คำว่า “ความเสมอภาค (Equality)” ผ่านมุมมองของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ, 2563 [ออนไลน์], น. 23-24, เข้าถึงจาก <https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/253/files/Analysis/63/963.pdf> เมื่อ 30 สิงหาคม 2566.

ดังกล่าวเป็นมากกว่าการให้หรือรับรองหลักความเสมอภาค แต่เป็นการกีดกันบุคคลที่มีความรู้ความสามารถที่แท้จริงเพื่อเข้าสู่ตำแหน่งหรือไม่

ปาฐกถาข้างต้นเป็นช่วงที่ ดร.ซุน ยัตเซ็น ยังมีชีวิตอยู่ (ค.ศ. 1866 - ค.ศ. 1925)²⁹ และไม่ได้กล่าวเฉพาะเจาะจงถึงความเสมอภาคระหว่างเพศ³⁰ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน บทบัญญัติแห่งกฎหมายของไต้หวันปรากฏเรื่องความเสมอภาคระหว่างเพศ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

(1) มาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญไต้หวัน บัญญัติว่า “ประชากรไต้หวัน (สาธารณรัฐจีน) ทุกคน ล้วนเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย โดยไม่คำนึงถึงเพศ ศาสนา เชื้อชาติ ชนชั้น หรือพรรคการเมืองที่สังกัด”

(2) มาตรา 10 วรรค 6 แห่งบทบัญญัติเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005³¹ (The Additional Articles of The Constitution, 2005) บัญญัติว่า “รัฐจะต้องปกป้องศักดิ์ศรีและความปลอดภัยส่วนบุคคลของสตรี ขจัดการเลือกปฏิบัติทางเพศ และให้ความสำคัญกับความเสมอภาคระหว่างเพศเชิงเนื้อหา (Substantive Gender Equality)”

(3) มาตรา 1 ประกอบมาตรา 2 แห่งรัฐบัญญัติการบังคับตามอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 2011 (Enforcement Act of Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 2011) บัญญัติให้ข้อกำหนดและเงื่อนไขทั้งหมดตามอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 มีผลเสมือนเป็นกฎหมายภายใน

ถึงแม้ว่าไต้หวันจะไม่ใชสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ (United Nations Members) จากปัญหาการเมืองระหว่างประเทศ แต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายของไต้หวันดังที่ได้ยกตัวอย่างก็แสดงถึงความก้าวหน้าและเป็นสากล ทั้งนี้ น่าจะมาจากรากฐานแนวคิดเชิงก้าวหน้าของ ดร.ซุน ยัตเซ็น และความต้องการเป็นที่ยอมรับในระดับนานาชาติ บทบัญญัติตาม (1) ข้างต้นสอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights, 1948) ที่ยืนยันหลักการว่า ทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพทั้งปวงตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนชาติ อาติ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน การเกิด

²⁹ Wealth and Power : CHAPTER 6 A Sheet of Loose Sand : Sun Yat-sen 1866-1925, [Online], retrieved from <https://sites.asiasociety.org/chinawealthpower/chapters/sun-yat-sen/> เมื่อ 7 กันยายน 2023.

³⁰ ความเสมอภาคระหว่างเพศไม่ได้หมายถึงการที่ผู้หญิงและผู้ชายเหมือนกัน แต่หมายถึง การที่บุคคลทุกเพศได้ใช้ประโยชน์จากโอกาส ทรัพยากร และผลตอบแทนจากการพัฒนาที่มีคุณค่าทางสังคมอย่างเท่าเทียมกัน การได้มาซึ่งความเสมอภาคระหว่างเพศ คือ การได้มาซึ่งสถานะ สิทธิ และความรับผิดชอบที่เท่าเทียมกันของบุคคลทุกเพศ อ้างถึงใน มาลี พฤษพงษ์ศาวดี, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 24*

³¹ ไต้หวันมีรัฐธรรมนูญเพียงฉบับเดียวใช้บังคับมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1947 และมีบทบัญญัติเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเทียบเคียงได้กับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญของไทยอีก 1 ฉบับ



หรือสถานะอื่น³² ซึ่งหมายความว่า ความแตกต่างในเรื่องเพศไม่ถือว่าเป็นสาระสำคัญอันจะทำให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้³³ และเมื่อได้หวนไม่ไข่สมาชิกขององค์การสหประชาชาติจึงไม่อาจเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (The Convention on the Elimination on All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)) ซึ่งได้รับการรับรองโดยสมัชชาแห่งสหประชาชาติได้ แม้กระนั้น ได้หวนก็มีรัฐบัญญัติเฉพาะตาม (3) ข้างต้นที่มีผลใช้บังคับมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 2012 ประกอบกับบทบัญญัติตาม (2) ก็สอดคล้องกับ CEDAW ซึ่งได้ให้ความหมายของการเลือกปฏิบัติต่อสตรีว่าหมายถึง “การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการจำกัดใด ๆ เพราะเหตุแห่งเพศ ซึ่งมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียการยอมรับ การได้อุปโภค หรือใช้สิทธิสตรีโดยไม่คำนึงถึงสถานภาพด้านการสมรสบนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมของพลเมืองหรือด้านอื่น ๆ”³⁴ ซึ่งเป็นหลักการที่สอดคล้องกับแนวคิดของจอห์น สจวร์ต มิลล์ (John Stuart Mill) นักคิดคนสำคัญเกี่ยวกับสิทธิเสรีนิยมที่เห็นว่า การมองว่าผู้ชายและผู้หญิงแตกต่างกันมีที่มาจากสังคมและวัฒนธรรมมากกว่าปัจจัยทางชีวภาพโดยกำเนิด การพูดถึงความแตกต่างโดยกำเนิดระหว่างชายและหญิงทำให้รูปแบบของสังคมมีแนวโน้มที่จะบดบังความสามารถทั้งทางร่างกายและทางสติปัญญาที่แท้จริงของผู้หญิง³⁵

ความเสมอภาคระหว่างเพศเป็นเรื่องที่นานาชาติให้ความสำคัญ การบรรลุความเสมอภาคระหว่างเพศ เพิ่มบทบาทของสตรีและเด็กหญิงทุกคนเป็นเป้าหมายลำดับที่ 5 ของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development Goals) ขององค์การสหประชาชาติ³⁶ และเช่นเดียวกัน ได้หวนให้ความสำคัญกับการดำเนินนโยบายตามองค์การสหประชาชาติโดยเฉพาะเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนถึงขนาดมีหน่วยงานเฉพาะเพื่อดำเนินนโยบายดังกล่าว ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1997 คือ สภาแห่งชาติเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน (National Council for Sustainable Development (NCSD))³⁷

³² กระทรวงการต่างประเทศ, ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน Universal Declaration of Human Rights, 2551, น. 21.

³³ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 25, น. 137.

³⁴ CEDAW อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ, [Online], retrieved from <https://humanrights.mfa.go.th/th/humanrights/obligation/international-human-rights-mechanism/CEDAW.php> เมื่อ 29 สิงหาคม 2566.

³⁵ John Lawrence Hill, The Prophet of Modern Constitutional Liberalism : John Stuart Mill and the Supreme Court, (Cambridge University Press, 2020) pp. 134 and 136.

³⁶ The 17 Goals, [Online], retrieved from <https://sdgs.un.org/goals> เมื่อ 29 สิงหาคม 2566.

³⁷ NCSD About Us, [Online], retrieved from <https://ncsd.ndc.gov.tw/Fore/en/Taiwansdgs#U> เมื่อ 29 สิงหาคม 2566.

ศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นได้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วเป็นฐานในการพิจารณาวินิจฉัยคำร้อง ดังตัวอย่างคดีเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศ ในส่วนที่ 2

ส่วนที่ 2 ตัวอย่างคดีเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศ

ศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นมีบทบาทส่งเสริมและวางแนวทางเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศ ของชาวไต้หวันมาอย่างยาวนาน ผ่านการวินิจฉัยตีความข้อพิพาทต่าง ๆ อาทิ คดี J.Y. Interpretation No. 365 ลงวันที่ 23 กันยายน ค.ศ. 1994 กรณีประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน บัญญัติว่า หากพ่อแม่ไม่เห็นพ้องกัน ในการใช้สิทธิปกครองบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ การตัดสินใจของผู้เป็นพ่อถือเป็นที่สุด ศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่น เห็นว่า การปฏิบัติที่แตกต่างข้างต้นนั้น ไม่อาจมีเหตุผลรองรับระหว่างความแตกต่างทางสรีรวิทยากับบทบาททางสังคมระหว่างชายและหญิง ดังนั้น บทบัญญัติดังกล่าวจึงสมควรเป็นโมฆะภายใน 2 ปี คดี J.Y. Interpretation No. 452 ลงวันที่ 10 เมษายน ค.ศ. 1998 กรณีประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน บัญญัติว่า ภรรยาควรใช้ภูมิลำเนาของสามีเป็นภูมิลำเนาของตน ถึงแม้ว่าจะตกลงเป็นอย่างอื่นได้แต่ก็อาจมี กรณีที่สามีและภรรยาไม่สามารถบรรลุข้อตกลงได้เช่นกัน ศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นวินิจฉัยว่า กฎเกณฑ์ การใช้ภูมิลำเนาของสามีเป็นหลักดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาค คดี J.Y. Interpretation No. 457 ลงวันที่ 12 มิถุนายน ค.ศ. 1998 ศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นวินิจฉัยตีความว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดให้ บุตรสาวของทหารผ่านศึกที่เสียชีวิต หากแต่งงานแล้วจะไม่สามารถมีสิทธิในที่ดินทำกินซึ่งได้รับการจัดสรร จากรัฐได้ เป็นบทบัญญัติที่ทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่สมเหตุสมผลต่อผู้หญิงและขัดต่อหลักความเสมอภาค³⁸

นอกจากตัวอย่างคดีในอดีตข้างต้นแล้ว ผู้เขียนขอยกตัวอย่างรายละเอียดคดีในยุคปัจจุบัน ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นได้อำนาจตีความโดยแบ่งเป็นตัวอย่างคดีเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างชาย และหญิง และตัวอย่างคดีเกี่ยวกับความเสมอภาคของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ ดังนี้

2.1 ตัวอย่างคดีเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง

ความเหนือกว่าของผู้ชายเคยเป็นเรื่องหลักในสังคมและวัฒนธรรมของไต้หวัน และปรากฏการเลือกปฏิบัติทางเพศต่อผู้หญิงซึ่งทำให้พวกเธอรู้สึกถูกกดขี่หรือถูกลดคุณค่า ในอดีต ผู้หญิงไต้หวันขาดสิทธิและผลประโยชน์ที่พวกเธอสมควรได้รับ อย่างไรก็ตาม มารยาทและขนบธรรมเนียม ต้องก้าวไปตามเวลา การเข้าใจวัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมที่กำหนดชีวิตของเราไม่เพียงแต่เป็นบทเรียนชีวิต ที่สำคัญ แต่ยังเป็นรากฐานที่มั่นคงในการส่งเสริมวัฒนธรรมความเท่าเทียมทางเพศ ซึ่งไต้หวันมีความพยายาม และความก้าวหน้าในการส่งเสริมความเท่าเทียมทางเพศตลอดหลายปีที่ผ่านมา มีการจัดตั้งองค์กรส่งเสริม

³⁸ Hsu Tzong-li, How does the Judicial Activism of Taiwan's Constitutional Court shape the Liberal Democratic Constitutional Order in Taiwan, [Online], pp. 18-19 retrieved from <https://cons.judicial.gov.tw/download/download.aspx?id=387188> เมื่อ 17 สิงหาคม 2567.



ความเสมอภาคระหว่างเพศหลายองค์กร อาทิ The Gender Wage Gap, Taiwan Women's Center, Gender Equality Committee of the Executive Yuan, The Awakening Foundation³⁹

ตัวอย่างเรื่องความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงเป็นคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นมีคำวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยสมาคมลับถือบรรพบุรุษ ค.ศ. 2007 (The Act for Ancestor Worship Guild, 2007) เกี่ยวกับคุณสมบัติการเป็นผู้สืบทอดสมาคมลับถือบรรพบุรุษ 2 คดี ได้แก่ คดี J.Y. Interpretation No. 728 ลงวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 2015 (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “คดีปี ค.ศ. 2015”) และคดี 112-Hsien-Pan-1 (2023) ลงวันที่ 13 มกราคม 2023 (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “คดีปี ค.ศ. 2023”) โดยในเบื้องต้นสมควรทำความเข้าใจถึงที่มาและลักษณะของสมาคมดังกล่าว รวมถึงรายละเอียดของบทบัญญัติที่ศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นได้วินิจฉัยตรวจสอบ

สมาคมลับถือบรรพบุรุษ (The Act for Ancestor Worship Guild) คือ ชุมชนชนในไต้หวันที่มีลักษณะพิเศษ มีรากฐานมาจากวัฒนธรรมอันดั้งเดิมที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในครอบครัวส่วนใหญ่ก่อตั้งมาตั้งแต่สมัยราชวงศ์ชิงและสมัยที่ไต้หวันตกเป็นอาณานิคมของประเทศญี่ปุ่น ผู้ก่อตั้งสมาคมส่วนใหญ่เป็นกลุ่มผู้ชายที่อพยพมาจากจีนแผ่นดินใหญ่ เริ่มก่อตั้งโดยบริจาคที่ดินและทรัพย์สินรวมถึงเงินเพื่อก่อสร้างอาคารที่ใช้ประกอบพิธีกรรมบูชาบรรพบุรุษที่ล่วงลับไปแล้ว รวมถึงการหาทำไรจากที่ดินและทรัพย์สินที่ได้รับบริจาคเพื่อให้สมาคมดำเนินการได้อย่างต่อเนื่อง ทั้งนี้ ตามธรรมเนียมที่ปฏิบัติกันมาเฉพาะผู้สืบสันดานเพศชายเท่านั้นที่จะเป็นผู้สืบทอดสมาคมได้ โดยธรรมเนียมนี้มักอยู่ในรูปข้อบังคับภายในของสมาคมที่มีมาตั้งแต่สมัยก่อตั้งสมาคม⁴⁰

นับแต่ช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ที่มีการปฏิรูปกฎหมายให้ทันสมัยนั้น ไต้หวันได้กำหนดให้สิทธิหน้าที่ และการจดทะเบียนสมาคมลับถือบรรพบุรุษอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน คือ รัฐบัญญัติว่าด้วยสมาคมลับถือบรรพบุรุษ ค.ศ. 2007 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 2007 กฎหมายดังกล่าวกำหนดนิยามของสมาคมลับถือบรรพบุรุษว่าหมายถึง กลุ่มบุคคลที่มุ่งดำเนินการจัดกิจกรรมเกี่ยวกับการนับถือบรรพบุรุษโดยใช้ทุนทรัพย์จากทรัพย์สินที่ผู้ก่อตั้งสมาคมร่วมกันบริจาค สิทธิและอำนาจหน้าที่ภายในสมาคมจะถูกส่งต่อไปให้ผู้สืบทอดสมาคม

³⁹ Gender Insights in Taiwan Customs and Culture, [Online], retrieved from https://www.globalgender.org/en-global/status_page/index/3#:~:text=Gender%20discrimination%20always%20confines%20Taiwan,they%20deserve%20have%20progressed%20significantly. และ Eliminating Gender Inequality in Taiwan, 2566 [Online], retrieved from <https://borgenproject.org/eliminating-gender-inequality-in-taiwan/> เมื่อ 17 สิงหาคม 2567.

⁴⁰ Chang-fa Lo, Chapter 32 When Women's Human Rights Encounter Tradition in Taiwan, in Jerome A. Cohen, William P. Alford and Chang-fa Lo (Eds) Taiwan and International Human Rights : A Story of Transformation (Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2019) pp. 582-583.

ซึ่งเป็นทายาทของผู้ก่อตั้งหรือทายาทของผู้สืบทอดของผู้ก่อตั้ง โดยสิทธิของผู้สืบทอดสมาคมดังกล่าวแตกต่างจากสิทธิการรับมรดก และไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่ง⁴¹

ส่วนบทบัญญัติที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งคดีปี ค.ศ. 2015 และคดีปี ค.ศ. 2023 คือ มาตรา 4 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยสมาคมนับถือบรรพบุรุษ ค.ศ. 2007⁴² ซึ่งเป็นเรื่องการกำหนดคุณสมบัติของผู้สืบทอดสมาคมนับถือบรรพบุรุษเหมือนกันแต่ข้อความที่พิพาทเป็นคนละส่วน โดยบทบัญญัติพิพาทในคดีปี ค.ศ. 2015 คือ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ประโยคแรก ที่กำหนดว่า “สำหรับสมาคมนับถือบรรพบุรุษที่จัดตั้งขึ้นก่อนการประกาศใช้รัฐบัญญัติฉบับนี้ คุณสมบัติของผู้สืบทอดสมาคมให้เป็นไปตามข้อบังคับของสมาคม” ขณะที่บทบัญญัติพิพาทในคดีปี ค.ศ. 2023 ได้แก่ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง ที่กำหนดว่า “สำหรับสมาคมนับถือบรรพบุรุษที่ไม่มีข้อบังคับสมาคม ผู้สืบทอดสมาคมจะต้องเป็นผู้สืบสันดานเพศชายของครอบครัว ทั้งนี้ รวมถึงบุตรบุญธรรมเพศชายด้วย” และมาตรา 4 วรรคสอง ที่กำหนดว่า “ผู้สืบทอดสมาคมที่ไม่มีผู้สืบสันดานเพศชายอาจกำหนดให้สมาชิกเพศหญิงในครอบครัวที่ไม่เคยสมรสเป็นผู้สืบทอดสมาคม สมาชิกของสมาชิกเพศหญิงในครอบครัวซึ่งแต่งงานแบบฝ่ายชายเข้ามาอยู่ในครอบครัวฝ่ายหญิง หรือบุตรชายที่ใช้นามสกุลมารดา (รวมถึงบุตรชายบุญธรรมหรือบุตรที่ไม่มีบิดา

⁴¹ The Department of Clerks for the Constitutional Court, ‘Summary of TCC Judgment 112-Hsien-Pan-1 (2023)’ (Constitutional Court R.O.C. (Taiwan), 11 May 2023) [Online], retrieved from <https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=5535&id=348639> เมื่อ 10 มิถุนายน 2566.

⁴² รัฐบัญญัติว่าด้วยสมาคมนับถือบรรพบุรุษ ค.ศ. 2007

มาตรา 4 “สำหรับสมาคมนับถือบรรพบุรุษที่จัดตั้งขึ้นก่อนการประกาศใช้รัฐบัญญัติฉบับนี้ คุณสมบัติของผู้สืบทอดสมาคมให้เป็นไปตามข้อบังคับของสมาคม สำหรับสมาคมนับถือบรรพบุรุษที่ไม่มีข้อบังคับสมาคม ผู้สืบทอดสมาคมจะต้องเป็นผู้สืบสันดานเพศชายของครอบครัว ทั้งนี้ รวมถึงบุตรบุญธรรมเพศชายด้วย

ผู้สืบทอดสมาคมที่ไม่มีผู้สืบสันดานเพศชายอาจกำหนดให้สมาชิกเพศหญิงในครอบครัวที่ไม่เคยสมรสเป็นผู้สืบทอดสมาคม สมาชิกของสมาชิกเพศหญิงในครอบครัวซึ่งแต่งงานแบบฝ่ายชายเข้ามาอยู่ในครอบครัวฝ่ายหญิง หรือบุตรชายที่ใช้นามสกุลมารดา (รวมถึงบุตรชายบุญธรรมหรือบุตรที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย) อาจเป็นผู้สืบทอดสมาคมได้เช่นกัน

สำหรับกรณีอื่น ได้แก่ สมาชิกเพศหญิงในครอบครัว บุตรสาวบุญธรรม และบุตรเขยของผู้สืบทอดสมาคม อาจเป็นผู้สืบทอดสมาคมได้ หากเป็นไปตามหลักเกณฑ์ข้อใดข้อหนึ่งต่อไปนี้

- (1) ได้รับความเห็นชอบเป็นจำนวนสองในสามของผู้สืบทอดสมาคมทั้งหมด
- (2) ได้รับความเห็นชอบเป็นจำนวนสองในสามของผู้สืบทอดสมาคมปัจจุบัน ในการประชุมที่มีผู้สืบทอดสมาคมเข้าร่วมเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนผู้สืบทอดสมาคมทั้งหมด”

แปลจากรัฐบัญญัติว่าด้วยสมาคมนับถือบรรพบุรุษ ค.ศ. 2007 (Act for Ancestor Worship Guild, 2007) ฉบับภาษาอังกฤษจากเว็บไซต์ฐานข้อมูลกฎหมายไต้หวัน [Online], retrieved from <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=D0020063> เมื่อ 10 กรกฎาคม 2566.



โดยชอบด้วยกฎหมาย) อาจเป็นผู้สืบทอดสมาคมได้เช่นกัน” ซึ่งคดีปี ค.ศ. 2015 และคดีปี ค.ศ. 2023 มีข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยตีความของศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่น สรุปได้ดังนี้

คดีปี ค.ศ. 2015⁴³ มีมูลเหตุจากนางลูไปเหลียน (Pi-Lien LU) ผู้เป็นลูกสาวคนโตของนายลูชิงยุง (Chin-Jung LU) และเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำรงชีวิตทั้งหมดของผู้เป็นบิดา นายลูชิงยุงเป็นผู้สืบทอดสมาคมนับถือบรรพบุรุษลูว์ชาน (LU Wan-Chun Ancestor Worship Guild) มีบุตรชาย 3 คน เมื่อนายลูชิงยุงและบุตรชาย 2 คน เสียชีวิต ด้วยข้อบังคับสมาคมนับถือบรรพบุรุษลูว์ชานที่กำหนดให้ “กรณีผู้สืบทอดสมาคมที่ได้จดทะเบียนแล้วเสียชีวิต บรรดาทายาทผู้สืบสายโลหิตโดยตรงของผู้เสียชีวิตมีสิทธิเป็นผู้สืบทอดสมาคมแทน อย่างไรก็ตาม บุตรสาวไม่มีสิทธิที่จะเป็นผู้สืบทอดสมาคม” ผู้สืบทอดสมาคมนับถือบรรพบุรุษลูว์ชานต่อจากนายลูชิงยุงจึงต้องเป็นบุตรชายคนสุดท้ายเท่านั้น นางลูไปเหลียนบุตรสาวเห็นว่า ตนมีสิทธิเป็นผู้สืบทอดสมาคม จึงฟ้องคดีแพ่งต่อศาลยุติธรรม คดีนี้ถูกยกฟ้องทั้ง 3 ชั้นศาล⁴⁴ โดยคำตัดสินในทุกชั้นศาลอ้างถึงมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ประโยคแรก จึงเป็นกรณีที่ศาลยุติธรรมมีคำตัดสินยกฟ้องโดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามข้อบังคับสมาคมที่อนุญาตให้เฉพาะผู้สืบสันดานโดยตรงที่เป็นผู้ชายเท่านั้นมีสิทธิเป็นผู้สืบทอดสมาคมได้ นางลูไปเหลียนจึงมีคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นขอให้วินิจฉัยว่า ข้อบังคับของสมาคมที่ศาลยุติธรรมนำมาพิจารณานั้น ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญได้หวั่น หรือไม่ว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นพิจารณาและมีความวินิจฉัย ดังนี้

(1) ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของข้อบังคับสมาคมนับถือบรรพบุรุษลูว์ชาน แต่ข้อบังคับสมาคมไม่ใช่ทั้งบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (statute) หรือข้อบังคับ (regulation) ตามนิยามในมาตรา 5 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1993 (The Constitutional Court Procedure Act, 1993) ดังนั้น ข้อบังคับสมาคมจึงไม่อาจเป็นวัตถุแห่งการวินิจฉัยตีความได้ อย่างไรก็ตามตามที่ปรากฏในคำพิพากษาที่รับรองข้อบังคับข้างต้น ข้อบังคับสมาคมจะใช้อ้างอิงเมื่อมีการกล่าวถึงมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ประโยคแรก แห่งรัฐธรรมนูญด้วยสมาคมนับถือบรรพบุรุษ ค.ศ. 2007 ซึ่งเป็นบทบัญญัติหลักที่ศาลฎีกานำมาปรับใช้ในคดีดังกล่าว ดังนั้น เมื่อผู้ร้องทั้งสองยื่นคำร้องขอให้ศาลพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1993 (แม้ว่าในคำร้องผู้ร้องจะอ้างผิดเป็นรัฐธรรมนูญฉบับเก่า) ศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่น

⁴³ Hsiao-Wei KUAN, ‘Interpretation No.728 Qualifications for Successors of Ancestor Worship Guilds Case’ (Constitutional Court R.O.C. (Taiwan), 20 March 2015) [Online], retrieved from <https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=100&id=310909> เมื่อ 10 มิถุนายน 2566.

⁴⁴ ระบบศาลยุติธรรมไต้หวันมี 3 ชั้นศาลเช่นเดียวกับประเทศไทย ได้แก่ ศาลแขวง (District Court) ศาลสูงไต้หวัน (Taiwan High Court) และศาลฎีกา (Supreme Court) ซึ่งศาลสูงไต้หวันเทียบได้กับศาลอุทธรณ์ในประเทศไทย

จึงนำมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ประโยคแรก แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยสมาคมนับถือบรรพบุรุษ ค.ศ. 2007 มาเป็นวัตถุแห่งการวินิจฉัยตีความความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้⁴⁵

(2) ตามนิยามในมาตรา 3 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยสมาคมนับถือบรรพบุรุษ ค.ศ. 2007 สมาคมนับถือบรรพบุรุษเป็นสมาคมที่มีทรัพย์สินที่ผู้ก่อตั้งสมาคมร่วมกันบริจาคเพื่อการแสดงความนับถือบรรพบุรุษ การก่อตั้งและการดำรงอยู่ของสมาคมเหล่านี้เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการสมาคม สิทธิในทรัพย์สิน และเสรีภาพในการทำสัญญาของบรรดาผู้ก่อตั้งสมาคมและผู้สืบสันดาน ข้อบังคับสมาคมจำกัดการสืบทอดสมาคมไว้เฉพาะผู้สืบสันดานเพศชายเป็นไปตามแนวคิดการสืบทอดตระกูลแบบดั้งเดิม อาจส่งผลให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างชายและหญิง แต่บทบัญญัติมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ประโยคแรก แห่งรัฐบัญญัติไม่ได้ใช้การแบ่งแยกเพศเป็นเกณฑ์พิจารณาคุณสมบัติของผู้สืบทอดสมาคม กล่าวคือ บทบัญญัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาเสถียรภาพของระบบกฎหมายและเพื่อให้เป็นไปตามหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง (*Ex Post Facto*) ยิ่งไปกว่านั้น การที่ผู้ก่อตั้งสมาคมและผู้สืบสันดานเป็นผู้บังคับใช้ข้อบังคับสมาคมในการสมาคมและส่งต่อทรัพย์สินที่สืบทอดเป็นการกระทำที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายเอกชนจึงต้องอยู่ภายใต้หลักเจตจำนงอิสระของเอกชน บนพื้นฐานของเสรีภาพในการสมาคมตามมาตรา 14 สิทธิในทรัพย์สินตามมาตรา 15 เสรีภาพในการทำสัญญาและหลักอิสระทางแพ่งตามมาตรา 22 ของรัฐธรรมนูญได้หวั่น ถึงแม้ว่าบทบัญญัติตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ประโยคแรก แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยสมาคมนับถือบรรพบุรุษ ค.ศ. 2007 อาจส่งผลให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกัน แต่ก็ไม่ได้เกิดขึ้นตามอำเภอใจ ดังนั้น จึงไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญได้หวั่น และไม่ละเมิดสิทธิในทรัพย์สินของสตรี

(3) มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยสมาคมนับถือบรรพบุรุษ ค.ศ. 2007 ใช้การแบ่งแยกเพศในการกำหนดคุณสมบัติของผู้สืบทอดสมาคมและถือเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างส่วนมาตรา 4 วรรคสอง และวรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติเดียวกัน มีจุดมุ่งหมายเพื่อบรรเทาการปฏิบัติที่แตกต่างของบทบัญญัติในวรรคแรก นอกจากนี้ มาตรา 5 แห่งรัฐบัญญัติข้างต้น ที่บัญญัติว่า “หลังจากรัฐบัญญัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับ ผู้สืบทอดสมาคมทั้งหมดที่ได้รับสิทธิสืบทอดสมาคมต้องร่วมกันรับผิดชอบในการดำเนินการเกี่ยวกับการนับถือบูชาบรรพบุรุษของตน ไม่ว่าในทางข้อเท็จจริงจะมีบทบาทในสมาคมหรือไม่” ก็แสดงถึงการยึดหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเช่นกัน

(4) การกำหนดคุณสมบัติของผู้สืบทอดสมาคมนับถือบรรพบุรุษที่จัดตั้งขึ้นก่อนการประกาศใช้รัฐบัญญัติว่าด้วยสมาคมนับถือบรรพบุรุษ ค.ศ. 2007 หน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะต้องพิจารณาบทบัญญัติต่าง ๆ ให้เหมาะสมกับยุคสมัย สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ เสรีภาพในการสมาคม สิทธิในทรัพย์สิน และเสรีภาพในการทำสัญญาภายใต้รัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ หน้าที่กระทำการของรัฐในการคุ้มครองสตรี

⁴⁵ เหตุผลตาม (1) แม้ผู้ร้องจะอ้างกฎหมายฉบับเก่าและอ้างถึงข้อบังคับสมาคมที่อยู่ในอำนาจการตีความของศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่น แต่ศาลก็ได้ตีความอย่างแคบในการรับคดีไว้พิจารณา ถือเป็นการสร้างความเป็นธรรมและส่งผลดีต่อสิทธิเข้าถึงการฟ้องคดีของประชาชนได้หวั่น



ภายใต้บทบัญญัติเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005 จะต้องคำนึงถึงหลักความมั่นคงแห่งกฎหมาย ตลอดจนการเปลี่ยนแปลงทางสังคม และบทบาทที่เปลี่ยนแปลงไปของสมาคมนับถือบรรพบุรุษด้วย

ส่วนคดีปี ค.ศ. 2023⁴⁶ มาจากคำร้อง 2 เรื่อง ที่ศาลเห็นว่า มีประเด็นกฎหมายเดียวกัน จึงรวมเป็นคดีเดียวกัน คำร้องทั้ง 2 เรื่อง มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกัน กล่าวคือ ผู้ร้องฟ้องสมาคมนับถือบรรพบุรุษของตนต่อศาลยุติธรรมขอให้ระบุชื่อตนเป็นผู้สืบทอดสมาคมนับถือบรรพบุรุษนั้น ๆ แต่ศาลยุติธรรมทุกชั้นศาลยกฟ้อง และสมาคมเหล่านี้ไม่มีการกำหนดคุณสมบัติผู้สืบทอดสมาคมในข้อบังคับ ผู้ร้องจึงยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้วันได้แย้งบทบัญญัติที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลยุติธรรม ได้แก่ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง และมาตรา 4 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยสมาคมนับถือบรรพบุรุษ ค.ศ. 2007 ว่าเป็นบทบัญญัติที่จำกัดคุณสมบัติของผู้สืบทอดสมาคมอย่างไม่เป็นธรรมด้วยการแบ่งแยกเพศ อันเป็นการละเมิดหลักความเสมอภาคตามมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญได้วัน

ศาลรัฐธรรมนูญได้วันพิจารณาและมีคำวินิจฉัย ดังนี้

(1) มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง และวรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยสมาคมนับถือบรรพบุรุษ ค.ศ. 2007 ใช้การแบ่งแยกเพศเพื่อพิจารณากำหนดคุณสมบัติของผู้สืบทอดสมาคมก่อให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างเพศ การปฏิบัติที่แตกต่างกันนี้มีรากฐานมาจากแบบแผนทางประวัติศาสตร์ซึ่งยากต่อการเปลี่ยนแปลงโดยบุคคลหนึ่งบุคคลใด ดังนั้น จึงต้องใช้การวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายระดับปานกลาง (Intermediate Scrutiny) มาพิจารณาว่า บทบัญญัติตามมาตรา 4 แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าว ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติตามมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญได้วัน หรือไม่ กล่าวคือ บทบัญญัติที่พิพาทจะต้องเป็นประโยชน์สาธารณะที่สำคัญ และการแบ่งแยกเพศนั้นจะต้องสัมพันธ์กันอย่างมากกับประโยชน์สาธารณะนี้

(2) เจตนารมณ์ของมาตรา 4 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยสมาคมนับถือบรรพบุรุษ ค.ศ. 2007 ระบุว่า “เมื่อพิจารณาว่าสมาคมนับถือบรรพบุรุษที่มีอยู่ก่อนรัฐบัญญัตินี้ส่วนใหญ่จัดตั้งขึ้นก่อนสาธารณรัฐจีน (ได้วัน) และอสังหาริมทรัพย์ของสมาคมนับถือบรรพบุรุษนั้นไม่ใช่ลักษณะเดียวกันกับทรัพย์สินที่เป็นมรดกตกทอดสิทธิของผู้สืบทอดสมาคมก็แตกต่างจากการสืบทอดมรดกโดยทั่วไปด้วย คุณสมบัติของผู้สืบทอดสมาคมจะต้องเป็นไปตามแนวคิดการสืบทอดตระกูลแบบดั้งเดิมภายใต้ธรรมเนียมเก่า” กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติที่พิพาทก็เพื่อที่จะแสดงความเคารพต่อแนวคิดการสืบทอดตระกูลตามธรรมเนียมดั้งเดิม และสอดคล้องกับหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง (Ex Post Facto) และวัตถุประสงค์หลักของสมาคมนับถือบรรพบุรุษ คือ การแสดงความกตัญญูแก่ผู้ผ่านการบูชาบรรพบุรุษ โดยในแง่ของการสืบทอดเชื้อสายของการแสดงความเคารพนั้น ไม่ว่าผู้สืบทอดจะเป็นผู้สืบสันดานเพศชายหรือผู้สืบสันดานเพศหญิงก็ไม่แตกต่างกัน ผู้สืบสันดานเพศหญิงไม่ว่าจะนามสกุลใด แต่งงานแล้วหรือไม่ ล้วนแล้วแต่ไม่ต่างอะไรกับผู้สืบสันดานเพศชายในแง่ของความเต็มใจและความสามารถในการรับผิดชอบการนับถือบรรพบุรุษ

⁴⁶ The Department of Clerks for the Constitutional Court, *Supra* note 41.

ของพวกเขา ดังนั้น สำหรับสมาคมนับถือบรรพบุรุษที่ไม่มีกฎหมายหรือข้อบังคับในเรื่องนี้เป็นการเฉพาะ การปิดกั้นผู้สืบสันดานเพศหญิงของผู้ก่อตั้งสมาคมไม่ให้เป็นผู้สืบทอดสมาคมตามมาตรา 4 วรรคแรก ประโยคที่สอง และวรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยสมาคมนับถือบรรพบุรุษ ค.ศ. 2007 จึงไม่สมเหตุสมผล ล้าสมัย และเป็นอันตรายต่อวัตถุประสงค์ที่เป็นต้นกำเนิดของสมาคมนับถือบรรพบุรุษ

(3) บทบัญญัติพิพาทเป็นกฎหมายสารบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาธรรมเนียมประเพณีในการจำกัดผู้สืบทอดสมาคมนับถือบรรพบุรุษไว้เฉพาะผู้สืบสันดานเพศชาย หากไม่มีผู้สืบสันดานเพศชาย ให้จำกัดเฉพาะผู้สืบสันดานเพศหญิงที่ยังไม่แต่งงาน ข้อจำกัดจากการแบ่งแยกเพศดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติ และส่งผลให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกันอย่างไม่เป็นธรรมต่อผู้สืบสันดานเพศหญิงของผู้ก่อตั้งสมาคม บทบัญญัติดังกล่าวละเลยต่อสิทธิของผู้สืบสันดานเพศหญิงของผู้ก่อตั้งสมาคมในฐานะผู้สืบทอดสมาคม เนื่องจากการแบ่งแยกเพศ และมาตรา 4 วรรคสอง ของมาตราเดียวกัน ยังจำกัดคุณสมบัติของผู้สืบทอดสมาคมเพิ่มเติม โดยประโยคแรกของวรรคดังกล่าว กำหนดข้อจำกัดตามสถานภาพการสมรส และประโยคที่สอง จำกัดเรื่องการใช้นามสกุลมารดา แสดงให้เห็นว่าผู้สืบสันดานเพศหญิงของผู้ก่อตั้งสมาคมในกรณีอื่น ๆ เช่น ผู้สืบสันดานเพศหญิงที่แต่งงานแล้ว ผู้สืบสันดานเพศหญิงที่มีพี่น้องผู้ชาย เป็นต้น เป็นผู้ขาดคุณสมบัติที่จะเป็นผู้สืบทอดสมาคม บทบัญญัติที่พิพาทนี้ก่อให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกันซึ่งไม่ใช่สาระสำคัญต่อประโยชน์สาธารณะ อีกทั้งเป็นการกำหนดวิธีการที่ไม่เหมาะสม ดังนั้น มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง และวรรคสอง จึงละเมิดหลักความเสมอภาคระหว่างเพศที่ได้รับรองไว้ในมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญได้ห้วน

ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้ห้วนได้กำหนดคำบังคับในคำวินิจฉัยตีความด้วยว่า ให้ผู้สืบสันดานเพศหญิงของผู้ก่อตั้งสมาคม รวมถึงผู้สืบสันดาลำดับต่อมาอาจแสดงหลักฐานว่าพวกเขาเป็นผู้สืบสันดานโดยตรงและร้องขอให้สมาคมนับถือบรรพบุรุษรับรองว่าพวกเขาเป็นผู้สืบทอดสมาคม บุคคลข้างต้นเหล่านี้มีสิทธิและหน้าที่ในฐานะผู้สืบทอดสมาคมนับแต่วันที่ยื่นฟ้อง โดยไม่กระทบถึงสิทธิและหน้าที่ของผู้สืบทอดสมาคมคนอื่น ๆ

สรุปได้ว่า คดีปี ค.ศ. 2015 ศาลรัฐธรรมนูญได้ห้วนมีคำวินิจฉัยว่า มาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยสมาคมนับถือบรรพบุรุษ ค.ศ. 2007 ในวรรคหนึ่ง ประโยคแรก ไม่ขัดต่อความเสมอภาคระหว่างเพศตามมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญได้ห้วน ส่วนคดีปี ค.ศ. 2023 ศาลวินิจฉัยว่า มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง และวรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อความเสมอภาคระหว่างเพศตามมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญได้ห้วน

ในคดีปี ค.ศ. 2015 ศาลรัฐธรรมนูญได้ห้วนยอมรับผลกระทบจากการปฏิบัติที่แตกต่างในทางข้อเท็จจริงอันเกิดจากบทบัญญัติมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ประโยคแรก แต่ศาลยืนยันตามบทบัญญัติที่ปรากฏซึ่งไม่ได้ระบุถึงการแบ่งแยกเพศ และให้ความสำคัญกับเจตจำนงอิสระของเอกชนมากกว่า เรื่องความเสมอภาคที่ผู้ร้องได้รับผลกระทบ ขณะที่ในคดีปี ค.ศ. 2023 ศาลยังใช้หลักเดิม คือ การพิจารณาตามบทบัญญัติที่ปรากฏเช่นกัน ซึ่งบทบัญญัติพิพาทในคดีหลังมีการปฏิบัติที่แตกต่างโดยใช้การแบ่งแยกเพศชัดเจน คำวินิจฉัยตีความในคดีหลังเกี่ยวกับมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง สอดคล้องกับการให้เหตุผลของศาลในคดีปี ค.ศ. 2015 อย่างไรก็ดี ในส่วนของมาตรา 4 วรรคสอง นั้น ศาลวินิจฉัยตีความในคดีหลังว่า



ขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งค่อนข้างขัดแย้งกับการให้เหตุผลของศาลในคดีปี ค.ศ. 2015 ซึ่งศาลให้เหตุผลว่า มาตรา 4 วรรคสอง เป็นการช่วยบรรเทาการปฏิบัติที่แตกต่างของมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แต่กระนั้น ก็ไม่ใช่การกลับผลคำวินิจฉัยตีความ เพราะในคดีปี ค.ศ. 2015 ปรากฏเฉพาะในส่วนการให้เหตุผลของศาลเท่านั้น ไม่ใช่บทบัญญัติพิพาทที่ศาลจะต้องวินิจฉัย ถึงกระนั้น ก็เป็นแนวโน้มที่ดีที่ทำให้เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้หันให้น้ำหนักเรื่องหลักความเสมอภาคในการพิจารณาคำร้องมากขึ้น

จากผลของคดีปี ค.ศ. 2015 โหลฉางฟา (Chang-fa Lo) ตุลาการเสียงข้างน้อย ในคดีดังกล่าวได้วิเคราะห์เกี่ยวกับคดีดังกล่าว โดยแสดงทรรศนะว่า ปกติแล้วได้หันโดยเฉพาะ ศาลรัฐธรรมนูญมีภาพลักษณ์ที่ก้าวหน้าเรื่องความเสมอภาคระหว่างเพศ แต่เมื่อเป็นเรื่องที่ต้องชั่งน้ำหนัก ระหว่างสิทธิมนุษยชนของผู้หญิงกับวัฒนธรรมที่ฝังรากลึกในสังคมและเสรีภาพในการทำสัญญา ดังเช่นกรณีนี้ ที่ผู้หญิงยังคงถูกกีดกันจากการได้เป็นผู้สืบทอดสมาคมอย่างต่อเนื่อง แสดงให้เห็นว่าความเสมอภาคระหว่างเพศ ในได้หันยังมีอุปสรรค สิทธิของผู้หญิงที่จะได้รับการปกป้องความเสมอภาคควรได้รับความสำคัญเป็นลำดับแรก เพราะเป็นประเด็นหลักของการเลือกปฏิบัติ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญหรือสภานิติบัญญัติควรมีบทบาทหลักด้านอย่างน้อยในกรณีนี้ แต่ศาลกลับเพิกเฉยต่อการเลือกปฏิบัติอย่างเป็นระบบในกฎหมายที่ดูเหมือนว่าจะเป็นกลาง และยังมองว่าผู้หญิงไม่สามารถมีบทบาทหรือทำหน้าที่บางอย่างในสังคมได้⁴⁷ นอกจากนี้ โหลฉางฟายังแสดงความเห็นต่อคำวินิจฉัยตีความในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้⁴⁸

(1) การปฏิบัติที่แตกต่างอย่างเป็นระบบ⁴⁹ เป็นผลมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ที่ดูเหมือนว่าจะเป็นธรรม รัฐบัญญัติที่พิพาทในคดีนี้เปิดโอกาสให้ผู้ก่อตั้งสมาคมสามารถปฏิบัติอย่างแตกต่างต่อผู้หญิงได้ ถึงแม้ว่าข้อบังคับสมาคมเกิดขึ้นมาเป็นร้อยปีแล้ว แต่การที่ผู้ร่างกฎหมายยังปล่อยให้รัฐบัญญัติข้างต้นอันเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เพ็งมีผลใช้บังคับเมื่อปี ค.ศ. 2007 อนุญาตให้ข้อบังคับของผู้ก่อตั้งสมาคมมีการเลือกปฏิบัติต่อไปย่อมเป็นการสนับสนุนและสร้างรากฐานในสังคมให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างโดยทางอ้อม อันเป็นการตอกย้ำแนวคิดที่ว่า ผู้สืบสันดานเพศชายเท่านั้นที่จะสืบทอดตระกูล คดีนี้จึงเป็นเรื่องการปฏิบัติที่แตกต่างของแนวคิดในระดับสังคม ไม่ใช่การปฏิบัติที่แตกต่างเฉพาะกับผู้ร้องในคดีเท่านั้น

⁴⁷ Chang-fa Lo, *Supra* note 40, p. 582.

⁴⁸ *Ibid*, pp. 586-590.

⁴⁹ การเลือกปฏิบัติอย่างเป็นระบบ คือ ระบบที่ทำให้ผู้ชายอยู่ในสถานะที่สามารถใช้ประโยชน์จากโอกาสต่าง ๆ ได้ดีกว่าผู้หญิง การแก้ปัญหาการเลือกปฏิบัติอย่างเป็นระบบต้องพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบ ถึงการจัดอุปสรรคที่ซ่อนเร้น และมุ่งถึงการประเมินผลกระทบที่เกิดขึ้นอย่างเป็นธรรม รวมทั้งต้องอาศัยการเปลี่ยนแปลงแนวทางปฏิบัติเชิงสถาบัน และความสัมพันธ์เชิงสังคมที่ตอกย้ำและคงไว้ซึ่งความเหลื่อมล้ำต่าง ๆ อ้างถึงใน มาลี พฤษภงศาวิไล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 24*.

(2) รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้สิทธิและเสรีภาพทั้งหลายไม่ควรถูกจำกัด หากไม่ได้เป็นสิ่งที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ และแม้เป็นเรื่องกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ศาลรัฐธรรมนูญก็มีหน้าที่วินิจฉัยตีความว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพในเรื่องนั้นจำเป็นหรือไม่ ซึ่งคำวินิจฉัยตีความในคดีนี้ยังขาดการพิจารณาประเด็นดังกล่าว

(3) คำวินิจฉัยตีความในคดีนี้ไม่ได้แสดงให้เห็นการชั่งน้ำหนักที่เหมาะสมว่าเหตุใดเสรีภาพในการทำสัญญา เสรีภาพในการสมาคม และสิทธิในการส่งต่อทรัพย์สินจึงสำคัญกว่าความเสมอภาคระหว่างเพศ ประกอบกับมาตรา 10 วรรคหก แห่งบทบัญญัติเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005 รัฐมีหน้าที่ต้องส่งเสริมความเสมอภาคระหว่างเพศ และรัฐบัญญัติการบังคับตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 2011 ที่กำหนดให้ใช้มาตรการที่เหมาะสมในการกำจัดกฎหมายที่มีการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องนำบทบัญญัติเหล่านี้มาปรับใช้และทำให้บทบัญญัติที่ยอมรับธรรมเนียมการปฏิบัติที่แตกต่างดังเช่นมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ประโยคแรก แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยสมาคมนับถือบรรพบุรุษ ค.ศ. 2007 นี้ สิ้นผลใช้บังคับ

(4) หากจะวินิจฉัยตีความให้บทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญก็ไม่จำเป็นต้องกำหนดคำบังคับย้อนหลังไปตั้งแต่เริ่มต้นก่อตั้งสมาคมอันจะก่อให้เกิดความวุ่นวาย แต่ควรให้สิทธิกับผู้สืบทอดสมาคมนับถือบรรพบุรุษที่ยังมีชีวิตและคนที่จะมาเป็นผู้สืบทอดสมาคมในอนาคตโดยให้สมาคมนับถือบรรพบุรุษต่าง ๆ แก่ไขข้อบังคับสมาคมภายในช่วงระยะเวลาที่กำหนด

ต่อกรณีดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า หากศาลมององค์รวมและยึดหลักความเสมอภาคเป็นสำคัญ แม้ว่ากิจกรรมบางประเภทที่ต้องคำนึงถึงความแตกต่างกันในทางกายภาพและในทางภาระหน้าที่ระหว่างหญิงกับชายอาจเป็นเหตุผลที่สามารถปฏิบัติให้แตกต่างกันได้⁵⁰ แต่ไม่อาจใช้ได้กับคุณสมบัติการเป็นผู้สืบทอดสมาคมนับถือบรรพบุรุษ ผลของคำวินิจฉัยตีความในคดีปี ค.ศ. 2015 และคดีปี ค.ศ. 2023 จึงไม่ควรไม่ต่างกัน กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นสมควรตัดสินให้บทบัญญัติในมาตรา 4 แห่งรัฐบัญญัติพิพาท ทั้งวรรคหนึ่ง ประโยคแรก และประโยคที่สอง และวรรคสอง ขัดต่อหลักความเสมอภาคตามมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญได้หวั่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คดีปี ค.ศ. 2015 ที่ศาลให้เหตุผลยอมรับว่ามีการปฏิบัติที่แตกต่างในทางข้อเท็จจริงเกิดขึ้นจริงด้วย

คดีเกี่ยวกับคุณสมบัติการเป็นผู้สืบทอดสมาคมนับถือบรรพบุรุษของได้หวั่นสามารถเทียบเคียงได้กับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทยที่ 21/2546 เรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 กรณีพระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นเรื่องเกี่ยวกับการใช้ชื่อสกุลของผู้หญิงหลังแต่งงาน

⁵⁰ อภิวัฒน์ สุตสา, “หลักความเสมอภาค ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย,” วารสารจตุรนิติ, ปีที่ 8 ฉบับที่ 1, 2554, น. 145 (148), [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://www.senate.go.th/ebook/flipbook/3696/1/93#เมื่อ 30 สิงหาคม 2566>.



ศาลอธิบายเหตุผลว่า บทบัญญัติมาตรา 12 มีลักษณะเป็นบทบังคับให้หญิงที่มีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเท่านั้น เป็นการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพในการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามีทำให้หญิงและชายมีสิทธิในเรื่องการใช้ชื่อสกุลไม่เท่าเทียมกัน เกิดความไม่เสมอภาคกันทางกฎหมายด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศและสถานะของบุคคล อีกทั้งเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เนื่องจากสิทธิการใช้ชื่อสกุลเป็นสิทธิส่วนบุคคลของปัจเจกชนในฐานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่จะแสดงเทือกเถาเหล่ากอของบุคคลได้โดยมิได้มีการแบ่งแยกระหว่างชายและหญิง ประกอบกับเหตุผลทางสังคมที่ว่า เพื่อความสงบสุขในครอบครัวและวัฒนธรรมที่ดีที่มีมาช้านานนั้นไม่ถือเป็นเหตุอันสมเหตุสมผลเพียงพอที่จะลิดรอนสิทธิการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามี อันทำให้เกิดความไม่เสมอภาคกันทางกฎหมาย อีกทั้งไม่สามารถปฏิบัติให้แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศและสถานะของบุคคลระหว่างหญิงและชายจึงเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁵¹

คำวินิจฉัยดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญเป็นผลให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 โดยพระราชบัญญัติชื่อบุคคล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2548 เพื่อให้มีเนื้อหาสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างหญิงและชาย จากเดิมบัญญัติว่า “หญิงมีสามี ให้ใช้ชื่อสกุลของสามี” เป็น “คู่สมรมีสิทธิใช้ชื่อสกุลของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตามที่ตกลงกัน หรือต่างฝ่ายต่างใช้ชื่อสกุลเดิมของตน...”

กรณีตามตัวอย่างของประเทศไทยเป็นการระบุดังเรื่องเพศในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญไทยให้เหตุผลและมีคำวินิจฉัยตีความสอดคล้องกับศาลรัฐธรรมนูญไต้หวันในคดีปี ค.ศ. 2023

2.2 ตัวอย่างคดีเกี่ยวกับความเสมอภาคของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ

ในบริบทสังคมไต้หวันนั้น การต่อสู้เรียกร้องสิทธิของกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศมีมาอย่างยาวนาน ตั้งแต่ปลายทศวรรษที่ 1980 แต่ก็มีกลุ่มต่อต้านกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ (Anti-LGBT Rights Organization) ที่เคลื่อนไหวและมีบทบาทในสังคมเช่นกัน ถึงขนาดเคยยื่นคำร้องขอให้ผู้มีอำนาจของสถานศึกษานำบทเรียนที่เกี่ยวกับเกย์และเลสเบี้ยนออกจากการศึกษาในโรงเรียน⁵²

คดีตัวอย่างเรื่องความเสมอภาคของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไต้หวันและโด่งดังอย่างยิ่ง คือ คำวินิจฉัยตีความของศาลรัฐธรรมนูญไต้หวันคดีที่ 748 หรือ J.Y. Interpretation No. 748 (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “คดีสมรสเท่าเทียม ค.ศ. 2017”) ซึ่งคดีนี้มีข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยตีความของศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน สรุปได้ดังนี้⁵³

⁵¹ อภิวัฒน์ สุตสา, *เพ้งอ้าว*.

⁵² Hsiaowei Kuan, Chapter 33 LGBT Rights in Taiwan—The Interaction Between Movements and the Law, in Jerome A. Cohen, William P. Alford and Chang-fa Lo (Eds) *Taiwan and International Human Rights : A Story of Transformation* (Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2019) p. 605.

⁵³ The Department of Clerks for the Constitutional Court, ‘Press Release on the Same-Sex Marriage Case’ (Constitutional Court R.O.C. (Taiwan), 24 May 2017) [Online], retrieved from <https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=2175&id=339895> เมื่อ 10 มิถุนายน 2566.

คดีนี้เป็นเรื่องถกเถียงกันทั้งในทางสังคมและทางการเมืองว่า กลุ่มคนที่มีรสนิยมชอบเพศเดียวกันสมควรได้รับความคุ้มครองเรื่องเสรีภาพในการสมรสเท่าเทียมเช่นเดียวกับกลุ่มคนที่มีรสนิยมชอบคนต่างเพศหรือไม่ ผู้ร้องทุกข์ คือ ฉิเฉียเว่ย ใช้เวลากว่า 3 ทศวรรษ ยื่นคำร้องต่อฝ่ายนิติบัญญัติฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ เพื่อเรียกร้องสิทธิการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน และกว่าทศวรรษเช่นกันที่ฝ่ายนิติบัญญัตียังไม่อาจจัดทำร่างรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าวให้แล้วเสร็จ⁵⁴ ประกอบกับคำร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญของฉิเฉียเว่ยเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีหน้าที่ตามบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อปกป้องคุ้มครองคุณค่าพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ เช่น การคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญของประชาชน หรือหลักการตามรัฐธรรมนูญในระบอบเสรีประชาธิปไตย เป็นต้น

ศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นพิจารณาและมีคำวินิจฉัย ดังนี้

(1) ประเด็นเรื่องเสรีภาพในการสมรส ศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นเคยมีคำวินิจฉัยตีความรัฐธรรมนูญที่ 362 ลงวันที่ 29 สิงหาคม 1994 ว่า “บุคคลใดมีสถานะโสดและสามารถสมรสได้ บุคคลนั้นมีเสรีภาพทั้งการเลือกที่จะสมรสหรือไม่ และสมรสกับใคร” อิสระภาพในการตัดสินใจนี้เป็นสิ่งสำคัญที่แสดงถึงพัฒนาการด้านสิทธิส่วนบุคคลและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รวมถึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่จะต้องได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 22 ของรัฐธรรมนูญได้หวั่น อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยตีความคำว่า “สามีและภรรยา” หรือ “ชายและหญิง” ในบริบทของการสมรสระหว่างบุคคลเพศตรงข้ามแต่ไม่เคยตีความในประเด็นที่ว่า บุคคลเพศเดียวกันจะสมรสได้หรือไม่

(2) การเริ่มต้นสร้างชีวิตคู่ที่ถาวร (A Permanent Union of Intimate and Exclusive Nature) เพื่อบรรลุเจตจำนงการดำเนินชีวิตร่วมกันของบุคคลที่มีเพศเดียวกันนั้น ไม่มีผลต่อการใช้บังคับบทบัญญัติในหมวดการสมรส สำหรับการอยู่กินฉันสามีภรรยาของบุคคลต่างเพศ และไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงระเบียบทางสังคมที่มีอยู่เดิมซึ่งมาจากการสมรสของบุคคลเพศตรงข้ามกัน นอกจากนี้ หากมีกฎหมายออกมารองรับแล้ว เสรีภาพในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันยังจะเป็นพื้นฐานร่วมกับการสมรสของบุคคลต่างเพศเพื่อสร้างสังคมที่มั่นคงอีกด้วย ความจำเป็น ความสามารถ ความเต็มใจ และความปรารถนา

⁵⁴ เสรีประชาธิปไตยที่สูงงอมของไต้หวันนำมาสู่การเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพของชนกลุ่มน้อย รวมถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในไต้หวัน (LGBTQ+) มี TAPCPR หนึ่งในองค์กร NGO ในไต้หวัน ที่เป็นเบื้องหลังการต่อสู้เพื่อการสมรสเท่าเทียมได้ศึกษาวิจัยกฎหมายสมรสเท่าเทียมของ LGBT ต่างประเทศกว่า 3 ปี และได้รับการสนับสนุนจากนักการเมือง ภาคประชาสังคม รวมถึงสื่อมวลชน อดีตรองประธานาธิบดีไต้หวันด้วย ขณะเดียวกัน มีการต่อต้านจากสมาชิกสภาบริหารไต้หวัน เฉินมินตัง ซึ่งสังกัดพรรคก๊กมินตัง และการต่อต้านจากองค์กรทางศาสนาคริสต์และศาสนาอื่นๆ เนื่องจากเกรงว่าจะทำลายสถาบันครอบครัวดั้งเดิม ถึงขนาดมีการก่อตั้งองค์กรเครือข่ายศาสนาเพื่อปกป้องครอบครัวแห่งไต้หวัน (Taiwan Religious Alliance to Protect families) เพื่อต่อต้านกฎหมายสมรสเพื่อครอบครัวเพศหลากหลาย อ้างถึงในถอดบทเรียนการเคลื่อนไหวเพื่อสิทธิสมรสเท่าเทียม LGBT ของ NGO ไต้หวัน ย้อนมองไทย ทำไฉนยังไม่คืบหน้า, The standard [ออนไลน์], 19 มิถุนายน 2562, เข้าถึงจาก <https://thestandard.co/taiwan-lgbtq-ngo/> เมื่อ 16 สิงหาคม 2567.

ทั้งทางร่างกายและจิตใจ สำหรับการเริ่มต้นสร้างชีวิตคู่ที่ถาวร ล้วนเป็นองค์ประกอบสำคัญทั้งต่อกลุ่มคนที่ชอบเพศเดียวกันและกลุ่มคนที่ชอบเพศตรงข้าม ความสำคัญนี้แสดงถึงพัฒนาการด้านสิทธิส่วนบุคคลและการปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้น การอยู่กินกันของบุคคลทั้ง 2 กลุ่ม จึงต้องได้รับความคุ้มครองด้านเสรีภาพในการสมรสอย่างเท่าเทียมกัน ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 22 ของรัฐธรรมนูญได้หวั่น⁵⁵ ซึ่งบทบัญญัติในหมวดการสมรสที่ใช้บังคับอยู่นั้น ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์และความหมายของเสรีภาพในการสมรสที่ได้รับการคุ้มครองตามนัยของบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว ส่วนประเด็นเรื่องความเสมอภาคมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญได้หวั่น ที่บัญญัติว่า “ประชากรได้หวั่น (สาธารณรัฐจีน) ทุกคน ล้วนเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย โดยไม่คำนึงถึงเพศ ศาสนา เชื้อชาติ ชนชั้น หรือพรรคการเมืองที่สังกัด” นั้น เกณฑ์การปฏิบัติที่แตกต่างกัน 5 ประเภท ที่ระบุไว้เป็นเพียงการยกตัวอย่างการเลือกปฏิบัติในประเด็นอื่น เช่น ความพิการหรือรสนิยมทางเพศ เป็นต้น ล้วนอยู่ภายใต้หลักความเสมอภาคตามมาตราดังกล่าวด้วย

(3) รสนิยมทางเพศเป็นลักษณะเฉพาะที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลง โดยปัจจัยที่เอื้อต่อรสนิยมทางเพศอาจเกิดจากองค์ประกอบทางร่างกายและจิตใจ ประสบการณ์การใช้ชีวิตและสภาพแวดล้อมทางสังคม และทางการแพทย์ระบุว่า การรักร่วมเพศไม่ใช่โรคอีกด้วย ในอดีต ได้หวั่นเคยปฏิเสธกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศออกจากประเพณีและจารีตทางสังคม เป็นผลให้กลุ่มคนเหล่านี้ต้องปกปิดตัวตนและทนทุกข์จากการถูกกีดกันหรือการเลือกปฏิบัติทั้งทางพฤตินัยและนิตินัย นอกจากนี้ จากโครงสร้างทางประชากรได้หวั่น กลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศยังเป็นชนกลุ่มน้อยที่ถูกแบ่งแยกและโดดเดี่ยวในสังคม และด้วยผลกระทบจากการถูกเหมารวม กลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศจึงอยู่ในกลุ่มผู้ที่ขาดอำนาจทางการเมืองมาอย่างยาวนาน จนไม่อาจเปลี่ยนสถานะที่เสียเปรียบทางกฎหมายได้ด้วยกระบวนการทางประชาธิปไตยทั่วไป ดังนั้น การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการปฏิบัติที่แตกต่างจากรสนิยมทางเพศจึงต้องใช้มาตรฐานการตรวจสอบแบบเคร่งครัด (Strict scrutiny)⁵⁶

(4) บทบัญญัติในหมวดการสมรสไม่ได้วางหลักเกณฑ์เรื่องความสามารถในการให้กำเนิดบุตรเป็นข้อกำหนดสำหรับการสมรสของบุคคลต่างเพศ และไม่ได้กำหนดว่าการสมรสนั้นจะเป็นโมฆะ โมฆียะ หรือมีเหตุแห่งการหย่า หากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่สามารถหรือไม่ประสงค์จะให้กำเนิดบุตรหลังการสมรส

⁵⁵ เสรีภาพในการสมรสไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะในรัฐธรรมนูญได้หวั่น การพิจารณาเรื่องสิทธิเสรีภาพจึงต้องพิจารณาตามมาตรา 22 ที่บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพอื่นใดของประชาชนที่ไม่ได้เป็นภัยต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือสวัสดิภาพของประชาชนพึงได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ”

⁵⁶ มาตรฐานการตรวจสอบแบบเคร่งครัด (Strict scrutiny) เป็นมาตรฐานการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระดับสูงสุดจาก 3 ระดับ (3 Tiers of scrutiny) โดยกฎหมายจะต้องมีวัตถุประสงค์ที่จำเป็นอย่างยิ่ง (compelling interest) มาตรการที่ใช้จึงต้องจำกัดสิทธิของบุคคลให้น้อยที่สุดด้วย (least restrictive mean) การตรวจสอบระดับนี้มักใช้กับกรณีที่มีความสำคัญอย่างเช่น เชื้อชาติ สีผิว เป็นต้น อ้างถึงใน ปติวิธดา บุญนา, “หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), น. 93.

ดังนั้น จึงมีความชัดเจนว่าการสืบพันธุ์ไม่ใช่องค์ประกอบสำคัญของการสมรส และแท้จริงแล้วการที่คู่ครองเพศเดียวกันไม่อาจให้กำเนิดบุตรตามธรรมชาติก็ไม่ต่างกับการที่คู่ครองต่างเพศไม่มีความสามารถหรือไม่ประสงค์จะให้กำเนิดบุตร ดังนั้น การไม่อนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันสมรสเพราะไม่สามารถสืบพันธุ์ได้จึงเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างโดยไม่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลที่ชัดเจน นอกจากนี้ แม้จะอนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันสมรสโดยได้รับการรับรองทางกฎหมาย ภายใต้รูปแบบและสาระสำคัญตามบทบัญญัติในหมวดการสมรส ก็ไม่ทำให้ระเบียบทางจริยธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับการสมรสของบุคคลต่างเพศถูกกระทบกระเทือน ตรงกันข้ามที่คู่สมรสเพศเดียวกันเคารพต่อสิทธิและหน้าที่ซึ่งระหว่างการสมรสและหลังจากการสมรสสิ้นสุด ดังนั้น การไม่อนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันสมรสกันด้วยเหตุผลเพื่อปกป้องหลักจริยธรรมขั้นพื้นฐานของการสมรสย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติ และไม่อยู่บนพื้นฐานของเหตุผล รวมทั้งขัดต่อเจตนารมณ์และความหมายของสิทธิในความเสมอภาคที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญได้วัน

คดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้วันได้กำหนดคำบังคับให้ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขหรือตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องตามที่ศาลได้ตีความวางหลักไว้ โดยต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 2 ปี นับแต่วันที่ 24 พฤษภาคม 2017 ซึ่งเป็นวันที่ศาลมีคำวินิจฉัยตีความ ส่วนรูปแบบการดำเนินการเพื่อคุ้มครองเสรีภาพในการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันอย่างเสมอภาคนั้น ให้เป็นดุลยพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวดการสมรส การเพิ่มหมวดพิเศษในบรรพ 4 เรื่องครอบครัว แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง การตรากฎหมายพิเศษ หรืออื่น ๆ เป็นต้น ทั้งนี้ หากไม่มีการตราหรือแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องภายในกำหนดระยะเวลา 2 ปี บุคคลเพศเดียวกันที่ประสงค์จะเริ่มชีวิตคู่ด้วยการอยู่กินกันอย่างถาวรเพื่อบรรลุเจตจำนงการดำเนินชีวิตร่วมกัน สามารถดำเนินการตามบทบัญญัติในหมวดการสมรส แห่งประมวลกฎหมายแพ่งโดยจดทะเบียนสมรสต่อหน้าเจ้าหน้าที่ ณ สถานที่จดทะเบียนสมรส และยื่นเอกสารเป็นลายลักษณ์อักษรพร้อมลายมือชื่อพยานอย่างน้อย 2 คน และเมื่อบุคคลเพศเดียวกันได้จดทะเบียนสมรสแล้ว ถือว่าเป็นคู่สมรสตามกฎหมาย มีสิทธิและหน้าที่ตามบทบัญญัติ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ในเวลาต่อมาได้วันได้ตรารัฐบัญญัติเพื่อเป็นไปตามคำวินิจฉัยตีความของศาลรัฐธรรมนูญได้วันที่ 748 (Act for Implementation of J.Y. Interpretation No. 748) มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 2019⁵⁷ และเป็นผลให้ได้วันเป็นประเทศแรกในทวีปเอเชียที่มีกฎหมายรับรองให้คนเพศเดียวกันสมรสกันได้⁵⁸

⁵⁷ กลุ่มผู้คัดค้านจากฝ่ายอนุรักษ์นิยมแสดงความไม่พอใจกับผลคำวินิจฉัยตีความนี้ โดยตัวแทนจากกลุ่มแนวร่วมเพื่อความสุขของคนรุ่นต่อไป (Coalition for the Happiness of Our Next Generation) เห็นว่าการลงมติครั้งนี้เป็น “การเหยียดความคาดหวังของคนได้วันที่ว่า การแต่งงานและครอบครัวคือสิ่งที่เกิดจากชายและหญิงสามีกับภรรยา” นอกจากนี้ ยังมีกระแสต่อต้านจากสังคม ทำให้รัฐบาลได้วันต้องจัดการลงประชามติหลายครั้ง ซึ่งผลการลงประชามติบ่งชี้ว่าคนส่วนใหญ่ปฏิเสธข้อเสนอที่จะกำหนดให้ “การสมรส” ระหว่างคนเพศเดียวกันเป็นสิ่งถูกกฎหมาย โดยชี้ว่า คำนิยามของ “การสมรส” ควรจำกัดไว้สำหรับคู่รักชายหญิง อ้างถึงใน LGBT: สภาได้วันผ่านกฎหมายแต่งงานเพศเดียวกัน (มีต่อหน้าถัดไป)



คำวินิจฉัยตีความของศาลยืนยันว่า บทบัญญัติตามกฎหมายแพ่งที่ให้ความคุ้มครองแก่คู่รักเพศเดียวกันอย่างไม่เพียงพอนั้น เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ขณะเดียวกัน ศาลก็ให้อิสระในการใช้ดุลพินิจแก่ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติในการเลือกว่าเสรีภาพในการสมรสควรได้รับความคุ้มครองมากน้อยเพียงใด และให้อิสระว่าการแก้ไขกฎหมายจะทำด้วยวิธีการใด และยืนยันว่าคู่สมรสต่างเพศจะต้องไม่ได้รับผลกระทบจากการอนุญาตให้คู่สมรสเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้⁵⁹

ผลคำตัดสินในคดีนี้ไม่เพียงแต่แสดงถึงบทบาทและทิศทางการวินิจฉัยตีความของศาลรัฐธรรมนูญได้หนึ่งในปัจจุบัน ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้วินิจฉัยตีความตามความรู้สึกของคนส่วนใหญ่ในสังคม แต่ยึดหลักการสิทธิมนุษยชนและสิทธิตามรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ผลคำตัดสินยังแสดงให้เห็นว่า ได้หันก้าวหน้ามาไกลจากอิทธิพลของยุคเผด็จการ กลายเป็นประเทศที่มีเสรีภาพอย่างยิ่งประเทศหนึ่งในโลก⁶⁰ ผลคำตัดสินและผลหลังจากแก้กฎหมายสมรสเท่าเทียมชี้ให้เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้หันในฐานะผู้ทำหน้าที่ปกป้องหลักการตามรัฐธรรมนูญจะต้องมีความรอบคอบในการพิจารณาวินิจฉัยภายใต้เขตอำนาจของตน โดยเฉพาะเมื่อผลคำตัดสินไม่ได้สอดคล้องกับแนวคิดเดิมหรือแนวคิดของคนส่วนใหญ่ในสังคม⁶¹ คำตัดสินทำให้สังคมให้ความสนใจสิทธิของกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศเพิ่มขึ้นทั้งฝ่ายสนับสนุนและฝ่ายต่อต้าน นอกจากนี้ คำวินิจฉัยตีความดังกล่าวถือเป็นการปูทางไปสู่เสรีภาพทางการเมือง และไม่ถูกมองว่าเป็นการแทรกแซง

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 57)

ครั้งแรกในเอเชีย, BBC News ไทย [Online], 17 พฤษภาคม 2562, retrieved from <https://www.bbc.com/thai/international-48307052> เมื่อ 14 สิงหาคม 2567.

⁵⁸ ผลการสำรวจของมหาวิทยาลัยแห่งชาติเจิ้งจื่อของไต้หวันเมื่อเดือนธันวาคม 2562 ระบุว่า ชาวไต้หวันร้อยละ 39.2 สนับสนุนการสมรสของเพศเดียวกัน และคัดค้านร้อยละ 33.5 ขณะที่ผลการสำรวจของเครือข่าย Equal Love Taiwan เมื่อเดือนพฤษภาคม 2563 พบว่า ชาวไต้หวันร้อยละ 92.8 เห็นว่า การสมรสของเพศเดียวกันไม่ส่งผลกระทบต่อตนเอง และร้อยละ 50.1 เห็นว่า ไม่กระทบต่อสังคม ส่วนผลการสำรวจของรัฐบาลไต้หวันเมื่อเดือนพฤษภาคม 2563 พบว่า ชาวไต้หวันร้อยละ 52.5 เห็นว่า คู่สมรสเพศเดียวกันควรมีสถานะเทียบเท่ากับคู่สมรสต่างเพศ เพิ่มขึ้นจากร้อยละ 37.4 เมื่อปี 2561 ซึ่งแนวโน้มดังกล่าวสอดคล้องกับสถานการณ์ในสหรัฐฯ แคนาดา และนิวซีแลนด์ ที่ประชาชนยอมรับการสมรสของเพศเดียวกันมากขึ้นหลังจากออกกฎหมายการสมรสของเพศเดียวกัน อ้างถึงใน กว่าจะเป็นกฎหมายการสมรสของเพศเดียวกัน : หนทางสู่ชัยชนะของ LGBT ในไต้หวัน, The intelligence [ออนไลน์], 30 กันยายน 2564, เข้าถึงจาก <https://intsharing.co/2021/09/30/%E0%B8%81%E0%B8%A7%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B8%A3/> เมื่อ 16 สิงหาคม 2567.

⁵⁹ Hsiao-wei Kuan, *Supra note 52*, pp. 602-603.

⁶⁰ Tzu-Ti Lin, Ming-Sung Kuo and Hui-Wen Chen, "Seventy Years On: The Taiwan Constitutional Court and Judicial Activism in a Changing Constitutional Landscape," *Hong Kong Law Journal* Issue 48 no. 3, 2018, pp. 995-996.

⁶¹ *Ibid*, p. 998.

กระบวนการประชาธิปไตย ในทางกลับกัน การตีความให้สิทธิเช่นนี้ ไม่เพียงแต่ได้รับการยอมรับจากฝ่ายการเมืองเท่านั้น แต่ยังรวมถึงประชาชนด้วย อันทำให้เกิดแรงผลักดันให้เกิดการปฏิรูปกฎหมายและการเมือง⁶²

ขณะเดียวกัน คดีนี้ทำให้เกิดข้อสงสัยอย่างมากเกี่ยวกับบทบาทตามกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นในการให้ความสมดุลระหว่างหลักการทางรัฐธรรมนูญกับค่านิยมตามประเพณีหรือศาสนา⁶³ และประเด็นตุลาการภิวัตน์ (Judicial Activism) ที่ศาลตัดสินคดีตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเชิงก้าวหน้า โดยคำนึงถึงสภาพสังคมที่เปลี่ยนไปเพื่อความเป็นธรรมทางสังคม ในประเด็นด้านนโยบายปัญหาทางการเมือง หรือนโยบายด้านเศรษฐกิจ จากการที่ศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นกำหนดค่าบังคับในคดีนี้ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติต้องแก้ไขกฎหมายภายใน 2 ปี มิฉะนั้น คู่รักเพศเดียวกันสามารถใช้สิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งได้โดยอัตโนมัติ นั่นอาจต้องพิจารณาเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจที่มองได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เปรียบเสมือนเป็นฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารเสียเอง เพราะตามหลักการแบ่งแยกอำนาจองค์กรตุลาการมีหน้าที่ชี้ขาดกฎหมาย ไม่อาจเข้าแทรกแซงการตรากฎหมายซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติได้ และตามหลักนิติรัฐ คำวินิจฉัยของศาลต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น ประกอบกับพัฒนาการของการให้ศาลเข้าไปควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นเป็นประเด็นที่มีความเห็นขัดแย้งกันอย่างยิ่ง ฝ่ายที่เห็นด้วยกับการให้ศาลเข้าไปควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมีความเห็นว่า ศาลสามารถทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ เพื่อให้ความคุ้มครองต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ รวมถึงการคุ้มครองเสียงข้างน้อย ขณะที่ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยก็อ้างหลักการแบ่งแยกอำนาจเช่นเดียวกัน โดยเห็นว่า ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจห้ามมิให้อำนาจรัฐอำนาจหนึ่งใช้อำนาจเหนืออำนาจรัฐอีกอำนาจหนึ่ง อันตรายที่เกิดจากการให้ศาลเข้ามาควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย คือ การให้อำนาจของศาลกลายเป็นการใช้อำนาจในทางการเมือง⁶⁴ จึงมีข้อสังเกตว่า ศาลสามารถกำหนดขอบเขตค่าบังคับได้มากน้อยเพียงใด เนื่องจากบทบาทศาลรัฐธรรมนูญมิใช่การตรากฎหมายขึ้นมาใหม่ หากบทบัญญัติของกฎหมายใดมิได้ขัดต่อถ้อยคำตามรัฐธรรมนูญอย่างขัดแจ้งหรือมิได้ขัดต่อหลักการทั่วไปของรัฐธรรมนูญ แต่สังคมประสงค์จะขยายหรือเพิ่มเติมสิทธิอันเป็นการก่อตั้งสิทธิขึ้นใหม่ ซึ่งการดำเนินการโดยฝ่ายนิติบัญญัติก็มีความเหมาะสมมากกว่า และหากศาลรัฐธรรมนูญก้าวเข้าไปวินิจฉัยในเรื่องนี้เสียทั้งหมด ก็จะเป็นการเข้าไปทำภารกิจนิติบัญญัติเสียเอง⁶⁵ อย่างไรก็ตาม การกำหนดค่าบังคับของศาลในคดีสมรสเท่าเทียม ค.ศ. 2017 ก็มีข้อดีที่ทำให้ค่าบังคับนั้นมีประสิทธิภาพ ฝ่ายนิติบัญญัติ

⁶² Ibid, p. 1021.

⁶³ Ibid, p. 1020.

⁶⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 34.

⁶⁵ ณิชภา ภูมินายก, สิทธิการสมรสของคนเพศเดียวกัน ควรเริ่มต้นจากศาลรัฐธรรมนูญหรือใคร, 2565 [ออนไลน์], เข้าถึงจาก https://occ.th.constitutionalcourt.or.th/article_detail/%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B8%97%E0%B8%98%E0%B8%B4%E0%B8%A3 เมื่อ 29 สิงหาคม 2566.



จะต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด ส่งผลให้คำวินิจฉัยตีความของศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นไม่เป็นเพียงเสียกระดาษ ซึ่งนอกจากจะให้การรับรองสิทธิที่สมควรได้รับการรับรองคุ้มครองอยู่แล้วของกลุ่มคนผู้มีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมายแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นยังสร้างความตื่นตัวให้สังคมได้หวั่นและสังคมโลกอีกด้วย

คดีสมรสเท่าเทียม ค.ศ. 2017 ของได้หวั่นสามารถเทียบเคียงได้กับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทยที่ 20/2564 เรื่อง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 25 มาตรา 26 และมาตรา 27 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม หรือไม่ ซึ่งมีมูลเหตุแห่งคดีใกล้เคียงกันแต่ผลคำวินิจฉัยและเหตุผลประกอบการพิจารณาแทบจะแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ ในคดีนี้ผู้ร้องเห็นว่า การปฏิเสธคำขอจดทะเบียนสมรสด้วยเหตุที่เป็นบุคคลที่มีเพศกำเนิดเหมือนกันไม่สามารถจดทะเบียนสมรสได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ขัดหรือแย้งต่อสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญไทยเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลว่า ขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณีที่แตกต่างกันของแต่ละสังคมย่อมเป็นที่มาของกฎหมายที่แตกต่างกันด้วย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 เป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับสภาพธรรมชาติและจารีตประเพณีที่มีมาช้านาน วัตถุประสงค์ของการสมรส คือ การที่ชายและหญิงอยู่กันฉันฉันสามีภรรยาเพื่อสร้างสถาบันครอบครัว มีบุตรดำรงเผ่าพันธุ์ และมีการสืบทอดทรัพย์สิน มรดก มีการส่งต่อความผูกพันกันระหว่างพ่อ แม่ พี่ น้อง ลูก ป้า น้า อา ซึ่งการสมรสระหว่างบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศอาจไม่สามารถสร้างความผูกพันอันละเอียดอ่อนดังกล่าวดได้ หลักความเสมอภาคของสิทธิในการจัดตั้งครอบครัวเกี่ยวกับเพศของคู่สมรสสามารถดำเนินการได้โดยบัญญัติกฎหมายเฉพาะขึ้นมาใหม่เพื่อไม่ให้กระทบกระเทือนถึงกฎหมายหลักที่ได้วางรากฐานความเป็นสถาบันครอบครัวมาตั้งแต่อดีตกาล นอกจากนี้ นัยความหมายของความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงมิใช่การบัญญัติกฎหมายให้ชายเป็นหญิงหรือให้หญิงเป็นชายเพราะเช่นนั้นเป็นการแบ่งแยกมาโดยธรรมชาติ (an act of God) ซึ่งเพศที่ถือกำเนิดมานั้นเลือกไม่ได้ หากจะมีข้อยกเว้นบ้างก็ควรจะแยกออกไปคุ้มครองเป็นการเฉพาะ การให้ความเสมอภาคระหว่างชายหญิงจึงมิใช่การให้ถือว่าเหมือนกัน แต่ต้องปฏิบัติให้ถูกต้องเหมาะสมกับเพศสภาพของบุคคลนั้น ๆ ในการนี้ กฎหมายจะต้องรับรู้และแยกเพศชายและเพศหญิงเป็นหลักไว้ก่อนจึงจะให้ความเสมอภาคได้ นอกจากนี้ การไม่กำหนดเพศในการสมรสอาจมีผู้ที่ไม่ได้อยู่ในกลุ่มของผู้มีความหลากหลายทางเพศมาจดทะเบียนสมรสเพื่อหวังผลประโยชน์ในสวัสดิการต่าง ๆ ของรัฐ หรือประโยชน์จากการลดหย่อนภาษี อันอาจส่งผลต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สำหรับข้อโต้แย้งของผู้ร้องทั้งสองที่อ้างว่า ไม่ได้รับสิทธิในฐานะคู่สมรส เช่น การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล การได้รับสวัสดิการของคู่สมรส การได้รับประโยชน์จากกรมธรรม์ หรือสิทธิการเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการละเมิดหรือสิทธิในฐานะทายาทโดยธรรมนั้น เห็นว่า สิทธิดังกล่าวมิได้เกิดจากสถานภาพการสมรสโดยตรง แต่เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นตามที่กฎหมายบัญญัติ ปัญหาดังกล่าวจึงสามารถแก้ไขได้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย

เฉพาะ ดังเช่นที่มีการยกย่องพระราชบัญญัติคุ้มครอง พ.ศ. เพื่อให้สิทธิกับบุคคลเพศเดียวกันที่จะใช้ชีวิต
ร่วมกันให้มีสิทธิต่าง ๆ⁶⁶

เห็นได้ชัดว่า การให้เหตุผลในข้อเท็จจริงเดียวกันของศาลรัฐธรรมนูญไทยแทบจะตรงข้าม
กับเหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน แนวทางการใช้และตีความหลักนิติรัฐและหลักความเสมอภาค
ของศาลรัฐธรรมนูญไทยยังคงยึดติดกับการพิจารณาความสอดคล้องระหว่างกฎหมายและศีลธรรมอันดี
มากกว่าพิจารณาความได้สัดส่วนระหว่างสิทธิของบุคคลกับการแทรกแซงของรัฐและความสำเร็จ
ของผลทางกฎหมายระหว่างกลุ่มบุคคลแต่ละกลุ่ม รัฐไม่ควรมึนมองการให้สิทธิด้านเพศเฉพาะชายและหญิง
ในการกำหนดนิยามหรือสิทธิ แต่ควรคำนึงถึงเพศวิถีเพื่อให้ประชาชนทุกคนได้รับความเป็นธรรมในสิทธิต่าง ๆ
ที่ควรได้รับ⁶⁷ อาจกล่าวได้ว่า ศาลไทยให้ความสำคัญกับความรู้สึกของคนในสังคมมากกว่าหลักความเสมอภาค
ทั้งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี

บทสรุป

ไต้หวันได้รับอิทธิพลความคิดด้านการเมืองการปกครองจาก ดร.ซุน ยัตเซ็น ซึ่งถือเป็นแนวคิด
ที่ก้าวหน้าอย่างมาก ส่วนหลักความเสมอภาคโดยเฉพาะเรื่องความเสมอภาคระหว่างเพศนั้น ไต้หวันมีบทบัญญัติ
ที่สอดคล้องทัดเทียมกับนานาชาติ ศาลรัฐธรรมนูญไต้หวันได้นำบทบัญญัติต่าง ๆ ดังกล่าวมาใช้วินิจฉัย
ตีความข้อเท็จจริง การตีความหลักความเสมอภาคของศาลรัฐธรรมนูญเป็นแรงขับเคลื่อนสำคัญที่ทำให้ไต้หวัน
เป็นประเทศแรกในทวีปเอเชียที่อนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันสมรสกันได้ ส่งผลโดยตรงต่อการแก้กฎหมาย
ภายในที่รับรองสิทธิของกลุ่มผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ ขณะที่ประเด็นความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง
เกี่ยวกับสมาคมนับถือบรรพบุรุษนั้น ในคดีปี ค.ศ. 2015 ศาลรัฐธรรมนูญไต้หวันวินิจฉัยตีความว่า มาตรา 4
วรรคหนึ่ง ประโยคแรก แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยสมาคมนับถือบรรพบุรุษ ค.ศ. 2007 ที่กำหนดว่า “สำหรับ
สมาคมนับถือบรรพบุรุษที่จัดตั้งขึ้นก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ คุณสมบัติของผู้สืบทอดสมาคม
ให้เป็นไปตามข้อบังคับของสมาคม” ไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ และในคดีปี ค.ศ. 2023
ซึ่งเป็นบทบัญญัติวรรคเดียวกันแต่คนละประโยคกับคดีก่อน ศาลไม่ได้กลับหลัก หากแต่เป็นการวินิจฉัย
ตีความเฉพาะบทบัญญัติที่พิพาท โดยวินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติว่าด้วยสมาคมนับถือบรรพบุรุษ ค.ศ. 2007
มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง ที่กำหนดว่า “สำหรับสมาคมนับถือบรรพบุรุษที่ไม่มีข้อบังคับสมาคม
ผู้สืบทอดสมาคมจะต้องเป็นผู้สืบสันดานเพศชายของครอบครัว ทั้งนี้ รวมถึงบุตรบุญธรรมเพศชายด้วย”
และมาตรา 4 วรรคสอง ที่กำหนดว่า “ผู้สืบทอดสมาคมที่ไม่มีผู้สืบสันดานเพศชายอาจกำหนดให้สมาชิก

⁶⁶ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 วันที่ 17 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2564 [ออนไลน์], เข้าถึงจาก
https://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/article_20211221153745.pdf เมื่อ 29 สิงหาคม
2566.

⁶⁷ สุประวีณ์ อาสนศักดิ์, กลไกกฎหมายไปสู่สมรสเท่าเทียม : ถอดบทเรียนจากคำวินิจฉัยรัฐธรรมนูญ
ต่างประเทศ, 2565 [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://pridi.or.th/th/content/2022/05/1084> เมื่อ 29 สิงหาคม 2566.



เพศหญิงในครอบครัวที่ไม่เคยสมรสเป็นผู้สืบทอดสมาคม สามีนางสาวชีกเพศหญิงในครอบครัวซึ่งแต่งงานแบบฝ่ายชายเข้ามาอยู่ในครอบครัวฝ่ายหญิง หรือบุตรชายที่ใช้นามสกุลมารดา (รวมถึงบุตรชายบุญธรรมหรือบุตรที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย) อาจเป็นผู้สืบทอดสมาคมได้เช่นกัน” ขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ต้องติดตามต่อไปว่า คำบังคับของศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นในคดีนี้จะส่งผลต่อการแก้ไขกฎหมายได้หรือไม่ อย่างไร ซึ่งหากพิจารณาเทียบเคียงกับคดีสมรสเท่าเทียม ค.ศ. 2017 ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติก็คงพิจารณาตามคำวินิจฉัยตีความของศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นในคดีปี ค.ศ. 2023 เช่นกัน จะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นมีบทบาทอย่างมากต่อการคุ้มครองรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ แม้กระทั่งอาจทำหน้าที่คุ้มครองและรับรองเกินกว่าอำนาจของฝ่ายตุลาการด้วย

บรรณานุกรม

คำพิพากษา/คำสั่ง/ความเห็นทางกฎหมาย

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 วันที่ 17 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2564 [ออนไลน์], เข้าถึงจาก https://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/article_20211221153745.pdf เมื่อ 29 สิงหาคม 2566.

Hsiao-Wei KUAN, 'Interpretation No.728 Qualifications for Successors of Ancestor Worship Guilds Case' (Constitutional Court R.O.C. (Taiwan), 20 March 2015) [Online], retrieved from <https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=100&id=310909> เมื่อ 10 มิถุนายน 2566.

The Department of Clerks for the Constitutional Court, 'Press Release on the Same-Sex Marriage Case' (Constitutional Court R.O.C. (Taiwan), 24 May 2017) [Online], retrieved from <https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=2175&id=339895> เมื่อ 10 มิถุนายน 2566.

The Department of Clerks for the Constitutional Court, 'Summary of TCC Judgment 112-Hsien-Pan-1 (2023)' (Constitutional Court R.O.C. (Taiwan), 11 May 2023 [Online], retrieved from <https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=5535&id=348639> เมื่อ 10 มิถุนายน 2566.

บทบัญญัติแห่งกฎหมาย

รัฐธรรมนูญไต้หวัน (Constitution of The Republic of China (Taiwan)).

บทบัญญัติเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005 (The Additional Articles of The Constitution, 2005).

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน Universal Declaration of Human Rights.

รัฐบัญญัติวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2019 (Constitutional Court Procedure Act, 2019).

รัฐบัญญัติว่าด้วยสมาคมบ่อน้ำบรรพบุรุษ ค.ศ. 2007 (Act for Ancestor Worship Guild, 2007).

รัฐบัญญัติองค์กรศาลปกครอง ค.ศ. 2020 (Judicial Yuan Organization Act, 2020).

อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW).



เว็บไซต์

กว่าจะเป็นกฎหมายการสมรสของเพศเดียวกัน : หนทางสู่ชัยชนะของ LGBT ในไต้หวัน, The intelligence [ออนไลน์], 30 กันยายน 2564, เข้าถึงจาก <https://intsharing.co/2021/09/30/%E0%B8%81%E0%B8%A7%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B8%A3/> เมื่อ 16 สิงหาคม 2567.

ชญาพัฒน์ อัมพะวัตต์, คำนิยาม ของ คำว่า “ความเสมอภาค (Equality)” ผ่านมุมมองของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ, 2563 [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/253/files/Analysis/63/963.pdf> เมื่อ 30 สิงหาคม 2566.

นิชภา ภูมินายก, สิทธิการสมรสของคนเพศเดียวกัน ควรเริ่มต้นจากศาลรัฐธรรมนูญหรือใคร, 2565 [ออนไลน์], เข้าถึงจาก https://occ_th.constitutionalcourt.or.th/article_detail/%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B8%97%E0%B8%98%E0%B8%B4%E0%B8%A3 เมื่อ 29 สิงหาคม 2566.

ถอดบทเรียนการเคลื่อนไหวเพื่อสิทธิสมรสเท่าเทียม LGBT ของ NGO ไต้หวัน ย้อนมองไทย ทำไมยังไม่คืบหน้า, The standard [ออนไลน์], 19 มิถุนายน 2562 เข้าถึงจาก <https://thestandard.co/taiwan-lgbtq-ngo/> เมื่อ 16 สิงหาคม 2567.

มาลี พุกษ์พงศาวิ, ความเสมอภาคระหว่างหญิงชาย และความเสมอภาคระหว่างเพศ, 2566 [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://pridi.or.th/th/content/2023/06/1559> เมื่อ 29 สิงหาคม 2566.

สุประวีณ์ อาสนศักดิ์, กลไกกฎหมายไปสู่สมรสเท่าเทียม : ถอดบทเรียนจากคำวินิจฉัยรัฐธรรมนูญต่างประเทศ, 2565 [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://pridi.or.th/th/content/2022/05/1084> เมื่อ 29 สิงหาคม 2566.

อภิวัฒน์ สุดสาว, “หลักความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย,” วารสารจุนิตี 2554, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://www.senate.go.th/ebook/flipbook/3696/1/93#> เมื่อ 30 สิงหาคม 2566.

อัญชัน ทรงพุทธิ, ความเป็นมาของวันชาติสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน), (Radio Taiwan International, 10 ตุลาคม 2563) [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://th.rti.org.tw/news/view/id/2003272> เมื่อ 31 ตุลาคม 2566.

Eliminating Gender Inequality in Taiwan, 2566 [Online], retrieved from <https://borgenproject.org/eliminating-gender-inequality-in-taiwan/> เมื่อ 17 สิงหาคม 2567.

Gender Insights in Taiwan Customs and Culture, [Online], retrieved from https://www.globalgender.org/global/status_page/index/3#:~:text=Gender%20discrimination%20always%20confines%20Taiwan,they%20deserve%20have%20progressed%20significantly. เมื่อ 17 สิงหาคม 2567.

LGBT : สภาได้ผ่านกฎหมายแต่งงานเพศเดียวกันครั้งแรกในเอเชีย, BBC News ไทย [Online], 17 พฤษภาคม 2562, retrieved from <https://www.bbc.com/thai/international-48307052> เมื่อ 14 สิงหาคม 2567.

NCSO About Us, [Online], retrieved from <https://ncsd.ndc.gov.tw/Fore/en/Taiwansdg#U> เมื่อ 29 สิงหาคม 2566.

The 17 Goals, [Online], retrieved from <https://sdgs.un.org/goals> เมื่อ 29 สิงหาคม 2566.

The Taiwan Constitutional Court in a New Era, 2021 [Online], retrieved from <https://www.judicial.gov.tw/en/cp-2083-358640-47e30-2.html> เมื่อ 30 สิงหาคม 2566.

Wealth and Power : CHAPTER 6 A Sheet of Loose Sand: Sun Yat-sen 1866-1925, [Online], retrieved from <https://sites.asiasociety.org/chinawealthpower/chapters/sun-yat-sen/> เมื่อ 7 กันยายน 2566.

Hsu Tzong-li, How does the Judicial Activism of Taiwan's Constitutional Court shape the Liberal Democratic Constitutional Order in Taiwan, [Online], retrieved from <https://cons.judicial.gov.tw/download/download.aspx?id=387188> เมื่อ 17 สิงหาคม 2567.

หนังสือ/วิทยานิพนธ์

ขุน ยัตเซ็น, ลัทธิไตรประชาและรัฐธรรมนูญ 5 อำนาจ (ปรีดี เกษมทรัพย์ ผู้แปล, ไทยวัฒนาพานิช 2530).

บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2564).

บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2563).

บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2562).

ปติวรรตา บุญนาค, “หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563).

Chang-fa Lo, Chapter 32 When Women's Human Rights Encounter Tradition in Taiwan, in Jerome A. Cohen, William P. Alford and Chang-fa Lo (Eds) Taiwan and International Human Rights : A Story of Transformation (Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2019).



Hsiaowei Kuan, Chapter 33 LGBT Rights in Taiwan—The Interaction Between Movements and the Law, in Jerome A. Cohen, William P. Alford and Chang-fa Lo (Eds) Taiwan and International Human Rights : A Story of Transformation (Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2019).

Hwang Jau-Yuan, “Judge-Made Constitutionalism in Democratizing Taiwan - The Role of the Council of Grand Justices and Protection of Individual Rights” in Japan Association for Studies of Constitutional Law, Akira Osuka (ed) Perspective of Constitutionalism in Asia (Shinzansha International 2003).

John Lawrence Hill, The Prophet of Modern Constitutional Liberalism : John Stuart Mill and the Supreme Court, (Cambridge University Press, 2020).

Tzu-Ti Lin, Ming-Sung Kuo and Hui-Wen Chen, “Seventy Years On : The Taiwan Constitutional Court and Judicial Activism in a Changing Constitutional Landscape,” Hong Kong Law Journal Issue 48 no. 3, 2018.

Wen-Chen Chang, “Courts and Judicial reform in Taiwan : gradual transformations towards the guardian of constitutionalism and rule of law” in Jiunn-Rong Yeh and Wen-Chen Chang (eds) Asian Courts in Context, (Cambridge University Press, 2015).

บทวิเคราะห์คดี : หน้าที่ของหน่วยงานของรัฐในการปฏิบัติตามคำวินิจฉัย ของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร

กาญจนา ปัญญานนท์*

บทคัดย่อ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 41 บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลในการได้รับทราบและเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยงานของรัฐ และมาตรา 59 บัญญัติหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเปิดเผยข้อมูลหรือข่าวสารดังกล่าวและหน้าที่จัดให้ประชาชนเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารนี้ได้โดยสะดวก พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 บัญญัติรับรองสิทธิได้รู้ของประชาชนภายใต้หลักการ “เปิดเผยเป็นหลัก ปกปิดเป็นข้อยกเว้น” และบัญญัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการ เมื่อประชาชนยื่นคำขอให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารแล้วโดยหลักหน่วยงานของรัฐย่อมมีหน้าที่ต้องจัดทำให้ภายในเวลาอันสมควร เว้นแต่จะเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการที่มีลักษณะตามมาตรา 14 และมาตรา 15 เมื่อคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกันแล้ว อาจมีดุลพินิจออกคำสั่งมิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้นได้ โดยคำสั่งมิให้เปิดเผยนี้เป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งผู้ขอมีสิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้ และโดยที่คณะกรรมการนี้มีสถานะเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการเป็นที่สุด เมื่อคณะกรรมการมีคำวินิจฉัยอย่างใดแล้วหน่วยงานของรัฐตามบทนิยามในมาตรา 4 ตลอดจนหน่วยงานอิสระของรัฐซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐตามมาตรานี้เช่นกันย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ซึ่งคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดีนาฬิกาหุ ศาลปกครองสูงสุดได้อธิบายโครงสร้างและหลักการของกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการอย่างเป็นระบบ เป็นลำดับขั้นตอนสอดคล้องกับหลักวิชาการ ไม่ว่าจะเป็นนิยามของข้อมูลข่าวสารของราชการ วิธีการเปิดเผยและข้อยกเว้นลักษณะของคำสั่งมิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการ สิทธิในการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว สถานะของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารและสถานะของคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ หน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่จะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยดังกล่าว ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้ไม่ต้องรับผิดชอบหากกระทำโดยสุจริต ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการกับกฎหมายเฉพาะที่คุ้มครองมิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการ

* ปริญญาเอกกฎหมายมหาชน (Dottorato di Ricerca in Diritto Pubblico) มหาวิทยาลัย Pavia สาธารณรัฐอิตาลี, พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

บทนำ

“ดังที่ James Madison ประธานาธิบดีคนที่ 4 ของสหรัฐอเมริกาผู้เป็นกำลังสำคัญในการร่างรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับสมบูรณ์ฉบับแรกของโลก ได้กล่าวเตือนไว้ว่า การปกครองของประชาชนที่ไม่มีข้อมูลข่าวสารให้ประชาชนได้รับรู้นั้นก็เหมือนเป็นเพียงละครฉากหนึ่ง ซึ่งท้ายที่สุดจะนำไปสู่ความหกลกจมจ่อมปloom” ดังนั้นแล้ว “สิทธิได้รู้” (Right to know) ของประชาชนจึงเป็นแกนสำคัญของสังคมประชาธิปไตย¹

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 41 บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลในการได้รับทราบและเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยงานของรัฐ และมาตรา 59 บัญญัติหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเปิดเผยข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยงานของรัฐที่มีใช้ข้อมูลเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐหรือเป็นความลับของทางราชการตามที่กฎหมายบัญญัติ และหน้าที่ที่จะต้องจัดให้ประชาชนเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารดังกล่าวได้โดยสะดวก ทั้งเมื่อพิจารณาเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540² ที่ว่า “ในระบอบประชาธิปไตย³ การให้ประชาชนมีโอกาสกว้างขวางในการได้รับข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐเป็นสิ่งจำเป็น เพื่อที่ประชาชนจะสามารถแสดงความคิดเห็นและใช้สิทธิทางการเมืองได้อย่างถูกต้อง อันเป็นการส่งเสริมให้มีความเป็นรัฐบาลโดยประชาชนมากขึ้น สมควรกำหนดให้ประชาชนมีสิทธิได้รู้ข้อมูลข่าวสารของราชการ โดยมีข้อยกเว้นอันไม่ต้องเปิดเผยที่แจ้งชัดและจำกัดเฉพาะข้อมูลข่าวสารที่หากเปิดเผยแล้วจะเกิดความเสียหายต่อประเทศชาติหรือต่อประโยชน์ที่สำคัญของเอกชน เพื่อพัฒนาระบอบประชาธิปไตยให้มั่นคงและให้ประชาชนมีโอกาสรู้ถึงสิทธิหน้าที่ของตนอย่างเต็มที่” อันจะเห็นได้ว่ากฎหมายนี้ได้รับรองสิทธิได้รู้แก่ประชาชนทุกคน⁴ เพื่อให้เข้าถึงข้อมูลข่าวสารได้ไม่ว่าผู้นั้นจะมีส่วนได้เสียหรือไม่

¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, คู่มือพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540, สำนักงานคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี, (กรุงเทพฯ : หจก. สยามรัตน์ฟิล์ม), น. 1.

² ต่อไปจะเรียกโดยย่อว่า กฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ

³ ศาสตราจารย์พิเศษชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ได้สรุปว่า “สิทธิได้รู้ตามกฎหมายดังกล่าวจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย 4 ประการ คือ การปกครองที่โปร่งใส การปกครองที่ประชาชนมีส่วนร่วม การปกครองที่ประชาชนตรวจสอบได้ และการปกครองที่ประชาชนได้รับความเป็นธรรมในการพิทักษ์สิทธิเสรีภาพ” อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 4.

⁴ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า คำว่า “ประชาชน” ที่มีสิทธิขอข้อมูลข่าวสารของราชการ นั้น มีความหมายที่จำกัดซึ่งคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 7/2562 ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยวางหลักไว้อย่างน่าสนใจ สรุปสาระสำคัญได้ว่ากฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการมีเจตนารมณ์ที่จะให้สิทธิแก่ประชาชนซึ่งเป็นพลเมืองของประเทศในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการ ซึ่งเป็นเงื่อนไขสำคัญในการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น อันเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนชาวไทยที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ ทั้งนี้ เพื่อพัฒนาระบอบประชาธิปไตยให้มั่นคงจะยังผลให้ประชาชน (มีต่อหน้าถัดไป)

ตราบเท่าที่ข้อมูลของราชการนั้นไม่เป็นความลับ⁵ กล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นการรับรองสิทธิได้รับรู้ของประชาชน ภายใต้หลักการ “เปิดเผยเป็นหลัก ปกปิดเป็นข้อยกเว้น”

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่นำเสนอในบทความนี้เป็นที่รู้จักกันในนามของ “คดีนาฬิกาหรุ” ซึ่งศาลปกครองสูงสุดพิพากษาให้สำนักงานคณะกรรมการ ป.ป.ช. และคณะกรรมการ ป.ป.ช. เปิดเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารตามที่ผู้ฟ้องคดีขอทั้งสามรายการตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ซึ่งเมื่อพิจารณาเนื้อหาแห่งคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีนี้แล้ว จะเห็นได้ว่า ศาลได้อธิบายโครงสร้างและหลักการในกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการอย่างเป็นระบบ เป็นลำดับขั้นตอน ตลอดจนสอดคล้องกับหลักวิชาการ โดยเริ่มจากบทนิยามของข้อมูลข่าวสารของราชการ วิธีการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร และข้อยกเว้น ลักษณะของคำสั่งไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการ สิทธิในการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว สถานะของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารและสถานะของคำวินิจฉัยของคณะกรรมการนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเด็นเกี่ยวกับความผูกพันหรือหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่จะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ซึ่งเป็นประเด็นที่เป็นที่สนใจของประชาชน และสื่อมวลชน ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้ไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการกระทำโดยสุจริต นอกจากหลักการข้างต้นแล้ว ศาลปกครองสูงสุดยังได้อธิบายถึงความสัมพันธ์อันใกล้ชิด

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 4)

มีโอกาสรู้ถึงสิทธิหน้าที่ของตนอย่างเต็มที่ และเพื่อที่จะปกป้องรักษาประโยชน์ของตนได้ด้วย กรณีต่างจากคนต่างด้าว ซึ่งไม่อาจจะใช้สิทธิทางการเมืองหรือเสรีภาพบางประการได้เช่นเดียวกับคนไทย ดังนั้น กฎหมายนี้จึงไม่ได้บัญญัติให้สิทธิแก่คนต่างด้าวในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการได้เท่าเทียมกับคนไทย อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่รัฐบาลเห็นสมควรที่จะให้สิทธิแก่คนต่างด้าวในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการเช่นเดียวกับคนไทย เช่น ในกรณีที่ประเทศของคนต่างด้าวนั้นมีกฎหมายหรือมีสนธิสัญญากับประเทศไทย ให้สิทธิแก่คนไทยในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการเช่นเดียวกับประชาชนของประเทศนั้น มาตรา 9 วรรคสี่ แห่งกฎหมายดังกล่าว ก็เปิดโอกาสให้กระทำได้โดยไม่ต้องแก้ไขพระราชบัญญัตินี้ โดยให้ออกเป็นกฎกระทรวงกำหนดเงื่อนไขและขอบเขตการใช้สิทธิดังกล่าวของคนต่างด้าว เว้นแต่ในส่วนของข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล อันได้แก่ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล ซึ่งการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าวอาจกระทบถึงสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล มาตรา 21 แห่งกฎหมายนี้ จึงให้ความคุ้มครองแก่คนต่างด้าวที่เป็นบุคคลธรรมดาด้วย หากบุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย ดังนั้น ตราบใดที่ยังไม่มีการออกกฎกระทรวงในเรื่องดังกล่าว คนต่างด้าวตามคำนิยามในมาตรา 4 ซึ่งรวมถึงผู้ฟ้องคดีที่เป็นนิติบุคคลจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายประเทศฝรั่งเศส จึงเป็นคนต่างด้าว ย่อมไม่มีสิทธิที่จะขอข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 11 ได้

มาตรา 9 วรรคท้าย แห่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ บัญญัติว่า “คนต่างด้าวจะมีสิทธิตามมาตรานี้เพียงใดให้เป็นไปตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง”

⁵ ศาสตราจารย์พิเศษชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ เห็นว่า “กรณีของความลับนี้ ต้องเป็นความลับที่แท้จริง และคงถือเป็นความลับเท่าที่จำเป็นเท่านั้น”, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 6. โดยคดีที่นำมาวิเคราะห์ในบทความนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยสอดคล้องกับความเห็นนี้ว่า ข้อมูลข่าวสารที่เป็นความลับนั้น กฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการให้ถือเป็นความลับจนกว่าจะมีการปลดชั้นความลับ หรือจนกว่าคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารจะวินิจฉัยให้เปิดเผย



ระหว่างกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁶ ในลักษณะที่เป็นขั้นตอนต่อเนื่องและรับช่วงกัน⁷ และได้อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการกับกฎหมายเฉพาะที่คุ้มครองมิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการอีกด้วย ดังนี้

ส่วนที่ 1 : สรุปสาระสำคัญของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 224/2566

คดีนี้ นาย ก. ผู้ฟ้องคดี ได้มีหนังสือถึงคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (คณะกรรมการ ป.ป.ช.) (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ขอให้ดำเนินการไต่สวนนักการเมืองคนหนึ่ง กรณีจึงไต่สวนข้อเท็จจริงแสดงรายการทรัพย์สินอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ โดยไม่แสดงว่ามีนาฬิกาข้อมือและแหวนประดับมีค่าหลายรายการ ต่อมา คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติไม่รับเรื่องไว้ไต่สวนข้อเท็จจริง ผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสือขอข้อมูลข่าวสารของราชการเกี่ยวกับสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริงกรณีดังกล่าว จำนวน 3 รายการ คือ 1. รายงานการแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานเอกสารทั้งหมด 2. ความเห็นของพนักงานเจ้าหน้าที่ ป.ป.ช. ทุกคนที่รับผิดชอบในเรื่องกล่าวหาดังกล่าว และ 3. รายงานการประชุมของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว คณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาคำขอแล้วมีมติไม่ให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารทั้งสามรายการ เนื่องจากเป็นความเห็นหรือคำแนะนำภายในหน่วยงานของรัฐในการดำเนินการเรื่องใดเรื่องหนึ่งอันเป็นข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง (3) แห่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ ทั้งยังอยู่ระหว่างการตรวจสอบเรื่องกล่าวหาของนักการเมืองคนดังกล่าวว่าเป็นเจ้าพนักงานของรัฐรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดอันอาจคำนวณเป็นเงินได้ และเรื่องกล่าวหาว่ามีพฤติการณ์ร้ายแรงผิดปกติ ซึ่งต้องห้ามไม่ให้เปิดเผยตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561⁸ จึงเป็นข้อมูลข่าวสารที่เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีคำสั่งมิให้เปิดเผยได้ตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง (6) แห่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์คำสั่งที่ไม่ให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าวต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวได้มีคำวินิจฉัย ที่ สค 333/2562 ลงวันที่ 22 สิงหาคม 2562 ให้สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (สำนักงาน ป.ป.ช.) (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) เปิดเผยข้อมูลข่าวสารรายการที่ 1 รายการที่ 2 และรายการที่ 3 แก่ผู้ฟ้องคดี แต่เมื่อผู้ฟ้องคดีได้ติดต่อขอรับข้อมูลข่าวสารดังกล่าวกลับไม่ได้รับการเปิดเผย ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการทั้งสามรายการดังกล่าว แก่ผู้ฟ้องคดี

⁶ ต่อไปจะเรียกโดยย่อว่า กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

⁷ ดังที่ศาสตราจารย์พิเศษชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ได้อธิบายไว้ว่า กฎหมายทั้งสองฉบับนี้เป็นขั้นตอนต่อเนื่องและรับช่วงกัน กล่าวคือ “พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการฯ ทำให้ประชาชนเข้าถึงข้อมูลข่าวสารได้โดยทั่วไป เป็นการเตรียมตัวในแง่ของเนื้อหาสาระ แต่ถ้าเมื่อใดประชาชนเข้ามามีความสัมพันธ์เป็นรายกรณีกับทางภาครัฐแล้ว ความสัมพันธ์ส่วนนี้จะอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ”, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 5.

⁸ ต่อไปจะเรียกโดยย่อว่า กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเปิดเผยข้อมูลข่าวสารรายการที่ 1 รายการที่ 3 และรายการที่ 2 ให้เปิดเผยเฉพาะความเห็นของเลขาธิการคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่เสนอประกอบการพิจารณาของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ให้แก่ผู้ฟ้องคดี ตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารสาขาสังคม การบริหารราชการแผ่นดินและการบังคับใช้กฎหมาย ที่ สค 333/2562 ลงวันที่ 22 สิงหาคม 2562 ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่คดีถึงที่สุด

ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น จึงอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดี สรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้แก่ผู้ฟ้องคดี เป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือไม่

เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นองค์กรอิสระ มีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระของรัฐ ทำหน้าที่เกี่ยวกับราชการทั่วไปและรับผิดชอบงานธุรการให้กับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นหน่วยงานของรัฐ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นผู้ซึ่งปฏิบัติงานให้แก่หน่วยงานของรัฐ จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ เมื่อข้อมูลข่าวสารที่ผู้ฟ้องคดีขอ คือ ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริงกรณีกล่าวหา นักการเมืองคนหนึ่งว่าจงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ โดยไม่แสดงว่ามีนาฬิกาข้อมือและแหวนประดับมีค่าหลายรายการ โดยขอข้อมูลข่าวสาร จำนวน 3 รายการ คือ 1. รายงานการแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานเอกสารทั้งหมด 2. ความเห็นของพนักงานเจ้าหน้าที่ ป.ป.ช. ทุกคนที่รับผิดชอบในเรื่องกล่าวหาดังกล่าว และ 3. รายงานการประชุมของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวตามที่ผู้ฟ้องคดีร้องขอให้เปิดเผย เป็นข้อมูลข่าวสารที่ได้มาจากการไต่สวนข้อเท็จจริงกรณีดังกล่าว ซึ่งเป็นข้อมูลข่าวสารที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มาจากการปฏิบัติหน้าที่ ตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ในการตรวจสอบบัญชีทรัพย์สินของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองว่ามีการจงใจยื่นบัญชีทรัพย์สินและหนี้สิน หรือจงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินหรือหนี้สินด้วยข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ หรือมีพฤติการณ์อันควรเชื่อได้ว่า มีเจตนาไม่แสดงที่มาแห่งทรัพย์สินหรือหนี้สินหรือไม่ และอยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ จึงเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการตามมาตรา 4 แห่งกฎหมาย ข้อมูลข่าวสารของราชการ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งให้เปิดเผยหรือไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าว จึงเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี จึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

เมื่อข้อมูลข่าวสารของราชการที่ผู้ฟ้องคดีขอให้เปิดเผยไม่ใช่ข้อมูลข่าวสารที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ต้องนำลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาตามมาตรา 7 แห่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ หรือที่ต้องจัดให้มีไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจดูได้ตามมาตรา 9 จึงเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการที่ผู้ฟ้องคดีต้องยื่นคำขอให้เปิดเผย



ตามมาตรา 11 ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีหน้าที่ต้องจัดหาข้อมูลข่าวสารนั้นให้แก่ผู้ฟ้องคดีภายในเวลาอันสมควร เว้นแต่ผู้ฟ้องคดีจะขอจำนวนมากหรือบ่อยครั้งโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร อย่างไรก็ตาม หากข้อมูลข่าวสารนั้นเข้าลักษณะเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 15 วรรคหนึ่ง และเมื่อคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกันแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อาจมีคำสั่งไม่ให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้นก็ได้ โดยมาตรา 15 วรรคสองบัญญัติให้เป็นดุลพินิจโดยเฉพาะของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามลำดับสายการบังคับบัญชา หากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งไม่ให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้น ผู้ฟ้องคดีย่อมมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้ตามมาตรา 15 วรรคสอง ประกอบกับมาตรา 18 ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งที่ไม่ให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสาร และอาจวินิจฉัยให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้นได้ โดยคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกัน ทั้งนี้ ตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง ประกอบกับมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ในการนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารในฐานะเจ้าหน้าที่ที่พิจารณาอุทธรณ์ย่อมมีอำนาจพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง และอาจมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิม หรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใดก็ได้ตามมาตรา 46 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

เมื่อคดีนี้คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้พิจารณาเรื่องราวร้องเรียนกรณีกล่าวหาว่าการเมืองคนหนึ่งว่าจงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบเสร็จสิ้นแล้ว โดยมีมติไม่รับเรื่องไว้ดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริง ส่วนกรณีการกล่าวหาอีก 2 เรื่อง ได้แก่ กรณีกล่าวหาว่าเป็นเจ้าพนักงานของรัฐรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดอันอาจคำนวณเป็นเงินได้ และกรณีกล่าวหาว่ามีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ แม้จะอยู่ในระหว่างการแสวงหาข้อเท็จจริง แต่เป็นคนละมูลกรณีกันกับการกล่าวหากรณีนี้ ซึ่งกระบวนการแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานในแต่ละคดี รวมทั้งการพิจารณาซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานย่อมแตกต่างกัน ไม่จำกัดเฉพาะพยานหลักฐานในสำนวนเรื่องนี้เท่านั้น การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการไต่สวนซึ่งเสร็จสิ้นแล้วย่อมไม่เป็นอุปสรรคต่อการไต่สวนข้อเท็จจริงของเจ้าหน้าที่ ป.ป.ช. หรือของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อันจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเสื่อมประสิทธิภาพหรือไม่อาจสำเร็จตามวัตถุประสงค์ได้ตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง (2) แห่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ และข้อมูลข่าวสารตามที่ผู้ฟ้องคดีขอก็เป็นรายงานข้อเท็จจริงหรือข้อมูลข่าวสารที่นำมาใช้พิจารณาทำคำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มิใช่มีลักษณะเป็นความเห็นหรือคำแนะนำภายในหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง (3) แห่งกฎหมายดังกล่าว ซึ่งการพิจารณาวินิจฉัยเป็นความรับผิดชอบของกรรมการ ป.ป.ช. แต่ละท่าน ทั้งการเปิดเผยข้อมูลในชั้นการพิจารณาของเจ้าหน้าที่และของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะแสดงให้เห็นถึงความโปร่งใสและตรวจสอบได้ ซึ่งจะทำให้เกิดความน่าเชื่อถือในการปฏิบัติหน้าที่เมื่อพิจารณาถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์

ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกันแล้ว ข้อมูลข่าวสารทั้งสามรายการจึงเปิดเผยได้ และคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้มีคำวินิจฉัย ที่ สค 333/2562 ลงวันที่ 22 สิงหาคม 2562 ให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการตามคำขอของผู้ฟ้องคดี คำวินิจฉัยอุทธรณ์นี้ย่อมเป็นที่สุดตามมาตรา 37 วรรคสอง แห่งกฎหมายเดียวกัน และมีผลผูกพันผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในฐานะที่เป็นหน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายนี้ที่ต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามคำขอให้แก่ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

ประเด็นที่สอง ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองอุทธรณ์ว่า แม้คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารจะได้มีคำวินิจฉัยให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้แก่ผู้ฟ้องคดีก็ตาม แต่การดำเนินการดังกล่าวต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ และตราขึ้นภายหลังจากที่กฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการใช้บังคับแล้ว เมื่อมีบทบัญญัติขัดกันต้องถือปฏิบัติตามกฎหมายที่ออกมาภายหลัง นั้น

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 215 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “องค์กรอิสระเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นเพื่อความอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย” กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต มาตรา 36 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “คณะกรรมการ ป.ป.ช. พนักงานเจ้าหน้าที่ และบุคคลซึ่งคณะกรรมการ ป.ป.ช. แต่งตั้งหรือมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่อย่างใด จะเปิดเผยข้อมูลซึ่งมีลักษณะเป็นข้อมูลเฉพาะของบุคคลบรรดาที่ได้มาจากการปฏิบัติหน้าที่มิได้” มาตรา 58 บัญญัติว่า “ในกรณีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติว่าข้อกล่าวหาใดไม่มีมูลให้สำนักงานแจ้งให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบโดยเร็ว... และให้เปิดเผยเหตุผลของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ให้ประชาชนทราบเป็นการทั่วไป...” เมื่อศาลพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 36 แล้วเห็นว่า บทบัญญัตินี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และข้อห้ามบางประการในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่ได้มาจากการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไว้ อันถือได้ว่าเป็นกรณีของข้อมูลข่าวสารที่มีกฎหมายคุ้มครองมิให้เปิดเผย ซึ่งมาตรา 15 วรรคหนึ่ง (6) แห่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ บัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ที่จะไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าวได้ เว้นแต่เมื่อคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกันแล้ว เจ้าหน้าที่เห็นว่าควรเปิดเผย โดยบัญญัติให้เป็นดุลพินิจ โดยเฉพาะของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามลำดับสายการบังคับบัญชา และคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่จะมีคำสั่งและคำวินิจฉัยให้เปิดเผยได้ ดังนั้น กฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการจึงไม่ได้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต เพียงแต่กฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่และคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารในการใช้ดุลพินิจมีคำสั่งให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารในบางกรณีที่กฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดไว้ได้ เมื่อได้ขังน้ำหนักรถึงประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกันแล้ว จึงไม่ใช่กรณีที่กฎหมายทั้งสองฉบับขัดแย้งกันที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจะต้องปฏิบัติ

ตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะหรือเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นภายหลัง เนื่องจากแม้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญและเป็นหน่วยงานอิสระซึ่งจัดตั้งขึ้นให้มีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ แต่ก็มีหน้าที่ตามมาตรา 215 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต หรือกฎหมายอื่น รวมถึงกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการด้วย

ประเด็นที่สาม หากเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามคำขอของผู้ฟ้องคดีแล้ว ผู้เปิดเผยจะมีโทษตามมาตรา 180 แห่งกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต หรือไม่

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า โดยที่กฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ มาตรา 20 บัญญัติว่า “การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารใดแม้จะเข้าข่ายต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายใด ให้ถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบหากเป็นการกระทำโดยสุจริตในกรณีดังต่อไปนี้ (1) ข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 15 ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ดำเนินการโดยถูกต้องตามระเบียบตามมาตรา 16...” กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต มาตรา 36 วรรคสาม บัญญัติว่า “ห้ามมิให้มีการเปิดเผยหรือเผยแพร่ข้อมูลรายงานและสำนวนการตรวจสอบ การสอบสวน การไต่สวน หรือการไต่สวนเบื้องต้น รวมทั้งบรรดาเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบ การสอบสวน ไต่สวน หรือไต่สวนเบื้องต้นที่อยู่ระหว่างการดำเนินการจนกว่าคณะกรรมการ ป.ป.ช. จะได้พิจารณาและมีมติในเรื่องดังกล่าวแล้ว เว้นแต่จะเป็นการเปิดเผยเพื่อประโยชน์ในการไต่สวนหรือไต่สวนเบื้องต้น ทั้งนี้ ให้ถือว่าเป็นความลับของทางราชการ” มาตรา 180 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ผู้ใดเปิดเผยข้อมูลข้อเท็จจริง หรือข้อมูลที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ได้มาเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่เป็นการเปิดเผยตามมาตรา 36” ระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ. 2544 ข้อ 24 กำหนดว่า “ข้อมูลข่าวสารลับที่คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารมีคำวินิจฉัยให้เปิดเผยโดยไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขใด ให้ถือว่าข้อมูลข่าวสารนั้นถูกยกเลิกชั้นความลับแล้ว เว้นแต่มีการฟ้องคดีต่อศาล และศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาเป็นอย่างอื่น” คดีนี้เมื่อการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามคำขอของผู้ฟ้องคดีเป็นการเปิดเผยหลังจากที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้พิจารณาและมีมติในเรื่องดังกล่าวแล้วว่าไม่รับเรื่องไว้ดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริง ประกอบกับกรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารมีคำวินิจฉัยให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารโดยไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไข อันมีผลให้ข้อมูลข่าวสารนั้นถูกยกเลิกชั้นความลับแล้วตามข้อ 24 ของระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ. 2544 ซึ่งหากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารโดยสุจริตและถูกต้องตามระเบียบดังกล่าว ก็ไม่ต้องมีความรับผิดชอบและมีโทษตามกฎหมายใด ๆ รวมถึงมาตรา 180 แห่งกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตด้วย ทั้งนี้ ตามมาตรา 20 (1) แห่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ

การที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเปิดเผยข้อมูลข่าวสารรายการที่ 1 รายการที่ 2 เฉพาะความเห็นของเลขาธิการคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่เสนอประกอบการพิจารณาของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และรายการที่ 3 ให้แก่ผู้ฟ้องคดี ตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารสาขาสังคม การบริหารราชการแผ่นดินและการบังคับใช้กฎหมาย ที่ สค 333/2562 ลงวันที่ 22 สิงหาคม 2562 ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่คดีถึงที่สุด นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วยบางส่วน

ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น เป็นให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเปิดเผยข้อมูลข่าวสารทั้งสามรายการ ตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารสาขาสังคม การบริหารราชการแผ่นดินและการบังคับใช้กฎหมาย ที่ สค 333/2562 ลงวันที่ 22 สิงหาคม 2562 แก่ผู้ฟ้องคดี ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา

อนึ่ง ต่อมาศาลปกครองสูงสุดในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 326/2566 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 190/2566 ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารมีคำวินิจฉัยให้หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการตามคำขอของผู้ฟ้องคดี แต่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองไม่เปิดเผย ผู้ฟ้องคดีจึงได้นำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามคำขอ ศาลปกครองสูงสุดก็ได้วินิจฉัยโดยให้เหตุผลอย่างเดียวกันว่า หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์การไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารจึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

ส่วนที่ 2 : วิเคราะห์หลักกฎหมายจากคำพิพากษา “คดีนาฬิกาหุ”

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 224/2566 แล้วมีประเด็นพิจารณา ดังนี้

1. นิยาม : ข้อมูลข่าวสารของราชการ

โดยที่กฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความโปร่งใสในการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ และกฎหมายนี้ไม่ได้ใช้กับข้อมูลข่าวสารทุกประเภท หากแต่มีขอบเขตใช้บังคับเฉพาะข้อมูลข่าวสารของราชการเท่านั้น กรณีจึงต้องพิจารณาว่าอย่างไรจึงเป็น “ข้อมูลข่าวสารของราชการ” ซึ่งมาตรา 4 แห่งกฎหมายดังกล่าว ได้บัญญัติความหมายว่า “ข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐหรือข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับเอกชน” อันจะเห็นได้ว่ามีขอบเขตค่อนข้างกว้าง

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยประเด็นความเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการของข้อมูลที่ถูกฟ้องคดีขอ สรุปสาระสำคัญได้ว่า เมื่อข้อมูลข่าวสารที่ถูกฟ้องคดีขอ คือ ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริงกรณีกล่าวหาว่านักการเมืองคนหนึ่งจงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ โดยไม่แสดงว่ามีนาฬิกาข้อมือและแหวนประดับมีค่าหลายรายการ เป็นข้อมูลข่าวสารที่ได้มาจากการไต่สวนข้อเท็จจริงกรณีดังกล่าว จึงเป็นข้อมูลข่าวสาร



ที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มาจากการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ในการตรวจสอบบัญชีทรัพย์สินของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองว่ามีการจงใจไม่ยื่นบัญชีทรัพย์สิน และหนี้สิน หรือจงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินหรือหนี้สินด้วยข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ หรือมีพฤติการณ์อันควรเชื่อได้ว่ามีเจตนาไม่แสดงที่มาแห่งทรัพย์สินหรือหนี้สินหรือไม่ และอยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของสำนักงานคณะกรรมการ ป.ป.ช. ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ⁹ จึงเป็น “ข้อมูลข่าวสารของราชการ” ซึ่งสอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ได้วินิจฉัยมาโดยตลอดว่า ข้อมูลข่าวสารซึ่งได้มาจากการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายและอยู่ในครอบครองของหน่วยงานของรัฐเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการ¹⁰

⁹ โดยที่มาตรา 4 แห่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ บัญญัติว่า “หน่วยงานของรัฐ หมายความว่า ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ ส่วนราชการสังกัดรัฐสภา ศาลเฉพาะในส่วนที่ไม่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี องค์กรควบคุมการประกอบวิชาชีพ หน่วยงานอิสระของรัฐและหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” และ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ หมายความว่า ผู้ซึ่งปฏิบัติงานให้แก่หน่วยงานของรัฐ...” คดีนี้ เมื่อสำนักงานคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นหน่วยงานอิสระของรัฐ ทำหน้าที่เกี่ยวกับราชการทั่วไปและรับผิดชอบงานธุรการให้กับคณะกรรมการ ป.ป.ช. จึงเป็นหน่วยงานของรัฐ และเมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นผู้ซึ่งปฏิบัติงานให้แก่หน่วยงานของรัฐ จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายนี้

¹⁰ ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 39/2564 สรุปได้ว่า ข้อมูลข่าวสารของราชการเกี่ยวกับการว่าจ้างขนส่งโดยรถยนต์บรรทุกขนาดต่าง ๆ ด้วยวิธีจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของกรมขนส่งทางอากาศซึ่งเป็นส่วนราชการในสังกัดกองทัพอากาศ จึงเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 140/2564 สรุปได้ว่า ข้อมูลข่าวสารที่ผู้ฟ้องคดีร้องขอให้เปิดเผยคือ รายงานการสืบสวนและพินิจจำเลยก่อนคำพิพากษาของนางสาว ส. จำเลย เป็นข้อมูลเกี่ยวกับผู้ถูกสืบเสาะและพินิจที่พนักงานคุมประพฤติได้จัดทำขึ้นตามคำสั่งศาลเพื่อเสนอต่อศาลตามมาตรา 11 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีดำเนินการคุมความประพฤติตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2522 และเป็นข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของกรมคุมประพฤติซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ จึงเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 178/2564 สรุปได้ว่า ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับถ้อยคำของพยานบุคคลตามที่ผู้ฟ้องคดีร้องขอเป็นข้อมูลข่าวสารที่ได้มาจากการไต่สวนข้อเท็จจริงของคณะอนุกรรมการไต่สวนที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติแต่งตั้งขึ้น จึงเป็นข้อมูลข่าวสารที่คณะกรรมการดังกล่าวได้มาเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และอยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของสำนักงานคณะกรรมการ ป.ป.ช. ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ จึงเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 56/2564 สรุปได้ว่า ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับรายงานการประชุมของคณะกรรมการสภาพนาถความ และเกี่ยวกับงบประมาณการเบิกจ่ายของสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความที่นาย น. และนาย ว. ได้ยื่นคำร้องขอให้เปิดเผย ซึ่งอยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของสภาพนาถความซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 จึงเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการ เป็นต้น

2. วิธีการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการ

เมื่อข้อมูลข่าวสารใดเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการแล้ว กฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการได้บัญญัติวิธีการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการออกเป็น 3 วิธี คือ

2.1 การนำลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาตามมาตรา 7

ได้แก่ ข้อมูลข่าวสารของราชการ ดังต่อไปนี้ (1) โครงสร้างและการจัดองค์กรในการดำเนินงาน (2) สรุปอำนาจหน้าที่ที่สำคัญและวิธีการดำเนินงาน (3) สถานที่ติดต่อเพื่อขอรับข้อมูลข่าวสารหรือคำแนะนำในการติดต่อกับหน่วยงานของรัฐ (4) กฎ มติคณะรัฐมนตรี ข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน ระเบียบ แบบแผน นโยบาย หรือการตีความ ทั้งนี้ เฉพาะที่จัดให้มีขึ้นโดยมีสภาพอย่างกฎ เพื่อให้มีผลเป็นการทั่วไปต่อเอกชนที่เกี่ยวข้อง และ (5) ข้อมูลข่าวสารอื่นตามที่คณะกรรมการกำหนดจะเห็นได้ว่า ข้อมูลเหล่านี้เป็นข้อมูลที่ต้องเปิดเผยให้แพร่หลายโดยทั่วไป¹¹

2.2 การจัดให้มีไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจดูได้ตามมาตรา 9

ได้แก่ ข้อมูลข่าวสารของราชการ ดังต่อไปนี้ (1) ผลการพิจารณาหรือคำวินิจฉัยที่มีผลโดยตรงต่อเอกชน รวมทั้งความเห็นแย้งและคำสั่งที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาวินิจฉัยดังกล่าว (2) นโยบายหรือการตีความที่ไม่เข้าข่ายต้องลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาตามมาตรา 7 (4) (3) แผนงาน โครงการ และงบประมาณรายจ่ายประจำปีของปีที่กำลังดำเนินการ (4) คู่มือหรือคำสั่งเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีผลกระทบถึงสิทธิหน้าที่ของเอกชน (5) สิ่งพิมพ์ที่ได้มีการอ้างอิงถึงตามมาตรา 7 วรรคสอง (6) สัญญาสัมปทาน สัญญาที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอนหรือสัญญาร่วมกับเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ (7) มติคณะรัฐมนตรี หรือมติคณะกรรมการที่แต่งตั้งโดยกฎหมาย หรือโดยมติคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ ให้ระบุรายชื่อรายงานทางวิชาการ รายงานข้อเท็จจริง หรือข้อมูลข่าวสารที่นำมาใช้ในการพิจารณาไว้ด้วย และ (8) ข้อมูลข่าวสารอื่นตามที่คณะกรรมการกำหนด¹²

¹¹ สมชัย วัฒนการุณ, คำอธิบายพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540, (กรุงเทพฯ : บริษัท พี. เพรส จำกัด, 2561), น. 29.

¹² ได้แก่

1. ประกาศประกวดราคา สอบราคา
 2. สรุปผลการจัดซื้อ (แบบ สขร.1)
 3. ข้อมูลเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม
 4. ข้อมูลข่าวสารตามเกณฑ์มาตรฐานความโปร่งใสและตัวชี้วัดความโปร่งใสของหน่วยงานของรัฐ
 5. ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับงานวิจัยที่ใช้เงินงบประมาณ
 6. ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับที่สาธารณประโยชน์
 7. ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับรายชื่อผู้เข้ารับการฝึกอบรมของหน่วยงานต่าง ๆ
 8. ประกาศเชิญชวนทั่วไป ประกาศผลผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้าง และสัญญาที่ได้มีการอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้าง
 9. รายงานผลการตรวจสอบอาคารตามมาตรา 32 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522
- ข้อมูลข่าวสารอื่นที่คณะกรรมการกำหนด ม. 9 (8) [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://www.oic.go.th>

เมื่อ 2 กุมภาพันธ์ 2567



2.3 การจัดทำให้ออกเป็นกรณีเฉพาะรายตามมาตรา 11

กรณีนี้เป็นข้อมูลข่าวสารของราชการที่ประชาชนต้องยื่นคำขอให้เปิดเผย

เมื่อพิจารณาจากคดีนี้จะเห็นได้ว่า ศาลได้วินิจฉัยข้อมูลข่าวสารที่ผู้ฟ้องคดีร้องขอตามลำดับวิธีการเปิดเผยว่า “เมื่อข้อมูลข่าวสารของราชการที่ผู้ฟ้องคดีขอให้เปิดเผย ไม่ใช่ข้อมูลข่าวสารที่ต้องนำลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาตามมาตรา 7... หรือที่ต้องจัดให้มีไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจดูได้ตามมาตรา 9... จึงเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการที่ผู้ฟ้องคดีต้องยื่นคำขอให้เปิดเผยตามมาตรา 11...” ซึ่งเมื่อผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำขอให้เปิดเผยต่อหน่วยงานของรัฐแล้ว หน่วยงานของรัฐย่อมมีหน้าที่ต้องจัดทำให้ภายในเวลาอันสมควร เว้นแต่จะขอจำนวนมากหรือบ่อยครั้งโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

3. ข้อยกเว้นไม่ต้องเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีผู้ยื่นคำขอให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 11 แล้ว หากข้อมูลข่าวสารที่ขออนุญาตนั้นเข้าลักษณะเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 14 กล่าวคือ ข้อมูลข่าวสารของราชการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ หรือมาตรา 15 วรรคหนึ่ง กล่าวคือ ข้อมูลข่าวสารที่มีลักษณะ ดังนี้ การเปิดเผยจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจหรือการคลังของประเทศ การเปิดเผยจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเสื่อมประสิทธิภาพ หรือไม่อาจสำเร็จตามวัตถุประสงค์ ความเห็นหรือคำแนะนำภายในหน่วยงานของรัฐ การเปิดเผยจะก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือความปลอดภัย รายงานการแพทย์หรือข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลซึ่งการเปิดเผยจะเป็นการรุกรานสิทธิส่วนบุคคลโดยไม่สมควร ข้อมูลข่าวสารที่มีกฎหมายคุ้มครองไม่ให้เปิดเผย หรือข้อมูลข่าวสารที่มีผู้ให้มาโดยไม่ประสงค์ให้ทางราชการนำไปเปิดเผยต่อผู้อื่น หรือกรณีอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา ทั้งนี้ เมื่อข้อมูลข่าวสารของราชการมีลักษณะดังกล่าวแล้ว หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเมื่อคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกันแล้ว อาจมีดุลพินิจออกคำสั่งมิให้เปิดเผยได้ โดยต้องระบุในคำสั่งด้วยว่าการที่ไม่เปิดเผยนั้นเนื่องจากเป็นข้อมูลข่าวสารประเภทใด และเพราะเหตุใด แต่หากหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเห็นว่า การเปิดเผยจะเป็นประโยชน์แก่ประชาชนหรือเป็นประโยชน์สาธารณะมากกว่า อาจใช้ดุลพินิจออกคำสั่งให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้

คดีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อมูลข่าวสารของราชการที่ผู้ฟ้องคดีขอ มีลักษณะเป็นความเห็นหรือคำแนะนำภายในหน่วยงานของรัฐ และเป็นข้อมูลข่าวสารที่มาตรา 36 แห่งกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต คุ้มครองไม่ให้เปิดเผย จึงมีคำสั่งไม่ให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามคำขอของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวได้พิจารณาแล้วมีความเห็นที่แตกต่างออกไป สรุปได้ว่า เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้พิจารณาเรื่องร้องเรียนกรณีกล่าวหาว่าการเมืองคนหนึ่งว่าจงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบเสร็จสิ้นแล้ว โดยมีมติไม่รับเรื่องไว้ไต่สวน ส่วนกรณีการกล่าวหาอีก 2 เรื่อง คือ กรณีกล่าวหาว่าเป็นเจ้าพนักงานของรัฐรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดอันอาจคำนวณเป็นเงินได้

และกรณีกล่าวหาว่ามีพฤติการณ์ร้ายแรงผิดปกติ แม้จะอยู่ในระหว่างการแสวงหาข้อเท็จจริง แต่เป็นคนละมูลกับกรณีนี้ ซึ่งกระบวนการแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานในแต่ละสำนวนย่อมแตกต่างกัน ไม่จำกัดเฉพาะพยานหลักฐานในสำนวนเรื่องนี้เท่านั้น การเปิดเผยข้อมูลการไต่สวนซึ่งเสร็จสิ้นแล้ว ย่อมไม่เป็นอุปสรรคต่อการไต่สวนข้อเท็จจริงของเจ้าหน้าที่ ป.ป.ช. หรือของคณะกรรมการ ป.ป.ช. อันจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเสื่อมประสิทธิภาพหรือไม่อาจสำเร็จตามวัตถุประสงค์ได้ตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง (2) และข้อมูลข่าวสารตามที่ผู้ฟ้องคดีขอก็เป็นรายงานข้อเท็จจริงที่นำมาใช้พิจารณาทำคำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มิใช่มีลักษณะเป็นความเห็นหรือคำแนะนำภายในหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง (3) ซึ่งการเปิดเผยข้อมูลทั้งในชั้นการพิจารณาของเจ้าหน้าที่และของคณะกรรมการ ป.ป.ช. จะแสดงให้เห็นถึงความโปร่งใสตรวจสอบได้ และจะทำให้เกิดความน่าเชื่อถือในการปฏิบัติหน้าที่ ข้อมูลข่าวสารทั้งสามรายการจึงเปิดเผยได้ คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารจึงวินิจฉัยให้เปิดเผยข้อมูลทั้งสามรายการตามที่ผู้ฟ้องคดีขอ อันจะเห็นได้ว่า คณะกรรมการดังกล่าวเห็นว่า ข้อมูลข่าวสารตามคำขอของผู้ฟ้องคดีไม่เข้าข่ายยกเว้นที่ไม่ต้องเปิดเผยนั่นเอง หน่วยงานของรัฐจึงมีหน้าที่ตามมาตรา 11 ในอันที่จะต้องจัดหาให้แก่ผู้ขอภายในเวลาอันสมควร¹³

¹³ ในทางกลับกัน กรณีที่ผู้ฟ้องคดี (ประชาชน) ขอข้อมูลข่าวสารจากหน่วยงานของรัฐ แต่หน่วยงานของรัฐมีคำสั่งไม่ให้เปิดเผย ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ต่อมา คณะกรรมการดังกล่าวมีคำวินิจฉัยให้ยกอุทธรณ์ ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง ขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้หน่วยงานของรัฐเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามคำขอของตน ในกรณีนี้ศาลจะเข้าไปวินิจฉัยว่า ข้อมูลข่าวสารตามคำขอนั้นเข้าข่ายยกเว้นตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 หรือไม่ ได้แก่

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 93/2566 สรุปได้ว่า เมื่อหนังสือร้องเรียนและพยานหลักฐานตามที่ผู้ฟ้องคดีขอเป็นข้อมูลข่าวสารที่บุคคลได้แจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำที่อาจเป็นความผิดตามกฎหมาย การเปิดเผยชื่อผู้ร้องเรียนอาจจะทำให้ต่อไปไม่มีผู้ใดกล้าให้ข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิดตามกฎหมายแก่ทางราชการเพราะเกรงว่าจะได้รับอันตรายหรือได้รับผลร้ายจากการให้ข้อมูลอันอาจทำให้การบังคับใช้กฎหมายเสื่อมประสิทธิภาพหรือไม่อาจสำเร็จตามวัตถุประสงค์ได้ตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง (2)

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 178/2564 สรุปได้ว่า เมื่อข้อมูลข่าวสารที่ผู้ฟ้องคดีขอให้เปิดเผยเป็นข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับเรื่องกล่าวหาที่ยังอยู่ในระหว่างการไต่สวนข้อเท็จจริง หากเปิดเผยแล้วจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเสื่อมประสิทธิภาพหรือไม่อาจสำเร็จตามวัตถุประสงค์ได้ รวมทั้งเป็นอุปสรรคอย่างร้ายแรงต่อการปราบปรามการทุจริตในอนาคต คณะกรรมการ ป.ป.ช. ย่อมมีดุลพินิจที่จะไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าวได้ตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง (2) อย่างไรก็ตาม เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ไต่สวนข้อเท็จจริงแล้วมีมติว่าข้อกล่าวหาไม่มีความผิดตามที่ถูกละเมิดแล้ววินิจฉัยชี้มูลความผิดทางวินัย หรือมีมติว่าข้อกล่าวหาไม่มีมูล ให้ข้อกล่าวหาพ้นจากไปแล้ว และเมื่อได้มีการเปิดเผยชื่อผู้ให้ถ้อยคำแก่ผู้ฟ้องคดีมาก่อนแล้ว การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามคำขอของผู้ฟ้องคดีย่อมมีผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายน้อยมาก เมื่อเปรียบเทียบกับสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่จะได้รับทราบข้อมูลข่าวสารนี้เพื่อใช้ปกป้องส่วนได้เสียของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อกฎหมายให้ถือว่ารายงานเอกสารและความเห็นของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นสำนวนการสอบสวนทางวินัยของคณะกรรมการสอบสวนวินัยต่อไป (มีต่อหน้าถัดไป)



ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีนี้แล้วจะเห็นได้ว่าการที่ศาลไม่ได้วินิจฉัยประเด็นที่ว่าข้อมูลข่าวสารที่พิพาทเป็นข้อมูลข่าวสารที่มีลักษณะตามมาตรา 14 หรือมาตรา 15 วรรคหนึ่ง หรือไม่ เนื่องจากประเด็นที่ศาลจะต้องพิจารณา คือ เมื่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารมีคำวินิจฉัยให้เปิดเผยแล้ว หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่อย่างไร และการที่หน่วยงานของรัฐไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือไม่

4. สิทธิในการอุทธรณ์

สำหรับประเด็นเรื่องสิทธิในการอุทธรณ์ของผู้ขอข้อมูลข่าวสาร นั้น คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยสรุปได้ว่า คำสั่งไม่ให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี จึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 13)

และให้ผู้บังคับบัญชาพิจารณาถึงโทษทางวินัยได้โดยไม่ต้องสอบสวนใหม่ และผู้ถูกกล่าวหาที่ถูกลงโทษมีสิทธิอุทธรณ์ได้เฉพาะดุลพินิจในการกำหนดโทษของผู้บังคับบัญชาเท่านั้น ทั้งนี้ ตามมาตรา 92 วรรคหนึ่ง มาตรา 93 และมาตรา 96 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554 ที่ใช้บังคับขณะนั้น ประกอบกับการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าวจะแสดงให้เห็นถึงความถูกต้องและโปร่งใสในการพิจารณาของคณะกรรมการ ป.ป.ช. อันเป็นประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น เมื่อคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกันแล้ว คณะกรรมการ ป.ป.ช. จึงมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามคำขอให้แก่ผู้ฟ้องคดีเมื่อได้สอบสวนข้อเท็จจริงและมีมติว่าข้อกล่าวหาของผู้ฟ้องคดีมีมูลหรือไม่มีความผิดทางวินัยแล้ว ทั้งนี้ คดีหมายเลขแดงที่ อร. 166/2564 ศาลได้วินิจฉัยในแนวทางเดียวกัน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 140/2564 สรุปได้ว่า ข้อมูลข่าวสารตามคำขอเป็นข้อมูลข่าวสารที่มีรายละเอียดเกี่ยวกับประวัติส่วนตัว ครอบครัว การศึกษา การประกอบอาชีพ นิสัย ความประพฤติ ประวัติการกระทำความผิดของนางสาว ส. อันเป็นข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลตามมาตรา 4 แห่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ ที่พนักงานคุมประพฤติได้แสวงหาข้อเท็จจริงแล้วนำมาวิเคราะห์ จัดทำรายงาน และเสนอความเห็นต่อศาล เพื่อที่ศาลจะได้ใช้ประกอบดุลพินิจในการพิจารณาลงโทษจำเลย ซึ่งการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลดังกล่าวแก่ผู้ฟ้องคดี โดยปราศจากความยินยอมของบุคคลนั้น ย่อมเป็นการรุกรานสิทธิของบุคคลอื่นโดยไม่สมควร นอกจากนี้ รายงานการสืบเสาะและพินิจจำเลยก่อนคำพิพากษาดังกล่าวยังมีข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการสอบปากคำพยานบุคคลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องรวมอยู่ด้วย อีกทั้งยังมีความเห็นของพนักงานคุมประพฤติที่เสนอต่อศาลเพื่อประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีว่าสมควรรอกการลงโทษ หรือรอกการกำหนดโทษจำเลยหรือไม่ และจะมีเงื่อนไขการคุมประพฤติอย่างไร หรือจะใช้มาตรการใดจึงจะเหมาะสมกับจำเลย การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามคำขอของผู้ฟ้องคดีจึงอาจจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเสื่อมประสิทธิภาพหรือไม่อาจสำเร็จตามวัตถุประสงค์ได้ อีกทั้งข้อมูลข่าวสารดังกล่าวเป็นข้อมูลข่าวสารที่ผู้ที่ไม่เช่นนั้นไม่ประสงค์ให้ทางราชการนำไปเปิดเผยต่อบุคคลอื่นด้วย กรณีจึงเป็นข้อมูลข่าวสารที่เข้าข่ายกรณีที่เจ้าหน้าที่ของกรมคุมประพฤติซึ่งครอบครองหรือควบคุมดูแลข้อมูลดังกล่าวมีอำนาจที่จะมีคำสั่งไม่ให้เปิดเผยก็ได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง (2) (5) และ (6) แห่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ เป็นต้น

ซึ่งผู้ขอข้อมูลข่าวสารมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งนั้นต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่รับแจ้งคำสั่งนั้น

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาในส่วนนี้แล้วจะเห็นได้ว่า ศาลได้อธิบายหลักการเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งไม่ให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารอย่างเป็นลำดับและแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงและความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการและกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองว่ามีความต่อเนื่องและสอดคล้องกัน กล่าวคือ เมื่อคำสั่งไม่ให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการเป็นคำสั่งทางปกครอง และเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์ต่อไปได้ ซึ่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการได้กำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 15 วรรคท้าย และมาตรา 18¹⁴ ผู้ขอข้อมูลข่าวสารจึงมีสิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่รับแจ้งคำสั่ง

อนึ่ง ผู้เขียนมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า เมื่อคำสั่งไม่ให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์ต่อไปได้ จึงต้องมีการแจ้งสิทธิในการอุทธรณ์ให้ผู้ขอทราบตามมาตรา 40 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยในคำสั่งดังกล่าวอย่างน้อยต้อง (1) ระบุว่าการที่ไม่เปิดเผยนั้นเนื่องจากเป็นข้อมูลข่าวสารประเภทใดและเพราะเหตุใด (2) ระบุว่าสิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร โดยยื่นคำอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ และ (3) ระบุระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์ คือ ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่รับแจ้งคำสั่ง หากไม่ได้แจ้งสิทธิในการอุทธรณ์ดังกล่าว ระยะเวลาอุทธรณ์อาจขยายเป็น 1 ปี นับแต่วันที่รับคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ ตามมาตรา 40 วรรคสอง แห่งกฎหมายดังกล่าว

5. สถานะของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารและสถานะคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยประเด็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร โดยได้อธิบายหลักการเรื่องการอุทธรณ์และอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร สรุปสาระสำคัญได้ว่า คณะกรรมการฯ มีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งของสำนักงานคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่ไม่ให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสาร และอาจวินิจฉัย

¹⁴ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

มาตรา 15 วรรคท้าย “คำสั่งมิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ แต่ต้องระบุไว้ด้วยว่าที่เปิดเผยไม่ได้เพราะเป็นข้อมูลข่าวสารประเภทใดและเพราะเหตุใด และให้ถือว่ากรณีคำสั่งเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการเป็นดุลพินิจ โดยเฉพาะของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามลำดับสายการบังคับบัญชา แต่ผู้ขออาจอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้ตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้”

มาตรา 18 “ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีคำสั่งมิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารใดตามมาตรา 14 หรือมาตรา 15 หรือมีคำสั่งไม่รับฟังคำคัดค้านของผู้มีประโยชน์ได้เสียตามมาตรา 17 ผู้นั้นอาจอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่รับแจ้งคำสั่งนั้น โดยยื่นคำอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการ”

ให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้นได้ โดยคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกัน ทั้งนี้ ตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง ประกอบกับมาตรา 35 วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ ในการนี้ คณะกรรมการฯ ในฐานะเจ้าหน้าที่ที่พิจารณาอุทธรณ์ ย่อมมีอำนาจพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองของสำนักงานคณะกรรมการ ป.ป.ช ได้ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง และอาจมีคำสั่งเพิกถอน คำสั่งทางปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใดก็ได้ตามมาตรา 46 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และเมื่อคณะกรรมการฯ ได้มีคำวินิจฉัยให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการตามคำขอของผู้ฟ้องคดีแล้ว คำวินิจฉัยอุทธรณ์นี้ย่อมเป็นที่สุดตามมาตรา 37 วรรคสอง แห่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ และมีผลผูกพันผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในฐานะที่เป็นหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามกฎหมายนี้ที่ต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการฯ ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาในส่วนนี้แล้วจะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยถึงสถานะของคณะกรรมการฯ ว่าเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ซึ่งสอดคล้องกับการจัดองค์กร และอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร และสอดคล้องกับความเห็นทางวิชาการ กล่าวคือ คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารมีลักษณะเป็น “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” ตามมาตรา 5 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ มีการจัดองค์กรตามกฎหมายดังกล่าว และมีวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายที่กำหนดโดยระเบียบของคณะกรรมการ ข้อมูลข่าวสาร คณะกรรมการนี้จึงมีสถานะเป็นองค์กรวินิจฉัยสูงสุดในฝ่ายปกครองและเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ซึ่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองให้อำนาจพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง และอาจมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใดก็ได้

สำหรับความเห็นทางวิชาการเกี่ยวกับสถานะของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร รองศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ ได้อธิบายหลักความมีอำนาจสูงสุดในการวินิจฉัยอุทธรณ์ ในฝ่ายปกครองว่า “เนื่องจากคณะกรรมการนี้มีฐานะสำคัญ ดังนี้ 1. เป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นโดยกฎหมาย มอบอำนาจแก่คณะรัฐมนตรี แต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิตามคำแนะนำของคณะกรรมการข้อมูลข่าวสาร ซึ่งมิได้อยู่ในอำนาจบังคับบัญชาของคณะรัฐมนตรี 2. เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งของหน่วยงานของรัฐ... ตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 (มาตรา 4) จะมียกเว้นก็เฉพาะคำสั่งศาลที่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาของศาลเท่านั้น 3. การวินิจฉัยอุทธรณ์เป็นการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะองค์กรผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งเป็นอิสระ มีอำนาจตามกฎหมายโดยไม่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชา... 4. การปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่เป็นไปตามระเบียบและวิธีพิจารณาที่ตราขึ้นตามกฎหมาย และมีอำนาจเรียกบุคคลมาให้ถ้อยคำ หรือเรียกข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องมาประกอบการพิจารณาได้... 5. คำวินิจฉัยขององค์กรนั้นกฎหมายกำหนด

ให้เป็นที่สุด”¹⁵ อันจะเห็นถึงสถานะความเป็นองค์กรวินิจฉัยสูงสุดในฝ่ายปกครองของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร นอกจากนี้ สมชัย วัฒนการุณ¹⁶ ยังเห็นว่า “คณะกรรมการนี้ถือได้ว่าเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจกึ่งตุลาการ เนื่องจากมีการพิจารณาเป็นองค์คณะ คำวินิจฉัยต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และเหตุผลในการวินิจฉัย มีระเบียบวิธีพิจารณาที่ชัดเจนตามระเบียบคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการว่าด้วยอำนาจหน้าที่ วิธีพิจารณา และองค์คณะในการพิจารณาและวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร พ.ศ. 2542”¹⁷ อีกด้วย

สำหรับสถานะของคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า “เป็นที่สุดและผูกพันหน่วยงานของรัฐที่ออกคำสั่งทางปกครองให้ต้องปฏิบัติตาม” โดยศาลได้เชื่อมโยงทั้งสถานะและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการฯ และสถานะของคำวินิจฉัยตามกฎหมาย ข้อมูลข่าวสารของราชการและกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองอย่างสอดคล้อง สอดรับ และเป็นเหตุเป็นผล กล่าวคือ เมื่อคำสั่งที่ไม่ให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการเป็นกฎหมายเฉพาะได้บัญญัติวิธีการอุทธรณ์เอาไว้ โดยให้อุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ตามกฎหมายดังกล่าว จึงย่อมมีอำนาจพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง และอาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใดก็ได้ ตามมาตรา 46 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง¹⁸ และเมื่อวินิจฉัยอย่างใดแล้ว คำวินิจฉัยนี้

¹⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ‘ข้อสังเกตเบื้องต้นว่าด้วยบทบาทภาระหน้าที่ของคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการและคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร’ (การประชุมทางวิชาการในวาระครบรอบ 2 ปี พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540, ดิกสันติไมตรี ทำเนียบรัฐบาล, 2543), น. 16-17.

¹⁶ ประธานแผนกคดีวินัยการคลังและการงบประมาณในศาลปกครองสูงสุด

¹⁷ สมชัย วัฒนการุณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11, น. 110.

¹⁸ ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นทางวิชาการของรองศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ ที่ว่า “ความเข้าใจที่ว่าคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารมีเพียงอำนาจเพิกถอนคำสั่งไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่ได้สั่งตามมาตรา 15 นี้ เป็นความเข้าใจที่เป็นผลมาจากการตีความกฎหมายอย่างแคบ และขัดต่อหลักการของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และความมุ่งหมายของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 อย่างสำคัญ ทั้งนี้ เพราะการที่กฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการฯ มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยอุทธรณ์เป็นที่สุด (มาตรา 37) และเป็นองค์กรผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับหลักประกันความเป็นอิสระ... เพื่อตอบสนองความมุ่งหมายสำคัญของกระบวนการวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในตัวของมันเอง... ดังนั้น คณะกรรมการฯ ย่อมต้องมีอำนาจวินิจฉัยยืน ยก กลับ แล้คำสั่งทางปกครองได้ มิใช่มีแต่เพียงอำนาจในการเพิกถอนคำสั่งไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่ออกตามมาตรา 15 เท่านั้น มิฉะนั้น การเย้ยอาและหลักประกันสิทธิเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของประชาชนโดยการวินิจฉัยอุทธรณ์ย่อมเกิดขึ้นได้ยาก... ด้วยเหตุนี้ การตีความความหมายของอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการฯ จึงควรตีความว่าหมายถึงอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ของเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองโดยทั่วไป...” อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 15, น. 17-18.

กฎหมายบัญญัติให้เป็นที่สุดตามมาตรา 37 วรรคสอง แห่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ ดังนั้น คำวินิจฉัยนี้จึงมีสถานะ คือ เป็นที่สุดและผูกพันให้หน่วยงานทางปกครองต้องปฏิบัติตาม

นอกจากนี้ ในประเด็นเรื่องสถานะของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร และสถานะคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 56/2564 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 229/2564 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 242/2564 สรุปสาระสำคัญได้ว่า คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารในฐานะเจ้าหน้าที่ที่พิจารณาอุทธรณ์ ย่อมมีอำนาจพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองของผู้ฟ้องคดีได้ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง และอาจมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใดก็ได้ ตามมาตรา 46 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เมื่อคณะกรรมการดังกล่าวพิจารณาแล้ววินิจฉัยให้ผู้ฟ้องคดี (สภาพนายความ) เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการตามคำขอ อันมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงคำสั่งของผู้ฟ้องคดี คำวินิจฉัยอุทธรณ์นี้ย่อมเป็นที่สุดตามมาตรา 37 วรรคสอง แห่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ และผูกพันผู้ฟ้องคดีในฐานะหน่วยงานของรัฐที่ต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ และในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 686/2548 ที่ว่า คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเป็นการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองของราชการ โดยองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาอุทธรณ์ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ผลของคำวินิจฉัยจึงย่อมเป็นที่สุด

6. หน้าที่ของหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาในคดีนี้แล้วจะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยถึงหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีคำสั่งมิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการว่า เมื่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้มีคำวินิจฉัยให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการตามคำขอแล้ว คำวินิจฉัยอุทธรณ์นี้ย่อมเป็นที่สุดและมีผลผูกพันให้หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยดังกล่าว หากไม่เปิดเผยจะเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ อีกทั้งเมื่อพิจารณาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดีที่มีข้อเท็จจริงทำนองเดียวกันกับคดีนี้แล้วจะเห็นได้ว่า นอกจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารจะผูกพันให้หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามแล้ว หน่วยงานของรัฐยังไม่อาจโต้แย้งคำวินิจฉัยต่อไปได้ และไม่อาจฟ้องคดีได้อีกด้วย ได้แก่

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 686/2548 สรุปได้ว่า ผลของคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารย่อมเป็นที่สุดและผูกพันการรถไฟแห่งประเทศไทยที่จะต้องปฏิบัติตาม ประกอบกับกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการมีเจตนารมณ์ที่สำคัญในการกำหนดให้หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้ประชาชนได้รับทราบ สามารถเข้าถึงและตรวจสอบได้โดยง่าย เพื่อจะได้

แสดงความคิดเห็นและรักษาประโยชน์ของตน ควบคู่ไปกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล หากให้หน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารและเป็นผู้ออกคำสั่งปฏิเสธการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร สามารถใช้สิทธิฟ้องคดีเพื่อเพิกถอนคำวินิจฉัยดังกล่าวได้ ย่อมขัดต่อหลักการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายบริหาร และทำให้การบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ขาดประสิทธิภาพและไม่บรรลุผลตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่บัญญัติไว้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 56/2564 สรุปได้ว่า เมื่อในการพิจารณาคำขอข้อมูลข่าวสารของราชการของประชาชน ผู้ฟ้องคดี (สหภาพความ) มีฐานะเป็นหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ จึงมีหน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าวที่จะต้องเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ต้องผูกพันและปฏิบัติตามคำวินิจฉัยอุทธรณ์ จึงไม่อาจถือว่าการต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่ทำให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการเป็นการแทรกแซงหรือครอบงำการบริหารจัดการภายในของผู้ฟ้องคดี อันจะทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหาย เนื่องจากการอุทธรณ์ตามกฎหมายนี้มีเจตนารมณ์เพื่อให้ประชาชนผู้ยื่นคำขอข้อมูลข่าวสารของราชการที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการของหน่วยงานของรัฐ มีสิทธิในการขอให้พิจารณาทบทวนคำสั่งดังกล่าว อันเป็นการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายก่อนนำคดีไปฟ้องต่อศาล แต่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองหน่วยงานของรัฐที่จะไม่ต้องเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร จึงไม่อาจถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีในฐานะที่เป็นหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าวได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ที่จะมีสิทธิฟ้องต่อศาลปกครองให้เพิกถอนคำวินิจฉัยอุทธรณ์นั้นได้¹⁹

อนึ่ง ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า หน่วยงานของรัฐยังพึงต้องทราบ ว่า เมื่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารมีคำวินิจฉัยเป็นประการใดแล้ว นอกจากหน่วยงานของรัฐจะมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังที่ศาลปกครองสูงสุดในคดีที่วิเคราะห์นี้ได้วินิจฉัยแล้ว ยังมีหน้าที่ต้องเปิดเผยภายในเวลา 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับทราบคำวินิจฉัยอีกด้วย หากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ให้ผู้บังคับบัญชาพิจารณาโทษทางวินัยทุกกรณี ทั้งนี้ ตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2542 ที่ได้เห็นชอบแนวทางการดำเนินการเกี่ยวกับการปฏิบัติตามกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ รายละเอียดตามหนังสือสำนักนายกรัฐมนตรีที่ นร 1311/1603 ลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2542 ที่ว่า... “3. เมื่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ได้มีคำวินิจฉัยและแจ้งให้หน่วยงานของรัฐทราบแล้ว ให้หน่วยงานของรัฐที่ได้รับแจ้งถือปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารโดยเคร่งครัด ภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับทราบคำวินิจฉัย 4. หากหน่วยงานของรัฐแห่งใด มีปัญหาอุปสรรคในการปฏิบัติตามความเห็นของคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการหรือการให้ความร่วมมือกับสำนักงานคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ และการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผย

¹⁹ ทั้งนี้ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 288/2563 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 229/2564 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 242/2564 ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน

ข้อมูลข่าวสารสาขาต่าง ๆ หรือไม่สามารถดำเนินการได้ภายในกำหนดเวลา ให้แจ้งเหตุผลให้สำนักงานคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีทราบโดยเร็ว หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใด ไม่ปฏิบัติตามความเห็นของคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ หรือไม่ให้ความร่วมมือกับสำนักงานคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ หรือไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารสาขาต่าง ๆ โดยไม่มีเหตุผลที่สมควร ให้ผู้บังคับบัญชาดำเนินการพิจารณาลงโทษทางวินัยทุกกรณี...”

7. การคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการ

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า กรณีการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามคำขอของผู้ฟ้องคดี “เป็นกรณีที่คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารมีคำวินิจฉัยให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารโดยไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไข อันมีผลให้ข้อมูลข่าวสารนั้นถูกยกเลิกชั้นความลับแล้วตามข้อ 24 ของระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ. 2544 ซึ่งหากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารโดยสุจริต และถูกต้องตามระเบียบดังกล่าว ก็ไม่ต้องมีความรับผิดชอบและมีโทษตามกฎหมายใด ๆ รวมถึงมาตรา 180 แห่งกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ด้วย” อันจะเห็นได้ว่า ศาลได้วินิจฉัยถึงความคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการ

โดยเมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มครองของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการแล้ว จะเห็นได้ว่า มีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้ มาตรา 20 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารใดแม้จะเข้าข่ายต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายใด ให้ถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบหากเป็นการกระทำโดยสุจริตในกรณีดังต่อไปนี้ (1) ข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 15 ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ดำเนินการโดยถูกต้องตามระเบียบตามมาตรา 16...” มาตรา 16 บัญญัติว่า “เพื่อให้เกิดความชัดเจนในทางปฏิบัติว่าข้อมูลข่าวสารของราชการจะเปิดเผยต่อบุคคลใดได้หรือไม่ภายใต้เงื่อนไขเช่นใด และสมควรมีวิธีการรักษาให้รู้ไว้ให้หน่วยงานของรัฐกำหนดวิธีการคุ้มครองข้อมูลข่าวสารนั้น ทั้งนี้ ตามระเบียบที่คณะรัฐมนตรีกำหนดว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ” ซึ่งระเบียบดังกล่าวนี้คือ ระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ. 2544 โดยข้อ 24 กำหนดว่า “ข้อมูลข่าวสารลับที่คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารมีคำวินิจฉัยให้เปิดเผยโดยไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขใด ให้ถือว่าข้อมูลข่าวสารนั้นถูกยกเลิกชั้นความลับแล้ว ...” ดังนี้แล้ว แม้มาตรา 180 วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต จะบัญญัติโทษแก่ผู้ที่เปิดเผยข้อความหรือข้อเท็จจริงที่ได้มาเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัติ²⁰ ก็ตาม แต่เมื่อข้อมูลข่าวสารนี้ได้ถูกยกเลิกชั้นความลับแล้ว

²⁰ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561

มาตรา 180 วรรคหนึ่ง “ผู้ใดเปิดเผยข้อความ ข้อเท็จจริง หรือข้อมูลที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ได้มาเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่เป็นการเปิดเผยตามมาตรา 36”

เนื่องจากคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้มีคำวินิจฉัยให้เปิดเผยโดยไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขใด เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้เปิดเผยย่อมได้รับความคุ้มครองให้ไม่ต้องรับผิดชอบหากเป็นการกระทำโดยสุจริต

อีกทั้งเมื่อพิจารณาความเห็นทางวิชาการในเรื่องความคุ้มครองของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการแล้วจะเห็นได้ว่า เป็นไปในแนวทางที่สอดคล้องกัน โดยศาสตราจารย์พิเศษชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ได้ให้คำอธิบายเรื่องความคุ้มครองสำหรับเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายนี้ไว้เช่นกันว่า “แม้การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้แก่ประชาชนโดยผิดพลาดย่อมนำมาซึ่งความรับผิดชอบทั้งในทางแพ่ง อาญา และวินัย ซึ่งบทบังคับเหล่านี้อาจทำให้เจ้าหน้าที่พยายามหาความปลอดภัยไว้ก่อน โดยหลีกเลี่ยงที่จะเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร เพราะการไม่เปิดเผยไม่มีโทษทางอาญา คงมีแต่ทางแพ่งและทางวินัยที่ไม่ร้ายแรงนัก แต่การเปิดเผยอาจมีโทษอาญาเพิ่มขึ้นได้ กฎหมายจึงได้กำหนดมาตรการคุ้มครองเจ้าหน้าที่ หากเจ้าหน้าที่ได้ปฏิบัติโดยสมควรแล้ว โดยกฎหมายกำหนดมาตรการคุ้มครองเจ้าหน้าที่สองกรณี คือ

(1) การปฏิบัติโดยถูกต้องตามระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับ ซึ่งมาตรา 16 บัญญัติให้คณะรัฐมนตรีกำหนดระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของราชการ...เพื่อเป็นแนวทางสำหรับเจ้าหน้าที่ระดับล่างลงมาปฏิบัติ...

(2) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการแต่ละชั้นย่อมมีคุณค่าในหลายด้าน ซึ่งประโยชน์ในแต่ละด้านอาจขัดกันได้ มิใช่ว่าถ้าเข้าข้ออ้างว่าเป็นความลับแล้วจะต้องลับและเปิดเผยมิได้เสมอไป เพราะอาจเกี่ยวพันกับประโยชน์ยิ่งใหญ่มากกว่าที่ความลับเล็กน้อย อาจต้องพิจารณาหลักทางให้ ซึ่งมาตรา 20 (2) กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐตามที่กำหนดในกฎกระทรวง (ระดับสูงเพียงพอจะรับผิดชอบได้) อาจวินิจฉัยได้ว่า ข้อมูลข่าวสารใดควรเปิดเผยเป็นการทั่วไปหรือเป็นการเฉพาะแก่บุคคลใด หากมีประโยชน์ที่สำคัญยิ่งกว่าเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ ชีวิต ร่างกาย สุขภาพ หรือประโยชน์อื่นของบุคคล หากการเปิดเผยได้ดำเนินการไปโดยสมควรแก่เหตุ ซึ่งในการตัดสินใจเปิดเผยดังกล่าว อาจมีการรอนสิทธิประโยชน์ของเอกชนบางประการก็ได้ แต่เพื่อรักษาประโยชน์ที่สำคัญกว่า สมควรให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหน้าที่ผู้ใช้ดุลพินิจวินิจฉัยให้ไม่ต้องรับผิดชอบการส่วนตัว”²¹ และ ดร.ฤทัย หงส์สิริ และรองศาสตราจารย์ ดร.มานิตย์ จุมปา ได้อธิบายเกี่ยวกับความคุ้มครองเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายข้อมูลข่าวสารไว้ในทำนองเดียวกันว่า “ความคุ้มครองที่กฎหมายให้ตามมาตรา นี้ เป็นนโยบายของกฎหมายที่มุ่งให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหน้าที่โดยเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อส่งเสริมหรือสนับสนุนให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามอำนาจที่กฎหมายให้ไว้”²²

ดังนั้นแล้ว แม้จะเป็นข้อมูลข่าวสารลับของทางราชการก็ตาม แต่หากคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้คำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ

²¹ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 19-20.

²² ฤทัย หงส์สิริ และมานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายข้อมูลข่าวสารของทางราชการ, (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2542), น. 157.

และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกันแล้ว มีคำวินิจฉัยให้เปิดเผยโดยไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขใด ข้อมูลข่าวสารนั้นจึงถูกยกเลิกชั้นความลับแล้ว หากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารโดยสุจริต และถูกต้องก็ไม่ต้องมีความรับผิดชอบและมีโทษตามกฎหมายใด หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงไม่จำเป็นต้องกังวล ทั้งไม่อาจอ้างความกังวลเพื่อที่จะไม่เปิดเผยได้

8. ความสัมพันธ์ของกฎหมายข้อมูลข่าวสารกับกฎหมายเฉพาะที่ห้ามการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร

โดยที่กฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการเป็นกฎหมายทั่วไปที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการ ซึ่งข้อมูลข่าวสารบางอย่างก็มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะไม่ให้เปิดเผย อันเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า กฎหมายที่คุ้มครองไม่ให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการนี้ มีความสัมพันธ์กับกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการอย่างไร

เมื่อพิจารณาความเห็นทางวิชาการแล้ว ดร.ฤทัย หงส์ศิริ และรองศาสตราจารย์ ดร.มานิตย์ จุมปา เห็นว่า “เนื่องจากเมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการแล้ว กฎหมายนี้ได้จัดทำขึ้นเพื่อให้เป็นกฎหมายกลางที่ใช้กับข้อมูลข่าวสารของราชการได้ทุกเรื่อง โดยกำหนดหลักเกณฑ์กลางที่อาจจะปรับใช้กับกฎหมายต่าง ๆ ได้ และหากพิจารณาในเนื้อหาแล้ว กฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการนี้ไม่ขัดกับกฎหมายเฉพาะ แม้ว่ากฎหมายเฉพาะจะมีบทบัญญัติห้ามเปิดเผยข้อมูลข่าวสารก็ตาม เนื่องจากกฎหมายข้อมูลข่าวสารมาตรา 15 (6) ก็ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ที่จะไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้ หากมีกฎหมายคุ้มครองมิให้เปิดเผย เพียงแต่กฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐ และคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่จะใช้ดุลพินิจเปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าวได้ แม้จะมีกฎหมายเฉพาะไม่ให้เปิดเผยก็ตาม โดยพิจารณาซึ่งน้ำหนักส่วนได้เสียในเรื่องนั้นว่า น่าจะเป็นประโยชน์สาธารณะมากกว่าหรือไม่ โดยกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารก็เป็นผู้เชี่ยวชาญที่ตั้งขึ้นตามสาขาความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านของข้อมูลข่าวสารดังกล่าว มีอำนาจเข้าถึงข้อมูลข่าวสารในชั้นความลับต่าง ๆ เนื่องจากมีอำนาจในการเรียกให้บุคคลมาให้ถ้อยคำ หรือให้ส่งวัตถุ เอกสาร หรือพยานหลักฐานมาประกอบการพิจารณาได้ ดังนั้น ในการพิจารณาว่าจะเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการได้หรือไม่นั้น แม้จะมีกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้ก็ตาม ก็สามารถใช้กฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการบังคับได้ ในฐานะที่เป็นกฎหมายกลางในเรื่องของข้อมูลข่าวสารของราชการ”²³ ดังนั้น ไม่อาจถือได้ว่ากฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการขัดกับกฎหมายเฉพาะ

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 21/2543 เรื่อง การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับผลการสอบสวนข้อเท็จจริงกรณีการทุจริตเกี่ยวกับการจัดซื้อยา และเวชภัณฑ์ในกระทรวงสาธารณสุข คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตอบข้อหารือของสำนักงาน ป.ป.ป. ในประเด็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการและกฎหมายเฉพาะที่คุ้มครอง

²³ เฟื่องอ้าง, น. 147-148.

มิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสาร โดยตอบข้อหาหรือที่ว่าคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารมีอำนาจสั่งให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่มีกฎหมายคุ้มครองมิให้เปิดเผยได้หรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่า “บทบัญญัติของมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. 2518 เป็นบทบัญญัติที่ห้ามมิให้ผู้ใดเปิดเผยข้อความ ข้อเท็จจริง หรือข้อมูลที่ได้มาเนื่องจากการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ และเป็นที่แน่ชัดว่า ข้อมูลข่าวสารในกรณีนี้เป็นข้อเท็จจริงหรือข้อมูลที่ได้มาเนื่องจากการปฏิบัติการตามหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ป. จึงเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการที่มีกฎหมายคุ้มครองมิให้เปิดเผยตามมาตรา 15 (6)... แม้ว่าข้อมูลในกรณีนี้จะมีลักษณะตามบทบัญญัติมาตรา 15 (6) ก็ตาม แต่มาตรา 15 วรรคหนึ่ง ก็บัญญัติไว้ว่า หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจใช้ดุลพินิจให้เปิดเผยได้ ปัญหาจึงมีว่า การที่คณะกรรมการวินิจฉัยฯ สั่งให้คณะกรรมการ ป.ป.ป. เปิดเผยข้อมูลข่าวสารจะเป็นการขัดกับบทบัญญัติมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการฯ... หรือไม่” ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่า “คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารมีอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 35 แห่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการที่จะพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง ที่สั่งมิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้ ดังนั้น คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร จึงมีอำนาจตามกฎหมายที่จะสั่งให้เปิดเผยหรือไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการได้ เมื่อคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเป็นไปตามอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้ สำนักงาน ป.ป.ป. จึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม แม้ว่ามาตรา 25... จะคุ้มครองไม่ให้เปิดเผยก็ตาม และโดยที่การเปิดเผยสำนวนการสอบสวนข้อเท็จจริงโดยสำนักงาน ป.ป.ป. เป็นการกระทำตามคำวินิจฉัยของ “คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร” ที่มีอำนาจตามกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ สำนักงาน ป.ป.ป. จึงได้รับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการฯ โดยถือว่าเป็นการกระทำตามหน้าที่ราชการ ตามข้อยกเว้นที่ระบุไว้ในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว มาตรา 25 วรรคหนึ่ง การที่คณะกรรมการ ป.ป.ป. ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร จึงไม่เป็นการขัดกับพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการฯ”

ซึ่งเมื่อพิจารณาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ก็จะเห็นได้ว่า ศาลได้วินิจฉัยโดยให้เหตุผลในทำนองเดียวกันและสอดคล้องกันกับความเห็นทางวิชาการและความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาข้างต้นว่า “บทบัญญัติมาตรา 36 แห่งกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และข้อห้ามบางประการในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่ได้มาจากการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไว้ เป็นกรณีของข้อมูลข่าวสารที่มีกฎหมายคุ้มครองมิให้เปิดเผย ซึ่งมาตรา 15 วรรคหนึ่ง (6) แห่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ บัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ที่จะไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าวได้ เว้นแต่เมื่อคำวินิจฉัยการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกันแล้ว เจ้าหน้าที่เห็นว่าควรเปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าว โดยบัญญัติให้เป็นดุลพินิจโดยเฉพาะของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามลำดับสายการบังคับบัญชา



และคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่จะมีคำสั่งและคำวินิจฉัยให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าวได้ ดังนั้น กฎหมายดังกล่าวจึงไม่ได้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต เพียงแต่พระราชบัญญัติฉบับนี้ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่และคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารใช้ดุลพินิจมีคำสั่งให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารในบางกรณีที่กฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดไว้ได้ เมื่อได้ชี้แจงน้ำหนักถึงประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกันแล้ว จึงไม่ใช่กรณีที่กฎหมายทั้งสองฉบับขัดแย้งกัน ที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ หรือเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นภายหลัง”

นอกจากนี้ ในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดยังให้เหตุผลถึงการที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองต้องปฏิบัติตามกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการในฐานะที่เป็นกฎหมายกลางต่อไปอีกว่า “เนื่องจากแม้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญและเป็นหน่วยงานอิสระซึ่งจัดตั้งขึ้นให้มีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ แต่ก็มีหน้าที่ตามมาตรา 215 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย²⁴ ที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตหรือกฎหมายอื่น รวมถึงพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ด้วย” อันเป็นการยืนยันหลักการความเป็นกฎหมายกลางและหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐในการปฏิบัติตามกฎหมายนี้

อนึ่ง จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของ “หน่วยงานอิสระของรัฐ” ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า หน่วยงานอิสระของรัฐยังคงมีปัญหาเกี่ยวกับความเข้าใจในการใช้บังคับกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ ดังจะเห็นได้ว่า หน่วยงานอิสระของรัฐมักจะยกข้ออ้างขึ้นต่อสู้เพื่อปฏิเสธการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการ ไม่ว่าจะเป็นการยกเรื่องความเป็นหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ และการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญขึ้นกล่าวอ้างว่าคดีไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง หรือปัญหาเกี่ยวกับความเข้าใจของหน่วยงานอิสระของรัฐว่าไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ จึงไม่ต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารหรือปัญหากรณีหน่วยงานอิสระของรัฐกล่าวอ้างว่ามีกฎหมายเฉพาะคุ้มครองมิให้เปิดเผย หรือปัญหาที่หน่วยงานอิสระของรัฐกล่าวอ้างว่าหากเปิดเผยแล้วเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีโทษตามกฎหมายได้ ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยตอบปัญหาในเรื่องความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนของหน่วยงานอิสระของรัฐในเรื่องดังกล่าวแล้ว ดังต่อไปนี้

²⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มาตรา 215 “องค์กรอิสระเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นให้มีคามอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย”

(1) ปัญหาการยกเรื่องความเป็นหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญและการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญขึ้นกล่าวอ้างว่าคดีไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยวางหลักการในเรื่องนี้ไว้ว่า คำสั่งปฏิเสธการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการเป็นการกระทำในการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตให้อำนาจ ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ทางปกครอง คณะกรรมการ ป.ป.ช. จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542²⁵ มิใช่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ที่เป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ได้แก่

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 427/2551 สรุปได้ว่า การที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) และสำนักงาน ป.ป.ช. (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีตรวจและคัดสำเนาเอกสารในสำนวนการไต่สวนนั้น ไม่ใช่กรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แต่ถือได้ว่าการกระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งกฎหมายจัดตั้งศาลปกครอง เมื่อผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองไม่ดำเนินการตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่ให้เปิดเผยสำนวนการสอบสวนของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตามที่กฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการกำหนดไว้ ขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามที่ผู้ฟ้องคดีขอ กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งกฎหมายดังกล่าว และมีคำขอให้ศาลปกครองกำหนดค่าบังคับตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (2) แห่งกฎหมายเดียวกัน ดังนั้น ศาลปกครองจึงมีอำนาจรับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณาพิพากษาได้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 661/2553 สรุปได้ว่า เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้เป็นการกระทำในการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ที่ให้อำนาจแก่ผู้ถูกฟ้องคดี (คณะกรรมการ ป.ป.ช.) ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ทางปกครอง ผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งกฎหมายจัดตั้งศาลปกครอง คดีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด มิใช่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดของผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ที่เป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1400/2558 สรุปได้ว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะกรรมการ ป.ป.ช.) ได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 120 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มีมติไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ

²⁵ ต่อไปจะเรียกโดยย่อว่า กฎหมายจัดตั้งศาลปกครอง



วินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร เป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ในการออกกฎ คำสั่งหรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล อันเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีฐานะเป็นคณะกรรมการที่มีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคลจึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งกฎหมายจัดตั้งศาลปกครอง การที่ผู้ฟ้องคดี ฟ้องว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง²⁶ ไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร และมีคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ วินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองละเลยต่อหน้าที่ ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งกฎหมายจัดตั้งศาลปกครอง คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 681/2560 สรุปได้ว่า ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือขอ ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการสอบสวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. คณะกรรมการ ป.ป.ช. (ผู้ถูกฟ้องคดี) พิจารณาแล้วมีมติอนุญาตให้คัดถ่ายสำเนาเอกสารเฉพาะรายการที่ 1 และรายการที่ 7 ส่วนเอกสารรายการที่ 2 ถึงรายการที่ 6 เป็นเอกสารที่หากเปิดเผยจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเสื่อมประสิทธิภาพและจะก่อให้เกิด อันตรายต่อชีวิตหรือความปลอดภัยของบุคคลหนึ่งบุคคลใดได้ตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง (2) และ (4) แห่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ จึงมีมติไม่อนุญาต กรณีจึงเป็นการปฏิเสธการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ของทางราชการตามกฎหมายดังกล่าว ซึ่งการกระทำดังกล่าวมิได้เป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ ในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญตามมาตรา 250 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่เป็นการกระทำในฐานะที่เป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งกฎหมาย จัดตั้งศาลปกครอง เมื่อผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำสั่งไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารต่อคณะกรรมการวินิจฉัย การเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวได้มีคำวินิจฉัยให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามคำขอ ของผู้ฟ้องคดี แต่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้ผู้ฟ้องคดีทราบ คดีนี้จึงเป็นคดีพิพาท เกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งกฎหมายจัดตั้งศาลปกครอง จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เป็นต้น

(2) ปัญหาเกี่ยวกับความเข้าใจของหน่วยงานอิสระของรัฐว่าไม่อยู่ในบังคับของกฎหมาย ข้อมูลข่าวสารของราชการ จึงไม่ต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร

ตัวอย่างเช่น กรณีของสำนักงาน ป.ป.ช. นั้น ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยทั้งในคดี “นาฬิกาห루” ที่หยิบยกมาวิเคราะห์ในบทความนี้ และในคดีอื่น ๆ ที่มีข้อเท็จจริงในทำนองเดียวกัน²⁷ ว่า สำนักงานคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นหน่วยงานอิสระของรัฐ จึงเป็นหน่วยงานของรัฐตามบทนิยาม

²⁶ คดีนี้ สำนักงานคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1

²⁷ ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 427/2551 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1400/2558 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 178/2564 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 326/2566 และคำพิพากษา ศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 190/2566 เป็นต้น

ในมาตรา 4 แห่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ นอกจากนี้ โดยที่คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ และมาตรา 35 แห่งกฎหมายดังกล่าว บัญญัติให้อำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งไม่ให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสาร และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการนี้เป็นที่สุดตามมาตรา 37 แห่งกฎหมายเดียวกัน ซึ่งเมื่อพิจารณา คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี “นาฬิกาหูก” ประกอบกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด และความเห็นทางวิชาการที่ได้กล่าวถึงแล้วในหัวข้อที่ 5 จะเห็นได้ว่า คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารมีสถานะเป็นองค์กรวินิจฉัยสูงสุดในฝ่ายปกครองและเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ จึงย่อมมีอำนาจพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง และอาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใดก็ได้ และเมื่อวินิจฉัยอย่างใดแล้ว คำวินิจฉัยนี้เป็นที่สุดและผูกพันหน่วยงานของรัฐ ที่ออกคำสั่งทางปกครองให้ต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น หน่วยงานอิสระของรัฐจึงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการและมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร

(3) ปัญหากรณีหน่วยงานอิสระของรัฐอ้างว่ามีกฎหมายเฉพาะคุ้มครองมิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสาร

ดังที่ได้กล่าวในตอนต้นของหัวข้อนี้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยปัญหานี้แล้วว่า แม้มาตรา 36 แห่งกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต จะกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และข้อห้ามบางประการในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่ได้มาจากการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไว้ อันถือได้ว่าเป็นกรณีของข้อมูลข่าวสารที่มีกฎหมายคุ้มครองมิให้เปิดเผยตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง (6) แห่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ แต่กฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการก็ไม่ได้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต เพียงแต่กฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ตามลำดับสายการบังคับบัญชาและคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ที่จะใช้ดุลพินิจมีคำสั่งให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารในบางกรณีที่กฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดไว้ได้ เมื่อได้ชี้แจงน้ำหนักถึงประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกันแล้ว จึงไม่ใช่กรณีที่กฎหมายทั้งสองฉบับขัดแย้งกันที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะหรือเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นภายหลัง²⁸ ดังนั้นแล้วหน่วยงานอิสระของรัฐจึงไม่อาจยกปัญหานี้ขึ้นกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการได้

²⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 326/2566 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 190/2566 ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยโดยให้เหตุผลอย่างเดียวกัน

(4) ปัญหาที่หน่วยงานอิสระของรัฐอ้างว่า หากเปิดเผยแล้วเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีโทษตามกฎหมายได้

สำหรับปัญหาตามข้อกล่าวอ้างนี้นั้น ดังที่ได้กล่าวแล้วในหัวข้อที่ 7 ว่า แม้จะมีกฎหมายกำหนดโทษแก่บุคคลที่เปิดเผยข้อความที่ได้มาจากการปฏิบัติหน้าที่ราชการ เนื่องจากกฎหมายนี้มุ่งหมายที่จะรักษาข้อมูลข่าวสารลับของทางราชการก็ตาม แต่กฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการก็ได้ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหน้าที่ที่ไม่ต้องรับผิดชอบหากเจ้าหน้าที่ได้ดำเนินการเปิดเผยถูกต้องตามระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ. 2544 ดังนั้น หากคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารมีคำวินิจฉัยให้เปิดเผยโดยไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขใดแล้ว ข้อมูลข่าวสารนั้นจึงถูกยกเลิกชั้นความลับ หากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารโดยสุจริตและถูกต้องย่อมไม่มีความรับผิดและมีโทษตามกฎหมายใด ทั้งนี้ ตามมาตรา 16 มาตรา 20 แห่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ ประกอบข้อ 24 ของระเบียบดังกล่าว นอกจากนี้ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 190/2566 ศาลปกครองสูงสุดก็ได้วินิจฉัยในทำนองเดียวกันกับคดีนี้ สรุปได้ว่า เมื่อการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามคำขอของผู้ฟ้องคดีเป็นการเปิดเผยข้อมูลหลังจากที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติชี้มูลความผิดและหน่วยงานต้นสังกัดได้มีคำสั่งลงโทษผู้ฟ้องคดีแล้ว ประกอบกับกรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารมีคำวินิจฉัยให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารอันมีผลให้ข้อมูลข่าวสารนั้นถูกยกเลิกชั้นความลับแล้วตามข้อ 24 ของระเบียบเดียวกัน หากสำนักงานคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารโดยสุจริตและถูกต้องตามระเบียบดังกล่าว ก็ไม่มีความรับผิดและมีโทษตามกฎหมายใด รวมถึงมาตรา 120 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ด้วย หน่วยงานอิสระของรัฐไม่อาจยกปัญหานี้ขึ้นกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการได้เช่นกัน

ดังนั้น หน่วยงานของรัฐ ซึ่งหมายรวมถึงหน่วยงานอิสระของรัฐ จึงเป็นหน่วยงานที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ และไม่อาจยกปัญหาข้างต้นขึ้นอ้างต่อศาลเพื่อจะไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการดังกล่าวกำหนดให้ต้องปฏิบัติได้

บทสรุป

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วางบรรทัดฐานที่สำคัญเกี่ยวกับหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการ ดังนี้

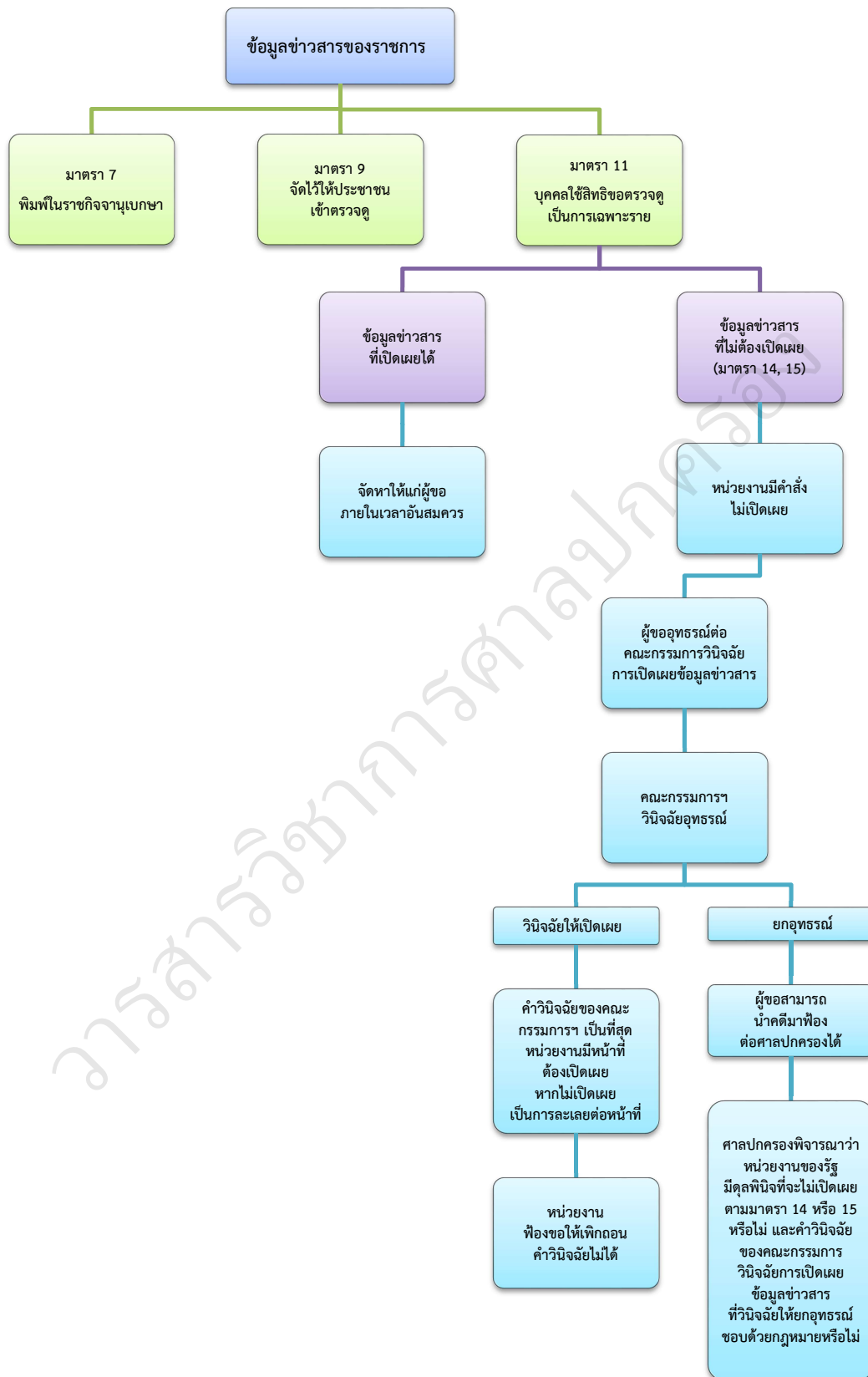
(1) โดยหลักแล้ว หากเป็นการขอข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 11 แห่งกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ต้องจัดหาให้ แต่หากเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการที่มีลักษณะตามมาตรา 14 และมาตรา 15 แห่งกฎหมายดังกล่าว แล้ว หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเมื่อคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกันแล้ว อาจมีดุลพินิจมีคำสั่งมิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้นก็ได้ แต่หากเห็นว่า

การเปิดเผยจะเป็นประโยชน์แก่ประชาชนหรือเป็นประโยชน์สาธารณะมากกว่าก็อาจมีคำสั่งให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้

(2) คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารมีสถานะเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการนี้เป็นที่สุด

(3) หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยงานที่กำหนดไว้ในบทนิยามตามมาตรา 4 ตลอดจนหน่วยงานอิสระของรัฐซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการเช่นกัน “มีหน้าที่” ต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อมูลข่าวสาร ทั้งไม่อาจยกปัญหาในหัวข้อที่ 8 (1) ถึง (4) ขึ้นกล่าวอ้างเพื่อจะไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยดังกล่าวได้

ดังนั้นแล้ว เพื่อให้ผู้ปฏิบัติเข้าใจกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการอย่างเป็นระบบ และเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายนี้เป็นไปโดยถูกต้อง จึงอาจสรุปขั้นตอนและกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการขอให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการเป็นแผนภาพได้ ดังนี้





คำสำคัญ : ข้อมูลข่าวสารของราชการ, คำสั่งมิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสาร, การอุทธรณ์, คำวินิจฉัย
คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร, เป็นที่สุด, หน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ, ละเลยต่อหน้าที่

วารสารวิชาการศาลปกครอง



**บทวิเคราะห์คดี : การดำเนินการตามคำพิพากษาเพิกถอนใบรับหนังสือแจ้งความประสงค์จะก่อสร้าง
ดัดแปลง รื้อถอนหรือเคลื่อนย้ายอาคาร หรือเปลี่ยนการใช้อาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาต
(คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส. 188/2566)**

**Proceedings in compliance with revocation of an informing receipt for constructing,
modifying, or moving a building without applying for a license
(Supreme Administrative Court Judgment No. A.E. 188/2566)**

วิษณุพาส พิมพอักษร *

บทคัดย่อ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส. 188/2566 เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ โดยในบทวิเคราะห์คดีนี้จะวิเคราะห์เฉพาะข้อหาที่ 1 เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของใบรับหนังสือแจ้งความประสงค์จะก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอนหรือเคลื่อนย้ายอาคาร หรือเปลี่ยนการใช้อาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 39 ทวิ ตามแบบ กทม. 6 เลขที่ 18/2558 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2558 ใบรับหนังสือแจ้งความประสงค์จะก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอนหรือเคลื่อนย้ายอาคาร หรือเปลี่ยนการใช้อาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 39 ทวิ ตามแบบ กทม. 6 เลขที่ 69/2558 ลงวันที่ 16 กรกฎาคม 2558 ใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารตามมาตรา 39 ตร. (แบบ ยผ. 4) เลขที่ 48/2559 ลงวันที่ 22 มิถุนายน 2559 ฉบับแก้ไข และใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารตามมาตรา 39 ตร. (แบบ ยผ. 4) เลขที่ 129/2560 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 2560 ที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร) โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (ผู้อำนวยการสำนักงานกโยธา) ออกให้แก่ผู้ร้องสอด (บริษัท อนันดา เอ็มเอฟ เอเชีย โอ๊ค จำกัด หรือบริษัท อนันดา ดีเวลลอปเม้นท์ ทู จำกัด) เนื่องจากมีประเด็นปัญหาว่า ที่ดินของผู้ร้องสอดไม่มีที่ดินที่สามารถใช้เป็นทางเข้าออกของรถดับเพลิงได้โดยสะดวก จึงต้องขออนุญาตใช้ที่ดินของการรถไฟฯ ขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย (รฟม.) เป็นทางเข้าออก แต่ใบอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ที่ดินของการรถไฟฯ ขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่าน เลขที่ รฟม 012/1135 ลงวันที่ 4 กรกฎาคม 2557 ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (ผู้ว่าการการรถไฟฯ ขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย) ก็ไม่มีความมั่นคงเพียงพอที่จะยืนยันได้ว่าทางเข้าออกสู่ถนนสาธารณะดังกล่าวมีสภาพที่สามารถใช้เป็นทางผ่านที่รถดับเพลิงสามารถเข้าออกได้สะดวกตลอดเวลาราบเท้าที่อาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษของผู้ร้องสอดยังดำรงอยู่ ศาลปกครองชั้นต้น

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

และศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจึงมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ออกให้แก่ผู้ร้องสอดทั้งสองฉบับ และให้มีผลย้อนหลังถึงวันที่ออกหนังสือฉบับดังกล่าว โดยมีความเห็นแย้งของตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อยสองฝ่าย บทวิเคราะห์คดีนี้ได้วิเคราะห์ประเด็นที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อยทั้งสองฝ่ายมีความเห็นแย้งไม่เห็นพ้องด้วยกับมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และประเด็นเกี่ยวกับแนวทางการดำเนินการของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษา

1. สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัย

ผู้ร้องสอด (บริษัท อนันดา เอ็มเอฟ เอเชีย โอเชียน จำกัด หรือบริษัท อนันดา ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด) เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินจำนวน 3 แปลง ผู้ร้องสอดประสงค์จะใช้ที่ดินดังกล่าวเป็นที่ตั้งอาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษโครงการแอชตัน โอเชียน ของผู้ร้องสอด แต่ที่ดินดังกล่าวไม่มีเขตที่ดินด้านหนึ่งด้านใดกว้างไม่น้อยกว่า 12 เมตร ซึ่งติดถนนสาธารณะที่มีเขตทางกว้างไม่น้อยกว่า 18 เมตร ยาวต่อเนื่องกันโดยตลอดจนไปเชื่อมต่อกับถนนสาธารณะอื่นที่มีเขตทางกว้างไม่น้อยกว่า 18 เมตร และยาวต่อเนื่องกันโดยตลอดจนถึงบริเวณที่ตั้งของอาคาร เพื่อให้ใช้เป็นทางเข้าออกของรถดับเพลิงได้โดยสะดวกตามข้อ 2 วรรคสองและวรรคสาม ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 33 (พ.ศ. 2535) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 50 (พ.ศ. 2540)¹ ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ผู้ร้องสอดจึงได้ยื่นคำขออนุญาตใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่านเข้าออก ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2557 คณะกรรมการการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยพิจารณาแล้วมีมติอนุมัติตามคำขอ ต่อมา รฟม. โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (ผู้ว่าการการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย) ได้ออกใบอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่าน เลขที่ รฟม 012/1135 ลงวันที่ 4 กรกฎาคม 2557 อนุญาตให้ผู้ร้องสอดผ่านที่ดินของ รฟม. ตามโฉนดที่ดินเลขที่ 23189 บางส่วน ขนาดกว้าง 13 เมตร เป็นทางเข้าออกสู่ถนนอโศกมนตรี เพื่อประโยชน์ของที่ดินของผู้ร้องสอดตั้งแต่วันที่ 2 กรกฎาคม 2557 โดยมีวัตถุประสงค์ในการใช้ที่ดินเพื่อดำเนินการก่อสร้างอาคารชุดพักอาศัยขนาดใหญ่พิเศษ และผู้ร้องสอดต้องชำระค่าทดแทน

¹ กฎกระทรวง ฉบับที่ 33 (พ.ศ. 2535) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 50 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

ข้อ 2 วรรคสอง และวรรคสาม “สำหรับที่ดินที่ใช้เป็นที่ตั้งของอาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษที่มีพื้นที่อาคารรวมกันทุกชั้นมากกว่า 30,000 ตารางเมตร ต้องมีด้านหนึ่งด้านใดของที่ดินนั้นยาวไม่น้อยกว่า 12.00 เมตร ติดถนนสาธารณะที่มีเขตทางกว้างไม่น้อยกว่า 18.00 เมตร ยาวต่อเนื่องกันโดยตลอดจนไปเชื่อมต่อกับถนนสาธารณะอื่นที่มีเขตทางกว้างไม่น้อยกว่า 18.00 เมตร

ที่ดินด้านที่ติดถนนสาธารณะตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ต้องมีความกว้างไม่น้อยกว่า 12.00 เมตร ยาวต่อเนื่องกันโดยตลอดจนถึงบริเวณที่ตั้งของอาคาร และที่ดินนั้นต้องว่างเพื่อสามารถใช้เป็นทางเข้าออกของรถดับเพลิงได้โดยสะดวกด้วย”

การใช้พื้นที่ให้แก่ รพม. เป็นเงินจำนวน 97,671,707.45 บาท โดย รพม. จะพิจารณาว่าจะรับค่าทดแทนเป็นเงินหรือเป็นการก่อสร้างอาคารจอดรถพร้อมพื้นที่ใช้สอยเพื่อแทนการชำระเป็นเงินบางส่วนหรือทั้งหมด จากนั้นผู้ร้องสอดได้ยื่นหนังสือแจ้งความประสงค์จะก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 39 ทวิ (แบบ กทม. 1) ไม่ลงวันที่ ต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (ผู้อำนวยการสำนักการโยธา) แจ้งความประสงค์จะทำการก่อสร้างอาคารในที่ดิน 3 แปลงของผู้ร้องสอดและที่ดินตามโฉนดที่ดินเลขที่ 23189 ของ รพม. เป็นอาคารชนิดตึก 7 ชั้น จำนวน 1 หลัง ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ออกใบรับหนังสือแจ้งความประสงค์จะก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอนหรือเคลื่อนย้ายอาคาร หรือเปลี่ยนการใช้อาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 39 ทวิ (แบบ กทม. 6) เลขที่ 18/2558 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2558 ให้แก่ผู้ร้องสอด และมีหนังสือสำนักการโยธา ที่ กท 0907/ก. 194 ลงวันที่ 2 มิถุนายน 2558 แจ้งข้อทักท้วงตามมาตรา 39 ทวิ ให้ผู้ร้องสอดดำเนินการให้ถูกต้องภายในสามสิบวันนับจากวันที่ได้รับหนังสือ ต่อมา ผู้ร้องสอดยื่นหนังสือแจ้งความประสงค์จะก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 39 ทวิ (แบบ กทม. 1) ไม่ลงวันที่ ต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แจ้งความประสงค์จะทำการก่อสร้างและดัดแปลงอาคารในที่ดิน 4 แปลงดังกล่าวเป็นอาคารชนิดตึก 50 ชั้น จำนวน 1 หลัง ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ออกใบรับหนังสือแจ้งความประสงค์จะก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอนหรือเคลื่อนย้ายอาคาร หรือเปลี่ยนการใช้อาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 39 ทวิ (แบบ กทม. 6) เลขที่ 69/2558 ลงวันที่ 16 กรกฎาคม 2558 ให้แก่ผู้ร้องสอด และมีหนังสือแจ้งข้อทักท้วงการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารตามมาตรา 39 ทวิ (แบบ ยผ. 5) ที่ กท 0907/ก. 488 ลงวันที่ 27 ตุลาคม 2558 ให้ผู้ร้องสอดดำเนินการแก้ไขให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาหกสิบวันนับแต่วันที่รับหนังสือ

ในระหว่างดำเนินโครงการดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีที่ 2 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 16 ซึ่งเป็นผู้อยู่อาศัยในบริเวณใกล้เคียงโครงการแอชตัน โอศก เห็นว่า การอนุญาตให้ผู้ร้องสอดดำเนินโครงการดังกล่าวเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหลายประการ จึงมีหนังสือร้องเรียนไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง แต่ไม่ได้รับการแก้ไขตามความประสงค์ ผู้ฟ้องคดีที่ 2 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 16 จึงมีหนังสือขอให้ผู้ฟ้องคดีที่ 1 (สมาคมต่อต้านสภาวะโลกร้อน) ช่วยเหลือในการฟ้องคดี จากนั้นผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้นำคดีนี้มาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างอาคารโครงการแอชตัน โอศก ของผู้ร้องสอด และคำขออื่น ๆ

ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลปกครองชั้นต้น ผู้ร้องสอดยื่นหนังสือแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 39 ทวิ (แบบ ยผ. 1)² ลงวันที่ 22 มิถุนายน 2559 ต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แจ้งความประสงค์จะทำการก่อสร้าง

² ดูแบบท้ายประกาศคณะกรรมการควบคุมอาคาร เรื่อง กำหนดแบบที่ใช้ในการดำเนินการตามมาตรา 39 ทวิ และมาตรา 39 ทรี และหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้ข้อมูลและการแจ้งสิทธิในการแสดงความคิดเห็นต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น แก่บุคคลที่อยู่บริเวณข้างเคียงเกี่ยวกับการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือการดำเนินโครงการหรือกิจการที่เป็นอาคารประเภทควบคุมการใช้ตามมาตรา 32 พ.ศ. 2558 ปรากฏตามคำพิพากษาว่า “หนังสือแจ้งการก่อสร้างและดัดแปลงอาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 39 ทวิ (แบบ ยผ. 1)”

และตัดแปลงอาคารในที่ดิน 4 แปลงดังกล่าว เป็นอาคารชนิดตึก 50 ชั้น ชั้นใต้ดิน 1 ชั้น จำนวน 1 หลัง ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ออกใบรับแจ้งการก่อสร้าง ตัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารตามมาตรา 39 ตรี (แบบ ยผ. 4) เลขที่ 48/2559 ลงวันที่ 22 มิถุนายน 2559 ให้แก่ผู้ร้องสอด และมีหนังสือแจ้งข้อทักท้วงการก่อสร้าง ตัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารตามมาตรา 39 ตรี (แบบ ยผ. 5) ที่ กท 0907/ก. 707 ลงวันที่ 17 สิงหาคม 2559 ให้ผู้ร้องสอดดำเนินการแก้ไขให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือ ต่อมา ผู้ร้องสอด ยื่นหนังสือแจ้งการก่อสร้าง ตัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่น ตามมาตรา 39 ทวิ (แบบ ยผ. 1) ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 2560 ต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แจ้งความประสงค์ จะทำการตัดแปลงอาคารดังกล่าว ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ออกใบรับแจ้งการก่อสร้าง ตัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร ตามมาตรา 39 ตรี (แบบ ยผ. 4) เลขที่ 129/2560 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 2560 ให้แก่ผู้ร้องสอด

ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาเพิกถอนใบรับหนังสือแจ้งความประสงค์จะก่อสร้าง ตัดแปลง รื้อถอนหรือเคลื่อนย้ายอาคาร หรือเปลี่ยนการใช้อาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 39 ทวิ ตามแบบ กทม. 6 เลขที่ 18/2558 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2558 ใบรับหนังสือแจ้งความประสงค์จะก่อสร้าง ตัดแปลง รื้อถอนหรือเคลื่อนย้ายอาคาร หรือเปลี่ยนการใช้อาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 39 ทวิ ตามแบบ กทม. 6 เลขที่ 69/2558 ลงวันที่ 16 กรกฎาคม 2558 ใบรับแจ้งการก่อสร้าง ตัดแปลง หรือรื้อถอน อาคารตามมาตรา 39 ตรี (แบบ ยผ. 4) เลขที่ 48/2559 ลงวันที่ 22 มิถุนายน 2559 ฉบับแก้ไข และใบรับแจ้ง การก่อสร้าง ตัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารตามมาตรา 39 ตรี (แบบ ยผ. 4) เลขที่ 129/2560 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 2560 ที่ออกให้แก่ผู้ร้องสอด โดยให้มีผลย้อนหลังถึงวันที่ออกหนังสือฉบับดังกล่าว ส่วนคำขออื่นนอกจากนี้ให้ยก ผู้ฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 9 ผู้ฟ้องคดีที่ 15 และผู้ฟ้องคดีที่ 16 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 และผู้ร้องสอดไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นจึงอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยประเด็นปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของใบรับหนังสือ แจ้งความประสงค์จะก่อสร้างอาคารฯ ว่า ที่ดินที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร) โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อนุญาตให้ผู้ร้องสอดใช้เป็นที่ตั้งอาคารโครงการแอชตัน โอศก เป็นที่ดินที่ใช้เป็นที่ตั้ง อาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษตามข้อ 2 วรรคสอง ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 33 (พ.ศ. 2535) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 50 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ได้หรือไม่ ซึ่งศาลปกครองสูงสุด โดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ที่ดินที่สามารถใช้เป็นที่ตั้งของอาคารสูง หรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษได้นั้นต้องมีทางที่สามารถเข้าออกสู่ถนนสาธารณะ โดยทางเข้าออกสู่ถนนสาธารณะ สำหรับอาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษนั้นต้องมีสภาพที่สามารถใช้เป็นทางเข้าออกได้ตลอดทราบเท่าที่ อาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษดำรงอยู่และระดับเพลิงสามารถเข้าออกได้สะดวก เพื่อประโยชน์ ในการคุ้มครองผู้ใช้อาคารดังกล่าวให้ได้รับความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินหากเกิดเพลิงไหม้ เมื่อที่ดิน ของผู้ร้องสอดจำนวน 3 แปลง ไม่มีเขตที่ดินด้านหนึ่งด้านใดที่กว้างไม่น้อยกว่า 12 เมตร ติดถนนสาธารณะ ที่มีเขตทางกว้างไม่น้อยกว่า 18 เมตร ยาวต่อเนื่องกันโดยตลอดจนไปเชื่อมต่อกับถนนสาธารณะอื่น

ที่มีเขตทางกว้างไม่น้อยกว่า 18 เมตร และยาวต่อเนื่องกันโดยตลอดจนถึงบริเวณที่ตั้งของอาคาร แต่ที่ดินที่ผู้ร้องสอดใช้เป็นทางเข้าออกของโครงการแอชตัน โอศก เป็นที่ดินซึ่ง รพม. อนุญาตให้ใช้ โดยที่ดินดังกล่าว รพม. ได้มาจากการเวนคืน โดยมีวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนเพื่อสร้างทางพิเศษตามโครงการรถไฟฟ้าขบวนนครระยะแรก รพม. ย่อมมีหน้าที่ต้องนำที่ดินดังกล่าวไปใช้ตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา โดย รพม. ไม่อาจอนุญาตให้ผู้ร้องสอดใช้ที่ดินที่ได้มาจากการเวนคืนเป็นทางเข้าออกสู่ถนนสุขุมวิท 21 หรือถนนโอศกมนตรี เพื่อประโยชน์แก่กิจการของผู้ร้องสอดซึ่งมิใช่เพื่อประโยชน์ของ รพม. และวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนได้ อีกทั้งใบอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่าน เลขที่ รพม 012/1135 ลงวันที่ 4 กรกฎาคม 2557 ได้ระบุว่า การอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินเป็นทางเข้าออกนั้นอยู่ภายใต้ข้อสงวนสิทธิ์ที่อาจถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้เสมอตามความจำเป็นแห่งกรณี ดังนั้น จึงไม่อาจกล่าวได้ว่า ทางเข้าออกสู่ถนนสาธารณะดังกล่าวมีสภาพที่สามารถใช้เป็นทางเข้าออกที่รถดับเพลิงสามารถเข้าออกได้สะดวกตลอดเวลาที่อาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษของผู้ร้องสอดยังดำรงอยู่ และแม้จะมีการนำใบอนุญาตของ รพม. ไปขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 75 (6) แห่งพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 และคณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบแล้วก็ตาม แต่ยังไม่อาจฟังได้ว่า ทางเข้าออกดังกล่าวมีสภาพที่สามารถใช้เป็นทางเข้าออกสู่ถนนสาธารณะเพื่อให้รถดับเพลิงสามารถเข้าออกได้โดยสะดวกตลอดเวลาที่อาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษของผู้ร้องสอดยังดำรงอยู่ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ออกใบรับหนังสือแจ้งความประสงค์จะก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอนหรือเคลื่อนย้ายอาคารหรือเปลี่ยนการใช้อาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 39 ทวิ จำนวน 2 ฉบับ และใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารตามมาตรา 39 ตริ จำนวน 2 ฉบับ ให้แก่ผู้ร้องสอด จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดพิพากษายืน

ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อยฝ่ายแรกไม่เห็นพ้องด้วยกับมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างมาก โดยมีความเห็นแย้งว่า แม้ใบอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่าน เลขที่ รพม 012/1135 ลงวันที่ 4 กรกฎาคม 2557 จะมีการกำหนดข้อสงวนสิทธิ์แนบท้ายใบอนุญาตไว้ แต่ รพม. ก็ได้เรียกเก็บค่าทดแทนการใช้พื้นที่จากผู้ร้องสอดเป็นเงินจำนวน 97,671,707.45 บาท โดย รพม. จะพิจารณาว่าจะรับค่าทดแทนเป็นเงินหรือเป็นการก่อสร้างอาคารจอดรถพร้อมพื้นที่ใช้สอยตามความเหมาะสม เพื่อแทนการชำระเงินเป็นบางส่วนหรือทั้งหมด และ รพม. ได้มีหนังสือการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ที่ รพม 014/1568 ลงวันที่ 4 กันยายน 2557 แจ้งยืนยันต่อบริษัทแม่ของผู้ร้องสอดว่า ในกรณีที่ผู้ร้องสอดโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินของผู้ร้องสอด ผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินและเจ้าของหรือเจ้าของร่วมของอาคารชุดที่ตั้งอยู่บนที่ดินดังกล่าวจะมีสิทธิใช้ประโยชน์ในที่ดินของ รพม. เป็นทางเข้าออกภายใต้ใบอนุญาต และต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขและข้อตกลง รวมทั้งข้อสงวนสิทธิ์ตามใบอนุญาตโดยไม่ต้องยื่นคำขออนุญาตต่อ รพม. และวัตถุประสงค์ในการใช้ที่ดินตามใบอนุญาตเพื่อดำเนินการก่อสร้างอาคารชุดพักอาศัยขนาดใหญ่พิเศษนั้น หมายความว่ารวมถึงเพื่อการดำเนินการก่อสร้าง

และเพื่อเป็นทางผ่านเข้าออกของเจ้าของร่วมอาคารชุดตลอดเวลาที่อาคารดังกล่าวตั้งอยู่ โดยไม่มีสิ่งปลูกสร้างกีดขวางทางเข้าออกแต่อย่างใด อันแสดงให้เห็นว่า รพม. มีเจตนาให้การใช้ที่ดินของ รพม. เป็นทางผ่านตามใบอนุญาตดังกล่าวมีความมั่นคงเพียงพอที่จะใช้ประโยชน์เป็นทางเข้าออกอาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษของระดับเพลิงได้โดยสะดวก กับทั้งหากคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่ รพม. ในการอนุญาตให้ผู้ร้องสอดใช้ประโยชน์ในที่ดินของ รพม. เป็นทางผ่านตามใบอนุญาตดังกล่าวแล้ว รพม. ย่อมต้องผูกพันและปฏิบัติตามมติของคณะรัฐมนตรีโดยเคร่งครัด หาก รพม. ประสงค์จะดำเนินการเปลี่ยนแปลงแก้ไขตำแหน่งที่ดินที่อนุญาต หรือลดขนาดที่ดินที่อนุญาตไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนตามข้อสงวนสิทธิ์แนบท้ายใบอนุญาตดังกล่าวจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อนจึงจะกระทำได้ ดังนั้นการเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ทั้งสิ้นนับ โดยไม่เปิดโอกาสให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการแก้ไขความบกพร่องทั้งที่อยู่ในวิสัยที่อาจจะกระทำได้อ่อนความเสียหายให้แก่เจ้าของห้องชุดซึ่งเป็นผู้ซื้อห้องชุดมาโดยสุจริต และยังเป็นการตัดอำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ในการมีหนังสือแจ้งข้อทักท้วงให้ผู้ร้องสอดดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอาคารให้ถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 39 ตรี วรรคห้า (3) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อยมีความเห็นว่า สมควรที่ศาลปกครองสูงสุดจะมีคำพิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ทั้งสิ้นนับ โดยให้มีผลเมื่อพ้นกำหนด 270 วัน นับแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา โดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เสนอเรื่องตามคำขออนุญาตใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่านลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2557 ของผู้ร้องสอด ต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบภายในกำหนด 270 วัน นับแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา หากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ไม่ดำเนินการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือดำเนินการแล้วแต่คณะรัฐมนตรีไม่พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าว หรือคณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าวแล้วแต่ไม่ให้ความเห็นชอบแล้วแต่กรณี ให้การเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ทั้งสิ้นนับ มีผลตามคำพิพากษา แต่หากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ดำเนินการเสนอเรื่องดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบให้การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยดำเนินกิจการดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนดให้การเพิกถอนตามคำพิพากษานี้เป็นอันสิ้นผลไป ส่วนคำขออื่นนอกจากนี้ให้ยก

ตุลาการเสียงข้างน้อยฝ่ายที่สองไม่เห็นพ้องด้วยกับมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างมาก มีความเห็นแย้งว่า รพม. มีอำนาจอนุญาตให้ผู้ร้องสอดใช้ทางเข้าออกบริเวณลานจอดรถสถานีสุขุมวิทเป็นทางเข้าออกร่วมกันระหว่างประชาชนผู้มาใช้บริการลานจอดรถสถานีสุขุมวิทกับผู้พักอาศัยในอาคารชุดของผู้ร้องสอด ประกอบกับหนังสือการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ที่ รพม 014/1568 ลงวันที่ 4 กันยายน 2557 เป็นข้อเท็จจริงที่ยืนยันได้เพียงพอว่า อาคารของผู้ร้องสอดมีทางเข้าออกสู่ถนนสาธารณะที่มีสภาพใช้เป็นทางเข้าออกได้ตลอดดราบเท่าที่อาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษดำรงอยู่และระดับเพลิงสามารถเข้าออกได้โดยสะดวกตามข้อ 2 วรรคสอง และวรรคสาม ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 33

(พ.ศ. 2535) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 แล้ว การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ออกคำสั่งทางปกครองทั้งสี่ฉบับ ให้แก่ผู้ร้องสอด จึงเป็นการกระทำที่ขัดด้วยกฎหมายแล้ว ตลการเสียงข้างน้อยฝ่ายที่สองเห็นควรให้มีคำพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น เป็นยกฟ้อง

2. บทวิเคราะห์

คดีนี้เป็นคดีที่มีผู้ได้รับผลกระทบเป็นจำนวนมากและเป็นที่สนใจของสาธารณชน เนื่องจากโครงการแอชตัน อโศก ของผู้ร้องสอด เป็นโครงการอาคารชุดอยู่อาศัยที่มีห้องชุดจำนวน 783 ห้อง ซึ่งผู้ร้องสอดได้ขายให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้วประมาณ 666 ห้อง การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่พิพาททั้งสี่ฉบับ ย่อมก่อความเสียหายให้แก่เจ้าของห้องชุดที่ซื้อห้องชุดมาโดยสุจริต หากศาลปกครองสามารถเปิดโอกาสให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการแก้ไขความบกพร่องที่อยู่ในวาระที่อาจจะกระทำได้อาจรักษาผลประโยชน์ของเจ้าของห้องชุดที่ซื้อห้องชุดมาโดยสุจริตได้

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 10/2566 ซึ่งวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการออกใบรับหนังสือแจ้งความประสงค์จะก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคาร หรือเปลี่ยนการใช้อาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 39 ทวิ (แบบ กทม. 6) และการออกใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารตามมาตรา 39 ตร. (แบบ ยผ. 4) ให้แก่เอกชนซึ่งใช้ที่ดินของการรถไฟฯขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางเข้าออกสู่ถนนสาธารณะแล้วจะเห็นได้ว่า มีความเห็นแย้งของตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อยสองฝ่ายที่ไม่เห็นพ้องด้วยกับมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดใน 2 ประเด็น คือ (1) การอนุญาตให้ใช้ที่ดินของ รฟม. เป็นทางผ่านมีความมั่นคงเพียงพอที่ผู้ร้องสอดจะใช้ประโยชน์เป็นทางเข้าออกของรถดับเพลิงได้โดยสะดวกหรือไม่ และ (2) กรณียังอยู่ในวาระที่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องอาจดำเนินการแก้ไขความบกพร่องได้หรือไม่

นอกจากนี้ การที่คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส. 188/2566 มีคำสั่งบังคับให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ทั้งสี่ฉบับ โดยให้มีผลย้อนหลังถึงวันที่ออกคำสั่งดังกล่าว มีผลให้โครงการแอชตัน อโศก เป็นการก่อสร้างอาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษโดยไม่มีใบอนุญาต และทำให้มีประเด็นต้องพิจารณาเกี่ยวกับแนวทางการดำเนินการของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษา เช่น การดำเนินการของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องภายหลังศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษามีลำดับขั้นตอนอย่างไร การมีคำสั่งห้ามมิให้บุคคลใดใช้หรือเข้าไปในส่วนใด ๆ ของอาคารดังกล่าวตามมาตรา 40 (2) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มีวิธีการบังคับกับเจ้าของห้องชุดอย่างไรได้บ้าง และดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องสามารถดำเนินการได้อย่างไร

บทวิเคราะห์คดีนี้ จะได้วิเคราะห์ประเด็นที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อยทั้งสองฝ่ายไม่เห็นพ้องด้วยกับมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด 2 ประเด็น และประเด็นเกี่ยวกับแนวทางการดำเนินการของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษา ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

2.1 การอนุญาตให้ใช้ที่ดินของ รฟม. เป็นทางผ่านมีความมั่นคงเพียงพอที่ผู้ร้องสอดจะใช้ประโยชน์เป็นทางเข้าออกของรถดับเพลิงได้โดยสะดวกหรือไม่

การที่ที่ดินของผู้ร้องสอดที่ใช้เป็นที่ตั้งของอาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษ มีพื้นที่อาคารรวมกันทุกชั้นมากกว่า 30,000 ตารางเมตร ไม่มีด้านหนึ่งด้านใดของที่ดินที่ยาวไม่น้อยกว่า 12 เมตร ติดถนนสาธารณะมีเขตทางกว้างไม่น้อยกว่า 18 เมตร ยาวต่อเนื่องกันโดยตลอด จนไปเชื่อมต่อกับถนนสาธารณะอื่นที่มีเขตทางกว้างไม่น้อยกว่า 18 เมตร และยาวต่อเนื่องกันโดยตลอดจนถึงบริเวณที่ตั้งของอาคาร และสามารถใช้เป็นทางเข้าออกของรถดับเพลิงได้โดยสะดวกตามข้อ 2 วรรคสอง และวรรคสาม ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 33 (พ.ศ. 2535) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 50 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 แต่ผู้ร้องสอดได้รับอนุญาตให้ใช้ที่ดินของ รฟม. ขนาดกว้าง 13 เมตร เป็นทางเข้าออกสู่ถนนอโศกมนตรีตามใบอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฯ ขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย เป็นทางผ่าน เลขที่ รฟม 012/1135 ลงวันที่ 4 กรกฎาคม 2557 ประกอบกับหนังสือการรถไฟฯ ขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ที่ รฟม 014/1568 ลงวันที่ 4 กันยายน 2557 นั้น มีประเด็นที่ควรวิเคราะห์ว่า การอนุญาตให้ใช้ที่ดินของ รฟม. ตามใบอนุญาตและหนังสือของ รฟม. ดังกล่าวมีความมั่นคงเพียงพอที่ผู้ร้องสอดจะใช้ประโยชน์ในที่ดินดังกล่าวเป็นทางผ่านที่รถดับเพลิงจะเข้าออกได้โดยสะดวกหรือไม่

เมื่อวิเคราะห์พระราชบัญญัติการรถไฟฯ ขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 แล้วจะเห็นได้ว่า แม้ใบอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฯ ขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย เป็นทางผ่านจะเรียกว่า “ใบอนุญาต” แต่ไม่ได้มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ออกใบอนุญาตให้เอกชนใช้ประโยชน์ในที่ดินของ รฟม. เป็นทางผ่านไว้เป็นการเฉพาะ แต่มาตรา 18 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ให้อำนาจคณะกรรมการการรถไฟฯ ขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยในการวางนโยบายและควบคุมดูแลโดยทั่วไป ซึ่งกิจการของ รฟม. รวมถึงการออกข้อบังคับในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ตามมาตรา 7 และมาตรา 9 ซึ่งรวมถึงการถือกรรมสิทธิ์ การมีสิทธิครอบครอง หรือการมีทรัพย์สินสิทธิต่าง ๆ การก่อตั้งสิทธิหรือกระทำการนิติกรรมใด ๆ ทั้งในและนอกราชอาณาจักร และการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการใช้ทรัพย์สินของ รฟม. ตามมาตรา 9 (1) ถึง (3) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว คณะกรรมการการรถไฟฯ ขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยจึงอาจอ้างอำนาจดังกล่าวออกข้อบังคับการรถไฟฯ ขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ว่าด้วยการอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของการรถไฟฯ ขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2547 ซึ่งข้อ 5 (1) ของข้อบังคับดังกล่าว กำหนดว่า ในข้อบังคับนี้ “การอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของ รฟม.” หมายความว่า การอนุญาตให้ใช้ที่ดินของ รฟม. เป็นทางผ่านหรือเข้า - ออก ข้อ 6 วรรคหนึ่ง ของข้อบังคับดังกล่าว กำหนดว่า การอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของ รฟม. ตามข้อบังคับนี้ เป็นดุลพินิจของ รฟม. ในการพิจารณาอนุญาต มิใช่สิทธิที่จะพึงเรียกร้อง ข้อ 7 กำหนดให้ รฟม. นำหลักเกณฑ์และวิธีการตกลงราคา วิธีสอบราคา และวิธีประกวดราคาตามข้อบังคับการรถไฟฯ ขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยว่าด้วยการพัสดุ มาใช้บังคับแก่การอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของ รฟม.



โดยอนุโลม และข้อ 15 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า การทำสัญญาหรือข้อตกลงให้ทำตามแบบที่ รพม. กำหนด และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 อาศัยอำนาจตามมาตรา 24 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 ประกอบกับข้อ 4 และข้อ 11 ของข้อบังคับการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ว่าด้วยการอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2547 ออกประกาศการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย เรื่อง กำหนดประเภทการอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ ในที่ดินของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่าน ลงวันที่ 26 กันยายน 2556 และได้แก้ไข เพิ่มเติมประกาศดังกล่าวตามประกาศการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย เรื่อง กำหนดประเภท การอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่าน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2557 ลงวันที่ 8 ธันวาคม 2557³ เพื่อกำหนดประเภทการอนุญาต อัตราค่าตอบแทน และการเรียกเก็บ ค่าตอบแทน กรณีการอนุญาตให้ใช้ที่ดินของ รพม. เป็นทางผ่าน สำหรับที่ดินที่มีลักษณะการใช้ประโยชน์ เพื่อการประกอบธุรกิจขนาดใหญ่ ธุรกิจที่อยู่อาศัยขนาดใหญ่ และธุรกิจอื่น จะเห็นได้ว่าข้อบังคับและประกาศ ดังกล่าวจึงเป็นบทกฎหมายที่ให้อำนาจ รพม. ในการพิจารณาอนุญาตให้เอกชนใช้ประโยชน์ในที่ดินของ รพม. เป็นทางผ่านโดยมีค่าตอบแทน ดังนี้แล้วใบอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชน แห่งประเทศไทยเป็นทางผ่านจึงมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน ระหว่าง รพม. กับผู้ขออนุญาต ใช้ประโยชน์ในที่ดิน

โดยที่กฎหมายไทยยังไม่มีแนวการตีความเกี่ยวกับความมั่นคงเพียงพอของการใช้ประโยชน์ ในที่ดินเพื่อเป็นทางเข้าออกของรถดับเพลิงได้โดยสะดวก แต่เมื่อพิจารณากฎหมายเยอรมันแล้วจะเห็นว่า กฎหมายเยอรมันได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับทางเข้าออกหรือทางผ่านสำหรับรถดับเพลิง (Zu- oder Durchgang für die Feuerwehr) ไว้ในกฎหมายควบคุมอาคาร (Bauordnungsrecht) ของมลรัฐต่าง ๆ ได้แก่ มาตรา 5 แห่งมลรัฐบัญญัติควบคุมอาคารของมลรัฐนอร์ทไรน์-เว็สท์ฟาเลิน (Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen – BauO NRW) และมาตรา 5 แห่งมลรัฐบัญญัติควบคุมอาคารของมลรัฐเบรเมน (Bremische Landesbauordnung – BremLBO) โดยมีการตีความกฎหมายดังกล่าวว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับ ทางเข้าออกที่ดินเป็นการกำหนดเงื่อนไขในการก่อสร้างอาคารเพื่อประโยชน์ในการระงับและบรรเทาอัคคีภัย โดยทางเข้าออกที่ดินดังกล่าวจะต้องเป็นทางเข้าออกที่รถดับเพลิง รถพยาบาล รถของหน่วยกู้ภัย และรถตำรวจ⁴ ใช้เข้าออกได้โดยสะดวกตลอดเวลา พื้นที่ที่ใช้เป็นทางเข้าออกดังกล่าวจึงควรเป็นของเจ้าของที่ดิน ที่ใช้ก่อสร้างอาคารและไม่ได้ใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่น⁵ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีนี้ ที่ดินของ รพม. เป็นที่ดิน

³ ปัจจุบันประกาศการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย 2 ฉบับดังกล่าว ถูกยกเลิกโดยข้อ 3 ของประกาศการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย เรื่อง กำหนดประเภทการอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดิน ของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่าน พ.ศ. 2565

⁴ Werner Hoppe, Christian Bönker, und Susan Grotefels, *Öffentliches Baurecht*, 2. Auflage, (München : C.H.Beck, 2002), § 15 Rn. 16-17.

⁵ Winfried Brohm, *Öffentliches Baurecht*, 3. Auflage, (München : C.H.Beck, 2002), § 5 Rn. 3-4.

ที่ได้มาจากการเวนคืนและยังคงต้องนำไปใช้ตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืน โดยใบอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฯขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่านเป็นเพียงการยกเว้นการใช้ที่ดินตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนบางส่วนตามหนังสือการรถไฟฯขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ที่ รพม 014/1568 ลงวันที่ 4 กันยายน 2557 ที่ยืนยันต่อบริษัทแม่ของผู้ร้องสอดว่า วัตถุประสงค์ในการใช้ที่ดินตามใบอนุญาตเพื่อดำเนินการก่อสร้างอาคารชุดพักอาศัยขนาดใหญ่พิเศษนั้น หมายความว่ารวมถึงเพื่อการดำเนินการก่อสร้างและเพื่อเป็นทางผ่านเข้าออกของเจ้าของร่วมอาคารชุดตลอดเวลาที่อาคารดังกล่าวตั้งอยู่ โดยไม่มีสิ่งปลูกสร้างกีดขวางทางเข้าออกแต่อย่างใด ใบอนุญาตดังกล่าวจึงเป็นการเพิ่มวัตถุประสงค์ในการใช้ที่ดินตามใบอนุญาตให้ผู้ได้รับอนุญาตได้ใช้ประโยชน์ร่วมกับวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืน ทำให้ทางผ่านดังกล่าวใช้เป็นทางเข้าออกร่วมกันระหว่างประชาชนผู้มาใช้บริการลานจอดรถสถานีสุขุมวิท (วัตถุประสงค์แห่งการเวนคืน) กับผู้พักอาศัยในอาคารชุดของผู้ร้องสอด (วัตถุประสงค์ในการใช้ที่ดินตามใบอนุญาต) ทางเข้าออกที่ดินดังกล่าวจึงไม่ได้ใช้เพื่อประโยชน์ของโครงการแอชตัน โอโศก ของผู้ร้องสอดโดยเฉพาะ นอกจากนี้ ใบอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฯขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่านซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน หมายความว่า คู่สัญญามีเสรีภาพในการแสดงเจตนาขอแก้ไขหรือบอกเลิกสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีนี้ที่ รพม. ได้กำหนดข้อสงวนสิทธิ์ที่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขการอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินเป็นทางเข้าออกได้เสมอตามความจำเป็นแห่งกรณี เมื่อมีข้อสงวนสิทธิ์เช่นว่านี้อยู่ในใบอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฯขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่าน เลขที่ รพม 012/1135 ลงวันที่ 4 กรกฎาคม 2557 ถ้อยคำตามหนังสือการรถไฟฯขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ที่ รพม 014/1568 ลงวันที่ 4 กันยายน 2557 จึงไม่อาจเป็นข้อเท็จจริงที่มั่นคงเพียงพอ ที่จะยืนยันว่า อาคารของผู้ร้องสอดมีทางเข้าออกสู่ถนนสาธารณะที่มีสภาพใช้เป็นทางเข้าออกได้ตลอดตราบเท่าที่อาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษดำรงอยู่

จากการวิเคราะห์นี้จึงอาจสรุปได้ว่า การใช้ที่ดินของ รพม. เป็นทางเข้าออกที่ดินของผู้ร้องสอดตามใบอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฯขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่าน เลขที่ รพม 012/1135 ลงวันที่ 4 กรกฎาคม 2557 ประกอบกับหนังสือการรถไฟฯขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ที่ รพม 014/1568 ลงวันที่ 4 กันยายน 2557 ยังมีความบกพร่อง เนื่องจากทางเข้าออกดังกล่าวยังไม่มีความมั่นคงเพียงพอที่ผู้ร้องสอดจะใช้เป็นทางเข้าออกของรถดับเพลิงได้โดยสะดวกตลอดตราบเท่าที่อาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษของผู้ร้องสอดดำรงอยู่

2.2 กรณียังอยู่ในวิสัยที่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องอาจจะดำเนินการแก้ไขความบกพร่องได้หรือไม่

จากข้อสรุปที่ได้จากการวิเคราะห์ข้างต้นว่า การใช้ที่ดินของ รพม. เป็นทางเข้าออกที่ดินของผู้ร้องสอดตามใบอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฯขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่าน เลขที่ รพม 012/1135 ลงวันที่ 4 กรกฎาคม 2557 ยังมีความบกพร่อง เนื่องจากทางเข้าออกดังกล่าวไม่มีความมั่นคงเพียงพอที่ผู้ร้องสอดจะใช้เป็นทางเข้าออกของรถดับเพลิงได้โดยสะดวกตลอด



ตราบเท่าที่อาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษของผู้ร้องสอดดำรงอยู่นั้น เป็นความเห็นที่พ้องต้องกันระหว่างมติที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุดและความเห็นแย้งของตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อยฝ่ายที่หนึ่ง แต่ความเห็นแย้งดังกล่าวเห็นว่า ความบกพร่องนี้ยังอยู่ในวิสัยที่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องอาจจะดำเนินการแก้ไขความบกพร่องได้ โดยศาลปกครองสูงสุดอาจกำหนดเงื่อนไขในคำพิพากษาให้ รพม. ดำเนินการนำเรื่องการขออนุญาตใช้ประโยชน์ในที่ดินของ รพม. เป็นทางผ่าน ตามคำขออนุญาตใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่าน ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2557 ของผู้ร้องสอด เสนอรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมเพื่อเสนอไปยังคณะรัฐมนตรีพิจารณาตามมาตรา 74 และมาตรา 75 (6) แห่งพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 ภายใน 270 วัน ข้อเสนอเช่นนี้จึงมีประเด็นที่ควรวิเคราะห์ว่า การนำเรื่องการขออนุญาตดังกล่าวเสนอรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมเพื่อเสนอไปยังคณะรัฐมนตรีเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ตามฐานกฎหมายใด ใช้สำหรับกรณีใด และยังอยู่ในวิสัยที่จะดำเนินการเพื่อแก้ไขความบกพร่องดังกล่าวหรือไม่

มาตรา 74⁶ และมาตรา 75 (6)⁷ แห่งพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม และคณะรัฐมนตรีในการกำกับดูแลกิจการของ รพม. โดยมีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลตามระบบอนุญาต ซึ่งเป็น 1 ใน 4 ระดับการควบคุมหรือกำกับดูแลที่จำแนกโดยคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา อันประกอบด้วย การกำหนดกฎเกณฑ์ให้ปฏิบัติตาม⁸ ระบบจัดแจ้ง⁹ ระบบจดทะเบียนระบบขึ้นทะเบียน และระบบอนุญาต¹⁰

⁶ พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543

มาตรา 74 “ในกรณีที่ รพม. จะต้องเสนอเรื่องใด ๆ ไปยังคณะรัฐมนตรี ให้ รพม. นำเรื่องเสนอรัฐมนตรีเพื่อเสนอไปยังคณะรัฐมนตรี”

⁷ พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543

มาตรา 75 “รพม. ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อนจึงจะดำเนินการดังต่อไปนี้ได้

ฯลฯ

ฯลฯ

(6) ให้เช่าหรือให้สิทธิใด ๆ ในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีมูลค่าเกินสิบล้านบาท

ฯลฯ

ฯลฯ”

⁸ ตัวอย่าง อำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมในการกำกับกิจการของ รพม. โดยทั่วไปตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543

⁹ ตัวอย่าง การกำหนดให้ รพม. ทำรายงานกล่าวถึงผลของงานในปีที่ล่วงมาแล้วและคำชี้แจงเกี่ยวกับนโยบายของคณะกรรมการ โครงการและแผนงานที่จะทำในภายหน้าเสนอคณะรัฐมนตรี ปีละครั้งตามมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543

¹⁰ สุกัญญา สุวัฒนานันท์, “การกำกับดูแลการประกอบธุรกิจโดยไม่ใช้ระบบอนุญาต,” หนังสือ/บทความทางกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, น. 2-6. [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <http://web.krisdika.go.th/activityType.jsp?item=n5&actType=I&head=4&activityTA.index=29> เมื่อ 10 กันยายน 2566.

โดยที่ระบบอนุญาตเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือประกอบกิจการ โดยวิธีการเพิ่มขึ้นตอน¹¹ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลไว้ในมาตรา 40 วรรคหนึ่ง และมาตรา 40 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้กำหนดว่า การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพื่อยกเว้นที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ทั้งนี้ บทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่มีคำอธิบายที่ชัดเจนว่า บุคคลที่ได้รับการรับรองให้เสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้น รวมถึงนิติบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งนิติบุคคลมหาชน หรือไม่¹²

รฟม. เป็นนิติบุคคลประเภทรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 และมีสถานะเป็นนิติบุคคลมหาชนที่ได้รับการกระจายอำนาจทางบริการให้ดำเนินกิจการรถไฟฟ้าในกรุงเทพมหานครและปริมณฑล รวมทั้งจังหวัดอื่นตามที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา หรือระหว่างจังหวัดดังกล่าว อันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะในฐานะองค์การมหาชน รัฐโดยคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมจึงมีความสัมพันธ์กับ รฟม. ในลักษณะการควบคุมหรือกำกับดูแล¹³ และ รฟม. ควรได้รับความคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการ โดยอาจศึกษาจากการรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (Berufsfreiheit) ตามกฎหมายเยอรมัน ดังที่ปรากฏในมาตรา 12 ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz – GG) ซึ่งรับรองสิทธิในการประกอบกิจการของนิติบุคคลด้วย ทั้งนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน (juristische Personen des Privatrechts) และนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน (juristische Personen des öffentlichen Rechts) โดยในส่วนของนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน บทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่รับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการเป็นสิทธิพื้นฐานในกิจการที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะ เนื่องจากกิจการดังกล่าวอยู่ภายใต้การตรวจสอบและการกำกับดูแลโดยรัฐ แต่หากเป็นกิจการในการเป็นตัวแทนผลประโยชน์ทางเอกชน นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนสามารถมีสิทธิพื้นฐานได้¹⁴

การที่ รฟม. ออกใบอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่าน เลขที่ รฟม 012/1135 ลงวันที่ 4 กรกฎาคม 2557 ให้แก่ผู้ร้องสอด โดยมีค่าทดแทนการใช้พื้นที่ให้แก่ รฟม. จำนวน 97,671,707.45 บาท เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่ รฟม. ให้เอกชนใช้ประโยชน์ในที่ดินของ รฟม. เพื่อวัตถุประสงค์ของเอกชนนั้น โดยมีใช้วัตถุประสงค์แห่งการจัดทำ

¹¹ เฟิงอ้าง, น. 2.

¹² สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, (กรุงเทพฯ : สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562), น. 58-59.

¹³ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 27, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2561), น. 85-87.

¹⁴ Matthias Ruffert in Volker Epping und Christian Hillgruber (Hrsg.), *BeckOK GG*, 55. Ed., 15.05.2023, Art. 12 Rn. 38-39.



บริการสาธารณะ และ รฟม. ได้รับค่าทดแทนอันเป็นผลประโยชน์จากทรัพย์สินของ รฟม. ตามสัญญาในทางเอกชน สัญญาต่างตอบแทนดังกล่าวจึงเป็นกิจการที่ รฟม. เป็นตัวแทนผลประโยชน์ทางเอกชนของ รฟม. จึงสามารถมีสิทธิพื้นฐานได้ หาก รฟม. จะแก้ไขความบกพร่องในการใช้ที่ดินของ รฟม. เป็นทางเข้าออกที่ดินให้ผู้ร้องสอด โดยการนำเรื่องการขออนุญาตใช้ประโยชน์ในที่ดินของ รฟม. เป็นทางผ่านเสนอรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมเพื่อเสนอไปยังคณะรัฐมนตรีพิจารณาตามมาตรา 74 และมาตรา 75 (6) แห่งพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้ามหานครแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 กิจการที่ รฟม. จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อนจึงจะดำเนินการได้ ย่อมหมายถึงการให้เช่าหรือให้สิทธิใด ๆ ในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีมูลค่าเกินสิบล้านบาท อันเป็นกิจการที่ รฟม. เป็นตัวแทนผลประโยชน์ทางเอกชนเช่นกัน

กิจการที่ รฟม. เป็นตัวแทนผลประโยชน์ทางเอกชนเช่นว่านี้ จึงควรได้รับการรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการตามมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และแม้ว่าเสรีภาพดังกล่าวจะถูกจำกัดได้ภายใต้อำนาจกำกับดูแลของคณะรัฐมนตรีโดยระบบอนุญาตตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายก็ตาม การกำกับดูแลกิจการนั้นมีข้อควรพิจารณาว่า การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อการแข่งขันอย่างเป็นธรรม แล้วการแก้ไขความบกพร่องในการใช้ที่ดินของ รฟม. เพื่อประโยชน์ของผู้ร้องสอดจะเป็นธรรมต่อผู้ประกอบกิจการอสังหาริมทรัพย์รายอื่นที่ดำเนินการตามกฎหมายโดยหลีกเลี่ยงการก่อสร้างอาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษที่ไม่มีทางเข้าออกที่สามารถใช้เป็นทางเข้าออกของรถดับเพลิงได้โดยสะดวกหรือไม่

การแก้ไขความบกพร่องตามคดีที่วิเคราะห์นี้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้ร้องสอดเป็นหลัก แต่ต้องริเริ่มดำเนินการโดย รฟม. และต้องให้ความเห็นชอบโดยคณะรัฐมนตรีด้วยอำนาจหน้าที่ในทางบริหารการเสนอแนะทางเลือกดังกล่าวในคำพิพากษา ซึ่งเป็นการใช้อำนาจในทางตุลาการจึงต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างยิ่ง ไม่ให้เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการของ รฟม. และไม่ให้เป็นการก้าวล่วงอำนาจในทางบริหาร

2.3 ประเด็นเกี่ยวกับแนวทางการดำเนินการของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษา

คำพิพากษาเพิกถอนใบรับหนังสือแจ้งความประสงค์จะก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอนหรือเคลื่อนย้ายอาคาร หรือเปลี่ยนการใช้อาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 39 ทวิ ตามแบบ กทม. 6 เลขที่ 18/2558 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2558 ใบรับหนังสือแจ้งความประสงค์จะก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอนหรือเคลื่อนย้ายอาคาร หรือเปลี่ยนการใช้อาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 39 ทวิ ตามแบบ กทม. 6 เลขที่ 69/2558 ลงวันที่ 16 กรกฎาคม 2558 ใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารตามมาตรา 39 ตริ (แบบ ยผ. 4) เลขที่ 48/2559 ลงวันที่ 22 มิถุนายน 2559 ฉบับแก้ไข และใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารตามมาตรา 39 ตริ (แบบ ยผ. 4) เลขที่ 129/2560 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 2560 ที่ออกให้แก่ผู้ร้องสอด โดยให้มีผลย้อนหลังถึงวันที่ออกหนังสือฉบับดังกล่าว มีผลทำให้

โครงการแอชตัน อโศก ของผู้ร้องสอด เป็นโครงการก่อสร้างที่ไม่มีใบอนุญาตก่อสร้างอาคารและสร้างความกังวลใจแก่บุคคลทั่วไปว่าโครงการดังกล่าวจะต้องถูกรื้อถอนหรือไม่

อย่างไรก็ตาม การรื้อถอนอาคารที่มีการก่อสร้างหรือดัดแปลงอาคารโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 หรือกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าว ทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นอำนาจสั่งการของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน โดยเฉพาะในกรณีที่มีการก่อสร้างหรือดัดแปลงอาคารโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเป็นกรณีที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ หรือเจ้าของอาคารมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว กล่าวคือ การมีคำสั่งรื้อถอนอาคารเป็นขั้นตอนสุดท้ายของการดำเนินการตามคำพิพากษาเมื่อไม่สามารถดำเนินการประการอื่นได้แล้วเท่านั้น

โดยในขั้นตอนแรกของการดำเนินการตามคำพิพากษา เนื่องจากอาคารดังกล่าวก่อสร้างแล้วเสร็จ เจ้าพนักงานท้องถิ่น ซึ่งในกรณีนี้ คือ ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร จึงต้องมีคำสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร ผู้ควบคุมงาน ผู้ดำเนินการ ลูกจ้าง หรือบริวารของบุคคลดังกล่าวระงับการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายควบคุมอาคาร แต่อาจมีคำสั่งห้ามมิให้บุคคลใดใช้หรือเข้าไปในส่วนใด ๆ ของอาคาร หรือบริเวณที่มีการกระทำความผิดดังกล่าว และจัดให้มีเครื่องหมายแสดงการห้ามนั้นไว้ในที่เปิดเผยและเห็นได้ง่าย ณ อาคารหรือบริเวณดังกล่าวตามมาตรา 40 (2) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 หากเห็นว่า การใช้หรือเข้าไปในส่วนใด ๆ ของอาคารอาจก่อให้เกิดอันตราย ซึ่งในการออกคำสั่งดังกล่าว อาจทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเกิดความกังวลใจ เพราะการห้ามมิให้บุคคลใดใช้หรือเข้าไปในส่วนใด ๆ ของอาคาร หากอาคารนั้นเป็นสถานที่ซึ่งไม่ใช่ที่พักอาศัยหรือเป็นสถานที่พักแรมชั่วคราว เช่น โรงแรม การห้ามใช้อาคารย่อมเป็นเพียงการห้ามเข้าอาคาร แต่อาคารในคดีนี้เป็นโครงการอาคารชุดอยู่อาศัยซึ่งมีผู้ซื้อห้องชุดไปแล้วประมาณ 666 ห้อง จึงย่อมมีเจ้าของห้องชุดหรือผู้เช่าซึ่งเป็นผู้อยู่อาศัย ทำให้การห้ามใช้อาคารในกรณีนี้อาจเป็นการขับไล่สำหรับบางคน ซึ่งผู้ฝ่าฝืนคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 40 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และต้องระวางโทษปรับอีกวันละไม่เกินสามหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนหรือจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ด้วย ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการที่บุคคลใดใช้หรือเข้าไปในส่วนใด ๆ ของอาคารกับภาระที่จะเกิดกับผู้อยู่อาศัยจากการออกคำสั่งห้ามมิให้บุคคลใดใช้หรือเข้าไปในส่วนใด ๆ ของอาคาร ย่อมเห็นได้ว่า การออกคำสั่งดังกล่าวจะเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร

ถ้าการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายควบคุมอาคารเป็นกรณีที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจสั่งให้เจ้าของอาคารยื่นคำขออนุญาตหรือดำเนินการแจ้งตามมาตรา 39 ทวิ หรือดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่าสามสิบวันตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ซึ่งคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส. 188/2566 ได้วินิจฉัยไว้ชัดเจนแล้วว่า การเพิกถอนคำสั่ง



ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ทั้งสี่ฉบับในโครงการแอชตัน โอโศก มีสาเหตุมาจากความบกพร่องที่โครงการดังกล่าวไม่มีทางเข้าออกของรถดับเพลิงโดยสะดวกที่มั่นคงเพียงพอ ดังนั้น จึงเป็นปัญหาที่ผู้ร้องสอยังสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ โดยผู้ร้องสออาจจัดหาที่ดินมาใช้เป็นทางเข้าออกโครงการ แม้ว่าจะต้องซื้อที่ดินจากเอกชนในราคาสูง หรือผู้ร้องสออาจต้องแก้ไขสัญญา กับ รพม. เพื่อยกเลิกข้อสงวนสิทธิ์ในใบอนุญาตการใช้ประโยชน์ที่ทำให้การใช้ประโยชน์ในที่ดินของ รพม. ไม่มีความมั่นคงเพียงพอ รวมถึงผู้ร้องสออาจทำสัญญาเช่าที่ดินดังกล่าวจาก รพม. โดย รพม. ต้องเสนอเรื่องต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม เพื่อเสนอไปยังคณะรัฐมนตรีพิจารณาตามมาตรา 74 และมาตรา 75 (6) แห่งพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 ตามข้อเสนอในความเห็นแย้งของตุลาการศาลปกครองสูงสุด เสียข้งน้อยฝ่ายที่หนึ่ง แล้วผู้ร้องสอจึงยื่นคำขออนุญาต หรือดำเนินการแจ้งตามมาตรา 39 ทวิ ให้ถูกต้องไปตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

3. สรุป

ใบอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย เป็นทางผ่าน แม้จะเรียกว่าใบอนุญาต แต่ไม่ได้มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองเพราะไม่ได้เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย แต่มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนระหว่าง รพม. กับผู้ร้องสอซึ่งเป็นผู้ขออนุญาต ใช้ประโยชน์ในที่ดิน การใช้ที่ดินของ รพม. เป็นทางผ่าน เพื่อให้รถดับเพลิงสามารถเข้าออกได้โดยสะดวก มีข้อควรวิเคราะห์เกี่ยวกับความมั่นคงของการใช้ที่ดินนั้นว่า ผู้ร้องสอจะสามารถใช้ทางผ่านดังกล่าว ได้ตลอดเวลาครบเท่าที่อาคารสูงหรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษของผู้ร้องสอยังดำรงอยู่หรือไม่ เนื่องจากกฎหมายไทยยังไม่มีแนวการตีความเกี่ยวกับความมั่นคงเพียงพอของการใช้ประโยชน์ในที่ดินเป็นทางผ่านดังกล่าว จึงอาจศึกษาจากกฎหมายเยอรมันซึ่งมีการตีความว่า ทางเข้าออกที่ดินดังกล่าวจะต้องเป็นทางเข้าออกที่รถดับเพลิง รถพยาบาล รถของหน่วยกู้ภัย และรถตำรวจ ใช้เข้าออกได้โดยสะดวกตลอดเวลา ที่ดินที่ใช้เป็นทางเข้าออกดังกล่าวจึงควรเป็นของเจ้าของที่ดินที่ใช้ก่อสร้างอาคารและไม่ได้ใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นเมื่อที่ดินของ รพม. เป็นที่ดินที่ได้มาจากการเวนคืนและยังคงต้องนำไปใช้ตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืน อีกทั้งใบอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทางผ่านข้อสงวนสิทธิ์ให้ รพม. อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขการอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินเป็นทางเข้าออกได้เสมอตามความจำเป็นแห่งกรณี การอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินของ รพม. เป็นทางผ่านเข้าออกโครงการแอชตัน โอโศกของผู้ร้องสอจึงยังมีความบกพร่อง แต่การกำหนดเงื่อนไขในคำพิพากษาให้ รพม. ดำเนินการนำเรื่องการขออนุญาตใช้ประโยชน์ในที่ดินของ รพม. เป็นทางผ่าน เสนอรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม เพื่อเสนอไปยังคณะรัฐมนตรีพิจารณาตามมาตรา 74 และมาตรา 75 (6) แห่งพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 อาจกระทบต่อเสรีภาพในการทำสัญญาและเสรีภาพในการประกอบกิจการของ รพม. อย่างไรก็ตาม การเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ทั้งสี่ฉบับ ทำให้โครงการแอชตัน โอโศก ของผู้ร้องสอเป็นการก่อสร้างอาคารโดยไม่มีใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร

ซึ่งเป็นกรณีที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

คำสำคัญ : กฎหมายควบคุมอาคาร, ทางเข้าออกของรถดับเพลิง, ใบอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดิน, สัญญาต่างตอบแทน, ระบบอนุญาต, นิติบุคคลมหาชน, การจัดทำบริการสาธารณะ

วารสารวิชาการศาลปกครอง

หลักกฎหมายมหาชน

สหภาพยุโรป : คติประวัติศาสตร์ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิพากษาว่า
การที่รัฐบาลของสมาพันธ์รัฐสวิสเพิกเฉยต่อปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ
(climate change) เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน

ศิขรินทร์ ศรีสุข *

สาระสำคัญ :

สมาคมสตรีอาวุโสเพื่อปกป้องสภาพภูมิอากาศแห่งสวิตเซอร์แลนด์ (Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “สมาคม”) เป็นองค์กรไม่แสวงกำไรที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและดำเนินการปกป้องสภาพภูมิอากาศอย่างมีประสิทธิภาพ โดยสมาชิกส่วนใหญ่ของสมาคมเป็นหญิงสูงวัยที่มีอายุเกิน 70 ปี ซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลผู้ได้รับผลกระทบอย่างรุนแรงจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เห็นว่า รัฐบาลสวิส¹ ไม่สามารถดำเนินมาตรการเพื่อแก้ไขผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น สมาคมพร้อมด้วยสมาชิกอีก 4 คน จึงใช้สิทธิตามอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom 1950 ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน”) ยื่นฟ้องรัฐบาลสวิสเป็นคดีต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights - ECHR) โดยสมาคม (โจทก์ที่ 1) และสมาชิกอีก 4 คน (โจทก์ที่ 2 - 5) กล่าวหาว่า การที่หน่วยงานของรัฐไม่ดำเนินการตามหน้าที่ที่จะต้องกำหนดนโยบายและมาตรการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกให้สอดคล้องกับเป้าหมายในการรักษาอุณหภูมิโลกให้ต่ำกว่า 2 องศาเซลเซียส ตามความตกลงปารีสว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Paris Agreement) เป็นการละเมิดต่อสิทธิในชีวิตและสุขภาพและสิทธิที่จะได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัวและครอบครัวตามมาตรา 2 และมาตรา 8 แห่งอนุสัญญาดังกล่าว และการที่หน่วยงานภายในและศาลภายในของสมาพันธ์รัฐสวิสปฏิเสธไม่รับพิจารณาคำร้องและคำฟ้องของสมาคมโดยไม่ได้พิจารณาหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศของโจทก์อย่างจริงจัง เป็นการละเมิดต่อสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมตามมาตรา 6 แห่งอนุสัญญาดังกล่าว ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่า โจทก์ที่ 2 - 5 เป็นบุคคลธรรมดา ไม่ใช่ผู้เสียหายโดยตรงจากปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เนื่องจากโจทก์ทั้ง 4 ราย ไม่อาจพิสูจน์

* พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

¹ คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปใช้คำว่า “The Swiss Government” ดังนั้น ในเอกสารนี้ ผู้เขียนจึงใช้คำแปลว่า “รัฐบาลสวิส”

ให้ศาลเห็นได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหายแตกต่างจากประชาชนทั่วไปอย่างไร ดังนั้น โจทก์ทั้ง 4 ราย จึงไม่ใช่ผู้เสียหายตามความหมายของอนุสัญญานี้ ศาลพิพากษายกฟ้องโจทก์ที่ 2 - 5 อย่างไรก็ตาม ศาลรับฟ้องในส่วนของโจทก์ที่ 1 ซึ่งมีฐานะเป็นสมาคม โดยให้เหตุผลว่า ปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เป็นข้อกังวลร่วมกันของมนุษยชาติและเป็นภาระร่วมกันของบุคคลในรุ่นปัจจุบันและอนาคต จึงเป็นการสมควร ที่จะอนุญาตให้สมาคมต่าง ๆ สามารถดำเนินคดีเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศได้ เมื่อโจทก์ที่ 1 จัดตั้งขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายและดำเนินการตามวัตถุประสงค์ในการปกป้องสิทธิมนุษยชนของสมาชิก และบุคคลอื่น ๆ ที่ได้รับผลกระทบจากภัยคุกคามของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ โจทก์ที่ 1 จึงมีคุณสมบัติครบถ้วนที่จะเป็นตัวแทนของบุคคลผู้ได้รับผลกระทบดังกล่าว ศาลจึงรับคำฟ้องของโจทก์ที่ 1 ไว้พิจารณา และพิพากษาว่ารัฐบาลสโลวีเมตต่อสิทธิตามมาตรา 8 และมาตรา 6 แห่งอนุสัญญายุโรป ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

หลักกฎหมายสำคัญ :

- หลักการฟ้องคดีโดยประชาชน (*action popularis*) คือ การฟ้องคดีหรือการใช้สิทธิ เพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยที่ผู้ฟ้องคดีไม่ใช่ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยตรง²
- มาตรา 34 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน บัญญัติว่า บุคคลอาจยื่นฟ้อง ต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปว่าตนถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานได้ก็ต่อเมื่อตนเป็นผู้เสียหาย (victim) ตามอนุสัญญานี้
- แนวคำพิพากษาในคดี *Tănase v. Moldova*, No. 7/08, (Grand Chamber) ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป วินิจฉัยว่า บุคคลที่จะเป็นผู้เสียหายซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามอนุสัญญานี้ จะต้องเป็นบุคคลผู้ได้รับความเสียหายโดยตรงจากมาตรการที่ถูกละเมิดว่าเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ

รายละเอียดของเรื่อง :

1. กระบวนการพิจารณาของหน่วยงานภายในและศาลภายในของสมาพันธ์รัฐสโลวี

1.1 การยื่นคำร้องต่อหน่วยงานภายในของสมาพันธ์รัฐสโลวี

เมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 2016 สมาคมสตรีอาวุโสเพื่อปกป้องสภาพภูมิอากาศ แห่งสวิตเซอร์แลนด์ยื่นคำร้องต่อคณะมนตรีแห่งสหพันธ์ ในฐานะองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหาร

² โปรดตุ ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน 2558), น. 344-345; วิชชา เนตรหัตถ์, คำแปลการบรรยายหัวข้อ “ข้อสังเกต ต่อกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยจากมุมมองของนักกฎหมายเยอรมัน” โดย Asst. Prof. Dr. Lasse Schuldt วันอังคารที่ 31 ตุลาคม 2566 ณ ห้องสัมมนา 2 ชั้น B1 อาคารศาลปกครอง ถนนแจ้งวัฒนะ กรุงเทพฯ [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://admc.admincourt.go.th/02-office/office44/wp2/wp-content/uploads/2023/12/Danainfo=intranet2.admincourt.go.th+www-10-66.pdf> เมื่อ 31 เมษายน 2567.



และกระทรวงสิ่งแวดล้อม คมนาคม พลังงาน และการสื่อสาร (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “กระทรวงสิ่งแวดล้อม”)³ ในฐานะหน่วยงานผู้รับผิดชอบดูแลเรื่องสิ่งแวดล้อม โดยอ้างว่าสมาชิกของสมาคมซึ่งเป็นหญิงสูงวัยที่มีอายุเกิน 70 ปี เป็นกลุ่มผู้ได้รับผลกระทบอย่างรุนแรงจากการที่หน่วยงานของรัฐไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตนในการปกป้องประชาชนจากปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ กล่าวคือ หน่วยงานของรัฐไม่ดำเนินนโยบายลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกให้สอดคล้องกับเป้าหมายในการรักษาอุณหภูมิโลกให้ต่ำกว่า 2 องศาเซลเซียส ตามความตกลงปารีสว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ อันเป็นการละเมิดต่อสิทธิในชีวิต หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน และหลักการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมตามมาตรา 10 มาตรา 73 และมาตรา 74 ของรัฐธรรมนูญแห่งสมาพันธ์รัฐสวิส และละเมิดสิทธิในชีวิตและสิทธิที่จะได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัว และครอบครัวตามมาตรา 2 และมาตรา 8 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน สมาคมประสงค์ที่จะได้รับการเยียวยาจากปฏิบัติการทางปกครอง⁴ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว ด้วยการให้หน่วยงานของรัฐออกคำสั่งทางปกครอง (formal ruling) เพื่อจัดการกับปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศตามมาตรา 25a แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง⁵ (Federal Administrative Procedure Act - APA)

³ ในที่นี้ คือ ฝ่ายสมาคมยื่นคำร้องต่อกระทรวงสิ่งแวดล้อม คมนาคม พลังงาน และการสื่อสาร (The Federal Department of the Environment, Transport, Energy and Communications – DETEC) และหน่วยงานย่อยภายใต้กระทรวงสิ่งแวดล้อม 2 หน่วยงาน คือ สำนักงานกลางเพื่อสิ่งแวดล้อม (the Federal Office for the Environment) และสำนักงานพลังงานกลาง (the Federal Office for Energy)

⁴ คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดีนี้อธิบายว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” (real act/informal act) คือ การกระทำของฝ่ายปกครองที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคล โดยอาศัยฐานอำนาจมาจากกฎหมายมหาชน ซึ่งมีได้มาจากการออกคำสั่งทางปกครอง (formal ruling) โปรดดู คำพิพากษาบับสมบวร์ณ Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, no.53600/20, para 22.

⁵ สมาพันธ์รัฐสวิสมีแนวคิดเรื่อง การดำเนินการแก้ไขความไม่ชอบด้วยกฎหมายของปฏิบัติการทางปกครองที่เรียกว่า “ruling on real act” ซึ่งมีหลักการ คือ เมื่อบุคคลใดได้รับการกระทบกระเทือนในสิทธิหรือหน้าที่ของตนจากปฏิบัติการทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากการที่บุคคลนั้นจะใช้สิทธิฟ้องร้องให้หน่วยงานดังกล่าวรับผิดชอบละเมิดได้แล้ว บุคคลผู้นั้นอาจใช้สิทธิตามมาตรา 25a แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเพื่อขอให้หน่วยงานที่เป็นผู้รับผิดชอบออก “คำสั่งทางปกครอง” เพื่อระงับการกระทำ ไม่กระทำต่อไป ยกเลิก ให้สลายยับยั้งหรือยืนยันปฏิบัติการทางปกครองอันไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นก็ได้ ทั้งนี้ การเยียวยาด้วยวิธีการดังกล่าวเป็นวิธีการที่สะดวกและรวดเร็วมากกว่าการฟ้องร้องให้หน่วยงานทางปกครองรับผิดชอบต่อการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

มาตรา 25a การดำเนินการแก้ไขความไม่ชอบด้วยกฎหมายของปฏิบัติการทางปกครอง

“1. บุคคลใดได้รับการกระทบกระเทือนในสิทธิหรือหน้าที่ของตน และอ้างได้ว่าตนมีผลประโยชน์อันควรได้รับการคุ้มครอง อาจร้องขอต่อหน่วยงานผู้รับผิดชอบต่อการกระทำที่ได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายมหาชนในระดับสมาพันธ์นั้น เพื่อให้หน่วยงานดังกล่าว

(มีต่อหน้าถัดไป)

อย่างไรก็ตาม เมื่อวันที่ 25 เมษายน ค.ศ. 2017 กระทรวงสิ่งแวดล้อมปฏิเสธไม่รับคำร้องของสมาคม โดยให้เหตุผลว่าสมาคมไม่มีอำนาจยื่นคำร้อง เพราะการยื่นคำร้องตามมาตรา 25a จะกระทำได้อีกต่อเมื่อคำร้องดังกล่าวเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้ คือ 1) การกระทำดังกล่าวจะต้องเป็น “ปฏิบัติการทางปกครอง” 2) ข้อเรียกร้องตามคำร้องเกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชนระดับสมพันธ์ 3) หน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองระดับสมพันธ์ 4) ปฏิบัติการทางปกครองดังกล่าวจะต้องกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ร้อง 5) ผู้ร้องจะต้องมี “ผลประโยชน์อันควรได้รับการคุ้มครอง” (interest worthy of protection) และ 6) การดำเนินการดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้หลักการเริ่มต้นที่ท้องถิ่น (subsidiarity)⁶

แม้คำร้องของสมาคมจะเข้าเงื่อนไขข้อที่ 1 - 3 แต่กระทรวงสิ่งแวดล้อมเห็นว่า คำร้องของสมาคมไม่เข้าเงื่อนไขตามข้อ 4 ที่ว่า “ปฏิบัติทางปกครองนั้นจะต้องกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่” เนื่องจากเนื้อหาตามคำร้องมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อกดดันให้หน่วยงานของรัฐออกกฎหมายหรือมาตรการเพื่อลดการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ ซึ่งการออกกฎหมายหรือมาตรการในลักษณะดังกล่าวมิใช่การออกคำสั่งทางปกครองเฉพาะราย (order) หรือคำสั่งทางปกครองทั่วไป (general order) โดยตามคำร้องของสมาคมประสงค์ให้รัฐตราและใช้บังคับกฎหมายเพื่อลดการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ทั่วโลก ไม่ใช่เฉพาะแต่บริเวณโดยรอบที่อยู่อาศัยของตน กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่กระทบกับสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ จึงเป็นกรณีที่ผู้ร้องยื่นคำร้องเพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวม ทำให้ไม่เข้าเงื่อนไขที่จะขอให้รัฐออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 25a ได้ อย่างไรก็ตาม สมาคมยังอาจเลือกใช้สิทธิทางการเมืองของตนตามรัฐธรรมนูญในการร่วมกำหนดทิศทางนโยบายและกฎหมายในเรื่องดังกล่าวได้

สำหรับกรณีที่สมาคมอ้างสิทธิตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน นั้น กระทรวงสิ่งแวดล้อมเห็นว่า การใช้สิทธิตามอนุสัญญานี้จะต้องเป็นการขอให้ทบวงการกระทำของรัฐที่ได้กระทำต่อบุคคลแต่ละบุคคลอย่างเป็นรูปธรรมเท่านั้น แต่กรณีนี้ผู้ร้องใช้สิทธิเรียกร้องเพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่ใช่กรณีที่กระทบต่อสิทธิของผู้ร้องโดยตรง ผู้ร้องจึงไม่ใช่ผู้เสียหาย (victim) อันจะอ้างสิทธิตามอนุสัญญาดังกล่าวได้

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 5)

ก. ระงับการกระทำ ไม่กระทำต่อไป หรือยกเลิกการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ข. ให้สัตยาบันผลแห่งการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ค. ยืนยันถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายแห่งการกระทำดังกล่าว

2. หน่วยงานจะต้องดำเนินการตามวรรคแรกในรูปแบบของการออกคำสั่งทางปกครอง”

⁶ หลักการเริ่มต้นที่ท้องถิ่น (subsidiarity) หมายถึง หลักการที่แบ่งสรรอำนาจเพื่อให้หน่วยงานในระดับล่างที่ใกล้ชิดกับประชาชนมากที่สุดเป็นผู้มีบทบาทหลักในการทำภารกิจเพื่อตอบสนองความต้องการที่หลากหลายของประชาชนในแต่ละภาคส่วน คำแปลและคำอธิบายโดย ศุภสวัสดิ์ ชัชวาล, “ข้อเสนอในการปฏิรูปโครงสร้างการปกครองท้องถิ่นในประเทศไทย,” วารสารสถาบันพระปกเกล้า ปีที่ 16 ฉบับที่ 1, 2561, น. 52-72 (56).



1.2 การยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (the Federal Administrative Court)

ภายหลังจากที่กระทรวงสิ่งแวดล้อมมีคำสั่งไม่รับคำร้อง สมาคมได้เป็นโจทก์ยื่นฟ้องกระทรวงสิ่งแวดล้อมต่อศาลปกครองแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 25 เมษายน ค.ศ. 2017 ขอให้ศาลปกครองแห่งสหพันธ์เพิกถอนคำสั่งไม่รับคำร้องและพิพากษาให้กระทรวงสิ่งแวดล้อมพิจารณาคำร้องใหม่อีกครั้ง โดยในคำฟ้องอ้างว่า โจทก์มีได้ยื่นคำร้องเพื่อให้หน่วยงานออกกฎระเบียบที่มีความทั่วไปและเป็นนามธรรม แต่โจทก์ยื่นคำร้องเพื่อให้หน่วยงานดำเนินการทางกฎหมายอย่างเฉพาะเจาะจง ตลอดจนแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่เดิมให้ถูกต้อง นอกจากนี้ โจทก์ยังเพิ่มเติมคำฟ้องว่า กระทรวงสิ่งแวดล้อมละเมิดสิทธิที่จะฟ้องคดีหรือร้องเรียนเพื่อให้ได้รับความเป็นธรรม (The right to be heard) ตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากกระทรวงสิ่งแวดล้อมไม่ได้พิจารณาในเนื้อหาของคำร้องของโจทก์ โดยเฉพาะข้ออ้างของโจทก์ว่า โจทก์มีสิทธิตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

ศาลปกครองแห่งสหพันธ์วินิจฉัยเกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดีว่า เพื่อจำกัดมิให้เกิดกรณีการฟ้องคดีโดยประชาชนทั่วไปที่ไม่ได้รับผลกระทบโดยตรง มาตรา 25a แห่งรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จึงกำหนดว่า ผู้มีสิทธิเรียกร้องจะต้องถูกกระทบสิทธิหรือหน้าที่ และจะต้องมี “ผลประโยชน์อันควรได้รับการคุ้มครอง” กล่าวคือ คำร้องของโจทก์ที่ประสงค์จะให้กระทรวงสิ่งแวดล้อมออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 25a จะต้องแสดงให้เห็นถึงความใกล้ชิดระหว่างผลที่จะเกิดขึ้นจากปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศกับตัวโจทก์ ซึ่งจะต้องไม่ใช่การใช้สิทธิในฐานะประชาชนทั่วไปที่ประชาชนคนใดคนหนึ่งจะอ้างสิทธิดังกล่าวก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยความใกล้ชิดกับผลที่จะเกิดขึ้น ซึ่งในกรณีนี้ศาลเห็นว่า ปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศในคริสต์ศตวรรษที่ 21 ย่อมส่งผลกระทบต่อทั้งมนุษย์ สัตว์ และพืช ทุกฤดูกาล และตลอดทั่วทุกภูมิภาคของสมาพันธรัฐสวิสเหมือนกัน โดยที่โจทก์ไม่อาจแสดงให้เห็นได้ว่า โจทก์ซึ่งเป็นกลุ่มสตรีอายุ 70 ปีขึ้นไป จะได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศแตกต่างจากประชาชนทั่วไปในช่วงอายุอื่นอย่างไร ศาลจึงเห็นว่า โจทก์ได้รับผลกระทบเช่นเดียวกันกับประชาชนทั่วไปทุกคน ดังนั้น โจทก์จึงไม่มี “ผลประโยชน์อันควรได้รับการคุ้มครอง” ตามเงื่อนไขของมาตรา 25a แห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว

สำหรับประเด็นซึ่งโจทก์กล่าวอ้างว่า กระทรวงสิ่งแวดล้อมละเมิดสิทธิที่จะฟ้องคดีหรือร้องเรียนเพื่อให้ได้รับความเป็นธรรมนั้น ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า แม้กระทรวงสิ่งแวดล้อมจะให้เหตุผลที่สั้นและมีลักษณะเป็นการทั่วไป แต่กระทรวงสิ่งแวดล้อมได้ชี้แนะแนวทางการดำเนินการทางอื่นให้แก่โจทก์ และโจทก์ยังสามารถนำคำสั่งของกระทรวงสิ่งแวดล้อมมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองแห่งสหพันธ์ได้ ศาลจึงเห็นว่า กระทรวงสิ่งแวดล้อมไม่ได้ละเมิดสิทธิของโจทก์ที่จะฟ้องคดีหรือร้องเรียนเพื่อให้ได้รับความเป็นธรรม ดังนั้น ศาลปกครองแห่งสหพันธ์จึงพิพากษายกฟ้อง

1.3 การอุทธรณ์ต่อศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ (the Federal Supreme Court)

โจทก์ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองแห่งสหพันธ์ต่อศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 21 มกราคม ค.ศ. 2019 โดยโจทก์ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลปกครองแห่งสหพันธ์ที่วินิจฉัยว่า ปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศไม่ได้กระทบต่อสิทธิของโจทก์โดยตรง และการฟ้องคดีของโจทก์เป็นการฟ้องคดีเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวม โดยโจทก์เห็นว่ากลุ่มประชากรของโจทก์เป็นกลุ่มเปราะบางอย่างยิ่งต่อปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ โจทก์จึงมีสิทธิได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 10 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐสวิส รวมถึงตามมาตรา 2 และมาตรา 8 แห่งอนุสัญญาโรว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ดังนั้น โจทก์จึงมีสถานะเป็นผู้เสียหายตามความหมายของมาตรา 34 แห่งอนุสัญญาดังกล่าว

ศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า มาตรา 25a แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มีเจตนารมณ์เพื่อปกป้องบุคคลซึ่งได้รับการกระทบกระเทือนในสิทธิและเสรีภาพของตนจากการปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครอง โดยการพิจารณาว่าบุคคลดังกล่าวถูกกระทบสิทธิหรือไม่จะต้องแยกพิจารณาเป็นรายบุคคลว่าบุคคลคนนั้นได้รับผลกระทบแตกต่างจากบุคคลทั่วไปอย่างไร ดังนั้น บุคคลที่จะอ้างใช้สิทธิได้ต้องถูกกระทบต่อสิทธิของตนโดยตรงเท่านั้น มิใช่กรณีที่กระทบต่อสิทธิของประชาชนทั่วไปในลักษณะเดียวกัน ซึ่งในกรณีคำร้องของโจทก์นี้ ศาลเห็นว่าเป็นคำร้องที่มีลักษณะเป็นการใช้สิทธิโดยประชาชนทั่วไป เพราะโจทก์ยื่นคำร้องโดยมุ่งประสงค์ให้รัฐออกกฎหมายคุ้มครองการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศในระดับสหพันธ์รัฐ เพื่อใช้บังคับกับประชาชนทั่วไป จึงมิใช่กรณีการใช้สิทธิตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยที่ข้อเรียกร้องของโจทก์อาจเทียบได้กับการผลักดันให้รัฐตรากฎหมายเพื่อบังคับใช้กับประชาชนทั่วไป ซึ่งประชาชนทั่วไปจะเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการกฎหมายของรัฐได้ด้วยการมีส่วนร่วมทางการเมืองตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น

นอกจากนี้ ศาลเห็นว่าแม้หน่วยงานภายในของสหพันธ์รัฐสวิสจะมีคำสั่งไม่รับคำร้องของโจทก์ก็ไม่ได้เป็นการละเมิดสิทธิของโจทก์ตามมาตรา 25a แต่อย่างใด เพราะจากรายงานฉบับพิเศษของคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศประจำปี ค.ศ. 2018 อาจสรุปได้ว่าอุณหภูมิของโลกจะร้อนขึ้นอีก 1.5 องศาเซลเซียส ประมาณปี ค.ศ. 2040 (ตามแนวโน้มการเพิ่มขึ้นของอุณหภูมิโลก 0.1 - 0.3 องศาเซลเซียส ต่อช่วงระยะเวลา 10 ปี) ทำให้เหตุการณ์ที่อุณหภูมิเฉลี่ยของโลกจะเพิ่มขึ้นเกินกว่า 2 องศาเซลเซียส จึงเป็นเรื่องที่น่าจะเกิดขึ้นในอนาคต⁷ ดังนั้น ศาลเห็นว่าความตกลงปารีสว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการปกป้องการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศที่อ้างอิงมาจากความตกลงปารีส รวมถึงกฎหมายของสหพันธ์รัฐสวิสได้กำหนดแผนการป้องกันการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศจากข้อสันนิษฐานที่ว่า อุณหภูมิของโลกยังไม่อาจจะ

⁷ เป้าหมายหลักของความตกลงปารีส คือ การจำกัดการเพิ่มขึ้นของอุณหภูมิเฉลี่ยของโลกให้ต่ำกว่า 2 องศาเซลเซียส

เพิ่มขึ้นสูงเกิน 2 องศาเซลเซียส ในอนาคตอันใกล้และยังคงมีช่วงระยะเวลาประมาณหนึ่งที่จะป้องกัน ก่อนที่อุณหภูมิของโลกจะสูงเกินกำหนด ดังนั้น ณ เวลาที่โจทก์ยื่นคำร้องกล่าวอ้างว่า รัฐบาลไม่ปฏิบัติหน้าที่ ตามรัฐธรรมนูญและตามอนุสัญญาโรว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก เพื่อใช้สิทธิขอให้รัฐออกคำสั่งทางปกครองเพื่อดำเนินการควบคุมสภาวะโลกร้อน คำร้องของโจทก์ ยังไม่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 25a เพราะสิทธิในชีวิตตามมาตรา 10 ของรัฐธรรมนูญแห่งสมาพันธรัฐสวิส และมาตรา 2 แห่งอนุสัญญาโรว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และสิทธิที่จะได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัว และครอบครัวตามมาตรา 13 ของรัฐธรรมนูญแห่งสมาพันธรัฐสวิส และมาตรา 8 แห่งอนุสัญญาโรบว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ของโจทก์ยังไม่ได้ถูกละเมิดจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐตามที่โจทก์ กล่าวอ้าง ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ โจทก์ย่อมไม่ได้อยู่ในฐานะผู้เสียหายตามความหมายของมาตรา 34 แห่งอนุสัญญาดังกล่าว เช่นกัน เพราะโจทก์ไม่ได้ถูกระทบสิทธิจากกรณีดังกล่าว เมื่อโจทก์ไม่ใช่ผู้เสียหายแล้ว ศาลจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิของโจทก์ตามอนุสัญญาดังกล่าว ต่อไป ดังนั้น ศาลสูงสุดแห่งสมาพันธ ธิฟากายกอุทธธณ์

2. กระบวนพิจารณาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป

ภายหลังจากที่ดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมภายในประเทศทั้งหมดแล้ว แต่ไม่ได้รับการเยียวยาตามที่ร้องขอ สมาคมสตรีอาวูโสเพื่อปกป้องสภาพภูมิอากาศแห่งสวิตเซอร์แลนด์ (โจทก์ที่ 1) พร้อมทั้งสมาชิก คือ นางเซบ์ นางวอคอฟฟ์ เพซอน นางโมลินารี และนางบัดรี (โจทก์ที่ 2 - 5) จึงยื่นฟ้องรัฐบาลสวิตเซอร์แลนด์เป็นคดีต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป โดยมีข้อกล่าวหาหลักในคำฟ้อง คือ

1. รัฐบาลสวิตเซอร์แลนด์ไม่ดำเนินการตามหน้าที่ในการออกมาตรการเพื่อลดผลกระทบ จากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ อันเป็นการละเมิดต่อสิทธิในชีวิตและสุขภาพ และสิทธิที่จะได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัวและครอบครัว ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 2 และมาตรา 8 แห่งอนุสัญญาโรบว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน⁸

2. ศาลสูงสุดแห่งสมาพันธธิฟากายกอุทธธณ์ของโจทก์ตามอำเภอใจ อันเป็นการละเมิด ต่อสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 6 แห่งอนุสัญญาดังกล่าว⁹

⁸ อนุสัญญาโรว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

มาตรา 2 “สิทธิในการมีชีวิตของบุคคลทุกคนจะต้องได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย...”

อนุสัญญาโรว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

มาตรา 8 “บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัวและครอบครัว ที่อยู่อาศัย และการสื่อสาร...”

⁹ อนุสัญญาโรว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

มาตรา 6 “ในการพิจารณาคดีแพ่งเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของตน หรือการพิจารณาคดีอาญา ซึ่งตนต้องหาว่ากระทำความผิด บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม เปิดเผย และภายใน ระยะเวลาที่เหมาะสม โดยคณะตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระ เป็นกลาง และจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย...”

3. หน่วยงานภายในของสมาพันธ์รัฐสวิสและศาลไม่ดำเนินการใด ๆ ตามข้อเรียกร้องของสมาคม อันเป็นการละเมิดต่อสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอันมีประสิทธิภาพ ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 13 แห่งอนุสัญญาดังกล่าว¹⁰

ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาคดีของศาล ฝ่ายโจทก์ได้ยื่นคำแถลงเป็นหนังสือเกี่ยวกับผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศต่อสุขภาพร่างกายของโจทก์ โดยบรรยายว่าสุขภาพร่างกายและชีวิตประจำวันของโจทก์ได้รับผลกระทบจากคลื่นความร้อนอย่างไรบ้าง ตัวอย่างเช่น โจทก์ที่ 2 ระบุในคำแถลงว่า ตนได้รับความลำบากอย่างหนักในช่วงที่เกิดปรากฏการณ์คลื่นความร้อน โดยมีการล้มพุ่มพืชมตตติขณะที่สัมผัสกับแดดร้อนบริเวณระเบียงที่พักอาศัยมากกว่า 1 ครั้ง และเคยต้องเข้ารับการรักษที่โรงพยาบาลเนื่องจากเป็นลมจากคลื่นความร้อน นอกจากนี้ ตนยังต้องปรับเปลี่ยนกิจวัตรประจำวันในช่วงที่สภาพอากาศร้อนจัดกว่าปกติ เช่น การออกไปซื้อของเฉพาะในช่วงเวลาเช้าและกลางคืน และต้องทนเจ็บปวดอย่างมากจากโรคเกาต์ซึ่งทวีความรุนแรงขึ้นในช่วงวันที่อากาศร้อนจัด

2.1 ประเด็นที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวินิจฉัย

2.1.1 การพิจารณาฐานะ “ผู้เสียหาย” ตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

ฝ่ายโจทก์ระบุว่า โจทก์ทั้งห้าเป็น “ผู้เสียหาย” ตามความหมายของมาตรา 34 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และโจทก์ถูกละเมิดสิทธิตามมาตรา 2 และมาตรา 8 จากการที่สมาพันธ์รัฐสวิสไม่ดำเนินการปกป้องโจทก์จากปัญหาโลกร้อน โดยโจทก์ได้รับผลกระทบโดยตรงจากมาตรการที่รัฐใช้ในการจัดการกับปัญหาดังกล่าว นอกจากนี้ โจทก์เห็นว่าศาลควรตีความการเป็นผู้เสียหายอย่างมีวิวัฒนาการตามสังคม (evolutive manner) ไม่ใช่ตีความอย่างเคร่งครัดตามตัวอักษร

ฝ่ายรัฐบาลสวิสโต้แย้งว่า อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมิได้มีบทบัญญัติใดที่กำหนดให้ประชาชนทั่วไปสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อประโยชน์ส่วนรวมได้ เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจากการกระทำของรัฐ นอกจากนี้ สิทธิตามอนุสัญญาบางประการโดยลักษณะแล้วสงวนไว้สำหรับบุคคลธรรมดาเท่านั้น ดังนั้น โจทก์ที่ 1 ซึ่งเป็นสมาคมย่อมไม่อาจอ้างว่าตนเป็นผู้เสียหายที่ถูกละเมิดสิทธิในชีวิตตามมาตรา 2 และสิทธิที่จะได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัวและครอบครัวตามมาตรา 8 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ได้

¹⁰ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

มาตรา 13 “บุคคลทุกคนที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพซึ่งได้รับการรับรองไว้ในอนุสัญญานี้ มีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอันมีประสิทธิภาพจากหน่วยงานที่มีอำนาจแห่งรัฐ ไม่ว่าการละเมิดดังกล่าวจะได้กระทำโดยบุคคลผู้ใช้อำนาจรัฐหรือไม่...”

ประเด็นนี้ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้วินิจฉัยว่า การที่โจทก์จะอ้างว่า ตนมีสถานะเป็นผู้เสียหายในคดีเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศตามมาตรา 34 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ได้นั้น โจทก์ต้องแสดงให้เห็นว่า “ตนได้รับความเสียหายเป็นการส่วนตัวและโดยตรง (personally and directly) จากการกระทำหรือไม่กระทำการของรัฐบาล” ซึ่งพิจารณาได้จากปัจจัยหลัก 2 ประการ คือ (ก) โจทก์อาจได้รับผลกระทบในระดับรุนแรงจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ และ (ข) โจทก์มีความจำเป็นเร่งด่วนเพื่อที่จะได้รับความคุ้มครอง โดยที่ศาลเน้นย้ำว่า เกณฑ์การพิจารณาสถานะของผู้เสียหายซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาตามอนุสัญญาดังกล่าว นั้น สูงเป็นพิเศษ อีกทั้งอนุสัญญาดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติข้อใดที่กำหนดให้ประชาชนทั่วไปสามารถยื่นฟ้องเพื่อประโยชน์ส่วนรวมได้ แม้โจทก์ที่ 2 - 5 จะยื่นคำแถลงและประวัติทางการแพทย์ของตนต่อศาลว่าตนได้รับผลกระทบอย่างไรบ้างจากคลื่นความร้อน และแม้ศาลจะยอมรับว่าคลื่นความร้อนกระทบต่อคุณภาพชีวิตของโจทก์ที่ 2 - 5 แต่โจทก์ไม่อาจแสดงให้เห็นได้ว่าโจทก์มีความจำเป็นเร่งด่วนเพื่อที่จะได้รับความคุ้มครอง โจทก์ที่ 2 - 5 ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาจึงไม่อาจพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า ตนเข้าเงื่อนไขตามเกณฑ์การเป็นผู้เสียหายที่ระบุข้างต้น ดังนั้น ศาลจึงมีคำสั่งไม่รับฟ้องในส่วนของโจทก์ที่ 2 - 5

สำหรับประเด็นความเป็นผู้เสียหายของโจทก์ที่ 1 ซึ่งมีสถานะเป็นสมาคม นั้น ศาลเห็นว่า ปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศเป็นข้อกังวลร่วมกันของมนุษยชาติและเป็นภาระร่วมกันของบุคคลในรุ่นปัจจุบันและอนาคต ดังนั้น จึงเป็นการสมควรที่จะอนุญาตให้สมาคมต่าง ๆ สามารถดำเนินคดีเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศได้ ศาลเห็นว่า เมื่อโจทก์ที่ 1 จัดตั้งขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมาย และได้ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ในการปกป้องสิทธิมนุษยชนของสมาชิกและบุคคลอื่น ๆ ที่ได้รับผลกระทบจากภัยคุกคามของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศในสหพันธรัฐสวิส โจทก์ที่ 1 จึงมีคุณสมบัติครบถ้วนในการเป็นตัวแทนของบุคคลที่อ้างว่าตนอาจได้รับอันตรายต่อชีวิต สุขภาพ คุณภาพชีวิต และความเป็นอยู่ที่ดี อันได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน จากปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ด้วยเหตุนี้ โจทก์ที่ 1 จึงมีอำนาจฟ้องคดีในนามของสมาชิก ข้อคัดค้านของรัฐบาลสวิสว่า โจทก์ที่ 1 ไม่ใช่ผู้เสียหายที่อาจถูกละเมิดสิทธิตามมาตรา 2 และมาตรา 8 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน นั้น ฟังไม่ขึ้น ดังจะกล่าวในข้อที่ 2.1.2

2.1.2 ข้อกล่าวหาที่ 1

มาตรา 2 สิทธิในชีวิต – ศาลเห็นว่า คำฟ้องของโจทก์เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิตามมาตรา 8 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เป็นหลัก อีกทั้งหลักการของสิทธิตามมาตรา 2 นั้นมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันอย่างมากกับสิทธิตามมาตรา 8 ดังนั้น ศาลจึงจะไม่พิจารณาเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิตามมาตรา 2

มาตรา 8 สิทธิที่จะได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัวและครอบครัว – ศาลเห็นว่า สิทธิที่จะได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัวและชีวิตครอบครัวตามมาตรา 8 แห่งอนุสัญญาดังกล่าว มีความหมายรวมไปถึงสิทธิที่ปัจเจกชนจะได้รับการคุ้มครองจากผลกระทบอย่างรุนแรงของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

อย่างมีประสิทธิภาพจากหน่วยงานของรัฐด้วย ดังนั้น รัฐภาคีจึงมีพันธกรณีที่จะต้องตราและใช้บังคับกฎระเบียบและมาตรการเพื่อบรรเทาผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่มีอยู่ในปัจจุบันและในอนาคต เพื่อเป็นการประกันสิทธิตามมาตรา 8 แห่งอนุสัญญาดังกล่าว

โดยที่พันธกรณีดังกล่าวมีที่มาจากความสัมพันธ์ที่เป็นเหตุและผลกันระหว่างปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศกับการใช้สิทธิตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และจากข้อเท็จจริงที่ว่าอนุสัญญานี้เป็นตราสารที่มีวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์เพื่อปกป้องสิทธิมนุษยชน ดังนั้น บทบัญญัติต่าง ๆ ของอนุสัญญาดังกล่าว จึงต้องได้รับการตีความไปในทางที่สามารถประกันสิทธิให้แก่บุคคลได้อย่างแท้จริงและมีประสิทธิภาพ และจะต้องตีความให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่รัฐสมาชิกเป็นภาคีด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ¹¹ และความตกลงปารีสว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ¹² รวมถึงคำแนะนำจากคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ¹³ ในการนี้ รัฐย่อมมีหน้าที่ใช้บังคับกฎระเบียบและมาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันการเพิ่มขึ้นของก๊าซเรือนกระจกในชั้นบรรยากาศของโลกและการเพิ่มขึ้นของอุณหภูมิเฉลี่ยทั่วโลกตามพันธกรณีดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อให้การดำเนินการปกป้องสิทธิตามมาตรา 8 เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ รัฐจะต้องมุ่งไปสู่การบรรลุเป้าหมายการลดการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์จนเป็นกลาง (net neutrality)¹³ ให้ได้ภายในสามทศวรรษ โดยกำหนดเป้าหมายและกรอบระยะเวลาไว้เป็นส่วนหนึ่งของกรอบการกำกับดูแลภายในประเทศ ในฐานะของมาตรการป้องกันและแก้ไขผลกระทบของปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

อย่างไรก็ตาม จากข้อเท็จจริงตามคำฟ้องของโจทก์ ศาลพบว่ามีช่องว่างที่สำคัญในกระบวนการออกมาตรการกำกับดูแลภายในประเทศของหน่วยงานภายในของสมาพันธ์รัฐสวิส โดยที่หน่วยงานภายในของสมาพันธ์รัฐสวิสไม่ดำเนินการตามหน้าที่ในการจำกัดปริมาณการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์และก๊าซเรือนกระจกภายในประเทศ นอกจากนี้ ศาลยังตั้งข้อสังเกตว่า ก่อนหน้านี้รัฐบาลสวิสก็เพิกเฉยไม่ดำเนินการตามเป้าหมายการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่ตั้งไว้เดิม และไม่ได้ใช้บังคับกฎหมายในเรื่องดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้เช่นเดียวกัน ดังนั้น เมื่อหน่วยงานภายในของสมาพันธ์รัฐสวิสไม่ได้วางแผนพัฒนาและตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อใช้บังคับได้อย่างเหมาะสมและทันทั่วถึง ศาลเห็นว่า สมาพันธ์รัฐสวิสละเมิดต่อมาตรา 8 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

¹¹ The United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)

¹² Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)

¹³ ความเป็นกลางทางคาร์บอน คือ การที่ปริมาณการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์เข้าสู่ชั้นบรรยากาศเท่ากับปริมาณก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกดูดซับกลับคืนมา



2.1.3 ข้อกล่าวหาที่ 2

มาตรา 6 สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม – ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป เน้นย้ำว่า สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมไม่ใช่เพียงแค่อำนาจในการเริ่มต้นนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาเท่านั้น แต่หมายความว่ารวมถึงสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาในเนื้อหาของข้อพิพาทดังกล่าวโดยศาลด้วย เพราะสิทธิตามมาตรา 6 นั้น จะต้องตีความให้สามารถนำไปใช้ได้จริงและมีประสิทธิภาพ จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏต่อศาล หน่วยงานภายใน คือ กระทรวงสิ่งแวดล้อมปฏิเสธรคำร้องของโจทก์และเมื่อโจทก์ฟ้องคดีต่อศาลภายใน ศาลก็ยกฟ้องถึงสองชั้นศาลโดยไม่พิจารณาในเนื้อหาของคำร้องหรือคำฟ้องของโจทก์ อันถือเป็นการจำกัดสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมของโจทก์ ดังนั้น ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงจะพิจารณาในประเด็นว่า พฤติการณ์ที่หน่วยงานภายในและศาลภายในของสมาพันธรัฐสวิสจำกัดสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมของโจทก์ เป็นการจำกัดสิทธิในลักษณะที่ทำให้สาระสำคัญของสิทธิดังกล่าวเสียไปหรือไม่

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวิเคราะห์แล้วเห็นว่า ศาลภายในไม่ได้พิจารณาคำฟ้องของโจทก์และหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศอย่างจริงจัง และไม่ได้ให้เหตุผลที่น่าเชื่อถือว่าเหตุใดจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องวินิจฉัยตามคำฟ้องของโจทก์ นอกจากนี้ ก่อนที่โจทก์จะยื่นฟ้องเรื่องดังกล่าวเป็นคดีต่อศาลภายใน โจทก์ได้ยื่นคำร้องถึงหน่วยงานผู้เชี่ยวชาญภายในประเทศหลายหน่วยงาน แต่ก็ไม่มีหน่วยงานใดที่ให้ความสนใจจัดการแก้ไขปัญหาตามคำร้องของโจทก์ และเมื่อโจทก์ไม่อาจได้รับความคุ้มครองด้วยวิธีการอื่นใดได้อีก ศาลจึงเห็นว่า สมาพันธรัฐสวิสละเมิดต่อสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมตามมาตรา 6 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

2.1.4 ข้อกล่าวหาที่ 3

มาตรา 13 สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอันมีประสิทธิภาพ – ศาลเห็นว่า ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องวินิจฉัยประเด็นตามมาตรา 13 เนื่องจากมาตรา 6 เป็นบทกฎหมายเฉพาะ (lex specialis) ของมาตรา 13 ดังนั้น เมื่อศาลวินิจฉัยเรื่องเดียวกันตามมาตรา 6 แล้ว ย่อมไม่มีความจำเป็นต้องวินิจฉัยตามมาตรา 13 อีกต่อไป

2.2 คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิพากษาดำเนินคดีด้วยคะแนนเสียงส่วนใหญ่ 16 ต่อ 1 เสียง ว่า สมาพันธรัฐสวิสละเมิดต่อสิทธิที่จะได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัวและชีวิตครอบครัวตามมาตรา 8 และสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมตามมาตรา 6 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

2.2.1 การบังคับตามคำพิพากษา

ภายหลังจากที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิพากษาแล้วว่า สมาพันธรัฐสวิสละเมิดสิทธิมนุษยชนตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน สมาพันธรัฐสวิสย่อมต้องผูกพันตามคำพิพากษา โดยต้องดำเนินการเพื่อยุติการละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามข้อกล่าวหาและเยียวยาแก้ไขความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย แม้ในบางกรณีศาลเห็นว่า ควรระบุประเภทและรายละเอียดของมาตรการ

ที่จะต้องบังคับให้รัฐปฏิบัติตามเพื่อเยียวยาให้แก่ผู้เสียหายเพื่อความชัดเจน แต่เมื่อพิจารณาความซับซ้อนและลักษณะของปัญหาในกรณีดังกล่าว ศาลไม่สามารถกำหนดรายละเอียดอย่างชัดเจนเกี่ยวกับมาตรการที่รัฐจะต้องออกเพื่อปฏิบัติตามคำพิพากษาได้ เนื่องจากศาลเห็นว่าสมัชชารัฐสวิส ภายใต้ความช่วยเหลือจากคณะรัฐมนตรีแห่งสภายุโรป¹⁴ จะสามารถประเมินและเลือกใช้มาตรการเฉพาะเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาได้ดีกว่าศาล ดังนั้น ศาลจึงกำหนดให้เป็นดุลพินิจของรัฐที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา และให้เป็นหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีแห่งสภายุโรปในการกำกับดูแลให้รัฐปฏิบัติตามคำพิพากษา

2.2.2 ค่าเสียหาย

ศาลมีคำสั่งให้สมัชชารัฐสวิสชดใช้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีให้แก่โจทก์ที่ 1 เป็นเงินจำนวน 80,000 ยูโร แต่โดยที่โจทก์ที่ 1 ไม่ได้มีคำขอค่าเสียหาย ศาลจึงไม่ได้มีคำสั่งให้สมัชชารัฐสวิสชดใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์ที่ 1

¹⁴ มาตรา 46 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน “คณะรัฐมนตรีแห่งสภายุโรป” หรือ “Committee of Ministers” เป็นองค์กรผู้กำกับดูแลให้รัฐสมาชิกปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป



สหภาพยุโรปและอิตาลี : การพิจารณาคดีสองชั้นศาลนานถึง 9 ปี ถือว่าละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีภายในเวลาอันสมควร

กาญจนา ปัญญานนท์*

สาระสำคัญ :

การพิจารณาคดีของศาลอิตาลี โดยใช้เวลาในการพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ รวมกันกว่า 9 ปี เป็นการพิจารณาพิพากษาคดีเกินกว่าระยะเวลาอันสมควร จึงละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีภายในเวลาอันสมควร ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิพากษาให้สาธารณรัฐอิตาลี ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดี

หลักกฎหมายสำคัญ :

อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950¹ มาตรา 6 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “...บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีภายในเวลาอันสมควร...”

รายละเอียดของเรื่อง² :

คดีนี้ นายเดวิด เบร์ตานหย่า ฟ้องคดีต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปว่า เมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1992 ตนได้ยื่นคำฟ้องต่อศาลแพ่งอิตาลี ต่อมาได้อุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์และคดีถึงที่สุดเมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม ค.ศ. 2001 รวมระยะเวลาในการพิจารณาพิพากษาทั้งสิ้น 9 ปี 3 เดือน 7 วัน ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การที่ศาลทั้งสองชั้นศาลใช้เวลาในการพิจารณาคดีรวมกว่า 9 ปี นั้น เป็นการละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีภายในเวลาอันสมควรตามที่รับรองไว้ในมาตรา 6 วรรคหนึ่ง แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ เมื่อต่อมาผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องขอให้รัฐ (สาธารณรัฐอิตาลี) ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน อันเนื่องมาจากความล่าช้าเกินสมควรในการพิจารณาพิพากษาคดีข้างต้นต่อศาลอุทธรณ์ซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว แต่ศาลอุทธรณ์ใช้เวลาในการพิจารณาพิพากษาคดีเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนี้นานกว่า 3 ปี จึงเป็นการละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีภายในเวลาอันสมควร

* พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

¹ ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

² คำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป เลขที่ 64886/01 ลงวันที่ 12 มกราคม 2023 ระหว่าง เบร์ตานหย่า กับ สาธารณรัฐอิตาลี [Online], retrieved from https://europa.camera.it/sites/europa/files/europa/osservatorio_edu/sentenze/CASE_OF_BERTAGNA_v_ITALY.pdf เมื่อ 11 มิถุนายน 2567.

ซ้ำอีกครั้งด้วย ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเพื่อขอให้สาธารณรัฐอิตาลีชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

รัฐบาลอิตาลีให้การว่า ความล่าช้าในการพิจารณาคดีมีสาเหตุมาจากพฤติกรรมของผู้ฟ้องคดีเองที่ไม่สามารถดำเนินการตามที่ศาลสั่งได้ภายในเวลาที่กำหนด รวมเป็นเวลาทั้งสิ้น 1 ปี 4 เดือน สาธารณรัฐอิตาลีจึงไม่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการละเมิดสิทธิดังกล่าว

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิเคราะห์แล้วเห็นว่า มาตรา 6 วรรคหนึ่ง แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน บัญญัติว่า “...บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีภายในเวลาอันสมควร...”³ กรณีนี้เมื่อคดีได้รับการพิจารณาโดยศาลของประเทศสมาชิกและคดีถึงที่สุดแล้ว คู่ความหรือคู่กรณีเห็นว่า ตนถูกละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีภายในเวลาอันสมควร มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป หากศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพบว่า มีการละเมิดสิทธิดังกล่าว ศาลมีอำนาจสั่งให้รัฐสมาชิกชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ โดยสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีภายในเวลาอันสมควรเป็นสิทธิที่มีความสำคัญและถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประการหนึ่งของพลเมืองยุโรปและเป็นสิทธิที่ไม่อาจถูกละเมิดได้ ซึ่งการเยียวยาที่ดีที่สุด คือ การป้องกัน ไม่ใช่การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เนื่องจากค่าสินไหมทดแทนเป็นเพียงการบรรเทาหรือเยียวยาความเสียหายภายหลังเท่านั้น ดังนั้น รัฐสมาชิกจึงมีหน้าที่ในการบริหารจัดการกระบวนการยุติธรรมโดยใช้ทรัพยากรทั้งหมดที่มีเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความล่าช้าในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยในการพิจารณาว่ามีการละเมิดสิทธิดังกล่าวหรือไม่นั้น พึงพิจารณาหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ประกอบกัน ได้แก่ ความซับซ้อนของคดี พฤติกรรมของคู่กรณีที่อ้างว่าถูกละเมิดสิทธิ พฤติกรรมของศาลหรือหน่วยงานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณา และความสำคัญของคดีที่มีต่อโจทก์หรือผู้ฟ้องคดี คดีนี้แม้พฤติกรรมของผู้ฟ้องคดีเองจะส่งผลให้มีความล่าช้าในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมอิตาลี แต่ระยะเวลาในการพิจารณาพิพากษาคดีในสองชั้นศาลที่มีระยะเวลายาวนานกว่า 9 ปี ยังคงถือว่าเกินกว่าระยะเวลาอันสมควร จึงเป็นการละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีภายในเวลาอันสมควรตามที่รับรองไว้ในมาตรา 6 วรรคหนึ่ง แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

คดีมีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่า เมื่อคดีแรกถึงที่สุดในศาลชั้นอุทธรณ์แล้ว การที่ต่อมาผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำฟ้องต่อศาลอุทธรณ์เพื่อขอให้สาธารณรัฐอิตาลีชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดอันเกิดจากการที่ศาลใช้เวลาพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวเกินกว่าระยะเวลาอันสมควร อันเป็นการละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีภายในเวลาอันสมควร แต่ปรากฏว่าในคดีที่สองศาลอุทธรณ์ใช้เวลาพิจารณาพิพากษาคดีนี้เกินกว่า 3 ปี จะถือว่าความล่าช้าดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีภายในเวลาอันสมควร หรือไม่ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ประเด็นนี้

³ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

Art. 6 (Right to a fair trial) “... everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. ...”



ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้วินิจฉัยแล้วในคดีระหว่างคอคเคียเรลล่า กับ สาธารณรัฐอิตาลี⁴ ว่า ระยะเวลาในการพิจารณาพิพากษาคดีฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายจากการพิจารณาพิพากษาคดีล่าช้าเกินสมควรของศาลอุทธรณ์ คือ 3 ปี และเมื่อศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาให้รัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีภายในเวลาอันสมควรแล้ว ระยะเวลาที่เหมาะสมสำหรับการเบิกจ่ายเพื่อชำระหนี้ตามคำพิพากษาคดีควรจะอยู่ในระยะเวลา 6 เดือน นับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ หากมีความล่าช้าในการพิจารณาพิพากษาคดี ตลอดจนความล่าช้าในการชำระหนี้ตามคำพิพากษาเนื่องจากมีขั้นตอนการขอรับชำระที่ยุ่งยากและใช้เวลานาน ความล่าช้านี้ถือเป็นการละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีของตนภายในเวลาอันสมควรซึ่งได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 6 วรรคหนึ่งแห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เช่นกัน เมื่อคดีนี้ศาลอุทธรณ์ใช้เวลาในการพิจารณาพิพากษาคดีเกินกว่า 3 ปี กรณีจึงเป็นการละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีภายในเวลาอันสมควรตามมาตราดังกล่าว และสมควรที่ศาลจะกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี

คำพิพากษาของศาล :

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิพากษาให้สาธารณรัฐอิตาลีชดใช้ค่าสินไหมทดแทนทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดี โดยให้ชำระค่าสินไหมทดแทนที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้เป็นเงิน 2,900 ยูโร และค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีเป็นเงิน 4,132 ยูโร โดยให้ชำระภายใน 3 เดือน นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา หากชำระเมื่อล่วงพ้นระยะเวลาข้างต้นให้เสียดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 3 ของต้นเงินดังกล่าว

ข้อสังเกต⁵ :

ระยะเวลาพอสมควรในการพิจารณาพิพากษาคดี คือ ระยะเวลาที่พอเหมาะต่อการตัดสินใจคดีใดคดีหนึ่ง ไม่เร่งรัดเกินไปจนอาจทำให้เสียความยุติธรรม แต่ก็ไม่ช้าจนเกินไปเช่นกัน และต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน โดยในกระบวนการพิจารณาจำเลยหรือผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องมีเวลาพอสมควรในการทำความเข้าใจข้อกล่าวหาและสืบหาพยานหลักฐานเพื่อประกอบการทำคำให้การเพื่อโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานแก่ข้อกล่าวหาหรือข้ออ้างของโจทก์หรือผู้ฟ้องคดี ทั้งนี้ ศาลควรมีระยะเวลาในการพิจารณาพยานหลักฐานจากทั้งสองฝ่ายอย่างรอบด้านและครบถ้วน เพื่อให้ผลการพิจารณา

⁴ คำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (ประชุมใหญ่) เลขที่ 64886/01 ลงวันที่ 29 มีนาคม 2006 ระหว่าง คอคเคียเรลล่า กับ สาธารณรัฐอิตาลี [Online], retrieved from <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:%2264886/01%22,%22itemid%22:%22001-72929%22}}> เมื่อ 4 มิถุนายน 2567.

⁵ รายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับแนวคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ศาลอิตาลี ศาลโปรตุเกส และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีภายในเวลาอันสมควร โปรดดู Kanjana Panyanon, "A responsabilidade do Estado por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável : um estudo da experiência europeia e uma proposta para a Tailândia" (Dissertação de Mestrado em Direito Administrativo, Mestrado em Direito Administrativo, Escola de Direito, Universidade do Minho, 2017).

พิพากษาออกมาอย่างเที่ยงธรรมปราศจากข้อสงสัย อย่างไรก็ตามก็ดี ระยะเวลาดังกล่าวจะต้องไม่เน้นเข้าจนเกินสมควร โดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาระยะเวลาพอสมควรไว้ ดังนี้⁶

1. ระยะเวลาพอสมควรสำหรับการพิจารณาพิพากษาคดี

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้พิจารณาจากมาตรฐานกลางของระยะเวลาการพิจารณาคดีในรัฐสมาชิกแล้ววินิจฉัยวางหลักว่า ระยะเวลาที่พอสมควร คือ ระยะเวลา 3 ปี สำหรับการพิจารณาพิพากษาคดีในศาลชั้นต้น ระยะเวลา 2 ปี สำหรับชั้นอุทธรณ์ และระยะเวลา 1 ปี สำหรับชั้นฎีกา เว้นแต่จะเป็นคดีที่โดยธรรมชาติของคดีต้องการความรวดเร็วในการพิจารณาพิพากษา กรณีเช่นนี้กรอบระยะเวลาอาจลดลงได้

2. หลักเกณฑ์การพิจารณาว่ามีการละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีภายในเวลาอันสมควร

ระยะเวลาตามที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวางหลักไว้ในข้อ 1. เป็นเพียงข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่ามีการละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีภายในเวลาอันสมควรเท่านั้น การที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจะพิจารณาว่ามีการละเมิดสิทธิดังกล่าวหรือไม่ ศาลจะพิจารณาหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ประกอบด้วย ได้แก่ ความซับซ้อนของคดี พฤติการณ์ของคู่กรณีที่ยังอ้างว่าถูกละเมิดสิทธิ พฤติการณ์ของศาลหรือหน่วยงานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณา และความสำคัญของคดีที่มีต่อโจทก์หรือผู้ฟ้องคดี

2.1 ความซับซ้อนของคดี

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้วางหลักว่า ความซับซ้อนของคดีอาจเกิดจาก

(1) ความซับซ้อนของข้อเท็จจริง เช่น คดีเกี่ยวกับขบวนการฉ้อโกงข้ามชาติ หรือคดีอาญาที่ต้องมีการสืบพยานหลายปาก หรือคดีที่ต้องมีการตรวจสอบข้อเท็จจริงทางวิทยาศาสตร์ โดยกระบวนการที่ซับซ้อนและใช้เวลานาน หรือเป็นคดีที่มีผู้เกี่ยวข้องในคดี เช่น โจทก์ จำเลย หรือพยานจำนวนมาก หรือคดีที่มีพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องหรือที่ต้องรวบรวมหรือตรวจสอบเป็นจำนวนมาก เช่น ในคดี Boddaert กับ ราชอาณาจักรเบลเยียม⁷ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวินิจฉัยว่า ระยะเวลาการพิจารณาพิพากษาคดี 6 ปี 3 เดือน เป็นระยะเวลาอันสมควรแล้ว เพราะคดีดังกล่าวเป็นคดีฆาตกรรมที่มีความซับซ้อนและต้องสืบพยานควบคู่กันไปกับคดีฆาตกรรมอีกสองคดี เป็นต้น หรือเป็นคดีที่การค้นหายานหลักฐานมีความยุ่งยาก เช่น คดีฟอกเงินหรือคดีที่มีการโอนเงินผ่านหลายประเทศที่มีผู้เสียหายในหลายประเทศ จึงต้องประสานงานกับองค์การตำรวจสากล (Interpol) และทีมงานกฎหมายในหลายประเทศ หรืออาจเป็นคดีฉ้อโกงข้ามชาติ (White-collar crime) ซึ่งมีความซับซ้อนมาก เพราะเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับบริษัทข้ามชาติ

⁶ Kanjana Panyanon, *op. cit.* 5

⁷ คำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป เลขที่ 12919/87 ลงวันที่ 12 ตุลาคม ค.ศ. 1992 ระหว่าง Boddaert กับ ราชอาณาจักรเบลเยียม [Online], retrieved from <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57768> เมื่อ 6 มิถุนายน 2567.

หลายแห่ง มีการโอนเงินระหว่างประเทศเพื่อหลบหนีคดี ส่งผลให้ต้องใช้เจ้าหน้าที่และผู้เชี่ยวชาญทางการเงินเป็นจำนวนมากในคดี หรือกรณีที่ต้องสืบหาพยานหลักฐานนอกประเทศ เป็นต้น

(2) ความซับซ้อนของข้อกฎหมาย เช่น กรณีที่ต้องส่งประเด็นไปให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความหรือให้ที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาวินิจฉัยเสียก่อน นอกจากนี้ ความซับซ้อนของคดีหมายรวมถึงกรณีที่แม้จะเป็นคดีที่ไม่ยุ่งยาก แต่มีข้อกฎหมายคลุมเครือหรือไม่ชัดเจนก็อาจจะส่งผลให้คดีล่าช้าได้เช่นกัน

ทั้งสองกรณีนี้ล้วนเป็นข้ออ้างที่รัฐสมาชิกยกขึ้นกล่าวอ้างได้ว่าเป็นเหตุทำให้คดีล่าช้าและไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากความล่าช้านั้น

2.2 พฤติการณ์ของคู่กรณีที่ยาวนานเสียหายจากคดีล่าช้าเกินสมควร

กรณีที่พฤติการณ์ของคู่ความหรือคู่กรณีเป็นเหตุให้คดีล่าช้า เช่น กรณีที่ผู้ต้องหาหลบหนีออกนอกประเทศ หรือจงใจไม่ยื่นเอกสารหรือยื่นเอกสารล่าช้าเพื่อประวิงคดี หรือเปลี่ยนทนายบ่อยครั้ง หรือจงใจฟ้องคดีผิดศาล หรือขอขยายเวลาการยื่นเอกสารโดยไม่มีเหตุอันควร เป็นต้น ซึ่งรัฐสมาชิกอาจยกพฤติการณ์เหล่านี้ขึ้นอ้างเพื่อที่จะไม่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายค่าสินไหมทดแทนความเสียหายกรณีคดีล่าช้าเกินสมควรได้ อย่างไรก็ตาม ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่า การที่ผู้ฟ้องคดีใช้สิทธิในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่โดยใช้ทุกวิธีการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐภาคีไม่ใช่พฤติการณ์ที่ส่งผลให้คดีล่าช้าแต่อย่างใด⁸

2.3 พฤติการณ์ของหน่วยงานที่มีหน้าที่วินิจฉัยหรือพิจารณาข้อพิพาท

กรณีที่ความล่าช้าเกินสมควรอาจเกิดจากความล่าช้าในการบริหารจัดการคดีของศาล หรือจากระบบการบริหารงานยุติธรรมที่บกพร่องเนื่องจากเกิดจากการขาดแคลนบุคลากรหรือขาดแคลนงบประมาณ กรณีนี้ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปถือว่ามีภาระละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีภายในเวลาอันสมควรแล้ว รัฐสมาชิกไม่อาจยกปัญหาภายในนี้ขึ้นมากล่าวอ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบได้ เนื่องจากรัฐมีหน้าที่ต้องสร้างหลักประกันการบริการสาธารณะที่มีประสิทธิภาพและต้องจัดการบริหารงานยุติธรรมอย่างมีประสิทธิภาพโดยใช้กฎหมายภายในที่มีอยู่หรือสร้างเครื่องมือทางกฎหมายเพื่อให้การบริหารงานยุติธรรมเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและหลีกเลี่ยงความล่าช้าเกินสมควร

2.4 ความสำคัญของคดีที่มีต่อโจทก์หรือผู้ฟ้องคดี

กรณีนี้เป็นกรณีที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวินิจฉัยว่า คำพิพากษาในคดีนั้น ๆ ส่งผลกระทบต่อชีวิตของโจทก์หรือผู้ฟ้องคดีอย่างน้อยเพียงใด เมื่อพิจารณาลักษณะของคดีแล้วหากเห็นว่ามีความสำคัญต่อชีวิตของโจทก์หรือผู้ฟ้องคดีมาก คดีประเภทนี้จึงต้องใช้ความรวดเร็วในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยต้องใช้เวลาไม่น้อยกว่าระยะเวลาตามมาตรฐานกลางที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปกำหนด ได้แก่

⁸ คำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป เลขที่ 9616/81 ลงวันที่ 23 เมษายน ค.ศ. 1987 ระหว่าง Erkner and Hofauer กับ สาธารณรัฐออสเตรีย [Online], retrieved from https://www.stradalex.eu/en/se_src_publ_jur_eur_cedh/document/echr_9616-81_001-55603 เมื่อ 10 มิถุนายน 2567.

คดีเกี่ยวกับสถานะของบุคคลหรือความสามารถของบุคคล คดีเกี่ยวกับสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการศึกษา คดีเกี่ยวกับอำนาจปกครองผู้เยาว์ คดีเกี่ยวกับแรงงานสัมพันธ์หรือคดีพิพาทเกี่ยวกับการจ้างงาน หรือคดีที่โจทก์หรือผู้ฟ้องคดีป่วยด้วยโรคที่ไม่อาจรักษาได้หรือป่วยหนักและอาจมีชีวิตอยู่ได้ไม่นาน เป็นต้น

3. ค่าสินไหมทดแทน

ในส่วนของหลักเกณฑ์การพิจารณาค่าสินไหมทดแทนนั้น ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดไว้ ดังนี้

(1) ความเสียหายอันอาจคำนวณเป็นเงินได้นั้น ผู้ฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ หรือนำสืบว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลโดยตรงมาจากการละเมิดสิทธิในการพิจารณาพิพากษาคดีของตนภายในเวลาอันสมควร ซึ่งศาลจะพิจารณาให้ตามที่เห็นสมควร

(2) ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงิน ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ได้ยอมรับหลักการให้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายทางจิตใจอันสืบเนื่องมาจากความวิตกกังวล ความเครียดระหว่างรอผลของคดี โดยเห็นว่าความวิตกกังวลหรือการทรมานทางจิตใจอันมีสาเหตุมาจากการรอคอยหรือจากระยะเวลาการพิจารณาพิพากษาคดีที่ยาวนานเกินไปนั้น ศาลเห็นว่า ความทุกข์ทางจิตใจดังกล่าวเกิดจากความไม่แน่นอนของสิทธิหน้าที่ของคู่ความที่เกิดขึ้นในระหว่างรอผลการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งเป็นผลธรรมดาอันอาจเกิดขึ้นได้ การที่คู่ความในคดีต้องรอคอยผลการพิจารณาพิพากษาคดี เป็นเวลานานส่งผลให้เกิดความเสียหายทางจิตใจ ซึ่งความวิตกกังวลจากการรอคอยผลคำพิพากษานั้น เกินกว่าความกังวลเกี่ยวกับปัญหาทั่วไปในชีวิตประจำวัน หากการรอคอยยิ่งเนิ่นนานเท่าใด ความวิตกกังวลหรือความเครียดดังกล่าวก็ย่อมทวีคูณ ความเสียหายในกรณีนี้เป็นผลธรรมดาอันเกิดจากการรอคอย เป็นเวลานานโดยไม่อาจรู้ชะตากรรมของตน ซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้กำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายทางจิตใจในอัตรา 1,000 - 1,500 ยูโรต่อปี นับแต่ปีที่คู่ความฝ่ายที่ใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้เข้ามาในคดีจนถึงวันที่คดีถึงที่สุด ทั้งนี้ ศาลอาจพิจารณาเพิ่มหรือลดค่าเสียหายได้ตามพฤติการณ์แห่งคดี



สรุปความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 584/2566
การอ้างมาตรา 10 (1) แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535
เป็นบทอาศัยอำนาจในการออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข

นิชาภา เขียนสายออ *

สาระสำคัญ :

การออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือมาตรการเกี่ยวกับการสาธารณสุขจะต้องมีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 ให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนเมื่อมาตรา 10 (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้คณะกรรมการสาธารณสุขมีอำนาจหน้าที่เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขในการกำหนดนโยบาย แผนงาน และมาตรการเกี่ยวกับการสาธารณสุข และพิจารณาให้ความเห็นในเรื่องใด ๆ เกี่ยวกับการสาธารณสุขตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขมอบหมาย แต่ไม่ได้เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือมาตรการเกี่ยวกับการสาธารณสุข ดังนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขจึงไม่สามารถอาศัยอำนาจตามมาตราดังกล่าว ออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง มาตรการการระงับเหตุรำคาญที่เกิดจากการกระทำให้เกิดกลิ่นหรือควันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด พ.ศ. 2566 ได้

หลักกฎหมาย :

มาตรา 10 (1) แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสาธารณสุขในการเสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขในการกำหนดนโยบาย แผนงาน และมาตรการเกี่ยวกับการสาธารณสุข และพิจารณาให้ความเห็นในเรื่องใด ๆ เกี่ยวกับการสาธารณสุข มิได้เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขในการออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือมาตรการเกี่ยวกับการสาธารณสุข

รายละเอียดของเรื่อง :

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขได้ออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง กำหนดให้การกระทำให้เกิดกลิ่น หรือควันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด เป็นเหตุรำคาญ พ.ศ. 2565 จากนั้นคณะกรรมการสาธารณสุขได้ออกคำแนะนำของคณะกรรมการสาธารณสุข เรื่อง แนวทางควบคุมเหตุรำคาญจากการกระทำให้เกิดกลิ่น หรือควันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด พ.ศ. 2565 เพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินงาน

* เจ้าหน้าที่ศาลปกครองชำนาญการ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ของเจ้าพนักงานท้องถิ่น เจ้าพนักงานสาธารณสุข หรือผู้ที่ได้รับแต่งตั้งจากเจ้าพนักงานท้องถิ่น ในการควบคุม และป้องกันกลิ่นหรือควันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด โดยไม่เกิดเหตุรำคาญกับผู้อยู่อาศัยบริเวณใกล้เคียง หรือผู้ที่ต้องประสบกับเหตุนั้น ภายหลังปรากฏว่าแนวทางดังกล่าวยังไม่เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผล เท่าที่ควร คณะกรรมการสาธารณสุขจึงเสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขกำหนดมาตรการ เพื่อให้การดำเนินการเรื่องดังกล่าวมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากยิ่งขึ้นด้วยการออกประกาศ กระทรวงสาธารณสุข เรื่อง มาตรการการระงับเหตุรำคาญที่เกิดจากการกระทำให้เกิดกลิ่นหรือควันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด พ.ศ. โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 10 (1) แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 และให้กรมอนามัยในฐานะเลขานุการของคณะกรรมการสาธารณสุขเสนอรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงสาธารณสุขลงนามในร่างประกาศดังกล่าว ซึ่งกระทรวงสาธารณสุขเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา ดังกล่าว เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้คณะกรรมการสาธารณสุขมีอำนาจหน้าที่เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรี ในการกำหนดนโยบาย แผนงาน และมาตรการเกี่ยวกับการสาธารณสุข และพิจารณาให้ความเห็นในเรื่องใด ๆ เกี่ยวกับการสาธารณสุขตามที่รัฐมนตรีมอบหมาย โดยไม่ปรากฏว่า ได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข มีอำนาจออกประกาศกระทรวงสาธารณสุขโดยอาศัยอำนาจตามมาตราดังกล่าวได้ จึงไม่อาจกำหนด มาตรการเกี่ยวกับการสาธารณสุข เรื่อง มาตรการการระงับเหตุรำคาญที่เกิดจากการกระทำให้เกิดกลิ่น หรือควันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด ในรูปแบบของประกาศกระทรวงสาธารณสุขได้ กรมอนามัย จึงขอหารือต่อคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขมีอำนาจออกประกาศ กระทรวงสาธารณสุขโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 10 (1) หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) ได้พิจารณาข้อหารือแล้วเห็นว่า มาตรา 10 (1) แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ สาธารณสุขในการเสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขในการกำหนดนโยบาย แผนงาน และมาตรการเกี่ยวกับการสาธารณสุข และพิจารณาให้ความเห็นในเรื่องใด ๆ เกี่ยวกับการสาธารณสุข ตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขมอบหมาย แต่ไม่ได้เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงสาธารณสุขออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือมาตรการเกี่ยวกับการสาธารณสุข ดังนั้น แม้คณะกรรมการสาธารณสุขจะได้มีมติเห็นชอบเสนอความเห็นให้ออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง มาตรการการระงับเหตุรำคาญที่เกิดจากการกระทำให้เกิดกลิ่นหรือควันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด พ.ศ. ก็ตาม แต่กรณีดังกล่าวก็ไม่ทำให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขสามารถอ้างมาตราดังกล่าว มาเป็นบทอาศัยอำนาจในการออกประกาศดังกล่าวได้ เพราะการออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือมาตรการเกี่ยวกับการสาธารณสุขจะต้องมีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการสาธารณสุขฯ บัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน ดังเช่นการออกประกาศกำหนดจำนวนคนต่อจำนวนพื้นที่ของอาคาร ที่ถือว่ามีคนอยู่มากเกินไปตามมาตรา 24 วรรคหนึ่ง การออกประกาศกำหนดเหตุอื่นใดที่ถือว่าเป็นเหตุรำคาญ ตามมาตรา 25 (5) หรือการออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการประกาศกำหนดพื้นที่ ควบคุมเหตุรำคาญของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 28/1 วรรคหนึ่ง ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจออกกฎหมาย

ลำดับรองตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุขฯ เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และไม่เป็นการใช้อำนาจนอกเหนือไปจากที่กฎหมายแม่บทบัญญัติให้อำนาจไว้ ด้วยเหตุนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขจึงไม่อาจอาศัยอำนาจตามมาตรา 10 (1) แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุขฯ ออกประกาศดังกล่าวได้

อนึ่ง คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) มีข้อสังเกตว่า ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง มาตรการการระงับเหตุรำคาญที่เกิดจากการกระทำให้เกิดกลิ่นหรือควันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด พ.ศ. 2566 มีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับการกำหนดแนวทางการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานท้องถิ่น เจ้าพนักงานสาธารณสุข หรือผู้ซึ่งได้รับแต่งตั้งจากเจ้าพนักงานท้องถิ่น ในกรณีที่พบหรือได้รับแจ้งการกระทำทำให้เกิดกลิ่นหรือควันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด เพื่อให้สอดคล้องกับหน้าที่และอำนาจตามมาตรา 27 และมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุขฯ ในกรณีที่มีเหตุรำคาญเกิดขึ้น และเป็นไปตามกลไกทางกฎหมาย เช่น การแจ้งสิทธิอุทธรณ์ การส่งเรื่องให้ผู้มีอำนาจเปรียบเทียบปรับ รวมทั้งกำหนดให้มีการประสานงานกับเจ้าหน้าที่ตำรวจเพื่อร่วมปฏิบัติการกรณีที่มีความจำเป็น ดังนั้น คณะกรรมการสาธารณสุขสามารถปรับปรุงคำแนะนำของคณะกรรมการสาธารณสุข เรื่อง แนวทางควบคุมเหตุรำคาญจากการกระทำให้เกิดกลิ่นหรือควันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด พ.ศ. 2565 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมแนวทางการควบคุมเหตุรำคาญดังกล่าวให้มีความเหมาะสมและชัดเจนยิ่งขึ้น หรือรัฐมนตรีกระทรวงสาธารณสุขในฐานะผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุขฯ อาจมีหนังสือแจ้งเวียนเพื่อชักชวนความเข้าใจในการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานท้องถิ่น เจ้าพนักงานสาธารณสุข หรือผู้ซึ่งได้รับแต่งตั้งจากเจ้าพนักงานท้องถิ่น ในการควบคุมและป้องกันมิให้เกิดเหตุรำคาญจากการกระทำให้เกิดกลิ่นหรือควันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด ให้มีประสิทธิภาพและมีประสิทธิผลมากยิ่งขึ้นได้

สรุปความเห็น :

แม้คณะกรรมการสาธารณสุขจะได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 10 (1) แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 เสนอความเห็นให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง มาตรการการระงับเหตุรำคาญที่เกิดจากการกระทำให้เกิดกลิ่นหรือควันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด พ.ศ. ก็ไม่ทำให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขสามารถอาศัยอำนาจตามมาตราดังกล่าวในการออกประกาศดังกล่าวได้ เพราะการออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือมาตรการเกี่ยวกับการสาธารณสุขจะต้องมีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการสาธารณสุขฯ บัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน เพื่อให้การใช้อำนาจออกกฎหมายลำดับรองตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุขฯ เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และไม่เป็นการใช้อำนาจนอกเหนือไปจากที่กฎหมายแม่บทบัญญัติให้อำนาจไว้ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการสาธารณสุขสามารถอาศัยอำนาจตามมาตราดังกล่าว ในการปรับปรุงแก้ไขคำแนะนำของคณะกรรมการสาธารณสุข เรื่อง แนวทางควบคุมเหตุรำคาญจากการกระทำให้เกิดกลิ่น หรือควันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด พ.ศ. 2565 ให้มีความเหมาะสมและชัดเจนมากยิ่งขึ้น หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขอาจมีหนังสือชักชวนความเข้าใจในการควบคุมและป้องกันมิให้เกิดเหตุรำคาญจากเหตุดังกล่าวไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้

ข้อสังเกตของผู้เรียบเรียง :

ผู้เรียบเรียงมีข้อสังเกตเกี่ยวกับการควบคุมและกำกับการใช้กัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใดตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 หรือกฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุข ดังนี้

(1) การควบคุมและกำกับการใช้กัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใดตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 หรือกฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุข เป็นการควบคุมและกำกับดูแลในด้านสุขลักษณะและการอนามัยสิ่งแวดล้อม รวมทั้งให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการบังคับใช้กฎหมายในเขตท้องที่ของตน

(2) กลิ่นและควันที่เกิดจากการใช้กัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของผู้ใช้โดยตรง รวมถึงผู้ที่ได้รับกลิ่นและควันโดยอ้อม เนื่องจากกลิ่นและควันที่เกิดจากการใช้กัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด มีอนุภาคนาโนขนาดเล็กที่สามารถเข้าสู่ปอดได้ด้วยการหายใจเอาควันเข้าไป ทำให้มีความเสี่ยงต่อการเจ็บป่วยด้วยโรคปอด หอบหืด และหลอดลมอักเสบ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขจึงออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง กำหนดให้การกระทำให้เกิดกลิ่น หรือควันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด เป็นเหตุรำคาญ พ.ศ. 2565 ส่งผลให้การกระทำให้เกิดกลิ่นหรือควันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด จนเป็นเหตุให้เสื่อมหรืออาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพของผู้อยู่อาศัยบริเวณใกล้เคียงหรือผู้ที่ต้องประสบกับเหตุนั้น เป็นเหตุรำคาญตามกฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุข¹ จึงเกิดเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข² ในการควบคุมเหตุรำคาญที่เกิดจากกลิ่นหรือควันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใดในเขตท้องที่ของตน ไม่ให้เกิดผลกระทบต่อสภาวะความเป็นอยู่โดยปกติสุขหรืออาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพของประชาชน

(3) แม้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขไม่อาจอาศัยอำนาจตามมาตรา 10 (1) แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข ในการออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง มาตรการการระงับ

¹ ข้อ 3 ของประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง กำหนดให้การกระทำให้เกิดกลิ่นหรือควันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด เป็นเหตุรำคาญ พ.ศ. 2565

² พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535

มาตรา 4 “ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“เจ้าพนักงานท้องถิ่น” หมายความว่า

1. นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดสำหรับในเขตองค์การบริหารส่วนจังหวัด

2. นายกเทศมนตรีสำหรับในเขตเทศบาล

3. นายกองค์การบริหารส่วนตำบลสำหรับในเขตองค์การบริหารส่วนตำบล

4. ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครสำหรับในเขตกรุงเทพมหานคร

5. นายกเมืองพัทยาสำหรับในเขตเมืองพัทยา

6. ผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น สำหรับในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น

ฯลฯ

ฯลฯ”



เหตุรำคาญที่เกิดจากการกระทำให้เกิดกลิ่นหรือควันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด พ.ศ. 2566 เพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินงานของเจ้าพนักงานท้องถิ่น เจ้าพนักงานสาธารณสุข หรือผู้ซึ่งได้รับแต่งตั้งจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นในการควบคุมและป้องกันกลิ่นหรือควันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด โดยไม่ให้เกิดเหตุรำคาญกับผู้อยู่อาศัยบริเวณใกล้เคียงหรือผู้ที่ต้องประสบกับเหตุนั้นก็ตาม แต่สามารถกำหนดแนวทางควบคุมเหตุรำคาญจากการทำให้เกิดกลิ่นหรือควันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใดได้ ด้วยการออกคำแนะนำของคณะกรรมการสาธารณสุขตามมาตรา 10 (4) แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุขฯ

(4) คำแนะนำของคณะกรรมการสาธารณสุขเป็นเพียงการกำหนดแนวทางและให้คำแนะนำในการปฏิบัติหน้าที่แก่เจ้าพนักงานท้องถิ่น เจ้าพนักงานสาธารณสุข หรือผู้ซึ่งได้รับแต่งตั้งจากเจ้าพนักงานท้องถิ่น โดยมีได้มีเนื้อหาสาระที่เป็นการลงโทษแก่ผู้ที่กระทำให้เกิดกลิ่นหรือควันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด ดังนั้น ในทางปฏิบัติเจ้าพนักงานท้องถิ่นยังคงต้องปฏิบัติตามมาตรา 27 และมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข³ เพื่อให้เกิดผลบังคับตามกฎหมาย ด้วยการออกคำสั่งเป็นหนังสือให้บุคคลซึ่งเป็นต้นเหตุหรือเกี่ยวข้องกับการก่อหรืออาจก่อให้เกิดเหตุรำคาญหรือผู้ครอบครองสถานที่เอกชนให้ระงับหรือป้องกันเหตุรำคาญจากกลิ่นหรือควันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด ซึ่งหากบุคคลดังกล่าวไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่น หรือบุคคลใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามประกาศกำหนดพื้นที่ควบคุมเหตุรำคาญของเจ้าพนักงานท้องถิ่น โดยไม่มีเหตุหรือข้อแก้ตัวอันสมควร หรือขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานท้องถิ่น จึงจะมีความผิดตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุขฯ ที่ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสองหมื่นห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ⁴ นอกจากนี้ การออกคำสั่งเป็นหนังสือเพื่อระงับหรือป้องกันเหตุรำคาญ

³ พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535

มาตรา 27 “ในกรณีที่มีเหตุรำคาญเกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นในที่หรือทางสาธารณะ ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้บุคคลซึ่งเป็นต้นเหตุหรือเกี่ยวข้องกับการก่อหรืออาจก่อให้เกิดเหตุรำคาญนั้น ระงับหรือป้องกันเหตุรำคาญภายในเวลาอันสมควรตามที่ระบุไว้ในคำสั่งและถ้าเห็นสมควรจะให้กระทำโดยวิธีใดเพื่อระงับหรือป้องกันเหตุรำคาญนั้น หรือสมควรกำหนดวิธีการเพื่อป้องกันมิให้มีเหตุรำคาญเกิดขึ้นอีกในอนาคต ให้ระบุไว้ในคำสั่งได้

ฯลฯ

ฯลฯ”

มาตรา 28 “ในกรณีที่มีเหตุรำคาญเกิดขึ้นในสถานที่เอกชน ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่นั้นระงับเหตุรำคาญภายในเวลาอันสมควรตามที่ระบุไว้ในคำสั่ง และถ้าเห็นว่าสมควรจะให้กระทำโดยวิธีใดเพื่อระงับเหตุรำคาญนั้น หรือสมควรกำหนดวิธีการเพื่อป้องกันมิให้มีเหตุรำคาญเกิดขึ้นในอนาคต ให้ระบุไว้ในคำสั่งได้

ฯลฯ

ฯลฯ”

⁴ พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535

มาตรา 74 “ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 21 มาตรา 22 มาตรา 27 วรรคหนึ่งหรือมาตรา 28 วรรคหนึ่งหรือวรรคสาม หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามประกาศที่ออกตามมาตรา 28/1 วรรคสอง โดยไม่มีเหตุหรือข้อแก้ตัวอันสมควร หรือขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 23 มาตรา 27 วรรคสองหรือมาตรา 28 วรรคสอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสองหมื่นห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จากกลืนหรือควั่นกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด ถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁵ เจ้าพนักงานท้องถิ่นจึงต้องยึดถือและปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในการออกคำสั่งเป็นหนังสือเพื่อระงับหรือป้องกันเหตุรำคาญจากกลืนหรือควั่นกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด และให้ความสำคัญกับกระบวนการก่อนออกคำสั่งทางปกครอง รวมถึงสิทธิของคู่กรณี เพื่อให้การออกคำสั่งทางปกครองเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และสามารถบังคับทางปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ

⁵ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 5 “ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นใดที่กำหนดในกฎกระทรวง

ฯลฯ

ฯลฯ”

คำแปลการบรรยายทางวิชาการ

ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสกับคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม*

บทนำ

ในการที่จะอธิบายถึงตำแหน่งแห่งที่ของกฎหมายสิ่งแวดล้อมในศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ผู้บรรยายเริ่มต้นด้วยการเล่าประสบการณ์ส่วนตัวเมื่อครั้งที่เข้ารับตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2005 สิ่งแรกที่จำเป็นต้องทำ คือ การเลือกองค์คณะที่จะปฏิบัติงาน ซึ่งขณะนั้นศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสประกอบด้วยองค์คณะที่มีความเชี่ยวชาญในสาขากฎหมายปกครองแต่ละด้าน จำแนกเป็น 10 องค์คณะ ตัวอย่างเช่น องค์คณะด้านบุคลากรภาครัฐ องค์คณะด้านการคลังภาครัฐ องค์คณะด้านการผังเมือง และองค์คณะด้านการสาธารณสุข เป็นต้น

ผู้บรรยายสอบถามและขอคำแนะนำจากเพื่อนตุลาการท่านอื่นในการเลือกองค์คณะเพื่อปฏิบัติหน้าที่ และได้รับคำแนะนำให้เลือกปฏิบัติหน้าที่ที่องค์คณะที่ 6 ซึ่งเป็นองค์คณะที่น่าสนใจและรับผิดชอบการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการบริหารงานยุติธรรม การคลังภาครัฐ องค์กรวิชาชีพหรืออาชีพที่มีกฎหมายควบคุม เช่น แท็กซี่ หรือนักบัญชี ฯลฯ และองค์คณะที่ 6 นี้ รับผิดชอบคดีเกี่ยวกับกฎหมายสิ่งแวดล้อมด้วย ซึ่งน่าสนใจเช่นกัน ในช่วงเวลาเกือบ 20 ปีที่แล้ว ผู้บรรยายได้เข้าปฏิบัติหน้าที่ที่ศาลปกครองสูงสุดกฎหมายสิ่งแวดล้อมไม่ได้เป็นสาขาที่น่าสนใจและไม่ดึงดูดใจนัก เพราะเป็นกฎหมายเฉพาะด้านและมีลักษณะทางเทคนิคเฉพาะทาง สำหรับผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านเท่านั้นที่จะสนใจ แต่ในปัจจุบันกล่าวได้ว่ากฎหมายมหาชนสิ่งแวดล้อม (Le droit public de l'environnement) ได้รับการยอมรับมากขึ้นในประเทศฝรั่งเศส ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะว่าปัญหาสิ่งแวดล้อมเป็นปัญหาที่มีความสำคัญอย่างมากในสังคมปัจจุบันด้วยเหตุนี้ ในปัจจุบันตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่เข้ารับตำแหน่งใหม่หลายท่านจึงสนใจที่จะมาปฏิบัติหน้าที่ที่องค์คณะที่ 6 เพราะเป็นองค์คณะที่พิจารณาพิพากษาคดีสิ่งแวดล้อม

เมื่อเกิดปัญหาข้อพิพาทที่ส่งผลกระทบต่อสังคม ปัญหาข้อพิพาทนั้นก็จะยุติที่ศาลเสมอ ดังนั้น ความท้าทายสำหรับผู้พิพากษาศาลการก็คือ การที่ผู้พิพากษาศาลการจะต้องรู้วิธีหาทางออกที่เหมาะสมกับปัญหาข้อพิพาทที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีมาสู่ศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อประเด็นข้อพิพาทนั้นเป็นเรื่องใหม่และเป็นปัญหาที่ยุ้งยากซับซ้อน

*

บรรยายโดย Stéphane HOYNCK ตุลาการศาลปกครองสูงสุด สาธารณรัฐฝรั่งเศส เมื่อวันอังคารที่ 7 กุมภาพันธ์ 2566 ณ ห้องสัมมนา 2 (แนวลาด) ชั้นปี 1 อาคารศาลปกครอง

ถอดความและเรียบเรียงโดย นางสาวอภิญญา แก้วกำเหนิด พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ ผู้อำนวยการกลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายสิ่งแวดล้อมในศาลปกครองฝรั่งเศสนั้น ถือเป็นเรื่อง ที่เก่าแก่ โดยในสมัยการปกครองของจักรพรรดินโปเลียน เมื่อปี ค.ศ. 1810 ได้มีการตรารัฐกฤษฎีกากำหนด กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาตตั้งและดำเนินการ “โรงงานและโรงฝึกปฏิบัติงานที่ส่งกลิ่นที่ไม่พึงประสงค์ และไม่ปลอดภัยต่อสุขภาพ” บทบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องสุขภาพอนามัยของเพื่อนบ้าน โดยห้ามตั้งโรงงานบางประเภทใกล้บริเวณที่อยู่อาศัย และออกข้อกำหนดพิเศษเพื่อให้หลักประกัน ด้านสุขภาพอนามัยและความปลอดภัยของประชาชน รวมทั้งจัดให้มีการติดตามและควบคุมการดำเนินกิจการ โดยฝ่ายปกครอง

รัฐกฤษฎีกาสมัยจักรพรรดินโปเลียนที่วางรากฐานเมื่อ 210 ปีที่แล้ว ดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสิ่งแวดล้อมอุตสาหกรรมในปัจจุบัน ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายเรื่องนี้ได้ขยายขอบเขต ออกไปกว้างขวางมากขึ้นในปัจจุบัน เนื่องจากความเสี่ยงที่นำมาพิจารณาไม่เพียงแต่เกี่ยวข้องกับ กลิ่นจากโรงงานอุตสาหกรรมเท่านั้น แต่ยังรวมถึงความเสี่ยงทั้งหมดที่อาจเกิดขึ้นและเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ของมนุษย์และสิ่งแวดล้อมด้วย ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา L. 511-1 แห่งประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อมว่า

“โรงงานอุตสาหกรรม โรงฝึกปฏิบัติงาน คลังสินค้า สถานที่ก่อสร้าง รวมถึงสิ่งปลูกสร้างต่าง ๆ ที่บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ทั้งภาครัฐหรือภาคเอกชน ดำเนินการหรือเป็นเจ้าของ ซึ่งอาจก่อให้เกิด ภัยอันตรายหรือความไม่สะดวกแก่ผู้อยู่อาศัยในละแวกนั้น หรือเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ความปลอดภัยในชีวิต การสุขภาพ หรือเพื่อการเกษตร หรือเพื่อคุ้มครองธรรมชาติ (...) ย่อมอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัตินี้”

ดังนั้น เมื่อฝ่ายปกครองปฏิเสธการดำเนินการตามคำร้องขอที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ แต่ละประการตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม ก็เป็นเรื่องที่ศาลปกครองจะต้องควบคุม ตรวจสอบการขัดกันของผลประโยชน์ดังกล่าว

1. แนวทางปฏิบัติที่เข้มงวด แต่เป็นผลจริงต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

1.1 รายงานการศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (Les études d'impacts)

ในเรื่องสิ่งแวดล้อม การออกคำสั่งของฝ่ายปกครองหลายกรณี ต้องมีการศึกษา ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมก่อน จึงมีข้อพิจารณาว่า การจัดทำรายงานการศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ที่ไม่ถูกต้องหรือไม่สมบูรณ์ในกรณีใดบ้างที่จะนำไปสู่การเพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครอง โดยหลักแล้ว การจัดทำรายงานการศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมจะต้องจัดทำอย่างจริงจังและเข้มงวด โดยศาล จะตรวจสอบว่า เนื้อหาของรายงานผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมสอดคล้องกับข้อกำหนดหรือข้อเรียกร้อง ตามกฎหมายหรือไม่ เนื่องจากการวิเคราะห์ในรายงานผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมถือเป็นองค์ประกอบสำคัญ ต่อการประเมินความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อม เพื่อที่จะใช้พิจารณาว่าผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ที่เกิดขึ้นนั้น มีลักษณะที่ยอมรับได้หรือไม่



อย่างไรก็ดี การที่ศาลปกครองจะมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือตั้งโรงงานทุกกรณีที่ปรากฏข้อบกพร่องเกี่ยวกับรายงานการศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอาจจะเกินความจำเป็น และนับตั้งแต่คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี OCREAL ลงวันที่ 14 ตุลาคม 2011 ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้วินิจฉัยว่า การจัดทำรายงานการศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย การละเว้นไม่จัดทำรายงานการศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม หรือความไม่สมบูรณ์ครบถ้วนของรายงานการศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่อาจนำไปสู่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องเป็นกรณีที่การจัดทำรายงานผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมดังกล่าวก่อให้เกิดผลอย่างใดอย่างหนึ่งใน 2 กรณี คือ *กรณีแรก* กระทบต่อการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของประชาชน *กรณีที่สอง* กระทบต่อการตัดสินใจออกคำสั่งของฝ่ายปกครอง

จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวจะเห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดมุ่งเน้นไปที่ประโยชน์ของรายงานการศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม กล่าวคือ การจัดทำรายงานการศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมมีประโยชน์ในลักษณะเป็นการให้ข้อมูลแก่ประชาชนทั่วไปเพื่อให้ได้ทราบเกี่ยวกับประเด็นปัญหาต่าง ๆ ของโครงการที่ขออนุญาต และรายงานการศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมดังกล่าวยังช่วยให้ฝ่ายปกครองมีข้อมูลอย่างเพียงพอที่จะออกคำสั่งทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น หากรายงานการศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมมีลักษณะไม่ถูกต้องครบถ้วนหรือไม่สมบูรณ์เพียงพอแต่ไม่ส่งผลกระทบต่อหน้าที่หรือประโยชน์ของรายงานการศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้น คือ ไม่กระทบต่อการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของประชาชน และไม่กระทบต่อการที่ฝ่ายปกครองจะมีข้อมูลอย่างเพียงพอในการออกคำสั่ง เช่นนี้แล้ว ข้อบกพร่องของรายงานการศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมย่อมไม่เป็นสาระสำคัญและไม่นำไปสู่การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

1.2 ศาลปกครองในคดีปกครองสิ่งแวดล้อมมีอำนาจออกคำสั่งให้มีการแก้ไขให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้คำสั่งทางปกครองหรือการอนุญาตที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมนั้น เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีนี้เป็นเรื่องที่ตุลาการศาลปกครองมีอำนาจก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยสั่งการเพื่อหลีกเลี่ยงการพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง โดยศาลจะพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ได้มีการแก้ไขให้ชอบด้วยกฎหมายแล้วหรือไม่ ซึ่งอำนาจของศาลปกครองในกรณีนี้แตกต่างจากอำนาจวินิจฉัยในกรณีที่แม้รายงานการศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมจะมีความไม่สมบูรณ์ครบถ้วนในการจัดทำรายงานการศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมก็ตาม แต่ไม่มีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญที่จะนำไปสู่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง แต่กรณีที่สองนี้ เป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งมีเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายหนึ่งหรือหลายประการ ซึ่งโดยหลักแล้วจะต้องนำไปสู่การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว แต่กรณีนี้ศาลปกครองยอมรับที่จะตรวจสอบว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นว่านั้นสามารถแก้ไขได้หรือไม่ กล่าวคือ หากฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งเพิ่มเติมคำสั่งเดิมแล้วจะสามารถแก้ไขความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ในกรณีเช่นนี้ ศาลปกครอง

จะมีคำพิพากษาในเบื้องต้น (คำพิพากษาแรก) โดยวินิจฉัยถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งหมดที่ส่งผลต่อการออกคำสั่งทางปกครอง ถ้าศาลเห็นว่าเหตุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น สามารถแก้ไขได้ ศาลจะกำหนดเวลาให้แก่ฝ่ายปกครองในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองใหม่เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องอันเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ศาลวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาแรก หากภายในระยะเวลาที่กำหนด ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งใหม่และคำสั่งนี้ได้แก้ไขความไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ศาลจะพิพากษายืนความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองตามที่ฝ่ายปกครองได้แก้ไขใหม่นั้น

สำหรับเหตุเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขให้ชอบด้วยกฎหมายได้นี้ มีหลายกรณี อาจเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสามารถของฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครองหรือออกใบอนุญาต หรืออาจเกี่ยวกับเนื้อหาของรายงานการศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม รวมทั้งอาจเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อกำหนดและเงื่อนไขการอนุญาตตามกฎหมาย

ดังนั้น การที่หน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งใหม่แก้ไขคำสั่งทางปกครองที่มีปัญหาความชอบด้วยกฎหมายนั้นให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด โดยอาจเป็นการที่หน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งใหม่ให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับขั้นตอนของการออกคำสั่ง หรืออาจเป็นการที่หน่วยงานทางปกครองปรับใช้หลักเกณฑ์หรือข้อกำหนดใหม่แตกต่างจากที่ใช้ในการออกคำสั่งเดิม ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับแต่ละกรณี ซึ่งในกรณีที่เอกชนเป็นผู้ยื่นคำขอออกใบอนุญาตจากฝ่ายปกครองหรือเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองเดิม อาจเห็นว่าคำสั่งที่ฝ่ายปกครองแก้ไขใหม่นี้ไม่เป็นประโยชน์แก่ตน หรือฝ่ายเอกชนที่เป็นผู้รับคำสั่งไม่เห็นด้วย ฝ่ายเอกชนก็อาจจะละทิ้งโครงการที่ขออนุญาตต่อฝ่ายปกครองนั้น ไม่ดำเนินการต่อไป เช่นนี้ ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจออกคำสั่งใหม่แก้ไขความไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ และกรณีนี้ ศาลปกครองจะต้องพิพากษายืนความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากฝ่ายปกครองไม่สามารถแก้ไขคำสั่งทางปกครองให้ถูกต้องตามกฎหมายได้

ปัจจุบัน ประเด็นเกี่ยวกับการแก้ไขคำสั่งทางปกครองเดิมให้ถูกต้องตามกฎหมายดังกล่าวข้างต้นมีความสำคัญมากในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองฝรั่งเศส โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีปกครองเกี่ยวกับกฎหมายผังเมืองและกฎหมายสิ่งแวดล้อม อย่างไรก็ตาม พัฒนาการของศาลปกครองในการใช้อำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองแก้ไขคำสั่งทางปกครองให้ถูกต้องตามกฎหมายก่อนที่จะมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ มีหลายฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยและต้องการให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเลยทีเดียว โดยไม่ต้องมีคำพิพากษานุญาตให้ฝ่ายปกครองได้แก้ไขคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ถูกต้องเสียก่อน

สำหรับผู้บรรยายเห็นว่า การเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองได้แก้ไขคำสั่งทางปกครองให้ถูกต้องตามกฎหมายก่อนเป็นมาตรการที่ดี และการเปิดโอกาสให้แก้ไขนี้ไม่ได้มีผลให้มีการอนุญาตโครงการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการให้ฝ่ายปกครองได้แก้ไขคำสั่งทางปกครองให้ถูกต้องก่อนย่อมเป็นการทำให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหมดสิ้นไป ซึ่งประเด็นการคุ้มครองความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนี้เป็นสิ่งที่สำคัญสำหรับศาลปกครอง ที่นอกจากจะต้อง

ทำให้แน่ใจว่าบทบัญญัติของกฎหมายได้รับการเคารพ โดยคำสั่งทางปกครองจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายแล้ว การแก้ไขคำสั่งทางปกครองให้ถูกต้องก็เป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการดำเนินโครงการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการดำเนินโครงการดังกล่าวจะดำเนินต่อไปได้ก็ต่อเมื่อได้แก้ไขเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วเท่านั้น

จากที่กล่าวมาในหัวข้อ 1.1 และ 1.2 เป็นตัวอย่างการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองฝรั่งเศสในแนวทางที่จะให้เกิดผลได้จริงในทางปฏิบัติ สำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ที่ศาลปกครองฝรั่งเศสคำนึงถึงความยุ่งยากของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครอง (กรณีมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับรายงานผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมตาม 1.1) และคำนึงถึงความร้ายแรงของความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (ว่าสามารถแก้ไขได้หรือไม่) ก่อนที่จะพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (กรณีตาม 1.2)

2. มุมมองเชิงปฏิบัติ : ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง คำจำกัดความภารกิจของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการอนุญาต และการควบคุมตรวจสอบสิ่งปลูกสร้างที่มีการควบคุมเนื่องจากเป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม

ตุลาการศาลปกครองมีความชอบธรรมตามกฎหมายในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง เมื่อศาลพิจารณาถึงความเป็นจริงเกี่ยวกับข้อจำกัดในการกระทำของฝ่ายปกครอง เพื่อตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองจะต้องมีความรับผิดชอบอันเกิดจากความผิดที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ก่อหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีอุบัติเหตุที่เกิดจากสิ่งปลูกสร้างที่มีการควบคุมเนื่องจากเป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม (Une installation classée) โดยหลักแล้วหากเกิดความเสียหายขึ้น ความรับผิดชอบประการแรก ย่อมเป็นความรับผิดชอบของบริษัทหรือโรงงานที่เป็นต้นเหตุ โดยเป็นความรับผิดชอบทางแพ่ง ในกรณีดังกล่าวฝ่ายปกครองอาจต้องมีความรับผิดชอบ หากฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการอนุญาตให้มีการประกอบกิจการนั้น ไม่มีระบบการจัดการความเสี่ยงภัยที่เพียงพอ โดยหากเป็นกิจการที่มีความเสี่ยงต่อความเสียหายแล้ว ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจที่จะไม่อนุญาตให้ปลูกสร้างหรือไม่อนุญาตให้ประกอบกิจการ หรือหากมีการอนุญาต ก็จะต้องเป็นการอนุญาตโดยมีข้อกำหนดควบคุมที่เข้มงวดเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ดี ลำพังการเกิดภัยพิบัติอย่างเดียวยังไม่เพียงพอที่จะทำให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบ กล่าวคือ ยังไม่เพียงพอให้เกิดความรับผิดชอบทางปกครอง ทั้งนี้ เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส เลขที่ 267202 ลงวันที่ 17 ธันวาคม 2014 คดีระหว่างรัฐมนตรีว่าการกระทรวงนิเวศวิทยากับนายจิลแบร์ ซึ่งเป็นคดีที่เกิดการระเบิดขึ้นที่โรงงานเคมีเกษตรใกล้กับเขตที่อยู่อาศัยในเมืองตูลูส เป็นเหตุให้มีผู้เสียชีวิต 31 ราย มีผู้ได้รับบาดเจ็บหลายพันคน และเกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินคิดเป็นมูลค่า 2 พันล้านยูโร

คดีนี้ในการดำเนินคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางปกครอง ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้กำหนดหลักการไว้ว่า เป็นอำนาจของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยเกี่ยวกับการอนุญาตให้ปลูกสร้างหรือตั้งโรงงาน โดยในด้านหนึ่ง ฝ่ายปกครองมีอำนาจออกใบอนุญาตประกอบการให้แก่ผู้ประกอบการ พร้อมกับออกคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการป้องกันความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้น โดยกำหนดไปพร้อมกับการอนุญาต

และอีกด้านหนึ่ง ฝ่ายปกครองมีอำนาจตามภารกิจการควบคุมสิ่งปลูกสร้างควบคุม ซึ่งก็คือ โรงงานอุตสาหกรรม โดยจะต้องตรวจสอบให้ชัดเจนแน่นอนว่า ผู้ประกอบการได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดด้านความปลอดภัยที่กำหนด มาพร้อมกับการอนุญาตหรือไม่ และตรวจสอบว่า การดำเนินการด้านความปลอดภัยดังกล่าวเพียงพอ สำหรับการปกป้องประโยชน์สาธารณะตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา L. 511-1 แห่งประมวลกฎหมาย สิ่งแวดล้อมหรือไม่ โดยการกิจหน้าที่ที่รับผิดชอบของฝ่ายปกครองในการควบคุมนี้ต้องคำนึงถึงคุณลักษณะ ของการเข้าตรวจโรงงานให้สอดคล้องกับลักษณะโรงงาน ระดับอันตราย และขนาดของโรงงาน โดยคำนึงถึง ข้อมูลที่มีอยู่เกี่ยวกับปัจจัยเสี่ยงเฉพาะที่ส่งผลกระทบต่อโรงงานหรือข้อบกพร่องใด ๆ ที่เกิดจากผู้ปฏิบัติงาน ในโรงงานหรือสิ่งปลูกสร้างนั้น

สำหรับข้อเท็จจริงในคดีนี้ การกระทำที่โรงงานจัดเก็บผลิตภัณฑ์อันตรายในลักษณะ ที่ผิดปกติ โดยจัดเก็บในปริมาณมากและจัดเก็บสะสมเป็นเวลานาน เฉพาะแต่เพียงการกระทำนั้นเอง ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นข้อบกพร่องของฝ่ายปกครองในภารกิจการควบคุมการอนุญาตตั้งโรงงานหรือสิ่งปลูกสร้าง ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองจะเกิดขึ้นเมื่อฝ่ายปกครองรู้ถึงการมีอยู่ของข้อบกพร่องดังกล่าว โดยประเมินข้อมูล หรือคำนึงถึงข้อมูลเกี่ยวกับการมีอยู่ของปัจจัยเสี่ยงที่เฉพาะเจาะจงหรือเป็นพิเศษ หรือรู้ถึงความบกพร่อง ที่อาจเกิดขึ้นโดยผู้ปฏิบัติงานที่ถือเป็นความเสี่ยงนั้น

3. ใครเป็นผู้เสียหายที่จะมีสิทธิฟ้องคดีสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

ประเด็นเกี่ยวกับความเป็นผู้เสียหายที่จะมีสิทธิฟ้องคดีในเรื่องสิ่งแวดล้อม อาจเป็น อุปสรรคสำคัญ หากผู้พิพากษาดัดสินในลักษณะที่เข้มงวดเกินไป แต่แน่นอนว่า ผู้พิพากษาศาลาการทุกคน ต่างเห็นพ้องต้องกันว่า **“ไม่ใช่ว่าใคร ๆ ก็อาจฟ้องคดีเรื่องอะไรก็ได้”**

หลักทั่วไปในเรื่องผู้เสียหายที่จะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศส ในคดีประเภทฟ้องขอให้ยกเลิกเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีจะต้องพิสูจน์หรือแสดงให้เห็นว่า เป็นผู้ที่มีความเดือดร้อนหรือเสียหายที่จะขอให้ศาลยกเลิกเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง และผู้ฟ้องคดีจะต้องพิสูจน์ว่า กฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นส่งผลกระทบต่อตน ในลักษณะพิเศษเพียงพอ และเกิดความเสียหายแน่นอนและโดยตรง

ความยุ่งยากในการพิจารณาอยู่ที่กฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นอาจมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม แต่อาจไม่จำเป็นต้องส่งผลกระทบต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งถ้ากระทบต่อบุคคล บุคคลนั้นก็สามารถ อ้างลักษณะพิเศษ ความเสียหายที่แน่นอนและโดยตรงของผลกระทบจากการกระทำต่อตนได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ความเสียหายบางอย่างที่เกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อม มีเหยื่อเพียงรายเดียว คือ ธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม หรือไม่ว่าในกรณีใด ๆ ความเสียหายต่อมนุษย์นั้น เป็นเรื่องที่จะกระจายกว้างเกินกว่าที่จะเป็นเรื่องส่วนบุคคล

ประเทศฝรั่งเศสมีความพยายามที่จะพัฒนาระบบกฎหมายที่ประกันการคุ้มครอง สิ่งแวดล้อมในกระบวนการพิจารณาตัดสินสิ่งแวดล้อม โดยพัฒนาโครงสร้างทางกฎหมายที่สร้างสิทธิหรือให้สิทธิ แก่สิ่งแวดล้อมหรือธรรมชาติในตัวเอง เช่น สิทธิของแม่น้ำหรือหุบเขาอันเป็นเรื่องของการปกป้องสิทธิที่แม่น้ำ



จะต้องไม่ถูกปนเปื้อนจากมลพิษ หรือสิทธิในหุบเขาที่จะไม่ต้องรับผลกระทบจากการพัฒนาเมืองใหม่ เช่น การก่อสร้างหรือการขยายเมือง ซึ่งแนวทางนี้แสดงให้เห็นถึงการถกเถียงที่เป็นเชิงปรัชญามากกว่า จะเป็นข้อพิจารณาทางกฎหมาย ประเด็นพิจารณาก็คือว่า เราควรปกป้องธรรมชาติเพื่อประโยชน์ของธรรมชาติ (บางครั้งเรียกว่า “การอนุรักษ์”) หรือว่าเราจะอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมเพื่อผลประโยชน์ที่มนุษย์จะได้รับจากสิ่งแวดล้อม? หากเป็นกรณีแรก ก็เป็นธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อมที่ต้องได้รับการปกป้อง แต่หากเป็นกรณีที่สอง การปกป้องธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมจะเป็นการปกป้องมนุษย์อีกทอดหนึ่ง

สำหรับกรณีนี้ คำว่า “สิ่งแวดล้อม” ในภาษาฝรั่งเศส นำไปสู่แนวทางที่สอง คือ เราปกป้องธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเพื่อให้เกิดผลในการปกป้องมนุษย์ สิ่งแวดล้อมคือสิ่งที่อยู่รอบตัวมนุษย์ เป็นแนวคิดที่มองมนุษย์เป็นศูนย์กลาง อาจกล่าวได้ว่า โดยพื้นฐานแล้วสำหรับศาลในประเทศฝรั่งเศส จะพิจารณาจากหลักที่มนุษย์เป็นศูนย์กลาง นั่นก็คือ ผู้ฟ้องคดีจะต้องแสดงให้เห็นว่า เขาได้รับผลกระทบโดยตรงอย่างไรจากกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม

สำหรับบุคคลธรรมดา ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสยึดแนวทางซึ่งจะต้องตรวจสอบว่า บุคคลที่ได้แย้งกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้น มีเหตุผลสมควรที่จะเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงอย่างเพียงพอหรือไม่ ที่จะให้มีสิทธิฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง โดยคำนึงถึงความสะดวก ความไม่ปลอดภัยหรือความเป็นอันตรายที่เกิดขึ้นจากสิ่งปลูกสร้างหรือโรงงานอุตสาหกรรมที่เป็นปัญหาโต้แย้ง โดยศาลปกครองจะพิจารณาหรือประเมินเป็นกรณีเฉพาะตามสถานการณ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง

ส่วนนิติบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สมาคมพิทักษ์หรือคุ้มครองสิ่งแวดล้อมนั้น แนวทางของศาลปกครองฝรั่งเศสค่อนข้างจะยอมรับและรับรองความเป็นผู้เสียหายของสมาคมสิ่งแวดล้อม โดยศาลจะพิจารณาที่ข้อบังคับของสมาคม วัตถุประสงค์ของสมาคมว่าสอดคล้องกับสิ่งที่ขอให้ศาลสั่งเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองหรือไม่? ซึ่งกรณีสมาคมเพื่อการปกป้องแม่น้ำสามารถฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งอนุญาตที่จะส่งผลกระทบต่อคุณภาพของน้ำในแม่น้ำได้ หรือกรณีสมาคมเพื่อการปกป้องความหลากหลายทางชีวภาพสามารถฟ้องโต้แย้งกฎหมายหรือคำสั่งที่อนุญาตโครงการซึ่งจะมีผลกระทบต่อพันธุ์สัตว์หรือพันธุ์พืชที่คุ้มครองได้ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ข้อจำกัดประการหนึ่งของการยึดแนวทางที่ยืดหยุ่นโดยยอมรับให้สมาคมฟ้องคดีได้ ก็คือ การตรวจสอบขอบเขตด้านพื้นที่หรืออาณาเขตของสมาคม ซึ่งสมาคมระดับชาติมักจะไม่มีส่วนได้เสียในการโต้แย้งการกระทำทางปกครองในขอบเขตท้องถิ่น ในทางกลับกัน สมาคมระดับท้องถิ่นจะไม่ใช่ผู้เสียหายที่จะมีสิทธิฟ้องคดีโต้แย้งกฎหมายข้อบังคับระดับชาติ

แนวทางยืดหยุ่นที่ให้สมาคมสิ่งแวดล้อมเป็นผู้เสียหายที่มีสิทธิฟ้องคดีนี้มีความแตกต่างระหว่างหลักการในประเทศฝรั่งเศสกับหลักการของประเทศอื่น เช่น สหรัฐอเมริกา ซึ่งศาลสูงของสหรัฐอเมริกา เห็นว่า สมาคมต้องแสดงให้เห็นถึงความเสียหายส่วนบุคคลซึ่งไม่ใช่ความเสียหายทางจิตใจที่สมาคมยกมาอ้างว่าปกป้องความเสียหายดังกล่าว ดังตัวอย่าง คดี *Supreme Court of the United States Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972)

ทั้งนี้ การที่ศาลปกครองฝรั่งเศสยอมรับความเป็นผู้เสียหายที่จะมีสิทธิฟ้องคดีตามแนวทางที่ยืดหยุ่นหรือหลักผู้เสียหายอย่างกว้าง ก็ไม่ได้หมายความว่าศาลจะต้องพิพากษาในเนื้อหาหรือประเด็นแห่งคดีไปในทางที่เห็นด้วยหรือเป็นคุณแก่ผู้ฟ้องคดี การที่ศาลยอมรับความเป็นผู้เสียหายเป็นเพียงเงื่อนไขของการรับคำฟ้องไว้พิจารณาเท่านั้น แต่ก็แสดงให้เห็นว่า เป็นเรื่องสำคัญสำหรับผู้พิพากษาคูการที่จะต้องคำนึงถึงความเฉพาะเจาะจงของปัญหาสิ่งแวดล้อม โดยควรหลีกเลี่ยงการที่จะไม่รับพิจารณาคดีเกี่ยวกับกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่สำคัญซึ่งอยู่ในขอบเขตอำนาจศาล เพียงเพราะศาลใช้แนวทางการพิจารณาความเป็นผู้เสียหายอย่างแคบ

ตัวอย่างที่หนึ่ง คดีเกี่ยวกับเรือบรรทุกน้ำมันที่ล้นบริเวณชายฝั่งทะเลของประเทศฝรั่งเศส เมื่อปี ค.ศ. 1999 ซึ่งทำให้เกิดการรั่วไหลของน้ำมันครั้งใหญ่ และเกิดคราบน้ำมันตามแนวชายฝั่งหลายร้อยกิโลเมตร กรณีนี้ความเสียหายส่วนหนึ่ง ผู้เสียหายคือ เอกชนที่ได้รับผลกระทบ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ตั้งอยู่ชายฝั่ง แต่ความเสียหายส่วนใหญ่เป็นความเสียหายที่เกิดกับธรรมชาติ เช่น นกตายไปถึงประมาณ 150,000 ตัว

จากเหตุการณ์เรื่อน้ำมันรั่วนี้ ทำให้มีการฟ้องคดีต่อศาลอาญา และศาลอาญาพิพากษาให้บริษัทเจ้าของเรื่อน้ำมันรับผิดชอบจ่ายค่าชดเชย 200 ล้านยูโร แก่ฝ่ายเอกชนที่ได้รับความเสียหาย นอกจากนี้ ยังเกิดแง่มุมใหม่เกี่ยวกับวิธีแก้ปัญหาคือ ศาลอาญายอมรับหรือรับรู้ถึงความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมโดยตรงหรือความเสียหายต่อระบบนิเวศ ซึ่งความเสียหายต่อระบบนิเวศนี้ไม่เพียงนำไปสู่การชดเชยความเสียหายทางจิตใจที่สมาคมพิทักษ์คุ้มครองสิ่งแวดล้อมหรือหน่วยงานท้องถิ่นได้รับเท่านั้น โดยที่ค่าชดเชยสำหรับความเสียหายทางจิตใจมักจะจำกัด แต่ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมหรือต่อนิเวศวิทยานำไปสู่ข้อเรียกร้องในประการสำคัญต่อการฟื้นฟูแก้ไขความเสียหายทางนิเวศวิทยาที่ผู้ก่อมลพิษได้ก่อขึ้นต่อสภาพแวดล้อม ทั้งนี้ ค่าเสียหายต่อระบบนิเวศนี้ แยกออกจากหรือนอกเหนือไปจากค่าเสียหายต่อทรัพย์สินและค่าเสียหายทางจิตใจที่สามารถเรียกร้องค่าชดเชยทางการเงินได้ จึงถือเป็นความเสียหายส่วนที่สามที่ผู้ฟ้องคดีสามารถเรียกร้องให้ซ่อมแซมหรือฟื้นฟูความเสียหายทางนิเวศวิทยา เรียกว่า ความเสียหายต่อระบบนิเวศ

นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาของศาลฎีกาฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 2012 ที่พิพากษารับรองความเสียหายต่อระบบนิเวศ และต่อมาได้รับการบัญญัติรับรองในมาตรา 1248 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งที่บัญญัติว่า “การดำเนินการเพื่อเรียกร้องให้มีการชดเชยความเสียหายต่อระบบนิเวศนั้น บุคคลใดก็ตามที่เป็นผู้เสียหาย ไม่ว่าจะเป็นรัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีอาณาเขตเกี่ยวข้อง สมาคมที่ตั้งขึ้นเป็นเวลาอย่างน้อยห้าปี ณ วันที่เริ่มดำเนินการ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อพิทักษ์หรือปกป้องธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม สามารถฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องให้มีการเยียวยาความเสียหายต่อระบบนิเวศได้”

ตัวอย่างที่สอง เป็นกรณีที่ตุลาการศาลปกครองฝรั่งเศสตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาและความท้าทายด้านสิ่งแวดล้อมเพื่อรับรู้รับรองเกี่ยวกับความเป็นผู้เสียหายในการดำเนินคดีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ซึ่งสิ่งที่น่าสนใจในคดีนี้ คือ การให้เหตุผลในคำพิพากษา

ของตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ยอมรับความเป็นผู้เสียหายของเทศบาลที่ฟ้องคดีโต้แย้งรัฐบาลฝรั่งเศส เนื่องจากรัฐบาลไม่ดำเนินนโยบายอย่างเพียงพอต่อการสู้กับภาวะโลกร้อนที่เกิดขึ้น ปรากฏความตอนหนึ่งว่า

“ปรากฏจากเอกสารในสำนวนว่า คู่กรณีที่เป็นเทศบาลเมือง Grande - Synthe ถูกระบุว่า อยู่ในดัชนีความเสี่ยงด้านสภาพอากาศอย่างรุนแรงมาก ในประเด็นนี้ เทศบาลเมือง Grande - Synthe ได้โต้แย้งโดยยกเหตุผลกล่าวอ้างว่า เทศบาลตั้งอยู่บริเวณชายฝั่ง (Une commune littorale) ประกอบกับ ลักษณะทางกายภาพของพื้นที่ที่มีความเสี่ยงสูงที่จะเกิดอุทกภัย (Des risques accrus et élevés d'inondations) ในระยะเวลาอันใกล้ และมีความเสี่ยงที่จะได้รับผลกระทบจากความแห้งแล้งอย่างรุนแรงที่เกิดขึ้นและเพิ่มระดับ ความรุนแรงต่อเนื่อง (Une amplification des épisodes de fortes sécheresses) รวมทั้งการลดลง และความเสื่อมโทรมของแหล่งน้ำจืด (Une diminution et une dégradation de la ressource en eau douce) และความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญต่อสภาพธรณีวิทยาของพื้นดิน (Des caractéristiques géologiques du sol) ซึ่งศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า ผลกระทบที่เป็นรูปธรรมเหล่านี้ เกิดจากการเปลี่ยนแปลง สภาพภูมิอากาศ และมีแนวโน้มที่จะเกิดผลกระทบต่อเทศบาลเมือง Grande - Synthe ภายในปี ค.ศ. 2030 หรือ ค.ศ. 2040 ซึ่งเป็นผลกระทบที่มีลักษณะหลีกเลี่ยงไม่ได้ หากไม่มีการดำเนินมาตรการที่มีประสิทธิภาพ และรวดเร็วเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดเหตุดังกล่าวขึ้นในอนาคต ด้วยการดำเนินนโยบายสาธารณะของรัฐ ดังนั้น เมื่อขณะนี้รัฐไม่ได้มีนโยบายหรือมาตรการป้องกันที่เพียงพอดังกล่าว เทศบาลเมือง Grande - Synthe จึงตกอยู่ในความเสี่ยงที่เป็นผลมาจากปรากฏการณ์ของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ อันเป็นผลกระทบ โดยตรงและแน่นอน ในความเสียหายที่จะเกิดขึ้น แสดงถึงความเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงที่จะฟ้องโต้แย้งคำสั่ง โดยปริยายอันเกิดจากการนิ่งเฉยไม่ดำเนินมาตรการที่เพียงพอของรัฐบาล ทั้งนี้ นโยบายของรัฐบาล และการดำเนินมาตรการเกี่ยวกับเรื่องนี้ เป็นความจำเป็นในการดำเนินการโดยไม่ชักช้า เทศบาลเมือง Grande - Synthe ตั้งอยู่บริเวณชายฝั่ง จึงเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยเฉพาะเจาะจงต่อผลของการเปลี่ยนแปลง สภาพภูมิอากาศ จึงเป็นผู้เดือดร้อนเสียหายที่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้”

ดังที่กล่าวแล้วว่า คู่ความจะต้องพิสูจน์ว่า การกระทำที่โต้แย้งนั้นส่งผลกระทบต่อประโยชน์ที่มีลักษณะพิเศษ แน่นนอน และเป็นผลกระทบโดยตรง จึงเห็นได้ว่า ในการพิจารณาคดีศาลปกครอง จะพิจารณาถึงลักษณะพิเศษของผลกระทบหรือความเสียหายที่ได้รับ แม้ว่าชุมชนหรือท้องถิ่นหลายแห่ง มีแนวโน้มที่จะได้รับผลกระทบจากผลที่เกิดจากภาวะโลกร้อน แต่ไม่ใช่เพราะการดำเนินการของรัฐ หรือของฝ่ายปกครองนั้น ดังนั้น คดีสภาพภูมิอากาศจึงไม่ใช่แค่เกี่ยวข้องกับผู้คนจำนวนมาก ที่ไม่มีใคร จะเป็นผู้นำคดีมาฟ้องได้ แต่ลักษณะของความเสียหายโดยตรงในกรณีนี้ จะต้องมีการพิสูจน์และประเมิน โดยการตรวจสอบผลกระทบที่จะเกิดขึ้นอย่างเฉพาะเจาะจงต่อเทศบาลที่เป็นผู้ฟ้องคดี ส่วนลักษณะ ความเสียหายที่แน่นอนจะมีลักษณะแตกต่างหรือเป็นพิเศษกว่าปกติ กรณีนี้ ผลกระทบของการเปลี่ยนแปลง สภาพภูมิอากาศยังไม่ส่งผลกระทบต่อเทศบาลอย่างมากมายในขณะนี้ แต่หากไม่ดำเนินการอย่างใด ๆ เพื่อจำกัดหรือลดภาวะโลกร้อน ผลที่จะเกิดขึ้นตามมาแก่เทศบาลจะเป็นผลที่ “หลีกเลี่ยงไม่ได้”

คดีปกครองที่สำคัญในปัจจุบัน : ข้อพิพาทเกี่ยวกับปัญหาระดับโลก ซึ่งไม่ได้เป็นประเด็นเกี่ยวกับการออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองโดยเฉพาะ

การพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทที่กล่าวถึงขณะนี้ โดยทั่วไปสอดคล้องกับแนวทางดั้งเดิมของกฎหมายสิ่งแวดล้อม คือ โครงการที่มีความเสี่ยงต่อสิ่งแวดล้อม มีการประเมินความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมอย่างเหมาะสมหรือไม่ และมีการวางแผนกำหนดมาตรการป้องกันที่สามารถป้องกันได้หรือไม่ รวมทั้งความเสี่ยงเหล่านี้ที่จะเกิดขึ้นจริงเมื่อมีการลงทุนดำเนินโครงการหรือไม่

สำหรับคดีพิพาทอีกสองประเภทที่จะกล่าวถึงต่อไปนี้มีตรรกะที่แตกต่างกันไป ซึ่งจะเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับมลพิษทางอากาศ และคดีพิพาทเกี่ยวกับการปล่อยก๊าซเรือนกระจก และการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

คดีปกครองเกี่ยวกับมลพิษทางอากาศ

การเกิดมลพิษในอากาศที่มีภาวะมลพิษมากเกินไป แน่นหนาว่าจะเกิดผลเสียต่อสุขภาพ ปัจจุบันนี้ ผลการตรวจทางวิทยาศาสตร์ปรากฏผลว่า ในหลายส่วนของโลกมีระดับมลพิษทางอากาศที่สูงมากจนเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ข้อมูลใหม่จากองค์การอนามัยโลก (WHO) แสดงให้เห็นว่า ประชากร 9 ใน 10 คนหายใจเอาอากาศที่มีมลพิษสูง ซึ่งประมาณการล่าสุดพบว่า ประชากร 7 ล้านคน ที่เสียชีวิตในแต่ละปีเนื่องจากมลพิษทางอากาศในพื้นที่กลางแจ้ง และมลพิษทางอากาศภายในอาคารในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมลพิษทางอากาศเป็นสาเหตุของการเสียชีวิตของประชากรเกือบ 50,000 รายต่อปี

นอกจากนี้ องค์การอนามัยโลกได้กำหนดเกณฑ์สูงสุดเกี่ยวกับความเข้มข้นของมลพิษในอากาศ ซึ่งก็ปรากฏว่า ระดับความเข้มข้นที่กำหนดนี้สูงเป็นสองเท่าของเกณฑ์ตามคำแนะนำขององค์การอนามัยโลกที่รับรองว่า ความเข้มข้นที่กำหนดนี้จะเกิดผลกระทบต่อสุขภาพในระดับที่ยอมรับได้ โดยระดับความเข้มข้นทางอากาศสูงสุดไม่ควรเกินจากปี ค.ศ. 2005 หรือ ปี ค.ศ. 2010 แล้วแต่กรณี รัฐบาลฝรั่งเศสได้จัดทำแผนป้องกันชั้นบรรยากาศ โดยกำหนดมาตรการต่อหลายภาคส่วนเพื่อให้บรรลุผลในการควบคุมมลพิษทางอากาศ โดยรัฐบาลกำหนดเป้าหมายสำหรับทุกภาคส่วนที่เป็นผู้ก่อให้เกิดมลพิษทางอากาศ ไม่ว่าจะเป็นภาคการขนส่ง ภาคอุตสาหกรรม การก่อสร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง และภาคการเกษตร เป็นต้น

ในปี ค.ศ. 2017 ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสยอมรับว่า ระดับมลพิษสูงสุดที่กฎหมายกำหนดเป็นภาระผูกพันที่จะให้เกิดผลตามมา และเป็นสิ่งที่จะต้องทำให้สำเร็จมาก่อนหน้านี้เป็นเวลานานมาแล้วอย่างน้อยก็ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2010 ดังนั้น เมื่อมาตรการที่กำหนดไว้ตามกฎหมายยังไม่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการลดมลพิษทางอากาศได้ ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสจึงพิพากษาว่า การที่รัฐบาลปฏิเสธที่จะใช้มาตรการเพิ่มเติมเพื่อให้บรรลุเป้าหมายนั้น เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีคำสั่งให้รัฐบาลกำหนดและดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุตามเกณฑ์มลพิษทางอากาศโดยเร่งด่วนภายในระยะเวลาที่สั้นที่สุด

ต่อมา ในปี ค.ศ. 2020 ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้รับคำฟ้องของสมาคมด้านสิ่งแวดล้อมอีกครั้งหนึ่ง โดยสมาคมด้านสิ่งแวดล้อมเห็นว่า คำพิพากษาของศาลปกครองในคดีก่อนที่ตัดสินให้รัฐบาลต้องดำเนินมาตรการที่เพียงพอเพื่อลดมลพิษทางอากาศ แต่รัฐบาลยังดำเนินการไม่เพียงพอ ศาลปกครองสูงสุดจึงได้พิจารณาและเห็นว่า สถานการณ์ดีขึ้นเพียงเล็กน้อยและยังมีอีกหลายพื้นที่ที่มีมลพิษทางอากาศยังเกินเกณฑ์มาตรฐาน นอกจากนี้ ศาลยังเห็นว่า เครื่องมือทางกฎหมายที่ใช้ดำเนินการเพื่อปรับปรุงแก้ไขสถานการณ์มลพิษที่สูงเกินนั้น รัฐบาลยังไม่นำมาใช้หรือยังนำมาใช้ไม่เพียงพอที่จะแก้ไขสถานการณ์มลพิษ

สำหรับคดีนี้ เกิดคำถามต่อมาว่า จะทำอย่างไรเมื่อคำพิพากษาของศาลไม่ได้มีการบังคับคดีให้เป็นไปตามคำพิพากษาที่ศาลตัดสิน ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจในการลงโทษหรือบังคับอย่างไรหากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลไม่ได้รับการปฏิบัติตาม ศาลสามารถออกคำสั่งบังคับ และลงโทษปรับเป็นตัวเงินได้หรือไม่ อย่างไร

โดยหลักการแล้ว การชำระค่าปรับจะจ่ายให้กับผู้ฟ้องคดีหรือผู้ที่เรียกร้อง หรือจ่ายให้รัฐเป็นงบประมาณแผ่นดิน สำหรับคดีง่าย ๆ การจ่ายค่าปรับ 100 ยูโรต่อวัน ก็เพียงพอแล้วที่จะบังคับให้ฝ่ายปกครองดำเนินการตามคำพิพากษา แต่สำหรับกรณีที่น่ากังวลอย่างมลพิษทางอากาศ ประกอบกับเมื่อการละเลยไม่ดำเนินการนั้นเป็นเรื่องที่มีระยะเวลานาน การจ่ายค่าปรับก็ควรจะเป็นจำนวนที่สูง ซึ่งคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสพิจารณากำหนดค่าปรับไว้ที่ 10 ล้านยูโรต่อหกเดือน

แต่อย่างไรก็ดี มีประเด็นพิจารณาว่า เป็นการสมเหตุสมผลหรือไม่ที่จะจ่ายเงินค่าปรับจำนวนดังกล่าวให้กับสมาคมด้านสิ่งแวดล้อมที่เป็นผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสเห็นว่า ค่าปรับดูเหมือนเป็นจำนวนมากเกินไปที่จะจ่ายให้แก่สมาคมสิ่งแวดล้อม แต่ทางเลือกที่ว่า นำค่าปรับจ่ายให้กับรัฐเป็นงบประมาณแผ่นดินก็ดูจะไม่สมเหตุสมผล เพราะเท่ากับเป็นการที่รัฐจ่ายค่าปรับจากงบประมาณแผ่นดินแล้วค่าปรับนั้นก็กลับเข้าคลังของรัฐ

ศาลปกครองสูงสุดจึงวินิจฉัยว่า สามารถจัดสรรจำนวนเงินค่าปรับให้แก่บุคคลภายนอกซึ่งมีภารกิจเกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาท และคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้พิพากษาให้จ่ายค่าปรับสำหรับระยะเวลา 3 เทอม (เทอมละ 6 เดือน) คือ รวม 1 ปีครึ่ง จากการที่รัฐบาลดำเนินการล่าช้า ในปี ค.ศ. 2021 และปี ค.ศ. 2022 เป็นจำนวนเงินทั้งสิ้น 30 ล้านยูโร แต่ให้ตั้งเป็นงบประมาณแยกไว้ต่างหากจากงบประมาณของรัฐ

คดีเกี่ยวกับการปล่อยก๊าซเรือนกระจกและการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

กล่าวในเบื้องต้นว่า การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ก็เช่นเดียวกับเรื่องมลพิษทางอากาศ เป็นประเด็นที่ก่อให้เกิดคำถามที่ไม่สามารถจัดการหรือแก้ไขได้ด้วยการตัดสิน การอนุญาตหรือการออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่เฉพาะเจาะจง หรือโดยการออกข้อบังคับเฉพาะเรื่อง

กรณีนี้ เป็นเรื่องเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะของรัฐที่ต้องพัฒนาแก้ไข และดำเนินมาตรการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

หากสรุปประเด็นโดยอิงจากผลการศึกษาทางวิทยาศาสตร์ของคณะกรรมการร่วมระหว่างกระทรวงด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (GIEC) ซึ่งเป็นคณะกรรมการฯ ที่มีผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับวิวัฒนาการของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ที่รวมกลุ่มระหว่างหลายหน่วยงานภาครัฐ จากผลการศึกษาของหน่วยงานผู้เชี่ยวชาญนี้ ได้สร้างฉันทามติทางด้านวิทยาศาสตร์และนโยบายการเมืองเป็นฉันทามติร่วมกันว่า ตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 19 การพัฒนาในยุคอุตสาหกรรมได้เพิ่มความเข้มข้นของก๊าซเรือนกระจก (GHGs) ในชั้นบรรยากาศอย่างที่ไม่เคยมีมาก่อนเป็นเวลาหลายล้านปี การเพิ่มขึ้นของก๊าซเรือนกระจกนี้ไม่ใช่ปรากฏการณ์ทางธรรมชาติ แต่เกิดจากการพัฒนากิจกรรมของมนุษย์ที่ปล่อยก๊าซเรือนกระจก ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ หรือ CO_2 และก๊าซมีเทน กิจกรรมเหล่านี้ส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับการใช้เชื้อเพลิงหรือพลังงานฟอสซิล เช่น ถ่านหิน น้ำมัน และก๊าซธรรมชาติ การปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่ดำเนินการไปแล้วจนถึงปัจจุบันเป็นต้นเหตุของภาวะโลกร้อน โดยเฉลี่ยที่ 1°C หากมนุษย์ยังคงดำเนินกิจกรรมที่ปล่อยก๊าซเรือนกระจกในอัตราที่ผ่านมา ภาวะโลกร้อนอาจสูงถึง 4°C ในปี ค.ศ. 2100 โดยเบื้องหลังภาวะโลกร้อนโดยเฉลี่ยนี้มีรูปแบบการแปรปรวนของสภาพอากาศที่มีรูปแบบหลากหลาย ซึ่งเป็นรูปแบบของปรากฏการณ์ทางอุตุนิยมวิทยาซึ่งเป็นอันตรายต่อธรรมชาติและต่อประชากรโลก เช่น สถานการณ์ภัยแล้งซึ่งในอดีตเกิดขึ้นเพียงครั้งเดียวทุก 50 ปี ปัจจุบันภัยแล้งเกิดขึ้นทุก 3 หรือ 4 ปี หรือกรณีที่ภูมิภาคของโลกที่ปกติฝนจะตก กลับเผชิญกับสภาพฝนแล้งมากขึ้น หรือในบางภูมิภาคของโลกที่เกิดไฟป่า ก็จะมีภัยแล้งจากไฟป่าบ่อยขึ้น หนักขึ้น ทำลายป่าหลายพันเฮกตาร์ ภาวะโลกร้อนจะนำไปสู่การที่ระดับน้ำในมหาสมุทรเพิ่มสูงขึ้นและพื้นดินชายฝั่งหดหายไป

จากที่กล่าวมานี้ เป็นเพียงตัวอย่างบางประการของสถานการณ์ที่ทุกภูมิภาคของโลกจะต้องเผชิญโดยไม่มีข้อยกเว้น หน่วยงานผู้เชี่ยวชาญด้านสภาพภูมิอากาศ หรือ GIEC ประเมินการว่าอุณหภูมิโลกจะเพิ่มขึ้น 4°C หากมนุษย์ยังไม่ปรับเปลี่ยนพฤติกรรม และจะเกิดผลร้ายตามมา รวมถึงมีการตั้งเป้าหมายให้อุณหภูมิเฉลี่ยเพิ่มขึ้นสูงสุดที่ 2°C และจะเป็นการดีถ้าเพิ่มสูงขึ้นเพียง 1.5°C นั่นก็หมายความว่าทุกประเทศทั่วโลก ต้องลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ซึ่งลักษณะเฉพาะของก๊าซเรือนกระจกโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ หรือ CO_2 คือ การปล่อยก๊าซดังกล่าวในปัจจุบัน ก๊าซจะยังคงอยู่ในชั้นบรรยากาศเป็นเวลาระหว่าง 80 ถึง 100 ปี ดังนั้น ก๊าซที่เราปล่อยออกมาในวันนี้ จะไปเปลี่ยนวิถีการทำงานของสภาพอากาศในเวลาเกือบ 100 ปี ฉะนั้น เพื่อให้สภาพภูมิอากาศคงอยู่ในระดับที่ยอมรับได้ในระดับความเข้มข้นของก๊าซเรือนกระจก จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำให้การปล่อยก๊าซเรือนกระจกเป็นศูนย์ในช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ 21

ในประการที่เป็นสาระสำคัญ ก็คือ การตระหนักในปัญหาของภาวะโลกร้อน เริ่มขึ้นตั้งแต่ต้นทศวรรษที่ 90 (ปี ค.ศ. 1990) โดยมีการประชุมสุดยอดขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา หรือ Earth Summit ที่กรุงริโอเดจาเนโร ประเทศบราซิล เมื่อปี ค.ศ. 1992 มีการจัดทำกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติ ว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ จากนั้น ในปี ค.ศ. 1997 ก็มีการลงนามในพิธีสารเกียวโต ซึ่งบังคับใช้โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับประเทศอุตสาหกรรม ในพิธีสารเกียวโตมีเนื้อหา

ของโครงการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของประเทศอุตสาหกรรมที่ร่วมลงนาม ปรากฏว่า ระบบพิธีสารเกียวโดล้มเหลว และก็คือ สาเหตุที่ทุกประเทศร่วมกันจัดทำข้อตกลงใหม่ในปี ค.ศ. 2015 นั่นคือ ความตกลงปารีสว่าด้วยสภาพภูมิอากาศ ซึ่งความตกลงนี้มีจุดมุ่งหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อเสริมสร้างให้ทุกประเทศทั่วโลกตระหนักและดำเนินการ (ตอบสนอง) ต่อภัยคุกคามของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศในบริบทของการพัฒนาที่ยั่งยืนและการต่อสู้กับความยากจน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การดำเนินการดังต่อไปนี้

(1) กำหนดให้การเพิ่มขึ้นของอุณหภูมิเฉลี่ยของโลกสูงขึ้นต่ำกว่า 2°C เมื่อเทียบกับระดับอุณหภูมิเฉลี่ยก่อนยุคอุตสาหกรรม และดำเนินมาตรการอย่างต่อเนื่อง เพื่อจำกัดอุณหภูมิที่เพิ่มขึ้นให้ไม่เกิน 1.5°C เมื่อเทียบกับอุณหภูมิเฉลี่ยก่อนยุคอุตสาหกรรม โดยต้องเข้าใจและตระหนักว่าสิ่งนี้จะช่วยลดความเสี่ยงและผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

(2) เสริมสร้างศักยภาพในการปรับตัวให้เข้ากับผลกระทบด้านลบของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ และส่งเสริมความยืดหยุ่นต่อการเปลี่ยนแปลงเหล่านี้ และการพัฒนาไปสู่การปล่อยก๊าซเรือนกระจกในระดับต่ำ ในลักษณะที่ไม่คุกคามการผลิตอาหาร

ดังนั้น นโยบายสาธารณะของรัฐในด้านสภาพอากาศ จึงมีสองด้าน คือ ในด้านการลดทอนหรือการบรรเทา ก็คือ การดำเนินการเพื่อลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก และด้านการปรับตัว ก็จะเป็นการดำเนินนโยบายของรัฐเพื่อปกป้องประชากรจากความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เนื่องจากความเสี่ยงเหล่านี้มีอยู่แล้วและจะเพิ่มขึ้นต่อไป

ในด้านการบรรเทาความเสี่ยงจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศนั้น การลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกตามที่ความตกลงปารีสได้กำหนดให้ประเทศต่าง ๆ ต้องกำหนดเป้าหมายสำหรับการพัฒนาการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของตน โดยระบุว่า “ประเทศภาคีจะต้องพยายามเพื่อที่จะบรรลุเป้าหมายการลดเพดานการปล่อยก๊าซเรือนกระจกทั่วโลกโดยเร็วที่สุด เท่าที่จะเป็นไปได้ ซึ่งก็ต้องคำนึงถึงประเทศที่กำลังพัฒนา โดยกำหนดเวลาที่ยาวนานขึ้นสำหรับประเทศกำลังพัฒนาในการลดเพดานการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ประเทศภาคีของความตกลงปารีสซึ่งเป็นประเทศที่พัฒนาแล้วควรเป็นผู้นำในการบรรลุเป้าหมายการลดการปล่อยมลพิษ ด้วยแสดงตัวเลขในเชิงเศรษฐกิจ ประเทศภาคีที่เป็นประเทศกำลังพัฒนาก็ควรจะต้องเพิ่มความพยายามในการลดการปล่อยมลพิษ และควรต้องได้รับการสนับสนุนให้ดำเนินการในลักษณะที่ก้าวหน้าขึ้นเรื่อย ๆ เพื่อไปสู่การลดการปล่อยมลพิษ โดยพิจารณาทางเศรษฐกิจซึ่งพิจารณาตามความแตกต่างของสถานการณ์ของแต่ละประเทศ”

แนวคิดเรื่องความเป็นธรรมสำหรับประเทศที่แตกต่างกัน และเรื่องของการพัฒนาที่ยั่งยืนเป็นหัวใจสำคัญของความตกลงปารีส ประเทศอุตสาหกรรมต้องมีความรับผิดชอบทางประวัติศาสตร์ต่อความเข้มข้นหรือปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในอดีต ช่วง 50 ปีที่ผ่านมา ดังนั้น ประเทศอุตสาหกรรมเหล่านี้จึงต้องใช้ความพยายามมากกว่าประเทศกำลังพัฒนาที่ไม่มีความรับผิดชอบต่อการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในอดีต และดำเนินการเพื่อบรรลุเป้าหมายในการพัฒนามนุษย์

สำหรับประเทศฝรั่งเศส ตั้งเป้าหมายในการลดก๊าซเรือนกระจกลง 40% ในปี ค.ศ. 2030 และมีปริมาณการปล่อยก๊าซคาร์บอนเป็นศูนย์ ในปี ค.ศ. 2050 นั่นคือ เป้าหมายความเป็นกลางทางคาร์บอน เพื่อให้เป้าหมายของการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่ตั้งเป้าไว้ได้รับการปฏิบัติ จึงเป็นที่มาของการฟ้องคดีของเทศบาลเมือง Grande - Synthe ที่กล่าวถึงแล้วตอนต้น การฟ้องร้องเป็นคดีครั้งนี้ได้รับแรงขับเคลื่อนจากคดีพิพาทเรื่องมลพิษทางอากาศที่เกิดขึ้นก่อนหน้านี้ โดยผู้ฟ้องคดีไม่ได้ฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองคำสั่งใดโดยเฉพาะ แต่ผู้ฟ้องคดีประเมินแล้ว เห็นว่า มาตรการที่รัฐบาลฝรั่งเศสกำหนดขึ้นและดำเนินการมาตรการนั้นไม่เพียงพอที่จะบรรลุเป้าหมายการลดก๊าซเรือนกระจกตามปี ค.ศ. ที่กำหนดไว้

การฟ้องคดีของเทศบาลเมือง Grande - Synthe มุ่งไปที่เป้าหมายการลดก๊าซเรือนกระจก 40% ภายในปี ค.ศ. 2030 จึงมีความแตกต่างกับการฟ้องร้องคดีมลพิษทางอากาศอย่างชัดเจน โดยคดีมลพิษทางอากาศนั้น เป็นกรณีที่กำหนดเวลาที่ต้องปฏิบัติตามหน้าที่ผ่านไปแล้วยังน้อยตั้งแต่ปี ค.ศ. 2010 แต่คดีการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศเป็นเรื่องเกี่ยวกับภาระผูกพันเพื่ออนาคตที่รัฐยังไม่อาจทำให้สำเร็จได้จากการคาดการณ์ในปัจจุบัน

ลองจินตนาการว่า ถ้าคดีนี้ศาลปกครองบอกให้เทศบาลเมือง Grande - Synthe ที่มาฟ้องคดีว่า “ให้เทศบาลกลับมาฟ้องในปี ค.ศ. 2030 เพราะถึงปีนั้นจึงจะทราบชัดเจนว่ารัฐได้ปฏิบัติตามพันธกรณีหรือไม่” แต่ปีนั้นศาลยังไม่รับฟ้อง ถ้าศาลทำเช่นนั้น ก็เท่ากับศาลปกครองเพิกเฉยต่อความเป็นจริงเกี่ยวกับภาวะโลกร้อน ศาลเพิกเฉยต่อความเป็นจริงที่ว่า ปริมาณก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์แต่ละตันที่ปล่อยสู่ชั้นบรรยากาศยิ่งเพิ่มความรุนแรงให้กับภาวะก๊าซเรือนกระจกและสภาวะโลกร้อน การคำนึงถึงความเป็นจริงข้อนี้และความสำคัญของปัญหาสิ่งแวดล้อมจึงเป็นที่มาของการที่ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสรับพิจารณาคดีเพื่อที่จะตรวจสอบว่าจากข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินการของฝ่ายรัฐบาลมีแนวโน้มที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีนี้หรือข้อผูกพันการลดการปล่อยก๊าซเป็นปริมาณที่กำหนดในปี ค.ศ. 2030 ได้หรือไม่ ซึ่งเป็นสิ่งที่เรียกว่า “การควบคุมตรวจสอบแผนปฏิบัติการหรือแนวทางการดำเนินการของรัฐบาล”

ในขณะนี้ มาตรการหรือเครื่องมือดำเนินการของรัฐบาลฝรั่งเศสที่มีอยู่ยังไม่เพียงพอเพื่อให้เข้าใจถึงความพยายามในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ระหว่างปี ค.ศ. 1990 ถึงปี ค.ศ. 2020 ประเทศฝรั่งเศสได้ลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกแล้ว แต่ความพยายามที่ต้องทำการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ระหว่างปี ค.ศ. 2020 ถึงปี ค.ศ. 2030 นั้น เหมือนกับที่เคยทำไปแล้วเมื่อ 30 ปีที่ผ่านมา จากปี ค.ศ. 1990 จนกระทั่งปี ค.ศ. 2020 ขณะนี้เหลือเวลาอีก 10 ปี หากเปรียบเทียบคดีนี้กับนักวิ่งมาราธอนที่ได้วิ่งไปแล้วครึ่งหนึ่ง และมีคนบอกกับนักวิ่งมาราธอนว่า “ยินดีด้วย คุณเหลือระยะทางในการวิ่งอีกเพียงครึ่งเดียว แต่คุณจะต้องวิ่งให้เร็วขึ้นเป็น 3 เท่า” การดำเนินคดีเกี่ยวกับสภาพภูมิอากาศนี้จึงมีความสำคัญ เพราะปัญหาสิ่งแวดล้อมเป็นเรื่องใหญ่และไปไกลกว่าพรมแดนประเทศฝรั่งเศส

ข้อพิจารณาอีกด้านหนึ่งของคดีพิพาทเกี่ยวกับสภาพภูมิอากาศ คือ ในด้านการบรรเทาหรือการทำให้ลดลงของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

ในอีกด้านหนึ่งเกี่ยวกับนโยบายด้านสภาพอากาศก็มีความสำคัญเช่นกัน นั่นคือ ความจำเป็นในการปรับตัวให้เข้ากับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศที่เกิดขึ้นมาแล้ว และไม่ว่าในกรณีใด ๆ จะทวีความรุนแรงเพิ่มขึ้น สร้างปัญหาที่ทำลายมากมายต่อทุกภาคส่วน ทั้งการเกษตร การประมง การอนุรักษ์ป่าไม้ และยิ่งรวมถึงความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและสุขภาพของประชาชนที่มีความเสี่ยงที่จะเผชิญกับภัยธรรมชาติรุนแรงขึ้น บ่อยขึ้น และบางครั้งมีลักษณะแตกต่างไปจากที่เคยเกิดขึ้นและเคยเตรียมการรับมือไว้แล้ว ตัวอย่างเช่น รูปแบบการอยู่อาศัยของประชากร หรือรูปแบบการทำการเกษตร จำเป็นต้องปรับให้เข้ากับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เนื่องจากการปล่อยก๊าซเรือนกระจกจะเกิดขึ้นได้เร็วกว่าวิวัฒนาการปกติของสิ่งต่าง ๆ ซึ่งปกติจะใช้เวลาหลายร้อยปี และสถานการณ์ที่ถือเป็นโศกนาฏกรรมของมนุษย์เกี่ยวกับภาวะโลกร้อนก็คือ แม้ว่าประเทศไทยจะมีส่วนของความรับผิดชอบต่อการปล่อยก๊าซเรือนกระจกเพียงส่วนน้อย กล่าวคือ ในอดีตแม้ประเทศไทยอาจจัดเป็นประเทศที่ปล่อยก๊าซเรือนกระจกน้อย แต่ก็ไม่วันที่จะได้รับผลกระทบจากภาวะโลกร้อน ดังนั้น การศึกษาผลกระทบทางวิทยาศาสตร์จากงานของผู้เชี่ยวชาญด้านสภาพภูมิอากาศ หรือ GIEC เพื่อประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีด้านสิ่งแวดล้อมหรือการวางผังเมือง จึงเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่ง

ตัวอย่าง คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งเมืองบอร์กโดซ์ เมื่อวันที่ 30 มีนาคม ค.ศ. 2021¹ เกี่ยวกับการป้องกันความเสี่ยงทางธรรมชาติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหมู่เกาะแซงต์-มาร์แตง (Saint Martin) ซึ่งเป็นดินแดนโพ้นทะเลของประเทศฝรั่งเศสในทะเลแคริบเบียน เป็นกรณีเกี่ยวกับผลที่ตามมาจากการเคลื่อนผ่านของพายุไซโคลน Irma ในปี ค.ศ. 2017 โดยอาศัยรายงานผลการประเมินความเสี่ยงของพายุไซโคลนจากการวิเคราะห์ขององค์กรผู้เชี่ยวชาญด้านสภาพภูมิอากาศหรือ GIEC แผนป้องกันความเสี่ยงนี้เป็นข้อมูลที่รัฐบาลฝรั่งเศสนำมาใช้และนำไปสู่การห้ามการก่อสร้างอาคารตามแนวชายหาด เนื่องจากความเสี่ยงที่เพิ่มขึ้นของพายุไซโคลนเป็นอันตรายต่อชีวิตมนุษย์ ดังเช่นกรณีที่เกิดพายุไซโคลนร้ายแรงที่มีผู้เสียชีวิต ในปี ค.ศ. 2017 ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เมืองบอร์กโดซ์วินิจฉัยตอนหนึ่งว่า “เหตุการณ์ที่เทียบเคียงได้กับพายุไซโคลน Irma ในปี ค.ศ. 2017 อาจเกิดขึ้นได้ แม้ว่าที่เกาะแซงต์-มาร์แตง นี้จะไม่เกิดพายุไซโคลนรุนแรงเช่นนี้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1900 มาแล้วก็ตาม และเกาะนี้โดยเฉลี่ยแล้วจะเกิดพายุไซโคลนเพียงทุก ๆ 4 ปี ในเรื่องนี้ รัฐมนตรีไม่ได้โต้แย้งประเด็นว่า เกาะแซงต์-มาร์แตงตั้งอยู่ในภูมิภาคหนึ่งที่มีความเสี่ยงสูงจากพายุไซโคลน และพายุไซโคลนที่กำลังถล่มเกาะต่าง ๆ ที่ตั้งอยู่ในภูมิภาคนี้ นอกจากนี้ ยังปรากฏจากข้อสรุปของหน่วยงาน GIEC ผู้เชี่ยวชาญด้านภูมิอากาศ ในปี ค.ศ. 2013 ว่าพายุไซโคลนขนาดใหญ่ที่มีกำลังระดับเดียวกับพายุไซโคลน Irma จะเกิดบ่อยขึ้นในอนาคต โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

¹ MTE c/Collectivité territoriale Saint Martin n° 20BX03237

ในมหาสมุทรแอตแลนติกเหนือ เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศด้วยลมที่แรงขึ้น และฝนที่ตกหนักขึ้น

ประเด็นนี้ จึงต้องย้อนกลับไปคำถามเกี่ยวกับการประเมินความเสี่ยง โลกมนุษย์ที่เราจะก้าวไปในอนาคตจะเป็นโลกที่มีความเสี่ยงด้านสิ่งแวดล้อมมากขึ้น ซึ่งก็หมายความว่าวิธีแก้ปัญหาต่อภัยธรรมชาติจะมีความสำคัญมากกว่าในอดีตเช่นกัน การปกป้องระบบนิเวศ การจับและกักเก็บก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ เป็นส่วนหนึ่งของการแก้ปัญหาในด้านการลดผลกระทบของสภาวะโลกร้อน แต่การปกป้องระบบนิเวศและความหลากหลายทางชีวภาพก็เป็นส่วนหนึ่งของการส่งเสริมการปรับตัวของประชากรต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ โดยส่งเสริมความยืดหยุ่นและจำกัดความเปราะบางต่อผลกระทบของสภาพอากาศ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า สำหรับผู้พิพากษาศาลากลาง เมื่อได้รับคดีสิ่งแวดล้อมมาสู่การพิจารณา เป็นการที่ศาลจะได้หยิบยกประเด็นเกี่ยวกับการจัดการกับความท้าทายที่เกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อม ซึ่งหมายถึงความสามารถในการปรับวิธีการทำงานและรูปแบบการให้เหตุผลให้เข้ากับประเด็นปัญหาที่ศาลต้องเผชิญ เช่น การยอมรับที่จะเผชิญหน้ากับประเด็นคำถามทางวิทยาศาสตร์ที่ซับซ้อน

สุดท้ายนี้ ผู้พิพากษาศาลากลางต้องไม่ปิดประตูใด ๆ และอย่ากลัวที่จะเปิดประตู ไม่ว่าจะเป็นประตูใดก็ตาม บางทีด้านหลังประตูบานที่เปิดออก อาจมีกำแพงกันอยู่ก็ตาม ซึ่งทำให้เราก้าวไปข้างหน้าไม่ได้ แต่เพื่อที่จะได้รู้สิ่งที่อยู่เบื้องหลังบานประตู เราต้องเปิดประตูแต่ละบาน ผู้พิพากษาศาลากลางต้องเผชิญหน้ากับปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในแต่ละช่วงเวลา

ในระหว่างการเตรียมตัวเดินทางมากรุงเทพฯ ผู้บรรยายได้อ่านข้อความประโยคหนึ่งที่กระทบความรู้สึกมาก และสะท้อนไปถึงการขอให้ผู้พิพากษาศาลากลางเปิดประตูทุกบาน เป็นข้อเขียนที่กล่าวถึงภาษาสยามโบราณเมื่อกว่า 700 ปีที่แล้ว บนศิลาจารึกแผ่นหนึ่ง ซึ่งเป็นรับสั่งของพ่อขุนรามคำแหงที่ว่า "ที่ประตูวัง มีกระดิ่งแขวนอยู่ เมื่อชาวบ้านมีเรื่องคับข้องใจหรือเรื่องเดือดร้อน และประสงค์จะร้องทุกข์ต่อพระมหากษัตริย์ ก็ให้ไปสั่นกระดิ่ง เมื่อพ่อขุนรามคำแหงได้ทราบก็จะทรงไต่ถามและตัดสินคดีความด้วยความยุติธรรม"

ตุลาการศาลปกครองในศตวรรษที่ 21 ไม่ควรทำราวกับว่าไม่ได้ยินเสียงที่ผู้ฟ้องคดีสั่นกระดิ่ง สำหรับการพิจารณาพิพากษาคดีด้านสิ่งแวดล้อมควรยอมรับถึงความท้าทายในปัญหาการพิจารณาพิพากษาคดีตามคำฟ้องและคำขอของผู้ฟ้องคดี

คำแปลการบรรยายทางวิชาการ

การรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ของศาลยุติธรรมสิงคโปร์และศาลปกครองไทย*

จากการที่ประเทศไทยได้มีการพัฒนาระบบเทคโนโลยีสารสนเทศซึ่งเป็นระบบที่มีการนำเทคโนโลยีสารสนเทศ ระบบคอมพิวเตอร์ และระบบเครือข่ายไซเบอร์ มาใช้เพื่อการรับส่งและประมวลผลข้อมูลที่สำคัญในเกือบทุกระบบของการทำงานในช่วงหลายปีที่ผ่านมา เพื่อสนองตอบต่อนโยบายที่สำคัญของรัฐบาล ซึ่งการดำเนินงานทั้งภาครัฐและภาคเอกชนล้วนแล้วแต่มีความเกี่ยวพันกับการใช้ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศที่สำคัญในทุกกระบวนการ แต่ในขณะที่มีการพัฒนาในด้านดังกล่าวขึ้นอย่างมากมานั้น ก็มีความท้าทายใหม่ ๆ อันเกิดจากภัยคุกคามทางไซเบอร์ที่เพิ่มมากขึ้นด้วยเช่นกันในทุกภาคส่วน ไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานภาครัฐ หรือภาคเอกชน โดยเฉพาะภัยคุกคามทางไซเบอร์ในลักษณะการหลอกลวงกับประชาชนโดยตรงนับวันจะทวีความรุนแรงมากขึ้น รัฐบาลไทยจึงต้องให้ความสำคัญกับการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์โดยขับเคลื่อนนโยบายและแผนปฏิบัติการว่าด้วยการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ (พ.ศ. 2565 – 2570) เพื่อใช้เป็นกรอบแนวทางในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ของประเทศไทยนำมาสู่การตรากฎหมายและจัดตั้งองค์กรผู้รับผิดชอบในการดำเนินมาตรการและการประสานงานในลำดับต่อมา

ปัจจุบันระบบเทคโนโลยีสารสนเทศนอกจากมีบทบาทสำคัญที่เข้ามาช่วยอำนวยความสะดวกในการบริหารงาน และดำเนินงานขององค์กรในส่วนของการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ทั่วไปแล้ว ในส่วนของการดำเนินคดีปกครองของศาลปกครอง ได้มีการนำระบบเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้ในการดำเนินการเพื่อความสะดวกและรวดเร็วในการอำนวยความสะดวกยุติธรรมต่อคู่กรณีด้วย โดยจัดให้มีการดำเนินคดีปกครองทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้เป็นช่องทางเลือกในการยื่นรับ-ส่งคำคู่ความ เอกสาร และคำสั่งศาลทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างศาลและคู่กรณีให้เป็นไปด้วยความสะดวกและรวดเร็ว

* สรุปความจากการอภิปรายทางวิชาการหัวข้อ “ความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์กับระบบ e-Court” เมื่อวันที่ 21 พฤษภาคม 2567 โดยสำนักงานศาลปกครองร่วมกับศาลยุติธรรมสิงคโปร์ ภายใต้กรอบความร่วมมือระหว่างหน่วยงานราชการไทย-สิงคโปร์ (Thailand-Singapore Civil Service Exchange Program – CSEP) จัดการอภิปรายทางวิชาการดังกล่าว ณ อาคารศาลปกครอง ผ่านระบบการประชุมทางไกลผ่านจอภาพ ทั้งนี้ วิทยากรฝ่ายไทย ได้แก่ ดร.ชัยภัทร ทังทอง และ ดร.ชาญวิทย์ ชัยกันย์ ตุลาการศาลปกครองระยอง และวิทยากรฝ่ายสิงคโปร์ คือ Mr. Toh Kon Sing, Ministry Family Chief Information Officer, Office of Transformation and Innovation โดยมีนายคดีพจน์ สิ้นสูงสุด พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 2 สำนักวิจัยและวิชาการ และนายณัฐภัทร ประเสริฐวิทย์ พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 3 สำนักวิจัยและวิชาการ ปฏิบัติหน้าที่ล่ามและจัดทำสรุปการบรรยายของวิทยากรฝ่ายสิงคโปร์

ถอดความและเรียบเรียงโดย ดร.ชัยภัทร ทังทอง และ ดร.ชาญวิทย์ ชัยกันย์ ตุลาการศาลปกครองระยอง

แทนการยื่นส่งเอกสารด้วยตนเองหรือทางไปรษณีย์ลงทะเบียน และเพื่อให้มีการจัดเก็บข้อมูลทางคดีในระบบอิเล็กทรอนิกส์ นอกจากนั้นแล้ว ยังจัดให้มีระบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลและคู่กรณีผ่านการประชุมทางจอภาพ เพื่อให้ศาลสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาในการไต่สวน การนั่งพิจารณาคดี และการอ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล โดยการเชื่อมต่อสัญญาณสื่อสารจากศาลไปยังสถานที่ทำงาน หรือที่พักอาศัยของคู่กรณีได้ อันเป็นการลดข้อจำกัดในการเดินทางหรือในสถานการณ์บ้านเมืองที่ไม่ปกติ ด้วยปัญหาการระบาดของโรคติดต่อที่ผ่านมา

แต่แม้ว่าระบบเทคโนโลยีสารสนเทศจะมีประโยชน์และสามารถช่วยอำนวยความสะดวกในกิจการด้านต่าง ๆ รวมถึงการอำนวยความสะดวกของศาลแก่ประชาชนก็ตาม แต่ในขณะเดียวกัน ก็มีความเสี่ยงสูงที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายของข้อมูลและการปฏิบัติราชการได้เช่นกัน เพราะการใช้งานระบบเทคโนโลยีสารสนเทศเพื่อติดต่อเชื่อมโยงข้อมูลไปยังหน่วยงานต่าง ๆ และระบบอินเทอร์เน็ต ทำให้มีโอกาสที่จะมีภัยคุกคามแฝงเข้ามาบุกรุกระบบคอมพิวเตอร์และระบบไซเบอร์ได้หลายรูปแบบ เช่น โปรแกรมประสงค์ร้ายหรือการบุกรุกโจมตีผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเพื่อก่อวินาศกรรมให้ระบบใช้การไม่ได้ รวมถึงการดักหรือได้ไปซึ่งข้อมูลหรือความลับทางราชการ ซึ่งสิ่งเหล่านี้เป็นการสร้างความเสียหายด้านระบบสารสนเทศเป็นอย่างมาก ดังนั้น ผู้ใช้งานและผู้ดูแลระบบด้านเทคโนโลยีสารสนเทศจึงต้องตระหนักถึงการใช้งานและการรักษาความมั่นคงปลอดภัยด้านสารสนเทศให้มากเป็นพิเศษ

คงเป็นที่ยอมรับกันว่า ในยุคนี้ภัยคุกคามทางไซเบอร์กลายเป็นเรื่อง New Normal ในประเทศไทยและนานาประเทศไปแล้ว ทุกคนจึงต้องพร้อมรับมือกับภัยไซเบอร์อยู่เสมอที่อาจเกิดขึ้นกับทุกคนได้ทุกเมื่อ ไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานของรัฐ ศาล และองค์กรภาคเอกชน หรือบุคคลทั่วไปที่ใช้ระบบสารสนเทศ หรือคอมพิวเตอร์ในรูปแบบต่าง ๆ ผู้บริหารของทุกภาคส่วนจึงจำเป็นต้องปรับเปลี่ยนแนวคิดใหม่ในการรับมือกับภัยคุกคามทางไซเบอร์ จากแนวคิดที่ว่า “ก่อนถูกโจมตีเราจะป้องกันอย่างไร” เป็นว่า “หากถูกโจมตีเราจะรับมืออย่างไร” อันเป็นเรื่องของความสามารถในการเตรียมตัว และตอบสนองต่อภัยคุกคามทางไซเบอร์ รวมถึงการกู้คืนระบบให้กลับมาดำเนินการได้ตามปกติ เพื่อให้ธุรกิจการงานต่าง ๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยระบบไซเบอร์สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ ซึ่งเป็นแนวคิดที่จะต้องเปลี่ยนจาก Cyber security ไปเป็น Cyber Resilience¹ อันเป็นแนวคิดที่ต้องพัฒนาไปอีกขั้น เพื่อให้ทันกับพัฒนาการของภัยคุกคามไซเบอร์ที่เปลี่ยนไปอย่างรวดเร็ว

สำหรับประเทศไทยนั้น ได้มีการตรากฎหมายด้านการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ ประกอบด้วยกฎหมาย 2 ฉบับ ฉบับแรก พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ พ.ศ. 2562 สำหรับการปกป้องโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ (Critical Information Infrastructure : CII) โดยมีมาตรการป้องกัน รับมือ และลดความเสี่ยงจากภัยคุกคามทางไซเบอร์ที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ

¹ กรกัญญารักษ์ บุญสุขเกิด, “สถานการณ์และแนวทางการป้องกันอาชญากรรมไซเบอร์ในประเทศไทย,” วารสารอาชญวิทยาและสังคมศาสตร์ ปีที่ 3 ฉบับที่ 1, 2564, น. 33 (42).

และความสงบเรียบร้อยของประเทศ รวมทั้งการประสานความร่วมมือระหว่างผู้เกี่ยวข้อง เพื่อพัฒนาความรู้ความสามารถของบุคลากร ผู้เชี่ยวชาญ และพนักงานเจ้าหน้าที่ให้มีความพร้อมในการปฏิบัติงาน และฉบับที่สอง พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 สำหรับปกป้องข้อมูลส่วนบุคคลของประชาชน นอกเหนือจากการมีกฎหมายด้านการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แล้ว ประเทศไทยยังมีกฎหมายที่เกี่ยวกับมาตรการในการป้องกัน ปราบปราม และดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดหรือก่ออาชญากรรมทางไซเบอร์อีกหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560) พระราชกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี พ.ศ. 2566 เป็นต้น ซึ่งจากการศึกษาในภาพรวมน่าจะถือได้ว่า กฎหมายของประเทศไทยได้วางบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขรับมือปัญหา และการปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าวได้ในระดับเดียวกับนานาชาติอารยประเทศ ส่วนการที่หน่วยงานต่าง ๆ ของไทยจะสามารถดำเนินการตามมาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้ได้อย่างมีประสิทธิภาพแค่ไหนเพียงใด คงเป็นเรื่องที่ต้องติดตามกันต่อไป

กรณีอาชญากรรมทางเทคโนโลยีของประเทศไทยนั้น เมื่อวันที่ 30 ธันวาคม 2566 สำนักงานตำรวจแห่งชาติได้แถลงสถิติคดีอาชญากรรมทางเทคโนโลยี ตั้งแต่วันที่ 1 มีนาคม 2565 ถึงวันที่ 20 ธันวาคม 2566 จากระบบรับแจ้งความออนไลน์ (www.thaipoliceonline.go.th) ว่า ในช่วงเวลาดังกล่าว มีการรับแจ้งความในคดีออนไลน์ จำนวนทั้งสิ้น 391,631 คดี มูลค่าความเสียหายรวมกว่า 10,122,822,746 บาท สถิติคดีออนไลน์ที่มีการรับแจ้งความมากที่สุด 5 อันดับ ได้แก่ 1. หลอกหลวงซื้อขายสินค้าหรือบริการ 2. หลอกให้โอนเงินเพื่อทำงาน 3. หลอกให้กู้เงิน 4. หลอกให้ลงทุนผ่านระบบคอมพิวเตอร์ 5. ชุมหูละกลวงทางโทรศัพท์ (Call Center) อย่างไรก็ตาม สถานการณ์การหลอกหลวงทางออนไลน์ปรับตัวดีขึ้นบ้าง หลังจากที่ภาครัฐได้มีการประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนรับรู้ถึงกลลวงของมิจฉาชีพและออกกฎหมายที่เข้มงวดเพื่อจัดการกลุ่มมิจฉาชีพ เช่น การจัดการบัญชีม้า ซิมผี และ SMS ปลอม เป็นต้น นอกจากนี้ ธนาคารแห่งประเทศไทยได้ออกประกาศห้ามสถาบันการเงินส่งลิงก์แนบไปยังผู้ใช้ และปรับปรุงระบบการโอนเงินโดยใช้การสแกนใบหน้าอีกด้วย²

ปัจจุบันศาลยุติธรรมได้มีประกาศคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ลงวันที่ 13 มีนาคม 2567 จัดตั้งแผนกคดีอาชญากรรมทางเทคโนโลยีในศาลอาญา เพื่อให้มีผู้พิพากษาที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในการดำเนินคดีอาชญากรรมทางเทคโนโลยี รวมทั้งมีอำนาจในการพิจารณาและสั่งคำร้องของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และกฎหมายว่าด้วยการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ ได้อย่างรวดเร็วและทันทั่วถึง

² คดีโกงออนไลน์พุ่ง ! 10 เดือนเกือบ 4 แสน เสียหายนับหมื่นล้าน ต้นขยของมากที่สุด, ไทยรัฐออนไลน์ [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://www.thairath.co.th/news/crime/2751709> เมื่อ 31 ธันวาคม 2566.

สำหรับสถานการณ์ของภัยคุกคามทางไซเบอร์ในประเทศไทยนั้น แม้ไม่ปรากฏข้อมูล ที่สำรวจแยกแยะจำนวนการดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิดประเภทนี้ชัดเจนนัก แต่สำนักงานคณะกรรมการ รักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติ (สกมช. : NCSA) ได้ทำการสำรวจสถิติภัยคุกคามทางไซเบอร์ ในประเทศไทยในช่วงสามปีที่ผ่านมา โดยในปี พ.ศ. 2566 (มกราคม – ธันวาคม 2566) ได้จำแนกสถิติภัยคุกคาม ทางไซเบอร์ในประเทศไทยเป็นประเภทรูปแบบภัยคุกคามและประเภทของหน่วยงานที่ถูกโจมตี ดังนี้³

สถิติภัยคุกคามทางไซเบอร์ : ประเภทรูปแบบภัยคุกคาม (ปี พ.ศ. 2566)

ลำดับ	รูปแบบภัยคุกคาม	จำนวนครั้ง
1	Hacked Website (Gambling)	515
2	Hacked Website (Defacement)	336
3	Fake Website	301
4	จุดอ่อนช่องโหว่	228
5	Finance Scam – หลอกลวงการเงิน Online	112
6	Data Leak	100
7	DDoS	33
8	Hacked Website (Phishing)	38
9	Data Breach	47
10	Ransomware	27
11	Hacked Website (Malware)	12
12	Privileged account Compromise	19
13	Command and Control Server	6
14	Unauthorised access to information	6
15	Security Misconfiguration	4
16	Application Compromise	1
17	Mail Phishing	1
18	Malware	1
19	Unauthorised modification of information	1
20	อื่นๆ	1
	รวม	1,789

³ สกมช., สถิติภัยคุกคามทางไซเบอร์, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://www.ncsa.or.th/service-statistics.html> เมื่อ 24 เมษายน 2567.



สถิติภัยคุกคามทางไซเบอร์ : ประเภทหน่วยงานที่ถูกโจมตี (ปี พ.ศ. 2566)

ลำดับ	หน่วยงานที่ถูกโจมตี	จำนวนครั้ง
0	หน่วยงานของรัฐ ด้านอื่นๆ	461
1	ความมั่นคง	77
2	บริการภาครัฐ	40
3	การเงินการธนาคาร	145
4	เทคโนโลยีสารสนเทศและโทรคมนาคม	19
5	ขนส่งและโลจิสติกส์	23
6	พลังงานและสาธารณูปโภค	74
7	สาธารณสุข	67
8	อื่นๆ	20
8.1	การศึกษา	632
8.2	ผู้ประกอบการธุรกิจ e-commerce	11
8.3	เว็บไซต์ที่มีการสมาชิกหรือใช้เป็นเว็บบอร์ด	2
8.4	ผู้ประกอบการพาณิชย์ต่างประเทศที่มีที่ตั้งในประเทศไทย	35
8.5	ผู้ประกอบการให้บริการให้เช่าพื้นที่เว็บไซต์หรือที่เป็นดาต้าเซ็นเตอร์	13
8.6	ผู้ผลิตซอฟต์แวร์ ระบบ หรืออุปกรณ์ทางเทคโนโลยี	9
8.7	กลุ่มจัดตั้ง ชมรม สมาคม	10
8.8	ผู้ประกอบการพาณิชย์ที่เป็นบริษัทเอกชนสัญชาติไทย	148
8.9	ผู้ให้บริการโซเชียลมีเดีย	2
9	แจ้งเตือนทุกหน่วยงานภายใต้ พ.ร.บ. ไซเบอร์ฯ	2
	รวม	1,789

กรณีของศาลปกครองไทยนั้น แม้ศาลปกครองไม่ได้มีบทบาทโดยตรงในการพิจารณาพิพากษาคดีความผิดทางไซเบอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์ก็ตาม แต่ศาลปกครองก็มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวบางประการ เช่น มาตรา 90 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กรณีองค์กรเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองใด ๆ ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือกรณีมีผู้ฝ่าฝืนกฎหมายที่มีความผิดเป็นโทษทางปกครอง เมื่อคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญได้ส่งลงโทษปรับทางปกครองแก่ผู้ฝ่าฝืน แต่บุคคลดังกล่าวไม่ยอมชำระค่าปรับทางปกครอง หากคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญไม่สามารถดำเนินการบังคับทางปกครองได้ คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญมีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อบังคับชำระค่าปรับ หากศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า คำสั่งให้ชำระค่าปรับนั้นชอบด้วยกฎหมาย

ศาลปกครองมีอำนาจพิพากษาให้ชำระค่าปรับ ตลอดจนบังคับให้มีการยึดหรืออายัดทรัพย์สินขายทอดตลาด เพื่อชำระค่าปรับได้ เป็นต้น

ส่วนการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์และการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของศาลปกครองนั้น ปัจจุบันได้มีประกาศสำนักงานศาลปกครอง เรื่อง นโยบายและแนวปฏิบัติในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยด้านสารสนเทศ ลงวันที่ 25 ตุลาคม 2565 เพื่อเป็นมาตรฐานด้านการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของระบบเทคโนโลยีสารสนเทศขององค์กร และใช้เป็นแนวทางในการดำเนินงานด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ให้มีความมั่นคงปลอดภัยและเป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ปัจจุบันสำนักงานศาลปกครองได้จัดให้มีระบบการตรวจจับการบุกรุกการโจมตีระบบ ได้แก่ IPS (Intrusion Prevention Systems) WAF (Web App Firewall) และระบบอื่นทำงานร่วมกับ Firewall อุปกรณ์กรองอีเมล (Mail security) อุปกรณ์กรองเว็บ (Web security) อุปกรณ์ตรวจจับการโจมตีจากมัลแวร์ (Antimalware) และโปรแกรมป้องกันไวรัสคอมพิวเตอร์ (Antivirus) มีอุปกรณ์ป้องกันภัยคุกคามที่ไม่รู้จักมาก่อน (zero-day) ที่จะเข้ามาก่อให้เกิดความเสียหายต่อข้อมูลและระบบสารสนเทศของสำนักงานศาลปกครอง หากตรวจพบจะมีการปิดกั้นไม่ให้ลุกลามสู่ระบบเครือข่ายภายในได้ ซึ่งที่ผ่านมายังไม่พบการโจมตีทางไซเบอร์ที่มีความร้ายแรงต่อระบบสารสนเทศของสำนักงานศาลปกครอง

ศาลปกครองไทยได้จัดทำแผนพัฒนาดิจิทัล ระยะ 3 ปี (พ.ศ. 2563 – 2565) เพื่อพัฒนาองค์กรไปสู่การเป็นศาลปกครองอิเล็กทรอนิกส์และศาลปกครองอัจฉริยะ โดยมีการพัฒนาระบบต่าง ๆ ที่สำคัญ เช่น ระบบงานคดีปกครองอิเล็กทรอนิกส์ ระบบห้องพิจารณาคดีอิเล็กทรอนิกส์ ระบบการบริหารจัดการคดี เป็นต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการดำเนินคดีของประชาชนผ่านระบบดังกล่าว คู่กรณีจำต้องยื่นเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ผ่านระบบ ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเอกสารส่วนบุคคลหรือเป็นพยานหลักฐานในคดีที่สำคัญ หากมีผู้ไม่ประสงค์ดีเจาะเข้าถึงข้อมูลดังกล่าว อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณี รวมถึงความน่าเชื่อถือของศาลปกครองไทยในการใช้ระบบอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวด้วย เมื่อศาลปกครองได้จัดทำแผนพัฒนาดิจิทัลในฉบับต่อมา โดยนำมาบังคับใช้ระหว่างปี พ.ศ. 2566 – 2570 จึงเล็งเห็นความสำคัญของปัญหาดังกล่าวมากขึ้น โดยในช่วง 3 ปีแรกศาลปกครองได้เน้นพัฒนาเพื่อการนำไปใช้กับการดำเนินคดีได้แท้จริง มีการปรับปรุงข้อกฎหมาย การพัฒนาระบบโปรแกรม การจัดหาอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ การอบรมบุคลากร รวมถึงการประชาสัมพันธ์ให้คู่กรณีได้เข้าใจว่าระบบดังกล่าวมีความสะดวกรวดเร็ว และประหยัดทรัพยากรเพียงใด จนมีผู้ใช้บริการมากขึ้นในปัจจุบัน ทั้งนี้ ส่วนหนึ่งก็มาจากการระบาดของโรคโควิด 19 ด้วย

อย่างไรก็ตาม ในช่วงแรกของการใช้ระบบพบว่า มีการโจมตีทางไซเบอร์หลายครั้ง ในหลายลักษณะตามตารางสถิติด้านล่าง ซึ่งระบบรักษาความมั่นคงปลอดภัยของศาลปกครองสามารถตรวจพบและป้องกันไว้ได้ ดังนี้⁴

⁴ ที่มาของข้อมูล – สำนักวิทยาการสารสนเทศ, สำนักงานศาลปกครอง



สถิติภัยคุกคามทางไซเบอร์ในศาลปกครอง

รูปแบบการโจมตีทางไซเบอร์	จำนวนครั้ง
1. Malware	8,932
2. SQL Injection	1,109,082
3. Cross – Site Scripting (XSS)	43,129
4. Denial of Service (DOS) และ Distributed Denial & Service (DDOS)	18,244,719
5. Password Attack	189,517
6. Server – side Request Forgery (SSRF)	1,034
7. Automated Vulnerability Scanning	220,977
8. Suspicious File Extension Access	4,567
9. Hazardous HTTP Request Methods	12,496
10. HTTP : HTTP Login Bruteforce Detected	86,978
11. HTTP : OS Command Execution Unix	126,614

แม้ว่าจะสามารถตรวจพบและป้องกันการโจมตีทางไซเบอร์ลักษณะต่าง ๆ ข้างต้นไว้ได้ แต่ในอนาคตอันใกล้ ศาลปกครองมีนโยบายที่จะนำระบบอิเล็กทรอนิกส์มาใช้อย่างเต็มรูปแบบ รวมถึงการนำปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence หรือ AI) มาใช้ในการทำงานด้านต่าง ๆ ของศาลมากขึ้น ศาลปกครองจึงต้องเผชิญกับปัญหาท้าทายใหม่ ๆ จากภัยคุกคามทางไซเบอร์อันมีการพัฒนารูปแบบและความซับซ้อนมากขึ้นทุกวัน

เมื่อสำรวจความท้าทายของศาลปกครองในเรื่องดังกล่าวพบว่า มี 3 ประเด็น ได้แก่

1) ปัญหาอุปกรณ์คอมพิวเตอร์แม่ข่ายและระบบปฏิบัติการที่ศาลปกครองใช้งานอยู่ไม่ทันสมัย ทำให้มีช่องโหว่ที่แฮกเกอร์สามารถโจมตีได้ รวมทั้งไม่มีการทำ Redundant Server ทำให้เมื่อคอมพิวเตอร์แม่ข่ายถูกโจมตีหรือขัดข้อง จะไม่สามารถเปิดใช้งานเครื่องคอมพิวเตอร์แม่ข่ายสำรองให้ทำงานแทนได้ทันที ต้องนำข้อมูลที่สำรองไว้กู้คืนข้อมูล ซึ่งต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินการนาน

2) ปัญหาระบบสารสนเทศที่ศาลปกครองพัฒนาขึ้นเองโดยใช้เทคโนโลยีเก่า ทำให้มีช่องโหว่ รวมทั้งไม่มีการตรวจสอบช่องโหว่ของระบบก่อนใช้งานจริง

3) ปัญหาบุคลากรของศาลปกครองขาดความรู้ ความเข้าใจ และความตระหนักในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ รวมทั้งไม่มีผู้ดูแลระบบที่มีประสบการณ์และความเชี่ยวชาญ

จากปัญหาความท้าทายข้างต้น ศาลปกครองจึงได้กำหนดยุทธศาสตร์ยกระดับความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ให้มีมาตรฐานไว้ในแผนพัฒนาดิจิทัลฉบับล่าสุด โดยมีเป้าหมายสำคัญสองประการ คือ เพื่อให้ศาลปกครองมีระบบความมั่นคงปลอดภัยดิจิทัลที่ได้มาตรฐานและมีประสิทธิภาพ สามารถป้องกันการโจมตีทางไซเบอร์ได้ รวมทั้งสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ผู้ใช้บริการดิจิทัลของศาลทั้งบุคคลภายในและภายนอก

ทั้งนี้ ศาลปกครองได้กำหนดยุทธศาสตร์ของแผนพัฒนาดิจิทัลของศาลปกครอง พ.ศ. 2566 – 2570⁵ จำนวน 4 ยุทธศาสตร์ สำคัญ ประกอบด้วย ยุทธศาสตร์ที่ 1 พัฒนาระบบและนวัตกรรมดิจิทัลที่ใช้งานง่าย สะดวก รวดเร็ว ตอบโจทย์ผู้ใช้ ยุทธศาสตร์ที่ 2 บูรณาการเชื่อมโยงข้อมูลทางปกครองเพื่อการบริหาร และการบริหารจัดการที่ทันสมัย ได้มาตรฐาน ยุทธศาสตร์ที่ 3 ยกระดับความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ให้มีมาตรฐาน และยุทธศาสตร์ที่ 4 พัฒนาศักยภาพและสร้างสรรค์องค์ความรู้เพื่อขับเคลื่อนศาลปกครอง อิเล็กทรอนิกส์ที่สมบูรณ์และใช้งานเต็มรูปแบบ

ภายใต้ยุทธศาสตร์ที่ 3 ที่เน้นเรื่องความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ ศาลปกครอง ได้กำหนดโครงการสำคัญเพื่อสนองต่อยุทธศาสตร์ดังกล่าว จำนวน 3 โครงการ ได้แก่ (1) โครงการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานดิจิทัลอาคารศาลปกครองสูงสุดแห่งใหม่และศูนย์สำรองข้อมูล (Data center) เพื่อบริหารความเสี่ยงด้านเทคโนโลยีดิจิทัลของศาลปกครองทั่วทั้งองค์กร (2) โครงการยกระดับความมั่นคงปลอดภัยที่มีมาตรฐานตามแนวทางศูนย์เฝ้าระวังและป้องกันการโจมตีทางไซเบอร์ (SOC) แบบครบวงจร โดยดำเนินงานให้สอดคล้องตามพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ พ.ศ. 2562 ในรูปแบบการเฝ้าระวังและป้องกันการโจมตีทางไซเบอร์ (SOC) แบบครบวงจร (Security Operations Center – SOC) เพื่อการเฝ้าระวังป้องกัน และรักษาความมั่นคงปลอดภัยของระบบเทคโนโลยีดิจิทัลให้ปลอดภัยจากภัยคุกคามทางไซเบอร์ ตลอด 24 ชั่วโมง (Real time) อันเป็นการยกระดับความปลอดภัยของข้อมูลโดยการเฝ้าระวังและรักษาความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคลและข้อมูลเอกสารหลักฐานดิจิทัลตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้กับประชาชน คู่กรณี และหน่วยงานภาครัฐในการใช้บริการศาลปกครองอิเล็กทรอนิกส์ ทั้งนี้ ในปี พ.ศ. 2567 มีกิจกรรมหลัก เช่น การจัดหาและวางระบบคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประชาชนที่เป็นผู้ใช้บริการ (Cookie and Consent Management) การจัดหาอุปกรณ์ป้องกันเครือข่าย (Next Gen Firewall) เป็นต้น โดยกิจกรรมในด้านการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ จะดำเนินการต่อเนื่องไปจนถึงปี พ.ศ. 2570 พร้อมกับการจัดทำรายงานผลการเฝ้าระวังภัยคุกคามทางไซเบอร์อย่างต่อเนื่อง เพื่อให้สามารถพัฒนาระบบฮาร์ดแวร์และซอฟต์แวร์ที่ทันสมัยและทันต่อภัยคุกคามทางไซเบอร์ที่มีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว

⁵ แผนพัฒนาดิจิทัลของศาลปกครอง พ.ศ. 2566 – 2570 มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ คือ สนับสนุนขับเคลื่อนการพัฒนาศาลปกครองให้บรรลุเป้าหมายแผนแม่บทของศาลปกครองระยะ 20 ปี และแผนปฏิบัติการสำนักงานศาลปกครอง พ.ศ. 2566 – 2570 โดยใช้แนวทางการพัฒนาตามแผนพัฒนารัฐบาลดิจิทัลของประเทศไทย พ.ศ. 2566 – 2570 โดยสามารถสรุปสาระสำคัญของแผนพัฒนาดิจิทัลของศาลปกครอง พ.ศ. 2566 – 2570 ดังที่ได้กำหนดวิสัยทัศน์ไว้ว่า “ศาลปกครองอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการอำนวยความสะดวกทางปกครองที่รวดเร็ว ทันสมัย โปร่งใส และเป็นธรรม”

นอกจากนี้ ศาลปกครองจะมุ่งเน้นแสวงหาความร่วมมือกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งในประเทศและต่างประเทศ โดยเฉพาะการจัดทำแผนรับมือภัยคุกคามทางไซเบอร์ในระดับต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ทั้งนี้ มีหน่วยงานของรัฐหลายแห่งถูกโจมตีและก่อให้เกิดความเสียหายตามมา เช่น โรงพยาบาล สถานศึกษา เป็นต้น ศาลปกครองจึงได้กำหนดให้สร้างความร่วมมือทางวิชาการกับหน่วยงานรัฐของไทยที่มีความเชี่ยวชาญด้านเทคโนโลยีดิจิทัล เช่น สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน) สพร. (DGA) ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ (NECTEC) และสำนักงานคณะกรรมการการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติ (องค์การมหาชน) เป็นต้น รวมทั้งจะได้ประสานกับกระทรวงการต่างประเทศ ในการดำเนินงานผ่านภาคีของปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยการป้องกันและต่อต้านอาชญากรรมทางไซเบอร์ (ASEAN Declaration to Prevent and Combat Cybercrime) ที่อาจเข้ามาจากต่างประเทศด้วย ซึ่งจะทำให้ศาลปกครองมีความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์และสามารถสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ผู้ใช้บริการได้อย่างแท้จริงต่อไป

สำหรับสถานการณ์ด้านความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ในประเทศสิงคโปร์นั้น พบว่า ในปี พ.ศ. 2566 ประเทศสิงคโปร์ต้องเผชิญกับการโจมตีทางไซเบอร์หลายรูปแบบ ทั้งนี้ ทีมตอบโต้เหตุฉุกเฉินทางคอมพิวเตอร์ของประเทศสิงคโปร์ (Singapore Computer Emergency Response Team หรือ SingCERT) พบว่า มีการหลอกลวงของมิจฉาชีพในลักษณะฟิชชิ่ง (Phishing) อันเป็นการหลอกลวงโดยการสร้างอีเมลปลอม เว็บไซต์ปลอม หรือ SMS ปลอม เป็นต้น เพื่อให้ได้ข้อมูลส่วนบุคคลหรือทำให้บุคคลนั้นสับสน และทำธุรกรรมทางการเงินให้กลุ่มมิจฉาชีพ จำนวน 8,500 กรณี พบการโจมตีจากมัลแวร์เรียกค่าไถ่ (Ransomware) จำนวน 130 กรณี กลุ่มเป้าหมายที่ถูกโจมตี คือ หน่วยงานธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) และมีจำนวนโครงสร้างพื้นฐานทางสารสนเทศที่ถูกมัลแวร์ (Malware) เข้าเจาะระบบ (infected) จำนวน 81,500 ระบบ โดยหน่วยงานด้านความมั่นคงทางไซเบอร์ได้ประสานความร่วมมือกับผู้ให้บริการทางด้านอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวข้องเพื่อแก้ไขปัญหาอย่างสม่ำเสมอ นอกจากนี้ ยังพบกรณีของการเข้าไปแก้ไขเว็บไซต์ (Website defacement) แต่จำนวนเว็บไซต์ที่ถูกเข้าไปแก้ไขลดลงจากปีที่ผ่านมา อย่างไรก็ตาม การดำเนินการในลักษณะนี้ได้มีการย้ายไปยังแพลตฟอร์มอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สื่อสังคมออนไลน์ (Social media) มีปริมาณที่มากขึ้น

ประเทศสิงคโปร์ได้ประกาศใช้รัฐบัญญัติว่าด้วยความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ (Cyber Security Act, 2018) เพื่อวางกรอบการทำงานด้านการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ของประเทศ โดยกำหนดให้มีหน่วยงานของรัฐรับผิดชอบ คือ สำนักงานความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ (Cyber Security Agency : CSA) ซึ่งมีอำนาจตอบสนองต่อภัยคุกคามและเหตุการณ์ทางไซเบอร์ วางกรอบการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ และกำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้ที่มีหน้าที่ต้องดำเนินการรับมือต่อการโจมตีทางไซเบอร์ที่สำคัญ รัฐบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้ระบบคอมพิวเตอร์ถือเป็นโครงสร้างพื้นฐานสำคัญของข้อมูลทางไซเบอร์ (Cyber Information Infrastructure : CII) ซึ่งได้มีการแบ่งประเภทของโครงสร้างพื้นฐานสำคัญของข้อมูลทางไซเบอร์ออกเป็น 11 ภาคส่วน (Sectors) ใน 3 กลุ่ม ได้แก่ ภาคการบริการ (Services) ภาคการสาธารณูปโภค (Utilities) และภาคการขนส่ง (Transport) โดยโครงสร้าง

พื้นฐานสำคัญของข้อมูลทางไซเบอร์ในการบริการภาครัฐจะถูกจัดอยู่ในกลุ่มของการบริการ (Services) สำหรับผู้ที่ทำหน้าที่ต้องดำเนินการรับมือต่อการโจมตีทางไซเบอร์นั้น วิทยาการได้กล่าวถึงอำนาจหน้าที่ของผู้ที่เกี่ยวข้อง 3 ลักษณะ ได้แก่ 1) สำนักงานความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ (Cyber Security Agency : CSA) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ได้รับการมอบหมายให้เป็นผู้บริหารจัดการการรับมือเหตุการณ์ทางไซเบอร์ระดับชาติ มีอำนาจหน้าที่วิจัยและการสร้างความเข้าใจที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ในระดับชาติ และจัดทำข้อเสนอการจักระดับการเตือนภัยทางไซเบอร์ระดับชาติ (National Cyber-Threat Alert Level : NCTAL) ต่อคณะกรรมการจัดการภัยพิบัติ (Crisis Management Group : CMG) 2) เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบในภาคส่วนของโครงสร้างพื้นฐานสำคัญของข้อมูลทางไซเบอร์แต่ละภาคส่วน (Sector lead) ซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้บริหารจัดการเหตุการณ์ทางไซเบอร์ที่เกิดขึ้นต่อโครงสร้างพื้นฐานในภาคส่วนนั้น ๆ (Sector Cyber Incident Manager) และ 3) เจ้าของโครงสร้างพื้นฐานสำคัญของข้อมูลทางไซเบอร์ ซึ่งเป็นแนวหน้าที่จะต้องรับมือและตอบสนองต่อเหตุการณ์ทางไซเบอร์ มีหน้าที่เชิงรุกในการป้องกันการโจมตีทางไซเบอร์ เช่น กำหนดให้เจ้าของโครงสร้างพื้นฐานสำคัญของข้อมูลทางไซเบอร์ต้องจัดให้มีแผนดำเนินการเพื่อลดความเสี่ยงทางไซเบอร์ซึ่งจะทำให้สามารถระบุและติดตามภัยคุกคามทางไซเบอร์ที่อาจเกิดขึ้น

สำหรับการดำเนินการเพื่อรับมือและบรรเทาความเสี่ยงจากภัยคุกคามทางไซเบอร์ (Cyber Threat Mitigation) ของประเทศสิงคโปร์นั้น รัฐบาลสิงคโปร์ได้ดำเนินการบรรเทาความเสี่ยงจากภัยคุกคามทางไซเบอร์ที่อาจเกิดขึ้น โดยแบ่งประเภทการดำเนินการเป็น 3 เสาหลัก (Pillars) ได้แก่ ด้านยุทธศาสตร์ ด้านวิศวกรรมซอฟต์แวร์ (Engineering) และด้านการปฏิบัติการ (Operation) ในด้านที่มีความโดดเด่นและก้าวหน้าอย่างมาก คือ ด้านวิศวกรรมซอฟต์แวร์ รัฐบาลสิงคโปร์ได้พัฒนาโครงสร้างพื้นฐานในระบบคลาวด์ (Cloud-base infrastructure) ร่วมกับผู้ให้บริการระบบคลาวด์เอกชนชั้นนำ เช่น Google หรือ Amazon Web Service (AWS) เป็นต้น เพื่อให้การบริการและการจัดเก็บข้อมูลของรัฐบาลอยู่บนระบบคลาวด์ โดยเรียกว่า Government Commercial Cloud (GCC) ซึ่งรัฐบาลสิงคโปร์ได้อนุญาตให้หน่วยงานของรัฐผู้พัฒนาระบบที่ได้รับอนุญาตและอุปกรณ์เชื่อมต่อต่าง ๆ สามารถเข้าถึงการให้บริการบนระบบ GCC ได้นอกจากนี้ รัฐบาลสิงคโปร์ยังได้พัฒนาซอฟต์แวร์ที่จำเป็นต่อการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ขึ้นเพื่อช่วยในการพัฒนาแอปพลิเคชันหรือระบบต่าง ๆ ของหน่วยงานภาครัฐให้มีความปลอดภัยตามมาตรฐาน เช่น ระบบ Code Security and Compliance Automation Platform Ecosystem (CodeSCAPE) หรือระบบ Mobile Application Security Hygiene (MASH) เป็นต้น ในส่วนด้านการปฏิบัติการของรัฐบาลสิงคโปร์ โดยศูนย์ปฏิบัติการเฝ้าระวังความมั่นคงปลอดภัยระบบเทคโนโลยีสารสนเทศของรัฐบาล Government Cyber Security Operation Center (GCSOC) ได้นำระบบปฏิบัติการเช่นเดียวกันกับที่ใช้ในภาคอุตสาหกรรมด้านเทคโนโลยีมาใช้ปฏิบัติ สำหรับการบริหารจัดการเหตุการณ์ทางไซเบอร์ รัฐบาลสิงคโปร์ได้จัดระดับความรุนแรงของเหตุการณ์ทางไซเบอร์ขึ้นตามธรรมชาติและผลกระทบของเหตุการณ์ออกเป็น 5 ระดับ ตั้งแต่ระดับการโจมตีที่มีความรุนแรงต่ำซึ่งส่งผลเพียงเล็กน้อยต่อหน่วยงานและประชาชนทั่วไปจนถึงระดับการโจมตีที่มีความรุนแรงขั้นสูงสุด (Very severe) ซึ่งส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ

รวมถึงความน่าเชื่อถือหรือความน่าไว้วางใจของรัฐบาล นอกจากนี้ ยังได้มีการจัดระดับประเภทความรุนแรงในกรณีที่มีการโจมตีทางไซเบอร์ส่งผลให้เกิดการรั่วไหลทางข้อมูลเป็นการเฉพาะด้วย ทั้งนี้ ในแต่ละระดับความรุนแรงของการโจมตีจะมีเจ้าหน้าที่หรือผู้ที่มีอำนาจในการบริหารจัดการที่แตกต่างกันไป

สำหรับการดำเนินการและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ของศาลยุติธรรมสิงคโปร์ วิทยาการได้กล่าวถึงการดำเนินการต่าง ๆ ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ การรักษาความปลอดภัยของแอปพลิเคชันและระบบเครือข่าย (Application and Network security) การจัดการความเปราะบางด้านอุปกรณ์และชุดคำสั่งควบคุมการทำงาน (Hardware and software vulnerabilities) และการดำเนินการเกี่ยวกับบุคลากร (Human Awareness) โดยในการรักษาความปลอดภัยของแอปพลิเคชันและระบบเครือข่าย (Application and Network security) ศาลยุติธรรมสิงคโปร์ได้นำ Web App Firewall (WAF) มาใช้ รวมถึงตรวจสอบผู้เข้าใช้งานอย่างเข้มงวดเพื่อคัดกรองและเฝ้าระวังจากการโจมตีประเภท SQL injection และ Cross-Site Scripting (XSS) การควบคุมการอัปโหลดไฟล์อย่างเข้มงวด และการดำเนินการตรวจสอบระบบ (Audit) ตรวจสอบโค้ดโปรแกรม (Source code review) ประเมินช่องโหว่ (Vulnerability assessments) และทดสอบการเจาะระบบ (Penetration testing) อย่างสม่ำเสมอ โดยการเชิญชวนให้บุคคลทั่วไปแข่งขันการเจาะระบบโดยมีการให้รางวัลกับแฮกเกอร์ (Hacker) ที่สามารถหาจุดอ่อนของระบบได้ อันสะท้อนให้เห็นถึงการมีส่วนร่วมในการป้องกันภัยคุกคามทางไซเบอร์ได้เป็นอย่างดี หรือในการรักษาความปลอดภัยของระบบเครือข่าย (Network security) ศาลยุติธรรมสิงคโปร์ได้แบ่งเครือข่ายออกเป็นส่วนย่อย ๆ หลายส่วน (Segment networks) เพื่อเพิ่มความปลอดภัยและลดผลกระทบจากการโจมตี โดยเฉพาะเพื่อลดผลกระทบจากการโจมตีในรูปแบบ (Distributed Denial of Service : DDOS) ด้วยในส่วนของความเปราะบางของอุปกรณ์ (Hardware) และชุดคำสั่งควบคุมการทำงาน (Software) ศาลยุติธรรมสิงคโปร์ได้พยายามในงานลดช่องโหว่ที่เกี่ยวข้องกับอุปกรณ์และชุดคำสั่ง โดยพยายามอัปเดตให้ทันสมัยที่สุดเพื่ออุดช่องโหว่หรือความเปราะบางที่อาจเกิดขึ้น ซึ่งในส่วนของอุปกรณ์ (Hardware) นั้นได้มีการจัดทำแผนเพื่อถ่ายโอนข้อมูลจากอุปกรณ์และระบบปฏิบัติการที่ไม่สามารถอัปเดตได้แล้ว (Unsupported hardware and OS versions) ทั้งนี้ รัฐบาลสิงคโปร์ได้ผลักดันให้มีการนำบริการต่าง ๆ ขึ้นสู่ระบบคลาวด์ (Government on Commercial Cloud หรือ GCC) เพื่อลดภาระในการบำรุงรักษาและป้องกันความเปราะบางของอุปกรณ์อันอาจเกิดจากอุปกรณ์ที่ไม่ทันสมัย นอกจากนี้ รัฐบาลสิงคโปร์ยังได้เน้นย้ำถึงความสำคัญของบุคลากรในองค์กรต่อการป้องกันและลดความเสี่ยงจากการโจมตีทางไซเบอร์โดยไม่ใช้เพียงเป็นหน้าที่ของบุคลากรที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีสารสนเทศเท่านั้น แต่เกี่ยวข้องกับผู้ที่ต้องใช้ระบบทุกคน หากบุคคลใดบุคคลหนึ่งประมาทเลินเล่อเพียงเล็กน้อยก็อาจเป็นจุดอ่อนที่ทำให้ระบบความปลอดภัยทางไซเบอร์ทั้งระบบตกอยู่ในอันตรายได้ การให้ความรู้และการเสริมสร้างความตระหนักรู้ (Education and awareness) แก่บุคลากรในองค์กรจึงเป็นสิ่งสำคัญอย่างมากและควรดำเนินการอย่างต่อเนื่อง

ในช่วงของการถามตอบนั้น ผู้เข้าร่วมรับฟังมีคำถามในหลากหลายประเด็น ทั้งในส่วนของการดำเนินการโจมตีทางไซเบอร์ของสิงคโปร์และนโยบายการดำเนินการเกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ของสิงคโปร์ เช่น ศาลยุติธรรมสิงคโปร์เคยถูกโจมตีทางไซเบอร์โดยที่ผู้โจมตีอยู่ต่างประเทศบ้างหรือไม่ ซึ่งวิทยากรได้ตอบว่า ศาลยุติธรรมสิงคโปร์ใช้บริการของศูนย์ปฏิบัติการเฝ้าระวังความมั่นคงปลอดภัยระบบเทคโนโลยีสารสนเทศของรัฐบาล (Government Cyber Security Operation Center (GCSOC)) ในการตรวจสอบและเฝ้าระวังภัยคุกคามทางไซเบอร์ ข้อมูลในส่วนนี้จึงจะถูกเก็บที่หน่วยงานดังกล่าว ทั้งนี้ การโจมตีจากต่างประเทศเป็นสิ่งที่พบได้ทั่วไป อย่างไรก็ตาม ยังไม่พบการโจมตีที่มีความร้ายแรงและสร้างปัญหาให้แก่ระบบการทำงานของศาล ส่วนคำถามที่ว่า ศาลยุติธรรมสิงคโปร์แก้ไขปัญหาเพื่อลดภาระงบประมาณที่สูงในการป้องกันภัยคุกคามทางไซเบอร์อย่างไร วิทยากรได้ตอบว่า รัฐบาลสิงคโปร์ได้มีความพยายามที่จะผลักดันให้บริการของรัฐบาลจัดทำอยู่บนระบบคลาวด์ (GCC) เพื่อลดปัญหาในการบริหารจัดการอุปกรณ์ และให้การดำเนินการดังกล่าวเป็นหน้าที่ของผู้ให้บริการระบบคลาวด์ ซึ่งเป็นเอกชนชั้นนำ ส่วนการบริหารจัดการบุคลากรนั้น ต้องยอมรับว่าการสรรหาบุคลากรในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์นั้นเป็นสิ่งที่มีความจำกัดมาก ทั้งในแง่ของจำนวนบุคลากรและค่าจ้างที่ค่อนข้างสูง ดังนั้น จึงจำเป็นต้องจำแนกให้ได้ว่างานหรือทักษะประเภทใดที่สามารถบริหารจัดการได้ด้วยเจ้าหน้าที่ของศาลเอง หรืออาจขอความช่วยเหลือจากหน่วยงานส่วนกลาง เพื่อจำกัดจำนวนบุคลากรที่ต้องใช้ให้มีเท่าที่จำเป็น เมื่อมีการใช้ศักยภาพจากหน่วยงานส่วนกลางเต็มศักยภาพแล้วจึงค่อยประเมินประเภทของงานหรือทักษะที่ตรงกับความต้องการของงานเฉพาะด้านของหน่วยงานต่าง ๆ และประเมินว่างานดังกล่าวสามารถให้บุคคลภายนอกจัดทำ (Outsourced) ได้หรือไม่ เนื่องจากการที่หน่วยงานแต่ละหน่วยงานจะต้องไปพัฒนาบุคลากรของตนเองในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์นั้นอาจเป็นการยากและมีค่าใช้จ่ายที่มากเกินไป และคำถามที่ว่า ปัจจุบันศาลปกครองไทยได้มีการจัดทำแผนการรับมือทางไซเบอร์แล้ว โดยได้มีการกำหนดหน้าที่และขั้นตอนการดำเนินงานในส่วนที่เกี่ยวข้องเสนอต่อเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองแล้ว การจัดตั้งหน่วยการตอบโต้สถานการณ์ทางไซเบอร์ (Incident response team : IRT) และศูนย์ปฏิบัติการเฝ้าระวังความมั่นคงปลอดภัยระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ (Security Operation center) ในส่วนของศาลยุติธรรมสิงคโปร์นั้น มีการดำเนินการหรือไม่ อย่างไร ซึ่งวิทยากรได้กล่าวว่า ศาลยุติธรรมสิงคโปร์ยังไม่มีการจัดตั้งศูนย์ปฏิบัติการเฝ้าระวังความมั่นคงปลอดภัยระบบเทคโนโลยีสารสนเทศของตนเอง โดยยังคงพึ่งพาศูนย์ปฏิบัติการเฝ้าระวังความมั่นคงปลอดภัยระบบเทคโนโลยีสารสนเทศของรัฐบาล GCSOC เนื่องจากไม่มีทรัพยากรบุคคลที่จะต้องดำเนินการเฝ้าระวังตลอดเวลา ในการนี้ จึงต้องมีการจัดทำระบบในการจัดส่งข้อมูลด้านความปลอดภัยไปยัง GCSOC แบบทันทีทันใด (Real-time) เพื่อให้ GCSOC สามารถตรวจจับ ประเมินการโจมตีทางระบบ และแจ้งเตือนไปยังสำนักงานเพื่อจะรับมือและดำเนินการสอบสวนเหตุการณ์ได้อย่างทัน่วงที

ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ*



ภาพที่ 1 : ภาพอาจารย์บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ให้สัมภาษณ์

ภาพประกอบจาก : ศิขรินทร์ ศรีสุข

สวัสดีครับ ผู้อ่านทุกท่าน วารสารวิชาการศาลปกครองฉบับนี้ได้รับเกียรติอย่างสูงจากนักกฎหมายมหาชนคนสำคัญ ซึ่งผู้อ่านส่วนใหญ่น่าจะรู้จักชื่อเสียงของท่านเป็นอย่างดี นั่นคือ ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ครับ ท่านมีบทบาทหลากหลายทั้งในวงวิชาการและการเมืองไทย ท่านกรุณาสละเวลาอันมีค่าแก่ทีมงานวารสารวิชาการศาลปกครองในการให้สัมภาษณ์ครั้งนี้ ณ ห้องรับรองวิทยากร ในช่วงเย็นก่อนการบรรยายหลักสูตรของสถาบันพระปกเกล้า

* สัมภาษณ์และเรียบเรียง โดย นายพัฒนพงศ์ คงศักดิ์ และนางสาวปฐมน แปนเหลือ ถ่ายภาพ โดย นางสาวศิขรินทร์ ศรีสุข, วารสารวิชาการศาลปกครอง Administrative Courts Journal คอลัมน์ : ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ วันศุกร์ที่ 21 มิถุนายน 2567 ณ สถาบันพระปกเกล้า ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา อาคารรัฐประศาสนภักดี ถนนแจ้งวัฒนะ กรุงเทพมหานคร

ท่ามกลางบรรยากาศการสัมภาษณ์ที่ผ่อนคลาย โดยท่านได้พาเราย้อนไปสัมผัสประวัติชีวิตวัยเด็ก และประสบการณ์สำคัญในแต่ละช่วงวัย เชื่อว่าบทสัมภาษณ์ชิ้นนี้จะเป็นประโยชน์ทั้งในแง่ประวัติศาสตร์และการสร้างแรงบันดาลใจในการพัฒนาตนเอง ซึ่งในการเรียบเรียงบทสัมภาษณ์ ทีมงานพยายามคงน้ำเสียงและจังหวะการสนทนาไว้ให้มากที่สุด เพื่อให้ผู้อ่านได้รู้สึกเสมือนเป็นส่วนหนึ่งของวงสนทนา ขอเชิญติดตามรายละเอียดได้เลยครับ

อาจารย์ช่วยเล่าถึงชีวิตวัยเด็ก ทราบว่าอาจารย์เป็นบุตรคนที่ 7 ของครอบครัว ความสัมพันธ์ในครอบครัวและระหว่างพี่น้องเป็นอย่างไรบ้างครับ ?

ผมเป็นน้องชายสุดท้อง เป็นลูกหลง พ่อไปทำหมันแบบโบราณ คือ แบบผูก มีพี่อีก 6 คน ผู้หญิง 3 คน ผู้ชาย 3 คน เขาห่างกันคนละ 2 ปี ถ้ารู้อายุคนหนึ่งก็จะรู้อายุของทุกคน สกกล เพลินจิต วันเพ็ญ มন্ত্রী เยาวลักษณ์ ชีระพร ห่างกันคนละ 2 ปี

อาจารย์ห่างจากพี่กี่ปีครับ ?

6 ปี เป็นลูกที่ไม่คิดว่าจะเกิดแล้วละ เพราะว่าพ่อผมทำหมัน แม่ผมไปตรวจ หมอบอกว่าเป็นเนื้องอกในมดลูก เพราะหมอกคนที่ตรวจ คือ หมอคนที่ทำหมันให้พ่อผม แกคงอคติ ให้ไปผ่า แต่คืนก่อนที่จะไปผ่า ผมตื่น แม่ผมก็เลยแน่ใจว่าเป็นเด็ก ผลสุดท้ายก็เกิดมา

ช่วงชีวิตวัยเด็กของอาจารย์เป็นอย่างไรบ้าง ?

หมอดูที่บ้านซึ่งเป็นพระ ผูกดวงชะตาผมแล้วบอกว่า ถ้าผมอยู่กับพ่อแม่ พ่อผมจะเสียชีวิต ก็เลยต้องยกผมไปให้พี่สาวแท้ ๆ ของแม่เป็นคนเลี้ยง ผมก็เลยไปจากแม่ซึ่งอยู่สงขลา ไปอยู่หาดใหญ่กับป้า ซึ่งผมเรียกว่าแม่ ตั้งแต่อายุ 6 เดือน ต้องจำแม่นแม่เลี้ยงอยู่ที่หาดใหญ่จนกระทั่งถึง ป. 7

ผมเป็นเด็กบ้านนอก สงขลา หาดใหญ่ในเขตเทศบาล เขาก็มีไฟฟ้ามีน้ำประปาใช้ ผมอยู่นอกเขตเทศบาลข้ามคลองอยู่ตะเลงมา เพราะฉะนั้น ไม่มีไฟฟ้า ไม่มีน้ำประปา ไม่มีของเล่นอะไร เล่นกับธรรมชาติ เล่นน้ำคลอง เล่นกับนก กับไม้ กับมด อะไรอย่างนี้ ของเล่นได้มาชิ้นหนึ่งก็รักษาสุดชีวิต หวงแหวนสุดชีวิต เพราะว่ามันไม่มีอะไรจะเล่น โตขึ้นมาหน่อยก็ต้องตักน้ำอาบเองเพราะไม่มีน้ำประปามีบ่อในบ้าน ต้องหัดซักผ้าเอง ทำการบ้านตอนเย็น พอค่ำก็ต้องใช้ตะเกียง แล้วยอนเร็วมาก

ด้านการเรียนล่ะครับ อาจารย์เป็นเด็กเรียนดีไหม ?

ผมเรียนอนุบาลที่โรงเรียนพลวิทยา แล้วไปเรียนต่อโรงเรียนแสงทองวิทยา ป. 1 ถึง ป. 7 ตอนเด็ก ๆ ก็เรียนหนังสือแย่ นักเรียนมี 50 คน ผมได้ลำดับที่ 49 และลำดับที่ 50 เกือบตก แล้วก็ไม่ชอบคณิตศาสตร์มากเพราะว่าเจอครูคณิตศาสตร์ เวลาทำผิดแล้วแกล้ง เพื่อไม่ให้ผิด เวลาให้การบ้านเราก็เลยลอกก็เลยเกลียดคณิตศาสตร์มาตั้งแต่นั้น แต่เริ่มดีขึ้นเมื่อตอน ป. 7 ได้ครูประจำชั้นดี การเรียนก็พรวดพราดเลยนะ จากลำดับที่ 49 ลำดับที่ 48 ก็ขึ้นมาเป็นลำดับที่ 1 ตอน ป. 7



แม่ผมที่สงขลาอยากให้ไปเรียนที่กรุงเทพฯ ให้มาสอบวิชารัฐวิทยาลัย ตอนสอบเข้ามัธยมศึกษาปีที่ 1 เขารับแค่ 3 ถึง 4 คน ส่วนใหญ่เค้าจะดูเครือญาติ ถ้ามีพี่น้องอยู่ในวชิราวุธฯ แล้วเขาก็จะรับก่อน ผมสอบไม่ได้ ก็กลับไปเรียนโรงเรียนที่บ้าน ตอนนั้นเป็น ม.ศ. 1 ถึง ม.ศ. 5 ไปเรียนที่โรงเรียนมหาวชิราวุธ จังหวัดสงขลา ม.ศ. 1 ม.ศ. 2 ม.ศ. 3 ก็กลับไปอยู่บ้านกับแม่ที่จังหวัดสงขลา ตอนนี้อยู่กับแม่ แล้วก็พี่สาวอยู่จังหวัดสงขลา 2 คน นอกนั้นก็มาเรียนกรุงเทพฯ กันบ้าง ไปเรียนเมืองนอกกันบ้าง ทำมาหากินอยู่ในกรุงเทพฯ บ้าง เพราะเราเป็นน้องเล็ก ไม่ได้คลุกคลีกับพี่ ๆ เท่าไหร่

อาจารย์ช่วยเล่าชีวิตช่วงมัธยมหน่อยครับ ?

ก็เรียนอยู่ 3 ปี พอจบมหาวชิราวุธ ม.ศ. 3 ก็เรียนดีขึ้น สอบได้ลำดับที่ 1 ถึงลำดับที่ 50 ของจังหวัด ผมก็อยากเข้ามาเรียนโรงเรียนเตรียมอุดมศึกษา เป็นโรงเรียนที่ไผ่ผื่นกันในเวลานั้น ก็ไปลาอาจารย์ใหญ่ ท่านถามว่า จะไปไหน ผมตอบว่าจะไปสอบเข้าโรงเรียนเตรียมฯ สิ่งที่ท่านพูด ผมยังจำได้จนบัดนี้ ทุกคำ “ตัวเท่ากันไม่ขีดไฟ จะไปแข่งกับเด็กกรุงเทพฯ ได้หรือ ?” ท่านพูดหลุดมาคำหนึ่งซึ่งทำให้ผมตัดสินใจว่า ข้าพเจ้าจะไม่กลับมาอีกแล้ว ท่านบอกว่า “ถ้าสอบไม่ได้ กลับมาฉันไม่รับของเหลือเดนจากใครนะ” ผมก็เลยตั้งใจว่า ถ้าสอบเตรียมฯ ไม่ได้ ก็เรียนกรุงเทพฯ โรงเรียนอื่น พี่ชายคนโตผมก็ถามนะ เขาเป็นวิศวกร เขามีบ้านแล้ว ผมมาอาศัยเขาอยู่ เขาถามว่า ถ้าไม่ได้จะไปเข้าเรียนที่ไหน ก็เข้าโรงเรียนอานวยศิลป์ เป็นโรงเรียนเอกชน ผมไปเรียนกวดวิชาที่โรงเรียนกิงเพชร อยู่ตรงพญาไท จำได้เลยว่าเป็นเด็กบ้านนอก นุ่งกางเกงขาสั้น ในขณะที่นักเรียนคนอื่น ถ้าเป็นเด็กผู้ชายเค้าก็ใส่กางเกงขายาวกันแล้ว แต่ผมก็แต่งตัวเหมือนเด็ก แล้วก็ตัวเล็กที่สุดในห้อง

แล้วอาจารย์ก็สอบเข้าโรงเรียนเตรียมอุดมศึกษาได้ ถูกต้องไหมครับ ?

สอบเข้าโรงเรียนเตรียมฯ ได้ ผมเลือกศิลป์ - ฝรั่งเศส เพราะไม่ชอบคณิตศาสตร์ แต่ภาษาไทย ผมได้ลำดับที่ 1 มาตลอดนะ ท็อปของห้องมาตลอด เข้าโรงเรียนเตรียมฯ ได้ แต่ไปอยู่ห้อง 404 อยู่เรือนเทา เป็นห้องบ๊วยของศิลป์ - ฝรั่งเศส เตรียมฯ ในห้องมีนักเรียน 40 กว่าคน เป็นผู้ชายไม่ถึง 10 คน นอกนั้นเป็นผู้หญิงทั้งหมด เขาเลือกผมเป็นหัวหน้า ผมก็ไปถามเขาว่า ทำไมเลือกผมเป็นหัวหน้า ทั้ง ๆ ที่ไม่รู้จักกัน เพิ่งเข้ามาเรียนได้ไม่ถึงเดือน เขابอกกันว่า ตัวเล็กดี จะได้ใช้ได้

การเรียนที่โรงเรียนเตรียมฯ เป็นอย่างไรบ้างครับ ?

เรียนเตรียมฯ ม.ศ. 4 ได้ลำดับที่ 1 ของห้อง ได้ย้ายไปอยู่ห้องคิง คือ ห้อง 28 เลยนะ จากห้องบ๊วยขึ้นไปอยู่ห้องคิง สอบตอนนั้นยังมีติดบอร์ด ผมได้ลำดับที่ 25 ของประเทศ อาจารย์เข้มชัย ชูติวงศ์ ก็เรียนรุ่นเดียวกัน สมคิด จาตุศรีพิทักษ์ ก็เรียนรุ่นเดียวกัน แต่ว่าเข้มชัยฯ เขาเรียนสายวิทย์

อาจารย์เข้มชัยฯ ที่เคยเป็นอัยการสูงสุด ?

ใช่ เข้มชัย ชุตินวงศ์ ที่เคยเป็นอัยการสูงสุด เขาเรียนสายวิทย์ เขาเรียนเก่ง

หลังจบโรงเรียนเตรียมฯ ผมยังจำได้ตอนไปสมัครสอบเข้ามหาวิทยาลัยที่ศาลาพระแก้ว ผมเลือกคณะนิติศาสตร์ จุฬาฯ อันดับ 1 ธรรมศาสตร์อันดับ 2 ตอนนั้นเขาให้เลือกได้ 6 อันดับ นิติจุฬาฯ ที่รับจ้างรับสมัครตอนนั้นก็ถามผมว่า น้องไม่มีตั้งค์หรือ ? ทำไมไม่เลือกแค่ 2 อันดับ ถ้าไม่ได้ 2 อันดับนี้ น้องหมดสิทธิเลยนะ ต้องเตะฝุ่นไปอีกปี ผมบอกว่าผมจะเรียนกฎหมาย ไม่ได้ที่จุฬาฯ ก็ไปธรรมศาสตร์ ไม่ได้ที่ธรรมศาสตร์ ก็ไปเรียนรามคำแหง รามคำแหงเปิดพอดีในปีนั้น

ทำไมอาจารย์เลือกจุฬาฯ อันดับ 1 ครับ ?

ผมมาเรียนจุฬาฯ นี้เพราะอาจารย์วิชญา¹ นะ อาจารย์วิชญา เรียนธรรมศาสตร์ ตอนแรกผมจะเลือกธรรมศาสตร์อันดับ 1 เขาบอกอย่าเลือก เพราะว่าธรรมศาสตร์เรียนห้องละ 300 คน วิชาภาษาอังกฤษ อาจารย์วิกรม เมลาณนท์ ยืนอยู่หน้าห้องโน่นนะ สอนคอนเวอร์เซชัน ครั้งละ 300 คน จะไปสนทนาอะไรกันได้อีก แล้วธรรมศาสตร์ไม่มีการเช็คชื่อ เข้าเรียนก็ได้ ไม่เข้าเรียนก็ได้ แต่จุฬาฯ นี่เขาเช็คชื่อ ถ้าไม่ถึง 80% คุณไม่มีสิทธิสอบ

ผมเข้าจุฬาฯ ตอนนั้นเขาเรียกว่า ภาควิชานิติศาสตร์ ในคณะรัฐศาสตร์ สอบเข้าได้อันดับต้น ๆ แต่ว่าไม่ได้ลำดับที่ 1 คนได้ลำดับที่ 1 ตอนสอบเข้าคืออาจารย์เข้มชัยฯ ผมน่าจะได้ลำดับที่ 15 เพราะว่าต้องสอบคณิต ก. ด้วย ผมทำไม่ค่อยได้ เข้าไปเรียนปี 1 ก็ยังเรียนร่วมกับคณะรัฐศาสตร์ เป็นรัฐศาสตร์รุ่น 25 นิติศาสตร์รุ่น 15 ก็รุ่นราวคราวเดียวกับ ดร.วรพจน์² ประธานศาลปกครองสูงสุด เขาเรียนธรรมศาสตร์ ส่วนผมเรียนจุฬาฯ ผมนี่รุ่นหลังอาจารย์ชาญชัย³ นิดนึง แต่อาจารย์ชาญชัยฯ เขาไม่เคยเรียนในเมืองไทย เขาไปเรียนประเทศฝรั่งเศสจนกระทั่งถึงปริญญาเอก

ชีวิตในรั้วมหาวิทยาลัยของอาจารย์เป็นอย่างไรบ้างครับ ?

เข้าไปผมก็เรียนแบบโบราณ ตอนนั้นยังใช้ระบบเปอร์เซ็นต์ และยังสอบปีละ 2 ครั้ง เรียนทั้งปี ไม่มีภาคการศึกษา แล้วเวลานั้นมันมันหิวนะ อาจารย์ที่สอนผมแต่ละคนนี่ โอ๊ยชื่อแล้วตกใจทั้งนั้น อาจารย์จิตติ ดิงศักดิ์ย์ อาจารย์ประพนธ์ ศาตะมาน คนสอนกฎหมายอาญานี้ ดร.ขุน ศรียาภัย ประมาณนี้ และเป็นอาจารย์ที่สอนเนติฯ ด้วย เป็นคนที่ประสบความสำเร็จในอาชีพกฎหมาย อาจารย์ประมาณ 90% จะเป็นชุดเดียวกัน ทั้งที่เนติฯ ที่ธรรมศาสตร์ และที่จุฬาฯ

¹ วิชญ์ เครืองาม

² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์

³ ชาญชัย แสวงศักดิ์

ผมจำได้เลย ตอบผิดตรงได้ 0 คะแนนนะ เวลานั้น อาจารย์โชค จารุจินดา สอนกฎหมายอาญา 2 กับพยาน สอบตกกันเป็นครึ่งห้อง อย่างนี้ เป็นต้น ก็ตกกัน แต่ผมก็โชคดีที่เข้าไปเล่าเรียนแล้ว ความที่ชอบ ก็ทำให้สอบได้ลำดับที่ 1 ในปี 1 ครบ ได้ 80% กว่า เข้มชัยฯ ก็เป็นลำดับที่ 2 พอปี 2 ผมก็ได้ลำดับที่ 1 เข้มชัยฯ ได้ลำดับที่ 2 พอปี 3 มีกฎหมายวิธีพิจารณาความซึ่งผมไม่ชอบ เพราะไม่ได้สอนหลัก แต่สอนเป็นรายมาตรา เข้มชัยฯ ก็ได้ลำดับที่ 1 ผมได้ลำดับที่ 2 พอปี 4 ผมก็กลับมาได้ลำดับที่ 1 เขาได้ลำดับที่ 2

อาจารย์เป็นคู่แข่งกับอาจารย์เข้มชัยฯ มาตลอดเลยนะครับ ?

(หัวเราะ) ระหว่างเรียนก็ตีวเพื่อน ๆ นะ อาจารย์เข้มชัยฯ เขาถึงขนาดไปเรียนพิมพ์ดีด สมัยก่อนยังไม่มีคอมพิวเตอร์ ก็เป็นพิมพ์ดีดแบบพกพา พิมพ์เลคเชอร์ของผมกับอาจารย์เข้มชัยฯ เอาเนื้อหา มาเทียบกันแล้วพิมพ์เป็นซีดี ขายเพื่อนเท่าราคาทุน แผ่นละ 50 สตางค์ ก็ช่วยเพื่อนกันมาหลายคนนะ เพื่อนรุ่นเดียวกันที่เรียนที่ปทุมธานีก็รู้จักเวลานี้ ก็เช่นปรีชา เลหาพงศ์ชนะ เป็นต้น

ทราบว่าอาจารย์ได้เกียรตินิยมอันดับ 1 เหรียญทอง จากจุฬาฯ และได้คะแนนอันดับที่ 3 ของเนติบัณฑิตไทย รุ่นที่ 29 ?

ผมได้เหรียญเงิน เพราะปี 3 เข้มชัยฯ เขาได้ลำดับที่ 1 ผมจึงอดได้เหรียญทอง เพราะจะต้องได้ลำดับที่ 1 ทั้งปี 3 และปี 4 ช่วงเรียนเนติฯ เข้มชัยฯ เขาไปเรียนทุกวัน ผมนี้เนื่องจากอาจารย์อุกฤษฯ⁴ ให้เข้ามาเป็นผู้ช่วยอาจารย์ทันทีที่เรียนจบ เพราะได้เกียรตินิยมอันดับ 1 ตอนนั้นเป็นระบบเปอร์เซ็นต์ คือ คุณต้องไม่ตกเลยสักวิชา แล้วคุณต้องได้คะแนนเฉลี่ยทั้ง 4 ปี 80% แล้วก็ปีสุดท้ายคุณต้องไม่ต่ำกว่า 80% เกียรตินิยมอันดับ 1 คนที่ได้คนแรกของจุฬาฯ คือ อาจารย์จรัญ ภักดีธนากุล รุ่นถัดมาก็คือ อาจารย์เข้มชัยฯ กับผม

ได้แค่สองคนเองหรือครับ ?

ใช่ ได้แค่สองคน เวลานี้ได้กันเป็นโหล กันนั้นละ เขาไปเรียนเนติฯ ทุกวัน ผมไปเรียนระยะหนึ่ง ก็รู้สึกว่ามันเหมือนกับที่เราเรียนแล้วที่จุฬาฯ นี่นา เพราะอาจารย์คนเดียวกันสอน แล้วผมจะมานั่งเรียน ให้เสียเวลาทำไม ผมก็ไม่เรียน ผมสอนหนังสือ ตอนนั้นเข้มชัยฯ เขาเรียนแล้วเขาก็สอบได้ลำดับที่ 1 และเป็นการได้เกียรตินิยมเนติฯ เป็นคนแรกตั้งแต่ก่อตั้งเนติบัณฑิตยสภาฯ นับเป็นเกียรติยศของคณะนิติศาสตร์ จุฬาฯ ผมได้ลำดับที่ 3 รุ่นนั้น คนได้ลำดับที่ 2 จปรามคำแหง

อาจารย์ไปเรียนต่อต่างประเทศช่วงไหนครับ และทำไมถึงเลือกประเทศฝรั่งเศส ?

พอจบเนติฯ แล้วเขาก็บรรจุผมเป็นอาจารย์ เทียบเนติฯ ให้เท่ากับปริญญาโทตามที่ท่านอาจารย์ธานินทร์⁵ ตอนที่ท่านเป็นนายกฯ ท่านไปผลักดันที่ ก.พ. ไว้ เงินเดือน 1,300 บาท คุณลองนึกดู ก็แล้วกันเวลานั้นนะ

⁴ อุกฤษ มงคลนาวิน

⁵ ธานินทร์ กรัยวิเชียร

ต่อมาก็มีการสอบทุน ก.พ. ผมไปสอบทุน ก.พ. ก็ได้ทุน ก.พ. ตามความต้องการของคณะนิติศาสตร์ จุฬาฯ ให้ไปเรียนกฎหมายมหาชนที่ประเทศอังกฤษหรือประเทศฝรั่งเศส ผมไปถามท่านอาจารย์ธานินทร์ฯ ท่านจบประเทศอังกฤษ ท่านบอกผมไปเรียนประเทศอังกฤษดี ผมไปถามท่านอาจารย์อุกฤษฯ ท่านจบประเทศฝรั่งเศส ท่านก็บอกไปเรียนประเทศฝรั่งเศสดี ไม่รู้จะเอาอย่างไร ผมนับถือท่านทั้งคู่ ผมเลยไปถามท่านอาจารย์จิตติฯ บังเอิญลูกสาวท่านอาจารย์จิตติฯ เป็นเพื่อนรุ่นเดียวกับผม ชื่อจิรติ ดิงศภัทัย สอบได้ลำดับที่ 1 ประเทศไทย ตอน ม.ศ. 5 สายศิลป์ - ฝรั่งเศส

หมายถึง การสอบเข้ามหาวิทยาลัยหรือครับ ?

ไม่ใช่ เป็นการสอบ ม.ศ. 5 คนละส่วนกับสอบเข้ามหาลัย เชนันทั้งประเทศเลย แล้วคุณะแนนจิรติฯ ได้ลำดับที่ 1 สายศิลป์ - ฝรั่งเศส ผมได้ลำดับที่ 25 อาจารย์วิริยะ นามศิริพงษ์พันธุ์ ก็เก่งมาก ได้ลำดับที่ 10 กว่า ๆ ของศิลป์ - ฝรั่งเศส

ผลสุดท้าย ผมไปถามท่านอาจารย์จิตติฯ ไปหาท่านที่บ้าน ด้วยความที่ท่านรู้จักผมอยู่แล้ว ตอนแรกไม่กล้าไปหาท่านที่บ้าน จิรติฯ ก็เลยพาผมไปหา ท่านก็ถามผมตรงไปตรงมา ท่านถามว่า คุณเคยสอบ TOEFL ไหม ผมบอกสอบแล้วครับ คุณได้คะแนนเท่าไร ผมบอกว่าได้ 540 ครับ ท่านถามสอบกี่ครั้ง ครั้งเดียวครับ ภาษาอังกฤษคุณใช้ได้นี้ ท่านบอก อย่าไปเรียนประเทศอังกฤษ เพราะประเทศอังกฤษไม่ใช่ต้นกำเนิดของกฎหมายมหาชน และข้อสำคัญ คือ ตำราอังกฤษเขียนไม่เป็นระบบ มันไม่ดี ให้ไปเรียนประเทศฝรั่งเศส ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศต้นแบบของกฎหมายมหาชน แล้ววิธีเขียนตำราของประเทศฝรั่งเศสเป็นระบบระเบียบมากกว่าของประเทศอังกฤษเยอะ ผมก็ตัดสินใจตามอาจารย์จิตติฯ นี่แหละ เลยบอก ก.พ. ไปว่า เลือกไปเรียนประเทศฝรั่งเศส



ภาพที่ 2 : ภาพอาจารย์บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ให้สัมภาษณ์

ภาพประกอบจาก : ศิขรินทร์ ศรีสุข



หลังจากอาจารย์ไปเรียนที่ประเทศฝรั่งเศส กลับมาเป็นอาจารย์ที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ต่อใช้ไหมครับ แล้วอาจารย์ก้าวสู่เส้นทางการเมืองได้อย่างไร ?

ผมไปอยู่ที่นั่นปี ค.ศ. 1978 หรือ พ.ศ. 2521 ใช้ไหม อยู่เมืองตูร์ (Tours) กับเมืองเกรอนอบล์ (Grenoble) เรียนภาษา 6 เดือน แล้วก็เข้าเรียนมหาวิทยาลัยที่มหาวิทยาลัยปารีส 2 (Paris II) ก่อน แล้วก็ไปเรียนมหาวิทยาลัยปารีส 10 (Paris X) ก็จบปริญญาเอกกลับมา ได้เป็นอาจารย์ภาษา จนกระทั่งปี พ.ศ. 2532 ท่านพลเอกชาติชาย⁶ เป็นนายกรัฐมนตรี ท่านให้อาจารย์ไกรศักดิ์หรืออาจารย์โต้ง⁷ บุตรโธนของท่านมาทาบทามให้เป็นที่ปรึกษานโยบาย ผมก็เข้าไปพัวพันกับการเมืองตั้งแต่วันนั้นนะ แต่ในขณะที่พัวพันกับการเมืองนี้ ผมก็ได้มีโอกาสที่จะไปเสนอเรื่องการจัดตั้งศาลปกครอง สู้กันมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2516 แล้ว

ต่อสู้ว่าประเทศไทยสมควรมีศาลปกครองหรือไม่ ?

ใช่ ต่อสู้ว่าจะมีศาลปกครองหรือไม่ และผลสุดท้ายก็บอกว่ามี แต่กระทรวงยุติธรรมเขาก็เสนอให้ศาลปกครองเป็นส่วนหนึ่งของศาลยุติธรรม ด้านสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดย ดร.อมรา ดร.สมภา⁸ คัดค้าน ดร.อมรา ถึงขนาดลงมือแก้กฎหมายกฤษฎีกา ตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ขึ้นประมาณปี พ.ศ. 2520⁹ จะทำแบบประเทศฝรั่งเศส คือ ให้ไปร้องทุกข์ที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ขึ้นเมื่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์วินิจฉัยแล้วส่งให้นายกรัฐมนตรีสั่งการ เหมือนระบบสมัยโน้นนะ

สถานการณ์การจัดตั้งศาลปกครองในช่วงนั้นเป็นอย่างไรบ้างครับ ?

ก็แข่งกันมาเรื่อย พอเปลี่ยนรัฐบาลทีหนึ่ง กระทรวงยุติธรรมก็เสนอทีหนึ่ง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ค้าน เป็นอย่างนี้มาเรื่อย จนกระทั่งถึงช่วงประมาณปี พ.ศ. 2533 - 2534 กระทรวงยุติธรรมก็เสนออีก ผมก็ทำความเข้าใจเสนอท่านนายกชาติชายว่า คณะรัฐมนตรีควรจะมีมติให้ยุติการเสนอเรื่องนี้ แล้วให้ไปพัฒนาคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นศาลปกครอง พอกฎหมายเข้ามาในคณะรัฐมนตรีดิเบตกันสักพักหนึ่ง นายกชาติชาย ท่านก็สั่ง รัฐบาลว่า จะไม่เสนอเรื่องนี้ ให้ยุติการที่จะจัดตั้งศาลปกครองในศาลยุติธรรม แต่ให้ไปพัฒนาระบบกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ขึ้นไปเป็นศาลปกครอง ซึ่งอาจารย์อมราท่านดีใจมาก จุดนี้เป็นเหตุให้ท่านตั้งผมเป็นกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2534 ซึ่งเร็วมาก

⁶ ชาติชาย ชุณหะวัณ

⁷ ไกรศักดิ์ ชุณหะวัณ

⁸ อมร จันทระสมบุญ, สมภาพ โหตระกิตย

⁹ มีการแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พุทธศักราช 2476 และประกาศใช้พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 เตรียมรับการจัดตั้งศาลปกครอง โดยรวมสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องราวร้องทุกข์เข้ากับสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ก็เสนอหลายเรื่องนะตอนนั้น เสนอให้มีผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา และคอยคัดค้านโครงการที่รู้สึกว่าการทุจริตซึ่งเสนอมาจากกระทรวงต่าง ๆ จนกระทั่ง ท่านนายกชาติชายฯ แต่งตั้งผมให้เป็นรองเลขาธิการนายกฯ ฝ่ายการเมือง ผมต้องออกจากราชการ แล้วก็มีการยึดอำนาจ นอกจากได้เป็นรองเลขาธิการนายกฯ แล้ว ผมก็ได้เป็นสมาชิกวุฒิสภาด้วย

อาจารย์ช่วยเล่ารายละเอียดช่วงที่ได้เข้าไปเป็นสมาชิกวุฒิสภาหน่อยครับ ?

ที่แรกผมคิดว่า มันจะเหมาะสมหรือ เพราะว่าผมอายุเพิ่ง 35 ปีเอง พออายุเพิ่ง 35 ปีแล้วถูกตั้งเป็นวุฒิสภา เลย ก็จะเป็นวุฒิสภา ที่อายุน้อยที่สุด แต่ว่าคนที่มาบอกให้นายกฯ ตั้งผม คือ ประธานวิปรัฐบาล เพราะร่างกฎหมายหลายฉบับที่รัฐบาลเสนอนี้ พอไปถึงวุฒิสภา ก็ถูกดักย่ำทำแกงจนเสีย จึงเห็นควรที่จะเอาคนที่ใกล้ชิดกับนายกฯ ชาติชายฯ ไปเป็นสมาชิกวุฒิสภา เพื่อส่งสัญญาณถึงข้าราชการซึ่งนั่งอยู่ในนั้น (ในวุฒิสภา) เช่น ปลัดกระทรวง อธิบดีทั้งหลาย พอรู้ว่าคนนี้พูด เขาจะฟัง ท่านนายกฯ ชาติชายฯ ก็เลยมาบอกผมว่า “บวรศักดิ์คุณจะเป็น สว. ไหม” ผมบอกท่านว่า ไม่น่าจะเหมาะสม เพราะผมเพิ่งอายุ 35 ปี และเป็นรองเลขาธิการนายกฯ ด้วย ท่านก็บอกว่า ดีแล้ว ไปเป็นตั้งแต่หนุ่ม ๆ ผมก็ถามท่านว่า ทำไมท่านก็เล่าเหตุการณ์ให้ฟังว่า ประธานวิปรัฐบาล คือ หมอบุญเฮ้อ ประเสริฐสุวรรณ มาขอให้ตั้งผม เพราะว่ากฎหมายที่ผ่านจากสภาผู้แทนราษฎรไปนี้ ถูกวุฒิสภา แก่ละเทอะไปหมด ท่านนายกฯ ชาติชายฯ ก็กราบบังคมทูลฯ ให้ตั้งผม ผมก็เข้าไปเป็นวุฒิสภา ที่อายุน้อยที่สุด แล้วครูบาอาจารย์ทั้งนั้นนะ ที่นั่งอยู่ในวุฒิสภา อาจารย์สมภพ โหตระกิตย์ อาจารย์อมร จันทรมานพูน มีอะไรผมก็ต้องไปกราบ ขอความกรุณาท่านในฐานะที่เป็นศิษย์ ท่านก็เมตตา

บรรยากาศการทำงานในวุฒิสภาช่วงนั้นเป็นอย่างไรบ้างครับ ?

หลายเรื่องมันมีแรงกระเพื่อม ผมก็ต้องวิ่งไปหาพลเอก สิทธิ จิรโรจน์ ท่านก็เป็นคนที่คนในวุฒิสภาฟังเวลานั้น ผมจำได้เลย กฎหมายประกันสังคมเข้าวุฒิสภา จะไม่ผ่านนะ วุฒิสภา จะคว่ำอีก ผมก็ต้องไปหาพลเอก สิทธิฯ ไปหาอาจารย์สมภพฯ ไปหาประธานวุฒิสภาในเวลานั้นเอง คือ คุณวรรณ¹⁰ เพราะคุณวรรณฯ ท่านเป็นนักธุรกิจ แล้วท่านไม่เห็นด้วย ผมก็เอาเมสเสจจากท่านนายกฯ ชาติชายฯ ไปบอกว่า ท่านประธานฯ ท่านนายกฯ บอกว่า เรื่องนี้สำคัญนะ ขอให้ท่านประธานฯ สนับสนุนท่านนายกฯ ผมก็หมุนโทรศัพท์ให้ท่านคุยกับท่านนายกฯ ชาติชายฯ ตอนนั้นโทรศัพท์มือถือเครื่องใหญ่มาก (ทำท่าทาง) โมโตโรล่า จำได้ไหม ดีหัวคนแตก หลังท่านคุยกับท่านนายกฯ คุณวรรณฯ ก็บอกผม อาจารย์ไม่ต้องห่วง เดี่ยวผมบอกเอง กฎหมายฉบับนั้นก็ผ่านไป

¹⁰ วรรณ ชันชื้อ



อาจารย์ช่วยเล่าที่มาของร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 ได้ไหมครับ ?

ก็ถูกยึดอำนาจ ผมก็ขึ้นเครื่องบินไปลำเดียวกับท่านนะ C130 ถูกเอาเป็นกลจ่อหัว แล้วก็ถูกขังอยู่ในกองบัญชาการอากาศโยธิน ชั้นบนสุด 2 อาทิตย์ แล้วปล่อยออกมา ท่านนายกชาติชายฯ บอกว่า ถ้าให้ รสช. ร่างรัฐธรรมนูญนี้มันจะฆ่ากันแน่ พลเอก ชาติชายฯ ท่านก็ไปเฝ้าพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 9 แล้วท่านกราบบังคมทูลขอให้พระเจ้าอยู่หัวทรงร่างรัฐธรรมนูญ ถ้ารัฐบาลร่างจะกลายเป็น การสืบทอดอำนาจ แล้วจะเกิดการประท้วงกัน เพราะว่าเมืองไทยมาไกลแล้ว พระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 9 ท่านก็บอกว่า ท่านไม่มีเจ้าคุณศรีแล้ว เจ้าคุณศรีในที่นี้ คือ เจ้าพระยาศรีธรรมราชธิเบศ ซึ่งเป็นประธานสภา ร่างรัฐธรรมนูญเมื่อปี พ.ศ. 2491 คือ ท่านทรงปฏิเสธ แต่พลเอก ชาติชายฯ เข้าใจว่า ท่านไม่ทรงขัดข้อง พลเอก ชาติชายฯ ก็ทูลท่านว่า “ข้าพระพุทธเจ้ามีนักกฎหมายมหาชนร่างรัฐธรรมนูญได้พระพุทธเจ้าข้า” จะร่างมาถวาย แล้วกลับมาก็มีคำสั่งผมบอกว่า คุณบรรศักดิ์ไปอังกฤษ ไปอยู่อะพาร์ตเมนต์ ให้ผมไปกับอาจารย์ไต้ง เอาคอมพิวเตอร์ไปเครื่องหนึ่ง แล้วก็เอาคนพิมพ์ไปคนหนึ่ง แล้วสั่งว่า คุณทำให้เสร็จภายในหนึ่งเดือนนะ

สถานการณ์ระดับชั้นเรียนครับ ?

ผมกลับไปบ้านผมกินนอน โอโห นี่ รสช. ยึดอำนาจ ใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 อยู่ ถ้าผมร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ผมเป็นกบฏแน่ แล้วผมก็ฟังที่ท่าน (พลเอก ชาติชายฯ) เล่าให้ฟังนี้ พอเดาได้ว่า พระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 9 ท่านไม่ทรงอยากยุ่งเกี่ยวกับเรื่องร่างรัฐธรรมนูญแน่ อาจารย์ไต้งก็โทรหาผม ผมก็บอกอาจารย์ไต้งว่า ระวังจะถูกกล่าวหาว่าเป็นกบฏนะ ผมติดขัดตรงนี้จริง ๆ นะ ผมไม่รู้จะทำยังไง อาจารย์ไต้งก็บอกเข้าใจ ๆ เพื่อไม่ให้มีปัญหาอะไร ผมจึงขอทุนรัฐบาลฝรั่งเศส ไปอยู่ประเทศฝรั่งเศส 3 เดือน ก็ไม่ได้ไปอยู่เฉย ๆ นะ ไปดูงาน แล้วก็ไปอบรม IIAP¹¹ ไปอบรมเรื่องรัฐวิสาหกิจ เรื่องอะไรต่าง ๆ แล้วเวลาว่างก็เข้าห้องสมุดเขียนตำรากฎหมายมหาชนเล่ม 1 ถึงเล่ม 3 เสร็จที่นั่น ถ้าไม่มีเวลาอย่างนั้นไม่มีทางเขียนได้ เกิดพฤษภาทมิฬระหว่างที่ผมอยู่ประเทศฝรั่งเศส

เอละ เราก็รู้แล้วละว่ามันมีเหตุ พอกลับมาที่ไม่มีอะไร ผมก็มาสอนอยู่ที่จุฬาฯ ตามเดิม ระหว่างนั้น ก็เข้าไปพัวพันกับสภามากขึ้น สส. หลายคนเขาก็เห็นว่า ผมอยู่ฝ่ายรัฐบาลท่านพลเอก ชาติชายฯ แล้วก็ป็นนักวิชาการ เขาก็เอาไปตั้งเป็นที่ปรึกษาการรมการบ้าง อย่างคุณหญิงแก้ว คุณหญิงสุพัตรา มาศดิตถ์ ท่านก็ตั้งผมเป็นที่ปรึกษาการรมการกิจการสภาผู้แทนราษฎร คุณนิพนธ์¹² สส. อ่างทอง ผมเรียกพี่นิพนธ์ ท่านเป็นประธานกรรมาธิการกิจการยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน ท่านก็ให้ผมไปเป็นที่ปรึกษา ก็ได้เข้าไปทำงานสภา คั่นเคยกับสภา

¹¹ Institut International d'Administration Publique (IIAP) ประเทศฝรั่งเศส

¹² นิพนธ์ วิสิษฐยุทธศาสตร์

บทบาทตอนร่างรัฐธรรมนูญของอาจารย์ช่วงนั้นเป็นอย่างไรครับ ?

พรรคการเมืองเวลานั้นก็ตั้งกรมการเมืองวิสามัญศึกษาการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มีอาจารย์ชุมพล ศิลปะอาชา เป็นประธาน ผมได้ไปเป็นกรมการเมืองและทำข้อเสนอเยอะเลย จนกระทั่งเกิดเหตุคุณฉลาด¹³ ประท้วง จำได้ไหม ประท้วงอดข้าวและทำท่าว่าจะตายจริง คนก็ฮือกัน กระแสก็ฮือกัน ต่อต้านรัฐธรรมนูญ รสช. อาจารย์มารุต บุณนาค ท่านรู้สึกไม่สบายใจ ตอนนั้นท่านเป็นประธานรัฐสภา พรรคประชาธิปัตย์ เป็นรัฐบาลที่ตั้งคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย มีท่านอาจารย์ประเวศ วะสี เป็นประธาน และผมเป็นเลขาฯ เราก็เสนอว่า ควรจะมีคณะกรรมการพิเศษร่างรัฐธรรมนูญที่เป็นอิสระ ไม่ได้ขึ้นกับรัฐบาล แล้วก็รัฐธรรมนูญ ควรจะมีเนื้อหาอย่างไร ระหว่างนั้นอาจารย์ประเวศฯ ก็ไปหาทุนให้ผมจาก สกว.¹⁴ แล้วมาทำการศึกษาวิจัย เรื่องรัฐธรรมนูญ ผมก็เชิญนักวิชาการมาทำ 15 เรื่อง อาจารย์วิชัย วรัญญู ทำเรื่ององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ อาจารย์สุรพล นิติไกรพจน์ ก็ทำ อาจารย์วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก็ทำ เานักกฎหมายมหาชนมาระดมกัน 15 เล่ม จนสำเร็จ คณะกรรมการของอาจารย์ประเวศฯ นำ 15 เล่มนี้เป็นฐานในการเสนอต่อท่านประธานมารุต บุณนาค

พอเปลี่ยนเป็นรัฐบาลบรรหาร คุณบรรหารฯ¹⁵ เอาไปหาเสียงว่า ถ้าได้เป็นรัฐบาล เขาจะตั้ง คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ พอได้เป็นรัฐบาล เขาก็เสนอร่างรัฐธรรมนูญเลย ผมได้ไปเป็นกรมการเมือง ของรัฐสภาในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญนั้น ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนั้นเสนอให้มีคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ หลายสาขาอาชีพ ในชั้นกรรมาธิการนี้ เราเปลี่ยนจากกรรมาธิการยกร่างเป็นสภาร่างฯ แล้วก็ผลสุดท้าย คุณบรรหารฯ ตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ 99 คน ผมได้เข้าไปในสายนักวิชาการ และไม่ได้สมัคร คนเสนอผม คือ คุณหญิงนันทกา สุประภาตะนันท์ ท่านสิ้นไปแล้วนะ เคยประชุมกันในคณะกรรมการกฤษฎีกา แล้วท่านก็ชอบ ลีลาผมว่าพูดตรงไปตรงมา ไม่เข้าข้าง ไม่เป็นฝ่ายไหน ท่านก็เสนอ คุณเชื่อไหมว่า ในที่ประชุมรัฐสภา ผมได้คะแนนเสียงสูงสุด คุณไปดูเรคคอร์ดเถอะ รัฐสภาโหวตนักวิชาการ โหวตการบริหารราชการแผ่นดิน คะแนนเสียงผมสูงกว่าคุณอนันท์ ปันยารชุนและคุณอุทัย¹⁶ นะ สูงกว่าทุกคนที่เลือกในนั้น มันเป็นเหตุ ให้คนที่เข้าไปในเวลานั้น ซึ่งมีนักวิชาการอยู่ด้วย แต่อย่าไปเอ่ยชื่อเขาเลย เขากลัวว่าผมจะได้เป็นประธาน สภาร่างฯ เขาก็ไปวิ่งล๊อบบี้ ล๊อบบี้คุณอุทัยฯ ให้เป็นประธานสภาร่างฯ ให้คุณอนันท์ฯ เป็นประธาน กรรมาธิการยกร่างฯ ผมก็ไม่ว่าอะไร ผมก็บอกว่า ผมไม่ได้มีเจตนาที่จะเป็นตำแหน่งเหล่านั้น ตั้งใจมา ร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น

¹³ ฉลาด วรฉัตร

¹⁴ สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย

¹⁵ บรรหาร ศิลปะอาชา

¹⁶ อุทัย พิมพ์ใจชน



ผมเป็นเลขานุการกรรมาธิการร่างฯ เลขานุการคณะกรรมการพิจารณาร่างฯ ผมเล่าให้ฟังนิดหนึ่ง ทำวิจัย 15 เรื่องแล้ว อาจารย์ประจำฯ บอกว่าไม่พอ ให้ยกร่างรัฐธรรมนูญที่ควรจะเป็น ผมบอกไม่ได้ เป็นกบฏ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 ใช้อยู่แล้ว ผมไปยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่นี้เป็นหลักฐานเลยว่า ผมกบฏนะ หลวงกาจสงครามเขาร่างรัฐธรรมนูญปี พ.ศ. 2490 เขาถึงต้องชุกไว้ใต้ตุ่มแดง ในบ้านเขาอะ ยึดอำนาจเสร็จถึงไปรื้อมาจากใต้ตุ่มแดง เขาจึงเรียกรัฐธรรมนูญใต้ตุ่ม ผมไม่ยอม ท่านก็ไปขอรุณ สก. มาให้ บอกว่า เป็นงานศึกษาวิชาการ ผมก็โอเค ก็ระดมพลนักวิชาการ แต่ว่าไม่ใช่ชุดเดิม ทำร่างรัฐธรรมนูญ ภาษาไทย ภาษาอังกฤษ เขียนคำอธิบายโครงสร้างสารพัด สก. ก็รับ ตอนนั้นกลัวมาก ก็เลยไปเชิญ อาจารย์มีชัย¹⁷ อาจารย์วิชญา เป็นที่ปรึกษา ไปเชิญใครต่อใครที่เรียกว่าเป็นที่เชื่อถือในสังคม ผลสุดท้าย ก็ออกมาเป็นร่างรัฐธรรมนูญ แล้วคุณรู้ไหม ร่างรัฐธรรมนูญปี พ.ศ. 2540 ถ้าให้ไปเขียนกันเอง มันไม่มีทางออก คน 99 คน มาจากร้อยพ่อพันแม่ เลียงกันตาย ไม่เป็นระบบด้วย

ร่างรัฐธรรมนูญที่เราทำไว้ มีงานวิชาการเป็นฐานในการเขียนรัฐธรรมนูญ อย่างร่างรัฐธรรมนูญ ที่ผมเขียนไปตอนทำวิจัย ให้มีตุลาการอาญาธร เอาระบบ haute cour de justice ของประเทศฝรั่งเศสมาใช้ ถ้ากล่าวหานักการเมืองก็ขึ้นศาลเดียว ไม่ต้องไปขึ้นศาลธรรมดา ให้มี สว. ครึ่งหนึ่ง สส. ครึ่งหนึ่ง พอเข้าไป ในสภาร่างฯ ก็ไม่เอา พงศ์เทพ¹⁸ เป็นคนเสนอว่า ให้มีศาลฎีกาแผนกคดีอาญาฯ ผมเสนอให้มีศาลปกครอง เข้าไป ถ้าไม่มีรัฐธรรมนูญปี พ.ศ. 2540 ขาดหน้าตอนบ้าย ๆ ก็ไม่เกิด ฟันธงได้เลยนะคุณ คนยกร่าง เรื่องศาลปกครองในรัฐธรรมนูญฯ 2540 คือ อาจารย์วรพจน์ฯ นะ พอเขียนใส่ไป รัฐธรรมนูญปี 2540 ก็ผ่าน

ส่วนของกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับศาลปกครอง อาจารย์ได้มีส่วนร่วมด้วยไหมครับ ?

ตอนทำร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองนี้ ผมไม่ได้เข้าไปยุ่งนะ ผมอยู่เฉพาะตอนประมาณ ปี พ.ศ. 2520 (ที่มีการปรับปรุงพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา) ส่วนกฎหมายอื่น ๆ ในช่วง รัฐธรรมนูญปี 2540 ท่านอาจารย์ชัยวัฒน์¹⁹ รองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เขาอยากทำกฎหมาย วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ มีการแต่งตั้งคณะทำงาน แล้วก็ประชุมกัน นำกฎหมายของประเทศเยอรมันมาเป็นฐาน เข้าไปร่างกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ ความจริงเสนอฉบับเดียว แต่คุณมีชัยฯ จับแยกเป็นสองฉบับ ตอนนั้นท่านเป็นรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี

กลับมากฎหมายจัดตั้งศาลปกครอง ผมไม่ได้ร่วมร่าง แต่เห็นร่างสุดท้าย ตอนนั้นผมได้ทักท้วง คุณชัยวัฒน์ฯ แล้วว่า คุณเขียนกฎหมายจัดตั้งฯ แบบนี้มันพันธุทางนะ คนเสนอคดี (ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง) ให้ผู้มีส่วนได้เสียเสนอได้ มูลนิธิบ้าง สมาคมโลกร้อนบ้าง ฟ้องได้เหมือนระบบกฎหมายฝรั่งเศส

¹⁷ มีชัย ฤชุพันธุ์

¹⁸ พงศ์เทพ เทพกาญจนา

¹⁹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์

แต่คุณให้อำนาจศาลกว้างเหมือนระบบกฎหมายเยอรมัน คุณจะมีปัญหาะ ระบบกฎหมายฝรั่งเศส ผู้เสนอคดีกว้าง แต่อำนาจศาลแคบ สั่งได้เฉพาะเพิกถอน แล้วให้ใช้ค่าเสียหาย ไปสั่งห้ามฝ่ายปกครองไม่ได้ ไปสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการไม่ได้ เพราะถือว่าเป็นการก้าวกายเข้าไปในอำนาจของฝ่ายปกครอง ประเทศเยอรมันเขาถือว่าเขาเป็นศาล เสนอคดีได้แคบ คือ ต้องได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง แต่อำนาจศาลมีมาก สั่งให้ injunction ได้ สั่งให้ prohibition ได้ แต่ของเรากลายเป็นห้วงมุกท้ายมังกร ผู้มีสิทธิฟ้องคดีก็กว้าง อำนาจศาลปกครองก็กว้าง เอาของประเทศฝรั่งเศสมาปนกับประเทศเยอรมัน



ภาพที่ 3 : ภาพอาจารย์บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และทีมงานวารสารวิชาการศาลปกครอง
ภาพประกอบจาก : ศิรินทร์ ศรีสุข

ด้วยภาระงานของศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ซึ่งต้องบรรยายต่อในช่วงเย็น ทำให้การสัมภาษณ์ครั้งนี้ต้องยุติลงด้วยข้อจำกัดด้านเวลา อาจารย์ทิ้งท้ายไว้ว่า ยังมีเรื่องน่าสนใจที่อยากเล่าอีกเยอะ แต่คงต้องเป็นในโอกาสหน้า ทีมงานวารสารวิชาการศาลปกครองได้กล่าวขอบพระคุณในความอนุเคราะห์

จบลงไปแล้วนะครึ่กับคอลัมน์ ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ” ฉบับนี้หวังว่าเนื้อหาการสัมภาษณ์ ซึ่งประกอบด้วย ตัวตนและแนวคิดของอาจารย์ รวมถึงเกร็ดความรู้ทางประวัติศาสตร์และพัฒนาการของกฎหมายมหาชนไทย จะเป็นประโยชน์กับผู้อ่านทุกท่าน แล้วพบกันใหม่กับวารสารวิชาการศาลปกครองฉบับหน้า *สวัสดิ์ศรี...*



คดีปกครองเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่น
ตามกฎหมายไทย

โดย สุชาวุฒิ แสนคำ

วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2563 (161 หน้า)

ในชั้นของการยกร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ได้มีการกำหนดลักษณะคดีปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง โดยลักษณะประการหนึ่งของคดีปกครอง คือ คดีที่เป็นการฟ้องการกระทำละเมิดที่เกิดจากหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ โดยในชั้นของการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้มีการแก้ไขข้อความโดยเพิ่มเรื่องความรับผิดอย่างอื่นด้วย ซึ่งเป็นที่มาของมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) ที่บัญญัติว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครอง

แนะนำวิทยานิพนธ์ที่น่าสนใจ*

หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(สุชาวุฒิ แสนคำ, 2563, หน้า 24-27)

ประเด็นปัญหาทางกฎหมาย

คดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่น

ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นลักษณะคดีพิพาทประเภทหนึ่งที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้กำหนดนิยาม “ความรับผิดอย่างอื่น” ว่ามีความหมายหรือมีองค์ประกอบทางกฎหมายอย่างไร

โดยที่ความมุ่งหมายของคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่นมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายมิได้มุ่งเน้นถึงการโต้แย้งการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย

* แนะนำโดย นางสาวณัฏฐา เชื้ออุ้น และนางสาวนิดา บาลโสง มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ สาขานิติศาสตร์ (นิสิตฝึกงานกลุ่มสนับสนุนงานคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง)

ของการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นสำคัญ ทั้งนี้ แม้ว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่นเป็นคดีพิพาทที่มีหลักการพื้นฐานแตกต่างจากคดีปกครองประเภทอื่น ๆ ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณากฎหมายปัจจุบันแล้ว ยังคงใช้วิธีพิจารณาคดีปกครองทั้งเรื่องเงื่อนไขในการฟ้องคดีและการพิจารณาพิพากษาคดีตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ในลักษณะเดียวกันกับคดีปกครองประเภทอื่น ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาความหมายและขอบเขตของความรับผิดของฝ่ายปกครองเงื่อนไขในการฟ้องคดี และการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง เพื่อทำความเข้าใจคดีปกครองเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่นว่า มีลักษณะคดีเงื่อนไขการฟ้องคดี และการพิจารณาพิพากษาคดีแตกต่างจากคดีอื่นที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองหรือไม่ อย่างไร

ประเด็นศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

จากประเด็นนิยามของความรับผิดอย่างอื่นและเขตอำนาจศาลปกครองในคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาประเด็นดังนี้

- เจตนารมณ์เบื้องหลังของแนวความคิดว่าด้วยคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่นในการดำเนินคดีของศาลปกครองไทย

- เงื่อนไขการฟ้องคดี และการพิจารณาพิพากษาคดี ทั้งนี้ โดยศึกษาเปรียบเทียบหลักการพื้นฐานระหว่างคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่นและคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิด

- อำนาจของศาลปกครอง การพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เยอรมัน และไทย

- เปรียบเทียบคำอธิบายของนักกฎหมายไทย คำพิพากษา คำสั่งและแนวทางการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองไทย ซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่น

ผลจากการศึกษาประเด็นปัญหา

เมื่อพิจารณาหลักความรับผิดของฝ่ายปกครองในประเทศไทยเปรียบเทียบกับหลักความรับผิดของฝ่ายปกครองตามกฎหมายต่างประเทศแล้วพบว่า

- **ฝรั่งเศส** : หลักความรับผิดของรัฐ จำแนกเป็น 2 ประเภท คือ หลักความรับผิดอันเกิดจากความผิด และหลักความรับผิดโดยปราศจากความผิด

- **เยอรมัน** : หลักความรับผิดของรัฐที่เกิดจากการกระทำโดยมีความผิด และหลักความรับผิดของรัฐที่เกิดจากการกระทำโดยไม่มีความผิด

(สุชาวดี แสนคำ, 2563, หน้า 6 และหน้า 14)

สำหรับความรับผิดอย่างอื่นตามกฎหมายไทยจากการศึกษาพบว่า มีลักษณะที่ไม่เหมือนกับหลักความรับผิดของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือความรับผิดอย่างอื่นในระบบกฎหมายของประเทศไทยมีความหมายกว้างกว่าหลักความรับผิดโดยปราศจากความผิดตามหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส โดยเฉพาะในชั้นของการยกร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทย จะเห็นได้ว่า ความรับผิดอย่างอื่นหมายรวมถึงลามิควร์ได้และจัดการงานนอกสั่งในทางกฎหมายปกครอง ตลอดจนหนี้ทางปกครองในลักษณะอื่นด้วย



นอกจากนี้ จากการศึกษาเงื่อนไขการฟ้องคดีเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่นและคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดตามกฎหมายไทย ซึ่งคดีทั้งสองประเภทมีเงื่อนไขการฟ้องและการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลที่ไม่ได้แตกต่างกัน แต่มีความมุ่งหมายของคดีที่จะเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเช่นกัน โดยคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดมุ่งเยียวยาความเสียหายเพื่อให้ผู้เสียหายกลับสู่ฐานะเดิมก่อนที่จะได้รับความเสียหาย แต่คดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่น มุ่งที่จะเยียวยาความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับมากกว่าปกติทั่วไป ซึ่งศาลปกครองจะใช้หลักความเสมอภาคในการรับภาระสาธารณะ โดยเป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณากำหนดค่าเสียหายให้เหมาะสมและเป็นธรรมตามข้อเท็จจริงแต่ละกรณี

ข้อเสนอแนะของผู้เขียนวิทยานิพนธ์

เพื่อเป็นการแก้ปัญหาการฟ้องคดีพิพาทบางลักษณะคดีในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีนำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลว่าเป็นการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือความรับผิดอย่างอื่น เพื่อที่ศาลไม่จำเป็นต้องกำหนดประเภทคดีใหม่ภายหลัง ในชั้นของการตรวจรับคำฟ้องศาลอาจกำหนดให้การฟ้องคดีเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นคดีฟ้องขอให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ และในชั้นของการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลจึงจะพิจารณาในเนื้อหาแห่งคดีว่ากรณีพิพาทดังกล่าว

เป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมุ่งหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดีจำต้องรับผิดชอบเนื่องจากการกระทำละเมิดหรือเป็นเรื่องความรับผิดอย่างอื่นของรัฐ เนื่องจากในระบบกฎหมายไทยก็มีได้ให้คำนิยามความหมายของความรับผิดอย่างอื่นว่ามีหมายความว่าหรือมีลักษณะอย่างไร

ผู้เขียนวิทยานิพนธ์จึงมีข้อเสนอแนะว่าในการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดของศาลควรจะพิจารณากำหนดลักษณะประเภทคดีโดยดูที่คำขอ หรือความมุ่งหมายของผู้ฟ้องคดีเป็นหลักมากกว่าการกำหนดประเภทคดีตามที่ผู้ฟ้องคดีบรรยายมาในคำฟ้อง

ประโยชน์ในทางวิชาการ

การศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทำให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่นที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ทั้งในเรื่องของวิธีพิจารณาคดีและการพิจารณาพิพากษาคดี นำไปสู่การวิเคราะห์เงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่น ดังนี้

- ผู้ฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้ถูกระทบสิทธิ ซึ่งต้องเป็นสิทธิตามกฎหมายหรือประโยชน์ตามที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง
- ก่อนนำคดีมายื่นฟ้องต่อศาล ผู้ฟ้องคดีจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายเสียก่อน
- ระยะเวลาฟ้องคดีภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับหรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มีเหตุแห่งการฟ้องคดีหรือระยะเวลาตามที่กฎหมายเฉพาะกำหนด

- คำฟ้องจะต้องบรรยายถึงความเสียหายที่ตนเองได้รับจากการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

- กรณีขอให้ใช้เงินจะต้องระบุจำนวนเงินที่ชัดเจน ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับโดยสั่งให้ใช้เงิน หรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ได้ด้วย

ประเด็นที่ยังมีความเห็นทางกฎหมายแตกต่างกันในคดีพิพาทเกี่ยวกับลามมิควรได้

กรณีที่หน่วยงานทางปกครองฟ้องเรียกให้ข้าราชการคืนเงินที่ได้รับไปโดยไม่มีสิทธิมีคำวินิจฉัยของศาลปกครอง แบ่งออกเป็น 2 แนว คือ **แนวที่หนึ่ง** เห็นว่า เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง และ**แนวที่สอง** เห็นว่า เงินที่ข้าราชการได้รับไปมีลักษณะเป็นเพียงลามมิควรได้ที่หน่วยงานทางปกครองในฐานะเจ้าหน้าที่อาจเรียกคืนได้ ไม่ใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง แต่เป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

- คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล มีความเห็นว่า คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง จะต้องเป็นคดีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นฝ่ายเอกชน และมีหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ถูกฟ้องคดีเป็นสำคัญ ทั้งนี้ กรณีที่หน่วยงานทางปกครองเป็นผู้ฟ้องคดี จะไม่เข้าลักษณะคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่น (คำวินิจฉัยที่ 83/2558)

อย่างไรก็ดี มีกรณีที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วินิจฉัยว่าการที่หน่วยงานทางปกครองฟ้องเรียกค่าที่ดินคืนจากเอกชนเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่นอันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง โดยที่ไม่ได้พิจารณาเรื่องคู่กรณีฝ่ายที่ฟ้องเป็นสำคัญ (คำวินิจฉัยที่ 26/2546)

ผู้เขียนวิทยานิพนธ์เห็นว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับการเรียกคืนทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่รับไว้โดยไม่มีสิทธิภายใต้นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน ในกรณีที่มิหน่วยงานของรัฐเป็นคู่กรณีไม่ว่าจะเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้รับไปโดยคำสั่งทางปกครอง โดยสัญญาทางปกครอง หรือโดยปฏิบัติการทางปกครอง อยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายว่าด้วยลามมิควรได้ในระบบกฎหมายมหาชน จึงถือว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่นตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองจึงควรเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทดังกล่าว

(สุชาวดี แสนคำ, 2563, หน้า 106-108)

ความน่าสนใจของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้แนะนำวิทยานิพนธ์เห็นว่า คดีปกครองเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่นตามกฎหมายไทยยังมีความเห็นที่มีการถกเถียงมาจนถึงปัจจุบันเกี่ยวกับนิยามความหมายของความรับผิดอย่างอื่นตามกฎหมายปกครองและอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีว่า คดีลักษณะใดบ้างที่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่นที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3)



แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง
และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542
ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวิธีการอธิบายที่ชัดเจน
ก่อให้เกิดความรู้ความเข้าใจในหลักการพื้นฐาน
ของคดีพิพาทดังกล่าว และนำไปสู่การปรับใช้
วิธีพิจารณาคดีและการพิจารณาพิพากษาคดี
ของศาล จึงเห็นว่าเป็นประโยชน์และมีความน่าสนใจ
ที่จะนำมาศึกษาวิเคราะห์ต่อยอดต่อไป

“ ปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศเป็นภาระร่วมกันของมนุษยชาติ
รัฐภาคีจึงควรรับมือกับปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศด้วยการเคารพ
ส่งเสริม และตระหนักถึงพันธกรณีของรัฐในด้านสิทธิมนุษยชน สิทธิในสุขภาพ
สิทธิของชนพื้นเมือง ชุมชนท้องถิ่น ผู้อพยพ เด็ก ผู้พิการ และผู้ที่อยู่ในสถานะเปราะบาง
รวมถึงสิทธิในการพัฒนาไปพร้อมกับการส่งเสริมความเสมอภาคทางเพศ
พลังแห่งสตรี และความเสมอภาคระหว่างรุ่น ”

Preamble of the Paris Agreement