



วารสารวิชาการ

ศาลปกครอง

Administrative Courts Journal

ปีที่ 24 ฉบับที่ 3 (กันยายน-ธันวาคม) 2567

บทความทางวิชาการ

- หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ : บทบาทของภาครัฐในทางเศรษฐกิจภายใต้อิทธิพลของสหภาพยุโรป
อานันท์ กระบวนศรี
- หลักการระงับไว้ก่อนในกฎหมายของสหภาพยุโรป
ศิรินทร์ ศรีสุข
- ปัญหาการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองไปยังคู่กรณีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ
พัฒนพงศ์ คงศักดิ์

บทวิเคราะห์คดี

- บทบาทของศาลปกครองต่อการคุ้มครองเสรีภาพทางศาสนาในสถานศึกษา กรณีศึกษาจากการห้ามนักเรียนสวมเครื่องแบบตามความเชื่อของศาสนาอิสลามในสถานศึกษาที่ตั้งอยู่บนพื้นที่ธรณีสงฆ์
(คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565)
วิชา เนตรหัสนันท์
- การตรวจพิจารณาและกำหนดประเภทภาพยนตร์ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 :
การพิจารณาภาพยนตร์เกี่ยวกับเหตุการณ์ร่วมสมัย เปรียบเทียบกรณีตามกฎหมายเยอรมัน
(คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 7/2567)
วิชัยพาส พิมพ์อักษร
- ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง กรณีศึกษาการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจ
ในฐานะเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558
(คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 32/2567)
ขวัญชัย อัตโน

คอลัมน์หลักกฎหมายมหาชน

- สรุปความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 637/2567 การดำเนินการเกี่ยวกับการให้ข้าราชการตำรวจ
ออกจากราชการไว้ก่อน
นิชาภา เขียนสายออ

คอลัมน์ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ

“ชีวประวัติของ Prof. Dr. Hartmut Maurer”

วารสารวิชาการ

ศาลปกครอง

Administrative Courts Journal

€ – Journal

ราคา 150 บาท

ปีที่ 24 ฉบับที่ 3
(กันยายน-ธันวาคม) 2567

ที่ปรึกษา

นายประสิทธิ์ศักดิ์

มีลาภ

ประธานศาลปกครองสูงสุด

คณะกรรมการอำนวยการจัดทำวารสารวิชาการศาลปกครอง

นายวิชณุ	วรัญญู	รองประธานศาลปกครองสูงสุด
นายสุชาติ	มงคลเลิศพล	รองประธานศาลปกครองสูงสุด
นายเทอดพงศ์	คงจันทร์	ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองกลาง
นางจักรวดี	มนูญพงศ์	ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองกลาง
นายสุชาติ	วงศ์สินาค	ตุลาการศาลปกครองเพชรบุรี
นางสาววรรณ	วิจารณ์ันท์	ตุลาการศาลปกครองกลาง
นายเชิดวุฒิ	สินพิมลบูรณ์	ตุลาการศาลปกครองกลาง
นายจำนงค์	ถาวรวิสิทธิ์	รองเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง รักษาการในตำแหน่ง เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง
นายวิริยะ	วัฒนสุชาติ	ผู้อำนวยการสำนักส่งเสริมงานคดีปกครอง
นายณรินทร์	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.ฐาгур	ศิริยุทธ์วัฒนา	อดีตคณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ยอดพล	เทพสิทธิธา	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร
นายศุภวัฒน์	สิงห์สุวงศ์	สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
นายเอกชัย	ไชยनुวัติ	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสยาม

คณะกรรมการจัดการวารสารวิชาการศาลปกครอง

นายจ่านงค์	ถาวรวิสิทธิ์	รองเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง รักษาการในตำแหน่ง เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง
นายเจตน์	สถาวรศิลป์พร	รองเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง
นายนรินทร์	อิธิสาร	ผู้อำนวยการสำนักวิจัยและวิชาการ
นายวิริยะ	วัฒนสุชาติ	ผู้อำนวยการสำนักส่งเสริมงานคดีปกครอง
นางผจงจิตต์	วงศ์ธีรญาณเดช	ผู้อำนวยการวิทยาลัยการยุติธรรมทางปกครอง
นางสาวจณัญญา	สุภานิช	ผู้อำนวยการสำนักประชาสัมพันธ์
นางสาวอภิญา	แก้วกำเหนิด	ผู้อำนวยการกลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ

ฝ่ายจัดการวารสารวิชาการศาลปกครอง

นางสาวอภิญา	แก้วกำเหนิด	นางสาวพัชรภรณ์	ศิริวิมลกุล
นายนิติกร	ชัยวิเศษ	นางณัฐ์เนตร	เศวตอริยพงษ์
นายพัฒน์พงศ์	คงศักดิ์	นางสาวนิชาภา	เขียนสายออ
นางสาวสุภาณี	ขวัญจันทิก	นายคติจน	สินสูงสุด
นายณัฐภัทร	ประเสริฐวิทย์		

ฝ่ายพิสูจน์อักษรและการพิมพ์

นางสาวศิรินทร์ ศรีสุข	นางสาวดวงแก้ว	เกิดจันทร์
-----------------------	---------------	------------

ฝ่ายประชาสัมพันธ์และงานศิลป์

นางสาวจณัญญา	สุภานิช	นางสาวรัตนภรณ์	พงสะมั่ง
นางรัชนีวรรณ	คงทวี	นางสาวจุฑาภาณ	สายรัตเงิน

ฝ่ายสารสนเทศและเว็บไซต์

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

ฝ่ายจัดจำหน่าย

นายตุลฉัตร	อุตารักษ์	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 3 มีผลงานทางวิชาการที่ผ่านการพิจารณาให้ตีพิมพ์ประกอบด้วยบทความทางวิชาการ 3 เรื่อง ได้แก่ 1) หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ : บทบาทของภาครัฐในทางเศรษฐกิจภายใต้อิทธิพลของสหภาพยุโรป โดยนายอานันท์ กระบวนศรี ซึ่งเน้นเรื่องบทบาทของภาครัฐทางเศรษฐกิจที่วิเคราะห์จากมุมมองของสหภาพยุโรป 2) หลักการระงับไว้ก่อนในกฎหมายของสหภาพยุโรป โดยนางสาวศิรินทร์ ศรีสุข และ 3) ปัญหาการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองไปยังคู่กรณีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ โดยนายพัฒนพงศ์ คงศักดิ์

ในส่วนของบทวิเคราะห์คดีประกอบด้วย 3 เรื่อง ได้แก่ 1) บทบาทของศาลปกครองต่อการคุ้มครองเสรีภาพทางศาสนาในสถานศึกษา กรณีศึกษาจากการห้ามนักเรียนสวมเครื่องแบบตามความเชื่อของศาสนาอิสลามในสถานศึกษาที่ตั้งอยู่บนพื้นที่ธรณีสงฆ์ (คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565) โดยนายวิชา เนตรหัสนันท์ 2) การตรวจพิจารณาและกำหนดประเภทภาพยนตร์ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 : การพิจารณาภาพยนตร์เกี่ยวกับเหตุการณ์ร่วมสมัยเปรียบเทียบกรณีตามกฎหมายเยอรมัน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 7/2567) โดยนายวิญญู พาสพิมพ์อักษร และ 3) ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง กรณีศึกษาการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจในฐานะเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 32/2567) โดยนายขวัญชัย อัดโณ

วารสารฉบับนี้มีหลักกฎหมายมหาชนที่ทันสมัย คือ “สรุปความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 637/2567 การดำเนินการเกี่ยวกับการให้ข้าราชการตำรวจออกจากราชการไว้ก่อน” โดยนางสาวนิชาภา เขียนสายออ ซึ่งหากท่านผู้อ่านได้ติดตามข่าวสารบ้านเมืองก็พอจะทราบเรื่องราวความเป็นมา โดยหลักกฎหมายมหาชนเรื่องนี้เป็นกรณีอธิบายหลักกฎหมายมหาชนที่ทันต่อเหตุการณ์และต้องขอบคุณนางสาวอภิญญา แก้วกำหนด สำหรับคำแปลการบรรยายทางวิชาการ เรื่อง การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังที่กฎหมายมีผลบังคับใช้แล้ว ที่บรรยายโดย Professeur Mathieu DISANT ศาสตราจารย์ประจำโรงเรียนกฎหมายแห่งซอร์บอนน์ มหาวิทยาลัยปารีส 1 ปองเฌอ-ซอร์บอนน์ ซึ่งเป็นการเผยแพร่ความรู้ให้แพร่หลายมากขึ้น

“กฎหมายไม่ได้กำเนิดมาอย่างโดดเดี่ยว แต่นักกฎหมายต่างหากที่ เป็นผู้เสนอแนวคิดทฤษฎีต่าง ๆ ผ่านการเสนอ การอภิปรายถกเถียงจนตกผลึกเป็นหลักกฎหมายของแต่ละรัฐ” ในวารสารฉบับนี้ได้เผยแพร่ชีวประวัติของ Prof. Dr. Hartmut Maurer นักกฎหมายชาวเยอรมันร่วมสมัยซึ่งนักกฎหมายไทยที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศเยอรมนีน่าจะมีหนังสือของท่านไว้ในครอบครองกันแทบทุกคน และโดยที่ท่านได้ถึงแก่กรรมเมื่อวันที่ 6 มกราคม 2567 จึงถือโอกาสนี้แนะนำและรำลึกถึงท่านในคอลัมน์ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ ที่เรียบเรียงโดยนายนิติกร ชัยวิเศษ และเมื่อได้อ่านแล้ว นักกฎหมาย



ในภาคพื้นอื่น เช่น สหรัฐอเมริกา จะได้มีมุมมองที่หลากหลายมากขึ้น นับว่าเป็นประโยชน์ต่อวงการกฎหมายมหาชนอย่างยิ่ง

ในบทส่งท้าย วารสารฉบับนี้ตีพิมพ์คอลัมน์แนะนำวิทยานิพนธ์ที่น่าสนใจ ได้แก่ วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เรื่อง การเลิกสัญญาทางปกครอง จัดทำโดยนางสาวภัทราธิษฐ์ มณีพันธุ์ และแนะนำโดยนายกองพล เสถียรกานนท์ และนางสาวบุศรา จิตต์สะอาด ซึ่งวิทยานิพนธ์นี้มีการศึกษาการเลิกสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนี โดยมีข้อเสนอทางกฎหมายว่าการเลิกสัญญาทางปกครองของประเทศไทยจะต้องมีการปรับมาใช้กับบริบทของประเทศไทยอันเป็นการหาจุดสมดุลเพื่อคุ้มครองทั้งคู่สัญญาฝ่ายภาครัฐ และเอกชน

กองบรรณาธิการวารสารวิชาการศาลปกครองขอขอบคุณผู้เขียนทุกท่านที่ได้กรุณาส่งผลงานทางวิชาการเพื่อตีพิมพ์เผยแพร่ความรู้และความคิดใหม่ ๆ ในวงการกฎหมายมหาชน กระผมขอขอบคุณคณะทำงานทุกท่านที่สละเวลาประชุมกลั่นกรองเนื้อหาต่าง ๆ ขอขอบคุณเจ้าหน้าที่ของสำนักงานศาลปกครอง โดยเฉพาะสำนักวิจัยและวิชาการที่ทำหน้าที่ประสานงานจนวารสารฉบับนี้ออกเผยแพร่สู่สาธารณะ ทำนี้กองบรรณาธิการไม่ได้คำนึงถึงประเด็นว่าวารสารวิชาการศาลปกครองจะอยู่ในการจัดลำดับอย่างเป็นทางการตามมาตรฐานต่าง ๆ ที่กำหนดโดยหน่วยงานอย่างไร แต่ประเด็นที่กองบรรณาธิการคำนึงถึงมากที่สุด คือ ความมุ่งมั่นที่จะเผยแพร่ความรู้ทางกฎหมายมหาชน แนวคิดทฤษฎีต่าง ๆ เพื่อให้หลักกฎหมายปกครอง กฎหมายมหาชน และศาลปกครองเป็นที่พึ่งในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน ภายใต้หลักประชาธิปไตยและนิติรัฐ

เอกชัย ไชยบุรี

บรรณาธิการ



วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 24 ฉบับที่ 3 (กันยายน-ธันวาคม) 2567

สารบัญ

บทความทางวิชาการ

- หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ : บทบาทของภาครัฐในทางเศรษฐกิจภายใต้อิทธิพลของสหภาพยุโรป
โดย อานันท์ กระบวนศรี 1
- หลักการระงับไว้ก่อนในกฎหมายของสหภาพยุโรป
โดย ศิขรินทร์ ศรีสุข 38
- ปัญหาการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองไปยังคู่กรณีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ
โดย พัฒนพงศ์ คงศักดิ์ 70

บทวิเคราะห์คดี

- บทบาทของศาลปกครองต่อการคุ้มครองเสรีภาพทางศาสนาในสถานศึกษา กรณีศึกษาจากการห้ามนักเรียนสวมเครื่องแบบตามความเชื่อของศาสนาอิสลามในสถานศึกษาที่ตั้งอยู่บนพื้นที่ธรณีสงฆ์
(คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565)
โดย วิชชา เนตรหัตถ์สนั่น 109
- การตรวจพิจารณาและกำหนดประเภทภาพยนตร์ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 : การพิจารณาภาพยนตร์เกี่ยวกับเหตุการณ์ร่วมสมัย เปรียบเทียบกรณีตามกฎหมายเยอรมัน
(คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 7/2567)
โดย วิชญ์พาส พิมพ์อักษร 137
- ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง กรณีศึกษาการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจในฐานะเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558
(คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 32/2567)
โดย ขวัญชัย อัดโน 155



หลักกฎหมายมหาชน

- สรุปความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 637/2567 การดำเนินการเกี่ยวกับการให้ข้าราชการตำรวจออกจากราชการไว้ก่อน
โดย นิชาภา เขียนสายออ

183

คำแปลการบรรยายทางวิชาการ

- การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังที่กฎหมายมีผลบังคับใช้แล้ว
โดย Professeur Mathieu DISANT ศาสตราจารย์ประจำโรงเรียนกฎหมายแห่งซอร์บอนน์
มหาวิทยาลัยปารีส 1 ปองเธโอ-ซอร์บอนน์
ถอดความและเรียบเรียงโดย อภิญา แก้วกำเนิด

192

คอลัมน์ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ

- “ชีวประวัติของ Prof. Dr. Hartmut Maurer”

212

คอลัมน์แนะนำวิทยานิพนธ์ที่น่าสนใจ

- การเลิกสัญญาทางปกครอง
เขียนโดย ภัทรานิษฐ์ มณีพันธุ์
โดย กองพล เสถียรกานนท์ และบุศรา จิตต์สอาด

217

หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ :
บทบาทของภาครัฐในทางเศรษฐกิจภายใต้อิทธิพลของสหภาพยุโรป

Principles of Public Economic Law :

The Role of the State in the Economy under the Influence of the European Union

อานันท์ กระบวนศรี*

รับบทความเมื่อ 17 กันยายน 2566

แก้ไขบทความเมื่อ 4 ธันวาคม 2567

ตอบรับบทความเมื่อ 6 ธันวาคม 2567

บทคัดย่อ

กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐสมัยใหม่ที่รัฐมีบทบาทสำคัญในทางเศรษฐกิจอย่างมีนัยสำคัญ ปัจจุบันมีคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเข้าสู่การพิจารณาตัดสินของศาลปกครองหลายคดีซึ่งศาลมักจะต้องเข้ามาใช้และตีความหลักการแข่งขันอย่างเสรีที่เรียกร้องไม่ให้รัฐเข้ามาประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชนและหลักการจัดทำบริการสาธารณะที่รัฐมักจะอ้างบริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ (les services d'intérêt économique general (SIEG)) เพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน การศึกษาหลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีพัฒนาการมาอย่างยาวนานย่อมทำให้เกิดความเข้าใจในความเป็นมาของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจดียิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลของสหภาพยุโรปที่ได้เข้ามาปรับใช้กฎหมายและหาสมดุลระหว่างหลักการแข่งขันอย่างเสรีและหลักการจัดทำบริการสาธารณะ แนวคำพิพากษาช่วยทำให้เห็นภาพของบทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจได้เป็นอย่างดี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปในคดี *Altmark* ค.ศ. 2003 ที่เป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานที่ศาลได้วางเงื่อนไขสำคัญที่จะทำให้รัฐสมาชิกสามารถดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจได้โดยไม่ขัดต่อสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ที่ได้วางหลักทั่วไปเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าที่เป็นหัวใจสำคัญของสหภาพยุโรป

คำสำคัญ : กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ, ประเทศฝรั่งเศส, สหภาพยุโรป, บทบาทของภาครัฐในทางเศรษฐกิจ, สนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป, บริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ, ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป

*

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



Abstract

Public economic law is a law of great importance, especially in modern states where the state plays a significant economic role. Currently, administrative cases pertaining to public economic law are frequently brought before the Administrative Court, necessitating the application and interpretation of principles that safeguard free competition and uphold the concept of public service. The latter involves the provision of economic services for the people, often referred to as “les services d’intérêt économique général (SIEG)”. Studying the principles of French public economic law, which have developed over a long period of time, will provide a better understanding of the history of public economic law, especially by studying the judgments of the European Union courts. The judgments of the EU courts reflect the application of the law and the delicate balance they strike between the principles of free competition and those of public service. In particular, the 2003 decision by the Court of Justice of the European Community in the Altmark case established a precedent. In this landmark ruling, the Court laid down essential conditions that would enable member states to engage in economic activities without contravening the Treaty on the Functioning of the European Union, which lies at the core of the European Union and outlines its general principles concerning trade competition.

Keywords : Public economic law, France, European Union, Role of the government sector in the economy, Treaty on the Functioning of the European Union, Services d’intérêt économique général, Court of Justice of the European Union

บทนำ

ภายใต้แนวคิดทางเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม รัฐสมัยใหม่มีหน้าที่ต้องลดบทบาทในทางเศรษฐกิจ เพื่อให้เกิดการแข่งขันในตลาดอย่างเสรีและเป็นธรรม ประเทศไทยซึ่งได้มีการวางหลักประกันเสรีภาพในการประกอบกิจการของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ¹ จึงได้ทำการแปรรูปรัฐวิสาหกิจที่เคยมีความสำคัญต่อความมั่นคงของประเทศ ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่มีชื่อเสียงในคดี พ. 35/2550 ซึ่งมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการแปรรูปการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยเป็นบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ที่ศาลปกครองได้พิพากษาให้มีการแบ่งแยกทรัพย์สินในส่วนที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน กล่าวคือ สิทธิการใช้ที่ดินเพื่อวางระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อออกจากทรัพย์สินของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) และแบ่งแยกอำนาจและสิทธิในส่วนที่เป็นอำนาจมหาชนของรัฐออกจากอำนาจและสิทธิของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ทั้งนี้ พบว่าการลดบทบาทในทางเศรษฐกิจของรัฐในทำนองเดียวกันยังปรากฏในภาคส่วนการผลิตพลังงานไฟฟ้า ดังปรากฏในพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลาขายปลีกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 ซึ่งเป็นความพยายามแปรรูปการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาเพิกถอนพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 5/2549 อันส่งผลให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยยังคงมีบทบาทสำคัญในการผลิตพลังงานไฟฟ้าเพื่อตอบสนองความต้องการทางพลังงานของประเทศ อย่างไรก็ตาม แนวคิดเสรีนิยมใหม่ได้เรียกร้องให้ประเทศไทยต้องปรับตัวเป็นอย่างมาก รัฐได้ลดบทบาทในทางเศรษฐกิจลงทีละน้อยรวมถึงกิจการพลังงานที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยได้ลดบทบาทโดยเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามาประกอบกิจการผลิตไฟฟ้ามากขึ้นเรื่อย ๆ จนกลายเป็นว่าในปัจจุบัน ไฟฟ้าที่ผลิตในประเทศมาจากสัดส่วนของโรงงานเอกชนมากกว่ากึ่งหนึ่ง ดังปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2566 ที่ได้รับรองว่าการกระทำของกระทรวงพลังงานและคณะรัฐมนตรีที่ให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการผลิตไฟฟ้าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ถูกต้องครบถ้วนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 56 วรรคสาม และวรรคสี่ ประกอบมาตรา 3 วรรคสอง²

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 40 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพื่องานที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น”

การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 56 “รัฐต้องจัดหรือดำเนินการให้มีสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนอย่างทั่วถึงตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน

(มีต่อหน้าถัดไป)



ตัวอย่างคดีปกครองและคดีรัฐธรรมนูญที่ได้ยกมาข้างต้นได้แสดงให้เห็นถึงภารกิจของรัฐสมัยใหม่ที่ต้องลดบทบาทในทางเศรษฐกิจอันสอดคล้องกับแก่นของการศึกษาวิชากฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจอันแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของกฎหมายนี้ซึ่งเป็นสาขาที่ไม่ได้มีการศึกษาค้นคว้าในทางวิชาการมากนัก ในทางทฤษฎี กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยบทบาทของรัฐในการแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจของประเทศซึ่งมีความเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพของสังคม ตลอดจนเศรษฐกิจและการเมืองของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ทั้งนี้ จึงเป็นที่ยอมรับว่าการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบซึ่งก็คือการศึกษากฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจดังที่ปรากฏในต่างประเทศถือเป็นวิธีการหนึ่งในการพัฒนาองค์ความรู้ด้านกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของประเทศไทย ตัวอย่างของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของต่างประเทศที่ได้รับการยอมรับ ได้แก่ กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศที่มีการพัฒนากฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจมาอย่างรุ่งเรืองและยาวนาน ส่วนหนึ่งก็เนื่องมาจากบทบาทในทางเศรษฐกิจของรัฐที่มีอยู่มาตั้งแต่ในอดีตและยังคงดำเนินมาอย่างต่อเนื่องจนถึงในปัจจุบัน มีการศึกษาและประเด็นปัญหาข้อพิพาทในทางกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาขององค์กรตุลาการเป็นจำนวนมาก นำมาสู่การพัฒนาการใช้และการตีความกฎหมายทั้งภายในศาลเองและโดยฝ่ายวิชาการที่ร่วมกันวิพากษ์วิจารณ์คำพิพากษาของศาล รวมถึงการรวบรวมองค์ความรู้เผยแพร่แต่งเป็นตำรากฎหมายอย่างแพร่หลายในปัจจุบัน ด้วยเหตุผลดังกล่าว บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์แห่งการศึกษา คือ กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของประเทศฝรั่งเศส โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในส่วนบทบาทของภาครัฐในทางเศรษฐกิจภายใต้อิทธิพลของสหภาพยุโรปที่มีความสำคัญกับการรับรองและคุ้มครองหลักการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมภายใต้ตลาดร่วมของประเทศสมาชิก

ดังนั้นเพื่อทำความเข้าใจกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของประเทศฝรั่งเศส บทความนี้จะทำการศึกษาในประเด็นสำคัญ 4 ประเด็น โดยเริ่มจากการศึกษาการเพิ่มขึ้นของกิจกรรมของรัฐในทางเศรษฐกิจในส่วนที่ 1 ต่อมา จะทำการศึกษาลักษณะกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (สหภาพยุโรป) ในส่วนที่ 2 จากนั้น จะทำการศึกษาค้นคว้าคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (สหภาพยุโรป) ที่สำคัญในส่วนที่ 3 และจบลงที่บทวิเคราะห์ในส่วนที่ 4 โดยมีรายละเอียด ดังนี้

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 2)

โครงสร้างหรือโครงข่ายขั้นพื้นฐานของกิจการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานของรัฐอันจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนหรือเพื่อความมั่นคงของรัฐ รัฐจะกระทำด้วยประการใดให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนหรือทำให้รัฐเป็นเจ้าของน้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดมิได้

การจัดหรือดำเนินการให้มีสาธารณูปโภคตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง รัฐต้องดูแลมิให้มีการเรียกเก็บค่าบริการจนเป็นภาระแก่ประชาชนเกินสมควร

การนำสาธารณูปโภคของรัฐไปให้เอกชนดำเนินการทางธุรกิจไม่ว่าด้วยประการใด ๆ รัฐต้องได้รับประโยชน์ตอบแทนอย่างเป็นธรรม โดยคำนึงถึงการลงทุนของรัฐ ประโยชน์ที่รัฐและเอกชนจะได้รับและค่าบริการที่จะเรียกเก็บจากประชาชนประกอบกัน”

ขอสงวนลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย โดยห้ามคัดลอก ทำซ้ำ ดัดแปลงหรือนำส่วนใดส่วนหนึ่งไปเผยแพร่สู่ภายนอก

โดยไม่ได้รับอนุญาต เว้นแต่เป็นการอ้างอิงในทางวิชาการ ต้องอ้างอิงแหล่งที่มาของข้อมูลทุกครั้ง

ส่วนที่ 1 การเพิ่มขึ้นของกิจกรรมของรัฐในทางเศรษฐกิจ

ในรัฐสมัยใหม่ รัฐ³ มีหน้าที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่ การรักษาความสงบเรียบร้อย ซึ่งเป็นภารกิจพื้นฐานดั้งเดิมตั้งแต่ก่อตั้งรัฐ และการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นภารกิจลำดับรองที่รัฐเข้ามาสนับสนุนส่งเสริมให้สมาชิกของรัฐมีคุณภาพชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น ทั้งนี้ ในการปฏิบัติหน้าที่ทั้งสองประการ รัฐจะต้องอาศัยอำนาจรัฐในทางมหาชนที่มีสถานะทางกฎหมายเหนือกว่าเอกชน เป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการดังกล่าว การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของรัฐเป็นระยะเวลาต่อเนื่องและยาวนานได้ก่อให้เกิดวิภาษกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นหนึ่งในกฎหมายมหาชนที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากในปัจจุบัน

บทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจมีความเป็นพลวัตตามสภาพการณ์และมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับพัฒนาการของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจอย่างแยกขาดจากกันไม่ได้ บทบาทดังกล่าวอาจจำแนกออกได้เป็น 4 ยุคสำคัญ ซึ่งจะทำการศึกษาตามลำดับ ดังนี้ ส่วนที่ 1.1 รัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ส่วนที่ 1.2 รัฐเผ่ายาม ส่วนที่ 1.3 รัฐที่แทรกแซงทางเศรษฐกิจ และส่วนที่ 1.4 รัฐกำกับกิจการทางเศรษฐกิจ

1.1 รัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolutismes)

รัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นรัฐยุคแรกๆ ที่ปรากฏตัวขึ้นในประวัติศาสตร์กฎหมายมหาชน ภายหลังจากมีการรวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลางได้อย่างเบ็ดเสร็จโดยพระมหากษัตริย์ ในยุคนี้ พระมหากษัตริย์ผู้ปกครองรัฐเป็นผู้ที่มีอำนาจเด็ดขาดและเข้มแข็ง ทั้งในทางการเมือง การเมือง และรวมถึงในทางเศรษฐกิจ ในรัชสมัยของพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 พระองค์ทรงมีพระราชประสงค์ที่จะแสดงออกซึ่งอำนาจในทางเศรษฐกิจของรัฐ เพื่อสร้างความมั่งคั่งของรัฐ⁴ โดยมี ฌ็อง - บาติสต์ กอลแบร์ (Jean - Baptiste Colbert) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเป็นผู้สนับสนุนการเสริมสร้างความเจริญรุ่งเรืองทางเศรษฐกิจของรัฐตามพระราชประสงค์ของพระองค์⁵ แนวนโยบายของกอลแบร์ (Colbertism) ที่ใช้ในการบริหารบ้านเมืองในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1661-1683 ตั้งอยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่ว่า “การที่รัฐมีเงินจำนวนมากมหาศาลได้สร้างความแตกต่างกับรัฐอื่น ไม่ว่าจะเป็นความยิ่งใหญ่และอำนาจของรัฐ” อันเป็นการวางรากฐานสมัยใหม่ของการแทรกแซงของรัฐ⁶ ภายใต้อำนาจปกครองดังกล่าว รัฐจึงเข้ามามีบทบาทในทางเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

³ ผู้เขียนใช้คำว่า “รัฐ” ในความหมายอย่างกว้าง ที่หมายรวมถึงนิติบุคคลมหาชนทุกประเภทในระบบกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวคือ มีความหมายรวมถึงหน่วยงานอื่นที่เป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากรัฐที่มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเช่นเดียวกัน เช่น วิชาสหกิจมหาชนและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Gustave Peiser, *Droit administratif général*, 26^e éd., (Paris : Dalloz, 2014), p. 6. et Pascale Gonod, *Droit administratif général*, 2^e éd., (Paris : Dalloz, 2020), pp. 9-10.)

⁴ Sophie Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^e éd., (Paris : LGDJ, 2014), pp. 24-25.

⁵ Aurélien Baudu, *Finances Publiques*, 3^e éd., (Paris : Dalloz, 2021), pp. 27-29.

⁶ Jean - Paul Valette, *Droit public économique*, 3^e éd., (Paris : Hachette Supérieur, 2015), pp. 11-12.

ในด้านอุตสาหกรรม⁷ เกิดการรวมศูนย์ควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจทั้งหมด มีเพียงกิจกรรมไม่กี่อย่าง ที่รัฐอนุญาตให้เอกชนทำได้ แนวคิดในยุคนั้นจึงถูกเรียกในอีกชื่อหนึ่งว่า “ลัทธิพาณิชย์นิยม” (Mercantilisme)⁸ อย่างไรก็ตาม แนวคิดในการผูกขาดอำนาจในทางเศรษฐกิจไว้ที่รัฐนั้นได้ละเมิดต่อหลักการคุ้มครองกรรมสิทธิ์และเสรีภาพในการประกอบกิจการของเอกชน อันส่งผลทำให้เกิดความขัดแย้งในเวลาต่อมา และเป็นหนึ่งในสาเหตุสำคัญที่นำไปสู่การปฏิวัติใหญ่ในปี ค.ศ. 1789 ซึ่งเป็นการสิ้นสุดลงของแนวนโยบายของกอลแบร์⁹

1.2 รัฐเผ่ายาม (État - gendarme)

การใช้อำนาจผูกขาดทางเศรษฐกิจของรัฐได้สร้างความไม่พอใจให้กับประชาชน โดยเฉพาะชนชั้นกระฎุมพีหรือที่อาจเรียกว่าชนชั้นบัวร์ชัว (bourgeois) ซึ่งเป็นกลุ่มชนชั้นกลางหรือชนชั้นพ่อค้าวานิชที่มีพลังในทางเศรษฐกิจเพิ่มมากขึ้นภายหลังจากปฏิวัติอุตสาหกรรม เมื่อชนชั้นกระฎุมพีไม่เห็นด้วยกับการผูกขาดของรัฐ ความขัดแย้งทางการเมืองจึงเกิดขึ้น แนวคิดในระบอบแบบเก่าที่ยอมตกอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐในการผูกขาดควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจ จึงถูกโจมตีและเข้าแทนที่ด้วยแนวคิดแบบ “ลัทธิเสรีนิยม” (Libéralisme) หรือเรียกให้เฉพาะเจาะจงได้ว่า “ลัทธิเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ” (Libéralisme économique)¹⁰ ที่ปฏิเสธการผูกขาดและเข้าแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจของรัฐ แนวคิดเสรีนิยมไม่เชื่อว่าการขับเคลื่อนเศรษฐกิจโดยรัฐจะสามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างทั่วถึง วรรณกรรมที่มีชื่อเสียงและถูกฝ่ายเสรีนิยมนำมาอ้างอิง ได้แก่ งานเขียนของอดัม สมิธ (Adam Smith) ในหนังสือเรื่อง “ความมั่งคั่งของชาติ” (The Wealth of Nations)¹¹ ที่อธิบายว่าความมั่งคั่งของชาติจะเกิดขึ้นไม่ได้ถ้าหากว่ารัฐเป็นคนทำเอง แต่จะต้องปล่อยให้เอกชนเป็นคนลงมือทำ รัฐจึงต้องลดบทบาทในทางเศรษฐกิจลง¹² โดยต้องปล่อยให้ทุกอย่างดำเนินไปตามกลไกตลาดซึ่งจะมี “มือที่มองไม่เห็น” (invisible hand) เข้ามาจัดการให้ตลาดเกิดความสมดุลเอง รัฐจึงไม่มีความจำเป็นต้องเข้าไปแทรกแซงในทางเศรษฐกิจ แต่ปล่อยให้เอกชนมีเสรีภาพในการประกอบกิจการ รวมถึงรับรองกรรมสิทธิ์ให้กับเอกชน¹³

⁷ Frédéric Colin, *Droit public économique*, 6^e éd., (Paris : Gualino, 2017), p. 27.

⁸ Jean - Paul Valette, *op. cit.*, p. 12.

⁹ Benoît Delaunay, *Droit public de la concurrence*, 2^e éd., (Paris : LGDJ, 2018), p. 20.

¹⁰ คำว่า “เสรีนิยม” มีความหมาย 2 นัย ได้แก่ (1) ความหมายในทางการเมือง ที่หมายถึง รัฐที่รับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้อำนาจไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนวันแต่จะได้รับอนุญาตจากกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติตามหลักนิติรัฐ และ (2) ความหมายในทางเศรษฐกิจ ที่หมายถึง รัฐที่รับรองหลักกรรมสิทธิ์และเสรีภาพในการประกอบกิจการของประชาชน โดยรัฐจะปฏิบัติเฉพาะภารกิจพื้นฐานในเรื่องความสงบเรียบร้อย ไม่เข้ามาแทรกแซงเรื่องในทางเศรษฐกิจ (โปรดดู Jean - Paul Valette, *op. cit.*, p. 19.)

¹¹ Sophie Nicinski, *op. cit.*, pp. 28-29.

¹² Aurélien Baudu, *op. cit.*, p. 46.

¹³ Jean - Paul Valette, *op. cit.*, p. 20.

รัฐจะจำกัดตนอยู่เฉพาะภารกิจพื้นฐานดั้งเดิม 4 ประการ ได้แก่ การรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ การเจริญสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศ และการอำนวยความยุติธรรม ซึ่งภารกิจพื้นฐานทั้ง 4 ประการนี้ เป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของประเทศ¹⁴ แนวคิดเรื่องเสรีนิยมในทางเศรษฐกิจได้ถูกนำไปใช้ภายหลังการปฏิวัติใหญ่¹⁵ ถึงแม้ว่าแนวคิดดังกล่าวถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าไม่ได้เป็นไปได้เพื่อประโยชน์ของประชาชนส่วนรวมอย่างแท้จริง เพราะหลักการรับรองกรรมสิทธิ์ได้สนับสนุนให้เกิดการสะสมความมั่งคั่งของทุน และตอกย้ำความเหลื่อมล้ำของสังคมมากขึ้นเรื่อย ๆ แนวคิดดังกล่าวยังคงดำเนินไปจนถึงเหตุการณ์สำคัญ 3 เหตุการณ์ ได้แก่ สงครามโลกครั้งที่ 1 ภาวะเศรษฐกิจตกต่ำครั้งใหญ่ในปี ค.ศ. 1929 และสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่ทำให้ภาครัฐต้องปรับเปลี่ยนบทบาทในทางเศรษฐกิจครั้งสำคัญ¹⁶

1.3 รัฐที่แทรกแซงทางเศรษฐกิจ (État interventionist)

วิกฤตเศรษฐกิจทำให้แนวคิดเสรีนิยมในทางเศรษฐกิจถูกตั้งคำถาม มีเสียงเรียกร้องให้รัฐกลับมามีบทบาทเข้ามาแทรกแซงในทางเศรษฐกิจเพื่อแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจที่รุนแรงในช่วงทศวรรษที่ 20 และเมื่อสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง ภาคเอกชนสูญเสียทรัพยากรสำคัญในการผลิตไม่สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนได้ด้วยตนเองอีกต่อไป สถานการณ์ดังกล่าวทำให้ตลาดไม่สามารถตอบโต้ภัยทางสังคมได้อีกต่อไป หรือที่เรียกชื่อว่า “ตลาดล้มเหลว” (Défaillance du marché) ที่เรียกร้องให้รัฐเข้ามา มีบทบาทมากยิ่งขึ้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงทำให้รัฐต้องเข้ามาแทรกแซงในทางเศรษฐกิจอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ แนวคิดทางเศรษฐกิจสำคัญที่สนับสนุนการแทรกแซงทางเศรษฐกิจ ได้แก่ แนวคิดของ จอห์น เมย์นาร์ด เคนส์ (John Maynard Keynes)¹⁷ ที่เชื่อว่ารัฐมีหน้าที่ในการขับเคลื่อนและเป็นห้ามล้อในทางเศรษฐกิจของประเทศ¹⁸ ลัทธิที่สนับสนุนการแทรกแซงเศรษฐกิจของรัฐ (interventionnisme)¹⁹ ได้ถูกนำไปใช้อย่างเป็นรูปธรรมผ่านนโยบาย “New Deal” ของประธานาธิบดี แฟรงกลิน ดี. โรสเวลต์ (Franklin D. Roosevelt) ที่มีการตรากฎหมายหลายฉบับเพื่อเข้ามาแทรกแซงเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เพื่อแก้ไขปัญหาการว่างงาน²⁰ และเริ่มมีแนวคิดเกี่ยวกับรัฐสวัสดิการ (État - providence) เกิดขึ้น

¹⁴ Didier Linotte et al., *Droit public économique*, (Paris : Dalloz, 2001), p. 17. et Éric Oliva, *Finances Publiques*, 3^e éd., (Paris : Sirey, 2015), p. 13.

¹⁵ ในความจริงแล้ว ภายหลังการปฏิวัติใหญ่ในปี ค.ศ. 1789 ได้มีการต่อสู้ของประชาชนอันส่งผลต่อมาถึงการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองในประเทศฝรั่งเศสที่ค่อนข้างซับซ้อน มีการปกครองทั้งในรูปแบบของสาธารณรัฐแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และแบบจักรวรรดิ สลับกันเปลี่ยนไปมาหลายครั้ง แต่ก็ถือได้ว่ายุคที่รัฐผูกขาดทางเศรษฐกิจอย่างสมบูรณ์ได้ยุติลงไปแล้วอย่างสิ้นเชิง

¹⁶ Pierre Delvolvé, *Droit public de l'économie*, 2^e éd., (Paris : Dalloz, 2021), p. 22.

¹⁷ Sophie Nicinski, *op. cit.*, pp. 30-31.

¹⁸ Aurélien Baudu, *op. cit.*, pp. 78-79.

¹⁹ Jean - Paul Valette, *op. cit.*, p. 24.

²⁰ Éric Oliva, *op. cit.*, p. 17.



แนวคิดเกี่ยวกับรัฐสวัสดิการปรากฏชัดในประเทศฝรั่งเศสที่รัฐกลับมามีบทบาทในการวางกรอบเพื่อกำหนดทิศทางในทางเศรษฐกิจและออกกฎหมายในการควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจมากขึ้น²¹ ในช่วงเวลาดังกล่าว เป็นยุคแห่งความเจริญรุ่งเรืองของแนวคิดว่าด้วยการจัดทำบริการสาธารณะ (service public) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บริการสาธารณะประเภทอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (service public industriel et commercial) มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับเรื่องในทางเศรษฐกิจออกมาเป็นจำนวนมาก เพื่อใช้เป็นเครื่องมือสำคัญในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐ มีองค์กรใหม่ ๆ เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะรัฐวิสาหกิจ และรวมถึงการใช้อำนาจมหาชนทำให้กิจการเอกชนหลายแห่งตกมาเป็นของรัฐ (Nationalisation)²² โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การบริการสาธารณะที่มีโครงข่าย (les services publics en réseaux)²³ เช่น พลังงาน คมนาคม และการสื่อสาร เพื่อรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2²⁴ อย่างไรก็ตาม บริการสาธารณะที่เพิ่มขึ้นเป็นเท่าตัวนำมาซึ่งวิกฤตการณ์ครั้งใหม่ที่เกิดขึ้นในระหว่างช่วงทศวรรษที่ 1950 ถึงทศวรรษที่ 1960 และถูกท้าทายโดยคลื่นความคิดแบบเสรีนิยมใหม่ (néolibérale) ในช่วงทศวรรษที่ 1980 ที่ให้ความสำคัญกับการแข่งขันอย่างเสรีของภาคเอกชน²⁵

1.4 รัฐที่กำกับกิจการทางเศรษฐกิจ (État régulateur)

ในช่วงทศวรรษที่ 1970 รัฐได้เปลี่ยนบทบาทตนเองอีกครั้งมาเป็นผู้กำกับกติกาทางเศรษฐกิจ แทนที่จะเป็นผู้เล่นเหมือนอย่างในอดีต นักคิดคนสำคัญในยุคนี้นี้ ได้แก่ ฟรีดริช ฮาเยก (Friedrich Hayek)²⁶ ที่เสนอว่าการที่รัฐต้องเข้าไปแทรกแซงทางเศรษฐกิจทำให้รัฐต้องแบกรับภาระ

²¹ Jean - Paul Valette, *op. cit.*, pp. 22-23.

²² Didier Linotte et al., *op. cit.*, pp. 20-21. et Jean - Paul Valette, *op. cit.*, pp. 22-25.

²³ การบริการสาธารณะที่มีโครงข่ายเป็นกิจกรรมที่ต้องอาศัยทรัพยากรของรัฐจำนวนมากศาล เนื่องจากมีค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐานต่าง ๆ ให้เกิดการเชื่อมโยงกันได้อย่างทั่วถึง เพื่อตอบสนองความต้องการปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีวิตของประชาชน และเพื่อเสริมสร้างคุณภาพชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีให้กับประชาชนได้อย่างทั่วถึง เช่น ไฟฟ้า ก๊าซ น้ำประปา รถไฟ ส่วนมากแล้วการบริการสาธารณะในลักษณะดังกล่าว ด้วยข้อจำกัดด้านงบประมาณ โดยหลักแล้วรัฐจึงเป็นผู้เริ่มในการวางโครงข่าย เอกชนคนหนึ่งคนใดไม่สามารถดำเนินการได้ด้วยตนเอง หรืออาจดำเนินการได้แต่ไม่คุ้มค่าที่จะลงทุน ทั้งนี้ รัฐเจ้าของโครงข่ายย่อมมีอำนาจผูกขาดเหนือโครงสร้างพื้นฐานที่ตนวางรากฐานเอาไว้เพื่อที่จะสามารถจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพและเพื่อให้ประชาชนมีโอกาสในการเข้าถึงบริการดังกล่าวได้อย่างทั่วถึง ต่อมา การบริการสาธารณะที่มีโครงข่ายได้ถูกเรียกร้องให้เปิดโอกาสให้เอกชนผู้ประกอบการสามารถเข้ามาแสวงหาประโยชน์ได้อย่างเสรีตามหลักการแข่งขันทางการค้าและหลักตลาดร่วมของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (โปรดดู Pierre Esplugas - Labatut, *le Service public*, 5^e éd., (Paris : Dalloz, 2023), pp. 3-6. et Frédéric Colin, *op. cit.*, p. 227.)

²⁴ Frédéric Brigaud et al., *Finances Publiques*, 3^e éd., (Paris : Armand Colin, 2017), pp. 462-463. et Jean - Paul Valette, *op. cit.*, p. 32.

²⁵ Pierre Esplugas - Labatut, *op. cit.*, p. 2.

²⁶ Sophie Nicinski, *op. cit.*, pp. 34-35.

ทางงบประมาณเป็นจำนวนมาก ก่อให้เกิดปัญหาหนี้สาธารณะ ปัญหาการทุจริตคอร์รัปชัน การขาดความอิสระจากการเมืองและข้อผูกพันมากมายตามกฎหมายระเบียบต่าง ๆ ในระบบราชการ รัฐจึงไม่สามารถตอบโจทย์ความต้องการของสังคมได้อีกต่อไป หรือที่เรียกว่าสภาวะ “รัฐล้มเหลว” (Défaillance du gouvernement) จึงเกิดแนวคิดปฏิรูปบทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจที่มีชื่อเรียกว่า “ลัทธิเสรีนิยมใหม่” (Néolibéralisme) ซึ่งเชื่อว่ายิ่งรัฐเข้ามามีบทบาทน้อย เศรษฐกิจจะดีขึ้น (moins d’État mieux d’État)²⁷ แนวคิดนี้เรียกร้องไม่ให้รัฐลงมาแทรกแซงเศรษฐกิจแต่ให้เพิ่มบทบาทของภาคเอกชนไปดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะในนามของรัฐ แต่เมื่อปล่อยให้เอกชนดำเนินการแทนแล้ว รัฐจะนิ่งเฉยปล่อยให้ไปไปตามกลไกตลาดแบบเสรีอย่างเต็มที่ย่อมจะเกิดปัญหาตามมาเหมือนอย่างในยุครัฐเผด็จการดังที่ได้กล่าวไปแล้วในข้อที่ 1.2 รัฐจึงควรปรับเปลี่ยนบทบาทเป็นผู้กำกับดูแลคอยสอดส่องและบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้เกิดการแข่งขันกันอย่างเสรีที่แท้จริง ดังนั้นในยุคนี รัฐจึงเปลี่ยนบทบาทจาก “ผู้จัดทำ” (fournisseur) มาเป็น “ผู้ดูแลกติกา” (régulateur) ซึ่งมีบทบาทสำคัญส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันกันระหว่างเอกชนอย่างเต็มที่²⁸

ผู้นำที่มีบทบาทสำคัญที่สนับสนุนแนวคิดดังกล่าว ได้แก่ มาร์กาเรต แทตเชอร์ (Margaret Thatcher) นายกรัฐมนตรีของสหราชอาณาจักร โรนัลด์ เรแกน (Ronald Reagan) และโดนัลด์ ทรัมป์ (Donald Trump) ประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกา²⁹ ที่ได้ทำการลดค่าใช้จ่ายทางสังคมจำนวนมาก เช่น การศึกษา การเคหะ ประกันสังคม และได้ทำการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (privatisation) ไม่ว่าจะเป็นกิจการประปา ไฟฟ้า ก๊าซ และเหล็กกล้า เช่นเดียวกับสหภาพยุโรปที่ได้มีการรับรองหลักการแข่งขันทางการค้า (le principe de concurrence) เอาไว้ในสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ค.ศ. 1957 (le Traité instituant la Communauté économique européenne de 1957 (TCEE)) หรือสนธิสัญญากรุงโรม ค.ศ. 1957 (le Traité de Rome de 1957) และหลักการตลาดร่วม (หรือตลาดเดียว) (Marché unique หรือ Grand marché intérieur) เอาไว้ในกฎหมายยุโรปตลาดร่วม ค.ศ. 1986 (Acte unique européen de 1986)³⁰ ภายใต้อิทธิพลดังกล่าว ประเทศฝรั่งเศสจึงได้ทำการแปรรูปรัฐวิสาหกิจเป็นจำนวนมากเพื่อลดรายจ่ายสาธารณะและเพิ่มประสิทธิภาพในการแข่งขันของเอกชนในตลาด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบริการสาธารณะที่มีโครงข่ายรัฐจะต้องทำการแบ่งแยกโครงข่ายออกจากการให้บริการ เปิดโอกาสให้เอกชนเข้าถึงโครงข่ายได้อย่างเสรี และจะต้องมีองค์กรกำกับดูแลที่มีความเป็นอิสระ เพื่อกอปรระมัดระวังไม่ให้เกิดการผูกขาดโดยเอกชน³¹ โดยองค์กรกำกับจะมีสถานะเป็นองค์กรฝ่ายปกครองที่มีความเป็นอิสระ

²⁷ Aurélien Baudu, *op. cit.*, p. 100.

²⁸ Pierre Delvolvé, *op. cit.*, p. 268. et Didier Linotte et al., *op. cit.*, pp. 25-26.

²⁹ Jean - Luc Albert, *Finances Publiques*, 11^e éd., (Paris : Dalloz, 2019), p. 73.

³⁰ Didier Linotte et al., *op. cit.*, pp. 57-58. et Pierre Bauby, *Service public*, 2^e éd., (Paris : La Documentation française, 2016), pp. 143-144.

³¹ Jean - Philippe Colson et Pascale Idoux, *Droit Public Économique*, 6^e éd., (Paris : LGDJ, 2012), pp. 340-344.

(autorités administratives indépendantes (AAI))³² ที่ปราศจากการแทรกแซงในทางการเมืองของฝ่ายบริหาร เพื่อลดบทบาทในทางเศรษฐกิจของภาครัฐอย่างแท้จริง³³

แนวคิดเสรีนิยมใหม่เป็นแนวคิดที่ยังคงมีความซับซ้อน คลุมเครือ และเป็นพลวัต ดังจะเห็นได้จากในระยะแรก อิทธิพลของแนวคิดเสรีนิยมใหม่ได้ส่งผลกระทบต่อแนวคิดในทางกฎหมาย ทำให้เกิดหลักกฎหมายที่เรียกว่า “หลักไม่มีการแข่งขันระหว่างรัฐกับเอกชนในกิจการอย่างเดียวกัน” (principe de non - concurrence) กล่าวคือ กิจการใดที่มีเอกชนทำอยู่แล้วรัฐจะไม่สามารถเข้าไปดำเนินกิจการนั้น และแม้จะเป็นกรณีที่ไม่มีเอกชนเข้าไปดำเนินการก็ตาม การที่รัฐจะเข้าไปดำเนินกิจการนั้นได้ จะต้องเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นสำคัญที่จะต้องเรียกร้องให้รัฐเข้ามาดำเนินการเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวม เพราะโดยหลักแล้ว รัฐไม่มีหน้าที่ประกอบกิจการเพื่อมุ่งแสวงหาผลกำไร รัฐมีหน้าที่แค่กำกับกีดกั้นให้การแข่งขันกันระหว่างเอกชนเป็นไปอย่างเป็นธรรมเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมา แนวคิดดังกล่าว ได้ถูกให้ความสำคัญน้อยลง เนื่องจากถูกแทนที่ด้วย “หลักการแข่งขันแบบเสมอภาคกัน” (principe d'égalité concurrence)³⁴ ที่อนุญาตให้รัฐลงมาทำกิจการในเรื่องเดียวกันกับเอกชนได้แต่จะต้องอยู่ภายใต้กติกาที่เป็นธรรม รัฐไม่สามารถใช้อำนาจมหาชนในการประกอบกิจการได้ แต่จะต้องประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชนอย่างเท่าเทียมกันเท่านั้น³⁵ อย่างไรก็ตาม แนวคิดเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะได้กลับมา มีบทบาทอีกครั้งในปัจจุบัน ทำให้เกิดข้อยกเว้นสำคัญที่รัฐสามารถเข้ามาแทรกแซงตลาดในกิจการที่เอกชนสามารถดำเนินการได้และยังคงได้รับสิทธิพิเศษที่ไม่ตกอยู่ภายใต้หลักความเสมอภาคในการแข่งขันทางการค้า หากเป็นเรื่องของบริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ (service d'intérêt économique general (SIEG)) ที่แม้ว่าภายใต้หลักการตลาดร่วม รัฐสมาชิกจะยังคงตกอยู่ภายใต้หลักการแข่งขันอย่างเสรี และเป็นธรรม แต่ก็ได้กำหนดข้อยกเว้นเอาไว้หลายประการที่ยอมรับการเข้ามา มีบทบาทของภาครัฐในตลาด เช่น กรณีการให้ความช่วยเหลือทางด้านสังคม สิ่งแวดล้อม ภัยพิบัติทางธรรมชาติ หรือด้านการสาธารณสุข ในช่วงที่มีการแพร่ระบาดของไวรัสโควิด 19³⁶ แต่ทั้งนี้ยังคงอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่สหภาพยุโรปกำหนด

³² Didier Linotte et al., *op. cit.*, p. 27. et Étienne Petit, *Les indispensables du droit public économique*, (Paris : Ellipses, 2019), p. 83.

³³ Jean - Paul Valette, *op. cit.*, p. 73.

³⁴ Pierre Delvolvé, *op. cit.*, pp. 137-138. Et Hélène Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., (Paris : Dalloz, 2019), p. 263. et Étienne Petit, *op. cit.*, p. 20.

³⁵ François Brenet, “La candidature des personnes publiques aux contrats de la commande publique, la liberté du commerce et de l'industrie et le principe d'égalité concurrence,” *La lettre juridique* n°364 du 24 septembre 2009 : Marchés publics, pp. 3-4. et Luca Volpi, *Liberté de commerce et libre concurrence : le contrôle du juge administratif des interventions des personnes publiques*, 2021, [Online], retrieved from <https://www.village-justice.com/articles/contrôle-juge-administratif,21105.html> เมื่อ 3 กุมภาพันธ์ 2566.

³⁶ Pierre Delvolvé, *op. cit.*, p. 612.

ในสนธิสัญญาและกฎหมายลำดับรองของสหภาพยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ร่วมกันของสหภาพยุโรป ดังที่จะได้อธิบายต่อไปใน *ส่วนที่ 2* ของบทความนี้

ส่วนที่ 2 หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (สหภาพยุโรป)

แนวคิดเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะของประเทศฝรั่งเศสมีพัฒนาการมาอย่างยาวนาน นับตั้งแต่สมัยที่รัฐได้เพิ่มบทบาทในทางเศรษฐกิจภายในประเทศเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องของสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากการก่อตั้งและเข้าร่วมเป็นสมาชิกของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป แนวคิดเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะได้ถูกท้าทายโดยแนวคิดเสรีนิยมใหม่ แนวคิดดังกล่าวได้เรียกร้องให้มีตลาดรวมภายในประชาคมเศรษฐกิจยุโรปเพื่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรมภายในประชาคม โดยปราศจากการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐสมาชิก ดังนั้นเพื่อให้วัตถุประสงค์ดังกล่าวบรรลุผลสำเร็จ ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปจึงได้ออกกฎหมายที่สำคัญหลายฉบับเพื่อทำการจำกัดอำนาจของรัฐสมาชิกในการเข้าแทรกแซงเศรษฐกิจภายในประเทศ³⁷ ใน *ส่วนที่ 2* ของบทความนี้จะแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ *ส่วนที่ 2.1* บทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจตามสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ค.ศ. 2007 (le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) ในฐานะที่เป็นกฎหมายแม่บท (le droit primaire) และ *ส่วนที่ 2.2* บทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจตามกฎหมายลำดับรองของสหภาพยุโรป (le droit dérivé)

2.1 บทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจตามสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ค.ศ. 2007 (le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) ในฐานะที่เป็นกฎหมายแม่บท (le droit primaire)

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีอิทธิพลในการสร้างข้อความคิดเรื่อง “บริการสาธารณะ” ที่องค์กรตุลาการได้รับรองให้รัฐสามารถเข้ามาดำเนินกิจกรรมในทางเศรษฐกิจได้ผ่านทางวิสาหกิจมหาชน³⁸ ในด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (établissement public de caractère industriel et commercial (EPIC)) ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในคดี *Société commerciale de l'Ouest africain (Bac d'Eloka)* ค.ศ. 1921³⁹ และคำพิพากษาศาลแห่งรัฐในคดี *Nevers*⁴⁰ อย่างไรก็ตาม

³⁷ Stéphane Braconnier, *Droit des services publics*, 2^e éd., (Paris : PUF, 2007), pp. 67-70.

³⁸ ผู้เขียนเลือกใช้คำว่า “วิสาหกิจมหาชน” ที่แปลมาจากคำว่า *Entreprise publique* แทนคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” เนื่องจากในประเทศฝรั่งเศสไม่ได้ใช้คำว่า *Entreprise publique* เรียกวิสาหกิจที่รัฐ (État) เป็นผู้ประกอบการเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงวิสาหกิจที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือนิติบุคคลมหาชนอื่น ๆ เป็นผู้ประกอบการด้วย, โปรตดู จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์ และเชิงวิเคราะห์ ข้อความคิด” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), ในหน้าที่ 5 ของบทนำ.

³⁹ คำพิพากษาศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ลงวันที่ 22 มกราคม ค.ศ. 1921 คดี *Société commerciale de l'Ouest africain*.

⁴⁰ คำพิพากษาศาลแห่งรัฐ ลงวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ. 1930 คดี *Nevers*.



ข้อความคิดดังกล่าวได้สูญเสียอิทธิพลจากการจัดระเบียบโลกใหม่ที่ลัทธิเสรีนิยมทางเศรษฐกิจเข้ามา มีบทบาทมากยิ่งขึ้น ทำให้กฎเกณฑ์ทางเศรษฐกิจของสหภาพยุโรปเปลี่ยนแปลงไป สหภาพยุโรปเห็นว่าสภาพสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ข้ออ้างที่รัฐสมาชิกเคยใช้ในการผูกขาดกิจการโครงข่ายเพื่อแก้ไขปัญหาลดล้มเหลวได้หมดความจำเป็น ยิ่งไปกว่านั้น การดำรงอยู่ต่อไปของสถานการณ์ดังกล่าว ยิ่งสร้างภาระทางการคลังให้กับประเทศและกีดกันความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างมีนัยสำคัญ สหภาพยุโรปปฏิเสธมาตรการผูกขาดและมีเจตจำนงที่จะส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีตามหลักการแข่งขันทางการค้า ดังนั้นกิจการโครงข่ายต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการคมนาคม การสื่อสาร และพลังงาน จึงไม่ใช่บริการสาธารณะที่รัฐจะผูกขาดแต่เพียงผู้เดียวอีกต่อไป กิจการเหล่านี้ได้กลายเป็นบริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ (service d'intérêt économique general (SIEG)) ที่เอกชนมีเสรีภาพในการประกอบกิจการ โดยมีรัฐเป็นผู้กำกับดูแลกติกาภายใต้หลักการแข่งขันที่เป็นธรรมภายในสหภาพยุโรป ที่มีชื่อเรียกว่า “ตลาดร่วม” (le marché intérieur)⁴¹

ในฐานะที่เป็นประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป ประเทศฝรั่งเศสจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายของสหภาพยุโรปด้วยเช่นกัน เมื่อประเทศฝรั่งเศสได้อนุวัติการกฎหมายของสหภาพยุโรปแล้ว กฎหมายที่ได้รับการอนูวัติการนั้นย่อมถือเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายในประเทศฝรั่งเศส⁴² ในส่วนของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจนั้น หลักกฎหมายพื้นฐานที่สำคัญปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (le Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสนธิสัญญาลิสบอน (le Traité de Lisbonne)⁴³ ข้อ 101 ถึงข้อ 109 ที่ได้วางหลักทั่วไปเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าที่เป็นหัวใจสำคัญของสหภาพยุโรป สะท้อนให้เห็นถึงอิทธิพลของลัทธิเสรีนิยมใหม่

⁴¹ Vie - publique, La notion de service public, 2023, [Online], retrieved from <https://www.vie-publique.fr/fiches/20223-la-notion-de-service-public>,. เมื่อ 19 กันยายน 2566.

⁴² ประเทศฝรั่งเศสใช้ระบบกฎหมายแบบเอกนิยม (Monism) ที่ยอมรับว่ากฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้แยกขาดออกจากกัน แต่เป็นกฎหมายที่อยู่ในระบบเดียวกัน เมื่อใดก็ตามที่ประเทศฝรั่งเศสลงนามและอนูวัติการกฎหมายระหว่างประเทศตามมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 แล้ว กฎหมายระหว่างประเทศนั้นก็ย่อมถือเป็นกฎหมายภายในประเทศที่องค์กรของรัฐสามารถนำมาปรับใช้ได้ไม่ต่างกับกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ หรือกฎหมายลำดับรองที่ประกาศใช้ภายในประเทศ โปรดดู Bertrand Seiller, Droit administrative Tome 1. Les sources et le juge, 7^e éd., (Paris : Champs université, 2018), pp. 55-58.

⁴³ สนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ประกอบไปด้วยบทบัญญัติจำนวน 358 ข้อ แต่เดิม คือ สนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ก่อตั้งขึ้นโดยสนธิสัญญากรุงโรม ค.ศ. 1957 และแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้ง โดยกฎหมายยุโรปตลาดร่วม ค.ศ. 1986 (Acte unique européen de 1986) และสนธิสัญญามาสทริชต์ ค.ศ. 1992 สนธิสัญญาอัมสเตอร์ดัม ค.ศ. 1999 และสนธิสัญญานิซ ค.ศ. 2001 โปรดดู Vie - publique, Qu'est-ce que le traité de Lisbonne ?, 2022, [Online], retrieved from <https://www.vie-publique.fr/fiches/20315-quest-ce-que-le-traite-de-lisbonne#:~:text=le%20trait%C3%A9%20sur%20le%20fonctionnement,d'Amsterdam%20et%20de%20Nice>. เมื่อ 14 กันยายน 2566.

ในระบบกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจในปัจจุบัน บทบัญญัติที่สำคัญได้แก่ข้อ 106 และข้อ 107⁴⁴ ดังนั้น ในส่วนที่ 2.1 ของบทความนี้จะการศึกษาแบ่งออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 2.1.1 หลักการแข่งขันอย่างเสรี ภายใต้ตลาดร่วม (ข้อ 106 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป) และส่วนที่ 2.1.2 ข้อห้ามมาตรการให้ความช่วยเหลือของรัฐ (l'Aide d'État) (ข้อ 107 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป)

2.1.1 หลักการแข่งขันอย่างเสรีภายใต้ตลาดร่วม (ข้อ 106 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป)

บทบัญญัติข้อ 106 วรรคหนึ่ง วางหลักว่า รัฐสมาชิกจะต้องไม่ตราหรือคงไว้ซึ่งมาตรการใด ๆ ที่ขัดต่อบทบัญญัติของสนธิสัญญาของสหภาพยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ที่กำหนดไว้ในข้อ 18 และข้อ 101 ถึงข้อ 109 ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการผ่านวิสาหกิจมหาชนและวิสาหกิจอื่นที่ได้รับมอบสิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์ และข้อ 106 วรรคสอง ที่วางหลักว่า วิสาหกิจมหาชนที่ได้รับมอบหมายให้ (1) บริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือ (2) บริการที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดทางการคลัง จะต้องตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติของสนธิสัญญาของสหภาพยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักในเรื่องของการแข่งขันทางการค้า ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เหล่านี้จะต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการบังคับใช้กฎหมาย หรือไม่เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติงานที่ได้รับมอบหมายของวิสาหกิจนั้น และจะต้องไม่เป็นการขัดต่อผลประโยชน์ของสหภาพยุโรป⁴⁵

ความในวรรคหนึ่งของข้อ 106 วรรคหนึ่ง เป็นการกำหนดให้รัฐสมาชิกจะต้องเคารพต่อหลักการแข่งขันอย่างเสรีที่ได้ถูกรับรองไว้ในข้อ 101 ถึง 109 ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการด้วยตนเองหรือโดยมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการ อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่ทุกกิจกรรมของรัฐจะตกอยู่ภายใต้หลักการแข่งขันทางการค้า แต่กิจกรรมเหล่านั้นจะต้องมีลักษณะเป็นบริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ซึ่งศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปในคดี *Commission c/ Italie* ลงวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ. 1987 ได้วางหลักว่า หลักการแข่งขันทางการค้ามีผลใช้บังคับกับกิจกรรมที่เข้าลักษณะเป็นอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมที่ได้จัดสรรสินค้าและบริการเข้าสู่ตลาดเท่านั้น⁴⁶ ดังนั้นกิจกรรมของรัฐที่ไม่มีลักษณะเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เช่น กิจกรรมทางสังคม การเมือง วัฒนธรรม โดยหลักแล้วย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้หลักกฎหมายตลาดร่วมหรือตลาดภายในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป แต่หากเข้าลักษณะเป็นกิจกรรมประเภทอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมแล้ว ถึงแม้ว่าจะเป็นการจัดทำบริการสาธารณะก็ตาม โดยหลักแล้วจะตกอยู่ภายใต้หลักกฎหมายแข่งขันทางการค้า คำพิพากษานี้ยังวางหลักต่อไปอีกว่า ข้อตกลงที่ขัดต่อหลักการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม การใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม ตลอดจน

⁴⁴ Étienne Petit, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁵ Matthieu Thauray, *Leçons de droit public des activités économiques*, (Paris : ellipses, 2011), pp. 143-146.

⁴⁶ Stéphane Braconnier, *op. cit.*, p. 79.

การให้ความช่วยเหลือของรัฐในทางเศรษฐกิจนั้น โดยปกติแล้วย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยบทบัญญัติของสนธิสัญญาของสหภาพยุโรป การฝ่าฝืนหลักการดังกล่าวย่อมส่งผลให้รัฐสมาชิกอาจถูกฟ้องร้องโดยคณะกรรมการยุโรป (la Commission européenne) และถูกพิพากษาลงโทษโดยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)) ได้⁴⁷

นอกเหนือไปจากรัฐสมาชิกในฐานะที่เป็นนิติบุคคลในทางมหาชนแล้ว ความในวรรคสองของข้อ 106 ได้เน้นย้ำถึงแนวคิดเสรีนิยมใหม่โดยกำหนดให้บริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือบริการที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดทางการคลังของวิสาหกิจมหาชน (ที่เป็นนิติบุคคลในทางมหาชนแยกออกมาต่างหากจากรัฐ) จะต้องตกอยู่ภายใต้หลักกฎหมายแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกับรัฐสมาชิก เป็นการจำกัดบทบาทของภาครัฐในการเข้ามาแทรกแซงเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม เพื่อประนีประนอมกับแนวความคิดดั้งเดิมในเรื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ ในวรรคสองนี้เองได้กำหนดข้อยกเว้นเอาไว้ในประโยคต่อมาซึ่งเป็นการกำหนดเงื่อนไขสำคัญว่า “การตกอยู่ภายใต้หลักการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมนี้จะต้องไม่ทำให้เกิดความเสียหายต่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายและไม่ขัดต่อภารกิจเฉพาะที่กำหนดไว้ให้วิสาหกิจมหาชนนั้นต้องรับผิดชอบ”⁴⁸ ดังนั้นความในส่วนนี้เองที่ทำให้ภาครัฐสามารถใช้เป็นข้ออ้างในการเข้ามาแทรกแซงเศรษฐกิจถ้าสามารถพิสูจน์ได้ว่า กระทำไปเพราะความจำเป็นในการบังคับใช้กฎหมายหรือกระทำไปเพราะเป็นภารกิจเฉพาะที่รัฐได้มอบหมายไว้ให้กับวิสาหกิจมหาชน⁴⁹ ส่วนความในวรรคสามเป็นการรับรองหลักทั่วไปเรื่องความเป็นเอกภาพของสหภาพยุโรปและกฎหมายยุโรปที่ไม่ยอมรับการกระทำใด ๆ ที่ขัดต่อคุณค่าพื้นฐานในการรวมกลุ่มเป็นสหภาพยุโรป⁵⁰

2.1.2 ข้อห้ามมาตรการให้ความช่วยเหลือของรัฐ (l'Aide d'État) (ข้อ 107 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป)

มาตรการให้ความช่วยเหลือของรัฐเป็นมาตรการดั้งเดิมและเป็นมาตรการที่สำคัญในการใช้อำนาจมหาชนของรัฐไม่ว่าจะเป็นการให้ความช่วยเหลือวิสาหกิจมหาชนหรือเอกชน อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมภายใต้ตลาดร่วมของยุโรป สนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป จึงได้บัญญัติข้อ 107 วรรคหนึ่ง ที่วางหลักว่า มาตรการให้ความช่วยเหลือของรัฐหรือวิธีการใด ๆ ที่ใช้ทรัพยากรของรัฐ ไม่ว่ามาตรการนั้นจะปรากฏในรูปแบบใด อันส่งผลกระทบต่อ

⁴⁷ Étienne Petit, *op. cit.*, pp. 169-170.

⁴⁸ Vie - publique, L'administration doit-elle respecter le droit de la concurrence ?, 2018, [Online], retrieved from <https://www.vie-publique.fr/fiches/20273-administration-et-droit-de-la-concurrence> เมื่อ 2 กุมภาพันธ์ 2566.

⁴⁹ Jean - Yves Cherot, *Droit public économique*, 2^e éd., (Paris : Parution, 2007), pp. 248-252.

⁵⁰ Matthieu Thauray, *op. cit.*, p. 148.

ต่อการแลกเปลี่ยนระหว่างรัฐสมาชิก และก่อให้เกิดการบิดเบือนหรือส่อว่าจะบิดเบือนการแข่งขัน เพื่อให้ประโยชน์แก่บางวิสาหกิจหรือบางกิจกรรม ย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักตลาดร่วมของสหภาพยุโรป⁵¹

บทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกำหนดหลักการทั่วไปที่ห้ามไม่ให้รัฐสมาชิก เข้ามาให้ความช่วยเหลือในทางเศรษฐกิจภายในประเทศตามหลักการเปิดตลาดเสรีภายในสหภาพยุโรป เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาดังกล่าว ถึงแม้ว่าสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป จะไม่ได้ให้คำนิยามของมาตรการให้ความช่วยเหลือของรัฐเอาไว้ แต่เมื่อพิจารณาจากความในข้อ 107 วรรคหนึ่ง แล้ว อาจสรุปองค์ประกอบของมาตรการให้ความช่วยเหลือของรัฐตามสนธิสัญญาดังกล่าวได้ ดังนี้ (1) มาตรการให้ความช่วยเหลือนั้นมาจากการแทรกแซงของรัฐ หรือการใช้ทรัพยากรของรัฐ (2) มาตรการให้ความช่วยเหลือนั้นก่อให้เกิดความได้เปรียบในทางเศรษฐกิจ (3) มาตรการให้ความช่วยเหลือนั้นส่งผลกระทบต่อ การแลกเปลี่ยนของรัฐสมาชิก และ (4) มาตรการให้ความช่วยเหลือนั้นก่อให้เกิดผลกระทบต่อ การแข่งขัน⁵²

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าข้อ 107 วรรคหนึ่ง ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป จะวางหลักการห้ามรัฐสมาชิกกำหนดมาตรการให้ความช่วยเหลือทางเศรษฐกิจเอาไว้ แต่สนธิสัญญาดังกล่าวเปิดช่องให้รัฐสมาชิกสามารถให้ความช่วยเหลือทางเศรษฐกิจได้ในบางกรณี หากเข้าข้อยกเว้น ดังตัวอย่างต่อไปนี้

(1) มาตรการให้ความช่วยเหลือตามสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ข้อ 107 วรรคสอง ได้แก่⁵³

(ก) มาตรการให้ความช่วยเหลือในลักษณะทางสังคมที่มอบให้กับผู้บริโภคแต่ละราย ภายใต้เงื่อนไขว่าผู้บริโภคจะได้รับความช่วยเหลือโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติที่เชื่อมโยงกับแหล่งที่มาของผลิตภัณฑ์หนึ่งผลิตภัณฑ์ใด

(ข) มาตรการให้ความช่วยเหลือเพื่อฟื้นฟูความเสียหายที่เกิดจากภัยธรรมชาติ หรือเหตุการณ์พิเศษอื่น

(ค) มาตรการให้ความช่วยเหลือทางเศรษฐกิจที่มอบให้กับบางภูมิภาคของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ได้รับผลกระทบจากการแบ่งประเทศเยอรมนีในอดีต トラบเท่าที่จำเป็น ต้องชดเชยความเสียหายเปรียบทางเศรษฐกิจที่เกิดจากการแบ่งแยกนี้ อย่างไรก็ตาม หลังจากสนธิสัญญา Lisbon มีผลใช้บังคับเป็นเวลา 5 ปี รัฐสภายุโรป (le Conseil européen) (ตามข้อเสนอของคณะกรรมการยุโรป) อาจตัดสินใจยกเลิกมาตรการให้ความช่วยเหลือทางเศรษฐกิจที่ให้แก่บางมณฑลในประเทศเยอรมนี

⁵¹ Jean - Philippe Colson et Pascale Idoux, *op. cit.*, pp. 343-345.

⁵² Matthieu Thauray, *op. cit.*, pp. 155-158.

⁵³ Jean - Philippe Colson et Pascale Idoux, *op. cit.*, pp. 359-360. et Matthieu Thauray, *op. cit.*, p. 160.



(2) มาตรการให้ความช่วยเหลือตามสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ข้อ 107 วรรคสาม ได้แก่⁵⁴

(ก) มาตรการให้ความช่วยเหลือที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการพัฒนาเศรษฐกิจของภูมิภาคที่มาตรฐานการครองชีพต่ำผิดปกติหรือมีการจ้างงานต่ำอย่างร้ายแรง เช่นเดียวกับภูมิภาคที่อ้างถึงในข้อ 349 โดยคำนึงถึงสถานการณ์เชิงโครงสร้าง เศรษฐกิจ และสังคม

(ข) มาตรการให้ความช่วยเหลือที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการดำเนินโครงการสำคัญอันเป็นประโยชน์ร่วมกันแก่สหภาพยุโรปหรือเพื่อแก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจที่ส่งผลกระทบต่อสหภาพยุโรปอย่างร้ายแรง

(ค) มาตรการให้ความช่วยเหลือทางเศรษฐกิจที่มีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกในการพัฒนากิจกรรมบางอย่างหรือบางภูมิภาค ภายใต้เงื่อนไขที่ไม่ส่งผลเสียต่อสภาพการค้าในระดับที่ขัดต่อประโยชน์ส่วนรวม

(ง) มาตรการให้ความช่วยเหลือที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการอนุรักษ์วัฒนธรรมและมรดกทางวัฒนธรรม ภายใต้เงื่อนไขที่ไม่ส่งผลเสียต่อสภาพการค้าและการแข่งขันในสหภาพในระดับที่ขัดต่อประโยชน์ส่วนรวม

(จ) มาตรการให้ความช่วยเหลือประเภทอื่นที่รัฐสภายุโรปกำหนด (ตามข้อเสนอของคณะกรรมการยุโรป)

(3) มาตรการให้ความช่วยเหลือแก่เอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะที่มีลักษณะเป็นบริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะตามข้อ 106 วรรคสอง ของสนธิสัญญาเดียวกัน⁵⁵

(4) มาตรการให้ความช่วยเหลือเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่ได้ถูกรับรองในสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ในปี ค.ศ. 2008⁵⁶

2.2 บทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจตามกฎหมายลำดับรองของสหภาพยุโรป (le droit dérivé)

สนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป เป็นกฎหมายพื้นฐานที่วางหลักเบื้องต้นว่าห้ามไม่ให้รัฐเข้ามาแทรกแซงเศรษฐกิจเนื่องจากการกระทำที่ขัดต่อหลักการแข่งขันอย่างเสรีที่จะต้องให้เอกชนมีโอกาสในการเข้าถึงตลาดอย่างเต็มที่และเป็นธรรม และได้กำหนดข้อยกเว้นที่ยอมรับให้รัฐสามารถแทรกแซงเศรษฐกิจผ่านการใช้วิสาหกิจมหาชนได้ในกรณีที่มีความสำคัญ อย่างไรก็ตาม

⁵⁴ Ibid

⁵⁵ ตัวอย่างเช่น การให้ความช่วยเหลือแก่กิจการคมนาคมขนส่ง กิจการไปรษณีย์ หรือพลังงาน ที่จะได้กล่าวต่อไปในส่วนที่ 3 ของบทความนี้ (โปรดดู Étienne Petit, *op. cit.*, p. 225. et Jean - Philippe Colson et Pascale Idoux, *op. cit.*, pp. 351-352. et pp. 364-365. et Marie Malaurie - Vignal, *op. cit.*, pp. 297-298.

⁵⁶ Matthieu Thauray, *op. cit.*, pp. 160-161.

สนธิสัญญาดังกล่าวไม่ได้กำหนดรายละเอียดว่ากรณีใดบ้างที่มีความสำคัญถึงขนาดที่จะให้ภาครัฐเข้าไปแทรกแซงตลาดได้ ดังนั้นจึงต้องศึกษากฎหมายลำดับรองของสหภาพยุโรปที่ตราขึ้นโดยอาศัยฐานตามกฎหมายแม่บทของสหภาพยุโรปประกอบกัน⁵⁷

ตามข้อ 288 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป บ่อเกิดของกฎหมายสหภาพยุโรปแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ (1) ระเบียบของสหภาพยุโรป (le règlement de l'Union européenne) (2) ข้อบังคับของสหภาพยุโรป (la directive de l'Union européenne) และ (3) คำวินิจฉัยของสหภาพยุโรป (la decision de l'Union européenne) ส่วนการกระทำที่มีลักษณะเป็นคำแนะนำ (recommandations) และการให้ความเห็น (avis) ไม่ถือว่าเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายตามนัยแห่งข้อ 288⁵⁸ อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่ 2.2 ของบทความนี้จะศึกษาเฉพาะ ส่วนที่ 2.2.1 ระเบียบของสหภาพยุโรป และส่วนที่ 2.2.2 ข้อบังคับของสหภาพยุโรป ในฐานะกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวกับกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของสหภาพยุโรปเท่านั้น⁵⁹

2.2.1 ระเบียบของสหภาพยุโรป

ระเบียบของสหภาพยุโรปถือเป็นกฎหมายของสหภาพยุโรปที่ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปต้องรับไปใช้ทั้งหมดโดยไม่สามารถปรับเปลี่ยนบทบัญญัติใด ๆ ได้ เนื่องจากมีสถานะทางกฎหมายสูงกว่ากฎหมายของรัฐสมาชิก และมีผลผูกพันต่อรัฐสมาชิกและระบบกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกทันทีเมื่อมีการประกาศใช้โดยไม่จำเป็นต้องมีการออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ใด ๆ เพื่อมารองรับการบังคับใช้

⁵⁷ กฎหมายลำดับรองของสหภาพยุโรปเป็นกฎหมายที่ออกโดยองค์กรของสหภาพยุโรป เช่น รัฐสภายุโรปหรือคณะกรรมการยุโรป โดยอาศัยกฎหมายแม่บทหรือกฎหมายลำดับรองด้วยตนเองที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าเป็นฐานในการออกกฎหมาย (โปรดดู Francesco Martucci, Droit de l'union européenne, 3^e éd., (Paris : Dalloz, 2021), p. 58. et Jean - Claude Zarka, Droit public, (Paris : Gualino, 2016), p. 13.)

⁵⁸ Didier Truchet, Le droit public, 4^e éd., (Paris : PUF/Humensis, 2018), pp. 105-106 et Parlement européen, "Sources et portée du droit de l'Union européenne," (fiches techniques sur l'union européenne PE 600.412, 16 avril 2018), pp. 5-6. et Union européenne, Types de législation, [Online], retrieved from https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/law/types-legislation_fr เมื่อ 22 กุมภาพันธ์ 2566.

⁵⁹ คำวินิจฉัยของสหภาพยุโรป หมายถึง คำวินิจฉัยของรัฐสภายุโรป หรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการยุโรป มีสภาพบังคับทันทีเหมือนกับระเบียบของสหภาพยุโรปโดยไม่ต้องให้มีการอนุวัติการของรัฐสมาชิกเหมือนอย่างข้อบังคับของสหภาพยุโรปแต่อย่างใด แต่เป็นการกระทำที่มีสภาพบังคับเป็นการเฉพาะเจาะจง ไม่ได้มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปเหมือนกับระเบียบของสหภาพยุโรป (โปรดดู Vie - publique, Actes juridiques de l'UE : qu'est-ce qu'une décision ?, 2021, [Online], retrieved from <https://www.vie-publique.fr/fiches/20372-actes-juridiques-de-lue-quest-ce-quune-decision> เมื่อ 23 กุมภาพันธ์ 2566. Et Union européenne, Décisions de l'Union européenne, [Online], retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/FR/legal-content/summary/european-union-decisions.html> เมื่อ 23 กุมภาพันธ์ 2566.

ข้อกำหนดดังกล่าว⁶⁰ ปัจจุบันกฎระเบียบต่าง ๆ ที่ออกโดยสถาบันของสหภาพยุโรปได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก ซึ่งรัฐสมาชิกจะต้องนำกฎเกณฑ์ดังกล่าวไปปฏิบัติโดยตรง⁶¹

2.2.2 ข้อบังคับของสหภาพยุโรป

ข้อบังคับของสหภาพยุโรปเป็นบ่อเกิดของกฎหมายสหภาพยุโรปที่มีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าระเบียบ แต่สถานะทางกฎหมายของข้อบังคับจะไม่มีผลผูกพันรัฐสมาชิกทันทีที่มีการประกาศใช้เหมือนระเบียบ รัฐสมาชิกมีบทบาทในการเลือกวิธีการในการปฏิบัติตามข้อกำหนดนั้นได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยต้องปรับปรุงกฎหมายและนโยบายของรัฐให้มีความสอดคล้องกับข้อกำหนดดังกล่าว⁶² เนื่องจากการนำไปอนุวัติการปรับใช้เป็นกฎหมายภายในของตนจะต้องคำนึงถึงข้อจำกัดและความเป็นไปได้ภายในรัฐสมาชิก ซึ่งแต่ละรัฐสมาชิกสามารถมีแนวทางการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้⁶³ ในกรณีที่ไม่มี การปฏิบัติตาม รัฐสมาชิกผู้ที่ถูกระทบสิทธิหรือเอกชนที่ได้รับผลกระทบโดยตรงสามารถนำเรื่องดังกล่าว ขึ้นสู่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้⁶⁴

⁶⁰ Louis Dubouis, *Droit public*, 23^e éd., (Paris : Dalloz, 2021), p. 158.

⁶¹ André Legrand et Céline Wiener, *Le droit public*, (Paris : La Documentation française, 2017), p. 216. et Philippe Georges et al., *Droit public*, 16^e éd., (Paris : Sirey, 2011), p. 294. et Union européenne, *Le règlement de l'Union européenne*, [Online], retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/FR/legal-content/summary/european-union-regulations>. เมื่อ 23 กุมภาพันธ์ 2566.

⁶² Louis Dubouis, *op. cit.*, p. 158.

⁶³ จะเห็นได้ว่าระเบียบฯ จะมีผลใช้บังคับกับรัฐสมาชิกโดยตรงแตกต่างกับข้อบังคับฯ ที่จะต้องมีการอนุวัติการตามข้อบังคับฯ โดยรัฐสมาชิกจึงจะมีผลใช้บังคับ เนื่องจากข้อบังคับฯ เรียกร้องกับรัฐสมาชิกให้ต้องเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายภายในประเทศมากกว่าระเบียบฯ โดยจะเน้นไปที่วิธีการและวัตถุประสงค์ที่จะบรรลุของกฎหมายลำดับรองนั้น ซึ่งมีประเด็นว่าอาจจะกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐสมาชิก ดังนั้นในการปฏิบัติตามข้อบังคับฯ รัฐสมาชิกจึงได้รับความผ่อนปรนในแง่ของการอนุวัติการตามกฎหมายลำดับรอง เป็นการประนีประนอมยอมให้รัฐสมาชิกสามารถปรับใช้กฎหมายภายในของตนได้ภายใต้กรอบที่ข้อบังคับกำหนดอย่างสอดคล้องกับบริบททางการเมือง เศรษฐกิจ สังคมของแต่ละประเทศตามหลักการกระจายอำนาจที่เหมาะสม (Principe de subsidiarité) (โปรดดู Didier Truchet, *op. cit.*, p. 106. et *Toute l'europe*, *Le droit de l'Union européenne*, 2020, [Online], retrieved from <https://www.touteleurope.eu/fonctionnement-de-l-ue/le-droit-de-l-union-europeenne/> เมื่อ 23 กุมภาพันธ์ 2566.

⁶⁴ Philippe Georges et al., *Droit public*, 16^e éd., (Paris : Sirey, 2011), p. 294 et *Vie - publique*, *Actes juridiques de l'UE : qu'est-ce qu'une directive ?*, 2023, [Online], retrieved from <https://www.vie-publique.fr/fiches/20371-actes-juridiques-de-lue-quest-ce-quune-directive> เมื่อ 23 กุมภาพันธ์ 2566. et Union européenne, *Directives de l'Union européenne*, [Online], retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/FR/legal-content/summary/european-union-directives.html> เมื่อ 23 กุมภาพันธ์ 2566.

ตัวอย่างของกฎหมายลำดับรองที่กำหนดหลักเกณฑ์ที่สหภาพยุโรปกำหนด บทบาทของรัฐในการแทรกแซงกิจกรรมในทางเศรษฐกิจ ได้แก่ ระเบียบและข้อบังคับเกี่ยวกับพลังงาน ของสภาแห่งยุโรปและสภาแห่งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ที่มักจะมีการประกาศกฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกัน ในเวลาเดียวกันที่เรียกว่า “กลุ่มกฎหมาย” (paquet) ในบทความนี้จะขอยกตัวอย่างกลุ่มกฎหมายพลังงาน ฉบับที่ 3 ค.ศ. 2009 และกลุ่มกฎหมายพลังงานฉบับที่ 4 ค.ศ. 2019 ที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงทิศทาง ในกิจการพลังงานของประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปอย่างมีนัยสำคัญ

กลุ่มกฎหมายพลังงานฉบับที่ 3 ค.ศ. 2009 ถือเป็นรากฐานที่สำคัญ ของการเปิดเสรีตลาดพลังงานในยุโรป ประกอบไปด้วยระเบียบ 3 ฉบับ ได้แก่ (1) ระเบียบว่าด้วยเงื่อนไข การเข้าถึงโครงข่ายการแลกเปลี่ยนไฟฟ้าข้ามพรมแดน ที่ 714/2009 (2) ระเบียบว่าด้วยเงื่อนไขการเข้าถึง โครงข่ายก๊าซธรรมชาติ ที่ 715/2009 (3) ระเบียบว่าด้วยการจัดตั้งสำนักงานความร่วมมือกำกับกิจการพลังงาน (l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACER)) ที่ 713 - 2009 และข้อบังคับ 2 ฉบับ ได้แก่ ข้อบังคับว่าด้วยตลาดไฟฟ้า ที่ 2009/72 และข้อบังคับว่าด้วยตลาดก๊าซ ที่ 2009/73⁶⁵ เป็นการวางแนวคิด ในการยกเลิกการผูกขาดพลังงานโดยภาครัฐ เปิดโอกาสให้เอกชนสามารถเข้าถึงตลาดพลังงานได้อย่างเสรี และเปลี่ยนมาใช้ระบบการกำกับดูแลให้เกิดการแข่งขันทางด้านพลังงานอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมแทน

ต่อมา ในปี ค.ศ. 2019 ได้มีการออกกลุ่มกฎหมายพลังงานฉบับที่ 4 (un quatrième paquet «Énergie») ที่ได้มีการบรรจุกฎหมายพลังงานที่สำคัญ 4 ฉบับ ประกอบด้วยระเบียบ 3 ฉบับ ได้แก่ (1) ระเบียบว่าด้วยการไฟฟ้า ที่ 2019/943 (2) ระเบียบว่าด้วยการเตรียมพร้อมรับความเสี่ยง ที่ 2019/941 (3) ระเบียบว่าด้วยการจัดตั้งหน่วยงานของสหภาพยุโรปเพื่อความร่วมมือในการกำกับดูแล กิจการพลังงาน (règlement instituant une agence de l'Union européenne pour la coopération des régulateurs de l'énergie (ACER)) ที่ 2019/942 และข้อบังคับ 1 ฉบับ ได้แก่ ข้อบังคับว่าด้วยการไฟฟ้า ที่ 2019/944 ลงวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 2019⁶⁶ กฎหมายพลังงานฉบับที่ 4 ได้วางหลักเกี่ยวกับตลาดไฟฟ้า เพื่อส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนและเพื่อดึงดูดการลงทุน กลุ่มกฎหมายฯ ได้กำหนดมาตรการจูงใจผู้บริโภค และกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของโรงไฟฟ้าที่มีสิทธิรับเงินอุดหนุนในฐานะที่เป็นกลไกสำคัญ ในกำลังการผลิตพลังงาน นอกจากนี้ กลุ่มกฎหมายฯ ยังได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกเตรียมแผนฉุกเฉิน สำหรับวิกฤตไฟฟ้าที่อาจเกิดขึ้น และเพิ่มพูนความสามารถของหน่วยงานของสหภาพยุโรปเพื่อความร่วมมือ ในการกำกับดูแลกิจการพลังงาน ในความร่วมมือด้านการกำกับกิจการข้ามพรมแดน ซึ่งจะเห็นได้ว่า มีสาระสำคัญเป็นการเพิ่มบทบาทของเอกชนในการผลิตไฟฟ้าและลดบทบาทของภาครัฐในการดำเนินธุรกิจ

⁶⁵ Commission de régulation de l'énergie, 3ème PAQUET ÉNERGIE, [Online], retrieved from <https://www.cre.fr/Pages-annexes/Glossaire/3eme-PAQUET-ENERGIE> เมื่อ 19 มกราคม 2566.

⁶⁶ Commission de régulation de l'énergie, Cadre législatif européen, [Online], retrieved from <https://www.cre.fr/La-CRE-dans-le-monde/En-Europe/cadre-legislatif-europeen> เมื่อ 19 มกราคม 2566.

ดังกล่าว⁶⁷ อย่างไรก็ตาม กลุ่มกฎหมายฯ ได้กำหนดข้อยกเว้นที่ยินยอมให้รัฐยังคงมีบทบาทในกิจกรรมนี้ ดังปรากฏในข้อบังคับว่าด้วยการไฟฟ้า ที่ 2019/944 ลงวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 2019 ซึ่งมีลักษณะเป็นการรับรอง แนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป คดี *Federutility* ค.ศ. 2010⁶⁸ และนำมาประมวลไว้ในรูปของบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรเพื่อความแน่นอนชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมาย ข้อบังคับดังกล่าว ได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในข้อบังคับว่าด้วยการไฟฟ้า ที่ 2012/27 ลงวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ. 2012 ที่เกี่ยวกับตลาดไฟฟ้าภายในรัฐสมาชิก

ข้อบังคับว่าด้วยการไฟฟ้า ที่ 2019/944 ข้อ 5 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับราคาไฟฟ้า ได้วางหลักเอาไว้ในวรรคหนึ่งว่า ผู้ขายไฟฟ้ามีอิสระในการกำหนดราคาที่จะจ่ายไฟฟ้าให้กับลูกค้า โดยรัฐสมาชิกจะใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อให้แน่ใจว่ามีการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพระหว่างผู้ขายไฟฟ้า และในวรรคสอง ได้วางหลักว่ารัฐสมาชิกต้องให้ประกันการคุ้มครองลูกค้าผู้ที่มีสถานะเปราะบาง (*vulnérables*) และอยู่ในกลุ่มที่มีแนวโน้มขาดแคลนพลังงาน (*précarité énergétique*) ตามข้อ 28 และข้อ 29 ผ่านนโยบายทางสังคมหรือด้วยวิธีอื่นนอกเหนือจากการแทรกแซงเศรษฐกิจโดยการกำหนดราคาสำหรับการจัดหาไฟฟ้า อย่างไรก็ตาม ในวรรคสาม ของข้อ 5 ได้กำหนดข้อยกเว้นให้รัฐสมาชิกสามารถเข้าแทรกแซง ผ่านการออกกฎเกณฑ์กำหนดราคาไฟฟ้า (*les tarifs réglementés de vente*) เพื่อคุ้มครองลูกค้าผู้ที่มีสถานะเปราะบางและอยู่ในกลุ่มที่มีแนวโน้มขาดแคลนพลังงานได้โดยมีเงื่อนไขตามข้อ 5 วรรคสี่ ดังต่อไปนี้

(1) เป็นการดำเนินการตามวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะทางเศรษฐกิจ (*intérêt économique général*) และจะต้องไม่เกินไปกว่าขอบวัตถุประสงค์นี้

(2) มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจน โปร่งใส ไม่เลือกปฏิบัติและตรวจสอบได้

(3) มีการรับประกันว่ากิจการไฟฟ้าที่อยู่ในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป จะสามารถเข้าถึงลูกค้าได้อย่างเท่าเทียมกัน

(4) มีระยะเวลาที่จำกัดและได้สัดส่วนกับผู้รับผลประโยชน์ และ

(5) ไม่ส่งผลให้เกิดค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมสำหรับผู้เข้าร่วมตลาดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติ

ทั้งนี้ รัฐสมาชิกที่เข้ามาแทรกแซงกำหนดราคาไฟฟ้าตามวรรคสามจะต้อง ปฏิบัติตามกฎหมายของสหภาพยุโรป ที่ 2018/1999 ข้อ 3 วรรคสาม (d) และข้อ 24 ที่กำหนดให้รัฐสมาชิก ประเมินจำนวนครัวเรือนที่ขาดแคลนพลังงาน โดยคำนึงถึงแนวปฏิบัติและตัวชี้วัดของคณะกรรมการยุโรป ด้านพลังงานประกอบกัน กับทั้งต้องประมวลข้อมูลที่ได้มาปรับปรุงนโยบายและแผนทางด้านสังคม และด้านพลังงานระดับประเทศควบคู่ไปกับรายงานบูรณาการความก้าวหน้าระดับชาติด้านพลังงาน และสภาพภูมิอากาศ

⁶⁷ Parlement européen, *Marché intérieur de l'énergie*, 2022, [Online], retrieved from <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/45/marche-interieur-de-l-energie> เมื่อ 19 มกราคม 2566.

⁶⁸ คำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป ลงวันที่ 20 เมษายน ค.ศ. 2010 คดี *FederUtility*.

ส่วนที่ 3 คำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปที่เกี่ยวกับกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (สหภาพยุโรป) ที่สำคัญ

ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (หรือศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป (Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)) ในอดีต) เป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการวางหลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ ศาลได้พิจารณาพิพากษาข้อพิพาทเกี่ยวกับบริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ เฉพาะเรื่องในหลายคดีที่มีชื่อเสียง ไม่ว่าจะเป็นคดี *Corbeau* ค.ศ. 1993 คดี *Commune d'Almelo* ค.ศ. 1994 และคดี *Altmark* ค.ศ. 2003 ที่ล้วนแล้วแต่เป็นการยืนยันหลักการแข่งขันโดยเสรีและเป็นการยอมรับข้อยกเว้นให้รัฐเข้ามาแทรกแซงเศรษฐกิจในนามของการจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้นในส่วนที่ 3 ของบทความนี้จะแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 3.1 การอนุญาตให้รัฐจำกัดการแข่งขันเป็นเอกสิทธิ์เพื่อให้วิสาหกิจที่ได้รับมอบหมายสามารถดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ : คำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป คดี *Corbeau* ค.ศ. 1993 และคดี *Commune d'Almelo* ค.ศ. 1994 และส่วนที่ 3.2 เงื่อนไขการขดเซยที่มีลักษณะเป็นบริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่ถือเป็นมาตรการให้ความช่วยเหลือของรัฐ : คำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปคดี *Altmark* ค.ศ. 2003 ตามลำดับ

3.1 การอนุญาตให้รัฐจำกัดการแข่งขันเป็นเอกสิทธิ์เพื่อให้วิสาหกิจที่ได้รับมอบหมายสามารถดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ : คำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป คดี *Corbeau* ค.ศ. 1993 และคดี *Commune d'Almelo* ค.ศ. 1994

ข้อพิพาททั้งสองคดีนี้เป็นประเด็นปัญหาว่าประเทศเบลเยียม (คดี *Corbeau*) และประเทศเนเธอร์แลนด์ (คดี *Commune d'Almelo*) ในฐานะรัฐสมาชิกของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป เคารพและปฏิบัติตามหลักการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรมที่ปรากฏในข้อ 90 ของสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ค.ศ. 1957 ซึ่งเป็นหลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจที่ใช้บังคับในช่วงเวลาดังกล่าวหรือไม่ (ปัจจุบัน คือ ข้อ 106 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป)⁶⁹ ดังนั้นในส่วนที่ 3.1 ของบทความนี้จะแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 3.1.1 คดี *Corbeau* ค.ศ. 1993 กิจการไปรษณีย์ของประเทศเบลเยียม และส่วนที่ 3.2.2 คดี *Commune d'Almelo* ค.ศ. 1994 กิจการจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าของประเทศเนเธอร์แลนด์

3.1.1 คดี *Corbeau* ค.ศ. 1993 กิจการไปรษณีย์ของประเทศเบลเยียม⁷⁰

ในคดีนี้ ข้อเท็จจริงปรากฏว่านาย Paul Corbeau ชาวเบลเยียม ประกอบกิจการไปรษณีย์แบบด่วนพิเศษที่รับรองว่าจะส่งจดหมายถึงมือผู้รับภายในเที่ยงวันของวันถัดไปโดยคิดค่าตอบแทนที่สูงกว่าการส่งไปรษณีย์ปกติ ต่อมา นาย Paul Corbeau ถูกลงโทษตามกฎหมายของเบลเยียมเนื่องจาก

⁶⁹ Pierre Esplugas - Labatut, *op. cit.*, pp. 150-151. et Pierre Bauby, *op. cit.*, pp. 29-30.

⁷⁰ คำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป ลงวันที่ 19 พฤษภาคม 1993 คดี *Procédure pénale contre Paul Corbeau*.



ธุรกิจไปรษณีย์เป็นกิจการที่รัฐผูกขาด เอกชนไม่สามารถดำเนินการดังกล่าวได้หากไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย นาย Paul Corbeau เห็นว่าการใช้อำนาจของรัฐในลักษณะดังกล่าวเป็นการแทรกแซงเศรษฐกิจอันขัดต่อหลักเสรีภาพในการประกอบกิจการที่รัฐจะต้องส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรมในตลาดสินค้าและบริการ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดในการตอบสนองความต้องการของประชาชน นาย Paul Corbeau จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลภายในประเทศเบลเยียม ซึ่งมีคำพิพากษาถึงที่สุดแต่นาย Paul Corbeau ยังคงไม่พอใจในผลของคำพิพากษา นาย Paul Corbeau จึงยื่นฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป

ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปพิจารณาแล้วเห็นว่า คดีนี้มีประเด็นพิพาทสำคัญว่า การใช้อำนาจผูกขาดของรัฐในการไปรษณีย์นั้นชอบด้วยกฎหมายของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปหรือไม่ ซึ่งในประเด็นดังกล่าว ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปได้วางหลักว่า การผูกขาดกิจการไปรษณีย์เป็นสิ่งที่ยอมรับได้ทราบเท่าที่จำเป็นเพื่อให้ผู้ถือเอกสิทธิ์ (ในที่นี้หมายถึงวิสาหกิจที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการไปรษณีย์) สามารถบรรลุพันธกิจเพื่อประโยชน์ส่วนรวม และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ได้รับประโยชน์จากเงื่อนไขที่ยอมรับได้ทางเศรษฐกิจ ในคดีนี้ ศาลได้ยอมรับว่าการผูกขาดกิจการไปรษณีย์เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ อันเป็นการกระทำที่ชอบด้วยข้อ 90 วรรคสอง ของสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป เนื่องจากเป็นการจัดทำบริการสาธารณะสำคัญที่มีความจำเป็นที่จะต้องควบคุมคุณภาพและราคาของการส่งไปรษณีย์ทั่วประเทศให้ได้ในราคาเดียวทั้งประเทศ⁷¹ กล่าวคือ ไม่ว่าจะส่งไปรษณีย์ระยะทางไกลหรือใกล้จะต้องชำระค่าบริการในอัตราเดียวกัน ตามหลักการเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทางดินแดน (le principe de cohésion territoriale) ที่สนับสนุนความเสมอภาคเท่าเทียมกันของประชาชนในการที่จะได้รับประโยชน์จากการจัดทำบริการสาธารณะไม่ว่าจะอาศัยอยู่ในพื้นที่ใดในประเทศ และเป็นการลดการกระจุกตัวของประชากรที่อาศัยอยู่ในเขตเมืองตามหลักการกระจายอำนาจอีกด้วย⁷² การผูกขาดกิจการไปรษณีย์ของประเทศเบลเยียมจึงชอบด้วยกฎหมายของสหภาพยุโรปแล้ว⁷³

⁷¹ Pierre Esplugas - Labatut, *op. cit.*, p. 150.

⁷² Pierre Delvolvé, *op. cit.*, p. 479.

⁷³ Jean - Paul Valette, *op. cit.*, p. 131.

อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปพิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยต่อไปว่า การยอมรับให้รัฐสามารถแทรกแซงเศรษฐกิจผ่านการผูกขาดกิจการไปรษณีย์นั้นมีขอบเขตมากน้อยเพียงใดจะสามารถผูกขาดกิจการไปรษณีย์ทั้งระบบ รวมไปถึงกิจการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วยหรือไม่ ในคดีนี้ศาลได้วางหลักว่า รัฐไม่สามารถผูกขาดบริการเพิ่มเติม (prestations supplémentaires) ซึ่งมีลักษณะเป็นการสนับสนุนการจัดทำบริการสาธารณะ (ที่ศาลยอมให้รัฐสามารถผูกขาดได้) ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า การส่งไปรษณีย์แบบปกติเป็นการจัดทำบริการสาธารณะขั้นพื้นฐานที่ศาลยอมรับให้รัฐเข้ามาแทรกแซงเศรษฐกิจโดยการผูกขาดไว้กับรัฐวิสาหกิจที่ได้รับมอบหมายได้ แต่รูปแบบธุรกิจของนาย Paul Corbeau ผู้ฟ้องคดี ที่รับรองว่าจะส่งจดหมายถึงมือผู้รับภายในเที่ยงวันของวันถัดไปนั้นเป็นการส่งไปรษณีย์ (มีต่อหน้าถัดไป)

3.1.2 คดี *Commune d'Almelo* ค.ศ. 1994 กิจการจำหน่ายพลังงานไฟฟ้า ของประเทศเนเธอร์แลนด์⁷⁴

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า ประเทศเนเธอร์แลนด์ให้บริษัท NV Energiebedrijf Ijsselmij (IJM) (ต่อมาได้เปลี่ยนชื่อเป็น N. V. Electriciteits-Maatschappij IJsselcentrale (IJC)) ซึ่งเป็นบริษัทพลังงานของประเทศเนเธอร์แลนด์ที่ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1911 โดยเทศบาล Zwolle, Deventer และ Zutphen ในฐานะบริษัทจัดจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าในระดับภูมิภาคให้กับตัวแทนจำหน่ายในพื้นที่ท้องถิ่นที่พิพาท และเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ประเทศเนเธอร์แลนด์ได้ตรากฎหมายกำหนดให้บริษัท IJM มีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการผูกขาดจำหน่ายไฟฟ้าในเขตพื้นที่ของเทศบาลเมือง Almelo และท้องถิ่นอื่น ๆ ในบริเวณเดียวกัน ต่อมา บริษัท IJM ได้ขึ้นราคาค่าไฟฟ้าทำให้เทศบาลเมือง Almelo และผู้จัดจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าในท้องถิ่นอื่น ๆ ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย จึงนำคดีมาฟ้องต่อคณะกรรมการยุโรปโดยโต้แย้งขอให้มีสิทธิที่จะนำเข้าไฟฟ้าจากที่อื่นและโต้แย้งการเพิ่มขึ้นของอัตราค่าไฟฟ้า คณะกรรมการยุโรปพิจารณาแล้วเห็นว่า ประเทศเนเธอร์แลนด์ได้ใช้อำนาจรัฐแทรกแซงเศรษฐกิจขัดต่อหลักการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองเอาไว้ในกฎหมายของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป ในการพิจารณาคดีดังกล่าว จึงมีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาว่าการใช้อำนาจผูกขาดของรัฐในการจำหน่ายไฟฟ้าในลักษณะดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปหรือไม่

ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปพิจารณาแล้วเห็นว่า ถึงแม้ว่าการใช้อำนาจของประเทศเนเธอร์แลนด์จะมีลักษณะเป็นการแทรกแซงเศรษฐกิจอันส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างเสรีด้านพลังงานในตลาดร่วมก็ตาม แต่การผูกขาดการจำหน่ายไฟฟ้าในพื้นที่พิพาทของบริษัท IJM และการเรียกเก็บค่าไฟฟ้าเพิ่มขึ้นนั้น ก็เป็นไปเพื่อรักษาระดับราคาค่าไฟฟ้าอย่างเท่าเทียมกันทั่วทั้งประเทศเนื่องจากการส่งไฟฟ้าไปจำหน่ายในพื้นที่ห่างไกลจากชุมชนซึ่งมีจำนวนประชากรน้อยกว่า จะมีต้นทุนที่สูงกว่าการจำหน่ายไฟฟ้าภายในเขตเมืองที่มีจำนวนประชากรสูงกว่า ดังนั้นเพื่อไม่ให้ประชากรที่อาศัยอยู่ในชนบทต้องแบกรับภาระค่าใช้จ่ายมากเกินไปจนสมควร บริษัท IJM จึงจำเป็นที่จะต้องขึ้นราคาค่าไฟฟ้าภายในเขตเมือง ทำให้ประชาชนไม่ว่าจะอาศัยอยู่ในเขตเมืองหรือในเขตชนบทก็มีสิทธิที่จะเข้าถึงการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 73)

แบบถ้วนพิเศษที่ถือว่าเป็นบริการเสริมของการส่งไปรษณีย์แบบปกติ เป็นการทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจในรูปแบบพิเศษ แยกต่างหากจากการจัดทำบริการสาธารณะทั่วไปที่รัฐผูกขาด กิจการของผู้ฟ้องคดีที่เรียกเก็บค่าตอบแทนสูงกว่าการส่งไปรษณีย์ปกติ จึงไม่ถือเป็นกิจการประเภทเดียวกับกิจการของรัฐ การดำรงอยู่ของธุรกิจดังกล่าวย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นการสร้างความเสี่ยงภัยแก่การจัดทำบริการสาธารณะภายในประเทศแต่อย่างใด ดังนั้นประเทศเบลเยียมย่อมไม่มีความชอบธรรมในการกีดกันไม่ให้ผู้ฟ้องคดีประกอบธุรกิจการส่งไปรษณีย์แบบถ้วนพิเศษได้

⁷⁴ คำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป ลงวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 1994 คดี *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*.



อย่างเท่าเทียมกัน การแทรกแซงดังกล่าวย่อมไม่ใช่การใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมราบเท่าที่การกีดกันการแข่งขันนั้นเป็นไปเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของวิสาหกิจที่ได้รับมอบหมายบรรลุผล⁷⁵ การผูกขาดกิจการไฟฟ้าของประเทศเนเธอร์แลนด์จึงชอบด้วยกฎหมายของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปแล้ว⁷⁶

3.2 เงื่อนไขการขดเชยที่มีลักษณะเป็นบริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่ถือเป็นมาตรการให้ความช่วยเหลือของรัฐ : คำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป คดี *Altmark* ค.ศ. 2003⁷⁷

ข้อพิพาทในคดีนี้เป็นประเด็นปัญหาว่า การให้เงินสนับสนุนของประเทศเยอรมนีในการขดเชยภาวะขาดทุนของบริษัทที่ได้รับสัมปทานเดินรถโดยสารขัดต่อหลักการห้ามรัฐสมาชิกให้ความช่วยเหลือทางเศรษฐกิจภายในประเทศตามข้อ 87 วรรคหนึ่ง ของสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (ข้อ 107 วรรคหนึ่ง ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ในปัจจุบัน) หรือไม่

⁷⁵ Pierre Delvolvé, *op. cit.*, pp. 479-481.

⁷⁶ ต่อมา ประเทศฝรั่งเศสได้มีคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปในข้อพิพาทด้านพลังงานเช่นเดียวกับคดี *Commune d'Almelo* ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป ลงวันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ. 1997 คดี *Commission c/ France* โดยมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการที่ในอดีตประเทศฝรั่งเศสได้ผูกขาดกิจการพลังงานผ่านทางวิสาหกิจมหาชน ได้แก่ การไฟฟ้าแห่งประเทศฝรั่งเศส (*Électricité de France (EDF)*) และการก๊าซแห่งประเทศฝรั่งเศส (*Gaz de France (GDF)*) ที่รับผิดชอบในการจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าและพลังงานก๊าซในพื้นที่ประเทศฝรั่งเศส คณะกรรมาธิการยุโรปเห็นว่า การผูกขาดดังกล่าวได้กีดกันการแข่งขันการจำหน่ายพลังงานของประเทศสมาชิกประชาคมยุโรปอื่น (ที่ต้องการเข้ามาจำหน่ายไฟฟ้าและก๊าซในประเทศฝรั่งเศส) จำกัดสิทธิในการจำหน่ายพลังงานของผู้ประกอบกิจการรายย่อยในประเทศฝรั่งเศส รวมถึงกระทบต่อสิทธิในการซื้อพลังงานไฟฟ้าและพลังงานก๊าซของผู้บริโภคอย่างเสรี จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการเปิดตลาดอย่างไม่เป็นธรรม และไม่เข้าข่ายยกเว้นที่ยินยอมให้รัฐเข้ามาแทรกแซงเศรษฐกิจ เนื่องจากไม่ใช่กิจการที่มีความจำเป็นเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐบรรลุผล และรัฐสามารถดำเนินการด้วยวิธีการอื่นที่กระทบต่อการแข่งขันน้อยกว่าการผูกขาด (*autres mesures, moins restrictives*) โดยที่ไม่จำเป็นต้องเข้ามาใช้อำนาจผูกขาดในตลาดพลังงานภายในประเทศ คณะกรรมาธิการยุโรปจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป ในคดีนี้มีประเด็นที่ศาลต้องพิจารณา คือ การใช้อำนาจผูกขาดของประเทศฝรั่งเศสเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผลหรือไม่ อย่างไรก็ตามในคดีนี้ศาลไม่ได้พิจารณาในเนื้อหาแห่งคดีว่าการแทรกแซงเศรษฐกิจของประเทศฝรั่งเศสเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการเปิดตลาดร่วมอย่างเป็นธรรมหรือไม่ ศาลพิจารณาแต่เพียงว่าคณะกรรมาธิการยุโรปมีการพิสูจน์ว่าประเทศฝรั่งเศสได้ผูกขาดกิจการพลังงานผ่านทางวิสาหกิจมหาชนไม่ใช่เรื่องจำเป็นเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐบรรลุผล และต้องพิสูจน์ว่าประเทศฝรั่งเศสสามารถดำเนินการด้วยวิธีการอื่นได้ โดยที่ไม่จำเป็นต้องเข้ามาใช้อำนาจผูกขาดในตลาดพลังงานภายในประเทศ เมื่อคณะกรรมาธิการไม่สามารถพิสูจน์ได้ตามข้อกล่าวหา ข้อกล่าวอ้างของคณะกรรมาธิการจึงฟังไม่ขึ้น

⁷⁷ คำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป ลงวันที่ 24 กรกฎาคม ค.ศ. 2003 คดี *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg contre Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, en présence de Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht.*

คดีนี้มีที่มาจากข้อพิพาทระหว่างบริษัท Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH ผู้ฟ้องคดี กับ บริษัท Altmark Trans GmbH และ Regierungspräsidium Magdeburg ผู้ถูกฟ้องคดี ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในปี ค.ศ. 1990 เมือง Stendal ได้ให้ใบอนุญาตในการให้บริการรถโดยสารแก่บริษัท Altmark Trans โดยสัญญาที่มีข้อกำหนดผูกพันให้บริษัทต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดเกี่ยวกับอัตราค่าโดยสารและตารางเดินรถโดยสาร แลกกับการที่จะได้รับความช่วยเหลือทางการเงินในกรณีที่ประสบกับภาวะขาดทุนอันเนื่องมาจากการดำเนินงานเดินรถโดยสาร ต่อมา บริษัท Nahverkehrsgesellschaft Altmark ซึ่งเป็นบริษัทคู่แข่งกับบริษัท Altmark Trans ได้ฟ้องคดีต่อศาลภายในประเทศเยอรมนีว่ามาตรการชดเชยภาวะการขาดทุนดังกล่าวไม่ชอบด้วยหลักการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมซึ่งประเทศเยอรมนีมีพันธะผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป เนื่องจากหากบริษัท Altmark Trans ไม่ได้รับความช่วยเหลือทางการเงินจากรัฐ ก็ไม่สามารถแข่งขันในตลาดได้

ศาลภายในประเทศเยอรมนีพิจารณาแล้วเห็นพ้องด้วยกับผู้ฟ้องคดีจึงพิพากษายกเลิกความช่วยเหลือทางการเงินดังกล่าว บริษัท Altmark Trans ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาจึงอุทธรณ์คำพิพากษาศาลอีกชั้นหนึ่ง อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนในการใช้และการตีความกฎหมายของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ศาลที่รับพิจารณาอุทธรณ์จึงได้ส่งประเด็นปัญหาเบื้องต้นไปให้ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปพิจารณาว่า เงินอุดหนุนที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อชดเชยการขาดทุนของบริการขนส่งผู้โดยสารในท้องถิ่นตกอยู่ภายใต้ข้อห้ามไม่ให้รัฐสมาชิกให้ความช่วยเหลือทางเศรษฐกิจตามข้อ 87 วรรคหนึ่งของสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป หรือไม่

ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปพิจารณาแล้วเห็นว่า ภาควิชาการขนส่งสาธารณะอยู่ภายใต้สนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ข้อ 73 ที่รับรองว่ามาตรการให้ความช่วยเหลือด้านการขนส่งหรือการให้เงินอุดหนุนชดเชยการขาดทุนเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผลนั้นชอบด้วยสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป เนื่องจากมีความจำเป็นที่รัฐสมาชิกจะต้องเข้ามาแทรกแซงภาควิชาการขนส่งที่อยู่ในสภาวะตลาดล้มเหลว⁷⁸ กล่าวคือ หากรัฐสมาชิกไม่เข้ามาดำเนินการให้ความช่วยเหลือดังกล่าว ก็จะไม่มีความคุ้มค่าในการลงทุนเดินรถโดยสารในพื้นที่ที่พิพาท เพราะแม้จะเป็นการจัดทำบริการสาธารณะที่สำคัญ แต่ไม่ได้มีความคุ้มค่าในการลงทุนเหมือนอย่างในเขตพื้นที่ชุมชนเมืองที่มีประชากรอาศัยอยู่อย่างหนาแน่น และหากไม่มีผู้ประกอบการรายใดเข้ามาเดินรถโดยสารในพื้นที่ดังกล่าว จะส่งผลทำให้ประชาชนในพื้นที่นั้นได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการไม่มีบริการสาธารณะจัดส่งคนโดยสาร ดังนั้นมาตรการให้ความช่วยเหลือด้านการขนส่งหรือการให้เงินอุดหนุนชดเชยการขาดทุนแก่บริษัท Altmark Trans GmbH เป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล

⁷⁸ Marie Malaurie - Vignal, Droit de la concurrence interne et européen, 6^e éd., (Paris : Sirey, 2014), pp. 297-298.

การแทรกแซงเศรษฐกิจในลักษณะดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อหลักการห้ามให้รัฐสมาชิกกำหนดมาตรการให้ความช่วยเหลือตามสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ข้อ 87 วรรคหนึ่ง⁷⁹

ถึงแม้ว่าศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปได้ยอมรับให้รัฐสมาชิกสามารถใช้มาตรการให้ความช่วยเหลือทางการเงินได้ในกรณีที่มีความจำเป็นหากเป็นเรื่องของบริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่การให้ความช่วยเหลือดังกล่าวจะมีลักษณะอย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การคำนวณเงินชดเชยการขาดทุนที่รัฐจะเข้ามาสนับสนุนจะต้องพิจารณาอย่างไร นั้น ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปจึงได้วางกรอบในการพิจารณาที่เข้มงวดเอาไว้ 4 ประการ ในคำพิพากษาฉบับเดียวกันเพื่อป้องกันไม่ให้รัฐสมาชิกใช้อำนาจรัฐเข้าแทรกแซงเศรษฐกิจอย่างไม่เป็นธรรม ได้แก่⁸⁰

(1) วิสาหกิจที่รับประโยชน์นั้นมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ และบทบาทของวิสาหกิจดังกล่าวจะต้องถูกกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจน

(2) อัตราการคำนวณการชดเชยต้องกำหนดเอาไว้ล่วงหน้า และจะต้องมีในลักษณะถาวรและโปร่งใส เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความได้เปรียบทางเศรษฐกิจในลักษณะที่เป็นการเอื้อประโยชน์ต่อวิสาหกิจผู้รับผลประโยชน์พิเศษจากรัฐเหนือกิจการคู่แข่งในตลาด

(3) การชดเชยนั้นต้องไม่เกินกว่าต้นทุนที่เสียไปจากการจัดทำบริการสาธารณะ กล่าวคือ การกำหนดค่าชดเชยจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็น โดยไม่เกินไปกว่าค่าใช้จ่ายอันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามข้อกำหนดผูกพันของการจัดทำบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นค่าใช้จ่ายทั้งหมดหรือบางส่วน และจะต้องคำนึงถึงรายรับและผลกำไรที่มาจากการปฏิบัติตามข้อผูกพันเหล่านี้อย่างสมเหตุสมผลประกอบด้วย

(4) ในกรณีที่ไม่มีทางเลือกวิสาหกิจที่จะเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะผ่านขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (ที่โดยหลักแล้วกระบวนการคัดเลือกจะมีลักษณะเป็นการคัดเลือกวิสาหกิจที่เสนอราคาต่ำที่สุดเป็นเกณฑ์) ระดับของค่าชดเชยจะต้องพิจารณาจากการวิเคราะห์ต้นทุนที่วิสาหกิจทั่วไปจะต้องจ่ายเพื่อปฏิบัติตามข้อผูกพันเหล่านี้ กล่าวคือ ต้นทุนจะได้รับการประเมินตามที่ควรจะเป็นสำหรับกิจการประเภทเดียวกันซึ่งจะต้องรับผิดชอบในกิจกรรมประเภทเดียวกัน

เงื่อนไขทั้ง 4 ประการเป็นเงื่อนไขบังคับที่รัฐจะต้องปฏิบัติตามทุกข้อ (conditions cumulatives) กล่าวคือ หากฝ่าฝืนไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขข้อหนึ่งข้อใดจะถือว่ารัฐสมาชิกให้ความช่วยเหลือทางเศรษฐกิจซึ่งต้องห้ามตามข้อ 87 วรรคหนึ่ง ของสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป⁸¹ ปัจจุบัน

⁷⁹ Jean - Paul Valette, *op. cit.*, p. 133. et Pierre Esplugas - Labatut, *op. cit.*, pp. 148-149.

⁸⁰ Jean - Philippe Colson et Pascale Idoux, *op. cit.*, pp. 353-355. et Pierre Bauby, Service public, *op. cit.*, p. 75. et Alain Alexis, “L’arrêt Altmark Trans du 24 juillet 2003 : La Cour de justice précise les conditions de financement des Services d’intérêt économique général,” Competition Policy Newsletter (Number 3 - Autumn 2003), pp. 3-4.

⁸¹ Pierre Delvolvé, *op. cit.*, pp. 516-517. et Étienne Petit, *op. cit.*, p. 223.

คณะกรรมการการยุโรปได้นำหลักจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานดังกล่าวเข้ามาบรรจุไว้เป็นส่วนหนึ่งของแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการยุโรปว่าด้วยกรอบในการให้ความช่วยเหลือจากรัฐในรูปแบบของการชดเชยการขาดทุนจากการจัดทำบริการสาธารณะของสหภาพยุโรป ค.ศ. 2011⁸²

จะเห็นได้ว่า ในคดี *Altmark* ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปไม่ได้ตัดสินในเนื้อหาแห่งคดีว่า การให้เงินสนับสนุนของประเทศเยอรมนีในการชดเชยการขาดทุนของบริษัทที่ได้รับสัมปทานเดินรถโดยสารขัดต่อหลักการห้ามรัฐสมาชิกให้ความช่วยเหลือทางเศรษฐกิจภายในประเทศตามข้อ 87 วรรคหนึ่งของสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป หรือไม่ เนื่องจากเป็นคดีร้องขอให้ศาลตีความกฎหมายของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ศาลจึงทำได้เพียงการวางหลักทั่วไปในเรื่องของข้อยกเว้นในการปฏิบัติตามหลักการแข่งขันทางการค้าที่ยอมรับให้รัฐสมาชิกสามารถเข้าแทรกแซงชดเชยการขาดทุนในกิจการด้านการขนส่ง และการวางกรอบในการพิจารณาว่าการกำหนดค่าชดเชยทางการเงินนี้จะต้องคำนวณอย่างไร มีเกณฑ์ใดที่จะต้องนำมาใช้ในการพิจารณาบ้าง ดังนั้นการใช้อำนาจของรัฐในลักษณะใดที่จะถือได้ว่าเป็นการใช้มาตรการให้ความช่วยเหลือทางเศรษฐกิจที่ต้องห้ามตามสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป สุดท้ายแล้วย่อมเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการการยุโรป รัฐสมาชิก และศาลภายในประเทศของรัฐสมาชิกที่จะตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปในคดีนี้

ส่วนที่ 4 บทวิเคราะห์

การศึกษา (1) บทบาทของรัฐสมาชิกในการเข้าแทรกแซงเศรษฐกิจภายในประเทศ (2) เจตนารมณ์ของคณะกรรมการการยุโรปที่ต้องการจะขับเคลื่อนเสรีภาพในการแข่งขันภายในตลาดร่วมของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป และ (3) แนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปที่พยายามประนีประนอมความขัดแย้งระหว่างรัฐสมาชิกและคณะกรรมการการยุโรป ได้สะท้อนให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงบทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การเปลี่ยนผ่านจากยุคที่ 3 รัฐที่แทรกแซงทางเศรษฐกิจไปสู่ยุคที่ 4 รัฐที่กำกับกิจการทางเศรษฐกิจ ที่ยังคงมีความเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงผ่านการต่อสู้กันอย่างรุนแรงระหว่างข้อความคิดเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะและข้อความคิดเรื่องการแข่งขันทางการค้า อันนำมาสู่บทวิเคราะห์ใน 2 ประเด็นที่จะได้กล่าวต่อไปนี้ ได้แก่ ส่วนที่ 4.1 อิทธิพลของแนวคิดเสรีนิยมใหม่ที่ลดบทบาทของภาครัฐในทางเศรษฐกิจ และส่วนที่ 4.2 อิทธิพลของแนวคิดเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะที่ยังคงรักษาทะบบของภาครัฐในทางเศรษฐกิจ

4.1 อิทธิพลของแนวคิดเสรีนิยมใหม่ที่ลดบทบาทของภาครัฐในทางเศรษฐกิจ

จากเดิมที่รัฐสมาชิกผูกขาดกิจกรรมในทางเศรษฐกิจที่สำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การบริการสาธารณะที่มีโครงข่ายภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 แนวคิดเสรีนิยมใหม่ค่อย ๆ ลดความสำคัญของแนวคิดทางเศรษฐกิจที่สนับสนุนการแทรกแซงทางเศรษฐกิจโดยภาครัฐลง เมื่อพิจารณาจากบทบาทของรัฐ

⁸² Journal officiel de l'Union européenne, 11 janv. 2012, C 8/15.

ในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปในคดี *Corbeau* ค.ศ. 1994 คดี *Commune d'Almelo* ค.ศ. 1994 และคดี *Altmark* ค.ศ. 2003 แล้ว จะเห็นได้ว่า รัฐค่อย ๆ ปรับตัวลดบทบาทในทางเศรษฐกิจของตนเองลง

ในคดี *Corbeau* ค.ศ. 1994 รัฐยังคงผูกขาดในกิจการไปรษณีย์ผ่านทางวิสาหกิจที่ได้รับมอบหมาย ทำให้วิสาหกิจมหาชนที่ได้รับมอบหมายสามารถนำกำไรที่ได้จากการส่งไปรษณีย์ในเขตชุมชนเมืองไปชดเชยการขาดทุนในการส่งไปรษณีย์ในพื้นที่ห่างไกล การผูกขาดดังกล่าวย่อมเป็นเครื่องมือสำคัญในการรับรองการให้บริการไปรษณีย์ในราคาเดียวกันทั่วประเทศ หากยอมปล่อยให้เอกชนเข้าแข่งขันอย่างเสรีจะทำให้วิสาหกิจดังกล่าวไม่สามารถแข่งขันกับเอกชนได้ และทำให้ไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างทั่วถึง เนื่องจากเอกชนมีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร จึงมีความเป็นไปได้ที่เอกชนจะทำธุรกิจเฉพาะในเขตชุมชนเมือง ทำให้ไม่ต้องแบกรับภาระต้นทุนในการทำธุรกิจในพื้นที่ห่างไกล บริษัทเอกชนคู่แข่งสามารถกำหนดราคาได้ต่ำกว่าราคาค่าบริการที่วิสาหกิจกำหนด กรณียอมคาดหมายได้ว่าประชาชนจะเลือกใช้บริการบริษัทเอกชนในการส่งไปรษณีย์ในเขตเมือง ทำให้วิสาหกิจสูญเสียรายได้อย่างมหาศาล และไม่สามารถนำกำไรที่เคยได้รับไปชดเชยการขาดทุนจากการให้บริการในเขตพื้นที่ห่างไกล ส่งผลเสียต่อการจัดทำบริการสาธารณะในภาพรวมของประเทศ แต่ศาลก็เปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามาแข่งขันในการส่งไปรษณีย์แบบด่วนพิเศษที่เป็นบริการอีกทางเลือกหนึ่งให้กับประชาชน

สำหรับคดี *Commune d'Almelo* ค.ศ. 1994 เป็นกรณีที่รัฐไม่ได้ดำเนินการเองทั้งหมด แต่มอบหมายให้วิสาหกิจที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการจำหน่ายไฟฟ้า แต่รัฐได้มอบอำนาจพิเศษคือ อำนาจผูกขาดในการให้ซื้อไฟฟ้ากับวิสาหกิจที่ได้รับมอบหมายแต่เพียงผู้เดียว โดยมีเหตุผลคล้ายคลึงกับคดี *Corbeau* ค.ศ. 1994 เนื่องจากมีความจำเป็นที่จะต้องผูกขาดเพื่อนำกำไรที่ได้รับไปสนับสนุนค่าใช้จ่ายในการจำหน่ายไฟฟ้าให้กับผู้บริโภคในพื้นที่ห่างไกล หากยอมปล่อยให้เอกชนสามารถเข้าแข่งขันอย่างเสรี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การยอมให้นำเข้าพลังงานไฟฟ้ามาจากต่างประเทศที่มีราคาขายส่งถูกกว่าโรงไฟฟ้าภายในประเทศแล้ว ย่อมทำให้วิสาหกิจที่ได้รับมอบหมายไม่สามารถทำกำไรได้อย่างเพียงพอที่จะนำไปอุดหนุนว่างในการจำหน่ายไฟฟ้าในเขตที่มีต้นทุนสูง และจะส่งผลทำให้ประชาชนไม่สามารถเข้าถึงพลังงานได้อย่างทั่วถึงเท่าเทียมกันทั่วประเทศ อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปได้วางหลักเป็นกรอบไว้ว่าเฉพาะในกรณีที่การกีดกันการแข่งขันนั้นเป็นไปเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของวิสาหกิจที่ได้รับมอบหมายบรรลุผลเท่านั้น ที่การแทรกแซงตลาดจะไม่เข้าลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม

คำพิพากษาคดี *Corbeau* ค.ศ. 1994 และคดี *Commune d'Almelo* ค.ศ. 1994 จึงเป็นคดีสำคัญที่ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปได้ยืนยันหลักเสรีภาพในการประกอบกิจการของเอกชนที่รัฐต้องส่งเสริมให้มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม กิจกรรมที่สหภาพยุโรปยินยอมให้รัฐแทรกแซงเศรษฐกิจได้เป็นข้อยกเว้นที่รัฐจะต้องใช้อำนาจอย่างจำกัด กล่าวคือ รัฐไม่อาจผูกขาดการจัดทำบริการสาธารณะทุกกรณีแต่จะต้องเป็นบริการสาธารณะที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวมตามนัยแห่งข้อ 90

ของสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (หรือข้อ 106 วรรคสอง ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ในปัจจุบัน) ดังนั้นถึงแม้ว่าการใช้อำนาจของรัฐสมาชิกทั้งสองกรณีจะมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจผูกขาดก็ตาม แต่การแทรกแซงดังกล่าวย่อมไม่ใช่การใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม ตราบเท่าที่การกีดกันการแข่งขันนั้นเป็นไปเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของวิสาหกิจที่ได้รับมอบหมายบรรลุผล

ต่อมา ในคดี *Altmark* ค.ศ. 2003 การใช้อำนาจทางเศรษฐกิจของรัฐสมาชิกที่พิพาทได้ผ่อนคลายลงมาอีกระดับหนึ่ง กล่าวคือ ไม่ได้มีลักษณะเป็นการผูกขาดแล้ว แต่เป็นการเปิดเสรีให้เอกชนที่สนใจเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเดินรถขนส่งผู้โดยสาร แต่เนื่องจากการเดินรถโดยสารเป็นการลงทุนที่มีความเสี่ยง ในบางพื้นที่ที่แม้จะมีความจำเป็นที่จะจัดให้มีรถโดยสารให้บริการประชาชน แต่ด้วยจำนวนประชากรที่ไม่หนาแน่นหรือด้วยเพราะเป็นพื้นที่ห่างไกลจากในตัวเมือง ทำให้เอกชนไม่ประสงค์ที่จะเข้ามาลงทุนในกิจกรรมดังกล่าว จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องไม่ปล่อยให้มีความเหลื่อมล้ำระหว่างประชากรที่อาศัยในพื้นที่เขตเมืองกับพื้นที่เขตชนบทในการเข้าถึงการจัดทำบริการสาธารณะ รัฐสมาชิกจึงได้ใช้มาตรการให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่เอกชนที่ได้รับมอบหมายในกรณีที่ผู้ประกอบการประสบกับภาวะขาดทุนในการทำธุรกิจเดินรถขนส่งผู้โดยสาร มาตรการให้ความช่วยเหลือดังกล่าว ย่อมถือว่าการใช้อำนาจรัฐเข้ามาแทรกแซงในทางเศรษฐกิจที่โดยหลักแล้วต้องห้ามไม่ให้ปฏิบัติตามสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป แต่เมื่อเสรีภาพในการเดินทางเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญ และหากเอกชนที่ได้รับมอบหมายภารกิจประสบกับปัญหาขาดทุนหรือล้มละลายแล้ว บุคคลที่ได้รับความเดือดร้อนย่อมไม่ได้มีแค่เพียงผู้ประกอบการ แต่ย่อมเดือดร้อนไปถึงประชาชนที่ไม่สามารถเดินทางไป - กลับใช้ชีวิตได้ตามปกติสุข ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปจึงเห็นเป็นการเหมาะสมให้รัฐสมาชิกดำเนินการแทรกแซงให้การสนับสนุนทางการเงินแก่ผู้ประกอบการที่ได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ แต่เนื่องจากการสนับสนุนทางการเงินยังคงต้องคำนึงถึงหลักการแข่งขันทางการค้า ศาลจึงได้กำหนดกรอบในการพิจารณาจำนวนเงินค่าชดเชยว่าจะต้องมีความชัดเจนแน่นอน โปร่งใส ตรวจสอบได้ และจะต้องคำนึงถึงต้นทุน ความเสี่ยง และผลกำไรที่พึงจะได้รับจากการประกอบกิจการประเภทดังกล่าวตามปกติ

จะเห็นได้ว่าแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปในทศวรรษที่ 90 มีลักษณะค่อนข้างผ่อนปรนกับมาตรการแทรกแซงเศรษฐกิจของรัฐสมาชิก ทำให้คณะกรรมการธิการยุโรปต้องปรับกลยุทธ์ จากเดิมที่อาศัยแต่เพียงบทบัญญัติตามสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ฟ้องรัฐสมาชิกต่อศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป และมักจะเป็นฝ่ายแพ้คดีในศาล โดยเฉพาะในเรื่องของการผลิตและการจำหน่ายไฟฟ้า ที่ศาลยังคงยอมรับบทบาทของภาครัฐในการครองอำนาจผูกขาดในด้านพลังงาน คณะกรรมาธิการยุโรปได้ออกกฎหมายลำดับรองจำนวนมากเพื่อผลักดันให้เกิดการเปลี่ยนผ่านให้การค้าเสรีในตลาดพลังงานไฟฟ้าในตลาดร่วมยุโรป (*Marché unique européen de l'électricité*) เพื่อจำกัดข้อยกเว้นที่ยอมรับให้รัฐสมาชิกใช้อำนาจมหาชนเข้าแทรกแซงเศรษฐกิจในสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคม

เศรษฐกิจยุโรป (หรือสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ในปัจจุบัน) ให้มีความเคร่งครัดมากยิ่งขึ้น ดังตัวอย่างของกลุ่มกฎหมายพลังงานฉบับที่ 3 และฉบับที่ 4 ที่ได้กล่าวมาแล้วในส่วนที่ 2.2 บทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจตามกฎหมายลำดับรองของสหภาพยุโรปในบทความนี้ ทำให้เห็นได้ว่าปัจจุบันมีการเปิดเสรีทางพลังงานมากขึ้น ภาครัฐไม่สามารถผูกขาดกิจการทางพลังงานแต่เพียงผู้เดียวเหมือนอย่างในอดีตได้อีกต่อไป

4.2 อิทธิพลของแนวคิดเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะที่ยังคงรักษาทบทางของภาครัฐในทางเศรษฐกิจ

ถึงแม้อิทธิพลของแนวคิดเสรีนิยมใหม่จะเข้ามาลดบทบาทของภาครัฐในทางเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก แต่ในทางปฏิบัติ ยังไม่สามารถที่จะบังคับให้รัฐจำกัดตนอยู่แต่ในฐานะที่เป็นผู้กำกับดูแลอย่างเคร่งครัดได้แต่อย่างใด รัฐสมาชิกยังคงแสดงออกถึงความต้องการที่จะเข้ามาเป็นผู้เล่นในตลาดอยู่เสมอ ทำให้ตลาดร่วมของสหภาพยุโรปยังคงถูกท้าทายโดยการแทรกแซงกลไกตลาดของรัฐสมาชิกในนามของการจัดทำบริการสาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การที่สนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ข้อ 106 วรรคสอง ได้รับรองให้ “บริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ” ที่จำเป็นต่อ “การจัดทำบริการสาธารณะ” เป็นข้อยกเว้นสำคัญที่ทำให้รัฐสมาชิกยังสามารถใช้อำนาจเหนือกว่าผู้เล่นเอกชนรายอื่นในตลาดโดยไม่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปในคดี *Altmark* ค.ศ. 2003 ไม่ถือว่าเป็นมาตรการให้ความช่วยเหลือที่ต้องห้ามตามข้อ 107 ของสนธิสัญญาเดียวกัน⁸³

อย่างไรก็ตาม การปล่อยให้ภาครัฐเข้ามาแทรกแซงเศรษฐกิจได้อย่างไม่มีข้อจำกัดย่อมทำให้เกิดผลเสียต่อเป้าหมายของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (หรือสหภาพยุโรปในปัจจุบัน) ที่ต้องการผลักดันให้เกิดตลาดร่วมในทางเศรษฐกิจภายใต้แนวคิดในทางเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมใหม่ ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปในคดี *Altmark* จึงต้องทำการประนีประนอมระหว่างแนวคิดเรื่องรัฐที่แทรกแซงทางเศรษฐกิจกับรัฐที่กำกับกิจการทางเศรษฐกิจเข้าไว้ด้วยกัน จึงยอมรับหลักการแทรกแซงของรัฐในเรื่องของบริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ได้กำหนดเป็นกรอบในการแทรกแซงโดยการให้ความช่วยเหลือเป็นเงินอุดหนุนว่าจะต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไขทั้ง 4 ประการ คือ (1) ต้องกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ของวิสาหกิจที่ได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะอย่างชัดเจน (2) ต้องคำนวณอัตราค่าชดเชยเอาไว้ล่วงหน้าอย่างเป็นภววิสัยและโปร่งใส (3) ต้องเป็นค่าชดเชยที่จะต้องจ่ายเท่าที่จำเป็น และ (4) ต้องพิจารณาต้นทุนที่วิสาหกิจทั่วไปจะต้องจ่ายเพื่อปฏิบัติตามข้อผูกพันเหล่านี้ในกรณีที่ไม่ได้ผ่านขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ⁸⁴

⁸³ Jean - Paul Valette, *op. cit.*, p. 133. et Étienne Petit, *op. cit.*, p. 225. et Jean - Philippe Colson et Pascale Idoux, *op. cit.*, pp. 351-352. et pp. 364-365. et Marie Malaurie - Vignal, *op. cit.*, pp. 297-298.

⁸⁴ Pierre Delvolvé, *op. cit.*, p. 516.

อย่างไรก็ดี ศาลทำได้เพียงการวางกรอบเอาไว้อย่างกว้าง ๆ ในขณะที่สาระสำคัญที่แท้จริง คือ การยืนยันบทบาทของภาครัฐ ที่สุดท้ายแล้วศาลต้องยอมรับว่าเพื่อให้ภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายบรรลุผล ย่อมไม่อาจแข่งขันได้อย่างเท่าเทียมในระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันเอง ทั้งนี้ เพื่อความเท่าเทียมในสายตาของประชาชนตามหลักความเสมอภาคเท่าเทียมกันของประชาชนในการเข้าถึงบริการสาธารณะ (le principe d'égalité d'accès au service public)⁸⁵ อันถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักความเสมอภาคที่ได้รับการรับรองในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน⁸⁶ ศาลได้แสดงให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างบริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะในข้อ 106 วรรคสอง ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ในฐานะที่เป็นข้อยกเว้นหลักในเรื่องมาตรการให้ความช่วยเหลือตามข้อ 107 ของสนธิสัญญาเดียวกัน เพราะหากรัฐสมาชิกไม่ทำการสนับสนุนทางการเงินให้แก่กิจการเดินรถโดยสารที่ได้รับมอบหมายจะทำให้ไม่มีผู้ประกอบการรายใดอยากจะทำมาลงทุนในการเดินรถโดยสารในบางพื้นที่ที่มีความเสี่ยงที่จะขาดทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในพื้นที่ที่ไม่ได้มีประชากรหนาแน่นเช่นเดียวกับในเขตเมือง เป็นความจำเป็นในลักษณะเดียวกันกับการให้บริการไปรษณีย์ในคดี *Corbeau* ค.ศ. 1994 และความจำเป็นในการให้บริการจำหน่ายไฟฟ้าในคดี *Commune d'Almelo* ค.ศ. 1994 ที่เป็นไปเพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงการจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างเท่าเทียมกันไม่ว่าจะอาศัยอยู่ในเขตเมืองหรือว่าอาศัยอยู่ในเขตชนบท เป็นการนำทฤษฎีความเท่าเทียมกันในทางเศรษฐกิจ (la théorie de l'équilibre économique) มาใช้บังคับกับกรณี⁸⁷

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากการใช้ถ้อยคำว่า “บริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ” ที่จำเป็นต่อ “การจัดทำบริการสาธารณะ” ตามความในข้อ 106 วรรคสอง ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป แล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นถ้อยคำที่มีความหมายกว้างและไม่ชัดเจน อันสะท้อนให้เห็นว่า แนวคิดเรื่อง “บริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ” เป็นแนวคิดที่แปรผัน (une notion variable) ไปตามบริบทสังคมและเป็นการยากที่จะกำหนดนิยามอย่างแน่ชัดว่าถ้อยคำดังกล่าวมีขอบเขตอย่างไร ยิ่งไปกว่านั้น แนวคิดนี้ยังเป็นแนวคิดเชิงปฏิบัติ (une notion fonctionnelle) ที่ทำให้รัฐสมาชิกสามารถยกขึ้นอ้างเพื่อนำมาใช้ในการแทรกแซงเศรษฐกิจได้อย่างไม่ยากนัก สุดท้ายแล้วจึงเป็นบทบาทของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปที่จะหยิบยกคำว่า “บริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ” มาปรับใช้และตีความว่าเป็นกรณีที่ยังคงต้องเปิดช่องให้รัฐเข้ามาแทรกแซงเศรษฐกิจได้หรือไม่ โดยมีเหตุผลและเงื่อนไขใดเป็นข้อสนับสนุน

⁸⁵ Pierre Delvolvé, *op. cit.*, pp. 558-559. et Vie - publique, La notion de service public, 2023, [Online], retrieved from <https://www.vie-publique.fr/fiches/20223-la-notion-de-service-public> เมื่อ 17 กุมภาพันธ์ 2566.

⁸⁶ Didier Linotte et al., *op. cit.*, pp. 66-67.

⁸⁷ Pierre Esplugas - Labatut, *op. cit.*, pp. 150-151.

ยิ่งไปกว่านั้น การควบคุมตรวจสอบการเคารพและปฏิบัติตามหลักการแข่งขันทางการค้าของรัฐสมาชิกโดยคณะกรรมการยุโรปยังมีอุปสรรคที่สำคัญในเรื่องของภาระในการพิสูจน์ความผิดของรัฐสมาชิกต่อศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป จะเห็นได้ว่าช่วงปลายทศวรรษที่ 90 คณะกรรมการยุโรปพยายามเปิดตลาดให้มีการแข่งขันอย่างเสรีภายในประชาคมผ่านการฟ้องศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปต่อรัฐสมาชิกที่ใช้อำนาจในทางมหาชนเข้ามาแทรกแซงเศรษฐกิจภายในประเทศ แต่เมื่อระบบกฎหมายเรียกร้องให้เป็นภาระการพิสูจน์ของคณะกรรมการยุโรปจึงเป็นข้ออ่อนที่ทำให้คณะกรรมการยุโรปไม่สามารถผลักดันแนวคิดในเรื่องของตลาดรวมภายในประชาคมได้อย่างแท้จริง สะท้อนผ่านแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปที่โน้มเอียงไปในทางที่ยอมรับความจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐสมาชิก ดังปรากฏในตัวอย่างคดี *Commune d'Almelo* ค.ศ. 1994 และคดี *Commission c/ France* ค.ศ. 1997

ความพยายามในการประนีประนอมหลักการจัดทำบริการสาธารณะและหลักการแข่งขันทางการค้าตามข้อ 106 วรรคสอง ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป มีแนวโน้มที่จะโน้มเอียงไปในทางที่เป็นชัยชนะของหลักการจัดทำบริการสาธารณะ เพราะในท้ายที่สุดแล้วรัฐสมาชิกยังคงอ้างหลักการมีอำนาจอธิปไตยและเหตุผลในการดำรงอยู่ของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ไม่ว่าจะเป็นความสงบเรียบร้อยในทางสังคม การเมือง และรวมไปถึงความสงบเรียบร้อยในทางเศรษฐกิจเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในสภาวะการณ์ปัจจุบันที่เศรษฐกิจโลกมีความผันผวนภายหลังจากวิกฤติโควิด 19 และสงครามระหว่างประเทศรัสเซียและประเทศยูเครน โอกาสที่จะเกิดสภาวะ “ตลาดล้มเหลว” ย่อมมีมากกว่าสภาวะ “รัฐล้มเหลว” เพราะฉะนั้น รัฐในฐานะที่เป็นองค์กรที่มีความมั่นคงมากที่สุดและมีอำนาจในตลาดมากที่สุด ย่อมสามารถแก้ไขปรับปรุงข้อบกพร่องของตลาดได้ในเวลาที่ตลาดล้มเหลวในนามของการใช้อำนาจทางเศรษฐกิจเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล

บทสรุป

บทบาทของรัฐได้ผันแปรไปตามสุขภาพของตลาด ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 แนวคิดแบบเสรีนิยมได้ถูกตั้งคำถามถึงประสิทธิภาพในการทำงานของตลาดเสรี ทำให้รัฐกลับเข้ามามีบทบาทในการแทรกแซงเศรษฐกิจมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การพัฒนาของข้อคิดว่าด้วยเรื่องรัฐสวัสดิการและการจัดทำบริการสาธารณะ ที่มองว่า “ตลาดล้มเหลว” หากปราศจากการแทรกแซงของรัฐ จนกระทั่งเกิดแนวคิดแบบเสรีนิยมใหม่ที่ปฏิเสธการแทรกแซงเศรษฐกิจของรัฐเพราะเชื่อว่า “รัฐล้มเหลว” และเรียกร้องให้มีการเปิดตลาดแบบเสรีและเป็นธรรมตามหลักการแข่งขันทางการค้า ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (สหภาพยุโรปในปัจจุบัน) ที่ประเทศฝรั่งเศสเป็นภาคีสมาชิก ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป และกฎหมายลำดับรองต่าง ๆ ที่มุ่งผลักดันให้เกิดตลาดร่วมยุโรปและผลักดันให้รัฐสมาชิกถอยกลับไปเล่นบทบาทของผู้กำกับดูแลตลาด ไม่ใช่รับบทเป็นผู้เล่นในทางเศรษฐกิจเสียเอง โดยการสนับสนุนของคณะกรรมการยุโรป

ข้อเรียกร้องของคณะกรรมการยุโรปในการเปิดเสรีทางเศรษฐกิจได้ปะทะกับแนวความคิดว่าด้วยการจัดทำบริการสาธารณะที่ดำรงอยู่มาอย่างยาวนานของประเทศฝรั่งเศส ทำให้มีคดีพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปที่จะต้องเข้ามาทำหน้าที่ประสานรอยร้าวระหว่างสองชุดความคิดทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน ซึ่งไม่ใช่แค่ประเทศฝรั่งเศสที่ต้องเผชิญกับความขัดแย้งดังกล่าว แต่ยังรวมถึงประเทศสมาชิกอื่น ๆ เช่น ประเทศเบลเยียม ประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศเยอรมนีที่ถูกคณะกรรมการยุโรปฟ้องร้องกล่าวหาว่าไม่เคารพและปฏิบัติตามหลักการแข่งขันทางการค้าของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป นำมาสู่คดีบรรทัดฐานที่วางหลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจที่สำคัญในคดี *Corbeau* ค.ศ. 1994 คดี *Commune d'Almelo* ค.ศ. 1994 และคดี *Altmark* ค.ศ. 2003

แนวคำพิพากษาดังกล่าวได้ยืนยันถึงเหตุผลและความจำเป็นในการแทรกแซงเศรษฐกิจของรัฐผ่านแนวคิดทางกฎหมายเรื่องบริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นชัยชนะของข้อความคิดเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะเหนือข้อความคิดเรื่องการแข่งขันทางการค้าหรือตลาดร่วมของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ทำให้คณะกรรมการยุโรปต้องออกกฎหมายลำดับรองจำนวนมากในภาคส่วนต่าง ๆ เพื่อเปิดตลาดเสรีของยุโรป ภายใต้แนวคิดแบบเสรีนิยมใหม่ ทำให้บทบาทของรัฐสมาชิกในทางเศรษฐกิจเกิดการเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การเปลี่ยนจากผู้ประกอบกิจการแบบผูกขาดมาเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลให้ตลาดสามารถขับเคลื่อนได้อย่างเสรีและเป็นธรรม แต่ถึงกระนั้นโดยสภาพสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองในปัจจุบันที่มีความผันแปรเปลี่ยนอย่างรวดเร็ว ย่อมปฏิเสธไม่ได้ว่าบทบาทของภาครัฐในทางเศรษฐกิจ (ที่แม้จะลดน้อยลง) ยังคงมีความจำเป็นต้องดำรงอยู่ในภาคส่วนที่ตลาดไม่สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างแท้จริง และในกรณีที่เกิดอุบัติเหตุทางเศรษฐกิจที่ตลาดไม่สามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้าและไม่อาจรับมือได้อย่างมีประสิทธิภาพ

บรรณานุกรม

เอกสารภาษาไทย

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์ และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529).

เอกสารภาษาต่างประเทศ

Alain Alexis, “L’arrêt Altmark Trans du 24 juillet 2003 : La Cour de justice précise les conditions de financement des Services d’intérêt économique général,” Competition Policy Newsletter (Number 3 - Autumn 2003).

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

Aurélien Baudu, Finances Publiques, 3^e éd., (Paris : Dalloz, 2021).

Benoit Delaunay, Droit public de la concurrence, 2^e éd., (Paris : LGDJ, 2018).

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

Commission de régulation de l’énergie, 3ème PAQUET ÉNERGIE, [Online], retrieved from <https://www.cre.fr/Pages-annexes/Glossaire/3eme-PAQUET-ENERGIE>. เมื่อ 19 มกราคม 2566.

_____, Cadre législatif européen, [Online], retrieved from <https://www.cre.fr/La-CRE-dans-le-monde/En-Europe/cadre-legislatif-europeen>. เมื่อ 19 มกราคม 2566.

Didier Linotte et al., Droit public économique, (Paris : Dalloz, 2001).

Didier Truchet, Le droit public, 4^e éd., (Paris : PUF/Humensis, 2018).

Éric Oliva, Finances Publiques, 3^e éd., (Paris : Sirey, 2015).

Étienne Petit, Les indispensables du droit public économique, (Paris : Ellipses, 2019).

Francesco Martucci, Droit de l’union européenne, 3^e éd., (Paris : Dalloz, 2021).

François Brenet, “La candidature des personnes publiques aux contrats de la commande publique, la liberté du commerce et de l’industrie et le principe d’égalité concurrence,” La lettre juridique n°364 du 24 septembre 2009 : Marchés publics.

Frédéric Brigaud et al., Finances Publiques, 3^e éd., (Paris : Armand Colin, 2017).

- Frédéric Colin, Droit public économique, 6^e éd., (Paris : Gualino, 2017).
- Gustave Peiser, Droit administratif général, 26^e éd., (Paris : Dalloz, 2014).
- Hélène Hoepffner, Droit des contrats administratifs, 2^e éd., (Paris : Dalloz, 2019).
- Jean - Claude Zarka, Droit public, (Paris : Gualino, 2016).
- Jean - Luc Albert, Finances Publiques, 11^e éd., (Paris : Dalloz, 2019).
- Jean - Paul Valette, Droit public économique, 3^e éd., (Paris : Hachette Supérieur, 2015).
- Jean - Philippe Colson et Pascale Idoux, Droit Public Économique, 6^e éd., (Paris : LGDJ, 2012).
- Jean - Yves Cherot, Droit public économique, 2^e éd., (Paris : Parution, 2007).
- Journal officiel de l'Union européenne, 11 janv. 2012, C 8/15.
- Louis Dubouis, Droit public, 23^e éd., (Paris : Dalloz, 2021).
- Luca Volpi, Liberté de commerce et libre concurrence : le contrôle du juge administratif des interventions des personnes publiques, 2021, [Online], retrieved from <https://www.village-justice.com/articles/contrôle-juge-administratif,21105.html> เมื่อ 3 กุมภาพันธ์ 2566.
- Matthieu Thauray, Leçons de droit public des activités économiques, (Paris : ellipses, 2011).
- Marie Malaurie - Vignal, Droit de la concurrence interne et européen, 6^e éd., (Paris : Sirey, 2014).
- Parlement européen, Marché intérieur de l'énergie, 2022, [Online], retrieved from <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/45/marche-interieur-de-l-energie> เมื่อ 19 มกราคม 2566.
- _____, "Sources et portée du droit de l'Union européenne," (fiches techniques sur l'union européenne PE 600.412, 16 avril 2018).
- Pascale Gonod, Droit administratif général, 2^e éd., (Paris : Dalloz, 2020).
- Philippe Georges et al., Droit public, 16^e éd., (Paris : Sirey, 2011).
- Pierre Delvolvé, Droit public de l'économie, 2^e éd., (Paris : Dalloz, 2021).
- Pierre Esplugas - Labatut, le Service public, 5^e éd., (Paris : Dalloz, 2023).
- Pierre Bauby, Service public, 2^e éd., (Paris : La Documentation française, 2016).
- Sophie Nicinski, Droit public des affaires, 4^e éd., (Paris : LGDJ, 2014).
- Stéphane Braconnier, Droit des services publics, 2^e éd., (Paris : PUF, 2007).



Toute l'europe, Le droit de l'Union européenne, 2020, [Online], retrieved from <https://www.touteurope.eu/fonctionnement-de-l-ue/le-droit-de-l-union-europeenne/> เมื่อ 23 กุมภาพันธ์ 2566.

Union européenne, Décisions de l'Union européenne, [Online], retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/FR/legal-content/summary/european-union-decisions.html> เมื่อ 23 กุมภาพันธ์ 2566.

_____, Directives de l'Union européenne, [Online], retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/FR/legal-content/summary/european-union-directives.html> เมื่อ 23 กุมภาพันธ์ 2566.

_____, Le règlement de l'Union européenne, [Online], retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/FR/legal-content/summary/european-union-regulations>. เมื่อ 23 กุมภาพันธ์ 2566.

_____, Types de législation, [Online], retrieved from https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/law/types-legislation_fr. เมื่อ 22 กุมภาพันธ์ 2566.

Vie - publique, Actes juridiques de l'UE : qu'est-ce qu'une décision ?, 2021, [Online], retrieved from <https://www.vie-publique.fr/fiches/20372-actes-juridiques-de-lue-quest-ce-quune-decision> เมื่อ 23 กุมภาพันธ์ 2566.

_____, La notion de service public, 2023, [Online], retrieved from <https://www.vie-publique.fr/fiches/20223-la-notion-de-service-public>,. เมื่อ 19 กันยายน 2566.

_____, L'administration doit-elle respecter le droit de la concurrence ?, 2018, [Online], retrieved from <https://www.vie-publique.fr/fiches/20273-administration-et-droit-de-la-concurrence> เมื่อ 2 กุมภาพันธ์ 2566.

_____, Qu'est-ce que le traité de Lisbonne ?, 2022, [Online], retrieved from <https://www.vie-publique.fr/fiches/20315-quest-ce-que-le-traite-de-lisbonne#:~:text=le%20trait%C3%A9%20sur%20le%20fonctionnement,d'Amsterdam%20et%20de%20Nice>. เมื่อ 14 กันยายน 2566.

คำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป ลงวันที่ 19 พฤษภาคม 1993 คดี Procédure pénale contre Paul Corbeau.

คำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป ลงวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 1994 คดี Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij.

คำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป ลงวันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ. 1997 คดี Commission c/ France ค.ศ. 1997

คำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป ลงวันที่ 24 กรกฎาคม ค.ศ. 2003
คดี Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg contre Nahverkehrsgesellschaft
Altmark GmbH, en présence de Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht.

คำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป ลงวันที่ 20 เมษายน ค.ศ. 2010 คดี FederUtility.

คำพิพากษาศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ลงวันที่ 22 มกราคม ค.ศ. 1921
คดี Société commerciale de l'Ouest africain.

คำพิพากษาศาแห่งรัฐ ลงวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ. 1930 คดี Nevers.

วารสารวิชาการศาลปกครอง

หลักการระงับไว้ก่อนในกฎหมายของสหภาพยุโรป The Precautionary Principle in European Union Law

ศิรินทร์ ศรีสุข *

รับบทความเมื่อ 26 กันยายน 2567

แก้ไขบทความเมื่อ 2 ธันวาคม 2567

ตอบรับบทความเมื่อ 6 ธันวาคม 2567

บทคัดย่อ

หลักการระงับไว้ก่อน (precautionary principle) เป็นหลักการทั่วไปซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของบางประเทศ และเป็นหลักการสำคัญที่นำมาใช้ภายในสหภาพยุโรป ทั้งในระดับของรัฐสมาชิกและระดับสหภาพยุโรป โดยที่องค์กรของสหภาพยุโรปหรือรัฐสมาชิกอ้างอิงหลักการดังกล่าว เพื่อเป็นฐานในการออกมาตรการคุ้มครองสำหรับกรณีต่าง ๆ ที่อาจเกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช แต่อย่างไรก็ตาม ยังปรากฏปัญหาบางประการในการนำหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้ เนื่องจากการปรับใช้หลักการระงับไว้ก่อนเป็นการใช้ดุลพินิจของผู้มีอำนาจตัดสินใจที่จะเลือกใช้หลักการนี้กับสถานการณ์แต่ละกรณี เพราะแม้สนธิสัญญาหลักของสหภาพยุโรปจะระบุถึงหลักการระงับไว้ก่อนอย่างชัดเจน แต่ในทางกลับกัน ก็ไม่ได้มีบทบัญญัติใดที่กำหนดนิยามของ “หลักการระงับไว้ก่อน” และอธิบายแนวทางการปรับใช้ไว้ บทความนี้จึงมุ่งที่จะศึกษาเกี่ยวกับแนวปฏิบัติในการนำหลักการระงับไว้ก่อนไปใช้ในกฎหมายของสหภาพยุโรป จากเอกสารชี้แจงรายละเอียดว่าด้วยหลักการระงับไว้ก่อนของคณะกรรมาธิการยุโรป แนวทางการปรับใช้จากองค์กรของสหภาพยุโรปและรัฐสมาชิก รวมถึงแนวทางการปรับใช้จากตัวอย่างคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ซึ่งจากการศึกษาพบว่า หลักการระงับไว้ก่อนปรากฏอยู่ในกฎหมายทั้งในสนธิสัญญาและกฎหมายลำดับรองของสหภาพยุโรปหลายฉบับ ซึ่งผูกพันองค์กรของสหภาพยุโรปและรัฐสมาชิกให้ต้องปฏิบัติตาม และในการตีความกฎหมายดังกล่าวของสหภาพยุโรป ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปจะตีความกฎหมายดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการระงับไว้ก่อน แต่ในกรณีที่องค์กรแห่งสหภาพยุโรปและรัฐสมาชิกประสงค์ที่จะนำหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้ในการป้องกันอันตราย ในกรณีที่ความเสี่ยงดังกล่าวยังไม่ปรากฏอย่างสมบูรณ์ชัดเจน องค์กรของสหภาพยุโรปและรัฐสมาชิกจะนำหลักการดังกล่าวมาใช้ได้ต่อเมื่อมีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอมาสนับสนุน เวลาที่จะนำมาตราการป้องกันนั้นมาใช้ มิใช่การกล่าวอ้างลอย ๆ อย่างไรก็ตาม การประเมินความเสี่ยงก่อนการตัดสินใจใช้มาตรการทางกฎหมายตามหลักการระงับไว้ก่อนย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจในการดำเนินนโยบาย

* พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นอำนาจแต่เพียงฝ่ายเดียวขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นองค์กรตุลาการไม่มีอำนาจที่จะตัดสินประเมินข้อเท็จจริงในกระบวนการก่อนออกมาตรการดังกล่าวแทนฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้นศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปจึงไม่พิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับความถูกต้องแท้จริงของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ แต่จะตรวจสอบเพียงว่า การใช้ดุลพินิจขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติในเรื่องนั้น ๆ เป็นไปโดยมีข้อผิดพลาดอย่างชัดเจน หรือเป็นการบิดเบือนการใช้อำนาจ หรือเป็นการใช้ดุลพินิจเกินขอบอำนาจอย่างชัดเจนหรือไม่เท่านั้น นอกจากนี้ ในหลายกรณีศาลยังต้องพิจารณาร่วมด้วยว่า มาตรการดังกล่าวนั้นสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่

คำสำคัญ : หลักการระงับไว้ก่อน, หลักการระงับไว้ก่อนของสหภาพยุโรป, หลักความได้สัดส่วน, การใช้ดุลพินิจ

Abstract

The precautionary principle is a general principle that appears in international law and domestic law of certain countries. It is also a crucial principle applied within the European Union (EU) at both the member state level and the EU level. Member states or EU bodies reference this principle as a basis for enacting protective measures in cases where there are reasonable grounds for concern about potentially dangerous effects on the environment, human health, animals, or plants. However, certain issues have arisen concerning the application of the precautionary principle, as its implementation relies on the discretion of decision-makers to choose whether to apply it to each individual case. Even though the Treaty on the Functioning of the European Union explicitly mention the precautionary principle, there is no provision that defines the “precautionary principle” or explains how it should be applied. This article aims to explore the practices of how the EU applies the precautionary principle, based on Communication from the Commission on the precautionary principle 2000, guidelines for application by EU bodies and member states, as well as examples from the judgments of the Court of Justice of the European Union (CJEU). This study found that the precautionary principle is present in both the treaties and secondary legislation of the EU, which binds EU institutions and member states to comply with it. When interpreting these laws, the CJEU is also likely to interpret them in line with the precautionary principle. In cases where EU institutions or member states wish to take a protective measures in specific circumstances where the risks are not yet fully apparent, the preventive measure cannot be based purely on hypothetical considerations. Such a measure may only be taken if it is adequately backed up by the scientific data available at the time the measure is taken. However, the CJEU considered the assessment of risk before taking legal measures to be within the discretion regarding the environmental policy which is exclusive to the legislative branch and the court is not entitled to substitute its assessment of the facts for legislative branch. Therefore, the CJEU will not review the factual correctness of scientific data but only consider whether the discretion of policymakers is vitiated by a manifest error or misuse of powers, or whether the authority clearly exceeded the bounds of its discretion. Additionally, in many cases, the court must also review whether such measures align with the principle of proportionality.

Keywords : The precautionary principle, The precautionary principle of European Union, the principle of proportionality, discretion

1. บทนำ

หลักการระวังไว้ก่อน (precautionary principle) เป็นหลักการทั่วไป (general principle) ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของบางประเทศ รวมถึงเป็นหลักการสำคัญของสหภาพยุโรป ซึ่งองค์กรของสหภาพยุโรป รวมถึงรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปนำมาอ้างอิงเพื่อเป็นฐานในการออกมาตรการคุ้มครองสำหรับกรณีต่าง ๆ ที่อาจเกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช ในกรณีที่ความเสี่ยงหรืออันตรายดังกล่าวอาจจะยังไม่ปรากฏหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ อย่างชัดเจนแน่นอน สำหรับในประเทศไทยนั้น หลักการระวังไว้ก่อนปรากฏอยู่ในกฎหมายของไทยในบางฉบับ รวมถึงในคำพิพากษาของศาลปกครองในคดีที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม¹ ซึ่งศาลปกครองได้นำหลักการดังกล่าว มาพิจารณาเพื่อช่วยในการตีความบทบัญญัติที่มีอยู่ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายมากขึ้น แต่ศาลปกครองยังไม่ได้ระบุสถานะของหลักการดังกล่าว หรือวางหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการปรับใช้ หลักการระวังไว้ก่อน บทความนี้จะมุ่งที่จะศึกษาเกี่ยวกับแนวปฏิบัติในการนำหลักการระวังไว้ก่อนไปใช้ ของสหภาพยุโรป ผ่านการศึกษาจากเอกสารชี้แจงรายละเอียดว่าด้วยหลักการระวังไว้ก่อน ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป แนวทางการปรับใช้จากองค์กรของสหภาพยุโรปและรัฐสมาชิก รวมถึงตัวอย่าง คำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป

2. แนวคิดและที่มาของหลักการระวังไว้ก่อนในกฎหมายของสหภาพยุโรป

หลักการระวังไว้ก่อน ปรากฏขึ้นในกฎหมายภายในของบางประเทศ เช่น รัฐบัญญัติควบคุมมลพิษ แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundes – Immissionsschutzgesetz) ค.ศ. 1974 และใช้คำว่า “การระวัง” (Vorsorge) ในมาตรา 1 ซึ่งระบุวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้ว่า “เพื่อปกป้องมนุษย์ สัตว์ พืช และสิ่งอื่น จากผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่เป็นอันตราย และเพื่อระวังไว้ก่อน (Vorsorge) สำหรับการเกิดผลกระทบ ที่เป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม”² เป็นต้น

¹ บทความนี้ใช้คำว่า “หลักการระวังไว้ก่อน” อันแปลมาจาก “precautionary principle” เพื่อป้องกันความสับสนกับอีกหลักการซึ่งกล่าวถึงในสนธิสัญญาหลักและกฎหมายลำดับรองหลายฉบับของสหภาพยุโรป คือ “หลักการป้องกันล่วงหน้า” (preventive principle หรือ prevention principle) อย่างไรก็ตาม ในคำพิพากษาของศาลปกครองหรือกฎหมายไทยบางฉบับ เช่น พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 ได้ใช้คำว่า “หลักการป้องกันล่วงหน้า” ซึ่งแปลมาจาก precautionary principle อันมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่าหลักการระวังไว้ก่อนในบทความนี้

² David P. Currie, “Air Pollution Control in West Germany,” University of Chicago Law Review Vol. 49 Issue 2 Article 4, 1982, p. 355 (355). และวารรัตน์ ไชขุนทด, “บทวิเคราะห์คดีและคำวินิจฉัยที่สำคัญ – การนำหลักการป้องกันล่วงหน้า (Principle of Prevention Action) กับหลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle) มาใช้ในการพิจารณาเงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 96/2555),” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 19 ฉบับที่ 2, 2562, หน้า 160.



ในระดับกฎหมายระหว่างประเทศ หลักการระวังไว้ก่อนปรากฏขึ้นครั้งแรกในปฏิญญาระดับรัฐมนตรี ในการประชุมระดับนานาชาติ ครั้งที่ 2 เกี่ยวกับการปกป้องทะเลเหนือ (North Sea) เมื่อปี ค.ศ. 1987 ซึ่งระบุว่า “เพื่อการปกป้องทะเลเหนือที่เสียหายจากสารอันตราย การใช้แนวทางการระวังไว้ก่อน (precautionary approach) เป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องดำเนินการ...”³ และต่อมาหลักการระวังไว้ก่อนปรากฏในปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1992 ข้อที่ 15 ซึ่งระบุว่า “เพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม รัฐจะต้องใช้วิธีระมัดระวังตามความสามารถของตน เมื่อปรากฏว่ามีภัยคุกคามที่รุนแรงหรือที่ไม่สามารถแก้ไขให้กลับสู่สภาพเดิมได้ รัฐไม่อาจนำเรื่องการขาดความชัดเจนทางวิทยาศาสตร์มาใช้เป็นเหตุผลในการเลื่อนใช้มาตรการที่มีประสิทธิภาพและคุ้มค่ากับต้นทุนเพื่อป้องกันความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อม”⁴ ทำให้อนุสัญญาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปกป้องสิ่งแวดล้อมของสหประชาชาติซึ่งจัดทำขึ้นภายหลังปี ค.ศ. 1992 ปรากฏหลักการระวังไว้ก่อนเป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งในอนุสัญญาตัวอย่างเช่น อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nations Framework Convention on Climate Change – UNFCCC) ค.ศ. 1992 ได้นำหลักการระวังไว้ก่อนมาระบุไว้ในข้อ 3 ของอนุสัญญา โดยมีข้อความว่า “รัฐภาคีควรกำหนดมาตรการระวังไว้ก่อนเพื่อเตรียมการป้องกันหรือลดสาเหตุของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศให้น้อยที่สุดและบรรเทาผลกระทบทางลบของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ และในกรณีที่ภัยคุกคามที่รุนแรงหรือที่ไม่สามารถแก้ไขให้กลับสู่สภาพเดิมได้ รัฐไม่อาจนำเรื่องการขาดความแน่นอนทางวิทยาศาสตร์มาใช้เป็นเหตุผลเพื่อเลื่อนการใช้มาตรการดังกล่าว โดยควรคำนึงถึงว่านโยบายและมาตรการเพื่อจัดการกับปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศจะต้องมีความคุ้มค่าเพื่อรับรองว่าโลกจะได้ประโยชน์ในต้นทุนที่ต่ำที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้”⁵ หรืออนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลาย

³ Communication from the Commission, On the Precautionary Principle, COM (2000), Annex 2 The precautionary principle in international law, p. 25.

⁴ Rio Declaration on Environment and Development.

Article 15 “In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.”

⁵ UNFCCC, Article 3 “The Parties should take precautionary measures to anticipate, prevent or minimize the causes of climate change and mitigate its adverse effects. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing such measures, taking into account that policies and measures to deal with climate change should be cost-effective so as to ensure global benefits at the lowest possible cost...” และคำแปลโดย กองประสานการจัดการการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ, ความรู้เกี่ยวกับกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ, [ออนไลน์], หน้า 6-7, เข้าถึงจาก <https://climate.onep.go.th/wp-content/uploads/2020/03/UNFCCC.pdf> เมื่อ 3 มกราคม 2567.

ทางชีวภาพ (the Convention of Biological Diversity – CBD) ค.ศ. 1992 ซึ่งระบุไว้ในส่วนอารัมภบท (preamble) ว่า “...เมื่อปรากฏว่ามีภัยคุกคามต่อการลดลงหรือการสูญเสียความหลากหลายทางชีวภาพอย่างมีนัยสำคัญ รัฐภาคีไม่ควรนำเหตุผลเกี่ยวกับความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์มาเป็นเหตุผลในการเลื่อนการใช้มาตรการเพื่อหลีกเลี่ยงหรือลดภัยคุกคามดังกล่าว”⁶

หลักการระงับไว้ก่อนปรากฏในระดับกฎหมายสหภาพยุโรปครั้งแรกในสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป (Treaty of the European Union)⁷ หรือที่เรียกว่า “สนธิสัญญามาสทริชต์” (Maastricht Treaty) ในมาตรา 130r (ซึ่งต่อมาได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 174 (2) ของสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ค.ศ. 1975 (the Treaty Establishing the European Community ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่าสนธิสัญญา “TEC”) บัญญัติว่า “นโยบายด้านสิ่งแวดล้อมของประชาคมยุโรป จะต้องมุ่งหมายให้มีการคุ้มครองในระดับสูง โดยคำนึงถึงความหลากหลายของสถานการณ์ที่แตกต่างกันในภูมิภาคต่าง ๆ ของประเทศสมาชิก ซึ่งจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการระงับไว้ก่อน (Precautionary Principle) และนำหลักป้องกันล่วงหน้ามาใช้ โดยความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมควรได้รับการแก้ไขที่ต้นเหตุ และผู้ก่อมลพิษควรต้องเป็นผู้ชดเชย”⁸ แต่หลังจากที่สนธิสัญญาลิสบอนมีผลบังคับใช้เมื่อปี ค.ศ. 2009 ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป และเปลี่ยนชื่อจาก “สนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป” (the Treaty Establishing the European Community – TEC) เป็น “สนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป” (Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU) ทำให้ปัจจุบันหลักการดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 191 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป⁹ โดยยังคงหลักการเดิมของมาตรา 174 ไว้ทุกประการ แต่อย่างไรก็ตาม แม้สนธิสัญญาของสหภาพยุโรปจะบัญญัติถึงหลักการระงับไว้ก่อนอย่างชัดแจ้ง แต่กลับไม่มีมาตราใดที่กำหนดนิยาม

⁶ Preamble of the Convention of Biological Diversity.

“...where there is a threat of significant reduction or loss of biological diversity, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to avoid or minimize such a threat...”

⁷ José Luis da Cruz Vilaca, “The Precautionary Principle in EC Law,” European Public Law Vol. 10 Issue 2, 2004, pp. 369-406 (371).

⁸ The Treaty Establishing the European Community.

Article 174 “2. Community policy on the environment shall aim at a high level of protection taking into account the diversity of situations in the various regions of the Community. It shall be based on the precautionary principle and on the principles that preventive action should be taken, that environmental damage should as a priority be rectified at source and that the polluter should pay.”

⁹ มาตรา 191 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป มีการแก้ไขจากคำว่า “ประชาคมยุโรป” (European Community) เป็น “สหภาพยุโรป” (European Union)

ของหลักการระวังไว้ก่อนไว้ ดังนั้นการศึกษาเกี่ยวกับนิยามและแนวทางการปรับใช้หลักการระวังไว้ก่อน จึงต้องศึกษาจากเอกสารชี้แจงรายละเอียดว่าด้วยหลักการระวังไว้ก่อนซึ่งออกโดยคณะกรรมการการยุโรป เมื่อปี ค.ศ. 2000 และศึกษาจากแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป

3. สาระสำคัญของหลักการระวังไว้ก่อน

เมื่อปี ค.ศ. 2000 คณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission) ได้เผยแพร่เอกสารชี้แจงรายละเอียดของคณะกรรมการการยุโรปว่าด้วยหลักการระวังไว้ก่อน (Commission Communications on the Precautionary Principle) กำหนดแนวทางการนำหลักการระวังไว้ก่อนไปใช้ โดยเอกสารดังกล่าวถือเป็นเอกสารอย่างเป็นทางการของคณะกรรมการการยุโรปเกี่ยวกับข้อชี้แนะในการปรับใช้หลักการระวังไว้ก่อน ซึ่งศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้นำไปอ้างอิงในคำพิพากษาหลายคดีที่ต้องมีการตีความหลักการระวังไว้ก่อน ดังนั้นหัวข้อที่ 3 นี้ จึงนำเสนอสาระสำคัญของเอกสารฉบับนี้ อันเป็นข้อมูลเกี่ยวกับแนวทางการปรับใช้หลักการระวังไว้ก่อนของคณะกรรมการการยุโรป ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1 นิยามของหลักการระวังไว้ก่อน

เอกสารชี้แจงของคณะกรรมการการยุโรปดังกล่าวมีข้อความระบุถึงหลักการระวังไว้ก่อนว่า “แม้สนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรปจะกล่าวถึงหลักการระวังไว้ก่อนอย่างชัดเจนเฉพาะแต่ในหัวข้อสิ่งแวดล้อมก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติ ขอบเขตการใช้บังคับของหลักการดังกล่าวกลับครอบคลุมไปถึงพฤติกรรมพิเศษในกรณีต่าง ๆ ที่หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ยังไม่ชัดเจนแน่นอน (uncertain) ยังไม่ได้ข้อสรุป (inconclusive) หรือยังไม่เพียงพอ (insufficient) และปรากฏข้อบ่งชี้เบื้องต้นจากการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ว่ามีเหตุผลอันสมควรที่จะคาดคะเนได้ว่าอาจจะเกิดผลกระทบที่เป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช อันอาจไม่สอดคล้องกับระดับที่ต้องการจะคุ้มครองด้วย”¹⁰ ซึ่งการอธิบายดังกล่าวอาจถือได้ว่าเป็นการให้นิยามของหลักการระวังไว้ก่อนอย่างละเอียดโดยคณะกรรมการการยุโรป และหากเปรียบเทียบกับนิยามของหลักการระวังไว้ก่อนที่พบในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ซึ่งจะได้นำกล่าวต่อไปในหัวข้อที่ 5 จะพบว่ามี ความสอดคล้องกันในแง่ที่ว่า การจะนำหลักการระวังไว้ก่อนมาใช้ได้ต้องมีเหตุผลอันสมควรที่คาดคะเนได้ว่าอาจจะเกิดผลกระทบที่เป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช ซึ่งเหตุผลอันสมควรนั้นต้องมาจากการประเมินในทางวิทยาศาสตร์ว่ามีความเป็นไปได้ที่จะเกิดอันตรายดังกล่าวขึ้น มิใช่มาจากการกล่าวอ้างลอย ๆ โดยปราศจากข้อมูลสนับสนุน

¹⁰ Communication from the Commission, On the Precautionary Principle, COM (2000), p. 9.

3.2 วิธีการและขั้นตอนการกำหนดมาตรการตามหลักการระงับไว้ก่อน

จากเอกสารชี้แจงของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป ก่อนที่จะนำหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้ได้ ผู้มีอำนาจตัดสินใจกำหนดมาตรการ (decision-maker)¹¹ จะต้องปฏิบัติตามวิธีการดังต่อไปนี้ คือ (1) ระบุถึงผลกระทบที่อาจจะเป็นอันตราย เพื่อทำความเข้าใจผลกระทบดังกล่าวอย่างละเอียด และ (2) ดำเนินการประเมินความเสี่ยงในทางวิทยาศาสตร์ซึ่งบางกรณีจากข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่ยังไม่ชัดเจนแน่นอน (uncertain) ยังไม่ได้ข้อสรุป (inconclusive) หรือยังไม่เพียงพอ (insufficient) อาจทำให้ไม่สามารถระบุเกี่ยวกับความเสี่ยงดังกล่าวได้อย่างแน่นอนเพียงพอ ดังนั้นการประเมินทางวิทยาศาสตร์จากข้อมูลที่มีอยู่จะต้องกระทำอย่างสมบูรณ์ครบถ้วนที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยพิจารณาถึงผลที่อาจเกิดขึ้นหากไม่มีการดำเนินการใด ๆ และนำข้อมูลทางวิทยาศาสตร์อันอาจยังไม่ชัดเจนแน่นอนมาพิจารณาร่วมด้วย นอกจากนี้ ในขั้นตอนการประเมินความเสี่ยงควรให้ผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการ เพื่อให้ขั้นตอนต่าง ๆ มีความโปร่งใสมากที่สุด¹²

หลังจากที่ได้ดำเนินการตามวิธีการข้างต้นแล้ว ผู้มีอำนาจตัดสินใจ จะต้องพิจารณาจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่มีอยู่ว่า ระดับของความเสี่ยงต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืชนั้น เป็นความเสี่ยงที่สังคมสามารถ “ยอมรับได้ (acceptable)” หรือไม่ โดยพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องว่าจะตัดสินใจดำเนินมาตรการตามหลักการระงับไว้ก่อนหรือไม่ ซึ่งการดำเนินมาตรการตามหลักการระงับไว้ก่อนที่กล่าวถึงนั้น ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นมาตรการที่มีผลผูกพันทางกฎหมาย เนื่องจากศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้วินิจฉัยมาโดยตลอดว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปหรือองค์กรของสหภาพยุโรปอื่น มีดุลพินิจอย่างกว้างขวาง (broad discretionary powers) ที่จะกำหนดลักษณะและขอบเขตของมาตรการตามหลักการระงับไว้ก่อน¹³

3.3 การปรับใช้มาตรการตามหลักการระงับไว้ก่อน

หากผู้มีอำนาจตัดสินใจพิจารณาแล้วว่า ความเสี่ยงต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืชนั้น เป็นความเสี่ยงอันไม่อาจยอมรับได้ และตัดสินใจเลือกที่จะใช้มาตรการตามหลักการระงับไว้ก่อน มาตรการดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการบังคับใช้ที่จะกล่าวถึงต่อไปนี้ แม้มาตรการที่ออกมาในบางกรณีอาจไม่ใช่มาตรการที่มีผลผูกพันตามกฎหมายก็ตาม

¹¹ ผู้มีอำนาจตัดสินใจกำหนดมาตรการ (decision-maker) มิได้มีนิยามระบุอย่างชัดเจน ซึ่งในที่นี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ผู้มีอำนาจตัดสินใจกำหนดมาตรการจะต้องพิจารณาเป็นแต่ละกรณี กล่าวคือ กรณีซึ่งกฎหมายที่กำหนดให้อำนาจในการออกมาตรการตามหลักการระงับไว้ก่อนเป็นกฎหมายระดับสหภาพยุโรป ผู้มีอำนาจตัดสินใจคือ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติของสหภาพยุโรป เช่น สภายุโรป หรือคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป แต่ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายในระดับสหภาพยุโรป หน่วยงานภายในของรัฐสมาชิกย่อมเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจ ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในของตน

¹² *Supra* note 10, pp. 13-14.

¹³ *Ibid*, pp. 15-16.

(1) มาตรการดังกล่าวจะต้องได้สัดส่วนกับระดับของการปกป้องสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช หรือสิ่งแวดล้อม ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายของสหภาพยุโรป¹⁴

(2) มาตรการดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติ กล่าวคือ ในสถานการณ์ที่เหมือนกันรัฐสมาชิกไม่ควรได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน และในสถานการณ์ที่แตกต่างกันรัฐสมาชิกไม่ควรได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน เว้นแต่จะมีเหตุอันสมควรในการกระทำเช่นนั้น

(3) มาตรการดังกล่าวควรสอดคล้องกับมาตรการที่ได้ถูกบังคับใช้ไปแล้วในสถานการณ์เดียวกัน หรือใช้วิธีการในลักษณะเดียวกัน

(4) มาตรการที่นำมาใช้จะต้องอยู่บนพื้นฐานของการวิเคราะห์ต้นทุนและผลประโยชน์ (cost-benefit analysis) โดยผู้มีอำนาจตัดสินใจกำหนดมาตรการจะต้องพิจารณาทั้งผลประโยชน์และต้นทุนทางเศรษฐกิจ และผลประโยชน์ที่มีใช้ทางเศรษฐกิจร่วมกัน นอกจากการวิเคราะห์ว่าการเลือกใช้มาตรการดังกล่าวคุ้มค่าและมีประสิทธิภาพหรือไม่แล้ว ยังควรพิจารณาด้วยว่ามาตรการดังกล่าวเป็นที่ยอมรับของสาธารณชนหรือไม่ เนื่องจากบางสังคมอาจเต็มใจที่จะจ่ายต้นทุนที่สูงขึ้นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ด้านสิ่งแวดล้อมหรือด้านสุขภาพ ขณะที่บางสังคมอาจไม่เห็นด้วยกับการลงทุนเพื่อปกป้องสุขภาพหรือสิ่งแวดล้อมในราคาต้นทุนที่สูงมากเกินไป

(5) มาตรการตามหลักการระงับไว้ก่อนจะต้องได้รับการทบทวนเป็นระยะ และหากมีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ใหม่ ๆ อาจจำเป็นที่จะต้องแก้ไขมาตรการให้เหมาะสมกับข้อมูลใหม่ที่ได้รับ กล่าวคือ ภายหลังจากที่มาตรการดังกล่าวมีผลบังคับใช้แล้ว อาจมีการพัฒนาความรู้ทางวิทยาศาสตร์ต่อไป จนค้นพบข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ใหม่ ๆ ซึ่งทำให้การประเมินความเสี่ยงในเรื่องดังกล่าวมีความครบถ้วนสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ดังนั้นมาตรการที่ได้บังคับใช้ไปแล้วจึงควรได้รับการทบทวนเป็นระยะเพื่อให้สอดคล้องกับข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่สมบูรณ์และเป็นปัจจุบันมากที่สุด¹⁵

3.4 การพิสูจน์

โดยหลักการแล้ว หากองค์กรของสหภาพยุโรปหรือรัฐสมาชิกจะนำหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้ย่อมมีภาระที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ามีความเป็นไปได้ที่จะเกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืชในเรื่องนั้น ๆ เพื่อจะอาศัยเป็นเหตุผลในการใช้มาตรการระงับไว้ก่อน เช่น หากรัฐสมาชิกใดของสหภาพยุโรปประสงค์ที่จะใช้มาตรการปกป้อง (safeguard measure) ในการจำกัดการนำเข้า/ส่งออกสินค้า ด้วยเหตุผลเพื่อคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของคน สัตว์ และพืช รัฐสมาชิกนั้นย่อมจะมีภาระที่ต้องพิสูจน์ว่ามีความเป็นไปได้ที่จะเกิดอันตรายดังกล่าวขึ้น แม้ว่าอันตรายดังกล่าวอาจยังไม่ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจน เนื่องจากไม่มีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ

¹⁴ มาตรา 191 (2) แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป กำหนดไว้ว่า “นโยบายด้านสิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรป จะต้องมุ่งหมายให้มีการคุ้มครองในระดับสูง (high level of protection)...”

¹⁵ *Supra* note 10, p. 17.

แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่แน่นอน สหภาพยุโรปและหลายประเทศจึงนิยมนำหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้ในรูปแบบมาตรการทางกฎหมายที่กำหนดข้อสันนิษฐานว่า ผลิตภัณฑ์ที่มีข้อสงสัยว่าอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพของประชาชนหรือสิ่งแวดล้อมจะต้องได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นสารอันตรายจนกว่าจะได้รับการพิสูจน์ว่ามีความปลอดภัย ดังนั้นผลิตภัณฑ์ดังกล่าวจะต้องได้รับการอนุญาตก่อนนำไปใช้หรือวางจำหน่าย ตัวอย่างเช่น ผลิตภัณฑ์ประเภทยาฆ่าแมลง ยารักษาโรค หรือวัตถุเจือปนในอาหาร โดยที่การกำหนดมาตรการให้ขออนุญาตล่วงหน้าดังกล่าวเป็นการผลการพิจารณาพิสูจน์กลับไปฝ่ายผู้ผลิตที่จะต้องพิสูจน์ว่าผลิตภัณฑ์ของตนปลอดภัยเพียงพอที่จะได้รับการอนุญาตให้วางจำหน่ายได้ และแม้ว่ามาตรการดังกล่าวอาจสร้างภาระแก่ฝ่ายผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการ แต่ก็เป็มาตรการทางกฎหมายซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่แน่นอน และฝ่ายผู้ประกอบการสามารถคาดหมายได้ว่าตนจะต้องปฏิบัติตามวิธีบางอย่างเพื่อให้ได้รับการอนุญาต¹⁶

4. การนำหลักการระงับไว้ก่อนไปปรับใช้ในกฎหมายของสหภาพยุโรปและกฎหมายของรัฐสมาชิก

ในหัวข้อที่ 4 นี้ จะได้นำเสนอต่อไปเกี่ยวกับหัวข้อย่อย 3 ประเด็น คือ กฎหมายของสหภาพยุโรปที่ออกโดยอาศัยหลักการระงับไว้ก่อน ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายของสหภาพยุโรปที่ออกโดยอาศัยหลักการระงับไว้ก่อนกับรัฐสมาชิก และการใช้มาตรการปกป้อง (safeguard measure) ตามหลักการระงับไว้ก่อนโดยรัฐสมาชิกเพื่อเป็นข้อยกเว้นในการไม่ปฏิบัติตามระเบียบหรือข้อบังคับของสหภาพยุโรป ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1 กฎหมายของสหภาพยุโรปที่ออกโดยอาศัยหลักการระงับไว้ก่อน

การที่คณะกรรมาธิการยุโรปได้ออกเอกสารชี้แจงรายละเอียด เพื่อให้ข้อมูลเกี่ยวกับหลักการระงับไว้ก่อนเพิ่มเติมจากในสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป เมื่อปี ค.ศ. 2000 ถือเป็นครั้งแรกที่มีการอธิบายและชี้แนะแนวทางเกี่ยวกับการปรับใช้หลักการระงับไว้ก่อนอย่างเป็นทางการจากสถาบันหลักของสหภาพยุโรป¹⁷ ทำให้แนวคิดของหลักการระงับไว้ก่อนชัดเจนมากขึ้น และทำให้หลักการดังกล่าวกลายเป็นหลักการพื้นฐานที่ปรากฏอยู่ในมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการจัดการผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับสุขภาพของประชาชนและสิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรป โดยตัวอย่างที่จะกล่าวต่อไปนี้เป็น กฎหมายลำดับรอง (Secondary Legislation) ทั้งในรูปแบบของระเบียบ (Regulation) และข้อบังคับ (Directive)¹⁸ ที่มีพื้นฐานมาจากหลักการระงับไว้ก่อนหรือต้องตีความกฎหมายลำดับรองดังกล่าวตามหลักการระงับไว้ก่อน อนึ่ง ความแตกต่างระหว่าง “ระเบียบ” และ “ข้อบังคับ” คือ ระเบียบมีผลใช้บังคับ

¹⁶ Ibid, p. 17.

¹⁷ The European Union, Precautionary Principle, [online], retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/precautionary-principle.html> เมื่อ 20 ธันวาคม 2566.

¹⁸ จารุประภา รักพงษ์, หลักการสำคัญว่าด้วยการเคลื่อนย้ายสินค้าอย่างเสรีภายใต้กฎหมายแห่งสหภาพยุโรป, (ปทุมธานี : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 41-43.



แก่รัฐสมาชิกโดยตรง (direct effect) ส่วนข้อบังคับนั้นไม่มีผลใช้บังคับโดยตรง โดยรัฐสมาชิกจะต้องนำไปอนุวัติการเป็นกฎหมายภายในก่อน

กฎหมายของสหภาพยุโรปที่มีการกำหนดหลักการระงับไว้ก่อนไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนที่สุด คือ กฎหมายเกี่ยวกับความปลอดภัยด้านอาหาร (Food Safety Law) โดยระเบียบของสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป ที่ 178/2002 ลงวันที่ 28 มกราคม ค.ศ. 2002 กำหนดหลักการและข้อกำหนดทั่วไปของกฎหมายเกี่ยวกับอาหาร การจัดตั้งหน่วยงานความปลอดภัยด้านอาหารแห่งสหภาพยุโรป (European Food Safety Authority : EFSA) และระเบียบวิธีการเกี่ยวกับความปลอดภัยด้านอาหาร¹⁹ หรือที่รู้จักในชื่อย่อว่า “กฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับอาหาร” (General Food Law) เป็นระเบียบสำคัญที่กำหนดระบบการตรวจสอบย้อนกลับในทุกธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับอาหาร ทั้งภาคการเกษตรและอาหาร ตั้งแต่ขั้นตอนการผลิต แปรรูป จนถึงการกระจายสินค้าอาหารและอาหารสัตว์²⁰ และเป็นระเบียบที่กล่าวอ้างถึงหลักการระงับไว้ก่อนอย่างชัดเจนในข้อ 7 (1) ว่า “ในกรณีเฉพาะที่สามารถระบุได้จากข้อมูลที่มีอยู่ว่า มีความเป็นไปได้ที่จะเกิดผลกระทบซึ่งเป็นอันตรายต่อสุขภาพแต่ยังมีความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์บางประการอยู่ รัฐสมาชิกอาจบังคับใช้มาตรการจัดการความเสี่ยงชั่วคราวที่จำเป็นเพื่อรับประกันการคุ้มครองสุขภาพในระดับสูงไปพลางก่อน ในระหว่างที่รอข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เพิ่มเติม เพื่อจะประเมินความเสี่ยงให้ครอบคลุมยิ่งขึ้น”²¹ ซึ่งเป็นการให้นิยามของ “หลักการระงับไว้ก่อน” ในสาขากฎหมายว่าด้วยอาหาร²² และให้อำนาจแก่สถาบันของสหภาพยุโรปและรัฐสมาชิกที่จะบังคับใช้มาตรการชั่วคราวเพื่อปกป้องสุขภาพ

¹⁹ Regulation (EC) No 178/2002 of the European Parliament and of the Council of 28 January 2002 laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in matters of food safety.

²⁰ กองนโยบายมาตรฐานสินค้าเกษตรและอาหาร, กฎหมายฉบับใหม่ว่าด้วยการควบคุมและตรวจสอบสินค้าเกษตรและอาหารในสหภาพยุโรป, [ออนไลน์], หน้า 7, เข้าถึงจาก https://appdb.tisi.go.th/tis_devs/regulate/eu/pdf/New-OCR.pdf เมื่อ 4 มกราคม 2567.

²¹ Regulation (EC) No 178/2002 of the European Parliament and of the Council of 28 January 2002 laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in matters of food safety.

Article 7 “1. In specific circumstances where, following an assessment of available information, the possibility of harmful effects on health is identified but scientific uncertainty persists, provisional risk management measures necessary to ensure the high level of health protection chosen in the Community may be adopted, pending further scientific information for a more comprehensive risk assessment.”

²² Alessandra Guida, “The precautionary principle and genetically modified organisms : A bone of contention between European institutions and member states,” Journal of Law and the Biosciences Vol. 8 Issue 1, 2021, pp. 1-42 (4).

ของประชาชนได้ โดยอาศัยฐานมาจากหลักการระงับไว้ก่อน นอกจากนี้ ข้อ 7 (2) ได้ระบุวิธีการบังคับใช้มาตรการจัดการความเสี่ยงตาม (1) ว่า การบังคับใช้มาตรการดังกล่าวจะต้องได้สัดส่วนและไม่มีผลเป็นการจำกัดทางการค้ามากเกินไป รวมถึงจะต้องได้รับการทบทวนภายในระยะเวลาที่เหมาะสม²³

นอกจากกฎหมายเกี่ยวกับความปลอดภัยด้านอาหารแล้ว สหภาพยุโรปยังได้ประกาศใช้กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมสารเคมีอันตรายฉบับใหม่ โดยอาศัยฐานมาจากหลักการระงับไว้ก่อนเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ระเบียบของสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป ที่ 1907/2006 ลงวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 2006 ว่าด้วยเรื่องการจัดทะเบียน การประเมิน การอนุญาต และการห้ามหรือจำกัดการผลิตสารเคมี (REACH)²⁴ ซึ่งเป็นระเบียบที่วางระบบในการผลิต การจำหน่าย และการใช้สารเคมีอันตราย ได้ระบุอย่างชัดเจนในข้อ 1 ว่า “ระเบียบนี้ตั้งอยู่บนหลักการที่ผู้ผลิต ผู้นำเข้า และผู้ใช้ขั้นสุดท้าย จะต้องรับประกันว่า การผลิต การวางจำหน่าย และการใช้ผลิตภัณฑ์จะไม่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของมนุษย์ หรือสิ่งแวดล้อม โดยบทบัญญัติในระเบียบนี้อาศัยฐานมาจากหลักการระงับไว้ก่อน”²⁵ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในระเบียบฉบับนี้ ที่กำหนดให้ต้องประเมินอันตรายของสารเคมีและขออนุญาตก่อนผลิตหรือใช้สารเคมีที่อันตรายอย่างมากรุนแรง²⁶ จึงเห็นได้ว่ามีลักษณะเดียวกันกับแนวทางการกำหนดแบบรายการผลิตภัณฑ์ที่ต้องขออนุญาตตามแนวทางของคณะกรรมการอาหารยุโรป²⁷ ซึ่งเป็นการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าสารเคมีนั้นเป็นอันตรายจนกว่าจะได้รับ

²³ Regulation (EC) No 178/2002 of the European Parliament and of the Council of 28 January 2002 laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in matters of food safety.

Article 7 “2. Measures adopted on the basis of paragraph 1 shall be proportionate and no more restrictive of trade than is required to achieve the high level of health protection chosen in the Community, regard being had to technical and economic feasibility and other factors regarded as legitimate in the matter under consideration. The measures shall be reviewed within a reasonable period of time, depending on the nature of the risk to life or health identified and the type of scientific information needed to clarify the scientific uncertainty and to conduct a more comprehensive risk assessment.”

²⁴ Regulation (EC) No 1907/2006 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 concerning the Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals (REACH).

²⁵ Regulation (EC) No 1907/2006 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 concerning the Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals (REACH).

Article 1 “This Regulation is based on the principle that it is for manufacturers, importers and downstream users to ensure that they manufacture, place on the market or use such substances that do not adversely affect human health or the environment. Its provisions are underpinned by the precautionary principle.”

²⁶ Ibid, Article 7.

²⁷ โปรดดูเชิงอรรถที่ 10.

การพิสูจน์ว่าปลอดภัย และผลการพิจารณาพิสูจน์กลับไปฝ่ายผู้ผลิต ผู้ใช้ หรือผู้นำเข้าที่จะต้องพิสูจน์ว่าผลิตภัณฑ์ในรายการตามระเบียบดังกล่าวปลอดภัยเพียงพอที่จะได้รับการอนุญาต

สำหรับระเบียบหรือข้อบังคับด้านสิ่งแวดล้อม เช่น ข้อบังคับของคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป ที่ 92/43/EEC ว่าด้วยการอนุรักษ์แหล่งที่อยู่อาศัยธรรมชาติของสัตว์ป่าและพืชพรรณ (Habitats Directive)²⁸ หรือข้อบังคับของสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป ที่ 2009/147/EC ว่าด้วยการคุ้มครองนกป่า (Bird Directive)²⁹ ซึ่งมีได้กำหนดเรื่องหลักการระงับไว้ก่อนไว้ในกฎหมายดังกล่าวโดยตรง แต่เมื่อระเบียบหรือข้อบังคับนั้นออกตามนโยบายด้านสิ่งแวดล้อม ระเบียบหรือข้อบังคับนั้นก็ย่อมอยู่ภายใต้หลักการระงับไว้ก่อนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 191 (2) แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ซึ่งระบุว่า “นโยบายด้านสิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรป...จะต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักการระงับไว้ก่อน...”³⁰ นอกจากนี้ ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้เคยวินิจฉัยว่า การตีความระเบียบหรือข้อบังคับที่ออกตามนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมจะต้องนำหลักการระงับไว้ก่อนตามมาตรา 191 (2) แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป มาประกอบการตีความด้วย ซึ่งจะอธิบายอย่างละเอียดอีกครั้งในคดี *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee* ในหัวข้อถัดไป

4.2 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายของสหภาพยุโรปที่ออกโดยอาศัยหลักการระงับไว้ก่อนกับรัฐสมาชิก

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อ 3.1 ว่า สหภาพยุโรปอาศัยฐานจากหลักการระงับไว้ก่อนตามสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ออกข้อบังคับและระเบียบหลายฉบับเพื่อจัดการกับความเสี่ยงที่อาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือสุขภาพของประชาชน ซึ่งรัฐสมาชิกย่อมผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามระเบียบและข้อบังคับที่ออกโดยสหภาพยุโรป รวมทั้งบางกรณีศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้นำหลักการระงับไว้ก่อนมาปรับใช้ในการตีความพันธกรณีตามระเบียบหรือข้อบังคับที่ออกตามนโยบายด้านสิ่งแวดล้อม เนื่องจากมาตรา 191 (2) แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ระบุว่า “นโยบายด้านสิ่งแวดล้อมของประชาคมยุโรป... จะต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักการระงับไว้ก่อน...”

²⁸ Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora.

²⁹ Directive 2009/147/EC of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on the conservation of wild birds.

³⁰ Treaty on the Functioning of the European Union.

Article 191 (2) “Union policy on the environment shall aim at a high level of protection taking into account the diversity of situations in the various regions of the Union. It shall be based on the precautionary principle and on the principles that preventive action should be taken, that environmental damage should as a priority be rectified at source and that the polluter should pay.”

ดังปรากฏในคดี *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee*³¹ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า สมาคมอนุรักษ์ทะเลวาดเดน (Waddenzee) และสมาคมอนุรักษ์นกยืนฟ้องต่อศาลภายในของประเทศเนเธอร์แลนด์ว่าการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรออกใบอนุญาตใช้เครื่องมือจับหอยแครงในเขตคุ้มครองพิเศษ (special protection area) ของทะเลวาดเดนแก่สมาคมผู้ประกอบการการทำประมงหอยแครงนั้น อาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างถาวรแก่ธรณีสัณฐาน³² สัตว์ป่า และพืชป่าในบริเวณกันทะเลวาดเดน และการจับหอยแครงดังกล่าวเป็นการทำให้อาหารตามธรรมชาติของนกกลดลง จนอาจทำให้จำนวนประชากรของนกกลดลง³³ และการใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรนั้นขัดต่อข้อบังคับของคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป ที่ 92/43/EEC ว่าด้วยการอนุรักษ์แหล่งที่อยู่อาศัยธรรมชาติของสัตว์ป่าและพืชพรรณ ในข้อที่ 6 (2) ของข้อบังคับดังกล่าว กำหนดว่า “รัฐสมาชิกจะต้องดำเนินการที่เหมาะสม (appropriate step) เพื่อหลีกเลี่ยงการเสื่อมโทรมของแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติในเขตคุ้มครองพิเศษ” และข้อ 6 (3) กำหนดว่า “แผนงานหรือโครงการใด ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องโดยตรงหรือไม่มีความจำเป็นต่อการบริหารพื้นที่ แต่่น่าจะมีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อพื้นที่นั้น ไม่ว่าจะเป็แผนงานรายบุคคลหรือแบบรวมกลุ่ม จะต้องอยู่ภายใต้การประเมินที่เหมาะสม (appropriate assessment)”

ศาลภายในของประเทศเนเธอร์แลนด์ขอให้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาข้อกฎหมายเบื้องต้น (preliminary ruling) ในประเด็นว่า “กระบวนการที่เหมาะสม (appropriate step) และการประเมินที่เหมาะสม (appropriate assessment) มีความหมายที่เป็นอิสระแยกต่างหาก หรือต้องพิจารณาล้อยคำดังกล่าวโดยนำมาตรา 174 (2) แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป³⁴ และหลักการระงับไว้ก่อนมาพิจารณาร่วมด้วย”³⁵ ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาข้อกฎหมายเบื้องต้นว่า³⁶ หลักการระงับไว้ก่อนเป็นหลักการพื้นฐานของการดำเนินนโยบายของสหภาพยุโรปในด้านสิ่งแวดล้อม ตามมาตรา 174 (2) แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ดังนั้นการตีความข้อบังคับว่าด้วยการอนุรักษ์แหล่งที่อยู่อาศัยธรรมชาติของสัตว์ป่าและพืชพรรณ จึงต้องนำหลักการดังกล่าวมาพิจารณาประกอบการตีความ

³¹ Case C-127/02 *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee and Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels v Saatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* [2004] ECR I-7405.

³² ธรณีสัณฐาน หมายถึง ลักษณะทางกายภาพที่เกิดขึ้นบนแผ่นเปลือกโลก เช่น ภูเขาสูง ทะเลทราย ที่ราบลุ่ม หรือหุบเหวลึก เป็นต้น

³³ *Supra* note 31, para 2, 11-13.

³⁴ ปัจจุบันหลักการดังกล่าวระบุไว้ในมาตรา 191 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป

³⁵ Case C-127/02 *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee and Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels v Saatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* [2004] ECR I-7405, para 19.

³⁶ *Ibid*, para 44.

ในคดีนี้ด้วย ซึ่งหมายความว่า กรณีที่ยังคงมีข้อสงสัยว่าแผนงานหรือโครงการดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่ออย่างมีนัยสำคัญต่อพื้นที่ในเขตคุ้มครองพิเศษ จะต้องดำเนินการประเมินแผนงานหรือโครงการดังกล่าวเพื่อรับรองว่าแผนงานหรือโครงการที่จะส่งผลกระทบต่อเขตคุ้มครองพิเศษจะไม่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินการซึ่งจะมีส่วนช่วยให้บรรลุผลตามจุดมุ่งหมายหลักของข้อบังคับว่าด้วยการอนุรักษ์แหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติของสัตว์ป่าและพืชพรรณ ในการรับประกันความหลากหลายทางชีวภาพผ่านการอนุรักษ์แหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ ตลอดจนสัตว์ป่าและพืชพรรณ

4.3 การใช้มาตรการปกป้อง (safeguard measure) ตามหลักการระงับไว้ก่อน โดยรัฐสมาชิกเพื่อเป็นข้อยกเว้นในการไม่ปฏิบัติตามระเบียบหรือข้อบังคับของสหภาพยุโรป

นอกจากการปฏิบัติตามระเบียบและข้อบังคับของสหภาพยุโรปแล้ว บางกรณีรัฐสมาชิกอาจนำหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้เป็นเหตุผลข้ออ้างเพื่อยกเว้นไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติเรื่องอื่น ๆ ของสหภาพยุโรป³⁷ เช่น ข้ออ้างในการไม่ปฏิบัติตามหลักการเคลื่อนย้ายสินค้าอย่างเสรี (free movement of goods) ตามมาตรา 36 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ที่เปิดช่องให้รัฐสมาชิกสามารถห้ามหรือจำกัดการนำเข้าหรือส่งออกสินค้าได้หากเข้าข้อยกเว้นด้วยเหตุผลเพื่อปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช³⁸ ซึ่งในการกล่าวอ้างเพื่อใช้ข้อยกเว้นดังกล่าว รัฐสมาชิกอาจจะอ้างหลักการระงับไว้ก่อนเพื่อออกมาตรการชั่วคราวในการห้ามหรือจำกัดการนำเข้าหรือส่งออกชั่วคราวได้ ตามเหตุผลที่ได้กล่าวไปข้างต้น ดังที่ปรากฏในคดี *Commission v Netherlands*³⁹ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า คณะกรรมาธิการยุโรปได้ยื่นฟ้องต่อศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปว่า การที่ประเทศเนเธอร์แลนด์ห้ามนำเข้าผลิตภัณฑ์อาหารที่เสริมวิตามินและแร่ธาตุเป็นการสร้างอุปสรรคทางการค้าและไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติเกี่ยวกับการนำเข้าและส่งออกสินค้าตามสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป แต่ประเทศเนเธอร์แลนด์โต้แย้งว่าการห้ามนำเข้าดังกล่าวเป็นไปตามข้อยกเว้นในมาตรา 36 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรปที่สามารถกระทำได้ หากเป็นไปเพื่อปกป้องสุขภาพของมนุษย์ โดยข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าว คือ ผลิตภัณฑ์อาหารเพื่อการบริโภคในชีวิตประจำวันที่มีการเสริมวิตามินและแร่ธาตุสามารถวางจำหน่ายได้ทั่วไปในบางประเทศ แต่จะวางจำหน่ายในประเทศเนเธอร์แลนด์ได้ก็ต่อเมื่อสารอาหารที่ได้รับจากวิตามิน

³⁷ Paul Craig, EU Administrative Law, 3rd Edition, (Oxford University Press, 2018), p. 655.

³⁸ Treaty on the Functioning of the European Union.

Article 36 “The provisions of Articles 34 and 35 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property. Such prohibitions or restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States.”

³⁹ Case C-41/02 Commission v Netherlands [2004] ECR I-11375, para 43.

และแร่ธาตุเป็นไปตามเกณฑ์สารอาหารที่จำเป็นสำหรับประชากรตามกฎหมายเนเธอร์แลนด์ จะเห็นได้ว่า ประเด็นดังกล่าว เป็นประเด็นโต้แย้งการใช้ดุลพินิจกำหนดมาตรการเพื่อปกป้องสุขภาพของประชาชน โดยอาศัยฐานมาจากมาตรา 36 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ซึ่งอนุญาตให้สามารถห้ามหรือจำกัดการนำเข้าสินค้าได้ หากเป็นไปเพื่อการปกป้องสุขภาพของมนุษย์

ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปวินิจฉัยว่า การที่ประเทศเนเธอร์แลนด์จะกำหนด สารอาหารเพิ่มเติมสำหรับผลิตภัณฑ์ที่จะวางจำหน่ายในประเทศนั้น สามารถทำได้ตาม “หลักการระงับไว้ก่อน” เนื่องจากขอบเขตการใช้ดุลพินิจที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนนั้นค่อนข้างกว้างเป็นพิเศษ เมื่อยังมีความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับสถานะปัจจุบันของสารบางชนิดซึ่งไม่สามารถคาดการณ์ อันตรายจากการใช้หรือสามารถเฝ้าติดตามผลได้⁴⁰

นอกจากนี้ คดี *Monsanto Agricoltura Italia SpA*⁴¹ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ระเบียบของสภา และคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป ที่ 258/97 ว่าด้วยอาหารใหม่และวัตถุดิบของอาหารใหม่ (novel food and novel food ingredients)⁴² ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการวางจำหน่ายอาหารใหม่ (novel food)⁴³ ว่า กรณีที่เป็นอาหารใหม่ที่มีความใกล้เคียงอย่างมีนัยสำคัญกับอาหารที่มีอยู่เดิม ตามระเบียบดังกล่าว กำหนดให้ใช้กระบวนการแบบย่อ (simplified procedure) ซึ่งทำให้กระบวนการยื่นขออนุญาตจำหน่าย อาหารใหม่่ง่ายกว่าแบบปกติ แต่อย่างไรก็ตาม รัฐบาลอิตาลีเห็นว่า กรณีดังกล่าวไม่ควรใช้กระบวนการแบบย่อ เพราะอาจประเมินความเสี่ยงไม่ครอบคลุมครบถ้วน จึงได้ใช้สิทธิตามข้อ 12 ของระเบียบของสภา และคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป ที่ 258/97 ออกพระราชกฤษฎีกาการระงับการจำหน่ายอาหารใหม่ และการใช้วัตถุดิบจากอาหารใหม่ในอิตาลี โดยมีรายละเอียดตามข้อ 12 ของระเบียบ ที่ 258/97 กำหนดว่า รัฐสมาชิกสามารถใช้มาตรการชั่วคราวระงับการจำหน่ายอาหารใหม่ได้ ในกรณีที่ปรากฏข้อมูลใหม่ หรือมีการประเมินข้อมูลที่มีอยู่เดิมอีกครั้งแล้วพบรายละเอียดหลักฐานอ้างอิง (detail ground) ว่า อาหารดังกล่าว อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของมนุษย์หรือเป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม⁴⁴ ทำให้บริษัทมอนซานโตกับพวก ซึ่งเป็นบริษัทผลิตและจำหน่ายข้าวโพดดัดแปลงพันธุกรรมสายพันธุ์ใหม่ที่ได้รับผลกระทบจากพระราชกฤษฎีกา ดังกล่าว จึงได้ยื่นฟ้องรัฐบาลอิตาลีเป็นคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นแห่งแคว้นลัตซีโยของอิตาลี ขอให้ศาลวินิจฉัยว่า พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวเป็นโมฆะ และขอให้รัฐบาลอิตาลีจ่ายค่าเสียหายให้แก่บริษัทกับพวก ต่อมา

⁴⁰ *Ibid*, para 43-44.

⁴¹ Case C-236/01 *Monsanto Agricoltura Italia SpA v Presidenza del Consiglio dei Ministri* [2003] ECR I-8105.

⁴² Regulation (EC) No 258/97 of the European Parliament and of the Council of 27 January 1997 concerning novel foods and novel food ingredients.

⁴³ อาหารใหม่ (novel food) คือ อาหารที่ถูกผลิตขึ้นจากวัตถุดิบชนิดใหม่ นอกเหนือจากพืชและสัตว์ ที่มีการบริโภคกันอยู่ทั่วไปหรืออาหารที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายในปัจจุบัน

⁴⁴ *Supra* note 42, Article 12.

ศาลปกครองชั้นต้นแห่งแคว้นลัตเวียได้ยื่นคำร้องส่งประเด็นขอให้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปวินิจฉัยชี้ขาด ปัญหาข้อกฎหมายเบื้องต้นเกี่ยวกับการตีความกฎหมายของสหภาพยุโรปว่า รัฐสมาชิกอาศัยหลักการระงับไว้ก่อน ออกมามาตรการสั่งให้ระงับการใช้และการจำหน่ายอาหารใหม่ตามข้อ 12 ของระเบียบที่ 258/97 ได้หรือไม่

ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นข้อกฎหมายเบื้องต้นว่า การเลือกใช้ มาตรการปกป้อง (safeguard measure) ตามข้อ 12 ของระเบียบ ที่ 258/97 คือ การนำหลักการระงับไว้ก่อน มาใช้ในรูปแบบที่เฉพาะเจาะจง⁴⁵ แต่รัฐสมาชิกจะใช้มาตรการดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อ (1) มาตรการปกป้องนั้น ไม่ได้ตั้งอยู่บนฐานของการตั้งสมมติฐานลอย ๆ (based on a purely hypothetical approach to risk) โดยยังไม่มี การตรวจสอบความถูกต้องทางวิทยาศาสตร์⁴⁶ (2) ได้ประเมินความเสี่ยงอย่างสมบูรณ์ที่สุด เท่าที่จะเป็นไปได้ในสถานการณ์เช่นนั้นของแต่ละกรณี⁴⁷ (3) จากการประเมินดังกล่าว หน่วยงานภายในของรัฐ อาจแสดงหลักฐานที่เฉพาะเจาะจง (specific evidence) โดยอ้างอิงจากข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่น่าเชื่อถือ และผลวิจัยล่าสุดจากงานวิจัยระดับนานาชาติ ได้ข้อสรุปอันสมเหตุสมผลว่า การบังคับใช้มาตรการดังกล่าว มีความจำเป็นเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงอันตรายที่อาจเกิดขึ้นได้จากการวางจำหน่ายอาหารใหม่⁴⁸

5. การตีความคำว่า “ระงับไว้ก่อน” (Precaution) และการปรับใช้หลักการระงับไว้ก่อนโดยศาลยุติธรรม แห่งสหภาพยุโรป

สนธิสัญญาหลักของสหภาพยุโรปและกฎหมายลำดับรองประเภทต่าง ๆ ได้บัญญัติ เกี่ยวกับหลักการระงับไว้ก่อนเป็นหลักการทั่วไป แต่ในสนธิสัญญาหลักหรือกฎหมายลำดับรองบางฉบับ ไม่ได้บัญญัตินิยามหรือวิธีการนำหลักการระงับไว้ก่อนไปใช้อย่างชัดเจน โดยรายละเอียดของการนำ หลักการดังกล่าวไปบังคับใช้จึงได้รับการพัฒนาจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป แทบทั้งสิ้น ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะนำเสนอการศึกษาตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลได้ตัดสินโดยตีความนิยาม และเงื่อนไขเป็นข้ออ้างเพื่อปรับใช้หลักการระงับไว้ก่อนอย่างละเอียด โดยแยกเป็นประเด็นดังนี้

5.1 การตีความคำว่า “ระงับไว้ก่อน” โดยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป

ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้นำ “หลักการระงับไว้ก่อน” มาใช้ในการวินิจฉัย คดีสิ่งแวดล้อมและคดีเกี่ยวกับมาตรการปกป้องสุขภาพของประชาชนตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ. 1990 แต่แนวคำพิพากษา ช่วงแรก ๆ ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปไม่ได้ใช้คำว่า “ระงับไว้ก่อน” (precaution) โดยตรง หากแต่ ศาลได้ให้เหตุผลในคำพิพากษาว่า เพราะเหตุใดองค์กรของสหภาพยุโรปหรือรัฐสมาชิกจึงสามารถออก มาตรการทางกฎหมายเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อมหรือคุ้มครองสุขภาพของประชาชนได้ ก่อนที่จะมีหลักฐาน

⁴⁵ Case C-236/01 Monsanto Agricoltura Italia SpA v Presidenza del Consiglio dei Ministri [2003] ECR I-8105, para 110.

⁴⁶ Ibid, para 106.

⁴⁷ Ibid, para 107.

⁴⁸ Ibid, para 113.

ทางวิทยาศาสตร์ที่สามารถพิสูจน์ได้แน่นอนถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้น ซึ่งเหตุผลในคำพิพากษาของศาลดังกล่าวได้กลายมาเป็นนิยามของหลักการระงับไว้ก่อนในคดีที่ขึ้นสู่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ในภายหลัง โดยจากการศึกษาพบว่า ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้ตีความคำว่า “ระงับไว้ก่อน” โดยมีหลักการพิจารณาอยู่ 2 ประการ ดังต่อไปนี้

5.1.1 พิจารณาจากการมีอยู่หรือขอบเขตของความเสียหาย หรือกรณีที่สภาพแท้จริง และความรุนแรงของความเสียหายยังไม่ปรากฏอย่างสมบูรณ์ชัดเจน

คดี *UK v Commission*⁴⁹ ซึ่งเป็นที่รู้จักกันดีในชื่อ “คดี BSE” เนื่องจากคดีนี้มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเชื้อโรควัวบ้า (BSE) และวิกฤตปัญหาโรควัวบ้าที่ระบาดในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป ในช่วงปี ค.ศ. 1998 ทำให้คณะกรรมการยุโรปได้ออกคำตัดสินคณะกรรมการยุโรป ที่ 90/239/EC ว่าด้วยมาตรการฉุกเฉินเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยจากเชื้อวัวบ้า (BSE) ซึ่งประกาศห้ามนำเข้าเนื้อวัวหรือผลิตภัณฑ์จากเนื้อวัวที่มาจากสหราชอาณาจักร โดยในคดีนี้ศาลวินิจฉัยว่า คณะกรรมการยุโรปออกคำตัดสินดังกล่าวในขณะที่ยังมีความไม่แน่นอนว่าอาจมีความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายจากผลิตภัณฑ์จากวัวหรือเนื้อวัวที่มาจากสหราชอาณาจักร โดยศาลให้เหตุผลว่า “ในกรณีที่ยังมีความไม่แน่นอนเกี่ยวกับการมีอยู่หรือขอบเขตของความเสียหายต่อสุขภาพของมนุษย์ องค์การของสหภาพยุโรปอาจเลือกใช้มาตรการป้องกัน (protective measures) ได้ โดยไม่จำเป็นต้องรอจนกว่าสภาพที่แท้จริงและความรุนแรงของความเสียหายดังกล่าวจะปรากฏอย่างสมบูรณ์ชัดเจน (fully apparent)”⁵⁰ ดังนั้นคณะกรรมการยุโรปจึงอาจใช้ดุลพินิจในการออกคำตัดสิน ที่ 90/239/EC ได้ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้อันตรายจากโรควัวบ้าเกิดขึ้นจริงก่อน ทั้งนี้ ในคดีนี้ศาลมิได้ใช้คำว่าหลักการระงับไว้ก่อนโดยตรง

5.1.2 พิจารณาจากการที่ความเสียหายนั้นได้รับการยืนยันด้วยข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ ณ เวลาที่จะนำมาตรการมาใช้ ซึ่งข้อมูลความเสียหายดังกล่าวต้องไม่ได้มาจากการกล่าวอ้างลอย ๆ โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุน

คดี *Greenpeace France*⁵¹ ซึ่งมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการที่ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้ขอให้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปวินิจฉัยชี้ขาดในปัญหาข้อกฎหมายเบื้องต้นว่า รัฐสมาชิกผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามมติของคณะกรรมการยุโรปหรือไม่ หรือยังคงมีดุลพินิจในการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้วางจำหน่ายพืชตัดแปลงพันธุกรรมในประเทศ ซึ่งศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้วินิจฉัยตอบประเด็นข้อกฎหมายว่า “เมื่อพิจารณาจากหลักการระงับไว้ก่อน...เป็นสิทธิของรัฐสมาชิกตามที่กำหนดไว้ในข้อ 16 ของข้อบังคับ ที่จะจำกัดหรือห้ามการใช้และ/หรือการขายผลิตภัณฑ์ที่ได้รับอนุญาตให้วางจำหน่าย

⁴⁹ Case C-180/96 *UK v Commission* [1998] ECR I-2265.

⁵⁰ *Ibid*, para 99.

⁵¹ Case C-6/99 *Association Greenpeace France v Ministere de l'Agriculture and de la Pêche* [2000] ECR I-1651.



เป็นการชั่วคราวในอาณาเขตของตนได้ หากมีเหตุผลอันสมควร (*justifiable reasons*) ที่จะพิจารณาว่าผลิตภัณฑ์นั้นมีความเสี่ยงต่อสุขภาพของมนุษย์หรือสิ่งแวดล้อม” ซึ่งคดีนี้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปไม่ได้อธิบายอย่างละเอียดเกี่ยวกับนิยามความหมายของหลักการระงับไว้ก่อน เพียงแต่ระบุว่า รัฐสมาชิกจะใช้มาตรการปกป้องสุขภาพของมนุษย์หรือสิ่งแวดล้อมได้ก็ต่อเมื่อมี “เหตุผลอันสมควร”⁵²

คดี *Pfizer Animal Health SA v Council*⁵³ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า การที่คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปได้นำหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้โดยออกระเบียบคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป ที่ 2821/98⁵⁴ ว่าด้วยการเพิกถอนการอนุญาตให้ใช้ยาปฏิชีวนะบางชนิด เมื่อวันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 1998 เพื่อแก้ไขข้อบังคับที่ 70/524/EEC ว่าด้วยสารเสริมในอาหารสัตว์ อันมีผลเป็นการเพิกถอนยาปฏิชีวนะ 4 ชนิด คือ เวอร์จิเนียมายซิน (*virginiamycin*) แบคซิเตรซิล ซิงค์ (*bacitracin zinc*) สไปรามัยซิน (*spiramycin*) และไทโคซินฟอสเฟต (*tylosin phosphate*) นอกจากการได้รับอนุญาตให้นำมาใช้เป็นสารเสริมในอาหารสัตว์ เนื่องจากมีความกังวลว่าการนำยาปฏิชีวนะมาใช้ในอาหารสัตว์อาจมีความเสี่ยงต่อการดื้อยาปฏิชีวนะที่ตกค้างในสัตว์และถูกถ่ายโอนมายังมนุษย์ผ่านห่วงโซ่อาหาร โดยในคดีนี้ศาลชั้นต้น (*the Court of First Instance*)⁵⁵ ตีความหลักการระงับไว้ก่อนว่า “มาตรการป้องกันไว้ก่อน (*preventive measure*)”⁵⁶ จะนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อความเสี่ยงดังกล่าวได้รับการยืนยันด้วยข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ ซึ่งมีอยู่ ณ เวลาที่นำมาตราการดังกล่าวมาใช้ แม้ว่าสภาพที่แท้จริงและขอบเขตของความเสี่ยงจะยังไม่ได้แสดงให้เห็น “ครบถ้วน” ตามหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่สรุปผลได้ในปัจจุบันก็ตาม”⁵⁷ กล่าวคือ ก่อนที่จะนำมาตราการดังกล่าวมาใช้จะต้องมีการประเมินความเสี่ยงโดยอาศัยข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่มีอยู่ ณ ขณะนั้นก่อน และศาลชั้นต้น

⁵² *Ibid*, para 44.

⁵³ Case T-13/99 *Pfizer Animal Health SA v Council* [2002] ECR II-3305.

⁵⁴ Council Regulation (EC) No 2821/98 of 17 December 1998 amending, as regards withdrawal of the authorisation of certain antibiotics, Directive 70/524/EEC concerning additives in feedingstuffs.

⁵⁵ ระบบศาลของยุโรปถูกเรียกรวมกันว่า “ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป” (*the Court of Justice of the European Union*) ประกอบด้วย “ศาลยุติธรรม” (*The Court of Justice*) และ “ศาลกลาง” (*the General Court*) ศาลชั้นต้น หรือ *the Court of First Instance* (หลังสนธิสัญญาลิสบอนเริ่มบังคับใช้เมื่อปี ค.ศ. 2009 “ศาลชั้นต้น” ถูกเปลี่ยนชื่อเป็น “ศาลกลาง”) คือ ศาลล่างในกระบวนการยุติธรรมของสหภาพยุโรป ตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การตีความและการบังคับใช้กฎหมายของสหภาพยุโรปมีความสอดคล้องและเป็นไปในลักษณะเดียวกัน โดยที่คำพิพากษาของศาลชั้นต้นสามารถอุทธรณ์ต่อศาลยุติธรรม (*The Court of Justice*) ได้ แต่จะอุทธรณ์ได้เฉพาะประเด็นข้อกฎหมายเท่านั้น

⁵⁶ มาตรการป้องกันไว้ก่อน ในที่นี้ หมายถึง มาตรการที่ออกตามหลักการระงับไว้ก่อน แต่เนื่องจากในภาษาอังกฤษศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปใช้คำว่า “preventive measure” ผู้เขียนจึงได้แปลคำดังกล่าวตามที ศ.ดร. จารุประภาฯ ได้เคยแปลคำนี้ไว้ว่า “มาตรการป้องกันไว้ก่อน” โปรดดู จารุประภาฯ รักพงษ์, หลักการสำคัญว่าด้วยการเคลื่อนย้ายสินค้าอย่างเสรีภายใต้กฎหมายแห่งสหภาพยุโรป, (ปทุมธานี : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 146.

⁵⁷ Case T-13/99 *Pfizer Animal Health SA v Council* [2002] ECR II-3305, para 144.

วินิจฉัยเกี่ยวกับมาตรการป้องกันว่า “มาตรการป้องกันนั้นไม่อาจตั้งอยู่บนฐานของการตั้งสมมติฐานลอย ๆ โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุน”⁵⁸

จากคดีที่ยกตัวอย่างมาข้างต้นสังเกตได้ว่า ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป พิจารณานิยามหลักการระงับไว้ก่อน โดยมีองค์ประกอบ 2 ประการ คือ (1) หลักการดังกล่าวอาจนำมาใช้ได้ ในกรณีที่ยังมีความไม่แน่นอนเกี่ยวกับการมีอยู่ หรือขอบเขตของความเสียหาย หรือกรณีที่สภาพที่แท้จริง และความรุนแรงของความเสียหายดังกล่าวยังไม่ปรากฏอย่างสมบูรณ์ชัดเจน และ (2) หลักการดังกล่าว จะนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อความเสียหายนั้นได้รับการยืนยันด้วยข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ ณ เวลาที่จะนำ มาตรการนั้นมาใช้ ซึ่งข้อมูลความเสียหายดังกล่าวต้องไม่ได้มาจากการกล่าวอ้างลอย ๆ โดยปราศจากหลักฐาน ทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุน

5.2 ภาระการพิสูจน์

จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป พบว่า ศาลได้เน้นย้ำ มาโดยตลอดว่า คู่กรณีฝ่ายที่ต้องการนำหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้ย่อมมีภาระที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า มีความเป็นไปได้ที่จะเกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช เพื่อที่จะอาศัย เป็นเหตุผลกล่าวอ้างในการใช้มาตรการทางกฎหมายตามหลักการระงับไว้ก่อน

ตัวอย่าง คดี *Pfizer Animal Health SA v Council* คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป เป็นผู้ออกระเบียบคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป ที่ 2821/98 ว่าด้วยการเพิกถอนการอนุญาตให้ใช้ยาปฏิชีวนะ บางชนิด ซึ่งระเบียบดังกล่าวได้เพิกถอนยาปฏิชีวนะ 4 ชนิด รวมถึงเวอร์จิเนียมัยซิน นอกจากการเป็นสารเร่ง การเจริญเติบโตในอาหารสัตว์ ดังนั้นคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปย่อมมีภาระในการพิสูจน์ว่า (1) ก่อนการบังคับใช้ระเบียบดังกล่าวได้มีการประเมินความเสี่ยงทางวิทยาศาสตร์อย่างละเอียดเท่าที่จะ เป็นไปได้แล้ว และ (2) จากการประเมินความเสี่ยงมีข้อบ่งชี้ทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอจะสรุปได้ว่า “การใช้เวอร์จิเนียมัยซินเป็นสารเร่งการเจริญเติบโตในอาหารสัตว์ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อสุขภาพของมนุษย์”⁵⁹ สังเกตได้ว่า แม้ว่าในคดีนี้โจทก์ คือ บริษัทไฟเซอร์จะเป็นผู้นำคดีมาฟ้องต่อศาลได้แย้งว่าระเบียบดังกล่าว ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่ภาระการพิสูจน์ยังคงตกอยู่กับฝ่ายคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นผู้ออกระเบียบดังกล่าว⁶⁰ ตามหลักการที่ได้กล่าวไปข้างต้น

⁵⁸ *Ibid*, para 143.

⁵⁹ Case T-13/99 *Pfizer Animal Health SA v Council* [2002] ECR II-3305, para 165.

⁶⁰ Zander J, *The precautionary principle in EU law*. In : *The Application of the Precautionary Principle in Practice : Comparative Dimensions*, (Cambridge University Press, 2010), p.123.

คดี *Commission v Artegoda GmbH*⁶¹ คณะกรรมาธิการยุโรปเป็นผู้ออกคำตัดสินของคณะกรรมาธิการยุโรป ที่ C(2000) 452, C(2000) 453 และ C(2000) 608 ลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 2000 กำหนดให้เพิกถอนการอนุญาตวางจำหน่ายผลิตภัณฑ์ยาที่มีส่วนประกอบของแอมฟีพราโมน (Amfepramone) ซึ่งเป็นยาที่มีสารเร่งให้เกิดความรู้สึกอึดและนำมาใช้ในการรักษาโรคอ้วน โดยคำตัดสินของคณะกรรมาธิการยุโรปดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจตามข้อ 11 ของข้อบังคับของคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป ที่ 65/65/EEC ลงวันที่ 26 มกราคม ค.ศ. 1965 ที่กำหนดว่า “หน่วยงานผู้มีอำนาจของรัฐสมาชิกจะระงับหรือเพิกถอนการอนุญาตให้วางผลิตภัณฑ์ยาที่ได้รับอนุญาตให้วางจำหน่ายก็ได้ หากพิสูจน์ได้ว่ายานั้นเป็นอันตรายในสภาวะการใช้งานปกติหรือมีประสิทธิภาพในการรักษาไม่เพียงพอ”⁶² ทำให้คดีนี้ คณะกรรมาธิการยุโรปซึ่งเป็นผู้ออกคำตัดสินดังกล่าวย่อมมีภาระที่จะต้องพิสูจน์ว่า จากข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่ปรากฏล่าสุดมีข้อบ่งชี้ว่ายาที่มีส่วนประกอบของแอมฟีพราโมนเป็นอันตรายหรือไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอในการรักษาโรค แม้ว่าโดยหลักการของข้อบังคับข้างต้น บริษัทผู้ผลิตยาจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่ายานั้นมีความปลอดภัยและมีประสิทธิภาพเพียงพอเพื่อที่จะได้รับอนุญาตให้วางจำหน่ายได้ แต่เมื่อกรณีนี้เป็นกรณีที่คณะกรรมาธิการยุโรปเป็นฝ่ายต้องการใช้หลักการระงับไว้ก่อนตามข้อ 11 ดังนั้นคณะกรรมาธิการยุโรปก็ย่อมเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์เกี่ยวกับความปลอดภัยและประสิทธิภาพของยาดังกล่าว

5.3 การประเมินความเสี่ยง (risk assessment)

จากที่ได้ศึกษาตัวอย่างคำพิพากษาหลายคดีจะพบความเชื่อมโยงประการหนึ่งคือ ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้กล่าวซ้ำในหลายคดีว่า “มาตรการป้องกันนั้นไม่อาจตั้งอยู่บนพื้นฐานของการตั้งสมมติฐานลอย ๆ โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุน” ดังนั้นการจะหาหลักฐานมาพิสูจน์ว่ามีความเป็นไปได้ที่จะเกิดความเสี่ยงต่อสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือสิ่งแวดล้อม เพื่อที่จะนำมาตราทางกฎหมายมาใช้บังคับจะต้องผ่านกระบวนการพิสูจน์ในทางวิทยาศาสตร์ คือ การประเมินความเสี่ยง (risk assessment) ก่อน ซึ่งจากคดี *Pfizer Animal Health SA v Council* ศาลได้อธิบายว่า การประเมินความเสี่ยง คือ การประเมินระดับของผลกระทบต่อสุขภาพมนุษย์และความร้ายแรงของผลกระทบดังกล่าวที่อาจเกิดขึ้นได้ซึ่งมีองค์ประกอบ 2 ประการ คือ การกำหนดระดับของความเสียหายที่ยอมรับไม่ได้ (unacceptable) และการดำเนินการประเมินความเสี่ยง

⁶¹ Case T-74/00 R Artegoda v Commission [2000] ECR II-2583.

⁶² Council Directive 65/65/EEC of 26 January 1965 on the approximation of provisions laid down by Law, Regulation or Administrative Action relating to proprietary medicinal products.

Article 11 “The competent authorities of the Member States shall suspend or revoke an authorisation to place a proprietary medicinal product on the market where that product proves to be harmful in the normal conditions of use, or where its therapeutic efficacy is lacking, or where its qualitative and quantitative composition is not as declared. Therapeutic efficacy is lacking when it is established that therapeutic results cannot be obtained with the proprietary product.”

(1) การกำหนดระดับของความเสียหายที่ยอมรับไม่ได้ เป็นอำนาจในการตัดสินใจของหน่วยงานผู้มีอำนาจในเรื่องนั้น ๆ กล่าวคือ หากระเบียบหรือข้อบังคับดังกล่าวเป็นกฎหมายระดับสหภาพยุโรป ซึ่งตามสนธิสัญญาของสหภาพยุโรปกำหนดให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติของสหภาพยุโรปเป็นผู้มีอำนาจในการดำเนินการดังกล่าว กรณีนี้หน่วยงานผู้มีอำนาจ คือ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติของสหภาพยุโรป เช่น สภายุโรปหรือคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป แต่ในกรณีที่ไม่มีมาตรการกฎหมายในระดับสหภาพยุโรป รัฐสมาชิกก็ย่อมกำหนดระดับของความเสียหายที่พึงยอมรับได้และตรากฎหมายที่เหมาะสมเพื่อใช้บังคับภายในรัฐสมาชิกได้เอง แต่อย่างไรก็ตาม การตัดสินใจของหน่วยงานผู้มีอำนาจนั้นไม่อาจตั้งอยู่บนฐานของการกล่าวอ้างลอย ๆ โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุน⁶³ และไม่อาจดำเนินการบนฐานของการตั้งสมมติฐานว่าจะต้องมีความเสี่ยงเป็นศูนย์ (zero-risk) เนื่องจากตามความเป็นจริงเป็นไปได้ที่จะพิสูจน์ว่า “จะไม่มีอันตรายใด ๆ เกิดขึ้นเลย ทั้งในปัจจุบันหรือต่อไปในอนาคต” นอกจากนี้ จะต้องพิจารณาควบคู่ไปกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดในสนธิสัญญาด้วย ตัวอย่างเช่น มาตรา 152 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป กำหนดว่า การบังคับใช้นโยบายทั้งหมดของสหภาพยุโรป จะต้องรับรองว่า สุขภาพของมนุษย์จะได้รับการปกป้องในระดับสูง (high level of protection) ดังนั้น การกำหนดระดับของความเสียหายเกี่ยวกับความปลอดภัยของสุขภาพมนุษย์จะต้องสอดคล้องกับระดับการปกป้องในระดับสูงด้วยเช่นกัน

(2) การดำเนินการประเมินความเสี่ยง หน่วยงานผู้มีอำนาจจะต้องมอบหมายให้ผู้เชี่ยวชาญทำหน้าที่ประเมินความเสี่ยงทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งผู้เชี่ยวชาญจะเป็นผู้ให้คำแนะนำทางวิทยาศาสตร์ต่อไปภายหลังจากที่กระบวนการประเมินทั้งหมดเสร็จสิ้น โดยคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักความเป็นอิสระและหลักความโปร่งใส แต่อย่างไรก็ตาม ไม่มีกฎหมายใดที่กำหนดว่าหน่วยงานผู้มีอำนาจจะต้องผูกพันตามคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญ เนื่องจากท้ายที่สุดแล้ว หลังจากที่ได้รับผลการประเมินความเสี่ยงและได้รับคำแนะนำจากผู้เชี่ยวชาญ หน่วยงานผู้มีอำนาจยังมีดุลพินิจที่จะตัดสินใจว่าจะใช้มาตรการป้องกันไว้ก่อนหรือไม่ หรือหากตัดสินใจจะใช้แล้ว มาตรการใดจึงจะเหมาะสมและจำเป็นสำหรับการป้องกันความเสี่ยง

ตัวอย่างคดี *Pfizer Animal Health SA v Council* คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป และคณะกรรมการยุโรปรับฟังคำแนะนำในด้านวิทยาศาสตร์จากคณะกรรมการด้านอาหารสัตว์ประจำสหภาพยุโรป (the Scientific Committee for Animal Nutrition) เป็นหลัก โดยคณะกรรมการด้านอาหารสัตว์ฯ ได้สรุปความเห็นโดยสังเขปว่า “แม้จะมีความเป็นไปได้ที่จะมีการถ่ายโอนการดื้อยาจากสัตว์ไปสู่คน แต่การใช้เวอร์จินีมัยซินเป็นสารเร่งการเจริญเติบโตในอาหารสัตว์ไม่ได้มีผลทำให้ประสิทธิภาพของปรีลิตินามัยซิน (ยาปฏิชีวนะกลุ่มต้านแบคทีเรีย) ลดลงอย่างมีนัยสำคัญแต่อย่างใด”⁶⁴ แต่อย่างไรก็ตาม

⁶³ Case T-13/99 *Pfizer Animal Health SA v Council* [2002] ECR II-3305, para 143.

⁶⁴ *Ibid*, para 241.

คณะกรรมการการยุโรปเห็นว่าเรื่องการถ่ายโอนเชื้อดื้อยาจากสัตว์มาสู่มนุษย์นั้น ไม่สามารถสรุปผลจากรายงานของคณะกรรมการด้านอาหารสัตว์ฯ เพียงอย่างเดียว ดังนั้นคณะกรรมการการยุโรปจึงได้พิจารณาข้อมูลทางวิทยาศาสตร์อื่น ๆ นอกจากคณะกรรมการด้านอาหารสัตว์ฯ ร่วมด้วย เช่น รายงานขององค์การอนามัยโลก (WHO) และข้อแนะนำจากการประชุมของสหภาพยุโรปเรื่องภัยคุกคามจากเชื้อจุลินทรีย์รวมถึงข้อมูลจากผู้เชี่ยวชาญอื่น ๆ และองค์กรผู้เชี่ยวชาญด้านวิทยาศาสตร์อื่น โดยสรุปผลว่า “มีความเป็นไปได้ที่การใช้เวอร์จิเนียมัยซินเป็นสารเร่งการเจริญเติบโตในอาหารสัตว์จะมีความเชื่อมโยงกับพัฒนาการความต้านทานต่อเชื้อสเตربتดแกรมในมนุษย์” จนนำไปสู่การเสนอให้คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปรับรองระเบียบคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป ที่ 2821/98 เพิกถอนการใช้ยาปฏิชีวนะเป็นสารเร่งการเจริญเติบโตในอาหารสัตว์⁶⁵ ในคดีนี้บริษัทไฟเซอร์ซึ่งเป็นโจทก์โต้แย้งว่า คณะกรรมการการยุโรปบิดเบือนและไม่รับฟังคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญในคดี ดังนั้นผลสรุปที่ว่า “มีความเป็นไปได้ที่การใช้เวอร์จิเนียมัยซินเป็นสารเร่งการเจริญเติบโตในอาหารสัตว์จะมีความเชื่อมโยงกับพัฒนาการความต้านทานต่อเชื้อสเตربتดแกรมในมนุษย์” จึงมาจากความผิดพลาดอย่างชัดเจนในการประเมินความเสี่ยง (manifest error of assessment) แต่ศาลชั้นต้นพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดให้องค์กรของสหภาพยุโรปจะต้องผูกพันตามคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญ⁶⁶ และจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏต่อศาลนั้น องค์กรของสหภาพยุโรปได้พิจารณารายงานจากคณะกรรมการด้านอาหารสัตว์ฯ อย่างละเอียดเพียงพอแล้ว และได้พยายามบิดเบือนความเห็นของคณะกรรมการด้านอาหารสัตว์ฯ แต่อย่างไรก็ดี ศาลจึงเห็นว่า องค์กรของสหภาพยุโรปไม่ได้ทำผิดพลาดในการประเมินความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญ ทำให้กรณีดังกล่าวมิใช่การใช้การที่องค์กรของสหภาพยุโรปทำผิดพลาดอย่างชัดเจนในการประเมินความเสี่ยง⁶⁷

จากตัวอย่างข้างต้น กรณีที่องค์กรของสหภาพยุโรปสรุปข้อมูลไม่ตรงกับคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญในคดี แต่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้อธิบายอย่างชัดเจนว่า องค์กรของสหภาพยุโรปไม่มีความผูกพันให้ต้องดำเนินการตามความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ แม้องค์กรของสหภาพยุโรปจะดำเนินการแตกต่างจากความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ ก็ไม่ถือว่าองค์กรของสหภาพยุโรปทำผิดพลาดอย่างชัดเจนในการประเมินความเสี่ยงจนส่งผลทำให้มาตรการนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามจากการศึกษาพบว่า แม้บางกรณีองค์กรของสหภาพยุโรปจะปฏิบัติตามความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ แต่หากความเห็นดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายจะทำให้มาตรการที่ออกตามความเห็นดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย โดยศึกษาได้จากตัวอย่างคดีต่อไปนี้

⁶⁵ Ibid, para 210-246.

⁶⁶ Ibid, para 189-191.

⁶⁷ Ibid, para 245-246.

คดี *Commission v Artegoda GmbH*⁶⁸ มีข้อเท็จจริงว่า การระงับหรือเพิกถอนผลิตภัณฑ์ยาที่เคยได้รับอนุญาตแล้วด้วยเหตุผลเพื่อปกป้องสุขภาพของประชาชน จะต้องปรากฏข้อมูลใหม่ที่พิสูจน์ได้ว่า ยานั้นเป็นอันตรายในสถานะการใช้งานปกติหรือมีประสิทธิภาพในการรักษาไม่เพียงพอ และตามข้อบังคับของคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป ที่ 75/319 กำหนดว่า “กรณีที่รัฐสมาชิกพิจารณาแล้วว่ามีความจำเป็นที่จะต้องระงับหรือเพิกถอนผลิตภัณฑ์ยาเพื่อปกป้องสุขภาพของประชาชนจะต้องส่งเรื่องดังกล่าวให้คณะกรรมการผลิตภัณฑ์ยาที่ได้รับสิทธิบัตร (*The Committee for Proprietary Medicinal Products – CPMP*) เป็นผู้ประเมิน”⁶⁹ คดีนี้ศาลจึงได้เน้นย้ำว่า หากคณะกรรมการการยุโรปเห็นว่าผลิตภัณฑ์ยาที่มีส่วนประกอบของแอมฟิพรามोनหรือยาที่มีสารเร่งให้เกิดความรู้สึกอิ่มเป็นยาอันตรายหรือมีประสิทธิภาพในการรักษาไม่เพียงพอก็ต้องส่งเรื่องให้ CPMP เป็นผู้ประเมินความอันตรายและประสิทธิภาพของยาดังกล่าว และแม้ความเห็นของ CPMP จะมีได้ผูกพันให้คณะกรรมการการยุโรปต้องปฏิบัติตาม แต่การส่งเรื่องไปปรึกษากับ CPMP เป็นกรณีที่กฎหมายบังคับให้ต้องกระทำ (mandatory)⁷⁰ เพื่อให้ CPMP ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญส่งหลักฐานข้อมูลการประเมินทางวิทยาศาสตร์ให้คณะกรรมการการยุโรปนำไปใช้ในการออกมาตรการที่เหมาะสมต่อไป จะเห็นได้ว่า มาตรการของคณะกรรมการการยุโรปต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเห็นที่ได้รับจาก CPMP ดังนั้นหากความเห็นของ CPMP กระทำไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมทำให้มาตรการของคณะกรรมการการยุโรปที่ออกตามความเห็นดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย โดยในคดีนี้ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ศาลไม่อาจตรวจสอบข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ได้ เพราะเรื่องดังกล่าวเป็นหน้าที่ของผู้เชี่ยวชาญ โดยศาลมีอำนาจแต่เพียงการตรวจสอบว่า ความเห็นของ CPMP ตั้งอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลหรือไม่ และเหตุผลดังกล่าวสามารถแสดงให้เห็นความเชื่อมโยงระหว่างผลการวิจัยทางการแพทย์กับข้อสรุปของ CPMP ได้หรือไม่ และศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า CPMP ยังคงสรุปผลเรื่องอันตรายของยาไว้เหมือนเดิมกับที่ได้ประเมินไว้เมื่อปี ค.ศ. 1996 ว่า “ไม่ปรากฏว่าการใช้ยาดังกล่าวส่งผลต่อการเกิดโรคหัวใจตีบ”⁷¹ แต่อย่างไรก็ตาม ในเรื่องประสิทธิภาพของยา CPMP อ้างว่า “ยาดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพในการรักษาเพียงพอ” ซึ่งแตกต่างจากที่เคยประเมินไว้เมื่อปี ค.ศ. 1996 เนื่องจากใช้เกณฑ์การพิจารณาเรื่องประสิทธิภาพของยาแตกต่างกัน ทั้ง ๆ ที่เป็นการพิจารณาเรื่องเดียวกัน โดยในเมื่อปี ค.ศ. 1996 CPMP ระบุว่า จากการประเมินประสิทธิภาพระยะยาวของยา (long-term efficacy) “ยังไม่ปรากฏข้อมูลที่มีนัยสำคัญเกี่ยวกับผลกระทบของสารในยานี้ต่อการเจ็บป่วยและการเสียชีวิต และน้ำหนักของผู้ป่วยก็กลับคืนเหมือนเดิมทันทีหลังจากหยุดใช้ยา”⁷² แต่ในคดีนี้ CPMP กลับใช้การประเมินประสิทธิภาพ

⁶⁸ Case T-74/00 R Artegoda v Commission [2000] ECR II-2583.

⁶⁹ Article 15a. of Council Directive 75/319/EEC of 20 May 1975 on the approximation of provisions laid down by Law, Regulation or Administrative Action relating to proprietary medicinal products.

⁷⁰ Case T-74/00 R Artegoda v Commission [2000] ECR II-2583, para 198.

⁷¹ *Ibid*, para 203.

⁷² *Ibid*, para 204.

การรักษาในระยะสั้น (short-term therapeutic effects)⁷³ โดยการใช้วิธีการประเมินที่แตกต่างกันนั้น มาจากการที่กลุ่มวิชาชีพทางการแพทย์ (medical community) มีฉันทามติร่วมกันว่าจะใช้วิธีดังกล่าว ในการประเมินประสิทธิภาพการรักษาของผลิตภัณฑ์ยาสำหรับการรักษาโรคอ้วน ซึ่งเหตุผลดังกล่าวระบุไว้ในเอกสารรายงานข้อชี้แนะของ CPMP และรายงานข้อชี้แนะในระดับชาติ (the national guidelines) ซึ่งรายงานข้อสรุปของ CPMP ได้อ้างอิงเอกสารทั้งสองรายการ แต่อย่างไรก็ตาม เอกสารทั้งสองรายการ หรือรายงานข้อสรุปของ CPMP ในคดีนี้ก็ไม่ได้อ้างถึงข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ใหม่หรือข้อมูลอื่น ๆ ซึ่งไม่ได้มีอยู่ในช่วงที่ทำการประเมินในปี ค.ศ. 1996 อันจะอธิบายได้ว่าเพราะเหตุใดจึงมีการเปลี่ยนแปลงวิธีการประเมิน หรือมีฉันทามติให้ใช้วิธีการดังกล่าว⁷⁴ ดังนั้นการที่คณะกรรมการการยุโรปยังคงอนุญาตให้ใช้ยาดังกล่าวได้ ในปี ค.ศ. 1996 แต่กลับออกคำตัดสินของคณะกรรมการการยุโรป ที่ C(2000) 452, C(2000) 453 และ C(2000) 608 ลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 2000 กำหนดให้เพิกถอนการอนุญาตวางจำหน่ายผลิตภัณฑ์ยา ที่มีส่วนประกอบของแอมฟิพรามอน ทั้งที่ไม่ปรากฏข้อมูลใหม่ที่พิสูจน์ว่ายาดังกล่าวเป็นอันตรายหรือไม่มี ประสิทธิภาพเพียงพอจึงเป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

5.4 การจำกัดการใช้ดุลพินิจในบริบทของหลักการระงับไว้ก่อน

คดีเกี่ยวกับหลักการระงับไว้ก่อนที่ขึ้นมาสู่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปโดยมาก เป็นข้อพิพาทที่ได้แย้งว่าสหภาพยุโรปหรือรัฐสมาชิกใช้มาตรการระงับไว้ก่อนอย่างไม่ถูกต้องตามกฎหมาย⁷⁵ และขอให้ศาลเพิกถอนมาตรการดังกล่าว ซึ่งศาลได้เน้นย้ำมาในหลายคดีว่า ภายใต้หลักการระงับไว้ก่อน องค์การฝ่ายนิติบัญญัติของสหภาพยุโรปย่อมมีดุลพินิจในการดำเนินนโยบายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ภายใต้กรอบนโยบายด้านการเกษตร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การใช้ดุลพินิจในการกำหนดระดับของความเสี่ยงที่ยอมรับไม่ได้ของสังคมสหภาพยุโรป ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปซึ่งเป็นองค์กรตุลาการของสหภาพยุโรป ย่อมไม่มีอำนาจที่จะดำเนินการโต้แย้งมุมมองความเห็นทางวิทยาศาสตร์ หรือทำหน้าที่ประเมินความเสี่ยง แทนองค์กรของสหภาพยุโรปในเรื่องดังกล่าว เนื่องจากตามสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป นั้น กำหนดให้อำนาจหน้าที่ในเรื่องดังกล่าวเป็นขององค์การฝ่ายนิติบัญญัติแต่เพียงผู้เดียว ดังนั้นศาลจึงมีหน้าที่ แต่เพียงตรวจสอบว่า การใช้ดุลพินิจขององค์การฝ่ายนิติบัญญัติในเรื่องนั้น ๆ เป็นไปโดยมีข้อผิดพลาด อย่างชัดเจน (manifest error) หรือเป็นการบิดเบือนการใช้อำนาจ (misuse of power) หรือใช้ดุลพินิจ เกินขอบอำนาจอย่างชัดเจน (clearly exceeded the bounds of their discretion) หรือไม่ และหากองค์กร ของสหภาพยุโรปซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องดังกล่าวมิได้ใช้มาตรการทางกฎหมายซึ่งออกตามหลักการระงับไว้ก่อน โดยละเมิดในเรื่องที่ระบุมมาตรการดังกล่าวก็ย่อมชอบด้วยกฎหมายของสหภาพยุโรปแล้ว

⁷³ Ibid, para 205.

⁷⁴ Ibid, para 210.

⁷⁵ สำหรับการศึกษาเรื่องการจำกัดการใช้ดุลพินิจในบริบทของหลักการระงับไว้ก่อนอย่างละเอียด

โปรดดู Richard Moules, *Environmental Judicial Review*, (Oxford : Hart Publishing, 2011), pp. 54-57.

คดีแรกที่ศาลได้วางหลักเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการออกมาตรการโดยอาศัยฐานมาจากหลักการระงับไว้ก่อน คือ คดี *Fedesa*⁷⁶ ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ ศาลสูงของสหราชอาณาจักรได้ขอให้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปวินิจฉัยชี้ขาดในเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของกฎหมายภายในที่จะอนุวัติการเพื่อให้เป็นไปตามข้อบังคับของคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป ที่ 88/146/EEC (Council Directive 88/146/EEC) ว่าด้วยการห้ามใช้สารฮอร์โมนเร่งการเจริญเติบโตในเนื้อสัตว์และในอุตสาหกรรมปศุสัตว์ โดยสมาพันธ์สุขภาพสัตว์แห่งยุโรป (*Fedesa*) กับพวก ซึ่งเป็นโจทก์ในคดีนี้กล่าวหาว่า กฎหมายภายในที่จะอนุวัติการตามข้อบังคับดังกล่าวไม่สมบูรณ์ (*invalid*) ด้วยเหตุผลว่าไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มารองรับว่าการใช้ฮอร์โมนในอุตสาหกรรมปศุสัตว์จะก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของประชาชนจริง ก่อปรกกับการห้ามใช้สารฮอร์โมนตามข้อบังคับจะก่อให้เกิดความสูญเสียทางเศรษฐกิจอย่างมหาศาล และจะเกิดความเสียหายต่อสาธารณประโยชน์ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ ซึ่งในคดีนี้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปวินิจฉัยว่า ดุลพินิจในการบังคับใช้นโยบายทั่วไปด้านการเกษตรนั้นเป็นของคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป ดังนั้นศาลจะพิจารณาเพียงว่า การบังคับใช้มาตรการดังกล่าวเป็นไปโดยมีข้อผิดพลาดอย่างชัดเจน หรือเป็นการบิดเบือนการใช้อำนาจ หรือใช้ดุลพินิจเกินขอบอำนาจอย่างชัดเจนหรือไม่ ซึ่งจากการพิจารณานั้น ศาลเห็นว่าคณะกรรมการการยุโรปไม่ได้ทำผิดพลาดชัดเจนในการเลือกใช้มาตรการดังกล่าว เพราะหากคณะกรรมการการยุโรปเลือกใช้มาตรการอื่น เช่น การติดฉลากให้ข้อมูลบนเนื้อสัตว์ ก็ไม่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ต้องการได้⁷⁷

หลักการที่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของผู้มีอำนาจออกมาตรการตามหลักการระงับไว้ก่อนในการพิจารณาคดี *Fedesa* ได้กลายมาเป็นหลักการสำคัญที่ศาลนำไปใช้ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในบริบทของหลักการระงับไว้ก่อนในคดีที่เกิดขึ้นภายหลัง

คดีต่อมา คือ คดี *UK v Commission*⁷⁸ ซึ่งมีข้อเท็จจริงตามที่ได้เคยยกตัวอย่างในข้อ 5.1.1 ว่า คณะกรรมการการยุโรปได้ออกคำตัดสินคณะกรรมการการยุโรป ที่ 90/239/EC (Commission Decision 96/239/EC) ว่าด้วยมาตรการฉุกเฉินเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยจากเชื้อวัวบ้า (BSE) ตามประกาศห้ามนำเข้าเนื้อวัวหรือผลิตภัณฑ์จากเนื้อวัวที่มาจากสหราชอาณาจักร โดยคดีนี้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปวินิจฉัยว่า คณะกรรมการการยุโรปมีดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการกำหนดลักษณะและขอบเขตของมาตรการที่ใช้ ดังนั้นศาลจึงมีอำนาจในการตรวจสอบแต่เพียงว่า การใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการการยุโรปเป็นไปโดยมีข้อผิดพลาดอย่างชัดเจน หรือเป็นการบิดเบือนการใช้อำนาจ หรือใช้ดุลพินิจเกินขอบอำนาจอย่างชัดเจนหรือไม่⁷⁹ โดยคดีนี้ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ประการแรก คำตัดสินของคณะกรรมการการยุโรปนั้นมีเหตุผล

⁷⁶ Case C-331/88 R v Minister of Agriculture, Fisheries and Food, exp *Fedesa* [1990] ECR I-4023.

⁷⁷ *Ibid*, para 16.

⁷⁸ Case C-180/96 *UK v Commission* [1998] ECR I-2265.

⁷⁹ *Ibid*, para 60.

อันสมควรเนื่องจาก ณ ขณะที่ออกคำตัดสินดังกล่าวปรากฏข้อเท็จจริงว่า โรคจากสัตว์ที่สามารถติดต่อมาสู่คนได้ มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรง โดยเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป ที่ 90/425/EEC และ 89/662/EEC⁸⁰ ประการที่สอง คำตัดสินคณะกรรมการการยุโรป ที่ 90/239/EC ออกตามอำนาจของข้อบังคับของคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป ที่ 90/425/EEC และ 89/662/EEC ซึ่งข้อบังคับทั้งสองฉบับกำหนดเงื่อนไขในการออกมาตรการปกป้อง (safeguard measure) ไว้อย่างกว้าง ๆ โดยไม่ได้มีข้อจำกัดว่าจะต้องเป็นมาตรการชั่วคราวหรือมีข้อจำกัดเรื่องขอบเขตของอาณาเขตที่จะใช้บังคับ แต่ประการใด ดังนั้นการที่คณะกรรมการการยุโรปออกคำตัดสิน ที่ 96/239/EC ห้ามสหราชอาณาจักรส่งเนื้อวัวไปยังรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปหรือประเทศที่สาม จึงไม่ถือว่าคณะกรรมการการยุโรปใช้ดุลพินิจเกินขอบอำนาจตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับแต่อย่างใด⁸¹ และประการสุดท้าย คำตัดสินของคณะกรรมการการยุโรป ดังกล่าวมิได้เกิดจากการบิดเบือนการใช้อำนาจ เนื่องจากคณะกรรมการการยุโรปออกมาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการชั่วคราว (provisional measure) ภายหลังจากที่ได้ตรวจสอบมาตรการที่สหราชอาณาจักรนำมาใช้แล้วและได้ปรึกษาหารือเพิ่มเติมกับคณะกรรมการวิทยาศาสตร์ทางสัตวแพทย์ (the Scientific Veterinary Committee) และคณะกรรมการสามัญสัตวแพทย์ (the Standing Veterinary Committee) แล้ว ก่อนที่จะเลือกใช้มาตรการดังกล่าว⁸² ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป จึงเห็นว่า คำตัดสินของคณะกรรมการการยุโรป ที่ 90/239/EC นั้น ชอบด้วยกฎหมายและพิพากษายกฟ้อง

แม้ในคำพิพากษาของศาลในคดี *UK v Commission* จะยังมิได้ปรากฏ คำว่าหลักการระงับไว้ก่อนอย่างชัดเจน แต่คดีนี้เป็นคดีตัวอย่างที่ศาลใช้วินิจฉัยหลักการระงับไว้ก่อน และกลายเป็นนิยามของหลักการระงับไว้ก่อน รวมทั้งแนวทางในการวินิจฉัยคดีนี้ได้ถูกนำมาอ้างอิงในคดีที่เกี่ยวข้อง หลักการระงับไว้ก่อนซึ่งเกิดขึ้นภายหลัง เช่น คดี *Pfizer Animal Health SA v Council* ซึ่งจะได้อธิบาย ดังต่อไปนี้

คดี *Pfizer Animal Health SA v Council* ซึ่งมีข้อเท็จจริงตามที่ได้ยกตัวอย่างไว้ในข้อ 5.3 ว่า คดีนี้คณะกรรมการด้านอาหารสัตว์ประจำสหภาพยุโรป (Scientific Committee for Animal Nutrition – SCAN) ซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้เชี่ยวชาญในคดี ได้สรุปความเห็นโดยสังเขปว่า “แม้จะมีความเป็นไปได้ที่จะมีการถ่ายโอนการดื้อยาจากสัตว์ไปสู่คน แต่การใช้เวอร์จินีมัยซินเป็นสารเร่งการเจริญเติบโตในอาหารสัตว์ ก็ไม่ได้มีผลทำให้ประสิทธิภาพของยาปฏิชีวนะกลุ่มต้านแบคทีเรียลดลงอย่างมีนัยสำคัญแต่อย่างใด” แต่ในท้ายที่สุดแล้ว ภายหลังจากการพิจารณาในข้อมูลอื่น ๆ และความเห็นขององค์กรผู้เชี่ยวชาญ

⁸⁰ Council Directive 90/425/EEC of 26 June 1990 concerning veterinary and zootechnical checks applicable in intra-Community trade in certain live animals and products with a view to the completion of the internal market.; Council Directive 89/662/EEC of 11 December 1989 concerning veterinary checks in intra-Community trade with a view to the completion of the internal market.

⁸¹ Case C-180/96 *UK v Commission* [1998] ECR I-2265, para 62.

⁸² *Ibid*, para 66-67.

ด้านวิทยาศาสตร์อื่น นอกจากคณะกรรมการด้านอาหารสัตว์⁸³ คณะกรรมาธิการยุโรปได้ข้อสรุปออกมาว่า “มีความเป็นไปได้ที่การใช้เวอร์จิเนียมัยซินเป็นสารเร่งการเจริญเติบโตในอาหารสัตว์จะมีความเชื่อมโยงกับพัฒนาการความต้านทานต่อเชื้อสเตรปโตแกรมในมนุษย์” จึงเสนอให้คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปรับรองระเบียบคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป ที่ 2821/98 เพิกถอนยาปฏิชีวนะ 4 ชนิด รวมถึงเวอร์จิเนียมัยซินจากการได้รับอนุญาตให้นำมาใช้เป็นสารเร่งการเจริญเติบโตในอาหารสัตว์ บริษัทไฟเซอร์ซึ่งเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการผลิตยาปฏิชีวนะเวอร์จิเนียมัยซินจึงได้ขอให้ศาลชั้นต้นเพิกถอนระเบียบดังกล่าว ซึ่งศาลชั้นต้นพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ภายใต้หลักการระงับไว้ก่อน องค์กรของสหภาพยุโรป (ในที่นี้คือ คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป) ย่อมมีดุลพินิจในการดำเนินนโยบายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ภายใต้กรอบนโยบายด้านการเกษตร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ดุลพินิจในการกำหนดระดับของความเสี่ยงที่ไม่อาจยอมรับได้ของสหภาพยุโรป ศาลชั้นต้นซึ่งเป็นองค์กรตุลาการของสหภาพยุโรปย่อมไม่มีอำนาจที่จะโต้แย้งมุมมองความเห็นทางวิทยาศาสตร์หรือเข้ามาทำหน้าที่ในการประเมินความเสี่ยงแทนองค์กรของสหภาพยุโรปในเรื่องดังกล่าว เนื่องจากตามสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป กำหนดให้อำนาจหน้าที่ในการดำเนินนโยบายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมเป็นขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติแต่เพียงผู้เดียว ดังนั้นศาลชั้นต้นจึงมีหน้าที่แต่เพียงการตรวจสอบว่า การใช้ดุลพินิจขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติในเรื่องนั้น ๆ เป็นไปโดยมีข้อผิดพลาดอย่างชัดเจนหรือเป็นการบิดเบือนการใช้อำนาจ หรือเป็นการใช้ดุลพินิจเกินขอบอำนาจอย่างชัดเจนหรือไม่ ซึ่งในการนี้ ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า การที่องค์กรของสหภาพยุโรปได้สรุปว่า “มีความเป็นไปได้ที่การใช้เวอร์จิเนียมัยซินเป็นสารเร่งการเจริญเติบโตในอาหารสัตว์จะมีความเชื่อมโยงกับพัฒนาการความต้านทานต่อเชื้อสเตรปโตแกรมในมนุษย์” บนพื้นฐานของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์จำนวนหนึ่ง ศาลจึงเห็นว่าข้อสรุปดังกล่าวมีความสมเหตุสมผลเพียงพอแล้ว แม้จะดำเนินการในทางตรงกันข้ามกับความเห็นของผู้เชี่ยวชาญในคดีก็มิได้แสดงว่าองค์กรของสหภาพยุโรปใช้ดุลพินิจเกินขอบอำนาจตามที่กำหนดไว้ตามสนธิสัญญาฯ แต่อย่างใด⁸⁴

5.5 หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)

ในหลายคดีเมื่อโจทก์ต้องการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการที่ออกตามหลักการระงับไว้ก่อน โจทก์มักจะโต้แย้งว่ามาตรการดังกล่าวละเมิดต่อหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ดังนั้นในการวินิจฉัยว่ามาตรการดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปจึงพิจารณาว่า มาตรการดังกล่าวสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของการวิเคราะห์ต้นทุนและผลประโยชน์ (cost – benefit analysis) หรือไม่

ตัวอย่างคดี *Pfizer Animal Health SA v Council*⁸⁵ ตามที่กล่าวถึงในข้อ 5.4 ว่า ศาลชั้นต้นพิเคราะห์แล้วเห็นว่า องค์กรของสหภาพยุโรปมิได้ใช้ดุลพินิจเกินขอบอำนาจตามที่กำหนดไว้

⁸³ Case T-13/99 Pfizer Animal Health SA v Council [2002] ECR II-3305, para 394-396.

⁸⁴ *Ibid*, para 393.

⁸⁵ *Ibid*

ตามสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป แต่อย่างใด นอกจากนี้ ศาลยังได้วินิจฉัยต่อไปในเรื่องที่บริษัทไฟเซอร์ซึ่งเป็นโจทก์กล่าวหาว่ามาตรการดังกล่าวขัดต่อหลักความได้สัดส่วนว่า “มาตรการที่ออกโดยองค์กรของสหภาพยุโรปจะต้องมีความเหมาะสมและมีความจำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย และในกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างมาตรการที่เหมาะสมหลายมาตรการ จะต้องเลือกมาตรการที่ก่อให้เกิดภาระน้อยที่สุดโดยที่ผลเสียที่เกิดขึ้นจากการเลือกใช้มาตรการดังกล่าวจะต้องได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการ”⁸⁶ ดังนั้นการพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวละเมิดต่อหลักความได้สัดส่วนและควรจะต้องถูกเพิกถอนหรือไม่ ศาลจะพิจารณาว่า (1) มาตรการนั้นไม่เหมาะสมอย่างชัดเจน (manifestly inappropriate) หรือไม่ (2) สามารถใช้มาตรการอื่น ๆ ที่สร้างภาระน้อยกว่าได้หรือไม่ (3) ผลเสียอันเกิดจากมาตรการดังกล่าวได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้บรรลุผลหรือไม่ (4) ภายใต้กรอบของการวิเคราะห์ต้นทุนและผลประโยชน์ (cost – benefit analysis) ผลเสียที่จะเกิดขึ้นจากการเลือกใช้มาตรการตามหลักการระงับไว้ก่อนมีมากกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับผลดีที่จะเกิดขึ้นหากมิได้มีการดำเนินการใด ๆ หรือไม่ โดยในคดีนี้ศาลวินิจฉัยโดยอาศัยหลักความได้สัดส่วน ดังนี้

(1) มาตรการนั้นไม่เหมาะสมอย่างชัดเจน (manifestly inappropriate) หรือไม่

จากข้ออ้างของบริษัทไฟเซอร์ที่ว่า องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติของสหภาพยุโรป บังคับใช้มาตรการห้ามนำเข้าเนื้อสัตว์ที่มีการใช้เวอร์จิเนียมัยซินเป็นสารเร่งการเจริญเติบโตเฉพาะแต่ภายในสหภาพยุโรปโดยมิได้บังคับใช้ในระดับสากล (international level) ด้วยนั้น ศาลเห็นว่าข้ออ้างดังกล่าวฟังไม่ขึ้น เพราะการพิจารณาว่ามาตรการเพิกถอนการใช้เวอร์จิเนียมัยซินในสหภาพยุโรปจะเหมาะสมหรือไม่ จะต้องพิจารณาเฉพาะเนื้อหาของมาตรการเพิกถอนดังกล่าวว่า สามารถช่วยให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้หรือไม่ ดังนั้นแม้มาตรการดังกล่าวจะบังคับใช้เฉพาะในสหภาพยุโรป แต่หากช่วยให้สามารถบรรลุตามวัตถุประสงค์ได้ ศาลก็เห็นว่ามาตรการนั้นเหมาะสมแล้ว⁸⁷

(2) สามารถใช้มาตรการอื่น ๆ ที่สร้างภาระน้อยกว่าได้หรือไม่

ศาลเห็นว่าจากสถานการณ์ที่ยังไม่มีผลการพิสูจน์ในทางวิทยาศาสตร์อย่างชัดเจนถึงความเกี่ยวโยงกันระหว่างการใช้ยาปฏิชีวนะเป็นสารเร่งการเจริญเติบโตกับพัฒนาการการดื้อยาในมนุษย์ เป็นหน้าที่ของคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปที่จะใช้ดุลพินิจในสถานการณ์ที่ซับซ้อนและละเอียดอ่อนเป็นพิเศษในการออกมาตรการเพิกถอนการอนุญาตการใช้เวอร์จิเนียมัยซินในอาหารสัตว์ตามที่คณะกรรมการยุโรปเสนอมา⁸⁸ และแม้บริษัทไฟเซอร์จะยืนยันว่าองค์กรของสหภาพยุโรปอาจเลือกใช้มาตรการเพิกถอนการใช้เวอร์จิเนียมัยซินอย่างค่อยเป็นค่อยไปได้⁸⁹ แต่บริษัทไฟเซอร์ไม่ได้แสดงให้เห็นว่ามาตรการดังกล่าว

⁸⁶ Ibid, para 411.

⁸⁷ Ibid, para 433.

⁸⁸ Ibid, para 443-444.

⁸⁹ Ibid, para 449.

จะช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการปกป้องสุขภาพของมนุษย์ได้อย่างไร นอกจากนี้ บริษัทไฟเซอร์ยังไม่สามารถหาหลักฐานมาโต้แย้งข้ออ้างของฝ่ายคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปที่ว่า มาตรการเพิกถอนแบบค่อยเป็นค่อยไปไม่มีประสิทธิภาพ เพราะในมุมมองของผู้เชี่ยวชาญเห็นว่าหากมีการื้อยาปฏิชีวนะเกิดขึ้นแล้วจะเป็นปรากฏการณ์ที่ไม่สามารถย้อนกลับไปได้ (irreversible phenomenon)⁹⁰

(3) ผลเสียอันเกิดจากมาตรการดังกล่าวได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้บรรลุผลหรือไม่

คดีนี้บริษัทไฟเซอร์โต้แย้งว่า การบังคับใช้มาตรการดังกล่าวทำให้บริษัทซึ่งเป็นผู้ผลิตเวอร์จิเนียมัยซินแต่เพียงรายเดียวในโลกสูญเสียรายได้จากการผลิตและการลงทุนจำนวนมาก และทำให้สูญเสียการจ้างงานอย่างมีนัยสำคัญ ทั้ง ๆ ที่ผลิตภัณฑ์ดังกล่าวได้รับอนุญาตให้สามารถผลิตเป็นสารเร่งการเจริญเติบโตได้มาเป็นเวลากว่า 30 ปี และได้รับการตรวจสอบประสิทธิภาพและความปลอดภัยซ้ำหลายครั้ง ดังนั้นจึงเห็นได้อย่างชัดเจนว่า มาตรการดังกล่าวไม่ได้สัดส่วนอย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปเห็นว่า แม้มาตรการเพิกถอนการใช้เวอร์จิเนียมัยซินจะกระทบกับเสรีภาพในการดำเนินธุรกิจของบริษัทไฟเซอร์ ซึ่งเป็นเสรีภาพที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายของสหภาพยุโรป แต่เสรีภาพดังกล่าวย่อมถูกจำกัดได้ หากการจำกัดนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมและกระทำเท่าที่จำเป็น อันได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการจะปกป้อง ดังนั้นเมื่อมาตรการเพิกถอนเป็นเพียงมาตรการชั่วคราว (provisional measure) ซึ่งจะต้องได้รับการประเมินอีกครั้งดังที่ปรากฏในข้อ 2 ของระเบียบดังกล่าว ศาลจึงเห็นว่า ผลเสียอันเกิดจากมาตรการดังกล่าวได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้บรรลุผลแล้ว

(4) ภายใต้กรอบของการวิเคราะห์ต้นทุนและผลประโยชน์ (cost – benefit analysis) ผลเสียที่จะเกิดขึ้นจากการเลือกใช้มาตรการตามหลักการระวังไว้ก่อนมีมากกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับผลดีที่จะเกิดขึ้นหากมิได้มีการดำเนินการใด ๆ หรือไม่

สำหรับข้อกล่าวหาของบริษัทไฟเซอร์ที่ว่า องค์กรของสหภาพยุโรปมิได้ดำเนินการวิเคราะห์ต้นทุนและผลประโยชน์ในขณะที่เลือกใช้นโยบายนี้ และทำผิดพลาดอย่างชัดเจนในการตัดสินใจเลือกใช้มาตรการดังกล่าว ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปวิเคราะห์แล้วเห็นว่า จากหลักฐานซึ่งปรากฏต่อศาลพบว่า มีการประเมินต้นทุนและผลประโยชน์โดยหน่วยงานระหว่างประเทศในรายงานหลายฉบับ เช่น รายงานของประเทศเนเธอร์แลนด์ที่มีการประเมินผลกระทบอันอาจเกิดขึ้นได้จากการห้ามใช้ยาปฏิชีวนะเป็นสารเร่งการเจริญเติบโต และรายงานจากประสบการณ์ของประเทศสวีเดนเกี่ยวกับผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการเลิกใช้ยาปฏิชีวนะ ซึ่งรายงานทั้งหมดนี้ได้ส่งไปให้องค์กรของสหภาพยุโรปประกอบการพิจารณาในขั้นตอนการตราระเบียบด้วย นอกจากนี้ ตามที่ปรากฏในข้อแนะนำ (recommendation) จากรายงานการประชุมของสหภาพยุโรปที่จัดขึ้นที่เมืองโคเปนเฮเกน ประเทศเดนมาร์ก แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า หัวข้อเรื่องผลกระทบจากการเพิกถอนการใช้ยาปฏิชีวนะในอาหารสัตว์ได้ถูกหยิบยกมา

⁹⁰ Ibid, para 450.

หาหรือกันอย่างกว้างขวางโดยผู้เชี่ยวชาญจากรัฐสมาชิก คณะกรรมการการยุโรป และภาคอุตสาหกรรมทั้งหมด นอกจากนี้ แม้ว่าจะเปียบดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อในทางลบด้านเศรษฐกิจและอาจส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการบางราย แต่ข้อพิจารณาด้านการปกป้องสุขภาพของประชาชนซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หลักของข้อบังคับนี้ก็ควรได้รับการจัดลำดับว่ามีความสำคัญเหนือกว่าข้อพิจารณาด้านเศรษฐกิจ ดังนั้นแม้บริษัทไฟเซอร์จะอ้างว่าการไม่ใช้ยาปฏิชีวนะในอาหารสัตว์ทำให้มีความจำเป็นต้องปรับเปลี่ยนวิธีการทำฟาร์มและอาจส่งผลให้ต้นทุนการผลิตสูงขึ้นจนทำให้ราคาเนื้อสัตว์สูงขึ้น แต่ศาลก็ยังเห็นว่าข้ออ้างดังกล่าวไม่ได้แสดงให้เห็นว่านโยบายการระงับไว้ก่อนขององค์กรของสหภาพยุโรปไม่สมเหตุสมผลแต่อย่างใด กอปรกับเกษตรกรยังคงสามารถใช้ยาปฏิชีวนะอื่น ๆ ได้ และหากเกษตรกรใดได้รับอนุญาตให้ใช้ยาปฏิชีวนะเวอร์จินีมัยซินก่อนที่จะระงับไว้จะบังคับใช้ ก็จะได้รับอนุญาตต่อไป⁹¹

ด้วยเหตุผลทั้งหมดที่ได้กล่าวไปข้างต้น ศาลจึงเห็นว่า ระเบียบดังกล่าวมิได้ขัดต่อหลักความได้สัดส่วน

บทสรุป

หลักการระงับไว้ก่อนเป็นหลักการสำคัญของสหภาพยุโรปซึ่งบัญญัติไว้เป็นหลักการทั่วไปในการดำเนินนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรปตามมาตรา 191 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป แต่สนธิสัญญาดังกล่าวกลับไม่ได้ระบุนิยามหรือวิธีการบังคับใช้ไว้ ซึ่งจากการศึกษาเกี่ยวกับนิยามและวิธีการปรับใช้หลักการระงับไว้ก่อนจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปในคดีเกี่ยวกับหลักการระงับไว้ก่อน จะเห็นได้ว่า ศาลไม่ได้พิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับความถูกต้องแท้จริงของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ หรือพิจารณาวินิจฉัยว่ากรณีใดจึงจะถือว่ามีความเสี่ยงที่แท้จริง แต่ศาลได้เน้นย้ำในหลายคดีเกี่ยวกับหลักการจำกัดการใช้ดุลพินิจในบริบทของหลักการระงับไว้ก่อนไว้ว่า การตัดสินใจใช้มาตรการทางกฎหมายตามหลักการระงับไว้ก่อนเป็นการใช้ดุลพินิจในการดำเนินนโยบายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นอำนาจแต่เพียงฝ่ายเดียวขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติของสหภาพยุโรปตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปซึ่งเป็นองค์กรตุลาการจึงไม่มีอำนาจที่จะไปตัดสินประเมินข้อเท็จจริงในกระบวนการก่อนออกมาตรการดังกล่าวแทนฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้นในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการดังกล่าว ศาลจึงมีหน้าที่แต่เพียงตรวจสอบว่าการใช้ดุลพินิจขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติในเรื่องนั้น ๆ เป็นไปโดยมีข้อผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง หรือเป็นการบิดเบือนการใช้อำนาจ หรือเป็นการใช้ดุลพินิจเกินขอบอำนาจอย่างชัดแจ้งหรือไม่ ซึ่งแนวทางการพิจารณาดังกล่าวเป็นแนวทางที่พบในคำพิพากษามาจนถึงปัจจุบัน

แม้หลักการระงับไว้ก่อนจะเป็นหลักการทั่วไปที่สหภาพยุโรปใช้ในการดำเนินนโยบายสิ่งแวดล้อม แต่จากการศึกษาเอกสารชี้แจงรายละเอียดของคณะกรรมการการยุโรปและตัวอย่างคดีที่ขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป พบว่า ในทางปฏิบัติขอบเขตการใช้บังคับของหลักการ

⁹¹ Ibid, para 472-473.

ดังกล่าวไม่จำกัดเฉพาะในเรื่องสิ่งแวดล้อมเท่านั้น แต่ยังนำไปใช้ร่วมกับพฤติกรรมพิเศษในกรณีต่าง ๆ ที่คาดคะเนได้ว่าอาจจะเกิดผลกระทบที่เป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมหรือสุขภาพของประชาชน แต่ยังคงขาดหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่แน่นอนชัดเจน โดยผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า คดีหลักที่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป นำหลักการระงับไว้ก่อนมาวินิจฉัยคือ คดีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคให้ปลอดภัยจากยาหรืออาหาร เช่น การเพิกถอนการโฆษณาผลิตภัณฑ์ในอาหารสัตว์ หรือการห้ามนำเข้าสินค้าอาหารที่มีการดัดแปลงพันธุกรรม ซึ่งแตกต่างจากคดีของศาลปกครองไทยที่จะนำหลักการระงับไว้ก่อนมาใช้พิจารณาประกอบโดยมุ่งเน้นในคดีสิ่งแวดล้อมโดยตรง เช่น คดีฝุ่นละออง PM 2.5 (คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ ส. 36/2566) หรือคดีอุตสาหกรรมผลิตถ่านโค้ก (คำพิพากษาศาลปกครองระยองที่ ส. 15/2558) เป็นต้น โดยที่ศาลหยิบยกหลักการดังกล่าวมาประกอบคำวินิจฉัยในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปเท่านั้น เนื่องจากหลักการดังกล่าว ยังมิได้ถูกบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายของไทยเหมือนเช่นในสนธิสัญญาของสหภาพยุโรป แต่จากแนวโน้มในปัจจุบันที่สังคมให้ความสนใจเกี่ยวกับเรื่องสุขภาพและการดูแลสิ่งแวดล้อมมากขึ้น จึงต้องติดตามต่อไปว่า ศาลปกครองจะวินิจฉัยวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับการปรับใช้หลักการระงับไว้ก่อน ในคดีประเภทอื่นนอกเหนือไปจากคดีสิ่งแวดล้อมหรือไม่ในอนาคต



ปัญหาการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองไปยังคู่กรณีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ
Problems Regarding the Notification of Information or the Serving of Documents
in Administrative Cases to a Party Whose Domicile is Abroad

พัฒนพงศ์ คงศักดิ์*

รับบทความเมื่อ 10 กันยายน 2567

แก้ไขบทความเมื่อ 11 ธันวาคม 2567

ตอบรับบทความเมื่อ 11 ธันวาคม 2567

บทคัดย่อ

การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองไปยังคู่กรณีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ ยังไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ในการดำเนินการโดยเฉพาะ ทั้งในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 การพิจารณามีคำสั่งของศาลในเรื่องนี้จึงยังไม่แน่นอนและไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ก่อให้เกิดปัญหาตามมาหลายประการทั้งทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ จากการศึกษาการดำเนินการในคดีแพ่งของศาลยุติธรรมพบว่า มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติหลักเกณฑ์ในการดำเนินการไว้โดยตรง โดยเฉพาะการให้ความสำคัญกับการส่งสำเนาคำฟ้องตั้งต้นคดีไปยังจำเลยซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ นอกจากหลักเกณฑ์ตามกฎหมายภายในแล้ว ยังมีหลักเกณฑ์ตามข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการประสานความร่วมมือทางการศาลระหว่างกัน รวมถึงหลักเกณฑ์ตามหลักทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ ขณะนี้ประเทศไทยโดยสำนักงานศาลยุติธรรมอยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการส่งเอกสารทางการศาลระหว่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ (Service Convention) ซึ่งเป็นช่องทางพิเศษที่มีความสะดวกรวดเร็วยิ่งกว่าวิธีทางการทูต และยังให้ผลในวงกว้างภายในกลุ่มประเทศสมาชิกโดยไม่ต้องดำเนินการเจรจาเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อตกลงรายประเทศ อย่างไรก็ตาม ขอบเขตการดำเนินการตามอนุสัญญาดังกล่าวจำกัดอยู่เฉพาะคดีแพ่งหรือพาณิชย์ของศาลยุติธรรมเท่านั้น ไม่ได้หมายความรวมถึงคดีปกครองของศาลปกครองแต่อย่างใด ดังนั้นจึงจำเป็นที่กระบวนการพิจารณาคดีปกครองจะต้องมีหลักเกณฑ์เพื่อรองรับการดำเนินการในเรื่องนี้ทั้งในส่วน of พระราชบัญญัติและระเบียบที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะการสร้างหลักเกณฑ์เรื่องการแจ้งข้อความ

*

Master of Laws (LL.M.) Case Western Reserve University สหรัฐอเมริกา, พนักงานคดีปกครอง
 ชำนาญการ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

หรือส่งเอกสารไปยังต่างประเทศผ่านสำนักงานศาลปกครองและกระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งเป็นวิธีที่เหมาะสม และสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ

คำสำคัญ : หลักการรับฟังความทุกฝ่าย, การให้โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่, การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสาร, ภูมิลำเนาต่างประเทศ, วิธีทางการทูต, หลักประติบัติต่างตอบแทน

วารสารวิชาการศาลปกครอง



Abstract

There is currently no specific rule regarding the notification of information or the serving of documents in administrative cases to a party whose domicile is abroad, as stipulated under the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure, B.E. 2542 (1999), and the Rule of the General Assembly of Judges of the Supreme Administrative Court on Administrative Court Procedure, B.E. 2543 (2000). As a result, the court's orders in such matters are inconsistent and unpredictable, leading to various theoretical and practical problems. A study of the procedures in civil cases under the jurisdiction of the Courts of Justice reveals that the Civil Procedure Code provides specific provisions on the matter, particularly emphasizing the service of a copy of the initial plaint to defendants domiciled abroad. Apart from domestic law, there is also international law based on international agreements concerning judicial cooperation between states, including general principles of international law (such as the principle of reciprocity). Currently, Thailand, through the Office of the Judiciary, is considering accession to the Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters (Service Convention). This Convention provides a special, faster, and more efficient means than diplomatic channels and has a broad effect among member countries without the need for bilateral agreements. However, the scope of the Service Convention is limited only to civil or commercial cases under the jurisdiction of the Courts of Justice and does not apply to administrative cases under the Administrative Courts. Therefore, it is necessary to establish procedural rules in administrative law to address this matter, including amendments to relevant rules. In particular, a rule should be established for the service of documents abroad through the Office of the Administrative Courts and the Ministry of Foreign Affairs, which would be a suitable approach consistent with the fundamental principles of international law.

Keywords : The principle of audi alteram partem, The right to a fair trial, Notification of information or serving of documents, Domicile is abroad, Diplomatic channels, The principle of reciprocity

บทนำ

หลักการรับฟังความทุกฝ่ายและการให้โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ ถือเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ซึ่งต่อมาได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลในฐานะมาตรการหรือหลักประกันขั้นต่ำในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน ทั้งในกระบวนการพิจารณาตีแผ่คดีอาญา และคดีปกครอง หลักการนี้มีรากฐานจากแนวคิดที่ว่า ผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดย่อมมีข้อจำกัดในการรับรู้ข้อเท็จจริง โดยบุคคลที่รับรู้ข้อเท็จจริงได้ดีที่สุดคือบุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิจากคำวินิจฉัยนั้น การรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลดังกล่าวย่อมช่วยให้ผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดสามารถตัดสินใจได้อย่างถูกต้องเหมาะสม สหรัฐอเมริกานำหลักการนี้ไปใช้ในรูปแบบของหลัก Due Process of Law (หลักศุภนิติกระบวนการหรือหลักกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย) ซึ่งมีสาระสำคัญ 2 ประการ¹ ได้แก่ การรับฟังการไต่สวน (Hearing) และการแจ้งให้ทราบล่วงหน้า (Notice)

การพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 มีหลักเกณฑ์หลายประการที่รองรับหลักการรับฟังความทุกฝ่ายและการให้โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ โดยเฉพาะการเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้รับทราบถึงข้ออ้างหรือข้อแย้งของแต่ละฝ่าย การชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานของตนได้ตามควรแก่กรณี รวมถึงการแจ้งให้คู่กรณีได้รับทราบกระบวนการพิจารณาตีแผ่คดีซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิในทางคดีของตน เช่น การแจ้งกำหนดวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง การแจ้งสรุปข้อเท็จจริงของตุลาการเจ้าของสำนวนก่อนวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก การแจ้งกำหนดวันอ่านผลแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่ง ดังนั้นการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองไปยังคู่กรณีจึงมีความสำคัญ เนื่องจากเป็นปัจจัยหลักประการหนึ่งที่ประกันความเป็นธรรมในเรื่องดังกล่าว

ในคดีปกครอง หากคู่กรณีมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศ ปรากฏหลักเกณฑ์การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารอย่างชัดเจนตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 เช่น การส่งเอกสารโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ของศาล การส่งเอกสารทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ แต่หากคู่กรณีมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ กลับไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ในระเบียบดังกล่าวทั้งที่มีคดีปกครองซึ่งมีข้อเท็จจริงในลักษณะนี้หลายคดี เช่น กรณีผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศฟ้องเพิกถอนคำสั่งห้ามเข้ามาในราชอาณาจักร² กรณีผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศฟ้องหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในข้อหาละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่

¹ ธรรมนุญ สงวนเขียว, “การพัฒนาความร่วมมือทางการศาลระหว่างประเทศเกี่ยวกับการส่งเอกสารทางการศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์” (คุษณินพนธ์ปรัชญาคุษณินบัณฑิต, สาขาวิชาการบริหารกระบวนการยุติธรรมคณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 55.

² คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 651/2562

ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร³ กรณีผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศฟ้องหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในข้อหาละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น⁴ กรณีผู้ฟ้องคดีหรือผู้ถูกฟ้องคดีมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง⁵ กรณีผู้ฟ้องคดีหรือผู้ถูกฟ้องคดีมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศในคดีการร้องเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือคดีร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ⁶

ในสภาวะการณ์ซึ่งยังไม่มีหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าว จากการศึกษาพบว่า ศาลปกครองได้พิจารณาใช้ดุลพินิจเพื่อมีคำสั่งในหลายวิธีและยังไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาทั้งทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ เช่น ปัญหาความไม่แน่นอนและไม่สามารถคาดหมายได้ของคู่กรณี ปัญหาความเสี่ยงที่กระบวนการพิจารณาในศาลปกครองชั้นต้นอาจถูกศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ ปัญหาการนำหลักเกณฑ์ตามระเบียบซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการภายในประเทศมาอนุโลมใช้กับคู่กรณีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ ปัญหาการนำวิธีการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในคดีปกครอง ซึ่งในคดีปกครองยังไม่มีกำหนดหน้าที่จัดทำคำแปลและการรับรองความถูกต้องของคำแปล รวมถึงความรับผิดชอบในค่าใช้จ่าย นอกจากนี้ การนำหลักเกณฑ์ตามระเบียบซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกแก่คู่กรณีเรื่องการส่งทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) มาใช้แทนวิธีการส่งตามปกติ ก็อาจเป็นการดำเนินการที่ไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขในระเบียบดังกล่าว การไม่มีหลักเกณฑ์สำหรับคู่กรณีที่มีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศโดยเฉพาะ ย่อมกระทบต่อความน่าเชื่อถือในประสิทธิภาพการอำนวยความสะดวกทางปกครองของศาลปกครอง ทั้งการดำเนินการที่ไม่ถูกต้องเหมาะสมอาจนับเป็นการเลือกปฏิบัติในกระบวนการพิจารณาคดีปกครองให้คู่กรณีในแต่ละคดีไม่สามารถใช้สิทธิได้อย่างเท่าเทียมกัน เพียงเพราะเหตุว่าคู่กรณีนั้นมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศหรือต่างประเทศ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์ (1) เพื่อศึกษาสภาพปัญหาจากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองเกี่ยวกับการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองไปยังคู่กรณีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ (2) เพื่อศึกษาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การดำเนินการในคดีปกครองของศาลปกครองกับการดำเนินการในคดีแพ่งของศาลยุติธรรมภายใต้กฎหมายไทยและกฎหมายระหว่างประเทศ และ (3) เพื่อวิเคราะห์ปัญหาทั้งทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ รวมถึงจัดทำข้อเสนอแนะเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว การศึกษาครั้งนี้ ผู้เขียนบทความใช้วิธีวิจัยเอกสาร ทบทวนวรรณกรรม สืบค้นแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครอง รวมถึงรวบรวมและเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง ทั้งตามกฎหมายไทยและกฎหมายระหว่างประเทศ

³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 276/2562

⁴ เพิ่งอ้าง

⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 744/2560

⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 687/2566

1. แนวคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองและสภาพปัญหา

1.1 แนวคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครอง

คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองที่มีประเด็นเกี่ยวกับการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองไปยังคู่กรณีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ มีทั้งกรณี (1) ผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ และ (2) กรณีผู้ถูกฟ้องคดีมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ ศาลปกครองได้พิจารณามีคำสั่งให้แจ้งหรือส่งในหลายวิธี เช่น การประสานขอความร่วมมือทางการศาลระหว่างประเทศผ่านกระทรวงการต่างประเทศ การส่งทางไปรษณีย์ด่วนพิเศษระหว่างประเทศ การส่งทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) การปิดประกาศและให้ถือว่าทราบ มีเนื้อหาโดยสรุปของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองที่น่าสนใจ ดังนี้

1.1.1 กรณีผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ

(1) คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 651/2562 ระหว่าง นาย ท. ผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดียังไม่กำหนด

คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีจัดส่งคำฟ้องเป็นภาษาต่างประเทศโดยส่งมาทางไปรษณีย์จากประเทศอังกฤษ เนื่องจากได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองที่ห้ามมิให้ผู้ฟ้องคดีเข้ามาในราชอาณาจักรไทย ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว ศาลตรวจสอบคำฟ้องแล้วมีคำสั่งให้แก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องภายในเวลาที่กำหนด มีการส่งหมายแจ้งคำสั่งศาลโดยการประสานขอความร่วมมือทางการศาลระหว่างประเทศผ่านกระทรวงการต่างประเทศ แต่เกิดข้อขัดข้องไม่สามารถนำส่งหมายแจ้งคำสั่งศาลให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้ ศาลจึงมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการตามคำสั่งศาลข้างต้นอีกครั้งหนึ่งโดยส่งหมายแจ้งคำสั่งศาลดังกล่าวทางไปรษณีย์ด่วนพิเศษระหว่างประเทศ ผู้ฟ้องคดีได้รับหมายโดยชอบแล้วแต่ไม่ดำเนินการตามคำสั่งศาลภายในเวลาที่กำหนด ศาลจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

(2) คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 2048/2564 ระหว่าง นาย บ. ผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชัดเจน

คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีส่งคำฟ้องทางไปรษณีย์ลงทะเบียนจากประเทศมาเลเซีย เนื่องจากได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองที่ห้ามมิให้ผู้ฟ้องคดีเข้ามาในราชอาณาจักรไทย ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว ศาลตรวจสอบคำฟ้องแล้วมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องภายในเวลาที่กำหนด มีการแจ้งคำสั่งแก่ผู้ฟ้องคดีทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) โดยให้ถือว่าวันที่ส่งเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีได้ทราบคำสั่งศาลแล้ว ผู้ฟ้องคดีได้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แล้วไม่ดำเนินการตามคำสั่งศาล ทั้งยังได้แจ้งมายังสำนักงานศาลปกครองกลางทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ว่าประสงค์จะขอถอนคำฟ้อง แต่เนื่องจาก

เป็นคำฟ้องที่ไม่สมบูรณ์ครบถ้วน ศาลจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

(3) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 276/2562 ระหว่าง นางสาว บ. ผู้ฟ้องคดี สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ผู้ถูกฟ้องคดี

คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร และเป็นการกระทำละเมิดจากการละเลยการปฏิบัติหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร ผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศกัมพูชาได้มีหนังสือร้องเรียนต่อผู้ถูกฟ้องคดี เนื่องจากผู้ฟ้องคดีได้ไปตัดเสื้อที่ร้านแห่งหนึ่งในประเทศไทย แต่ปรากฏว่าไม่พอดีกับรูปร่างและมีความไม่เรียบร้อยหลายส่วน ผู้ฟ้องคดีได้ติดตามความคืบหน้าของหนังสือร้องเรียนเป็นระยะ ผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณาแล้วเห็นควรให้ยุติเรื่อง ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการตามหน้าที่ในการตรวจสอบการกระทำของร้านตัดเสื้อและขอให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทน ศาลตรวจสอบคำฟ้องแล้วมีคำสั่งให้จัดทำคำแปลเอกสารแสดงตน (Passport) ภายในเวลาที่กำหนด มีการแจ้งคำสั่งแก่ผู้ฟ้องคดีทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) โดยให้ถือว่าวันที่ส่งเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีได้ทราบคำสั่งศาลแล้ว เมื่อครบระยะเวลาแล้วผู้ฟ้องคดีไม่ได้ดำเนินการตามคำสั่งศาล ศาลจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา และให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น อ้างว่าตนไม่ได้รับคำสั่งและหมายของศาล เนื่องจากศาลปกครองชั้นต้นส่งคำสั่งศาลทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) ไปตามที่อยู่ซึ่งไม่ถูกต้อง กล่าวคือ พิมพ์ “.” เป็น “_” ขอให้ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วมีคำสั่งกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา และให้ศาลปกครองชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่แล้วมีคำพิพากษาหรือคำสั่งใหม่ตามรูปคดี

1.1.2 กรณีผู้ถูกฟ้องคดีมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ

(1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 744/2560 ระหว่าง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงาน ผู้ฟ้องคดี บริษัท ช. ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และธนาคาร อ. ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2

คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีได้ออกสัมปทานปิโตรเลียมเพื่อสิทธิในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ตกลงเข้าทำสัญญาสัมปทานปิโตรเลียมซึ่งมีข้อตกลงเกี่ยวกับผลประโยชน์พิเศษ โดยมีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เข้าค้าประกันหนี้และความรับผิดชอบ ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันในสัญญาสัมปทาน ซึ่งมีความรับผิดชอบชำระเงินส่งผลให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีความรับผิดชอบด้วย เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองปฏิเสธการชำระหนี้ ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้วพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ชำระเงินและยกฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2

ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์คำพิพากษา ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งกำหนดวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงโดยแจ้งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ประเทศสหรัฐอเมริกาด้วยการประสานขอความร่วมมือกระทรวงการต่างประเทศ ต่อมากระทรวงการต่างประเทศแจ้งว่าไม่สามารถจัดส่งหมายข้างต้นให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพราะไม่ปรากฏที่อยู่ในคำขอเจ้าหน้าที่ไปรษณีย์ท้องถิ่นไม่สามารถนำส่งได้ หลังจากนั้น ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีตรวจสอบที่อยู่ที่เป็นปัจจุบันของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือแจ้งที่อยู่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นจำนวนสามแห่ง ต่อมา ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชี้แจงที่อยู่เพียงแห่งเดียวภายในเวลาที่กำหนด ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องขอขยายระยะเวลา ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่อนุญาตตามคำขอ ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับอุทธรณ์และมีคำสั่งเพิกถอนกระบวนการพิจารณาโดยกำหนดวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงใหม่และให้แจ้งคู่กรณีทราบ โดยในส่วนผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ให้ปิดประกาศและให้ถือว่าทราบเมื่อครบ 7 วัน นับแต่วันปิดประกาศ ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งกำหนดวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก พร้อมจัดส่งสรุปข้อเท็จจริงของตุลาการเจ้าของสำนวนและกำหนดวันอ่านผลแห่งคำพิพากษาและให้แจ้งคู่กรณีทราบ โดยในส่วนผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ให้ปิดประกาศและให้ถือว่าทราบเมื่อครบ 7 วัน นับแต่วันปิดประกาศ ในวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก ผู้รับมอบอำนาจผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มาศาล ส่วนผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่มาศาล

ศาลปกครองสูงสุด เห็นว่า เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีที่อยู่สามแห่งในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลปกครองชั้นต้นก็ชอบที่จะส่งหมายแจ้งกำหนดวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทราบ เพื่อให้มีโอกาสชี้แจงแสดงพยานหลักฐานได้ภายในกำหนดวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง และชอบที่จะส่งหมายแจ้งกำหนดวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกและจัดส่งสรุปข้อเท็จจริงของตุลาการเจ้าของสำนวนเพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีโอกาสทราบสรุปข้อเท็จจริงของตุลาการเจ้าของสำนวนล่วงหน้าก่อนวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก และเพื่อที่จะได้มีโอกาสจัดทำคำแถลงและหาพยานหลักฐานเพิ่มเติมมาสืบประกอบคำแถลงดังกล่าวเพื่อยืนยันหรือหักล้างข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเพิ่มเติมต่อองค์คณะได้ และชอบที่จะส่งหมายแจ้งกำหนดวันอ่านผลแห่งคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทราบ ทั้งนี้ โดยประสานความร่วมมือกับกระทรวงการต่างประเทศในการจัดส่งหมายไปยังที่อยู่ทั้งสามแห่งในประเทศสหรัฐอเมริกาตามวิธีการที่เคยปฏิบัติ การที่ศาลปกครองชั้นต้นแจ้งหมายในขั้นตอนต่าง ๆ โดยวิธีปิดประกาศและให้ถือว่าทราบเมื่อครบ 7 วัน นับแต่วันปิดประกาศ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา จึงไม่อยู่ในวิสัยที่จะทราบกำหนดวันดังกล่าวได้ กรณีจึงเป็นการดำเนินกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ปัญหาการดำเนินกระบวนการพิจารณาดังกล่าวเป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยแล้วพิพากษาหรือมีคำสั่งได้ จึงมีเหตุอันสมควรที่ศาลปกครองสูงสุดจะยกคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นแล้วให้ศาลปกครองชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ให้ถูกต้องและมีคำพิพากษาหรือคำสั่งใหม่ตามรูปคดี

(2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 775/2564 ระหว่าง บริษัท วิทย์การบิน แห่งประเทศไทย จำกัด ผู้ฟ้องคดี นาย น. ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และนาง ก. ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2

คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ทำสัญญา รับทุนการศึกษากับผู้ฟ้องคดี โดยมีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ทำสัญญาค้ำประกัน หลังจากสำเร็จการศึกษา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ขอลาออกจากการเป็นพนักงานของผู้ฟ้องคดีเพื่อไปปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่ง Chief, Regional Sub – Office ณ สำนักงานสาขาย่อย (Regional Sub – Office) กรุงเทพฯ สาธารณรัฐประชาชนจีน ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง จึงมีความรับผิดชอบชำระเงินตามที่กำหนดไว้ในสัญญารับทุน เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองปฏิเสธการชำระเงิน ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้วพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองร่วมกัน ชำระเงิน

ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองอุทธรณ์คำพิพากษา ศาลปกครองสูงสุดพิจารณา ในประเด็นว่า ศาลปกครองชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาในส่วนที่ว่าด้วยการส่งหมายให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยเห็นว่า เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏตามสัญญาทุนการศึกษาและสัญญาค้ำประกันว่า ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองต่างระบุที่อยู่ของตนเป็นที่อยู่เดียวกัน (กรุงเทพมหานคร) จึงฟังได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดี ทั้งสองมีภูมิลำเนาเดียวกัน การที่ศาลปกครองชั้นต้นส่งหมายเรียกให้ทำคำให้การพร้อมสำเนาคำฟ้อง ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองตามที่อยู่ดังกล่าว จึงถือว่าวันดังกล่าวผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้รับหมายแจ้ง คำสั่งศาลโดยชอบแล้ว

ส่วนที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองอุทธรณ์ว่า ขณะที่ยื่นฟ้องคดีนี้ที่อยู่อันเป็นภูมิลำเนา เฉพาะการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 คือภูมิลำเนา ณ สาธารณรัฐประชาชนจีน การส่งหมายเรียกให้ทำคำให้การ แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตามภูมิลำเนาในประเทศไทยจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีหนังสือถึงผู้ฟ้องคดีขอให้ส่งข้อมูลที่จำเป็นทั้งหมด อาทิ สัญญา วิธีการคำนวณเพื่อพิสูจน์ การเบิกจ่ายและข้อมูลที่จำเป็นอื่น ๆ เพิ่มเติมให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยให้ส่งเอกสารทั้งหมดพร้อมข้อมูล ไปยังผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตามภูมิลำเนา ณ สาธารณรัฐประชาชนจีน จึงเป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แสดงเจตนา ที่จะถือเอาที่อยู่ดังกล่าวเป็นภูมิลำเนาเฉพาะการเฉพาะสำหรับการส่งเอกสารเพิ่มเติมเกี่ยวกับความรับผิดชอบ ตามสัญญาทุนการศึกษาให้แก่ตนเท่านั้น แต่แม้จะฟังได้ถึงขนาดว่า การแสดงเจตนาเช่นนั้น เป็นการแสดงโดยชัดแจ้งแล้วว่าจะเปลี่ยนแปลงที่อยู่ดังกล่าวให้เป็นภูมิลำเนาของตน การแสดงเจตนาเช่นนี้ ก็คงมีผลผูกพันเฉพาะผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้รับหนังสือดังกล่าว หาได้ผูกพันการดำเนินกระบวนการพิจารณา ของศาลแต่อย่างใดไม่ ข้อกล่าวอ้างตามอุทธรณ์ข้อนี้จึงไม่อาจรับฟังได้

เมื่อศาลส่งหมายเรียกให้ทำคำให้การแก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตามภูมิลำเนา ในประเทศไทย อันเป็นที่อยู่เดียวกันกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งเป็นมารดาของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แล้ว แม้ในขณะนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะมีถิ่นที่อยู่ในสาธารณรัฐประชาชนจีน กรณีดังกล่าวก็ไม่ถือเป็นอุปสรรคเกินสมควร สำหรับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในการติดต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพื่อแจ้งคำสั่งศาลให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทราบ เพราะเมื่อพิจารณาจากสถานะของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ทั้งในฐานะที่เป็นมารดาและผู้ค้ำประกันความรับผิดชอบ

ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ด้วยแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ยิ่งสมควรที่จะดำเนินการเช่นนั้น เพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทราบคำสั่งศาล และสามารถใช้สิทธิยื่นคำให้การเข้ามาต่อสู้คดีได้ และหากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เห็นว่า การที่ศาลหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของศาลต้องแจ้งข้อความหรือต้องส่งเอกสารใดให้แก่ตนตามกฎหมายในไทยจะเป็นการไม่สะดวก เนื่องจากตนไม่อาจรับทราบข้อความหรือเอกสารจากศาลหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของศาลได้โดยตรง และมีความประสงค์ให้ศาลหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของศาลแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารให้แก่ตนตามถิ่นที่อยู่ในสาธารณรัฐประชาชนจีน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ก็ชอบที่จะยื่นคำแถลงต่อศาลเกี่ยวกับถิ่นที่อยู่ของตนให้ศาลทราบ หรือยื่นคำขอให้ศาลสั่งให้แจ้งข้อความหรือส่งเอกสารโดยวิธีอื่นได้ต่อไป แต่เมื่อไม่ปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้แถลงให้ศาลทราบหรือยื่นคำขอเพื่อให้ศาลมีคำสั่งเช่นนั้น การที่ศาลปกครองชั้นต้นส่งหมายให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตามกฎหมายในไทย จึงเป็นการดำเนินการกระบวนพิจารณาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว

(3) คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 2289/2560 ระหว่าง กองทัพเรือ ผู้ฟ้องคดีบริษัท จี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และบริษัท เอ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2

คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญาสั่งซื้อเครื่องคันหัววัดระยะเปิด รุ่น GT 200 พร้อมอุปกรณ์จากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งตั้งอยู่ในสหราชอาณาจักร ทั้งนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้แต่งตั้งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นตัวแทนแต่เพียงผู้เดียวในประเทศไทย ต่อมา ผู้ฟ้องคดีพบว่าผลิตภัณฑ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่มีคุณสมบัติเฉพาะของการใช้งานอันเป็นสาระสำคัญ และมีคุณสมบัติไม่ถูกต้องตรงตามวัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขาย จึงได้เรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองชำระค่าเสียหาย แต่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเพิกเฉย ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองชำระเงินศาลมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งเป็นนิติบุคคลที่มีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักร (สหราชอาณาจักร) ทำคำให้การโดยได้ส่งหมายเรียกไปยังที่อยู่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร และเป็นตัวแทนของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แต่เพียงผู้เดียวในประเทศไทย อันถือได้ว่าภูมิลำเนาในราชอาณาจักรของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นภูมิลำเนาของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ด้วย แต่ปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ทำคำให้การศาลพิจารณาแล้วพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ชำระเงิน และยกฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2

1.2 สภาพปัญหา

1.2.1 การฟ้องคดีปกครองซึ่งผู้ฟ้องคดีเป็นเอกชนและมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ ปรากฏการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองหลายวิธี เช่น การส่งหมายแจ้งคำสั่งศาลโดยการประสานขอความร่วมมือทางการศาลระหว่างประเทศผ่านกระทรวงการต่างประเทศ การส่งหมายทางไปรษณีย์ด่วนพิเศษระหว่างประเทศ ตามที่ปรากฏในข้อ 1.1.1 (1) การแจ้งคำสั่งแก่ผู้ฟ้องคดีทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) โดยให้ถือว่าวันที่ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีได้ทราบคำสั่งศาลแล้ว ตามที่ปรากฏในข้อ 1.1.1 (2) และข้อ 1.1.1 (3) จากคำพิพากษาหรือคำสั่งดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า แม้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะเป็นผู้เริ่มต้นใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา 42

แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว บุคคลนั้นย่อมต้องระบุที่อยู่หรือภูมิลำเนาของตนหรือช่องทางในการติดต่อไว้ด้วยอย่างชัดเจน ทั้งนี้ ตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน แต่ในทางปฏิบัติ ยังคงปรากฏปัญหาว่าการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองไปยังผู้ฟ้องคดีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ ศาลจะต้องดำเนินการด้วยวิธีใดเป็นหลัก และหากดำเนินการไม่สำเร็จจะต้องใช้วิธีใดเป็นลำดับถัดไป ภายใต้เงื่อนไข หรือข้อพิจารณาใด นอกจากนี้ มีปัญหาว่าการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองด้วยจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) เป็นอันดับแรก สมควรให้มีผลเสมอหรือสามารถแทนการดำเนินการด้วยวิธีปกติได้หรือไม่ หรือสมควรให้เป็นเพียงวิธีเสริมหรือวิธีสนับสนุนเพื่ออำนวยความสะดวกแก่คู่กรณีเท่านั้น

1.2.2 การฟ้องคดีปกครองซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีเป็นเอกชนและมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ ปรากฏการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองหลายวิธี เช่น การประสานขอความร่วมมือจากกระทรวงการต่างประเทศ การมีคำสั่งให้ปิดประกาศและให้ถือว่าทราบเมื่อครบระยะเวลาตามที่กำหนดตามที่ปรากฏในข้อ 1.1.2 (1) จากคำพิพากษาหรือคำสั่งดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองโดยเฉพาะสำเนาคำฟ้องไปยังผู้ถูกฟ้องคดีเป็นเรื่องที่มีนัยสำคัญยิ่งกว่าเอกสารในคดีทั่วไป และส่งผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีโดยตรง ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้เป็นผู้เริ่มต้นนำคดีมาสู่ศาลปกครองในลักษณะเดียวกับกรณีในข้อ 1.2.1 จึงไม่อยู่ในวิสัยที่จะรับทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการดำเนินการในชั้นศาลปกครองได้ตั้งแต่ต้น ดังนั้นในกระบวนการพิจารณาคดีปกครองจึงต้องมีหลักเกณฑ์เพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีโอกาสดำเนินการรับทราบข้อกล่าวหาของผู้ฟ้องคดีและสามารถชี้แจงแสดงพยานหลักฐานของตนได้ตามควรแก่กรณี การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารไปยังผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ ศาลจะต้องพิจารณาใช้วิธีที่ดีที่สุดเป็นอันดับแรก เพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีได้รับทราบหรือได้รับเอกสารในคดีตามความเป็นจริง การนำหลักเกณฑ์ตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้กับการดำเนินการภายในประเทศหรือการนำวิธีการในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้กับกรณีนี้โดยเฉพาะคำสั่งให้ส่งโดยวิธีปิดประกาศไว้ที่ศาลปกครองและให้ถือว่าทราบเมื่อครบระยะเวลาตามที่กำหนดการดำเนินการเช่นนี้ไม่อยู่ในวิสัยที่ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศจะสามารถรับทราบประกาศนั้นได้ในความเป็นจริง

1.2.3 การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองไปยังคู่กรณีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นผู้ฟ้องคดีหรือผู้ถูกฟ้องคดี โดยการประสานความร่วมมือทางการศาลผ่านวิถีทางการทูต (Diplomatic Channel) ของกระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งแม้จะเป็นวิธีดั้งเดิมและได้รับการยอมรับของอารยประเทศตามหลักประติบัติต่างตอบแทน (Reciprocity) แต่การไม่มีกฎหมายภายใน (Domestic Law) หรือกฎหมายซึ่งมีสภาพบังคับเพื่อบังคับให้ทางปฏิบัติสำหรับคดีปกครองไว้โดยเฉพาะย่อมก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติหลายประการ โดยเฉพาะหน้าที่ในการจัดทำคำแปล การรับรองความถูกต้องของคำแปล รวมถึงความรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น ศาลปกครองไม่สามารถสร้างหรือเพิ่มภาระหน้าที่

จากที่มีอยู่ตามกฎหมายปัจจุบันให้แก่คู่กรณีหรือบุคคลอื่นได้ ปัจจุบันสำนักงานศาลปกครองจึงยังคงเป็นผู้ดำเนินการในเรื่องนี้อยู่ ทั้งที่ในกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของศาลยุติธรรม การดำเนินการเหล่านี้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายและกฎที่เกี่ยวข้องอย่างชัดเจนให้เป็นหน้าที่ของโจทก์ในคดี

1.2.4 การฟ้องคดีปกครองซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีเป็นเอกชนและมีถิ่นที่อยู่ตามความเป็นจริงในต่างประเทศ ตามที่ปรากฏในข้อ 1.1.2 (2) ปรากฏความประสงค์อย่างชัดเจนของผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งได้ขอให้ผู้ฟ้องคดีจัดส่งข้อมูลที่จำเป็นเกี่ยวกับความรับผิดชอบตามสัญญาเงินทุนไปยังตน ณ ถิ่นที่อยู่ในต่างประเทศ ซึ่งอาจนับเป็นส่วนหนึ่งของความตกลงเกี่ยวกับการดำเนินการอันเนื่องมาจากสัญญาเงินทุน แต่ศาลปกครองพิจารณาว่า ความประสงค์เช่นนั้นไม่มีผลผูกพันใด ๆ ต่อศาลปกครอง เว้นแต่ผู้ถูกฟ้องคดีจะได้แถลงความประสงค์ต่อศาลปกครองโดยตรง ทั้ง ๆ ที่ตามหลักเหตุผลทั่วไปแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีอาจยังไม่มีโอกาสได้รับทราบโดยวิธีการหรือช่องทางใด ๆ เลยว่าตนได้ถูกฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครอง นอกจากนี้ ศาลปกครองยังได้พิจารณาถึงข้อพึงดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งมีความสัมพันธ์เป็นบุตรและมารดากันว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งเป็นมารดาและมีภูมิลำเนาในประเทศไทย พึงแจ้งความเกี่ยวกับการถูกฟ้องคดีให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งเป็นบุตรได้รับทราบด้วย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงสมควรทราบว่าตนถูกฟ้องคดีแล้วและต้องใช้สิทธิยื่นคำให้การเข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีปกครอง การพิจารณาของศาลปกครองเช่นนี้อาจให้ผลเป็นการผลักภาระอันเกินสมควรแก่เอกชนซึ่งเป็นผู้ถูกฟ้องคดี หากมีหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องโดยตรง ศาลย่อมพิจารณาดำเนินการให้บรรลุลักษณะประสงค์ตามหลักเกณฑ์นั้น อันจะสอดคล้องกับหลักการรับฟังความทุกฝ่ายและการให้โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่

1.2.5 การฟ้องคดีปกครองซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีเป็นเอกชนและมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ แต่ได้มีการแต่งตั้งอีกบุคคลหนึ่งเป็นตัวแทนในการประกอบการของตนแต่เพียงผู้เดียวในประเทศไทย ตามที่ปรากฏในข้อ 1.1.2 (3) ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารไปยังผู้ถูกฟ้องคดีตามภูมิลำเนาของตัวแทนในประเทศไทย โดยที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศนั้น เป็นการดำเนินการที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ทั้งที่ไม่ปรากฏหลักเกณฑ์โดยเฉพาะในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 การนำหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้โดยตรงมาใช้ในคดีปกครอง จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาในทางกฎหมายและกระทบสิทธิของผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ เพราะบุคคลนั้นอาจไม่ได้รับการประสานข้อมูลจากตัวแทนของตนในประเทศไทยเพื่อรับทราบข้อความหรือได้รับเอกสารในคดีปกครอง ส่งผลให้ไม่มีโอกาสเข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีปกครองเพื่อโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนตามควรแก่กรณี

2. หลักเกณฑ์การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครอง

การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองไปยังคู่กรณีหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมีหลักเกณฑ์เป็นไปตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 รวมถึงระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2562 มีวิธีดำเนินการ 6 วิธี ดังนี้

2.1 การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารแก่คู่กรณีในวันที่คู่กรณีมาติดต่อขอรับทราบที่ศาล

การดำเนินการกรณีนี้เป็นไปตามข้อ 14 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ซึ่งรับรองวิธีการรับทราบข้อความหรือได้รับเอกสารจากศาลหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของศาลในวันที่คู่กรณีมาติดต่อขอรับทราบที่ศาลปกครองโดยตรง ในทางปฏิบัติ เจ้าหน้าที่จะให้คู่กรณีลงลายมือชื่อรับทราบคำสั่งศาล หรือลงลายมือชื่อรับเอกสารโดยมีคำว่าคู่กรณีได้รับทราบคำสั่งศาลหรือรับเอกสารในวันดังกล่าวแล้ว⁷ การดำเนินการวิธีนี้สามารถปฏิบัติได้ทั้งกับบุคคลซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศและบุคคลซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ หากบุคคลนั้นได้เดินทางมาติดต่อด้วยตนเองที่ศาลปกครอง

2.2 การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ

การดำเนินการกรณีนี้เป็นไปตามข้อ 14 แห่งระเบียบดังกล่าว ซึ่งกำหนดเงื่อนไขไว้ว่า กรณีไม่ได้มีการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารตามวิธีในข้อ 2.1 วิธีที่ศาลจะพิจารณานำมาใช้เป็นอันดับแรก คือ การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ การดำเนินการโดยวิธีนี้ ข้อ 15 แห่งระเบียบข้างต้น กำหนดให้ถือว่าวันที่ระบุในใบตอบรับเป็นวันที่ได้รับแจ้ง หากไม่ปรากฏวันที่ในใบตอบรับให้ถือว่าวันที่ครบกำหนดเจ็ดวันนับแต่วันส่งเป็นวันที่ได้รับแจ้ง เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าได้รับก่อนหรือหลังจากวันนั้นหรือไม่ได้รับ ในทางปฏิบัติ เมื่อใบตอบรับกลับมาที่ศาล เจ้าหน้าที่จะนำใบตอบรับดังกล่าวเย็บติดไว้กับเอกสารหมายแจ้งคำสั่งศาลที่อยู่ในสำนวนคดีในเรื่องนั้น ๆ แต่หากมีความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับผู้รับหมายตีกลับ หรือมีข้อขัดข้องในการแจ้งหรือมีความจำเป็นที่จะต้องตรวจสอบการได้รับหมายแจ้งคำสั่งโดยเร็ว เจ้าหน้าที่จะจัดทำบันทึกเจ้าหน้าที่เพื่อเสนอให้ศาลทราบและพิจารณามีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการต่อไป⁸ ผู้เขียนบทความเห็นว่า โดยสภาพแล้ว การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารโดยวิธีนี้ สามารถดำเนินการได้เฉพาะกับบุคคลซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศ เนื่องจากการใช้บริการไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับภายในประเทศและมีกำหนดระยะเวลาตามระเบียบซึ่งไม่น่าจะสอดคล้องกับบริบทของการดำเนินการในต่างประเทศ

⁷ สำนักงานศาลปกครอง, คู่มือการปฏิบัติงานของตุลาการศาลปกครองชั้นต้น, (กรุงเทพฯ : สหมิตรพรินต์แอนด์พับลิชชิง, 2564), หน้า 10.

⁸ เพ็งอ้วน

2.3 การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารโดยวิธีอื่น

การดำเนินการกรณีนี้เป็นไปตามข้อ 14 แห่งระเบียบดังกล่าว ซึ่งกำหนดเงื่อนไขไว้ว่า กรณีไม่ได้มีการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ (ข้อ 2.2) และศาลไม่ได้มีคำสั่งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ของศาลหรือบุคคลอื่นนำไปส่ง (จะกล่าวถึงต่อไปในข้อ 2.4) วิธีที่ศาลจะนำมาใช้ คือ การส่งโดยวิธีอื่น โดยการยื่นคำขอของคู่กรณีหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง ซึ่งบุคคลนั้นมีหน้าที่เสียค่าใช้จ่าย ในการดำเนินการดังกล่าว ส่วนกรณีมีผลนั้น ข้อ 15 วรรคสอง แห่งระเบียบดังกล่าว กำหนดว่า ให้ศาลกำหนด วันที่ถือว่าผู้รับได้รับแจ้งไว้ด้วย ในทางปฏิบัติ ศาลจะต้องมีคำสั่งจัดไว้ในรายงานกระบวนการพิจารณาทุกครั้งว่า จะส่งให้ผู้รับทราบด้วยวิธีการใดและต้องกำหนดวันที่ถือว่าผู้รับได้รับแจ้งไว้ด้วย

การดำเนินการโดยวิธีอื่นจะต้องเป็นกรณีที่ศาลไม่อาจสืบทราบที่อยู่ของผู้รับได้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 64/2562) ซึ่งอาจกระทำได้โดยการปิดประกาศหรือการประกาศทางหนังสือพิมพ์ เช่น ศาลใช้วิธีการปิดประกาศ ณ ที่ทำการศาลปกครอง กรณีไม่สามารถส่งหมายได้โดยวิธีทางไปรษณีย์ ลงทะเบียนตอบรับและโดยวิธีให้พนักงานเจ้าหน้าที่นำไปส่ง เนื่องจากสถานที่นำส่งหมายได้ถูกรื้อถอน (คดีของศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 1323/2560) หรือมีเหตุขัดข้องเนื่องจากย้ายไม่ทราบที่อยู่ใหม่ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 143/2556, 735/2547)⁹ โดยสภาพแล้ว การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสาร โดยการปิดประกาศหรือการประกาศทางหนังสือพิมพ์จะสามารถดำเนินการได้เฉพาะกับบุคคลซึ่งมีภูมิลำเนา อยู่ในประเทศ เนื่องจากการประกาศภายในประเทศ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วมีเนื้อหาเป็นภาษาไทย เว้นแต่ กรณีประกาศในหนังสือพิมพ์ภาษาต่างประเทศ แต่ก็ยังคงเป็นเพียงการเผยแพร่ภายในประเทศเท่านั้น

2.4 การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ของศาลหรือบุคคลอื่นนำไปส่ง

การดำเนินการกรณีนี้เป็นไปตามข้อ 16 แห่งระเบียบดังกล่าว ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า กรณีศาลให้แจ้งข้อความหรือส่งเอกสารโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ของศาลหรือบุคคลอื่นนำไปส่ง ถ้าผู้รับไม่ยอมรับ หรือถ้าในขณะนำไปส่งไม่พบผู้รับ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ของศาลหรือบุคคลอื่นที่ได้รับมอบหมายวาง หรือปิดหนังสือหรือเอกสารไว้ในที่ซึ่งเห็นได้ง่าย ณ สถานที่นั้นต่อหน้าเจ้าพนักงานตำรวจ ข้าราชการอื่น พนักงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กำนัน แพทย์ประจำตำบล สารวัตรกำนัน ผู้ใหญ่บ้าน หรือผู้ช่วยผู้ใหญ่บ้าน ส่วนกรณีมีผลนั้น ให้ถือว่าผู้รับได้รับแจ้งในวันที่วางหรือปิดหนังสือหรือเอกสารนั้น ในกรณีที่ผู้รับ อาจส่งหนังสือหรือเอกสารแก่บุคคลอื่นซึ่งบรรลุนิติภาวะที่อยู่หรือทำงานในสถานที่นั้นก็ได้ การดำเนินการ ที่กล่าวมาข้างต้นจะต้องกระทำในเวลากลางวันระหว่างพระอาทิตย์ขึ้นและพระอาทิตย์ตก โดยต้องทำหลักฐาน หรือรายงานการส่งเพื่อประกอบไว้ในสำนวนคดีด้วย

⁹ เฝ้าอ้าง, หน้า 11.

ศาลจะใช้วิธีนี้เมื่อมีเหตุขัดข้องซึ่งไม่สามารถส่งหมายแจ้งคำสั่งโดยการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับได้ เช่น ส่งหมายแจ้งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับไปแล้วหนึ่งครั้ง ปรากฏว่าหมายติดกลับไม่มีผู้รับหรือมีความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องแจ้งให้ผู้รับทราบโดยเร็ว หรือในกรณีที่ผู้รับเคยมีข้อมูลในสำนวนคดีว่าไม่อาจแจ้งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับได้ ในทางปฏิบัติศาลจะต้องจัดแจ้งไว้ในรายงานกระบวนการพิจารณาเพื่อให้เจ้าหน้าที่ทราบ และดำเนินการจัดทำหมายแจ้งให้ถูกต้อง¹⁰ โดยสภาพแล้ว การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารโดยวิธีนี้สามารถดำเนินการได้เฉพาะกับบุคคลซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศ ทั้งด้วยลักษณะของการดำเนินการและกรอบอำนาจหน้าที่ในเชิงพื้นที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ของศาลหรือบุคคลอื่นที่ได้รับมอบหมายนั้น

2.5 การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารผ่านอุปกรณ์สื่อสารหรือเทคโนโลยีสารสนเทศตามข้อ 22 วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

การดำเนินการกรณีนี้เป็นไปตามข้อ 22 วรรคสอง แห่งระเบียบดังกล่าว ซึ่งกำหนดว่าเพื่ออำนวยความสะดวกแก่คู่กรณี พยาน หรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง ศาลอาจมีคำสั่งให้การแจ้งข้อความหรือการส่งเอกสารระหว่างศาลกับคู่กรณี พยาน หรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง กระทำโดยทางโทรสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศประเภทอื่น ส่วนการมีผลนั้น ให้ศาลกำหนดวันที่ถือว่าได้รับแจ้งข้อความหรือเอกสารไว้ด้วย การดำเนินการวิธีนี้มีข้อสังเกตว่า ตามระเบียบไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ที่ให้ถือว่า การดำเนินการเช่นนี้สามารถแทนการติดต่อโดยทางไปรษณีย์หรือประกอบกับการติดต่อโดยทางไปรษณีย์ได้ เหมือนกับความในวรรคหนึ่งของระเบียบข้อนี้ ซึ่งเป็นเรื่องการติดต่อสื่อสารระหว่างศาลด้วยกัน

การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารตามข้อ 22 วรรคสอง แห่งระเบียบข้างต้น ในทางปฏิบัติมีอยู่ 3 วิธี ดังนี้

2.5.1 การแจ้งคำสั่งทางโทรศัพท์

ในทางปฏิบัติ จะมีการจัดแจ้งคำสั่งให้แจ้งคำสั่งศาลทางโทรศัพท์แทนการจัดทำหมายโดยให้ถือว่าวันที่แจ้งคำสั่งศาลทางโทรศัพท์เป็นวันที่ได้รับแจ้งคำสั่งแล้วตามข้อ 22 วรรคสอง แห่งระเบียบดังกล่าว หากไม่สามารถดำเนินการได้ ให้แจ้งคำสั่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ¹¹ การแจ้งคำสั่งทางโทรศัพท์โดยสภาพแล้ว สามารถดำเนินการได้เฉพาะกับการแจ้งข้อความเท่านั้น แต่ไม่สามารถส่งเอกสารได้ วิธีการนี้สามารถแจ้งข้อความได้ทั้งกับบุคคลซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศและบุคคลซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ แต่การดำเนินการในต่างประเทศอาจมีประเด็นเรื่องค่าใช้จ่ายหรือการสื่อสารด้วยภาษาต่างประเทศ

¹⁰ เฟื่องอ้าง, หน้า 12.

¹¹ เฟื่องอ้าง, หน้า 13.

2.5.2 การแจ้งหรือส่งทางโทรสาร

ในทางปฏิบัติ จะมีการจดแจ้งคำสั่งทางโทรสาร โดยให้แจ้งคำสั่งศาลทางโทรสาร แก่คู่กรณีไปยังหมายเลขโทรสารที่คู่กรณีให้ไว้ โดยให้ถือว่าวันที่ปรากฏในหลักฐานการส่งโทรสารของสำนักงานศาล เป็นวันที่คู่กรณีได้รับเอกสารตามข้อ 26 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2562 หากไม่สามารถดำเนินการได้ ให้แจ้งคำสั่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ¹² การแจ้งหรือส่งทางโทรสาร โดยสภาพแล้วสามารถดำเนินการได้ ทั้งกับบุคคลซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศและบุคคลซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ แต่การดำเนินการ ในต่างประเทศอาจมีประเด็นเรื่องค่าใช้จ่ายหรือการจัดทำคำแปลเป็นภาษาต่างประเทศ

2.5.3 การแจ้งหรือส่งทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์

ในทางปฏิบัติ จะมีการจดแจ้งคำสั่งศาลให้แจ้งคำสั่งแก่คู่กรณีทางจดหมาย อิเล็กทรอนิกส์ไปยังที่อยู่ตามที่คู่กรณีได้ระบุไว้ และให้ถือว่าวันและเวลาที่ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ เป็นวันและเวลาที่คู่กรณีได้รับแจ้งคำสั่งแล้ว¹³ การแจ้งหรือส่งทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โดยสภาพแล้ว สามารถดำเนินการได้ทั้งกับบุคคลซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศและบุคคลซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ โดยไม่มีประเด็นเรื่องค่าใช้จ่าย แต่หากเป็นการดำเนินการในต่างประเทศ อาจมีประเด็นเรื่องการจัดทำ คำแปลเป็นภาษาต่างประเทศ

2.6 การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารให้แก่คู่กรณีที่มีภูมิลำเนานอกราชอาณาจักร

จากการศึกษาไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ในรายละเอียดเกี่ยวกับการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสาร ในคดีปกครองไปยังคู่กรณีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศโดยเฉพาะ ในทางปฏิบัติ จะมีคำสั่งให้สำนักงาน ศาลปกครองกลางหรือสำนักงานศาลปกครองในภูมิภาคเป็นผู้ดำเนินการแจ้งคำสั่งศาลให้คู่กรณีทราบ¹⁴

3. หลักเกณฑ์การส่งคำคู่ความหรือเอกสารอื่นในคดีแพ่งของศาลยุติธรรมไปยังจำเลยหรือบุคคล ที่เกี่ยวข้องซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศภายใต้กฎหมายไทยและกฎหมายระหว่างประเทศ

การดำเนินการเรื่องนี้ไม่มีข้อคำนึงหลายประการ ทั้งยังมีลำดับในการดำเนินการ ประกอบด้วย การดำเนินการตามข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยความร่วมมือทางการศาล การดำเนินการตามประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการส่งหมายเรียกและคำฟ้อง ตั้งต้นคดีแก่จำเลย ณ ภูมิลำเนาหรือสำนักทำการงานของจำเลยนอกราชอาณาจักร พ.ศ. 2558 และการดำเนินการ ตามหลักประติบัติต่างตอบแทน (Reciprocity) นอกจากนี้ ยังมีหลักเกณฑ์ตามอนุสัญญาว่าด้วยการส่งเอกสาร ทางศาลระหว่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ (Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil and Commercial Matters : Service Convention) ของที่ประชุม

¹² เฟื่องอ้าง

¹³ เฟื่องอ้าง, หน้า 14.

¹⁴ เฟื่องอ้าง, หน้า 12.

แห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Hague Conference on Private International Law : HCCH) ซึ่งประเทศไทยโดยสำนักงานศาลยุติธรรมอยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อเข้าร่วมเป็นภาคี การดำเนินการตามหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ดังกล่าว มีสาระสำคัญ ดังนี้

3.1 หลักเกณฑ์ตามข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยความร่วมมือทางการศาล

การส่งคำคู่ความหรือเอกสารอื่นในคดีเป็นส่วนหนึ่งของนิยามคำว่า “กระบวนการพิจารณา” ตามมาตรา 1 (7) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ดังนั้นเมื่อมีกรณีต้องส่งคำคู่ความหรือเอกสารอื่นในคดีไปยังจำเลยหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ จึงต้องเป็นไปตามมาตรา 34 แห่งประมวลกฎหมายเดียวกัน¹⁵ ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับลำดับการใช้บังคับหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน (Domestic Law) กล่าวคือ หากประเทศไทยมีข้อตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการส่งคำคู่ความและเอกสารในคดี ศาลมีหน้าที่ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ของข้อตกลงระหว่างประเทศนั้นก่อนบทบัญญัติของกฎหมายภายใน (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง)

จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยโดยสำนักงานศาลยุติธรรมได้มีข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยความร่วมมือทางการศาล ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับการส่งคำคู่ความและเอกสารในคดีกับ 5 ประเทศ ได้แก่ สาธารณรัฐอินโดนีเซีย¹⁶ สาธารณรัฐประชาชนจีน¹⁷ ออสเตรเลีย¹⁸ ราชอาณาจักรสเปน¹⁹

¹⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 34 “ถ้าจะต้องดำเนินกระบวนการทั้งเรื่องหรือแต่บางส่วน โดยทางอาศัยหรือโดยร้องขอต่อเจ้าหน้าที่ในเมืองต่างประเทศ เมื่อไม่มีข้อตกลงระหว่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้สำหรับเรื่องนั้นแล้ว ให้ศาลปฏิบัติตามหลักทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ”

¹⁶ ความตกลงว่าด้วยความร่วมมือทางศาลระหว่างราชอาณาจักรไทยและสาธารณรัฐอินโดนีเซีย (Agreement on Judicial Co-operation between the Kingdom of Thailand and the Republic of Indonesia) ลงนามเมื่อปี พ.ศ. 2521, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://shorturl.asia/Ack8x> เมื่อ 30 มกราคม 2567.

¹⁷ ความตกลงว่าด้วยความช่วยเหลือกันทางศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์กับความร่วมมือทางอนุญาโตตุลาการระหว่างราชอาณาจักรไทยและสาธารณรัฐประชาชนจีน (Agreement on Judicial Assistance in Civil and Commercial Matters and Co-operation in Arbitration between the Kingdom of Thailand and the People's Republic of China) ลงนามเมื่อปี พ.ศ. 2537, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://shorturl.asia/vbqCE> เมื่อ 30 มกราคม 2567.

¹⁸ ความตกลงว่าด้วยความช่วยเหลือกันทางการศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์กับความร่วมมือในด้านอนุญาโตตุลาการระหว่างราชอาณาจักรไทยและประเทศออสเตรเลีย (Agreement on Judicial Assistance in Civil and Commercial Matters and Co-operation in Arbitration between the Kingdom of Thailand and Australia) ลงนามเมื่อปี พ.ศ. 2540, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://shorturl.asia/FGB4V> เมื่อ 30 มกราคม 2567.

¹⁹ ความตกลงว่าด้วยความช่วยเหลือกันทางการศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างราชอาณาจักรไทยและราชอาณาจักรสเปน (Agreement on Judicial Assistance in Civil and Commercial Matters between the Kingdom of Thailand and the Kingdom of Spain) ลงนามเมื่อปี พ.ศ. 2541, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://shorturl.asia/ineoL> เมื่อ 30 มกราคม 2567.

และสาธารณรัฐเกาหลี²⁰ ข้อตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือกันในการส่งคำคู่ความหรือเอกสารอื่นในคดี การสืบพยานหลักฐาน การแลกเปลี่ยนข้อสนเทศทางกฎหมาย และข้อมูลคดีซึ่งสามารถเผยแพร่ได้ คู่ภาคีทั้งสองฝ่ายต้องติดต่อประสานงานกันผ่านหน่วยงานกลางที่ได้รับการแต่งตั้ง (Central Authority) ของแต่ละฝ่าย โดยไม่ต้องดำเนินการผ่านกระทรวงการต่างประเทศหรือวิธิต่างการทูต (Diplomatic Channel) ซึ่งจะสะดวกและรวดเร็วยิ่งกว่า หน่วยงานกลางของแต่ละฝ่ายจะเป็นผู้รับและส่งเอกสารในคดีให้แก่กัน รวมถึงรายงานผลการส่งเพื่อประกอบสำนวนคดีต่อไป มีการกำหนดแบบและภาษาที่จะใช้ ซึ่งโดยทั่วไปเป็นภาษาอังกฤษหรือภาษาราชการของฝ่ายที่ถูกร้องขอ รวมถึงรายละเอียดเกี่ยวกับการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่าย

3.2 หลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการส่งหมายเรียกและคำฟ้องตั้งต้นคดีแก่จำเลย ณ ภูมิลำเนาหรือสำนักทำการงานของจำเลยนอกราชอาณาจักร พ.ศ. 2558

กรณีประเทศไทยไม่มีข้อตกลงระหว่างประเทศ ศาลมีหน้าที่ต้องดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ทั้งนี้ ตามลำดับการบังคับใช้กฎหมายตามมาตรา 34 แห่งประมวลกฎหมายเดียวกัน บทบัญญัติเกี่ยวกับการส่งคำคู่ความหรือเอกสารอื่นในคดีตามประมวลกฎหมายดังกล่าว มี 7 มาตรา ได้แก่ มาตรา 83 ทวิ ถึงมาตรา 83 อัฐ แบ่งเป็นกรณีการส่งหมายเรียกและคำฟ้องตั้งต้นคดี และกรณีการส่งเอกสารอื่น มีเนื้อหาโดยสรุป ดังนี้

3.2.1 กรณีการส่งหมายเรียกและคำฟ้องตั้งต้นคดี

การส่งหมายเรียกและคำฟ้องตั้งต้นคดีแก่จำเลยซึ่งไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศ กฎหมายกำหนดให้ศาลส่งเอกสารดังกล่าวแก่จำเลย ณ ภูมิลำเนาในต่างประเทศ เว้นแต่จำเลยได้ประกอบกิจการหรือได้ตั้งตัวแทนในประเทศไทย กรณีเช่นนี้ให้ศาลส่งเอกสารไปยังผู้แทนนั้นในประเทศไทย²¹

²⁰ สนธิสัญญาว่าด้วยความช่วยเหลือกันทางการศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างราชอาณาจักรไทยและสาธารณรัฐเกาหลี (Treaty on Judicial Assistance in Civil and Commercial Matters between the Kingdom of Thailand and the Republic of Korea) ลงนามเมื่อปี พ.ศ. 2556, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://shorturl.asia/e0zGj> เมื่อ 30 มกราคม 2567.

²¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 83 ทวิ “ในกรณีที่จำเลยไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรให้ส่งหมายเรียกและคำฟ้องตั้งต้นคดีแก่จำเลย ณ ภูมิลำเนาหรือสำนักทำการงานของจำเลยนอกราชอาณาจักร เว้นแต่ในกรณีที่จำเลยประกอบกิจการในราชอาณาจักรด้วยตนเองหรือโดยตัวแทนหรือในกรณีที่มีการตกลงเป็นหนังสือว่าคำคู่ความและเอกสารที่จะต้องส่งให้แก่จำเลยนั้นให้ส่งแก่ตัวแทนซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรที่จำเลยได้แต่งตั้งไว้เพื่อการนี้ให้ส่งหมายเรียกและคำฟ้องตั้งต้นคดีแก่จำเลยหรือตัวแทนในการประกอบกิจการหรือตัวแทนในการรับคำคู่ความและเอกสาร ณ สถานที่ที่จำเลยหรือตัวแทนใช้ประกอบกิจการหรือสถานที่อื่นเป็นถิ่นที่อยู่ของตัวแทนในการประกอบกิจการหรือของตัวแทนในการรับคำคู่ความและเอกสาร ซึ่งตั้งอยู่ในราชอาณาจักร แล้วแต่กรณี

(มีต่อหน้าถัดไป)

การส่งหมายเรียกและคำฟ้องตั้งต้นคดีไปต่างประเทศ กฎหมายกำหนดวิธีในการส่งไว้ 3 วิธี²² ดังนี้

- (1) การส่งทางไปรษณีย์ด่วนพิเศษระหว่างประเทศ หรือ
- (2) การส่งทางผู้ประกอบกิจการรับส่งพัสดุภัณฑ์ระหว่างประเทศ หรือ
- (3) การส่งผ่านสำนักงานศาลยุติธรรมและกระทรวงการต่างประเทศ

กฎหมายได้กำหนดหน้าที่ให้โจทก์ต้องยื่นคำร้องต่อศาลภายในกำหนด 7 วัน นับแต่วันยื่นคำฟ้อง เพื่อให้ศาลจัดส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องตั้งต้นคดีแก่จำเลย โดยโจทก์มีหน้าที่ต้องจัดทำคำแปลหมายเรียก คำฟ้องตั้งต้นคดี รวมถึงเอกสารอื่นที่จะส่งไปยังประเทศที่จำเลยมีภูมิลำเนาหรือสำนักทำการงานอยู่ การจัดทำคำแปลต้องแปลเป็นภาษาราชการของประเทศนั้นหรือเป็นภาษาอังกฤษ พร้อมทั้งคำรับรองคำแปลว่าถูกต้อง โดยยื่นเอกสารเช่นว่านี้พร้อมกับคำร้อง รวมถึงต้องวางเงินค่าใช้จ่ายไว้ต่อศาลตามจำนวนและภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ทั้งนี้ มีรายละเอียดในการดำเนินการเรื่องนี้เป็นไปตามข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการส่งหมายเรียกและคำฟ้องตั้งต้นคดีแก่จำเลย ณ ภูมิลำเนาหรือสำนักทำการงานของจำเลยนอกราชอาณาจักร พ.ศ. 2558²³ ซึ่งเป็นรายละเอียดเกี่ยวกับการวางค่าใช้จ่ายของโจทก์ การจัดทำคำแปล กระบวนการส่งและการติดตามผล รวมถึงการจัดทำรายงานเพื่อประกอบสำนวน

จากการศึกษาพบว่า มีข้อสังเกตในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการส่งทางไปรษณีย์ด่วนพิเศษระหว่างประเทศและการส่งทางผู้ประกอบกิจการรับส่งพัสดุภัณฑ์ระหว่างประเทศ กล่าวคือ แม้ว่าวิธีการส่งเหล่านี้จะมีข้อดีในแง่ความสะดวกรวดเร็ว แต่ในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศกลับพบว่า มีหลายประเทศ

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 21)

ในกรณีที่มีการเรียกบุคคลภายนอกซึ่งไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรเข้ามาเป็นคู่ความตามมาตรา 57 (3) ให้นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม”

²² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 83 สัตต “เมื่อโจทก์ได้ปฏิบัติตามมาตรา 83 จัดแล้ว แล้ว ถ้าไม่มีข้อตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้ศาลดำเนินการส่งให้แก่จำเลยหรือบุคคลภายนอกโดยทางไปรษณีย์ด่วนพิเศษระหว่างประเทศหรือผู้ประกอบกิจการรับส่งพัสดุภัณฑ์ระหว่างประเทศหรือโดยผ่านสำนักงานศาลยุติธรรมและกระทรวงการต่างประเทศ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา และเมื่อข้อกำหนดนั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้”

²³ ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการส่งหมายเรียกและคำฟ้องตั้งต้นคดีแก่จำเลย ณ ภูมิลำเนาหรือสำนักทำการงานของจำเลยนอกราชอาณาจักร พ.ศ. 2558, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://shorturl.asia/rpcHP> เมื่อ 30 มกราคม 2567.

ที่ไม่ยอมรับวิธีการจัดส่งดังกล่าว เนื่องจากกฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ ไม่เปิดช่องให้ทำได้ ทั้งยังมีความเกี่ยวข้องกับประเด็นการละเมิดอำนาจอธิปไตยของรัฐต่างประเทศ²⁴

หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ไม่สามารถส่งหมายเรียกและคำฟ้องตั้งต้นคดีได้ เนื่องจากภูมิลำเนาและสำนักทำางานของบุคคลดังกล่าวไม่ปรากฏหรือเพราะเหตุอื่นใดหรือไม่อาจทราบผลการส่งได้ ศาลอาจพิจารณาส่งโดยวิธีปิดประกาศไว้ที่ศาลแทน นอกจากนั้น ศาลอาจสั่งให้ส่งโดยวิธีประกาศโฆษณาในหนังสือพิมพ์หรือโดยวิธีอื่นใดด้วยก็ได้²⁵

3.2.2 กรณีการส่งเอกสารอื่น

กรณีการส่งเอกสารอื่นซึ่งไม่ใช่หมายเรียกและคำฟ้องตั้งต้นคดี กฎหมายกำหนดให้ศาลส่งเอกสารไปยังสถานประกอบการในประเทศไทยหรือตัวแทนหรือทนายความในประเทศไทย หากไม่มีผู้กระทำการแทนในประเทศไทยเช่นนั้น กฎหมายกำหนดให้ศาลส่งโดยวิธีปิดประกาศไว้ที่ศาล²⁶

3.3 หลักเกณฑ์ตามหลักประติบัติต่างตอบแทน (Reciprocity)

กรณีประเทศไทยไม่มีข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยความร่วมมือทางการศาล และไม่มีกฎหมายภายในบัญญัติไว้สำหรับกรณีนั้นโดยเฉพาะ มาตรา 34 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กำหนดให้ศาลต้องปฏิบัติตามหลักทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในที่นี้คือ หลักประติบัติต่างตอบแทน

²⁴ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, หน้า 170.

²⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 83 อัญญู “ในกรณีที่เจ้าต้องส่งหมายเรียกและคำฟ้องตั้งต้นคดีตามมาตรา 83 ทวิ แก่จำเลยหรือบุคคลภายนอก ณ ภูมิลำเนาหรือสำนักทำางานของบุคคลดังกล่าวนอกราชอาณาจักร ถ้าโจทก์ยื่นคำขอฝ่ายเดียวโดยทำเป็นคำร้องและสามารถแสดงให้เป็นทีพอใจแก่ศาลได้ว่าการส่งตามมาตรา 83 ลัดต ไม่อาจกระทำได้เพราะเหตุที่ภูมิลำเนาและสำนักทำางานของบุคคลดังกล่าวไม่ปรากฏหรือเพราะเหตุอื่นใด หรือเมื่อศาลได้ดำเนินการตามมาตรา 83 ลัดต แล้วแต่ไม่อาจทราบผลการส่งได้ ถ้าศาลเห็นสมควร ก็ให้ศาลอนุญาตให้ส่งโดยวิธีปิดประกาศไว้ที่ศาลแทน ในกรณีเช่นว่านี้ศาลจะสั่งให้ส่งโดยวิธีประกาศโฆษณาในหนังสือพิมพ์หรือโดยวิธีอื่นใดด้วยก็ได้

การส่งโดยวิธีการตามวรรคหนึ่ง ให้มีผลใช้ต่อเมื่อพ้นกำหนดเวลาหกสิบวันนับแต่วันที่ปิดประกาศไว้ที่ศาล และมีให้นำบทบัญญัติมาตรา 79 มาใช้บังคับ”

²⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 83 ตริ “การส่งคำคู่ความ คำร้อง คำแถลง หรือเอกสารอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 83 ทวิ ถ้าผู้รับไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรแต่ประกอบกิจการในราชอาณาจักรด้วยตนเองหรือโดยตัวแทน หรือมีตัวแทนในการรับคำคู่ความและเอกสารหรือทนายความในการดำเนินคดีอยู่ในราชอาณาจักร ให้ส่งแก่ผู้รับหรือตัวแทนเช่นว่านั้นหรือทนายความ ณ สถานที่ที่ผู้รับหรือตัวแทนใช้ประกอบกิจการ หรือสถานที่อันเป็นถิ่นที่อยู่ของตัวแทนหรือภูมิลำเนาหรือสำนักทำางานของทนายความซึ่งตั้งอยู่ในราชอาณาจักร แล้วแต่กรณี แต่ถ้าผู้รับมิได้ประกอบกิจการในราชอาณาจักรด้วยตนเองหรือไม่มีตัวแทนดังกล่าวหรือทนายความอยู่ในราชอาณาจักร ให้ส่งโดยวิธีปิดประกาศไว้ที่ศาล”

(Reciprocity)²⁷ กล่าวคือ ประเทศไทยอาจร้องขอหรือได้รับการร้องขอจากต่างประเทศเกี่ยวกับการส่งคำคู่ความหรือเอกสารอื่นในคดี ซึ่งอาจเป็นวิธีการส่งเอกสารซึ่งแตกต่างไปจากที่กฎหมายภายในได้กำหนดไว้ ศาลสามารถพิจารณาดำเนินการเช่นนั้นได้ตามหลักประติบัติต่างตอบแทน โดยประเทศที่ร้องขอต้องรับรองเป็นหนังสือว่าจะให้ความช่วยเหลือในเรื่องเดียวกันในลักษณะต่างตอบแทน หากได้รับคำร้องขอในทำนองเดียวกันจากประเทศที่รับคำร้องขอนั้นในอนาคต

3.4 หลักเกณฑ์ตามอนุสัญญาว่าด้วยการส่งเอกสารทางการศาลระหว่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ (Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil and Commercial Matters : Service Convention) ของที่ประชุมแห่งกรุงเฮก ว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Hague Conference on Private International Law : HCCH)

ข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยความร่วมมือทางการศาลที่ประเทศไทยโดยสำนักงานศาลยุติธรรมได้จัดทำขึ้นตามที่กล่าวมาในข้อ 3.1 จำนวน 5 ประเทศ มีลักษณะเป็นข้อตกลงทวิภาคีซึ่งประเทศไทยโดยสำนักงานศาลยุติธรรมในฐานะหน่วยงานผู้รับผิดชอบจะเป็นผู้มีหน้าที่ดำเนินการเจรจาเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อตกลงกับแต่ละประเทศเป็นรายกรณี แตกต่างจากการพิจารณาเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นข้อตกลงพหุภาคีที่จะเป็นการประสานความร่วมมือกันในวงกว้างของกลุ่มสมาชิก ปัจจุบันมีอนุสัญญาว่าด้วยการส่งเอกสารทางการศาลระหว่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ (Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil and Commercial Matters : Service Convention) ของที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Hague Conference on Private International Law : HCCH)²⁸ เป็นกลไกรองรับเกี่ยวกับการดำเนินการในเรื่องนี้โดยตรง ขณะนี้อยู่ระหว่างการพิจารณาของประเทศไทยโดยสำนักงานศาลยุติธรรมเพื่อการเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาดังกล่าว ดังนั้นการทำความเข้าใจหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาข้างต้นจึงนับว่าเป็นประโยชน์ทั้งส่วนของการเตรียมความพร้อมของประเทศไทยและการศึกษาเปรียบเทียบกับกระบวนพิจารณาในคดีปกครองของศาลปกครอง

²⁷ สำนักงานศาลยุติธรรม, ‘เอกสารประกอบการสัมมนา’ (การสัมมนาเรื่องอนุสัญญาหลักของ HCCH และแนวทางการเป็นไปได้ในการเข้าเป็นภาคีของไทย (Thailand and the HCCH Core Conventions : Connecting Possibility and Approach), 28 มกราคม 2565).

²⁸ HCCH เป็นองค์กรระหว่างประเทศซึ่งประกอบไปด้วยสมาชิกจากภูมิภาคต่าง ๆ ทั่วโลก 85 ประเทศ และกลุ่มประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป โดยเป็นการรวมตัวกันของประเทศที่มีแนวทางการปฏิบัติและระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบุคคลและครอบครัวหรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายพาณิชย์

3.4.1 สารสำคัญของอนุสัญญา

อนุสัญญานี้²⁹ ลงนามเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน ค.ศ. 1965 ปัจจุบันมีจำนวนภาคีสมาชิก 82 ประเทศ³⁰ เนื้อหาของอนุสัญญามี 3 บท ได้แก่ บทที่ 1 เอกสารทางการศาล (ข้อ 1 ถึงข้อ 16) บทที่ 2 เอกสารอื่นที่ไม่ใช่เอกสารทางการศาล (ข้อ 17) และบทที่ 3 บททั่วไป (ข้อ 18 ถึงข้อ 31) อนุสัญญามีวัตถุประสงค์เพื่อประสานความร่วมมือในการส่งและรับเอกสารทางการศาลระหว่างภาคีสมาชิก มุ่งเน้นการสร้างช่องทางพิเศษขึ้น เพื่อลดขั้นตอนและระยะเวลาในการส่งและรับเอกสารทางการศาล อันจะส่งผลให้กระบวนการพิจารณาคดีของศาลในกลุ่มภาคีสมาชิกเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

อนุสัญญานี้ใช้บังคับกับคดีแพ่งหรือพาณิชย์ (Civil or Commercial Matters) เท่านั้น คู่ภาคีแต่ละฝ่ายจะต้องกำหนดหน่วยงานกลาง (Central Authority) ของฝ่ายตนขึ้น เพื่อทำหน้าที่ส่งและรับเอกสารให้แก่กัน³¹ จุดเด่นของการดำเนินการตามอนุสัญญาคือการส่งเอกสารผ่านหน่วยงานกลาง (Central Authority) ซึ่งไม่จำเป็นต้องผ่านการรับรองเอกสาร (นิติกรณ์)³² เป็นการช่วยลดขั้นตอนและระยะเวลา เมื่อเทียบกับการดำเนินการผ่านวิถีทางการทูต (Diplomatic Channel)³³ ปรากฏข้อมูลทางสถิติว่า คำร้องขอ

²⁹ Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Document in Civil and Commercial Matters, [Online], retrieved from <https://shorturl.asia/1ZiQM> เมื่อ 30 มกราคม 2567.

³⁰ Contracting Parties, [Online], retrieved from <https://shorturl.asia/LbT7s> เมื่อ 30 มกราคม 2567.

³¹ The Service Convention.

Articl 2 “Each Contracting State shall designate a Central Authority which will undertake to receive requests for service coming from other Contracting States and to proceed in conformity with the provisions of Articles 3 to 6.

Each State shall organise the Central Authority in conformity with its own law.”

³² The Service Convention.

Article 3 “The authority or judicial officer competent under the law of the State in which the documents originate shall forward to the Central Authority of the State addressed a request conforming to the model annexed to the present Convention, without any requirement of legalization or other equivalent formality.

The document to be served or a copy there of shall be annexed to the request. The request and the document shall both be furnished in duplicate.”

³³ The Service Convention.

Article 8 “Each Contracting State shall be free to effect service of judicial documents upon persons abroad, without application of any compulsion, directly through its diplomatic or consular agents.

Any State may declare that it is opposed to such service within its territory, unless the document is to be served upon a national of the State in which the documents originate.”



ร้อยละ 75 สามารถดำเนินการให้แล้วเสร็จได้ภายใน 2 เดือน³⁴ โดยการส่งเอกสารและการรายงานผลการส่งจะต้องเป็นไปตามรูปแบบมาตรฐานตามเอกสารแนบท้ายอนุสัญญา³⁵ การดำเนินการโดยทั่วไปของประเทศปลายทางจะไม่มีค่าใช้จ่าย เว้นแต่การส่งด้วยวิธีพิเศษ³⁶

กรณีจำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศและไม่ได้ยื่นคำให้การเข้าไปในกระบวนการพิจารณาอนุสัญญาได้กำหนดเงื่อนไขการมีคำพิพากษาของศาลซึ่งเป็นภาคีสมาชิกว่า ห้ามศาลมีคำพิพากษาคดีจนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าการส่งสำเนาคำฟ้องด้วยวิธีอันถูกต้องเหมาะสม ทั้งได้ล่วงพ้นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 6 เดือนแล้ว³⁷ และกรณีศาลมีคำพิพากษาให้โจทก์ชนะคดีเพราะจำเลยขาดนัด อนุสัญญาได้กำหนด

³⁴ ข้อมูลทั่วไปเกี่ยวกับ Service Convention, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://shorturl.asia/itr2p> เมื่อ 30 มกราคม 2567.

³⁵ The Service Convention.

Article 6 “The Central Authority of the State addressed or any authority which it may have designated for that purpose shall complete a certificate in the form of the model annexed to the present Convention.

The certificate shall state that the document has been served and shall include the method, the place and the date of service and the person to whom the document was delivered. If the document has not been served, the certificate shall set out the reasons which have prevented service.

The applicant may require that a certificate not completed by a Central Authority or by a judicial authority shall be countersigned by one of these authorities.

The certificate shall be forwarded directly to the applicant.”

³⁶ The Service Convention.

Article 12 “The service of judicial documents coming from a Contracting State shall not give rise to any payment or reimbursement of taxes or costs for the services rendered by the State addressed. The applicant shall pay or reimburse the costs occasioned by –

a) the employment of a judicial officer or of a person competent under the law of the State of destination,

b) the use of a particular method of service.”

³⁷ The Service Convention.

Article 15 “Where a writ of summons or an equivalent document had to be transmitted abroad for the purpose of service, under the provisions of the present Convention, and the defendant has not appeared, judgment shall not be given until it is established that –

a) the document was served by a method prescribed by the internal law of the State addressed for the service of documents in domestic actions upon persons who are within its territory, or

(มีต่อหน้าถัดไป)

หลักเกณฑ์ในการขอพิจารณาคดีใหม่ของจำเลยไว้ โดยจำเลยต้องพิสูจน์ว่าไม่ได้รับทราบคำฟ้อง โดยปราศจากความผิดของตน และได้ยื่นคำขอเข้ามาในโอกาสแรกภายในระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจะต้องไม่น้อยกว่า 1 ปี นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา³⁸

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 37)

b) the document was actually delivered to the defendant or to his residence by another method provided for by this Convention, and that in either of these cases the service or the delivery was effected in sufficient time to enable the defendant to defend.

Each Contracting State shall be free to declare that the judge, notwithstanding the provisions of the first paragraph of this Article, may give judgment even if no certificate of service or delivery has been received, if all the following conditions are fulfilled –

- a) the document was transmitted by one of the methods provided for in this Convention,*
- b) a period of time of not less than six months, considered adequate by the judge in the particular case, has elapsed since the date of the transmission of the document,*
- c) no certificate of any kind has been received, even though every reasonable effort has been made to obtain it through the competent authorities of the State addressed.*

Notwithstanding the provisions of the preceding paragraphs the judge may order, in case of urgency, any provisional or protective measures.”

³⁸ **The Service Convention.**

Article 16 *“When a writ of summons or an equivalent document had to be transmitted abroad for the purpose of service, under the provisions of the present Convention, and a judgment has been entered against a defendant who has not appeared, the judge shall have the power to relieve the defendant from the effects of the expiration of the time for appeal from the judgment if the following conditions are fulfilled –*

a) the defendant, without any fault on his part, did not have knowledge of the document in sufficient time to defend, or knowledge of the judgment in sufficient time to appeal, and

b) the defendant has disclosed a prima facie defence to the action on the merits.

An application for relief may be filed only within a reasonable time after the defendant has knowledge of the judgment.

Each Contracting State may declare that the application will not be entertained if it is filed after the expiration of a time to be stated in the declaration, but which shall in no case be less than one year following the date of the judgment.

This Article shall not apply to judgments concerning status or capacity of persons.”



3.4.2 ข้อพิจารณาของอนุสัญญาเกี่ยวกับคดีปกครอง

อนุสัญญาฉบับนี้เป็นเอกสารของที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Hague Conference on Private International Law : HCCH) ที่ประชุมแห่งนี้เป็นองค์กรระหว่างประเทศซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพยายามปรับลดข้อแตกต่างและมุ่งสร้างความสอดคล้องของระบบกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ทั้งเรื่องสถานะบุคคล เรื่องครอบครัว รวมถึงเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์ประเภทอื่น อนุสัญญาต่าง ๆ ที่ถูกจัดทำขึ้นโดยที่ประชุมจึงมีขอบเขตในการบังคับใช้กับเรื่องทางแพ่งหรือพาณิชย์ (Civil and Commercial Matters) ซึ่งอยู่ในแดนของกฎหมายเอกชนเท่านั้น ไม่รวมถึงคดีปกครอง (Administrative Case) ซึ่งอยู่ในแดนของกฎหมายมหาชน ข้อพิจารณาในประเด็นเกี่ยวกับขอบเขตการบังคับใช้ของอนุสัญญานี้จะหมายความรวมถึงคดีปกครองหรือไม่ เพียงใด นั้น ได้เคยมีการพิจารณาในที่ประชุมคณะกรรมการสิทธิพิเศษ (Special Commission Meeting) เมื่อเดือนเมษายน ค.ศ. 1989 ที่ประชุมพิจารณาแล้วได้ข้อสรุปว่า³⁹

“เอ. คณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่า คำว่า “เรื่องทางแพ่งหรือพาณิชย์” จะต้องตีความโดยไม่ต้องคำนึงถึงกฎหมายภายในของประเทศที่ร้องขอ (Requesting State) หรือประเทศที่ถูกร้องขอ (Requested State) หรือทั้งคู่

บี. ในเรื่องที่มีความคลุมเครือว่าอยู่ในแดนของกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน มีการยอมรับกันว่าในเรื่องอย่างการล้มละลาย การประกัน หรือการว่าจ้าง นับว่าอยู่ในขอบเขตของอนุสัญญานี้ด้วย

ซี. ในทางตรงข้าม สำหรับเรื่องอื่นซึ่งประเทศส่วนใหญ่ล้วนพิจารณาว่าอยู่ในแดนของกฎหมายมหาชน เช่น ภาษี ยังไม่มีการขยายความให้อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญานี้

ดี. อย่างไรก็ตาม ไม่เป็นการห้ามประเทศภาคีมิให้นำอนุสัญญาไปใช้ในฐานะของความร่วมมือระหว่างกันในเรื่องทางกฎหมายมหาชน และไม่จำเป็นว่าเนื้อหาของความร่วมมือนั้น กับ 1965 Service Convention (อนุสัญญาว่าด้วยการส่งเอกสารทางการศาลระหว่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์) และ 1970 Evidence Convention (อนุสัญญาว่าด้วยการสืบพยานระหว่างประเทศในเรื่องทางแพ่งหรือพาณิชย์) จะต้องเหมือนกัน”

³⁹ Note on Article 1(1) of the 2016 Preliminary Draft Convention and the Term Civil and Commercial Matters, [Online], retrieved from <https://shorturl.asia/1PYbE> เมื่อ 30 มกราคม 2567. และ Report on the Work of the Special Commission of April 1989 on the Operation of the Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Document in Civil and Commercial Matters and of 18 March 1970 on the Taking Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, [Online], retrieved from <https://shorturl.asia/LZkE3> เมื่อ 30 มกราคม 2567.

นอกจากนี้ ปัญหาว่าอนุสัญญาฉบับนี้สามารถนำมาใช้กับคดีปกครองของศาลปกครองไทยได้หรือไม่ เพียงใด นั้น เคยมีการพิจารณาประเด็นนี้ในที่ประชุมคณะอนุกรรมการพิจารณาแนวทางการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการส่งเอกสารทางการศาลระหว่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์⁴⁰ ครั้งที่ 5/2565 เมื่อวันศุกร์ที่ 2 ธันวาคม 2565⁴¹ โดยที่ประชุมมีมติให้ร่างกฎหมายอนุวัติการมีผลใช้บังคับกับคดีแพ่งและพาณิชย์ของศาลยุติธรรมเท่านั้น ไม่รวมถึงคดีปกครองของศาลปกครอง ในการนี้ ปรากฏความเห็นผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ซึ่งได้แสดงถึงข้อห่วงกังวลหากมีการนำอนุสัญญามาใช้กับคดีปกครอง ดังนี้⁴²

“(1) การตีความเพื่อแบ่งแยกคดีแพ่งและคดีปกครองออกจากกันตามมุมมองของไทยและต่างประเทศยังมีความแตกต่างกัน บางสัญญาไทยอาจเห็นว่าเป็นคดีปกครอง ต่างประเทศอาจเห็นว่าเป็นคดีแพ่ง แม้แต่การตีความของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเองก็มีความแตกต่างกัน

(2) ข้อพิพาทในคดีปกครอง จะมีคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง โดยคดีปกครองที่มีลักษณะคล้ายคดีแพ่ง จะมีทั้งข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและความรับผิดทางละเมิด โดยความรับผิดทางละเมิดหากเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครอง ก็จะอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง แต่หากไม่ใช่ก็จะอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม โดยมีกระบวนการพิจารณาที่แตกต่างกัน มีประเด็นต่อมาว่า หากจะให้ศาลปกครองใช้กลไกตามอนุสัญญานี้ จะต้องหมายรวมถึงคดีความรับผิดทางละเมิดด้วยหรือไม่

(3) คดีปกครองไม่ใช่คดีแพ่งโดยแท้ แม้จะมีการเรียกร้องให้ใช้เงินด้วย หลักการสำคัญของคดีปกครองคือการตรวจสอบการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นเรื่องในแดนของกฎหมายมหาชน คำคู่ความและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับคดีปกครอง อาจเป็นเอกสารโต้ตอบกันระหว่างภาครัฐ เช่น มติคณะรัฐมนตรี มีประเด็นว่า หากต้องมีการจัดส่งไปยังต่างประเทศ จะสามารถกระทำได้หรือไม่

(4) กรณีการวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล หรือการตีความของศาลปกครอง มีความเห็นที่สอดคล้องกันว่า สัญญาเช่นนั้นเป็นสัญญาทางแพ่ง ซึ่งอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม แต่หากกระบวนการก่อนการทำสัญญาทางแพ่งนั้นเป็นไปตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐฯ ข้อพิพาทในกระบวนการส่วนนี้

⁴⁰ คณะอนุกรรมการพิจารณาแนวทางการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการส่งเอกสารทางการศาลระหว่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์เป็นคณะอนุกรรมการซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากคณะกรรมการระดับชาติเพื่อขับเคลื่อนการดำเนินการภายหลังประเทศไทยเข้าเป็นสมาชิกที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

⁴¹ รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการพิจารณาแนวทางการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการส่งเอกสารทางการศาลระหว่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ (Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil and Commercial Matters) ครั้งที่ 5/2565 วันศุกร์ที่ 2 ธันวาคม 2565 เวลา 09.00 น. ผ่านช่องทางออนไลน์ (โปรแกรม Cisco Webex).

⁴² เฟิ่งอ้วง, หน้า 9.

เป็นเรื่องทางปกครองซึ่งอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ดังนั้นจึงเป็นไปได้ที่เรื่องเดียวกันส่วนหนึ่งเป็นข้อพิพาทในศาลปกครอง ขณะที่อีกส่วนหนึ่งเป็นข้อพิพาทในศาลยุติธรรม ดังนั้นหากจะให้ร่างกฎหมายนี้หมายรวมถึงคดีปกครองด้วย ก็จะต้องมีการกำหนดคำนิยามที่ค่อนข้างละเอียด ทั้งนี้ นอกจากประเด็นความขัดแย้งเรื่องเขตอำนาจศาลในชั้นฟ้องคดี ยังมีประเด็นเรื่องคำพิพากษาของศาลยุติธรรมและศาลปกครองขัดแย้งกัน ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลฯ ในกรณีเช่นนี้ คำร้อง คำวินิจฉัย คำพิพากษาของศาลในส่วนของสำนักงานคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล จะถือว่าเป็นเอกสารทางการศาลหรือเอกสารอื่นด้วยหรือไม่ ตามอนุสัญญา เนื่องจากสำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลไม่ใช่ศาล แต่เป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หากจะถือว่าเป็นเอกสารที่กล่าวมาข้างต้นเป็นเอกสารทางการศาลหรือเอกสารอื่นด้วย อาจจะต้องกำหนดไว้ในคำนิยามเพิ่มเติม”

ประเด็นการใช้ออนุสัญญากับคดีปกครองจึงนับได้ว่าเป็นที่ยุติ กล่าวคือ การใช้อนุสัญญาจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของคดีซึ่งมีลักษณะเป็นเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์ (Civil and Commercial Matters) ไม่อาจขยายความให้หมายรวมถึงการดำเนินการในคดีปกครอง ดังนั้นหากต่อไปประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาดังนี้ การรับและส่งคำคู่ความหรือเอกสารอื่นภายในประเทศภาคีสมาชิกผ่านหน่วยงานกลาง (Central Authority) จะมีผลใช้บังคับเฉพาะกับคดีแพ่งหรือพาณิชย์ ซึ่งอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมเท่านั้น ไม่หมายรวมถึงการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองไปยังคู่กรณีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ

4. บทวิเคราะห์

4.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับระบบการพิจารณาคดีปกครองและหลักประกันสิทธิของคู่กรณีในคดีปกครอง

การพิจารณาคดีปกครองเป็นระบบไต่สวน⁴³ มีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความยุติธรรมให้กับคู่กรณีซึ่งมีสถานะไม่เท่าเทียมกันระหว่างเอกชนและหน่วยงานทางปกครอง แตกต่างจากการพิจารณาคดีแพ่งของศาลยุติธรรมซึ่งเป็นระบบกล่าวหา ศาลปกครองสามารถแสวงหาข้อเท็จจริงได้กว้างขวางและด้วยการริเริ่มของตนเอง ไม่ต้องถูกผูกมัดอยู่กับข้อเท็จจริงเฉพาะที่ปรากฏในคำคู่ความ (คำฟ้อง คำให้การ คำคัดค้านคำให้การ คำให้การเพิ่มเติม) ซึ่งนำเสนอโดยคู่กรณี⁴⁴ คดีปกครองจึงไม่มีหลักเกณฑ์เรื่องผู้ถูกฟ้องคดีขาดนัดยื่นคำให้การอย่างมาตรา 197 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพราะศาลปกครองมีอำนาจแสวงหาข้อเท็จจริงได้เองกระทั่งเห็นเพียงพอต่อการพิจารณา การไม่ยื่น

⁴³ ข้อ 5 วรรคหนึ่ง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

⁴⁴ เฟื่องอ้าง, ข้อ 50.

คำให้การของผู้ถูกฟ้องคดีในคดีปกครองมีผลเป็นเพียงการยอมรับข้อเท็จจริงตามข้อหาที่ผู้ฟ้องคดีได้กล่าวมา ศาลปกครองยังคงมีหน้าที่และมีอำนาจในการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมแล้วพิจารณาพิพากษาคดีไปตามที่เห็นเป็นการยุติธรรม ทั้งนี้ ตามข้อ 46 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

นอกจากนี้ การพิจารณาคดีปกครองซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบการใช้อำนาจปกครองของหน่วยงานทางปกครองซึ่งส่วนใหญ่เป็นการดำเนินการในระบบเอกสาร การพิจารณาคดีปกครองจึงอาศัยพยานเอกสารเป็นสำคัญยิ่งกว่าการเบิกความของพยานบุคคล คดีปกครองแม้จะมีการนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก⁴⁵ แต่การดำเนินการดังกล่าวไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการสืบพยานเหมือนกับวันพิจารณาในคดีแพ่งของศาลยุติธรรม (แม้ในวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกของศาลปกครองจะมีการเปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถแถลงข้อเท็จจริงได้) คดีปกครองจึงไม่มีหลักเกณฑ์เรื่องคู่กรณีขาดนัดพิจารณา ดังเช่นกรณีตามมาตรา 200 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เนื่องจากการพิจารณาคดีปกครองได้มีการกำหนดวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง⁴⁶ ไปก่อนแล้วที่จะมีการนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก

แม้ว่าคดีปกครองจะไม่มีการขาดนัดยื่นคำให้การหรือการขาดนัดพิจารณาเหมือนคดีแพ่งของศาลยุติธรรมตามที่กล่าวมา แต่การเปิดโอกาสให้คู่กรณีโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งถูกกล่าวหาว่าได้กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้รับทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสเข้ามาโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนตามควรแก่กรณี ก็เป็นหลักประกันสิทธิพื้นฐานของคู่พิพาทในการกระบวนพิจารณาคดีของศาลในทุกระบบ ซึ่งไม่อาจถูกเพิกเฉยหรือยกเว้นได้ ดังนั้นแม้การพิจารณาคดีปกครองจะเป็นระบบไต่สวนแต่การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองไปยังคู่กรณีไม่ว่าบุคคลนั้นจะอยู่ในประเทศหรือต่างประเทศก็ยังคงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องดำเนินการเพื่อให้สอดคล้องกับหลักประกันสิทธิของคู่กรณีในกระบวนพิจารณาของศาลปกครอง

4.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับคู่กรณีในคดีปกครอง

คดีปกครองเป็นข้อพิพาททางปกครองระหว่างเอกชนและหน่วยงานทางปกครองโดยสภาพแล้ว การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองไปยังคู่กรณีซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองย่อมไม่มีปัญหา เนื่องจากหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ล้วนมีที่ทำการซึ่งเป็นภูมิลำเนาในประเทศไทย แต่การดำเนินการกับคู่กรณีซึ่งเป็นเอกชน อาจเป็นได้ที่บุคคลนั้นจะมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ ซึ่งเป็นประเด็นหลักในบทความฉบับนี้ โดยเฉพาะกรณีคดีปกครองซึ่งคู่กรณีเอกชนเป็นผู้ถูกฟ้องคดี ได้แก่ ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) หรือข้อพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁴⁵ เฟื่องอ้าง, ข้อ 83.

⁴⁶ เฟื่องอ้าง, ข้อ 62.

เอกชนผู้ถูกฟ้องคดีในข้อพิพาทข้างต้นไม่ใช่ผู้ริเริ่มในการนำข้อพิพาทมาสู่ศาลปกครอง โดยสภาพจึงไม่อยู่ในสถานะที่จะล่วงรู้ข้อเท็จจริงหรือสามารถรับทราบกระบวนการพิจารณาคดีปกครองได้ ตั้งแต่เริ่มต้น หากไม่มีการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองด้วยวิธีการที่ถูกต้องเหมาะสม บุคคลนั้นย่อมไม่สามารถรับทราบข้อเท็จจริงตามข้อกล่าวหาและไม่มีโอกาสเข้ามาโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนได้ตามควรแก่กรณี เป็นการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานในกระบวนการพิจารณาคดี แตกต่างจากกรณีเอกชนเป็นผู้ฟ้องคดี เมื่อฝ่ายตนเป็นผู้ริเริ่มในการนำข้อพิพาทมาสู่ศาลปกครองตั้งแต่ต้น บุคคลนั้นย่อมต้องแจ้งช่องทางหรือระเบียบวิธีในการติดต่อสื่อสารระหว่างศาลปกครองกับตนไว้อย่างชัดเจน เพื่อการมีส่วนร่วมหรือรับทราบความคืบหน้าของกระบวนการพิจารณาคดีปกครอง ดังนั้นการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองไปยังเอกชนผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ จึงสมควรมีหลักเกณฑ์ในการดำเนินการเป็นพิเศษในทำนองเดียวกับมาตรา 83 สัตต แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁴⁷ เรื่องการส่งหมายเรียกและคำฟ้องตั้งต้นคดีไปยังจำเลยซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ

4.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับประเภทของข้อความหรือเอกสารในคดีปกครอง

ข้อความหรือเอกสารในคดีปกครองซึ่งจะต้องแจ้งหรือส่งไปยังคู่กรณีมีอยู่หลายประเภท และมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน เช่น การส่งสำเนาคำฟ้องไปยังผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีจัดทำคำให้การ การส่งสำเนาคำคัดค้านคำให้การไปยังผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีจัดทำคำให้การเพิ่มเติม การแจ้งหรือส่งคำสั่งศาลเพื่อให้คู่กรณีดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด รวมถึงการแจ้งกำหนดวันซึ่งมีความสำคัญต่อสิทธิของคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาคดีปกครอง เช่น การแจ้งวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง การแจ้งสรุปข้อเท็จจริงของตุลาการเจ้าของสำนวนก่อนวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก การแจ้งกำหนดวันอ่านผลแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งเป็นการล่วงหน้าตามสมควร จากการศึกษาพบว่า หลักเกณฑ์การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองไปยังคู่กรณีตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการดำเนินการภายในประเทศ ไม่ได้มีการแบ่งประเภทของเอกสารในคดีปกครองไว้ ดังนั้นเอกสารในคดีปกครองทุกประเภทจึงถูกส่งด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน ไม่ได้มีการลำดับความสำคัญของเอกสาร แตกต่างจากหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งได้มีการแบ่งประเภทเอกสารและวิธีส่งไว้ 2 ประเภท ได้แก่ (1) เอกสารประเภทสำเนาคำฟ้องตั้งต้นคดีตามมาตรา 83 สัตต แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และ (2) เอกสารอื่นในคดีตามมาตรา 83 ตรี แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁴⁸ พิจารณาแล้วเห็นว่า ในคดีปกครองสมควรให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์โดยแบ่งประเภทเอกสารในคดี ซึ่งต้องคำนึงถึงความสำคัญที่แตกต่างกันด้วย เช่น สำเนาคำฟ้องตั้งต้นคดี เอกสารอื่นในคดีปกครอง ทั้งต้องกำหนดวิธีส่งให้มีประสิทธิภาพเหมาะสมกับความสำคัญของเอกสารนั้น

⁴⁷ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22

⁴⁸ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26

4.4 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับปัญหาจากการไม่มีหลักเกณฑ์โดยเฉพาะ

หลักเกณฑ์ในการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองตามระเบียบดังกล่าว ได้แก่ การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารแก่คู่กรณีในวันที่คู่กรณีมาติดต่อขอรับทราบที่ศาล การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารโดยวิธีอื่น (ปิดประกาศที่ศาล ประกาศทางหนังสือพิมพ์) การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ของศาลหรือบุคคลอื่นนำไปส่ง การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารตามข้อ 22 วรรคสอง แห่งระเบียบดังกล่าว (โทรศัพท์ โทรสาร ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์) เป็นวิธีซึ่งโดยสภาพแล้วมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ดำเนินการภายในประเทศ ไม่มีหลักเกณฑ์โดยเฉพาะสำหรับกรณีคู่กรณีมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศว่าศาลต้องดำเนินการแจ้งหรือส่งด้วยวิธีใด ภายใต้เงื่อนไขหรือลำดับการดำเนินการเช่นใด ปรากฏเพียงแนวทางปฏิบัติในเอกสารคู่มือการปฏิบัติงานของตุลาการศาลปกครองชั้นต้นซึ่งกำหนดว่า กรณีศาลมีคำสั่งให้แจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีไปยังคู่กรณีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ ให้เป็นหน้าที่ของสำนักงานศาลปกครองกลางหรือสำนักงานศาลปกครองในภูมิภาคเป็นผู้ดำเนินการแจ้งคำสั่งศาลให้คู่กรณีทราบ

การดำเนินการในคดีปกครอง ศาลปกครองได้นำวิธีการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 มาใช้ในหลายวิธี เช่น การส่งหมายแจ้งคำสั่งศาลโดยการประสานขอความร่วมมือทางศาลระหว่างประเทศผ่านกระทรวงการต่างประเทศ การส่งทางไปรษณีย์ด่วนพิเศษระหว่างประเทศ การแจ้งคำสั่งแก่ผู้ฟ้องคดีทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) รวมถึงการมีคำสั่งให้ปิดประกาศและให้ถือว่าทราบเมื่อครบระยะเวลาตามที่กำหนด การดำเนินการดังกล่าวมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับปัญหาจากการไม่มีหลักเกณฑ์โดยเฉพาะ ดังนี้

4.4.1 การไม่มีหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้โดยเฉพาะ ส่งผลให้ศาลปกครองพิจารณามีคำสั่งในเรื่องซึ่งมีสาระสำคัญเหมือนกัน แต่อาจถูกกำหนดให้แจ้งหรือส่งด้วยวิธีที่แตกต่างกัน คู่กรณีไม่อาจคาดหมายหรือตรวจสอบการดำเนินการของศาลในเรื่องนี้ได้ ทั้งยังมีความเสี่ยงที่กระบวนการพิจารณาคดีในศาลปกครองชั้นต้นอาจถูกสั่งให้ต้องดำเนินการกระบวนการพิจารณาคดีใหม่โดยศาลปกครองสูงสุด เช่น คดีของศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 744/2560 ตามข้อ 1.1.2 (1) ส่งผลกระทบต่อดันทุนภาครัฐ ทั้งแก่บุคลากรและงบประมาณ สร้างความเสียหายเชิงประสิทธิภาพในการอำนวยความสะดวกทางปกครองแก่คู่กรณีจากการดำเนินการซึ่งต้องเน้นซ้ำออกไป คู่กรณีได้รับความเสียหายหรืออาจกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

4.4.2 การนำวิธีการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้ในคดีปกครอง ทั้งที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ไม่ได้กำหนดให้นำมาใช้บังคับได้ ก่อให้เกิดปัญหาว่า การดำเนินการดังกล่าวเป็นการใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในฐานะใด ตามหลักการใช้และการตีความกฎหมาย จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีบทบัญญัติให้อำนาจศาลปกครองนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

ความแพ่ง มาใช้บังคับได้ 4 เรื่อง ได้แก่ (1) มาตรา 45 วรรคสี่ เรื่องค่าธรรมเนียมศาล (2) มาตรา 63 วรรคหนึ่ง เรื่องการคัดค้านตุลาการศาลปกครอง (3) มาตรา 64 วรรคหนึ่ง เรื่องละเมิดอำนาจศาล และ (4) มาตรา 75/1 เรื่องการบังคับคดี นอกจากนี้ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 กำหนดให้ศาลปกครองนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับได้ 3 เรื่อง ได้แก่ (1) ข้อ 77 เรื่องการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (2) ข้อ 78 เรื่องการร้องสอด (3) ข้อ 166 วรรคหนึ่ง และข้อ 168 เรื่องค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับคดี ผู้เขียนบทความพิจารณาแล้วเห็นว่า ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายหรือระเบียบให้อำนาจศาลปกครองใช้บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ศาลปกครองย่อมไม่อาจใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยอนุโลมได้ว่าเป็นการทั่วไป ดังนั้นเมื่อการดำเนินการเรื่องนี้ไม่มีกฎหมายหรือระเบียบใดให้อำนาจศาลปกครองไว้ การใช้วิธีการใด ๆ ซึ่งพ้องกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองตามที่กล่าวมาในข้อ 1. จึงไม่ใช่การใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยอนุโลม ในฐานที่มีกฎหมายหรือระเบียบใดให้อำนาจไว้ ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาต่อไปว่า การดำเนินการดังกล่าวสามารถนับว่าเป็นการดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองตามข้อ 5 วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 หรือไม่ อย่างไร

ข้อ 5 วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 กำหนดว่า “ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ ให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง” จากการศึกษาพบว่า หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองตามที่ปรากฏในแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง⁴⁹ ปัจจุบันมีอยู่ 11 หลัก ได้แก่ (1) หลักผู้มีสิทธิฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียกับการเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี (2) หลักเหตุแห่งการฟ้องคดีหมดสิ้นไป (3) หลักการดำเนินวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยคู่กรณีไม่เสียค่าใช้จ่าย (4) หลักคำฟ้องเพิ่มเติมต้องเกี่ยวข้องกับคำฟ้องเดิม (5) หลักศาลไม่อาจก้าวล่วงไปใช้อำนาจทางปกครองแทนหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ (6) หลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ส่วนบุคคล (7) หลักแบบคำร้องอุทธรณ์คำสั่ง (8) หลักศาลที่มีอำนาจบังคับคดี (9) หลักศาลต้องพิจารณาคดีตรงตามคำขอ (10) หลักการฟังความสองฝ่าย (11) หลักการพิจารณาคดีระบบไต่สวน ผู้เขียนบทความพิจารณาแล้วเห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองยังไม่ปรากฏการวางหลักเรื่องการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองไปยังคู่กรณีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ ทั้งเมื่อได้ศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เรื่องหลักการฟังความสองฝ่าย ก็ยังไม่ปรากฏเนื้อหาใด ๆ เกี่ยวกับเรื่องการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสาร

⁴⁹ สำนักงานศาลปกครอง, แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง (พ.ศ. 2544-พ.ศ. 2552) ในโอกาสครบรอบ 9 ปี ศาลปกครอง 9 มีนาคม 2553, (กรุงเทพฯ : ประชาชน, 2553), หน้า 663-670.

ในคดีปกครอง ดังนั้นการดำเนินการของศาลปกครองในเรื่องดังกล่าวในปัจจุบัน จึงยังไม่พึงนับว่าเป็นการดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไป ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองตามข้อ 5 วรรคสอง แห่งระเบียบดังกล่าว อันแสดงให้เห็นว่า การนำวิธีการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้เป็นประเด็นปัญหาในทางกฎหมาย

4.4.3 การเทียบเคียงหลักเกณฑ์จากข้อ 14 แห่งระเบียบดังกล่าว หรือวิธีการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กรณีการส่งโดยวิธีอื่นด้วยการปิดประกาศไว้ที่ศาลปกครอง มาใช้กับการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองไปยังคู่กรณีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ ตามที่ปรากฏในคดีของศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 744/2560 (ข้อ 1.1.2 (1)) ศาลมีคำสั่งให้ปิดประกาศและให้ถือว่าทราบเมื่อครบ 7 วัน นับแต่วันปิดประกาศ ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว คู่กรณีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศไม่อยู่ในวิสัยที่จะทราบการแจ้งตามประกาศนั้นได้ตามความเป็นจริง การดำเนินการดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับหลักประกันสิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณาคดี โดยเฉพาะกรณีที่เอกชนเป็นผู้ถูกฟ้องคดี นอกจากนี้ การเทียบเคียงหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาบังคับใช้ก็สมควรให้สอดคล้องกับเงื่อนไขตามที่ศาลได้วางไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 64/2562 ที่ระบุว่า การดำเนินการโดยวิธีอื่น (ปิดประกาศ โฆษณา ในหนังสือพิมพ์) จะต้องเป็นกรณีที่ศาลไม่อาจสืบทราบที่อยู่ของผู้รับได้ ดังนั้นในกรณีที่ศาลทราบที่อยู่ ศาลจะต้องใช้ความพยายามเพื่อดำเนินการส่งตามวิธีที่ดีที่สุดเป็นอันดับแรกก่อน

4.4.4 การเทียบเคียงวิธีการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับกับคดีปกครอง ซึ่งแม้จะเป็นหลักเกณฑ์ในการดำเนินการกับคู่กรณีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศโดยเฉพาะ แต่ก็ยังมีปัญหาทางปฏิบัติโดยเฉพาะกรณีการประสานความร่วมมือผ่านกระทรวงการต่างประเทศ (Diplomatic Channel) เนื่องจากไม่มีกฎหมายหรือระเบียบกำหนดหน้าที่ในการจัดทำคำแปลและรับรองความถูกต้องของคำแปลนั้น รวมถึงความรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น ซึ่งปัจจุบันสำนักงานศาลปกครองยังคงเป็นผู้ดำเนินการอยู่ ขณะที่กระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของศาลยุติธรรม การดำเนินการเหล่านี้กำหนดไว้ในกฎหมายและกฎที่เกี่ยวข้องอย่างชัดเจนให้เป็นหน้าที่ของโจทก์ในคดี นอกจากนี้ การที่ศาลปกครองมีคำสั่งให้ส่งทางไปรษณีย์ด่วนพิเศษระหว่างประเทศหรือส่งทางผู้ประกอบกิจการรับส่งพัสดุภัณฑ์ระหว่างประเทศ อาจพิจารณาว่าเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยทางการศาลของไทยเหนืออำนาจอธิปไตยของรัฐปลายทาง ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ

4.4.5 ปัญหาการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) ไปยังคู่กรณีในคดีปกครอง ไม่ว่าจะเป็นกรณีผู้ฟ้องคดีหรือผู้ถูกฟ้องคดีตามข้อ 22 วรรคสอง แห่งระเบียบดังกล่าว ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่ออำนวยความสะดวก มีปัญหาว่าการดำเนินการเช่นนี้สามารถแทนการแจ้งหรือส่งตามวิธีปกติ (ทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ) ได้หรือไม่ เพียงใด พิจารณาแล้วเห็นว่า ความในวรรคหนึ่งของข้อ 22 แห่งระเบียบข้างต้น ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์การติดต่อสื่อสารระหว่างศาลด้วยกัน ปรากฏข้อความว่า “...แทนการติดต่อโดยทางไปรษณีย์หรือประกอบกันก็ได้...” ดังนั้นการติดต่อสื่อสารระหว่างศาลด้วยกันจึงสามารถใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) แทนการส่งทางไปรษณีย์

ลงทะเบียนตอบรับได้ แต่ความในวรรคสองของข้อ 22 แห่งระเบียบดังกล่าว กลับไม่ปรากฏข้อความเช่นนั้น พิจารณาแล้วเห็นว่า วิธีการตามวรรคหนึ่งซึ่งศาลสามารถนำมาใช้เพื่ออำนวยความสะดวกแก่คู่กรณีได้ มีความหมายเฉพาะส่วนของวิธีการเท่านั้น (การส่งทางโทรสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศประเภทอื่น) เมื่อไม่ปรากฏข้อความว่า “...แทนการติดต่อโดยทางไปรษณีย์หรือประกอบกันก็ได้...” ในวรรคสองด้วย ดังนั้นการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) ไปยังคู่กรณี จึงเป็นได้เพียงการดำเนินการเพื่อประกอบการส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับเท่านั้น ไม่สมควรใช้แทนการส่งไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับโดยสิ้นเชิง เพราะอาจถูกพิจารณาว่าเป็นการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ผู้เขียนบทความมีข้อสังเกตว่า แม้ว่าปัจจุบันจะมีระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2562 ซึ่งคู่กรณีสามารถขอให้มีการดำเนินคดีผ่านระบบงานคดีปกครองอิเล็กทรอนิกส์ได้ โดยผู้ฟ้องคดีที่ประสงค์เช่นนั้นจะต้องดำเนินการลงทะเบียนตามขั้นตอนและวิธีการที่กำหนด การดำเนินคดีในลักษณะเช่นนี้ ข้อ 24 แห่งระเบียบดังกล่าว ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองไปยังคู่กรณีไว้ว่า “การส่งหรือแจ้งคำให้การ คำคัดค้านคำให้การ คำให้การเพิ่มเติม คำชี้แจง คำแถลง คำร้อง คำขอ หรือพยานหลักฐาน รวมถึงคำสั่งศาล หมายเรียก หรือเอกสารอื่นใดแก่คู่กรณีหรือบุคคลที่ลงทะเบียนไว้แล้ว ให้ส่งหรือแจ้งทางระบบงานคดีปกครองอิเล็กทรอนิกส์ และให้ถือว่าผู้รับได้รับแจ้งเมื่อมีการแจ้งสถานะการส่งหรือแจ้งดังกล่าวเข้าสู่ระบบงานคดีปกครองอิเล็กทรอนิกส์ไปยังที่อยู่ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ที่ให้ไว้ในการลงทะเบียน” พิจารณาแล้วเห็นว่า ในกรณีการดำเนินคดีผ่านระบบงานคดีปกครองอิเล็กทรอนิกส์ การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารไปยังคู่กรณีจะดำเนินการผ่านระบบงานคดีปกครองอิเล็กทรอนิกส์ไปยังที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail address) ตามที่คู่กรณีได้ลงทะเบียนไว้เป็นวิธีการหลัก ซึ่งมีความสะดวกรวดเร็ว ทั้งกรณีคู่กรณีมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศและต่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) ไปยังคู่กรณีสำหรับการดำเนินคดีปกครองในระบบปกติ ยังคงมีเพียงหลักเกณฑ์ตามข้อ 22 วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ดังที่กล่าวมา ดังนั้นปัญหาในเรื่องนี้จึงยังคงปรากฏอยู่สำหรับการดำเนินคดีปกครองในระบบปกติ

4.4.6 ปัญหาการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารไปยังตัวแทนของคู่กรณีในประเทศไทย ตามที่ปรากฏในข้อ 1.1.2 (3) ซึ่งจากการศึกษาไม่ปรากฏหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนี้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ดังนั้นการนำวิธีการในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้โดยเฉพาะมาบังคับใช้ อาจเป็นปัญหาและกระทบต่อสิทธิของผู้ถูกฟ้องคดีที่มีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศซึ่งอาจไม่ได้รับการแจ้งข้อความหรือรับเอกสารในคดีปกครอง ส่งผลให้ไม่มีโอกาสเข้ามาโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานเพื่อการปกป้องสิทธิของตนตามควร ในกระบวนการพิจารณาคดีปกครอง นอกจากนี้ การพิจารณาโดยใช้หลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมาย

วิธีพิจารณาความแพ่ง ในคดีปกครองก็ยังมีปัญหาว่า การดำเนินการดังกล่าวเป็นการใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในฐานะใดตามหลักการใช้และตีความกฎหมาย ซึ่งได้พิจารณาแล้วในข้อ 4.4.2

4.5 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการไม่มีบทบัญญัติทำนองเดียวกับมาตรา 34 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในกระบวนการพิจารณาคดีปกครอง

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีปกครองทั้งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ยังไม่มีหลักเกณฑ์รองรับการดำเนินการซึ่งมีจุดเกาเกี่ยวกับองค์ประกอบต่างประเทศ ซึ่งต่อไปภายหน้าศาลปกครองอาจมีการเจรจาเพื่อทำข้อตกลงว่าด้วยความร่วมมือทางการศาลกับต่างประเทศ หรือแม้แต่แนวทางปฏิบัติในปัจจุบัน ซึ่งศาลปกครองได้ดำเนินการอยู่ในการประสานความร่วมมือด้วยวิธีทางการทูตผ่านกระทรวงการต่างประเทศ แต่ยังไม่มียกเว้นหรือรับไว้อย่างชัดเจนในทำนองเดียวกับมาตรา 34 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยในกรณีนี้สมควรให้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ คือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพื่อให้ผู้ซึ่งกฎหมายสามารถพิจารณาหลักเกณฑ์ที่จะมีผลบังคับใช้ในแต่ละกรณีได้อย่างเป็นลำดับ เริ่มจาก (1) หลักเกณฑ์ตามข้อตกลงระหว่างประเทศ (2) หลักเกณฑ์ตามกฎหมายภายใน (Domestic Law) และ (3) หลักเกณฑ์ตามหลักทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศหรือหลักประติบัติต่างตอบแทน (Reciprocity)

4.6 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับวิธีแจ้งหรือส่งที่เหมาะสมกับกระบวนการพิจารณาคดีปกครอง

ขณะที่ศาลปกครองยังไม่มีนโยบายในการเจรจาเพื่อทำข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยความร่วมมือทางการศาลกับต่างประเทศ การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองไปยังคู่กรณีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและมีวัตถุประสงค์สำหรับการดำเนินการในต่างประเทศโดยเฉพาะ เปรียบเทียบกับการดำเนินการในคดีแพ่งของศาลยุติธรรมแล้วเห็นว่า หลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้กำหนดวิธีส่งคำคู่ความหรือเอกสารอื่นในคดีไปยังจำเลยซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักรไว้ 3 วิธี ได้แก่ (1) ส่งทางไปรษณีย์ด่วนพิเศษระหว่างประเทศ หรือ (2) ส่งทางผู้ประกอบกิจการรับส่งพัสดุภัณฑ์ระหว่างประเทศ หรือ (3) ส่งผ่านสำนักงานศาลยุติธรรมและกระทรวงการต่างประเทศ พิจารณาแล้วเห็นว่า การดำเนินการด้วยวิธี (1) และ (2) เคยปรากฏปัญหาในทางปฏิบัติของสำนักงานศาลยุติธรรมว่า การดำเนินการเช่นนั้นแม้จะเป็นไปตามกฎหมายไทย แต่ก็เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยทางการศาลของไทยเหนืออำนาจอธิปไตยของรัฐปลายทาง เนื่องจากรัฐเหล่านั้นเห็นว่าเป็นการดำเนินการที่ไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศและส่งผลเป็นการละเมิดอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น⁵⁰ เช่น สมาพันธรัฐสวิส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งเคยตั้งข้อคัดค้านต่อการใช้อำนาจ

⁵⁰ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 22

ของศาลไทยตามมาตรา 83 สัตต แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁵¹ ดังนั้นการดำเนินการของศาลปกครองจึงสมควรใช้วิธีแจ้งหรือส่งผ่านสำนักงานศาลปกครองและกระทรวงการต่างประเทศเป็นหลัก ซึ่งเป็นวิธีที่เหมาะสมและสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ ในการนี้ สมควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดทำคำแปล คำรับรองคำแปล และความรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องไว้ในกฎหมายเรื่องนี้ด้วย เพื่อให้เกิดความชัดเจนและมีประสิทธิภาพในทางปฏิบัติ ส่วนการส่งโดยวิธีอื่น (การปิดประกาศที่ศาลปกครอง การโฆษณาในหนังสือพิมพ์) ผู้เขียนบทความเห็นว่า สมควรกำหนดหลักเกณฑ์ให้มีการพิจารณาใช้อย่างจำกัด และเฉพาะกรณีที่ไม่สามารถดำเนินการตามวิธีการหลักได้เท่านั้น

สรุปและข้อเสนอแนะ

(1) สรุป

การแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองไปยังคู่กรณีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ ยังไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ในการดำเนินการโดยเฉพาะ ทั้งในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 การพิจารณามีคำสั่งของศาลในเรื่องนี้จึงยังไม่แน่นอนและไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ก่อให้เกิดปัญหาตามมาหลายประการทั้งทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ จากการศึกษาการดำเนินการในคดีแพ่งของศาลยุติธรรม พบว่า มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติหลักเกณฑ์ในการดำเนินการไว้โดยตรง โดยเฉพาะการให้ความสำคัญกับการส่งสำเนาคำฟ้องตั้งต้นคดีไปยังจำเลยซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ นอกจากหลักเกณฑ์ตามกฎหมายภายในแล้ว ยังมีหลักเกณฑ์ตามข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการประสานความร่วมมือทางการศาลระหว่างกัน รวมถึงหลักเกณฑ์ตามหลักทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ ขณะนี้ประเทศไทยโดยสำนักงานศาลยุติธรรมอยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการส่งเอกสารทางการศาลระหว่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ (Service Convention) ซึ่งเป็นช่องทางพิเศษที่มีความสะดวกรวดเร็วยิ่งกว่าวิธีทางการทูต และยังให้ผลในวงกว้างภายในกลุ่มประเทศสมาชิกโดยไม่ต้องดำเนินการเจรจาเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อตกลงรายประเทศ อย่างไรก็ตาม ขอบเขตการดำเนินการตามอนุสัญญาดังกล่าวจำกัดอยู่เฉพาะคดีแพ่งหรือพาณิชย์ของศาลยุติธรรมเท่านั้น ไม่ได้หมายความว่ารวมถึงคดีปกครองของศาลปกครองแต่อย่างใด ดังนั้นจึงจำเป็นที่กระบวนการพิจารณาคดีปกครองจะต้องมีหลักเกณฑ์เพื่อรองรับการดำเนินการในเรื่องนี้ ทั้งในส่วน of พระราชบัญญัติและระเบียบที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะการสร้างหลักเกณฑ์เรื่องการส่งเอกสาร

⁵¹ รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการพิจารณาแนวทางการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการส่งเอกสารทางการศาลระหว่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ (Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil and Commercial Matters) ครั้งที่ 3/2565 วันศุกร์ที่ 7 ตุลาคม 2565 เวลา 09.00 น. ผ่านช่องทางออนไลน์ (โปรแกรม Cisco Webex) หน้า 3.

ไปยังต่างประเทศผ่านสำนักงานศาลปกครองและกระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งพิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นวิธีที่เหมาะสมและสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ

(2) ข้อเสนอแนะ

ข้อเสนอแนะแบ่งออกเป็น 2 ระยะ ดังนี้

ก. ข้อเสนอแนะในระยะสั้น

การดำเนินการเพื่อแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองไปยังคู่กรณีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศในสภาวะการณ์ซึ่งยังไม่มีหลักเกณฑ์โดยเฉพาะ ศาลปกครองสมควรพิจารณาใช้การแจ้งหรือส่งโดยการประสานความร่วมมือไปยังกระทรวงการต่างประเทศเป็นหลัก (Diplomatic Channel) โดยอาศัยความร่วมมือของคู่กรณีในคดีปกครอง พยายามหลีกเลี่ยงการแจ้งหรือส่งทางไปรษณีย์ด่วนพิเศษระหว่างประเทศหรือส่งทางผู้ประกอบกิจการรับส่งพัสดุภัณฑ์ระหว่างประเทศ เนื่องจากเคยปรากฏปัญหาในทางปฏิบัติของสำนักงานศาลยุติธรรมกับรัฐบาลยทางบางส่วนว่าเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยทางการศาลของไทยเหนืออธิปไตยของรัฐบาลยทาง ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ

ศาลปกครองควรพิจารณาแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีไปยังคู่กรณีซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศโดยตรง แม้ว่าบุคคลนั้นจะมีตัวแทนในการประกอบการอยู่ในประเทศไทย เนื่องจากปัจจุบันกระบวนการพิจารณาคดีปกครองยังไม่มีบทบัญญัติรองรับการดำเนินการในเรื่องนี้ ดังเช่น มาตรา 83 ตีร แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ที่ให้อำนาจศาลยุติธรรมสามารถส่งเอกสารในคดีไปยังคู่ความตามภูมิลำเนาของตัวแทนในประเทศได้ เพราะบุคคลนั้นอาจไม่ได้รับการประสานข้อมูลจากตัวแทนของตนในประเทศไทยเพื่อรับทราบข้อความหรือได้รับเอกสารในคดีปกครอง ส่งผลให้ไม่มีโอกาสเข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีปกครองเพื่อโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนตามควรแก่กรณี

นอกจากนี้ ศาลปกครองพึงงดเว้นการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสารในคดีปกครองทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) ตามข้อ 22 วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 เพื่อแทนการส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ เนื่องจากอาจมีประเด็นเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย หากจะดำเนินการด้วยวิธีเช่นนี้สมควรให้เป็นเพียงมาตรการเสริมเพื่อการอำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณีเท่านั้น

ข. ข้อเสนอแนะในระยะยาว

ในการดำเนินการเพื่อสร้างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนี้ เนื่องจากเป็นหลักเกณฑ์ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับองค์ประกอบระหว่างประเทศ กรณีจำเป็นต้องมีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพื่อลำดับการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในไว้อย่างเป็นระบบตามที่กล่าวมาในข้อ 4.5 ในการนี้ สมควรเทียบเคียงถ้อยคำจาก มาตรา 34 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพื่อการยกร่างบทบัญญัติ ส่วนหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นรายละเอียดในการดำเนินการ สมควรกำหนดไว้ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 เพิ่มเติมจากหลักเกณฑ์เดิม เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการพิจารณา

สร้างหลักเกณฑ์ตามที่ได้พิจารณาเห็นว่าควรให้มีการลำดับความสำคัญของเอกสารในคดี โดยเฉพาะการส่งสำเนาคำฟ้องตั้งต้นคดีไปยังผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งสมควรให้ความสำคัญเป็นพิเศษยิ่งกว่าเอกสารอื่นในคดี ส่วนวิธีในการส่งนั้น ในชั้นนี้ เห็นควรให้ใช้การส่งผ่านกระทรวงการต่างประเทศเป็นหลัก และต้องมีการกำหนดหน้าที่ในการจัดทำคำแปล คำรับรองคำแปล รวมถึงความรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น ให้คู่กรณีในคดีปกครองได้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการด้วยตนเองเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาตีแผ่ของศาลยุติธรรม และหากมีความพร้อมในอนาคต ศาลปกครองอาจมีนโยบายเพื่อปรับลดขั้นตอนเกี่ยวกับการดำเนินการเรื่องนี้ให้สะดวกและรวดเร็วยิ่งขึ้น ด้วยการจัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยความร่วมมือทางการศาลในคดีปกครอง รวมถึงการพัฒนาาร่วมกันของกลุ่มประเทศในประชาคมโลกเพื่อการประสานความร่วมมือทางการศาลในคดีปกครองในลักษณะของข้อตกลงพหุภาคีหรืออนุสัญญาต่อไป

รายการอ้างอิง

หนังสือ

สำนักงานศาลปกครอง, คู่มือการปฏิบัติงานของตุลาการศาลปกครองชั้นต้น, (กรุงเทพฯ : สหมิตรพรินต์ติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2564).

สำนักงานศาลปกครอง, แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง (พ.ศ. 2544-พ.ศ. 2552) ในโอกาสครบรอบ 9 ปี ศาลปกครอง 9 มีนาคม 2553, (กรุงเทพฯ : ประชาชน, 2553).

รายงานการวิจัย

ธรรมนุญ สงวนเขียว, “การพัฒนาความร่วมมือทางการศาลระหว่างประเทศเกี่ยวกับการส่งเอกสารทางการศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์” (ดุสิตนิพนธ์ปรัชญาดุษฎีบัณฑิต, สาขาวิชาการบริหารกระบวนการยุติธรรม คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562).

รายงานการประชุม

รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการพิจารณาแนวทางการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการส่งเอกสารทางการศาลระหว่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ (Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil and Commercial Matters) ครั้งที่ 3/2565 วันศุกร์ที่ 7 ตุลาคม 2565 เวลา 09.00 น. ผ่านช่องทางออนไลน์ (โปรแกรม Cisco Webex).

รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการพิจารณาแนวทางการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการส่งเอกสารทางการศาลระหว่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ (Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil and Commercial Matters) ครั้งที่ 5/2565 วันศุกร์ที่ 2 ธันวาคม 2565 เวลา 09.00 น. ผ่านช่องทางออนไลน์ (โปรแกรม Cisco Webex).

เอกสารการประชุม

สำนักงานศาลยุติธรรม, ‘เอกสารประกอบการสัมมนา’ (การสัมมนาเรื่องอนุสัญญาหลักของ HCCH และแนวทางการเป็นไปได้ในการเข้าเป็นภาคีของไทย (Thailand and the HCCH Core Conventions : Connecting Possibility and Approach), 28 มกราคม 2565).

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

Note on Article 1(1) of the 2016 Preliminary Draft Convention and the Term Civil and Commercial Matters, [Online], retrieved from <https://shorturl.asia/1PYbE> เมื่อ 30 มกราคม 2567.



Report on the Work of the Special Commission of April 1989 on the Operation of the Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Document in Civil and Commercial Matters and of 18 March 1970 on the Taking Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, [Online], retrieved from <https://shorturl.asia/LZkE3> เมื่อ 30 มกราคม 2567.

วารสารวิชาการศาลปกครอง

บทวิเคราะห์คดี : บทบาทของศาลปกครองต่อการคุ้มครองเสรีภาพทางศาสนาในสถานศึกษา
กรณีศึกษาจากการห้ามนักเรียนสวมเครื่องแบบตามความเชื่อของศาสนาอิสลาม
ในสถานศึกษาที่ตั้งอยู่บนพื้นที่ธรณีสงฆ์ (คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565)

วิชา เนตรหัตถ์สนั่น*

ความเบื้องต้น

หากกล่าวถึงข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับศาสนาแล้ว ผู้คนมักเชื่อมโยงข้อพิพาทประเภทดังกล่าวกับคำว่า “ซับซ็อน” และ “ละเอียดอ่อน” เหตุผลที่ผู้คนเห็นว่าข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับศาสนาเป็นหนึ่งในประเภทของข้อพิพาทที่ซับซ็อนและละเอียดอ่อนมากที่สุดประเภทหนึ่งนั้น เนื่องจากศาสนาเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับความรู้สึกหรือความสัมพันธ์ของผู้นับถือศาสนาที่มีต่อสิ่งที่ตนนับถือ ไม่ว่าสิ่งนั้นจะอยู่ในรูปแบบของพระผู้เป็นเจ้า ศาสดา เทพเจ้า หลักคำสอน หรือรูปแบบอื่นใดก็ตาม นอกจากนี้ ความเชื่อหรือรูปแบบการปฏิบัติให้เป็นไปตามความเชื่อของแต่ละศาสนายังมีความแตกต่างหลากหลายไปตามการตีความหลักคำสอนของผู้นับถือศาสนานั้น ๆ อีกด้วย ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่า การนับถือหรือปฏิบัติตนให้เป็นไปตามความเชื่อทางศาสนานั้น เป็นเรื่องของปัจเจกบุคคลและขึ้นอยู่กับความพึงพอใจของผู้นับถือหรือปฏิบัติค่อนข้างสูง อันจะทำให้ต้องใช้ความระมัดระวังอย่างยิ่งในการที่จะเข้าไปแก้ไขหรือระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับศาสนา

ประเด็นปัญหาจะซับซ็อนและละเอียดอ่อนมากยิ่งขึ้นในกรณีของคดีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเสรีภาพทางศาสนาในสถานศึกษา เนื่องจากสถานศึกษาเป็นสถานที่ที่นักเรียนและครูมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิด และเป็นความสัมพันธ์ในรูปแบบที่นักเรียนต้องอยู่ในความควบคุมดูแลของครู ในลักษณะที่ครูสามารถลงโทษนักเรียนตามหลักเกณฑ์ที่ระเบียบของแต่ละสถานศึกษากำหนดไว้ ทำให้การพิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเสรีภาพทางศาสนาในสถานศึกษานั้น จะต้องคำนึงถึงปัจจัยทั้ง 3 ประการประกอบกัน ได้แก่ **ประการที่หนึ่ง** การคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสถานศึกษา ไม่ว่าจะเป็นนักเรียน ครู หรือผู้ปกครอง **ประการที่สอง** หน้าที่ของสถานศึกษาในการดำรงหลักความเป็นกลางของบริการสาธารณะ และ**ประการที่สาม** หน้าที่ของสถานศึกษาในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยคำนึงถึงบริบทแห่งสังคมพหุวัฒนธรรม¹

*

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

¹ ความสัมพันธ์ของหลักการทั้ง 3 ประการ พร้อมทั้งตัวอย่างการปรับใช้ในระบบของกฎหมายเยอรมัน โปรดดู วิชา เนตรหัตถ์สนั่น, “วิวัฒนาการของแนวคิดด้วย “เสรีภาพทางศาสนาในสถานศึกษา” ในระบบกฎหมายเยอรมัน กรณีศึกษาจากคดีรูปปั้นพระเยซูในห้องเรียน คดีครูสวมผ้าคลุมศีรษะ และคดีบูร์กินีในชั้นเรียนว่ายน้ำ,” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 21 ฉบับที่ 3, 2564, หน้า 60-87.

ศาลปกครองไทยได้มีโอกาสนิพนธ์คดีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเสรีภาพทางศาสนา ในสถานศึกษาเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คดีตามคำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565 อันเป็นคดี ซึ่งเป็นที่สนใจของสื่อมวลชนและประชาชนทั่วไปมาอย่างต่อเนื่อง และนับเป็นคดีสำคัญที่เป็นหมุดหมาย ที่สำคัญสำหรับการปรับใช้หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเสรีภาพทางศาสนาในสถานศึกษา โดยคำนึงถึงปัจจัยทั้ง 3 ประการ ที่กล่าวไว้ข้างต้น ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเลือกที่จะวิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองยะลาฉบับนี้ โดยแบ่งการนำเสนอออกเป็น 2 ส่วนหลัก ได้แก่ **ส่วนที่หนึ่ง** ข้อเท็จจริง และคำวินิจฉัยของศาลปกครอง และ**ส่วนที่สอง** บทวิเคราะห์คดี โดยมีรายละเอียดการนำเสนอในแต่ละส่วน ดังต่อไปนี้

ส่วนที่หนึ่ง ข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลปกครอง

ในการเสนอนำข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลปกครองในคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565 นี้ ผู้เขียนจะได้นำเสนอข้อเท็จจริงแห่งคดี (หัวข้อที่ 1.) ข้อต่อสู้ประกอบคำฟ้อง (หัวข้อที่ 2.) ข้อโต้แย้งประกอบคำให้การ (หัวข้อที่ 3.) และหลักกฎหมายและเหตุผลที่ศาลปกครองยะลาใช้ในการวินิจฉัยคดี (หัวข้อที่ 4.) โดยมีรายละเอียดของแต่ละหัวข้อ ดังต่อไปนี้

1. ข้อเท็จจริงแห่งคดี

ในคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สืบคนเป็นชาวมุสลิมที่ศึกษาอยู่ในระดับชั้นประถมศึกษาสังกัดผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (โรงเรียนอนุบาลปัตตานี) โดยในวันเปิดภาคเรียนวันแรกของปีการศึกษา 2561 ผู้อำนวยการผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในขณะนั้น ได้อนุญาตด้วยวาจาให้นักเรียนสามารถแต่งกายตามหลักศาสนาอิสลามได้ กล่าวคือ นักเรียนหญิงสามารถสวมฮิญาบ (ผ้าคลุมศีรษะ) และนักเรียนชายสามารถสวมใส่กางเกงขายาวได้ แต่เนื่องจากครูในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จำนวนหนึ่งได้แสดงความไม่เห็นด้วยกับการอนุญาตให้นักเรียนแต่งกายตามหลักศาสนาอิสลามและแสดงออกด้วยวิธีการต่าง ๆ เช่น การลาสิกขาหรือลาป่วย คณะกรรมการสถานศึกษาขั้นพื้นฐานโรงเรียนอนุบาลปัตตานีจึงได้จัดให้มีการประชุม ครั้งที่ 3/2561 เมื่อวันที่ 18 พฤษภาคม 2561 เพื่อพิจารณาประเด็นปัญหาดังกล่าว ซึ่งที่ประชุมในครั้งที่ 3/2561 นี้ ได้มีมติเอกฉันท์ไม่เห็นด้วยกับการที่นักเรียนหญิงสวมฮิญาบในโรงเรียน² ถึงกระนั้น เมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2561 ผู้ดำรงตำแหน่งรักษาราชการแทนศึกษาธิการจังหวัดปัตตานี รักษาราชการแทนผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาประถมศึกษาปัตตานี เขต 1 รวมไปถึงผู้อำนวยการผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในขณะนั้น ยังได้ร่วมกันแถลงการณ์ด้วยวาจาต่อสื่อมวลชนว่า นักเรียนยังสามารถแต่งกายให้เป็นไปตามหลักความเชื่อของศาสนาของตนได้³ ด้วยเหตุนี้ สมาคมผู้ปกครองและครูโรงเรียนอนุบาลปัตตานีจึงได้มีหนังสือถึงศึกษาธิการจังหวัดปัตตานี เพื่อเสนอให้มีการแก้ไขข้อ 12 วรรคท้าย ของระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน พ.ศ. 2551

² คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565, หน้า 10.

³ คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565, หน้า 10-11.

จากนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (กระทรวงศึกษาธิการ) โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการได้ออกระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 โดยข้อ 3 ของระเบียบดังกล่าวได้กำหนดให้มีการแก้ไขข้อ 12 บรรดาข้อความของระเบียบฉบับเดิม จาก “นักเรียนซึ่งนับถือศาสนาอิสลาม ในสถานศึกษาอื่นนอกจากสถานศึกษาเอกชนสอนศาสนาอิสลาม อาจเลือกแต่งเครื่องแบบนักเรียนตามวรรคหนึ่งหรือตามแบบที่สถานศึกษากำหนดได้ตามความสมัครใจ” เป็น “นักเรียนซึ่งนับถือศาสนาอิสลาม ในสถานศึกษาอื่นนอกจากสถานศึกษาเอกชนสอนศาสนาอิสลาม อาจเลือกแต่งเครื่องแบบนักเรียนตามวรรคหนึ่งหรือตามแบบที่สถานศึกษากำหนดได้ตามความสมัครใจ ยกเว้นสถานศึกษาที่ขอใช้พื้นที่วัดหรือที่ธรณีสงฆ์เป็นที่ตั้งของสถานศึกษา การแต่งเครื่องแบบนักเรียนให้เป็นไปตามสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างวัดกับสถานศึกษา” และเพื่อให้เป็นไปตามระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียนที่แก้ไขใหม่ดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยคณะกรรมการการศึกษาศึกษาขั้นพื้นฐานโรงเรียนอนุบาลปัตตานี จึงได้ออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานี วัฒนธรรมว่าด้วยการควบคุมและดูแลความประพฤติ การลงโทษ และการตัดคะแนนความประพฤติของนักเรียน พ.ศ. 2561 (“ระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานี”) พร้อมแจ้งให้ผู้ปกครองและนักเรียนทราบตั้งแต่วันที่ 11 กรกฎาคม 2561 ซึ่งระเบียบดังกล่าวกำหนดให้การแต่งกายที่ถูกต้องมีเพียงรูปแบบเดียวเท่านั้น โดยไม่อนุญาตให้มีการแต่งกายตามความเชื่อของศาสนาอิสลามแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ การแต่งกายตามความเชื่อของศาสนาอิสลามจึงเป็นการแต่งกายที่ฝ่าฝืนระเบียบซึ่งอาจทำให้นักเรียนที่แต่งกายตามความเชื่อของศาสนาอิสลามถูกลงโทษตามมาตรการต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในระเบียบฉบับนี้ได้

หลังจากที่มีการออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีฯ แล้ว นักเรียนส่วนหนึ่ง รวมไปถึงผู้ฟ้องคดีที่ยี่สิบคนยังคงสวมฮิญาบมาโรงเรียน ครูประจำชั้นของผู้ฟ้องคดีที่ยี่สิบคนจึงได้กล่าวตักเตือนผู้ฟ้องคดีที่ยี่สิบคนด้วยวาจาและเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ผู้ฟ้องคดีที่ยี่สิบคนก็ยังคงไม่ปรับเปลี่ยนพฤติกรรม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงได้มีหนังสือถึงผู้ปกครองของผู้ฟ้องคดีที่ยี่สิบคน เพื่อให้ทราบถึงการว่ากล่าวตักเตือนดังกล่าว

2. ข้อต่อสู้ประกอบคำฟ้อง

จากข้อเท็จจริงที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผู้ฟ้องคดีที่ยี่สิบคนจึงเห็นว่า ระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีฯ เป็นระเบียบที่ส่งผลให้นักเรียนหญิงที่สวมฮิญาบรู้สึกเสียเกียรติ ก่อให้เกิดความไม่มั่นคงทางจิตใจ ระเบียบดังกล่าวจึงเป็นระเบียบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งยังเป็นระเบียบที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากนักเรียนในสถานศึกษาแห่งอื่นยังสามารถแต่งกายตามหลักศาสนาอิสลามได้ตามปกติ ทั้งที่ตั้งอยู่บนที่ธรณีสงฆ์เช่นเดียวกันกับโรงเรียนอนุบาลปัตตานี นอกจากนี้ ระเบียบดังกล่าวยังกระทบต่อเสรีภาพในการนับถือศาสนาและปฏิบัติกิจตามความเชื่อความศรัทธาตามมาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญ



แห่งราชอาณาจักรไทย⁴ อีกด้วย ด้วยเหตุผลทั้งหมดข้างต้น ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สืบคนจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง เพื่อให้ศาลเพิกถอนระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 และระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานี วัดนพวงศาราม ว่าด้วยการควบคุมและดูแลความประพฤติ การลงโทษ และการตัดคะแนนความประพฤติของนักเรียน พ.ศ. 2561 รวมไปถึงมีคำสั่งให้คณะกรรมการสถานศึกษาขั้นพื้นฐานโรงเรียนอนุบาลปัตตานีออกระเบียบการแต่งกายของนักเรียนมุสลิมให้เป็นไปตามหลักศาสนาอิสลาม พร้อมทั้งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อให้นักเรียนสามารถแต่งกายตามหลักศาสนาอิสลามได้ จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษา⁵

3. ข้อโต้แย้งประกอบคำให้การ

ต่อข้อกล่าวหาที่ปรากฏในคำฟ้องดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ให้การว่า การออกระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 เป็นการออกระเบียบที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป มิได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแต่เฉพาะกรณีของโรงเรียนอนุบาลปัตตานีเท่านั้น การออกระเบียบฉบับดังกล่าวจึงมิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือเป็นการกระทำที่ไม่สุจริตแต่อย่างใด⁶

ในขณะที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ให้การว่า ระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานี วัดนพวงศาราม ว่าด้วยการควบคุมและดูแลความประพฤติ การลงโทษ และการตัดคะแนนความประพฤติของนักเรียน พ.ศ. 2561 เป็นระเบียบที่ใช้บังคับโดยเสมอภาคกันมิได้เอื้อประโยชน์ให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ทั้งยังเป็นระเบียบที่ออกโดยเป็นไปตามกรอบของพระราชบัญญัติและกฎลำดับรองต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของสถานศึกษา ในการกำหนดระเบียบเครื่องแต่งกายสำหรับนักเรียนของตน⁷ นอกจากนี้ เนื่องจากโรงเรียนอนุบาลปัตตานี เป็นโรงเรียนที่ขอใช้ที่ธรณีสงฆ์จากวัดนพวงศารามตามหนังสือสัญญาเช่าที่ธรณีสงฆ์วัดนพวงศาราม

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มาตรา 31 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

⁵ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษานั้น ศาลปกครองสงขลา (ก่อนที่จะได้มีการโอนคดีมายังศาลปกครองยะลา) ได้มีคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา คดีหมายเลขดำที่ 143/2561 ให้มีการทุเลาการบังคับให้เป็นไปตามระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีฯ ไว้ชั่วคราว เนื่องจากระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีฯ มีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายจริง และการที่จะให้ระเบียบฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับต่อไปนั้น ย่อมทำให้ผู้ฟ้องคดีถูกลงโทษในบทที่หนักขึ้นและอาจจะเสียสิทธิในด้านต่าง ๆ เช่น การขอทุนการศึกษาหรือการเข้าถึงสวัสดิการของโรงเรียน และในกรณีร้ายแรงที่สุดอาจทำให้ผู้ฟ้องคดีต้องออกจากสถานศึกษา ทั้งความเสียหายเหล่านี้เป็นความเสียหายที่ยากแก่การแก้ไขเยียวยาในภายหลังอีกด้วย

⁶ คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565, หน้า 6.

⁷ โดยในคำให้การ ผู้ถูกฟ้องคดีได้กล่าวถึงพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติเครื่องแบบนักเรียน พ.ศ. 2551 และระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการลงโทษนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ. 2548

เพื่อสร้างโรงเรียนอนุบาล ลงวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2510 เจ้าอาวาสวัดนพวงศารามจึงเป็นตัวแทนและเจ้าพนักงานในการอนุญาตให้ดำเนินการใด ๆ ในเขตวัด ตามนัยมติมหาเถรสมาคมในคราวประชุมมหาเถรสมาคม ครั้งที่ 2/2554 เมื่อวันที่ 20 มกราคม 2554⁸ เมื่อเจ้าอาวาสเห็นว่า การที่ศึกษาธิการจังหวัดปัตตานี สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาประถมศึกษาปัตตานี เขต 1 และผู้บริหารของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ร่วมกันแถลงการณ์ต่อสื่อมวลชนเพื่ออนุญาตให้นักเรียนสามารถแต่งกายให้เป็นไปตามหลักความเชื่อของศาสนาของตนได้นั้น เป็นการกระทำโดยพลการ⁹ การออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีฯ จึงเป็นการปฏิบัติให้เป็นไปตามมติมหาเถรสมาคมฉบับดังกล่าว ด้วยเหตุผลทั้งหมดข้างต้น การออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีฯ ฉบับนี้ จึงเป็นการออกระเบียบที่ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งยังไม่เป็นการออกระเบียบโดยเลือกปฏิบัติหรือใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบแต่ประการใด¹⁰

4. คำพิพากษาของศาลปกครองยะลา

จากข้อเท็จจริง ข้อต่อสู้ และข้อโต้แย้งที่กล่าวมาข้างต้น ศาลปกครองยะลาพิเคราะห์แล้ว เห็นว่า ประเด็นพิพาทของคดีนี้มี 2 ประเด็น ได้แก่ **ประเด็นที่หนึ่ง** การออกระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และ**ประเด็นที่สอง** ระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานี วัดนพวงศาราม ว่าด้วยการควบคุมและดูแลความประพฤติ การลงโทษ และการตัดคะแนนความประพฤติของนักเรียน พ.ศ. 2561 เป็นระเบียบที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยมีรายละเอียดของการพิจารณาแต่ละประเด็น ดังต่อไปนี้

4.1 การออกระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน (ฉบับที่ 2)

พ.ศ. 2561 เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ในการจะพิจารณาว่า การออกระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ นั้น มีประเด็นต้องพิจารณาก่อนว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สืบคนได้ยื่นฟ้องข้อหานี้ภายในระยะเวลาการฟ้องคดีหรือไม่ ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าว เนื่องจากระเบียบกระทรวงศึกษาธิการฉบับดังกล่าว มีลักษณะเป็นกฎที่ไม่ได้มีการลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา

⁸ มติมหาเถรสมาคมในคราวประชุมมหาเถรสมาคม ครั้งที่ 2/2554 เมื่อวันที่ 20 มกราคม 2554 กำหนดแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการโรงเรียนที่ตั้งอยู่ในเขตวัดหรือที่ธรณีสงฆ์ 4 ประการ ดังต่อไปนี้ **ประการที่หนึ่ง** การใช้พื้นที่ต้องเป็นไปตามขนบธรรมเนียม จารีตประเพณี วิถีไทยและวิถีพุทธ รวมไปถึงกฎระเบียบของวัด **ประการที่สอง** ให้คณะสงฆ์มีส่วนร่วมในการพิจารณาการแต่งตั้งผู้บริหารของโรงเรียน **ประการที่สาม** ควรให้พระสงฆ์เข้าไปมีบทบาทในการกำหนดหลักสูตรการเรียนการสอนวิชาพระพุทธศาสนา และหลักคุณธรรมจริยธรรมทุกระดับชั้น **ประการที่สี่** การใช้พื้นที่จักต้องหารือและได้รับความยินยอมจากเจ้าอาวาส และคณะสงฆ์ผู้ปกครองทุกระดับ จนถึงเจ้าคณะจังหวัดก่อน

⁹ คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565, หน้า 11.

¹⁰ คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565, หน้า 13.



การพิจารณาถึงระยะเวลาการฟ้องคดีจึงต้องเริ่มนับตั้งแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงภูมิลำเนาตามความเป็นจริง นั่นก็คือ วันที่ผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบคนอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 เมื่อผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบคนเข้าศึกษาในชั้นประถมศึกษาตั้งแต่วันที่ 14 มิถุนายน 2561 จึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบคนควรได้รับรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตั้งแต่วันที่ดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ การที่ผู้ฟ้องคดีนำข้อหานี้มาฟ้องต่อศาลเมื่อวันที่ 11 ตุลาคม 2561 จึงเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบคนนำคดีมาฟ้องต่อศาลเกินกว่าเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี ซึ่งพ้นระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลจึงไม่อาจวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของกรณีตามฟ้องในข้อหานี้ได้

4.2 ระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีฯ เป็นระเบียบที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยกฎหมายของระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีฯ ศาลปกครองยะลาได้วางหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองเสรีภาพทางศาสนา (หัวข้อ 4.2.1) เพื่อใช้ในการวินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีหน้าที่ในการออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีฯ หรือไม่ (หัวข้อ 4.2.2) และการใช้ดุลพินิจในการออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีฯ เป็นการใช้อำนาจที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ (หัวข้อ 4.2.3) โดยมีรายละเอียดของแต่ละประเด็นปัญหา ดังต่อไปนี้

4.2.1 การวางหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองเสรีภาพทางศาสนา

ก่อนที่จะวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีฯ ศาลปกครองยะลาได้วางหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองเสรีภาพทางศาสนาว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายขั้นมูลฐานของรัฐที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายอื่น ๆ ทั้งปวง ทั้งยังเป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับขอบเขตและข้อจำกัดของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งรวมไปถึงเสรีภาพทางศาสนาที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ด้วย โดยบทบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติรับรองการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพไว้ 2 ประการ ได้แก่ **ประการที่หนึ่ง** เสรีภาพในการถือศาสนา อันเป็นเสรีภาพที่บริบูรณ์ไม่อาจถูกจำกัดได้ **ประการที่สอง** เสรีภาพในการปฏิบัติตามหลักศาสนา อันเป็นเสรีภาพที่ไม่บริบูรณ์และสามารถถูกจำกัดได้ โดยการจำกัดเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนาสามารถกระทำได้หากการใช้เสรีภาพเช่นนั้น เป็นอุปสรรคต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นอกจากนี้ การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนา ยังจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดเงื่อนไขในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพไว้ โดยเฉพาะเจาะจงแล้ว การตรากฎหมายเช่นนั้นยังคงต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ทั้งยังต้องไม่เป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ¹¹

¹¹ คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565, หน้า 55.

4.2.2 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีหน้าที่ในการออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีฯ

หรือไม่

จากหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองเสรีภาพทางศาสนาที่กล่าวมาข้างต้น เมื่อพิจารณาหนังสือสัญญาเดิมที่ธรณีสถิตนพวงศาราม เพื่อสร้างโรงเรียนอนุบาล ลงวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2510 แล้ว จะเห็นข้อความแต่เพียงว่า “ที่ดินของวัดหรือที่ธรณีสถิตนพวงศาราม ใดส่วนหนึ่ง ได้ยินยอมให้ทางราชการก็ตีเอกชนก็ดี ก่อสร้างหรือจัดหาผลประโยชน์ในที่ของวัด ให้เจ้าอาวาสมีอำนาจปกครองสอดส่องดูแลให้เป็นไปตามกฎ พระราชบัญญัติทุก ๆ ประการของสัญญา” ซึ่งคำว่า “อำนาจปกครอง” นั้น ย่อมไม่รวมถึง อำนาจในการออกระเบียบห้ามนักเรียนแต่งกายตามหลักศาสนาที่ตนนับถือ เนื่องจากการตีความอำนาจของเจ้าอาวาสในการปกครองสอดส่องดูแลให้เป็นไปตามกฎให้รวมไปถึงอำนาจในการออกระเบียบห้ามนักเรียนแต่งกายตามหลักศาสนาที่ตนนับถือด้วยนั้น ย่อมเป็นการตีความขยายความที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่อาจจะต้องถูกแทรกแซงในการจัดกิจกรรมการเรียนการสอนได้อย่างกว้างขวางในทุก ๆ เรื่อง อย่างไม่มีขอบเขต¹² และหากจะพิจารณาในแง่มุมของการตีความสัญญาแล้ว ในกรณีที่สัญญามีถ้อยความเคลือบคลุมหรือไม่สมบูรณ์ การตีความเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาจะต้องเป็นเจตนาที่คู่สัญญาอีกฝ่ายสามารถคาดหมายได้ตามปกติประเพณีของการทำสัญญาในรูปแบบนั้น ๆ อีกด้วย ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 171 และมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผลของการตีความสัญญาในลักษณะดังกล่าว จึงทำให้สัญญาเดิมที่ธรณีสถิตนพวงศาราม เพื่อสร้างโรงเรียนนั้น ต้องตีความไปในแนวทางที่สอดคล้องกับปกติประเพณีของการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินอันเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาเดิมดังกล่าวเป็นสำคัญ¹³ ด้วยเหตุนี้ โรงเรียนอนุบาลปัตตานีซึ่งเป็นโรงเรียนที่จัดการเรียนการสอนโดยเน้นการศึกษาขั้นพื้นฐานและมีใช้โรงเรียนที่มีวัตถุประสงค์ในการสอนศาสนาโดยตรงนั้น จึงมีหน้าที่ในการจัดการศึกษาในฐานะที่เป็นบริการสาธารณะประการหนึ่ง ซึ่งการจัดบริการสาธารณะในลักษณะเช่นว่านี้จะต้องคำนึงถึงหลักความเป็นกลางทางศาสนา โดยแยกศาสนาออกจากการปกครองหรือการจัดบริการสาธารณะอย่างชัดเจน กล่าวคือ ต้องให้โอกาสแก่พลเมืองที่อยู่ในวัยเรียนในทุกเชื้อชาติและศาสนาได้มีโอกาสในการเข้ารับการศึกษาโดยเสมอภาคกัน ภายใต้การปฏิบัติตามหลักศาสนาหรือความเชื่อของตนตามสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน¹⁴ ทั้งนี้ トラบเท่าที่ การปฏิบัติตนให้เป็นไปตามหลักศาสนาหรือความเชื่อเช่นนั้นมิได้เป็นอุปสรรคต่อการเรียนการสอน ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น เกินสมควร¹⁵ นอกจากนี้ จังหวัดปัตตานียังเป็นพื้นที่แห่งสังคมพหุวัฒนธรรม กล่าวคือ เป็นพื้นที่ที่ชาวไทยพุทธ และชาวไทยมุสลิมอาศัยอยู่ร่วมกันมาเป็นเวลาช้านาน ด้วยเหตุนี้ ในการจัดทำสัญญาเดิมใช้ที่ธรณีสถิตนพวงศาราม เพื่อสร้างเป็นสถานศึกษา คู่สัญญาย่อมคาดหมายได้อยู่แล้วว่าจะมีนักเรียนทั้งที่นับถือศาสนาพุทธ

¹² คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565, หน้า 56.

¹³ คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565, หน้า 56.

¹⁴ คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565, หน้า 57.

¹⁵ คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565, หน้า 57.

และศาสนาอิสลามเข้าศึกษาในสถานศึกษาดังกล่าว หากคู่สัญญาไม่เจตนาที่จะห้ามมิให้นักเรียนแต่งกายตามหลักความเชื่อศาสนาอิสลามย่อมจะต้องระบุให้ชัดเจนตั้งแต่วันที่ทำสัญญาดังกล่าว¹⁶

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น อำนาจของเจ้าอาวาสในการปกครอง สอดส่องดูแลให้เป็นไปตามกฎ จึงต้องหมายถึงอำนาจในการควบคุมดูแลให้มีการจัดกิจกรรมของโรงเรียน หรือการจัดการเรียนการสอนอย่างหนึ่งอย่างใดที่มีผลกระทบต่อการศึกษาของสงฆ์หรือพุทธศาสนิกชน เท่านั้น¹⁷ ด้วยเหตุนี้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าโรงเรียนอนุบาลปัตตานีและวัดนพวงศารามนั้น ตั้งอยู่คนละฝั่งถนนกัน กิจกรรมที่เกิดขึ้นในโรงเรียนอนุบาลปัตตานีจึงไม่อาจรบกวนการปฏิบัติศาสนกิจของสงฆ์หรือพุทธศาสนิกชนในวัดนพวงศารามได้

เมื่อสัญญาใช้ที่ธรณีสงฆ์เพื่อสร้างเป็นสถานศึกษาไม่อาจตีความให้กระทบต่อการจัดการเรียนการสอนของโรงเรียน และเจ้าอาวาสไม่มีอำนาจในการแทรกแซงกิจกรรมของโรงเรียนหรือการจัดการเรียนการสอนได้ จึงเป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่มีหน้าที่ผูกพันใด ๆ ที่จะต้องปฏิบัติเพื่อเป็นการจำกัดเสรีภาพในการปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักการทางศาสนาด้วยการออกระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการแต่งกายแต่อย่างใด¹⁸

4.2.3 การใช้ดุลพินิจในการออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีฯ เป็นการใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

แม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่มีหน้าที่ผูกพันใด ๆ ที่จะต้องปฏิบัติเพื่อเป็นการจำกัดเสรีภาพในการปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักการทางศาสนาด้วยการออกระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการแต่งกายก็ตาม แต่การออกระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการแต่งกายของนักเรียน อาจเป็นกรณีของการออกระเบียบเพื่อให้การจัดการเรียนการสอนเป็นไปด้วยความเป็นระเบียบเรียบร้อย ด้วยเหตุนี้ ประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไป คือ การใช้ดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในการออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานี วัดนพวงศารามว่าด้วยการควบคุมและดูแลความประพฤติ การลงโทษ และการตัดคะแนนความประพฤติของนักเรียน พ.ศ. 2561 นั้น เป็นการใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าว ศาลปกครองยะลา เห็นว่า หากพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการออกระเบียบดังกล่าวแล้ว ประโยชน์ที่จะได้รับการจำกัดสิทธิในการแต่งเครื่องแบบนักเรียนของนักเรียนมีเพียงแค่ประโยชน์ในการสร้างความเป็นระเบียบเรียบร้อยที่เกิดขึ้นจากความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของเครื่องแบบนักเรียนและการลดความกดดันจากผู้ปกครองที่ไม่ต้องการให้มีการแต่งเครื่องแบบตามหลักความเชื่อทางศาสนาเท่านั้น¹⁹ อย่างไรก็ตาม การสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของโรงเรียนนั้น ไม่จำเป็นต้องสร้างผ่านการแต่งกายที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันเพียงอย่างเดียว แต่อาจเกิดจากการสร้างกิจกรรม

¹⁶ คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565, หน้า 57.

¹⁷ คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565, หน้า 57.

¹⁸ คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565, หน้า 58.

¹⁹ คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565, หน้า 60.

ที่เหมาะสมโดยใช้นักเรียนเป็นศูนย์กลาง เพื่อสร้างความร่วมมือร่วมใจระหว่างนักเรียน ผู้ปกครอง และบุคลากรทางการศึกษาได้เช่นกัน ด้วยเหตุนี้ ข้อโต้แย้งที่ว่านักเรียนที่ประสงค์จะแต่งกายตามหลักความเชื่อทางศาสนาสามารถไปสมัครเข้าศึกษาในสถานศึกษาที่อนุญาตให้แต่งกายในลักษณะดังกล่าวได้นั้น จึงเป็นคำกล่าวที่มีผลเป็นการผลักให้นักเรียนที่นับถือศาสนาอิสลามมีทางเลือกที่จำกัดในการเข้าศึกษาเท่านั้น²⁰ ทั้งยังทำให้เสียโอกาสในการสร้างสังคมแห่งการเรียนรู้ถึงความแตกต่างหลากหลายระหว่างวัฒนธรรมอีกด้วย ด้วยเหตุนี้ แม้เสรีภาพในการปฏิบัติตามหลักศาสนาจะมีใช้เสรีภาพที่บริบูรณ์ดังเช่นเสรีภาพในการนับถือศาสนา กล่าวคือ เป็นเสรีภาพที่สามารถจำกัดได้ด้วยคุณค่าประการอื่นที่ได้รับรองคุ้มครองไว้ตามรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่เมื่อระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน พ.ศ. 2551 กำหนดให้นักเรียนสามารถแต่งกายให้เป็นไปตามหลักการทางศาสนาได้ การแต่งกายให้เป็นไปตามหลักการทางศาสนาจึงเป็นการแต่งเครื่องแบบนักเรียนรูปแบบหนึ่งที่สามารถกระทำได้²¹ ทั้งไม่ปรากฏว่าการแต่งกายตามหลักความเชื่อทางศาสนาในลักษณะเช่นว่านี้ จะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ หรือเป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือมีสัญลักษณ์ในลักษณะที่ทำให้เกิดการยุบปลุกปั่นแต่อย่างใด²² และเมื่อการปกปิดร่างกายเป็นข้อปฏิบัติตามบทบัญญัติของศาสนาอิสลามอย่างชัดเจน การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีฯ อันก่อให้เกิดผลร้ายแก่นักเรียนที่แต่งกายตามหลักความเชื่อทางศาสนา ในการที่จะถูกลงโทษหรือจำยอมต้องเข้าศึกษาที่สถานศึกษาอื่นนั้น จึงเป็นการออกระเบียบที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุหรือไม่ได้สัดส่วนระหว่างประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับกับผลกระทบต่อเสรีภาพในการปฏิบัติตามความเชื่อในทางศาสนาของนักเรียนตามที่รัฐธรรมนูญรับรองคุ้มครองไว้ตามมาตรา 26²³ และมาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย การใช้ดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁴

²⁰ คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565, หน้า 60-61.

²¹ คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565, หน้า 62.

²² คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565, หน้า 62.

²³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มาตรา 26 “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”

²⁴ คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565, หน้า 63-64.



ด้วยเหตุผลทั้งหมดข้างต้น ศาลปกครองยะลาจึงพิพากษาเพิกถอนระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานี วัดนพวงศาราม ว่าด้วยการควบคุมและดูแลความประพฤติ การลงโทษ และการตัดคะแนนความประพฤติของนักเรียน พ.ศ. 2561 เฉพาะหมวด 3 ว่าด้วยระเบียบและการแต่งกายของนักเรียนในส่วนที่มีได้กำหนดลักษณะเครื่องแบบและการแต่งกายของนักเรียนที่นับถือศาสนาอิสลามให้สามารถแต่งเครื่องแบบและการแต่งกายตามข้อกำหนดของศาสนาอิสลามได้

ส่วนที่สอง บทวิเคราะห์คดี

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลปกครองจะเห็นได้ว่า ประเด็นที่สำคัญของคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565 มีอยู่ 2 ประการ ได้แก่ **ประการที่หนึ่ง** โรงเรียนอนุบาลปัตตานีมีหน้าที่ในการออกระเบียบเครื่องแต่งกายหรือไม่ (หัวข้อที่ 1.) และ**ประการที่สอง** หากพิจารณาแล้วได้ความว่าโรงเรียนอนุบาลปัตตานีไม่มีหน้าที่ในการออกระเบียบเครื่องแต่งกาย ยังคงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า การใช้ดุลพินิจในการออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเครื่องแต่งกาย เป็นการใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การใช้ดุลพินิจในลักษณะดังกล่าวเป็นการใช้ดุลพินิจภายใต้ขอบเขตและเงื่อนไขของการคุ้มครองเสรีภาพทางศาสนาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ (หัวข้อที่ 2.) โดยผู้เขียนจะวิเคราะห์ถึงหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาทั้ง 2 ประการ ดังต่อไปนี้

1. การออกระเบียบเครื่องแต่งกายในฐานะที่เป็นหน้าที่ของโรงเรียนอนุบาลปัตตานี

สำหรับประเด็นปัญหาที่ว่า โรงเรียนอนุบาลปัตตานีมีหน้าที่ในการออกระเบียบเครื่องแต่งกายหรือไม่ นั้น เป็นประเด็นปัญหาซึ่งมีที่มาจากข้อสันนิษฐานที่ว่า สัญญายืมใช้พื้นที่วัดนพวงศารามในการก่อสร้างโรงเรียนอนุบาลปัตตานีเป็นสัญญาที่ทำให้อำนาจของเจ้าอาวาสในการควบคุมดูแลกิจการของวัดนั้น ขยายมายังอำนาจในการควบคุมดูแลกิจการของโรงเรียนด้วย ซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานอันมีฐานทางกฎหมายรองรับ คือ ข้อ 12 วรรคท้าย ของระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน พ.ศ. 2551 (ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อ 3 ของระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561)²⁵ ที่กำหนดข้อยกเว้นให้การแต่งกายของนักเรียนที่ศึกษาในสถานศึกษาซึ่งขอใช้พื้นที่วัดหรือที่ธรณีสงฆ์เป็นที่ตั้งของสถานศึกษา เป็นไปตามสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างวัดกับสถานศึกษา อย่างไรก็ตาม การที่หน้าที่

²⁵ ในคดีนี้ศาลปกครองยะลาไม่ได้วินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน พ.ศ. 2551 เนื่องจากคำฟ้องในส่วนที่เกี่ยวข้องกับระเบียบฉบับนี้เป็นคำฟ้องที่ศาลไม่อาจรับไว้พิจารณาได้ด้วยเหตุที่ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลเกินกว่า 90 วัน นับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีควรได้รับเหตุแห่งการฟ้องคดี ตามนัยมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อย่างไรก็ตาม ประเด็นที่น่าพิจารณาต่อไปคือ การฟ้องคดีเพื่อเพิกถอนระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการจัดการศึกษาอันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะประเภทหนึ่งนั้น และเป็นระเบียบที่ส่งผลกระทบต่อนักเรียนในวงกว้างเช่นนี้ จะเป็นการฟ้องคดีเพื่อ “ประโยชน์แก่ส่วนรวม” ตามนัยมาตรา 52 วรรคสอง ประกอบมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อันจะส่งผลให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจรับคดีไว้พิจารณาแม้จะพ้นระยะเวลาการฟ้องคดีไปแล้ว ได้หรือไม่

เช่นว่านั้นจะมีอยู่จริงหรือไม่ขึ้นอยู่กับปัจจัย 2 ประการด้วยกัน ได้แก่ **ประการที่หนึ่ง** สถานะทางกฎหมายของวัดทำให้วัดเป็นอิสระหรือผูกพันต่อหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ เพียงใด (หัวข้อ 1.1) และ**ประการที่สอง** สัญญาใช้พื้นที่วัดส่งผลให้วัดมีอำนาจในการควบคุมดูแลกิจการของโรงเรียน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การควบคุมดูแลการแต่งกายของนักเรียนหรือไม่ เพียงใด (หัวข้อ 1.2) โดยมีรายละเอียดของการพิจารณาแต่ละประเด็นปัญหา ดังต่อไปนี้

1.1 พิจารณาผลทางกฎหมายที่เกิดจากสถานะของวัด

การพิจารณาว่า โรงเรียนอนุบาลปัตตานีมีหน้าที่ในการออกกระเปียบเครื่องแต่งกายหรือไม่ จากผลทางกฎหมายที่เกิดจากสถานะของวัดนั้น มีที่มาจากข้อสันนิษฐานของผู้เขียนที่ว่า นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนย่อมมีระดับความเข้มข้นของหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่แตกต่างไปจากนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนหรือไม่ โดยในการพิจารณาประเด็นปัญหานี้ ผู้เขียนจะเริ่มจากการพิจารณาว่า สถานะความเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนส่งผลต่อหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเช่นใดบ้าง (หัวข้อ 1.1.1) จากนั้นจึงจะได้พิจารณาต่อไปว่า วัดมีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนหรือไม่ (หัวข้อ 1.1.2) โดยมีรายละเอียดของการพิจารณาแต่ละประเด็นปัญหา ดังต่อไปนี้

1.1.1 หน้าที่ของนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในประเด็นปัญหาที่ว่านิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนมีความผูกพันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ เพียงใด นั้น ในบริบทกฎหมายไทยยังไม่ปรากฏคำอธิบายที่ชัดเจนนักในคำพิพากษาของศาลต่าง ๆ แต่ในบริบทของกฎหมายเยอรมันนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht) ได้อธิบายถึงความผูกพันของนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนในลักษณะที่ว่า โดยหลักการทั่วไปแล้ว นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน (juristische Person des öffentlichen Rechts) นั้นเป็นนิติบุคคลซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจอธิปไตย นิติบุคคลในรูปแบบดังกล่าวจึงไม่สามารถกล่าวอ้างถึงความคุ้มครองในสิทธิขั้นพื้นฐานใด ๆ ได้ แต่กลับต้องมีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่ปัจเจกบุคคล (Grundrechtsbindung) เพราะหากผู้ทรงสิทธิกับผู้มีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานมาผนวกรวมกันอยู่ในบุคคลเดียวกันแล้ว ย่อมก่อให้เกิดความสับสนในการใช้หรือกล่าวอ้างความคุ้มครองในสิทธิขั้นพื้นฐาน²⁶ ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่า การแทรกแซงในความสัมพันธ์ระหว่างการปฏิบัติการกิจขององค์กรของรัฐที่มีหน้าที่แตกต่างกัน แท้จริงแล้วเป็นความขัดแย้งในเชิงอำนาจหน้าที่ (Kompetenzkonflikte) ในความหมายอย่างกว้างเท่านั้น²⁷

²⁶ ในระบบกฎหมายเยอรมันจึงเรียกเหตุผลในลักษณะนี้ว่า “ข้อโต้แย้งเพื่อป้องกันมิให้เกิดความสับสนในการกล่าวอ้างสิทธิขั้นพื้นฐาน” (Konfusionsargument) รายละเอียดโปรดดู Manssen, Gerrit, Staatsrecht II Grundrechte, 19. Aufl., München 2022, § 4 Rn. 78.

²⁷ BverfGE 21, 362 (369); 61, 82 (100) อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2562), หน้า 72.



อย่างไรก็ตาม นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนสามารถกล่าวอ้างถึงความคุ้มครองในสิทธิขั้นพื้นฐานได้ใน 2 กรณี ได้แก่ **กรณีที่หนึ่ง** กรณีที่กิจการบางประการของนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนเช่นว่านั้น เป็นกิจการที่ต้องได้รับการคุ้มครองในลักษณะเดียวกันกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล (grundrechtstypische Gefährdungslage)²⁸ เช่น มหาวิทยาลัยซึ่งสามารถกล่าวอ้างความคุ้มครองในเสรีภาพทางวิชาการ (Wissenschaftsfreiheit) ได้²⁹ สถานีวิทยุโทรทัศน์กระจายเสียงของรัฐซึ่งสามารถกล่าวอ้างเสรีภาพในการแพร่ภาพและเสียง (Rundfunkfreiheit) ได้³⁰ หรือโบสถ์และศาสนสถานซึ่งสามารถกล่าวอ้างเสรีภาพทางศาสนา (Religionsfreiheit) ได้³¹ **กรณีที่สอง** กรณีที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนกล่าวอ้างสิทธิในกระบวนการยุติธรรม (Prozessgrundrechte)³²

1.1.2 วัดเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนหรือไม่

ต่อประเด็นปัญหาที่ว่า วัดมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนหรือไม่ นั้นสามารถพิจารณาจากหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน 4 ประการ ดังต่อไปนี้³³ **ประการที่หนึ่ง** เกณฑ์การก่อตั้งนิติบุคคล กล่าวคือ หากนิติบุคคลได้ก่อตั้งขึ้นโดยการริเริ่มของรัฐผ่านรัฐบัญญัติหรือรัฐกฤษฎีกา นิติบุคคลเช่นว่านั้นย่อมเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน แต่หากนิติบุคคลได้ก่อตั้งขึ้นโดยการริเริ่มของนิติบุคคลเอกชน นิติบุคคลเช่นว่านั้นย่อมเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน **ประการที่สอง** เกณฑ์วัตถุประสงค์ กล่าวคือ หากนิติบุคคลมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ย่อมสันนิษฐานไว้ก่อนได้ว่านิติบุคคลเช่นว่านั้นเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน แต่หากนิติบุคคลมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือเพื่อการแสวงหากำไร ย่อมสันนิษฐานไว้ก่อนได้ว่านิติบุคคลเช่นว่านั้นเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน **ประการที่สาม** เกณฑ์ความสัมพันธ์กับอำนาจรัฐ กล่าวคือ รัฐย่อมมีอำนาจบังคับเหนือนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน แต่ไม่อาจมีอำนาจบังคับเหนือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนได้ และ**ประการที่สี่** เกณฑ์เอกสิทธิ์อันได้มาจากอำนาจมหาชน กล่าวคือ นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนย่อมมีเอกสิทธิ์อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจมหาชนเพื่อที่จะทำการบังคับฝ่ายเดียวต่อเอกชนได้ ในขณะที่นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนไม่มีอำนาจเช่นว่านี้

²⁸ Manssen, Gerrit, Staatsrecht II Grundrechte, 19. Aufl., München 2022, § 4 Rn. 83.

²⁹ BverfGE 15, 256 (262); 31, 314 (322).

³⁰ BverfGE 31, 314 (321 f.); 61, 82 (102 f.); 83, 238 (296).

³¹ Hufen, Friedhelm, Staatsrecht II Grundrechte, 5. Aufl., München 2016, § 7 Rn. 4.

³² Ibid, § 7 Rn. 4.

³³ รายละเอียดของหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน พร้อมทั้งข้อบ่งชี้ที่อาจเกิดขึ้นหากใช้หลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่งเพียงลำพัง เป็นไปตามภาคพิเศษ คมสัน, “สถานะทางกฎหมายของแพทยสภาฝรั่งเศส สู่การวิเคราะห์สถานะทางกฎหมายที่แท้จริงของแพทยสภาไทย,” ใน Liber amicorum Vishnu Varanyou, รวมบทความวิชาการ ในโอกาสอายุ 60 ปี วิษณุ วรัญญู, (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2560), หน้า 334-335, อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, รัฐและนิติบุคคลมหาชน, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2561), หน้า 42-46.

จากหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างนิติบุคคลเอกชนและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนที่กล่าวไว้ข้างต้นนี้ หากพิจารณาถึงบทบัญญัติทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอำนาจบริหารจัดการวัดแล้วจะพบว่า วัดเป็นนิติบุคคลโดยผลของมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505³⁴ ซึ่งถึงแม้เอกชนอาจจะเป็นผู้ริเริ่มการสร้างวัดได้ก็ตาม แต่เมื่อได้มีการก่อตั้งวัดขึ้นมาแล้ว การดำเนินกิจการของวัดจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะที่เกี่ยวข้องกับการทำนุบำรุงพระพุทธศาสนา เป็นสำคัญ มิได้เป็นไปเพื่อผลประโยชน์หรือผลกำไรของผู้ริเริ่มการก่อตั้งวัดแต่อย่างใด

นอกจากนี้ การตัดสินใจสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการวัด ไม่ว่าจะเป็นการสร้าง³⁵ การตั้ง³⁶ การรวม³⁷ การย้าย³⁸ การยุบเลิก³⁹ ก็ล้วนแล้วแต่เป็นอำนาจของกรมการศาสนา ในการพิจารณาอนุญาตและเป็นอำนาจของกระทรวงศึกษาธิการในการให้ความเห็นชอบในการดำเนินการดังกล่าวทั้งสิ้น ยิ่งไปกว่านั้น พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ยังได้ให้อำนาจแก่เจ้าอาวาส ในการออกคำสั่งทางปกครองได้หลากหลายรูปแบบ⁴⁰ อันเป็นลักษณะที่แสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ ในการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของวัดที่อาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ด้วยเหตุนี้ นักกฎหมาย ส่วนใหญ่จึงเห็นว่าวัดเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน⁴¹ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว เนื่องจาก

³⁴ พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505

มาตรา 31 “วัดมีสองอย่าง

(1) วัดที่ได้รับพระราชทานวิสุงคามสีมา

(2) สำนักสงฆ์

ให้วัดมีฐานะเป็นนิติบุคคล

เจ้าอาวาสเป็นผู้แทนของวัดในกิจการทั่วไป”

³⁵ เป็นไปตามข้อ 2 และข้อ 3 ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2507) ออกตามความในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505

³⁶ เป็นไปตามข้อ 4 ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2507) ออกตามความในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505

³⁷ เป็นไปตามข้อ 6 ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2507) ออกตามความในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505

³⁸ เป็นไปตามข้อ 7 ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2507) ออกตามความในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505

³⁹ เป็นไปตามข้อ 9 และข้อ 10 ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2507) ออกตามความในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505

⁴⁰ สุนทร มณีสวัสดิ์, “สถานะทางกฎหมายของวัดไทย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 89-90.

⁴¹ เช่น สุนทร มณีสวัสดิ์, “สถานะทางกฎหมายของวัดไทย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 104 และความเห็นในทำนองเดียวกัน โปรดดู ประยูร กาญจนกุล, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 272.

หากพิจารณาโดยเปรียบเทียบกับนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน เช่น มูลนิธิ สมาคม ห้างหุ้นส่วน หรือบริษัทแล้ว การตัดสินใจใด ๆ ของวัดซึ่งต้องผ่านการพิจารณาจากกรรมการศาสนาและผ่านการให้ความเห็นชอบโดยกระทรวงศึกษาธิการนั้น ย่อมเป็นอิสระน้อยกว่านิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนดังที่กล่าวอย่างข้างต้น และทำให้วัดมีความเป็นส่วนหนึ่งกับรัฐมากกว่านิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนดังกล่าวตามไปด้วย

ด้วยเหตุผลทั้งหมดข้างต้น ในบริบทของกฎหมายไทย วัดซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน และการตัดสินใจขึ้นอยู่กับหน่วยงานของรัฐเป็นส่วนใหญ่ นั้น จึงไม่อาจกล่าวอ้างความคุ้มครองในสิทธิหรือเสรีภาพของตนได้ แต่ต้องใช้อำนาจโดยคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นสำคัญ

1.2 พิจารณาผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากสัญญาใช้พื้นที่วัดในการก่อสร้างโรงเรียน

ในการพิจารณาถึงผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากสัญญาใช้พื้นที่วัดในการก่อสร้างโรงเรียนนั้น สามารถพิจารณาจากผลทางกฎหมายลักษณะหนี้ (หัวข้อ 1.2.1) และผลทางกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (หัวข้อ 1.2.2) ได้ ดังต่อไปนี้

1.2.1 พิจารณาผลทางกฎหมายลักษณะหนี้

ในการพิจารณาผลทางกฎหมายลักษณะหนี้อันเนื่องมาจากสัญญาใช้พื้นที่วัดในการก่อสร้างโรงเรียนนั้น ศาลปกครองยะลาในคดีนี้ได้นำหลักการตีความสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาปรับใช้ โดยได้วางหลักการที่สำคัญไว้ว่า แม้การตีความสัญญาซึ่งเป็นการแสดงเจตนาของคู่สัญญาประการหนึ่งนั้น จะต้องคำนึงถึงเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาก็ตาม แต่เจตนาเช่นนั้น จะต้องสอดคล้องกับสิ่งที่คู่สัญญาสามารถคาดได้ว่าเป็นสิ่งที่อาจจะเกิดขึ้นได้ตามปกติประเพณีของการจัดทำสัญญาในลักษณะเช่นนั้น โดยในกรณีของคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565 นี้ เมื่อวัดซึ่งเป็นคู่สัญญาในสัญญายืมฉบับนี้สามารถคาดหมายได้อยู่แล้วว่าที่ดินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญานั้น จะถูกนำไปใช้เพื่อสร้างโรงเรียน ซึ่งเป็นสถานศึกษาขั้นพื้นฐานที่ต้องคำนึงถึงการจัดการศึกษาโดยคำนึงถึงหลักความเป็นกลางทางศาสนา กล่าวคือ เป็นการจัดการศึกษาอย่างทั่วถึงโดยไม่มีการแบ่งแยกทางศาสนาและแม้ในสัญญายืมใช้พื้นที่วัดจะกำหนดให้เจ้าอาวาสมีอำนาจปกครองสอดส่องดูแลพื้นที่ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของตนให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบต่าง ๆ ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงปกติประเพณีในการทำสัญญายืมที่ดินประกอบกับหน้าที่ของวัดในฐานะนิติบุคคลมหาชนซึ่งจะต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น ย่อมเห็นได้ว่า “อำนาจปกครอง” ของเจ้าอาวาสในที่นี้ หมายความว่าเฉพาะอำนาจของเจ้าอาวาสในการดูแลความสงบเรียบร้อยทั่วไปภายในพื้นที่เท่านั้น แต่ไม่อาจรวมถึงอำนาจหน้าที่ในการควบคุมดูแลกิจการของโรงเรียนในลักษณะที่วัดสามารถเข้าไปแทรกแซงกิจการการจัดการเรียนการสอนของโรงเรียนในรายละเอียด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการแต่งกายของนักเรียนได้

1.2.2 พิจารณาผลทางกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน

นอกจากผลทางกฎหมายลักษณะหนี้ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว ประเด็นที่อาจพิจารณาต่อไปได้ คือ สัญญาใช้พื้นที่ที่ดินในการก่อสร้างโรงเรียนจะส่งผลต่ออำนาจของวัดในฐานะที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในพื้นที่ที่ให้ยืมเช่นใดบ้าง ซึ่งระบบแนวคิดของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพย์สินของรัฐที่ใช้ในประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบันสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ระบบ ได้แก่ **ระบบที่หนึ่ง** “ระบบโครงสร้างแบบเดี่ยว” (monistische Konstruktion) ซึ่งเป็นระบบที่มาจากกฎหมายตระกูลโรมานิก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายฝรั่งเศส ลักษณะที่สำคัญของระบบโครงสร้างแบบเดี่ยว คือ เป็นระบบที่มีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับทรัพย์สินของรัฐตามหลักกฎหมายแพ่งว่าด้วยทรัพย์สินไว้อย่างครบถ้วน แยกต่างหากจากกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของเอกชน และ**ระบบที่สอง** “ระบบโครงสร้างแบบคู่” (dualistische Konstruktion) ซึ่งเป็นระบบที่มาจากกฎหมายตระกูลแอ่งไกลแซกซอนและกฎหมายเยอรมัน ลักษณะที่สำคัญของระบบโครงสร้างแบบคู่ คือ เป็นระบบที่ไม่ได้มีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับทรัพย์สินของรัฐตามหลักกฎหมายแพ่งว่าด้วยทรัพย์สินแยกต่างหากจากกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของเอกชน แต่ใช้วิธีการบัญญัติกฎหมายในรูปแบบต่าง ๆ ตามความจำเป็นและความเหมาะสมที่จะคุ้มครองทรัพย์สินแต่ละประเภทแทน⁴²

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้เดินตามแนวทางของระบบโครงสร้างแบบเดี่ยว เนื่องจากการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับทรัพย์สินของรัฐไว้ในมาตรา 1304 ถึง มาตรา 1307 โดยเฉพาะ ในขณะที่ระบบกฎหมายเยอรมันไม่ปรากฏบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของแผ่นดินไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง (bürgerliches Gesetzbuch) ดังเช่นในระบบกฎหมายไทย แต่ได้มีการกำหนดข้อความคิดว่าด้วย**ทรัพย์สินในทางกฎหมายมหาชน (Recht der öffentlichen Sachen)** ไว้เพื่ออธิบายความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิของเอกชนและรัฐในการใช้ทรัพย์สินขึ้นเดียวกัน โดยในระบบกฎหมายเยอรมัน อำนาจในการจัดการทรัพย์สินเพื่อให้เป็นไปตามประโยชน์แก่ส่วนรวม (Gemeingebrauch) นั้น ไม่จำเป็นต้องอยู่กับอำนาจของเจ้าของกรรมสิทธิ์เสมอไป แต่อาจกำหนดได้ด้วยการกระทำที่เรียกว่า “**การอุทิศ**” (Widmung)⁴³ ซึ่งการอุทิศทรัพย์สินอย่างหนึ่งอย่างใดให้เป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมในบริบทของระบบกฎหมายเยอรมันนั้น สามารถกระทำได้ด้วยการระบุไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมาย โดยคำสั่งทางปกครอง หรือแม้กระทั่งโดยปริยาย (konkludent) ผ่านการทำนิติกรรมหรือการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาของผู้ทำนิติกรรมในการที่จะอุทิศทรัพย์สินทั้งหมดหรือบางส่วนให้เป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม⁴⁴

⁴² รายละเอียดโปรดดู Hardinghaus, Herbert, Öffentliche Sachherrschaft und öffentliche Sachwaltung : eine Untersuchung des deutschen Rechts der öffentlichen Sachen verglichen mit dem französischen Recht des Domaine public, Berlin 1966, S. 15 f.

⁴³ Papier, Hans-Jürgen, Recht der öffentlichen Sachen, Berlin 1998, S. 11 f.

⁴⁴ คำอธิบายพร้อมตัวอย่างของการอุทิศโดยปริยาย โปรดดู Stelkens, in : Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Auflage 2023, § 35 Rn. 325.



การอุทิศที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดย่อมก่อให้เกิดภาระแก่ทรัพย์สินที่ถูกอุทิศในการที่จะนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ของการอุทิศทรัพย์สิน (Widmungszweck) ที่ได้กำหนดไว้ตั้งแต่ต้น ทั้งนี้ ไม่ว่าเจ้าของกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินเช่นว่านั้นจะเป็นรัฐหรือเอกชนก็ตาม ภาระแก่ทรัพย์สินที่ถูกอุทิศเช่นว่านี้จึงเสมือนเป็นภาระจำยอมในทางกฎหมายมหาชน (öffentliche Dienstbarkeit)⁴⁵ อันเป็นการจำกัดอำนาจของเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าว ไม่ให้ใช้ทรัพย์สินไปในแนวทางที่ขัดต่อวัตถุประสงค์ของการอุทิศทรัพย์สิน โดยแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับภาระจำยอมในทางกฎหมายมหาชนในลักษณะนี้ มีเบื้องหลังมาจากหลักการที่ว่า การใช้ทรัพย์สินเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวมประการหนึ่งประการใดจะบรรลุตามวัตถุประสงค์ได้ก็ต่อเมื่อมี “หลักประกัน” (Sicherung) ทางกฎหมายให้แก่ทรัพย์สินเช่นว่านั้นนั่นเอง⁴⁶

ถึงแม้ว่าข้อความคิดว่าด้วยทรัพย์สินในทางกฎหมายมหาชน (Recht der öffentlichen Sachen) ที่กล่าวมาข้างต้นนั้น จะเป็นข้อความคิดที่ในระบบกฎหมายเยอรมันจะนำมาใช้เฉพาะในกรณีที่มีการนำทรัพย์สินของเอกชนไปใช้เพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวมก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่า หลักคิดเบื้องหลังในเรื่องของการสร้างหลักประกันให้แก่ทรัพย์สินที่ใช้เพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวมนั้น สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีของการขัดกันระหว่างการใช้ที่ดินเพื่อประโยชน์ที่แตกต่างกันของหน่วยงานของรัฐ ดังเช่นในกรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565 นี้ ได้เช่นกัน เพราะหากไม่มีมาตรการใด ๆ คุ่มครองการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวมดังเช่นโรงเรียนแล้ว ย่อมส่งผลให้เกิดการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของหน่วยงานของรัฐที่อาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อประโยชน์ส่วนรวมได้ อันจะเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐซึ่งมีความผูกพันต่อหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั่นเอง โดยในกรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองยะลาฉบับนี้ การที่วัดได้ยินยอมให้โรงเรียนได้ใช้พื้นที่ของวัดในการก่อสร้างโรงเรียนเช่นนี้ ย่อมเป็นกรณีที่วัดได้แสดงเจตนาที่จะอุทิศที่ดินเพื่อประโยชน์ในการจัดการศึกษาขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมประการหนึ่ง วัดจึงไม่อาจใช้อำนาจในลักษณะที่ขัดขวางการดำเนินการของโรงเรียนเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ การที่อำนาจของวัดในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินสงฆ์จึงถูกจำกัดด้วยภาระจำยอมในทางกฎหมายในทางมหาชนเช่นนี้ ย่อมทำให้เจ้าอาวาสซึ่งเป็นผู้แทนของวัดไม่สามารถใช้อำนาจในลักษณะที่เข้าไปแทรกแซงการจัดการเรียนการสอนของโรงเรียนได้

1.3 ผลสรุปเบื้องต้น

จากการพิจารณาผลทางกฎหมายที่เกิดจากสถานะของวัด และพิจารณาจากผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากสัญญาเช่าพื้นที่วัดในการก่อสร้างโรงเรียนแล้ว พบว่า วัดนพวงศารามเป็นนิติบุคคลทางกฎหมายมหาชน ซึ่งมีความผูกพันในการที่จะต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญในทางกลับกัน วัดจึงมีข้อควรระวังที่จะกล่าวอ้างความคุ้มครองในเสรีภาพของศาสนาได้

⁴⁵ Ibid, § 35 Rn. 323a.

⁴⁶ Papier, Hans-Jürgen, Recht der öffentlichen Sachen, Berlin 1998, S. 11 f.

ด้วยเหตุนี้ ถึงแม้ข้อ 12 วรรคท้าย ของระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน พ.ศ. 2551 (ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อ 3 ของระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561) จะได้กำหนดให้การแต่งกายของนักเรียนที่ศึกษาในสถานศึกษาซึ่งขอใช้พื้นที่วัดหรือที่ธรณีสถิงเป็นที่ตั้งของสถานศึกษาเป็นไปตามสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างวัดกับสถานศึกษา และถึงแม้หนังสือสัญญาอิมที่ธรณีสถิงวัดนพวงศาราม เพื่อสร้างโรงเรียนอนุบาล ลงวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2510 จะได้กำหนดให้เจ้าอาวาสมีอำนาจในการปกครองสอดส่องดูแลพื้นที่ที่อยู่ในความปกครองของตนก็ตาม แต่วัดไม่สามารถใช้อำนาจทั้งในฐานะเจ้าหนี้และเจ้าของกรรมสิทธิ์ในพื้นที่ที่ใช้ในการสร้างวัดเพื่อที่จะควบคุมดูแลโรงเรียนไปถึงระดับที่จะกำหนดระเบียบเกี่ยวกับการแต่งกายในลักษณะที่กระทบต่อเสรีภาพทางศาสนาของนักเรียนได้ ด้วยเหตุนี้ โรงเรียนอนุบาลปัตตานีจึงไม่มีหน้าที่ในการออกระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการแต่งกาย ในลักษณะที่ห้ามมิให้นักเรียนแต่งกายตามความเชื่อศาสนาอิสลามแต่อย่างใด

2. การออกระเบียบเครื่องแต่งกายในฐานะที่เป็นดุลพินิจของโรงเรียนอนุบาลปัตตานี

ถึงแม้จะพิจารณาในหัวข้อที่ผ่านมาแล้วว่า โรงเรียนอนุบาลปัตตานีไม่มีหน้าที่ในการออกระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการแต่งกาย ในลักษณะที่ห้ามมิให้นักเรียนแต่งกายตามความเชื่อศาสนาอิสลามก็ตาม แต่ประเด็นที่ยังคงต้องพิจารณาต่อไป คือ โรงเรียนอนุบาลปัตตานีสามารถใช้ดุลพินิจในการออกระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการแต่งกาย ในลักษณะที่ห้ามมิให้นักเรียนแต่งกายตามความเชื่อศาสนาอิสลาม โดยไม่ต้องอาศัยความชอบธรรมจากข้อตกลงระหว่างวัดกับสถานศึกษาได้หรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การใช้ดุลพินิจของโรงเรียนอนุบาลปัตตานีในการออกระเบียบของโรงเรียนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการแต่งกายของนักเรียนโดยอาศัยเพียงอำนาจทั่วไปของสถานศึกษาในการกำหนดระเบียบที่เกี่ยวข้องกับเครื่องแต่งกายตามนัยข้อ 13 ของระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน พ.ศ. 2551⁴⁷ นั้น เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

โดยหลักการประการหนึ่งที่จะต้องนำมาปรับใช้เพื่อพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจดุลพินิจ คือ การใช้อำนาจดุลพินิจโดยคำนึงถึงหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งในกรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565 คือ เสรีภาพทางศาสนาตามมาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญ

⁴⁷ ระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน พ.ศ. 2551

ข้อ 13 “ให้สถานศึกษาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสถานศึกษาเป็นผู้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการแต่ง วิธีการ และเงื่อนไขในการแต่งเครื่องแบบนักเรียน ดังนี้

- (1) ชนิดและแบบของเครื่องแบบ รวมทั้งจัดทำรูปเครื่องแบบตามระเบียบนี้ไว้เป็นตัวอย่าง
- (2) เครื่องหมายของสถานศึกษา

การกำหนดรายละเอียดตามวรรคหนึ่ง ให้สถานศึกษาขอความเห็นชอบจากผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปอีกชั้นหนึ่งหรือผู้กำกับดูแลสถานศึกษานั้น แล้วแต่กรณี และประกาศให้นักเรียนและผู้ปกครองนักเรียนทราบ ”

แห่งราชอาณาจักรไทย⁴⁸ โดยในบทวิเคราะห์คดีฉบับนี้ ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจในการออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานี โดยใช้โครงสร้างการใช้การตีความกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งจะแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 4 ขั้นตอน⁴⁹ ได้แก่ **ขั้นตอนที่หนึ่ง** พิจารณาว่าการกระทำของผู้ฟ้องคดีอยู่ในขอบเขตความคุ้มครอง (Schutzumfang) ของเสรีภาพทางศาสนาหรือไม่ (หัวข้อ 2.1) **ขั้นตอนที่สอง** พิจารณาว่าการออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานี เป็นการใช้มาตรการเพื่อแทรกแซงการใช้เสรีภาพทางศาสนา (Eingriff) ของนักเรียนผู้ฟ้องคดีหรือไม่ (หัวข้อ 2.2) **ขั้นตอนที่สาม** การออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานี เป็นไปตามเงื่อนไขในการใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดเสรีภาพทางศาสนา (Schränken) หรือไม่ (หัวข้อ 2.3) และ**ขั้นตอนที่สี่** การออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานี อยู่ภายในขอบเขตหรือข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับการใช้เงื่อนไขในการใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดเสรีภาพทางศาสนา (Schränken-Schränken) หรือไม่ (หัวข้อ 2.4) โดยมีรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาแต่ละประการ ดังต่อไปนี้

2.1 ขอบเขตความคุ้มครอง (Schutzumfang) ของเสรีภาพทางศาสนา

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตความคุ้มครอง (Schutzumfang) ของเสรีภาพทางศาสนา นั้น สามารถแบ่งการพิจารณาออกเป็นขอบเขตความคุ้มครองในแง่บุคคล (หัวข้อ 2.1.1) ประการหนึ่ง และขอบเขตความคุ้มครองในแง่เนื้อหา (หัวข้อ 2.1.2) อีกประการหนึ่ง โดยมีรายละเอียดของขอบเขตความคุ้มครองแต่ละประการ ดังต่อไปนี้

2.1.1 ขอบเขตความคุ้มครองในแง่บุคคล

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตความคุ้มครองในแง่บุคคลนั้น เมื่อมาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้กำหนดให้ “บุคคล” ทุกคนได้รับความคุ้มครองในการใช้เสรีภาพทางศาสนา โดยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในแง่ “ความบรรลุนิติภาวะทางศาสนา” (Religionsmündigkeit)⁵⁰ ไว้

⁴⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มาตรา 31 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

⁴⁹ รายละเอียด โปรดดู Manssen, Gerrit, Staatsrecht II Grundrechte, 19. Aufl., München 2022, § 16 Rn. 396.; Kingreen/Poscher/Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 32. Aufl., Heidelberg 2016, § 6 Rn. 220.; Hufen, Friedhelm, Staatsrecht II Grundrechte, 5. Aufl., München 2016.; ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2562), หน้า 210.

⁵⁰ “ความบรรลุนิติภาวะทางศาสนา” (Religionsmündigkeit) นั้น เป็นหลักเกณฑ์ในกฎหมายเยอรมันที่กำหนดถึงสิทธิของผู้เยาว์ในการตัดสินใจต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับศาสนาที่แตกต่างกันไปในช่วงอายุที่แตกต่างกัน รายละเอียดโปรดดู วิชชา เนตรหัสณีย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, หน้า 60 (72).

แต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ นักเรียนผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบราย จึงอยู่ในขอบเขตการคุ้มครองของมาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

2.1.2 ขอบเขตความคุ้มครองในแง่เนื้อหา

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตความคุ้มครองเสรีภาพทางศาสนา ในแง่เนื้อหานี้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามมาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แล้ว จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางศาสนาใน 2 ลักษณะ ได้แก่ **ลักษณะแรก** เสรีภาพในการถือศาสนา ซึ่งเป็นเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองอย่างบริบูรณ์ และ**ลักษณะที่สอง** เสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน ซึ่งเป็นเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดได้ด้วยเหตุผลอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้⁵¹

โดยที่บทบัญญัติแห่งศาสนาอิสลามได้กำหนดให้ชายหรือหญิงทั้งหลาย ที่บรรลุนิติภาวะทางศาสนาโดยอายุเข้าเกณฑ์ในการปฏิบัติศาสนกิจ กล่าวคือ อายุครบ 9 ปีบริบูรณ์ นั้น จะต้องแต่งกายโดยปกปิด “ขอบเขตอวัยวะพึงสงวน” (เอาเราะฮฺ) ซึ่งสำหรับศาสนิกชายแล้ว ขอบเขตอวัยวะพึงสงวน คือ บริเวณตั้งแต่สะดือถึงหัวเข่า ทั้งนี้เป็นไปตามบัญญัติที่ 24:30 ของคัมภีร์อัลกุรอาน⁵² ส่วนขอบเขตอวัยวะพึงสงวนศาสนิกหญิง คือ อวัยวะทุกส่วนยกเว้นใบหน้าและฝ่ามือ ทั้งนี้ เป็นไปตามบัญญัติที่ 24:31 ของคัมภีร์อัลกุรอาน⁵³ เพื่อให้เป็นไปตามข้อบัญญัติดังกล่าว ศาสนิกชายจึงต้องสวมกางเกงขายาว และศาสนิกหญิงจึงต้องสวมฮิญาบ เมื่ออายุครบ 9 ปีบริบูรณ์⁵⁴

⁵¹ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, [ออนไลน์], หน้า 46, เข้าถึงจาก <https://dl.parliament.go.th/backoffice/viewer2300/web/viewer.php> เมื่อ 9 กุมภาพันธ์ 2566.

⁵² “จงกล่าวเถิด (มุฮัมมัด) แก่บรรดามุอมีน ให้พวกเขาลดสายตาของพวกเขาลงต่ำ และ**ให้พวกเขา รักษาตัวของพวกเขา**” นั้นเป็นการบริสุทธิยิ่งแก่พวกเขา แท้จริงอัลลอฮฺทรงรอบรู้สิ่งที่พวกเขากระทำ” คำแปลเป็นไปตามสมาคมนักเรียนเก่าอาหรับแห่งประเทศไทย, พระมหาคัมภีร์อัลกุรอานพร้อมความหมายภาษาไทย, ศูนย์กษัตริย์ พระฮัดเพื่อการพิมพ์อัลกุรอาน แห่งนครมาดินะฮ์, หน้า 854. (เน้นข้อความโดยผู้เขียน)

⁵³ “และจงกล่าวเถิด (มุฮัมมัด) แก่บรรดามุอมีนฮฺ ให้พวกเขาลดสายตาของพวกเขาเองต่ำ และ**ให้พวกเขา รักษาตัวของพวกเขา** และอย่าเปิดเผยเครื่องประดับของพวกเขา เว้นแต่สิ่งที่พึงเปิดเผยได้ และ**ให้เธอปิดด้วยผ้าคลุมศีรษะของเธอลงมาถึงหน้าอกของเธอ** และอย่าให้เธอเปิดเผยเครื่องประดับของพวกเขา เว้นแต่แก่สามีของพวกเขาหรือบิดาของพวกเขาหรือบิดาของสามีพวกเขา หรือลูกชายของพวกเขา หรือลูกชายของสามีของพวกเขา หรือพี่ชายน้องชายของพวกเขา หรือลูกชายของพี่ชายน้องชายของพวกเขา หรือลูกชายของพี่สว่น้องสาวของพวกเขา หรือพวกผู้หญิงของพวกเขา หรือที่มือขวาของพวกเขาครอบครอง (ทาสและทาสี) หรือคนใช้ผู้ชายที่ไม่มีความรู้สึกลงโทษ หรือเด็กที่ยังไม่รู้เรื่องเพศสวงของหญิง...” คำแปลเป็นไปตามสมาคมนักเรียนเก่าอาหรับแห่งประเทศไทย, พระมหาคัมภีร์อัลกุรอานพร้อมความหมายภาษาไทย, ศูนย์กษัตริย์ พระฮัดเพื่อการพิมพ์อัลกุรอาน แห่งนครมาดินะฮ์, หน้า 854-855. (เน้นข้อความโดยผู้เขียน)

⁵⁴ รายละเอียดโปรดดูคำชี้แจงของจุฬาราชมนตรีในคำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565, หน้า 42-44.



ดังนี้ จะเห็นได้ว่าหลักคำสอนที่เกี่ยวข้องกับการสวมเครื่องแต่งกาย เพื่อปกปิดขอบเขตอวัยวะพึงสงวนด้วยการสวมฮิญาบหรือกางเกงขายาวนั้น เป็นหลักคำสอนที่ปรากฏในข้อบัญญัติของคัมภีร์อัลกุรอาน ทั้งยังเป็นหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนว่า การไม่ปฏิบัติตามข้อบัญญัติทางศาสนา ดังกล่าวจะก่อให้เกิดโทษหรือบาปในมุมมองของผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามอีกด้วย ด้วยเหตุนี้ การแต่งกาย เพื่อปกปิดขอบเขตอวัยวะพึงสงวนด้วยการสวมฮิญาบและการสวมกางเกงขายาวจึงอยู่ภายใต้ขอบเขต ความคุ้มครองของมาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

2.2 การกระทำอันเป็นการแทรกแซงการใช้เสรีภาพ (Eingriff)

เมื่อพิจารณาได้ความแล้วว่า การกระทำของผู้ฟ้องคดีอยู่ในขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพทางศาสนาตามมาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทั้งในแง่บุคคลและในแง่เนื้อหาแล้ว มีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่า การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีมีลักษณะเป็นการใช้มาตรการเพื่อแทรกแซงการใช้เสรีภาพของผู้ฟ้องคดีตามบทบัญญัติดังกล่าวหรือไม่

หากพิจารณาหลักคิดทางทฤษฎีที่ใช้ในระบบกฎหมายเยอรมัน⁵⁵ การใช้มาตรการ เพื่อแทรกแซงการใช้เสรีภาพทางศาสนา (Eingriff; encroachment) นั้น สามารถกระทำได้ใน 2 รูปแบบ ได้แก่ รูปแบบที่หนึ่ง โดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมุ่งประสงค์ต่อการแทรกแซงการใช้เสรีภาพทางศาสนา โดยตรง (unmittelbarer gezielter Eingriff) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดกฎเกณฑ์ให้มีผลต่อบุคคล เป็นการทั่วไป หรือการออกคำสั่งแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะราย⁵⁶ หรือรูปแบบที่สอง การกระทำ ที่มีผลเป็นการแทรกแซงการใช้เสรีภาพทางศาสนาโดยอ้อม (mittelbarer Eingriff) กล่าวคือ เป็นการกระทำ ที่มีผลเป็นการขัดขวางการใช้เสรีภาพทางศาสนาในทางความเป็นจริง (faktische Beeinträchtigung)

แม้ในระบบกฎหมายไทยจะยังมิได้มีการวางหลักการทางทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง กับลักษณะของการใช้มาตรการเพื่อแทรกแซงการใช้เสรีภาพทางศาสนาก็ตาม แต่การออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีฯ ในส่วนที่เกี่ยวกับการแต่งกายของนักเรียนนั้น ย่อมส่งผลให้นักเรียนที่แต่งกายตามความเชื่อทางศาสนาอิสลามอาจถูกลงโทษในรูปแบบต่าง ๆ ตามมาตรการที่ระเบียบดังกล่าวกำหนดไว้ได้ การออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีฯ จึงเป็นการใช้มาตรการของฝ่ายปกครองที่มีผลเป็นการแทรกแซงเสรีภาพทางศาสนาตามมาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยตรง และเป็นการแทรกแซงเสรีภาพทางศาสนาแล้วอย่างชัดแจ้ง แม้จะยังมิได้มีการลงโทษใด ๆ แก่นักเรียนที่สวมเครื่องแบบนักเรียนตามหลักความเชื่อทางศาสนา ก็ตาม

⁵⁵ Hufen, Friedhelm, Staatsrecht II Grundrechte, § 25 Rn. 15-18.; Manssen, Gerrit, Staatsrecht II Grundrechte, § 25 Rn. 395.

⁵⁶ Sodan/Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, 10. Auflage 2023, § 32 Rn. 22.

2.3 เงื่อนไขในการใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดเสรีภาพ (Schraken)

เมื่อพิจารณาแล้วว่าการออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีฯ เป็นการใช้มาตรการของฝ่ายปกครองที่มีผลเป็นการแทรกแซงเสรีภาพทางศาสนาโดยตรง ประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไป คือ การแทรกแซงเสรีภาพทางศาสนาในลักษณะดังกล่าว เป็นการแทรกแซงเสรีภาพทางศาสนาที่เป็นไปตามเงื่อนไขในการใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดเสรีภาพ (Schraken) ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่

ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าว มาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้กำหนดให้เสรีภาพในการแสดงออกให้เป็นไปตามความเชื่อทางศาสนานั้น เป็นเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดได้ใน 3 กรณี ได้แก่ **กรณีที่หนึ่ง** การจำกัดเสรีภาพในกรณีที่มีการใช้เสรีภาพไปในทางที่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย **กรณีที่สอง** การจำกัดเสรีภาพในกรณีมีการใช้เสรีภาพไปในทางที่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และ**กรณีที่สาม** การจำกัดเสรีภาพทางศาสนาในกรณีมีการใช้เสรีภาพไปในทางที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งกรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองยะลา ที่ 17/2565 นั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีฯ โดยมีเหตุผลเพื่อรักษาความสงบและความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของนักเรียน รวมไปถึงการลดความขัดแย้งระหว่างผู้ที่เข้าใช้พื้นที่พิพาท ซึ่งนับถือศาสนาที่แตกต่างกัน ด้วยเหตุนี้ การออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีฯ จึงเป็นไปเพื่อการป้องกันมิให้การใช้เสรีภาพทางศาสนาเป็นไปในทางที่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ หรือเป็นไปในทางที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อันเป็นเหตุผลที่สามารถนำมาใช้ในการออกระเบียบเพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกให้เป็นไปตามความเชื่อทางศาสนาได้ตามมาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

2.4 ขอบเขตหรือข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับการใช้เงื่อนไขในการใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดเสรีภาพ (Schraken-Schraken)

นอกจากเงื่อนไขในการใช้ดุลพินิจตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว การใช้ดุลพินิจที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนยังต้องคำนึงถึงขอบเขตหรือข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับการใช้เงื่อนไขในการใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดเสรีภาพ (Schraken-Schraken) อีกด้วย โดยในระบบกฎหมายไทยนั้น มาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁵⁷ ได้กำหนดขอบเขตหรือข้อจำกัดสำหรับการตรากฎหมาย

⁵⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มาตรา 26 “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”

เพื่อจำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนโดยทั่วไปไว้ 5 ประการ ได้แก่ **ประการที่หนึ่ง** กฎหมายที่จำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนจะต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม **ประการที่สอง** กฎหมายที่จำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนจะต้องไม่เป็นกฎหมายที่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรแก่เหตุ **ประการที่สาม** กฎหมายที่จำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนจะต้องไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ **ประการที่สี่** ในกฎหมายที่จำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนจะต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย และ **ประการที่ห้า** กฎหมายที่จำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป กล่าวคือ จะต้องเป็นกฎหมายที่ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ด้วยเหตุนี้ แม้จะพิจารณาแล้วได้ความว่า การออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานี⁵⁸ เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แล้วก็ตาม แต่การออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานี⁵⁹ จะต้องเป็นไปตามข้อจำกัดทั้ง 5 ประการ ที่กล่าวไว้ข้างต้นด้วย จึงจะเป็นการใช้ดุลพินิจออกระเบียบที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ข้อจำกัดของการใช้มาตรการเพื่อแทรกแซงเสรีภาพทางศาสนาที่เป็นรูปธรรมที่สุดตามทัศนะของผู้เขียน และเป็นข้อจำกัดที่ศาลปกครองปกครองยะลาได้นำมาปรับในคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565 ด้วย นั่นคือ ข้อจำกัดซึ่งมีผลมาจาก “**หลักความพอสมควรแก่เหตุ**” (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) อันเป็นหลักการที่เรียกร้องให้การกระทำใด ๆ ของรัฐที่กระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน จะต้องเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ รัฐจะเข้าไปแทรกแซงการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เท่าที่จำเป็นต่อการดำเนินกิจการของรัฐเท่าที่ประโยชน์สาธารณะจะบรรลุผลเท่านั้น⁵⁸ โดยในการตรวจสอบความชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุของการกระทำของรัฐที่กระทบสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนนั้นสามารถกระทำได้ใน 3 ขั้นตอน ดังต่อไปนี้⁵⁹ **ขั้นตอนที่หนึ่ง** พิจารณามาตรการที่เลือกใช้นั้น มีความเหมาะสม (*Geeignetheit, suitability*) หรือไม่ กล่าวคือ เป็นขั้นตอนที่รัฐจะต้องตรวจสอบว่า วิธีการที่รัฐเลือกใช้นั้นเป็นมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้จริงหรือไม่ **ขั้นตอนที่สอง** พิจารณามีความจำเป็น (*Erforderlichkeit, necessity*) ที่รัฐจะต้องใช้มาตรการที่เลือกไว้หรือไม่ กล่าวคือ ในกรณีที่มีมาตรการ

⁵⁸ Detterbeck, Steffen, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 14. Aufl., München 2016, Rn. 229.

⁵⁹ ในบางตำราอาจแบ่งเป็น 4 ขั้นตอน โดยเพิ่มขั้นตอนของการหาความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ (*Zweck- und Mittelprüfung*) หรือการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของวัตถุประสงค์ (*Legitimacy of the End*) เป็นขั้นตอนแรก กล่าวคือ ตรวจสอบว่าวิธีการที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้นั้น นำไปสู่วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ รายละเอียดเป็นไปตาม Detterbeck, Steffen, *ibid*, Rn. 229 ff.; Schlink, Bernhard, *Proportionality* (1), in : Rosenfeld, Michel and Sajó. András (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (London : Oxford University Press, 2013), p. 720.

ให้รัฐเลือกใช้ได้หลายมาตรการนั้น จะต้องไม่มีวิธีการอื่นที่หากนำมาใช้แล้ว กระทบสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนน้อยกว่า (milderes Mittel) แต่เป็นมาตรการที่ได้ผลเท่าเทียมกันกับวิธีการที่รัฐได้เลือกไว้ (ebenso wirksames Mittel) และ**ขั้นตอนที่สาม** มาตรการที่รัฐเลือกใช้จะต้องเป็นมาตรการที่ได้สัดส่วน (Angemessenheit, balancing) กล่าวคือ ต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างความร้ายแรงของผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (Schwere des Eingriffs) กับความจำเป็นและเร่งด่วนของเหตุผลที่ใช้ในการดำเนินการที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน (Gewicht und Dringlichkeit der rechtfertigenden Gründe) โดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของรัฐจะเป็นการกระทำที่ไม่พอสมควรแก่เหตุ ก็ต่อเมื่อผลกระทบที่ปัจเจกบุคคลได้รับนั้น รุนแรงกว่าประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับอย่างมีนัยยะสำคัญ (ersichtlich wesentlich schwerer wiegen)⁶⁰ ด้วยเหตุนี้ การตรากฎหมายและการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งซึ่งมีผลเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพทางศาสนาที่ไม่ใช่มาตรการที่เหมาะสม (geeignet) ไม่ใช่มาตรการที่จำเป็น (erforderlich) หรือไม่ใช่มาตรการที่ได้สัดส่วน (angemessen) อย่างใดอย่างหนึ่ง ย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยในส่วนของที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้น กฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยอาศัยฐานจากการใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ หรือมีลักษณะเป็นการใช้ดุลพินิจต่อข้อเท็จจริงรายการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ กฎหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมเป็นกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้โดยศาลปกครอง⁶¹

ด้วยเหตุนี้ ประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไป คือ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีฯ โดยมีเหตุผลเพื่อรักษาความสงบและความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของนักเรียน รวมไปถึงการลดความขัดแย้งระหว่างผู้ที่เข้าใช้พื้นที่พิพาทซึ่งนับถือศาสนาที่แตกต่างกันนั้น เป็นการออกระเบียบที่ชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุตามนัยมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่ เมื่อเทียบกับปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง 3 ประการ ได้แก่ **ประการที่หนึ่ง** การคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสถานศึกษา ไม่ว่าจะเป็นนักเรียน ครู หรือผู้ปกครอง (หัวข้อ 2.4.1) **ประการที่สอง** หน้าที่ของสถานศึกษาในการดำรงหลักความเป็นกลางของบริการสาธารณะ (หัวข้อ 2.4.2) และ**ประการที่สาม** หน้าที่ของสถานศึกษาในการจัดทำบริการสาธารณะโดยคำนึงถึงบริบทแห่งสังคมพหุวัฒนธรรม (หัวข้อ 2.4.3) โดยมีรายละเอียดของการพิจารณาหลักความพอสมควรแก่เหตุในแต่ละปัจจัย ดังต่อไปนี้

⁶⁰ BVerfGE 44, 353 (373).

⁶¹ ในบริบทของกฎหมายไทย การใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจที่อาจถูกเพิกถอนได้โดยศาลปกครอง เนื่องจากเป็น “การใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ” ตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

2.4.1 การคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสถานศึกษา

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสถานศึกษานั้น การสวมเครื่องแบบให้เป็นตามความเชื่อทางศาสนาย่อมเป็นกรณีให้ผู้สวมใส่ได้ปฏิบัติกิจทางศาสนาในลักษณะที่เป็นการใช้เสรีภาพทางศาสนาในเชิงบวก (positive Religionsfreiheit) ซึ่งการใช้เสรีภาพในเชิงบวกอย่างต่อเนื่องในสถานที่ที่มีคนจำนวนมากดังเช่นในกรณีของสถานศึกษาที่ตั้งอยู่ติดกับวัด เช่นนี้ ย่อมส่งผลกระทบต่อการคุ้มครองเสรีภาพทางศาสนาในเชิงปฏิเสธ (negative Religionsfreiheit) ของบุคคลอื่น กล่าวคือ กระทบต่อเสรีภาพของบุคคลอื่นในการที่จะไม่ถูกรบกวนหรือชักจูงใจไปในความเชื่อของศาสนาอื่นนั่นเอง⁶²

โดยในกรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565 นี้ ศาลปกครองยะลาได้พิจารณาถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับนักเรียนและครูรายอื่น รวมไปถึงวัดและพุทธศาสนิกชนที่เข้าใช้พื้นที่ของวัด ในแง่มุมที่ว่ากรณีที่นักเรียนสวมใส่เครื่องแบบตามความเชื่อของศาสนาอิสลามอาจก่อให้เกิด “ความไม่สบายใจ” หรือ “ความขัดแย้ง” ระหว่างบุคคลผู้มีส่วนได้เสียกับวัดและโรงเรียนได้เช่นกัน

⁶² ตัวอย่างของคดีในประเทศเยอรมนีที่เกี่ยวข้องกับการปะทะกันระหว่างเสรีภาพทางศาสนาในเชิงบวก (positive Religionsfreiheit) และเสรีภาพทางศาสนาในเชิงปฏิเสธ (negative Religionsfreiheit) ได้แก่ คดีครูสวมผ้าคลุมศีรษะ ซึ่งเป็นคดีตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ลงวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 2015 โดยในคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นครูในโรงเรียนของรัฐแห่งหนึ่งในมณฑลรัฐนอร์ทไรน์-เวสต์ฟาเลิน (Nordrhein-Westfalen, NRW) ได้ฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 57 วรรคสี่ ประโยคที่หนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยสถาบันศึกษาของมณฑลรัฐนอร์ทไรน์-เวสต์ฟาเลิน (Schulgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, SchulG NRW) อันเป็นบทบัญญัติซึ่งห้ามมิให้นักเรียนและครูแสดงออกทางการเมือง (politisch) ทางศาสนา (religiös) ทางโลกทัศน์ (weltanschaulich) หรือการแสดงออกประการอื่นที่คล้ายคลึงกัน หากการแสดงออกเช่นนั้นจะเป็นภัยอันตรายหรือเป็นการรบกวนต่อความสงบเรียบร้อยของสถาบันศึกษา (Schulfrieden) หรือหน้าที่ของมณฑลรัฐในการดำรงความเป็นกลาง (Neutralität des Landes) ที่มีต่อนักเรียนและผู้ปกครอง เนื่องจากผู้ฟ้องคดีได้รับการแจ้งเตือนจากเจ้าหน้าที่ของโรงเรียนถึงสองครั้งว่า ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถสวมผ้าคลุมศีรษะในขณะปฏิบัติหน้าที่ได้ ถึงแม้ว่าหลังจากการแจ้งเตือนครั้งแรก ผู้ฟ้องคดีจะได้เปลี่ยนจากผ้าคลุมศีรษะที่ใช้กันโดยทั่วไป มาสวมใส่หมวกไหมพรมและผ้าพันคอสีชมพูแล้วก็ตาม และได้ใช้สิทธิทางศาลในช่องทางอื่นจนสิ้นกระบวนการแล้ว แต่ก็ไม่ประสบผลสำเร็จ

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิเคราะห์แล้ว เห็นว่า การที่ผู้ฟ้องคดีสวมใส่ผ้าคลุมศีรษะนั้น ถึงแม้จะทำให้เด็กนักเรียนต้องเผชิญกับสัญลักษณ์ของศาสนาอิสลาม แต่ตราบใดที่ครูผู้สวมใส่ผ้าโพกศีรษะไม่ได้ทำการใด ๆ อันเป็นการโฆษณาหลักคำสอนทางศาสนาอิสลามแก่นักเรียน ก็ย่อมเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ใน “พหุสังคมที่มีความหลากหลายทางศาสนา” (religiös-pluralistische Gesellschaft) และอาจขัดแย้งด้วยการที่นักเรียนได้พบปะกับครูผู้นับถือศาสนาอื่น ๆ นอกจากศาสนาอิสลามได้อีกด้วย ด้วยเหตุนี้ การสวมผ้าโพกศีรษะของผู้ฟ้องคดีจึงไม่เป็นการกระทบต่อเสรีภาพในเชิงปฏิเสธของนักเรียนตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน

2.4.2 หน้าที่ของสถานศึกษาในการดำรงหลักความเป็นกลางของบริการสาธารณะ

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ของสถานศึกษาในการดำรงหลักความเป็นกลางของบริการสาธารณะนั้น ศาลปกครองยะลาเห็นว่า โรงเรียนอนุบาลปัตตานีเป็นโรงเรียนที่มีการจัดการศึกษาขั้นพื้นฐานโดยตรง มิใช่โรงเรียนสำหรับการสอนศาสนาโดยเฉพาะเจาะจงแต่อย่างใด ซึ่งผลจากการที่โรงเรียนอนุบาลปัตตานีมีการจัดการศึกษาขั้นพื้นฐานโดยตรง ในฐานะที่เป็นบริการสาธารณะประการหนึ่งนั้น ทำให้โรงเรียนจัดการศึกษาโดยคำนึงถึงหลักความเป็นกลางทางศาสนา โดยต้องแยกศาสนาออกจากการปกครองหรือการจัดทำบริการสาธารณะอย่างชัดเจน และให้โอกาสแก่พลเมืองที่อยู่ในวัยเรียนในทุกเชื้อชาติและศาสนาได้มีโอกาสในการเข้ารับการศึกษาระดับพื้นฐานโดยเสมอภาคกันภายใต้การปฏิบัติตามหลักศาสนาหรือความเชื่อของตนตามสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ด้วยเหตุนี้ ถึงแม้ในแง่หนึ่งการที่นักเรียนสวมใส่เครื่องแบบตามความเชื่อของศาสนาอิสลามอาจจะกระทบต่อความสงบเรียบร้อยภายในโรงเรียนก็ตาม แต่ในอีกแง่หนึ่งก็เป็นการปฏิบัติให้เป็นไปตามหน้าที่ของโรงเรียนในการจัดการศึกษาโดยคำนึงถึงหลักความเป็นกลางทางศาสนาเช่นกัน⁶³

2.4.3 หน้าที่ของสถานศึกษาในการจัดทำบริการสาธารณะโดยคำนึงถึงบริบทแห่งสังคมพหุวัฒนธรรม

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ของสถานศึกษาในการจัดทำบริการสาธารณะโดยคำนึงถึงบริบทแห่งสังคมพหุวัฒนธรรมนั้น นอกจากศาสนาจะเชื่อมโยงกับสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลแล้ว ศาสนายังมีความสำคัญในฐานะที่เป็นรากเหง้าที่แสดงความเป็นหนึ่งเดียวกันของสังคมใดสังคมหนึ่ง และรัฐต้องประสานประโยชน์ของศาสนาทั้งในแง่ที่เป็นเสรีภาพของปัจเจกบุคคลและที่เป็นวัฒนธรรม ดังจะเห็นได้จากคำกล่าวของ Ernst-Wolfgang Böckenförde อดีตตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ว่า “ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของศาสนาและวัฒนธรรม เป็นเงื่อนไขบังคับของรัฐที่ปกครองโดยรัฐธรรมนูญ” และ “รัฐต้องมอบเสรีภาพทางศาสนาให้แก่พลเมือง พร้อมทั้งรักษารากเหง้าทางวัฒนธรรมไปพร้อมกัน”⁶⁴

⁶³ ตัวอย่างของคดีในประเทศเยอรมนีที่เกี่ยวข้องกับหลักความเป็นกลางทางศาสนา เช่น คดีรูปปั้นพระเยซู ถูกตรึงบนกางเขน (Kruzifix-Urteil) เป็นคดีตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ลงวันที่ 16 พฤษภาคม ค.ศ. 1995 โดยมีข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของคดีโดยสรุปว่า ในมลรัฐไบเอิร์น ในทุก ๆ ห้องเรียนจะต้องมีการติดตั้ง “รูปปั้นพระเยซูถูกตรึงบนกางเขน” (Kruzifix) หรืออย่างน้อยที่สุดต้องมีการประดับ “ตราสัญลักษณ์รูปกางเขน” (lateinisches Kreuz) เพื่อให้นักเรียนได้รำลึกถึงวัฒนธรรมอันเป็นเอกลักษณ์ของสังคมยุโรปอยู่เสมอ ด้วยเหตุนี้ นักเรียนรายหนึ่งจึงได้ยื่นคำร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐ (Verfassungsbeschwerde) โดยกล่าวอ้างมาในคำร้องว่า ระเบียบของมลรัฐในข้อที่ให้มีการติดตั้งรูปปั้นพระเยซูถูกตรึงบนกางเขนไว้ในห้องเรียนนั้น ขัดต่อหน้าที่ของรัฐที่ต้องดำรงความเป็นกลางทางศาสนา และเป็นการกระทบต่อเสรีภาพในทางศาสนาในเชิงปฏิเสธของนักเรียนตามมาตรา 4 ของกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐในคดีนี้ได้ตัดสินว่า รูปปั้นพระเยซูถูกตรึงบนกางเขนไม่ได้เป็นเพียงสัญลักษณ์ในเชิงวัฒนธรรมเท่านั้น แต่เป็นสัญลักษณ์ที่สื่อถึงคริสตจักรโดยตรง ระเบียบที่บังคับให้มี “การเรียนการสอนภายใต้กางเขน” (Lernen unter dem Kreuz) เช่นนี้ จึงเป็นการเข้าไปแทรกแซงเสรีภาพในทางศาสนาของนักเรียนและสิทธิของผู้ปกครองในการอบรมสั่งสอนบุตรผู้เยาว์ โดยที่ไม่มีเหตุอันชอบด้วยกฎหมายรองรับ และด้วยเหตุนี้จึงเป็นระเบียบที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

⁶⁴ อ้างถึงใน Sajó, András/Uitz, Renáta Rosenfeld, Freedom of Religion, in : Michael/Sajó, András, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, (Oxford : Oxford University Press, 2013), p. 912.

ด้วยการทับซ้อนกันระหว่างภารกิจของศาสนาในฐานะที่เป็นเสรีภาพ และศาสนาในฐานะที่เป็นวัฒนธรรมรากเหง้าของชาติเช่นนี้ หน้าที่ของรัฐในการดำรงความเป็นกลางทางศาสนา จึงไม่ได้หมายถึงการแยกรัฐออกจากศาสนาอย่างเคร่งครัดถึงขนาดที่รัฐเพิกเฉยต่อการนับถือศาสนาของพลเมือง หรือสนับสนุนให้พลเมืองกลายเป็นผู้ที่เพิกเฉยต่อศาสนา (Atheismus) ไปเสียทั้งหมด แต่หมายความว่า รัฐต้องส่งเสริมให้ผู้ต่างศาสนายู่ร่วมกันได้ ด้วยการยอมรับความแตกต่างของกันและกัน โดยรัฐจะเป็นผู้ทำการ สนับสนุนและปฏิบัติต่อผู้นับถือศาสนาทุกศาสนาอย่างเท่าเทียม (Pluralität, Offenheit und Gleichbehandlung)⁶⁵ ซึ่งหน้าที่ของรัฐในการดำรงความเป็นกลางทางศาสนาเป็นสิ่งที่มีความกระทบต่อพัฒนาการของแนวความคิด ว่าด้วย “เสรีภาพทางศาสนาในสถานศึกษา” ในระบบกฎหมายเยอรมันเช่นกัน⁶⁶

⁶⁵ Hufen, Staatsrecht II, § 22 Rn. 18; Ladeur/Ausberg, JZ, 2007, 12 (12).

⁶⁶ ตัวอย่างของคดีในประเทศเยอรมนีที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ของสถานศึกษาในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยคำนึงถึงบริบทแห่งสังคมพหุวัฒนธรรม เช่น **คดีบูร์กินีในชั้นเรียนว่ายน้ำ** (คำพิพากษาศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เมืองเคสเซิล ลังวันที่ 28 กันยายน ค.ศ. 2012, NVwZ, 2013, 159) โดยในคดีนี้ผู้ฟ้องคดีเป็นนักเรียนหญิงชาวมุสลิม ได้เข้าศึกษาในโรงเรียน รูปแบบ Gymnasium (เทียบได้กับระดับมัธยมศึกษา) แห่งหนึ่ง ณ เมืองแฟรงก์เฟิร์ต โดยในช่วงปีการศึกษา 2009 - 2013 สถานศึกษาดังกล่าวมีสัดส่วนของนักเรียนที่เป็นผู้อพยพเข้ามาจากประเทศอื่นประมาณร้อยละ 70 ถึง 80 ของนักเรียนทั้งหมด โดยร้อยละ 37 ของนักเรียนเหล่านั้นนับถือศาสนาอิสลาม ทั้งนี้ โรงเรียนแห่งนี้ได้จัดให้มี “ชั้นเรียนว่ายน้ำแบบกลุ่มภาคบังคับ” (koedukative Unterricht) ที่มีผู้ร่วมชั้นเรียนเป็นทั้งนักเรียนชายและนักเรียนหญิงปะปนกัน และนักเรียนทุกคน จำเป็นต้องเข้าร่วม เพื่อเป็นเงื่อนไขของการจบการศึกษา อย่างไรก็ตาม ผู้ปกครองของผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การร่วมชั้นเรียนกัน ระหว่างนักเรียนชายและนักเรียนหญิงด้วยเครื่องแต่งกายที่ใช้สำหรับว่ายน้ำตามปกติ นั้น ขัดต่อหลักศาสนาอิสลาม เพราะถึงแม้โรงเรียนจะอนุญาตให้สวมใส่ “บูร์กินี” (Burkini) เพื่อปกปิดร่างกายแล้วก็ตาม แต่การสวมใส่ชุดในแบบดังกล่าว ก็ยังทำให้เห็นสัดส่วนของผู้สวมใส่อยู่ดี ทั้งการจัดให้มีการเรียนการสอนร่วมกันระหว่างนักเรียนชายและนักเรียนหญิงเช่นนี้ ย่อมเพิ่มความเสี่ยงในการที่นักเรียนหญิงที่นับถือศาสนาอิสลาม จะไปสัมผัสกับนักเรียนชายโดยไม่ได้ตั้งใจ ด้วยเหตุนี้ ผู้ฟ้องคดีจึงได้ยื่นคำขอต่อสถานศึกษาในการที่จะไม่เข้าร่วมชั้นเรียนดังกล่าว เมื่อผู้อำนวยการโรงเรียนปฏิเสธคำขอดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงได้อุทธรณ์คำสั่งปฏิเสธและดำเนินการนำคดีขึ้นสู่ศาลมาตามลำดับชั้น จนคดีขึ้นสู่ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ เมืองเคสเซิล ผู้ฟ้องคดีได้กล่าวอ้างว่า การปฏิเสธคำขอในการที่จะไม่เข้าร่วมชั้นเรียนว่ายน้ำแบบกลุ่มภาคบังคับ เป็นการกระทำ ที่กระทบต่อเสรีภาพทางศาสนาของผู้ฟ้องคดีเกินสมควรแก่เหตุ นอกจากนี้ สถานศึกษายังใช้มาตรการที่เบากว่า (milderes Mittel) การบังคับให้ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมชั้นเรียนดังกล่าว ด้วยการอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีไปเข้าร่วมชั้นเรียนว่ายน้ำอื่น เป็นการทดแทน หรือจัดให้มีชั้นเรียนว่ายน้ำที่แยกกันระหว่างนักเรียนชายและนักเรียนหญิง อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ เมืองเคสเซิลได้นำหน้าที่ของสถานศึกษาในการส่งเสริมสังคมพหุวัฒนธรรมให้เป็นไปตาม “นโยบายเพื่อสร้างความสมานฉันท์ ระหว่างกลุ่มบุคคลที่มีภูมิหลังที่ต่างกัน” (Integrationspolitik) โดยชี้ให้เห็นว่า มาตรการในการให้นักเรียนที่มีภูมิหลัง แตกต่างกันได้เข้าเรียนในชั้นเรียนว่ายน้ำร่วมกันนั้น เป็นสิ่งที่จำเป็น เพื่อพัฒนาความรู้สึกเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันระหว่างนักเรียน และเห็นว่าการจัดการเรียนการสอนในรูปแบบดังกล่าวเป็นมาตรการที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว

ในบริบทของกฎหมายไทยนั้น ถึงแม้มาตรา 67 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁶⁷ จะได้กำหนดให้รัฐไทยมีหน้าที่ในการส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาและการเผยแผ่หลักธรรมของพระพุทธศาสนาเถรวาทก็ตาม แต่มาตรา 67 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เองก็ได้กำหนดให้รัฐไทยมีหน้าที่ในการอุปถัมภ์และคุ้มครองพระพุทธศาสนาและศาสนาอื่นเช่นกัน ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า การตีความบทบัญญัติตามมาตรา 67 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงต้องตีความไปในแนวทางที่ว่า รัฐพึงส่งเสริมพุทธศาสนาในฐานะที่เป็นคุณค่าที่เชื่อมโยงกับวัฒนธรรมไทยเท่านั้น แต่ในแง่ของศาสนา รัฐจะต้องส่งเสริมให้บุคคลทุกศาสนาอยู่ร่วมกันได้โดยไม่สูญเสียอัตลักษณ์ของตนไป

โดยในกรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565 นี้ ศาลปกครองยะลาได้พิจารณาถึงความสำคัญของหน้าที่ของสถานศึกษาในการจัดทำบริการสาธารณะโดยคำนึงถึงบริบทแห่งสังคมพหุวัฒนธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในพื้นที่ 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้ ซึ่งความสมานฉันท์ระหว่างบุคคลซึ่งมีภูมิหลังแตกต่างกัน เป็นสิ่งที่จะช่วยให้เหตุการณ์ความไม่สงบบรรเทาความรุนแรงลงมาได้

2.4.4 สรุปผลจากการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุ

จากการพิจารณาปัจจัยทั้ง 3 ประการ ที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า แม้การสวมใส่เครื่องแบบตามความเชื่อของศาสนาอิสลามอาจจะกระทบต่อความสงบเรียบร้อยภายในโรงเรียนก็ตาม แต่เมื่อคำนึงถึงหน้าที่ของโรงเรียนอนุบาลปัตตานีในการดำรงหลักความเป็นกลางของบริการสาธารณะ รวมไปถึงหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะโดยคำนึงถึงบริบทแห่งสังคมพหุวัฒนธรรมแล้ว การใช้ดุลพินิจของโรงเรียนในการออกระเบียบอาจเป็นการใช้ดุลพินิจที่ยังมิได้คำนึงถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้องอย่างเพียงพอ โดยในคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565 นี้ ศาลปกครองยะลาได้พิเคราะห์ไว้ว่า วัตถุประสงค์ของโรงเรียนอนุบาลปัตตานีในการออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีฯ เพื่อรักษาความสงบและความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของนักเรียน รวมไปถึงเพื่อลดความขัดแย้งระหว่างผู้ที่เข้าใช้พื้นที่พิพาทซึ่งนับถือศาสนาที่แตกต่างกันนั้น เป็นวัตถุประสงค์ที่อาจบรรลุได้ด้วยการสร้างกิจกรรมที่เหมาะสมโดยใช้นักเรียนเป็นศูนย์กลาง เพื่อสร้างความร่วมมือร่วมใจระหว่างนักเรียน ผู้ปกครอง และบุคลากรทางการศึกษา โดยการใช้วิธีการดังกล่าวยังสร้างประสิทธิภาพในระยะยาวที่ดีกว่าการให้นักเรียนสวมเครื่องแบบในรูปแบบเดียวกันหมดด้วย เนื่องจากเป็นวิธีการที่ส่งเสริมการเรียนรู้วัฒนธรรมที่แตกต่างกันระหว่างนักเรียน ทั้งยังเป็นการป้องกันมิให้เกิดการกีดกันนักเรียนออกจากระบบการศึกษาเพียงเพราะเหตุที่นักเรียนไม่ปฏิบัติ

⁶⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มาตรา 67 “รัฐพึงอุปถัมภ์และคุ้มครองพระพุทธศาสนาและศาสนาอื่น

ในการอุปถัมภ์และคุ้มครองพระพุทธศาสนาอันเป็นศาสนาที่ประชาชนชาวไทยส่วนใหญ่นับถือมาช้านาน รัฐพึงส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาและการเผยแผ่หลักธรรมของพระพุทธศาสนาเถรวาท เพื่อให้เกิดการพัฒนาจิตใจและปัญญา และต้องมีมาตรการและกลไกในการป้องกันมิให้มีการบ่อนทำลายพระพุทธศาสนาไม่ว่าในรูปแบบใด และพึงส่งเสริมให้พุทธศาสนิกชนมีส่วนร่วมในการดำเนินมาตรการหรือกลไกดังกล่าวด้วย”

ตามระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการแต่งกายอีกด้วย ดังนี้ จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองยะลาได้นำหลักความจำเป็น (Erforderlichkeit, necessity) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักความพอสมควรแก่เหตุมาปรับใช้แก่กรณีนั่นเอง

เมื่อการออกระเบียบโรงเรียนอนุบาลปัตตานีฯ เกิดจากการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุซึ่งเป็นหลักการที่ได้มีการรับรองไว้ในมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แล้ว ระเบียบที่มีพื้นฐานมาจากการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบเช่นนี้ย่อมถูกเพิกถอนได้โดยศาลปกครอง โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

บทส่งท้าย

จากการวิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองยะลาที่ 17/2565 ผ่านมุมมองที่เกี่ยวข้องกับบทบาทของศาลปกครองในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้วจะเห็นได้ว่า คำพิพากษานี้บ่งชี้ได้ว่าได้นำหลักการที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมาปรับใช้ได้ใกล้เคียงกับโครงสร้างของการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ใช้ในประเทศอื่น เช่น ในประเทศเยอรมนี คำพิพากษานี้จึงไม่เพียงแต่แสดงให้เห็นถึงศักยภาพของศาลปกครองไทยในการนำหลักการที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงในรายกรณีเท่านั้น แต่ยังแสดงให้เห็นถึงศักยภาพของศาลปกครองไทยในการวางหลักการทางทฤษฎีที่สำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อนำไปปรับใช้ในคดีที่เกิดขึ้นในอนาคตอีกด้วย

คำสำคัญ : ศาสนา, การศึกษา, สิทธิ, เสรีภาพ, ดุลพินิจ, วัด, นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน, ทรัพย์สินของแผ่นดิน

**บทวิเคราะห์คดี : การตรวจพิจารณาและกำหนดประเภทภาพยนตร์ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์
และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 : การพิจารณาภาพยนตร์เกี่ยวกับเหตุการณ์ร่วมสมัย
เปรียบเทียบกรณีตามกฎหมายเยอรมัน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 7/2567)**

**Reviewing and determining film classifications according to the Film and Video
Act B.E. 2551 (2008) : Considering films about contemporary events comparing
to German law (Supreme Administrative Court Judgment No. A.PA. 7/2567)**

วิชญ์พาส พิมพ์อักษร *

บทคัดย่อ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 7/2567 เป็นคำพิพากษาในคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย ซึ่งผู้ฟ้องคดีทั้งสองขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่งไม่อนุญาตให้นำภาพยนตร์ เรื่อง “เชคสเปียร์ต้องตาย” ออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักร และคำวินิจฉัยอุทธรณ์ที่ให้อยุทธธรณ์ของผู้ฟ้องคดีทั้งสอง และให้ผู้ถูกฟ้องคดีร่วมกันชดเชยค่าเสียหายจากการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว โดยศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า คำสั่งทางปกครองทั้ง 2 ฉบับ ชอบด้วยกฎหมายจึงพิพากษายกฟ้อง แต่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า คำสั่งทางปกครองทั้ง 2 ฉบับ ไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นซึ่งเป็นเพิกถอนคำสั่งทางปกครองทั้ง 2 ฉบับ และให้จ่ายค่าสินไหมทดแทนพร้อมดอกเบี้ยให้แก่ผู้ฟ้องคดี

เนื่องจากศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยละเอียด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการพิจารณาเนื้อหาของภาพยนตร์ทั้งเรื่องจากองค์ประกอบโดยรวม ซึ่งศาลปกครองทั้ง 2 ชั้นศาล เห็นว่า ภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวเป็นเหตุการณ์ร่วมสมัยซึ่งอาจมีที่มาจากเหตุการณ์ภายในประเทศเช่นเดียวกัน แต่ศาลปกครองสูงสุดเห็นต่างจากศาลปกครองชั้นต้น บทวิเคราะห์คดีนี้จึงวิเคราะห์ประเด็นดังกล่าวโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมันใน 2 ประเด็น คือ (1) อำนาจตามกฎหมายในการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ ที่ประกอบด้วย การคุ้มครองเสรีภาพในการสร้างภาพยนตร์ตามกฎหมายไทยฐานอำนาจตามกฎหมายของคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ การใช้อำนาจของคณะกรรมการ

*

(LL.M., Öffentliches Recht) มหาวิทยาลัยบอนน์ (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn)
สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 2 สำนักวิจัยและวิชาการ
สำนักงานศาลปกครอง

พิจารณาภาพยนตร์และวิดิทัศน์ การคุ้มครองเสรีภาพในการสร้างภาพยนตร์ตามกฎหมายเยอรมัน การจำกัดเสรีภาพในการสร้างภาพยนตร์ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน และการจำกัดเสรีภาพในการสร้างภาพยนตร์ตามกฎหมายเยอรมันที่มุ่งคุ้มครองเยาวชน และ (2) แนวทางการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ ที่ประกอบด้วย ความหมายและลักษณะของ “การก่อให้เกิดการแตกความสามัคคีระหว่างคนในชาติ” การพิจารณาเนื้อหาและองค์ประกอบโดยรวมตามที่ปรากฏในภาพยนตร์ และการพิจารณาเนื้อหาเกี่ยวกับเหตุการณ์ร่วมสมัย

1. สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัย

ผู้ฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้อำนวยการสร้างภาพยนตร์ เรื่อง “เชคสเปียร์ต้องตาย” โดยมีผู้ฟ้องคดีที่ 2 เป็นผู้เขียนบทภาพยนตร์ ผู้อำนวยการสร้างร่วม และผู้กำกับภาพยนตร์เรื่องดังกล่าว ภายหลังการสร้างภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวเสร็จสิ้น ผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้ยื่นคำขอตรวจพิจารณาภาพยนตร์ เรื่องนี้ต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวิดิทัศน์ คณะที่ 3) ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เห็นว่า ภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวมีเนื้อหาที่ก่อให้เกิดการแตกความสามัคคีระหว่างคนในชาติ อันเป็นภาพยนตร์ ที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักรตามข้อ 7 (3) ของกฎกระทรวงกำหนดลักษณะของประเภทภาพยนตร์ พ.ศ. 2552 จึงมีมติไม่อนุญาตโดยจัดเป็นประเภทภาพยนตร์ที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักรตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง (7) แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวิดิทัศน์ พ.ศ. 2551 และแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสอง พิจารณาแก้ไขเนื้อหาบางส่วน แต่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองแจ้งว่าเป็นการนำเสนอความจริงจึงยืนยันไม่แก้ไข และมีหนังสืออุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อนายกรัฐมนตรีและประธานกรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (คณะกรรมการภาพยนตร์และวิดิทัศน์แห่งชาติ) ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เห็นว่า แม้จะตัดแปลงเนื้อหาของภาพยนตร์ เรื่องดังกล่าวให้เป็นประเทศสมมติก็ยังมีลักษณะที่สื่อความหมายให้เข้าใจว่าเป็นสังคมไทย และบางฉาก ยังมีเนื้อหาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจกระทบกระเทือน ต่อความมั่นคงของรัฐและเกียรติภูมิของประเทศ จึงมีมติยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีทั้งสอง ผู้ฟ้องคดีทั้งสองเห็นว่า คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้รับความเสียหาย จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่ง ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 พร้อมทั้งขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ร่วมกันชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสอง ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า ภาพยนตร์ เรื่องดังกล่าวมีเนื้อหาหลายฉากหลายตอนสื่อให้เห็นได้ว่าเป็นสภาพสังคมไทยและเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ในสังคมไทย การนำเหตุการณ์ความรุนแรงที่เกิดขึ้นเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 ซึ่งเป็นเหตุการณ์ร่วมสมัย มาเป็นส่วนหนึ่งของภาพยนตร์ย่อมสร้างความไม่พอใจให้เกิดขึ้นแก่ญาติพี่น้องของผู้เสียชีวิตหรือผู้ร่วม อยู่ในเหตุการณ์ดังกล่าว ทำให้คนในชาติเกิดความรู้สึกเคียดแค้นชิงชัง อันอาจก่อให้เกิดการแตกความสามัคคี ระหว่างคนในชาติได้ คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลชั้นต้น พิพากษายกฟ้อง ผู้ฟ้องคดีทั้งสองไม่เห็นด้วยและได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า แม้ภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวจะมีเนื้อหาบางตอนที่สื่อให้เห็นว่าเป็นสังคมไทยและฉากความรุนแรงตอนท้ายเรื่องมีลักษณะคล้ายคลึงกับเหตุการณ์ความรุนแรงเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 แต่ภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวทั้งเรื่องเป็นการนำเสนอเรื่องราวหรือต้องการสื่อสารกับผู้ชมในแง่มุมของความชั่วร้ายที่อยู่ในจิตใจของมนุษย์ โดยมีได้ต้องการจะสื่อสารหรือแสดงความคิดเห็นในเชิงวิพากษ์วิจารณ์ต่อเหตุการณ์ความไม่สงบภายในประเทศไทยเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะเป็นการเล่นแบบเหตุการณ์ดังกล่าว แต่ไม่น่าจะทำให้ผู้ชมเข้าใจว่าเป็นเหตุการณ์เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 หรือหากผู้ชมเข้าใจว่าเป็นการเล่นแบบเหตุการณ์เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 กรณีเห็นได้ว่าเหตุการณ์ดังกล่าวได้ยุติไปนานแล้ว ประกอบกับปัจจุบันได้มีการจัดงานรำลึกถึงเหตุการณ์ดังกล่าวเป็นประจำทุกปี และมีการเผยแพร่ภาพเหตุการณ์ดังกล่าวในสื่อต่าง ๆ เพื่อให้อนุชนรุ่นหลังได้เรียนรู้ถึงความผิดพลาดที่เกิดขึ้นในอดีต กรณีจึงไม่น่าจะก่อให้เกิดการแตกแยกความสามัคคีระหว่างคนในชาติ นอกจากนี้ หากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เห็นว่าภาพยนตร์เรื่องนี้มีความรุนแรงมากเกินไปอาจทำให้บุคคลที่ยังมีวิจรรย์ญาณไม่เพียงพอเกิดความเข้าใจผิดหรือเกิดความเครียดเกินสมควร ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 สามารถใช้ดุลพินิจจัดประเภทของภาพยนตร์เป็นภาพยนตร์ที่ห้ามผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีดูตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ได้ คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีทั้งสอง แต่ค่าใช้จ่ายในการสร้างภาพยนตร์ไม่ถือว่าเป็นค่าเสียหายโดยตรง ส่วนความเสียหายจากการถูกลิขิตรอนเสรีภาพและความเสียหายจากการสูญเสียโอกาสและเสียเวลาในการประกอบอาชีพโดยการนำภาพยนตร์ออกฉายภายในกำหนดเวลาอันเหมาะสม ศาลเห็นควรกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองเป็นเงินจำนวน 500,000 บาท พร้อมดอกเบี้ย ศาลปกครองสูงสุดจึงพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น เป็นเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 รวมทั้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (กรมส่งเสริมวัฒนธรรม) ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่เป็นสำนักงานเลขานุการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จ่ายค่าสินไหมทดแทนพร้อมดอกเบี้ยจนกว่าจะชำระเสร็จ ภายใน 90 วัน นับแต่วันที่มีคำพิพากษา รวมทั้งให้คืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งสองชั้นศาลตามส่วนของการชนะคดีให้แก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสอง ค่าขออื่นนอกจากนี้ให้ยก

2. บทวิเคราะห์

ภาพยนตร์เรื่อง “เชคสเปียร์ต้องตาย” เป็นหนึ่งในภาพยนตร์ไทย 5 เรื่อง ที่เคยได้รับคำสั่งไม่อนุญาตให้นำภาพยนตร์ออกเผยแพร่ในราชอาณาจักรจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์¹

¹ เปิดชื่อ หนังสือที่ถูกห้ามฉาย “ไทบ้าน เดอะซีรีส์ 2.2” เป็นเรื่องที่ 5, Khaosod Online [ออนไลน์], 21 พฤศจิกายน 2561, เข้าถึงจาก https://www.khaosod.co.th/monitornews/news_1854680 เมื่อ 4 มีนาคม 2567.; “ไทบ้าน เดอะซีรีส์ 2.2” หนังสือที่ห้าที่ถูกห้ามฉายภายใต้ พ.ร.บ. ภาพยนตร์ฯ 2551, iLaw [ออนไลน์], 26 พฤศจิกายน 2561, (มีต่อหน้าถัดไป)

และเป็นภาพยนตร์เรื่องที่สองที่ผู้สร้างและผู้กำกับภาพยนตร์ยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว ต่อจากภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* (แมลงรักในสวนหลังบ้าน) ซึ่งได้รับคำพิพากษายกฟ้องในศาลปกครองชั้นต้นเช่นเดียวกัน² แต่ภาพยนตร์เรื่อง “เชคสเปียร์ต้องตาย” เป็นภาพยนตร์เรื่องแรก ที่ผู้สร้างและผู้กำกับภาพยนตร์ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดและได้รับคำพิพากษาที่นำมาวิเคราะห์นี้

บทวิเคราะห์คดีนี้จะวิเคราะห์แนวทางการตรวจพิจารณาและกำหนดประเภทภาพยนตร์ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ที่วางหลักไว้โดยศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดเปรียบเทียบกับกรณีที่ปรากฏในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยแบ่งเป็น 2 ประเด็น คือ (1) อำนาจตามกฎหมายในการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ หรือความชอบด้วยกฎหมายในเชิงรูปแบบ และ (2) แนวทางการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ หรือความชอบด้วยกฎหมายในเชิงเนื้อหา ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

2.1 อำนาจตามกฎหมายในการตรวจพิจารณาภาพยนตร์

2.1.1 การคุ้มครองเสรีภาพในการสร้างภาพยนตร์ตามกฎหมายไทย

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนตามมาตรา 45 วรรคหนึ่งและวรรคสอง³ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญ

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 1)

เข้าถึงจาก <https://www.ilaw.or.th/articles/3085> เมื่อ 4 มีนาคม 2567.; 10 Censored Thai Cinemas ลิสต์หนังไทยที่รัฐไทยไม่ให้ไปต่อ, urban creature [ออนไลน์], 20 มีนาคม 2566 เข้าถึงจาก <https://urbancreature.co/censored-thai-cinemas/> เมื่อ 4 มีนาคม 2567.

² คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 2747/2558

ศาลปกครองพิพากษายกฟ้องคำขอให้เพิกถอนคำสั่งไม่อนุญาตให้นำภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* ออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักร เนื่องจากศาลปกครองเห็นว่า การให้เหตุผลของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ คณะที่ 2) ในการมีคำสั่งไม่อนุญาตที่ระบุว่า ภาพยนตร์เรื่องนี้มีเนื้อหาขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนสอดคล้องกับข้อเท็จจริงของเรื่อง เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย และเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว แต่มีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาว่า เมื่อภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* เพียงแต่มีลักษณะต้องห้ามในส่วนของเนื้อหาแสดงการมีเพศสัมพันธ์ที่เห็นอวัยวะเพศและการสอดใส่อวัยวะเพศตามท่าทางการร่วมเพศอย่างโจ่งแจ้ง ซึ่งหากได้แก้ไขหรือตัดทอนเนื้อหาในส่วนดังกล่าวแล้ว ก็ชอบที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติ) และที่ 2 จะพิจารณาให้ภาพยนตร์เรื่องนี้เผยแพร่ในราชอาณาจักรได้ตามหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายและตามแนวคำวินิจฉัยของศาล

³ ปัจจุบันเทียบเคียงได้กับมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ รวมถึงกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลมตามมาตรา 29 วรคหนึ่งและวรรคสาม⁴ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการแสดงความคิดเห็นโดยการสร้างภาพยนตร์จึงกระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 รวมถึงกฎกระทรวงกำหนดลักษณะของประเภทภาพยนตร์ พ.ศ. 2552 และประกาศคณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์ในการตรวจพิจารณาภาพยนตร์และสื่อโฆษณา พ.ศ. 2552

2.1.2 ฐานอำนาจตามกฎหมายของคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์

คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ประกอบด้วยบุคคลซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬาและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม⁵ แต่งตั้งตามข้อเสนอของคณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติ โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 เพื่อให้มีอำนาจหน้าที่ตรวจพิจารณาและกำหนดประเภทภาพยนตร์ที่จะนำออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักรตามมาตรา 18 (2) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน พระราชบัญญัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงบทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์และกฎหมายว่าด้วยการควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ รวมทั้งปรับปรุงระบบการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ให้อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรเดียวเพื่อลดความซ้ำซ้อนของการตรวจพิจารณาซึ่งเคยอยู่ในความรับผิดชอบของหลายองค์กรตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พุทธศักราช 2473 และพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530⁶ และเพื่อส่งเสริมกิจการภาพยนตร์ซึ่งมีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศอย่างเป็นรูปธรรม⁷

⁴ ปัจจุบันเทียบเคียงได้กับมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

⁵ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

มาตรา 4 “ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“รัฐมนตรี” หมายความว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้”

มาตรา 6 “ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬาและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้...”

⁶ พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พุทธศักราช 2473 และพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ถูกยกเลิกโดยมาตรา 3 (1) และ (4) แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

⁷ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125, ตอนที่ 42 ก, หน้า 140, 4 มีนาคม 2551.

2.1.3 การใช้อำนาจของคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์

การใช้อำนาจตรวจพิจารณาภาพยนตร์ของคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ตามมาตรา 18 (2) แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มีสภาพบังคับที่ภาพยนตร์ทุกเรื่องที่จะนำออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักรต้องผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน การที่กฎหมายกำหนดให้ภาพยนตร์ทุกเรื่องต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ก่อนนำออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักรเป็นการใช้ระบบอนุญาตและในการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ตามมาตรา 25 นี้ คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์มีอำนาจหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครองซึ่งมีเนื้อหา 2 ส่วน คือ (1) การกำหนดประเภทภาพยนตร์ตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 และ (2) การออกคำสั่งอนุญาตไม่อนุญาต หรือให้ผู้ขออนุญาตแก้ไขหรือตัดทอนก่อนอนุญาตให้นำภาพยนตร์ออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักรตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

การกำหนดประเภทภาพยนตร์ตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ที่ต้องกำหนดประเภทให้กับภาพยนตร์ทุกเรื่องที่มีผู้ยื่นคำขออนุญาต โดยแบ่งออกเป็นภาพยนตร์ที่ส่งเสริมการเรียนรู้และควรส่งเสริมให้มีการดู ภาพยนตร์ที่เหมาะสมกับผู้ดูทั่วไป ภาพยนตร์ที่เหมาะสมกับผู้มีอายุในช่วงต่าง ๆ คือ ตั้งแต่สิบสามปีขึ้นไป ตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไป ตั้งแต่สิบแปดปีขึ้นไป ภาพยนตร์ที่ห้ามผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีดู และภาพยนตร์ที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักร โดยมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดว่าภาพยนตร์ลักษณะใดควรจัดอยู่ในภาพยนตร์ประเภทใดตามกฎหมายกระทรวงกำหนดลักษณะของประเภทภาพยนตร์ พ.ศ. 2552⁸ การกำหนดประเภทภาพยนตร์ตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 จึงเป็นการวินิจฉัยข้อเท็จจริงจากเนื้อหาและสาระสำคัญของภาพยนตร์ว่า ภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวมีลักษณะเป็นภาพยนตร์ประเภทใดและกำหนดประเภทภาพยนตร์ตามข้อเท็จจริงนั้น การกำหนดประเภทภาพยนตร์จึงเป็น “การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง” ซึ่งฝ่ายปกครองอาจมีดุลพินิจหรือไม่มีดุลพินิจก็ได้ ขึ้นอยู่กับความแน่นอนตายตัวของถ้อยคำที่กฎหมายใช้กำหนดข้อเท็จจริง กล่าวคือ กรณีที่ถ้อยคำมีความหมายแน่นอนตายตัว มีความหมายเดียว เนื่องจากกฎหมายให้คำนิยามไว้หรือเป็นถ้อยคำที่วิญญูชนเข้าใจตรงกัน การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงสามารถกระทำได้โดยง่าย ฝ่ายปกครองจึงไม่มีดุลพินิจแต่อย่างใด เช่น “คนต่างด้าว” “คนสัญชาติไทย” หรือในกฎกระทรวงนี้ เช่น “ผู้มีอายุตั้งแต่สิบสามปีขึ้นไป” “วิธีการใช้สารเสพติด” “การมีเพศสัมพันธ์ที่เห็นอวัยวะเพศ” แต่ในกรณีที่ถ้อยคำมีความหมายไม่แน่นอนตายตัว กฎหมายไม่ได้ให้คำนิยามไว้และวิญญูชนเข้าใจแตกต่างกันออกไป ส่วนใหญ่เป็นถ้อยคำที่แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับคุณค่า การวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่ตรวจสอบและรับฟังเป็นที่ยุติแล้วมีลักษณะตามที่กฎหมาย

⁸ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 126, ตอนที่ 52 ก, หน้า 13-16, 10 สิงหาคม 2552.

กำหนดหรือไม่เป็นเรื่องที่ต้องใช้ดุลพินิจ เช่น “เนื้อหาที่ส่งเสริมศีลธรรมอันดีของชาติ” “เนื้อหาที่น่ากลัว สยองขวัญ” รวมถึงในกรณีนี้ คือ “เนื้อหาที่ก่อให้เกิดการแตกแยกความสามัคคีระหว่างคนในชาติ” ซึ่งฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่เรียกว่า ดุลพินิจวินิจฉัย⁹

โดยคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ต้องพิจารณาภาพยนตร์ที่ขออนุญาตว่าจัดอยู่ในภาพยนตร์ประเภทที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักรตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง (7) หรือไม่ ตามข้อ 7 และข้อ 8 ของประกาศคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์ในการตรวจพิจารณาภาพยนตร์และสื่อโฆษณา พ.ศ. 2552 กล่าวคือ ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์เห็นว่า ภาพยนตร์ที่ขออนุญาตไม่มีลักษณะหรือเนื้อหาตามที่กำหนดไว้ในภาพยนตร์ประเภทที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักร ให้คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์สั่งอนุญาตและให้กำหนดประเภทภาพยนตร์ตามมาตรา 26 (1) ถึง (6) ส่วนในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์เห็นว่า ภาพยนตร์ที่ขออนุญาตมีลักษณะหรือเนื้อหาตามที่กำหนดไว้ในภาพยนตร์ประเภทที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักร ให้คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์แจ้งให้ผู้ยื่นคำขออนุญาต¹⁰ ดำเนินการแก้ไขหรือตัดทอนเนื้อหาดังกล่าวออก หากผู้ยื่นคำขออนุญาตไม่ประสงค์จะแก้ไขหรือตัดทอน คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์จึงมีอำนาจกำหนดให้ภาพยนตร์ดังกล่าวเป็นภาพยนตร์ประเภทที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักร¹¹ ซึ่งมีผลเป็นคำสั่งไม่อนุญาตโดยจัดเป็นประเภทภาพยนตร์ที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักรตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง (7) แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 เช่นเดียวกับวัตถุแห่งคดีนี้ กรณีนี้ต่างจากการพิจารณาออกคำสั่งอนุญาต ไม่อนุญาต หรือให้ผู้ขออนุญาตแก้ไขหรือตัดทอนก่อนอนุญาตตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 เนื่องจากในการใช้อำนาจกำหนดประเภทภาพยนตร์ตามมาตรา 26 แม้ว่าการกำหนดเป็นประเภทภาพยนตร์ที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักรตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง (7) จะมีผลเป็นคำสั่งไม่อนุญาต แต่คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์จะต้องแจ้งให้ผู้ยื่นคำขออนุญาตดำเนินการแก้ไขหรือตัดทอนเนื้อหาดังกล่าวออกเสียก่อนตามข้อ 8 วรรคหนึ่งของประกาศคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์ในการตรวจพิจารณาภาพยนตร์และสื่อโฆษณา พ.ศ. 2552 แต่ในการพิจารณาอนุญาตภาพยนตร์ตามมาตรา 29 ถ้าคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์เห็นว่า ภาพยนตร์ที่ขออนุญาตมีเนื้อหาที่เป็นการบ่อนทำลาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัฐและเกียรติภูมิของประเทศไทย ให้คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์มีอำนาจสั่งให้ผู้ขออนุญาตแก้ไขหรือตัดทอนก่อนอนุญาต

⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2562), หน้า 126-127.

¹⁰ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ใช้คำว่า “ผู้ขออนุญาต” แต่ประกาศคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์ในการตรวจพิจารณาภาพยนตร์และสื่อโฆษณา พ.ศ. 2552 ใช้คำว่า “ผู้ยื่นคำขออนุญาต” ทั้งนี้ ทั้งสองคำมีความหมายเดียวกัน

¹¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 126, ตอนพิเศษ 143 ง, หน้า 38, 30 กันยายน 2552.

หรือไม่อนุญาตก็ได้ กล่าวคือ นอกจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์จะต้องมีดุลพินิจวินิจฉัยว่า ภาพยนตร์ที่ขออนุญาตมีเนื้อหาที่เป็น “การบ่อนทำลาย” “ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” หรือ “อาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัฐและเกียรติภูมิของประเทศไทย” หรือไม่แล้วนั้น คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ยังต้องใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจว่าจะกระทำการอย่างไร จะสั่งให้ผู้ขออนุญาตแก้ไขหรือตัดทอนก่อนอนุญาต หรือไม่อนุญาต หรือที่เรียกว่า ดุลพินิจตัดสินใจ¹²

2.1.4 การคุ้มครองเสรีภาพในการสร้างภาพยนตร์ตามกฎหมายเยอรมัน

สำหรับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยทั่วไปมีการรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 5 วรคหนึ่งและวรรคสอง ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz – GG) ซึ่งบัญญัติว่า บุคคลมีสิทธิในการแสดงความคิดเห็นและเผยแพร่ความคิดเห็นของตนเองอย่างเสรีทั้งในรูปแบบการพูด การเขียน และรูปภาพ และในการรับข้อมูลข่าวสารจากแหล่งข้อมูลที่เข้าถึงได้ทั่วไปโดยปราศจากการขัดขวางเสรีภาพของสื่อมวลชนและเสรีภาพในการเสนอข่าวสารทางคลื่นวิทยุโทรทัศน์และภาพยนตร์ต้องได้รับการรับรอง การเซ็นเซอร์จะกระทำมิได้ การจำกัดสิทธิเหล่านี้กระทำได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั่วไป บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองเยาวชน และการเคารพสิทธิส่วนบุคคล สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการตรวจพิจารณาอนุญาตภาพยนตร์ก่อนนำออกฉาย และไม่ใช้ระบบอนุญาตในการควบคุมกิจการภาพยนตร์ แต่มีการควบคุมภาพยนตร์โดยกฎหมายทั่วไป เช่น ประมวลกฎหมายอาญา (Strafgesetzbuch – StGB) และการควบคุมภาพยนตร์โดยกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองเยาวชน คือ รัฐบัญญัติคุ้มครองเยาวชน (Jugendschutzgesetz – JuSchG) และสัญญาแห่งรัฐว่าด้วยการคุ้มครองสื่อสำหรับเยาวชน (Jugendmedienschutz-Staatsvertrag – JMStV)

2.1.5 การจำกัดเสรีภาพในการสร้างภาพยนตร์ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน

ประมวลกฎหมายอาญามีบทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ซึ่งรวมถึงเสรีภาพในการสร้างภาพยนตร์ เช่น การเผยแพร่โฆษณาชวนเชื่อ (Verbreiten von Propagandamitteln) ขององค์กรที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและองค์กรก่อการร้ายตามมาตรา 86 หรือการปลุกปั่นประชาชนให้เกิดความเกลียดชัง (Volksverhetzung) ตามมาตรา 130 การจำกัดเสรีภาพนี้ไม่ได้มีลักษณะของระบบอนุญาตที่ผู้สร้างภาพยนตร์จะต้องยื่นคำขออนุญาตต่อหน่วยงาน แต่เป็นการบังคับใช้กฎหมายอาญากับผู้กระทำความผิด ซึ่งมีผลทำให้ผู้สร้างภาพยนตร์ที่มีองค์ประกอบความผิดดังกล่าวมีความผิดทางอาญาและทำให้ภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวเป็นวัตถุที่ใช้กระทำความผิดทางอาญาซึ่งอาจถูกห้ามฉายหรือตัดทอนเนื้อหาบางส่วน

¹² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2562), หน้า 128.

2.1.6 การจำกัดเสรีภาพในการสร้างภาพยนตร์ตามกฎหมายเยอรมันที่มุ่งคุ้มครองเยาวชน

การควบคุมภาพยนตร์โดยรัฐบาลยูนิตีคุ้มครองเยาวชนเป็นการควบคุมกิจการภาพยนตร์สำหรับเยาวชนในช่องทางต่าง ๆ เช่น การจัดฉายภาพยนตร์ (Filmveranstaltungen) ตามมาตรา 11 การให้เครื่องหมายภาพยนตร์และซอฟต์แวร์เกม (Kennzeichnung von Filmen und Spielprogrammen) ตามมาตรา 14 และการให้เครื่องหมายบนแพลตฟอร์มภาพยนตร์และเกม (Kennzeichnung bei Film- und Spielplattformen) ตามมาตรา 14a โดยมาตรา 14 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบาลยูนิตีคุ้มครองเยาวชน ได้กำหนดว่า ภาพยนตร์และซอฟต์แวร์เกมไม่อาจเผยแพร่สำหรับเด็กและเยาวชนได้ หากภาพยนตร์และซอฟต์แวร์เกมดังกล่าวทำให้เด็กและเยาวชนตามกลุ่มอายุที่เกี่ยวข้องมีความบกพร่องทางพัฒนาการ และมาตรา 14 วรรคสอง แห่งรัฐบาลยูนิตีคุ้มครองเยาวชน ได้ให้อำนาจหน่วยงานสูงสุดของมลรัฐ (Die oberste Landesbehörde) หรือองค์กรกำกับดูแลตนเองโดยสมัครใจ (Organisation der freiwilligen Selbstkontrolle) ในการให้เครื่องหมายภาพยนตร์และซอฟต์แวร์เกมตามกลุ่มอายุของเด็กและเยาวชนหรือการกำหนดประเภทภาพยนตร์ตามกลุ่มอายุของผู้ชม ซึ่งประกอบด้วย (1) เผยแพร่ได้โดยไม่มีข้อจำกัดด้านอายุ (2) เผยแพร่ได้สำหรับผู้มีอายุตั้งแต่หกปีขึ้นไป (3) เผยแพร่ได้สำหรับผู้มีอายุตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไป (4) เผยแพร่ได้สำหรับผู้มีอายุตั้งแต่สิบหกปีขึ้นไป และ (5) ห้ามเผยแพร่ให้กับเยาวชน (ผู้มีอายุต่ำกว่า 18 ปี)¹³ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงมีองค์กรกำกับดูแลกิจการภาพยนตร์ 2 องค์กร คือ สำนักงานพิจารณาภาพยนตร์และสื่อเยอรมัน (Deutsche Film- und Medienbewertung – FBW) และองค์กรกำกับดูแลตนเองโดยสมัครใจแห่งอุตสาหกรรมภาพยนตร์ (Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft) หรือเอฟเอสคา (FSK)

หน่วยงานสูงสุดของมลรัฐในที่นี่หมายถึง หน่วยงานที่มีอำนาจสูงสุดด้านใดด้านหนึ่งในมลรัฐโดยไม่มีหน่วยงานอื่นใดในมลรัฐที่มีอำนาจเหนือกว่าในสายบังคับบัญชา¹⁴ การให้อำนาจในการตรวจพิจารณาภาพยนตร์แก่หน่วยงานสูงสุดของมลรัฐมีที่มาจาก การให้ทุนสนับสนุนภาพยนตร์ผ่านการลดหย่อนภาษี (Steuerermäßigung/Steuererlass) จากการเริ่มเก็บภาษีความบันเทิง (Vergnügungssteuer) ในช่วงต้นปี ค.ศ. 1920 (พ.ศ. 2463) และการยกเว้นภาษีความบันเทิงสำหรับกิจกรรมไม่แสวงหาผลกำไรที่อนุรักษ์ศิลปะหรือการศึกษาสาธารณะในปี ค.ศ. 1923 (พ.ศ. 2466)¹⁵ ซึ่งตั้งแต่ปี ค.ศ. 1946 (พ.ศ. 2489) นครเบรเมน¹⁶

¹³ รัฐบาลยูนิตีคุ้มครองเยาวชน

มาตรา 1 วรรคหนึ่ง “ในรัฐบาลยูนิตีนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(2) “เยาวชน” หมายถึง ผู้มีอายุตั้งแต่ 14 ปีขึ้นไป แต่ไม่ถึง 18 ปี...”

¹⁴ Jörg Bogumil, “Verwaltungsstrukturereformen in den Bundesländern : Abschaffung oder Reorganisation der Bezirksregierungen?,” Zeitschrift für Gesetzgebung Heft 2, 2007, S.4.

¹⁵ Historie, FWB [Online], retrieved from <https://www.fbw-filmbewertung.com/historie> เมื่อ 20 มีนาคม 2567.

¹⁶ ชื่อทางการ คือ เสรีนครฮันเซอเบรเมน (Freie Hansestadt Bremen)

ในปี ค.ศ. 2009 (พ.ศ. 2552) สำนักงานพิจารณาภาพยนตร์วีสบาเดินจึงเปลี่ยนชื่อเป็นสำนักงานพิจารณาภาพยนตร์และสื่อเยอรมันและออกข้อบังคับการปฏิบัติงานสำหรับคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และสื่อเยอรมัน (Verfahrensordnung für die Ausschüsse der Deutschen Film- und Medienbewertung – VA-FBW)²³ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติงาน แม้ว่าสำนักงานพิจารณาภาพยนตร์และสื่อเยอรมันจะได้รับอำนาจตามมาตรา 14 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญดีคัมครองเยาเวน ตั้งแต่รัฐธรรมนูญดีคัมครองเยาเวน มีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 1952 (พ.ศ. 2495) ในการตรวจพิจารณาภาพยนตร์และให้เครื่องหมายตามกลุ่มอายุของผู้ชม แต่สำนักงานพิจารณาภาพยนตร์และสื่อเยอรมันไม่เคยใช้อำนาจดังกล่าวเลย

ส่วนองค์กรกำกับดูแลตนเองโดยสมัครใจแห่งอุตสาหกรรมภาพยนตร์หรือเอฟเอสคาเกิดจากการรวมตัวกันของผู้กำกับภาพยนตร์สารคดี ช่างกล้อง และโฆษกของผู้ผลิตภาพยนตร์ ในปี ค.ศ. 1948 (พ.ศ. 2491) เพื่อฟื้นฟูและจัดระเบียบอุตสาหกรรมภาพยนตร์ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง²⁴ ปัจจุบัน เอฟเอสคาเป็นสถาบันภายใต้องค์กรแม่ข่ายของอุตสาหกรรมภาพยนตร์ (Spitzenorganisation der Filmwirtschaft e.V. – SPIO) ซึ่งเป็นองค์กรแม่ข่าย (Dachverband) ของหน่วยงานในอุตสาหกรรมภาพยนตร์และวิดีโอ จำนวน 18 หน่วยงาน²⁵ แต่เอฟเอสคาปฏิบัติการโดยอิสระไม่ขึ้นกับองค์กรแม่ข่ายดังกล่าว มีคณะผู้ประเมินเป็นอาสาสมัคร 5 คนต่อภาพยนตร์ 1 เรื่อง ประกอบด้วยผู้ชายและผู้หญิงจากหลากหลายสาขาอาชีพซึ่งมีประสบการณ์เกี่ยวกับเด็ก เยาวชน และการพัฒนาเด็กและเยาวชน²⁶ เอฟเอสคาปฏิบัติการตามสัญญาแห่งรัฐว่าด้วยการคุ้มครองสื่อสำหรับเยาวชนประกอบกับหลักการพื้นฐานของเอฟเอสคา (FSK-Grundsätze) ที่พิจารณาโดยรักษาสอดคล้องระหว่างเสรีภาพในการแสดงออกและข้อมูลข่าวสารตามกฎหมายพื้นฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เสรีภาพของสื่อมวลชนและศิลปะ กับสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ ของเด็กและเยาวชน เช่น สิทธิขั้นพื้นฐานในร่างกาย ความสมบูรณ์ทางจิตใจและจิตวิญญาณ²⁷ แม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดให้ผู้สร้างภาพยนตร์ต้องยื่นขอเครื่องหมายกำหนดประเภทภาพยนตร์จากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์แห่งมลรัฐหรือจากเอฟเอสคา แต่ด้วยหลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ

²³ Verfahrensordnung, FWB [Online], retrieved from <https://www.fbw-filmbewertung.com/verfahrensordnung> เมื่อ 20 มีนาคม 2567.

²⁴ Die Geschichte der FSK, FSK [Online], retrieved from <https://www.fsk.de/?seitid=16&tid=473> เมื่อ 20 มีนาคม 2567.

²⁵ Aufgaben und Strukturen, FSK [Online], retrieved from <https://www.fsk.de/?seitid=504&tid=473> เมื่อ 4 มีนาคม 2567.

²⁶ Cristina Burack, How Germany's film age-rating system works, Deutsche Welle [Online], July 12, 2017, retrieved from <https://www.dw.com/en/how-germanys-film-age-rating-system-works/a-41551312/> เมื่อ 4 มีนาคม 2567.

²⁷ FSK-Grundsätze, FSK [Online], retrieved from <https://www.fsk.de/?SeitID=17&TID=473> เมื่อ 4 มีนาคม 2567.

คุ้มครองเยาวชน ความโปร่งใสและความเป็นอิสระของเอฟเอสคา รวมถึงการสนับสนุนจากหน่วยงานสมาชิกภายใต้องค์กรแม่ข่ายของอุตสาหกรรมภาพยนตร์ ทำให้การกำหนดประเภทภาพยนตร์ของเอฟเอสคาเป็นที่รู้จักและเป็นที่ยอมรับในวงกว้าง ผู้สร้างภาพยนตร์ต่างยื่นคำขอให้เอฟเอสคาตรวจพิจารณาและกำหนดประเภทภาพยนตร์ด้วยตนเอง ในความเป็นจริงภาพยนตร์ทุกเรื่องที่ฉายในโรงภาพยนตร์ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงผ่านการตรวจพิจารณาโดยเอฟเอสคาแทบทั้งสิ้น²⁸

เนื่องจากกฎหมายพื้นฐานรับรองเสรีภาพในการสร้างภาพยนตร์และห้ามการเซ็นเซอร์โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ การกระทำความผิดอาญาจึงเป็นกรณีเดียวในปัจจุบันที่ทำให้ภาพยนตร์ถูกห้ามฉายได้ และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่มีกฎหมายบังคับใช้ระบบอนุญาตกับการสร้างหรือเผยแพร่ภาพยนตร์ ภาพยนตร์ที่ไม่ได้ยื่นคำขอให้สำนักงานพิจารณาภาพยนตร์และสื่อเยอรมันตรวจพิจารณาจึงมีผลเพียงแค่มิได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษี ส่วนภาพยนตร์ที่ไม่ได้ยื่นคำขอให้เอฟเอสคาตรวจพิจารณาจะมีผลเป็นการอยู่ในประเภทภาพยนตร์ที่ห้ามเผยแพร่ให้กับเยาวชนเพียงเท่านั้นแต่ไม่ห้ามเผยแพร่ในประเทศ²⁹

2.2 แนวทางการตรวจพิจารณาภาพยนตร์

2.2.1 ความหมายและลักษณะของ “การก่อให้เกิดการแตกความสามัคคีระหว่างคนในชาติ”

ตามที่ถูกฟ้องคดีที่ 2 เห็นว่า ภาพยนตร์ เรื่อง “เชคสเปียร์ต้องตาย” จัดอยู่ในประเภทภาพยนตร์ที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักรตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง (7) แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 เนื่องจากมีเนื้อหาที่ก่อให้เกิดการแตกความสามัคคีระหว่างคนในชาติ ตามข้อ 7 (3) ของกฎกระทรวงกำหนดลักษณะของประเภทภาพยนตร์ พ.ศ. 2552 จึงมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองนำภาพยนตร์ เรื่อง “เชคสเปียร์ต้องตาย” ออกเผยแพร่ในราชอาณาจักรนั้น ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 และกฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่ได้บัญญัตินิยามความหมายและลักษณะของเนื้อหาในภาพยนตร์ที่จะถือเป็นการ “ก่อให้เกิดการแตกความสามัคคีระหว่างคนในชาติ” เพื่อเป็นกรอบกำกับการใช้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไว้เป็นการเฉพาะ กรณีนี้จึงเป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ต้องใช้ดุลพินิจวินิจฉัยในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง เนื่องจากถ้อยคำ “ก่อให้เกิดการแตกความสามัคคีระหว่างคนในชาติ” มีความหมายไม่แน่นอนตายตัว และไม่มีคำจำกัดความตามกฎหมาย ศาลปกครองชั้นต้นจึงพิจารณาความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ของคำว่า “สามัคคี” คำว่า “แตก” และคำว่า “ชาติ” แล้วจึงอนุมานความหมายของถ้อยคำ “การแตกความสามัคคีระหว่างคนในชาติ” ได้ว่า

²⁸ Aufgaben und Strukturen, FSK [Online], retrieved from <https://www.fsk.de/?seid=504&tid=473> เมื่อ 4 มีนาคม 2567.

²⁹ Filmzensur, Movie-College [Online], retrieved from <https://www.movie-college.de/filmschule/filmtheorie/filmzensur> เมื่อ 4 มีนาคม 2567.

หมายถึง การทำให้ประเทศ ประชาชนที่เป็นพลเมืองของประเทศ กลุ่มชนที่มีความรู้สึกในเรื่องเชื้อชาติ ศาสนา ภาษา ประวัติศาสตร์ ความเป็นมา ขนบธรรมเนียมประเพณี และวัฒนธรรม อย่างเดียวกัน หรืออยู่ในปกครองรัฐบาลเดียวกัน เกิดความไม่พร้อมเพรียงกัน เกิดความไม่ปรองดองกัน เกิดความรู้สึก ที่แตกแยกกัน การตีความในลักษณะนี้เป็นการตีความกฎหมายตามความหมายของถ้อยคำ (die wörtliche Auslegung)³⁰ ที่ศาลปกครองชั้นต้นได้พยายามแสวงหาบทนิยามตามกฎหมาย (Legaldefinition) เป็นลำดับแรก เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายอาจจำกัดขอบเขตความหมายของถ้อยคำดังกล่าวไว้ในบทนิยาม ตามกฎหมาย แต่เมื่อไม่มีบทนิยามตามกฎหมาย ศาลปกครองชั้นต้นได้แสวงหาความหมายตามภาษา ที่ใช้อยู่ทั่วไป (der allgemeine Sprachgebrauch)³¹ ผ่านการพิจารณาความหมายตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554

ในคำพิพากษานี้ยังปรากฏการตีความกฎหมายในอีกลักษณะหนึ่ง คือ การตีความ กฎหมายตามระบบ (die systematische Auslegung)³² ที่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า เมื่อรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองให้บุคคลมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นซึ่งหมายความรวมถึง การสร้างภาพยนตร์ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวิดิทัศน์ พ.ศ. 2551 อันเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้ มาใช้พิจารณาคำขออนุญาตนำภาพยนตร์ออกฉาย ภายในราชอาณาจักร จึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องตามเจตนารมณ์ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กำหนดไว้ กล่าวคือ การจำกัดเสรีภาพของบุคคลจะต้องเป็นไปเพื่อรักษาความมั่นคงแห่งรัฐ เพื่อคุ้มครอง สิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษา ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจ หรือสุขภาพของประชาชน รวมทั้งต้องใช้อำนาจดังกล่าวเท่าที่จำเป็น และต้องไม่กระทบต่อสาระสำคัญ แห่งสิทธิและเสรีภาพนั้น การตีความกฎหมายดังกล่าวคำนึงถึงความสัมพันธ์ตามลำดับชั้นของกฎหมาย (vertikale Normenharmonisierung) การตีความพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวิดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับชั้นที่รองลงไปจึงต้องไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

³⁰ ความหมายเดียวกันกับ “Die grammatikalische Auslegung” in Hui Huang, Franz Jürgen Säcker und Claudia Schubert (Hrsgg.), Juristische Methodenlehre und Immobiliarsachenrecht, (Tübingen : Mohr Siebeck, 2015), S. 5 และ “Wortlautauslegung” in Rolf Wank, Juristische Methodenlehre, (München : Verlag Franz Vahlen GmbH, 2020), S. 177.

³¹ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทย และระบบกฎหมายเยอรมัน, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2562), หน้า 57-59.

³² มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทย และระบบกฎหมายเยอรมัน, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2562), หน้า 68.

ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับชั้นที่สูงกว่า กล่าวคือ ต้องใช้การตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (die verfassungskonforme Auslegung)³³

ประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีฐานความผิดซึ่งเป็นเหตุแห่งการจำกัดเสรีภาพในการสร้างภาพยนตร์ที่คล้ายกัน คือ การปลุกปั่นประชาชนให้เกิดความเกลียดชังตามมาตรา 130 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดในลักษณะที่อาจรบกวนความสงบสุขของประชาชน

(1) ปลุกปั่นให้เกิดความเกลียดชัง เรียกร้องให้ใช้ความรุนแรงหรือมาตรการตามอำเภอใจ ต่อกลุ่มชาติ เชื้อชาติ ศาสนา หรือชาติพันธุ์บางกลุ่ม ต่อประชากรบางส่วน หรือต่อบุคคล เนื่องจากการเป็นสมาชิกของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งหรือของประชากรบางส่วน

(2) โจมตีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลอื่นซึ่งเป็นสมาชิกของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ประชากรบางส่วน หรือบุคคลเนื่องจากการเป็นสมาชิกของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งหรือของประชากรบางส่วน ด้วยการดูหมิ่น เหยียดหยามอย่างมุ่งร้าย หรือทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง

ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี”

เนื่องจากการปลุกปั่นประชาชนให้เกิดความเกลียดชังตามมาตรา 130 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นฐานความผิดทางอาญาซึ่งต้องยึดถือเจตนาของผู้กระทำเป็นสำคัญ จึงไม่อาจนำมาปรับใช้กับการตีความพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายปกครองได้ทั้งหมด อย่างไรก็ตาม จากบทบัญญัติดังกล่าวทำให้เห็นลักษณะสำคัญของการปลุกปั่นประชาชนให้เกิดความเกลียดชังว่า ต้องมีผลเป็นการปลุกปั่นให้เกิดความเกลียดชัง เรียกร้องให้ใช้ความรุนแรงหรือมาตรการตามอำเภอใจต่อบุคคล หรือโจมตีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลอื่น ซึ่งไม่ปรากฏอยู่ในเนื้อหาของภาพยนตร์ เรื่อง “เชคสเปียร์ต้องตาย”

2.2.2 การพิจารณาเนื้อหาและองค์ประกอบโดยรวมตามที่ปรากฏในภาพยนตร์

จากการแสวงหาความหมายของถ้อยคำ “การก่อให้เกิดการแตกความสามัคคีระหว่างคนในชาติ” ศาลปกครองชั้นต้นได้สรุปหลักการพิจารณาเนื้อหาของภาพยนตร์ในเบื้องต้นว่า การพิจารณาว่า เนื้อหาของภาพยนตร์เรื่องใดก่อให้เกิดการแตกความสามัคคีระหว่างคนในชาติหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าเนื้อหาและองค์ประกอบโดยรวมตามที่ปรากฏในภาพยนตร์ทำให้คนในชาติเดียวกันเกิดความรู้สึกแตกแยกกันหรือไม่ และการวินิจฉัยสาระสำคัญของเรื่องที่ภาพยนตร์มุ่งนำเสนอและประสงค์จะสื่อให้ผู้ชมรับรู้ผ่านการชมภาพยนตร์ไม่อาจนำแต่เฉพาะฉากใดฉากหนึ่งหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของภาพยนตร์มาพิจารณาแบบแยกส่วนได้ โดยศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า ภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวได้นำเหตุการณ์ความรุนแรงที่เกิดขึ้นเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 ซึ่งเป็นเหตุการณ์ร่วมสมัยมาไว้เป็นส่วนหนึ่ง

³³ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทย และระบบกฎหมายเยอรมัน, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2562), หน้า 73.

ของภาพยนตร์และมีความยาวในฉากดังกล่าวถึง 2 นาทีเศษ ย่อมสร้างความไม่พอใจให้เกิดขึ้นแก่ญาติพี่น้องของผู้เสียชีวิตหรือผู้ร่วมอยู่ในเหตุการณ์ดังกล่าว ทำให้คนในชาติเกิดความรู้สึกเคียดแค้นชิงชัง อันอาจก่อให้เกิดการแตกความสามัคคีระหว่างคนในชาติได้ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า แม้ภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวจะมีเนื้อหาบางตอนที่สื่อให้เห็นว่าเป็นสังคมไทยและฉากความรุนแรงตอนท้ายเรื่องมีลักษณะคล้ายคลึงกับเหตุการณ์ความรุนแรงเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 แต่ภาพยนตร์ดังกล่าวทั้งเรื่องเป็นการนำเสนอเรื่องราวหรือต้องการสื่อสารกับผู้ชมภาพยนตร์ในแง่ของความรู้สึกที่อยู่ในจิตใจของมนุษย์ โดยยกเอากรณีผู้นำประเทศที่มลายในไสยศาสตร์ มักใหญ่ใฝ่สูง และบ้าอำนาจ ได้ใช้อำนาจไปในทางที่ไม่ชอบธรรมตามบทละครของวิลเลียม เชกสเปียร์ บทภาพยนตร์ดังกล่าวมิได้ต้องการจะสื่อสารหรือแสดงความคิดเห็นในเชิงวิพากษ์วิจารณ์ต่อเหตุการณ์ความไม่สงบภายในประเทศไทยเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 แต่อย่างใด

ในหลักการพื้นฐานของเอฟเอสคา ฉบับที่ 23 ลงวันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ. 2022 (พ.ศ. 2565) ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์การตรวจพิจารณาภาพยนตร์ขององค์กรกำกับดูแลตนเองโดยสมัครใจแห่งอุตสาหกรรมภาพยนตร์ตามกฎหมายเยอรมันฉบับปัจจุบัน ปรากฏการพิจารณาเนื้อหาของภาพยนตร์โดยรวมเป็นแนวทางสำหรับการตรวจพิจารณาภาพยนตร์เช่นกันตามข้อ 2 (3) ที่กำหนดว่า ปัจจัยสำคัญในการประเมินภาพยนตร์ คือ ผลกระทบจากภาพยนตร์ทั้งเรื่องหรือบางส่วน ในการพิจารณาเฉพาะบางส่วนของภาพยนตร์จะต้องคำนึงถึงผลกระทบโดยรวมด้วย การตรวจพิจารณาภาพยนตร์จะต้องไม่ยึดติดกับมุมมองตามธรรมเนียมหรือความคิดเห็นส่วนบุคคล³⁴ การตรวจพิจารณาภาพยนตร์โดยเอฟเอสคา จึงเป็นการประเมินจากผลกระทบที่ภาพยนตร์จะทำให้เกิดขึ้น โดยพิจารณาภาพยนตร์ทั้งเรื่องเป็นหลัก และพิจารณาภาพยนตร์บางส่วนเป็นข้อยกเว้นได้โดยต้องคำนึงถึงผลกระทบโดยรวมด้วย

2.2.3 การพิจารณาเนื้อหาเกี่ยวกับเหตุการณ์ร่วมสมัย

ตามที่ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า ภาพยนตร์เรื่อง “เชกสเปียร์ต้องตาย” ได้นำเหตุการณ์ความรุนแรงที่เกิดขึ้นเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 ซึ่งเป็นเหตุการณ์ร่วมสมัยมาไว้เป็นส่วนหนึ่งของภาพยนตร์และมีความยาวในฉากดังกล่าวถึง 2 นาทีเศษ ย่อมสร้างความไม่พอใจให้เกิดขึ้นแก่ญาติพี่น้องของผู้เสียชีวิตหรือผู้ร่วมอยู่ในเหตุการณ์ดังกล่าว ทำให้คนในชาติเกิดความรู้สึกเคียดแค้นชิงชัง อันอาจก่อให้เกิดการแตกความสามัคคีระหว่างคนในชาติได้นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า เป็นฉากตอนท้ายของเรื่องที่มีกลุ่มบุคคลที่คลั่งไคล้ในตัวท่านผู้นำ (ในโลกภายนอก) โกรธแค้นที่มีการแสดงละครล้อเลียนท่านผู้นำ ได้เข้าไปทำร้ายนักแสดงและผู้คนที่กำลังนั่งดูละคร รวมทั้งได้ทำร้ายผู้กำกับละคร (ที่แต่งตัวเหมือนเชกสเปียร์) แล้วลากออกไปด้านหน้าโรงละคร จับแขวนคอและทุบตีด้วยเก้าอี้เหล็กพับท่ามกลางกลุ่มคนจำนวนมากที่ส่งเสียงเชียร์ แม้อาจจะเป็นการเลียนแบบมาจากเหตุการณ์ความไม่สงบภายในประเทศเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 ก็ตาม แต่ฉากการแสดงดังกล่าวใช้เวลาประมาณ 1 ถึง 2 นาที ไม่น่าจะทำให้

³⁴ FSK, Grundsätze DER FREIWILLIGEN SELBSTKONTROLLE DER FILMWIRTSCHAFT GMBH, 23. Fassung, (1. August 2022), S. 4.

ผู้ชมภาพยนตร์เข้าใจว่าเป็นเหตุการณ์เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 หรือหากผู้ชมภาพยนตร์เข้าใจว่าเป็นการเลียนแบบมาจากเหตุการณ์เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 กรณีเห็นได้ว่าเหตุการณ์ความไม่สงบดังกล่าวได้ยุติไปนานแล้ว ซึ่งหากนับถึงวันที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองขออนุญาตนำภาพยนตร์ออกฉายในราชอาณาจักรระยะเวลาได้ผ่านมากกว่า 30 ปีแล้ว ประกอบกับปัจจุบันได้มีการจัดงานรำลึกถึงเหตุการณ์เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 เป็นประจำทุกปี และมีการเผยแพร่ภาพเหตุการณ์เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 ในสื่อต่าง ๆ เพื่อให้อนุชนรุ่นหลังได้เรียนรู้ถึงความผิดพลาดที่เกิดขึ้นในอดีต กรณีจึงไม่น่าจะก่อให้เกิดการแตกแยกความสามัคคีระหว่างคนในชาติ

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 คำว่า “เหตุการณ์” หมายถึง เรื่องที่เกิดขึ้น และคำว่า “ร่วมสมัย” หมายถึง สมัยปัจจุบัน, สมัยเดียวกัน ดังนั้นถ้อยคำ “เหตุการณ์ร่วมสมัย” จึงหมายถึง เรื่องที่เกิดขึ้นในสมัยปัจจุบันหรือในสมัยเดียวกัน เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและยุติไปนานกว่า 30 ปี ย่อมมีผู้ร่วมเหตุการณ์และญาติมิตรของผู้ร่วมเหตุการณ์ที่ยังมีชีวิตอยู่ เหตุการณ์ความไม่สงบภายในประเทศเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 จึงเป็นเหตุการณ์ร่วมสมัย การนำเหตุการณ์ดังกล่าวมาถ่ายทอดโดยมิได้สร้างความเกลียดชัง ดูหมิ่นเหยียดหยาม หรือทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง แต่เป็นการนำเสนอความจริงเพื่อสื่อสารแง่มุมของความชั่วร้ายที่อยู่ในจิตใจของมนุษย์ กรณีนี้อาจเปรียบเทียบได้ในทางกลับกันกับอีกส่วนหนึ่งของฐานความผิดในการปลุกปั่นประชาชนให้เกิดความเกลียดชังที่เรียกว่า การปฏิเสธเหตุการณ์การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Holocaustleugnung) ตามมาตรา 130 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งบัญญัติว่า ผู้ใดด้อยค่า ปฏิเสธ หรือทำให้การกระทำตามมาตรา 6 วรรคหนึ่งแห่งประมวลกฎหมายอาญา ภายใต้การปกครองของลัทธิสังคมนิยมแห่งชาติ ไม่สำคัญต่อสาธารณะหรือในที่ประชุม ในลักษณะที่อาจรบกวนความสงบสุขของประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้การปฏิเสธว่า “เหตุการณ์ความไม่สงบในอดีตไม่เคยเกิดขึ้นจริง” เป็นความผิดทางอาญา โดยเหตุการณ์ความไม่สงบดังกล่าว หมายถึง เหตุการณ์การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวภายใต้การปกครองของลัทธิสังคมนิยมแห่งชาติหรือนาซีเยอรมัน ซึ่งเกิดขึ้นระหว่างปี ค.ศ. 1933 ถึง ค.ศ. 1945 (พ.ศ. 2476 - พ.ศ. 2488) ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่ยุติไปนานเกือบ 80 ปี บทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีเจตนารมณ์เพื่อไม่ให้เหตุการณ์ในอดีตถูกบิดเบือน และทำให้เห็นว่า การนำเสนอความจริงของเหตุการณ์ความไม่สงบไม่เพียงแต่เป็นสิ่งที่ถูกต้อง แต่เป็นสิ่งที่พึงกระทำและควรได้รับความคุ้มครองจากการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสรีภาพในการสร้างภาพยนตร์

ทั้งนี้ ความเห็นของศาลปกครองสูงสุดที่ว่า ฉากตอนท้ายของภาพยนตร์ อาจจะเป็นการเลียนแบบมาจากเหตุการณ์ความไม่สงบภายในประเทศเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 แต่ฉากการแสดงดังกล่าวใช้เวลาประมาณ 1 ถึง 2 นาที ไม่น่าจะทำให้ผู้ชมภาพยนตร์เข้าใจว่าเป็นเหตุการณ์ดังกล่าวนั้น อาจขัดกับข้อเท็จจริงที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองแจ้งว่า เนื้อหาของภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวเป็นการนำเสนอความจริง และศาลปกครองอาจวินิจฉัยจากข้อเท็จจริงดังกล่าวเพิ่มเติมได้ว่า ภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวมิได้มุ่งให้เกิด

การแตกความสามัคคีระหว่างคนในชาติ แต่เป็นการนำเสนอความจริง เช่นเดียวกับการรำลึกถึงเหตุการณ์ความไม่สงบเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 เพื่อให้อนุชนรุ่นหลังได้เรียนรู้ถึงความผิดพลาดที่เกิดขึ้นในอดีต

3. สรุป

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และกฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีต่างคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นซึ่งรวมถึงเสรีภาพในการสร้างภาพยนตร์เหมือนกัน แต่กฎหมายไทยต้องการรวมระบบการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ให้อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรเดียวเพื่อลดความซ้ำซ้อนของการตรวจพิจารณาและเพื่อส่งเสริมกิจการภาพยนตร์อย่างเป็นรูปธรรมโดยใช้ระบบอนุญาตที่บังคับให้ภาพยนตร์ทุกเรื่องต้องยื่นคำขออนุญาตต่อคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวิดิทัศน์ก่อนเผยแพร่ ในขณะที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียึดถือการรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพในการสร้างภาพยนตร์เป็นสำคัญ จึงไม่ใช้กฎหมายควบคุมกิจการภาพยนตร์โดยตรง แต่ใช้การควบคุมตามกฎหมายทั่วไปอย่างประมวลกฎหมายอาญา และมีกฎหมายคุ้มครองเยาวชนควบคุมการจัดประเภทภาพยนตร์ตามช่วงอายุ ซึ่งดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐและหน่วยงานเอกชน แต่เนื่องจากหน่วยงานเอกชนมีหลักการปฏิบัติงานที่แน่นอน มีความโปร่งใสและความเป็นอิสระ รวมถึงได้รับการสนับสนุนจากหน่วยงานในอุตสาหกรรมภาพยนตร์ ทำให้การกำหนดประเภทภาพยนตร์โดยหน่วยงานเอกชนนี้เป็นที่ยอมรับกว้างขวางกว่าหน่วยงานของรัฐ รูปแบบองค์กรและการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีน่าจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนากฎหมายไทยในอนาคต หากประเทศไทยต้องการจะส่งเสริมกิจการภาพยนตร์อย่างเป็นรูปธรรมอย่างแท้จริง และจะจำกัดเสรีภาพในการสร้างภาพยนตร์เท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองเยาวชน

การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการตรวจพิจารณาภาพยนตร์โดยการแสวงหาความหมายและลักษณะของถ้อยคำ “การก่อให้เกิดการแตกความสามัคคีระหว่างคนในชาติ” ทำให้เห็นตัวอย่างการตีความกฎหมายโดยศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดอย่างน้อย 2 ลักษณะ คือ (1) การตีความกฎหมายตามความหมายของถ้อยคำ ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นได้พยายามแสวงหาบทนิยามตามกฎหมายที่ผู้ร่างกฎหมายอาจจำกัดขอบเขตความหมายของถ้อยคำไว้เป็นลำดับแรก เมื่อไม่มีบทนิยามตามกฎหมาย ศาลปกครองชั้นต้นจึงแสวงหาความหมายของแต่ละคำตามภาษาที่ใช้อยู่ทั่วไปจากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 แล้วจึงอนุมานความหมายของถ้อยคำโดยรวม และ (2) การตีความกฎหมายตามระบบที่ศาลปกครองสูงสุดคำนึงถึงความสัมพันธ์ตามลำดับชั้นของกฎหมาย การตีความพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวิดิทัศน์ พ.ศ. 2551 จึงต้องไม่ขัดหรือแย้งกับการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งเป็นกฎหมายลำดับชั้นที่สูงกว่าและพิจารณาตามหลักที่ศาลปกครองชั้นต้นหยิบยกขึ้นมา คือ การพิจารณาภาพยนตร์ต้องพิจารณาจากเนื้อหาและองค์ประกอบโดยรวมตามที่ปรากฏในภาพยนตร์ และการวินิจฉัยสาระสำคัญของภาพยนตร์ไม่อาจพิจารณาเฉพาะฉากใดฉากหนึ่งหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของภาพยนตร์แบบแยกส่วนได้ ทำให้ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า

ภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวเป็นการนำเสนอเรื่องราวในแง่มุมของความชั่วร้ายที่อยู่ในจิตใจของมนุษย์ และได้ต้องการจะสื่อสารหรือแสดงความคิดเห็นในเชิงวิพากษ์วิจารณ์ต่อเหตุการณ์ความไม่สงบภายในประเทศไทย เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 แต่อย่างใด และสามารถคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพในการสร้างภาพยนตร์ได้สำเร็จ นอกจากนี้ หากนำมามองเกี่ยวกับฐานความผิดในการปฏิเสธเหตุการณ์ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตามมาตรา 130 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาพิจารณากการให้เหตุผลของศาลปกครองสูงสุดจะเห็นว่า ความเห็นของศาลปกครองสูงสุดเป็นไปในทางเดียวกับกฎหมายเยอรมัน คือ การนำเสนอความจริงของเหตุการณ์ความไม่สงบในอดีตเป็นสิ่งที่ถูกต้อง เป็นสิ่งที่พึงกระทำ และพึงได้รับความคุ้มครองจากการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสรีภาพในการสร้างภาพยนตร์ ความเห็นทางกฎหมายนี้จะประโยชน์ต่อศาลปกครองสำหรับการวางแนวทางการปฏิบัติราชการที่ดี ในการพิจารณาก่อนการออกคำสั่งทางปกครองและการทำคำวินิจฉัยอุทธรณ์ รวมถึงการทำคำพิพากษา ในกรณีเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน

คำสำคัญ : ภาพยนตร์, เหตุการณ์ร่วมสมัย, สิทธิขั้นพื้นฐาน, เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น, ฐานอำนาจตามกฎหมาย, ระบบอนุญาต

Keywords : films, contemporary events, fundamental rights, freedom of expression, basis of authorization, licensing systems

**บทวิเคราะห์คดี : ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง
กรณีศึกษาการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจในฐานะเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะ
ตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558
(คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 32/2567)**

ขวัญชัย อัดโณ *

บทนำ

การชุมนุมเรียกร้องของประชาชนเป็นสิ่งที่อยู่คู่กับแทบจะทุกประเทศนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน สาเหตุอันเนื่องมาจากปัญหาความเหลื่อมล้ำทางด้านเศรษฐกิจและสังคม การถูกกดขี่หรือละเมิดสิทธิและเสรีภาพจากกลุ่มผู้ปกครอง เมื่อปัญหาดังกล่าวสะสมมาเป็นเวลานานย่อมทำให้เกิดการลุกฮือ ประท้วง ต่อต้าน อันเป็นการใช้สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเพื่อเรียกร้องให้เกิดความเปลี่ยนแปลงขึ้นในสังคม ซึ่งประเทศไทยได้ภาคยานุวัติเข้าร่วมเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2539 และมีผลบังคับใช้วันที่ 29 มกราคม 2540 โดยข้อบทที่ 21 ได้กล่าวถึงสิทธิในการชุมนุมโดยสงบย่อมได้รับการรับรอง การจำกัดการใช้สิทธินี้จะกระทำมิได้นอกจากจะกำหนดโดยกฎหมายและเพียงพอที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย ประเทศไทยจึงถือตามกติการะหว่างประเทศดังกล่าว โดยมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพของบุคคลในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์การใช้สิทธิชุมนุมสาธารณะให้ชัดเจนและสอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่ประเทศไทยเป็นภาคี โดยกำหนดขอบเขตของการชุมนุมสาธารณะ สถานที่ห้ามการชุมนุม การแจ้งและวิธีการแจ้งการชุมนุม หน้าที่ของผู้จัดการชุมนุมและผู้ชุมนุม และบทกำหนดโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืน ตลอดจนกำหนดอำนาจหน้าที่ของ “เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะ” ซึ่งกรณีท้องที่เดียวเป็นอำนาจหน้าที่ของหัวหน้าสถานีตำรวจท้องที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะ ส่วนกรณีต่อเนื่องหลายพื้นที่เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับการหรือผู้บัญชาการตำรวจ ซึ่งรับผิดชอบพื้นที่การชุมนุม และผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติอาจแต่งตั้งข้าราชการตำรวจอื่นเพิ่มหรือแทนก็ได้ ดังนั้นการคุ้มครองความสงบของประชาชน การดูแลการชุมนุมสาธารณะ และการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งมีบทบาทสำคัญในการดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประชาชนในฐานะเป็นฝ่ายปกครอง หรือที่เรียกว่า

* รัฐประศาสนศาสตรดุษฎีบัณฑิต ร.บ.ด., มหาวิทยาลัยราชภัฏมหาสารคาม, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ สำนักงานศาลปกครอง

ตำรวจทางปกครอง” และเป็นเจ้าหน้าที่รัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หรือที่เรียกว่า “ตำรวจทางคดี” ซึ่งการใช้อำนาจตำรวจทางปกครองอาจแสดงออกในรูปของนิติกรรมทางปกครอง เช่น การออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป การออกคำสั่งที่มีผลใช้บังคับเฉพาะราย และการใช้กำลังปฏิบัติการ ซึ่งการใช้อำนาจดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว เจ้าหน้าที่ตำรวจหรือสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐต้นสังกัดอาจต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่ได้กระทำการปฏิบัติหน้าที่

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่นำเสนอในบทวิเคราะห์คดีนี้ มีเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะของประชาชนตามที่มาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองไว้กับบทบาทของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการคุ้มครองความสะดวกของประชาชน การดูแลการชุมนุมสาธารณะ และการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจมีหน้าที่สำคัญในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมผ่านกระบวนการบังคับใช้กฎหมาย จึงย่อมเป็นผู้ที่ถูกตรวจสอบจากสังคม ตลอดจนคู่ขัดแย้งอยู่เสมอ โดยผู้เขียนได้แบ่งการนำเสนอออกเป็น 3 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 สรุปสาระสำคัญของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 32/2567 ส่วนที่ 2 หลักกฎหมายจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 32/2567 และส่วนที่ 3 บทวิเคราะห์คดีกรณีศึกษาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 32/2567 ซึ่งจะนำเสนอประเด็นเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการใช้สิทธิและเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 และความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ตำรวจจากการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ดังนี้

ส่วนที่ 1 : สรุปสาระสำคัญของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 32/2567

คดีนี้ ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่และเครือข่ายประชาชน People Go Network ได้ร่วมจัดกิจกรรม “We Walk เดินมิตรภาพ” โดยการเดินเท้าจากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต มุ่งสู่จังหวัดขอนแก่น เพื่อยืนยันสิทธิของประชาชนใน 4 ประเด็น ได้แก่ หลักประกันสุขภาพ นโยบายที่ไม่ทำลายความมั่นคงทางอาหาร กฎหมายที่จะไม่ลดทอนสิทธิมนุษยชน – สิทธิชุมชน และรัฐธรรมนูญต้องเกิดจากการมีส่วนร่วมและรับฟังอย่างรอบด้าน ซึ่งจัดขึ้นในวันที่ 19 ถึงวันที่ 21 มกราคม 2561 โดยมีการแจ้งการชุมนุมต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (ผู้กำกับสถานีตำรวจภูธรคลองหลวง) เมื่อวันที่ 17 มกราคม 2561 ทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ต่อมา วันที่ 20 มกราคม 2561 เวลา 9.30 นาฬิกา ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่ พร้อมกับผู้ร่วมชุมนุมประมาณ 100 คน ได้เดินขบวนมาถึงบริเวณประตูทางออกด้านหน้ามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต มีเจ้าหน้าที่ตำรวจประมาณ 200 นาย ยืนเรียงแถวหน้ากระดานปิดกั้นไม่ให้ผู้ชุมนุมเดินทางออกจากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต จนผู้ชุมนุมบางส่วนได้ทยอยเดินทางกลับ จากนั้นเวลาประมาณ 16.00 นาฬิกา ผู้ฟ้องคดีที่ 1 ผู้ฟ้องคดีที่ 3 และผู้ฟ้องคดีที่ 4 กับพวก ได้เดินทางออกจากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต ผ่านประตูทางออกด้านอื่น และได้ขอพักอาศัยที่วัดในเขตพื้นที่

ตำรวจภูธรจังหวัดพระนครศรีอยุธยา เพื่อเตรียมเดินทางในวันถัดไป ต่อมา วันที่ 21 มกราคม 2561 เวลาประมาณ 6.00 นาฬิกา ผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 ได้เดินทางออกจากวัดเพื่อเริ่มกิจกรรมการเดินในวันที่สองพบว่า มีการตั้งด่านของเจ้าหน้าที่ทหารและเจ้าหน้าที่ตำรวจ ณ บริเวณปากทางเข้าวัด และได้เรียกรถทุกคันเพื่อขอตรวจสอบและถ่ายภาพสำเนาทะเบียนรถกับภาพบัตรประจำตัวประชาชน ตลอดจนซักถามประวัติทุกคน จนกระทั่งรถคันสุดท้ายที่เป็นรถยนต์กระบะ ซึ่งเป็นรถสวัสดิการที่ใช้ขนส่งภาระจำเป็นและน้ำสำหรับแจกจ่ายให้ผู้ชุมนุมถูกกักไว้ และทำการตรวจค้น โดยมีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (ผู้บังคับการตำรวจภูธรจังหวัดพระนครศรีอยุธยา) เป็นผู้ควบคุมการตรวจค้นรถอย่างละเอียด

ผู้ฟ้องคดีทั้งสองเห็นว่า การปิดกั้นการใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (สำนักงานตำรวจแห่งชาติ) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (ผู้กำกับการสถานีตำรวจภูธรคลองหลวง) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (ผู้บังคับการตำรวจภูธรจังหวัดปทุมธานี) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (ผู้บังคับการตำรวจภูธรจังหวัดพระนครศรีอยุธยา) ตั้งแต่วันที่ 19 ถึงวันที่ 21 มกราคม 2561 ทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ชุมนุมไม่สามารถเดินเท้าออกจากบริเวณมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต มีการติดตามถ่ายภาพ ถ่ายภาพบัตรประจำตัวประชาชน ถ่ายภาพเคลื่อนไหว มีการตรวจค้นรถเสียของผู้ชุมนุม และควบคุมตัวผู้ฟ้องคดีที่ 3 มีการปฏิเสธมิให้ทนายความเข้าร่วมฟังการสอบปากคำ โดยอ้างว่า ไม่ใช่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา และเจรจากดดันมิให้เจ้าของสถานที่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ชุมนุมเข้าพักในช่วงเวลากลางวันได้ อันมีลักษณะเป็นปฏิบัติการทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ในฐานะเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะ และเจ้าพนักงานอื่นในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 อันเป็นการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยต่อผู้ฟ้องคดีทั้งสอง

จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ยุติการดำเนินการใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการปิดกั้น ขัดขวาง คุกคาม ข่มขู่ และทำให้หวาดกลัวซึ่งการใช้เสรีภาพการชุมนุมโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ฟ้องคดีทั้งสองกับผู้ชุมนุม รวมถึงขอให้ยุติการปิดกั้นไม่ให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ชุมนุมเดินเท้า ยุติการสั่งให้เจ้าหน้าที่ตำรวจทั้งในและนอกเครื่องแบบ ติดตาม ถ่ายภาพ ตลอดจนระยะเวลาการเดินและช่วงพัก ยุติการใช้มาตรการลดทอนเสรีภาพ เช่น ถ่ายภาพบัตรประจำตัวประชาชนของผู้ชุมนุม คันรถสวัสดิการของผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ชุมนุม ตลอดจนยุติการกดดันให้เจ้าของสถานที่พักยกเลิกการให้พักอาศัยแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ชุมนุมในแต่ละวัน ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 สั่งการให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะ และเจ้าพนักงานอื่นในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ปฏิบัติหน้าที่ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ อำนวยความสะดวกและดูแลความปลอดภัยต่อผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ชุมนุม ให้สามารถเดินเท้า จำนวน 50 ถึง 100 คน ได้จนกว่าจะสิ้นสุดการชุมนุมตามหนังสือแจ้งการชุมนุมสาธารณะ และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดเสรีภาพการชุมนุมตามฟ้องจำนวน 100,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ของต้นเงินดังกล่าว นับแต่วันฟ้องจนกว่าจะชำระเสร็จให้กับผู้ฟ้องคดีทั้งสอง นอกจากนี้ ผู้ฟ้องคดีทั้งสองมีคำขอให้ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว



ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาตามคำขอของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่ โดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (สำนักงานตำรวจแห่งชาติ) โดยผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ สั่งการให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 6 (ผู้บัญชาการตำรวจภูธรภาค 3) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 7 (ผู้บัญชาการตำรวจภูธรภาค 4) ในฐานะเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะตามมาตรา 19 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 หรือผู้ซึ่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติแต่งตั้งเป็นเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะ ตามมาตรา 19 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว มิให้กระทำการใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการปิดกั้น ขัดขวาง ในการใช้เสรีภาพการชุมนุมของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่และผู้ร่วมชุมนุมภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย และดำเนินการใช้อำนาจหน้าที่ตามมาตรา 19 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครอง ความสะดวกของประชาชน การดูแลการชุมนุมสาธารณะและการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชนโดยเคร่งครัดจนถึงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2561 อันเป็นวันสิ้นสุดการชุมนุมสาธารณะ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วมีคำสั่งยืนตามคำสั่งกำหนดมาตรการ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น

ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (ผู้กำกับการสถานีตำรวจนครหลวง) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (ผู้บังคับการตำรวจภูธรจังหวัดปทุมธานี) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (ผู้บังคับการตำรวจภูธร จังหวัดพระนครศรีอยุธยา) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 (ผู้บัญชาการตำรวจภูธรภาค 1) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 6 (ผู้บัญชาการ ตำรวจภูธรภาค 3) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 7 (ผู้บัญชาการตำรวจภูธรภาค 4) ในฐานะเจ้าพนักงานดูแล การชุมนุมสาธารณะซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (สำนักงานตำรวจแห่งชาติ) ได้ดำเนินการ ใช้อำนาจหน้าที่ในการควบคุมดูแลการชุมนุมสาธารณะของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยมีได้กระทำการตรวจค้น ปิดกั้น ขัดขวางการชุมนุมของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่อันเป็นการกระทำละเมิด ต่อผู้ฟ้องคดีทั้งสี่ที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่แต่อย่างใด พิพากษายกฟ้อง

ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นจึงอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดี สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้
กรณีที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่อุทธรณ์ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 7 กระทำการที่มีลักษณะ เป็นการปิดกั้น ขัดขวาง คุกคาม ข่มขู่ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่และผู้ร่วมชุมนุมในระหว่างการประชุม อันเป็นการกระทำ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 เป็นการใช้อำนาจตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 เพื่อประโยชน์ ในการคุ้มครองความสะดวกของประชาชนและการรักษาความปลอดภัย อำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน ที่จะใช้ที่สาธารณะอันเป็นสถานที่ชุมนุม อำนวยความสะดวกในการจราจรและการขนส่งสาธารณะ ในบริเวณที่มีการชุมนุมเพื่อให้ประชาชนได้รับผลกระทบน้อยที่สุด แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่า ในระหว่าง การชุมนุมเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ติดตามถ่ายภาพนิ่ง ภาพเคลื่อนไหวของผู้ร่วมชุมนุมตามผู้ฟ้องคดีทั้งสี่

กล่าวอ้างก็เป็นไปเพื่อรายงานสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในขณะนั้นให้ผู้บังคับบัญชาทราบ และไม่ปรากฏว่ามีเจ้าหน้าที่เข้าไปแทรกแซง ชัดขวาง ให้อยู่ดี จับกุม หรือเข้าสลายการชุมนุมอันเป็นเหตุที่ทำให้การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ตลอดจนเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด

กรณีที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 และเจ้าหน้าที่ตำรวจมีพฤติการณ์คุกคาม ข่มขู่ ผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ร่วมชุมนุม มีการตรวจค้นรถยนต์ของผู้ฟ้องคดีที่ 3 เป็นผู้ขับขี่ มีการถ่ายภาพ บัตรประจำตัวประชาชน มีการสอบสวน บันทึกถ้อยคำผู้ฟ้องคดีที่ 3 กับพวก เมื่อวันที่ 21 มกราคม 2561 อันเป็นการปฏิบัติการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีลักษณะเป็นการปิดกั้น ชัดขวาง ข่มขู่ คุกคาม และทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้เข้าร่วมกิจกรรมเดินมิตรภาพเกิดความหวาดกลัวในการใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ และปราศจากอาวุธนั้น

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้ในระหว่างการค้น เจ้าหน้าที่ตำรวจได้มีการถ่ายภาพ บัตรประจำตัวประชาชน บันทึกถ้อยคำผู้ฟ้องคดีที่ 3 กับพวก โดยใช้เวลาในการตรวจค้นและบันทึกถ้อยคำ ตั้งแต่เวลาประมาณ 7.00 นาฬิกา ถึง 10.30 นาฬิกา ก็ตาม แต่จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏยังฟังไม่ได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 มีพฤติการณ์ข่มขู่ บังคับให้ผู้ฟ้องคดีที่ 3 กับพวก เกิดความหวาดกลัว และใช้อำนาจเข้าตรวจค้นรถยนต์ของผู้ฟ้องคดีที่ 3 กับพวก โดยมีชอบ การถ่ายภาพบัตรประจำตัวประชาชนก็เป็นวิธีการหนึ่งในการยืนยันตัวตนของผู้ถูกตรวจสอบ การสอบสวนและการบันทึกถ้อยคำผู้ฟ้องคดีที่ 3 กับพวก ล้วนแต่เป็นกระบวนการในการสอบข้อเท็จจริง และเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ถูกตรวจสอบได้ชี้แจงข้อเท็จจริง กรณีจึงยังฟังไม่ได้ว่า การกระทำได้กล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เป็นการปฏิบัติการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองกล่าวอ้าง

กรณีที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองฟ้องว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ขัดขวางการเดินทางของผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ร่วมชุมนุมโดยสั่งห้ามไม่ให้วัดให้ที่พักแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ร่วมชุมนุม ทั้งที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้ติดต่อประสานไว้แล้วนั้น

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ร่วมชุมนุมสามารถเข้าพักที่วัดลาดทรายเมื่อวันที่ 20 มกราคม 2561 ได้ตามปกติ ส่วนวัดสหกรณ์ที่ไม่ได้เข้าพักเนื่องจากผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ร่วมชุมนุมเดินทางมาถึงวัดดังกล่าวในช่วงเวลาประมาณ 13.00 นาฬิกา ซึ่งเร็วกว่ากำหนดที่จะเข้าพักในตอนเย็น ส่วนวัดห้วยขมิ้น วัดสุวรรณคีรี และวัดศรีสว่างโนนงามตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างนั้น เห็นว่า แม้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ร่วมชุมนุมจะไม่สามารถเข้าพักที่วัดที่ได้ประสานไว้ก็ตาม แต่ข้อเท็จจริงก็รับฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ร่วมชุมนุมได้ปรับเปลี่ยนแผนการพักแรมโดยใช้สถานที่อื่นแทน ดังนั้นการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจในกรณีดังกล่าวเพียงแต่ทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ร่วมชุมนุมไม่ได้รับความสะดวกในการพักแรมเท่านั้น การกระทำได้กล่าวยังไม่ถึงขนาดเป็นการขัดขวางการเดินทาง ตามที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองกล่าวอ้างแต่อย่างใด อุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีทั้งสองฟังไม่ขึ้น

กรณีที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองฟ้องคดีว่า หนังสือของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ ตช 0016.5(12).3/542 ลงวันที่ 19 มกราคม 2561 เป็นเพียงหนังสือแจ้งความเห็นให้ทราบ มิใช่คำสั่งทางปกครองที่เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะสั่งให้ผู้จัดการชุมนุม ผู้ชุมนุม หรือผู้อยู่ในสถานที่ชุมนุมต้องปฏิบัติตามเพื่อประโยชน์ในการดูแลการชุมนุมตามมาตรา 19 วรรคสี่ (5) แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ซึ่งหากหนังสือของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ดังกล่าว มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง ย่อมมีผลเท่ากับเป็นการตีความเพื่อขยายอำนาจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจในฐานะเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะให้สามารถกำหนดเงื่อนไขข้อจำกัดในการชุมนุมสาธารณะได้อย่างไร้ขอบเขตนั้น

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองฟ้องโต้แย้งการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 7 ว่ามีลักษณะเป็นการขัดขวางการใช้สิทธิเสรีภาพในการชุมนุมของผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ร่วมชุมนุมซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้รับความเสียหาย ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ยุติการดำเนินการใด ๆ ที่มีลักษณะดังกล่าว และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดเสรีภาพการชุมนุมตามฟ้อง โดยมีโต้แย้งถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของหนังสือของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ ตช 0016.5(12).3/542 ลงวันที่ 19 มกราคม 2561 และไม่ปรากฏว่ามีคำขอท้ายคำฟ้องให้เพิกถอนหนังสือดังกล่าว ศาลจึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมาย และสถานะของหนังสือดังกล่าวตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกล่าวอ้างแต่อย่างใด

กรณีที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองมีคำขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดเสรีภาพการชุมนุมจำนวน 100,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 นั้น

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 มีลักษณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยปราศจากการอำนวยความสะดวก และรักษาความปลอดภัย อีกทั้งยังมีลักษณะเป็นการขัดขวางและปิดกั้นการใช้สิทธิเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะของผู้ฟ้องคดีทั้งสองอันถือไม่ได้ว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่ก็ไม่ถึงขนาดทำให้การชุมนุมสาธารณะของผู้ฟ้องคดีทั้งสองไม่สามารถดำเนินการได้ อีกทั้งยังไม่มีหลักฐานปรากฏชัดแจ้งว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้รับความเสียหายที่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้จากการกระทำดังกล่าว ดังนั้นศาลจึงไม่อาจกำหนดค่าความเสียหายตามที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองมีคำขอได้

การที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษายกฟ้อง นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย

ศาลปกครองสูงสุด พิพากษายืน

ส่วนที่ 2 : หลักกฎหมายจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 32/2567

1. การใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการชุมนุมสาธารณะ

ประเทศไทยได้ภาคยานุวัติ (Accession) เข้าร่วมเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2539 และมีผลบังคับใช้วันที่ 29 มกราคม 2540 โดยข้อบทที่ 21 ได้กล่าวถึงสิทธิในการชุมนุมโดยสงบ (The Right of Peaceful Assembly) ย่อมได้รับการรับรอง การจำกัดการใช้สิทธินี้จะกระทำมิได้นอกจากจะกำหนดโดยกฎหมายและเพียงพอที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย

เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของชาติ (National Security) หรือความปลอดภัยสาธารณะ (Public Safety) ความสงบเรียบร้อย (Public Order) การสาธารณสุขหรือศีลธรรมของประชาชน (Protection of Public Health or Morals) หรือการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น (Protection of the Rights and Freedoms of others) ประเทศไทยจึงถือตามกติการะหว่างประเทศดังกล่าว และให้ความสำคัญกับการชุมนุมโดยสงบ ภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่จะต้องมุ่งคุ้มครองทั้งผู้ชุมนุมสาธารณะและสาธารณชนทั่วไป ไปพร้อม ๆ กัน¹ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพของบุคคล ในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย² ซึ่ง “เสรีภาพ” คือ ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น ภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่ตราบเท่าที่เขาไม่ถูกบังคับ ให้กระทำในสิ่งที่เขาไม่ประสงค์จะกระทำ หรือไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้กระทำในสิ่งที่เขาประสงค์จะกระทำ³

สำหรับประเทศไทยมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้สิทธิ และเสรีภาพของประชาชนในการชุมนุมสาธารณะ คือ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์การใช้สิทธิชุมนุมสาธารณะให้ชัดเจนและสอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่ประเทศไทยเป็นภาคี เพื่อให้การชุมนุมสาธารณะ เป็นไปด้วยความสงบเรียบร้อย ไม่กระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของชาติ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ตลอดจนสุขอนามัยของประชาชน หรือความสะอาดของประชาชน ที่จะใช้ที่สาธารณะ และไม่กระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้อื่น โดยที่พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะได้กำหนดขอบเขตของการชุมนุมสาธารณะ สถานที่ห้ามการชุมนุม การแจ้งและวิธีการแจ้งการชุมนุม หน้าที่ของผู้จัดการชุมนุมและผู้ชุมนุม การดูแลการชุมนุม และบทกำหนดโทษ สำหรับผู้ฝ่าฝืน⁴ ซึ่งการชุมนุมสาธารณะต้องเป็นไปโดยสงบและปราศจากอาวุธ การใช้สิทธิและเสรีภาพ

¹ แผนการดูแลการชุมนุมสาธารณะตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ออกตามความ ในมาตรา 21 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 กำหนดแนวทางการดูแลการชุมนุมสาธารณะ เพื่อคุ้มครองความสะอาดของประชาชนและคุ้มครองการชุมนุมสาธารณะโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 25 สิงหาคม 2558, หน้า 1.

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 44 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น”

³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2538), หน้า 21-23.

⁴ แผนการดูแลการชุมนุมสาธารณะตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ออกตามความ ในมาตรา 21 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 กำหนดแนวทางการดูแลการชุมนุมสาธารณะ เพื่อคุ้มครองความสะอาดของประชาชนและคุ้มครองการชุมนุมสาธารณะโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 25 สิงหาคม 2558, หน้า 1.



ของผู้ชุมนุมในระหว่างการชุมนุมสาธารณะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมาย⁵ มีสาระสำคัญ ดังนี้

1.1 ความหมายของการชุมนุมสาธารณะ

พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 มาตรา 4 บัญญัติว่า “การชุมนุมสาธารณะ” หมายความว่า “การชุมนุมของบุคคลในที่สาธารณะเพื่อเรียกร้อง สนับสนุน คัดค้าน หรือแสดงความคิดเห็นในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยแสดงออกต่อประชาชนทั่วไป และบุคคลอื่นสามารถร่วมการชุมนุมนั้นได้ ไม่ว่าการชุมนุมนั้นจะมีการเดินขบวนหรือเคลื่อนย้ายด้วยหรือไม่” ส่วน “ที่สาธารณะ” หมายความว่า “ที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้างอันเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินที่ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์หรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกันหรือที่หน่วยงานของรัฐมิได้เป็นเจ้าของแต่เป็นผู้ครอบครองหรือใช้ประโยชน์ บรรดาซึ่งประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้ รวมตลอดทั้งทางหลวงและทางสาธารณะ”

ดังนั้นการชุมนุมสาธารณะที่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 จึงมีหลักเกณฑ์สำคัญ 3 ประการ คือ

- (1) เป็นการชุมนุมของบุคคลในที่สาธารณะ
 - (2) เป็นการแสดงออกต่อประชาชนทั่วไปเพื่อเรียกร้อง สนับสนุน คัดค้าน หรือแสดงความคิดเห็นในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง
 - (3) บุคคลอื่นสามารถเข้าร่วมการชุมนุมนั้นได้
- แต่ทั้งนี้ การชุมนุมสาธารณะดังกล่าวไม่ใช่บังคับกับการชุมนุมเนื่องในงานพระราชพิธี

หรืองานรัฐพิธี พิธีกรรมทางศาสนาหรือตามประเพณีหรือวัฒนธรรมแห่งท้องถิ่น การจัดแสดงมหรสพ กีฬา การท่องเที่ยว หรือกิจกรรมอื่นเพื่อประโยชน์ทางการค้าปกติของผู้จัดนั้น การชุมนุมภายในสถานศึกษา หรือตามบทบัญญัติของกฎหมาย หรือการประชุมสัมมนาทางวิชาการของสถานศึกษาหรือหน่วยงานที่มีวัตถุประสงค์ทางวิชาการ การชุมนุมในระหว่างที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก และการชุมนุมสาธารณะที่จัดขึ้นเพื่อประโยชน์ในการหาเสียงเลือกตั้งในช่วงที่มีการเลือกตั้ง⁶

⁵ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558

มาตรา 6 “การชุมนุมสาธารณะต้องเป็นไปโดยสงบและปราศจากอาวุธ
การใช้สิทธิและเสรีภาพของผู้ชุมนุมในระหว่างการชุมนุมสาธารณะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมาย”

⁶ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558

มาตรา 3 “พระราชบัญญัตินี้ไม่ใช้บังคับแก่การชุมนุมสาธารณะ ดังต่อไปนี้

- (1) การชุมนุมเนื่องในงานพระราชพิธีและงานรัฐพิธี
- (2) การชุมนุมเพื่อประกอบพิธีกรรมทางศาสนาหรือกิจกรรมตามประเพณีหรือตามวัฒนธรรมแห่งท้องถิ่น

(มีต่อหน้าถัดไป)

1.2 ผู้มีหน้าที่แจ้งและผู้รับแจ้งการชุมนุมสาธารณะ

พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 มาตรา 10 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ผู้ใดประสงค์จะจัดการชุมนุมสาธารณะ ให้แจ้งการชุมนุมต่อผู้รับแจ้งก่อนเริ่มการชุมนุมไม่น้อยกว่ายี่สิบสี่ชั่วโมง” ซึ่งมาตรา 10 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน บัญญัติว่า “ให้ถือว่าผู้เชิญชวนหรือนัดให้ผู้อื่นมาร่วมชุมนุมในวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนดไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด ๆ รวมทั้งผู้ขออนุญาตใช้สถานที่หรือเครื่องขยายเสียง หรือขอให้ทางราชการอำนวยความสะดวกในการชุมนุมเป็นผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุมสาธารณะตามวรรคหนึ่ง” ซึ่งรายละเอียดที่จะต้องแจ้งและวิธีการแจ้ง มาตรา 10 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน บัญญัติว่า “การแจ้งการชุมนุมสาธารณะต้องระบุวัตถุประสงค์ และวัน ระยะเวลา และสถานที่ชุมนุมสาธารณะตามวิธีการที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดซึ่งต้องเป็นวิธีที่สะดวกแก่ผู้แจ้ง และต้องให้แจ้งผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศได้ด้วย” สำหรับผู้มีหน้าที่แจ้งการชุมนุม มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติว่า “ผู้จัดการชุมนุม” หมายความว่า “ผู้จัดให้มีการชุมนุมสาธารณะ และให้หมายความรวมถึงผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุมสาธารณะ และผู้ซึ่งเชิญชวนหรือนัดให้ผู้อื่นมาร่วมการชุมนุมสาธารณะโดยแสดงออกหรือมีพฤติการณ์ทำให้ผู้อื่นเข้าใจว่าตนเป็นผู้จัดหรือร่วมจัดให้มีการชุมนุมนั้น” ส่วนผู้รับแจ้งการชุมนุมสาธารณะ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติว่า “ผู้รับแจ้ง” หมายความว่า “หัวหน้าสถานีตำรวจแห่งท้องที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะหรือบุคคลอื่นทั้งนี้ ตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดให้เป็นผู้มีหน้าที่รับแจ้งการชุมนุมสาธารณะตามพระราชบัญญัตินี้” ดังนั้นผู้จัดการชุมนุมจึงเป็นผู้มีหน้าที่แจ้งการชุมนุมสาธารณะและหัวหน้าสถานีตำรวจแห่งท้องที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะหรือบุคคลอื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดเป็นผู้มีหน้าที่รับแจ้งการชุมนุมสาธารณะ

1.3 ลักษณะการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 มาตรา 14 บัญญัติว่า “การชุมนุมสาธารณะที่ไม่เป็นไปตามมาตรา 6 หรือไม่แจ้งการชุมนุมตามมาตรา 10 หรือที่ผู้แจ้งไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้รับแจ้งหรือที่ผู้รับแจ้งมีคำสั่งห้ามการชุมนุมตามมาตรา 11 หรือที่จัดขึ้นหลังจากที่ผู้ยื่นคำขอได้รับหนังสือแจ้งว่าไม่มีเหตุผลอันสมควรที่จะผ่อนผันกำหนดเวลาตามมาตรา 12 ให้ถือว่าเป็นการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ดังนั้นกรณีที่เกิดว่าเป็นการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจสรุปได้ ดังนี้

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 6)

(3) การชุมนุมเพื่อจัดแสดงมหรสพ กีฬา ส่งเสริมการท่องเที่ยว หรือกิจกรรมอื่นเพื่อประโยชน์ทางการค้าปกติของผู้จัดการชุมนุมนั้น

(4) การชุมนุมภายในสถานศึกษา

(5) การชุมนุมหรือการประชุมตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือการประชุมสัมมนาทางวิชาการของสถานศึกษาหรือหน่วยงานที่มีวัตถุประสงค์ทางวิชาการ

(6) การชุมนุมสาธารณะในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก และการชุมนุมสาธารณะที่จัดขึ้นเพื่อประโยชน์ในการหาเสียงเลือกตั้งในช่วงเวลาที่มีการเลือกตั้ง แต่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น”

1) การชุมนุมสาธารณะที่มีลักษณะไม่เป็นไปโดยสงบและปราศจากอาวุธ

การชุมนุมสาธารณะจะต้องเป็นไปโดยสงบและปราศจากอาวุธ และการใช้สิทธิและเสรีภาพของผู้ชุมนุมในระหว่างการชุมนุมสาธารณะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมาย⁷

2) การไม่แจ้งการชุมนุมสาธารณะ

ผู้ใดประสงค์จะจัดการชุมนุมสาธารณะ ให้แจ้งการชุมนุมต่อผู้รับแจ้งก่อนเริ่มการชุมนุมไม่น้อยกว่ายี่สิบสี่ชั่วโมง และให้ถือว่าผู้เชิญชวนหรือนัดให้ผู้อื่นมาร่วมชุมนุมในวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนดไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด ๆ รวมทั้งผู้ขออนุญาตใช้สถานที่หรือเครื่องขยายเสียงหรือขอให้ทางราชการอำนวยความสะดวกในการชุมนุมเป็นผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุมสาธารณะ ซึ่งการแจ้งการชุมนุมสาธารณะต้องระบุวัตถุประสงค์ และวัน ระยะเวลา และสถานที่ชุมนุมสาธารณะตามวิธีการที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดซึ่งต้องเป็นวิธีที่สะดวกแก่ผู้แจ้ง และต้องให้แจ้งผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศได้ด้วย⁸

3) การชุมนุมที่ผู้แจ้งไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้รับแจ้งหรือที่ผู้รับแจ้งมีคำสั่งห้ามการชุมนุม

ในกรณีที่ผู้รับแจ้งเห็นว่าการชุมนุมสาธารณะที่ได้รับแจ้งนั้นเป็นการจัดการชุมนุมสาธารณะในรัศมีหนึ่งร้อยห้าสิบเมตรจากพระบรมมหาราชวัง พระราชวัง วังของพระราชทายาทหรือของพระบรมวงศ์ตั้งแต่สมเด็จพระเจ้าฟ้าขึ้นไป พระราชินีเวศน์ พระตำหนักหรือจากที่ซึ่งพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท พระบรมวงศ์ตั้งแต่สมเด็จพระเจ้าฟ้าขึ้นไป หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ประทับหรือพำนัก หรือสถานที่พำนักของพระราชอาคันตุกะ การจัดการชุมนุมสาธารณะภายในพื้นที่ของรัฐสภา ทำเนียบรัฐบาล และศาล ซึ่งศาล หมายความว่า ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร

⁷ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558

มาตรา 6 “การชุมนุมสาธารณะต้องเป็นไปโดยสงบและปราศจากอาวุธ

การใช้สิทธิและเสรีภาพของผู้ชุมนุมในระหว่างการชุมนุมสาธารณะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมาย”

⁸ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558

มาตรา 10 “ผู้ใดประสงค์จะจัดการชุมนุมสาธารณะ ให้แจ้งการชุมนุมต่อผู้รับแจ้งก่อนเริ่มการชุมนุมไม่น้อยกว่ายี่สิบสี่ชั่วโมง

ให้ถือว่าผู้เชิญชวนหรือนัดให้ผู้อื่นมาร่วมชุมนุมในวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนดไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด ๆ รวมทั้งผู้ขออนุญาตใช้สถานที่หรือเครื่องขยายเสียงหรือขอให้ทางราชการอำนวยความสะดวกในการชุมนุมเป็นผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุมสาธารณะตามวรรคหนึ่ง

การแจ้งการชุมนุมสาธารณะต้องระบุวัตถุประสงค์ และวัน ระยะเวลา และสถานที่ชุมนุมสาธารณะตามวิธีการที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดซึ่งต้องเป็นวิธีที่สะดวกแก่ผู้แจ้ง และต้องให้แจ้งผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศได้ด้วย”

และศาลอื่นตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาล⁹ หรือการประชุมสาธารณะกีดขวางทางเข้าออก หรือรบกวนการปฏิบัติงานหรือการใช้บริการสถานที่ ได้แก่ 1) สถานที่ทำการหน่วยงานของรัฐ 2) ท่าอากาศยาน ท่าเรือ สถานีรถไฟ หรือสถานีขนส่งสาธารณะ 3) โรงพยาบาล สถานศึกษา และศาสนสถาน 4) สถานที่ทูตหรือสถานกงสุลของรัฐต่างประเทศ หรือสถานที่ทำการองค์การระหว่างประเทศ และ 5) สถานที่อื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด¹⁰ ให้ผู้รับแจ้งมีคำสั่งให้ผู้แจ้งแก้ไขภายในเวลาที่กำหนด หากผู้แจ้งการประชุมไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวให้ผู้รับแจ้งมีคำสั่งห้ามชุมนุมโดยแจ้งคำสั่งเป็นหนังสือไปยังผู้แจ้ง ในกรณีที่ผู้แจ้งการประชุมไม่เห็นชอบด้วยกับคำสั่งดังกล่าวให้ยื่นอุทธรณ์เป็นหนังสือต่อผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือผู้รับแจ้งขึ้นไปหนึ่งชั้น และให้ผู้รับอุทธรณ์วินิจฉัยและแจ้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ภายในเวลาสี่สิบสี่ชั่วโมง ซึ่งคำวินิจฉัยอุทธรณ์นั้นให้เป็นที่สุด และในระหว่างมีคำสั่งห้ามชุมนุม การอุทธรณ์และพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ ให้งดการประชุมสาธารณะ¹¹

⁹ พระราชบัญญัติการประชุมสาธารณะ พ.ศ. 2558

มาตรา 7 “การจัดการชุมนุมสาธารณะในรัศมีหนึ่งร้อยห้าสิบเมตรจากพระบรมมหาราชวัง พระราชวังวังของพระราชทายาทหรือของพระบรมวงศ์ตั้งแต่สมเด็จพระเจ้าฟ้าขึ้นไป พระราชินี เสด็จมาหรือจากที่ซึ่งพระมหากษัตริย์พระราชินี พระราชทายาท พระบรมวงศ์ตั้งแต่สมเด็จพระเจ้าฟ้าขึ้นไป หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ประทับหรือพำนักหรือสถานที่พำนักของพระราชอาคันตุกะ จะกระทำมิได้

การจัดการชุมนุมสาธารณะภายในพื้นที่ของรัฐสภา ทำเนียบรัฐบาล และศาลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีการจัดให้มีสถานที่เพื่อใช้สำหรับการชุมนุมสาธารณะภายในพื้นที่นั้น

ศาลตามวรรคสองหมายความว่า ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร และศาลอื่นตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาล

ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งการรักษาความปลอดภัยสาธารณะและความสงบเรียบร้อยของประชาชน ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายมีอำนาจประกาศห้ามชุมนุมในรัศมีไม่เกิน ห้าสิบเมตรรอบสถานที่ตามวรรคสอง ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงจำนวนของผู้เข้าร่วมชุมนุมและพฤติการณ์ในการชุมนุมด้วย”

¹⁰ พระราชบัญญัติการประชุมสาธารณะ พ.ศ. 2558

มาตรา 8 “การประชุมสาธารณะต้องไม่กีดขวางทางเข้าออก หรือรบกวนการปฏิบัติงานหรือการใช้บริการสถานที่ ดังต่อไปนี้

- (1) สถานที่ทำการหน่วยงานของรัฐ
- (2) ท่าอากาศยาน ท่าเรือ สถานีรถไฟ หรือสถานีขนส่งสาธารณะ
- (3) โรงพยาบาล สถานศึกษา และศาสนสถาน
- (4) สถานที่ทูตหรือสถานกงสุลของรัฐต่างประเทศ หรือสถานที่ทำการองค์การระหว่างประเทศ
- (5) สถานที่อื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด”

¹¹ พระราชบัญญัติการประชุมสาธารณะ พ.ศ. 2558

มาตรา 11 “เมื่อได้รับแจ้งแล้ว ให้ผู้รับแจ้งส่งสรุปสาระสำคัญในการชุมนุมสาธารณะตามพระราชบัญญัตินี้ให้ผู้แจ้งทราบภายในสี่สิบสี่ชั่วโมงนับแต่เวลาที่ได้รับแจ้ง

(มีต่อหน้าถัดไป)

4) การชุมนุมที่จัดขึ้นหลังจากที่ผู้ยื่นคำขอได้รับหนังสือแจ้งว่าไม่มีเหตุผลอันสมควรที่จะผ่อนผันกำหนดเวลา

กรณีที่ผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุมสาธารณะซึ่งไม่สามารถแจ้งการชุมนุมต่อผู้รับแจ้งได้ภายในกำหนดเวลา ก่อนเริ่มการชุมนุมไม่น้อยกว่ายี่สิบสี่ชั่วโมง ให้แจ้งการชุมนุมพร้อมคำขอผ่อนผันกำหนดเวลาดังกล่าวต่อผู้บังคับการตำรวจผู้รับผิดชอบพื้นที่ในกรุงเทพมหานคร หรือผู้บังคับการตำรวจภูธรจังหวัดในจังหวัดอื่นแล้วแต่กรณี ก่อนเริ่มการชุมนุม และให้ผู้รับคำขอผ่อนผันดังกล่าวมีหนังสือแจ้งคำสั่งพร้อมด้วยเหตุผลให้ผู้ยื่นคำขอทราบภายในเวลาที่ยี่สิบสี่ชั่วโมงนับแต่เวลาที่ได้รับคำขอ¹² ซึ่งกรณีที่ผู้ยื่นคำขอได้รับหนังสือแจ้งว่าไม่มีเหตุผลอันสมควรที่จะผ่อนผันกำหนดเวลา แต่ยังจัดการชุมนุมสาธารณะขึ้นหลังจากที่ผู้ยื่นคำขอได้รับหนังสือแจ้ง

2. แนวคิดตำรวจทางปกครอง

เจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประชาชน โดยมีอำนาจสืบสวน สอบสวน ตรวจค้น จับกุม หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อนำไปสู่การลงโทษผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา รวมทั้งปฏิบัติการอื่นตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของตำรวจอันเกี่ยวกับความผิดในทางอาญา ขณะเดียวกันเจ้าหน้าที่ตำรวจก็เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในทางปกครองด้วย ดังนั้นการปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงอาจมีการกระทำในทางปกครองเกี่ยวข้อปะปนอยู่ด้วยเสมอ ๆ ซึ่งประเทศฝรั่งเศสเรียกกิจกรรมของรัฐที่เป็นการใช้อำนาจควบคุมการใช้เสรีภาพของปัจเจกชน

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 11)

ในกรณีที่ผู้รับแจ้งเห็นว่าการชุมนุมสาธารณะที่ได้รับแจ้งนั้นอาจขัดต่อมาตรา 7 หรือมาตรา 8 ให้ผู้รับแจ้งมีคำสั่งให้ผู้แจ้งแก้ไขภายในเวลาที่กำหนด

หากผู้แจ้งการชุมนุมไม่ปฏิบัติตามคำสั่งตามวรรคสอง ให้ผู้รับแจ้งมีคำสั่งห้ามชุมนุมโดยแจ้งคำสั่งเป็นหนังสือไปยังผู้แจ้ง

กรณีผู้แจ้งการชุมนุมไม่เห็นชอบด้วยกับคำสั่งตามวรรคสามให้ยื่นอุทธรณ์เป็นหนังสือต่อผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือผู้รับแจ้งขึ้นไปหนึ่งชั้น และให้ผู้รับอุทธรณ์วินิจฉัยและแจ้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ภายในเวลาที่ยี่สิบสี่ชั่วโมง คำวินิจฉัยอุทธรณ์นั้นให้เป็นที่สุด

ในระหว่างมีคำสั่งห้ามชุมนุม การอุทธรณ์และพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ ให้งดการชุมนุมสาธารณะ”

¹² พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558

มาตรา 12 “ให้ผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุมสาธารณะซึ่งไม่สามารถแจ้งการชุมนุมได้ภายในกำหนดเวลาตามมาตรา 10 แจ้งการชุมนุมพร้อมคำขอผ่อนผันกำหนดเวลาดังกล่าวต่อผู้บังคับการตำรวจผู้รับผิดชอบพื้นที่ในกรุงเทพมหานคร หรือผู้บังคับการตำรวจภูธรจังหวัดในจังหวัดอื่นแล้วแต่กรณี ก่อนเริ่มการชุมนุม

ให้นำความในมาตรา 10 วรรคสาม มาใช้บังคับแก่การแจ้งตามวรรคหนึ่งโดยอนุโลม

ให้ผู้รับคำขอผ่อนผันตามวรรคหนึ่งมีหนังสือแจ้งคำสั่งพร้อมด้วยเหตุผลให้ผู้ยื่นคำขอทราบภายในเวลาที่ยี่สิบสี่ชั่วโมงนับแต่เวลาที่ได้รับคำขอ”

เพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมืองว่ากิจกรรม “ตำรวจทางปกครอง” (police administrative) ซึ่งศาสตราจารย์ฌ็อง ริเวโร อธิบายไว้¹³ สรุปได้ดังนี้

1) ความหมายของกิจกรรม “ตำรวจทางปกครอง”

ในสังคมที่มีระเบียบ การใช้สิทธิเสรีภาพโดยอิสระของปัจเจกชนจะต้องอยู่ภายในกรอบ และเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่รัฐได้กำหนดไว้ในกฎหมาย เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว องค์การของรัฐฝ่ายบริหารจึงมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดกฎเกณฑ์เป็นการทั่วไป ออกคำสั่งเป็นการเฉพาะราย และปฏิบัติการทางกายภาพเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์และหรือคำสั่งที่ได้ออกไว้ เพื่อจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพโดยอิสระของปัจเจกชนให้เคารพและปฏิบัติตามระเบียบวินัยที่รัฐได้กำหนดไว้เพื่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคม ทั้งนี้ ภายในกรอบของกฎหมาย

2) วัตถุประสงค์ของกิจกรรม “ตำรวจทางปกครอง”

วัตถุประสงค์ของกิจกรรม “ตำรวจทางปกครอง” คือ การป้องกันมิให้มีการกระทำที่จะกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและการระงับการกระทำดังกล่าวเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อย กิจกรรม “ตำรวจทางปกครอง” จึงแตกต่างจาก “ตำรวจทางคดี” (police judiciaire) ซึ่งเป็นกิจกรรมของรัฐอีกประเภทหนึ่งซึ่งเป็นการปราบปรามหรือการดำเนินการกับผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย กฎเกณฑ์ หรือคำสั่งขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

3) มาตรการในการใช้อำนาจของ “ตำรวจทางปกครอง”

ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับมอบหมายให้ดูแลรับผิดชอบการรักษาความสงบเรียบร้อยในเขตพื้นที่หนึ่งพื้นที่ใด โดยมีอำนาจหน้าที่และมาตรการในการดำเนินการเป็นการทั่วไปถือว่าเป็นกิจกรรม “ตำรวจทางปกครองทั่วไป” (police générale) แต่ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะกำหนดมาตรการในการป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในเรื่องหนึ่งเรื่องใดไว้เป็นพิเศษ (เช่น การควบคุมการก่อสร้างอาคาร การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม การควบคุม การเข้าเมืองและการทำงานของคนต่างด้าว) ถือว่าเป็นกิจกรรม “ตำรวจทางปกครองเฉพาะ” (police spéciale) ด้วย

มาตรการในการใช้อำนาจของตำรวจทางปกครองทั่วไปมีอยู่ 3 ประการ คือ

(1) การออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป องค์การเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งรับผิดชอบกิจกรรมตำรวจทางปกครองมีอำนาจออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปเพื่อจำกัดหรือควบคุมการใช้เสรีภาพของปัจเจกชนให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อยและมีสภาพบังคับเป็นโทษทางอาญาสำหรับผู้ซึ่งฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ดังกล่าว

¹³ Jean Rivero et Jean Waline, Droit administratif, 16^e edition, (Paris : Dalloz, 1996), อ้างถึงในชาญชัย แสวงศักดิ์, กฎหมายปกครอง ADMINISTRATIVE LAW LW 312, (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548), หน้า 20-22.

(2) การออกคำสั่งที่มีผลใช้บังคับเฉพาะราย องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งรับผิดชอบกิจกรรมตำรวจทางปกครองมีอำนาจตามกฎหมายในอันที่จะออกคำสั่งอนุญาต คำสั่งห้ามมิให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด (เช่น ห้ามมิให้มีการประชุมหรือการชุมนุมที่อาจนำไปสู่ความไม่สงบเรียบร้อย) คำสั่งให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด (เช่น สั่งให้ผู้ชุมนุมประทุสลายตัว) การออกคำสั่งเช่นว่านี้โดยปกติทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่อาจทำด้วยวาจาหรือโดยวิธีการอื่น (เช่น เจ้าพนักงานจราจรโบกมือให้รถหยุดหรือสัญญาณไฟจราจร (ไฟเขียว – ไฟแดง))

(3) การใช้กำลังปฏิบัติการ ในกรณีที่เป็นต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งรับผิดชอบกิจกรรม “ตำรวจทางปกครอง” อาจใช้อำนาจกำลังปฏิบัติการได้ไม่ว่าจะเป็นการใช้อาวุธปืน การใช้กำลังเจ้าหน้าที่ผลักดันหรือสลายฝูงชน หรือการบังคับทางปกครอง

3. หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

ในการปกครอง ฝ่ายปกครองจะได้รับมอบอำนาจในการใช้บังคับกฎหมายเพื่อรักษาประโยชน์มหาชนและประโยชน์เอกชน ดังนั้นการใช้อำนาจใดต่อเอกชน รัฐบาลจะต้องมีกฎหมายเป็นฐานให้ใช้อำนาจนั้นได้ และต้องใช้อำนาจนั้นให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย การใดที่ทำไปไม่ถูกต้องตามกฎหมายจะต้องถูกเปลี่ยนแปลงเพื่อให้การเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือก่อให้เกิดความรับผิดเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเอกชน ซึ่งในการนี้จะต้องอยู่ในบังคับการตรวจสอบทางกฎหมายและการตรวจสอบทางการเมืองตามลักษณะที่เหมาะสม¹⁴ ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะอยู่ภายใต้หลัก 2 ประการ¹⁵ ดังนี้

1) หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายที่กำหนด องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีได้ 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือ เป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ หรือการดำเนินการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมวัฒนธรรม ฯลฯ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้น ไม่กระทำการดังกล่าวนี้ให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเนื่องจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลร้ายใด ๆ ตามมาแล้ว กฎหมาย

¹⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพฯ : จีรรัชการพิมพ์, 2540), หน้า 27.

¹⁵ วรเจตน์ ภาศิริตัน, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2549), หน้า 18-22.

ที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะหาความหมายอันใดมิได้ ด้วยเหตุนี้ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้

2) หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำการนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเรียกร้องแต่เพียงให้้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ เรียกร้อง้องค์กรฝ่ายปกครองยิ่งไปกว่านั้น กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับ เหตุผลเบื้องหลังของหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ อาจอธิบายได้โดยหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา หลักนิติรัฐ และหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

3.1 การดำเนินการของเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะ

การใช้อำนาจทางปกครองของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ในการคุ้มครองความสงบของประชาชน การดูแลการชุมนุมสาธารณะและการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สรุปได้ดังนี้

พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 มาตรา 19 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ให้หัวหน้าสถานีตำรวจแห่งท้องที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะ เป็นเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะ ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ และให้เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งท้องที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะหรือหน่วยงานประชาสัมพันธ์ของรัฐหรือเอกชนในท้องที่นั้นเพื่อทราบ ” วรรคสอง บัญญัติว่า “การชุมนุมสาธารณะที่ต่อเนื่องหลายพื้นที่ ให้ผู้บังคับการหรือผู้บัญชาการตำรวจซึ่งรับผิดชอบพื้นที่การชุมนุม แล้วแต่กรณี เป็นเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะตามวรรคหนึ่ง ” วรรคสาม บัญญัติว่า “ในกรณีที่เห็นสมควร ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติอาจแต่งตั้งข้าราชการตำรวจอื่นเป็นเจ้าพนักงานเพิ่มหรือแทนเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองก็ได้” ดังนั้น “เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะ” กรณีท้องที่เดียว คือ หัวหน้าสถานีตำรวจท้องที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะ ส่วนกรณีต่อเนื่องหลายพื้นที่ คือ ผู้บังคับการหรือผู้บัญชาการตำรวจซึ่งรับผิดชอบพื้นที่ และกรณีเห็นสมควร ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติอาจแต่งตั้งข้าราชการตำรวจอื่นเพิ่มหรือแทนก็ได้

เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะมีอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองความสงบของประชาชน การดูแลการชุมนุมสาธารณะ และการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 19 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ดังต่อไปนี้

- (1) อำนวยความสะดวกแก่ประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะอันเป็นสถานที่ชุมนุม
- (2) รักษาความปลอดภัย อำนวยความสะดวก หรือบรรเทาเหตุเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่นซึ่งอยู่ในบริเวณใกล้เคียงกับสถานที่ชุมนุม
- (3) รักษาความปลอดภัยหรืออำนวยความสะดวกแก่ผู้ชุมนุมในสถานที่ชุมนุม

(4) อำนวยความสะดวกในการจราจรและการขนส่งสาธารณะในบริเวณที่มีการชุมนุมและบริเวณใกล้เคียงเพื่อให้ประชาชนได้รับผลกระทบจากการชุมนุมน้อยที่สุด

(5) กำหนดเงื่อนไขหรือมีคำสั่งให้ผู้จัดการชุมนุม ผู้ชุมนุม หรือผู้อยู่ภายในสถานที่ชุมนุมต้องปฏิบัติตามเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ตาม (1) (2) (3) หรือ (4)

นอกจากนี้ มาตรา 19 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติว่า “ในการปฏิบัติตามมาตรานี้ เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะอาจมีคำสั่งให้ปิดหรือปรับเส้นทางจราจรเป็นการชั่วคราวได้เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองความสะดวกของประชาชนหรือการดูแลการชุมนุมสาธารณะ”

3.2 เขตอำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจ

เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยเป็นระบบศาลคู่ที่มีเขตอำนาจศาลแตกต่างกันระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครอง การพิจารณาเขตอำนาจศาลที่จะรับฟ้องคดีอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจนั้น แม้ว่าจะมิใช่การกระทำที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดไว้เป็นการเฉพาะโดยตรงก็ตาม แต่หากการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเกิดขึ้นในขั้นตอนของการปฏิบัติหน้าที่ตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดไว้ หรือเป็นขั้นตอนการดำเนินการเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญาตามกฎหมายพิเศษ ถือเป็นเขตอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะรับฟ้องมิใช่ศาลปกครอง ซึ่งศาลปกครองสูงสุดโดยมติที่ประชุมใหญ่วางหลักไว้ว่า ถ้าขั้นตอนใดเป็นการกระทำที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดไว้เป็นการเฉพาะโดยตรงและศาลยุติธรรมมีอำนาจที่จะเยียวยาความเสียหายได้ การกระทำนั้นย่อมอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม แต่ถ้าเป็นการนอกเหนือหรือมิได้กระทำตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และเข้าเกณฑ์เป็นกรณีพิพาทตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การกระทำนั้นจะอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง เช่น กรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจใช้อาวุธปืนยิงผู้ต้องสงสัยแต่กระสุนพลาดไปถูกผู้อื่น ถือเป็นขั้นตอนการดำเนินการใช้อำนาจจับกุมของเจ้าพนักงานตำรวจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ การเรียกค่าเสียหายจากการดำเนินการดังกล่าวจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม มิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง¹⁶ จากกรณีดังกล่าว ศาลปกครองวางหลักในการพิจารณาเขตอำนาจศาลที่จะรับฟ้องคดีอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจหรือพนักงานสอบสวนไว้ว่า ถึงแม้จะมีใช้การกระทำที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กำหนดไว้เป็นการเฉพาะโดยตรง แต่หากการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้นในขั้นตอนของการปฏิบัติหน้าที่ตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดไว้ หรือเป็นขั้นตอนการดำเนินการเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญาตามกฎหมายพิเศษ ถือเป็นเขตอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะรับฟ้องคดีไว้พิจารณา มิใช่ศาลปกครอง

¹⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 427/2545 (ประชุมใหญ่)

4. ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่จากการกระทำทางปกครอง

พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ไม่ได้กำหนดนิยามความหมายของการกระทำละเมิดเอาไว้ ดังนั้นการใดจะเป็นการกระทำละเมิดในทางปกครองหรือไม่ ต้องพิจารณาตามหลักของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องละเมิด ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” หลักเกณฑ์ของการกระทำที่ถือว่าเป็นการละเมิดแยกองค์ประกอบได้ 3 ประการ คือ¹⁷

1) **กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ** การกระทำละเมิดจะต้องเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

2) **กระทำต่อผู้อื่นโดยผิดกฎหมาย** การกระทำโดยผิดกฎหมาย หมายความว่า การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไม่มีอำนาจหรือไม่มีสิทธิกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดชัดเจนเลยว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด เช่น ประมวลกฎหมายอาญา หรือกฎหมายอื่น รวมถึงการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

3) **บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย** การกระทำละเมิดจะต้องทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย ถ้าไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการละเมิด ความเสียหายในทางละเมิดที่เกิดขึ้น มีลักษณะสำคัญ ได้แก่ 1) เป็นความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงและมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการกระทำ (การพิจารณาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผล) และ 2) เป็นความเสียหายที่แน่นอน ไม่ว่าจะเป็นความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน อนามัย เสรีภาพ หรือความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่นที่กฎหมายรับรอง ซึ่งอาจเป็นความเสียหายที่เป็นตัวเงินหรือไม่ใช่ตัวเงิน หรือเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วในปัจจุบันหรือความเสียหายในอนาคตที่ต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอน

จากองค์ประกอบของการกระทำ “ละเมิด” ตามหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้... (3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร” การกระทำละเมิดในทางปกครอง จึงเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจจากกฎหมายกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้น ซึ่งละเมิดในทางปกครอง

¹⁷ สุรียา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุณนันท, คู่มือสอบกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2553), หน้า 139-142.



ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 จะต้องเป็นกรณีเจ้าหน้าที่กระทำความผิดในการปฏิบัติหน้าที่จากการใช้อำนาจทางปกครอง อาจเกิดขึ้นจากการทำหน้าที่โดยทั่วไปไปเป็นการกระทำทางกายภาพ หรือการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายหรือการออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง รวมทั้งการละเลยต่อหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร ซึ่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้โดยตรง แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้” และมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่มิใช่การกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบในการนั้นเป็นการเฉพาะตัว ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องเจ้าหน้าที่ได้โดยตรง แต่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐไม่ได้” กรณีเจ้าหน้าที่กระทำความผิดในการปฏิบัติหน้าที่จากการใช้อำนาจทางปกครอง เช่น การเก็บรักษารถยนต์ของกลางที่ไม่มีระเบียบรัดกุมเพียงพอ ซึ่งรถยนต์ได้รับความเสียหายในระหว่างการดูแลรักษาของเจ้าหน้าที่ ส่วนกรณีการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ แม้เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ หากมิได้เป็นการปฏิบัติหน้าที่จากการใช้อำนาจทางปกครอง กรณีดังกล่าวต้องฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม¹⁸

ส่วนที่ 3 : บทวิเคราะห์คดีกรณีศึกษาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 32/2567

1. ความชอบด้วยกฎหมายของการใช้สิทธิและเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 44 วรรคหนึ่ง บัญญัติรับรองเสรีภาพของบุคคลในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ ซึ่งการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ

¹⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 282-287/2551 สรุปได้ว่า เจ้าหน้าที่สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ได้ตรวจค้นและยึดรถยนต์ของนาย ป. ไปเป็นของกลาง และครอบครองรถยนต์ไว้โดยมิได้ส่งมอบให้พนักงานสอบสวนโดยพลัน แต่ได้ทำการตรวจสอบเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงหมายเลขเครื่องยนต์ หมายเลขตัวรถ และตรวจสอบข้อมูลทะเบียนฯ โดยไม่ได้ทำบัญชีของกลางไว้เป็นหลักฐาน และได้นำรถยนต์คันดังกล่าวไปเก็บไว้ที่บ้านของนาย ก. โดยไม่มีการทำเอกสารหรือหลักฐานการเปิดรถยนต์ อันเป็นการเก็บรักษารถยนต์ที่ไม่มีระเบียบรัดกุมเพียงพอ อีกทั้งรถยนต์ได้รับความเสียหายในระหว่างการดูแลรักษาของเจ้าหน้าที่ กรณีเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย อันเป็นการกระทำละเมิดต่อนาย ป.

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 275/2552 สรุปได้ว่า ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (เจ้าหน้าที่ตำรวจฝ่ายสืบสวน) ดำเนินการจับกุมและกักขังผู้ฟ้องคดีโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีหมายจับ สืบเนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (นาย ส.) ร่วมกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (นางสาว ร.) แจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่พนักงานสอบสวนว่าผู้ฟ้องคดีทำร้ายร่างกายทั้งที่ผู้ฟ้องคดีมิได้กระทำความผิด จึงขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดเชยค่าเสียหาย กรณีเป็นการกล่าวหาว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดต่อเสรีภาพของผู้ฟ้องคดี โดยมีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และที่ 3 กระทำความผิดอาญา ร่วมกันแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงาน อันเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาและเป็นการกระทำความผิด ผู้ฟ้องคดีชอบที่จะร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานสอบสวนหรือฟ้องต่อศาลยุติธรรมซึ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษา

พ.ศ. 2558 เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์การใช้สิทธิชุมนุมสาธารณะให้ชัดเจนและสอดคล้องกับกติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่ประเทศไทยเป็นภาคี โดยมาตรา 4 ได้บัญญัตินิยาม ของ “การชุมนุมสาธารณะ” ไว้ ซึ่งการชุมนุมสาธารณะที่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 มีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ คือ (1) เป็นการชุมนุมของบุคคลในที่สาธารณะ (2) เป็นการแสดงออก ต่อประชาชนทั่วไปเพื่อเรียกร้อง สนับสนุน คัดค้าน หรือแสดงความคิดเห็นในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และ (3) บุคคลอื่น สามารถเข้าร่วมการชุมนุมนั้นได้ นอกจากนี้ มาตรา 10 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้กำหนดหน้าที่ ของผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุมสาธารณะให้แจ้งการชุมนุมต่อหัวหน้าสถานีตำรวจแห่งท้องที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะ ก่อนเริ่มการชุมนุมไม่น้อยกว่ายี่สิบสี่ชั่วโมง หากฝ่าฝืนย่อมถือว่าการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยประเด็นความชอบของการใช้สิทธิและเสรีภาพ ในการชุมนุมสาธารณะ สรุปสาระสำคัญได้ว่า การชุมนุมของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่และผู้ร่วมชุมนุมในบริเวณ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต เป็นการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ อันมีลักษณะเป็นการชุมนุม สาธารณะตามบทนิยามในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ผู้ฟ้องคดีที่ 1 ในฐานะผู้จัดการชุมนุมได้แจ้งการชุมนุมต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่น้อยกว่ายี่สิบสี่ชั่วโมงตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว ซึ่งหลังจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้รับแจ้งการชุมนุมดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้แจ้งสรุปสาระสำคัญของการชุมนุมสาธารณะ โดยมีได้มีคำสั่งให้แก้ไขหรือมีคำสั่งห้ามการชุมนุม ตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน แต่อย่างไรก็ดี ดังนั้นการชุมนุมของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่และผู้ร่วมชุมนุม จึงเป็นการใช้เสรีภาพในการชุมนุมตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และเป็นไปตามเงื่อนไขของพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 แล้ว¹⁹

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การจัดกิจกรรม “We Walk เดินมิตรภาพ” ของผู้ฟ้องคดี โดยการเดินเท้าจากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต มุ่งสู่จังหวัดขอนแก่น เป็นการชุมนุมของบุคคล ในที่สาธารณะ เพื่อยืนยันสิทธิของประชาชนใน 4 ประเด็น ได้แก่ หลักประกันสุขภาพ นโยบายที่ไม่ทำลาย ความมั่นคงทางอาหาร กฎหมายที่จะไม่ลดทอนสิทธิมนุษยชน – สิทธิชุมชน และรัฐธรรมนูญต้องเกิด จากการมีส่วนร่วมและรับฟังอย่างรอบด้าน อันเป็นการแสดงออกของประชาชนทั่วไปเพื่อเรียกร้อง สนับสนุน คัดค้าน หรือแสดงความคิดเห็นในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และบุคคลอื่นสามารถเข้าร่วมการชุมนุมนั้นได้ การจัดกิจกรรม ดังกล่าวจึงครบหลักเกณฑ์นิยามของ “การชุมนุมสาธารณะ” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ดังนั้นการจัดกิจกรรมดังกล่าวจึงต้องอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 และเมื่อพิจารณาคำพิพากษาในส่วนนี้แล้ว จะเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้จัดการชุมนุม จึงมีหน้าที่แจ้งการชุมนุมสาธารณะ ส่วนผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นหัวหน้าสถานีตำรวจแห่งท้องที่ที่มีการชุมนุม จึงเป็นผู้รับแจ้งการชุมนุมตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 เมื่อผู้ฟ้องคดีที่ 1

¹⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 32/2567, หน้า 56.

ได้แจ้งการชุมนุมต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 17 มกราคม 2561 ผ่านทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อจัดกิจกรรม “We Walk เดินมิตรภาพ” ซึ่งจะจัดขึ้นในวันที่ 19 ถึงวันที่ 21 มกราคม 2561 จึงเป็นการแจ้งการชุมนุมไม่น้อยกว่ายี่สิบสี่ชั่วโมงตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และหนังสือลงวันที่ 19 มกราคม 2561 ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่แจ้งผู้ฟ้องคดีที่ 1 มิได้มีคำสั่งให้แก้ไขหรือมีคำสั่งห้ามการชุมนุมตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน แต่อย่างไรก็ดี การชุมนุมของผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ร่วมชุมนุมจึงเป็นการใช้เสรีภาพในการชุมนุมตามมาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และเป็นไปตามเงื่อนไขแห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558

2. ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558

2.1 เขตอำนาจศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558

เจ้าหน้าที่ตำรวจมีบทบาทสำคัญในการดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประชาชน การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจอาจแสดงออกโดยการกำหนดฝ่ายเดียวในรูปของนิติกรรมทางปกครอง คือ 1) การออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป 2) การออกคำสั่งที่มีผลใช้บังคับเฉพาะราย และ 3) การใช้กำลังปฏิบัติการ เช่น การใช้กำลังเจ้าหน้าที่ผลักดันหรือสลายฝูงชน และการพิจารณาเขตอำนาจศาลที่จะรับฟ้องคดีอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจนั้น ศาลปกครองสูงสุดโดยมติที่ประชุมใหญ่วางหลักไว้ว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐตามกฎหมายพิเศษของฝ่ายปกครองที่มีการบัญญัติโทษทางอาญาไว้ด้วย การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามกฎหมายดังกล่าวในขั้นตอนการดำเนินการที่จะนำไปสู่การนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษทางอาญา หากขั้นตอนใดเป็นการกระทำที่กฎหมายพิเศษนั้นและหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะโดยตรง การกระทำดังกล่าวจะอยู่ในอำนาจควบคุมตรวจสอบของศาลยุติธรรม แต่หากการกระทำใดเป็นการกระทำนอกเหนือหรือมิได้กระทำตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายพิเศษหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และเป็นการกระทำที่เข้าเกณฑ์เป็นกรณีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองก็ย่อมมีอำนาจควบคุมตรวจสอบได้²⁰

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นในคดีนี้แล้ว ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าหน่วยงานของรัฐยังคงมีปัญหาเกี่ยวกับความเข้าใจในลักษณะข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ดังจะเห็นได้จากการโต้แย้งเรื่องสิทธิการฟ้องคดีต่อศาลปกครองในชั้นศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นได้วินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าว สรุปสาระสำคัญได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (ผู้บังคับการตำรวจภูธรจังหวัดปทุมธานี) โต้แย้งว่าการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ตามกรณีพิพาทไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครอง

²⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 427/2545 (ประชุมใหญ่)

และวิธีพิจารณาคดีปกครอง ทั้งนี้ ตามข้อ 13 ของคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 3/2558 ลงวันที่ 1 เมษายน 2558 ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่จึงไม่มีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง ซึ่งศาลปกครองชั้นต้น วินิจฉัยว่า การที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่บรรยายฟ้องว่า การปิดกั้นการใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ซึ่งทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่และผู้ชุมนุมไม่สามารถเดินเท้าออกจากบริเวณมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต ครอบคลุมผู้ฟ้องคดีทั้งสี่และผู้ชุมนุมโดยติดตามถ่ายภาพ ถ่ายภาพบัตรประจำตัวประชาชน ถ่ายภาพเคลื่อนไหว ตรวจค้นร่างกายของผู้ชุมนุม และควบคุมตัวผู้ฟ้องคดีที่ 3 โดยปฏิเสธมิให้ทนายความเข้าร่วมกระบวนการ และเจรจากดดันมิให้เจ้าของสถานที่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีและผู้ชุมนุมเข้าพักในช่วงเวลากลางคืนได้ อันเป็นการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยอันมีลักษณะเป็นปฏิบัติการทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะ และเจ้าพนักงานอื่นในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 และมีคำขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ยุติการดำเนินการใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการปิดกั้น ขัดขวาง คุกคาม ช่มชู้ และทำให้หวาดกลัวซึ่งการใช้เสรีภาพการชุมนุมโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่กับผู้ชุมนุม อันเป็นการโต้แย้งถึงการกระทำของเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ว่า เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขัดขวางการใช้สิทธิเสรีภาพตามมาตรา 34 ประกอบมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่บัญญัติรับรองไว้ และให้ชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการจำกัดเสรีภาพการชุมนุมดังกล่าว อันมีลักษณะเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และในกรณีดังกล่าวก็ไม่ปรากฏว่า เจ้าพนักงานรักษาความสงบเรียบร้อย ที่เป็นข้าราชการทหารซึ่งมียศตั้งแต่ร้อยตรี เรือตรี หรือเรืออากาศตรี ขึ้นไป ซึ่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติแต่งตั้งให้ปฏิบัติตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 3/2558 ลงวันที่ 1 เมษายน 2558 ได้อาศัยอำนาจตามคำสั่งดังกล่าวสั่งห้ามการชุมนุม หรือสั่งเลิกการชุมนุม และในประเด็นพิพาทแห่งคดีก็มิได้มีการโต้แย้งว่า การกระทำของเจ้าพนักงานรักษาความสงบเรียบร้อย กระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีทั้งสี่แต่อย่างใด ขอล่าอ้างของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ที่อ้างว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่ไม่มีสิทธิ นำคดีนี้มาฟ้องต่อศาลปกครองจึงไม่อาจรับฟังได้²¹

²¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 32/2567, หน้า 18-19.

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาในส่วนนี้แล้ว จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองชั้นต้นได้อธิบายหลักการเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง โดยคดีนี้การปฏิบัติหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 และเจ้าพนักงานอื่นในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ไม่ปรากฏว่าเป็นการใช้อำนาจตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 3/2558 ลงวันที่ 1 เมษายน 2558 และผู้ฟ้องคดีทั้งสี่ได้บรรยายฟ้องโต้แย้งการกระทำอันมีลักษณะเป็นปฏิบัติการทางปกครองของเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และให้ชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดอันเนื่องจากการจำกัดเสรีภาพการชุมนุมดังกล่าว จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีพิพาทดังกล่าวจึงอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งสอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลปกครองที่ได้วินิจฉัยว่าการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจกรณีมิได้มีเจตนาในการบังคับใช้กฎหมายและดำเนินการจับกุมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นการกระทำทางปกครอง²² แต่ถ้ามการกระทำที่มีฐานของอำนาจมาจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การกระทำย่อมมิใช่การกระทำทางปกครอง หากแต่เป็นการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง²³

²² คำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว หรือกำหนดวิธีการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ หรือไม่รับ หรือยกคำขอของศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขคำที่ 1605/2551 สรุปได้ว่าการสลายการชุมนุมซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสมาชิกรัฐสภาให้สามารถเข้าไปประชุมเพื่อแถลงนโยบายต่อรัฐสภาของคณะรัฐมนตรี มิได้มีเจตนาในการบังคับใช้กฎหมายและดำเนินการจับกุมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การสลายการชุมนุมจึงเป็นการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

²³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 713/2547 สรุปได้ว่าการสลายการชุมนุมและเข้าจับกุม ผู้ฟ้องคดีและผู้ชุมนุมบางคนโดยกล่าวหาว่า กระทำความผิดอาญา ซึ่งขณะนั้นพนักงานอัยการได้สั่งฟ้องและคดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลจังหวัดสงขลา นั้น เป็นการกระทำที่มีฐานของอำนาจมาจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามจึงมิใช่การกระทำทางปกครอง หากแต่เป็นการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจการพิจารณาตรวจสอบของศาลยุติธรรมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พุทธศักราช 2477 ประกอบกับมาตรา 271 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 การที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสามสืบคนกล่าวอ้างว่าผู้ฟ้องคดีใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยชอบด้วยมาตรา 44 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ผู้ฟ้องคดีมิได้มีเจตนากระทำความผิดอาญา หรือการที่ผู้ฟ้องคดีไม่ชุมนุมอยู่ในสถานที่ที่กำหนดให้ยอมไม่อาจถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีกระทำความผิดอาญาแต่อย่างใด นั้น เป็นการโต้แย้งว่าเจ้าพนักงานตำรวจซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ใช้อำนาจจับกุมโดยไม่ชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะ ศาลยุติธรรม ย่อมมีอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยและเยียวยาความเสียหายในคดีดังกล่าวได้ กรณีจึงไม่เข้าหลักเกณฑ์เป็นกรณีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

2.2 ความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจในฐานะเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะอยู่ภายใต้หลัก 2 ประการ คือ 1) หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายที่กำหนด และ 2) หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ซึ่งมาตรา 19 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ได้บัญญัติถึงอำนาจหน้าที่ของ “เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะ” ในการคุ้มครองความสะดวกของประชาชน การดูแลการชุมนุมสาธารณะ และการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- (1) อำนวยความสะดวกแก่ประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะอันเป็นสถานที่ชุมนุม
- (2) รักษาความปลอดภัย อำนวยความสะดวก หรือบรรเทาเหตุเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่นซึ่งอยู่ในบริเวณใกล้เคียงกับสถานที่ชุมนุม
- (3) รักษาความปลอดภัยหรืออำนวยความสะดวกแก่ผู้ชุมนุมในสถานที่ชุมนุม
- (4) อำนวยความสะดวกในการจราจรและการขนส่งสาธารณะในบริเวณที่มีการชุมนุมและบริเวณใกล้เคียงเพื่อให้ประชาชนได้รับผลกระทบจากการชุมนุมน้อยที่สุด
- (5) กำหนดเงื่อนไขหรือมีคำสั่งให้ผู้จัดการชุมนุม ผู้ชุมนุม หรือผู้อยู่ภายในสถานที่ชุมนุมต้องปฏิบัติตามเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ตาม (1) (2) (3) หรือ (4)

นอกจากนี้ เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะอาจมีคำสั่งให้ปิดหรือปรับเส้นทางการจราจรเป็นการชั่วคราวได้เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองความสะดวกของประชาชนหรือการดูแลการชุมนุมสาธารณะตามมาตรา 19 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการคุ้มครองความสะดวกของประชาชนและการดูแลการชุมนุมสาธารณะตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 สรุปสาระสำคัญได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ตลอดจนเจ้าหน้าที่ตำรวจในบังคับของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ร่วมชุมนุมในการใช้ที่สาธารณะในการชุมนุม รักษาความปลอดภัย อำนวยความสะดวก หรือบรรเทาเหตุเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่นซึ่งอยู่ในบริเวณใกล้เคียงสถานที่ชุมนุม รักษาความปลอดภัย หรืออำนวยความสะดวกแก่ผู้ชุมนุมในสถานที่ชุมนุม อำนวยความสะดวกในการจราจรและการขนส่งสาธารณะในบริเวณที่มีการชุมนุมและบริเวณใกล้เคียงเพื่อให้ประชาชนได้รับผลกระทบจากการชุมนุมสาธารณะน้อยที่สุด ทั้งนี้ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 แต่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 กลับนำกำลังเจ้าหน้าที่ตำรวจจำนวน 200 นาย มาปิดกั้นผู้ฟ้องคดีทั้งสองกับผู้ร่วมชุมนุมประมาณ 100 คน มิให้ออกจากบริเวณประตูพลโยธิน 1 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต กรณีจึงถือว่าการปฏิบัติหน้าที่โดยปราศจากการอำนวยความสะดวกและรักษาความปลอดภัย อีกทั้งยังเป็นการขัดขวางและปิดกั้นการใช้เสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะของผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้แจ้งการชุมนุมสาธารณะไว้โดยชอบแล้ว

อันถือไม่ได้ว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 กล่าวอ้าง²⁴

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาในส่วนนี้แล้ว จะเห็นได้ว่า เมื่อการชุมนุมของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่และผู้ร่วมชุมนุมเป็นการใช้เสรีภาพในการชุมนุมตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และเป็นไปตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ตลอดจนเจ้าหน้าที่ตำรวจในบังคับของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่และผู้ร่วมชุมนุมในการใช้ที่สาธารณะในการชุมนุม แต่กลับนำกำลังเจ้าหน้าที่ตำรวจมาปิดกั้นผู้ฟ้องคดีทั้งสี่กับผู้ร่วมชุมนุม มิให้ออกจากบริเวณประตูพลโยธิน 1 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต จึงถือว่าการปฏิบัติหน้าที่โดยปราศจากการอำนวยความสะดวกและรักษาความปลอดภัยตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 การปฏิบัติหน้าที่จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้ต้องปฏิบัติ องค์การฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้ต้องปฏิบัติ องค์การฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้น ไม่กระทำการดังกล่าวนี้ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดยังได้วินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่อันเป็นการยืนยันหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่หากเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐไม่กระทำการขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่และกระทำการใด ๆ เมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐในการกระทำการนั้น การกระทำของเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐดังกล่าวย่อมชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งคดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่อุทธรณ์ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 7 กระทำการที่มีลักษณะเป็นการปิดกั้น ขัดขวาง คุกคาม ช่มชู้ ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่และผู้ร่วมชุมนุมในระหว่างการชุมนุมอันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁵ ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 เป็นการใช้อำนาจตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองความสะดวกของประชาชนและการรักษาความปลอดภัย อำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะอันเป็นสถานที่ชุมนุม อำนวยความสะดวกในการจราจรและการขนส่งสาธารณะในบริเวณที่มีการชุมนุมเพื่อให้ประชาชนได้รับผลกระทบน้อยที่สุด แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่า ในระหว่างการชุมนุมเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ติดตามถ่ายภาพนิ่ง ภาพเคลื่อนไหวของผู้ร่วมชุมนุมตามผู้ฟ้องคดีทั้งสี่กล่าวอ้าง ก็เป็นไปเพื่อรายงานสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในขณะนั้นให้ผู้บังคับบัญชาทราบ และไม่ปรากฏว่ามีเจ้าหน้าที่เข้าไปแทรกแซง ขัดขวาง ให้อยู่ดี จับกุม หรือเข้าสลายการชุมนุมอันเป็นเหตุที่ทำให้การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ตลอดจนเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

²⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 32/2567, หน้า 56-57.

²⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 32/2567, หน้า 57.

แต่อย่างใด²⁶ กรณีที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 และเจ้าหน้าที่ตำรวจมีพฤติการณ์คุกคาม ช่มชู้ ผู้ฟ้องคดีทั้งสอง และผู้ร่วมชุมนุม มีการตรวจค้นรถยนต์ที่ผู้ฟ้องคดีที่ 3 เป็นผู้ขับขี่ มีการถ่ายภาพ บัตรประจำตัวประชาชน มีการสอบสวน บันทึกล้อยคำผู้ฟ้องคดีที่ 3 กับพวก อันเป็นการปฏิบัติการณ์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีลักษณะเป็นการปิดกั้น ขัดขวาง ช่มชู้ คุกคาม และทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้เข้าร่วมกิจกรรมเดินมิตรภาพเกิดความหวาดกลัวในการใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ²⁷ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้ในระหว่างการค้น เจ้าหน้าที่ตำรวจได้มีการถ่ายภาพบัตรประจำตัวประชาชน บันทึกล้อยคำผู้ฟ้องคดีที่ 3 กับพวก โดยใช้เวลาในการตรวจค้นและบันทึกล้อยคำตั้งแต่เวลาประมาณ 7.00 นาฬิกา ถึง 10.30 นาฬิกา ก็ตาม แต่จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏยังฟังไม่ได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 มีพฤติการณ์ช่มชู้ บังคับให้ผู้ฟ้องคดีที่ 3 กับพวก เกิดความหวาดกลัว และใช้อำนาจเข้าตรวจค้นรถยนต์ของผู้ฟ้องคดีที่ 3 กับพวก โดยมีชอบ การถ่ายภาพบัตรประจำตัวประชาชนก็เป็นวิธีการหนึ่งในการยืนยันตัวตนของผู้ถูกตรวจสอบ การสอบสวนและการบันทึกล้อยคำผู้ฟ้องคดีที่ 3 กับพวก ก็ล้วนแต่เป็นกระบวนการในการสอบข้อเท็จจริง และเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ถูกตรวจสอบได้ชี้แจงข้อเท็จจริง กรณีจึงยังฟังไม่ได้ว่า การกระทำความกล่าว ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เป็นการปฏิบัติการณ์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁸ กรณีที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองฟ้องว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ขัดขวางการเดินของผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ร่วมชุมนุมโดยสั่งห้ามไม่ให้วัดให้ที่พัก แก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ร่วมชุมนุม ทั้งที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้ติดต่อประสานไว้แล้ว²⁹ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ร่วมชุมนุมจะไม่สามารถเข้าพักที่วัดที่ได้ประสานไว้ก็ตาม แต่ข้อเท็จจริงที่รับฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งสอง และผู้ร่วมชุมนุมได้ปรับเปลี่ยนแผนการพักแรมโดยใช้สถานที่อื่นแทน การกระทำ ของเจ้าหน้าที่ตำรวจในกรณีดังกล่าวเพียงแต่ทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ร่วมชุมนุมไม่ได้รับความสะดวก ในการพักแรมเท่านั้น การกระทำความกล่าวยังไม่ถึงขนาดเป็นการขัดขวางการเดินตามของผู้ฟ้องคดีทั้งสองกล่าวอ้าง แต่อย่างใด³⁰ สำหรับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 6 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 7 เมื่อไม่ปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 6 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 7 ดำเนินการอันมีลักษณะเป็นการปิดกั้น ขัดขวางการใช้เสรีภาพในการชุมนุมของผู้ฟ้องคดีทั้งสอง และผู้ร่วมชุมนุมแต่อย่างใด³¹

²⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 32/2567, หน้า 58.

²⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 32/2567, หน้า 58.

²⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 32/2567, หน้า 59.

²⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 32/2567, หน้า 59.

³⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 32/2567, หน้า 59.

³¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 32/2567, หน้า 60.

3. ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ตำรวจจากการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้... (3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร” การกระทำละเมิดในทางปกครอง จึงเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามกฎหมายกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้น ซึ่งละเมิดในทางปกครองตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 จะต้องเป็นกรณีเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ อาจเกิดขึ้นจากการทำหน้าที่โดยทั่วไปที่เป็นการกระทำทางกายภาพ หรือการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายหรือการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง รวมทั้งการละเลยต่อหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ของการกระทำที่ถือว่าเป็นการละเมิด โดยมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ 1) กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ 2) กระทำต่อผู้อื่นโดยผิดกฎหมาย และ 3) บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย ซึ่งการกระทำละเมิดจะต้องทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายด้วย หากไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการละเมิด ซึ่งความเสียหายในทางละเมิดมีลักษณะสำคัญ ได้แก่ 1) เป็นความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงและความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการกระทำ และ 2) เป็นความเสียหายที่แน่นอน ซึ่งอาจเป็นความเสียหายที่เป็นตัวเงินหรือไม่ใช่ตัวเงิน

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยประเด็นความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ตำรวจจากการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 สรุปสาระสำคัญได้ว่า กรณีที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่มีคำขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดเสรีภาพการชุมนุมจำนวน 100,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 มีลักษณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยปราศจากการอำนวยความสะดวกและรักษาความปลอดภัย อีกทั้งยังมีลักษณะเป็นการขัดขวางและปิดกั้นการใช้เสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่ อันถือไม่ได้ว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็ไม่ถึงขนาดทำให้การชุมนุมสาธารณะของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่ไม่สามารถดำเนินการได้ อีกทั้งไม่มีหลักฐานปรากฏชัดแจ้งว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสี่ได้รับความเสียหายที่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้จากการกระทำความผิดดังกล่าว ศาลจึงไม่อาจกำหนดค่าความเสียหายตามที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่มีคำขอได้³² เมื่อพิจารณาคำพิพากษาในส่วนนี้แล้ว จะเห็นว่าคดีนี้ไม่มีหลักฐานปรากฏชัดแจ้งว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสี่ได้รับความเสียหายที่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้จากการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ศาลจึงไม่อาจกำหนดค่าความเสียหายตามที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่มีคำขอได้ ซึ่งสอดคล้องกับ

³² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 32/2567, หน้า 61.

แนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ได้วินิจฉัยวางหลักไว้ว่ากรณีที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบจากการกระทำละเมิด จะต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นด้วย และความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงและมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการกระทำและมีความเสียหายที่แน่นอน³³

บทสรุป

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วางบรรทัดฐานที่สำคัญเกี่ยวกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการใช้สิทธิและเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 และหลักความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ตำรวจจากการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ดังนี้

1. ความชอบด้วยกฎหมายของการใช้สิทธิและเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ

“การชุมนุมสาธารณะ” อันมีลักษณะตามบทนิยามในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 เมื่อผู้จัดการชุมนุมแจ้งการชุมนุมสาธารณะต่อหัวหน้าสถานีตำรวจแห่งท้องที่ที่มีการชุมนุมซึ่งเป็นผู้รับแจ้งการชุมนุมก่อนเริ่มการชุมนุมไม่น้อยกว่ายี่สิบสี่ชั่วโมง ต่อมาผู้รับแจ้งการชุมนุมได้มีหนังสือแจ้งผู้แจ้ง หากหนังสือดังกล่าวมิได้มีคำสั่งให้แก้ไขหรือมีคำสั่งห้ามการชุมนุมตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 การชุมนุมดังกล่าวจึงเป็นการใช้เสรีภาพในการชุมนุมตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และเป็นไปตามเงื่อนไขของพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558

2. ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558

เมื่อการชุมนุมสาธารณะเป็นการใช้เสรีภาพในการชุมนุมตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และเป็นไปตามเงื่อนไขของพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ

³³ ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1203/2558 สรุปได้ว่า การกระทำละเมิดนั้น นอกจากจะต้องเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ยังจะต้องมีความเสียหายที่แท้จริงเกิดขึ้นด้วย โดยความเสียหายในกรณีนี้คือสิทธิเรียกร้องค่าปรับเป็นรายวันตามสัญญา แม้พฤติการณ์ของผู้ฟ้องคดีดังกล่าวจะเป็นการจงใจไม่ปฏิบัติตามกฎหรือระเบียบของทางราชการ และเป็นการไม่ตั้งใจปฏิบัติหน้าที่ราชการให้เกิดผลดีหรือความก้าวหน้าแก่ราชการก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวก็มิได้เป็นผลโดยตรงที่ทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีต้องเสียสิทธิในการเรียกร้องค่าปรับจากบริษัท บ. กรณีจึงถือไม่ได้ว่า การกระทำของผู้ฟ้องคดีเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ถูกฟ้องคดี

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 373/2563 สรุปได้ว่า เมื่ออาการบาดเจ็บของผู้ฟ้องคดีมิได้เกิดจากแก๊สน้ำตาที่ทหารใช้ในการสลายการชุมนุม ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิรับเงินช่วยเหลือเยียวยาตามหลักเกณฑ์และวิธีการให้ความช่วยเหลือเยียวยาทางการเงินสำหรับผู้เสียหายกลุ่มที่ 1 จากเหตุการณ์ความรุนแรงทางการเมือง (ปี พ.ศ. 2548 ถึงปี พ.ศ. 2553) การที่คณะกรรมการด้านการเยียวยาทางแพ่งและการฟื้นฟูด้วยวิธีการอื่น มีมติว่าผู้ฟ้องคดีไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่จะพิจารณาช่วยเหลือเยียวยาจึงชอบด้วยเหตุผลและหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้แล้ว กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการจึงไม่ต้องจ่ายเงินช่วยเหลือเยียวยาแก่ผู้ฟ้องคดี



พ.ศ. 2558 เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงมีหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกสำหรับการใช้ที่สาธารณะในการชุมนุมตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจนำกำลังมาปิดกั้นผู้ชุมนุมจึงถือว่าการปฏิบัติหน้าที่โดยปราศจากการอำนวยความสะดวกและรักษาความปลอดภัย ทั้งยังเป็นการขัดขวางและปิดกั้นการใช้เสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะที่ได้แจ้งการชุมนุมสาธารณะไว้โดยชอบแล้ว จึงไม่เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่หากการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง การกระทำความผิดกล่าวโดยย่อชอบด้วยกฎหมาย เช่น กรณีในระหว่างการชุมนุมเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ติดตามถ่ายภาพนิ่ง ภาพเคลื่อนไหวของผู้ร่วมชุมนุมเพื่อรายงานสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในขณะนั้นให้ผู้บังคับบัญชาทราบ การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวไม่เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีการถ่ายภาพบัตรประจำตัวประชาชนเป็นวิธีการหนึ่งในการยืนยันตัวตนของผู้ถูกตรวจสอบ การสอบสวนและการบันทึกถ้อยคำก็ล้วนแต่เป็นกระบวนการในการสอบข้อเท็จจริง และเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ถูกตรวจสอบได้ชี้แจงข้อเท็จจริง การกระทำความผิดกล่าวไม่เป็นการปฏิบัติการณ์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3. ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ตำรวจจากการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558

พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ไม่ได้กำหนดนิยามความหมายของการกระทำละเมิดเอาไว้ การใดจะเป็นการกระทำละเมิดในทางปกครองจึงต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 โดยมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ 1) กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ 2) กระทำต่อผู้อื่นโดยผิดกฎหมาย และ 3) บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย ซึ่งการกระทำละเมิดจะต้องมีความเสียหายด้วย หากไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นย่อมไม่ถือเป็นการละเมิด กรณีที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบจากการกระทำละเมิดจะต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นด้วย และความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงและมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการกระทำและเป็นความเสียหายที่แน่นอน

คำสำคัญ : สิทธิและเสรีภาพ, การชุมนุมสาธารณะ, การกระทำทางปกครอง, ปฏิบัติการทางปกครอง, ตำรวจทางปกครอง, เจ้าหน้าที่งานดูแลการชุมนุมสาธารณะ, ละเมิดทางปกครอง

หลักกฎหมายมหาชน

สรุปความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 637/2567
การดำเนินการเกี่ยวกับการให้ข้าราชการตำรวจออกจากราชการไว้ก่อน

นิชาภา เขียนสายอ *

สาระสำคัญ :

ปัจจุบันคณะกรรมการข้าราชการตำรวจ (ก.ตร.) ยังไม่ออกกฎ ก.ตร. เกี่ยวกับการสั่งให้ข้าราชการตำรวจออกจากราชการไว้ก่อนตามความในพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2565 (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน) การสั่งให้ข้าราชการตำรวจตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติออกจากราชการไว้ก่อน เนื่องจากมีกรณีถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงจนถูกตั้งกรรมการสอบสวน จึงต้องดำเนินการตามข้อ 11 ของกฎ ก.ตร. ว่าด้วยการสั่งพักราชการและการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน พ.ศ. 2547 ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับเดิม) โดยนายกรัฐมนตรีต้องนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงมีพระบรมราชโองการให้พ้นจากตำแหน่งตั้งแต่วันออกจากราชการไว้ก่อนภายในระยะเวลาอันเหมาะสมตามควรแก่กรณี เนื่องจากพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน ไม่ได้บัญญัติระยะเวลาในการดำเนินการไว้

หลักกฎหมาย :

❖ ในระหว่างที่ยังไม่มีพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง กฎ ก.ตร. ข้อบังคับ ระเบียบ หรือมติ ก.ตร. เพื่อปฏิบัติตามพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน ให้นำพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง กฎ ก.ตร. ข้อบังคับ ระเบียบ หรือมติ ก.ตร. ซึ่งใช้บังคับอยู่เดิมมาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน (มาตรา 179 แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน)

❖ การสั่งให้ข้าราชการตำรวจตำแหน่งตั้งแต่ผู้บังคับการ พนักงานสอบสวนผู้เชี่ยวชาญพิเศษ หรือตำแหน่งเทียบเท่าขึ้นไป ออกจากราชการไว้ก่อน ให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงทราบ ส่วนการสั่งให้ข้าราชการตำรวจตำแหน่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ จเรตำรวจแห่งชาติ และรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือตำแหน่งเทียบเท่า ออกจากราชการไว้ก่อน ให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงมีพระบรมราชโองการ

* เจ้าหน้าที่ศาลปกครองชำนาญการ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง



ให้พ้นจากตำแหน่งตั้งแต่วันออกจากราชการไว้ก่อน (ข้อ 11 ของกฎ ก.ตร. ว่าด้วยการสั่งพักราชการ และการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน พ.ศ. 2547)

รายละเอียดของเรื่อง :

สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรีมีหนังสือถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อหาหรือแนวทางการปฏิบัติเกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของข้าราชการตำรวจตำแหน่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ จเรตำรวจแห่งชาติ และรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือตำแหน่งเทียบเท่า ที่ให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงมีพระบรมราชโองการให้พ้นจากตำแหน่ง เว้นแต่กรณีพ้นจากตำแหน่งเพราะความตาย เกษียณอายุ หรือพ้นจากราชการเพราะถูกลงโทษตามมาตรา 140 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ ฉบับปัจจุบัน และข้อ 11 ของกฎ ก.ตร. ว่าด้วยการสั่งพักราชการและการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน พ.ศ. 2547 กรณีสำนักงานตำรวจแห่งชาติมีคำสั่งให้ข้าราชการตำรวจตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ ออกจากราชการไว้ก่อนเพื่อรอผลการสอบสวนทางวินัย นายกรัฐมนตรีมีหน้าที่ต้องนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงมีพระบรมราชโองการให้ข้าราชการตำรวจตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติพ้นจากตำแหน่งหรือไม่ และจะต้องดำเนินการเมื่อใด

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 2) พิจารณาข้อหารือแล้วเห็นว่า มาตรา 131 วรรคหก แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน กำหนดหลักเกณฑ์การสั่งให้ข้าราชการตำรวจ ซึ่งมีกรณีถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงจนถูกตั้งกรรมการสอบสวน หรือต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาหรือถูกฟ้องคดีอาญา พักราชการหรือออกจากราชการไว้ก่อน ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.ตร. และในระหว่างที่ยังไม่มีการออกกฎ ก.ตร. มาตรา 179 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ให้นำกฎ ก.ตร. ซึ่งใช้อยู่เดิมมาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยที่ปัจจุบัน ก.ตร. ยังไม่ได้ออกกฎดังกล่าว การสั่งพักราชการหรือการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อนจึงต้องดำเนินการตามกฎ ก.ตร. ว่าด้วยการสั่งพักราชการ และการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน พ.ศ. 2547 ซึ่งเป็นกฎ ก.ตร. ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับเดิม

ปรากฏว่าข้อ 11 ของกฎ ก.ตร. ว่าด้วยการสั่งพักราชการและการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน พ.ศ. 2547 กำหนดให้การสั่งข้าราชการตำรวจตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติออกจากราชการไว้ก่อนต้องนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงมีพระบรมราชโองการให้พ้นจากตำแหน่งตั้งแต่วันออกจากราชการไว้ก่อน กรณีจึงต้องพิจารณาต่อไปว่า กฎ ก.ตร. ดังกล่าว ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน หรือไม่ เมื่อพิจารณามาตรา 140 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ที่บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของข้าราชการตำรวจตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติว่า จะต้องนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงมีพระบรมราชโองการให้พ้นจากตำแหน่ง เว้นแต่กรณีที่พ้นจากตำแหน่งเพราะความตาย เกษียณอายุ หรือพ้นจากราชการเพราะถูกลงโทษ ซึ่งการสั่งให้ข้าราชการตำรวจตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติออกจากราชการไว้ก่อนเพื่อรอผลการสอบสวนทางวินัยไม่ใช่โทษทางวินัยใน 7 สถาน

คือ (1) ภาคทัณฑ์ (2) พ้นโทษกรรม (3) กักขัง (4) กักขัง (5) ตัดเงินเดือน (6) ปลดออก และ (7) ไล่ออก ตามมาตรา 115 แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน ดังนั้นการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน จึงไม่เข้าข้อยกเว้นที่จะไม่ต้องนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงมีพระบรมราชโองการให้พ้นจากตำแหน่ง ตามมาตรา 140 วรรคหนึ่ง ด้วยเหตุผลดังกล่าว ข้อ 11 ของกฎ ก.ตร. ว่าด้วยการสั่งพักราชการและการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน พ.ศ. 2547 จึงไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน เช่นนี้ การสั่งให้ข้าราชการตำรวจตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติออกจากราชการไว้ก่อนตามข้อหาเรื่องนี้ นายกรัฐมนตรีจึงต้องนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงมีพระบรมราชโองการให้พ้นจากตำแหน่งตั้งแต่วันที่ออกจากราชการไว้ก่อนตามความในข้อ 11 ของกฎ ก.ตร. ดังกล่าว โดยที่พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน ไม่ได้บัญญัติระยะเวลาที่จะต้องดำเนินการในกรณีนี้ไว้ จึงเป็นดุลพินิจของนายกรัฐมนตรีที่ต้องพิจารณาดำเนินการ ด้วยความรอบคอบภายในระยะเวลาอันเหมาะสมสมควรแก่กรณีต่อไป

นอกจากนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 2) มีข้อสังเกตว่า กรณีสำนักงานตำรวจแห่งชาติ มีคำสั่งให้ข้าราชการตำรวจตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติออกจากราชการไว้ก่อนในวันเดียวกัน กับวันที่มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยข้าราชการตำรวจรายดังกล่าว โดยข้าราชการตำรวจรายดังกล่าว ได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งออกจากราชการไว้ก่อนต่อคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมข้าราชการตำรวจแล้ว ซึ่งการนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงมีพระบรมราชโองการให้ข้าราชการตำรวจรายใดพ้นจากตำแหน่ง นายกรัฐมนตรีและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่ตรวจสอบและรับรองความถูกต้องของการสั่งให้ข้าราชการตำรวจ รายดังกล่าวออกจากราชการไว้ก่อนอย่างรอบคอบและให้เป็นที่ยุติเสียก่อน ประกอบกับพระราชบัญญัติ ตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน ได้ปรับปรุงบทบัญญัติเดิมหลายประการ โดยมีเจตนารมณ์สำคัญเพื่อจัดระเบียบ ข้าราชการตำรวจให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมและเกิดความเป็นธรรม รวมทั้งบัญญัติให้มีคณะกรรมการ พิทักษ์ระบบคุณธรรมและพิจารณาเรื่องร้องเรียน ตำรวจทำหน้าที่เกี่ยวกับการพิทักษ์ระบบคุณธรรมและพิจารณาเรื่องร้องเรียน ทั้งนี้ มาตรา 120 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติ ตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน เป็นบทบัญญัติที่เพิ่มหลักการใหม่นอกเหนือจากมาตรา 131 วรรคหนึ่ง กล่าวคือ ในระหว่างการสอบสวน จะนำเหตุแห่งการถูกสอบสวนมาเป็นข้ออ้างในการดำเนินการใด ให้กระทบต่อสิทธิของผู้ถูกสอบสวนไม่ได้ เว้นแต่ผู้บังคับบัญชาจะสั่งพักราชการหรือสั่งให้ออกจากราชการ ไว้ก่อนตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการสอบสวน และกรณีนี้คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน มีขึ้นในวันเดียวกันกับวันที่มีคำสั่งให้ข้าราชการตำรวจรายดังกล่าวออกจากราชการไว้ก่อน ประกอบกับการสอบสวน ย่อมเป็นการกระทบสิทธิหลายประการของผู้ถูกสอบสวน จึงเห็นว่า การสั่งให้ข้าราชการตำรวจรายดังกล่าว ออกจากราชการไว้ก่อน หากเป็นการปฏิบัติตามคำแนะนำของคณะกรรมการสอบสวนย่อมทำให้ การพิจารณาเหตุแห่งการกระทบสิทธิของผู้นั้น และความจำเป็นที่จะต้องสั่งให้ผู้นั้นออกจากราชการไว้ก่อน ชอบด้วยกระบวนการตามกฎหมายและเป็นธรรมแก่ผู้ถูกสอบสวน รวมถึงการนำความกราบบังคมทูล เพื่อทรงมีพระบรมราชโองการให้ข้าราชการตำรวจตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติพ้นจากตำแหน่ง ย่อมเป็นไปด้วยความชอบธรรม

สรุปความเห็น :

แม้ว่าพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน มาตรา 131 วรรคหก จะกำหนดให้ การสั่งให้ข้าราชการตำรวจออกจากราชการไว้ก่อนต้องดำเนินการตามที่กำหนดในกฎ ก.ตร. แต่ปัจจุบัน คณะกรรมการข้าราชการตำรวจยังไม่ได้ออกกฎในเรื่องดังกล่าว จึงต้องนำกฎ ก.ตร. ว่าด้วยการสั่งพักราชการ และการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน พ.ศ. 2547 ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับเดิม มาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน เมื่อข้อ 11 ของกฎ ก.ตร. ว่าด้วยการสั่งพักราชการและการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน พ.ศ. 2547 ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติ ตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน การสั่งให้ข้าราชการตำรวจตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติออกจากราชการ ไว้ก่อน เนื่องจากมีกรณีถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงจนถูกตั้งกรรมการสอบสวนจึงต้องดำเนินการ ตามข้อ 11 ของกฎ ก.ตร. ดังกล่าว โดยนายกรัฐมนตรีต้องนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงมีพระบรมราชโองการ ให้ข้าราชการตำรวจตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติพ้นจากตำแหน่งตั้งแต่วันออกจากราชการไว้ก่อน และเป็นดุลพินิจของนายกรัฐมนตรีที่ต้องดำเนินการด้วยความรอบคอบภายในระยะเวลาอันเหมาะสม ตามควรแก่กรณี เนื่องจากพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน ไม่ได้บัญญัติระยะเวลาในการดำเนินการไว้

ข้อสังเกตของผู้เรียบเรียง :

ผู้เรียบเรียงมีข้อสังเกตเพิ่มเติมเกี่ยวกับการแต่งตั้งข้าราชการตำรวจ การให้ข้าราชการตำรวจ พ้นจากตำแหน่ง และการสั่งให้ข้าราชการตำรวจออกจากราชการไว้ก่อน ดังนี้

1. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 180 บัญญัติให้การแต่งตั้งและการให้พ้น จากตำแหน่งของข้าราชการระดับสูงเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์เพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งและให้พ้นจากตำแหน่ง เว้นแต่กรณีที่พ้นจากตำแหน่งเพราะความตาย เกษียณอายุ หรือพ้นจากราชการ เพราะถูกลงโทษ ซึ่งมาตรา 77 มาตรา 78 และมาตรา 140 แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การแต่งตั้งและการให้พ้นจากตำแหน่งของข้าราชการตำรวจระดับสูงไว้ตามหลักการ ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยให้การแต่งตั้งข้าราชการตำรวจตำแหน่งผู้บัญชาการ ตำรวจแห่งชาติ รองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ จเรตำรวจแห่งชาติ ผู้ช่วยผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ รองจเรตำรวจแห่งชาติ ผู้บัญชาการ จเรตำรวจ รองผู้บัญชาการ รองจเรตำรวจ ผู้บังคับการ และให้การพ้น จากตำแหน่งของข้าราชการตำรวจตำแหน่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ จเรตำรวจแห่งชาติ รองผู้บัญชาการ ตำรวจแห่งชาติ หรือตำแหน่งเทียบเท่า ต้องนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง และให้พ้นจากตำแหน่ง โดยมีข้อยกเว้นที่ไม่ต้องนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงมีพระบรมราชโองการให้พ้น จากตำแหน่ง ในกรณีที่พ้นจากตำแหน่งเพราะความตาย เกษียณอายุ หรือพ้นจากราชการเพราะถูกลงโทษ

2. พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน มาตรา 140 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การพ้นจากตำแหน่งของข้าราชการตำรวจตำแหน่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ จเรตำรวจแห่งชาติ และรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือตำแหน่งเทียบเท่าให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงมีพระบรมราชโองการ

ให้พ้นจากตำแหน่ง เว้นแต่กรณีที่พ้นจากตำแหน่งเพราะความตาย เกษียณอายุ หรือพ้นจากราชการ เพราะถูกลงโทษ” ซึ่งการสั่งให้ข้าราชการตำรวจตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติออกจากราชการไว้ก่อน เพื่อรอผลการสอบสวนทางวินัย ส่งผลให้ข้าราชการตำรวจรายดังกล่าวต้องออกจากราชการไปชั่วคราว โดยต้องพ้นจากตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติและพ้นจากการเป็นข้าราชการตำรวจ และการพ้นจากตำแหน่งดังกล่าวจะถือเป็นการพ้นจากราชการเพราะถูกลงโทษ อันจะเข้าข้อยกเว้นที่ไม่ต้องนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงมีพระบรมราชโองการให้พ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 140 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน หรือไม่ นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าการออกจากราชการไว้ก่อนมิใช่โทษทางวินัยตามมาตรา 115 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เช่นนี้ ผู้เรียบเรียงจึงเห็นว่า มาตรา 140 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน บัญญัติไว้ชัดเจนว่า การพ้นจากตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ ให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงมีพระบรมราชโองการให้ข้าราชการตำรวจตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติพ้นจากตำแหน่ง กรณีจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ากฎ ก.ตร. ว่าด้วยการสั่งพักราชการและการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน พ.ศ. 2547 จะกำหนดให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงมีพระบรมราชโองการให้พ้นจากตำแหน่งหรือไม่

3. การสั่งให้ข้าราชการตำรวจออกจากราชการไว้ก่อนมิได้อาศัยเพียงเหตุที่มีกรณีถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงจนถูกตั้งกรรมการสอบสวนเท่านั้น แต่จะต้องมีองค์ประกอบสองประการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎ ก.ตร. ว่าด้วยการสั่งพักราชการและการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน พ.ศ. 2547 ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์และวิธีการในการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อนที่ใช้บังคับในปัจจุบัน กล่าวคือ ประการที่หนึ่ง จะต้องเป็นกรณีที่ข้าราชการตำรวจผู้นั้นมีกรณีถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงจนถูกตั้งกรรมการสอบสวน หรือต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาหรือถูกฟ้องคดีอาญา เว้นแต่เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ โดยมีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดที่อาจสั่งให้ข้าราชการตำรวจผู้นั้นพักราชการได้ตามข้อ 3 (1) ถึง (4) ของกฎ ก.ตร. ดังกล่าว ได้แก่ (1) ผู้นั้นถูกตั้งกรรมการสอบสวน หรือต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาหรือถูกฟ้องคดีอาญาในเรื่องเกี่ยวกับการทุจริตต่อหน้าที่ราชการ หรือเกี่ยวกับความประพฤติหรือพฤติกรรมอันไม่น่าไว้วางใจ และผู้ที่ถูกฟ้องนั้นพนักงานอัยการมิได้รับเป็นทนายแก้ต่างให้ และผู้มีอำนาจดังกล่าวพิจารณาเห็นว่าถ้าให้ผู้นั้นคงอยู่ในหน้าที่ราชการอาจเกิดการเสียหายแก่ราชการ (2) ผู้นั้นมีพฤติกรรมที่แสดงว่าถ้าคงอยู่ในหน้าที่ราชการจะเป็นอุปสรรคต่อการสอบสวนพิจารณา หรือจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้น (3) ผู้นั้นอยู่ในระหว่างถูกควบคุมหรือขังโดยเป็นผู้ถูกจับในคดีอาญาหรือต้องจำคุกโดยคำพิพากษาและได้ถูกควบคุม ขัง หรือต้องจำคุกเป็นเวลาติดต่อกันเกินกว่าสิบห้าวันแล้ว และ (4) ผู้นั้นถูกตั้งกรรมการสอบสวนและต่อมามีคำพิพากษาถึงที่สุดว่า เป็นผู้กระทำความผิดอาญาในเรื่องที่สอบสวนนั้น หรือผู้นั้นถูกตั้งกรรมการสอบสวนภายหลังที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดอาญาในเรื่องที่สอบสวนนั้น และผู้มีอำนาจดังกล่าวพิจารณาเห็นว่าข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามคำพิพากษาถึงที่สุดนั้นได้ความประจักษ์ชัดอยู่แล้วว่าการกระทำความผิดอาญาของผู้นั้นเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง และประการที่สอง จะต้องเป็นกรณีที่ผู้มีอำนาจพิจารณาเห็นว่า

การสอบสวนพิจารณาหรือการพิจารณาคดีที่เป็นเหตุที่อาจถูกสั่งพักการชำนั้น จะไม่แล้วเสร็จโดยเร็วตามข้อ 8 วรรคหนึ่ง ของกฎ ก.ตร. ฉบับเดียวกัน¹

4. องค์ประกอบของการสั่งให้ข้าราชการตำรวจออกจากราชการไว้ก่อนที่กล่าวไว้ในข้อ 3. เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในข้อ 3 และข้อ 8 วรรคหนึ่ง ของกฎ ก.ตร. ว่าด้วยการสั่งพักการและการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน พ.ศ. 2547 ซึ่งเป็นกฎ ก.ตร. เดิมที่นำมาใช้บังคับในระหว่างที่ยังไม่มีการออกกฎ ก.ตร. กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการสั่งพักการและการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อนตามความในพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน กรณีจึงต้องพิจารณาต่อไปว่าข้อ 3 และข้อ 8 วรรคหนึ่งของกฎ ก.ตร. ดังกล่าว ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน หรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาสาระสำคัญของบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การสั่งพักการหรือสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อนตามร่างพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. มาตรา 123² (มาตรา 131 แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน) จะเห็นได้ว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดให้ผู้มีอำนาจหรือผู้บังคับบัญชาอื่นตามที่กำหนดในระเบียบ ก.ตร. มีอำนาจสั่งพักการหรือสั่งให้ข้าราชการตำรวจออกจากราชการไว้ก่อนเพื่อรอฟังผลการสอบสวนพิจารณาทางวินัยได้ในกรณีดังต่อไปนี้ (1) ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงจนถูกตั้งกรรมการสอบสวน หรือ (2) ต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาหรือถูกฟ้องคดีอาญา เว้นแต่เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ทั้งนี้ ไม่ปรากฏว่าการสั่งพักการหรือสั่งให้ข้าราชการตำรวจออกจากราชการไว้ก่อนตามมาตราดังกล่าวจะต้องดำเนินการตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการสอบสวนแต่อย่างใด และแม้ว่ามาตรา 120 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน จะบัญญัติหลักการขึ้นใหม่เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกสอบสวนในระหว่างการสอบสวนก็ตาม แต่การที่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดว่า “ในระหว่างการสอบสวน จะนำเหตุแห่งการถูกสอบสวนมาเป็นข้ออ้างในการดำเนินการใดให้กระทบสิทธิของผู้ถูกสอบสวนไม่ได้ เว้นแต่ผู้บังคับบัญชาจะสั่งพักการหรือสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อนตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการสอบสวน” ย่อมหมายความว่า การสั่งพักการหรือสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อนตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการสอบสวนเป็นข้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าเป็นการดำเนินการที่กระทบสิทธิของผู้ถูกสอบสวนเท่านั้น มิได้หมายความว่า การสั่งพักการหรือสั่งให้ข้าราชการตำรวจออกจากราชการไว้ก่อนจะต้องดำเนินการตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการสอบสวนทุกกรณี โดยการสั่งให้ข้าราชการตำรวจออกจากราชการไว้ก่อนนอกจากกรณีที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงจนถูกตั้งกรรมการสอบสวนแล้วยังสามารถสั่งให้ข้าราชการตำรวจออกจากราชการไว้ก่อนได้ในกรณีต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาหรือถูกฟ้องคดีอาญา เว้นแต่เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ นอกจากนี้

¹ สำนักงานศาลปกครอง, คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่น่าสนใจ ปี พ.ศ. 2564-2566, [ออนไลน์], หน้า 86, เข้าถึงจาก http://192.168.2.14/mm_data/856/Matrix/e-book/30726E.pdf เมื่อ 29 ตุลาคม 2567.

² สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. อ.พ. 3/2564 การประชุมร่วมกันของรัฐสภา สมัยประชุมสามัญประจำปีครั้งที่สอง, [ออนไลน์], หน้า 1-24, เข้าถึงจาก <https://dl.parliament.go.th/backoffice/viewer2300/web/viewer.php> เมื่อ 29 ตุลาคม 2567.

หลักการดังกล่าวบัญญัติไว้ในมาตรา 120 อันเป็นบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และระยะเวลา เกี่ยวกับการสืบสวนสอบสวน ซึ่งหากกฎหมายประสงค์ให้การสั่งพักราชการหรือการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน ต้องดำเนินการตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการสอบสวนทุกกรณีจะต้องบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ในมาตรา 131 อันเป็นบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์การสั่งพักราชการและการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน ดังเช่นหลักเกณฑ์การสั่งพักราชการและการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อนของข้าราชการพลเรือน ในสถาบันอุดมศึกษาตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ที่บัญญัติว่า “ในระหว่างการสอบสวน จะนำเหตุแห่งการถูกสอบสวนมาเป็นข้ออ้างในการดำเนินการใด ให้กระทบต่อสิทธิของผู้ถูกสอบสวนไม่ได้ เว้นแต่ผู้บังคับบัญชาจะสั่งพักราชการ หรือสั่งให้ออกจากราชการ ไว้ก่อนตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการสอบสวน หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการสั่งพักราชการ หรือการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน และผลแห่งการสั่งพักราชการหรือสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน ให้เป็นไปตามที่กำหนดในข้อบังคับที่ออกตามมาตรา 17” ด้วยเหตุผลดังกล่าว ผู้เรียบเรียงจึงเห็นว่า ข้อ 3 และข้อ 8 วรรคหนึ่ง ของกฎ ก.ตร. ว่าด้วยการสั่งพักราชการและการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน พ.ศ. 2547 ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน เนื่องจากมาตรา 131 แห่งพระราชบัญญัติ ดังกล่าว ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์การสั่งพักราชการหรือให้ออกจากราชการไว้ก่อน ได้บัญญัติ ให้อำนาจแก่ผู้มีอำนาจหรือผู้บังคับบัญชาอื่นตามที่กำหนดในระเบียบ ก.ตร. สามารถสั่งให้ข้าราชการตำรวจ ออกจากราชการไว้ก่อนได้ในกรณีข้าราชการตำรวจถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงจนถูกตั้ง กรรมการสอบสวน หรือต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาหรือถูกฟ้องคดีอาญา เว้นแต่เป็นความผิด ที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ และมีพฤติการณ์ครบองค์ประกอบของการสั่งให้ข้าราชการ ตำรวจออกจากราชการไว้ก่อน อีกทั้งหากกฎหมายประสงค์ให้การสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อนต้องดำเนินการ ตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการสอบสวนทุกกรณีย่อมสามารถบัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้ง ในมาตรา 131 ดังเช่นมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ดังนั้นหากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าข้าราชการตำรวจรายดังกล่าวถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัย อย่างร้ายแรงจนถูกตั้งกรรมการสอบสวน หรือต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาหรือถูกฟ้องคดีอาญา เว้นแต่ เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ประกอบกับถ้าให้ข้าราชการตำรวจรายดังกล่าว คงอยู่ในหน้าที่ราชการอาจเกิดการเสียหายแก่ราชการ หรือมีพฤติการณ์ที่แสดงว่าถ้าคงอยู่ในหน้าที่ราชการ จะเป็นอุปสรรคต่อการสอบสวนพิจารณา หรือจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้น และการสอบสวนพิจารณา จะไม่แล้วเสร็จโดยเร็ว ผู้มีอำนาจหรือผู้บังคับบัญชาอื่นตามที่กำหนดในระเบียบ ก.ตร. ย่อมมีอำนาจ ตามความในมาตรา 131 แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน ประกอบข้อ 3 และข้อ 8 วรรคหนึ่ง ของกฎ ก.ตร. ว่าด้วยการสั่งพักราชการและการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน พ.ศ. 2547 สั่งให้ข้าราชการตำรวจ รายดังกล่าวออกจากราชการไว้ก่อนเพื่อรอฟังผลการสอบสวนพิจารณาทางวินัยได้

5. โดยที่มาตรา 120 และมาตรา 131 แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน บัญญัติอยู่ในหมวด 7 การดำเนินการทางวินัยข้าราชการตำรวจ และมาตรา 120 วรรคสี่ เป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของข้าราชการตำรวจผู้ถูกกล่าวหาในระหว่างการถูกสอบสวน ส่วนมาตรา 131 เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ผู้มีอำนาจหรือผู้บังคับบัญชาในกรณีมีมูลกล่าวหาว่าข้าราชการตำรวจกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง จนถูกต้องกรรมการสอบสวน หรือต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาหรือถูกฟ้องคดีอาญาซึ่งเป็นเรื่องร้ายแรง ดังนั้นเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมายในทางที่เป็นคุณหรือเป็นโทษแก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ประกอบกับการตราพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบันมีเจตนารมณ์สำคัญเพื่อให้การจัดระเบียบข้าราชการตำรวจเป็นไปตามหลักนิติธรรมและเกิดความเป็นธรรม ผู้เรียบเรียงจึงมีข้อเสนอแนะว่า ควรที่จะมีการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายให้มีความชัดเจนและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของการตราพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน โดยแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของมาตรา 131 วรรคหนึ่ง ให้สอดคล้องกับมาตรา 120 วรรคสี่ ดังนี้

“มาตรา 131 ข้าราชการตำรวจผู้ใดมีกรณีถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง จนถูกต้องกรรมการสอบสวนและคณะกรรมการสอบสวนมีข้อเสนอแนะให้สั่งพักราชการหรือสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน หรือต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา หรือถูกฟ้องคดีอาญา เว้นแต่เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ผู้มีอำนาจตามมาตรา 105 หรือผู้บังคับบัญชาอื่นตามที่กำหนด ในระเบียบ ก.ตร. มีอำนาจสั่งพักราชการหรือสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน เพื่อรอฟังผลการสอบสวน พิจารณาทางวินัยได้ แต่ถ้าภายหลังปรากฏผลการสอบสวนพิจารณาทางวินัยว่าผู้นั้นมิได้กระทำความผิดหรือกระทำความผิดไม่ถึงกับถูกลงโทษปลดออกหรือไล่ออก และไม่มีกรณีที่จะต้องออกจากราชการด้วยเหตุอื่น ให้ผู้มีอำนาจดังกล่าวสั่งให้ผู้นั้นกลับเข้ารับราชการในตำแหน่งเดิมหรือตำแหน่งในระดับเดียวกันที่ผู้นั้นมีคุณสมบัติตรงตามคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งนั้น...”

6. เกี่ยวกับคำสั่งให้ข้าราชการตำรวจออกจากราชการไว้ก่อนตามข้อหาหรือนี้ ข้าราชการตำรวจรายดังกล่าวได้ยื่นฟ้องผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมข้าราชการตำรวจ และนายกรัฐมนตรีต่อศาลปกครองสูงสุด เพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งให้ข้าราชการตำรวจออกจากราชการไว้ก่อน รวมถึงคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมข้าราชการตำรวจและประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง ให้ข้าราชการตำรวจพ้นจากตำแหน่งที่เป็นผลสืบเนื่องจากคำสั่งให้ข้าราชการตำรวจออกจากราชการไว้ก่อน ดังกล่าว พร้อมทั้งขอให้ศาลมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งเมื่อวันที่ 11 ธันวาคม 2567 ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งเกี่ยวกับคำขอทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว โดยพิจารณาเงื่อนไขในการมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองตามข้อ 72 วรรคสาม แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 สามประการ คือ *ประการที่หนึ่ง* กฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นน่าจะขัดแย้งกฎหมาย *ประการที่สอง* การให้กฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลใช้บังคับต่อไปในระหว่างการพิจารณาคดี จะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้ฟ้องคดีจนยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลัง และ *ประการที่สาม* การทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้นไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐหรือแก่บริการสาธารณะ ซึ่งหากไม่เข้าเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่งที่กำหนดไว้ ศาลย่อมไม่อาจมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่ง

ทางปกครองนั้นได้ เมื่อศาลได้พิจารณาเงื่อนไขประการที่หนึ่งในประเด็นว่า ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีอำนาจออกคำสั่งให้ข้าราชการตำรวจรายดังกล่าวออกจากราชการไว้ก่อน หรือไม่ และวินิจฉัยว่า แม้ขณะออกคำสั่งให้ข้าราชการตำรวจออกจากราชการไว้ก่อนดังกล่าวจะมีคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีให้ข้าราชการตำรวจรายดังกล่าวมาปฏิบัติราชการที่สำนักนายกรัฐมนตรี โดยไม่ขาดจากอัตราเงินเดือนทางสังกัดเดิม และให้ได้รับเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง เงินเพิ่มพิเศษ และสิทธิประโยชน์อื่นใดไม่ต่ำกว่าที่ได้รับอยู่เดิม โดยเบิกจ่ายจากสังกัดเดิม แต่คำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ข้าราชการตำรวจรายดังกล่าวไปปฏิบัติราชการที่สำนักนายกรัฐมนตรีเป็นการชั่วคราวเพื่อแก้ปัญหาความขัดแย้งในคดีของบุคลากรภายในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ มิใช่เป็นการแต่งตั้งข้าราชการตำรวจรายดังกล่าวไปดำรงตำแหน่งที่สำนักนายกรัฐมนตรี อันจะมีผลทำให้ข้าราชการตำรวจรายดังกล่าวนั้นมีฐานะเสมือนเป็นข้าราชการสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี ข้าราชการตำรวจรายดังกล่าวจึงยังมีสถานะเป็นข้าราชการตำรวจและดำรงตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ สังกัดสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ตามเดิม ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติจึงเป็นผู้บังคับบัญชาของข้าราชการตำรวจรายดังกล่าว เมื่อข้าราชการตำรวจรายดังกล่าวมีกรณีถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติย่อมมีอำนาจออกคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนตามมาตรา 119 วรรคสอง และมาตรา 105 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน ประกอบกับเมื่อข้าราชการตำรวจรายดังกล่าวมีกรณีถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงจนถูกตั้งคณะกรรมการสอบสวน อันเนื่องมาจากต้องหาว่ากระทำผิดอาญาซึ่งมิใช่ความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติย่อมมีอำนาจออกคำสั่งให้ข้าราชการตำรวจออกจากราชการไว้ก่อนได้ตามมาตรา 131 วรรคหนึ่ง และมาตรา 105 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติฉบับปัจจุบัน นอกจากนี้ ข้อเท็จจริงในชั้นนี้ยังไม่ปรากฏปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายในประการอื่น การออกคำสั่งให้ข้าราชการตำรวจออกจากราชการไว้ก่อนดังกล่าว จึงไม่น่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้คำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นไม่น่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งไม่เข้าเงื่อนไขประการที่หนึ่งและไม่ครบองค์ประกอบในการที่ศาลจะมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาเงื่อนไขประการที่สองและประการที่สามเกี่ยวกับการให้ฎหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลใช้บังคับต่อไป ในระหว่างการพิจารณาคดีจะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้ฟ้องคดีจนยากแก่การเยียวยาแก้ไข ในภายหลัง และการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้นไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐหรือแก่บริการสาธารณะ ดังนั้นกรณีจึงไม่มีเหตุเพียงพอที่ศาลจะมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งให้ข้าราชการตำรวจออกจากราชการไว้ก่อนและประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีที่เป็นผลสืบเนื่องจากคำสั่งดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดจึงมีคำสั่งให้ยกคำขอทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว³

³ คำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองหรือไม่รับหรือยกคำขอในคดีหมายเลขดำที่ พ. 117/2567

คำแปลการบรรยายทางวิชาการ

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังที่กฎหมายมีผลบังคับใช้แล้ว *

(Le contrôle *a posteriori* de constitutionnalité de la loi en France :

QPC. Procédure contentieuse et pratiques juridictionnelles)

สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีระบบควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายซึ่งเป็นการควบคุมภายหลังสำหรับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่แล้ว (un contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois) มาใช้ โดยมีกระบวนการพิจารณาที่มีลักษณะเฉพาะ เป็นกระบวนการพิจารณาที่เรียกว่า “การส่งประเด็นปัญหาสำคัญที่ต้องพิจารณาก่อนเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย” (Question prioritaire de constitutionnalité) หรือที่เรียกกันทั่วไปในชื่อย่อว่า “ระบบ QPC”

ระบบ QPC มีบัญญัติไว้ในมาตรา 61-1 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน (ฉบับปี ค.ศ. 1958) ซึ่งบทบัญญัติมาตรานี้ได้เพิ่มเติมเข้ามาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 เนื้อหาสำคัญที่มีการแก้ไขครั้งนี้ คือ การเพิ่มเติมระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเข้ามามีในระบบหนึ่งจากระบบเดิมที่มีอยู่แล้วและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสใช้มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1958 โดยระบบเดิม คือ ระบบการควบคุมเชิงป้องกัน (Un contrôle préventif) ที่เป็นระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนที่จะมีการประกาศใช้เป็นกฎหมาย กล่าวคือ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย ส่วนระบบใหม่ที่เพิ่มเติมเข้ามาในปี ค.ศ. 2008 คือ ระบบควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว หรือเรียกสั้น ๆ ว่า ระบบควบคุมภายหลัง (Un contrôle *a posteriori*) ซึ่งประเทศฝรั่งเศสพยายามที่จะเพิ่มระบบควบคุมภายหลังเข้ามาในรัฐธรรมนูญหลายครั้ง แต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จ จนมาสำเร็จในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 2008

ระบบ QPC ที่มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 2010 นี้ เปิดโอกาสให้มีการยกเลิกบทบัญญัติกฎหมายที่กระทบหรือขัดแย้งต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้

*

บรรยายโดย Professeur Mathieu DISANT ศาสตราจารย์ประจำโรงเรียนกฎหมายแห่งซอร์บอนน์ มหาวิทยาลัยปารีส 1 ปองเตออง-ซอร์บอนน์ (Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne – Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne) การบรรยายทางวิชาการ หัวข้อ “Le contrôle *a posteriori* de constitutionnalité de la loi en France : QPC. Procédure contentieuse et pratiques juridictionnelles” เมื่อวันอังคารที่ 23 มกราคม 2567 ณ ห้องสัมมนา 1 (แนวลาด) ชั้นปี 1 อาคารศาลปกครอง

ถอดความและเรียบเรียงโดย นางสาวอภิญญา แก้วกำเนิด พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ ผู้อำนวยการกลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ขอสงวนลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย โดยห้ามคัดลอก ทำซ้ำ ดัดแปลงหรือนำส่วนใดส่วนหนึ่งไปเผยแพร่สู่ภายนอก
โดยไม่ได้รับอนุญาต เว้นแต่เป็นการอ้างอิงในทางวิชาการ ต้องอ้างอิงแหล่งที่มาของข้อมูลทุกครั้ง

ในทางเทคนิคแล้ว ระบบการส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือระบบ QPC เป็นรูปแบบการควบคุมเชิงรุก (Une voie d'action) สำหรับตรวจสอบบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ โดยจัดเป็นคดีประเภทที่ฟ้องขอให้ยกเลิกเพิกถอนกฎหมาย (Un recours en abrogation) แต่อย่างไรก็ดี ระบบ QPC ยังคงลักษณะของการเป็นการควบคุมตรวจสอบที่เป็นนามธรรม (Un contrôle abstrait) และเป็นอาวิสัย (Objectif) กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ เป็นการตรวจสอบเพื่อคุ้มครองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลทุกคนเป็นการทั่วไป แตกต่างจากการควบคุมในรูปแบบกระจายและเป็นรูปธรรม ซึ่งการควบคุมรูปแบบหลังนี้เป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนโดยเฉพาะเจาะจงเฉพาะคดี ในขณะที่การควบคุมตรวจสอบที่เป็นนามธรรมนั้น ผลของการตรวจสอบจะส่งผลในเชิงนามธรรมและอาวิสัย นั่นคือ ในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยและประกาศว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติกฎหมายนั้นไม่เพียงแต่จะไม่ถูกนำมาใช้กับคดีพิพาทที่เป็นต้นเรื่องของ การส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังมีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายนั้นด้วย

ในการนี้ ระบบ QPC สร้างขึ้นโดยกำหนดให้มีกลไกการคัดกรองคดี โดยศาลที่พิจารณาคดีพิพาทหลักตามกฎหมายทั่วไป (les juridictions de droit commun) ซึ่งก็คือ ศาลยุติธรรมและศาลปกครอง จะทำหน้าที่เป็นผู้คัดกรองคดีก่อนที่จะส่งไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ การยื่นคำร้องเกี่ยวกับประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือประเด็น QPC ผู้ร้องสามารถยื่นต่อศาลที่อยู่ภายใต้ศาลปกครองสูงสุด หรือต่อศาลที่อยู่ภายใต้ศาลฎีกา หรืออาจยื่นต่อศาลปกครองสูงสุดหรือต่อศาลฎีกาโดยตรงก็ได้ (แล้วแต่ว่าคดีพิพาทเกิดขึ้นที่ศาลใด)

ในกรณีแรก คือ การยื่นคำร้องต่อศาลที่มีคดีพิพาทเกิดขึ้นที่เป็นศาลคดีหลัก (Les juges *a quo*) ซึ่งเป็นกรณีที่พบมากที่สุด ศาลในคดีพิพาทหลักที่พิจารณาคดีจะตรวจสอบว่าคำร้องขอส่งประเด็นนั้นครบถ้วนตามเงื่อนไขของการส่งประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาเป็นเบื้องต้นเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาหรือไม่ หากครบถ้วนตามเงื่อนไข ศาลในคดีพิพาทหลักก็จะส่งคำร้องส่งประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาก่อนเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไปยังศาลสูงสุดของแต่ละระบบศาล ซึ่งก็คือ ศาลปกครองสูงสุดหรือศาลฎีกา และศาลปกครองสูงสุดหรือศาลฎีกา (แล้วแต่กรณี) จะตรวจสอบอีกครั้งว่าคำร้องส่งประเด็นเข้าเงื่อนไขที่จะส่งไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาหรือไม่ หากเงื่อนไขครบถ้วนจึงส่งประเด็นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

คุณลักษณะประการสำคัญของกระบวนการวิธีพิจารณาในคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC คือ จะต้องเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่รวดเร็ว โดยระยะเวลาสำหรับศาลในคดีพิพาทหลัก จะต้องพิจารณาคำร้องส่งประเด็น “โดยพลัน” (sans délai) ซึ่งหมายความว่า โดยเร็วที่สุด จากนั้นศาลคดีพิพาทหลักจะส่งคำร้องไปยังศาลสูงสุดของแต่ละระบบศาล (ศาลปกครองสูงสุดหรือศาลฎีกา) ศาลสูงสุดจะมีเวลาพิจารณาวินิจฉัย 3 เดือน และเมื่อประเด็นส่งมา

ที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีเวลา 3 เดือน ในการพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะเป็นที่สุด

การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยทั่วไปของวิธีพิจารณาคดีคำร้องส่งประเด็นปัญหา ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC นั้น เป็นผลมาจากผู้ร่างรัฐธรรมนูญในการแก้ไข รัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 2008 สร้างระบบการตรวจสอบโดยมีข้อพิจารณาในการเลือกรูปแบบ 3 ประการ คือ *ประการแรก* ระบบการควบคุมภายหลัง¹ จะต้องไม่เป็นการสร้างระบบการควบคุมในรูปแบบกระจาย การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไปยังศาลอื่น (*un contrôle diffus de constitutionnalité de la loi*) *ประการที่สอง* ระบบ QPC ที่เป็นการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ภายหลังที่กฎหมายใช้บังคับแล้ว จะต้องไม่ใช่เป็นกรณีที่ปัจเจกชนยื่นคำร้องโดยตรงต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และ*ประการสุดท้าย* ระบบนี้ยังคงเป็นระบบการควบคุมที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญผูกขาดอำนาจ ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแต่เพียงองค์กรเดียว โดยยังคงเป็นระบบการควบคุม ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์

จนถึงปัจจุบันนี้ หลังจากที่ใช้บังคับระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมายภายหลังที่กฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว หรือระบบ QPC มาเป็นเวลา 13 ปี 10 เดือน¹ คณะตุลาการ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้มีคำวินิจฉัยคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ในระบบ QPC ไปแล้ว 1,077 คำวินิจฉัย ซึ่งหมายความว่า มีการยื่นคำร้องส่งประเด็น QPC หลายหมื่นคำร้อง ที่มีการเสนอต่อศาลในคดีพิพาทหลัก (โดยมีจำนวนประมาณ 10,000 คำร้อง ที่ยื่นต่อศาลปกครอง และมีคำร้องที่ยื่นต่อศาลยุติธรรมมากกว่าประมาณสองเท่า คือ ประมาณ 20,000 คำร้อง)

ในลักษณะเช่นนี้ จึงอาจพิจารณาได้ถึงความเคลื่อนไหวอย่างมากของคดีทางรัฐธรรมนูญ ประเภทคดีส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือคดีคำร้อง QPC โดยเปรียบเทียบกับจำนวนคำวินิจฉัยคดีประเภทการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย หรือการควบคุมก่อน (คดีประเภท DC) ที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ในรอบ 65 ปี ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1958 โดยคดีควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมายมีจำนวนเพียง 860 คำวินิจฉัย

ระบบ QPC ที่เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบควบคุมภายหลัง ได้ปรับเปลี่ยนระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเทศฝรั่งเศส และปรับเปลี่ยนการทำงานของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสอย่างมีนัยสำคัญ จึงจำเป็นต้องมีการศึกษา เพิ่มเติมหลายด้าน เช่น ในเรื่องของหลักเกณฑ์ภายในของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับกระบวนการ พิจารณาคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งจะมีหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาคดี ที่เฉพาะเจาะจงตามข้อบังคับภายในของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ในทำนองเดียวกัน การจัดโครงสร้าง องค์กรในการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส และกระบวนการวิธีพิจารณา

¹ ตั้งแต่เดือนมีนาคม ค.ศ. 2010 จนถึงเดือนมกราคม ค.ศ. 2024

วินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แสดงถึงลักษณะวิธีพิจารณาคดีที่เฉพาะเจาะจง บางประการของกระบวนการยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส

การบรรยายทางวิชาการครั้งนี้ ผู้บรรยายจะเน้นไปที่การวิเคราะห์กฎเกณฑ์ขั้นตอนวิธีพิจารณาคดีและแนวทางปฏิบัติในกระบวนการวิธีพิจารณาคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC เพื่อให้การบรรยายเป็นที่น่าสนใจสำหรับตุลาการศาลปกครองของประเทศไทย ประกอบกับเป็นความสนใจเฉพาะตัวของผู้บรรยายที่มุ่งความสนใจไปที่แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาคดีของตุลาการ ดังนั้นการบรรยายจึงเน้นประเด็นสำคัญ 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก บทบาทของศาลปกครองและสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC

ประการที่สอง วิธีพิจารณาคดีในระบบที่รับฟังความทุกฝ่าย โดยเปิดโอกาสให้คู่ความได้ต่อสู้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน ในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ภายใต้ขอบเขตวิธีพิจารณาคดีคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC

I. บทบาทของศาลปกครองและสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC

คำร้องเกี่ยวกับประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC ผู้ร้องสามารถยื่นต่อศาลใด ๆ ทั้งศาลที่อยู่ภายใต้หรือขึ้นต่อระบบศาลปกครองสูงสุด ได้แก่ ศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และศาลปกครองชั้นฎีกา หรือศาลที่อยู่ภายใต้ศาลฎีกา ได้แก่ ศาลยุติธรรมชั้นต้น และศาลอุทธรณ์ ยกเว้นศาลอาญาคดีอุกฉกรรจ์และศาลอาญาคดีอุกฉกรรจ์ชั้นอุทธรณ์ จากกรณีดังกล่าวข้างต้น ศาลที่อาจรับคำร้องในประเด็นการโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จึงอาจจะเป็น

1) ศาลยุติธรรม ทั้งศาลแพ่ง ศาลอาญาที่พิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง (police) ศาลในคดีที่เอาตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ (correctionnel) ในคดีอาญาความผิดเล็กน้อย และอาจเป็นศาลอุทธรณ์ หรือองค์คณะศาลในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง รวมทั้งศาลยุติธรรมชั้นฎีกาพิเศษ เช่น ศาลแรงงาน ศาลการค้าพาณิชย์ ศาลชั้นฎีกาพิเศษเกี่ยวกับคดีการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม และศาลเยาวชน เป็นต้น

สำหรับคดีอาญา คำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือคำร้อง QPC สามารถยื่นคำร้องได้ในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง (l'instruction) แต่ไม่สามารถยื่นคำร้องส่งประเด็นโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในศาลอาญาคดีอุกฉกรรจ์ (la cour d'assises) อย่างไรก็ดี ผู้ร้องอาจยื่นคำร้องโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ในกรณีที่มีการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลอาญาคดีอุกฉกรรจ์ พร้อมกับยื่นคำร้องโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมาพร้อมกับการยื่นอุทธรณ์คำพิพากษา

2) ศาลปกครอง สำหรับกรณีที่คดีพิพาทหลักอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง อาจจะเป็นศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ หรือศาลปกครองชั้นฎีกาพิเศษ เช่น ศาลระดับชาติ ด้านคดีการลี้ภัย คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทคดีเกี่ยวกับค่าจอตลอดสาธารณะ ฯลฯ

ศาลที่คดีพิพาทเกิดหรือศาลคดีหลัก จะเป็นศาลที่มีบทบาทในการคัดกรองคำร้อง ส่งประเด็น โดยศาลจะตรวจสอบว่า คำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ในระบบ QPC ครบถ้วนตามเงื่อนไขเพื่อส่งต่อไปยังศาลปกครองสูงสุดหรือศาลฎีกาได้หรือไม่ และในลำดับต่อมา ศาลปกครองสูงสุดหรือศาลฎีกา จะตรวจสอบเงื่อนไขการส่งประเด็น เพื่อส่งคำร้องในประเด็นปัญหา ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือคำร้อง QPC ไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

ดังนั้นความมีดุลยภาพทั้งหมดของกระบวนการพิจารณาคดีคำร้องส่งประเด็น QPC จึงขึ้นอยู่กับ การพิจารณาส่งประเด็นคำร้องโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือคำร้อง QPC โดยศาลปกครองและโดยศาลยุติธรรม ซึ่งเรียกได้ว่าเป็น “ผู้คัดกรองคดี” (le filtrage) ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครอง และศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลที่พิจารณาคดีพิพาทตามกฎหมายทั่วไป จึงทำหน้าที่เป็นเสมือนผู้เฝ้าประตู และคัดกรองคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือคัดกรองคำร้อง QPC ซึ่งผู้บรรยายก็เรียกศาลปกครองและศาลยุติธรรมว่าเป็นผู้เฝ้าประตูสำหรับระบบ QPC เช่นเดียวกัน

คุณลักษณะพิเศษของระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ในศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศส คือ มีการคัดกรอง 2 ขั้นตอน ดังนี้

(1) ขั้นตอนแรก การพิจารณาคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในศาลคดีหลักที่เกิดคดีพิพาท ซึ่งเป็นศาลผู้คัดกรองคดีคำร้องส่งประเด็น QPC คนแรก (le premier juge du filtre)

สำนวนที่ว่า “ศาลคนแรกหรือศาลลำดับแรกของคดีคำร้องส่งประเด็นปัญหา ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย” (le premier juge d’une QPC) หมายถึง ศาลที่ทำหน้าที่พิจารณา พิพาทคดีพิพาทหลัก และที่ศาลนี้เองได้มีการยื่นคำร้องขอให้ตรวจสอบประเด็นปัญหาความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ใช้ในคดีพิพาทหลัก

เมื่อศาลในคดีพิพาทหลักได้รับคำร้องส่งประเด็นโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือคำร้อง QPC ศาลคดีหลักจะไม่ได้มีบทบาทหน้าที่ในการวินิจฉัยลงในเรื่องของประเด็น ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (การตรวจสอบเนื้อหาและวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแต่เพียงผู้เดียว) แต่ศาลคดีพิพาทหลักจะทำหน้าที่ เพียงตรวจสอบว่าคำร้องส่งประเด็นนั้นครบถ้วนตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดเกี่ยวกับการส่งประเด็น ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไปยังศาลสูงสุดของระบบศาลที่เกี่ยวข้องหรือไม่ (ขึ้นอยู่กับว่า คดีพิพาทหลักเกิดขึ้นในศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ถ้าคดีพิพาทหลักเกิดขึ้นที่ศาลปกครองชั้นต้น จะส่งคำร้องส่งประเด็นไปยังศาลปกครองสูงสุด หรือถ้าคดีพิพาทหลักเกิดขึ้นที่ศาลยุติธรรม ศาลคดีพิพาทหลัก

จะส่งคำร้องไปยังศาลฎีกา) จึงเรียกศาลคดีพิพาทหลักว่า ผู้คัดกรองคนแรกของระบบส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (le premier filtre de la QPC)

เงื่อนไขทางกฎหมายของระบบตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เช่นว่านี้ แยกออกได้เป็นเงื่อนไขทางรูปแบบ และเงื่อนไขทางเนื้อหา ในส่วนของเงื่อนไขทางรูปแบบนั้น คำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (คำร้อง QPC) จะต้องทำคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษรแยกต่างหากจากคำฟ้องในคดีพิพาทหลัก โดยคำร้องต้องแสดงเหตุผลโต้แย้งความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมาย

ลักษณะของการทำคำร้องส่งประเด็นโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแยกต่างหากนี้ ทำให้สามารถแยกคดีคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (คดีคำร้อง QPC) ออกจากกระบวนการวินิจฉัยศาลคดีพิพาทหลัก ในระหว่างที่มีการหยิบยกประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายขึ้นโต้แย้ง ซึ่งเป็นการอำนวยความสะดวกให้มีการพิจารณาคดีคำร้องส่งประเด็น QPC ที่รวดเร็วและให้ความสำคัญกับประเด็นการโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นอันดับแรก

ข้อเรียกร้องที่เข้มงวดที่กำหนดให้คำร้องโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC ต้องแสดงเหตุผลดังกล่าว ช่วยให้ศาลที่รับพิจารณาคดีพิพาทหลัก และเป็นผู้รับคำร้อง QPC ทำหน้าที่เป็นศาลผู้คัดกรองคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการพิจารณาคุณลักษณะที่จริงจังหนักแน่นหรือความเป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัยของคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ดังนั้นผู้ร้องขอให้ศาลคดีหลักส่งประเด็นจะต้องระบุว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่โต้แย้งนั้นขัดหรือกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้อย่างไร

สำหรับเงื่อนไขด้านเนื้อหา ประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการ ดังนี้

1) ประการแรก ศาลคดีพิพาทหลักที่พิจารณาคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC จะต้องตรวจสอบให้แน่ใจว่าบทบัญญัติกฎหมายที่ถูกโต้แย้งว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น เป็นบทบัญญัติที่ใช้กับคดีที่พิพาทหรือใช้เป็นหลักในกระบวนการพิจารณาคดีที่พิพาทหรือไม่ เงื่อนไขประการนี้ มีขึ้นเพื่อป้องกันไม่ให้การยื่นคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือคำร้อง QPC เป็นคำร้องที่อยู่นอกเหนือหรือไม่เกี่ยวข้องกับคดีพิพาทหลักที่ศาลคดีหลักจะต้องพิจารณาพิพากษา

2) ประการที่สอง ศาลคดีพิพาทหลักที่พิจารณาคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC จะตรวจสอบว่า บทบัญญัติกฎหมายที่ถูกโต้แย้งตามคำร้องส่งประเด็นนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังไม่เคยมีการพิจารณาและวินิจฉัยประกาศความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาก่อน หรือหากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้เคยประกาศความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาแล้ว แต่หลังจากนั้น มีการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ไม่ว่าจะเป็นกรณีสถานการณ์ทางกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป หรือสถานการณ์

เกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเปลี่ยนแปลงไป เช่นนี้อาจเป็นเหตุให้มีการหยิบยกประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายนั้นขึ้นมาพิจารณาใหม่ได้

3) ประการสุดท้าย ศาลคดีพิพาทหลักที่พิจารณาคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC จะต้องตรวจสอบว่า คำร้องโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือคำร้อง QPC นั้น ไม่ขาดองค์ประกอบเกี่ยวกับ “ลักษณะที่จริงจังหนักแน่นหรือลักษณะความมีสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย” (*dépourvue de caractère sérieux*) กล่าวคือ ศาลคดีหลักจะตรวจสอบว่าคำร้องส่งประเด็นนั้นเป็นสาระที่ควรส่งประเด็นไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยหรือไม่ ซึ่งหมายความว่า การขอให้ศาลส่งประเด็นปัญหาสำคัญเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น จะต้องไม่เป็นการเพ้อเจ้อ (*fantaisiste*) ถ่วงเวลาดำเนินคดี (*dilatoire*) หรือไม่มีมูลอย่างชัดเจน (*manifestement infondée*)

เงื่อนไขประการสุดท้ายที่กล่าวมานี้ มีลักษณะเป็นเงื่อนไขเชิงปฏิเสธที่ว่า “ไม่ขาดองค์ประกอบเกี่ยวกับความเป็นสาระอันควรที่จะได้รับการวินิจฉัย” ซึ่งจะมีความเข้มงวดหรือเรียกร้องให้ศาลคดีพิพาทหลักต้องพิจารณาน้อยกว่าที่เป็นเงื่อนไขบังคับศาลปกครองสูงสุดและศาลฎีกาต้องพิจารณาตรวจสอบ เมื่อคำร้องส่งประเด็นนั้นส่งต่อไปยังศาลสูงของศาลคดีพิพาทหลัก เนื่องจากศาลปกครองสูงสุดและศาลฎีกาจะต้องพิจารณาเงื่อนไขเกี่ยวกับความเป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัยหรือความจริงจังหนักแน่นของประเด็นคำร้อง QPC นั้น ในลักษณะการวินิจฉัยเชิงบวก คือ ต้องเข้าเงื่อนไขประการนี้อย่างแท้จริง ไม่ใช่พิจารณาเชิงปฏิเสธเหมือนกับศาลชั้นต้นที่เป็นศาลคดีพิพาทหลัก หากศาลคดีหลักพิจารณาว่า คำร้องส่งประเด็นมีเงื่อนไขครบถ้วนทั้งรูปแบบและเนื้อหา ศาลลำดับแรกในคดีคำร้องส่งประเด็น QPC ก็จะไม่วินิจฉัยให้ส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไปยังศาลสูงของแต่ละระบบศาล นั่นคือ ส่งคำร้องไปยังศาลปกครองสูงสุด กรณีที่ศาลคดีพิพาทหลักคือศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ หรือศาลปกครองชำนาญพิเศษ และส่งไปยังศาลฎีกา กรณีที่คดีพิพาทหลักอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม ในการนี้ ศาลคดีพิพาทหลักต้องรอการพิจารณาพิพากษาไว้ก่อน เพื่อรอคำวินิจฉัยในประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจากศาลปกครองสูงสุดหรือศาลฎีกาที่จะส่งประเด็นต่อไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งในชั้นศาลปกครองสูงสุดหรือศาลฎีกาหากเงื่อนไขการส่งประเด็นข้อใดข้อหนึ่งไม่ครบถ้วน ศาลปกครองสูงสุดหรือศาลฎีกาก็จะปฏิเสธไม่ส่งประเด็นไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การพิจารณาคดีพิพาทหลักก็จะดำเนินไปตามปกติ และศาลคดีหลักสามารถบังคับใช้บทบัญญัติกฎหมายที่ถูกยกเป็นประเด็นปัญหาว่าขัดรัฐธรรมนูญแก่คดีพิพาทได้

ผู้บรรยายกล่าวย้าว่า การที่ศาลคดีพิพาทหลักปฏิเสธไม่ส่งคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย นั้น สามารถอุทธรณ์คำสั่งได้ แต่จะอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งปฏิเสธของศาลคดีพิพาทหลักได้เฉพาะเมื่อคดีพิพาทนั้น ศาลคดีหลักมีคำพิพากษา และมีการอุทธรณ์

คำพิพากษานั้นทั้งหมดหรือบางส่วน จึงจะสามารถอุทธรณ์คำสั่งคำร้องไม่ส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (คำร้อง QPC) ได้

อย่างไรก็ดี ในทั้งสองกรณี คำสั่งเกี่ยวกับคำร้องส่งประเด็น QPC ของศาลคดีพิพาทหลัก จะต้องแสดงเหตุผลในการวินิจฉัย และดังที่กล่าวไว้ตอนต้นเกี่ยวกับระยะเวลาการพิจารณาคำร้อง ศาลคดีพิพาทหลัก จะต้องส่งต่อคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไปยังศาลสูงของตน “โดยพลัน” (sans délai) หรือ “โดยไม่ชักช้า” นั่นคือ ให้พิจารณาคำร้องส่งประเด็นโดยเร็วที่สุด

(2) ขั้นตอนที่สอง การพิจารณาคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในศาลปกครองสูงสุด

เป็นหน้าที่ของสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดที่จะพิจารณาวินิจฉัยว่า คำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC นั้น ครบถ้วนตามเงื่อนไขทั้งเงื่อนไขด้านเนื้อหาและเงื่อนไขด้านรูปแบบหรือไม่ ถ้าครบถ้วนตามเงื่อนไขจึงจะส่งคำร้องต่อไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาในเนื้อหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อไป โดยศาลปกครองสูงสุดจะต้องพิจารณาและมีคำสั่งภายใน 3 เดือน นับแต่วันที่ได้รับการส่งประเด็น QPC มาจากศาลลำดับแรก ที่พิจารณาคดีพิพาทหลัก

สำหรับการตรวจสอบเงื่อนไขด้านรูปแบบของศาลปกครองสูงสุดและศาลฎีกา จะไม่แตกต่างจากเงื่อนไขที่ศาลคดีพิพาทหลักซึ่งเป็นศาลลำดับแรกของคำร้อง QPC ใช้ตรวจสอบคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ส่วนเงื่อนไขด้านเนื้อหาที่ศาลปกครองสูงสุดหรือศาลฎีกาใช้ตรวจ จะแตกต่างกันในประเด็นสำคัญ คือ ในชั้นศาลคดีพิพาทหลักซึ่งเป็นศาลลำดับแรก จะตรวจสอบในเชิงปฏิเสธว่า คำร้อง QPC ไม่ได้ขาดองค์ประกอบเกี่ยวกับ “ลักษณะจริงจิงหนักแน่น” หรือไม่ได้ขาด “ลักษณะที่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย” กล่าวคือ ไม่เป็นคำร้องเพื่อเจ้อ ถ่วงเวลาดำเนินคดี หรือไม่มีมูลอย่างชัดเจน

ในลำดับต่อมา ทั้งศาลปกครองสูงสุดและศาลฎีกาจะพิจารณาตรวจสอบในเชิงยืนยันให้ได้ความชัดเจนว่า คำร้อง QPC นั้น มีสาระสำคัญอันควรได้รับการวินิจฉัยอย่างจริงจังหนักแน่น กล่าวคือ มีข้อสงสัยอย่างมากเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายที่ถูกโต้แย้ง (un doute sérieux sur la constitutionnalité) หรือคำร้องโต้แย้งนั้น เป็นประเด็นปัญหาใหม่เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (une question nouvelle) กล่าวคือ เป็นบทบัญญัติกฎหมายที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังไม่มีเคยมีคำวินิจฉัยว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือเป็นคำร้องส่งประเด็นที่มีความน่าสนใจเป็นพิเศษ สมควรจะได้รับการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การตรวจสอบคัดกรองในขั้นตอนของศาลปกครองสูงสุดนี้จะเข้มงวดมากกว่าการตรวจสอบโดยศาลลำดับแรก ซึ่งเป็นศาลที่มีคดีพิพาทหลัก กล่าวคือ การคัดกรองจะค่อย ๆ กระชับเข้มข้นขึ้น ประหนึ่งการกรองด้วยกรวยจากปากกว้างและค่อย ๆ แคบลง

สำหรับกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลปกครองสูงสุดนั้น คู่ความในคดีพิพาทหลักสามารถส่งบันทึกความเห็นเพื่อโต้แย้งคัดค้านและชี้แจงเพิ่มเติม หรือในทางตรงกันข้าม อีกฝ่ายอาจทำบันทึกความเห็นเพื่อคัดค้านคำร้อง QPC ต่อศาลปกครองสูงสุดในการพิจารณาคำร้อง QPC ได้

โดยหลักการแล้ว คู่ความทั้งสองฝ่ายจะมีระยะเวลาในการดำเนินการ 1 เดือน ยกเว้นกรณีคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือคำร้อง QPC ที่ยื่นต่อสภาแห่งรัฐ ในฐานะศาลปกครองสูงสุดโดยตรง ในกรณีที่ยื่นคำร้องในชั้นศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดในคดีคำร้องส่งประเด็นจะเป็นผู้กำหนดระยะเวลาให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง (ฝ่ายที่ไม่ใช่ผู้ยื่นคำร้อง) จัดทำบันทึกความเห็นเสนอต่อศาล โดยระยะเวลาที่ศาลกำหนดจะเป็นระยะเวลาที่สั้น

โดยหลักการแล้ว การทำบันทึกความเห็นเสนอต่อศาลปกครองสูงสุดและศาลฎีกา จะต้องเป็นการทำบันทึกความเห็นโดยทนายความซึ่งขึ้นทะเบียนเป็นทนายประจำศาลปกครองสูงสุด และทนายความประจำศาลฎีกา (เพื่อปกป้องสิทธิคู่ความ)

อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นสำหรับกฎเกณฑ์เรื่องทนายความ คือ หากในชั้นการพิจารณาคดีของศาลคดีพิพาทหลักมีกฎหมายยกเว้นไม่ต้องมีทนายความดำเนินคดีเอาไว้ เช่นนี้ เมื่อมีการส่งคำร้องในประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมายังศาลปกครองสูงสุด การพิจารณาคำร้องส่งประเด็นในศาลปกครองสูงสุด ย่อมได้รับยกเว้นการมีทนายความด้วย ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา R. 431-3 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

หากศาลปกครองสูงสุด หรือศาลฎีกากรณีที่คดีพิพาทหลักอยู่ในศาลยุติธรรม ศาลสูงทั้งสองระบบศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าเงื่อนไขทั้งด้านรูปแบบและเงื่อนไขด้านเนื้อหาของคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC ครบถ้วน ศาลปกครองสูงสุด หรือศาลฎีกา (แล้วแต่กรณี) จะวินิจฉัยสั่งคำร้องและส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

สำหรับกระบวนการพิจารณาที่เป็นรูปธรรม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้รับคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (คำร้อง QPC) ของศาลปกครองสูงสุดหรือศาลฎีกา พร้อมกับคำร้องและคำคัดค้าน หรือคำแถลงของคู่ความทุกฝ่ายในกระบวนการพิจารณา แต่เฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (คำร้อง QPC) เท่านั้น

ในทางกลับกัน หากศาลปกครองสูงสุดหรือศาลฎีกาพิจารณาเห็นว่าเงื่อนไขประการใดประการหนึ่งของการส่งประเด็นไม่ครบถ้วน ศาลปกครองสูงสุดหรือศาลฎีกาจะวินิจฉัยว่าไม่มีเหตุที่จะส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือคำร้องส่งประเด็นเป็นคำร้องที่ไม่เข้าเงื่อนไขที่จะรับพิจารณา (irrecevable) คำสั่งไม่ส่งประเด็นของศาลสูงนี้ ไม่อาจอุทธรณ์โต้แย้งต่อไปได้ (la décision de non-renvoi est sans recours)

ในทั้งสองกรณี ทั้งคำสั่งไม่ส่งประเด็นและคำสั่งไม่รับคำร้องส่งประเด็น ศาลปกครองสูงสุดและศาลฎีกาจะต้องให้เหตุผลในการวินิจฉัย และจะต้องส่งคำวินิจฉัยพร้อมเหตุผลไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดและศาลฎีกาก็จะต้องส่งกลับไปยังศาลคดีหลักที่มีคดีพิพาทเกิดขึ้นและเป็นศาลที่รับคำร้องให้ส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เพื่อที่ศาลคดีหลักจะได้แจ้งให้คู่ความทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับคดีทราบภายใน 8 วัน

ในทางปฏิบัติ คุณภาพของการคัดกรอง คือ การประเมินลักษณะ “ความจริงจัง หนักแน่น หรือความเป็นสาระอันควรแก่การวินิจฉัย” ของคำร้องส่งประเด็น ซึ่งการพิจารณาวินิจฉัยประเด็นนี้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองและศาลยุติธรรมที่เป็นผู้คัดกรองแต่เพียงผู้เดียว

อย่างไรก็ดี ไม่มีคำจำกัดความของลักษณะ “ความเป็นสาระอันควรแก่การวินิจฉัย หรือความจริงจังหนักแน่น” ของคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และเช่นเดียวกัน ไม่มีนิยามว่าอย่างไร คือ “ประเด็นปัญหาใหม่” เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่สมควรส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ กรณีเช่นนี้จึงเป็นเรื่องที่ศาลปกครองและศาลยุติธรรมจะต้องพิจารณาวินิจฉัย และขึ้นอยู่กับระดับของความความจริงจังหนักแน่นหรือระดับของความเป็นสาระอันควรแก่การวินิจฉัยของประเด็น QPC ดังนั้นจึงเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาจากแนวคำพิพากษาและการวินิจฉัยให้เหตุผลของศาลปกครองและศาลยุติธรรม โดยเป็นที่ยอมรับว่าลักษณะที่จริงจังหนักแน่นหรือลักษณะความเป็นสาระอันควรแก่การวินิจฉัยของประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หมายความว่า มีข้อสงสัยอย่างมากเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติที่ถูกโต้แย้ง ซึ่งลักษณะแห่งความน่าสงสัยหรือความไม่แน่ชัดนั้น ไม่จำกัดเฉพาะกรณีที่บทบัญญัติกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญอย่างเห็นได้ชัดเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี ก็ต้องยอมรับว่าประเด็น QPC ที่จะส่งไปนั้น เป็นประเด็นปัญหาที่สมควรให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาวินิจฉัย กล่าวคือ เฉพาะในประเด็นปัญหาที่สมควรต้องตรวจสอบเท่านั้น ไม่ใช่ส่งไปทั้งหมดทุกเรื่อง

จะเห็นได้ว่า คุณภาพของกลไกดังกล่าวเป็นเรื่องละเอียดอ่อน และจากแนวทางการปฏิบัติหรือการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดและศาลฎีกา แสดงให้เห็นถึงการเข้าแทรกแซงบางประการของศาลปกครองสูงสุดและศาลฎีกาในกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เพื่อพิจารณาวินิจฉัยคำร้องส่งประเด็น QPC ที่ขาดองค์ประกอบในเรื่องความเป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัยหรือความจริงจังหนักแน่นของคำร้องส่งประเด็น

แนวโน้มการแทรกแซงของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวมีตัวอย่างที่เกิดขึ้น เช่น เมื่อศาลที่เป็นผู้คัดกรองได้ก้าวล่วงไปพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกโต้แย้งมีความจำเป็นเหมาะสม และได้สัดส่วนกับเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการหรือไม่ รวมถึงกรณีของการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความได้สัดส่วนหรือตรวจสอบเพื่อจัดการละเมิดต่อหลักความเสมอภาค

จากข้างต้น อาจกล่าวได้ว่าเป็นกระบวนการทำงานของศาลผู้คัดกรองที่ปรับเปลี่ยนเองตามธรรมชาติของกระบวนการยุติธรรม โดยภาพรวมแล้ว การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC ควรหลีกเลี่ยงอันตรายจากการที่ตัวคัดกรองจะกลายเป็นจุกก๊อกหรือฝาปิดขวด (bouchon) และระวังไม่ให้ศาลที่ทำหน้าที่เพียงเป็นผู้คัดกรองกลายเป็นศาลที่วินิจฉัยเนื้อหาของความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไปเสียเอง ซึ่งในทางปฏิบัติ โดยลักษณะของกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ศาลปกครองย่อมมีอำนาจวินิจฉัยข้อโต้แย้งเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญได้

การส่งเสริมประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC เป็นการส่งเสริมวัฒนธรรมด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือการปรับใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญในหมู่ผู้ที่มีวิชาชีพนักกฎหมาย และวัฒนธรรมหรือการปรับใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญนี้ ในระบบกฎหมายปกครองและกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส ก็มีวัฒนธรรมด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับที่สูงอยู่แล้ว สมควรกล่าวยั่วว่า ศาลปกครองสูงสุดเป็นศาลที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางปกครองมาเป็นเวลานานแล้ว โดยกรณีนี้จะไม่ใช่กรณีตามทฤษฎี Loi-écran² ซึ่งกรณี que l'on s'agit d'un acte qui n'est pas susceptible d'être attaqué par le juge administratif ที่เข้าลักษณะตามทฤษฎี Loi-écran ศาลปกครองจะไม่มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยที่กฎหมายนั้นมีประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางปกครองขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยตรง แต่ไม่เข้าไปตรวจสอบการกระทำทางปกครองที่ขัดต่อกฎหมายที่มีปัญหาขัดต่อรัฐธรรมนูญ กรณีหลังเป็นเรื่องทฤษฎี loi-écran

II. การจัดให้มีการรับฟังคู่ความทุกฝ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในคดีส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามคำร้อง QPC

กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ เลขที่ 2009-1523 ลงวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 2009 ว่าด้วยการบังคับใช้มาตรา 61-1 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 บัญญัติไว้ชัดเจนว่า “...คู่กรณีสามารถเสนอบันทึกความเห็นต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อโต้แย้งคัดค้านกันได้” (มาตรา 23-10)

² หมายเหตุผู้แปลและเรียบเรียง : ทฤษฎี Loi-écran หรือทฤษฎี Écran législatif เป็นทฤษฎีมหาชนทั้งด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง เกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งทฤษฎีนี้มีสาระสำคัญว่า ศาลปกครองไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมตรวจสอบโดยตรง (par voie d'action) หรือควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญผ่านการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (par voie d'exception) ซึ่งหมายความว่า ในกรณีที่ศาลปกครองต้องวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง หากคดีพิพาทนั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จะใช้แก้คดี กรณีเช่นนี้ศาลปกครองไม่มีอำนาจก้าวล่วงไปวินิจฉัยว่ากฎหมายที่จะใช้แก้คดีนั้น ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ดี หากเป็นการโต้แย้งว่าการกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เช่นนี้ ศาลปกครองมีอำนาจที่จะตรวจสอบว่าการกระทำทางปกครองนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ กรณีหลังนี้ ไม่ถือเป็นกรณีตามทฤษฎี Loi-écran, ข้อมูลจาก Agathe Van Lang, Dictionnaire de droit administratif, (Paris : Dalloz, 2002), p. 129.

บทบัญญัติมาตรา 61-1 นับเป็นพัฒนาการที่สำคัญของกระบวนการยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งการที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ดำเนินการปรับเปลี่ยนกระบวนการพิจารณาให้มีการรับฟังคู่ความทุกฝ่ายเช่นนี้ ก็เพื่อให้สอดคล้องกับข้อเรียกร้องเกี่ยวกับสิทธิในการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมที่ได้รับการคุ้มครองโดยศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ด้วยการปรับกระบวนการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในกระบวนการพิจารณาคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC ให้อยู่ภายใต้ขอบเขตของมาตรา 6 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950

โดยทั่วไปแล้ว การจัดกระบวนการพิจารณาคดีที่ให้มีการรับฟังคู่ความทุกฝ่ายในประเทศฝรั่งเศสก็เช่นเดียวกับประเทศอื่น ซึ่งมีการปรับกระบวนการวิธีพิจารณาคดีทางรัฐธรรมนูญให้มีกระบวนการรับฟังคู่ความทุกฝ่ายเพื่อให้คู่กรณีมีโอกาสต่อสู้โต้แย้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการดำเนินคดีเชิงนามธรรมและเชิงกาวีสัยอันเป็นคดีที่เป็นการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมาย ข้อเรียกร้องสำหรับกระบวนการวิธีพิจารณาที่เปิดโอกาสให้ต่อสู้โต้แย้งโดยให้มีการฟังความทุกฝ่ายนี้ มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เป็นรูปธรรมได้หลายวิธี เริ่มจากการจัดองค์กรและปรับกระบวนการภายในของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่มีระบบควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายหลังที่กฎหมายใช้บังคับแล้วในระบบ QPC สำนักงานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีการจัดตั้งเสมียนศาลด้านงานคดีที่ทำหน้าที่ประจำ (un greffe permanent et juridictionnel) โดยมีหัวหน้าเสมียนศาลในการบริการด้านกระบวนการยุติธรรม และมีเสมียนศาลคอยช่วยเหลืองานของเสมียนศาล คือ ทำหน้าที่รับคำร้องทั้งหมดที่ยื่นต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยหน่วยเสมียนศาลจะดำเนินการส่งแจ้งคำคู่ความ เอกสารและหนังสือที่เป็นลายลักษณ์อักษรทั้งหมด รวมถึงหมายเรียกคู่กรณีฝ่ายต่าง ๆ และเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนแจ้งคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทุกกระบวนการวิธีพิจารณาดังกล่าวอยู่ภายใต้หลักการเปิดโอกาสให้คู่กรณีทุกฝ่ายโต้แย้งคัดค้านและรับฟังความทุกฝ่าย รวมถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีและการไต่สวนแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เช่น ข้อมูลสถิติต่าง ๆ ที่ขอให้รัฐบาลชี้แจงหรือการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยที่สามารถทำได้ ซึ่งการดำเนินการเช่นนี้เป็นวิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหยิบยกขึ้นได้เอง และจากที่กล่าวมานี้ มีประเด็นสำคัญ 4 ประการดังต่อไปนี้

1. *ประการแรก* เป็นข้อพิจารณาที่สำคัญที่สุด เกี่ยวกับเรื่องระยะเวลาในการวินิจฉัยคดีการจัดให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่รับฟังคู่ความทุกฝ่ายและเปิดโอกาสให้มีการต่อสู้โต้แย้งจะต้องดำเนินการโดยคำนึงถึงระยะเวลาในการวินิจฉัยคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC สำหรับการพิจารณาคำร้อง QPC ในชั้นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีระยะเวลากำหนดไว้ 3 เดือน ซึ่งข้อจำกัดเรื่องระยะเวลาเป็นประเด็นสำคัญอย่างมาก และมีอิทธิพลต่อการจัดองค์กรภายในของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เปิดโอกาสให้คู่กรณีทุกฝ่ายต่อสู้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน

ความสำเร็จของระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยการส่งประเด็นคำร้อง QPC นี้ อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่การพิจารณาคำร้อง QPC จะไม่ทำให้ระยะเวลาการพิพากษาคดีต้องขยายออกไป ซึ่งหากพิจารณาด้วยมุมมองนี้ ถือว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาในระบบ QPC ของประเทศฝรั่งเศสบรรลุวัตถุประสงค์แล้ว

เพื่อให้เห็นภาพรวมของกลไกนี้ ผู้บรรยายชี้ให้เห็นว่า ระยะเวลาการพิจารณาคำร้อง QPC โดยเฉลี่ยจะใช้เวลาพิจารณา 6 เดือน ในขณะที่เมื่อเปรียบเทียบกับกรดำเนินการกระบวนการพิจารณาคดีของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป จะใช้ระยะเวลาพิจารณาคดีนานกว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญสามเท่า นอกจากนี้ กระบวนการพิจารณาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปจะต้องผ่านกระบวนการเยียวยาภายในเสียก่อน ซึ่งกระบวนการเยียวยาภายในก็อาจจะเป็นกระบวนการที่ใช้เวลายาวนาน

สำหรับการพิจารณาวินิจฉัยคำร้อง QPC ในชั้นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ จะใช้ระยะเวลาดำเนินการโดยเฉลี่ยสำหรับกระบวนการนี้ 2 เดือนครึ่ง เนื่องจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีระยะเวลาอันสั้นในการวินิจฉัยคดี ดังนั้นแทนที่จะดำเนินการโดยส่งบันทึกคำคู่ความ คือ คำร้อง คำคัดค้าน ที่ได้แย่งระหว่างคู่กรณีไปมาทั้งสองฝ่าย แต่กระบวนการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะให้ทุกฝ่ายจัดทำบันทึกคำคู่ความภายในกำหนดเวลาเดียวกัน จากนั้นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะกำหนดระยะเวลาใหม่ให้คู่กรณีในการทำบันทึกความเห็นครั้งที่สองมาพร้อมกัน เพื่อได้แย่งคัดค้านความเห็นของอีกฝ่ายที่เสนอมาในการทำบันทึกความเห็นครั้งแรก

ในประเด็นนี้มีข้อพิจารณา 2 ประการ คือ ประการแรก บันทึกความเห็นหรือคำโต้แย้งคัดค้านของคู่กรณีในคดีคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในครั้งที่สองนี้ คู่กรณีไม่สามารถเสนอประเด็นขึ้นมาใหม่ นอกเหนือไปจากการตอบประเด็นที่มีการโต้แย้งในครั้งแรก กฎเกณฑ์ข้อนี้ ผู้บรรยายเรียกว่า “กฎแห่งช่องทางคัดกรอง” (une règle de l’entonnoir)

ในประการต่อมา ระยะเวลาดำเนินการดังกล่าวไม่ได้มีกฎหรือระเบียบข้อบังคับกำหนดไว้ชัดเจน ความยืดหยุ่นเช่นนี้ ช่วยให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถปรับเปลี่ยนวิธีการส่งบันทึกความเห็นของคู่ความแต่ละฝ่ายที่เป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างกัน โดยพิจารณาเป็นคดี ๆ ไป ทั้งนี้โดยคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีการโต้แย้งเข้ามาในทางปฏิบัติ ระยะเวลาสำหรับการทำความเห็นของคู่กรณีแต่ละฝ่ายครั้งแรกโดยทั่วไปคือ 3 สัปดาห์ และระยะเวลาสำหรับการทำความเห็นของคู่กรณีในครั้งที่สองคือ 2 สัปดาห์

2. *ประการที่สอง* ที่สมควรให้ความสนใจ คือ เรื่องเกี่ยวกับกฎเกณฑ์การให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่คู่กรณีในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คู่กรณีไม่จำเป็นต้องตั้งทนายความดำเนินการแทน ทั้งสองฝ่ายสามารถเลือกบุคคลใดได้ตามความประสงค์ เพื่อดำเนินการแทนหรือคู่กรณีอาจดำเนินการด้วยตนเองก็ได้ ดังนั้นการดำเนินคดีในชั้นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงไม่ได้ผูกขาดให้กับทนายความ เว้นแต่การแถลงด้วยวาจาในชั้นการนั่งพิจารณาที่เปิดเผยต่อสาธารณะที่จะต้องให้ทนายความเป็นผู้แถลง แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติจะมีทนายความอยู่ในกระบวนการพิจารณา

คำร้องส่งประเด็นตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC เกือบทั้งหมด (แต่ละปีคดีที่ไม่มีนายความจะมีจำนวนตั้งแต่น้อยกว่า 1% ถึง 6% ของคดีคำร้อง QPC) แต่ปรากฏว่า ในชั้นศาลปกครองสูงสุดและศาลฎีกา มีการดำเนินคดีโดยใช้ทนายความประจำสภาแห่งรัฐและทนายความประจำศาลฎีกาในคดีคำร้อง QPC เพิ่มมากขึ้น ทนายความเข้ามามีส่วนในคดีปัจจุบันประมาณ 60% ของคำร้องที่มาถึงคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ในขณะที่ในช่วงเริ่มต้นของการใช้ระบบ QPC เมื่อปี ค.ศ. 2010 การมีทนายความในคดีเป็นเพียงส่วนน้อย

ผู้บรรยายต้องการชี้ให้เห็นว่า นอกจากที่กล่าวมาแล้ว ยังมีการจัดทนายความเพื่อช่วยเหลือทางกฎหมายในกระบวนการพิจารณาคดีคำร้อง QPC โดยกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการจ่ายค่าตอบแทนทนายความและจัดให้มีความช่วยเหลือทางกฎหมายต่อเนื่องกับคดีพิพาทหลัก

สำหรับการเปิดเผยข้อมูลในสำนวนคดีคำร้อง QPC นั้น หากคู่กรณีทุกฝ่ายประสงค์ ก็อาจจะเปิดเผยบันทึกความเห็นของตนในสำนวนคดีต่อสาธารณะได้ แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วยว่าการจัดพิมพ์เผยแพร่บันทึกความเห็นของคู่กรณีนั้นเป็นสิ่งจำเป็น ทั้งนี้ เพราะเหตุว่ามีการเผยแพร่เหตุผลของการวินิจฉัยสั่งคำร้องของศาลที่ส่งประเด็น (ศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม) และบันทึกความเห็นและคำแถลงในสำนวนคำร้อง QPC ได้นำมาบรรจุไว้ในคำวินิจฉัยส่งประเด็นของศาลผู้ส่งประเด็นแล้ว และเพราะเหตุว่าคำแถลงของทนายความนั้นเปิดเผยต่อสาธารณะอยู่แล้ว นอกจากนี้ยังมีการบันทึกวิดีโอการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งทุกคนสามารถเข้าถึงและรับชมได้อย่างอิสระทางเว็บไซต์ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

3. *ประการที่สาม* กระบวนการพิจารณาคำร้อง QPC ในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คือ การกิจของรัฐบาลในการปกป้องบทบัญญัติกฎหมาย (le défense de la loi) ถือเป็นภารกิจของรัฐบาลโดยตรง ทั้งนี้ ไม่ใช่ภารกิจในแง่การเมืองแต่เป็นด้านเทคนิค กล่าวอย่างชัดเจน คือ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (le secretariat général du Gouvernement - SGG) เป็นหน่วยงานของรัฐบาลที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการปกป้องกฎหมาย การที่สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีทำหน้าที่รับรองในลักษณะทั่วไปเกี่ยวกับความสอดคล้องต่อรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายที่เรียกว่าการควบคุมก่อนและการควบคุมภายหลังสำหรับบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับแล้ว เป็นการรับรองความเป็นอันหนึ่งอันเดียวและความสอดคล้องโดยรวมของการปกป้องกฎหมาย

นอกจากนี้ ไม่มีข้อห้ามที่หน่วยงานของรัฐ (คู่กรณี) ที่ได้รับแจ้งการส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะจัดทำบันทึกความเห็นและข้อสังเกตต่อคำร้องส่งประเด็นเพื่อเสนอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ แต่จนถึงปัจจุบันนี้ ปรากฏข้อเท็จจริงว่า การที่หน่วยงานของรัฐจัดทำบันทึกความเห็นเสนอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้เป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโพ้นทะเลนิวแคลิโดเนีย” ปรากฏว่า เจ้าหน้าที่หน่วยงานของรัฐขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น



โพ้นทะเลนิวแคลิโดเนียจะเข้ามาปกป้องกฎหมายของดินแดนโพ้นทะเล ในขณะที่รัฐบาลฝรั่งเศสเลือกที่จะนิ่งเฉยไม่ทำข้อสังเกตเข้ามา

หากพิจารณาลักษณะโดยธรรมชาติของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแล้ว คู่กรณีฝ่ายที่ถูกร้อง (หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง) ย่อมสามารถปกป้องกฎหมายได้เช่นกัน และถือว่าเป็นสถานการณ์ทั่วไปที่เกิดขึ้นเป็นปกติในการพิจารณาคดี ในหลายกรณีของคดีคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC การที่รัฐบาลเข้ามาในคดีโดยการทำบันทึกความเห็นต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ก็เป็นไปเพื่อรักษาผลประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายที่ต้องปกป้องกฎหมายหรือได้รับประโยชน์จากกฎหมายที่ถูกโต้แย้งว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม และรัฐบาลเป็นฝ่ายที่ปกป้องว่ากฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อพิจารณาโดยละเอียด การที่รัฐบาลโดยสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีทำข้อสังเกตเข้ามาในคดีคำร้องตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมีมุมมองที่แตกต่างจากการทำบันทึกความเห็นของหน่วยงานคู่กรณีในคดีพิพาท เนื่องจากความรับผิดชอบในภารกิจของรัฐบาล มีมากกว่าหรือเกินกว่ากรณีเฉพาะที่เป็นข้อพิพาทที่โต้แย้งกันซึ่งมุ่งเน้นไปที่ผลความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ถูกโต้แย้ง แต่การทำบันทึกข้อสังเกตเข้ามาในคดีของรัฐบาลมุ่งถึงผลรวมของระบบกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในลักษณะองค์รวม และในทางปฏิบัติการวินิจฉัยคำร้องตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ จะเป็นการตอบความเห็นโต้แย้งของรัฐบาล

ด้วยวิธีการเช่นว่านี้ ฝ่ายรัฐบาลจึงมีส่วนร่วมในการพัฒนาแนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และรัฐบาลก็ไม่ต้องกังวลที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในการพัฒนาหลักกฎหมายผ่านแนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ด้วยเหตุดังกล่าวมาข้างต้น สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (SGG) จึงไม่ใช่คู่กรณีหรือคู่ความในคดีคำร้องส่งประเด็นตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเหมือนกับคู่กรณีอื่น ๆ แต่เป็นคู่กรณีถาวร คู่กรณีตามหน้าที่ หรือคู่กรณีโดยตำแหน่ง (un interlocuteur permanent, commis d'office) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐบาลโดยสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีจะเป็นผู้ให้ข้อมูลเกี่ยวกับรูปแบบการบังคับใช้กฎหมาย และปกป้องกฎหมาย แม้ว่าในด้านของรัฐมนตรีจะวิพากษ์วิจารณ์ความเหมาะสมของบทบัญญัติกฎหมายก็ตาม หรือในกรณีที่เป็นการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย เลขาธิการคณะรัฐมนตรีจะให้ข้อมูลต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อประเมินผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการประกาศว่ากฎหมายหรือร่างกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ

กล่าวโดยสรุปคือ รัฐบาลโดยสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีจะช่วยให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีข้อมูลทั้งหมดที่จำเป็นในการตรวจสอบบทบัญญัติกฎหมายและร่างกฎหมายที่ถูกโต้แย้งว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ

4. *ประการสุดท้าย* ที่สมควรให้ความสนใจเช่นกันเกี่ยวกับบุคคลที่สามในกระบวนการพิจารณา คำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ อาจรับคำร้องขอของบุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอกที่ขอเข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ โดยในการขอเข้ามาในคดีของบุคคลภายนอกนั้น บุคคลภายนอกจะต้องยื่นคำขอภายในระยะเวลาที่กำหนดโดยระเบียบวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และจะเข้ามาได้ต้องแสดงให้เห็นถึงประโยชน์เกี่ยวข้องเป็นพิเศษในคดี ทั้งนี้ เมื่อบุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอกได้รับอนุญาตให้เข้ามาในคดีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้ว บุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สามนั้นจะได้รับทราบเอกสารทั้งหมดในสำนวน และบุคคลที่สามจะเข้ามามีส่วนร่วมได้อย่างเต็มที่ในกระบวนการพิจารณาคดีตามขั้นตอนต่อ ๆ ไปทั้งหมด ทั้งในเรื่องการส่งคำคู่ความ บันทึกความเห็นของคู่กรณี ทุกฝ่ายที่เป็นลายลักษณ์อักษร และการมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาในการพิจารณาคดีด้วย

โดยเฉลี่ยแล้วในทางปฏิบัติคณะตุลาการรัฐธรรมนูญปฏิเสธคำร้องขอเข้ามาในคดีของบุคคลภายนอกน้อยกว่า 20% ซึ่งก็ทำให้กระบวนการยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส จัดว่าเป็นประเทศหนึ่งที่มีระบบเปิดรับการเข้ามามีส่วนร่วมในคดีของบุคคลภายนอกมากที่สุด โดยรับคำร้องขอเข้ามาในคดีถึง 80% และเป็นที่น่าสังเกตอย่างยิ่งว่า นับตั้งแต่มีการร้องขอของบุคคลภายนอกที่ขอเข้ามาในคดีคำร้องตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือคดีคำร้อง QPC ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นการขอเข้ามาเพื่อสนับสนุนฝ่ายผู้ร้องหรือผู้ฟ้องคดี เอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสำนวนคดีคำร้อง QPC เกือบหนึ่งในสี่ มาจากบุคคลภายนอกที่ขอเข้ามาในคดี ในขณะที่หากพิจารณาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ คำขอเข้ามาในคดีของบุคคลภายนอกดังกล่าวจะพบไม่บ่อยนัก และยิ่งพบได้น้อยไปอีกสำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีประเภทคำร้องส่งประเด็นปัญหาเพื่อพิจารณาวินิจฉัยข้อกฎหมายเบื้องต้น (le contentieux préjudiciel) ที่จะพบการขอเข้ามาในคดีของบุคคลที่สามน้อยกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีประเภทฟ้องขอให้ยกเลิกเพิกถอน (les recours en annulation)

ในกรณีนี้ จะพบว่า บุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สามที่เป็นขาประจำที่มีคำร้องขอเข้ามาในคดีคำร้องตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มักจะเป็นสมาคมเฉพาะทางหรือองค์กรวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง ที่สนใจและติดตามกฎหมายดังกล่าวที่ถูกโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ทั้งนี้ การยอมรับความเป็นไปได้ที่บุคคลที่สามเข้ามาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพื่อยืนยันหรือพิทักษ์ผลประโยชน์พิเศษของบุคคลที่สามนั้น นับเป็นการยกระดับการอภิปรายถกเถียงเกี่ยวกับประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

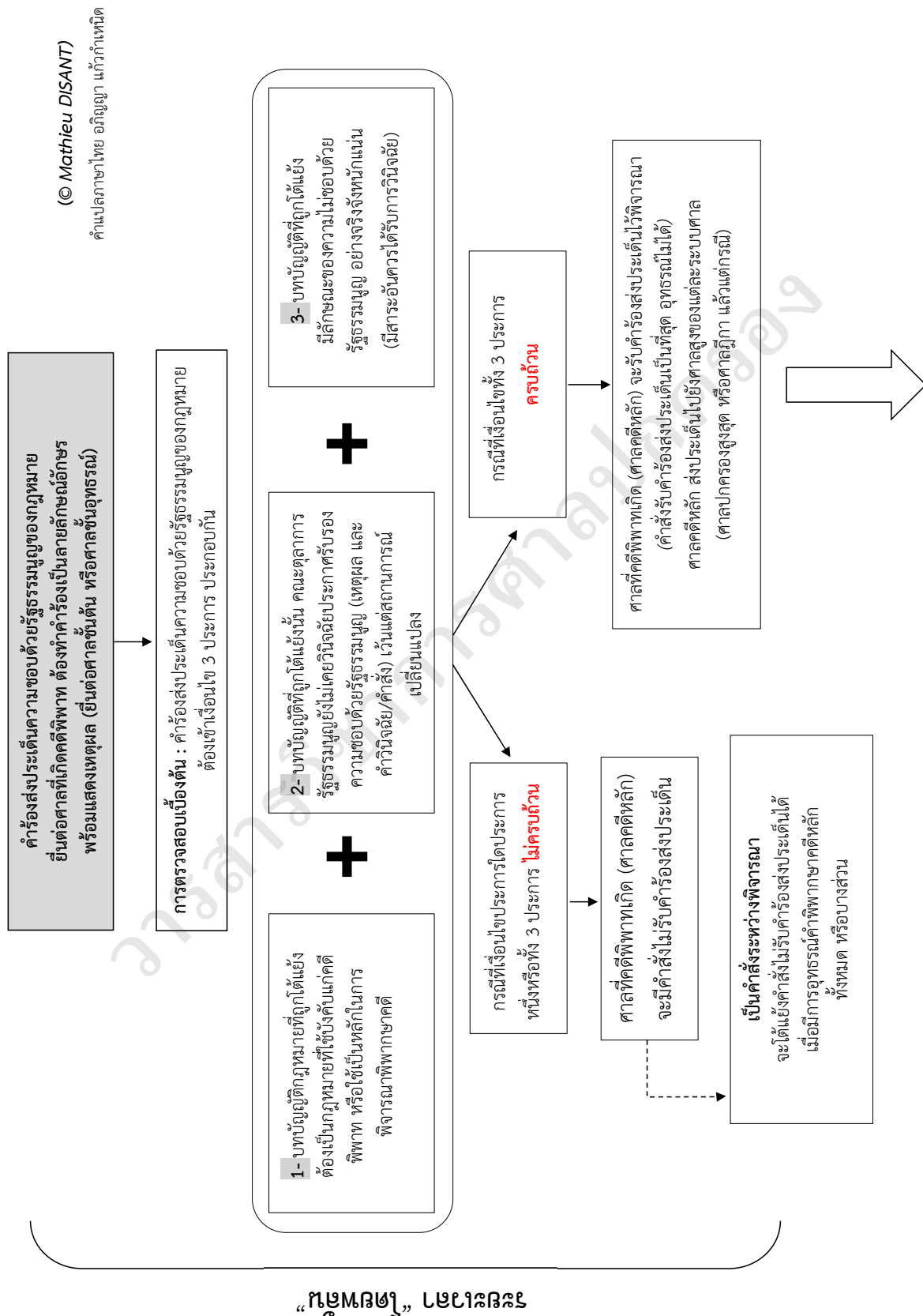
โดยสรุป แม้ระยะเวลาการพิจารณาวินิจฉัยคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่กำหนดไว้ชัดเจนแน่นอนและเป็นระยะเวลาที่สั้นเพียง 3 เดือน ในชั้นการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่กระบวนการพิจารณาคดีคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC ก็ทำให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พัฒนาการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เปิดโอกาสให้คู่กรณีได้โต้แย้ง

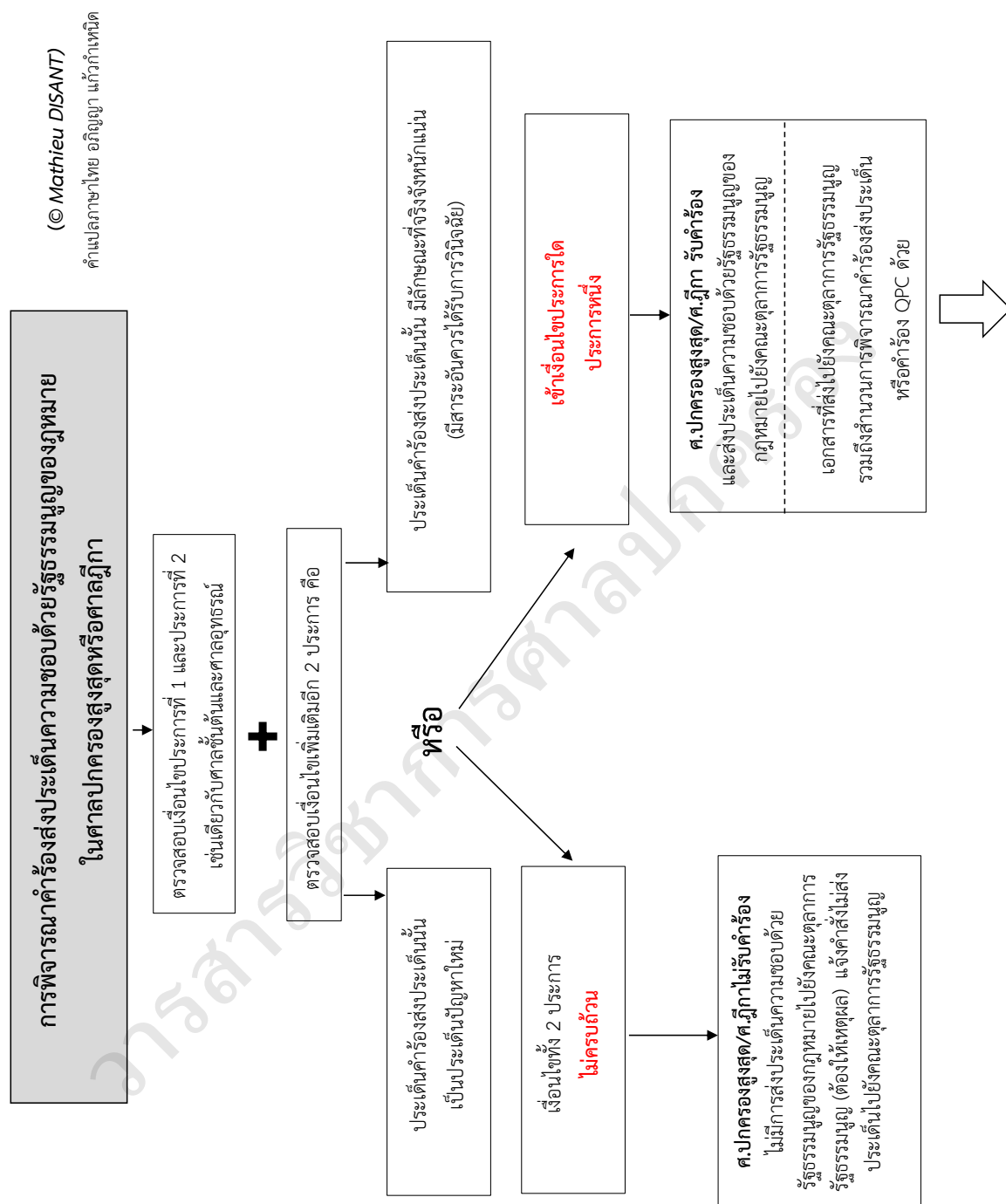


และรับฟังความทุกฝ่าย อันเป็นกระบวนการพิจารณาที่ดีที่ทันสมัย ซึ่งแน่นอนว่า ปัจจัยทางเทคนิคมีส่วนช่วยในทางปฏิบัติสำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ดีที่รับฟังความทุกฝ่าย นั่นคือ การดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งตามข้อบังคับภายในของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับขั้นตอนวิธีพิจารณาในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญสำหรับการพิจารณาประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC จะกำหนดรูปแบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอิเล็กทรอนิกส์สำหรับกระบวนการพิจารณาทั้งหมด ตั้งแต่การที่ศาลปกครองสูงสุดหรือศาลฎีกาส่งคำร้องส่งประเด็น QPC ไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ จนถึงขั้นตอนการประกาศแจ้งคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

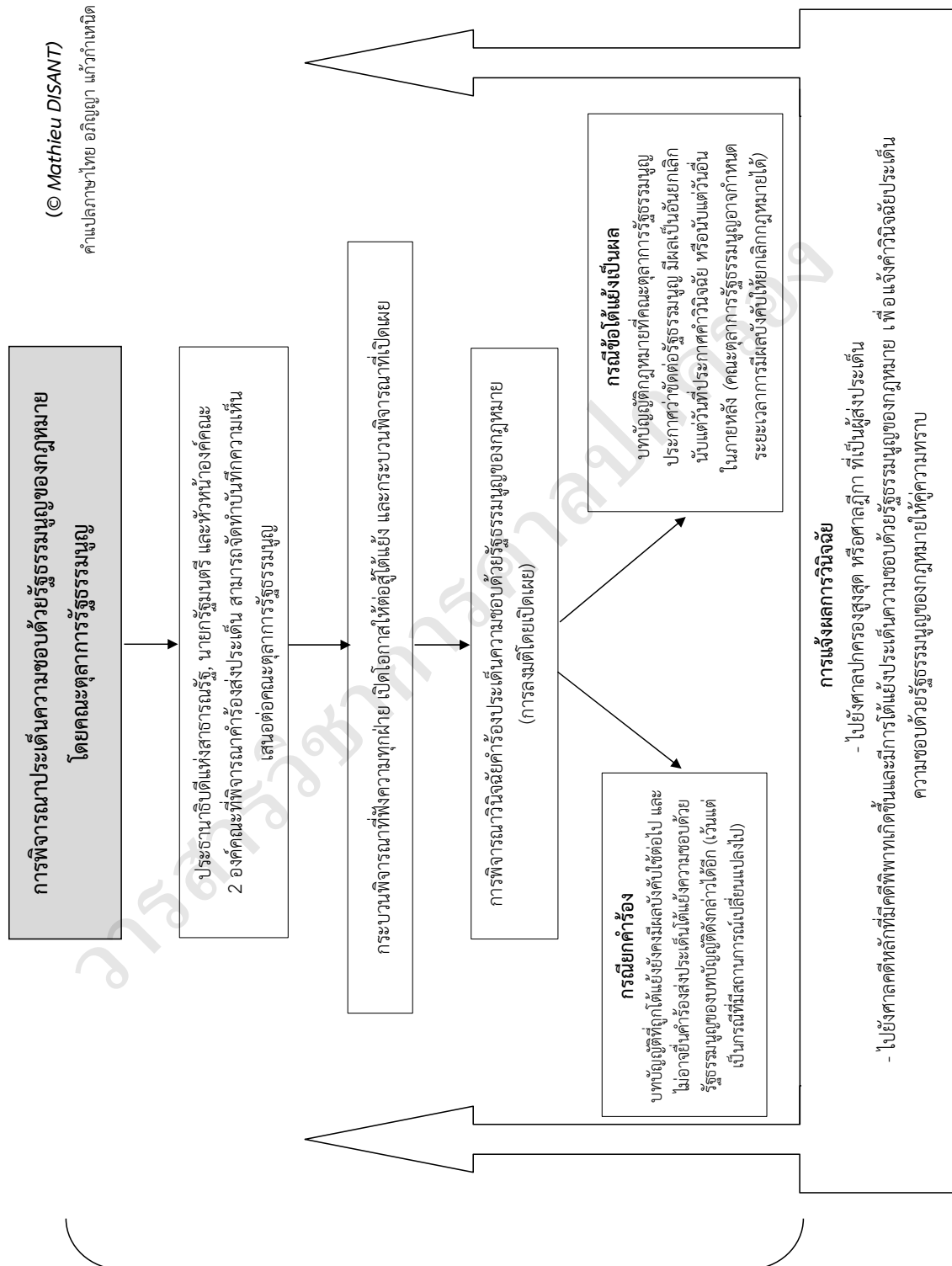
นอกจากนี้ หากการดำเนินกระบวนการพิจารณาดีทางอิเล็กทรอนิกส์มีส่วนช่วยให้การรับฟังความทุกฝ่ายง่ายขึ้น กระบวนการพิจารณาด้วยวาจาก็จะยิ่งส่งเสริมกระบวนการพิจารณาที่รับฟังคู่ความทุกฝ่ายมากขึ้นด้วยเช่นกัน ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น การพิจารณาดีของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็จัดให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาสำหรับคดีคำร้องส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบ QPC ด้วย โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจเรียกให้ตัวแทนของคู่กรณีทุกฝ่ายและบุคคลภายนอกที่ขอเข้ามาในคดี ชี้แจงแสดงความเห็นเพิ่มเติมด้วยวาจา และตุลาการรัฐธรรมนูญก็สามารถซักถามได้ กระบวนการพิจารณาที่ฟังความทุกฝ่ายและให้โอกาสคู่ความโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานจะเกิดประโยชน์จากการปฏิบัติ ซึ่งมีความหลากหลายวิธีการที่สามารถนำมาใช้ประโยชน์ได้

คำสำคัญ : การส่งประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย, ระบบ QPC, คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส





ข้อ ๕ : ประมวลกฎหมาย



รูปที่ ๔ : กระบวนการพิจารณา

ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ

ชีวประวัติและผลงาน

ของ Prof. Dr. Hartmut Maurer *

เมื่อกล่าวถึงระบบกฎหมายที่มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายมหาชนไทย ระบบกฎหมายที่มีจะถูกหยิบยกขึ้นมากล่าว คือ ระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายเยอรมัน เพราะกฎหมายทั้งสองระบบมีความสำคัญต่อการพัฒนาการของกฎหมายมหาชนไทยอย่างมาก โดยระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีอิทธิพลต่อการร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ส่วนระบบกฎหมายเยอรมันมีอิทธิพลต่อการจัดตั้งศาลปกครองในรูปแบบขององค์กรตุลาการ (Verwaltungsgerichtsbarkeit) และยังมีอิทธิพลต่อการร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่เจ้าหน้าที่จะต้องนำไปปรับใช้ในการพิจารณาทางปกครองและการออกคำสั่งทางปกครอง

ในวารสารวิชาการศาลปกครองฉบับปีที่ 24 ฉบับที่ 1 (มกราคม-เมษายน) 2567 ได้มีการแนะนำนักกฎหมายมหาชนชาวฝรั่งเศส คือ Raymond Carré de Malberg ไปแล้ว ดังนั้นในวารสารวิชาการศาลปกครองฉบับนี้ก็จะขอแนะนำนักกฎหมายมหาชนชาวเยอรมัน ซึ่งท่านผู้นี้คือ Prof. Dr. Hartmut Maurer นักกฎหมายชาวเยอรมันร่วมสมัย ซึ่งนักกฎหมายไทยที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศเยอรมนีน่าจะมีหนังสือของท่านไว้ในครอบครองกันแทบทุกคน และโดยที่ผู้เขียนเพิ่งทราบว่าท่านได้ถึงแก่กรรมเมื่อวันที่ 6 มกราคม 2567 ผู้เขียนจึงถือโอกาสนี้แนะนำและรำลึกถึงท่านไปพร้อมกัน

Hartmut Maurer เกิดในปี ค.ศ. 1931 (พ.ศ. 2474) ณ เมืองชตุทการ์ท (Stuttgart) ประเทศเยอรมนี ในวัยหนุ่มท่านได้เข้าศึกษาที่คณะนิติศาสตร์ ณ มหาวิทยาลัยทือบิงเงิน (Tübingen) และสอบได้เนติบัณฑิตขั้นที่ 1 (Erstes juristisches Staatsexamen) หลังจากนั้น ท่านได้ย้ายไปศึกษาระดับปริญญาเอก (Promotion) ณ มหาวิทยาลัยเกิททิงเงิน (Göttingen) ภายใต้การดูแลของศาสตราจารย์แวร์เนอร์ เวเบอร์ (Prof. Dr. Werner Weber) เมื่อสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาเอกแล้ว ท่านสอบได้เนติบัณฑิตขั้นที่ 2 (Zweites juristisches Staatsexamen) ที่เมืองชตุทการ์ท บ้านเกิดของท่าน

*
เรียบเรียงโดย นายนิติกร ชัยวิเศษ เจ้าหน้าที่ศาลปกครองชำนาญการพิเศษ สำนักวิจัยและวิชาการ
สำนักงานศาลปกครอง

หลังจากสำเร็จการศึกษาทุกชั้นแล้ว ท่านได้เริ่มเดินบนเส้นทางนักวิชาการโดยเป็นผู้ช่วยของศาสตราจารย์กินเธอร์ ดือร์ริก (Prof. Dr. Günter Dürig) ณ มหาวิทยาลัยทือบิงเงิน และทำผลงานเพื่อให้ได้รับการอนุญาตสอนในมหาวิทยาลัย (Habilitation) ในหัวข้อ “ผลทางกฎหมายของการประกาศว่ากฎหมายตกเป็นโมฆะ (Die Rechtsfolgen der Nichtigkeitserklärung von Gesetzen)” ซึ่งเมื่อท่านได้ทำผลงานชิ้นนี้แล้ว ท่านจึงได้เริ่มบรรยายในมหาวิทยาลัยเมืองซาร์บรึคเคิน (Saarbrücken) มหาวิทยาลัยเสรีแห่งเบอร์ลิน (Freie Universität Berlin) มหาวิทยาลัยโลซาน (Lausanne) มหาวิทยาลัยเกิทติงเงิน มหาวิทยาลัยมาร์บวร์ก (Marburg) มหาวิทยาลัยเมืองไลพ์ซซิก (Leipzig) และมหาวิทยาลัยคอนสตันซ์ (Konstanz) และออกบรรยายในประเทศอื่นไปพร้อมกันด้วย จนกระทั่งท่านเกษียณอายุราชการเมื่อปี ค.ศ. 1999 (พ.ศ. 2542)

ผลงานที่สำคัญของ Hartmut Maurer คือ หนังสือกฎหมายปกครองภาคทั่วไป (Allgemeines Verwaltungsrecht) ที่ตีพิมพ์ครั้งแรกในปี ค.ศ. 1980 หนังสือเล่มนี้ได้อธิบายหลักการสำคัญของกฎหมายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นความหมายของการปกครอง หลักกฎหมายปกครอง และบ่อเกิดของกฎหมายปกครอง รูปแบบการกระทำของฝ่ายปกครอง รวมถึงความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง ซึ่งการที่ Hartmut Maurer ได้เริ่มอธิบายกฎหมายปกครองจากความหมายของการปกครองนั้นมีความสำคัญอย่างมาก เพราะจะทำให้ผู้ที่เริ่มศึกษากฎหมายปกครองได้ทราบตำแหน่งแห่งที่ของกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายและทราบถึงรูปแบบการกระทำที่หลากหลายของฝ่ายปกครองที่จะช่วยให้ผู้ศึกษาเข้าใจการปกครอง และสามารถนำกฎหมายปกครองไปปรับใช้ให้เหมาะสมกับการปกครองในแต่ละรูปแบบได้ ทำให้เห็นได้ว่า การจัดโครงสร้างคำอธิบายกฎหมายปกครองของ Hartmut Maurer นั้น ได้ทำอย่างละเอียดและเป็นระบบ ซึ่งทำให้หนังสือเล่มนี้โด่งดังและถูกแปลออกเป็นหลายภาษา ไม่ว่าจะเป็นภาษาฝรั่งเศส ภาษาสเปน ภาษาจีน ภาษาเกาหลี และภาษาโปแลนด์



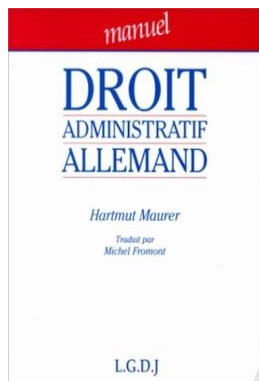
ภาพที่ 1 : ต้นฉบับภาษาเยอรมันฉบับพิมพ์ครั้งที่ล่าสุดที่ Christian Waldhoff เข้ามาร่วมปรับปรุงหนังสือ
ภาพประกอบจาก <https://www.soldan.de/allgemeines-verwaltungsrecht-8091092.html>



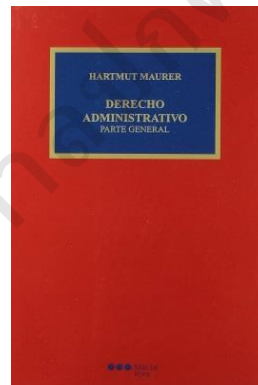
ภาพที่ 2 : ฉบับภาษาเกาหลี
ภาพประกอบจาก : www.yes24.com



ภาพที่ 3 : ฉบับภาษาจีน
ภาพประกอบจาก : www.books.com.tw



ภาพที่ 4 : ฉบับภาษาฝรั่งเศส
ภาพประกอบจาก : www.amazon.fr



ภาพที่ 5 : ฉบับภาษาสเปน
ภาพประกอบจาก : www.marcialpons.es

การที่หนังสือเล่มนี้ถูกแปลและถ่ายทอดออกมาเป็นหลายภาษานั้นแสดงให้เห็นว่า ข้อความคิดเกี่ยวกับกฎหมายปกครองเยอรมันของ Hartmut Maurer นั้น เป็นที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลาย และแม้ว่าหนังสือของ Hartmut Maurer จะไม่มีฉบับแปลเป็นภาษาไทยก็ตาม แต่อิทธิพลของหนังสือเล่มนี้ได้แทรกซึมอยู่ในตำรากฎหมายปกครองไทยหลายเล่ม ไม่ว่าจะเป็นหนังสือกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ของชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ หนังสือกฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป ของวรเจตน์ ภาคีรัตน์ และหนังสือ ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง ของวรพจน์ วิศวพิชญ์ ก็ปรากฏการอ้างอิง หนังสือกฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป ของ Hartmut Maurer ไวโนเชิงอรรถทั้งสิ้น หนังสือกฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป ของ Hartmut Maurer จึงนับว่าเป็นต้นแบบของข้อความคิดเกี่ยวกับกฎหมายปกครองที่มีลักษณะ เป็นสากลที่สามารถนำไปปรับใช้กับระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้ เช่น การจำแนกประเภทของการกระทำ ทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นคำสั่งทางปกครอง กฎ สัญญา หรือการกระทำอื่น หรือคำอธิบายเกี่ยวกับ

ความเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป (Allgemeinverfügung) ของเครื่องหมายจราจรที่ระบบกฎหมายไทยได้รับมาอธิบายและปรับใช้ไปในทิศทางเดียวกับระบบกฎหมายเยอรมัน (แม้ว่าจะมีความแตกต่างกันในรายละเอียดอยู่บ้าง)¹

ตามเหตุผลข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า Hartmut Maurer เป็นนักกฎหมายมหาชนชาวเยอรมันที่มีคุณูปการต่อวงวิชาการนิติศาสตร์ทั้งในประเทศเยอรมนีและนอกประเทศเยอรมนี รวมถึงประเทศไทยด้วย โดยเป็นทั้งผู้นำเสนอข้อความคิดที่สำคัญเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง รวมถึงเป็นแรงบันดาลใจให้กับนักกฎหมายมหาชนไทยในการพัฒนาองค์ความรู้กฎหมายปกครองไทยต่อไป

ภายหลังจากเกษียณอายุราชการในปี ค.ศ. 1999 แล้ว Hartmut Maurer ยังคงทำงานทางวิชาการและพัฒนาหนังสือของท่านอยู่เสมอ และได้รับเครื่องรัฐอิสริยาภรณ์ (Bundesverdienstkreuz) ในปี ค.ศ. 2001 จนกระทั่งวันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 2024 หรือปี พ.ศ. 2567 ท่านได้ถึงแก่กรรมลง แต่แม้ท่านจะจากไปแล้ว ผลงานของท่านจะยังคงดำรงอยู่ให้ผู้คนรุ่นหลังได้ศึกษาค้นคว้าและพัฒนาต่อไป

¹ Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, (München : C.H. Beck, 2011), S. 216-218.; คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 941/2565.

ผลงานที่สำคัญ

หนังสือ

- กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป (Allgemeines Verwaltungsrecht)
- กฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 (Staatsrecht I)

บทความ

- การโต้แย้งเครื่องหมายจราจร (Rechtsschutz gegen Verkehrszeichen) ใน Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke, 2011.
- ข้อความคิดและความเป็นจริงของสิทธิขั้นพื้นฐาน (Idee und Wirklichkeit der Grundrechte) ใน Juristenzeitung 1999.
- หลักการพื้นฐานของสัญญาทางปกครอง (Grundlagen des Verwaltungsvertrags) ใน Hanyang Law Review, Seoul 2009.
- พัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญ (Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit) ใน Festschrift für Werner Frotzcher, 2007.
- ข้อจำกัดทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการแปรรูปการจัดทำบริการสาธารณะให้ภาคเอกชน (Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Privatisierung in Deutschland) ใน JURIDICA INTERNATIONAL XVI/2009
- ผลงานทางวิชาการทั้งหมดของ Hartmut Maurer สืบค้นได้จาก <https://www.jura.uni-konstanz.de/fachbereich/personen/emeriti/maurer/publikationen>



แนะนำวิทยานิพนธ์ที่น่าสนใจ*

วิทยานิพนธ์ เรื่อง การเลิกสัญญาทางปกครอง

โดย นางสาวภัทรานิษฐ์ มณีพันธุ์

วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2560 (231 หน้า)

ประเด็นปัญหาทางกฎหมาย

พัฒนาการของหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองในประเทศไทย อาจกล่าวได้ว่า เริ่มต้นจากการศึกษาในแวดวงนักกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และนักวิชาการในมหาวิทยาลัย ก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่กำหนดนิยามและลักษณะของสัญญาทางปกครอง รวมถึงบุคคลที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง อย่างไรก็ตาม กฎหมายดังกล่าวไม่ได้กำหนดเนื้อหาหรือหลักเกณฑ์เชิงสารบัญญัติของสัญญาทางปกครอง รวมทั้งหลักการเกี่ยวกับการเกิดขึ้น การปฏิบัติตามสัญญา และการสิ้นสุดของสัญญาทางปกครองเอาไว้ จึงต้องอาศัยหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประเด็นเกี่ยวกับการเลิกสัญญา เป็นข้อพิจารณาที่สำคัญเมื่อมีการละเมิดสัญญา หรือมีเหตุที่ทำให้สัญญาไม่ควรดำรงอยู่ต่อไป ตามกฎหมายแพ่งการเลิกสัญญาอาจเกิดจากความตกลงกันของคู่สัญญาโดยความสมัครใจ หรือการใช้สิทธิตามกฎหมาย ทั้งนี้ การเลิกสัญญาทางแพ่งมีบัญญัติที่ชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สำหรับสัญญาทางปกครอง โดยหลักแล้ว แม้คู่สัญญาฝ่ายปกครองไม่ชำระหนี้ ฝ่ายเอกชนยังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะหยุดชะงัก และหลักในการเลิกสัญญาทางปกครอง ต้องพิจารณาจากข้อสัญญา กฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง หรือโดยการวินิจฉัยขององค์กรที่มีอำนาจหน้าที่



ประเทศไทย : แนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองได้รับอิทธิพลจากกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งให้อำนาจฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์สาธารณะ แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่ได้ผิดสัญญาก็ตาม ในขณะที่กฎหมายเยอรมันเน้นความเท่าเทียมระหว่างคู่สัญญา การเลิกสัญญาฝ่ายเดียวจึงทำได้เฉพาะในกรณีที่มีความจำเป็นเท่านั้น

*

แนะนำโดย นายกองพล เสถียรกานนท์ และนางสาวบุศรา จิตต์สอาด มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์ (นักศึกษาฝึกงานกลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง)



ประเด็นศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

❖ การศึกษากฎหมายต่างประเทศ เปรียบเทียบ มีความสำคัญต่อการพัฒนากฎหมาย สัญญาทางปกครองในประเทศไทย ซึ่งกฎหมายฝรั่งเศส มีหลักการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจเหนือคู่สัญญา ฝ่ายเอกชน ขณะที่กฎหมายเยอรมันใช้หลัก ความเท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญา การศึกษา เปรียบเทียบย่อมนำมาสู่แนวทางที่เหมาะสม สำหรับประเทศไทย

❖ ศึกษาข้อความคิดพื้นฐานของสัญญา ทางปกครอง ซึ่งเป็นสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐ กับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะและการบริหารงาน ของรัฐ โดยที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือเอกชน ในการออกคำสั่งและบังคับใช้สัญญา สัญญา ทางปกครองจึงมีเอกสิทธิ์เฉพาะ เช่น การเรียกเก็บ ภาษี การเวนคืนที่ดินและได้รับการคุ้มครองพิเศษ ตามกฎหมาย สิทธิทรัพย์สินของรัฐได้รับการคุ้มครอง และบังคับใช้ได้โดยไม่ต้องขออำนาจจากศาล ทั้งนี้ สัญญาทางปกครองมีหลายรูปแบบ และเป็นเครื่องมือสำคัญในการบริหารงานของรัฐ เพื่อจัดทำบริการสาธารณะอย่างมีประสิทธิภาพ และรักษาผลประโยชน์ของสาธารณะ

❖ ศึกษาวิเคราะห์การเลิกสัญญา ทางปกครองในระบบกฎหมายไทย พบว่า สามารถ ทำได้สองวิธีหลัก คือ การเลิกสัญญาตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้ กับสัญญาทางปกครองได้หากไม่ขัดกับสภาพ ของเรื่อง และการเลิกสัญญาตามกฎหมายเฉพาะ ซึ่งกฎหมายหลายฉบับบัญญัติให้รัฐหรือฝ่ายปกครอง สามารถเลิกสัญญาได้ตามเหตุที่กำหนดไว้ ขณะที่

การเลิกสัญญาโดยฝ่ายเอกชนมักไม่ปรากฏ ในกฎหมาย เนื่องจากต้องกำหนดหลักเกณฑ์ เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองอย่างชัดเจน

ผู้จัดทำวิทยานิพนธ์เสนอว่า การนำ หลักกฎหมายมหาชนมาใช้กับสัญญาทางปกครอง ของประเทศไทย อาจต้องมีการปรับเปลี่ยน และเพิ่มเติมบางส่วน เช่น การเลิกสัญญาในกรณี ที่มีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ต้องระบุ เหตุผลและกระบวนการที่ชัดเจน หรือการกำหนด หลักเกณฑ์การชดเชยความเสียหายให้แก่ฝ่ายเอกชน ที่ได้รับผลกระทบจากการเลิกสัญญาทางปกครอง หรือการให้สิทธิแก่ฝ่ายเอกชนในกรณีที่ฝ่ายปกครอง เลิกสัญญาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

 **ประเทศฝรั่งเศส :** การเลิกสัญญา ทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส พัฒนา จากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด หลักกฎหมายที่สำคัญประกอบด้วยสามส่วน ได้แก่ (1) หลักกฎหมายว่าด้วยความสมดุลทางการเงิน ในสัญญา (2) หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับผลของสัญญา และ (3) หลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ค่าทดแทน ความเสียหาย ซึ่งครอบคลุมทั้งกรณีการใช้อำนาจ แก่ใจและการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

 **ประเทศเยอรมนี :** การเลิกสัญญา ทางปกครองในกฎหมายเยอรมัน รัฐบัญญัติ วิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ค.ศ. 1976 กำหนด หลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง โดยครอบคลุมการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ การทำ สัญญาทางปกครอง ความหมาย ประเภท แบบ เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมาย การแก้ไขเปลี่ยนแปลง การเลิกสัญญา และการบังคับตามสัญญาทางปกครอง

ผลจากการศึกษาประเด็นปัญหา

สัญญาทางปกครองสะท้อนความขัดแย้งระหว่างประโยชน์สาธารณะ และสิทธิของฝ่ายเอกชน รวมถึงควรแบ่งแยกระบบกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน สำหรับประเทศไทย สัญญาทางปกครองพัฒนาขึ้นจากกฎหมายต่าง ๆ เช่น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่กำหนดนิยาม และอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ หลักเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองจากสัญญาทางแพ่งได้รับอิทธิพลความคิดพื้นฐานจากระบบกฎหมายฝรั่งเศส และระบบกฎหมายเยอรมัน โดยในประเทศฝรั่งเศส ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์เหนือเอกชน เช่น การเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ทั้งนี้จะต้องชดเชยค่าเสียหายในส่วนประเทศเยอรมนี มีการบัญญัติสิทธิเลิกสัญญาไว้อย่างชัดเจนเพื่อความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

จากการศึกษาเพื่อจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ พบว่า ระบบกฎหมายไทยรับแนวคิดจากประเทศฝรั่งเศส โดยศาลปกครองสูงสุดยอมรับอำนาจของฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว แม้ไม่มีการกำหนดในสัญญา และฝ่ายเอกชนมีสิทธิขอให้ศาลเลิกสัญญาได้หากฝ่ายปกครองผิดสัญญาร้ายแรง ทั้งนี้ มีปัญหาที่ต้องพิจารณาเพิ่มเติมเกี่ยวกับการปรับใช้กฎหมายเอกชนในการเลิกสัญญา ความชอบด้วยกฎหมายของการเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครอง และขอบเขตของการใช้อำนาจตามกฎหมายในการเลิกสัญญาทางปกครอง

ข้อเสนอแนะของผู้เขียนวิทยานิพนธ์

ผู้เขียนวิทยานิพนธ์มีข้อเสนอแนะว่า

❖ ควรมีการกำหนดแนวทางเกี่ยวกับการใช้สิทธิเลิกสัญญาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยให้ฝ่ายปกครองมีสิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในกรณีที่มีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ

❖ ควรกำหนดเงื่อนไขการใช้สิทธิดังกล่าว รวมถึงการชดเชยเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย

❖ สิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนควรได้รับการรับรองให้ร้องขอต่อศาลให้เลิกสัญญาได้ในกรณีที่มีเหตุจำเป็น หรือกรณีที่ฝ่ายปกครองละเมิดสัญญา

❖ สำหรับการจัดทำกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง อาจทำได้โดยการตราเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาทางปกครองแบบเอกเทศ ซึ่งรวบรวมหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องและจำเป็นในเรื่องสัญญาทางปกครองที่ครอบคลุมถึงเรื่องการจัดทำสัญญา เงื่อนไขความสมบูรณ์ การปฏิบัติตามสัญญา การบริหารสัญญา และการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญา เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและสิทธิของฝ่ายเอกชน และวางรากฐานให้สัญญาทางปกครองมีระบบระเบียบในประเทศไทย อย่างไรก็ตาม แม้จะมีข้อเสนอให้จัดทำกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองในลักษณะเดียวกับระบบกฎหมายเยอรมัน แต่ระบบกฎหมายไทย ใกล้เคียงกับสัญญาทางปกครองของระบบกฎหมายฝรั่งเศสมากกว่า แม้ในประเทศฝรั่งเศสจะพัฒนาหลักกฎหมายผ่านคำวินิจฉัยของศาล และมีความพยายามให้ศาลปกครองไทยมีบทบาทคล้ายคลึง



กับสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส แต่การจัดทำกฎหมาย
ว่าด้วยสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย
จะเป็นประโยชน์ในการประกันสิทธิของบุคคล
และเพิ่มพูนประสิทธิภาพในการปฏิบัติการกิจ
ของฝ่ายปกครอง หรือการบริหารราชการแผ่นดิน
ไปพร้อมกันได้

ความน่าสนใจของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้แนะนำวิทยานิพนธ์เห็นว่า การศึกษา
เปรียบเทียบหลักกฎหมายของประเทศเยอรมนี
และประเทศฝรั่งเศส สามารถนำมาประยุกต์ใช้
เป็นแนวทางการพัฒนากฎหมายในเรื่องสัญญา
ทางปกครองของประเทศไทยได้ เนื่องจากประเทศ
เหล่านี้มีการวางหลักผ่านคำวินิจฉัยของศาล
นอกจากนี้ การเสนอให้มีการตราพระราชบัญญัติ
ว่าด้วยสัญญาทางปกครองแบบเอกเทศ จะช่วยให้
การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองมีความชัดเจน
ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อการบริหารราชการแผ่นดิน
และการคุ้มครองสิทธิของเอกชนอย่างเป็นธรรม



เพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

รัฐจะต้องใช้วิธีระมัดระวังตามความสามารถของตน

เมื่อปรากฏว่ามีภัยคุกคามที่รุนแรงหรือที่ไม่สามารถแก้ไขให้กลับสู่สภาพเดิมได้

รัฐไม่อาจนำเรื่องการขาดความชัดเจนทางวิทยาศาสตร์

มาใช้เป็นเหตุผลในการเลื่อนใช้มาตรการที่มีประสิทธิภาพและคุ้มค่ากับต้นทุน

เพื่อป้องกันความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อม



“หลักการระวังไว้ก่อน” ตามข้อ 15 ของปญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1992