



วารสารวิชาการ ศาลปกครอง

Administrative Courts Journal

ปีที่ 25 ฉบับที่ 3 (กันยายน-ธันวาคม) 2568

ISSN 3088-1838 (Online)

บทความทางวิชาการ

- การปรับใช้หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (la doctrine des facilités essentielles) เพื่อส่งเสริมเสรีภาพในทางเศรษฐกิจในประเทศไทย : ศึกษากรณีการใช้โครงสร้างพื้นฐานร่วมกันในโครงข่ายโทรคมนาคม
อานันท์ กระบวนศรี
- ทฤษฎีสามระดับ (Drei-Stufen-Theorie) ของการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามระบบกฎหมายเยอรมัน
วิษณุพาส พิมพ์อักษร
- การฟ้องคดีละเมิดจากเหตุข้อมูลส่วนบุคคลรั่วไหล (data breach) : ศึกษากรณีความรับผิดตามข้อบังคับ GDPR ของสหภาพยุโรป
นัทชา อักษรพันธ์

บทวิเคราะห์คดี

- สถานะทางกฎหมายของใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร ตามมาตรา 39 ตรี แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองตามระบบอนุญาต (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 8/2562)
วิษณุพาส พิมพ์อักษร
- ความเสมอภาคระหว่างเพศ กรณีกฎที่กำหนดเกี่ยวกับการแต่งกาย
(คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1868/2566)
ปฐมน แบนเหลือ

คอลัมน์หลักกฎหมายมหาชน

- สรุปความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสรีที่ 497/2564 การยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นของข้าราชการที่เสียชีวิต พร้อมข้อสังเกต
นิตินร ชัยวิเศษ

คอลัมน์ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ

“ศาสตราจารย์ ดร.สุพล นิตไกรพจน์”

วารสารวิชาการ
ศาลปกครอง

Administrative Courts Journal

€ – Journal

ปีที่ 25 ฉบับที่ 3
(กันยายน-ธันวาคม) 2568

ที่ปรึกษา

นายประสิทธิ์ศักดิ์

มีลาภ

ประธานศาลปกครองสูงสุด

คณะกรรมการอำนวยการจัดทำวารสารวิชาการศาลปกครอง

นายวิษณุ

วรัญญู

รองประธานศาลปกครองสูงสุด

นายสุชาติ

มงคลเลิศพล

รองประธานศาลปกครองสูงสุด

นายเทอดพงศ์

คงจันทร์

ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองอุดรธานี

นางจักรวาทิ

มนูญพงศ์

ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองกลาง

นายสุชาติ

วงศ์สินนาถ

ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองกลาง

นางสาวรตนู

วิจารณ์ันท์

ตุลาการศาลปกครองสุพรรณบุรี

นายเชิดวุฒิ

สินพิมลบูรณ์

ตุลาการศาลปกครองกลาง

นายเจตน์

สถาวรศีลพร

เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง

นายวิริยะ

วัฒน์สุชาติ

ผู้อำนวยการสำนักส่งเสริมงานคดีปกครอง

นายนรินทร์

อิธิสาร

ผู้อำนวยการสำนักวิจัยและวิชาการ

กองบรรณาธิการ

นายวิษณุ

วรัญญู

รองประธานศาลปกครองสูงสุด

ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์

ภาศิริตัน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช

สรุโฆษิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รองศาสตราจารย์ ดร.สุปรียา

แก้วละเอียด

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

รองศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์

อึ้งจะนิล

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รองศาสตราจารย์ ดร.ฐาภา

ศิริฤทธิ์วัฒนา

อดีตคณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ยอดพล

เทพสิทธิธา

สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุทธิชัย

งามชื่นสุวรรณ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

นายศุภวัฒน์

สิงห์สูงวงศ์

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

นายเอกชัย

ไชยบุญวัติ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสยาม

คณะกรรมการจัดการวารสารวิชาการศาลปกครอง

นายเจตน์	สถาพรศิลป์	เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง
นายปิยะศาสตร์	ไขว้พันธุ์	รองเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง
นายนรินทร์	อิธิสาร	ผู้อำนวยการสำนักวิจัยและวิชาการ
นายวิริยะ	วัฒนสุชาติ	ผู้อำนวยการสำนักส่งเสริมงานคดีปกครอง
นางผจงจิตต์	วงศ์ธีรญาณเดช	ผู้อำนวยการวิทยาลัยการยุติธรรมทางปกครอง
นางสาวจณัญญา	สุภานิช	ผู้อำนวยการสำนักประชาสัมพันธ์
นางสาวพัชรภรณ์	ศิริวิมลกุล	พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ รักษาการในตำแหน่ง ผู้อำนวยการกลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ

ฝ่ายจัดการวารสารวิชาการศาลปกครอง

นายตุลฉัตร	อุดารักษ์	นางสาวเนาวรัตน์	พัฒนไพโรจน์
นางสาวอภิญา	แก้วกำเหนิด	นางทิพย์วรรณ	เพ็งสว่าง
นางสาวรัชดาภรณ์	มีแก้ว	นายนิติกร	ชัยวิเศษ
นางสาวนิชาภา	เขียนสายออ	นายอานันท์	กระบวนศรี
นายณัฐภัทร	ประเสริฐวิทย์		

ฝ่ายพิสูจน์อักษรและการพิมพ์

นางสาวสุนิตา	คงมัน	นางสาวสิริมา	นามนนท์
นางสาวชวิกา	พงศ์ดำรงวิทย์	นางสาวดวงแก้ว	เกิดจันทร์

ฝ่ายประชาสัมพันธ์และงานศิลป์

นางสาวจณัญญา	สุภานิช	นางสาวรัตนภรณ์	พงสะมั่ง
นางรัชนิวรรณ	คงทวี	นางสาวจุฑามาน	สายรัตเงิน

ฝ่ายสารสนเทศและเว็บไซต์

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

วัตถุประสงค์

เพื่อส่งเสริม เผยแพร่ และพัฒนาความรู้ทางวิชาการด้านกฎหมายมหาชน กฎหมายปกครอง และกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของประเทศไทยและนานาชาติ

หลักเกณฑ์การรับผลงานทางวิชาการ เพื่อเผยแพร่ในวารสารวิชาการศาลปกครอง

- งานวิชาการที่รับเผยแพร่ ได้แก่
 - บทความทางวิชาการ โดยสามารถจัดทำได้ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ/บทความแปล
 - บทวิเคราะห์คำพิพากษาหรือคำสั่งศาลที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครอง โดยไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองเท่านั้น
 - บทวิเคราะห์ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง
 - บทวิเคราะห์วิจารณ์หนังสือ
 - ประวัติและผลงานของนักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ ทั้งชาวไทยและชาวต่างประเทศ
 - งานวิชาการแบบสั้น เช่น ปกิณกะกฎหมาย หรือบทวิเคราะห์กฎหมายใหม่ที่ที่น่าสนใจ
 - ผลงานทางวิชาการอื่น ๆ ที่กองบรรณาธิการเห็นสมควร ทั้งนี้ งานวิชาการดังกล่าวจะต้องเป็นงานวิชาการที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชน กฎหมายปกครองที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานของหน่วยงานทางปกครอง และศาลปกครอง
- งานวิชาการต้องไม่เคยลงตีพิมพ์และเผยแพร่สู่สาธารณะในที่ใดมาก่อน
- เป็นงานวิชาการที่ผู้เขียนได้เขียนขึ้นเอง โดยมิได้คัดลอกจากบทความของตนเอง (self-plagiarism) หรือผู้อื่นที่เคยเผยแพร่สู่สาธารณะ
- งานวิชาการไม่ควรมีจำนวนหน้าเกิน 35 หน้า
- 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) ผ่านเว็บไซต์ของศาลปกครองที่ <https://www.admincourt.go.th> และเว็บไซต์ของ Thaijo ที่ <https://www.tci-thaijo.org> รวมทั้งเว็บไซต์ของหอสมุดกฎหมายมหาชนและศูนย์การเรียนรู้ศาลปกครองออนไลน์ (Administrative Court Life Long Learning Cloud : All Cloud)

เจ้าของ

สำนักงานศาลปกครอง อาคารศาลปกครอง
เลขที่ 120 หมู่ที่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210
โทรศัพท์ 0 2141 1111 โทรศัพท์สายด่วน 1355
ฝ่ายจัดการวารสารวิชาการศาลปกครอง โทรศัพท์ 0 2141 0621

บทความหรือข้อความความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏในวารสารวิชาการศาลปกครอง เป็นความรับผิดชอบของผู้เขียนโดยเฉพาะ สำนักงานศาลปกครองและกองบรรณาธิการวารสารวิชาการศาลปกครองไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย



บทบรรณาธิการ

วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 25 ฉบับที่ 3 (กันยายน-ธันวาคม) 2568 ฉบับนี้เป็นฉบับสุดท้ายของปี พ.ศ. 2568 ซึ่งผู้สนใจสามารถเข้าถึงได้ในรูปแบบวารสารอิเล็กทรอนิกส์ (E-Journal) ผ่านเว็บไซต์ของศาลปกครอง เว็บไซต์ของ Thaijo และเว็บไซต์ของหอสมุดกฎหมายมหาชนและศูนย์การเรียนรู้ศาลปกครองออนไลน์

วารสารวิชาการศาลปกครองฉบับนี้มี**บทความทางวิชาการ** จำนวน 3 บทความ บทความแรกเขียนโดยนายอานันท์ กระบวนศรี เรื่อง “การปรับใช้หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (la doctrine des facilités essentielles) เพื่อส่งเสริมเสรีภาพในทางเศรษฐกิจในประเทศไทย : ศึกษากรณีการใช้โครงสร้างพื้นฐานร่วมกันในโครงข่ายโทรคมนาคม” ที่ศึกษาแนวคิดของหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นและแนวคิดกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง รวมถึงคำพิพากษาของศาลปกครองไทยที่เกี่ยวกับหลักดังกล่าว

เรื่องที่สองเป็นบทความของนายวิษณุ पास พิมพ์อักษร เรื่อง “ทฤษฎีสามระดับ (Drei-Stufen-Theorie) ของการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามระบบกฎหมายเยอรมัน” ซึ่งผู้เขียนได้อธิบายหลักกฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพและเสรีภาพในการประกอบกิจการในระบบกฎหมายไทย พร้อมทั้งนำเสนอและอธิบายทฤษฎีสามระดับของระบบกฎหมายเยอรมัน จากนั้นจึงได้วิเคราะห์ว่าทฤษฎีดังกล่าวสามารถนำมาใช้ประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองไทยได้หรือไม่ อย่างไร

บทความสุดท้ายเป็นเรื่อง “การฟ้องคดีละเมิดจากเหตุข้อมูลส่วนบุคคลรั่วไหล (data breach) : ศึกษากรณีความรับผิดชอบตามข้อบังคับ GDPR ของสหภาพยุโรป” โดยนางสาวนันทา อักษรพันธ์ ที่ได้ศึกษาเปรียบเทียบกลไกการใช้สิทธิในการเรียกค่าเสียหายของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ของประเทศไทยกับข้อบังคับว่าด้วยหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของพลเมืองสหภาพยุโรป เพื่อนำเสนอการพัฒนาข้อความคิดเกี่ยวกับกลไกการเยียวยาสิทธิในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอย่างเป็นระบบ โดยมีเนื้อหาครอบคลุมสาระสำคัญแห่งบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบทางแพ่งของกฎหมายทั้งสองฉบับในมิติต่าง ๆ

นอกจากบทความทางวิชาการที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังมี**บทวิเคราะห์คดีที่น่าสนใจ** จำนวน 2 เรื่อง ได้แก่ บทวิเคราะห์คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 8/2562 ที่วิเคราะห์สถานะทางกฎหมายของใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร ตามมาตรา 39 ตรี แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เนื่องจากมีผลต่อประเด็นการเกิดผลและสิ้นผลของคำสั่งทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสิ้นผลโดยการลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ และบทวิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1868/2566 ซึ่งเป็นคดีสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงบทบาทของศาลปกครองในการรับรองคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างเพศ โดยได้วิเคราะห์คำพิพากษาในประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลและบทบัญญัติที่ศาลนำมาใช้



พิจารณาพิพากษาคดี รวมถึงข้อพิจารณาประเด็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ

นอกจากนี้ ยังมีผลงานทางวิชาการอื่น ๆ ที่น่าสนใจ ได้แก่ **คอลัมน์หลักกฎหมายมหาชน** ที่ได้นำเสนอหลักกฎหมายจากความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 497/2564 เรื่อง การยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นของข้าราชการที่เสียชีวิต ซึ่งนำเสนอข้อสังเกตและข้อวิเคราะห์เกี่ยวกับปัญหาที่เกิดขึ้นตามข้อหาเรื่องนี้ เช่น ผู้ใดเป็นคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครอง เงื่อนไขการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ **คอลัมน์ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ** ซึ่งได้รับเกียรติจากศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์ นายกสภามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ซึ่งท่านได้ถ่ายทอดเรื่องราวการเดินทางของชีวิต ตั้งแต่ปฐมบทแห่งแรงบันดาลใจในวัยเยาว์ แนวความคิดที่หล่อหลอมให้เป็นตัวตนของอาจารย์ และเปิดเผยแง่มุมชีวิตบางประการที่ไม่เคยกล่าวถึงในที่สาธารณะมาก่อน รวมถึงทัศนะที่มีต่อศาลปกครอง และปิดท้ายเล่มด้วย**คอลัมน์แนะนำหนังสือ** เรื่อง คำอธิบายกฎหมายผังเมือง ของรองศาสตราจารย์ ดร.เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล โดยเป็นหนังสือที่อธิบายกฎหมายผังเมืองซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์การใช้ประโยชน์ในที่ดินของประชาชน อันเป็นกฎหมายที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดอย่างยิ่งกับชีวิตประจำวันของประชาชน

สุดท้ายนี้ กองบรรณาธิการขอเชิญชวนผู้อ่านส่งผลงานทางวิชาการมาเผยแพร่ในวารสารวิชาการศาลปกครอง เพื่อเป็นส่วนหนึ่งในการร่วมกันพัฒนาความรู้ทางวิชาการด้านกฎหมายมหาชน กฎหมายปกครอง และกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของประเทศไทย

รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต

บรรณาธิการ



วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 25 ฉบับที่ 3 (กันยายน-ธันวาคม) 2568

สารบัญ

บทความทางวิชาการ

- การปรับใช้หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (la doctrine des facilités essentielles) เพื่อส่งเสริมเสรีภาพในทางเศรษฐกิจในประเทศไทย : ศึกษากรณีการใช้โครงสร้างพื้นฐานร่วมกันในโครงข่ายโทรคมนาคม
โดย อานันท์ กระบวนศรี

1

- ทฤษฎีสามระดับ (Drei-Stufen-Theorie) ของการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามระบบกฎหมายเยอรมัน
โดย วิชญ์พาส พิมพ์อักษร

64

- การฟ้องคดีละเมิดจากเหตุข้อมูลส่วนบุคคลรั่วไหล (data breach) : ศึกษากรณีความรับผิดตามข้อบังคับ GDPR ของสหภาพยุโรป
โดย นัทธา อักษรพันธ์

100

บทวิเคราะห์คดี

- สถานะทางกฎหมายของใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร ตามมาตรา 39 ตรี แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองตามระบบอนุญาต (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 8/2562)
โดย วิชญ์พาส พิมพ์อักษร

131

- ความเสมอภาคระหว่างเพศ กรณีกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการแต่งกาย (คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1868/2566)
โดย ปฐมน แป้นเหลือ

150



หลักกฎหมายมหาชน

- สรุปความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 497/2564 การยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นของข้าราชการที่เสียชีวิต พร้อมข้อสังเกต
โดย นิตกร ชัยวิเศษ -----

170

คอลัมน์ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ

- บทสัมภาษณ์ชีวประวัติและผลงานของศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์ -----

179

คอลัมน์แนะนำหนังสือ

- “คำอธิบายกฎหมายผังเมือง”
เขียนโดย เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล
โดย นิตกร ชัยวิเศษ -----

196



การปรับใช้หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น
(la doctrine des facilités essentielles) เพื่อส่งเสริมเสรีภาพในทางเศรษฐกิจในประเทศไทย :
ศึกษากรณีการใช้โครงสร้างพื้นฐานร่วมกันในโครงข่ายโทรคมนาคม

Applying the Essential Facilities Doctrine to Foster Economic Freedom in Thailand :
The Case of Infrastructure Sharing in Telecommunications

อานันท์ กระบวนศิริ*

รับบทความเมื่อ 6 ธันวาคม 2566

แก้ไขบทความเมื่อ 27 สิงหาคม 2568

ตอบรับบทความเมื่อ 28 สิงหาคม 2568

บทคัดย่อ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 40 ด้รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ทำให้การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำไม่ได้ แต่รัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ว่าการจำกัดเสรีภาพเช่นนี้อาจกระทำได้โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยได้รับอิทธิพลทางความคิดแบบเสรีนิยมใหม่ที่เรียกร้องให้รัฐเข้ามาใช้อำนาจมหากำกัับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้ประกอบการจะสามารถเข้าสู่ตลาดที่มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม และเพื่อให้แน่ใจว่าเอกชนในตลาดจะสามารถแข่งขันกันได้อย่างเสรีและเป็นธรรม จึงเกิดข้อเรียกร้องให้มีการปฏิรูปรัฐวิสาหกิจของรัฐให้มาอยู่ในรูปของบริษัทเอกชน และยกเลิกรัฐวิสาหกิจทางมหาชนโดยนำอำนาจดังกล่าวไปไว้กับองค์กรกำกับดูแล นอกจากนี้ ทรัพย์สินของบริษัทที่แปรรูปมาจากรัฐวิสาหกิจที่มีลักษณะเป็นโครงข่ายก็ได้ถูกเรียกร้องให้ต้องเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการรายอื่นสามารถเข้ามาเชื่อมต่อโครงข่ายเพื่อให้เกิดการใช้ทรัพยากรสาธารณะอย่างมีประสิทธิภาพและเป็นธรรมกับผู้ประกอบการรายใหม่ที่ต้องการเข้าสู่ตลาด แนวคิดดังกล่าวมีชื่อเรียกว่า “หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น” (la doctrine des facilités essentielles) บทความนี้จะทำการศึกษาแนวคิดดังกล่าวรวมถึงแนวคิดกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องและคำพิพากษาของศาลปกครองไทยที่เกี่ยวกับหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในกิจการโทรคมนาคม

*

นิติศาสตรมหาบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน สาขากฎหมายมหาชนภาคธุรกิจ มหาวิทยาลัย Paris - Saclay (เกียรตินิยม) นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) มหาวิทยาลัย Toulouse Capitole ประเทศฝรั่งเศส, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง



คำสำคัญ : บทความวิชาการ, หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น, ลัทธิเสรีนิยมใหม่, จอห์น เมย์นาร์ด เคนส์, ฟรีดริช ฮาเย็ก, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, กฎหมายปกครอง, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ, กฎหมายแข่งขันทางการค้า, กฎหมายทรัพย์สิน, กรรมสิทธิ์, เสรีภาพในการประกอบกิจการ, เสรีภาพในการแข่งขัน, บริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ, การบริการสาธารณะที่มีโครงข่าย, การเชื่อมต่อโครงข่าย, คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, ศาลปกครอง



Abstract

The Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017), Article 40, recognizes the liberty to engage in an occupation, rendering any limitation on such freedom impossible. However, the Constitution provides for exceptions, stating that restrictions on freedom may be imposed through legal authority to maintain the security or economy of the country, protect fair competition, prevent or eliminate barriers or monopoly, protect consumers, regulate the engagement of occupation only to the extent of necessity, or for other public interest. This reflects that Thailand has been influenced by modern liberal thinking, urging the state to use its power to regulate economic activities to ensure businesses can enter a competitive and fair market. This demand also includes transforming state-owned enterprises into private companies and abolishing special privileges of private monopolies by transferring such authority to regulatory organizations. Furthermore, properties of companies transformed from state-owned enterprises, specifically the public services network, are required to provide opportunities for other business entities to connect to the network efficiently and fairly. This concept is known as the “Essential Facilities Doctrine”. This article examines this concept along with the public economic law perspective, relevant Thai laws, and judgments of Administrative Courts of Thailand related to essential facilities in the telecommunications industry.

Keywords : academic article, Essential Facilities Doctrine, neoliberalism, John Maynard Keynes, Friedrich Hayek, constitutional law, administrative law, public economic law, competition law, property law, right to property, liberty to engage in an occupation, freedom of competition, services of general economic interest, public services network, interconnection, national broadcasting and telecommunication commission, Administrative Court



บทนำ

ตามแนวคิดแบบเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ นิติสัมพันธ์ของบุคคลตั้งอยู่บนฐานของการแสดงเจตนา โดยใจสมัคร เอกชนที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินสามารถใช้สอยทรัพย์สินของตนได้อย่างเสรี มีสิทธิหวงกั้น การเข้าถึงทรัพย์สินของตนจากบุคคลอื่น ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานวิธีคิดแบบกฎหมายเอกชน ในระบบดังกล่าว รัฐจะต้องดำรงตนอยู่เพียงในฐานะผู้ปกป้องความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองเท่านั้น รัฐไม่สามารถดำเนินกิจการใด ๆ ในลักษณะที่เป็นการแทรกแซงการแข่งขันระหว่างเอกชนได้ จนกระทั่งเกิดสงครามโลกและวิกฤติเศรษฐกิจ ที่เรียกร้องให้รัฐเข้ามามีบทบาทในการค้ำจุนระบบเศรษฐกิจมากยิ่งขึ้น ทำให้กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ มีพัฒนาการก้าวหน้ามากขึ้นโดยเฉพาะในยุคที่รัฐเข้ามาเป็นผู้เล่นสำคัญในตลาด ในรูปของรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือบริการสาธารณะที่มีโครงข่ายขนาดใหญ่ซึ่งเอกชนไม่สามารถ ดำเนินกิจการเองได้ อย่างไรก็ตาม การแทรกแซงของรัฐจะทำให้ระบบเศรษฐกิจกลับฟื้นมีชีวิตขึ้นมาอีกครั้ง แต่การดำรงอยู่ของรัฐก็ถูกตั้งคำถามตามมาถึงความมีประสิทธิภาพในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม รัฐก็ไม่อาจถอยออกมาจากตลาดโดยสมบูรณ์ด้วยความกังวลว่าผู้เล่นรายใหญ่ในตลาดจะใช้อำนาจเหนือตลาด เอารัดเอาเปรียบผู้เล่นรายอื่น ซึ่งเป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างเสรี แนวคิดแบบเสรีนิยมใหม่เรียกร้อง ให้รัฐเข้ามาใช้อำนาจมหาชนกำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้ประกอบการ จะสามารถเข้าสู่ตลาดที่มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจจึงเข้ามา มีบทบาทขึ้นอีกครั้ง ไม่ใช่ในลักษณะที่รัฐเป็นผู้เล่น แต่เป็นผู้คุมกฎกติกา เพื่อไม่ให้เกิดสภาวะการประกอบธุรกิจ แบบ “ปลาใหญ่กินปลาเล็ก”

ทั้งนี้ เพื่อให้แน่ใจว่า เอกชนในตลาดจะสามารถแข่งขันกันได้อย่างเสรีและเป็นธรรม จึงเกิดข้อเรียกร้องให้มีการแปรรูปรัฐวิสาหกิจของรัฐให้มาอยู่ในรูปของบริษัทเอกชน และยกเลิกอำนาจพิเศษ ทางมหาชนโดยนำอำนาจดังกล่าวไปไว้กับองค์กรกำกับดูแล นอกจากนี้ ทรัพย์สินของบริษัทที่แปรรูป มาจากรัฐวิสาหกิจที่มีลักษณะเป็นโครงข่ายก็ได้ถูกเรียกร้องให้ต้องเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการรายอื่น สามารถเข้ามาเชื่อมต่อโครงข่าย แนวคิดดังกล่าวมีชื่อเรียกว่า “หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น”¹ (la doctrine des facilités essentielles) แนวคิดนี้เป็นตัวอย่างสำคัญที่สะท้อนให้เห็นถึงอำนาจ ทางมหาชนของรัฐในการเข้ามาแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจในเรื่องที่รัฐเห็นว่ามีความสำคัญต่อประเทศ เช่น กิจการโทรคมนาคม ที่เป็นวัตถุประสงค์การศึกษาในบทความนี้ ดังนั้นเพื่อความเข้าใจถึงหลักว่าด้วย สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นและการนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ในกิจการโทรคมนาคมในประเทศไทย ในส่วนที่ 1 ของบทความนี้ จะศึกษาหลักการสำคัญในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม จากนั้นจะศึกษา

¹ การใช้คำว่า “หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น” ปรากฏในข้อ 5 ของประกาศคณะกรรมการ กิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 และปรากฏใน เอกสิทธิ์ วินิจกุล, การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและการใช้โครงสร้างพื้นฐานร่วมกัน : ความเบื้องต้น และประสบการณ์จากคำพิพากษาศาลปกครอง, เผยแพร่ในอินทราเน็ตของสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง เดือนตุลาคม 2562.

หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยในส่วนที่ 2 ของบทความนี้ และปิดท้ายด้วยการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองไทยในส่วนที่ 3 ของบทความนี้

ส่วนที่ 1 หลักการสำคัญในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม

ประเทศไทยเป็นประเทศที่รับรองระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อทำความเข้าใจภูมิหลังของหลักการดังกล่าว ในส่วนนี้จึงศึกษา 3 ส่วนที่สำคัญ ได้แก่ 1.1 บทบาทของรัฐ ในทางเศรษฐกิจ 1.2 หลักการสำคัญของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ และ 1.3 หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น

1.1 บทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจ

บทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจมีความเป็นพลวัตตามกาลสมัยและมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับพัฒนาการของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจอย่างแยกขาดจากกันไม่ได้ บทบาทดังกล่าวอาจจำแนกออกเป็น 4 ยุคที่สำคัญ ได้แก่ (1) รัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (รัฐผูกขาดพาณิชย์นิยม) (2) รัฐเผ่ายาม (เสรีนิยมทางเศรษฐกิจ) (3) รัฐที่แทรกแซงทางเศรษฐกิจ และ (4) รัฐกำกับกิจการทางเศรษฐกิจ² อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาเรื่องการปรับใช้หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น กรณีการใช้โครงสร้างพื้นฐานร่วมกันในโครงข่ายโทรคมนาคมในบทความนี้จะศึกษาเฉพาะในยุคที่ 3 และยุคที่ 4 เท่านั้น

1.1.1 รัฐที่แทรกแซงทางเศรษฐกิจ

วิกฤตเศรษฐกิจทำให้แนวคิดเสรีนิยมในทางเศรษฐกิจถูกตั้งคำถามและมีเสียงเรียกร้องให้รัฐกลับมามีบทบาทเข้ามาแทรกแซงในทางเศรษฐกิจเพื่อแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจที่รุนแรง และเมื่อสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง ภาคเอกชนสูญเสียทรัพยากรสำคัญในการผลิตไม่สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนได้ด้วยตนเอง สถานการณ์ดังกล่าวทำให้ตลาดไม่สามารถตอบโจทย์ทางสังคมได้อีกต่อไปหรือที่เรียกชื่อว่า “ตลาดล้มเหลว” (Défaillance du marché) ที่เรียกร้องให้รัฐเข้ามามีบทบาทมากยิ่งขึ้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงทำให้รัฐต้องเข้ามาแทรกแซงในทางเศรษฐกิจอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ แนวคิดทางเศรษฐกิจสำคัญที่สนับสนุนการแทรกแซงทางเศรษฐกิจ ได้แก่ แนวคิดของจอห์น เมย์นาร์ด เคนส์ (John Maynard Keynes)³ ที่เชื่อว่า รัฐมีหน้าที่ในการขับเคลื่อนและเป็นห้ามล้อทางเศรษฐกิจของประเทศ ลัทธิที่สนับสนุนการแทรกแซงเศรษฐกิจของรัฐ (interventionnisme) ได้ถูกนำไปใช้อย่างเป็นรูปธรรมผ่านนโยบาย

² โปรตดู อานันท์ กระบวนศรี, “หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ : บทบาทของภาครัฐในทางเศรษฐกิจ ภายใต้อิทธิพลของสหภาพยุโรป,” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 24 ฉบับที่ 3, 2567, น. 1 (5-11).

³ Sophie Nicinski, *Droit public des affaires*, 4^e éd. : 2014, Paris : LGDJ, pp. 30-31; Aurélien Baudu, *Finances Publiques*, 3^e éd. : 2021, Paris : Dalloz, pp. 78-79; Jean – Paul Valette, *Droit public économique*, 3^e éd. : 2015, Paris : Hachette Supérieur, p. 24; Éric Oliva, *Finances Publiques*, 3^e éd. : 2015, Paris : Sirey, p. 17; Pierre Delvolvé, *Droit public de l'économie*, 2^e éd. : 2021, Paris : Dalloz.



“New Deal” ของประธานาธิบดี แฟรงกลิน ดี. โรสเวลต์ (Franklin D. Roosevelt) ที่มีการตรากฎหมายหลายฉบับเพื่อเข้ามาแทรกแซงเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เพื่อแก้ไขปัญหาการว่างงาน และเริ่มมีแนวคิดเกี่ยวกับรัฐสวัสดิการ (État - providence) เกิดขึ้น เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศสที่รัฐกลับมามีบทบาทในการวางกรอบเพื่อกำหนดทิศทางในทางเศรษฐกิจและออกกฎหมายคุ้มครองกิจกรรมทางเศรษฐกิจมากขึ้น⁴ ในช่วงเวลาดังกล่าวเป็นยุคแห่งความเจริญรุ่งเรืองของแนวคิดว่าด้วยการจัดทำบริการสาธารณะ (service public) ซึ่งมุ่งเน้นไปที่บริการสาธารณะประเภทอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (service public industriel et commercial) มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับเรื่องในทางเศรษฐกิจเป็นจำนวนมากในฐานะที่เป็นเครื่องมือสำคัญในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐ มีองค์กรใหม่ ๆ เกิดขึ้นเป็นจำนวนมากโดยเฉพาะรัฐวิสาหกิจ รวมถึงการใช้อำนาจมหาชนทำให้กิจการเอกชนหลายแห่งเป็นของรัฐ (Nationalisation) ในประการสำคัญ คือ การบริการสาธารณะที่มีโครงข่าย (les services publics en réseaux) เช่น พลังงาน คมนาคม และการสื่อสาร เพื่อรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศภายหลังสงครามโลก อย่างไรก็ตาม บริการสาธารณะที่เพิ่มขึ้นเป็นเท่าตัวนำมาซึ่งวิกฤตการณ์ครั้งใหม่ที่เกิดขึ้นในช่วงทศวรรษ 1950 และทศวรรษ 1960 และถูกท้าทายโดยคลื่นความคิดแบบเสรีนิยมใหม่ (néolibérale) ในช่วงทศวรรษ 1980 ที่ให้ความสำคัญกับการแข่งขันอย่างเสรีของภาคเอกชน⁵

1.1.2 รัฐกำกับกิจการทางเศรษฐกิจ

ในช่วงทศวรรษ 1970 รัฐได้เปลี่ยนบทบาทตนเองอีกครั้งมาเป็นผู้กำกับกติกาทางเศรษฐกิจ แทนที่จะเป็นผู้เล่นเหมือนอย่างในอดีต นักคิดคนสำคัญในยุคนี้ ได้แก่ ฟรีดริช ฮาเยก (Friedrich Hayek)⁶ ที่เสนอว่า การที่รัฐต้องเข้าไปแทรกแซงทางเศรษฐกิจทำให้รัฐต้องแบกรับภาระทางงบประมาณเป็นจำนวนมาก ก่อให้เกิดปัญหาหนี้สาธารณะ ปัญหาการทุจริตคอร์รัปชัน การขาดความอิสระทางการเมือง และข้อผูกพันมากมายตามกฎระเบียบต่าง ๆ ในระบบราชการ รัฐจึงไม่สามารถตอบโจทยความต้องการของสังคมได้อีกต่อไปหรือที่เรียกว่าสภาวะ “รัฐล้มเหลว” (Défaillance du gouvernement) จึงเกิดแนวคิดปฏิรูปบทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจที่มีชื่อเรียกว่า “ลัทธิเสรีนิยมใหม่” (Néolibéralisme) ซึ่งเชื่อว่ายิ่งรัฐเข้ามามีบทบาทน้อย เศรษฐกิจยิ่งดี (moins d’État mieux d’État) แนวคิดนี้เรียกร้องไม่ให้รัฐลงมาแทรกแซงเศรษฐกิจแต่ให้เพิ่มบทบาทของภาคเอกชนไปดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะในนามของรัฐ แต่เมื่อรัฐถอยออกมาปล่อยให้เอกชนดำเนินการแทนแล้ว รัฐจะนิ่งเฉยปล่อยให้เป็นไปตามกลไกตลาดแบบเสรีอย่างเต็มที่ที่จะเกิดปัญหาที่ตามมาเหมือนอย่างในยุครัฐเผด็จการ รัฐจะขยับขึ้นไปเป็นผู้กำกับดูแลคอยสอดส่องและบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีที่แท้จริง ดังนั้นในยุคนี้

⁴ Didier Linotte et al., *Droit public économique*, 2001, Paris : Dalloz, p. 17; Éric Oliva, *op. cit.*, pp. 20-21; Jean - Paul Valette, *op. cit.*, pp. 22-25.

⁵ Frédéric Brigaud et al., *Finances Publiques*, 3^e éd. : 2017, Paris : Armand Colin, pp. 462-463; et Jean - Paul Valette, *op. cit.*, p. 32; Pierre Esplugas - Labatut, *le Service public*, 5^e éd. : 2023, Paris : Dalloz, p. 2.

⁶ Sophie Nicinski, *op. cit.*, pp. 34-35.

รัฐจึงเปลี่ยนบทบาทจาก “ผู้จัดทำ” (fournisseur) มาเป็น “ผู้ดูแลกติกา” (régulateur) มีบทบาทสำคัญส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันกันระหว่างเอกชนอย่างเต็มที่⁷ ผู้นำที่มีบทบาทสำคัญที่สนับสนุนแนวคิดดังกล่าว ได้แก่ มาร์กาเรต แทตเชอร์ (Margaret Thatcher) นายกรัฐมนตรีของประเทศไทย โรนัลด์ เรแกน (Ronald Reagan) และโดนัลด์ ทรัมป์ (Donald Trump) ประธานาธิบดีของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้ดำเนินการเพื่อลดค่าใช้จ่ายที่เป็นสวัสดิการสังคม เช่น การศึกษา การเคหะ ประกันสังคม และได้ทำการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (privatisation) ไม่ว่าจะเป็นกิจการประปา ไฟฟ้า ก๊าซ และเหล็กกล้า เช่นเดียวกับสหภาพยุโรปที่ได้รับรองหลักการแข่งขันทางการค้า (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 (Marché unique หรือ Grand marché intérieur) เอาไว้ในกฎหมายยุโรปตลาดเดียว ค.ศ. 1986 (Acte unique européen de 1986)⁸ ภายใต้อิทธิพลดังกล่าว ประเทศฝรั่งเศสจึงได้แปรรูปรัฐวิสาหกิจเป็นจำนวนมากเพื่อลดรายจ่ายสาธารณะและเพิ่มประสิทธิภาพการแข่งขันของเอกชนในตลาด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบริการสาธารณะที่มีโครงข่ายซึ่งรัฐจะต้องแบ่งแยกโครงข่ายออกจากการให้บริการ เปิดโอกาสให้เอกชนเข้าถึงโครงข่ายได้อย่างเสรี และจะต้องมีองค์กรกำกับดูแลที่มีความเป็นอิสระ เพื่อคอยระมัดระวังไม่ให้เกิดการผูกขาดโดยเอกชน โดยองค์กรกำกับดูแลจะมีสถานะเป็นองค์กรอิสระทางปกครอง (autorités administratives indépendantes (AAI)) ที่ปราศจากการแทรกแซงในทางการเมืองของฝ่ายบริหารเพื่อลดบทบาทในทางเศรษฐกิจของภาครัฐอย่างแท้จริง⁹

1.2 หลักการสำคัญของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ

หลักการของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจที่สำคัญอาจสรุปเป็น 4 หลักการ ได้แก่ (1) หลักกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สิน (2) เสรีภาพในทางเศรษฐกิจ (3) หลักกฎหมายทั่วไปที่ปรับใช้ทางเศรษฐกิจ และ (4) หลักการทั่วไปที่มีผลต่อเศรษฐกิจ¹⁰ อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทความนี้อาจจำกัดขอบเขตของการศึกษาเฉพาะในสองหลักการแรก โดยแบ่งเป็นส่วนที่ 1.2.1 หลักกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สิน และส่วนที่ 1.2.2 หลักเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

⁷ Sophie Nicinski, *op. cit.*, pp. 34-35; Pierre Delvolvé, *op. cit.*, p. 268; Didier Linotte et al., *op. cit.*, pp. 25-26; Aurélien Baudu, *op. cit.*, p. 100.

⁸ Jean - Luc Albert, *Finances Publiques*, 11^e éd. : 2019, Paris : Dalloz, p. 73; Didier Linotte et al., *op. cit.*, pp. 57-58; Pierre Bauby, *Service public*, 2^e éd. : 2016, Paris : La Documentation française, pp. 143-144.

⁹ Jean - Paul Valette, *op. cit.*, p. 73; Jean - Philippe Colson et al., *Droit Public Économique*, 6^e éd. : 2012, Paris : LGDJ, pp. 340-344; Didier Linotte et al., *op. cit.*, p. 27; Étienne Petit, *Les indispensables du droit public économique*, 2019, Paris : Ellipses, p. 83.

¹⁰ เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ, 2566, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 68.

1.2.1 หลักกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สิน

หลักกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สิน (la protection du droit de propriété) ปรากฏในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ข้อ 17 บัญญัติว่า “กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิที่ศักดิ์สิทธิ์และไม่อาจถูกล่วงละเมิดได้ บุคคลไม่อาจถูกสิทธิกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตนได้ เว้นเสียแต่จะเป็นไปด้วยความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะที่ขอบด้วยกฎหมายและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขของการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนล่วงหน้าที่เหมาะสมและเป็นธรรม”¹¹ จะเห็นได้ว่า กรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินเป็นสิทธิตามธรรมชาติ ล่วงละเมิดมิได้และมีความศักดิ์สิทธิ์ตามที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองไว้ในข้อ 17 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 รวมถึงในมาตรา 1 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (la Convention européenne des droits de l’homme) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยทรัพย์สินของเอกชนและสาธารณสมบัติของแผ่นดิน¹² ในเวลาต่อมาหลักกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินยังได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นกฎหมายบ้านเมืองโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปรากฏตามคำวินิจฉัยหลายเรื่อง เช่น คำวินิจฉัยเรื่องการโอนทรัพย์สินหรือกิจการของเอกชนเป็นของชาติ ลงวันที่ 16 มกราคม ค.ศ. 1982 และวันที่ 11 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1982¹³ และคำวินิจฉัยเรื่องการแปรรูปกิจการของรัฐ ลงวันที่ 25 และวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1986¹⁴ ตามลำดับ โดยคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทั้งสองคดีมีข้อสรุปและได้รับการรับรองว่ากรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินนั้นเป็นสิทธิที่มีคุณค่าระดับรัฐธรรมนูญ¹⁵

แม้ว่ากรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินจะได้รับการรับรองและได้รับการคุ้มครองไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 และอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน รวมถึงคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส แต่ปัจจุบันกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินมิใช่สิทธิที่จะละเมิดมิได้และมีความศักดิ์สิทธิ์ (un droit inviolable et sacré) ดังเช่นหลักการที่เคยปรากฏในช่วงเวลาของการปฏิวัติฝรั่งเศส ผ่านคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 อีกต่อไป เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงในปัจจุบันพบว่า มีกฎหมายจำนวนมากที่ตราขึ้นใช้บังคับและส่งผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการใช้ทรัพย์สินของผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ เช่น กฎหมายผังเมือง กฎหมายภาษีอากร หรือกฎหมายสิ่งแวดล้อม ดังนั้นทุกวันนี้หลักกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินจึงอาจมิใช่สิทธิที่ล่วงละเมิดมิได้และมีความศักดิ์สิทธิ์เด็ดขาด

¹¹ สุรพล นิตไกรพจน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 24 ฉบับที่ 4, 2537, น. 812 (813).

¹² Matthieu Thauray, *Leçons de Droit public des activités économiques*, 2011, Paris : ellipses, pp. 20-21; Frédéric Colin, *Droit public économiques*, 6^e éd. : 2017, Paris : Gualino, pp. 161-162; Jean - Philippe Colson et al., *op. cit.*, pp. 122-123.

¹³ CC, déc. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982; CC, déc. n° 82-139 DC du 11 février 1982.

¹⁴ CC, déc. n° 86-207 DC du 25 - 26 juin 1986.

¹⁵ Jean - Paul Valette, *op. cit.*, pp. 55-56; Étienne Petit, *op. cit.*, p. 25; เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, *อ้าวแล้ว เจริญรอกที่ 10*, น. 68-69.

ดังเช่นสมัยก่อน การขับเคลื่อนของสังคมในมิติด้านต่าง ๆ ได้ก่อให้เกิดประเด็นใหม่ ๆ และส่งผลให้เกิดคำถามถึงความเด็ดขาดหรือความเป็นที่สุดของหลักกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินแตกต่างกันไป ปัจจุบันกฎหมายจำนวนมากมีเนื้อหาอันเป็นการจำกัดการใช้กรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน กฎหมายเหล่านี้เป็นตัวอย่างสะท้อนการจัดวางนโยบายทางเศรษฐกิจรูปแบบหนึ่งของรัฐ โดยฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายเพื่อตอบสนองต่อความจำเป็นสาธารณะเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งความจำเป็นดังกล่าวย่อมกระทบต่อความสมบูรณ์หรือเด็ดขาดของกรรมสิทธิ์ของปัจเจกชนอย่างหลีกเลี่ยงมิได้¹⁶

1.2.2 หลักเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ

เสรีภาพในทางเศรษฐกิจ (la liberté économique) หมายถึง ทุกคนมีเสรีภาพในการที่จะผลิตสินค้าหรือเสนอบริการใด ๆ ได้ตามใจปรารถนา จะเลือกใช้เทคนิควิธีการผลิตที่ตนเห็นว่ามีเหมาะสมและเป็นผู้กำหนดจำนวนและคุณภาพ เมื่อผู้ผลิตเป็นผู้มีเสรีภาพทางเศรษฐกิจในการที่จะส่งสินค้าเข้าไปในตลาดโดยไม่จำกัดชนิดและปริมาณ ตลอดจนสามารถกำหนดราคาได้ ก็จะทำให้เกิดการแข่งขันในการขายสินค้าหรือบริการ ทางฝ่ายผู้บริโภคก็มีเสรีภาพอย่างเต็มที่ที่จะตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการโดยอิสระตามปริมาณและราคาที่ตนพอใจ¹⁷ เสรีภาพในทางเศรษฐกิจจึงมีลักษณะค่อนข้างกว้างและหากพิจารณาถึงอิทธิพลของรัฐในทางเศรษฐกิจอาจพบว่ามีเฉพาะและละเอียดอ่อนจากบริบทที่เกี่ยวข้อง เนื่องจาก การแทรกแซงของรัฐในบางครั้งเกิดขึ้นช่วงวิกฤติทางเศรษฐกิจหรือการเงิน หรือการแทรกแซงเกิดจากความไม่พร้อมของผู้ดำเนินการเอกชน การเข้าแทรกแซงของรัฐหรือนิติบุคคลมหาชนจึงมีหลากหลายรูปแบบแตกต่างกัน เช่น การวางแผนทางเศรษฐกิจ การควบคุมกิจกรรมในตลาด (ราคา ค่าเช่า การนำเข้า การส่งออก) หรือการให้ความช่วยเหลือโดยตรงจากรัฐไปยังบริษัทเอกชน ในประเทศที่ปรับใช้ทฤษฎีรัฐเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ (État liberal) นำมาสู่การสงวนประโยชน์ของผู้ดำเนินการทางเศรษฐกิจของภาคเอกชน ดังเช่นการเกิดขึ้นของเสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมที่ได้รับการรับรองว่ามีคุณค่าในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป นอกจากนี้ เสรีภาพในทางเศรษฐกิจยังพิจารณาไปถึงเสรีภาพในการแข่งขันด้วย ซึ่งเสรีภาพในการแข่งขันได้รับการพิจารณาต่อมามีคุณค่าในฐานะกฎเกณฑ์ว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง¹⁸ ซึ่งหัวข้อเสรีภาพในทางเศรษฐกิจจะพิจารณา ส่วนที่ 1.2.2.1 เสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรม ส่วนที่ 1.2.2.2 เสรีภาพในการประกอบการ และส่วนที่ 1.2.2.3 เสรีภาพในการแข่งขัน

¹⁶ เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 72-74.

¹⁷ สุธีร์ ศุภนิตย์, *หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, 2555*, ปทุมธานี : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. 28.

¹⁸ เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 76-77.



1.2.2.1 เสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรม

เสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรม (liberté du commerce et de l'industrie) มีประวัติยาวนานเนื่องจากเป็นหลักการที่เกิดขึ้นในช่วงการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ก่อนที่ศาลปกครองสูงสุดจะตีความและรับรองในเวลาต่อมา เสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรมเป็นหลักการที่เกิดจากบริบททางประวัติศาสตร์ กล่าวคือ การปฏิวัติฝรั่งเศส เมื่อปี ค.ศ. 1789 ได้ยกเลิกระบบเอกสิทธิ์ทางการค้าและนำมาสู่การยกเลิกระบบเจ้าขุนมูลนายและการผูกขาดอาชีพต่าง ๆ ถึงแม้ว่าเสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรมจะไม่ได้รับการรับรองไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 แต่ก็ได้รับการรับรองไว้ในรัฐกฤษฎีกาดัลลาร์ด (décret d'Allarde) ว่าด้วยเสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรมในปี ค.ศ. 1791¹⁹ ที่ได้วางหลักว่า “บุคคลทุกคนมีเสรีภาพที่จะประกอบการหรือดำเนินกิจกรรมของวิชาชีพทุกประเภท ศิลปกรรมหรือช่างฝีมือ ที่ผู้นั้นเห็นว่าเหมาะสม และตรงตามความต้องการของตน โดยไม่ต้องขอรับใบอนุญาตสำหรับการนั้นเป็นการล่วงหน้าจากหน่วยงานใด”²⁰ และในเวลาต่อมาได้มีการยืนยันถึงเสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรมในรัฐบัญญัติเลอ ชาเปอลีเย (Le Chapelier) ค.ศ. 1791²¹ และศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้รับรองไว้ในคดีโดดิญัก (Daudignac) เมื่อปี ค.ศ. 1951²² ว่ามีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป²³ แต่หลักการดังกล่าวยังไม่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรหรือโดยคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด²⁴

เสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรมเป็นหลักการสำคัญของการดำเนินกิจกรรมด้านมหาชนทางเศรษฐกิจ และสามารถแยกออกได้หลายประเภท เช่น เสรีภาพในการประกอบวิชาชีพ เสรีภาพในการแข่งขัน เสรีภาพในการก่อตั้ง เสรีภาพในการทำสัญญา โดยเสรีภาพทางการค้า และอุตสาหกรรมประเภทต่าง ๆ ตามตัวอย่างข้างต้น มีลักษณะเฉพาะ ดังนี้²⁵

(1) เสรีภาพทางวิชาชีพ

เสรีภาพในการประกอบวิชาชีพ หมายถึง เสรีภาพในการเข้าดำเนินกิจกรรมที่เป็นวิชาชีพทุกกิจกรรม รวมถึงการบริหารจัดการกิจกรรมเหล่านี้

¹⁹ Jean - Yves Chérot, *Droit public économique*, 2^e éd. : 2007, Paris : Economica, pp. 54-57.

²⁰ สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* ปีที่ 24 ฉบับที่ 3, 2537, น. 583 (587-588).

²¹ Frédéric Colin, *op. cit.*, p. 150.

²² CE, Ass., 22 juin 1951 Daudignac.

²³ Jean - Yves Chérot, *op. cit.*, pp. 70-71; Matthieu Thauray, *op. cit.*, pp. 25-26; กฤษณ์ วสินนท์, “หลักการแข่งขันเสรี : ในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ,” ใน *แทนดอกไม้ให้ใคร* รวมบทความวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม, น. 128-130.

²⁴ Jean - Paul Valette, *op. cit.*, pp. 57-58.

²⁵ เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 77-78.

(2) เสรีภาพในการแข่งขัน

เสรีภาพในการแข่งขันได้รับการรับรองโดยคำพิพากษาของศาล เสรีภาพในการแข่งขันเป็นประเด็นที่ถกเถียงเพื่อเข้าสู่ประชาคมยุโรป โดยเฉพาะในส่วนของ การแข่งขันของผู้ดำเนินการทางอุตสาหกรรมและการค้าของรัฐกับกิจกรรมของประชาชนหรือเอกชนทั่วไป

(3) เสรีภาพในการก่อตั้ง

เสรีภาพในการก่อตั้งเป็นภาพสะท้อนโดยตรงของเสรีภาพ ในทางการค้าและอุตสาหกรรม ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจต้องสามารถก่อสร้างอาคาร สถานประกอบการ เพื่อใช้ประโยชน์ในทางการค้าและอุตสาหกรรมได้อย่างเสรี ในขณะเดียวกันก็ต้องเคารพการจัดการผังเมือง หรือการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมด้วย

(4) เสรีภาพในการทำสัญญา

เสรีภาพในการทำสัญญาเป็นเสรีภาพที่นำมาปรับใช้กับเสรีภาพ ทางการค้าและอุตสาหกรรม หมายถึง การที่ผู้ดำเนินการสามารถเลือกคู่สัญญาของตนได้

อย่างไรก็ตาม เสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรมอาจถูกจำกัดได้ โดยกฎหมายทั้งระดับนิติบัญญัติและกฎหมายระดับอนุบัญญัติ ตัวอย่างเช่น การให้ความยินยอมก่อน ซึ่งเป็นการกำหนดเงื่อนไขเข้าสู่ตลาดของกิจการหรือสินค้าบางประเภท เช่น สินค้าเวชภัณฑ์ รถยนต์ อุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารโทรคมนาคม การกำหนดให้แจ้งล่วงหน้าก่อนจัดจำหน่าย เช่น เคมีภัณฑ์ เครื่องสำอาง สารให้ความหวาน การประกอบอาชีพบางประเภทอาจต้องมีการกำกับดูแล แจ้งก่อนล่วงหน้า หรือต้องได้รับอนุญาตก่อน เช่น ร้านขายยา²⁶

1.2.2.2 เสรีภาพในการประกอบการ

เสรีภาพในการประกอบการ (la liberté d'entreprendre) ไม่ได้บัญญัติ ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 แต่ได้รับการรับรองโดยคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสผ่านหลักเสรีภาพพื้นฐานที่ปรากฏในข้อ 4 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789²⁷ ความว่า “เสรีภาพ ได้แก่ ความสามารถของมนุษย์ที่จะกระทำการใด ๆ โดยไม่ก่อความเดือดร้อนเสียหายต่อผู้อื่น ด้วยเหตุนี้ การใช้สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคนอาจถูกจำกัดลงเฉพาะที่เป็นการรับรองแก่สมาชิก คนอื่น ๆ ในสังคมเพื่อที่จะสามารถใช้สิทธิอย่างเดียวกันนั้นได้ ข้อจำกัดทั้งหลายในการใช้สิทธิเหล่านี้ กระทำได้ก็โดยเฉพาะอาศัยบทบัญญัติตามกฎหมายเท่านั้น” ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ขยายขอบเขต เสรีภาพของปัจเจกชนตามหลักข้างต้นไว้ในคำวินิจฉัยในปี ค.ศ. 1982²⁸ ถึงบริบททางเศรษฐกิจว่า “เสรีภาพในการประกอบการตามที่ปรากฏในข้อ 4 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 นั้น

²⁶ เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 10*, น. 82-83.

²⁷ Étienne Petit, *op. cit.*, p. 14.

²⁸ CC, déc. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982.



ไม่ได้หมายความว่าถึงเพียงเสรีภาพในการเข้าประกอบอาชีพหรือเข้าทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจ แต่รวมถึงเสรีภาพในการบริหารจัดการเพื่อการประกอบอาชีพหรือเพื่อกิจกรรมทางเศรษฐกิจ”²⁹ และได้รับการรับรองว่ามีสถานะเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสในคดีการโอนทรัพย์สินหรือกิจการของเอกชนเป็นของชาติ³⁰ อย่างไรก็ตาม การใช้เสรีภาพในการประกอบกิจการต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่บัญญัติไว้โดยรัฐบัญญัติ บนเงื่อนไขว่ารัฐบัญญัติที่จำกัดการใช้เสรีภาพในการประกอบกิจการต้องไม่ละเมิดต่อเสรีภาพดังกล่าวอย่างรุนแรงหรือไม่ได้สัดส่วน³¹

อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการประกอบกิจการอาจถูกจำกัดได้เช่นเดียวกัน โดยรัฐสภาอาจจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้โดยอาศัยอำนาจนิติบัญญัติเพื่อจำกัดกิจกรรมบางประเภทหรือบางลักษณะได้ เช่น การกำหนดให้การประกอบกิจการบางอย่างต้องได้รับความยินยอมหรือความเห็นชอบจากฝ่ายปกครองก่อน เนื่องจากความจำเป็นในการรักษาความสงบเรียบร้อย การรักษาประโยชน์ของงานบริการสาธารณะ หรือการรักษาสาธารณสุขสมบัติของแผ่นดิน³²

1.2.2.3 เสรีภาพในการแข่งขัน

เสรีภาพในการแข่งขัน³³ ไม่ได้ปรากฏเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร และไม่ได้รับการรับรองโดยองค์กรตุลาการของประเทศฝรั่งเศสว่าเป็นกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ จะมีก็แต่เพียงกฎหมายในระดับสหภาพยุโรปที่ได้มีการรับรองในสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ค.ศ. 2007 (le Traité sur le Fonctionnement

²⁹ เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 83-84.

³⁰ Jean - Paul Valette, *op. cit.*, pp. 57-58; Matthieu Thauray, *op. cit.*, pp. 29-30.

³¹ ศาสตราจารย์ Pierre Delvolve มีความเห็นว่า เสรีภาพในการประกอบกิจการประกอบด้วย 2 ส่วน ได้แก่ เสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรม และเสรีภาพในการแข่งขัน แนวคิดดังกล่าวสอดคล้องกับคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในหลักการที่ว่า เสรีภาพในการประกอบกิจการ คือ สิทธิการเข้าถึงของผู้ดำเนินการทางเศรษฐกิจในตลาดและเสรีภาพในการบริหารกิจกรรมทางเศรษฐกิจภายในตลาดแข่งขัน อีกทั้งศาลปกครองสูงสุดยังได้เคยพิจารณาในมาตรการก่อนการพิพากษาในกรณีคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ (référé liberté) ว่า เสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมเป็นองค์ประกอบหนึ่งของเสรีภาพพื้นฐานในการประกอบกิจการอีกด้วย โปรดดู เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 86.

อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ Jean-Louis Mestre มีความเห็นว่า หลักเสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมเป็นหลักที่มีความหมายอย่างกว้างและประกอบไปด้วยหลักการสำคัญ 2 ประการ ได้แก่ (1) หลักเสรีภาพในการประกอบกิจการ และ (2) หลักเสรีภาพในการแข่งขัน โปรดดู สุพล นิธิไกรพจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20*, น. 594-595 และโปรดดู กฤษณ์ วสินนท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23*, น. 127-128 ที่มีความเห็นไปในทำนองเดียวกัน

³² สุพล นิธิไกรพจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20*, น. 597-600.

³³ ในทางวิชาการอาจมีการใช้คำอื่นแทนคำว่า “เสรีภาพในการแข่งขัน” เช่น “การแข่งขันอย่างเสรี” “การแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม” “การแข่งขันทางการค้า” “การค้าเสรี” หรือคำอื่น ๆ ซึ่งปกติแล้วถือว่าเป็นคำที่มีความหมายไปในทำนองเดียวกันโดยเชื่อมโยงมาจากแนวคิดแบบเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ

de l'Union européenne (TFUE)) ข้อ 101 ถึง 109 และกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ ได้แก่ ประมวลกฎหมายพาณิชย์ มาตรา L. 410 - 1 ที่รับรองเสรีภาพในการแข่งขันของเอกชนและป้องกันการกระทำใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการต่อต้านการแข่งขันในตลาด³⁴

เพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีของเอกชนในตลาด (la liberté de la concurrence) จึงเกิดแนวคิดดั้งเดิมที่เรียกร้องให้มีการห้ามไม่ให้รัฐเข้ามาดำเนินกิจการแข่งขันกับเอกชน เรียกว่า “หลักไม่มีการแข่งขันระหว่างรัฐกับเอกชนในกิจการอย่างเดียวกัน” (principe de non - concurrence) กล่าวคือ กิจการใดที่มีเอกชนทำอยู่แล้วรัฐก็จะไม่สามารถเข้าไปดำเนินกิจการนั้นได้ และแม้จะเป็นกรณีที่ไม่มีเอกชนเข้าไปดำเนินการก็ตาม การจะเข้าไปดำเนินกิจการนั้นได้ จะต้องเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นสำคัญที่จะต้องเรียกร้องให้รัฐเข้ามาดำเนินการเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวม ซึ่งจะต้องตีความอย่างเคร่งครัด เช่น เป็นกรณีที่เอกชนขาดความริเริ่มหรือความพร้อม ดังปรากฏในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส คดีสหภาพการค้าปลีกแห่งเมืองเนอแวร์ (Nevers) ค.ศ. 1930³⁵ เนื่องจากถือว่ารัฐไม่มีหน้าที่ประกอบกิจการเพื่อมุ่งแสวงหาผลกำไร รัฐมีหน้าที่เพียงกำกับกติกากำหนดการแข่งขันกันระหว่างเอกชนเป็นไปอย่างเป็นธรรมเท่านั้น³⁶ อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมา แนวคิดดังกล่าวมีความสำคัญน้อยลง เนื่องจากถูกแทนที่ด้วย “หลักการแข่งขันแบบเสมอภาคกัน” (principe d'égalité concurrence)³⁷ ที่อนุญาตให้รัฐลงมาทำกิจการในเรื่องเดียวกันกับเอกชนได้แต่จะต้องอยู่ภายใต้กติกาที่เป็นธรรม รัฐไม่สามารถใช้อำนาจมหาชนในการประกอบกิจการได้ แต่จะต้องประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชนอย่างเท่าเทียมกัน³⁸ ในกรณีที่เป็นการริเริ่มโดยภาครัฐต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข 2 ประการ ได้แก่ (1) มีความต้องการของประชาชนแต่มีบริษัทเอกชนไม่เพียงพอหรือบริษัทเอกชนยังขาดความพร้อมในการตอบสนองความต้องการของประชาชน และ (2) ความต้องการดังกล่าวจะต้องเป็นบริการสาธารณะที่สำคัญ เช่น การขนส่ง การพลังงาน การประปา การจัดเก็บขยะ³⁹

³⁴ Frédéric Colin, *op. cit.*, pp. 185-187; Étienne Petit, *op. cit.*, pp. 19-20.

³⁵ CE, 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers.

³⁶ Jean - Philippe Colson et al., *op. cit.*, pp. 135-136; Matthieu Thauray, *op. cit.*, p. 26.

³⁷ Pierre Delvolvé, *op. cit.*, pp. 137-138; Hélène Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd. : 2019, Paris : Dalloz, p. 263; Étienne Petit, *op. cit.*, p. 20; สุรพล นิตไกรพจน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 20*, น. 609.

³⁸ 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; 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; กฤษณ์ วสินนท์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 23*, น. 136-140.

³⁹ เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 87.

อย่างไรก็ดี เสรีภาพในการแข่งขันอาจถูกจำกัดได้โดยอาศัยความจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ ซึ่งบางกิจกรรมก็มีลักษณะที่แข่งขันกับเอกชนหรือการที่รัฐยังคงให้การสนับสนุนหรือช่วยเหลือกิจการของเอกชนในบางลักษณะ เช่น ประชาชนมีความต้องการให้จัดทำบริการสาธารณะในเรื่องนั้น ๆ ขึ้นใหม่⁴⁰ หรือกิจกรรมนั้นมีลักษณะเป็นบริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ (service d'intérêt économique général (SIEG))⁴¹ โดยจะต้องเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ จะต้องมิใช่กฎหมายให้อำนาจจำกัดเสรีภาพดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ ฝ่ายปกครองอาจยกเหตุผลเรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์ส่วนรวมมาจำกัดเสรีภาพในการแข่งขันสำหรับบางช่วงเวลาหรือบางสถานการณ์ได้ แต่การใช้อำนาจดังกล่าวก็มีความเสี่ยงที่ศาลปกครองจะเพิกถอนด้วยเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในภายหลัง⁴²

1.3 หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น

หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (la doctrine des facilités essentielles) เป็นหลักการสำคัญของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ เป็นหลักการที่ได้รับการพัฒนาเพื่อจะส่งเสริมการแข่งขันอย่างเสรี เป็นธรรม และส่งเสริมให้เกิดการใช้ทรัพยากร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การใช้ทรัพยากรสาธารณะอย่างประหยัดและมีประสิทธิภาพ ในส่วนนี้จะอธิบายโดยแบ่งออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 1.3.1 ความเป็นมาและกรณีศึกษา และส่วนที่ 1.3.2 บทบาทของหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในฐานะที่เป็นข้อยกเว้นของหลักการสมมติ และหลักเสรีภาพในการประกอบการ เพื่อส่งเสริมเสรีภาพในการแข่งขัน

1.3.1 ความเป็นมาและกรณีศึกษา

การบริการสาธารณะที่มีโครงข่ายเป็นกิจกรรมที่ต้องอาศัยทรัพยากรของรัฐจำนวนมาก เนื่องจากมีค่าใช้จ่ายในก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐานต่าง ๆ ให้เกิดการเชื่อมโยงกันได้อย่างทั่วถึง เพื่อตอบสนองความต้องการปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีวิตของประชาชน และเพื่อเสริมสร้างคุณภาพชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีให้กับประชาชนอย่างทั่วถึง เช่น ไฟฟ้า ก๊าซ น้ำประปา เส้นทางรถไฟ โทรคมนาคม ส่วนมากแล้วการบริการสาธารณะในลักษณะดังกล่าว ด้วยข้อจำกัดด้านงบประมาณ รัฐจึงเป็นผู้ริเริ่มในการวางโครงข่าย เอกชนรายหนึ่งรายใดไม่สามารถดำเนินการได้ด้วยตนเองหรืออาจดำเนินการได้แต่ก็ไม่คุ้มค่าที่จะลงทุน ทั้งนี้ รัฐเจ้าของโครงข่ายย่อมมีอำนาจผูกขาดเหนือโครงสร้างพื้นฐานที่ตนวางรากฐานเอาไว้ เพื่อที่จะสามารถจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพและเพื่อให้ประชาชนมีโอกาสในการเข้าถึงบริการดังกล่าวได้อย่างทั่วถึง อย่างไรก็ตาม การบริการสาธารณะที่มีโครงข่ายได้ถูกเรียกร้องให้เปิดโอกาสให้เอกชนผู้ประกอบการสามารถเข้ามาแสวงประโยชน์ได้อย่างเสรีตามหลักการแข่งขันทางการค้าและหลักตลาดร่วมของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปในเวลาต่อมาตามแนวคิดแบบเสรีนิยมใหม่ที่ไม่เชื่อมั่นในประสิทธิภาพของรัฐ

⁴⁰ สุรพล นิติไกรพจน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 20*, น. 614-615.

⁴¹ อานันท์ กระบวนศรี, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น. 8-11.

⁴² กฤษณ์ วสินนท์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 23*, น. 134-135.

ในฐานะที่เป็นผู้ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเองหรือที่เรียกว่า “รัฐล้มเหลว” ด้วยเหตุนี้ รัฐในฐานะผู้ประกอบกิจการจึงได้มีการแปรรูปให้อยู่ในรูปของเอกชน และเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม รัฐจึงต้องวางบทบาทของตนเองเสียใหม่ในฐานะผู้กำกับดูแลตลาด และละทิ้งอำนาจเหนือที่เคยมีอยู่เหนือโครงสร้างพื้นฐานเพื่อให้ผู้ประกอบการเอกชนร่วมกันใช้ประโยชน์จากโครงสร้างดังกล่าวได้อย่างเท่าเทียมกัน⁴³

เพื่อที่จะให้โครงสร้างพื้นฐานถูกนำมาใช้ให้เกิดประสิทธิภาพอย่างแท้จริง จึงต้องยินยอมให้มีการใช้โครงสร้างพื้นฐานร่วมกัน (le partage des infrastructures) ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของการเชื่อมต่อโครงข่าย (l'interconnexion) ที่เป็นหัวใจสำคัญของการเปิดตลาดให้มีการแข่งขันอย่างเสรี⁴⁴ แนวคิดนี้ได้รับการพัฒนาขึ้นภายใต้มุมมองทางด้านเศรษฐศาสตร์เพื่อให้เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่ามากที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กิจกรรมทางเศรษฐกิจที่มีเทคโนโลยีที่ซับซ้อนและทำให้ผู้ประกอบการที่มีโครงข่ายเป็นของตนเอง (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บริษัทที่แปรรูปมาจากรัฐวิสาหกิจที่เคยอาศัยอำนาจมหาชนในการวางรากฐานโครงข่าย) สามารถกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นในการเข้าสู่ตลาด เช่น กิจการโทรคมนาคม ทำให้การแข่งขันในตลาดล้มเหลวหรือไม่มีการแข่งขันอย่างเพียงพอ (le jeu du marché est défaillant ou insuffisant)⁴⁵ จึงเป็นภาระหน้าที่ขององค์กรกำกับดูแลที่จะต้องเข้ามากำกับดูแลในเรื่องนี้เพื่อให้มีการใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด และเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ทรัพยากรที่มีลักษณะเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นไม่ให้เข้ามาในตลาด ดังนั้นหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นจึงถือกำเนิดขึ้นและเข้ามาคุ้มครองให้ผู้ประกอบการเอกชนต่าง ๆ สามารถใช้โครงสร้างพื้นฐานร่วมกันภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรกำกับดูแลที่มีความเป็นอิสระที่จะต้องควบคุมตรวจสอบให้การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดในทางเศรษฐศาสตร์⁴⁶

หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกำหนดให้ผู้ประกอบการที่มีโครงสร้างพื้นฐานในการให้บริการเป็นของตนเองจะต้องเสนอให้ผู้ประกอบการรายใหม่สามารถเข้ามาร่วมใช้โครงสร้างพื้นฐานในการให้บริการ เช่น เสาโทรศัพท์ ท่อร้อยสายโทรศัพท์ ไม่ว่าจะเป็นการให้เช่าหรือการสร้างความร่วมมือโดยการทำข้อตกลงระหว่างกันก็ตาม การให้เข้ามาร่วมใช้โครงสร้างพื้นฐาน

⁴³ Pierre Esplugas - Labatut, *le Service public*, *op. cit.*, pp. 3-6; Frédéric Colin, *op. cit.*, pp. 224-227.

⁴⁴ Benoit Delaunay, *Droit public de la concurrence*, 2^e éd. : 2018, Paris : LGDJ, pp. 451-452; Aurore Laget - Annamayer, *La régulation des services publics en réseaux Télécommunications et électricité*, 2002, Paris : Bruylant, p. 181.

⁴⁵ Isabelle Crocq, *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, 2004, Paris : Economica, p. 107.

⁴⁶ Aurore Laget - Annamayer, *op. cit.*, p. 174; เอกสิทธิ์ วิจิตรกุล, การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและการใช้โครงสร้างพื้นฐานร่วมกัน : ความเบื้องต้นและประสบการณ์จากคำพิพากษาศาลปกครอง, เผยแพร่ในอินเทอร์เน็ตของสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง เดือนตุลาคม 2562, น. 13.

ทางด้านโทรคมนาคมสำหรับผู้ประกอบกิจการรายอื่นทำให้มีการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคมมากขึ้น และสามารถพัฒนาให้บริการที่มีความหลากหลายแก่ผู้บริโภคมากยิ่งขึ้น กับทั้งยังเป็นการลดความเสี่ยงในการลงทุนหากพิจารณาในมุมมองของผู้ประกอบกิจการรายใหม่อีกด้วย กล่าวคือ ผู้ประกอบกิจการรายใหม่ที่เข้ามาในตลาดยังไม่จำเป็นต้องสร้างโครงสร้างพื้นฐานในการให้บริการโดยตรง แต่สามารถไปขอเช่าใช้กับผู้ประกอบกิจการรายเดิมที่มีโครงข่ายหรือโครงสร้างพื้นฐานอยู่ก่อนแล้ว ดังนั้นการกำกับดูแลในเรื่องการแบ่งปันสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นมีผลทำให้ตลาดโทรคมนาคมสามารถเข้ามาได้ง่ายมากขึ้น และเกิดการใช้ทรัพยากรทางด้านโทรคมนาคมที่คุ้มค่าและไม่จำเป็นต้องสร้างซ้ำในพื้นที่เดียวกัน อันจะทำให้การบริหารจัดการทรัพยากรไม่มีประสิทธิภาพ⁴⁷

ปัจจุบันหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นมีสถานะเป็นหลักกฎหมายสำคัญที่ใช้กำกับดูแลกิจการในทางเศรษฐกิจแบบมีโครงข่าย หลักการนี้เริ่มจากการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น ซึ่งได้แก่ *สิ่งที่เป็นปัจจัยสำคัญในการผลิตที่ไม่สามารถทำซ้ำด้วยต้นทุนที่เข้าถึงได้ (accessible) หรือด้วยระยะเวลาที่สมเหตุสมผล (dans un délai raisonnable) กล่าวคือ หากไม่มีสิ่งอำนวยความสะดวกนี้ ผู้ประกอบกิจการรายอื่นก็ไม่สามารถเข้าสู่ตลาดและแข่งขันกับผู้ประกอบกิจการรายเดิมได้ และการเข้าถึงทรัพยากรนั้นมีความเสี่ยงที่จะถูกปฏิเสธโดยปราศจากเหตุผลทางเทคนิคหรือทางธุรกิจ*⁴⁸ หลักกฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการใช้อำนาจเหนือตลาดหรืออำนาจผูกขาดในตลาดหนึ่ง กีดกันการแข่งขันที่จะเกิดขึ้นในอีกตลาดหนึ่ง⁴⁹ หรือที่เรียกว่า “การใช้อำนาจในตลาดอย่างไม่เป็นธรรม” (les abus de position dominante) ซึ่งจะสร้างความเสียหายแก่บุคคลหลายฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับตลาดสินค้าหรือบริการนั้น รวมถึงสภาวะการแข่งขันที่จะพึงมีในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นได้ ในด้านผู้บริโภคนั้น อาจได้รับผลกระทบด้านราคาสินค้าหรือบริการที่สูงขึ้นอย่างไม่สมควรหรือไม่เป็นธรรม หรืออาจต้องเผชิญกับการขาดแคลนสินค้าหรือบริการอันเนื่องมาจากการลดปริมาณของสินค้าหรือบริการในตลาดลง

⁴⁷ เอกสิทธิ์ วินิจกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 46*, น. 13-14.

⁴⁸ Isabelle Crocq, *op. cit.*, p. 107.

⁴⁹ เพื่อทำความเข้าใจหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นมากยิ่งขึ้น อาจต้องทำความเข้าใจสถานการณ์ที่มี 2 ตลาดที่เกี่ยวข้องกัน ได้แก่ (1) ตลาดต้นน้ำ และ (2) ตลาดปลายน้ำ กล่าวคือ (1) ตลาดต้นน้ำ หมายถึง ตลาดที่มีสินค้าหรือบริการที่ใช้เป็นวัตถุดิบในการผลิตสินค้าหรือบริการในอีกตลาดหนึ่งซึ่งเรียกว่าตลาดปลายน้ำ (กรณีของโทรคมนาคมตลาดต้นน้ำ คือ โครงสร้างพื้นฐานต่าง ๆ และโครงข่ายโทรคมนาคม) และ (2) ตลาดปลายน้ำ หมายถึง ตลาดที่ผู้ประกอบกิจการในตลาดนั้นจำเป็นต้องซื้อสินค้าหรือบริการจากตลาดต้นน้ำเพื่อใช้ในการผลิตสินค้าหรือบริการในตลาดปลายน้ำ (หากเทียบเคียงกับกรณีของโทรคมนาคม ตลาดปลายน้ำ คือ การให้บริการแก่ลูกค้า) ซึ่งหากนำหลักการนี้มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงก็จะเห็นได้ว่า การให้บริการโทรคมนาคม ผู้ให้บริการจำเป็นต้องอาศัยโครงข่ายโทรคมนาคม เสาสัญญาณต่าง ๆ เพื่อนำพาสัญญาณมาให้บริการแก่ผู้บริโภค (กรณีนี้ คือ ตลาดปลายน้ำ) และการเช่าใช้โครงข่ายโทรคมนาคมและการเช่าใช้โครงสร้างพื้นฐานในการให้บริการถือเป็นอีกตลาดหนึ่ง (กรณีนี้ คือ ตลาดต้นน้ำ) และสถานการณ์เดียวกันจำเป็นต้องปรับใช้หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น โปรดดู เอกสิทธิ์ วินิจกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 46*, น. 14.

ในด้านผู้ประกอบการอื่นที่อยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น อาจถูกผูกขาดหรือถูกกีดกันแก่งแย่งเพื่อผลักดันให้ออกจากตลาด หรือการกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการรายใหม่ได้เข้าสู่ตลาด ทำให้ตลาดและระบบเศรษฐกิจในภาพรวมได้รับความเสียหาย⁵⁰ เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นจึงบังคับให้ผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของโครงข่ายมีหน้าที่ 3 ประการ ได้แก่ (1) หน้าที่ต้องเปิดให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าถึงโครงข่ายของตน (2) หน้าที่ต้องเปิดให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าถึงโครงข่ายอย่างสมเหตุสมผล (conditions raisonnables) และ (3) หน้าที่ต้องเปิดให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าถึงโครงข่ายโดยไม่เลือกปฏิบัติ (conditions non discriminatoires)⁵¹

จะเห็นได้ว่า หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นมีลักษณะสำคัญ 2 มิติที่เกี่ยวข้องกัน กล่าวคือ นอกจากจะเป็นหลักที่พัฒนากฎหมายซึ่งสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการยุโรปที่มุ่งให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีในตลาดแล้ว ยังเป็นหลักการที่ส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาในทางเศรษฐกิจอีกด้วย⁵² แนวคิดนี้พัฒนามาจากแนวคำพิพากษาของศาลที่พัฒนาขึ้นมาจากคดีการแข่งขันทางการค้า และกฎหมายต่อต้านการผูกขาดหรือที่เรียกว่า กฎหมายเชอร์แมน ปี ค.ศ. 1890 (Sherman Act of 1890) ซึ่งถือเป็นต้นกำเนิดของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ปัจจุบันหลักการดังกล่าวได้นำมาประมวลรวมเอาไว้ในลักษณะที่ 15 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา (l'United State Code (USC))⁵³ คำพิพากษาสำคัญที่พัฒนาหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น ได้แก่ คำพิพากษาคดี MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel ในปี ค.ศ. 1983 (หรือ MCI v AT & T) ในกรณีนี้บริษัท MCI ปฏิเสธการขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของบริษัท AT&T ในคดีนี้ ศาลได้พิจารณาองค์ประกอบสำคัญที่ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น 4 ส่วน ได้แก่ (1) สิ่งอำนวยความสะดวกอยู่ในความครอบครองของผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาดในตลาดหรือผู้มีอำนาจเหนือตลาด (2) ผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถผลิตซ้ำสิ่งอำนวยความสะดวกภายใต้เงื่อนไขที่เหมาะสมในแง่เทคนิคหรือเศรษฐกิจ (3) มีการปฏิเสธการเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกอย่างไม่เป็นธรรม เช่น มีการเลือกปฏิเสธหรือทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นเสียเปรียบเกินสมควร และ (4) มีความเป็นไปได้ในการเข้าถึงหรือเชื่อมโยงกับสิ่งอำนวยความสะดวกในทางเทคนิค แนวคำพิพากษาดังกล่าวมีส่วนสำคัญในการพัฒนาหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น ปัจจุบันหลักการนี้ถูกนำมาปรับใช้อย่างแพร่หลายแต่ก็ไม่ได้มีการปรับใช้อย่างแตกต่างภายใต้บริบทของแต่ละประเทศ⁵⁴ อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นยังคงถือว่าเป็นหลักการใหม่ที่ยังไม่มีความแน่นอนชัดเจน คำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาเองก็ไม่ได้ให้คำนิยามความหมายของหลักการ

⁵⁰ สุธีร์ ศุภนิตย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 17*, น. 8-9.

⁵¹ Benoit Delaunay, *op. cit.*, pp. 459-460.

⁵² *Ibid*, pp. 29-30; Isabelle Crocq, *op. cit.*, pp. 107-108; Aurore Laget - Annamayer, *op. cit.*, pp. 169-170.

⁵³ Isabelle Crocq, *op. cit.*, p. 108; Aurore Laget - Annamayer, *op. cit.*, p. 170.

⁵⁴ Isabelle Crocq, *op. cit.*, pp. 108-109.



ดังกล่าว จึงมีความเห็นของนักกฎหมายที่วิจารณ์ว่าองค์ประกอบที่ได้กล่าวมาข้างต้นยังไม่ครอบคลุมเพียงพอ เนื่องจากไม่ได้มีการกล่าวถึงประโยชน์สาธารณะหรือการได้รับบริการสาธารณะหรือสิ่งสาธารณูปโภคของประชาชน⁵⁵

ตัวอย่างการปรับใช้หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นปรากฏในคำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา คดี Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp. ในปี ค.ศ. 1985⁵⁶ ในคดีนี้ บริษัท แอสเพน สกีอิง กับ บริษัท แอสเพน ไฮแลนด์ สกีอิง (Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.) ให้บริการสกีรีสอร์ทในเนินสกีแอสเพน (Aspen) โดยบริษัท แอสเพน สกีอิง มีสิทธิบริหารจัดการเนินเขาจำนวน 3 ใน 4 ของเนินสกีแอสเพน ขณะที่บริษัท แอสเพน ไฮแลนด์ สกีอิง มีสิทธิบริหารจัดการเนินเขาสำหรับเล่นสกีเพียง 1 แห่ง เท่านั้น แต่เดิมทั้งสองบริษัทได้ทำข้อตกลงระหว่างกัน สำหรับการใช้ตัวร่วมกันเพื่อนั่งกระเช้าและเล่นสกีในทุกเนินสกี โดยนักสกีสามารถซื้อตั๋วใบเดียวเพื่อนั่งกระเช้าและเล่นสกีในเนินสกีทั้งสองได้ อย่างไรก็ตาม บริษัท แอสเพน สกีอิง ซึ่งเป็นบริษัทที่ใหญ่กว่าได้ปฏิเสธที่จะใช้ตัวร่วมกันในเวลาต่อมา โดยให้เหตุผลว่า บริษัทมีต้นทุนค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นจนเป็นภาระแก่บริษัทเกินกว่าที่จะรับได้อีกต่อไป ซึ่งเกิดผลกระทบโดยตรงต่อบริษัท แอสเพน ไฮแลนด์ สกีอิง กล่าวคือ นักสกีที่ต้องการเล่นสกีบนเนินเขาที่บริษัท แอสเพน ไฮแลนด์ สกีอิง บริหารจัดการไม่สามารถใช้ตัวร่วมกับบริษัท แอสเพน สกีอิง ได้อีกต่อไป จึงทำให้การเดินทางมีความยุ่งยากมากขึ้นและจำนวนนักสกีลดลงอย่างมีนัยสำคัญ และในการพิจารณาคดีของศาล บริษัท แอสเพน สกีอิง มีหน้าที่พิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงเหตุผลในการปฏิเสธที่จะร่วมมือกันกับผู้ประกอบกิจการอีกรายหนึ่ง แต่บริษัท แอสเพน สกีอิง ไม่สามารถแสดงเหตุผลที่มีความหนักแน่นเพียงพอ และศาลเห็นว่าบริษัท แอสเพน สกีอิง มีเจตนาจำกัดคู่แข่งบนทางการค้าให้ออกจากตลาดสกีรีสอร์ทบนเทือกเขาแอสเพน⁵⁷

นอกเหนือจากฝั่งอเมริกาที่ได้กล่าวมาแล้ว ในฝั่งยุโรปเองก็ได้พัฒนาและปรับใช้หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นด้วยเช่นกัน คณะกรรมาธิการยุโรปเป็นองค์กรสำคัญที่มีบทบาทในการพัฒนาหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นที่เกี่ยวข้องกับสนามบิน ท่าเรือ และทางรถไฟ⁵⁸ ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของคณะกรรมาธิการยุโรป คดี Sea Containers v. Stena Sealink ในปี ค.ศ. 1992⁵⁹ ในคดีนี้ บริษัท ซี คอนเทนเนอร์ (Sea Containers) มีธุรกิจให้บริการเรือข้ามฟากและมีแผนการที่จะให้บริการเรือข้ามฟากแห่งใหม่ระหว่างเมืองโฮลีสเตดกับเมืองดับลิน ในขณะที่บริษัท สเตนา ซีลิงค์ (Stena Sealink) เป็นผู้ให้บริการท่าเรือและมีบริษัทลูก คือ บริษัท สเตนา ไลน์ (Stena line) สำหรับให้บริการเรือข้ามฟาก

⁵⁵ Christopher M. Seelen, “The Essential Facilities Doctrine : What Does It Mean To Be Essential?,” Marquette Law Review Vol. 80 : 1117, 1997, p. 1133.

⁵⁶ Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing, 472 U.S. 585 (1985).

⁵⁷ Christopher M. Seelen, *op. cit.*, pp. 1127-1128; เอกสิทธิ์ วินิจกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 46*, น. 14-15.

⁵⁸ Isabelle Crocq, *op. cit.*, p. 110.

⁵⁹ Décision de la Commission du 11 juin 1992, Sea Containers v. Stena Sealink.

ระหว่างเมืองโฮลีสเตดกับเมืองดับลิน กล่าวได้ว่า ในตลาดเรือข้ามฟากระหว่างเมืองโฮลีสเตดกับเมืองดับลินนั้น บริษัท ซี คอนเทนเนอร์ และบริษัท สเตนา ไลน์ ต่างเป็นคู่แข่งในเส้นทางเดียวกันและใช้ท่าเรือเดียวกัน ต่อมา บริษัท สเตนา ซीलิ่งค์ ในฐานะที่เป็นผู้ประกอบการทำเรือไม่อนุญาตให้บริษัท ซี คอนเทนเนอร์ ใช้ท่าเรือ ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ท่าเรือเป็นโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นต่อกิจกรรมทางเศรษฐกิจในตลาด ดังนั้น การปฏิเสธของบริษัท สเตนา ซीलิ่งค์ มีลักษณะกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ในการเข้าสู่ตลาดเรือข้ามฟาก (ที่มีบริษัทของตนอีกบริษัทหนึ่งประกอบกิจการอยู่) ทำให้บริษัท ซี คอนเทนเนอร์ จะดำเนินธุรกิจจะต้องขออนุญาต และสร้างท่าเรือแห่งใหม่ซึ่งไม่มีความเหมาะสมและไม่มีความจำเป็นในทางเศรษฐศาสตร์ที่จะต้องมีท่าเรือสองแห่ง อยู่ภายในพื้นที่เดียวกัน การปฏิเสธของบริษัท สเตนา ซीलิ่งค์ จึงเป็นการปฏิเสธที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁶⁰ ปัจจุบัน ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (รวมถึงศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป เดิม) ได้นำหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นมาใช้ผ่านการตีความสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ค.ศ. 2007 ข้อ 102 ที่กำหนดห้ามไม่ให้ใช้อำนาจในตลาดอย่างไม่เป็นธรรม เพื่อสนับสนุนหลักตลาดร่วม หรือตลาดภายใน (le marché intérieur) ของสหภาพยุโรป (รวมถึงประชาคมเศรษฐกิจยุโรป เดิม)⁶¹

1.3.2 บทบาทของหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในฐานะที่เป็นข้อยกเว้นของหลักกรรมสิทธิ์ และหลักเสรีภาพในการประกอบการ เพื่อส่งเสริมเสรีภาพในการแข่งขัน

บทบาทของรัฐสมัยใหม่ในทางเศรษฐกิจไม่เพียงแต่จะลดการแทรกแซงเศรษฐกิจโดยไม่จำเป็นแล้ว รัฐยังมีหน้าที่สำคัญในการกำกับดูแลผู้ประกอบการเอกชนให้มีการแข่งขันอย่างเสรี กล่าวคือ มีการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพและมีความเป็นธรรม ทั้งนี้ ก็เพื่อประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน กฎหมายที่เข้ามามีบทบาทในส่วนนี้คือกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่ถึงแม้ว่าจะจะเป็นกฎหมายที่มีพัฒนาการมาจากกฎหมายธุรกิจ มีความซับซ้อนและมีมิติที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก แต่เมื่อเรื่องดังกล่าวมีบทบาทของภาครัฐเข้ามาเกี่ยวข้องก็ย่อมมีมิติทางการเมืองและทางกฎหมายซึ่งอยู่ในขอบเขตในการศึกษาของวิชากฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจอย่างปฏิเสธไม่ได้เช่นเดียวกัน

กฎหมายแข่งขันทางการค้ามีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะเข้ามาทำหน้าที่คุ้มครองตลาดให้มีการแข่งขันอย่างเต็มที่ผ่านการนำเสนอสินค้าและบริการในราคาและคุณภาพที่หลากหลาย วางกติกาไม่ให้ผู้ประกอบธุรกิจกีดกันแก่งัดกัน ไม่ให้ผู้ประกอบธุรกิจตกลงร่วมมือกันในการที่จำกัดการแข่งขัน หากปราศจากบทบาทของรัฐในการกำกับดูแลในทางเศรษฐกิจแล้ว ประเทศย่อมเผชิญกับปัญหาความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจ ความรวยกระจุก ความจนกระจาย ทำให้บางธุรกิจมีผู้ประกอบการขนาดใหญ่มากอยู่ไม่กี่ราย ทางเลือกในตลาดสินค้ามีอยู่ไม่มาก ผู้บริโภคสามารถใช้ “เสรีภาพของตนในการเลือก” ได้อย่างจำกัด⁶²

⁶⁰ Isabelle Crocq, *op. cit.*, p. 110; เอกสิทธิ์ วินิจกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 46*, น. 15-16.

⁶¹ Benoit Delaunay, *op. cit.*, pp. 450-451; Aurore Laget - Annamayer, *op. cit.*, pp. 169-170.

⁶² กนกนัย ถาวรพานิช, การปฏิรูปกฎหมายแข่งขันทางการค้า : ความหวังใหม่ของสังคมไทย ?, 2560, [Online], retrieved from <https://www.the101.world/on-new-competition-law/> เมื่อ 25 พฤษภาคม 2566.

เมื่อพิจารณาจากมุมมองทางด้านเศรษฐศาสตร์และสังคม หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นจึงเข้ามามีบทบาทในการส่งเสริมการแข่งขันอย่างเสรีของผู้ประกอบการเอกชน โดยบังคับให้ผู้ประกอบกิจการที่มีโครงสร้างพื้นฐานในการให้บริการเป็นของตนเองอยู่ก่อน จะต้องเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบกิจการรายใหม่สามารถเข้าร่วมใช้โครงสร้างพื้นฐานในการให้บริการได้ ไม่ว่าจะเป็นการให้เช่าหรือการสร้างร่วมมือโดยการทำข้อตกลงระหว่างกันก็ตาม โดยมีวัตถุประสงค์ ดังนี้

(1) ทำให้เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่ามากที่สุด ไม่ให้มีการใช้ทรัพยากรในลักษณะเป็นการกีดกันผู้ประกอบกิจการรายอื่นไม่ให้เข้ามาในตลาดซึ่งทำให้เกิดความสูญเสียเปล่าในการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่แล้วอย่างเต็มที่

(2) ทำให้ลดความซ้ำซ้อนในการลงทุนของผู้ประกอบกิจการโดยไม่จำเป็น และเป็นการสนับสนุนการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบกิจการรายใหม่

(3) ทำให้เกิดการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคมมากขึ้นอันนำไปสู่การพัฒนานวัตกรรมใหม่ ๆ อย่างรวดเร็ว อันนำไปสู่การเติบโตทางเศรษฐกิจในภาพรวมของประเทศ

(4) ทำให้เกิดการพัฒนาการให้บริการที่มีความหลากหลายมากขึ้น มีผู้ให้บริการรายใหม่เข้ามาแข่งขันในตลาด ผู้บริโภคย่อมมีทางเลือกที่จะตัดสินใจซื้อสินค้าหรือบริการมากขึ้น

อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจทางกฎหมายดังกล่าวย่อมกระทบต่อหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น คือ หลักกรรมสิทธิ์และหลักเสรีภาพในการประกอบการ เนื่องจากโดยหลักแล้ว ผู้ประกอบกิจการที่มีโครงข่ายเป็นของตนเองย่อมมีสิทธิในการใช้สายทรัพย์สินของตนเองและรวมไปถึงการหวงกันไม่ให้บุคคลอื่นเข้ามาใช้สายทรัพย์สินของตนโดยไม่ได้รับอนุญาต และย่อมรวมไปถึงมีเสรีภาพในการประกอบกิจการที่จะเลือกทำหรือไม่ทำสัญญาให้เช่าโครงข่ายกับบุคคลหนึ่งบุคคลใด จะเห็นได้ว่า กฎหมายได้เข้ามาแทรกแซงในทางเศรษฐกิจ แต่ถึงแม้ว่าการใช้อำนาจในทางกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจในกรณีนี้มีลักษณะเป็นการจำกัดต่อเสรีภาพในการประกอบการ แต่ก็จำเป็นไปเพื่อให้เกิดเสรีภาพในการประกอบกิจการอย่างแท้จริง ที่ป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาดและการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม

อย่างไรก็ดี หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นจึงถือเป็นข้อยกเว้นของหลักกรรมสิทธิ์และหลักเสรีภาพในการประกอบการ และเมื่อเป็นข้อยกเว้นของหลักกฎหมายจึงต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อกระทำการดังกล่าว และจะต้องใช้อำนาจตามกฎหมายดังกล่าวตามหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนภายใต้กรอบการส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมเท่านั้น จะนำหลักการดังกล่าวไปใช้โดยมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างอื่น หรือนำไปใช้จนก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่เจ้าของโครงข่ายเกินสมควรไม่ได้

ส่วนที่ 2 หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นที่ปรากฏในกฎหมายไทย

หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นเป็นแนวคิดสำคัญที่ส่งผลต่อระบบกฎหมายไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจในภาคโทรคมนาคม กฎหมายที่จะได้กล่าวต่อไปนี้เป็นภาพสะท้อนของแนวคิดทางเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมใหม่ของประเทศไทยที่เชื่อว่ารัฐควรลดบทบาทในทางเศรษฐกิจ ไม่เข้าไปดำเนินกิจการที่เอกชนสามารถทำได้เอง แต่ก็ยังคงต้องรักษาบทบาทในการเป็นผู้กำกับดูแลเพื่อให้กิจการโทรคมนาคมเกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม ส่วนที่ 2 ของบทความนี้จะศึกษา ส่วนที่ 2.1 หลักการคุ้มครองกรรมสิทธิ์และเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ และส่วนที่ 2.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคม

2.1 หลักการคุ้มครองกรรมสิทธิ์และเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ

หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หลายมาตรา ทั้งในลักษณะที่เป็นการส่งเสริมกันและในลักษณะที่มีความขัดแย้งกัน โดยหลักแล้วรัฐธรรมนูญจะรับรองหลักกรรมสิทธิ์และหลักเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามแนวคิดของรัฐเสรีนิยม ปัจจุบันมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรมสัญญาและเสรีภาพในการใช้สอยทรัพย์สินของตน กรณีใดที่ไม่มีกฎหมายห้าม ปัจจุบันก็สามารถกระทำได้เสมอ อย่างไรก็ตาม พัฒนาการทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ได้แสดงให้เห็นว่า ปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะสะสมความมั่งคั่งและนำมาซึ่งการเอารัดเอาเปรียบทางเศรษฐกิจ รัฐจึงควรเข้ามามีบทบาทในการกำกับดูแลให้ตลาดมีสุขภาพที่ดี กล่าวคือ มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กิจกรรมทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานของประชาชน และมีมูลค่าทางธุรกิจมหาศาลอย่างกิจการโทรคมนาคม รัฐจะปล่อยให้เอกชนดำเนินการอย่างเสรีโดยปราศจากการกำกับดูแลไม่ได้ รัฐจึงต้องเข้ามาใช้อำนาจมหาชนเพื่อแสวงหาความสมดุล กล่าวคือ การรับรองหลักเสรีภาพในทางเศรษฐกิจของเอกชนไปพร้อมกับการเสริมสร้างความเข้มแข็งของตลาด และเพื่อให้กิจกรรมทางเศรษฐกิจดังกล่าวตอบสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างแท้จริง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 37 ได้รับความคุ้มครองหลักการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของเอกชนเอาไว้และรวมไปถึงสิทธิในการสืบทอด การจำกัดสิทธิดังกล่าว เช่น การอายัด การยึด หรือการริบทรัพย์สิน ย่อมไม่สามารถกระทำได้ เว้นแต่จะโดยอาศัยอำนาจของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย⁶³ สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินได้บัญญัติเป็นครั้งแรกไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 14 ต่อมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 34 ได้บัญญัติเพิ่มเรื่องสิทธิในการสืบทอด และได้บัญญัติทำนองเดียวกันไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ เป็นการให้หลักประกัน

⁶³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 37 “บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบทอด

ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

ฯลฯ

ฯลฯ”

ในระดับรัฐธรรมนูญว่าบุคคลที่ได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยชอบรวมถึงการรับมรดกย่อมได้รับความคุ้มครอง⁶⁴ กฎหมายคุ้มครองให้บุคคลผู้ทรงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอย จำหน่าย ติดตามเอาคืน และขัดขวางมิให้ผู้อื่นเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของตนโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336⁶⁵

ส่วนของหลักเสรีภาพในทางเศรษฐกิจนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 40 ได้รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ทำให้การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำไม่ได้ แต่รัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ว่า การจำกัดเสรีภาพเช่นนี้อาจกระทำโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ เพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น⁶⁶ บทบัญญัติเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้บัญญัติเป็นครั้งแรกไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 14 และบัญญัติทำนองเดียวกันในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ ทั้งนี้ การตรากฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพตามวรรคสองจำเป็นต้องพิจารณา มาตรา 26 และมาตรา 77⁶⁷ ของรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย เพราะการจำกัดเสรีภาพเป็นข้อยกเว้น จึงต้องพิจารณา

⁶⁴ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบบรรายมาตรา ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, 2562, กรุงเทพฯ : สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, น. 54-55.

⁶⁵ **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์**

มาตรา 1336 “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย”

⁶⁶ **รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560**

มาตรา 40 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น
 ฯลฯ ฯลฯ”

⁶⁷ **รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560**

มาตรา 26 “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”

(มีต่อหน้าถัดไป)

จำกัดเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ส่วนรวม เช่น การตรากฎหมายเพื่อ “การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ” ต้องไม่สร้างภาระให้แก่ประชาชนเกินความจำเป็นหรือทำให้บุคคลไม่สามารถเข้าประกอบอาชีพนั้นได้ด้วยเหตุที่ไม่เกี่ยวกับความรู้ในอาชีพนั้น⁶⁸

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้รับรองหลักการคุ้มครองกรรมสิทธิ์และหลักเสรีภาพในทางเศรษฐกิจของเอกชน แต่ด้วยเหตุผลและความจำเป็นในทางมหาชน (มหาชนทางเศรษฐกิจ) รัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดข้อยกเว้นให้รัฐสามารถตรากฎหมายจำกัดสิทธิดังกล่าว เช่น การจัดให้มีสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานตามมาตรา 56 การรักษาไว้ซึ่งระบบเศรษฐกิจของประเทศตามมาตรา 75 และการจัดการคลื่นความถี่และสิทธิในการเข้าใช้วงโคจรดาวเทียมตามมาตรา 60

เพื่อเป็นหลักประกันว่าเอกชนจะมีเสรีภาพในทางเศรษฐกิจอย่างแท้จริง โดยหลักแล้วรัฐจะต้องไม่เข้ามาแทรกแซงระบบเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การเข้ามาดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเสียเอง เนื่องจากรัฐเป็นหน่วยที่มีกำลังทางเศรษฐกิจมากที่สุด การเข้ามาในตลาดของรัฐย่อมส่งผลให้เอกชนได้รับความเสียหายซึ่งจะเป็นปฏิปักษ์ต่อระบบการแข่งขันอย่างเสรีโดยรวมในที่สุด ดังนั้นนอกจากที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 75 วรรคหนึ่ง จะรับรองระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมใหม่แล้ว ในวรรคที่สองของมาตราเดียวกันนี้ยังได้กำหนดบังคับไปอีกชั้นหนึ่งว่ารัฐจะต้องไม่เข้ามาแทรกแซงเศรษฐกิจประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นด้วยเหตุผล 3 ประการ ได้แก่ (1) เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ (2) เพื่อการรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม และ (3) เพื่อการจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือการจัดทำบริการสาธารณะ⁶⁹ บทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดระบบเศรษฐกิจของประเทศ ได้มีการบัญญัติไว้

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 67)

มาตรา 77 “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ฯลฯ

ฯลฯ”

⁶⁸ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 64, น. 58-59.

⁶⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 75 “รัฐพึงจัดระบบเศรษฐกิจให้ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไปพร้อมกันอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน สามารถพึ่งพาตนเองได้ตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง ขจัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม และพัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประชาชนและประเทศ รัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม การจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือการจัดทำบริการสาธารณะ รัฐพึงส่งเสริม สนับสนุน คุ้มครอง และสร้างเสถียรภาพให้แก่ระบบสหกรณ์ประเภทต่าง ๆ และกิจการวิสาหกิจขนาดย่อมและขนาดกลางของประชาชนและชุมชน

ในการพัฒนาประเทศ รัฐพึงคำนึงถึงความสมดุลระหว่างการพัฒนาด้านวัตถุกับการพัฒนาด้านจิตใจ และความอยู่เย็นเป็นสุขของประชาชน ประกอบกัน”



เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 68 และบัญญัติทำนองเดียวกัน ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ ส่วนบทบัญญัติในวรรคสองเป็นบทบัญญัติที่กำหนดว่ารัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชนเว้นแต่มีความจำเป็นบางประการ นั้น เป็นหลักการในทำนองเดียวกันกับมาตรา 84 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550⁷⁰

ถึงแม้ว่าแนวคิดเสรีนิยมใหม่จะเรียกร้องให้รัฐถอยออกห่างจากตลาดและดำรงอยู่เพียงในฐานะผู้กำกับดูแลตลาดเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เกิดกิจกรรมทางเศรษฐกิจมีลักษณะเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน รัฐย่อมมีความชอบธรรมในการเข้ามาบริหารจัดการในนามของการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการพื้นฐานของประชาชน⁷¹ นอกเหนือจากความในวรรคสองของมาตรา 75 ที่ได้กำหนดข้อยกเว้นในกรณีจำเป็นเพื่อจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือการจัดทำบริการสาธารณะแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยังได้กำหนดให้รัฐต้องจัดหรือดำเนินการให้มีสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนอย่างทั่วถึงไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 56⁷² บทบัญญัติลักษณะนี้ได้มีการบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 มาตรา 41 และบัญญัติทำนองเดียวกันในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้นำหลักการเกี่ยวกับการจัดให้มีสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนมาบัญญัติไว้ในหมวดหน้าที่ของรัฐ เพราะเป็นเรื่องที่ควรกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐ รัฐจะไม่ดำเนินการไม่ได้ ตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนและโดยยึดถือประโยชน์ของชาติและประชาชนเป็นสำคัญ⁷³

⁷⁰ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 64*, น. 116-117.

⁷¹ โปรดตุ ความสัมพันธ์ระหว่างหลักการแข่งขันอย่างเสรีและบทบาทของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะ ใน อานันท์ กระบวนศรี, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น. 27-32.

⁷² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 56 “รัฐต้องจัดหรือดำเนินการให้มีสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนอย่างทั่วถึงตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน

โครงสร้างหรือโครงข่ายขั้นพื้นฐานของกิจการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานของรัฐอันจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนหรือเพื่อความมั่นคงของรัฐ รัฐจะกระทำด้วยประการใดให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนหรือทำให้รัฐเป็นเจ้าของน้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดมิได้

การจัดหรือดำเนินการให้มีสาธารณูปโภคตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง รัฐต้องดูแลให้มีการเรียกเก็บค่าบริการจนเป็นภาระแก่ประชาชนเกินสมควร

การนำสาธารณูปโภคของรัฐไปให้เอกชนดำเนินการทางธุรกิจไม่ว่าด้วยประการใด ๆ รัฐต้องได้รับประโยชน์ตอบแทนอย่างเป็นธรรม โดยคำนึงถึงการลงทุนของรัฐ ประโยชน์ที่รัฐและเอกชนจะได้รับและค่าบริการที่จะเรียกเก็บจากประชาชนประกอบกัน”

⁷³ โปรดตุ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 64*, น. 82-83.

นอกจากนี้ การนำสาธารณูปโภคของรัฐไปให้เอกชนดำเนินการทางธุรกิจไม่ว่าจะเป็น การประกอบกิจการ รัฐต้องได้รับประโยชน์ตอบแทนอย่างเป็นธรรมด้วย โดยรัฐจะต้องคำนึงถึงความสมดุล ระหว่างรายได้ที่รัฐได้จากเอกชนกับภาระที่จะตกอยู่กับประชาชนในการใช้บริการ และจะต้องกำกับดูแล มิให้มีการเรียกเก็บค่าบริการจนเป็นภาระแก่ประชาชนเกินสมควร ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญยังได้กำหนดหลักการบังคับ มิให้รัฐกระทำโดยประการใดให้โครงสร้างหรือโครงข่ายขั้นพื้นฐานของกิจการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน ที่เป็นของรัฐให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชน หรือจะทำให้รัฐถือหุ้นน้อยกว่าเอกชนไม่ได้ และรัฐต้องดูแล มิให้มีการเรียกเก็บค่าบริการจนเป็นภาระแก่ประชาชนเกินสมควร โดยกำหนดหลักการคุ้มครอง การนำทรัพย์สินของรัฐไปหาประโยชน์ซึ่งอาจทำให้รัฐเสียหาย⁷⁴

2.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคม

กิจการใดจะถือว่ามีลักษณะเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิต ของประชาชนนั้น เป็นเรื่องที่มีความเป็นพลวัต และเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่ากิจการโทรคมนาคม ถือว่าเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานประเภทหนึ่งที่มีความจำเป็นในการดำรงชีวิตในยุคสมัยใหม่ นอกจากนี้ เป็นที่ทราบกันดีว่าการแข่งขันในการให้บริการของกิจการโทรคมนาคมและการบริการต่าง ๆ ทำให้เกิด การพัฒนานวัตกรรมและเสริมสร้างความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก ปัจจุบันตลาดโทรคมนาคม ได้เปิดให้มีการแข่งขันเกือบทุกประเทศทั่วโลกในระดับที่แตกต่างกัน ทศวรรษที่ผ่านมา ประเทศยุโรป และกลุ่มประเทศสมาชิกองค์การความร่วมมือและพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organisation for Economic Co-operation and Development หรือ OECD) ได้พัฒนาตลาดเสรีในกิจการโทรคมนาคมให้เจริญก้าวหน้า มากที่สุด ในช่วงต้นทศวรรษ การให้บริการโทรคมนาคมส่วนใหญ่ในยุโรปมักอยู่ในรูปแบบของการผูกขาด แต่ในช่วงปลายทศวรรษ ตลาดโทรคมนาคมของกลุ่มประเทศที่เป็นสมาชิกองค์การความร่วมมือและพัฒนา ทางเศรษฐกิจได้เปิดให้มีการแข่งขันมากกว่าร้อยละ 96 อย่างไรก็ตาม ในส่วนของภูมิภาคอื่น เช่น ประเทศ ที่เคยอยู่ในสหภาพโซเวียต แอฟริกา และภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก ยังคงมีการผูกขาดโดยรัฐอยู่⁷⁵ เช่นเดียวกับ ในประเทศไทยที่ในอดีตถือว่ากิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่มีลักษณะเป็นสาธารณูปโภคและมีความเกี่ยวข้องกับ ความมั่นคงตามพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 จึงเป็นกิจการที่ต้องผูกขาดโดยรัฐมาตลอด⁷⁶ แต่เมื่อถูกกระแสโลกาภิวัตน์และแรงกดดัน จากอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องกับโทรคมนาคมและมีการเรียกร้องให้รัฐมีนโยบายเปิดให้มีการแข่งขันอย่างเสรี

⁷⁴ เฝิงอ้าว

⁷⁵ สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการกำกับดูแล กิจการโทรคมนาคม และการออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม, 2552, กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการ กิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, น. 47-48.

⁷⁶ จินตนา พนมชัยชยวัฒน์, กฎหมายโทรคมนาคม, พิมพ์ครั้งที่ 2 : 2563, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 67-69.



จึงนำมาสู่การยกเลิกการผูกขาดโดยองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) และการสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) และเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการเอกชนเข้ามาในตลาดมากขึ้น⁷⁷

กิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก มีลักษณะที่สำคัญ 4 ประการ ได้แก่ (1) กิจการโทรคมนาคมเป็นสาธารณูปโภคประเภทหนึ่ง (2) กิจการโทรคมนาคมมีลักษณะเป็นการผูกขาดในตนเอง (3) กิจการโทรคมนาคมเป็นอุตสาหกรรมที่มีพัฒนาการและการเปลี่ยนแปลงรวดเร็ว และ (4) กิจการโทรคมนาคมมีแนวโน้มที่จะอยู่บนหลักเกณฑ์เดียวกันทั่วโลก⁷⁸ ความสำคัญดังกล่าว ยืนยันได้จากการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองและคุ้มครองการใช้คลื่นความถี่ ตั้งแต่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 คลื่นความถี่ก็ได้รับการรับรองว่ามีสถานะเป็น “สมบัติของชาติ เพื่อใช้ให้เกิดประโยชน์แก่ประเทศชาติและประชาชน” และรัฐมีหน้าที่ต้องจัดให้ประชาชนสามารถเข้าถึงสมบัติดังกล่าวได้อย่างทั่วถึงและเป็นธรรม⁷⁹

ปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 60 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้รัฐต้องรักษาไว้ซึ่งคลื่นความถี่และสิทธิในการเข้าใช้วงโคจรดาวเทียมอันเป็นสมบัติของชาติ เพื่อใช้ให้เกิดประโยชน์แก่ประเทศชาติและประชาชน ไม่ใช่สิทธิที่บุคคลใดจะอ้างความเป็นเจ้าของได้ และวรรคสองกำหนดให้การจัดให้มีการใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่ ไม่ว่าจะใช้เพื่อส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และโทรคมนาคม หรือเพื่อประโยชน์อื่นใด ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชน ความมั่นคงของรัฐ และประโยชน์สาธารณะ รวมตลอดทั้งการให้ประชาชนมีส่วนร่วมได้ใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่ด้วย และเพื่อให้หลักการดังกล่าวได้รับการเคารพและปฏิบัติตาม ในวรรคสามของมาตราเดียวกันนี้ยังได้กำหนดให้รัฐต้องจัดให้มีองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อรับผิดชอบและกำกับการดำเนินการเกี่ยวกับคลื่นความถี่เพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชน ความมั่นคงของรัฐ และประโยชน์สาธารณะ คุ้มครองประชาชนมิให้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากผู้ประกอบการ และการดำเนินการใดอันจะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน⁸⁰ บทบัญญัติลักษณะนี้ได้มีการบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

⁷⁷ เฟื่องอ้าง, น. 93-96; อธิษณ พิชัยวรกุล, กฎหมายโทรคมนาคม : ความรู้เบื้องต้น, 2564, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 28-29.

⁷⁸ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, ความรู้เบื้องต้นกฎหมายกับการประกอบกิจการโทรคมนาคม, 2562, ปทุมธานี : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. 1-8.

⁷⁹ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 64, น. 89-90.

⁸⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 60 “รัฐต้องรักษาไว้ซึ่งคลื่นความถี่และสิทธิในการเข้าใช้วงโคจรดาวเทียมอันเป็นสมบัติของชาติ เพื่อใช้ให้เกิดประโยชน์แก่ประเทศชาติและประชาชน

การจัดให้มีการใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่ตามวรรคหนึ่ง ไม่ว่าจะใช้เพื่อส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และโทรคมนาคม หรือเพื่อประโยชน์อื่นใด ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชน ความมั่นคงของรัฐ และประโยชน์สาธารณะ รวมตลอดทั้งการให้ประชาชนมีส่วนร่วมได้ใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่ด้วย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

(มีต่อหน้าถัดไป)

พุทธศักราช 2540 มาตรา 40 และบัญญัติในทำนองเดียวกันไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 47 โดยเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองการจัดสรรคลื่นความถี่อย่างเป็นธรรม⁸¹

เพื่อให้สอดคล้องกับความในวรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 60 ที่ได้กล่าวมาข้างต้น มาตรา 274 ของรัฐธรรมนูญดังกล่าว จึงได้กำหนดให้มีคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (The National Broadcasting and Telecommunication Commission) หรือ กสทช. (NBTC) ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญตามมาตรา 60 วรรคสาม⁸² เพื่อรับรองสถานะของ กสทช. ให้เป็นองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อรับผิดชอบและกำกับการดำเนินการเกี่ยวกับคลื่นความถี่ให้เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชน ความมั่นคงของรัฐ และประโยชน์สาธารณะ รวมถึงลดทั้งการให้ประชาชนมีส่วนร่วมได้ใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่⁸³

อำนาจหน้าที่ของ กสทช. บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 มาตรา 27 ที่กำหนดให้ กสทช. มีอำนาจหน้าที่จัดทำแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ กำหนดการจัดสรรคลื่นความถี่ ระหว่างคลื่นความถี่ พิจารณานุญาตและกำกับดูแลการใช้คลื่นความถี่ การประกอบกิจการ กระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม วินิจฉัยและแก้ไขปัญหาการใช้คลื่นความถี่ และหน้าที่อื่น

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 80)

รัฐต้องจัดให้มีองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อรับผิดชอบและกำกับการดำเนินการเกี่ยวกับคลื่นความถี่ให้เป็นไปตามวรรคสอง ในกรณีนี้ องค์กรดังกล่าวต้องจัดให้มีมาตรการป้องกันมิให้มีการแสวงหาประโยชน์จากผู้บริโภคโดยไม่เป็นธรรมหรือสร้างภาระแก่ผู้บริโภคเกินความจำเป็น ป้องกันมิให้คลื่นความถี่รบกวนกัน รวมถึงลดทั้งป้องกันการกระทำที่ส่งผลเป็นการขัดขวางเสรีภาพในการรับรู้หรือปิดกั้นการรับรู้ข้อมูลหรือข่าวสารที่ถูกต้องตามความเป็นจริงของประชาชน และป้องกันมิให้บุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่โดยไม่คำนึงถึงสิทธิของประชาชนทั่วไป รวมถึงลดทั้งการกำหนดสัดส่วนขั้นต่ำที่ผู้ใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่จะต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

⁸¹ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 64, น. 89-90.

⁸² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

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

⁸³ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 64, น. 511; อรัชมน พิเชฐวรกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 77, น. 105-106.



เพื่อให้ผู้ใช้บริการได้รับบริการที่มีคุณภาพ ประสิทธิภาพ รวดเร็ว ถูกต้อง และเป็นธรรม จะเห็นได้ว่าการใช้อำนาจของ กสทช. มีลักษณะที่กว้างขวาง ทั้งการออกกฎ การบังคับใช้กฎหมาย และการชี้ขาดข้อพิพาท ทั้งนี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในกิจการโทรคมนาคมซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งการศึกษาของบทความนี้ ได้แก่ การใช้อำนาจตามมาตรา 27 (8) และมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ที่ให้อำนาจแก่ กสทช. ในการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้หรือเชื่อมต่อ และหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดอัตราค่าใช้หรือค่าเชื่อมต่อโครงข่ายในการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม⁸⁴ สอดคล้องกับพันธกรณีของประเทศไทยในฐานะประเทศสมาชิกของสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ (International Telecommunication Union หรือ ITU) และองค์การการค้าโลก (World Trade Organization หรือ WTO) ที่จะต้องเปิดโอกาสให้มีการเชื่อมต่อโครงข่ายและอุปกรณ์ของผู้ให้บริการแต่ละรายโดยไม่เลือกปฏิบัติและในราคาต้นทุนที่เหมาะสม ด้วยการเปิดโอกาสให้ผู้ให้บริการรายใหม่เข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมด้วยกรอบนโยบายกฎหมายเดียวกันไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ผู้ให้บริการเป็นภาคเอกชนหรือภาครัฐก็ตาม⁸⁵

อำนาจหน้าที่ของ กสทช. ที่สำคัญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในกิจการโทรคมนาคมอาจจำแนกออกเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ ส่วนที่ 2.2.1 อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการเชื่อมต่อและการใช้โครงข่ายโทรคมนาคม ส่วนที่ 2.2.2 อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับสัญญาการใช้หรือการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม และส่วนที่ 2.2.3 อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท

⁸⁴ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553

มาตรา 27 “ให้ กสทช. มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(8) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้หรือเชื่อมต่อ และหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดอัตราค่าใช้หรือค่าเชื่อมต่อโครงข่ายในการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งในกิจการประเภทเดียวกันและระหว่างกิจการแต่ละประเภท ให้เป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการ ผู้ให้บริการและผู้ลงทุนหรือระหว่างผู้ให้บริการโทรคมนาคม โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

ฯลฯ

ฯลฯ”

มาตรา 29 “การกำหนดอัตราค่าใช้หรือค่าเชื่อมต่อโครงข่าย ค่าธรรมเนียมใด ๆ หรือค่าบริการในการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมตามพระราชบัญญัตินี้ และตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ หรือตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคม ให้ กสทช. คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและภาระของผู้บริโภค ความสอดคล้องกับต้นทุนการให้บริการ ความคุ้มค่า และการจัดสรรทรัพยากรที่มีประสิทธิภาพด้วย”

⁸⁵ จินตนา พนมชัยชยวัฒน์, อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 76, น. 114-118.

2.2.1 อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการเชื่อมต่อและการใช้โครงข่ายโทรคมนาคม

นอกเหนือจากพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นยังปรากฏในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 อีกด้วย ดังปรากฏจากบทบัญญัติมาตรา 4 ที่ได้กำหนดนิยามคำสำคัญเกี่ยวกับโครงข่ายโทรคมนาคม⁸⁶ และมาตรา 25 ที่กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมมีหน้าที่ให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนกับของผู้รับใบอนุญาตรายอื่นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ กสทช. (คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เดิม)⁸⁷ กำหนด

⁸⁶ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

มาตรา 4 “ในพระราชบัญญัตินี้

“กิจการโทรคมนาคม” หมายความว่า กิจการโทรคมนาคมตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

ฯลฯ

ฯลฯ

“โครงข่ายโทรคมนาคม” หมายความว่า กลุ่มของเครื่องโทรคมนาคมที่ต่อถึงกันโดยตรงหรือโดยผ่านเครื่องชุมสายหรือเครื่องอื่นใด เพื่อการโทรคมนาคมระหว่างจุดหมายปลายทางที่กำหนดด้วยระบบสายระบบคลื่นความถี่ ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้าอื่น ระบบใดระบบหนึ่งหรือหลายระบบรวมกัน

“เชื่อมต่อ” หมายความว่า การเชื่อมต่อระหว่างโครงข่ายโทรคมนาคมภายใต้ความตกลงทางเทคนิคและทางพาณิชย์ เพื่อให้ผู้ใช้บริการของผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมฝ่ายหนึ่งสามารถติดต่อสื่อสารกับผู้ใช้บริการหรือใช้บริการโทรคมนาคมของผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมอีกฝ่ายหนึ่งได้

ฯลฯ

ฯลฯ”

⁸⁷ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

มาตรา 25 “ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคม มีหน้าที่ให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนกับของผู้รับใบอนุญาตรายอื่นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด

ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมต้องยินยอมให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของตนตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด

การปฏิเสธไม่ให้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมให้กระทำได้เฉพาะกรณี ดังต่อไปนี้

(1) โครงข่ายโทรคมนาคมที่มีอยู่ไม่เพียงพอแก่การให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นใช้โครงข่ายโทรคมนาคม

(2) การใช้โครงข่ายโทรคมนาคมมีปัญหาทางเทคนิคที่อาจก่อให้เกิดการรบกวนกิจการโทรคมนาคม

หรือเป็นเหตุขัดขวางการโทรคมนาคม

(3) กรณีอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

ให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมซึ่งปฏิเสธไม่ให้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมตามวรรคสาม มีหน้าที่พิสูจน์ถึงเหตุแห่งการปฏิเสธนั้น

การเรียกเก็บค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายต้องเป็นไปอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมต่อผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและต้องให้มีความเท่าเทียมกันในระหว่างผู้ขอใช้หรือผู้ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมทุกราย

(มีต่อหน้าถัดไป)



เป็นการบัญญัติกฎหมายรับรองแนวคิดตามหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น โดยถือว่ากิจการโทรคมนาคมเป็นการบริการสาธารณะที่มีโครงข่ายประเภทหนึ่ง⁸⁸ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่รัฐจะต้องใช้อำนาจมหาชน ยกเว้นหลักการคุ้มครองกรรมสิทธิ์และเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ เพราะมีฉะนั้นแล้ว หากรัฐปล่อยให้เจ้าของโครงข่าย (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กิจการที่เคยเป็นของรัฐที่ผ่านการใช้อำนาจมหาชนในการประกอบกิจการมาก่อน) มีสิทธิหวงกั้นทรัพย์สินของตนตามมาตรา 1336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และปล่อยให้เจ้าของโครงข่ายมีเสรีภาพในการตัดสินใจว่าจะให้ผู้ประกอบกิจการรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายหรือไม่อนุญาตให้เชื่อมต่อโครงข่ายตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อให้ประชาชนเข้าถึงคลื่นความถี่อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันก็จะไม่สำเร็จลุล่วงได้อย่างแท้จริง ทำให้เกิดการผูกขาดในกลุ่มผู้ประกอบการรายใหญ่ หรือผู้ประกอบการรายเดิมที่อยู่ในตลาดซึ่งเป็นเจ้าของสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานย่อมสามารถปฏิเสธค่าขอของผู้ประกอบกิจการรายใหม่ที่ต้องการใช้สาธารณูปโภคดังกล่าว โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ในการเข้าสู่ตลาดอันถือเป็นพฤติกรรมการต่อต้านการแข่งขัน⁸⁹ การปฏิเสธไม่ให้เชื่อมต่อโครงข่ายจะต้องถือเป็นข้อยกเว้นเฉพาะกรณีที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ อย่างเคร่งครัด 3 กรณีเท่านั้น ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 25 วรรคสาม ได้แก่ (1) โครงข่ายโทรคมนาคมที่มีอยู่ไม่เพียงพอแก่การให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นใช้โครงข่ายโทรคมนาคม (2) การใช้โครงข่ายโทรคมนาคมมีปัญหาทางเทคนิคที่อาจก่อให้เกิดการรบกวนกิจการโทรคมนาคม หรือเป็นเหตุขัดขวางการโทรคมนาคม และ (3) กรณีอื่นตามที่ กสทช. ประกาศกำหนด ทั้งนี้ การปฏิเสธไม่ให้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมตามวรรคสาม กฎหมายกำหนดให้เป็นภาระการพิสูจน์ของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมซึ่งปฏิเสธไม่ให้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคม

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 87)

การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้คณะกรรมการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากผู้รับใบอนุญาตที่เกี่ยวข้องด้วย”

⁸⁸ หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะที่มีโครงข่ายไม่ได้ปรากฏเฉพาะในเรื่องกิจการโทรคมนาคมเท่านั้น หากแต่ยังปรากฏในกฎหมายอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ ซึ่งมีความจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชน เช่น การประปา การไฟฟ้า การคมนาคมขนส่ง และการไปรษณีย์ ประเทศไทยได้มีการรับรองหลักกฎหมายดังกล่าวไว้ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาเป็นเวลานาน เช่น พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 ที่ได้บัญญัติเรื่องการให้บุคคลภายนอกเข้าถึงระบบ หรือสิทธิการใช้โครงข่ายโดยบุคคลที่สาม (Third Party Access : TPA) ไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 81 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “ผู้รับใบอนุญาตที่มีระบบโครงข่ายพลังงานต้องยินยอมให้ผู้รับใบอนุญาต หรือผู้ประกอบการพลังงานรายอื่นใช้หรือเชื่อมต่อบริการโครงข่ายพลังงานของตน ทั้งนี้ ตามข้อกำหนดที่ผู้รับใบอนุญาตที่มีระบบโครงข่ายพลังงานประกาศกำหนด” อย่างไรก็ตาม ในบทความนี้จะเน้นไปที่การศึกษาหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคมเป็นสำคัญ

⁸⁹ ภูมิรินทร์ บุตรอินทร์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 78*, น. 134-135.

ผู้ประกอบกิจการรายได้ที่ต้องการขอเชื่อมต่อโครงข่ายกับผู้รับใบอนุญาต แต่ถูกกีดกันการเข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคมมีสิทธิร้องขอให้ กสทช. พิจารณาวินิจฉัยได้ตามพระราชบัญญัติ การประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง หากผู้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม เลขานุการ กสทช. ย่อมมีอำนาจที่จะสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตระงับการกระทำที่ฝ่าฝืน หรือแก้ไขปรับปรุง หรือปฏิบัติให้ถูกต้องหรือเหมาะสมภายในระยะเวลาที่กำหนดก็ได้ตามมาตรา 64 และหากผู้รับใบอนุญาต ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเลขานุการตามมาตรา 64 และพ้นกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์ตามมาตรา 65 หรือ กสทช. วินิจฉัยยืนตามคำสั่งของเลขานุการ เมื่อเลขานุการได้มีหนังสือเตือนแล้วยังไม่มีการปฏิบัติตามคำสั่งนั้น เลขานุการย่อมมีอำนาจที่จะกำหนดค่าปรับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งต้องไม่ต่ำกว่า 20,000 บาทต่อวัน ตามมาตรา 66 วรรคหนึ่ง⁹⁰ กรณีจึงเป็นการให้อำนาจแก่ กสทช. และเลขานุการ กสทช. ในฐานะองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจมหาชนบังคับการให้เป็นไปตามหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น

⁹⁰ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

มาตรา 26 “ในกรณีที่มีการปฏิเสธไม่ให้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมหรือมีข้อที่ตกลงกันไม่ได้ในการเจรจา ทำสัญญาการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม คู่กรณีมีสิทธิร้องขอให้คณะกรรมการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดได้ตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่คณะกรรมการประกาศกำหนด คำวินิจฉัยของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด

ในระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการตามวรรคหนึ่ง ถ้ามีกรณีจำเป็นคณะกรรมการอาจสั่งให้ใช้ หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมไปพลางก่อนตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนดได้”

มาตรา 64 “ในกรณีที่ปรากฏแก่เลขานุการว่าผู้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 9 วรรคห้า... มาตรา 25 มาตรา 26 วรรคสอง... ให้เลขานุการมีอำนาจสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตระงับการกระทำที่ฝ่าฝืน หรือแก้ไขปรับปรุง หรือปฏิบัติให้ถูกต้องหรือเหมาะสมภายในระยะเวลาที่กำหนดก็ได้”

มาตรา 65 “ในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตซึ่งได้รับคำสั่งจากเลขานุการตามมาตรา 64 ไม่พอใจในคำสั่ง ดังกล่าว ให้มีสิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการได้ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว คำวินิจฉัยของคณะกรรมการ ให้เป็นที่สุด”

มาตรา 66 “ในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเลขานุการตามมาตรา 64 และพ้นกำหนด ระยะเวลาอุทธรณ์ตามมาตรา 65 หรือคณะกรรมการวินิจฉัยยืนตามคำสั่งเลขานุการ เมื่อเลขานุการได้มีหนังสือเตือนแล้ว ยังไม่มีการปฏิบัติตามคำสั่งนั้น ให้เลขานุการพิจารณากำหนดค่าปรับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง ซึ่งต้องไม่ต่ำกว่าสองหมื่นบาทต่อวัน

ในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตยังเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามการให้ถูกต้อง หรือฝ่าฝืนคำสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือกรณีที่มีความเสียหายร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ ให้คณะกรรมการมีอำนาจพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตได้

การกำหนดให้การกระทำความผิดกรณีใดต้องถูกพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”



นอกจากกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติแล้ว หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นยังปรากฏในกฎหมายลำดับรอง ได้แก่ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 โดยข้อ 5 ได้กำหนดนิยามศัพท์กฎหมายสำคัญ ได้แก่ “โครงข่ายโทรคมนาคม” หมายถึง กลุ่มของเครื่องโทรคมนาคมที่ต่อถึงกันโดยตรงหรือโดยผ่านเครื่องชุมสายหรือเครื่องอื่นใด เพื่อการโทรคมนาคมระหว่างจุดหมายปลายทางที่กำหนดด้วยระบบสาย ระบบคลื่นความถี่ ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้าอื่น ระบบใดระบบหนึ่งหรือหลายระบบรวมกัน และคำว่า “สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น” หมายถึง สิ่งอำนวยความสะดวก เช่น อาคาร สถานที่ หรือพื้นที่ สาธารณูปโภค และอุปกรณ์ รวมถึงการทำงาน กระบวนการ หรือบริการของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคม⁹¹ และได้ยืนยันหลักการในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 25 วรรคสาม อีกครั้งในข้อ 6 ที่กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมมีหน้าที่ให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนกับของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น⁹²

⁹¹ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556

ข้อ 5 “ในประกาศนี้

“โครงข่ายโทรคมนาคม” หมายความว่า กลุ่มของเครื่องโทรคมนาคมที่ต่อถึงกันโดยตรงหรือโดยผ่านเครื่องชุมสายหรือเครื่องอื่นใด เพื่อการโทรคมนาคมระหว่างจุดหมายปลายทางที่กำหนดด้วยระบบสาย ระบบคลื่นความถี่ ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้าอื่น ระบบใดระบบหนึ่งหรือหลายระบบรวมกัน

ฯลฯ

ฯลฯ

“สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น” หมายความว่า สิ่งอำนวยความสะดวก เช่น อาคาร สถานที่ หรือพื้นที่ สาธารณูปโภค และอุปกรณ์ รวมถึงการทำงาน กระบวนการ หรือบริการของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคม ซึ่งจำเป็นต้องใช้สำหรับการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม โดยพิจารณาจากเงื่อนไข ดังนี้

- (1) ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมเป็นเจ้าของหรือมีอำนาจควบคุมการใช้สิ่งอำนวยความสะดวกนั้น
- (2) ผู้รับใบอนุญาตที่ขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมจำเป็นต้องใช้สิ่งอำนวยความสะดวกนั้น

ในการให้บริการโทรคมนาคมของตน และ

- (3) ผู้รับใบอนุญาตที่ขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมไม่สามารถทำหรือจัดให้มีได้

หากพิจารณาในทางเศรษฐศาสตร์หรือทางเทคนิค

ฯลฯ

ฯลฯ”

⁹² ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556

ข้อ 6 “ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมมีหน้าที่ให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนกับของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนดในประกาศนี้”

และมีหน้าที่ต้องอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่นในการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมตามข้อ 7⁹³

2.2.2 อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับสัญญาการใช้หรือการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม

หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาเป็นหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายเอกชน โดยหลักแล้ว เอกชนมีเสรีภาพที่จะเข้าทำสัญญาหรือไม่ทำสัญญาและมีเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาตามใจสมัคร อย่างไรก็ตาม การใช้และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเป็นกิจกรรมสำคัญที่สนับสนุนให้ประชาชนสามารถเข้าถึงและได้รับประโยชน์จากการโทรคมนาคมซึ่งเป็นสาธารณูปโภคที่สำคัญในปัจจุบัน และเป็นกิจกรรมที่ส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมในตลาดโทรคมนาคม การปล่อยให้ผู้ประกอบการโทรคมนาคมสามารถตัดสินใจกำหนดค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายอย่างอิสระอาจทำให้ผู้ประกอบการรายใหญ่ที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมจำนวนมากกำหนดค่าตอบแทนหรือเงื่อนไขในสัญญาที่เอารัดเอาเปรียบผู้ประกอบการรายอื่น ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและนำมาซึ่งราคาต้นทุนที่เพิ่มสูงขึ้น และภาระต้นทุนที่ผู้ประกอบการขอเชื่อมต่อและใช้โครงข่ายโทรคมนาคมต้องแบกรับย่อมถูกผลักภาระตกแก่ประชาชนผู้ใช้บริการโทรคมนาคมในที่สุด พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 25 วรรคห้า จึงได้เข้ามาวางหลักให้การเรียกเก็บค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายต้องเป็นไปอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมต่อผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม และจะต้องให้มีความเท่าเทียมกัน ในระหว่างผู้ขอใช้หรือผู้ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมทุกรายโดยไม่เลือกปฏิบัติ เช่น กำหนดค่าตอบแทนให้แก่บริษัทในเครือของตนต่ำกว่าผู้ขอใช้หรือผู้ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่นโดยไม่มีเหตุผล

⁹³ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556

ข้อ 7 “ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมต้อง

(1) เสนอและจัดให้มีการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ณ จุดเชื่อมต่อที่มีความเป็นไปได้ทางเทคนิค และต้องไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่นที่ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเกินสมควร...

(2) แจ้งข้อมูลที่ถูกต้องและจำเป็นในการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่นที่ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมทราบ เพื่อให้สามารถดำเนินการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมได้...

(5) เสนอและจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของโครงข่ายโทรคมนาคมของตน เพื่อให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่นที่ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมสามารถเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมได้...

(9) ไม่กระทำการใด ๆ อันเป็นเหตุให้การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่นที่ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมไม่สามารถใช้งานได้ตามปกติและต้องไม่ก่อให้เกิดการรบกวนกิจการโทรคมนาคมหรือที่อาจก่อให้เกิดเหตุขัดขวางการโทรคมนาคม



ในทางธุรกิจรองรับ⁹⁴ โดยเนื้อหาของสัญญาจะต้องมีลักษณะสำคัญที่กฎหมายคุ้มครองภายใต้กรอบในมาตรา 27 เช่น ไม่ทำให้ผู้ใช้บริการเสียประโยชน์ ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ แบ่งแยก หรือกีดกันผู้รับใบอนุญาตรายอื่น ไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเกินสมควร⁹⁵

หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นยังปรากฏในประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการกำหนดค่าตอบแทนในรายละเอียด เช่น ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมต้องเรียกเก็บค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมในอัตราที่สะท้อนต้นทุน โดยใช้หลักการคำนวณแบบต้นทุนส่วนเพิ่มระยะยาว (long run incremental cost) ตามข้อ 10⁹⁶ จะต้องมีข้อกำหนดในลักษณะที่ไม่ทำให้ผู้ใช้บริการเสียประโยชน์

⁹⁴ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

มาตรา 25 วรรคห้า “การเรียกเก็บค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายต้องเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล และเป็นธรรมต่อผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและต้องให้ความเท่าเทียมกัน ในระหว่างผู้ใช้หรือผู้ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมทุกราย”

⁹⁵ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

มาตรา 27 “สัญญาเกี่ยวกับการใช้หรือการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมจะต้องมีข้อกำหนดในลักษณะดังนี้

- (1) ไม่ทำให้ผู้ใช้บริการเสียประโยชน์
- (2) ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ แบ่งแยก หรือกีดกันผู้รับใบอนุญาตรายอื่น
- (3) ข้อกำหนดทางเทคนิค ณ จุดที่มีการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมต้องชัดเจน มีความเป็นไปได้

ในทางเทคนิค และไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเกินสมควร

(4) มีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ใช้หรือผู้ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม และผู้ให้บริการหรือผู้ให้บริการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่ชัดเจน

(5) การกำหนดอัตราค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 25 วรรคห้า

- (6) ลักษณะอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

⁹⁶ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556

ข้อ 10 “ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมต้องเรียกเก็บค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมในอัตราที่สะท้อนต้นทุน โดยใช้หลักการคำนวณแบบต้นทุนส่วนเพิ่มระยะยาว (long run incremental cost) ทั้งนี้ คณะกรรมการอาจพิจารณากำหนดวิธีการคำนวณต้นทุนและอัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมอ้างอิงที่เหมาะสมสำหรับบางประเภทบริการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมได้

ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมอาจเรียกเก็บอัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมโดยใช้อัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมอ้างอิงที่คณะกรรมการกำหนดตามวรรคหนึ่งก็ได้

ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมต้องเรียกเก็บค่าตอบแทนการใช้สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นสำหรับการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมในอัตราที่สะท้อนต้นทุน”

ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ และไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมที่ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเกินสมควรตามข้อ 27⁹⁷ และเมื่อสามารถตกลงทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมแล้ว ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมที่ให้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมต้องจัดให้มีการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมโดยมิชักช้าตามข้อ 32⁹⁸ นอกจากนี้ กสทช. ยังได้มีการออกประกาศที่สำคัญเพื่อใช้เป็นมาตรฐานการคำนวณอัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและเพื่อใช้เป็นอัตราอ้างอิงอัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ได้แก่ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรฐานการคำนวณอัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ. 2564 และประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง อัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ที่เป็นอัตราอ้างอิง ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ. 2564

2.2.3 อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท

เพื่อให้หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในการเชื่อมต่อและการใช้โครงข่ายโทรคมนาคม ได้รับการเคารพและปฏิบัติตามอย่างแท้จริง กฎหมายจึงกำหนดให้ กสทช. มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลผู้ประกอบการโทรคมนาคมปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด และในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น เช่น มีการปฏิเสธไม่ให้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมหรือมีข้อที่ตกลงกันไม่ได้ในการเจรจาทำสัญญาการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม คู่กรณีมีสิทธิร้องขอให้ กสทช. วินิจฉัยชี้ขาดได้ตามพระราชบัญญัติ

⁹⁷ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556

ข้อ 27 “สัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมจะต้องมีข้อกำหนดในลักษณะ ดังนี้

(1) ไม่ทำให้ผู้ใช้บริการเสียประโยชน์

(2) ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ แบ่งแยก หรือกีดกันผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่น

(3) ข้อกำหนดทางเทคนิค ณ จุดที่มีการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมต้องชัดเจน มีความเป็นไปได้ทางเทคนิคและไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมที่ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเกินสมควร

(4) มีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมที่เป็นคู่สัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่ชัดเจน

(5) การกำหนดอัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมต้องเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล และเป็นธรรมต่อผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและต้องให้มีความเท่าเทียมกันในระหว่างผู้ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมทุกราย”

⁹⁸ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556

ข้อ 32 “เมื่อสามารถตกลงทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมแล้ว ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมที่ให้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมต้องจัดให้มีการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมโดยมิชักช้าตามที่ตกลงไว้ในสัญญา โดยต้องไม่เลือกปฏิบัติแก่ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมรายใดรายหนึ่ง

ฯลฯ

ฯลฯ”



การประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 26⁹⁹ ประกอบประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 ข้อ 55¹⁰⁰

ส่วนที่ 3 แนวคำพิพากษาของศาลปกครองไทย

การศึกษาแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดจะทำให้เข้าใจตัวบทกฎหมายและหลักการพื้นฐานที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติต่าง ๆ ได้เป็นอย่างดี ในบทความนี้จะนำเสนอคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดจำนวน 8 คดี ได้แก่ (1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 864/2559 (2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 39/2566 (3) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 363/2563 (4) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1371-1372/2558 (5) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1326/2560 (6) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1259-1260/2559 (7) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 401/2563 และ (8) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 276/2565 โดยเป็นการเรียงลำดับของเรื่องตามเนื้อหากฎหมายที่ได้อธิบายเอาไว้ในส่วนที่ 2 ของบทความนี้

(1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 864/2559 : สถานะทางกฎหมายของผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ได้รับอนุญาตอยู่แล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ใช้บังคับ

(ก) สารสำคัญของคำพิพากษา

คดีนี้มีประเด็นที่ศาลปกครองสูงสุดต้องวินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (บริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) (แทค)) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (บริษัท ทรูมูฟ จำกัด)¹⁰¹ เป็นผู้ประกอบ

⁹⁹ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

มาตรา 26 “ในกรณีที่มีการปฏิเสธไม่ให้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมหรือมีข้อขัดข้องกันไม่ได้ในการเจรจาทำสัญญาการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม คู่กรณีมีสิทธิร้องขอให้คณะกรรมการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการประกาศกำหนด คำวินิจฉัยของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด

ในระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการตามวรรคหนึ่ง ถ้ามีกรณีจำเป็นคณะกรรมการอาจสั่งให้ใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมไปพลางก่อนตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนดได้”

¹⁰⁰ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556

ข้อ 55 “ในกรณีที่มีการปฏิเสธไม่ให้เชื่อมต่อหรือใช้โครงข่ายโทรคมนาคมตามข้อ 25 หรือข้อ 48 หรือมีข้อพิพาทเกิดขึ้นตามข้อ 26 หรือข้อ 49 ให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิร้องขอให้คณะกรรมการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดได้ โดยยื่นคำร้องเป็นหนังสือต่อสำนักงาน

ฯลฯ

ฯลฯ”

¹⁰¹ บริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) (หรือในชื่อการค้าว่า ดีแทค (dtac)) ได้ควบรวมกับบริษัท ทรู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) (หรือในชื่อการค้าว่า ทรู (true)) โดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นร่วมได้มีมติอนุมัติซื้อบริษัทใหม่และได้เห็นพ้องให้ใช้ชื่อเดิมว่า บริษัท ทรู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ทั้งนี้ กระบวนการควบรวมบริษัทเสร็จสมบูรณ์เมื่อวันที่ 1 มีนาคม 2566 โดยกรรมการของบริษัท ทรูฯ (ใหม่) ได้จดทะเบียนควบรวมบริษัทระหว่างบริษัท ทรูฯ (เดิม) กับบริษัท โทเทิลฯ แก่กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ส่งผลให้บริษัท โทเทิลฯ พันสภาพการเป็นนิติบุคคลพร้อมกับบริษัท ทรูฯ (เดิม)

กิจการโทรคมนาคมที่ได้รับอนุญาตหรือไม่ ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่า ขณะที่บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) (บมจ. กสท) มีสถานะเป็นการสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) ได้ทำสัญญาลงวันที่ 14 พฤศจิกายน 2533 และสัญญาลงวันที่ 20 มิถุนายน 2539 กับผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 เพื่อดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่า (AMPS 800) และให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่า DIGITAL PCN (PERSONAL COMMUNICATION NETWORK) 1800 โดยให้ผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 จัดให้มี ขยาย และดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่าในพื้นที่ต่าง ๆ ตามที่ได้รับอนุญาต และภายใต้การกำกับดูแลของ กสท. ซึ่งผู้ผูกฟองคืด (บริษัท โทรคมนาคมแห่งชาติ จำกัด (มหาชน) (บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) เดิม)) ในขณะที่มีสถานะเป็นองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยก็ได้ทำข้อตกลง เรื่อง การเชื่อมโยงโครงข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2537 และข้อตกลง ลงวันที่ 29 พฤษภาคม 2540 กับผู้ผูกฟองคืดที่ 3 ผู้ผูกฟองคืดที่ 4 และ กสท. โดยผู้ผูกฟองคืดจะยอมให้โครงข่ายวิทยุคมนาคมของผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และโครงข่ายวิทยุคมนาคมตามสัญญาที่ได้ทำกับ กสท. สามารถเชื่อมเข้ากับโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ผูกฟองคืดได้ ส่วนผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 จะต้องชำระค่าเชื่อมโยงเลขหมาย เลขหมายละ 200 บาทต่อเดือน และ กสท. จะชำระรายได้ครึ่งหนึ่งของส่วนแบ่งรายได้ที่ กสท. ได้รับจากผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 ให้แก่ผู้ผูกฟองคืด¹⁰² ต่อมา ผู้ผูกฟองคืดที่ 1 (คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เดิม)) ได้ออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมแบบที่สามให้แก่ผู้ผูกฟองคืด และ บมจ. กสท และได้อนุมัติให้จัดสรรเลขหมายโทรคมนาคมสำหรับการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ให้แก่ผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 รายละเอียด 1,500,000 เลขหมาย

จากข้อเท็จจริงข้างต้นดังกล่าว ศาลปกครองจึงพิจารณาแล้วเห็นว่า สัญญาระหว่าง กสท. กับผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 ที่ให้ผู้ผูกฟองคืดทั้งสองดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่า นั้น เป็นการดำเนินธุรกิจอันเกี่ยวกับกิจการไปรษณีย์และโทรคมนาคมและธุรกิจอื่นที่ต่อเนื่องใกล้เคียงกัน โดยมีลักษณะเป็นการร่วมการทำงานหรือสมทบกับบุคคลอื่นเพื่อประโยชน์แห่งกิจการของการสื่อสารแห่งประเทศไทย อันเป็นอำนาจของ กสท. ตามมาตรา 7 ประกอบมาตรา 10 (6) แห่งพระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2519 โดยในส่วนของดำเนินการของผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 เป็นการประกอบกิจการในลักษณะที่เป็นผู้ให้บริการด้านกิจการโทรคมนาคมแก่บุคคลอื่นทั่วไป จึงถือได้ว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นการประกอบกิจการโทรคมนาคมตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 จึงเป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ได้รับอนุญาตอยู่แล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ใช้บังคับ

¹⁰² ภายหลังได้มีการตราพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 เพื่อนำตัวตราตามมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และได้มีการตราพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และได้มีการปรับเปลี่ยนสถานะของ ทศท. และ กสท. ตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 โดย ทศท. เปลี่ยนมาเป็นผู้ผูกคืด และ กสท. เปลี่ยนมาเป็นบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) (บมจ. กสท)



สิทธิประกอบกิจการโทรคมนาคมตามขอบเขตและสิทธิที่มีอยู่เดิม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 จึงยังคงมีอยู่และยังได้รับความคุ้มครองให้สามารถประกอบกิจการตามที่ได้รับจากสัญญาเดิมนั้นต่อไปได้ จนกว่าสัญญาดังกล่าวจะสิ้นสุดลง และถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เป็นผู้ที่มีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้รับใบอนุญาตตามมาตรา 80 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมจึงมีหน้าที่ ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ซึ่งถือเป็นผู้รับใบอนุญาตรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตน ดังนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (เลขาธิการคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (เลขาธิการคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เดิม)) ได้มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดี ปฏิบัติตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ให้ยืนตามคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 นั้น จึงเป็นการตีความตามบทบัญญัติของกฎหมาย และสอดคล้องกับมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น ที่จะให้คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคม เป็นทรัพยากรของชาติ และการใช้ทรัพยากรดังกล่าวนี้ก็ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และคำวินิจฉัย อุทธรณ์คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว

(ข) วิเคราะห์คำพิพากษา

การศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 864/2559 ทำให้เข้าใจพัฒนาการของกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทย หลักกฎหมายที่รับรองทฤษฎีว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น และข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการใช้การตีความกฎหมายดังกล่าว จะเห็นได้ว่าในอดีต ประเทศไทยได้ผูกขาดการประกอบกิจการโทรคมนาคมเนื่องจากเป็นกิจการที่มีความสำคัญต่อความมั่นคงของประเทศ และมีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจและการเข้าถึงสาธารณูปโภคของประชาชน โดยมีองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) และการสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) เป็นผู้รับผิดชอบกิจการดังกล่าว ต่อมา กสท. ได้ทำสัญญาร่วมการทำงานกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ประกอบกิจการในลักษณะที่เป็นผู้ให้บริการด้านกิจการโทรคมนาคมแก่บุคคลอื่นทั่วไปภายใต้การกำกับดูแลของ กสท. กรณีจึงเป็นการลดบทบาททางเศรษฐกิจของภาครัฐในกิจการโทรคมนาคม ซึ่งภายหลัง ทศท. และ กสท. ได้ถูกแปรรูปเป็นรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 โดย ทศท. เปลี่ยนมาเป็นผู้ฟ้องคดี และ กสท. เปลี่ยนมาเป็นบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) (บมจ. กสท)¹⁰³ เพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเท่าเทียมกันภายใต้การกำกับดูแลของ กสทช. ในฐานะองค์กรอิสระตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553

¹⁰³ และต่อมา ผู้ฟ้องคดีและบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) (บมจ. กสท) ก็ได้ควบรวมบริษัท เป็นบริษัท โทรคมนาคมแห่งชาติ จำกัด (มหาชน) เพื่อเพิ่มความสามารถแข่งขันกับเอกชนในตลาด

จะเห็นได้ว่า สัญญาระหว่าง กสท. กับผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 ที่ให้ผู้ผูกฟองคืดทั้งสองดำเนินกิจการโทรคมนาคม มีผลให้การดำเนินกิจการดังกล่าวของผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 เป็นการประกอบกิจการในลักษณะที่เป็นผู้ให้บริการด้านกิจการโทรคมนาคมแก่บุคคลอื่นทั่วไป จึงถือได้ว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นการประกอบกิจการโทรคมนาคมตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 จึงเป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ได้รับอนุญาตอยู่แล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ใช้บังคับ จึงถือได้ว่า ผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 เป็นผู้ที่มีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้รับใบอนุญาตตามมาตรา 80 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ผู้ผูกฟองคืด ซึ่งเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมจึงมีหน้าที่ให้ผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 ซึ่งถือเป็นผู้รับใบอนุญาตรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตน

เมื่อกฎหมายถือว่าผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 เป็นผู้รับใบอนุญาตตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 จึงมีสิทธิที่จะขอเชื่อมต่อโครงข่ายกับผู้ผูกฟองคืดในฐานะที่เป็นผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคม เมื่อผู้ผูกฟองคืดปฏิเสธการเชื่อมต่อจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ผูกฟองคืดที่ 1 และผู้ผูกฟองคืดที่ 2 ในฐานะองค์กรกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมจึงมีอำนาจตามกฎหมายที่จะสั่งให้ผู้ผูกฟองคืดจัดให้มีการเจรจาเพื่อเปิดให้ผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 เข้าเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม มีการใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่า และเกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชนในฐานะผู้บริโภคนั่นเอง

(2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 39/2566 : สถานะทางกฎหมายของผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ไม่มีกรรมสิทธิ์ในเครื่องและอุปกรณ์ที่ใช้ในการดำเนินกิจการโทรคมนาคม (ผู้ผูกฟองคืดเป็นผู้จัดหาเครื่องและอุปกรณ์ที่ใช้ในการดำเนินการทั้งหมด และยินยอมให้บรรดาเครื่องและอุปกรณ์เหล่านั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์ของ กสท.)

(ก) สารสำคัญของคำพิพากษา

คดีนี้มีประเด็นที่ศาลปกครองสูงสุดต้องวินิจฉัยว่า บุคคลใดเป็นผู้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 เนื่องจากผู้ผูกฟองคืดที่ 1 (บริษัท โทรคมนาคมแห่งชาติ จำกัด (มหาชน) (บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) เดิม)) โต้แย้งว่าผู้ผูกฟองคืด (บริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน)) ไม่ได้เป็นผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 เนื่องจากโครงข่ายโทรคมนาคมที่ผู้ผูกฟองคืดใช้งานเป็นกรรมสิทธิ์ของบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) ผู้ผูกฟองคืดจึงไม่ใช่ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมที่จะมีสิทธินำโครงข่ายโทรคมนาคมมาให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นใช้และเรียกเก็บค่าเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมโดยมิได้รับอนุญาตได้ ผู้ผูกฟองคืดจึงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมจากผู้ผูกฟองคืดที่ 1



ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า มาตรา 40 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติว่า *คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคม เป็นทรัพยากรสาธารณะของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ* จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีเจตนารมณ์ที่จะให้คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคมเป็นทรัพยากรสาธารณะที่ใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่ใช่ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่ง และการจัดสรรคลื่นความถี่ดังกล่าวต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชน รวมทั้งการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีความมุ่งหมายที่จะให้ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างกัน เพื่อให้การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมอันเป็นบริการสาธารณะมีความต่อเนื่องและเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในฐานะผู้ใช้บริการโทรคมนาคมให้สามารถติดต่อถึงกันได้โดยปราศจากอุปสรรค *โดยกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตมีหน้าที่ต้องยินยอมให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตน* ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกัน รวมถึงผู้ที่ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาให้เป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมอยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ใช้บังคับ ย่อมยังคงมีสิทธิประกอบกิจการโทรคมนาคมตามขอบเขตและสิทธิที่มีอยู่เดิมตามที่ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญานั้นต่อไป จนกว่าการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาดังกล่าวจะสิ้นสุดลง *แต่การประกอบกิจการโทรคมนาคมดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามกฎหมายและตามเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนดบนพื้นฐานของหลักการการแข่งขันโดยเสรีและอย่างเป็นธรรม โดยให้ถือว่าสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ด้วย* ตามนัยมาตรา 80 วรรคหนึ่ง ประกอบกับมาตรา 80/1 และมาตรา 80 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

เมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) ในขณะที่เป็นการสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) ได้ทำสัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์หรือโทรศัพท์เคลื่อนที่ ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน 2533 กับผู้ฟ้องคดี โดยมีสาระสำคัญว่า กสท. ให้ผู้ฟ้องคดีจัดให้มี ขยาย และดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ในพื้นที่ต่าง ๆ ตามที่ได้รับอนุญาต และภายใต้การกำกับดูแลของการสื่อสารแห่งประเทศไทย ซึ่งผู้ฟ้องคดีจะเป็นผู้จัดหาเครื่องและอุปกรณ์ที่ใช้ในการดำเนินการทั้งหมด และยินยอมให้บรรดาเครื่องและอุปกรณ์เหล่านั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์ของ กสท. นับตั้งแต่วันเริ่มเปิดให้บริการ นอกจากนี้ ผู้ฟ้องคดียังมีหน้าที่ดำเนินการจัดหาเลขหมายโทรศัพท์และระบบที่ใช้เชื่อมโยงโครงข่ายของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพื่อนำมาใช้กับการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ และต้องรับผิดชอบในการสร้างโครงข่ายโทรคมนาคมเชื่อมโยงระหว่างชุมสายกับสถานีเครือข่ายและระบบควบคุมต่าง ๆ โดย กสท. ยินยอมให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิในการใช้และบริหารจัดการแต่เพียงผู้เดียว รวมถึงสามารถเรียกเก็บเงินค่าบริการและค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการได้ไม่เกินอัตราที่ผู้ฟ้องคดีเสนอ และ กสท. ให้ความเห็นชอบแล้ว ซึ่งผู้ฟ้องคดีจะจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนให้ กสท. ตลอดอายุสัญญาเป็นรายปี โดยคิดเป็นอัตราร้อยละของรายได้จากการให้บริการก่อนหักค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมอื่น ๆ *สัญญาดังกล่าว*

จึงเป็นกรณีที่มีการสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) ได้ให้สัมปทานหรืออนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีประกอบกิจการโทรคมนาคม ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้ที่ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาให้เป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมอยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ใช้บังคับ และมีสิทธิประกอบกิจการโทรคมนาคมตามขอบเขตและสิทธิที่มีอยู่เดิมตามที่ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญานั้นต่อไปจนกว่าการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาดังกล่าวจะสิ้นสุดลงตามมาตรา 80 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 แต่โดยที่มาตรา 80 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติให้การประกอบกิจการโทรคมนาคมต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวและตามเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนดบนพื้นฐานของหลักการแข่งขันโดยเสรีและอย่างเป็นธรรม ดังนั้นสิทธิของผู้ฟ้องคดีตามสัญญาที่มีอยู่เดิมย่อมอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวที่จัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และเป็นผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งมีหน้าที่ตามกฎหมายในอันที่จะต้องยินยอมให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตน รวมถึงมีสิทธิใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนกับโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมจากผู้รับใบอนุญาตรายอื่น รวมถึงมีความรับผิดชอบที่จะต้องจ่ายค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมให้แก่ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นด้วยเช่นเดียวกัน อนุธรรมของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในประเด็นนี้ฟังไม่ขึ้น

(ข) วิเคราะห์คำพิพากษา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 39/2566 สะท้อนให้เห็นว่า กิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่มีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศและต่อการพัฒนาคุณภาพชีวิตของประชาชน จึงเป็นภารกิจสำคัญของรัฐที่จะต้องเข้ามาดูแล อย่างไรก็ตาม รัฐไม่ได้เข้ามาแทรกแซงเต็มรูปแบบแต่ได้มอบอำนาจให้แก่เอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว ซึ่งก็คือการให้สัมปทานแก่ผู้ฟ้องคดีเพื่อดำเนินกิจกรรมดังกล่าวภายใต้การกำกับดูแลของการสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) ผู้ฟ้องคดีสามารถแสวงหาประโยชน์จากการเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนและจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนให้ กสท. ตลอดอายุสัญญาเป็นรายปี และยินยอมให้บรรดาเครื่องและอุปกรณ์เหล่านั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์ของ กสท. ในคดีนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงโต้แย้งว่าผู้ฟ้องคดีเป็นเพียงผู้ได้รับสัมปทานมาจาก กสท. เท่านั้น ไม่อาจถือได้ว่าเป็น “ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคม” ตามบทบัญญัติมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 เมื่อไม่มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าวแล้ว ผู้ฟ้องคดีย่อมไม่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่ได้รับสัมปทานให้เป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมอยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ใช้บังคับ ย่อมยังคงมีสิทธิ

ประกอบกิจการโทรคมนาคมตามขอบเขตและสิทธิที่มีอยู่เดิมตามที่ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาอันต่อไป จนกว่าสัมปทานดังกล่าวจะสิ้นสุดลง แต่การประกอบกิจการโทรคมนาคมดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ ตามกฎหมายและตามเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนดบนพื้นฐานของหลักการการแข่งขันโดยเสรีและอย่างเป็นธรรม โดยให้ถือว่าสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ด้วย ดังนั้นผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการ โทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และเป็นผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติ ดังกล่าว ถึงแม้ว่าบรรดาเครื่องและอุปกรณ์ที่ใช้ในการดำเนินการทั้งหมดจะเป็นกรรมสิทธิ์ของ กสท. ก็ตาม

(3) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 363/2563 : หน้าที่ของผู้รับใบอนุญาต ในการเปิดให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นเข้าถึงโครงข่ายของตน และการบังคับใช้กฎหมายในกรณีที่มีการฝ่าฝืน ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าวโดยองค์กรกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม

(ก) สารสำคัญของคำพิพากษา

คดีนี้มีประเด็นที่ศาลปกครองสูงสุดต้องวินิจฉัยว่า คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (กสทช. (คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (เดิม))) ที่ชี้ขาดให้ผู้ฟ้องคดี (บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน)) (องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) เดิม) เข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่าย โทรคมนาคมกับผู้ถูกฟ้องคดีร่วม (บริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน)) ภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้ทราบคำสั่งชี้ขาด และต้องเจรจาทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมให้แล้วเสร็จ ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่เริ่มต้นเจรจา เป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และการบังคับตามคำสั่งชี้ขาดข้อพิพาท ดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (เลขาธิการคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ (เลขาธิการคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (เดิม))) ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีร่วมใช้สิทธิร้องขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 วินิจฉัยชี้ขาด ตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ให้ผู้ฟ้องคดีเปิดให้ผู้ถูกฟ้องคดีร่วม เชื่อมต่อโครงข่ายของผู้ฟ้องคดี ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ต้องเปิดให้ ผู้ถูกฟ้องคดีร่วมเข้าเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม จึงมีคำสั่งชี้ขาดให้ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญา เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ถูกฟ้องคดีร่วมภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้ทราบคำสั่งชี้ขาด และต้องเจรจาทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันที่เริ่มต้นเจรจา หากผู้ฟ้องคดีไม่ปฏิบัติตามคำสั่งชี้ขาดดังกล่าวนี้ ย่อมเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติ การประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อาจมีคำสั่งบังคับทางปกครองตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้ต่อไป ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีมีสถานะเป็นผู้ได้รับ ใบอนุญาตตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 จึงมีหน้าที่ ต้องเปิดให้ผู้ถูกฟ้องคดีร่วมซึ่งมีสถานะเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตรายอื่นตามมาตรา 25 เข้าถึงโครงข่ายของผู้ฟ้องคดี เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้พิจารณาและมีคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ที่กฎหมายกำหนดแล้ว คำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อผู้ฟ้องคดีฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงมีหน้าที่ต้องบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งดังกล่าวโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544¹⁰⁴ ออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการให้เป็นไปตามคำชี้ขาดข้อพิพาทเพื่อให้เป็นไปตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ถูกฟ้องคดีร่วมตามกฎหมาย โดยให้ดำเนินการเจรจาภายใน 7 วัน และต้องทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน จึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ผู้ฟ้องคดีกระทำการ แต่เมื่อผู้ฟ้องคดีเพิกเฉย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงได้มีหนังสือแจ้งเตือนให้ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ถูกฟ้องคดีร่วมภายใน 7 วัน และต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน หากฝ่าฝืนจะกำหนดค่าปรับทางปกครอง การกระทำความดังกล่าวจึงเข้าลักษณะเป็นคำเตือนเป็นหนังสือก่อนใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามมาตรา 59 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่ผู้ฟ้องคดียังคงเพิกเฉย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงได้มีหนังสือแจ้งเตือนให้ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ถูกฟ้องคดีร่วมอีกครั้ง หากฝ่าฝืนจะกำหนดค่าปรับทางปกครองในอัตราวันละ 60,000 บาท กรณีจะเห็นได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ใช้อำนาจกำหนดให้ชำระค่าปรับทางปกครองตามมาตรา 58 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (กฎหมายที่ใช้บังคับในเวลานั้น)¹⁰⁵ ประกอบมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

¹⁰⁴ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

มาตรา 64 “ในกรณีที่ปรากฏแก่เลขาธิการว่าผู้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 9 วรรคห้า...มาตรา 25...ให้เลขาธิการมีอำนาจสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตระงับการกระทำที่ฝ่าฝืน หรือแก้ไขปรับปรุง หรือปฏิบัติให้ถูกต้องหรือเหมาะสมภายในระยะเวลาที่กำหนดก็ได้”

¹⁰⁵ กฎหมายที่ใช้บังคับในเวลานั้น

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 58 “คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำ ถ้าผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(2) ให้มีการชำระค่าปรับทางปกครองตามจำนวนที่สมควรแก่เหตุแต่ต้องไม่เกินสองหมื่นบาทต่อวัน

ฯลฯ

ฯลฯ”

ปัจจุบัน หลักดังกล่าวปรากฏใน

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 63/21 “คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำ ถ้าผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(2) ให้มีการชำระค่าปรับบังคับการตามจำนวนที่สมควรแก่เหตุแต่ต้องไม่เกินห้าหมื่นบาทต่อวัน

ฯลฯ

ฯลฯ”

ซึ่งได้ให้อำนาจแก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในการกำหนดค่าปรับทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ¹⁰⁶ บทบัญญัติในมาตรา 66 จึงเป็นกฎหมายที่มีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่ามาตรา 58 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เนื่องจากกำหนดค่าปรับทางปกครองซึ่งต้องไม่ต่ำกว่า 20,000 บาทต่อวัน แต่ไม่ได้กำหนดอัตราสูงสุดไว้ ศาลปกครองสูงสุดจึงพิจารณาแล้วเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กำหนดค่าปรับทางปกครองให้ผู้ฟ้องคดีต้องชำระในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งขาดข้อพิพาทของคณะกรรมการข้างต้น ในอัตราวันละ 60,000 บาท เป็นอำนาจที่สามารถกระทำได้ และเป็นการกำหนดค่าปรับทางปกครองที่เหมาะสมแล้ว

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อคำสั่งขาดข้อพิพาทของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่แจ้งเตือนให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวพร้อมกับกำหนดค่าปรับทางปกครองซึ่งปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 จึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นเดียวกัน และเมื่อคำสั่งดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว คำวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่วินิจฉัยยืนตามคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ก็ย่อมเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

(ข) วิเคราะห์คำพิพากษา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 363/2563 แสดงให้เห็นถึงตัวอย่างการใช้บังคับกฎหมายของ กสทช. และเลขาธิการ กสทช. ในการกำกับดูแลให้มีการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ประกอบกิจการที่ได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ได้เป็นอย่างดี กรณีจะเห็นได้ว่า คำวินิจฉัยของ กสทช. ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 26 ที่วินิจฉัยให้ผู้รับใบอนุญาต “เข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่นภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้ทราบคำสั่งขาด และต้องเจรจาทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันที่เริ่มต้นเจรจา” นั้น มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองที่คู่กรณีอาจฟ้องโต้แย้งต่อศาลปกครองได้ และการบังคับตามคำสั่งดังกล่าวของเลขาธิการ กสทช. ที่แจ้งเตือนให้

¹⁰⁶ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

มาตรา 66 “ในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเลขาธิการตามมาตรา 64 และพ้นกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์ตามมาตรา 65 หรือคณะกรรมการวินิจฉัยยืนตามคำสั่งเลขาธิการ เมื่อเลขาธิการได้มีหนังสือเตือนแล้ว ยังไม่มีการปฏิบัติตามคำสั่งนั้น ให้เลขาธิการพิจารณากำหนดค่าปรับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งต้องไม่ต่ำกว่าสองหมื่นบาทต่อวัน

ในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตยังเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามการให้ถูกต้อง หรือฝ่าฝืนคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือกรณีที่มีความเสียหายร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ ให้คณะกรรมการมีอำนาจพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตได้

การกำหนดให้การกระทำความผิดกรณีใดต้องถูกพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

“เข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมภายใน 7 วัน และต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน หากฝ่าฝืนจะกำหนดค่าปรับทางปกครอง” โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 64 และการแจ้งเตือนให้ “เข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมอีกครั้ง หากฝ่าฝืนจะกำหนดค่าปรับทางปกครองในอัตราวันละ 60,000 บาท” โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 66 ก็มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองที่คู่กรณีอาจฟ้องโต้แย้งต่อศาลปกครองได้ รวมไปถึงคำวินิจฉัยอุทธรณ์ก็มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ศาลปกครองสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้เช่นเดียวกันตามหลักทั่วไป การศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 363/2563 ทำให้เกิดความเข้าใจมากยิ่งขึ้นว่าหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นซึ่งถูกรับรองเอาไว้ในกฎหมายถูกนำมาใช้บังคับให้เกิดผลได้จริงในทางปฏิบัติอย่างไร และหากผู้ประกอบการที่มีโครงข่ายฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหลักกฎหมายดังกล่าวแล้วจะได้รับโทษตามกฎหมายอย่างไร

(4) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1371-1372/2558 : สภาพบังคับของคำสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตเข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่นขององค์กรกำกับดูแล

(ก) สาระสำคัญของคำพิพากษา

คดีนี้มีประเด็นที่ศาลปกครองสูงสุดต้องวินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดี (บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน)) ละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการให้ผู้ฟ้องคดี (บริษัท ทู มูฟ จำกัด (ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1371/2558)) และบริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) (ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1372/2558)) เข้าถึงการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ถูกฟ้องคดีให้เปิดใช้งานได้อย่างสมบูรณ์หรือไม่

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาว่า การที่บทบัญญัติมาตรา 25 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ได้กำหนดหลักการทั่วไปในการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม โดยกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมมีหน้าที่ให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนกับของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น โดยผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมไม่อาจปฏิเสธการขอเชื่อมต่อจากผู้รับใบอนุญาตรายอื่น อันเป็นการกำหนดสิทธิหน้าที่ในการประกอบกิจการโทรคมนาคมระหว่างผู้รับใบอนุญาตด้วยกัน ทั้งนี้ การที่ผู้รับใบอนุญาตรายใดจะขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนกับของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่นนั้น ทั้งสองฝ่ายจะต้องดำเนินการเจรจาทำสัญญาหรือข้อตกลงทางเทคนิคและทางพาณิชย์กันเสียก่อน เมื่อตกลงทำสัญญากันได้แล้ว ผู้รับใบอนุญาตที่ให้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมต้องจัดให้มีการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนกับของผู้รับใบอนุญาตที่ขอเชื่อมต่อ โดยผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมไม่อาจปฏิเสธการขอเชื่อมต่อได้ อันเป็นไปตามหลักการทั่วไปตามมาตรา 25 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ดังนั้นหน้าที่ในการให้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม



จึงอยู่ภายใต้เงื่อนไขการเจรจาตกลงกันในทางพาณิชย์หรือทางธุรกิจในการประกอบกิจการโทรคมนาคม อันเป็นสิทธิหน้าที่ในความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน มิใช่อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายอันเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง ฉะนั้น กรณีจึงเป็นข้อพิพาทระหว่างผู้รับใบอนุญาตด้วยกันเองเกี่ยวกับการปฏิเสธการให้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ไม่ใช่กรณีฝ่ายปกครองละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรซึ่งเป็นกรณีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542¹⁰⁷

การฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งให้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ฟ้องคดี กับโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ถูกฟ้องคดีนั้น จึงเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของ กสทช. (คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช. เดิม)) ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ในการออกคำสั่งให้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม จึงเป็นกรณีที่ศาลปกครองไม่สามารถออกคำสั่งบังคับได้แต่อย่างใด และผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่ผู้เดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542¹⁰⁸ ที่ศาลปกครองชั้นต้นรับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณา ศาลปกครองสูงสุดไม่เห็นพ้องด้วย พิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้ยกฟ้อง

(ข) วิเคราะห์คำพิพากษา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1371-1372/2558 แสดงให้เห็นว่า ระบบกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคม กรณีนี้ ได้แก่ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ได้พยายามสร้างความสมดุลระหว่างหลักการคุ้มครองกรรมสิทธิ์และเสรีภาพในทางเศรษฐกิจกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวโดยอาศัยอำนาจมหาชนตามแนวคิดของหลักกฎหมายมหาชน

¹⁰⁷ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

๗๗

๗๗

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

๗๗

๗๗

¹⁰⁸ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 42 “ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำสั่งตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

๗๗

๗๗”

ทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ ถึงแม้ว่ารัฐสมัยใหม่จะให้การรับรองว่ากิจการโทรคมนาคมเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่มีความสำคัญถึงขนาดที่รัฐจะต้องเข้ามาแทรกแซงเศรษฐกิจเพื่อรับรองและคุ้มครองให้เกิดการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคมให้เป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรม แต่การแทรกแซงดังกล่าวก็จะต้องไม่ถึงขนาดเข้าไปตัดสินใจแสดงเจตนาแทนเอกชน กฎหมายกำหนดแต่เพียงว่าผู้ประกอบการที่มีโครงข่ายจะต้องเจรจาทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อให้เกิดการใช้ประโยชน์อย่างสูงสุดในโครงสร้างพื้นฐานเท่านั้น หน่วยงานกำกับดูแลก็ตีองค์กรตุลาการก็ดี ไม่สามารถสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตเชื่อมต่อโครงข่ายได้ ทำได้แต่เพียงสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตดำเนินการเจรจาเพื่อทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่ายเท่านั้น ดังนั้นเมื่อผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้ศาลปกครองสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการให้ผู้ฟ้องคดีเข้าถึงการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ถูกฟ้องคดีให้เปิดใช้งานได้อย่างสมบูรณ์ จึงเป็นคำขอที่ศาลปกครองไม่สามารถออกคำสั่งบังคับให้ได้ ผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายฯ ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

(5) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1326/2560 : ข้อจำกัดขององค์กรกำกับดูแลในการออกคำสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตเข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่น

(ก) สาระสำคัญของคำพิพากษา

คดีนี้มีประเด็นที่ศาลปกครองสูงสุดต้องวินิจฉัยว่า คำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดี (คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม เดิม)) ที่สั่งให้ผู้ฟ้องคดี (บริษัท ทู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน)) ต้องเปิดให้ผู้ถูกฟ้องคดีร่วม (บริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน)) เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์พื้นฐานในเขตนครหลวงกับผู้ถูกฟ้องคดีร่วมโดยมีสาระสำคัญให้ผู้ฟ้องคดีลงทุนจัดหาติดตั้งอุปกรณ์โทรคมนาคมให้องค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) เพื่อขยายการให้บริการโทรศัพท์พื้นฐานจำนวน 2.6 ล้านเลขหมาย โดย ทศท. ตกลงให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิใช้ ครอบครอง และหาประโยชน์จากอุปกรณ์ในระบบ ที่ดิน อาคาร และทรัพย์สินอื่นตามเงื่อนไขในสัญญา และดูแลรักษาอุปกรณ์ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดตลอดระยะเวลาสัญญา 25 ปี และแบ่งรายได้จากการให้บริการแก่ผู้ฟ้องคดีต่อมา ประมาณปลายปี พ.ศ. 2549 ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีร่วมได้ยื่นข้อเสนอการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและอัตราค่าเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมให้ผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณา ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณาแล้วมีมติเห็นชอบในหลักการของข้อเสนอดังกล่าว เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีร่วมสามารถเจรจาเกี่ยวกับสัญญาการใช้โครงข่ายโทรคมนาคม และสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้รับใบอนุญาตที่ขอใช้หรือขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมต่อไปได้



ต่อมา ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือแจ้งผู้ถูกฟ้องคดีร่วมว่า ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถดำเนินการตามหนังสือดังกล่าวได้ เนื่องจากบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) (องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) เดิม) ได้มีหนังสือแจ้งผู้ฟ้องคดีว่า ผู้ฟ้องคดีไม่ใช่ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคม และการดำเนินการของผู้ฟ้องคดีไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ย่อมไม่ต้องปฏิบัติตามประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติว่าด้วยการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 ผู้ถูกฟ้องคดีร่วมจึงได้ยื่นคำร้องต่อสำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม เพื่อขอให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทวินิจฉัยให้ผู้ฟ้องคดีเข้าทำการเจรจาและทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ฟ้องคดีกับโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ถูกฟ้องคดีร่วมภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทกำหนด และให้กำหนดอัตราค่าเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมชั่วคราวที่จะใช้บังคับระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีร่วมด้วย ผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณาแล้วมีความวินิจฉัยให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการเจรจาเพื่อทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ถูกฟ้องคดีร่วมนับแต่วันที่ได้รับทราบคำชี้ขาดจากผู้ถูกฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนคำชี้ขาดข้อพิพาทของผู้ถูกฟ้องคดี

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นคู่สัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์พื้นฐานในเขตนครหลวงกับบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) (องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) เดิม) ตามสัญญาที่กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ลงทุนจัดหา ติดตั้งอุปกรณ์โทรคมนาคม และต้องโอนกรรมสิทธิ์ใบอนุญาตดังกล่าวให้บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) โดยบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) ตกลงให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิใช้ ครอบครอง แสวงหาประโยชน์ ตลอดจนแบ่งปันรายได้ระหว่างคู่สัญญา และดูแลรักษาอุปกรณ์ตลอดอายุสัญญา 25 ปี อันหมายความว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีสิทธิใช้ ครอบครอง แสวงหาประโยชน์ในการประกอบกิจการโทรคมนาคมเช่นเดียวกับบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) ในโครงข่ายโทรศัพท์พื้นฐาน โดยอาจใช้เองตามใบอนุญาตที่ผู้ฟ้องคดีได้รับให้ประกอบกิจการโทรคมนาคม หรืออาจให้ผู้รับอนุญาตรายอื่นเข้าใช้หรือเชื่อมโครงข่ายนั้นได้ ทั้งนี้ ตามข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งข้อสัญญาหลังการโอนกรรมสิทธิ์โครงข่ายโทรศัพท์พื้นฐานแก่ ทศท. แล้ว การจัดหาผลประโยชน์ใด ๆ ของผู้ฟ้องคดี ย่อมต้องให้ ทศท. ในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์เป็นผู้ดำเนินการ ให้อำนาจหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีที่จะทำสัญญาให้บุคคลอื่นมาใช้หลังเชื่อมโครงข่ายได้โดยตรง แม้ผู้ฟ้องคดีชอบที่จะแสวงหาประโยชน์ได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขในสัญญาตามข้อ 12 (2) ถึง (5) ที่ล้วนต้องผ่านความเห็นชอบของ ทศท. เสียก่อน จึงเห็นว่า แม้มตรา 80 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีในฐานะคู่สัญญากับ ทศท. มีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับ ทศท. ผู้รับใบอนุญาตก็ตาม แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขในสัญญาที่จัดทำขึ้นระหว่างผู้ฟ้องคดีกับ ทศท. ดังที่กำหนดไว้ในสัญญา อันหมายถึงสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ฟ้องคดีเป็นเช่นเดียวกับ ทศท. ผู้รับใบอนุญาต เมื่อ ทศท. เป็นคู่สัญญากับผู้ขอใช้หรือขอเชื่อมต่อโครงข่ายตามนัยข้อ 12 (ก) (2) ของสัญญา ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับ ทศท. อนึ่ง การใช้อำนาจตามนัยมาตรา 80 วรรคสอง ต้องอยู่บนพื้นฐาน 2 หลัก คือ การแข่งขันโดยเสรีและอย่างเป็นธรรม

ดังนั้นความเป็นธรรมในคดีพิพาทคดีนี้หมายรวมถึงการที่ผู้ฟ้องคดีในฐานะคู่สัญญากับ ทศท. แต่มิใช่ เจ้าของกรรมสิทธิ์ในโครงข่ายโทรศัพท์พื้นฐานย่อมไม่ถูกบังคับให้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรศัพท์พื้นฐานโดยฝ่าฝืนต่อสัญญาด้วย ทั้งนี้ เพราะหากผู้ฟ้องคดีกระทำผิดเงื่อนไขในสัญญา อาจถูกฟ้องร้องฐานประพฤติดัดสัญญา และอาจถูกเรียกค่าเสียหายจาก ทศท. และผู้ถูกฟ้องคดีก็อาจถูกฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผลแห่งการออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งมิใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (โครงข่ายโทรศัพท์พื้นฐาน) เชื่อมต่อโครงข่ายได้ด้วย ซึ่งไม่เป็นธรรมและอาจก่อความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีได้ จึงเห็นว่าคำชี้ขาดข้อพิพาทของผู้ฟ้องคดีที่ให้ผู้ฟ้องคดีอนุญาตให้ผู้ถูกฟ้องคดีร่วมเชื่อมต่อโครงข่ายโทรศัพท์ได้โดยตรงเป็นไปโดยไม่ชอบและไม่เป็นธรรม

(ข) วิเคราะห์คำพิพากษา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1326/2560 แสดงให้เห็นว่า ถึงแม้ผู้ฟ้องคดีจะมีสถานะเป็นผู้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ซึ่งโดยหลักแล้วมีหน้าที่ต้องเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบกิจการรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมก็ตาม แต่การใช้อำนาจของรัฐในกรณีนี้หมายถึงการใช้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีในฐานะองค์กรกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมที่จะสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตมีหน้าที่ต้องเชื่อมต่อโครงข่ายกับผู้ประกอบกิจการรายอื่นนั้น จะต้องเป็นไปเท่าที่จำเป็นเพื่อสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรี และจะต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมแก่กรณีอีกด้วย ซึ่งก็คือไม่ทำให้ผู้รับใบอนุญาตได้รับความเดือดร้อนเสียหายมากเกินไป ในกรณีนี้ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา กับ ทศท. และหากฝ่าฝืนข้อสัญญาดังกล่าวก็จะถือได้ว่าเป็นการกระทำผิดสัญญาอันส่งผลทำให้ ทศท. บอกลีกสัญญาและเรียกค่าเสียหายจากการกระทำดังกล่าวได้ ดังนั้นการใช้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(6) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1259-1260/2559 : การนำหลักสุจริตยุติธรรม และปกติประเพณีตามมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้ในการวินิจฉัย ให้แบ่งผลประโยชน์ตอบแทนระหว่างผู้รับใบอนุญาตที่เข้าเชื่อมต่อโครงข่าย

(ก) สารสำคัญของคำพิพากษา

คดีนี้มีประเด็นที่ศาลปกครองสูงสุดต้องวินิจฉัยว่า คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่วินิจฉัยให้ผู้ร้อง (บริษัท ทีไอที จำกัด (มหาชน) (บริษัท ทศท. คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) เดิม)¹⁰⁹ และผู้คัดค้าน (บริษัท ทู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) (บริษัท เทเลคอมเอเชีย คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) เดิม)) ซึ่งเป็นคู่สัญญาที่ไม่ได้ทำความตกลงเกี่ยวกับผลประโยชน์ตอบแทนกันไว้ จึงพิจารณาแบ่งผลประโยชน์ตอบแทน โดยคำนึงถึงความสุจริตยุติธรรมและปกติประเพณีตามมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยให้แบ่งฝ่ายละกึ่งหนึ่งจากผลประโยชน์ตอบแทนที่ผู้ร้องได้รับเฉพาะส่วนที่นำมาผ่านโครงข่ายที่ผู้คัดค้านลงทุนจัดหาติดตั้งตามสัญญาพิพาท นั้น ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่

¹⁰⁹ ปัจจุบัน บริษัท ทีไอที จำกัด (มหาชน) และบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) ได้ทำการควบรวมกิจการเป็นบริษัท โทรคมนาคมแห่งชาติ จำกัด (มหาชน) ตั้งแต่วันที่ 7 มกราคม 2564

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ร้องและผู้คัดค้านได้ทำสัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุน ขยายบริการโทรศัพท์ ระหว่างดำเนินการตามสัญญา ผู้คัดค้านได้มีหนังสือถึงผู้ร้องแจ้งว่า ตามสัญญาข้อ 12 นั้น ผู้คัดค้านขอคิดค่าบริการสำหรับผู้ประกอบการให้บริการโทรศัพท์มือถือรายต่าง ๆ ที่มีการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรศัพท์ เข้ากับโครงข่ายของผู้คัดค้าน สำหรับการโทรเรียกเข้าจากหรือผ่านโครงข่ายโทรศัพท์มือถือมายังโครงข่าย ผู้คัดค้าน โดยคิดค่าบริการในอัตราร้อยละ 25 ของค่าบริการที่เรียกเก็บโดยผู้ให้บริการ ทั้งนี้ ให้ถือว่า ค่าบริการนี้เป็นค่าบริการตามสัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ที่จะต้องแบ่งให้แก่ผู้คัดค้าน ในอัตราร้อยละ 84 และร้อยละ 79 อนึ่ง หากมีการโทรเรียกออกจากหรือผ่านโครงข่ายผู้คัดค้านไปยังโครงข่าย โทรศัพท์มือถือ ผู้คัดค้านยินดีที่จะชำระค่าบริการในอัตราเดียวกันกับอัตราที่ผู้คัดค้านคิดตามฐานการคำนวณ ดังกล่าว ต่อมา ผู้คัดค้านได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ร้องชำระค่าตอบแทนจากค่าบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ซึ่งเป็นบริการพิเศษมาใช้ผ่านโครงข่ายตามสัญญาข้อ 12 (ก) (3) (4) โดยใช้สูตรที่ผู้คัดค้านคิดขึ้นเอง ซึ่งผู้ร้องได้มีหนังสือถึงผู้คัดค้านแจ้งว่าผู้ร้องไม่มีหน้าที่ต้องชำระค่าตอบแทนใด ๆ ให้กับผู้คัดค้าน ผู้คัดค้าน จึงได้นำข้อเรียกร้องดังกล่าวเสนอเป็นข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการทำการชี้ขาด

คณะอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมากได้มีคำชี้ขาดว่า คู่สัญญาไม่ได้ทำความตกลง เกี่ยวกับผลประโยชน์ตอบแทนกันไว้ จึงพิจารณาแบ่งผลประโยชน์ตอบแทนโดยคำนึงถึงความสุจริต ยุติธรรมและปกติประเพณีตามมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยให้แบ่งฝ่ายละกึ่งหนึ่ง จากผลประโยชน์ตอบแทนที่ผู้ร้องได้รับเฉพาะส่วนที่นำมาผ่านโครงข่ายที่ผู้คัดค้านลงทุนจัดหาติดตั้ง ตามสัญญาพิพาท ดังนั้นจึงวินิจฉัยชี้ขาดให้ผู้ร้องชำระเงินจำนวน 9,175,817,440.07 บาท พร้อมด้วยดอกเบี้ย อัตราร้อยละ 7.5 ของเงินจำนวนดังกล่าวให้แก่ผู้คัดค้านภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำชี้ขาด ของคณะอนุญาโตตุลาการ ผู้ร้องเห็นว่า คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเป็นคำชี้ขาดที่ไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาด ของคณะอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา 57 และมาตรา 25 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 บัญญัติว่า การเรียกเก็บค่าตอบแทน การใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายต้องเป็นไปอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมต่อผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่าย โทรคมนาคมกับผู้ขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและต้องให้มีความเท่าเทียมกันในระหว่างผู้ขอใช้ หรือผู้ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมทุกราย โดยให้คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กทช. เป็นผู้มีอำนาจกำหนดโครงสร้าง อัตราค่าธรรมเนียมและค่าบริการโทรคมนาคม รวมทั้งอัตราค่าเชื่อมต่อ โครงข่ายโทรคมนาคมตามมาตรา 51 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 การที่คณะอนุญาโตตุลาการ มีคำชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่ได้พิจารณากำหนดค่าใช้จ่ายหรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมตามบทบัญญัติดังกล่าว แต่ได้วินิจฉัยว่า เนื่องจากคู่สัญญาไม่ได้ทำความตกลงเกี่ยวกับผลประโยชน์ตอบแทนในกรณีดังกล่าว

จึงพิจารณาแบ่งผลประโยชน์ตอบแทนโดยคำนึงถึงความสุจริตยุติธรรมและปกติประเพณีตามมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงให้แบ่งฝ่ายละกึ่งหนึ่งจากผลประโยชน์ตอบแทนที่ผู้ร้องได้รับเฉพาะ ส่วนที่นำผ่านโครงข่ายที่ผู้คัดค้านลงทุนจัดหาติดตั้งตามสัญญาพิพาท และนำหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณ ส่วนแบ่งรายได้ที่ผู้ร้องได้รับจากการใช้โทรศัพท์ทางไกลต่างประเทศตามหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณ ตามข้อ 3.3.2 ของเอกสารการจัดเก็บเงินและแบ่งรายได้ อันเป็นข้อตกลงแนบท้ายสัญญาพิพาทมาปรับใช้ กับการแบ่งผลประโยชน์ตอบแทนตามข้อพิพาท และให้ผู้คัดค้านชำระเงินจำนวน 9,175,817,440.07 บาท พร้อมด้วยดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ของเงินจำนวนดังกล่าว นับแต่วันที่ 22 สิงหาคม 2545 ให้แก่ผู้คัดค้าน จนกว่าผู้ร้องจะชำระเสร็จสิ้น จึงเป็นการชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่ปรากฏว่าได้พิจารณาถึงความสมเหตุสมผล และเป็นธรรมต่อผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม และความเท่าเทียมกันระหว่างผู้ขอใช้หรือขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมทุกราย อันเป็นการไม่สอดคล้อง กับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 ที่ใช้บังคับในขณะที่มีคำชี้ขาด และไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำชี้ขาดดังกล่าวในส่วนที่กำหนดให้ผู้ร้องจัดส่งข้อมูลรายได้เกี่ยวกับค่าเชื่อมโยงโครงข่ายและจำนวน ผู้ใช้บริการโทรศัพท์ให้ผู้คัดค้านทุก ๆ เดือนเพื่อใช้ประกอบการคำนวณสัดส่วนค่าตอบแทนจนกว่าสัญญา จะสิ้นสุดในปี พ.ศ. 2560 นั้น เป็นการวินิจฉัยให้กำหนดค่าใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมล่วงหน้า โดยคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ได้มีประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ว่าด้วยการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 กำหนดว่าการเรียกเก็บค่าตอบแทนการใช้ หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมต้องเป็นไปตามที่คู่กรณีเจรจาตกลง โดยต้องเรียกเก็บในอัตราสะท้อนต้นทุน และต้องกำหนดทุกปีโดยความเห็นชอบของ กทช. ดังนั้นการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว จึงเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งศาลมีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าวได้ เมื่อได้วินิจฉัยแล้วว่าการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงเป็นคำชี้ขาดที่ศาลต้องเพิกถอนและปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าว

(ข) วิเคราะห์คำพิพากษา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1259-1260/2559 สะท้อนให้เห็นว่า นอกจากกฎหมายจะบังคับให้ผู้ได้รับใบอนุญาตต้องเปิดโครงข่ายให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นสามารถเข้ามา เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมแล้ว มาตรา 57 และมาตรา 25 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการ โทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ยังรับรองต่อไปด้วยว่า “การเรียกเก็บค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่าย โทรคมนาคมต้องเป็นไปอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมต่อผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ขอใช้ หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและต้องมีความเท่าเทียมกันในระหว่างผู้ขอใช้หรือผู้ขอเชื่อมต่อโครงข่าย โทรคมนาคมทุกราย” ภายใต้อุปกรณ์โครงสร้าง อัตราค่าธรรมเนียมและบริการโทรคมนาคม รวมทั้งอัตราค่าเชื่อมต่อ โครงข่ายโทรคมนาคมที่ กทช. กำหนดตามมาตรา 51 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่



และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 ดังนั้นถึงแม้ว่าจะเป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ทำความตกลงเกี่ยวกับผลประโยชน์ตอบแทนกันไว้ คณะอนุญาโตตุลาการก็ไม่สามารถชี้ขาดให้คู่กรณีแบ่งผลประโยชน์ตอบแทนโดยคำนึงถึงความสุจริตยุติธรรมและปกติประเพณีตามมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยให้แบ่งฝ่ายละกึ่งหนึ่งจากผลประโยชน์ตอบแทนที่ผู้ร้องได้รับเฉพาะส่วนที่นำมาผ่านโครงข่ายที่ผู้คัดค้านลงทุนจัดหาติดตั้งตามสัญญาพิพาทได้แต่อย่างใด กรณีจึงเป็นการใช้อำนาจมหาชนเข้ามายกเว้นหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั่วไปที่หากไม่ปรากฏเจตนาของคู่กรณีแล้วก็จะนำปกติประเพณีทางการค้ามาใช้ปรับกับกรณี เนื่องจากกิจการโทรคมนาคมเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก เสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่กรณีในการกำหนดผลประโยชน์ตอบแทนจึงถูกจำกัดอยู่ภายใต้กรอบที่ กทช. กำหนด นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าโดยหลักแล้วศาลปกครองจะไม่เข้าไปควบคุมตรวจสอบในเชิงเนื้อหาของคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่การยอมรับคำวินิจฉัยดังกล่าวจะเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน¹¹⁰ ซึ่งศาลปกครองในคดีนี้ได้เห็นแล้วว่า การนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้กับข้อพิพาทในทางมหาชนนั้น เป็นเรื่องที่บกพร่องอย่างร้ายแรงถึงขนาดว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนที่ศาลปกครองจะต้องพิพากษาเพิกถอนคำวินิจฉัยชี้ขาดดังกล่าว

(7) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 401/2563 : การอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่ผู้ประกอบการยังไม่สามารถยุติข้อพิพาทและเจรจาตกลงค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่าย

(ก) สารสำคัญของคำพิพากษา

คดีนี้มีประเด็นที่ศาลปกครองสูงสุดต้องวินิจฉัยว่า คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ) ที่กำหนดมาตรการชั่วคราวในระหว่างกระบวนการระงับข้อพิพาทให้ผู้ฟ้องคดี (บริษัท ทู คอรัปอเรชั่น จำกัด (มหาชน)) เข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (บริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน)) ภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับทราบคำสั่ง และต้องเจรจาให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน หากไม่สามารถเจรจาให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าเข้าสู่ระบบการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมตามประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติว่าด้วยการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 ทันทีโดยข้อเสนอการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของแต่ละคู่กรณีเป็นเงื่อนไขการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและอัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมให้เป็นไปตามอัตราที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนดไว้ นั้นเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 25 จึงมีหน้าที่ต้องเปิดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ในฐานะ

¹¹⁰ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, “การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ,” วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ปีที่ 2 ฉบับที่ 1, 2554, น. 105 (108-109).

ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นสามารถขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ฟ้องคดีได้ เมื่อผู้ฟ้องคดีปฏิเสธไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีอำนาจสั่งให้ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ภายใน 7 วัน อย่างไรก็ตาม ผู้ฟ้องคดีมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งขาดข้อพิพาทดังกล่าว กรณีจึงถือได้ว่า ข้อพิพาทระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 จึงอยู่ระหว่างการบังคับตามคำสั่งขาดอันเป็นขั้นตอนหนึ่งของกระบวนการระงับข้อพิพาท และทราบได้ที่คู่กรณียังไม่สามารถเจรจาเพื่อทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างกันได้ ก็ต้องถือว่าข้อพิพาทระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ยังคงอยู่ระหว่างกระบวนการระงับข้อพิพาท จึงขอขที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะใช้อำนาจตามข้อ 44 ประกอบข้อ 124 ของประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติว่าด้วยการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549¹¹¹ กำหนดมาตรการชั่วคราวในระหว่างกระบวนการระงับข้อพิพาทได้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่า ข้อพิพาทระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ไม่อาจยุติลงได้โดยเร็ว และส่งผลให้การทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ต้องล่าช้าออกไป ซึ่งการที่คู่กรณีไม่เข้าทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมหรือทำสัญญาดังกล่าวล่าช้าย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อการบริการกิจการโทรคมนาคมอันเป็นบริการสาธารณะแล้ว กรณีจึงย่อมถือว่ามีเหตุจำเป็นและสมควรที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะใช้อำนาจตามข้อ 44 ประกอบข้อ 124 ของประกาศดังกล่าว ดังนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนดมาตรการชั่วคราวในระหว่างกระบวนการระงับข้อพิพาทให้ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับทราบคำสั่ง และต้องเจรจาให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน หากไม่สามารถเจรจาให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าเข้าสู่ระบบการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมตามประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติว่าด้วยการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 ทั้งนี้โดยข้อเสนอการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของแต่ละคู่กรณีเป็นเงื่อนไขการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและอัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมให้เป็นไปตามอัตราที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนดไว้ จึงขอด้วยกฎหมาย

¹¹¹ ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติว่าด้วยการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549

ข้อ 44 “ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นว่าจำเป็นและสมควร ในระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือระหว่างกระบวนการระงับข้อพิพาท คณะกรรมการอาจสั่งให้ใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมไปพลางก่อนตามเงื่อนไขของสัญญาการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่มีอยู่เดิม หรือตามเงื่อนไขสัญญาใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมอื่นประเภทเดียวกัน หรือตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด”

ข้อ 124 “ในระหว่างที่ข้อเสนอการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม หรือการคำนวณอัตราค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมยังไม่แล้วเสร็จ หรือไม่สามารถตกลงกันได้ระหว่างผู้รับใบอนุญาตที่ให้ใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม คณะกรรมการอาจประกาศกำหนดอัตราค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเป็นการชั่วคราวได้”



(ข) วิเคราะห์คำพิพากษา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 401/2563 แสดงให้เห็นว่า พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มีเจตนารมณ์ที่ต้องการให้การประกอบกิจการโทรคมนาคมอยู่บนพื้นฐานของการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ดังนั้นนอกจากจะรับรองให้การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมต้องมีการเจรจาและทำสัญญาเพื่อกำหนดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบระหว่างผู้ประกอบการโทรคมนาคม เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่า เกิดประโยชน์ในการพัฒนาระบบเศรษฐกิจ และการเข้าถึงบริการสาธารณะของประชาชนแล้ว กฎหมายยังได้คุ้มครองต่อไปอีกว่าในกรณีที่ผู้ประกอบการยังไม่สามารถยุติข้อพิพาทและเจรจาตกลงค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายกันได้ เพื่อไม่ให้เกิดความหยุดชะงักในการจัดทำบริการสาธารณะ กฎหมายจึงให้อำนาจแก่ กสทช. ในการกำหนดมาตรการชั่วคราว สั่งให้ผู้ประกอบการที่ได้รับใบอนุญาตต้องเข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกันภายในเวลาที่กำหนด และต้องเจรจาให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่กำหนดเช่นเดียวกัน และย้ำต่อไปอีกว่า หากคู่กรณีไม่สามารถเจรจาให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าเข้าสู่ระบบการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมตามประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติว่าด้วยการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 ทั้งนี้ ซึ่งเป็นกรอบที่กำหนดเงื่อนไขการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม และอัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมตามอัตราที่เป็นกลางและเป็นธรรมไปพลางก่อนจนกว่าคู่กรณีจะมีการเจรจาตกลงกันได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบหรือความเสียหายต่อการบริการกิจการโทรคมนาคมอันเป็นบริการสาธารณะนั่นเอง

(8) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 276/2565 : สถานะทางกฎหมายของ กสทช. และผลผูกพันของการใช้อำนาจตามกฎหมายของ กสทช.

(ก) สารสำคัญของคำพิพากษา

คดีนี้มีประเด็นที่ศาลปกครองสูงสุดต้องวินิจฉัยว่า ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 ข้อ 64 ที่กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตที่ขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่น มีสิทธินำคำวินิจฉัยของ กสทช. มายื่นคำร้องขอแก้ไขข้อสัญญาให้เป็นไปอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมได้ และข้อ 65 ที่กำหนดให้คำวินิจฉัยของ กสทช. ให้ถือเป็นที่สุด และให้ถือเอาคำวินิจฉัยดังกล่าวแทนสัญญาการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมซึ่งคู่กรณีต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด¹¹² นั้น ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

¹¹² ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556

ข้อ 64 “ให้ผู้รับใบอนุญาตที่ขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่นมีสิทธินำคำวินิจฉัยที่ประกาศตามข้อ 63 วรคสาม มายื่นคำร้องขอแก้ไขข้อสัญญาให้เป็นไปอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมได้ ทั้งนี้ คณะกรรมการมีอำนาจพิจารณาข้อสัญญาดังกล่าวว่ามี ความเกี่ยวข้องและคำวินิจฉัยมีผลกระทบกับข้อสัญญานั้นหรือไม่ หากไม่เกี่ยวข้อง และไม่ มีผลกระทบดังกล่าว คณะกรรมการอาจไม่รับคำร้องขอไว้พิจารณาได้”

ข้อ 65 “คำวินิจฉัยของคณะกรรมการให้ถือเป็นที่สุด และให้ถือเอาคำวินิจฉัยดังกล่าวแทนสัญญาการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมซึ่งคู่กรณีต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด”

คดีนี้ผู้ฟ้องคดี (บริษัท โทรคมนาคมแห่งชาติ จำกัด (มหาชน) (บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) เดิม)) ได้แย้งว่า ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 ข้อ 64 และข้อ 65 ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1) ผู้ถูกฟ้องคดี (คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ) (กสทช.) ไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ในลักษณะตามข้อ 64 ได้ เนื่องจากการใช้อำนาจที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่ชอบด้วยหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมที่ให้เชื่อมต่อหรือให้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมที่ได้รับการรับรองไว้ตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550¹¹³ และตามประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาการเชื่อมต่อหรือการใช้โครงข่ายโทรคมนาคมไว้แล้วตามข้อ 30 ประกอบข้อ 27¹¹⁴ จึงไม่มีความจำเป็นแต่อย่างใดที่จะบัญญัติหลักเกณฑ์ตามข้อ 64 อันมีเนื้อหาที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมที่ให้เชื่อมต่อหรือให้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมในการตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลง

2) ผู้ถูกฟ้องคดีไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ในลักษณะตามข้อ 65 ได้ เนื่องจากการตัดสิทธิของคู่สัญญาในการเจรจาแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาให้เป็นอย่างอื่น นอกเหนือจากคำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีได้ อันเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้รับใบอนุญาต

¹¹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 28 “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

ฯลฯ

ฯลฯ”

¹¹⁴ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ

เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556

ข้อ 30 “การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมที่ให้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมต้องจัดส่งสำเนาสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงพร้อมแจ้งรายละเอียดและเหตุผลในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา เพื่อให้คณะกรรมการพิจารณา รวมถึงรายละเอียดของเงื่อนไขในสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลง ทั้งนี้ ในการพิจารณาสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงแล้ว ให้นำข้อ 27 ข้อ 28 และข้อ 29 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

ข้อ 27 “สัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมจะต้องมีข้อกำหนดในลักษณะ ดังนี้

(1) ไม่ทำให้ผู้ใช้บริการเสียประโยชน์

(2) ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ แบ่งแยก หรือกีดกันผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่น

ฯลฯ

ฯลฯ”



ที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมที่ให้เชื่อมต่อหรือให้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมที่ได้รับการรับรองไว้ตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา 26 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 บัญญัติว่า ในกรณีที่มีการปฏิเสธไม่ให้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคม หรือมีข้อที่ตกลงกันไม่ได้ในการเจรจาทำสัญญาการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม คู่กรณีมีสิทธิร้องขอให้คณะกรรมการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการประกาศกำหนด คำวินิจฉัยของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด มาตรา 30 บัญญัติว่า ในกรณีที่สภาพทางเศรษฐกิจหรือสังคมเปลี่ยนแปลงไป หรือมีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดที่ทำให้อัตราค่าตอบแทนการใช้หรือการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่กำหนดในสัญญานั้นไม่เหมาะสม ทำให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบในระหว่างผู้รับใบอนุญาตเป็นเหตุให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องรับภาระเกินสมควร ผู้รับใบอนุญาตซึ่งเป็นผู้สัญญาจะขอปรับปรุงอัตราค่าตอบแทนดังกล่าวต่อคณะกรรมการก็ได้ ในการอนุญาตให้คณะกรรมการคำนึงถึงผลกระทบที่มีต่อผู้ใช้บริการประกอบด้วย ดังนั้นศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ได้บัญญัติให้คู่สัญญาแต่ฝ่ายเดียวสามารถขอแก้ไขสัญญาเพื่อไม่ให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบในระหว่างผู้รับใบอนุญาตได้อยู่แล้ว ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้โดยเฉพาะ การที่ข้อ 64 ของประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตที่ขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่น มีสิทธินำคำวินิจฉัยที่ประกาศตามข้อ 63 วรรคสาม มายื่นคำร้องขอแก้ไขสัญญาให้เป็นไปอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม จึงเป็นส่วนเสริมของการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อที่คู่สัญญาจะได้ไม่ต้องดำเนินการตั้งแต่ขั้นเริ่มแรกของการแก้ไขสัญญา อีกทั้งคำวินิจฉัยดังกล่าวผ่านกระบวนการยุติข้อพิพาทของคู่กรณีโดยได้พิจารณาข้ออ้างข้อเถียงของคู่กรณีเพื่อหาข้อยุติที่เป็นธรรมแล้ว การกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงเป็นเพียงการกำหนดเงื่อนไขให้คู่สัญญารายอื่นที่มีสัญญาที่เกี่ยวข้องและคำวินิจฉัยมีผลกระทบ สามารถยกข้ออ้างเพื่อขอแก้ไขสัญญาให้เท่าเทียมและเป็นธรรมกับผู้ประกอบการรายอื่นเท่านั้น ไม่ใช่การเอาสัญญาของคู่สัญญารายอื่นมาใช้บังคับกับอีกคู่สัญญาตั้งที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้าง ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดียังต้องพิจารณาว่ามีความเกี่ยวข้องและคำวินิจฉัยมีผลกระทบกับข้อสัญญานั้นหรือไม่ก่อน ไม่ใช่ต้องอนุญาตให้แก้ไขสัญญาทุกกรณี ดังนั้นประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 ข้อ 64 จึงไม่ขัดต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ขัดต่อหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ ขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือขัดกับหลักเสรีภาพในการประกอบกิจการและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามมาตรา 28 มาตรา 29 และมาตรา 43 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้าง อุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีฟังไม่ขึ้น

ส่วนกรณีประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 ข้อ 65 นั้น ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ข้อ 65 ของประกาศดังกล่าว มีข้อความสอดคล้องกับมาตรา 26

แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ที่บัญญัติให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด ซึ่งคำว่า “เป็นที่สุด” นี้มีความหมายว่าเป็นที่สุดในกระบวนการระงับข้อพิพาทเท่านั้น การที่คู่กรณีต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดย่อมเป็นผลต่อเนื่องที่ต้องปฏิบัติตามเพื่อให้เกิดผลบังคับตามกฎหมาย ซึ่งหากคู่กรณีไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าวย่อมใช้สิทธิทางศาลในการฟ้องขอเพิกถอนคำวินิจฉัยดังกล่าวได้ ดังนั้นประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 ข้อ 65 จึงไม่เป็นการสร้างภาระก้าวล่วงเข้าไปในดินแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของผู้ฟ้องคดี หรือละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมที่ได้รับการรับรองไว้ตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่อย่างใด อุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีฟังไม่ขึ้น

(ข) วิเคราะห์คำพิพากษา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 276/2565 แสดงให้เห็นว่า องค์กรกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทย ซึ่งก็คือ กสทช. มีสถานะเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ การใช้อำนาจของ กสทช. ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทย่อมมีสถานะเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวในการใช้อำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐอันก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี จึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ศาลปกครองสูงสุดยืนยันว่า ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 ข้อ 65 ที่กำหนดให้คำวินิจฉัยของ กสทช. เป็นที่สุด นั้น คำว่า “เป็นที่สุด” มีความหมายว่าเป็นที่สุดในกระบวนการระงับข้อพิพาทเท่านั้น ส่งผลให้คู่กรณีมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวอย่างเคร่งครัด แต่ในกรณีที่คู่กรณีไม่เห็นฟ้องด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าว ก็มีสิทธิที่จะฟ้องขอให้ศาลปกครองพิจารณาตรวจสอบคำวินิจฉัยดังกล่าวอีกครั้งหนึ่งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทั้งนี้ ตามหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ

นอกจากนี้ ถึงแม้ว่าคำวินิจฉัยของ กสทช. จะมีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณี (ต่างจากการใช้อำนาจของ กสทช. ในการออกประกาศต่าง ๆ ที่มีลักษณะเป็นกฎซึ่งใช้บังคับเป็นการทั่วไป) แต่เพื่อให้เกิดประโยชน์ในทางมหาชน แทนที่จะปล่อยให้กระบวนการพิจารณาของ กสทช. จบเป็นกรณีไป คำวินิจฉัยที่ผ่านกระบวนการยุติข้อพิพาทของคู่กรณีโดยได้พิจารณาข้ออ้างข้อเถียงของคู่กรณีเพื่อหาข้อยุติที่เป็นธรรมแล้ว จึงน่าจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ประกอบกิจการรายอื่นที่อาจจะมีข้อพิพาทในทำนองเดียวกัน ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 ข้อ 64 จึงกำหนดให้บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่กรณีสามารถร้องขอต่อ กสทช. เพื่อขอแก้ไขข้อสัญญาให้เป็นไปอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมได้ ข้อ 64 ไม่ได้มีผลเป็นการแทรกแซงการแก้ไขข้อสัญญาของผู้ประกอบกิจการรายอื่นทันทีแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านี้ แม้จะมีคำร้องขอให้ กสทช. พิจารณาแก้ไขข้อสัญญาตามข้อ 64 กฎหมายก็ไม่ได้บังคับผูกพันว่า กสทช. จะต้องเห็นฟ้องด้วยกับคำร้องแต่อย่างใด



กรณีจึงไม่เป็นการสร้างภาระก้าวล่วงเข้าไปในดินแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของผู้รับใบอนุญาตเกินสมควร ไม่ขัดต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และไม่ขัดต่อหลักเสรีภาพในการประกอบกิจการและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 28 มาตรา 29 และมาตรา 43 วรรคหนึ่ง ที่ใช้บังคับในเวลานั้น เนื่องจากอำนาจที่ กสทช. ใช้ เป็นอำนาจมหาชน ซึ่งถือว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักกรรมสิทธิ์และหลักเสรีภาพในการประกอบกิจการ เพื่อส่งเสริมให้เกิดเสรีภาพในการแข่งขันของผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมในตลาดตามหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั่นเอง

บทสรุป

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 25 ที่กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมมีหน้าที่ให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนกับของผู้รับใบอนุญาตรายอื่นนั้น เป็นการรับรองหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นซึ่งได้เข้ามารอนสิทธิของผู้ประกอบกิจการที่มีโครงข่ายเป็นของตนเองในฐานะผู้ทรงกรรมสิทธิ์ในโครงข่ายดังกล่าว ทำให้ผู้ประกอบกิจการเจ้าของโครงข่ายไม่สามารถที่จะปฏิเสธการเข้าถึงโครงข่ายโดยผู้ประกอบการรายอื่นได้ เป็นการยกเว้นหลักกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ที่โดยหลักแล้วผู้ทรงกรรมสิทธิ์สามารถขัดขวางมิให้ผู้อื่นเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของตน และเป็นการยกเว้นหลักเสรีภาพในทางเศรษฐกิจเสรีภาพในการประกอบกิจการ เสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรม และเสรีภาพในการแสดงเจตนาที่โดยหลักแล้วเอกชนมีเสรีภาพที่จะดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจตามใจสมัคร จะทำสัญญาหรือไม่ทำสัญญากับบุคคลอื่นหรือไม่และอย่างไรก็ได้ และถึงแม้กฎหมายจะเปิดช่องให้ผู้ประกอบกิจการเจ้าของโครงข่ายเลือกที่จะใช้วิธีการทำสัญญาให้เข้าโครงข่ายกับผู้ประกอบการรายอื่น หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นก็ได้บังคับให้การเรียกเก็บค่าเช่าจะต้องไม่สูงจนเกินไป และจะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร กล่าวคือ ห้ามไม่ให้เรียกเก็บค่าเช่าจากผู้ประกอบการรายหนึ่งสูงกว่ารายอื่นโดยไม่มีเหตุผลรองรับในทางธุรกิจ มิฉะนั้นแล้ว ย่อมเท่ากับเป็นการกีดกันการเข้าถึงโครงข่าย เป็นการใช้อำนาจที่ตนเองมีในตลาดอย่างไม่เป็นธรรม เป็นการนำเหตุผลในทางมหาชนทางเศรษฐกิจเข้ามาแทรกแซงแดนอิสระของเอกชน (Private autonomy/Private sphere) เพื่อการรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค ทำให้เกิดการพัฒนาในการให้บริการที่มีความหลากหลายมากขึ้นแก่ผู้บริโภค หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ไม่ว่าจะเป็นการทำให้เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่ามากที่สุดและไม่ให้มีการใช้ทรัพยากรที่มีลักษณะเป็นการกีดกัน ส่งเสริมให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้ามาในตลาดทำให้ลดความซ้ำซ้อนในการลงทุนของผู้ประกอบการรายใหม่โดยไม่จำเป็นและส่งผลให้เกิดการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคมมากขึ้น เป็นต้น



อย่างไรก็ตาม รัฐก็ไม่ได้ใช้อำนาจมหาชนแทรกแซงแดนอิสระของเอกชนมากจนเกินไป พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ไม่ได้ให้อำนาจแก่ กสทช. ที่จะสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมของตนเองต้องทำการเชื่อมต่อโครงข่ายกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่น กฎหมายกำหนดแต่เพียงให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมของตนเองต้องไปทำการ “เจรจา” ทำสัญญากับผู้รับใบอนุญาตรายอื่น ดังนั้นนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้รับใบอนุญาตด้วยกันจึงตั้งอยู่บนฐานของการแสดงเจตนา ไม่ใช่เกิดจากการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองแต่อย่างใด เพราะโลกเสรีนิยมใหม่ได้ปฏิเสธการใช้อำนาจมหาชนในลักษณะดังกล่าวกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เอกชนสามารถประกอบกิจการเองได้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 60 ก็ยังคงยืนยันหลักการที่ว่า รัฐต้องไม่เข้าไปแทรกแซงหรือเข้าไปประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน รัฐทำได้เพียงการกำกับดูแลเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 25 วรรคห้า จึงได้เข้ามาวางหลักให้การเรียกเก็บค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายต้องเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล และเป็นธรรมต่อผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ซึ่งต้องพิจารณาประกอบกับประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรฐานการคำนวณอัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ. 2564 และเรื่อง อัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่เป็นอัตราอ้างอิง ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ. 2564 แต่ก็เป็นเพียงการกำหนดกรอบกว้าง ๆ ส่วนในรายละเอียดทางธุรกิจจะเป็นอย่างไร ก็เป็นเสรีภาพของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และในกรณีที่ยังไม่สามารถหาข้อสรุปร่วมกันได้ กฎหมายก็ได้กำหนดอัตราอ้างอิงให้ใช้เป็นฐานไปพลางก่อนเพื่อไม่ให้เกิดการหยุดชะงักในทางธุรกิจ เพราะถ้าการเจรจาของผู้รับใบอนุญาตล่าช้าออกไป นอกจากจะก่อให้เกิดความเสียหายในทางเศรษฐกิจแล้ว ยังก่อให้เกิดความเสียหายกับประชาชนในฐานะผู้บริโภคอีกด้วย

นอกจากการศึกษาหลักกฎหมายและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในกิจการโทรคมนาคมแล้ว การศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดยังช่วยให้เกิดความเข้าใจในวิธีคิดของหลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจได้เป็นอย่างดี ศาลปกครองได้นำหลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจทั้งในระดับรัฐธรรมนูญ ระดับพระราชบัญญัติ และในกฎหมายลำดับรองมาใช้ปรับแก้คดีอย่างเป็นระบบ และเป็นเหตุเป็นผล มีการชั่งน้ำหนักเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างการเรียกร้องให้ผู้ประกอบกิจการที่มีโครงข่ายต้องเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบกิจการรายอื่นเข้ามาใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของตนเพื่อ *ประโยชน์แก่ส่วนรวม* โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประโยชน์จากการจัดสรรทรัพยากรและการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพ แต่ก็คำนึงถึงความเป็นธรรมที่ผู้ประกอบกิจการรายนั้นไม่ควรต้องสูญเสีย *แดนอิสระทางแพ่ง* มากจนเกินสมควร และได้รับรองบทบาทขององค์กรกำกับดูแลว่าเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่สำคัญในการกำกับกิจกรรมดังกล่าวให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่สาธารณะ นอกจากนี้ ยังเข้าไปยืนยันถึงความเป็นกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเฉพาะด้านที่องค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทจะต้องนำหลักกฎหมายมหาชนมาใช้ปรับแก้กรณี ไม่สามารถนำหลักกฎหมายแพ่งทั่วไปมาใช้ได้ เหมือนสัญญาทางแพ่งระหว่างผู้ประกอบกิจการเอกชนทั่วไป



กฎหมายเกี่ยวกับการใช้โครงสร้างพื้นฐานร่วมกันในโครงข่ายโทรคมนาคมเป็นตัวอย่างที่ชัดเจนของการนำหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นมาใช้ในประเทศไทย และการนำหลักดังกล่าวมาใช้ก็เป็นภาพสะท้อนที่ชัดเจนของหลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ การศึกษากฎหมายดังกล่าวช่วยให้เห็นภาพบทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น รวมถึงหลักกฎหมายหรือคุณค่าในทางเศรษฐกิจการเมืองที่รัฐยึดถือ ถึงแม้ว่ารัฐจะเชื่อมั่นในกลไกตลาดแต่ก็ยังคงต้องเฝ้าระวังไม่ให้เกิดการบิดเบือนกลไกตลาด รัฐจึงไม่สามารถที่จะปล่อยให้ผู้ประกอบการดำเนินธุรกิจสำคัญที่เกี่ยวข้องกับระบบเศรษฐกิจของประเทศ และเกี่ยวข้องกับประชาชนผู้บริโภคทั่วประเทศ ทั้งนี้ การกำกับดูแลที่ดีจะเกิดขึ้นได้ก็จำเป็นที่จะต้องมีความเข้าใจในภารกิจของรัฐ ธรรมชาติของการดำเนินธุรกิจอย่างเป็นธรรม และความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่มีความเป็นพลวัต เป็นความท้าทายสำคัญที่รัฐต้องใช้อำนาจทางมหาชนในการจำกัดเสรีภาพในทางเศรษฐกิจของเอกชนเพื่อส่งเสริมเสรีภาพในทางเศรษฐกิจของประเทศไทยอย่างแท้จริง

บรรณานุกรม

เอกสารภาษาไทย

กนกนัย ถาวรพานิช, การปฏิรูปกฎหมายแข่งขันทางการค้า : ความหวังใหม่ของสังคมไทย ?, 2560, [Online], retrieved from <https://www.the101.world/on-new-competition-law/> เมื่อ 25 พฤษภาคม 2566.

กฤษณ์ วสินนท์, “หลักการแข่งขันเสรี : โน้มนาทิทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ,” ใน แทนดอกไม้ไหว้ครุ รวมบทความวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม.

จินตนา พนมชัยชยวัฒน์, กฎหมายโทรคมนาคม, พิมพ์ครั้งที่ 2 : 2563, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
ภูมินทร์ บุตรอินทร์, ความรู้เบื้องต้นกฎหมายกับการประกอบกิจการโทรคมนาคม, 2562, ปทุมธานี : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สุธีร์ ศุภนิตย, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, 2555, ปทุมธานี : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 24 ฉบับที่ 3, 2537.

_____ . “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 24 ฉบับที่ 4, 2537.

สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, “การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ,” วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ปีที่ 2 ฉบับที่ 1, 2554.

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายการมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, 2562, กรุงเทพฯ : สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.

สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม และการออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม, 2552, กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ.

อรัชมน พิเชฐวรกุล, กฎหมายโทรคมนาคม : ความรู้เบื้องต้น, 2564, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

อานันท์ กระบวนศรี, “หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ : บทบาทของภาครัฐในทางเศรษฐกิจภายใต้อิทธิพลของสหภาพยุโรป,” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 24 ฉบับที่ 3, 2567.

เอกสิทธิ์ วินิจกุล, การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและการใช้โครงสร้างพื้นฐานร่วมกัน : ความเบื้องต้นและประสบการณ์จากคำพิพากษาศาลปกครอง, เผยแพร่ในอินทราเน็ตของสำนักวิจัยและวิชาการสำนักงานศาลปกครอง เดือนตุลาคม 2562.

เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ, 2566, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.



คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1371-1372/2558

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 864/2559

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1259-1260/2559

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1326/2560

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 363/2563

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 401/2563

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 276/2565

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 39/2566

เอกสารภาษาต่างประเทศ

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

Aurore Laget - Annamayer, *La régulation des services publics en réseaux Télécommunications et électricité*, 2002, Paris : Bruylant.

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

Christopher M. Seelen, “The Essential Facilities Doctrine : What Does It Mean To Be Essential?,” *Marquette Law Review* Vol. 80 : 1117, 1997.

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

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

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

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. : 2017, Paris : Armand Colin.

Frédéric Colin, *Droit public économiques*, 6^e éd. : 2017, Paris : Gualino.

Hélène Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd. : 2019, Paris : Dalloz.

Isabelle Crocq, *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, 2004, Paris : Economica.

Jean - Luc Albert, *Finances Publiques*, 11^e éd. : 2019, Paris : Dalloz.

Jean - Paul Valette, *Droit public économique*, 3^e éd. : 2015, Paris : Hachette Supérieur.

Jean - Philippe Colson et al., *Droit Public Économique*, 6^e éd. : 2012, Paris : LGDJ.

Jean - Yves Chérot, *Droit public économique*, 2^e éd. : 2007, Paris : Economica.



Luca Volpi, Liberté de commerce et libre concurrence : le contrôle du juge administratif des interventions des personnes 0publiques, 2021, [Online], retrieved from <https://www.village-justice.com/articles/controle-juge-administratif,21105.html> เมื่อ 3 กุมภาพันธ์ 2566.

Matthieu Thaury, Leçons de Droit public des activités économiques, 2011, Paris : ellipses.

Pierre Bauby, Service public, 2^e éd. : 2016, Paris : La Documentation française.

Pierre Delvolvé, Droit public de l'économie, 2^e éd. : 2021, Paris : Dalloz.

Pierre Esplugas - Labatut, le Service public, 5^e éd. : 2023, Paris : Dalloz.

Sophie Nicinski, Droit public des affaires, 4^e éd. : 2014, Paris : LGDJ.



ทฤษฎีสามระดับ (Drei-Stufen-Theorie) ของการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ
ตามระบบกฎหมายเยอรมัน

The Drei-Stufen-Theorie (Three-Level Theory) on Protecting Freedom of Occupation
in the German Legal System

วิษณุพาส พิมพ์อักษร *

รับบทความเมื่อ 13 มิถุนายน 2568

แก้ไขบทความเมื่อ 19 พฤศจิกายน 2568

ตอบรับบทความเมื่อ 15 ธันวาคม 2568

บทคัดย่อ

ทฤษฎีสามระดับ (Drei-Stufen-Theorie) เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการที่จำกัดเสรีภาพทางอาชีพ (Berufsfreiheit)¹ ตามมาตรา 12 ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz – GG) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้พัฒนาทฤษฎีนี้จากคำพิพากษาคดีร้านขายยา (Apotheken-Urteil) ในปี ค.ศ. 1958 (พ.ศ. 2501) โดยวางหลักให้การจำกัดเสรีภาพทางอาชีพต้องผ่านการพิจารณาเป็นลำดับขั้นตามระดับชั้นความรุนแรงในการแทรกแซงเสรีภาพของข้อจำกัด ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 ระดับ ได้แก่ (1) ข้อจำกัดในการประกอบอาชีพ (Berufsausübungsregelungen) ซึ่งเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการประกอบอาชีพหรือดำเนินกิจการ เช่น การกำหนดเวลาทำงาน มาตรฐานสุขอนามัย หรือหลักเกณฑ์ด้านความปลอดภัย (2) ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยส่วนบุคคล หรือข้อจำกัดเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ประกอบอาชีพ (subjective Zulassungsvoraussetzungen) ซึ่งกำหนดให้ผู้ประกอบอาชีพต้องมีคุณสมบัติส่วนบุคคลบางประการ เช่น วุฒิการศึกษา หรือใบอนุญาตประกอบวิชาชีพหรือดำเนินกิจการ และ (3) ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยภายนอก (objective Zulassungsvoraussetzungen) เช่น การกำหนดจำนวนผู้ประกอบอาชีพในบางพื้นที่ หรือข้อจำกัด

*

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

¹ คำว่า “Berufsfreiheit” โดยทั่วไปมักแปลว่า “เสรีภาพในการประกอบอาชีพ” เพื่อให้สอดคล้องกับถ้อยคำในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยหมายถึงเสรีภาพในทางอาชีพทั้งหมด แต่ในบทความนี้มีคำว่า “Berufsausübungs-freiheit” ซึ่งตรงกับ “เสรีภาพในการประกอบอาชีพ” มากกว่า บทความนี้จึงแปลคำว่า “Berufsfreiheit” ทั้งหมดว่า “เสรีภาพทางอาชีพ” อย่างไรก็ตาม การกล่าวถึงเสรีภาพในทางอาชีพทั้งหมดโดยรวมหรือตามกฎหมายไทย บทความนี้จะยังคงใช้คำว่า “เสรีภาพในการประกอบอาชีพ” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย



ที่ขึ้นอยู่กับปัจจัยภายนอกซึ่งอยู่นอกเหนือการควบคุมของบุคคลผู้ถูกจำกัดเสรีภาพ การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของข้อจำกัดเหล่านี้ต้องคำนึงถึงความจำเป็นและความสมเหตุสมผล เพื่อให้แน่ใจว่ามาตรการดังกล่าวมีเป้าหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะและไม่เป็นการจำกัดสิทธิเกินสมควร

บทความนี้จะได้อธิบายเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพและเสรีภาพในการประกอบกิจการในระบบกฎหมายไทย พร้อมทั้งรวบรวมคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ โดยจัดกลุ่มและวิเคราะห์ประเด็นสำคัญเพื่อศึกษาถึงแนวทางที่ศาลปกครองไทยนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี อีกทั้งยังได้นำเสนอและอธิบายทฤษฎีสามระดับตามระบบกฎหมายเยอรมันพร้อมทั้งวิเคราะห์ว่า ทฤษฎีดังกล่าวสามารถนำมาใช้ประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองไทยเพื่อเสริมสร้างความชัดเจนและเป็นแนวทางเพิ่มเติมในการวินิจฉัยข้อจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพได้อย่างไร

คำสำคัญ : เสรีภาพในการประกอบอาชีพ, รัฐธรรมนูญ, ประโยชน์ส่วนรวม, หลักความได้สัดส่วน, กฎหมายเยอรมัน



Abstract

The Drei-Stufen-Theorie (Three-Level Theory) is a legal doctrine used to evaluate the constitutionality of measures restricting the freedom of occupation (Berufsfreiheit) under Article 12 of Germany's Basic Law (Grundgesetz – GG). Developed by the Federal Constitutional Court in the 1958 Pharmacy Case (Apotheken-Urteil), the theory categorizes restrictions based on their degree of interference : (1) Regulations on occupational practice (Berufsausübungsregelungen), such as working hours or hygiene standards; (2) Subjective admission requirements (subjektive Zulassungsvoraussetzungen), like qualifications or licenses; and (3) Objective admission requirements (objective Zulassungsvoraussetzungen), such as setting a limit on the number of practitioners in certain areas, or restrictions that depend on external factors beyond the control of the individual whose freedom is being restricted. These restrictions must pass a necessity and proportionality test to ensure they serve public interests and do not overly limit rights.

This article explains the concept of the liberty to engage in an occupation and the liberty to engage in an enterprise within the Thai legal system. It also compiles decisions of the Supreme Administrative Court concerning restrictions on this freedom and categorizes the relevant issues to clarify the court's reasoning. In addition, the article introduces and analyzes Germany's Three-Level Theory, discussing how it can guide Thai administrative court judgments and improve the assessment of restrictions on freedom of occupation and business.

Keywords : Liberty to Engage in an Occupation, Constitution, Common Interest, Proportionality Principle, German Law

1. เสรีภาพในการประกอบอาชีพและเสรีภาพในการประกอบกิจการ

เสรีภาพในการประกอบอาชีพได้รับการรับรองเป็นครั้งแรกตามมาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475² ความว่า *ภายในบังคับแห่งบทกฎหมายบุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุมโดยเปิดเผย การตั้งสมาคม การอาชีพ³ และบัญญัติทำนองเดียวกันในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489⁴ ต่อมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 จึงแยกเสรีภาพในการประกอบอาชีพออกจากเสรีภาพอื่น ๆ เป็นอีก 1 มาตรา และเริ่มกำหนดข้อสงวนในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ในวรรคสอง⁵ เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511⁶ และรัฐธรรมนูญ*

² สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบบรยาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, 2562, กรุงเทพฯ : สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, น. 58.

³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475, (2475, 10 ธันวาคม), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 49., น. 536.

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489

มาตรา 14 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา การศึกษาอบรม การชุมนุมสาธารณะ การตั้งสมาคม การตั้งคณะพรรคการเมือง การอาชีพ ทั้งนี้ ภายในได้บังคับแห่งบทกฎหมาย”

ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489, (2489, 10 พฤษภาคม), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 63 ตอนที่ 30., น. 327-328.

⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492

มาตรา 41 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักรและในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพเช่นว่านี้ จะกระทำได้อีกแต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อความปลอดภัยของประเทศ เศรษฐกิจแห่งชาติ หรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อรักษาความสัมพันธ์ในครอบครัว”

ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492, (2492, 23 มีนาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 66 ตอนที่ 17., น. 22.

⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511

มาตรา 39 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักรและในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพเช่นว่านี้ จะกระทำได้อีกแต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อความปลอดภัยของประเทศ เศรษฐกิจแห่งชาติหรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อรักษาความสัมพันธ์ในครอบครัว”

ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511, (2511, 20 มิถุนายน), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 85 ตอนที่ 17., น. 20.



แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517⁷ แต่ด้วยเหตุผลบางประการที่มีอาจทราบได้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519⁸ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521⁹ กลับไม่มีบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพเป็นการเฉพาะอีก

เป็นที่น่าสังเกตว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกและฉบับเดียวของราชอาณาจักรไทยที่ไม่มีการรับรองเสรีภาพประเภทใดเป็นการเฉพาะเลย โดยมีเพียงบททั่วไปอย่างมาตรา 8 ที่บัญญัติว่า “บุคคลมีสิทธิและเสรีภาพภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”¹⁰ เท่านั้น ที่บัญญัติถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 แม้จะรับรองเสรีภาพประเภทอื่น ๆ เป็นการเฉพาะ แต่เรื่องการประกอบอาชีพของประชาชนกลับได้รับการรับรองในลักษณะของสิทธิอันเกิดจากหน้าที่ของรัฐ¹¹ ในการส่งเสริมและบำรุงการฝึกอาชีพตามมาตรา 60 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม¹² มิใช่การรับรองในลักษณะของเสรีภาพที่จะคุ้มครองไม่ให้รัฐ

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517

มาตรา 48 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพเช่นว่านี้ จะกระทำได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจแห่งชาติ หรือเพื่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือการผังเมือง”

ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517, (2517, 7 ตุลาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 91 ตอนที่ 169., น. 22.

⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519, (2519, 22 ตุลาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 93 ตอนที่ 135., น. 1-15.

⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521, (2521, 22 ธันวาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 95 ตอนที่ 146., น. 1-66.

¹⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519, (2519, 22 ตุลาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 93 ตอนที่ 135., น. 1-15.

¹¹ ดูเพิ่มเติม : “สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิเรียกร้องที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐ (Status positivus),” ใน ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), น. 49-51.

¹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521

มาตรา 60 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม “รัฐพึงส่งเสริมและบำรุงการศึกษาอบรมและการฝึกอาชีพ ตามความเหมาะสมและความต้องการของประเทศ

รัฐพึงช่วยเหลือผู้ยากไร้ให้ได้รับทุนและปัจจัยต่าง ๆ ในการศึกษาอบรมและการฝึกอาชีพ”

ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521, (2521, 22 ธันวาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 95 ตอนที่ 146., น. 17.

ใช้อำนาจหรือกระทำการใด ๆ ล่วงล้ำพรมแดนแห่งเสรีภาพ (Freiheitssphären) ของบุคคล¹³ ต่อมา มาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 จึงได้รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เป็นการเฉพาะอีกครั้งโดยบัญญัติรวมกับเสรีภาพในการประกอบกิจการว่า “สิทธิในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ”¹⁴ ซึ่งแม้จะใช้คำว่า “สิทธิ” แต่ก็มีเนื้อหาเป็นการรับรองพรมแดนแห่งเสรีภาพของบุคคล ในการที่จะเลือกประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ พร้อมข้อสงวนในการจำกัดเสรีภาพดังกล่าว ดังที่ต่อมา มาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550¹⁵ รับรอง “เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

¹³ ดูเพิ่มเติม : “สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะสิทธิเรียกร้องที่ไต่ถามอำนาจรัฐ (Status negativus),” ใน ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), น. 47-49.

¹⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534

มาตรา 48 “สิทธิของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรี อย่างเป็นธรรม ย่อมได้รับความคุ้มครอง

การจำกัดสิทธิตามวรรคหนึ่งจะกระทำได้อีกแต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพื่อประโยชน์ในการรักษา ความมั่นคงปลอดภัยของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข การรักษาความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติ หรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือการจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน”

ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534, (2534, 9 ธันวาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 108 ตอนที่ 216., น. 18.

¹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

มาตรา 50 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรี อย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือจัดความไม่เป็นธรรม ในการแข่งขัน”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 43 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรี อย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข (มีต่อหน้าถัดไป)



และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม” ด้วยสาระสำคัญและข้อสงวนเดียวกันกับมาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันหรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กลับรับรองเพียง “เสรีภาพในการประกอบอาชีพ” ตามมาตรา 40 วรรคหนึ่ง โดยมีได้บัญญัติถึงเสรีภาพในการประกอบกิจการแต่อย่างใด

เพื่อพิจารณาว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยังคงรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการด้วยหรือไม่¹⁶ จึงมีการศึกษาความหมายของ “เสรีภาพในการประกอบกิจการ” ในทางวิชาการและตามพจนานุกรม ซึ่งพบว่า “กิจการ” หมายถึง “การทำงานที่ประกอบธุรกิจ”¹⁷ และปรากฏในความหมายของคำว่า “ธุรกิจ” ซึ่งหมายถึง “การทำงานประจำเกี่ยวกับอาชีพค้าขาย หรือกิจการอย่างอื่นที่สำคัญและที่ไม่ใช่ราชการ และการประกอบกิจการเพื่อมุ่งการค้าหากำไร”¹⁸ ส่วน “อาชีพ” หมายถึง “การเลี้ยงชีวิต, การทำมาหากิน และงานที่ทำเป็นประจำเพื่อเลี้ยงชีพ”¹⁹ การศึกษาดังกล่าวจึงได้ข้อสรุปว่า การประกอบกิจการเป็นส่วนหนึ่งของการประกอบอาชีพที่เกี่ยวกับการค้าหรือการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เสรีภาพในการประกอบกิจการจึงเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการประกอบอาชีพด้วย²⁰

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 15)

การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน”

ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (2540, 11 ตุลาคม), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 114 ตอนที่ 55 ก., น. 11-12; รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, (2550, 24 สิงหาคม), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 124 ตอนที่ 47 ก., น. 12-13.

¹⁶ สุกฤตา ฉัตรพรณกุล, “เสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2561), น. 1.

¹⁷ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, (กรุงเทพฯ : สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, 2554), อ้างคำว่า “กิจการ”

¹⁸ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, (กรุงเทพฯ : สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, 2554), อ้างคำว่า “ธุรกิจ”

¹⁹ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, (กรุงเทพฯ : สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, 2554), อ้างคำว่า “อาชีพ”

²⁰ สุกฤตา ฉัตรพรณกุล, “เสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2561), น. 13-14.

ระบบกฎหมายเยอรมันมีการรับรองเสรีภาพทางอาชีพ (Berufsfreiheit) ตามมาตรา 12 ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz – GG)²¹ ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 (พ.ศ. 2492) เสรีภาพทางอาชีพตามบทบัญญัติดังกล่าวมีความหมายครอบคลุมถึงเสรีภาพในการเลือกอาชีพ (Berufswahlfreiheit) หรือการประกอบอาชีพ “อะไร” เช่น การเลือกอาชีพ สายงาน สถานที่ทำงาน และเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (Berufsausübungsfreiheit) หรือการประกอบอาชีพ “อย่างไร” เช่น วิธีการทำงาน เวลาทำงาน และคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าวจากการแทรกแซงของรัฐ บทบัญญัตินี้เชื่อมโยงกับมาตรา 15 และมาตรา 16 ของกฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานแห่งสหภาพยุโรป (Charta der Grundrechte der Europäischen Union) ซึ่งเกี่ยวกับเสรีภาพทางอาชีพและสิทธิในการทำงาน (Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten) และเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ (unternehmerische Freiheit) ตามลำดับ²² โดยเสรีภาพในการประกอบธุรกิจนี้ครอบคลุมถึงเสรีภาพต่าง ๆ ที่ได้รับการยอมรับตามคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (Europäischer Gerichtshof – EuGH) เช่น เสรีภาพทางการค้า (Handelsfreiheit)²³ เสรีภาพในการทำสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อ (erwerbsbezogene Vertragsfreiheit)²⁴ เสรีภาพในการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นทางการ (Wettbewerbsfreiheit)²⁵ และเสรีภาพในการกำหนดรูปแบบการดำเนินธุรกิจ (Freiheit der Gestaltung

²¹ **กฎหมายพื้นฐาน**

มาตรา 12 “ชาวเยอรมันทุกคนมีสิทธิเลือกอาชีพ สถานที่ทำงาน และสถานที่ประกอบมได้อย่างเสรี การประกอบอาชีพสามารถถูกกำหนดได้โดยกฎหมายหรือบนพื้นฐานทางกฎหมาย

บุคคลไม่พึงถูกบังคับให้ทำงานใดเป็นการเฉพาะ เว้นแต่อยู่ภายในขอบเขตของหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะทั่วไปตามประเพณีที่ใช้บังคับกับทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน

การใช้แรงงานโดยบังคับสามารถกระทำได้เฉพาะในกรณีที่มีคำสั่งของศาลให้จำกัดเสรีภาพเท่านั้น”

ดู สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, กฎหมายพื้นฐานสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี Basic Law for the Federal Republic of Germany, แปลโดย Christian Tomuschat and David P. Currie, 2555, กรุงเทพฯ : พี. เพรส, น. 16.

²² Matthias Ruffert in Volker Epping und Christian Hillgruber (Hrsgg.), BeckOK Grundgesetz, 60. Aufl., (28.12.2024), GG Art. 12 Rn. 2-4.

²³ EuGH Slg. 1974, 491 Rn. 14 – Nold; Slg. 1985, 531 Rn. 9 – ADBHU in Matthias Ruffert in Volker Epping und Christian Hillgruber (Hrsgg.), BeckOK Grundgesetz, 60. Aufl., (28.12.2024), GG Art. 12 Rn. 4.

²⁴ EuGH Slg. 1991, I-3617 Rn. 13 – Neu; EuGH Slg. 1979, 1 Rn. 20 – Sukkerfabriken Nykøbing; Slg. 1999, I-6571 Rn. 99 – Spanien/Kommission; BeckRS 2013, 80140 Rn. 41 ff. – Sky Österreich/ORF; ECLI:EU:C:2013:521 Rn. 32 – Alemo Herron; ECLI:EU:C:2013:661 Rn. 25 – Schaible in Matthias Ruffert in Volker Epping und Christian Hillgruber (Hrsgg.), BeckOK Grundgesetz, 60. Aufl., (28.12.2024), GG Art. 12 Rn. 4.

²⁵ EuGH Slg. 1987, 2289 Rn. 15 – Rau; EuGH Slg. 1998, I-1953 Rn. 28 – Metronome Musik in Matthias Ruffert in Volker Epping und Christian Hillgruber (Hrsgg.), BeckOK Grundgesetz, 60. Aufl., (28.12.2024), GG Art. 12 Rn. 4.



des Unternehmens)²⁶ เสรีภาพทางอาชีพในระบบกฎหมายเยอรมันจึงรวมถึงเสรีภาพในการประกอบกิจการด้วย นอกจากนี้ เสรีภาพทางอาชีพยังรวมถึงเสรีภาพในการเข้าเรียนสาขาวิชาที่ต้องการในมหาวิทยาลัยด้วย ตราบเท่าที่สาขาวิชาในระดับอุดมศึกษายังคงมีผลโดยตรงต่อการเลือกอาชีพ²⁷

2. คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ตามกฎหมายไทย

ตั้งแต่ศาลปกครองเปิดทำการเมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2544 มีคดีพิพาทเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพและเสรีภาพในการประกอบกิจการเป็นจำนวนมาก และเนื่องจากคดีพิพาททั้งหมด อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หรือรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มา ซึ่งรับรองเสรีภาพทั้งสองโดยใช้ถ้อยคำร่วมกันว่า “เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ” หัวข้อนี้ จึงเรียกเสรีภาพทั้งสองรวมกันด้วยถ้อยคำดังกล่าว ซึ่งโดยส่วนใหญ่เป็นฝ่ายผู้ฟ้องคดีที่กล่าวอ้างว่า กฎที่ออกโดยหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากขัดต่อมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เนื่องจากเป็นการจำกัดหรือเป็นการกระทบกระเทือนต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดี ทั้งนี้ มีบางคดีที่ผู้ฟ้องคดีมิได้กล่าวอ้างถึงเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพไว้ในคำฟ้อง แต่ศาลปกครองสูงสุดนำเสรีภาพในการประกอบอาชีพมาพิจารณาเพื่ออำนวยความสะดวกธรรมให้แก่คู่กรณี เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 403/2565²⁸ และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1265/2567²⁹

²⁶ EuGH ECLI:EU:C:2017:203 Rn. 38 – Achbita in Matthias Ruffert in Volker Epping und Christian Hillgruber (Hrsgg.), BeckOK Grundgesetz, 60. Aufl., (28.12.2024), GG Art. 12 Rn. 4.

²⁷ Vgl. Bodo Pieroth und Bernhard Schlink, Staatsrecht 2 – Grundrechte, 16. Aufl., 2000, Heidelberg, Rn. 923, 933 in Alexandra Bormann, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht : eine rechtsvergleichende Studie, (Schriften zum Europäischen Recht; Bd. 82), 2002, Berlin : Duncker und Humblot, S. 83-84.

²⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 403/2565 ลงวันที่ 30 พฤษภาคม 2565 ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การถอนชื่อผู้ฟ้องคดีออกจากบัญชีรายชื่อผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นในการจ้างงานก่อสร้างขั้นพิเศษ มีผลทำให้บุคคลที่ถูกถอนชื่อต้องถูกจำกัดสิทธิในการเข้าร่วมกระบวนการเสนอราคากับหน่วยงานที่สังกัดผู้ถูกฟ้องคดีและหน่วยงานของผู้ถูกฟ้องคดี อันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในการประกอบอาชีพ (สรุปเนื้อหาของคำพิพากษาจะนำมาอ้างถึงอย่างละเอียดอีกครั้งในหัวข้อ 2.4)

²⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1265/2567 ลงวันที่ 15 พฤศจิกายน 2567 ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า แม้ประกาศสัत्वแพทยสภาและประกาศอนุกรรมการมาตรฐานวิชาชีพการสัตวแพทย์ซึ่งกำหนดรายละเอียดและแนวทางการใช้ดุลพินิจในการพิจารณารับรองหลักสูตรการสัตวแพทย์และสถาบันที่เปิดคณะสัตวแพทย์ จะมีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ แต่ก็มีขึ้นเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพสัตวแพทย์เพียงเท่าที่จำเป็น (สรุปเนื้อหาของคำพิพากษาจะนำมาอ้างถึงอย่างละเอียดอีกครั้งในหัวข้อ 2.1)

รวมถึงคดีที่ผู้ฟ้องคดีมิได้กล่าวอ้างถึงเสรีภาพในการประกอบอาชีพอย่างชัดเจน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีสันนิษฐานว่าผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าถูกระทรวงฉบับพิพาทขัดกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 36/2551³⁰ ทั้งนี้ ศาลปกครองสูงสุดมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพหลายฉบับแต่ยังไม่อาจสรุปได้อย่างชัดเจนว่า มีแนวคำพิพากษาที่แน่นอนในเรื่องดังกล่าวหรือไม่ บทความนี้จึงจัดกลุ่มคำวินิจฉัยดังกล่าวตามผลของคำวินิจฉัยและฐานกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

2.1 คำพิพากษาที่เห็นว่าการจำกัดเสรีภาพที่พิพาทอยู่ในขอบเขตตามกฎหมายแม่บท

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 15/2545³¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1265/2567³² และคำพิพากษา

³⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 36/2551 ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2551

ผู้ฟ้องคดีกล่าวในคำฟ้องว่า กฎกระทรวงฉบับพิพาทขัดกับมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยไม่ได้กล่าวอ้างว่าขัดอย่างไร ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงสันนิษฐานว่า ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าขัดกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (สรุปเนื้อหาของคำพิพากษาจะนำมาอ้างถึงอย่างละเอียดอีกครั้งในหัวข้อ 2.2)

³¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 15/2545 ลงวันที่ 3 ธันวาคม 2545

เดิมผู้ที่ได้รับใบอนุญาตเป็นมัคคุเทศก์ต้องผ่านการฝึกอบรมวิชามัคคุเทศก์ตามหลักสูตรที่คณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์รับรอง โดยไม่ต้องเข้ารับการฝึกอบรมวิชามัคคุเทศก์เพิ่มเติมในระหว่างที่ได้รับใบอนุญาต ต่อมา กฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติมให้มัคคุเทศก์ต้องเข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติมทุกสองปี ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า กฎกระทรวงฉบับดังกล่าวเป็นการจัดระเบียบการประกอบอาชีพที่อยู่ภายในขอบเขตอำนาจของกฎหมายแม่บท ไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยไม่ชอบ และเป็นมาตรการที่สมเหตุสมผลเพื่อยกระดับมาตรฐานมัคคุเทศก์ซึ่งเป็นประโยชน์ต่ออุตสาหกรรมท่องเที่ยวโดยรวม จึงพิพากษายกฟ้อง ทั้งนี้ มีความเห็นแย้งว่า กฎกระทรวงดังกล่าว เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเกินสมควร เนื่องจากพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดคุณสมบัติของมัคคุเทศก์ไว้เพียงพอแล้ว การบังคับอบรมเพิ่มเติมเป็นการระงับการประกอบอาชีพ

³² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1265/2567 ลงวันที่ 15 พฤศจิกายน 2567

ประกาศสัตวแพทยสภา ที่ 7/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์ว่าด้วยการพิจารณาหลักสูตรและสถาบันผลิตสัตวแพทยศาสตรบัณฑิต และประกาศอนุกรรมการมาตรฐานวิชาชีพการสัตวแพทย์ เรื่อง แนวทางการตรวจรับรองหลักสูตรและสถาบัน ตามข้อ 1 (4) ของประกาศสัตวแพทยสภา ที่ 7/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์ว่าด้วยการพิจารณาหลักสูตรและสถาบันผลิตสัตวแพทยศาสตรบัณฑิต เป็นหลักเกณฑ์ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิชาชีพการสัตวแพทย์ พ.ศ. 2545 มีลักษณะเป็นการกำหนดรายละเอียดและแนวทางการใช้ดุลพินิจในการพิจารณารับรองหลักสูตรการสัตวแพทย์และสถาบันที่เปิดคณะสัตวแพทย์ อันมีเนื้อหาเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา โดยมุ่งหมายที่จะส่งเสริม สนับสนุน และกำกับให้มีการจัดการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับสาขาวิชาชีพสัตวแพทย์ที่มีคุณภาพและได้มาตรฐาน แม้กฎดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ แต่ก็มีขึ้นเพื่อจัดระเบียบ (มีต่อหน้าถัดไป)



ศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1270/2567³³ ต่างเห็นว่า การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพที่พิพาทอยู่ในขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้จำกัดได้ โดยในคำพิพากษาทั้ง 3 ฉบับ ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาว่า กฎกระทรวง ประกาศสัตวแพทยสภา และคำสั่งไม่อนุญาตให้เปิดตลาดนัด ซึ่งเป็นกฎและคำสั่งทางปกครองที่พิพาทออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใด โดยมีทั้งกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติวิชาชีพการสัตวแพทย์ พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติการอุดมศึกษา พ.ศ. 2562 รวมถึงพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 และกฎหมายลำดับรอง เช่น กฎกระทรวงว่าด้วยสุขลักษณะของตลาด พ.ศ. 2551 และเทศบัญญัติเทศบาลตำบลบางระกำ เรื่อง ตลาด พ.ศ. 2543 แล้วจึงพิจารณาว่า กฎหรือคำสั่งทางปกครองที่พิพาทมีฐานอำนาจทางกฎหมาย (Rechtsgrundlage) และเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายนั้น โดยอาจวินิจฉัยว่า กฎดังกล่าวเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดีแต่อยู่ในขอบเขตอำนาจของกฎหมายแม่บท ดังเช่น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 15/2545 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1265/2567 หรือคำสั่งทางปกครองที่พิพาทเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บทจึงไม่เป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพในการประกอบกิจการของผู้ฟ้องคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1270/2567 อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า กฎและคำสั่งทางปกครองที่พิพาทในคำพิพากษาซึ่งจัดอยู่ในกลุ่มนี้ ล้วนเป็นกฎและคำสั่งทางปกครองที่กำหนดรายละเอียดการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดทั้ง 3 ฉบับ จึงมีข้อยุติในทำนองเดียวกันว่า การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพที่เป็นข้อพิพาทอยู่ภายในขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจจำกัดได้ โดยศาลได้ตรวจสอบว่า กฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งนั้น ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใด ทั้งกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรอง เช่น กฎกระทรวงและเทศบัญญัติ อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 15/2545 มีความเห็นแย้งซึ่งเห็นว่า การจำกัดเสรีภาพที่พิพาทไม่ชอบด้วยหลักความได้สัดส่วน

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 32)

การประกอบอาชีพสัตวแพทย์เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การควบคุมและส่งเสริมมาตรฐานการประกอบวิชาชีพการสัตวแพทย์ตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ และไม่ได้มีลักษณะเป็นการก้าวก่ายการจัดการศึกษาของผู้ฟ้องคดี จึงไม่ได้มีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติการอุดมศึกษา พ.ศ. 2562

³³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1270/2567 ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน 2567

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า เมื่อสถานที่ที่ผู้ฟ้องคดีขออนุญาตเปิดตลาดนัดไม่ปฏิบัติตามสุขลักษณะของตลาดตามกฎหมายกระทรวงว่าด้วยสุขลักษณะของตลาด พ.ศ. 2551 และเทศบัญญัติเทศบาลตำบลบางระกำ เรื่อง ตลาด พ.ศ. 2543 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (นายกเทศมนตรีตำบลบางระกำ) มีหนังสือแจ้งคำสั่งไม่อนุญาตให้เปิดตลาดพร้อมด้วยเหตุผลให้ผู้ฟ้องคดีทราบตามมาตรา 56 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 และข้อ 16 วรรคสอง ของเทศบัญญัติเทศบาลตำบลบางระกำ เรื่อง ตลาด พ.ศ. 2543 จึงเป็นไปตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 และไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพในการประกอบกิจการของผู้ฟ้องคดี ดังที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างในคำอุทธรณ์ ดังนั้นคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้จัดตั้งตลาด จึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษายกฟ้องนั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วยและพิพากษายืน

2.2 คำพิพากษาที่เห็นว่า การจำกัดเสรีภาพที่พิพาทเป็นไปเท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 34/2550³⁴ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การทดสอบความคงทนถาวรของผลิตภัณฑ์ตามวิธีการทดสอบที่ยอมรับในระดับสากลเป็นการจำกัดเสรีภาพเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคและสวัสดิภาพของประชาชนเท่าที่จำเป็นและเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด ส่วนคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 36/2551³⁵ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพจำหน่ายสุราในสถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิงเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนโดยรวมอันจะเป็นประโยชน์ยิ่งกว่าประโยชน์ของกลุ่มบุคคล จึงชอบด้วยกฎหมาย และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 4/2552³⁶ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า

³⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 34/2550 ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2550

ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า มาตรฐานเลขที่ มอก. 824-2531 ซึ่งกำหนดให้ทดสอบผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมสวิตช์ไฟฟ้าโดยให้เปิดปิดสวิตช์ไฟฟ้า 40,000 ครั้ง ต่อเนื่องกันที่แรงดันไฟฟ้า 250 โวลต์ กระแสไฟฟ้า 16 แอมแปร์ เป็นมาตรฐานที่สูงเกินความจำเป็นส่งผลให้ผู้ประกอบการภายในประเทศต้องปิดกิจการลง ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การทดสอบตามมาตรฐานเลขที่ มอก. 824-2531 มุ่งเน้นที่ความคงทนถาวรของผลิตภัณฑ์และเป็นวิธีการทดสอบที่ยอมรับในระดับสากล จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคและสวัสดิภาพของประชาชนเท่าที่จำเป็นและเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

³⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 36/2551 ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2551

ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเป็นผู้ประกอบกิจการประเภทค้าปลีกและจำหน่ายสุราในบริเวณสถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิงซึ่งเคยได้รับใบอนุญาตให้จำหน่ายสุราประเภทที่ 3 และประเภทที่ 4 เห็นว่า กระทรวงการคลังออกกฎกระทรวงว่าด้วยข้อกำหนดเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตขายสุราและการขายสุราสำหรับผู้ได้รับใบอนุญาตขายสุราประเภทที่ 3 ถึงประเภทที่ 7 พ.ศ. 2548 ซึ่งกำหนดให้สถานที่ขายสุราต้องไม่ตั้งอยู่ในบริเวณสถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิง รวมทั้งบริเวณต่อเนื่องติดกับสถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิง และต้องไม่ขายสุราในบริเวณดังกล่าว ขัดกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า แม้เนื้อหาของกฎกระทรวงฉบับนี้จะมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพจำหน่ายสุราในสถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิง แต่เป็นการลดปัญหาสังคมในการลดสถานที่จำหน่ายสุราที่เสี่ยงต่อการเกิดปัญหาจากการบริโภคสุรา กฎกระทรวงฉบับนี้คุ้มครองประโยชน์ของประชาชนโดยรวมอันจะเป็นประโยชน์ยิ่งกว่าประโยชน์ของกลุ่มบุคคล จึงชอบด้วยกฎหมาย

³⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 4/2552 ลงวันที่ 21 เมษายน 2552

กฎกระทรวงว่าด้วยการประกอบกิจการสถานพยาบาล พ.ศ. 2545 ได้กำหนดบทเฉพาะกาลข้อ 35 ไว้ว่า ให้สถานพยาบาลทันตกรรมชั้นสองที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการอยู่ในวันที่กฎกระทรวงนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ยังคงประกอบกิจการต่อไปได้จนกว่าผู้ดำเนินการสถานพยาบาลนั้นขอยกเลิกดำเนินการสถานพยาบาล จากบทบัญญัติดังกล่าว จึงมีผลให้ผู้ประกอบวิชาชีพแผนปัจจุบัน สาขาทันตกรรมชั้นสอง ไม่สามารถขออนุญาตประกอบกิจการในสถานพยาบาลสาขาทันตกรรมชั้นสองใหม่ได้ จนกว่าผู้ขออนุญาตไว้เดิมจะมีการแจ้งเลิกดำเนินการสถานพยาบาล ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า (มีต่อหน้าถัดไป)



การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการขออนุญาตประกอบกิจการในสถานพยาบาลสาขาทันตกรรม ชั้นสองใหม่ได้ จนกว่าผู้ขออนุญาตไว้เดิมจะมีการแจ้งเลิกดำเนินการสถานพยาบาลเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค ที่มาใช้บริการที่สถานพยาบาล ขอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1357/2567³⁷ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบการผลิตภัณฑ์นมเพื่อให้ผู้ประกอบการ ผลิตภัณฑ์นมมีกระบวนการผลิตนมที่มีคุณภาพและมาตรฐานตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และเป็นการคุ้มครองสิทธิ ของผู้บริโภค ประกาศที่พิพาทจึงเป็นการจำกัดสิทธิเท่าที่จำเป็นมิได้กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิ และเสรีภาพ จะสังเกตได้ว่า ในคำพิพากษาทั้ง 4 ฉบับดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดไม่ได้พิจารณาไปถึงเจตนารมณ์ ของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่พิพาท แต่พิจารณาเนื้อหาและเจตนารมณ์ ของกฎหมายลำดับรองที่พิพาทโดยตรงว่ามุ่งหมายจะคุ้มครองประโยชน์สาธารณะใด และเป็นการจำกัดเสรีภาพ ในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพเท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะดังกล่าวหรือไม่ จึงได้ข้อสรุปว่า เป็นการจำกัดเสรีภาพที่ไม่เกินขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจด้วย จากแนวคำวินิจฉัย ในคำพิพากษาทั้ง 4 ฉบับ จึงเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดอาจพิจารณา “เนื้อหาและวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 36)

กฎกระทรวงฉบับดังกล่าวขัดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 4 มาตรา 26 มาตรา 29 และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แต่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การออกกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองผู้บริโภคที่มาใช้บริการที่สถานพยาบาล ทั้งการออกกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว ได้อ้างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 ประกอบมาตรา 50 การออกกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว จึงขอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดพิพากษายกฟ้อง

³⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1357/2567 ลงวันที่ 17 ธันวาคม 2567

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า แม้ว่าหลักเกณฑ์ตามประกาศคณะกรรมการโคนมและผลิตภัณฑ์นม เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินงานโครงการอาหารเสริม (นม) โรงเรียน ภาคเรียนที่ 1/2561 ลงวันที่ 21 มีนาคม 2561 ข้อ 5.8 ที่กำหนดว่า ในภาคเรียนที่ผ่านมาผู้ประกอบการผลิตภัณฑ์นมต้องไม่เป็นผู้ที่ถูกหน่วยงานที่มีหน้าที่กำกับดูแลคุณภาพนม ในโครงการอาหารเสริม (นม) โรงเรียน ตรวจพบว่ามีการผลิตนมที่ไม่ได้คุณภาพและมาตรฐานตามเกณฑ์ที่กำหนด อันอาจเกิดผลกระทบต่อสุขภาพและอนามัยของผู้บริโภคซึ่งเป็นกรณีร้ายแรง อันได้แก่ พบเชื้อก่อโรคหรืออีโคไล (E.coli) จะมีผลกระทบต่อผู้ประกอบการผลิตภัณฑ์นมทำให้ถูกตัดสิทธิหรือได้รับผลกระทบจากมาตรการบังคับตามสัญญาทางปกครอง ตามข้อกำหนดของประกาศที่พิพาท อันเป็นข้อกำหนดของประกาศที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมายอยู่บ้างก็ตาม แต่การกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบการผลิตภัณฑ์นมก็เพื่อให้ผู้ประกอบการผลิตภัณฑ์นม มีกระบวนการผลิตนมที่มีคุณภาพและมาตรฐานตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ขณะเดียวกันก็เป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค เมื่อซึ่งน้ำหนักระหว่างการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 40 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ผลกระทบที่ผู้ฟ้องคดีได้รับย่อมน้อยกว่าความเสียหายของประโยชน์ส่วนรวม การกำหนดคุณสมบัติตามข้อ 5.8 ของประกาศที่พิพาท มิได้หมายความว่า ผู้ประกอบการผลิตภัณฑ์นมจะเสียสิทธิในการประกอบอาชีพ แต่สามารถดำเนินการแก้ไขปรับปรุงการผลิตนมให้มีคุณภาพและมาตรฐานตามที่กฎหมายกำหนดและยื่นคำขอเข้าร่วม โครงการอาหารเสริม (นม) โรงเรียนครั้งต่อไปได้ กรณีจึงถือได้ว่า ประกาศที่พิพาทเป็นการจำกัดสิทธิเท่าที่จำเป็น มิได้กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ

ลำดับรองที่พิพาท” โดยตรงว่ามีเป้าหมายเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะใด เช่น ความปลอดภัยของผู้บริโภค ความปลอดภัยของประชาชน ฯลฯ เพื่อนำไปสู่ข้อสรุปว่าการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเป็นไปเท่าที่จำเป็น และได้สัดส่วนกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

2.3 คำพิพากษาที่เห็นว่าการจำกัดเสรีภาพที่พิพาทเป็นข้อสงวนในการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

มาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 43 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดข้อสงวนให้รัฐอาจจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด บางคำพิพากษาจึงไม่เพียงพิจารณาประโยชน์สาธารณะซึ่งกฎที่พิพาทมุ่งคุ้มครองแต่ยังนำข้อสงวนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นมาพิจารณาร่วมด้วย เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 45/2557³⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 33/2560 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด

³⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 45/2557 ลงวันที่ 26 พฤศจิกายน 2557

ผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 เป็นผู้ประกอบกิจการโรงงานเกี่ยวกับรถยนต์และรถจักรยานยนต์ ผู้ฟ้องคดีที่ 3 เป็นผู้ประกอบกิจการเกี่ยวกับการนำเข้าอะไหล่รถยนต์ที่ใช้แล้ว คำปลีกอะไหล่รถยนต์เก่า ชิ้นส่วนอุปกรณ์ และเครื่องยนต์เก่า เห็นว่า การออกประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง กำหนดให้ตัวถังของรถยนต์นั่งที่ใช้แล้ว และโครงรถจักรยานยนต์ที่ใช้แล้ว เป็นสินค้าที่ต้องห้ามในการนำเข้าในราชอาณาจักร พ.ศ. 2555 ลงวันที่ 27 มิถุนายน 2555 และประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง กำหนดให้ตัวถังของรถยนต์นั่งที่ใช้แล้ว และโครงรถจักรยานยนต์ที่ใช้แล้ว เป็นสินค้าที่ต้องห้ามในการนำเข้าในราชอาณาจักร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2555 ลงวันที่ 30 สิงหาคม 2555 อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 วรรคหนึ่ง (1) และวรรคสอง และมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการส่งออกไปนอกและการนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522 ทำให้ผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 ต้องขาดวัตถุดิบสำคัญในการผลิตรถยนต์และรถจักรยานยนต์ และทำให้ผู้ฟ้องคดีที่ 3 ต้องขาดสินค้าที่จะนำมาจำหน่าย เป็นการจำกัดสิทธิของเอกชน กีดกันมิให้ประกอบอาชีพ และเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ข้อกำหนดในประกาศกระทรวงที่พิพาทไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่พระราชบัญญัติการส่งออกไปนอกและการนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522 ได้ให้อำนาจไว้และไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การใช้บังคับประกาศกระทรวงที่พิพาท แม้จะมีข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพอยู่บ้าง แต่ก็เป็นไปโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเฉพาะหรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันเพียงเท่าที่จำเป็น โดยมีได้กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพของผู้ประกอบการหรือผู้ฟ้องคดีทั้งสาม รวมทั้งผู้ประกอบการในลักษณะเดียวกันยังคงได้รับความเสมอภาคในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ประกาศกระทรวงพาณิชย์ที่พิพาททั้งสองฉบับดังกล่าว จึงมิใช่การใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย



ที่ พ. 12/2564³⁹ โดยในคำพิพากษาทั้ง 3 ฉบับ ศาลปกครองสูงสุดได้นำข้อสงวนที่ให้รัฐมีอำนาจจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพตามมาตรา 43 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาพิจารณา และเห็นว่า กฎที่พิพากษาได้กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของผู้ฟ้องคดี รวมทั้งผู้ประกอบการในลักษณะเดียวกันยังคงได้รับความเสมอภาคในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายโดยเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ผู้ฟ้องคดีในคำพิพากษาทั้ง 3 ฉบับ เป็นผู้ประกอบกิจการเกี่ยวกับการประกอบรถยนต์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 33/2560 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 12/2564 ซึ่งมีข้อเท็จจริงคล้ายกันจึงใช้ถ้อยคำในการวินิจฉัยข้อหาที่เกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพเหมือนกันเกือบทั้งหมด ยกเว้นจำนวนผู้ฟ้องคดีเท่านั้น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดทั้ง 3 ฉบับจึงแสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำข้อสงวนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งกำหนดให้รัฐสามารถจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพได้ เช่น การคุ้มครองผู้บริโภค การรักษาความสงบเรียบร้อย หรือป้องกันการผูกขาด มาพิจารณาร่วมกับประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายลำดับรองมุ่งคุ้มครอง

³⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 33/2560 ลงวันที่ 9 สิงหาคม 2560 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 12/2564 ลงวันที่ 5 กรกฎาคม 2564

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า กฎกระทรวงบังคับจดทะเบียนรถที่ประกอบจากชิ้นส่วนของรถที่ใช้แล้วที่นำเข้ามาจากต่างประเทศ พ.ศ. 2556 ซึ่งกำหนดระยะเวลาให้นำรถที่ประกอบจากชิ้นส่วนของรถที่ใช้แล้วที่นำเข้ามาจากต่างประเทศมาจดทะเบียนภายหลังกฎกระทรวงมีผลใช้บังคับแล้วแบ่งเป็น 2 กรณี (1) กรณีรถที่พร้อมจดทะเบียนคือ รถที่ไม่ต้องผ่านการทดสอบมาตรฐานอุตสาหกรรม หรือเป็นรถที่ผ่านการทดสอบมาตรฐานอุตสาหกรรมแล้วให้นำมาจดทะเบียนภายในสามสิบวันนับแต่วันที่กฎกระทรวงมีผลใช้บังคับ (2) กรณีรถต้องผ่านการทดสอบมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม แต่ในวันที่กฎกระทรวงมีผลใช้บังคับยังไม่ผ่านการทดสอบมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมให้นำมาจดทะเบียนภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่กฎกระทรวงมีผลใช้บังคับ กฎกระทรวงฉบับดังกล่าว ได้เปิดโอกาสและให้ระยะเวลาพอสมควรที่คาดหมายได้ว่า รถที่ประกอบจากชิ้นส่วนที่ใช้แล้วที่นำเข้ามาจากต่างประเทศสามารถนำรถมาจดทะเบียนกับนายทะเบียนภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม) อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 (12) แห่งพระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522 อันเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบมาตรา 30 วรรคสาม มาตรา 41 และมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น บัญญัติให้กระทำได้ อีกทั้งก่อนที่จะมีการออกกฎกระทรวงมีการนำร่างกฎกระทรวงออกรับฟังความคิดเห็นของประชาชนทางเว็บไซต์ของกรมการขนส่งทางบก ทั้งนี้ การออกกฎกระทรวงเป็นการเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ สวัสดิภาพของประชาชนหรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันเพียงเท่าที่จำเป็น โดยมิได้กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของผู้ประกอบการหรือผู้ฟ้องคดี (ทั้งสามตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 33/2560 และทั้งแปดตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 12/2564) รวมทั้งผู้ประกอบการในลักษณะเดียวกันยังคงได้รับความเสมอภาคในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ดังนั้นกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว จึงเป็นกฎที่ออกโดยชอบด้วยกฎหมาย

2.4 คำพิพากษาที่เห็นว่าการจำกัดเสรีภาพที่พิพาทไม่ชอบด้วยหลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการพื้นฐานที่ปรากฏในคำพิพากษาบางฉบับเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 9-10/2558⁴⁰ และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 403/2565⁴¹ โดยในคำพิพากษาทั้ง 2 ฉบับ ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาถึงผลที่เกิดขึ้นหรือจะเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎและคำสั่งทางปกครองที่พิพาท

⁴⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 9-10/2558 ลงวันที่ 20 พฤษภาคม 2558

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งให้รวมคดีทั้งสองสำนวนเข้าด้วยกัน โดยกำหนดให้คดีหมายเลขคำพิพาทที่ พ. 9/2551 เป็นสำนวนคดีหลัก และเรียกผู้ฟ้องคดีในคดีหมายเลขคำพิพาทที่ พ. 9/2551 ว่าผู้ฟ้องคดีที่ 1 เรียกผู้ฟ้องคดีในคดีหมายเลขคำพิพาทที่ พ. 10/2551 ว่าผู้ฟ้องคดีที่ 2 และเรียกกระทรวงคมนาคมว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และเรียกกรมการขนส่งทางบกว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แล้วพิจารณาพิพากษารวมกันไป

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ข้อ 10 ของกฎกระทรวงว่าด้วยรถยนต์รับจ้างบรรทุกคนโดยสารไม่เกินเจ็ดคน ที่จดทะเบียนในเขตกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2550 ที่กำหนดให้รถยนต์รับจ้างที่จดทะเบียนตั้งแต่วันที่กฎกระทรวงนี้ใช้บังคับต้องมีและใช้ส่วนควบและเครื่องอุปกรณ์ของรถที่ใช้ก๊าซธรรมชาติอัดเป็นเชื้อเพลิงหรือที่ใช้ร่วมกับการใช้น้ำมันเชื้อเพลิงที่พิพาทดังกล่าว เป็นกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพรถยนต์รับจ้างเกินความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ดังที่ปรากฏในหมายเหตุว่า เนื่องด้วยปัจจุบันสถานการณ์ราคาน้ำมันเชื้อเพลิงได้ปรับตัวสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง รวมทั้งปัญหาทางด้านมลภาวะทางอากาศที่เพิ่มมากขึ้น และเพื่อเป็นการสนับสนุนการใช้พลังงานทดแทนน้ำมันเชื้อเพลิง สมควรที่จะกำหนดให้รถยนต์รับจ้างต้องใช้ก๊าซธรรมชาติอัดเป็นเชื้อเพลิงหรือที่ใช้ร่วมกับน้ำมันเชื้อเพลิง อันจะเป็นการช่วยให้มีการใช้พลังงานอย่างเหมาะสมและคุ้มค่า ข้อกำหนดดังกล่าวจึงขัดต่อมาตรา 29 และมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และเข้าข่ายมีลักษณะเป็นการสร้างชั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดแก่ประชาชนเกินสมควรตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้นข้อ 10 ของกฎกระทรวงว่าด้วยรถยนต์รับจ้างบรรทุกคนโดยสารไม่เกินเจ็ดคน ที่จดทะเบียนในเขตกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2550 ที่พิพาทดังกล่าว จึงเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

⁴¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 403/2565 ลงวันที่ 30 พฤษภาคม 2565

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า หลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นในการจ้างเพื่อขอจดทะเบียนเป็นผู้รับเหมางานก่อสร้างชั้นพิเศษ ข้อ 10.2 กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดี (กรมทางหลวง) สงวนสิทธิที่จะพิจารณาถอดถอนชื่อผู้รับเหมาออกจากทะเบียนผู้รับเหมางานก่อสร้างชั้นพิเศษ หากเข้าหลักเกณฑ์ กรณีเป็นผู้รับเหมาก่อสร้างชั้นพิเศษที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้บอกเลิกสัญญา เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์การถอดถอนชื่อออกจากทะเบียนผู้รับเหมางานก่อสร้างชั้นพิเศษของผู้ถูกฟ้องคดีกรณีอื่น ๆ เห็นได้ว่า พฤติการณ์ของเหตุต่าง ๆ ในการถอดถอนชื่อออกจากทะเบียนผู้รับเหมางานก่อสร้างชั้นพิเศษของผู้ถูกฟ้องคดี ล้วนแต่เป็นกรณีที่มีลักษณะที่ต้องทำให้เกิดความเสียหายถึงขนาดที่ต้องพิจารณาให้เป็นผู้ขาดคุณสมบัติเสนอราคางานจ้างเหมาก่อสร้างของผู้ถูกฟ้องคดี ประกอบกับการถอนชื่อผู้ฟ้องคดีออกจากบัญชีรายชื่อผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นในการจ้างงานก่อสร้างชั้นพิเศษ มีผลทำให้บุคคลที่ถูกถอนชื่อต้องถูกจำกัดสิทธิในการเข้าร่วมกระบวนการเสนอราคากับหน่วยงานที่สังกัดผู้ถูกฟ้องคดีและหน่วยงานของผู้ถูกฟ้องคดี อันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในการประกอบอาชีพ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีบอกเลิกสัญญาเนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีก่อสร้างงานล่าช้าและให้ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นผู้ขาดคุณสมบัติตามบัญชีรายชื่อผู้ขาดคุณสมบัติเสนอราคามือรับเหมาก่อสร้างชั้นพิเศษ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจกระหนาบกระเทือนต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่ไม่ได้สัดส่วน



และเห็นว่า เป็นกฎที่มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดแก่ประชาชนเกินสมควร และเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีโดยไม่ได้สัดส่วน ทั้งนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพหลายฉบับได้นำองค์ประกอบบางประการของหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาอยู่เสมอ เช่น การจำกัดเสรีภาพที่พิพาทเป็นมาตรการที่จะสัมฤทธิ์ผลตามกฎหมายแม่บทหรือไม่ การจำกัดเสรีภาพที่พิพาทเป็นไปเท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือไม่ แต่หลักความได้สัดส่วนจะปรากฏในคำพิพากษาอย่างชัดเจน เมื่อศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพอย่างครบถ้วน ทุกองค์ประกอบจนถึงหลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ และเป็นกรณีที่การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพดังกล่าวกระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดีอย่างไม่ได้สัดส่วน

2.5 คำพิพากษาที่ศาลได้กำหนดหลักเกณฑ์สำหรับการพิจารณาการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในหัวข้อ 2.1 - 2.4 พบว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ต่างกันและองค์ประกอบต่าง ๆ ของหลักความได้สัดส่วนมาประกอบการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ อนึ่ง มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 33/2553⁴² เป็นคำพิพากษาที่กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพ

⁴² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 33/2553 ลงวันที่ 21 เมษายน 2553

ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ได้รับอนุญาตประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรมเห็นว่า ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดเขตพื้นที่และมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในท้องที่อำเภอกระบุรี อำเภอตะกั่วป่า อำเภอยะนิง อำเภอยะนิง อำเภอยะนิง อำเภอเมืองพังงา อำเภอตะกั่วทุ่ง และอำเภอเกาะยาว จังหวัดพังงา ลงวันที่ 15 มีนาคม 2550 ซึ่งข้อ 4 (1) กำหนดว่า ในพื้นที่ที่ได้มีการกำหนดให้เป็นเขตอนุรักษ์และเขตควบคุมอาคาร ห้ามก่อสร้าง ตัดแปลง หรือเปลี่ยนแปลง หรือเปลี่ยนแปลงอาคารใด ๆ เป็นอาคารหรือประกอบกิจการ ดังนี้ โรงงานทุกประเภทหรือทุกชนิดตามกฎหมายว่าด้วยโรงงาน เว้นแต่โรงงานประเภทซัก อบ รีด โรงงานทำน้ำแข็ง โรงงานทำน้ำดื่ม และโรงงานทำน้ำให้บริสุทธิ์ ที่ใช้เครื่องจักรไม่เกิน 200 แรงม้า และมีพื้นที่อาคารรวมไม่เกิน 300 ตารางเมตร โรงงานปรับปรุงคุณภาพของเสียรวมชุมชน โรงงานเกี่ยวกับระบบสาธารณสุข และโรงงานที่จำเป็นต้องก่อสร้างทดแทนของเดิม เพื่อปรับปรุงกระบวนการผลิตของโรงงานให้ดีกว่าเดิมและไม่เข้าข่ายขยายโรงงานตามกฎหมายว่าด้วยโรงงาน แต่การเพิ่มเครื่องจักรเพื่อแก้ไขปัญหาสิ่งแวดล้อมให้กระทำได้ ทั้งนี้ ให้ก่อสร้างได้เฉพาะในบริเวณพื้นที่เดิมเท่านั้น และข้อ 11 กำหนดว่า ห้ามมิให้กระทำหรือประกอบกิจการ หรือกิจการใดที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินการตามข้อ 3 และข้อ 4 เพิ่มขึ้นหรือนอกเหนือจากที่ได้รับอนุญาตไว้แล้ว ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการลิดรอนสิทธิเสรีภาพในการประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรมของผู้ฟ้องคดีที่ยื่นฟ้องคดีที่ได้รับความคุ้มครองตามพื้นที่ที่ขออนุญาตไว้ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมดังกล่าว ซึ่งเป็นกฎที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการอุตสาหกรรมของผู้ฟ้องคดีที่ยื่นฟ้องคดีจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้ (1) กฎดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ (2) กฎดังกล่าว จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการอุตสาหกรรมของผู้ฟ้องคดีที่ยื่นฟ้องคดีและบุคคลอื่นที่ประกอบอาชีพนี้ในท้องที่ที่กฎดังกล่าวใช้บังคับ (มีต่อหน้าถัดไป)

ในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพไว้อย่างชัดเจนเป็นการเฉพาะ โดยวางหลักว่า กฎที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) กฎดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

(2) กฎดังกล่าวจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น และ

(3) กฎดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดีและของบุคคลอื่น

ความจริงแล้ว เงื่อนไขความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการทั้งสามประการตามคำพิพากษานี้มีที่มาจากมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540⁴³ โดยการรับรองการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2549⁴⁴ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะมีประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมฯ ฉบับที่พิพาท ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่า แม้คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 33/2553 จะอยู่ภายใต้บังคับของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 แต่กลับเป็น

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 42)

เพียงเท่าที่จำเป็น และ (3) กฎดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพดังกล่าวของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่คนและของบุคคลอื่น ซึ่งศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า (1) ข้อ 4 (1) และข้อ 11 ของประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมฯ ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติมาตรา 45 ประกอบมาตรา 44 (1) และ (2) แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ เพื่อประโยชน์ในการรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมให้มีความอุดมสมบูรณ์สามารถใช้ประโยชน์ได้ตลอดไปตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดไว้ (2) เมื่อนำผลประโยชน์ของส่วนรวมที่จะได้รับจากการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ของผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมให้มีความอุดมสมบูรณ์มาใช้ประโยชน์ได้ตลอดไปมาเปรียบเทียบกับความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่คนได้รับหรือคาดคะเนว่าจะได้รับผลประโยชน์ของส่วนรวมย่อมมีมากกว่า (3) ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่คนสามารถยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตหรือยื่นคำขออนุญาตใหม่คงห้ามแต่เพียงการขายหรือเพิ่มกำลังการผลิตภายใน 5 ปี นับแต่วันที่ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมฯ ใช้บังคับจึงมิใช่การห้ามโดยสิ้นเชิงและตลอดไป กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่า กฎดังกล่าวกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบกิจการโรงงานของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่คนและบุคคลอื่นที่ประกอบกิจการโรงงาน ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมฉบับดังกล่าว จึงเป็นกฎที่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดพิพากษายกฟ้อง

⁴³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

มาตรา 29 วรรคหนึ่ง “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

⁴⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

มาตรา 3 “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ คักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้”



คำพิพากษาที่ศาลปกครองสูงสุดสามารถกำหนดเงื่อนไขสำหรับกรพิจารณาการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการ และประกอบอาชีพได้อย่างสมบูรณ์

2.6 คำพิพากษาที่เห็นว่าไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

มีคดีพิพาทจำนวนหนึ่งที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าถูกจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ จากกฎหรือคำสั่งทางปกครอง เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 20/2551⁴⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 21/2551⁴⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 638/2566⁴⁷ แต่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า กรณีตามข้อพิพาท

⁴⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 20/2551 ลงวันที่ 18 มีนาคม 2551

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า กฎกระทรวง ฉบับที่ 57 (พ.ศ. 2544) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ซึ่งกำหนดเงื่อนไขให้อาคารที่จะได้รับการต่ออายุใบอนุญาตต้องทำการสร้างฐานรากของตัวอาคารให้แล้วเสร็จก่อน หรือมีการก่อสร้างหรือตัดแปลงโครงสร้างของอาคารไปแล้วเกินร้อยละสิบของพื้นที่อาคารที่ได้รับอนุญาต มิได้เป็นการห้ามหรือจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือการแข่งขันโดยเสรีอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แต่เป็นเพียงการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขให้การต่ออายุใบอนุญาตเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ซึ่งไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ จึงพิพากษายกฟ้อง แต่มีความเห็นแย้งที่เห็นว่า กฎกระทรวงฉบับดังกล่าว ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนและเกินกว่าความจำเป็น เนื่องจากไม่มีเหตุผลด้านประโยชน์สาธารณะที่ชัดเจน ส่งผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนโดยไม่สมเหตุสมผล และมีมาตรการทางเลือกอื่นที่กระทบน้อยกว่าสามารถใช้แทนได้ ศาลปกครองสูงสุดควรต้องพิพากษาเพิกถอนบทบัญญัติในข้อ 6/1 ที่เพิ่มเติมกฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2528) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 โดยข้อ 2 ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 57 (พ.ศ. 2544) เพราะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

⁴⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 21/2551 ลงวันที่ 20 มีนาคม 2551

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ระเบียบคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทราย ฉบับที่ 1 พ.ศ. 2543 ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการจัดเก็บเงินจากการจำหน่ายน้ำตาลทรายขาวบริสุทธิ์ น้ำตาลทรายขาว และน้ำตาลทรายสีร่าภายในราชอาณาจักรเข้ากองทุนอ้อยและน้ำตาลทราย ลงวันที่ 16 มิถุนายน 2543 ซึ่งกำหนดให้โรงงานน้ำตาลนำรายได้ที่เพิ่มขึ้นจากการแยกภาษีมูลค่าเพิ่มไปชำระต่อกองทุนอ้อยและน้ำตาลทราย ไม่ได้เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของโรงงาน เนื่องจากรายได้ที่เพิ่มขึ้นดังกล่าวเกิดจากการผลึกภาระภาษีมูลค่าเพิ่มไปยังผู้บริโภค และโรงงานยังคงได้รับรายได้จากการจำหน่ายน้ำตาลตามปกติ ทั้งนี้ ระเบียบดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาเสถียรภาพของอุตสาหกรรมอ้อยและน้ำตาลทราย ซึ่งจัดทำขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย จึงไม่ขัดต่อมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

⁴⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 638/2566 ลงวันที่ 3 สิงหาคม 2566

ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า หากผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง (ผู้อำนวยการแขวงทางหลวงและรองปลัดกระทรวงคมนาคม) อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีเข้าใช้ประโยชน์ในที่ดินพิพาท ย่อมเป็นการส่งเสริมอาชีพให้แก่ผู้ฟ้องคดีซึ่งสอดคล้องตามบทบัญญัติมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การใช้และการจัดการสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันจะต้องมุ่งรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ร่วมกันของประชาชนตามวัตถุประสงค์ที่จัดให้มีที่ดินประเภทดังกล่าวไว้เป็นหลักสำคัญ ดังนั้นการให้เอกชนรายใดรายหนึ่งเข้าใช้ประโยชน์เป็นระยะเวลายาวนานจึงเป็นการขัดขวางการใช้ประโยชน์ร่วมกันของประชาชน ย่อมไม่อาจจะกระทำได้เว้นแต่จะดำเนินการไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น อีกทั้งที่ดินอันเป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันไม่อาจนำไปจัดหาผลประโยชน์หรือให้เอกชนเข้าใช้ประโยชน์โดยมีค่าตอบแทนได้ การอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีปลูกสร้างอาคารพิพาทต่อไปโดยผู้ฟ้องคดียินยอมเสียค่าธรรมเนียมจึงไม่อาจกระทำได้

ไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เนื่องจากเห็นว่ากฎที่พิพาทดังกล่าวเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเป็นการทั่วไป เช่น กรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 20/2551 กฎที่พิพาทจะเป็นประโยชน์ต่ออุตสาหกรรมโดยรวม เช่น กรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 21/2551 หรือคำขอของผู้ฟ้องคดีจะเป็นการขัดขวางการใช้ประโยชน์ร่วมกันของประชาชน เช่น กรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 638/2566 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า กรณีดังกล่าวมีความน่าสนใจ เพราะเป็นกรณีที่ศาลสามารถวินิจฉัยได้โดยไม่ต้องพิจารณาในรายละเอียดมากนัก เนื่องจากเป็นกรณีที่ศาลอาจวินิจฉัยแต่เพียงว่า กรณีที่พิพาทเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพหรือไม่ หากไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ศาลจะสามารถวินิจฉัยประเด็นอื่นต่อไปได้ทันที หรือหากเป็นการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวข้างต้น ศาลอาจใช้หลักเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ในหัวข้อ 2.5 วินิจฉัยต่อไปได้ ทั้งนี้ จากตัวอย่างในหัวข้อนี้ มีความเห็นแย้งในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 20/2551 ซึ่งเห็นว่า กฎกระทรวงฉบับดังกล่าวขัดต่อหลักความได้สัดส่วนและเกินกว่าความจำเป็น เนื่องจากไม่มีเหตุผลด้านประโยชน์สาธารณะที่ชัดเจน ส่งผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนโดยไม่สมเหตุสมผล และมีมาตรการทางเลือกอื่นที่กระทบน้อยกว่าสามารถใช้แทนได้

2.7 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

เนื่องจากคดีพิพาทเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพจำนวนมากเป็นการฟ้องเพิกถอนกฎของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และเป็นกฎที่มีผลใช้บังคับกับผู้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพนั้นทุกคน จึงมีหลายคดีที่ศาลปกครองเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตั้งแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีอยู่ภายใต้กฎดังกล่าว และผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การยื่นฟ้องเพิกถอนกฎดังกล่าวจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมและยื่นฟ้องคดีเกินกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 8/2549⁴⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 34/2553⁴⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด

⁴⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 8/2549 ลงวันที่ 27 เมษายน 2549

ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า กฎกระทรวงกำหนดวันเวลาเปิดปิดของสถานบริการ พ.ศ. 2547 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยไม่เป็นธรรม เนื่องจากกำหนดเวลาเปิดปิดของสถานบริการแต่ละประเภทแตกต่างกันอย่างมาก ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

⁴⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 34/2553 ลงวันที่ 26 เมษายน 2553

ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า มาตรา 43 และมาตรา 47 (1) แห่งพระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522 ประกอบกับกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขอและการออกใบอนุญาตขับรถ และการขอต่ออายุและการอนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตขับรถ พ.ศ. 2548 ข้อ 4 (1) มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ



ที่ พ. 44/2553⁵⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 38/2555⁵¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 85/2565⁵² ทำให้ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและไม่ได้วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า กฎที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพมักเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับกับผู้ประกอบกิจการ หรือผู้ประกอบการทุกคนเป็นการทั่วไป จึงมีความเป็นไปได้ที่จะเข้าข่ายเป็นคดีที่มีลักษณะเป็นประโยชน์ แก่ส่วนรวมตามมาตรา 52 วรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเปิดโอกาสให้ศาลปกครองรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้แม้ยื่นเกินกำหนดเวลา แนวคำวินิจฉัย ที่ศาลปกครองสูงสุดไม่รับคำฟ้องคดีเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ เพียงเพราะพ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดี จึงอาจพิจารณานำ “ลักษณะของคดี” ว่าเป็นคดีที่กระทบสิทธิ ของผู้ประกอบการทั้งระบบและมีนัยต่อประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือไม่เข้ามาประกอบด้วย เพื่อให้ การกั้นกรงคดีมิได้ยึดถือเพียงกรอบระยะเวลาเชิงรูปแบบ แต่ยังคงเปิดทางให้มีการตรวจสอบความชอบ ด้วยกฎหมายของกฎที่จำกัดเสรีภาพอย่างแท้จริง อันจะช่วยคุ้มครองหลักนิติรัฐและป้องกันไม่ให้กฎ ที่อาจขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือหลักความได้สัดส่วนยังคงมีผลบังคับโดยปราศจากการตรวจสอบ

⁵⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 44/2553 ลงวันที่ 30 สิงหาคม 2553

ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า ข้อ 10 (2) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2524) ออกตามความในพระราชบัญญัติ การขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 ที่กำหนดไม่ให้รถที่ใช้ในการขนส่งผู้โดยสารมาตรฐาน 2 มีห้องสุขภัณฑ์ เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ของผู้ฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 7 ในฐานะผู้ประกอบการอาชีพ และจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ฟ้องคดีที่ 8 และผู้ฟ้องคดีที่ 9 ในฐานะผู้บริโภค ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีที่ 8 และผู้ฟ้องคดีที่ 9 มิได้เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองโดยสสาร แต่เป็นเพียงผู้ใช้บริการรถโดยสารเท่านั้น จึงมิใช่ผู้มีสิทธิฟ้องคดี ส่วนผู้ฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 7 ยื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนด ระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

⁵¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 38/2555 ลงวันที่ 10 พฤษภาคม 2555

ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่พนักงานสอบสวนต้องปฏิบัติ ในการจัดทนายความให้แก่ผู้ต้องหาในคดีอาญา พ.ศ. 2549 ที่กำหนดให้สภานายความปรับปรุงบัญชีตามที่กำหนด ในข้อ 3 ของกฎกระทรวง ให้เป็นปัจจุบันและให้ส่งกระทรวงทุกหกเดือน ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และขัดต่อมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ว่าด้วยเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เนื่องจากกระทบต่อสิทธิ ของทนายความ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดจึงมีคำสั่ง ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

⁵² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 85/2565 ลงวันที่ 20 ตุลาคม 2565

ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า กฎกระทรวงการอนุญาตผลิตสุรา พ.ศ. 2560 ข้อ 2 (1) (ก) ข้อ 4 (1) (ก) (ข) (2) (4) กำหนดเงินลงทุนและกำลังการผลิตสุราไว้สูงมาก เพิ่มภาระแก่ผู้ที่ต้องการประกอบอาชีพผลิตสุราเกินกว่าเหตุ ทำให้บุคคล ขาดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

3. ทฤษฎีสามระดับ (Drei-Stufen-Theorie) ตามระบบกฎหมายเยอรมัน

3.1 ความหมายของทฤษฎีสามระดับ

ทฤษฎีสามระดับ (Drei-Stufen-Theorie) เป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesverfassungsgericht – BVerfG) กำหนดขึ้นเพื่อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการจำกัดเสรีภาพทางอาชีพ⁵³ (Berufsfreiheit) ตามมาตรา 12 ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz – GG) โดยทฤษฎีนี้ได้แบ่งการจำกัดเสรีภาพทางอาชีพออกเป็น 3 ระดับ ตามความรุนแรงของการจำกัดหรือการแทรกแซงเสรีภาพ โดยแต่ละระดับมีเกณฑ์การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกัน

3.2 ที่มาของทฤษฎีสามระดับ

ทฤษฎีสามระดับได้รับการพัฒนาจากคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ 1 BvR 596/56 ลงวันที่ 11 มิถุนายน ค.ศ. 1958 (พ.ศ. 2501) (BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56) อันเป็นที่รู้จักโดยทั่วไปว่า “คำพิพากษาศาลร้านขายยา” (Apotheken-Urteil) ซึ่งเป็นคดีพิจารณาคำร้องคัดค้านคำสั่งไม่อนุญาตให้เปิดร้านขายยาซึ่งอ้างเหตุผลว่า พื้นที่ที่ขออนุญาตควรมีร้านขายยาเพียงแห่งเดียวและโต้แย้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เห็นว่า การจำกัดจำนวนร้านขายยาดังกล่าวไม่เป็นการละเมิดสาระสำคัญของการคุ้มครองเสรีภาพทางอาชีพตามมาตรา 12 ของกฎหมายพื้นฐาน เพราะเป็นการควบคุมการประกอบอาชีพ (Berufsausübung) ภายในกรอบของกฎหมาย แต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยว่า มาตรา 12 ของกฎหมายพื้นฐาน ไม่ได้แยกการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพออกจากเสรีภาพในการเลือกอาชีพอย่างชัดเจน เสรีภาพทั้งสองประเภทจึงต้องได้รับการพิจารณาร่วมกันด้วยระดับการคุ้มครองที่ต่างกัน⁵⁴ และการจำกัดจำนวนร้านขายยาดังกล่าวส่งผลกระทบต่อทางเลือกอาชีพ (Berufswahl) ของผู้ร้องด้วย ดังนั้นการจำกัดจำนวนร้านขายยาดังกล่าวจึงต้องถูกพิจารณาในฐานะการจำกัดเสรีภาพในการเลือกอาชีพ ซึ่งเป็นการจำกัดในระดับที่เข้มงวดกว่าการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

3.2.1 ข้อเท็จจริงแห่งคดี

ผู้ร้องเป็นเภสัชกรได้ยื่นคำร้องขอรับใบอนุญาตเปิดร้านขายยา แต่คำร้องดังกล่าวถูกปฏิเสธโดยรัฐบาลแห่งภูมิภาคโอเบอร์ไบเอิร์น (Regierung von Oberbayern) ตามคำสั่งลงวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1956 (พ.ศ. 2499) ซึ่งอาศัยอำนาจตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติของมลรัฐไบเอิร์นว่าด้วยกิจการเภสัชกรรม (bayerischen Gesetzes über das Apothekenwesen) ลงวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ. 1952

⁵³ เนื่องจากระบบกฎหมายเยอรมันใช้ถ้อยคำ “เสรีภาพทางอาชีพ” โดยหมายรวมถึง “เสรีภาพในการประกอบกิจการ” ด้วย หัวข้อนี้จึงใช้ถ้อยคำ “เสรีภาพทางอาชีพ” โดยหมายถึง เสรีภาพในการประกอบอาชีพและเสรีภาพในการประกอบกิจการ ยกเว้นในกรณีที่บริบทแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าเป็นการกล่าวถึงเฉพาะเสรีภาพในการประกอบอาชีพเท่านั้น

⁵⁴ Thomas Weiler, “Die „Drei Stufen Theorie“ in der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG” (ÖR – Webinar, juracademy.de), S. 2.



(พ.ศ. 2495)⁵⁵ โดยรัฐบัญญัติดังกล่าว กำหนดว่า ร้านขายยาที่จะจัดตั้งขึ้นใหม่จะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในการจัดหาเวชภัณฑ์ให้แก่ประชาชนและจะไม่ส่งผลกระทบต่อฐานะทางเศรษฐกิจของร้านขายยาใกล้เคียง ที่มีอยู่เดิมจนเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินกิจการอย่างถูกต้องตามกฎหมาย⁵⁶ รัฐบาลแห่งภูมิภาคโอเบอร์ไบเอิร์น เห็นว่า การจัดตั้งร้านขายยาของผู้ร้องขอไม่ถือเป็นประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากเมืองเทราน์รอยท์ (Traunreut) มีประชากรประมาณ 6,000 คน ซึ่งร้านขายยาที่มีอยู่หนึ่งแห่งก็เพียงพอแล้ว การจัดตั้งร้านขายยา แห่งใหม่จะกระทบต่อฐานะทางเศรษฐกิจของร้านขายยาที่มีอยู่เดิมในระดับที่ทำให้ไม่สามารถดำเนินกิจการ อย่างถูกต้องตามกฎหมายได้อีกต่อไป ซึ่งจากข้อมูลยอดขายที่ยืนยันโดยสำนักงานภาษี (Finanzamt) อาจคาดหมายได้ว่า ยอดขายของร้านขายยาเดิมจะลดลงประมาณร้อยละ 40 หากมีร้านใหม่เปิดขึ้น⁵⁷ ผู้ร้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว รัฐบาลแห่งภูมิภาคโอเบอร์ไบเอิร์นจึงให้เหตุผลเพิ่มเติมในคำวินิจฉัยอุทธรณ์ ลงวันที่ 12 มิถุนายน ค.ศ. 1957 (พ.ศ. 2500) ในประเด็นดังกล่าวว่า ประโยชน์สาธารณะของร้านขายยาแห่งใหม่ จะหมดความสำคัญลงเมื่อร้านไม่มีศักยภาพในการอยู่รอดและเป็นภัยคุกคามต่อการดำรงอยู่ของร้านขายยาใกล้เคียง การจำกัดจำนวนร้านขายยาไม่ละเมิดสาระสำคัญในมาตรา 12 ของกฎหมายพื้นฐาน เนื่องจากเภสัชกรทุกราย ยังสามารถซื้อ เช่า หรือเข้าบริหารจัดการร้านขายยาใด ๆ ในพื้นที่อื่นมากกว่า 1,300 แห่ง ในแคว้นบาวาเรียได้ ตราบใดที่ร้านขายยาแห่งใหม่นั้นมีศักยภาพในการดำเนินกิจการ และไม่คุกคามร้านที่มีอยู่ ผู้ร้องยังมีสิทธิ ขอรับใบอนุญาตเปิดร้านขายยาในพื้นที่อื่นตามกฎหมาย⁵⁸ ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องคัดค้านคำสั่งไม่อนุญาต ให้เปิดร้านขายยาและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่า มาตรา 3 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติ ของมลรัฐไบเอิร์นว่าด้วยกิจการเภสัชกรรม ขัดต่อมาตรา 12 และมาตรา 2 ของกฎหมายพื้นฐาน บทบัญญัติดังกล่าวจึงควรได้รับการวินิจฉัยให้เป็นโมฆะ (nichtig)⁵⁹

3.2.2 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยว่า ข้อจำกัดที่กำหนด จำนวนร้านขายยาเป็นการแทรกแซงเสรีภาพทางอาชีพซึ่งได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 12 ของกฎหมายพื้นฐาน การออกข้อกำหนดเพื่อจำกัดเสรีภาพดังกล่าวสามารถกระทำได้โดยกฎหมายหรือบนพื้นฐานทางกฎหมาย ทั้งข้อกำหนดที่จำกัดการประกอบอาชีพ (Berufsausübung) และการเลือกอาชีพ (Berufswahl) แต่ไม่ใช่ การจำกัดด้วยระดับความรุนแรงที่เท่ากัน เนื่องจากข้อกำหนดที่จำกัดการประกอบอาชีพเป็นไปตามวัตถุประสงค์ ของกฎหมาย แต่ข้อกำหนดที่จำกัดการเลือกอาชีพเป็นการแทรกแซงเสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพ จึงต้องกระทำอย่างเคร่งครัดและจำกัดเสรีภาพของบุคคลได้เพียงเท่าที่จำเป็น⁶⁰

⁵⁵ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, Rn. 3-4.

⁵⁶ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, Rn. 6-10.

⁵⁷ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, Rn. 11-14.

⁵⁸ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, Rn. 15-16.

⁵⁹ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, Rn. 17.

⁶⁰ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, Rn. 78.

เสรีภาพในการประกอบอาชีพ (Freiheit der Berufsausübung) อาจถูกจำกัดได้ หากพิจารณาประโยชน์ส่วนรวมอย่างสมเหตุสมผล (vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls) แสดงให้เห็นว่าการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเป็นไปตามวัตถุประสงค์ (zweckmäßig) ของกฎหมาย การคุ้มครองสิทธิพื้นฐาน (Grundrechtsschutz) ในกรณีนี้ จำกัดเพียงการป้องกันไม่ให้มีข้อกำหนดทางกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เช่น การกำหนดให้ผู้ประกอบอาชีพมีภาระหน้าที่ที่หนักเกินสมควร (übermäßig belastend) และไม่ได้สัดส่วน⁶¹ (nicht zumutbar)⁶²

ส่วนเสรีภาพในการเลือกอาชีพ (Freiheit der Berufswahl) จะถูกจำกัดได้เฉพาะเมื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (Gemeinschaftsgut)⁶³ ที่สำคัญเป็นพิเศษ (besonders wichtig)⁶⁴ เมื่อการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ฝ่ายนิติบัญญัติต้องเลือกวิธีการที่ละเมิดสิทธิพื้นฐานให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้⁶⁵ กรณีที่เสรีภาพในการเลือกอาชีพถูกแทรกแซงโดยการกำหนดเงื่อนไขบางประการสำหรับการเริ่มต้นเข้าสู่อาชีพ (Aufnahme des Berufs) จะต้องแยกความแตกต่างระหว่างเงื่อนไขจากปัจจัยส่วนบุคคล (subjective Voraussetzungen) และเงื่อนไขจากปัจจัยภายนอก (objective Voraussetzungen) ในกรณีของเงื่อนไขจากปัจจัยส่วนบุคคล (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง วุฒิกการศึกษาและการฝึกอบรม) จะต้องมี ความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeit) ในความหมายที่ว่า เงื่อนไขดังกล่าวต้องไม่เกินสมควรเมื่อเทียบกับ วัตถุประสงค์ที่ต้องการให้การประกอบอาชีพบรรลุเป้าหมายอย่างถูกต้องตามหลักเกณฑ์ (ordnungsmäßig) และสำหรับเงื่อนไขจากปัจจัยภายนอก จะต้องมียกข้อกำหนดที่เคร่งครัดอย่างยิ่งในการพิสูจน์ความจำเป็น โดยทั่วไปแล้ว ต้องเป็นกรณีการป้องกันอันตรายร้ายแรง (schwere Gefahren) ซึ่งสามารถพิสูจน์ได้ (nachweisbar) หรือมีความเป็นไปได้สูงว่าจะเกิดขึ้น (höchstwahrscheinlich) ต่อประโยชน์สาธารณะ ที่สำคัญอย่างยิ่ง (überragend wichtig)⁶⁶ เท่านั้น จึงจะถือได้ว่า ข้อกำหนดดังกล่าวชอบด้วยกฎหมาย⁶⁷

⁶¹ ความได้สัดส่วน (Zumutbarkeit) ในที่นี้มีความหมายเช่นเดียวกับความได้สัดส่วนในกฎหมายอย่างแคบ (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) ตามหลักความได้สัดส่วน in Alexandra Bormann, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht : eine rechtsvergleichende Studie, (Schriften zum Europäischen Recht; Bd. 82), 2002, Berlin : Duncker und Humblot, S. 88.

⁶² BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, Rn. 83, 85.

⁶³ Timothy Moss et al., “Zum Verhältnis von Gemeinschaftsgütern und Gemeinwohl : Überlegungen aus raumwissenschaftlicher Perspektive” (Working Paper, No. 39, Leibniz-Institut für Regionalentwicklung und Strukturplanung (IRS), Erkner, 2007), S. 22.

⁶⁴ มีข้อสังเกตว่า ศาลใช้คำว่า “ที่สำคัญเป็นพิเศษ” (besonders wichtig) เพื่อหมายถึง ประโยชน์สาธารณะ ที่ต้องคุ้มครองในกรณีการจำกัดเสรีภาพในการเลือกอาชีพทั้งหมดโดยรวม

⁶⁵ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, Rn. 83.

⁶⁶ มีข้อสังเกตว่า ศาลใช้คำว่า “ที่สำคัญอย่างยิ่ง” (überragend wichtig) เพื่อหมายถึง ประโยชน์สาธารณะ ที่ต้องคุ้มครองในกรณีการจำกัดเสรีภาพในการเลือกอาชีพด้วยเงื่อนไขจากปัจจัยภายนอกเท่านั้น

⁶⁷ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, Rn. 86-88.



การจำกัดเสรีภาพทางอาชีพตามมาตรา 12 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง ของกฎหมายพื้นฐาน ต้องพิจารณากำหนดมาตรการใน “ระดับ” ที่กระทบต่อเสรีภาพในการเลือกอาชีพน้อยที่สุดก่อนเสมอ หากการดำเนินมาตรการใน “ระดับ” ดังกล่าวไม่สามารถป้องกันอันตรายที่คาดการณ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่า นั้น จึงจะสามารถดำเนินมาตรการใน “ระดับ” ถัดไปได้⁶⁸

ข้อจำกัดที่กำหนดจำนวนร้านขายยาเป็นการแทรกแซงเสรีภาพทางอาชีพ ในระดับที่รุนแรง เนื่องจากการกำหนดเงื่อนไขจากปัจจัยภายนอก (objective Voraussetzungen) ซึ่งอยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ประกอบอาชีพ คือ (1) การเปิดร้านขายยาต้องสอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ และ (2) ต้องมั่นใจได้ว่าฐานะทางเศรษฐกิจของร้านขายยาแห่งใหม่และร้านขายยาใกล้เคียงจะมีความมั่นคง ต่อไปในอนาคต ข้อจำกัดดังกล่าวจึงต้องได้รับการพิสูจน์ความจำเป็นอย่างเคร่งครัดว่าเป็นกรณีที่มีอันตรายร้ายแรง ต่อประโยชน์สาธารณะที่สำคัญอย่างยิ่ง ซึ่งพิสูจน์ได้หรือมีความเป็นไปได้สูงว่าจะเกิดขึ้น โดยในกรณีนี้ ศาลเห็นว่า การจำกัดจำนวนร้านขายยาโดยอิงตามจำนวนประชากรไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นมาตรการ ที่จำเป็นและเหมาะสมในการปกป้องประโยชน์สาธารณะ เช่น การประกันคุณภาพการให้บริการทางเภสัชกรรม หรือการป้องกันการกระจายตัวของร้านขายยาเกินความจำเป็น มาตรา 3 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติของมลรัฐไบเอิร์น ว่าด้วยกิจการเภสัชกรรม จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ (verfassungswidrig) และต้องถูกเพิกถอน⁶⁹

คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ 1 BvR 596/56 ลงวันที่ 11 มิถุนายน ค.ศ. 1958 (พ.ศ. 2501) จึงได้วางหลักพิจารณาการจำกัดเสรีภาพทางอาชีพ ตามมาตรา 12 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งต้องดำเนินการเป็น “ระดับ” ที่ประกอบด้วยการจำกัดเสรีภาพ ในการประกอบอาชีพ และการจำกัดเสรีภาพในการเลือกอาชีพโดยมีเงื่อนไขจากปัจจัยส่วนบุคคลและเงื่อนไข จากปัจจัยภายนอก โดยเรียกว่า ทฤษฎีระดับชั้น (Stufentheorie)⁷⁰ และใช้เป็นแนวทางสำหรับการพิจารณาคดี ในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีอย่างเคร่งครัดจนถึงปี ค.ศ. 1961 (พ.ศ. 2504) จึงใช้ทฤษฎีดังกล่าวในลักษณะที่มีความเคร่งครัดน้อยลงแต่ยังคงยึดถือในสาระสำคัญจนถึงปัจจุบัน โดยมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ 1 BvL 44/55 ลงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1961 (พ.ศ. 2504)⁷¹ ซึ่งผู้ฟ้องคดีในศาลปกครองได้ฟ้องเพิกถอนคำสั่งไม่ออกใบอนุญาตยกเว้น

⁶⁸ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, Rn. 89.

⁶⁹ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, Rn. 180.

⁷⁰ Alexandra Borrmann, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht : eine rechtsvergleichende Studie, (Schriften zum Europäischen Recht; Bd. 82), 2002, Berlin : Duncker und Humblot, S. 83.

⁷¹ Handwerksordnung-Beschluß (BVerfG, 17.07.1961 - 1 BvL 44/55).

(Ausnahmebewilligung) การทดสอบครูช่าง (Meisterprüfung)⁷² เพื่อประกอบอาชีพช่างซ่อมนาฬิกา ศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองฮันโนเฟอร์จึงยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อให้มีคำวินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติว่าด้วยช่างหัตถกรรม (Handwerksordnung – HwO) ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยว่า การบังคับให้ผู้ประกอบอาชีพช่างหัตถกรรม ต้องผ่านการทดสอบครูช่างไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับทฤษฎีระดับชั้นด้วยว่า การพิจารณาถึง “อันตราย” ที่อาจเกิดขึ้นจากการไม่จำกัด เสรีภาพทางอาชีพในกรณีของการออกใบอนุญาตอาจทำไม่ได้ เนื่องจากไม่สามารถระบุอันตรายที่แท้จริงได้ จึงต้องอาศัยการพิจารณาตามประเภทงานเป็นการเฉพาะ โดยใช้หลักความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) เพราะแท้จริงแล้วทฤษฎีระดับชั้นเป็นผลลัพธ์ที่เกิดจากการนำหลักความได้สัดส่วนมาประยุกต์ใช้อย่างเคร่งครัด เท่านั้น⁷³

3.3 องค์ประกอบของทฤษฎีสามระดับ

การพิจารณาข้อจำกัดเสรีภาพทางอาชีพตามมาตรา 12 ของกฎหมายพื้นฐาน ตามระดับ การแทรกแซงเสรีภาพซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวางหลักไว้ โดยเรียกว่าทฤษฎีระดับชั้น (Stufentheorie) ที่แบ่งลักษณะของการจำกัดเสรีภาพทางอาชีพออกเป็น 3 ระดับ ตามระดับความรุนแรง ของการแทรกแซงเสรีภาพที่เพิ่มมากขึ้น⁷⁴ เป็นทฤษฎีเดียวกันกับที่เรียกกันในทางวิชาการว่า ทฤษฎีสามระดับ (Drei-Stufen-Theorie) และยังคงเป็นแนวทางหนึ่งในการพิจารณาคดีในระบอบกฎหมายเยอรมัน⁷⁵ ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

ระดับที่ 1 : ข้อจำกัดการประกอบอาชีพ (Berufsausübungsregelungen)

ข้อจำกัดการประกอบอาชีพ หมายถึง ข้อกำหนดที่จำกัดการประกอบอาชีพ โดยอาจเป็นการกำหนดรูปแบบ (Modalitäten) หรือเงื่อนไข (Bedingungen) เช่น การกำหนดเวลาเปิด-ปิด

⁷² การทดสอบครูช่างตามมาตรา 7 ประกอบกับมาตรา 41 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยช่างหัตถกรรม มีวัตถุประสงค์ เพื่อทดสอบว่า บุคคลมีความสามารถในการบริหารกิจการหัตถกรรมโดยอิสระ และสามารถแนะนำศิษย์ฝึกงานได้อย่างถูกต้อง หรือไม่ อีกทั้งสามารถปฏิบัติงานในสาขาหัตถกรรมของตนได้ในระดับครูช่าง และมีความรู้ทางวิชาชีพที่จำเป็น รวมถึงความรู้ ด้านการบริหารธุรกิจ การพาณิชย์กรรม และทฤษฎีทั่วไปที่จำเป็นหรือไม่ โดยมีกรณียกเว้นสำหรับบุคคลที่ไม่ผ่านการ ทดสอบครูช่างแต่สามารถพิสูจน์ได้ว่า ตนมีความรู้และทักษะที่จำเป็นต่อการประกอบอาชีพหัตถกรรมในสาขานั้น โดยอิสระในฐานะธุรกิจประจำ และมีใบอนุญาตยกเว้นจากหน่วยงานทางปกครองระดับสูงกว่าหน่วยงานที่รับลงทะเบียน ช่างหัตถกรรมในสาขาดังกล่าว สามารถลงทะเบียนช่างหัตถกรรมในสาขานั้นได้

⁷³ Alexandra Borrmann, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht : eine rechtsvergleichende Studie, (Schriften zum Europäischen Recht; Bd. 82), 2002, Berlin : Duncker und Humblot, S. 92.

⁷⁴ *ibid.*, S. 83.

⁷⁵ *ibid.*, S. 124.



ร้านค้าหรือสถานบริการ การจำกัดเวลาการเดินทางรถบรรทุกหนักในช่วงวันหยุดพักผ่อน การห้ามโฆษณา สำหรับบางอาชีพ⁷⁶ ข้อจำกัดดังกล่าวเป็นการกำหนดว่าจะต้องประกอบอาชีพ “อย่างไร” (“Wie”) ซึ่งจะชอบด้วยกฎหมายเมื่อพิจารณาประโยชน์ส่วนรวมอย่างสมเหตุสมผล (vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls) แล้วเห็นว่า การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเป็นไปตามวัตถุประสงค์ (zweckmäßig) ของกฎหมาย⁷⁷

ระดับที่ 2 : ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยส่วนบุคคล (subjektive Zulassungsvoraussetzungen)

ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยส่วนบุคคล หรือเงื่อนไขการอนุญาต (Zulassungsvoraussetzungen) ที่ขึ้นอยู่กับตัวบุคคล (subjektiv) หมายถึง เงื่อนไขที่จำกัดว่า บุคคล จะประกอบอาชีพดังกล่าว “ได้หรือไม่” (“Ob”)⁷⁸ จึงเป็นเงื่อนไขที่จำกัดการเลือก (Wahl) หรือการคงสถานะ (Verbleib) ในอาชีพใดอาชีพหนึ่งโดยอาศัยคุณสมบัติส่วนบุคคล ความสามารถ วุฒิการศึกษา หรือผลงาน เช่น การกำหนดเกณฑ์อายุของผู้ประกอบอาชีพ ความน่าเชื่อถือหรือความประพฤติที่เหมาะสม การสอบผ่าน ตามเกณฑ์ที่กำหนด และการมีประสบการณ์ทางอาชีพ⁷⁹ การจำกัดเสรีภาพทางอาชีพจากปัจจัยส่วนบุคคล จะถือว่าชอบด้วยกฎหมาย เมื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะที่สำคัญ⁸⁰ (wichtiges Gemeinschaftsgut) ด้วยเงื่อนไขที่ไม่เกินสัดส่วน (nicht außer Verhältnis) ของลักษณะงานที่เกี่ยวข้อง⁸¹ โดยความเห็นทางวิชาการ บางแห่งอาจจะระบุว่า เป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะจากอันตรายเชิงนามธรรม (abstrakte Gefahr)

⁷⁶ Bodo Pieroth und Bernhard Schlink, Staatsrecht 2 – Grundrechte, 16. Aufl., 2000, Heidelberg, Rn. 929 in Alexandra Bormann, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht : eine rechtsvergleichende Studie, (Schriften zum Europäischen Recht; Bd. 82), 2002, Berlin : Duncker und Humblot, S. 83.

⁷⁷ Klaus Ferdinand Gärditz, “§ 10 Berufsfreiheit” (Vorlesung Staatsrecht II – Grundrechte), S. 2.

⁷⁸ Klaus Ferdinand Gärditz, “§ 10 Berufsfreiheit” (Vorlesung Staatsrecht II – Grundrechte), S. 2.

⁷⁹ BVerfGE 9, 338, 345 vgl. Bodo Pieroth und Bernhard Schlink, Staatsrecht 2 – Grundrechte, 16. Aufl., 2000, Heidelberg, Rn. 927 in Alexandra Bormann, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht : eine rechtsvergleichende Studie, (Schriften zum Europäischen Recht; Bd. 82), 2002, Berlin : Duncker und Humblot, S. 83.

⁸⁰ มีข้อสังเกตว่า เมื่อทฤษฎีระดับขั้นตามคำพิพากษาคดีร้านขายยาได้รับการพัฒนาเป็นทฤษฎีสามระดับแล้ว ในระดับขั้นที่ 2 จะใช้เพียงคำว่า “ที่สำคัญ” (wichtig) เท่านั้น โดยไม่มีคำว่า “เป็นพิเศษ” หรือ “อย่างยิ่ง” อีกต่อไป

⁸¹ Klaus Ferdinand Gärditz, “§ 10 Berufsfreiheit” (Vorlesung Staatsrecht II – Grundrechte), S. 2.

“อันตรายเชิงนามธรรม” ในที่นี้หมายถึง ศักยภาพของอันตราย (Gefahrenpotenzial)⁸² ที่มีอยู่ แต่ไม่มีความจำเป็นต้องดำเนินการระงับ ยับยั้ง หรือแทรกแซงในทันที⁸³ ส่วนใหญ่มักใช้ในทางกฎหมายอาญา ในกรณีที่มีสถานการณ์ไม่ปกติอันเกิดจากสาเหตุใด ๆ และอาจเปลี่ยนแปลงไปเป็นความเสียหายต่อประโยชน์ ที่กฎหมายคุ้มครอง เช่น การห้ามสูบบุหรี่ในสถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิง อันตรายเชิงนามธรรมมีค่าตรงข้าม คือ “อันตรายเชิงรูปธรรม” (konkrete Gefahr) ที่หมายถึง อันตรายอันเกิดจากสถานการณ์เฉพาะในกรณีนั้น ๆ เช่น บุคคลถือมีดจะทำร้ายผู้อื่นในที่สาธารณะ ซึ่งการพิจารณาว่า อันตรายใดเป็นอันตรายเชิงนามธรรม หรืออันตรายเชิงรูปธรรมขึ้นอยู่กับประสบการณ์ชีวิตทั่วไป (allgemeine Lebenserfahrung) ของวิญญูชน⁸⁴

ระดับที่ 3 : ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยภายนอก (objektive Zulassungsvoraussetzungen)

ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยภายนอกเป็นข้อจำกัดระดับสูงสุด เพราะเป็นการจำกัดการเลือกอาชีพจากปัจจัยภายนอกที่ไม่ขึ้นอยู่กับปัจจัยส่วนบุคคลของผู้ขออนุญาต ประกอบอาชีพ เช่น การจำกัดจำนวนร้านขายยาตามคำพิพากษาคดีร้านขายยา บทบัญญัติทางภาษา ที่มีผลกระทบรุนแรงถึงขั้นทำให้ไม่สามารถประกอบกิจการได้ และกรณีที่รัฐผูกขาดกิจการบางประเภท รวมถึงการกำหนดจำนวนนักศึกษาแบบจำกัด (numerus clausus) หากการกำหนดดังกล่าวทำให้ผู้สมัคร ที่มีคุณสมบัติเหมาะสมและสำเร็จการศึกษาระดับมัธยมปลายแล้ว ไม่สามารถเข้าเรียนสาขาวิชาที่ต้องการได้ ในสถานศึกษาใด ๆ ในประเทศเป็นระยะเวลาอันยาวนาน เนื่องจากการจำกัดสาขาวิชาในระดับอุดมศึกษามีผลโดยตรง ต่อการเลือกประกอบอาชีพ⁸⁵ จึงเป็นเงื่อนไขที่จำกัดว่า บุคคลจะประกอบอาชีพดังกล่าว “ได้หรือไม่” (“Ob”)⁸⁶ เช่นกัน และจะถือว่าชอบด้วยกฎหมายเมื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะที่สำคัญอย่างยิ่ง (überragend wichtiges Gemeinschaftsgut)⁸⁷ จากอันตรายร้ายแรงซึ่งสามารถพิสูจน์ได้หรือมีความเป็นไปได้สูง

⁸² คำดังกล่าวเขียนได้หลายวิธี เช่น Gefahrenpotential, Gefährdungspotential หรือ Gefährdungspotenzial

⁸³ Bundeszentrale für politische Bildung, Das Rechtslexikon : Gefahr, [Online], retrieved from <https://www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/recht-a-z/323419/gefahr/> เมื่อ 8 เมษายน 2568.

⁸⁴ Lexikon der Sicherheit, Abstrakte Gefahr, [Online], retrieved from <https://lexikon-der-sicherheit.de/glossary/abstrakte-gefahr/> เมื่อ 8 เมษายน 2568.

⁸⁵ Vgl. Bodo Pieroth und Bernhard Schlink, Staatsrecht 2 – Grundrechte, 16. Aufl., 2000, Heidelberg, Rn. 923, 933 in Alexandra Borrmann, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht : eine rechtsvergleichende Studie, (Schriften zum Europäischen Recht; Bd. 82), 2002, Berlin : Duncker und Humblot, S. 83-84.

⁸⁶ Klaus Ferdinand Gärditz, “§ 10 Berufsfreiheit” (Vorlesung Staatsrecht II – Grundrechte), S. 2.

⁸⁷ Thomas Weiler, “Die „Drei Stufen Theorie“ in der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG” (ÖR – Webinar, juracademy.de), S. 5; Klaus Ferdinand Gärditz, “§ 10 Berufsfreiheit” (Vorlesung Staatsrecht II – Grundrechte), S. 2; Technische Universität Dresden, Art. 12 GG und Art. 14 GG – Überblick und Prüfungsschema, Technische Universität Dresden, internes Lehrmaterial, o. J., S. 3.



ว่าจะเกิดขึ้น (nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahren)⁸⁸ หรือจากอันตรายเชิงรูปธรรม” (konkrete Gefahr)

3.4 การนำทฤษฎีสามระดับไปใช้

ในการประเมินความชอบด้วยกฎหมายหรือความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหรือมาตรการที่จำกัดเสรีภาพทางอาชีพโดยใช้ทฤษฎีสามระดับ ศาลจำเป็นต้องวินิจฉัยก่อนว่า กฎหรือมาตรการดังกล่าวเป็นการจำกัดเสรีภาพทางอาชีพในระดับใด กล่าวคือ

- ระดับที่ 1 : ข้อจำกัดการประกอบอาชีพ
- ระดับที่ 2 : ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยส่วนบุคคล และ
- ระดับที่ 3 : ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยภายนอก

ทั้งนี้ การจำกัดเสรีภาพทางอาชีพแต่ละระดับมีความรุนแรง หรือผลกระทบต่อผู้ถูกจำกัดเสรีภาพที่แตกต่างกัน ศาลจึงต้องพิจารณาภายใต้หลักความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)⁸⁹ ซึ่งมีองค์ประกอบ คือ

- วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (legitimer Zweck) กฎหรือมาตรการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่
- ความเหมาะสม (Geeignetheit) กฎหรือมาตรการดังกล่าวช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้หรือไม่
- ความจำเป็น (Erforderlichkeit) มีมาตรการอื่นที่รุนแรงน้อยกว่าซึ่งสามารถบรรลุวัตถุประสงค์เดียวกันได้หรือไม่
- ความสมเหตุสมผลในความหมายอย่างแคบ (Angemessenheit หรือ Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) การจำกัดเสรีภาพทางอาชีพต้องไม่เกินความจำเป็น และไม่รุนแรงเกินไปเมื่อเทียบกับประโยชน์สาธารณะที่กฎหรือมาตรการนั้นต้องการคุ้มครอง⁹⁰

เนื่องจากทฤษฎีสามระดับได้แบ่งการใช้ข้อจำกัดหรือมาตรการออกเป็นสามระดับตามความรุนแรงของการจำกัดสิทธิเสรีภาพทางอาชีพ การจะใช้ข้อจำกัดในระดับที่สูงกว่าจึงต้องพิจารณาก่อนเสมอว่า มาตรการในระดับที่ต่ำกว่ามีความเพียงพอแล้วหรือไม่ เช่น ในคำพิพากษาศาลฎีกา (Apotheken-Urteil)

⁸⁸ Thomas Weiler, “Die „Drei Stufen Theorie“ in der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG” (ÖR – Webinar, juracademy.de), S. 5; Technische Universität Dresden, Art. 12 GG und Art. 14 GG – Überblick und Prüfungsschema, Technische Universität Dresden, internes Lehrmaterial, o. J., S. 3.

⁸⁹ Thomas Weiler, “Die „Drei Stufen Theorie“ in der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG” (ÖR – Webinar, juracademy.de), S. 7.

⁹⁰ Technische Universität Dresden, Art. 12 GG und Art. 14 GG – Überblick und Prüfungsschema, Technische Universität Dresden, internes Lehrmaterial, o. J., S. 2.

ซึ่งศาลเห็นว่า การจำกัดจำนวนร้านขายยาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ เช่น การประกันคุณภาพ การให้บริการทางเภสัชกรรม และการป้องกันการกระจายตัวของร้านขายยาเกินความจำเป็น โดยมาตรการดังกล่าวเป็นข้อจำกัดระดับที่ 3 อันมีความรุนแรงสูง ศาลจึงต้องตรวจสอบก่อนว่า ได้มีการใช้มาตรการที่มีความรุนแรงน้อยกว่าอย่างเพียงพอแล้วหรือไม่ เช่น การกำหนดคุณสมบัติเฉพาะของเภสัชกร ผู้ขอเปิดร้านขายยา ซึ่งเป็นข้อจำกัดระดับที่ 2 หรือการควบคุมเวลาเปิด-ปิดร้านขายยา ซึ่งเป็นข้อจำกัดระดับที่ 1 และมาตรการดังกล่าวที่มีความรุนแรงน้อยกว่าจะช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์เดียวกันได้หรือไม่ หากมีมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยกว่าซึ่งช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์เดียวกันได้ มาตรการที่มีความรุนแรงเกินไปย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3.5 สรุปเกี่ยวกับทฤษฎีสามระดับ

ทฤษฎีสามระดับเป็นเครื่องมือสำคัญในการประเมินความชอบธรรมของการใช้อำนาจรัฐที่จำกัดเสรีภาพทางอาชีพ โดยพิจารณาตามระดับของข้อจำกัดและเงื่อนไขที่กำหนดไว้แต่ละระดับ เพื่อรักษาสมดุลระหว่างเสรีภาพของบุคคลและประโยชน์สาธารณะ การพิจารณานี้จึงมีลักษณะคล้ายกับการใช้หลักความได้สัดส่วน แต่จะเพิ่มรายละเอียดในการกำหนดลักษณะของการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ โดยแบ่งเป็นสามระดับซึ่งมีวิธีการพิจารณาต่างกัน ทำให้การพิจารณาการจำกัดเสรีภาพโดยใช้หลักความได้สัดส่วนมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

4. ความเป็นไปได้ในการนำทฤษฎีสามระดับมาปรับใช้กับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองไทย

ทฤษฎีสามระดับในระบบกฎหมายเยอรมันแบ่งข้อจำกัดเสรีภาพทางอาชีพออกเป็น 3 ระดับ ตามความรุนแรงของการแทรกแซงเสรีภาพของบุคคล การแบ่งข้อจำกัดนี้สามารถนำมาประยุกต์ใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองไทยได้เช่นกัน โดยอาจนำคดีตัวอย่างมาวิเคราะห์ได้ ดังนี้

4.1 ระดับที่ 1 : ข้อจำกัดการประกอบอาชีพ

เป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับ “วิธี” การประกอบอาชีพที่ไม่ได้ปิดกั้นโอกาสในการประกอบอาชีพโดยสิ้นเชิง แต่เป็นข้อจำกัดที่กำหนดให้ผู้ประกอบอาชีพหรือผู้ประกอบการต้องดำเนินการเพิ่มเติมซึ่งอาจมีอุปสรรคหรือมีค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น จึงอาจเทียบได้กับกรณีตามคำพิพากษานำมาเป็นอย่าง เช่น

- การทดสอบผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมสวิตซ์ไฟฟ้าตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 34/2550 เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคและสวัสดิภาพของประชาชนเท่าที่จำเป็นและเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด

- การกำหนดให้โรงงานน้ำตาลนารายได้ที่เพิ่มขึ้นจากการแยกภาษีมูลค่าเพิ่มไปชำระต่อกองทุนอ้อยและน้ำตาลทรายตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 21/2551 เพื่อรักษาเสถียรภาพของอุตสาหกรรมอ้อยและน้ำตาลทราย



- การกำหนดระยะเวลาให้นำรถที่ประกอบจากชิ้นส่วนของรถที่ใช้แล้วที่นำเข้ามาจากต่างประเทศมาจดทะเบียนตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 33/2560 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 12/2564 เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ สวัสดิภาพของประชาชน หรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

- การกำหนดให้ตัวถังของรถยนต์นั่งที่ใช้แล้วและโครงรถจักรยานยนต์ที่ใช้แล้วเป็นสินค้าที่ต้องห้ามในการนำเข้ามาในราชอาณาจักรตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 45/2557 เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองผู้บริโภค สวัสดิภาพของประชาชน หรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ จึงเป็นกฎและมาตรการที่ชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนกรณีการกำหนดให้รถยนต์รับจ้างต้องมีและใช้ส่วนควบและเครื่องอุปกรณ์ของรถที่ใช้ก๊าซธรรมชาติอัดเป็นเชื้อเพลิงหรือที่ใช้ร่วมกับการใช้น้ำมันเชื้อเพลิงตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 9-10/2558 เพื่อเป็นการสนับสนุนการใช้พลังงานทดแทนน้ำมันเชื้อเพลิง ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า เข้าข่ายมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดแก่ประชาชนเกินสมควร จึงเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จึงเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับวิธีการประกอบอาชีพโดยพิจารณาแล้วว่า มาตรการดังกล่าวเป็นการจำกัดเสรีภาพเท่าที่จำเป็นเพื่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

นอกจากนี้ ยังมีกรณีการจำกัดระยะเวลาเปิดทำการของสถานบริการตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 8/2549 การกำหนดไม่ให้รถที่ใช้ในการขนส่งผู้โดยสารมาตรฐาน 2 มีห้องสุขาภัณฑ์ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 44/2553 และการกำหนดให้สหภาพนายความปรับปรุงบัญชีตามที่กำหนดให้เป็นปัจจุบันตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 38/2555 ที่มีลักษณะเป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับวิธีการประกอบอาชีพเช่นกัน แต่ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาเนื่องจากผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด จึงไม่มีการวินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดี

4.2 ระดับที่ 2 : ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยส่วนบุคคล

เป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับ “ใคร” สามารถประกอบอาชีพได้ โดยกำหนดเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคล เช่น คุณสมบัติทางวิชาชีพ การได้รับใบอนุญาตหรือการต่ออายุใบอนุญาต จึงอาจเทียบได้กับกรณีตามคำพิพากษาที่นำมาเป็นตัวอย่าง เช่น

- การกำหนดให้ผู้ที่ได้รับใบอนุญาตเป็นมัคคุเทศก์ต้องเข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติมทุกสองปีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 15/2545 เพื่อพัฒนาบุคลากรในอุตสาหกรรมการท่องเที่ยว ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า เป็นการจัดระเบียบการประกอบอาชีพที่อยู่ภายในขอบเขตอำนาจของกฎหมายแม่บทและเป็นมาตรการที่สมเหตุสมผลเพื่อยกระดับมาตรฐานมัคคุเทศก์ซึ่งเป็นประโยชน์ต่ออุตสาหกรรมท่องเที่ยวโดยรวม จึงไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยไม่ชอบ แต่ก็มีความเห็นแย้งว่า

กฎกระทรวงที่พิพาทเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเกินสมควร เนื่องจากพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดคุณสมบัติของมัคคุเทศก์ไว้เพียงพอแล้ว

- การถอดถอนชื่อผู้รับเหมาออกจากทะเบียนผู้รับเหมางานก่อสร้างชั้นพิเศษตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 403/2565 ซึ่งไม่ปรากฏวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะการที่ผู้ถูกฟ้องคดีบอกเลิกสัญญาเนื่องจากผู้ฟ้องคดีก่อสร้างงานล่าช้าและให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ขาดคุณสมบัติตามบัญชีรายชื่อผู้ขาดคุณสมบัติเสนอราคาผู้รับเหมาก่อสร้างชั้นพิเศษ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจกระทบกระเทือนต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่ไม่ได้สัดส่วน

จากการศึกษาข้อเท็จจริงในตัวอย่างคำพิพากษาจะเห็นได้ว่า หากนำทฤษฎีสามระดับมาใช้พิจารณาการจำกัดเสรีภาพดังกล่าว การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยกำหนดเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคลจะสามารถกระทำได้หากมีอันตรายเชิงนามธรรมต่อผลประโยชน์สาธารณะที่สำคัญจะพบว่า การจำกัดเสรีภาพตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 403/2565 ไม่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเลยจึงเป็นการจำกัดเสรีภาพที่ไม่ได้สัดส่วนเช่นกัน ส่วนกรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 15/2545 ซึ่งไม่ปรากฏอันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อประโยชน์สาธารณะจากการที่มัคคุเทศก์ไม่เข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติมทุกสองปี อีกทั้งมีพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 ซึ่งกำหนดคุณสมบัติของมัคคุเทศก์ไว้เพียงพอแล้ว การกำหนดให้ผู้ที่ได้รับใบอนุญาตเป็นมัคคุเทศก์ต้องเข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติมทุกสองปีจึงควรเป็นการจำกัดเสรีภาพที่ไม่ได้สัดส่วน

นอกจากนี้ ยังมีกรณีการกำหนดเงื่อนไขในการขอและการออกใบอนุญาตขับรถยนต์สามล้อสาธารณะตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 34/2553 ที่มีลักษณะเป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับคุณสมบัติของบุคคลที่จะสามารถประกอบอาชีพได้เช่นกัน แต่ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาเนื่องจากผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด จึงไม่มีการวินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดีส่วนเงื่อนไขการต่ออายุใบอนุญาตก่อสร้างอาคารตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 20/2551 คำสั่งไม่อนุญาตตามคำขออนุญาตเปิดตลาดนัดตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1270/2567 รวมถึงหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินงานโครงการอาหารเสริม (นม) โรงเรียนตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1357/2567 ไม่ใช่ใบอนุญาตให้ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบอาชีพโดยตรงและไม่ใช้การกำหนดคุณสมบัติของบุคคลในการประกอบอาชีพแต่เป็นการกำหนดคุณสมบัติหรือเงื่อนไขเพื่อรักษาคุณภาพในการประกอบอาชีพจึงไม่ใช่ข้อจำกัดในระดับที่ 2 แต่อาจเป็นข้อจำกัดการประกอบอาชีพในระดับที่ 1

4.3 ระดับที่ 3 : ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยภายนอก

เป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับ “ใคร” สามารถประกอบอาชีพได้เช่นกัน แต่ไม่ได้ขึ้นอยู่กับตัวบุคคลโดยตรง เพราะเป็นเงื่อนไขภายนอก เช่น การจำกัดจำนวนใบอนุญาต หรือการผูกขาดโดยรัฐจึงอาจเทียบได้กับกรณีตามคำพิพากษาที่นำมาเป็นตัวอย่าง เช่น

- ข้อกำหนดเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตขายสุราและการขายสุราตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 36/2551 เพื่อลดปัญหาจากการบริโภคสุรา
- การกำหนดเกี่ยวกับการประกอบกิจการสถานพยาบาลตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 4/2552 เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคที่มาใช้บริการที่สถานพยาบาล
- การกำหนดพื้นที่ให้เป็นเขตอนุรักษ์และเขตควบคุมอาคารตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 33/2553 เพื่อรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมให้มีความอุดมสมบูรณ์สามารถใช้ประโยชน์ได้ตลอดไป

จึงเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลด้วยเงื่อนไขภายนอก โดยพิจารณาแล้วว่า มาตรการดังกล่าวเป็นการจำกัดเสรีภาพเท่าที่จำเป็นเพื่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะจากอันตรายร้ายแรงที่สามารถพิสูจน์ได้หรือมีความเป็นไปได้สูง เช่น อันตรายจากการบริโภคสุราในบริเวณสถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิงและบริเวณใกล้เคียง อันตรายจากการให้บริการชุดหินปูน ทำครอบฟัน ทำฟันปลอม หรือเอกซเรย์ฟัน จากทันตแพทย์ชั้นสองซึ่งมีข้อจำกัดให้ถอนฟันและตรวจฟันเท่านั้น และความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมจากการสร้างหรือขยายโรงงานอุตสาหกรรม ซึ่งล้วนเป็นอันตรายต่อประโยชน์สาธารณะที่สำคัญอย่างยิ่ง ได้แก่ ชีวิตร่างกาย และสุขภาพของประชาชน

นอกจากนี้ ยังมีกรณีการกำหนดเงินลงทุนและกำลังการผลิตสุราตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 85/2565 ที่มีลักษณะเป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับบุคคลที่จะสามารถประกอบอาชีพจากเงื่อนไขภายนอกเช่นกัน แต่ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาเนื่องจากผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด จึงไม่มีการวินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดี

5. บทสรุป

เสรีภาพในการประกอบอาชีพได้รับการรับรองในประเทศไทยตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 และมีพัฒนาการเรื่อยมาแม้จะมีรัฐธรรมนูญบางฉบับที่ไม่ได้รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพเป็นการเฉพาะ แต่เสรีภาพในการประกอบอาชีพกลับมาได้รับการรับรองร่วมกับเสรีภาพในการประกอบกิจการ แม้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจะรับรองเพียง “เสรีภาพในการประกอบอาชีพ” โดยไม่บัญญัติถึง “เสรีภาพในการประกอบกิจการ” แล้ว แต่จากการวิเคราะห์ตามความหมายในพจนานุกรมพบว่า เสรีภาพในการประกอบกิจการยังคงเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เช่นเดียวกับระบบกฎหมายเยอรมันที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ในกฎหมายพื้นฐาน และขยายความครอบคลุมถึงเสรีภาพในการประกอบธุรกิจโดยสามารถอ้างอิงจากกฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานแห่งสหภาพยุโรป และคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป

นับตั้งแต่ศาลปกครองไทยเปิดทำการได้มีคดีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพเป็นจำนวนมาก โดยศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาคดีเหล่านี้ผ่านแนวทางต่าง ๆ เช่น การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือคำสั่งทางปกครอง โดยพิจารณาจากกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ บทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพ และข้อสงวนตามรัฐธรรมนูญ รวมทั้งหลักความได้สัดส่วน และมีบางคำพิพากษาที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักเกณฑ์การพิจารณาไว้อย่างชัดเจนว่า กฎหรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเฉพาะ มีความจำเป็น และไม่กระทบต่อสาระสำคัญแห่งเสรีภาพของผู้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพทั้งที่เป็นผู้ฟ้องคดีและบุคคลอื่นที่ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพในลักษณะเดียวกัน

ทฤษฎีสามระดับตามระบบกฎหมายเยอรมันถือเป็นแนวคิดสำคัญในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการที่จำกัดเสรีภาพทางอาชีพ โดยแบ่งระดับของข้อจำกัดตามความรุนแรงของการแทรกแซง ซึ่งช่วยให้สามารถพิจารณาว่ามาตรการของรัฐมีความชอบธรรมเพียงใด โดยแบ่งเป็นระดับที่ 1 ข้อจำกัดการประกอบอาชีพ ซึ่งสามารถจำกัดเสรีภาพได้หากมีเหตุผลที่สมเหตุสมผลเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ระดับที่ 2 ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยส่วนบุคคล ซึ่งสามารถจำกัดเสรีภาพได้หากมีอันตรายเชิงนามธรรมหรือมีศักยภาพที่จะเกิดอันตรายต่อประโยชน์สาธารณะที่สำคัญ และระดับที่ 3 ข้อจำกัดของผู้ประกอบอาชีพจากปัจจัยภายนอก ซึ่งสามารถจำกัดเสรีภาพได้หากมีอันตรายร้ายแรงที่สามารถพิสูจน์ได้หรือมีความเป็นไปได้สูงต่อประโยชน์สาธารณะที่สำคัญอย่างยิ่ง

จากการวิเคราะห์พบว่า คดีปกครองเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการและประกอบอาชีพเกือบทั้งหมดสามารถพิจารณาจัดกลุ่มตามทฤษฎีสามระดับได้โดยไม่เป็นอุปสรรคมากนัก เนื่องจากมีลักษณะคล้ายกับการพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วน โดยเพิ่มรายละเอียดลักษณะของการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพซึ่งแบ่งเป็นสามระดับ และอาจเป็นอีกหนึ่งแนวทางที่สามารถนำมาใช้พิจารณาพิพากษาคดีเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของบุคคลและการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ



บรรณานุกรม

Alexandra Borrmann, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht : eine rechtsvergleichende Studie, (Schriften zum Europäischen Recht; Bd. 82), 2002, Berlin : Duncker und Humblot.

Bodo Pieroth und Bernhard Schlink, Staatsrecht 2 – Grundrechte, 16. Aufl., 2000, Heidelberg.

Klaus Ferdinand Gärditz. “§ 10 Berufsfreiheit” (Vorlesung Staatsrecht II – Grundrechte). Technische Universität Dresden, Art. 12 GG und Art. 14 GG – Überblick und Prüfungsschema, Technische Universität Dresden, internes Lehrmaterial, o. J..

Thomas Weiler, “Die „Drei Stufen Theorie“ in der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG” (ÖR – Webinar, juracademy.de).

Timothy Moss et al., “Zum Verhältnis von Gemeinschaftsgütern und Gemeinwohl : Überlegungen aus raumwissenschaftlicher Perspektive” (Working Paper, No. 39, Leibniz-Institut für Regionalentwicklung und Strukturplanung (IRS), Erkner, 2007).

Volker Epping und Christian Hillgruber (Hrsgg.), BeckOK Grundgesetz, 60. Aufl., (28.12.2024).

ต่อพงษ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสถิติขั้นพื้นฐาน, 2561, กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475, (2475, 10 ธันวาคม), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 49.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489, (2489, 10 พฤษภาคม), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 63 ตอนที่ 30.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492, (2492, 23 มีนาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 66 ตอนที่ 17.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511, (2511, 20 มิถุนายน), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 85 ตอนพิเศษ.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517, (2517, 7 ตุลาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 91 ตอนที่ 169.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519, (2519, 22 ตุลาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 93 ตอนที่ 135.



รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521, (2521, 22 ธันวาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 95 ตอนที่ 146.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534, (2534, 9 ธันวาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 108 ตอนที่ 216.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (2540, 11 ตุลาคม), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 114 ตอนที่ 55 ก.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, (2550, 24 สิงหาคม), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 124 ตอนที่ 47 ก.

สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, (กรุงเทพฯ : สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, 2554).

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตรา ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, 2562, กรุงเทพฯ : สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, กฎหมายพื้นฐานสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี Basic Law for the Federal Republic of Germany, แปลโดย Christian Tomuschat and David P. Currie, 2555, กรุงเทพฯ : พี. เพรส.

สุกฤตา ฉัตรพรธנדล, “เสรีภาพในการประกอบกิจการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2561).



การฟ้องคดีละเมิดจากเหตุข้อมูลส่วนบุคคลรั่วไหล (data breach) :
ศึกษากฎความรับผิดตามข้อบังคับ GDPR ของสหภาพยุโรป

The Tort of Personal Data Breach Litigation :
Analysis on Liability under the European Union's GDPR

นัทชา อักษรพันธ์*

รับบทความเมื่อ 10 เมษายน 2568

แก้ไขบทความเมื่อ 3 ตุลาคม 2568

ตอบรับบทความเมื่อ 15 ธันวาคม 2568

บทคัดย่อ

ข้อบังคับว่าด้วยหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของพลเมืองสหภาพยุโรป หรือที่เรียกโดยย่อว่า ข้อบังคับ GDPR (General Data Protection Regulation) มีการบัญญัติรับรองให้มีการดำเนินคดีโดยภาคเอกชน (private enforcement) เพื่อเรียกให้รับผิดทางแพ่ง โดยมีการกำหนดให้เจ้าของข้อมูลสามารถเรียกให้ ผู้ควบคุมข้อมูล และผู้ประมวลผลข้อมูลรับผิดชดใช้ในความเสียหายอันเกิดจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติ ตามข้อบังคับ GDPR ได้ บทความนี้จึงมุ่งศึกษาเปรียบเทียบกลไกการใช้สิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหาย (right to compensation) ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ของประเทศไทยกับข้อบังคับ GDPR ซึ่งบังคับใช้มาก่อนและมีข้อความคิดที่ตกผลึกแล้ว ในหลายประเด็นอันศึกษาได้จากคำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง เพื่อพัฒนาข้อความคิดเกี่ยวกับกลไกการเยียวยา สิทธิในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอย่างเป็นระบบ โดยเนื้อหาของบทความนี้ครอบคลุมสาระสำคัญของ บทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งในพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 เทียบเคียงกับข้อบังคับ GDPR ที่เกี่ยวข้องในมิติต่าง ๆ อาทิ องค์ประกอบของความรับผิดทางแพ่ง และภาระการพิสูจน์ เหตุยกเว้นความรับผิดทางแพ่ง ลักษณะของความเสียหายที่เป็นความเสียหาย ที่สามารถเรียกให้ชดเชยเยียวยาได้ (recoverable loss) และเน้นย้ำถึงข้อแตกต่างสำคัญที่ปรากฏ ในเรื่องของความเสียหายที่สามารถเรียกค่าชดเชยได้ ซึ่งข้อบังคับ GDPR รับรองให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ได้รับการชดเชยทั้งความเสียหายที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน ซึ่งรวมถึง “ความหวาดกลัวว่าข้อมูลส่วนบุคคล ที่รั่วไหลอาจถูกนำไปใช้โดยมิชอบในอนาคต” (fear of potential misuse of personal data) ด้วย ในขณะที่

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, Master of Laws the University of Melbourne เครือรัฐออสเตรเลีย, พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 3 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง



พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ยังไม่ได้บัญญัติถึงความเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงิน ซึ่งอาจส่งผลให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลต้องพบกับความยากลำบากในการพิสูจน์ความเสียหายที่เป็นตัวเงิน เพื่อเรียกร้องค่าเสียหาย และอาจส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในประเทศไทย อันเป็นที่มาของข้อเสนอแนะในการแก้ไขกฎหมายและทบทวนการตีความเกี่ยวกับความเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงินของระบบกฎหมายไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในบริบทของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เพื่อก่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลอย่างแท้จริง

คำสำคัญ : เจ้าของข้อมูล, ข้อมูลส่วนบุคคลรั่วไหล, ค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน, ค่าเสียหายเพื่อการลงโทษ, ละเมิด, GDPR, General Data Protection Regulation, พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562



Abstract

The General Data Protection Regulation (“GDPR”) of the European Union establishes a framework for private enforcement, allowing data subjects to seek civil remedies for the damage suffered as a result of an infringement of the GDPR from the data controller or processor. This article aims to comparatively analyze the mechanisms for exercising the right to compensation under Thailand's Personal Data Protection Act B.E. 2562 (2019) (“PDPA”) and the GDPR, which has been in force earlier and features more developed jurisprudence on various key issues, in order to develop a systematic understanding of the remedial mechanisms available to individuals for ensuring their data protection rights. The article explores the essential aspects of civil liability provisions under Thailand’s PDPA in comparison with the GDPR, including elements of liability, the burden of proof, defenses to liability, and the nature of recoverable losses. Particular emphasis is placed on the significant divergence between the two regimes concerning the recognition of compensable damage. While the GDPR explicitly allows for compensation for both material and non-material harm—including the fear of potential misuse of personal data resulting from data breaches—Thailand’s PDPA does not explicitly address non-material damages. In practice, this may place a considerable burden on data subjects, who must then prove quantifiable financial loss in order to claim compensation. Such a limitation may undermine the effectiveness of data protection enforcement in Thailand. Accordingly, the article recommends legal reform and a re-evaluation of the interpretation of non-material damage within the Thai legal system—particularly in the context of personal data protection—to ensure the effective and comprehensive safeguarding of data subjects’ rights.

Keywords : data subject, data breach, non-material damages, punitive damages, tort, GDPR, General Data Protection Regulation, Personal Data Protection Act B.E. 2562 (2019)



1. ความนำ

หลังจากที่สหภาพยุโรปได้บังคับใช้ข้อบังคับว่าด้วยหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของพลเมืองสหภาพยุโรป หรือที่เรียกโดยย่อว่า GDPR (General Data Protection Regulation)¹ ซึ่งมีการกำหนดเงื่อนไขการโอนข้อมูลระหว่างประเทศจากกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปไปยังประเทศอื่น ๆ ว่าประเทศปลายทางนั้นต้องมีมาตรฐานการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ามาตรฐานที่กำหนดไว้ตามข้อบังคับ GDPR² ประเทศไทยได้ดำเนินการร่างกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากข้อบังคับ GDPR อย่างมีนัยสำคัญ³ โดยประเทศไทยได้รับรองแนวคิดว่าด้วยสิทธิความเป็นส่วนตัวในแง่ของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไว้อย่างชัดเจนทั้งในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ⁴ และในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ซึ่งวางกลไกการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวไว้อย่างเป็นระบบ เริ่มจากการกำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล⁵ และผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล⁶

¹ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and Council of 27 April 2016 on the protection of natural person with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), 2016 O.J. (L 119), (GDPR), [Online], retrieved from <http://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj> เมื่อ 2 สิงหาคม 2567.

² Annegret Bediek and Issabella Stuerzer, The Brussel Effect, European Regulatory Power and Political Capital : Evidence for Mutually Reinforcing Internal and External Dimensions of the Brussels Effect from the European Digital Policy Debates, 2023, [Online], retrieved from <http://doi.org/10.1007/s44206-022-00031-1> เมื่อ 2 สิงหาคม 2567.

³ Graham Greenleaf, “The Philippines and Thailand—ASEAN’s Incomplete Comprehensive Laws,” in Asian Data Privacy Laws : Trades and Human Rights perspectives, (Oxford University Press, 2014), p. 358, [Online], retrieved from <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199679669.003.0012> เมื่อ 2 สิงหาคม 2567.

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 32 “บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว

การกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลตามวรรคหนึ่ง หรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใด ๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่งเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ”

⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

มาตรา 6 “ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล” หมายความว่า บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตัดสินใจเกี่ยวกับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล

ฯลฯ

ฯลฯ”

⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

มาตรา 6 “ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(มีต่อหน้าถัดไป)



ต้องระบุถึง “ฐานอันชอบด้วยกฎหมาย”⁷ ในการดำเนินการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผย “ข้อมูลส่วนบุคคล”⁸ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติดังกล่าวยังกำหนดข้อจำกัด หลักเกณฑ์และมาตรฐานการรักษาความมั่นคงปลอดภัยในการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อเปิดโอกาสให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลใช้สิทธิในลักษณะต่าง ๆ ได้ อาทิ สิทธิในการขอให้ลบหรือทำให้เป็นข้อมูลที่ไม่สามารถระบุตัวบุคคลที่เป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้⁹ สิทธิในการได้รับแจ้งถึงรายละเอียดการจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคลก่อนหรือขณะจัดเก็บ¹⁰ เป็นต้น

ทั้งนี้ การที่กฎหมายบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิประการใดไว้ สิทธิในการได้รับการเยียวยาจากฐานแห่งสิทธิดังกล่าวย่อมตามมาด้วย อันเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับในระดับสากลที่ว่า “ubi jus, ibi remedium” (Where there is a right, there is a remedy)¹¹ เช่นนี้ หากปรากฏว่ามีกรณีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าว และการฝ่าฝืนนั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 6)

“ผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล” หมายความว่า บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งดำเนินการเกี่ยวกับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลตามคำสั่งหรือในนามของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้ บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งดำเนินการดังกล่าวไม่เป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล

ฯลฯ

ฯลฯ”

⁷ ดู ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Thailand Data Protection Guidelines 3.0), น. 65-94, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://www.law.chula.ac.th/wp-content/uploads/2020/12/TDPG3.0-C5-20201208.pdf> เมื่อ 18 สิงหาคม 2567; การเก็บรวบรวม การใช้ การเผยแพร่ และการเก็บรักษาข้อมูลซึ่งถือเป็นการประมวลผลข้อมูลนั้น จะเกิดขึ้นอย่างถูกต้องได้เมื่อมีฐาน (basis) หรือเหตุผลในการประมวลผลข้อมูลนั้น ๆ โดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องระบุฐานในการประมวลผลให้ได้ฐานใดฐานหนึ่งจากฐานที่กฎหมายกำหนด อาทิ ฐานความยินยอม ฐานสัญญา หรือฐานภารกิจของรัฐ เป็นต้น แล้วแจ้งฐานในการประมวลผลให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบเพื่อดำเนินการกับข้อมูลนั้น ๆ ต่อไปตามข้อจำกัดที่แตกต่างกันของแต่ละฐาน

⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

มาตรา 6 “ในพระราชบัญญัตินี้

“ข้อมูลส่วนบุคคล” หมายความว่า ข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลซึ่งทำให้สามารถระบุตัวบุคคลนั้นได้ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม แต่ไม่รวมถึงข้อมูลของผู้ถึงแก่กรรมโดยเฉพาะ

ฯลฯ

ฯลฯ”

⁹ มาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

¹⁰ มาตรา 23 และมาตรา 25 (1) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

¹¹ Gabriela Zanfir-Fortuna, “Article 82. Right to compensation and liability,” in Christopher Kuner, Lee A. Bygrave and Christopher Docksey (eds), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) : A Commentary*, (Online edn, Oxford Academic, 2020), p. 1162, [Online], retrieved from <https://doi.org/10.1093/oso/9780198826491.003.0128> เมื่อ 20 สิงหาคม 2567.

เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย (Right to compensation) ในลักษณะของค่าสินไหมทดแทนจากการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 77 และมาตรา 78 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้ อีกทั้งยังสามารถใช้สิทธิร้องเรียนการฝ่าฝืนนั้น ๆ ต่อคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญตามพระราชบัญญัติดังกล่าว¹² ซึ่งอาจนำไปสู่การออกคำสั่งลงโทษปรับทางปกครอง (Administrative fines) กับผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในอัตราตามที่กฎหมายกำหนด¹³

อย่างไรก็ตาม แม้ในทางทฤษฎีและตามตัวบทกฎหมาย เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองไม่ให้มีการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้โดยปราศจากฐานทางกฎหมายหรือการแสวงประโยชน์โดยมิชอบจากข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องตามที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น แต่ในทางปฏิบัติ เมื่อเกิดเหตุข้อมูลส่วนบุคคลรั่วไหล (Data Breach) อันเนื่องมาจากการจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคลไม่มีความมั่นคงปลอดภัยเพียงพอ¹⁴ เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งทราบข่าวเกี่ยวกับกรณีข้อมูลส่วนบุคคลรั่วไหลและเห็นว่าตนได้รับผลกระทบจากกรณีดังกล่าว¹⁵ อาจพบว่า การเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อเยียวยาการละเมิดสิทธินั้นมีความสลับซับซ้อน เพราะผลแห่งการละเมิดจากเหตุที่ข้อมูลส่วนบุคคลรั่วไหลนั้น โดยสภาพแล้วไม่อาจเห็นความเสียหายที่เป็นรูปธรรมที่สามารถประเมินออกมาเป็นจำนวนเงินค่าสินไหมทดแทนได้เช่นเดียวกับการละเมิดทางกายภาพ อีกทั้งเป็นการยากต่อการระบุตัวผู้ต้องรับผิดชอบในทันที จึงจำเป็นที่จะต้องมีการสอบสวนถึงระยะเวลาของการรั่วไหลของข้อมูล ขอบเขตของการรั่วไหลของข้อมูล และความรุนแรงของผลกระทบที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้รับเพื่อประกอบการยื่นฟ้องคดี

ดังนั้นแม้จะกล่าวได้ว่าสิทธิในการได้รับความคุ้มครองในข้อมูลส่วนบุคคลได้รับการรับรองไว้อย่างชัดเจนในระบบกฎหมายไทย แต่ไม่อาจปฏิเสธได้ว่า กระบวนการเยียวยาการละเมิดสิทธิดังกล่าวยังพบความท้าทายอย่างมากในทางปฏิบัติ จึงมีประเด็นที่ควรค่าแก่การศึกษาเทียบเคียงกรณีศึกษาจากประเทศอื่น ๆ เพื่อลดช่องว่างความแตกต่างระหว่างบทบัญญัติของกฎหมาย (Law in book) กับการนำกฎหมายไปปฏิบัติ (Law in action) ถึงแม้ตอนนี้จะยังไม่ปรากฏว่ามีการฟ้องคดีละเมิดจากเหตุข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งจัดเก็บโดยหน่วยงานของรัฐรั่วไหลต่อศาลปกครอง แต่ก็ไม่ไกลเกินที่จะคาดการณ์ว่า

¹² มาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

¹³ มาตรา 82 ถึงมาตรา 90 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

¹⁴ ตัวอย่าง : ฉบับเต็ม ! เปิดพดติการณ์ JIB ละเลยทำ ‘ข้อมูลลูกค้า’ รั่ว ก่อนโดนปรับ 7 ล้าน ผิด ‘กม. PDPA’, สำนักข่าวอิศรา [ออนไลน์], 28 สิงหาคม 2567, เข้าถึงจาก <https://www.isranews.org/article/isranews-scoop/131265-PDPC-JIB-PDPA-law-report.html> เมื่อ 30 สิงหาคม 2567.

¹⁵ ตัวอย่าง : ผู้สมัคร สว. ร้อง กกต. สอบข้อมูลผู้สมัครหลุด 23,000 ชื่อ หวังมีฉันทิพนาไปสร้างความเสียหาย, ผู้จัดการออนไลน์ [ออนไลน์], 12 มิถุนายน 2567, เข้าถึงจาก <https://mgronline.com/politics/detail/9670000050465> เมื่อ 30 สิงหาคม 2567.



คดีในลักษณะดังกล่าวอาจขึ้นสู่ศาลปกครองในอนาคตอันใกล้ เนื่องจากในขณะนี้ปรากฏรายงานข่าวเกี่ยวกับเหตุข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งจัดเก็บโดยหน่วยงานของรัฐรั่วไหลแล้วในหลายกรณี¹⁶

บทความฉบับนี้จึงมุ่งวิเคราะห์ปัญหาที่อาจปรากฏในการดำเนินคดีเพื่อใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายตามมาตรา 77 และมาตรา 78 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จากกรณีที่ข้อมูลส่วนบุคคลรั่วไหล โดยจะศึกษาเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมายและกรณีศึกษาที่ปรากฏในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของข้อบังคับ GDPR ซึ่งกำหนดมาตรฐานการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่มีอิทธิพลต่อการร่างกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศไทยอย่างมีนัยสำคัญ¹⁷ บทความฉบับนี้จะกล่าวถึงหลักกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยของประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งจากการฝ่าฝืนข้อบังคับ GDPR พร้อมทั้งศึกษาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 โดยหัวข้อศึกษาวิเคราะห์จะครอบคลุมเนื้อหาว่าด้วยสาระสำคัญของบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งตามข้อบังคับ GDPR ของสหภาพยุโรป ซึ่งจะกล่าวถึงความเบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายแห่งสหภาพยุโรป บทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งของข้อบังคับ GDPR และแนวคำวินิจฉัยที่สำคัญเกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งตามข้อบังคับ GDPR ของสหภาพยุโรป จากนั้นจะศึกษาสาระสำคัญของบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งในพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 เทียบเคียงกับข้อบังคับ GDPR ที่เกี่ยวข้องในมิติต่าง ๆ อาทิ องค์ประกอบของความรับผิดทางแพ่งและภาระการพิสูจน์ เหตุยกเว้นความรับผิดทางแพ่ง ลักษณะของความเสียหายที่เป็นความเสียหายที่สามารถเรียกให้ชดเชยเยียวยาได้ (recoverable loss) เป็นต้น

2. สาระสำคัญของบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งตามข้อบังคับ GDPR ของสหภาพยุโรป

2.1 ความเบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายแห่งสหภาพยุโรป

โดยหลักแล้ว การบังคับใช้กฎหมายระดับสหภาพยุโรปนั้นมักตั้งอยู่บนหลักการที่ปรากฏในสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป (Treaty on the European Union) มาตรา 4 (3) ที่วางหลักให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปมีพันธกรณีที่จะต้องพยายามอย่างสุดความสามารถในการใช้บังคับกฎหมายระดับสหภาพยุโรปในประเทศของตนให้เป็นไปอย่างถูกต้องและเป็นเอกภาพ¹⁸ และศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (the Court of Justice of the European Union หรือ CJEU) จะมีอำนาจตามสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป

¹⁶ เฟิงอ้วง และนักเรียนทุนรัฐบาล ภาว ! ข้อมูลส่วนตัวหลุด จากเว็บไซต์ กพ. จี้แจ้งด่วน หวังมีฉฉาชีพนำไปต่อยอด, มติชนออนไลน์ [ออนไลน์], 8 กรกฎาคม 2567, เข้าถึงจาก https://www.matichon.co.th/local/news_4668790 เมื่อ 30 สิงหาคม 2567.

¹⁷ Graham Greenleaf, *op. cit.* 3, p. 358.

¹⁸ Johana Chamberlain and Jane Reichel, “The Relationship between Damages and Administrative Fines in the EU General Data Protection Regulation,” *Mississippi Law Journal* Vol. 89 Issue 4, 2020, p. 667 (670).

มาตรา 19 ในการตีความบทบัญญัติและพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายระดับสหภาพยุโรป เพื่อตรวจสอบว่าการบังคับใช้กฎหมายระดับสหภาพยุโรปในแต่ละประเทศสมาชิกนั้น เป็นไปอย่างถูกต้องหรือไม่

อาจกล่าวได้ว่า หลักกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั้นมีลักษณะพิเศษอย่างยิ่ง เมื่อเทียบกับกฎหมายด้านอื่น ๆ ของสหภาพยุโรป เนื่องจากข้อบังคับว่าด้วยหลักการในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของพลเมืองสหภาพยุโรป หรือ GDPR เป็นกฎหมายระดับสหภาพยุโรปที่มีผลผูกพัน ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปโดยตรง (direct effect) กล่าวคือ กฎหมายในลักษณะข้อบังคับ (Regulation) นั้น มีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปทันทีโดยไม่ต้องมีการตรากฎหมายภายในของแต่ละประเทศมารองรับอีกครั้ง¹⁹ ส่งผลให้มาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR ว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งของผู้ควบคุมหรือผู้ประมวลผลข้อมูลต่อความเสียหายที่เกิดกับบุคคลใดอันเป็นผลจากการประมวลผลโดยละเมิดมาตรฐานที่กำหนดในข้อบังคับย่อมมีผลใช้บังคับในทุกประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป

ยิ่งไปกว่านั้น การบังคับใช้มาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR ยังต้องเป็นไปตามหลักความสูงสุดของกฎหมายสหภาพยุโรป (the principle of the supremacy of the EU law) ด้วย²⁰ ดังนั้นศาลในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปต้องปรับบทกฎหมายโดยยึดองค์ประกอบของความรับผิดและเงื่อนไขที่กำหนดในบทบัญญัติมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR เป็นสำคัญ แม้จะปรากฏว่า องค์ประกอบหรือเงื่อนไขดังกล่าวขัดแย้งหรือเพิ่มเติมไปจากแนวการตีความองค์ประกอบหรือเงื่อนไขความรับผิดที่ไม่ได้มีฐานมาจากสัญญา (non-contractual liability) ของกฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ โดยตัวอย่างที่ชัดเจนว่าหลักความสูงสุดของกฎหมายสหภาพยุโรปส่งผลต่อการบังคับใช้ข้อบังคับ GDPR อย่างไรนั้น อาจเห็นได้จากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ขอให้ชดเชยความเสียหายตามมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR ต้องรับภาระการพิสูจน์ อันเป็นการล้มเลิกแนวปฏิบัติของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปบางส่วนที่มักใช้หลัก “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นนำสืบ” ในการพิจารณาคดีในช่วงก่อนข้อบังคับ GDPR จะมีผลใช้บังคับ²¹ และจากคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (CJEU) ที่วินิจฉัยว่า แม้หลักการให้ค่าสินไหมทดแทนต่อเมื่อความเสียหายนั้นมีสาระสำคัญเพียงพอถึงระดับที่กฎหมายรองรับ (‘de minimis’, ‘threshold of seriousness’) จะปรากฏในระบบกฎหมายภายในของสมาชิกสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมันก็ตาม²² แต่ศาลของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปไม่สามารถนำหลักดังกล่าวมาใช้เป็นเงื่อนไขเพิ่มเติมขึ้นมาจากบทบัญญัติมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR ในการพิจารณาองค์ประกอบความรับผิดทางแพ่งในส่วนของความเสียหายที่ควรจะได้รับชดเชยแต่อย่างใด²³

¹⁹ Gabriela Zafir-Fortuna, *op. cit.* 11, p. 1163.

²⁰ Gabriela Zafir-Fortuna, *op. cit.* 11, p. 1169.

²¹ Gabriela Zafir-Fortuna, *op. cit.* 11, p. 1175.

²² Jonas Knetsch, “The Compensation of Non-Pecuniary Loss in GDPR Infringement Cases,” *Journal of the European Tort Law* Vol. 13 Issue 2, 2022, p. 132 (143).

²³ Case C-300/21, *UI v Osterreichische Post AG* [2023] (ECLI:EU:C:2023:370), para 60.



2.2 บทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งของข้อบังคับ GDPR

บทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งของข้อบังคับ GDPR ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 82 ได้กำหนดองค์ประกอบและเงื่อนไขของการใช้ “สิทธิในการได้รับการชดเชยและความรับผิด” (Right to compensation and liability) ของบุคคลใดก็ตามเพื่อให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายซึ่งเกิดจากการละเมิดมาตรฐานที่ข้อบังคับ GDPR รับรองไว้ โดยมาตราดังกล่าวมีสองอนุมาตราที่สำคัญต่อการวิเคราะห์ต่อไป คือ มาตรา 82 (1) และ (3) รายละเอียดปรากฏตามตารางเปรียบเทียบต้นฉบับภาษาอังกฤษและคำแปลภาษาไทย²⁴ ดังนี้

Article 82 Right to compensation and liability	มาตรา 82 สิทธิในการได้รับการชดเชยและความรับผิด
(1) Any person who has suffered material or non-material damage as a result of an infringement of this Regulation shall have the right to receive compensation from the controller or processor for the damage suffered.	(1) บุคคลใดก็ตามที่ได้รับ ความเสียหายที่เป็นตัวเงิน หรือ ความเสียหายที่ไม่มีตัวเงิน อันเป็นผลจากการละเมิดข้อกำหนดนี้มีสิทธิได้รับการชดเชยจากผู้ควบคุมหรือผู้ประมวลผลข้อมูลในความเสียหายที่ได้รับ
(3) A controller or processor shall be exempt from liability under paragraph 2 if it proves that it is not in any way responsible for the event giving rise to the damage.	(3) ผู้ควบคุมหรือผู้ประมวลผลข้อมูลจะพ้นจากความรับผิดในอนุมาตรา 2 หากพิสูจน์ได้ว่าไม่มีส่วนรับผิดชอบใด ๆ กับเหตุการณ์ที่นำไปสู่ความเสียหาย

โดยสรุป บทบัญญัติมาตรา 82 (1) ของข้อบังคับ GDPR ได้กำหนดองค์ประกอบของการวินิจฉัยความรับผิดทางแพ่งไว้สามประการ ได้แก่ *ประการที่หนึ่ง* เกิดการประมวลผลข้อมูลในลักษณะที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของข้อบังคับ GDPR²⁵ *ประการที่สอง* เกิดความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (material damage) หรือมีใช้ตัวเงิน (non-material damage) ต่อบุคคลผู้ใช้สิทธิเรียกร้องให้มีการชดเชยทางแพ่ง (อาจเป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ก็ได้)²⁶ และ *ประการที่สาม* ต้องปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างการประมวลผลซึ่งฝ่าฝืนข้อบังคับ GDPR กับความเสียหายที่เกิดขึ้น²⁷ ซึ่งองค์ประกอบแต่ละประการมีรายละเอียด ดังนี้

²⁴ คำแปลภาษาไทย โปรดดู นคร เสรีรักษ์ และคณะ, General Data Protection Regulation ฉบับภาษาไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2562, กรุงเทพฯ : พี.เพรส, น. 228-229.

²⁵ Gabriela Zanfir-Fortuna, *op. cit.* 11, p. 1175.

²⁶ *Ibid*

²⁷ *Ibid*

2.2.1 การประมวลผลข้อมูลในลักษณะที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของข้อบังคับ GDPR

องค์ประกอบประการที่หนึ่งของการวินิจฉัยความรับผิดทางแพ่งตามบทบัญญัติ มาตรา 82 (1) ของข้อบังคับ GDPR นั้น มีลักษณะเป็นบทบัญญัติความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) กล่าวคือ หากปรากฏว่ามีการประมวลผลข้อมูลโดยฝ่าฝืนต่อข้อบังคับ GDPR แล้ว ผู้ควบคุมข้อมูลรวมถึง ผู้ประมวลผลข้อมูลไม่อาจอ้างว่าการประมวลผลข้อมูลที่ตนได้ดำเนินการไปนั้นไม่ได้มีเจตนาจะฝ่าฝืน ข้อบังคับ GDPR หรือไม่ได้ประมาทจนเกิดการฝ่าฝืนข้อบังคับ GDPR เพื่อปฏิเสธความรับผิดแต่อย่างใด²⁸ โดยการวินิจฉัยว่ากรณีพิพาทใดมีการประมวลผลข้อมูลโดยฝ่าฝืนต่อข้อบังคับ GDPR หรือไม่นั้น มักจะอิงตามคำวินิจฉัยของหน่วยงานกำกับดูแล (Supervisory Authority) ด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปแต่ละประเทศที่จะพิจารณาว่ากรณีที่ได้รับการร้องเรียนนั้นมีการฝ่าฝืน มาตรฐานที่กำหนดในข้อบังคับ GDPR หรือไม่ จึงกล่าวได้ว่าหากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลหรือบุคคลใดก็ตาม ต้องการชนะคดีในการใช้สิทธิฟ้องเรียกร้องให้ชดเชยความเสียหายตามมาตรา 82 (1) ของข้อบังคับดังกล่าว การนำคดีมาฟ้องต่อศาลต้องเป็นการดำเนินการขั้นที่สองหลังจากการใช้สิทธิในการยื่นคำร้องต่อหน่วยงาน กำกับดูแลแล้ว²⁹

การฝ่าฝืนบทบัญญัติหรือมาตรฐานที่กำหนดในข้อบังคับ GDPR นั้น อาจเกิดได้ ในหลายลักษณะ อาทิ การฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามสิทธิในการขอให้ลบข้อมูลเมื่อมีการถอนความยินยอม³⁰ การฝ่าฝืนไม่จัดทำบันทึกกิจกรรมการประมวลผล³¹ เป็นต้น สำหรับการฝ่าฝืนข้อบังคับ GDPR ในลักษณะที่เกิดเหตุ ข้อมูลส่วนบุคคลรั่วไหลระหว่างการจัดเก็บโดยผู้ควบคุมข้อมูลหรือผู้ประมวลผลข้อมูล อันเป็นกรณีหลัก ที่บทความฉบับนี้มุ่งวิเคราะห์นั้น การรั่วไหลของข้อมูลดังกล่าวย่อมนับได้ว่า เกิดการละเมิดสิทธิของเจ้าของ ข้อมูลส่วนบุคคลตามข้อบังคับ GDPR มาตรา 5 (1) (f) ที่กำหนดหลักการคุ้มครองไว้ว่า “ข้อมูลส่วนบุคคล จะต้องถูกประมวลผลด้วยวิธีที่รับประกันความปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคลตามสมควร อันรวมถึง การคุ้มครองจากการประมวลผลที่ไม่ได้รับอนุญาตหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายและจากการสูญหาย ถูกทำลาย หรือความเสียหายโดยอุบัติเหตุโดยใช้มาตรฐานทางเทคนิคหรือการจัดการตามสมควร”³²

ทั้งนี้ มีข้อพิจารณาว่า ในกรณีที่ข้อมูลรั่วไหลจากภัยคุกคามทางระบบคอมพิวเตอร์ หรือการโจมตีทางไซเบอร์ (cyber attack) อันเป็นการเข้าถึงข้อมูลโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของบุคคลที่สาม ผู้ควบคุมข้อมูลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลสามารถยกมาตรา 82 (3) ของข้อบังคับ GDPR ขึ้นกล่าวอ้างว่า

²⁸ *Ibid*, p. 1176.

²⁹ Matúš Mesarčík, “The Great Escape? Liability of Public Authorities in the Data Protection Area,” *The Lawyer Quarterly* Vol. 11 No. 1, 2021, p. 158 (175).

³⁰ Article 17 (1) (b) of GDPR.

³¹ Article 30 of GDPR.

³² นคร เสรีรักษ์ และคณะ, *General Data Protection Regulation ฉบับภาษาไทย*, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2562, กรุงเทพฯ : พี.เพรส, น. 109.



ตนไม่มีส่วนรับผิดชอบใด ๆ กับเหตุการณ์ที่นำไปสู่ความเสียหายเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบได้หรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 82 (3) ประกอบกับมาตรา 5 (1) (f) ของข้อบังคับ GDPR แล้ว ย่อมสรุปได้ว่า การตีความบทบัญญัติยกเว้นความรับผิดดังกล่าวย่อมต้องตีความไปในแนวทางที่ว่า แม้ในกรณีที่เกิดเหตุข้อมูลส่วนบุคคลรั่วไหลจากการโจมตีทางไซเบอร์ (cyber attack) ผู้ควบคุมข้อมูลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลยังมีหน้าที่ต้องนำสืบพิสูจน์ว่า ตนไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบเนื่องจากได้ดำเนินการประมวลผลด้วยวิธีที่รับประกันความปลอดภัยของข้อมูลอันเป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ในข้อบังคับ GDPR มาตรา 32 แล้ว³³ หรือเหตุการณ์ดังกล่าวเป็นเหตุสุดวิสัย (force majeure or Act of God) ซึ่งไม่อาจโทษผู้ใดได้ทั้งนั้น³⁴

2.2.2 กรณีปรากฏความเสียหายที่เป็นตัวเงินหรือความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน

องค์ประกอบประการที่สองของการวินิจฉัยความรับผิดทางแพ่งตามบทบัญญัติมาตรา 82 (1) ของข้อบังคับ GDPR คือ การเกิดความเสียหายซึ่งมีการระบุอย่างชัดเจนว่าความเสียหายที่มาตราดังกล่าวรับรองนั้นครอบคลุม 1) ความเสียหายทั้งที่เป็นตัวเงิน (material damage) ยกตัวอย่างเช่น ความเสียหายของผู้สมรงานที่ถูกปฏิเสธการจ้างหรือถูกยกเลิกสัญญาจ้าง เนื่องจากนายจ้างได้รวบรวมและประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลด้านสุขภาพของผู้สมัครโดยมิชอบด้วยกฎหมาย³⁵ ความเสียหายจากการที่ต้องจ่ายเบี้ยประกันแพงขึ้น เนื่องจากบริษัทประกันเข้าถึงข้อมูลของผู้เอาประกันที่รั่วไหล และตรวจพบความเสี่ยงที่สูงขึ้นเมื่อเทียบกับชุดข้อมูลที่ผู้เอาประกันให้ความยินยอมในการประมวลผล³⁶ และ 2) ความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน (Non-material damage) เช่น ความเสียหายทางจิตใจ (moral damage) ซึ่งมักจะมีรากฐานมาจากแนวคิดว่าด้วยสิทธิความเป็นส่วนตัว (the right to privacy)³⁷ ยกตัวอย่างเช่น ความทุกข์ใจ (distress)³⁸ หรือความหวาดผวาวิตกกังวล (anxiety) ซึ่งเกิดจากการต้องแบกรับความเสี่ยงจากการถูกแอบอ้างหรือปลอมแปลงตัวตนด้วยข้อมูลส่วนบุคคลที่รั่วไหลไป (identity theft)³⁹

³³ António Barreto Menezes Cordeiro, “Data Protection Litigation System Under the GDPR,” in Dário Moura Vicente, Sofia de Vasconcelos Casimiro, Chen Chen (eds), *The Legal Challenges of the Fourth Industrial Revolution-the European Union’s Digital Strategy*, (Law, Governance and Technology Series, Springer Online, 2023), p. 243, [Online], retrieved from https://doi.org/10.1007/978-3-031-40516-7_13 เมื่อ 26 สิงหาคม 2567.

³⁴ *Ibid*

³⁵ *V v European Parliament, CST, Case F-46/09, judgment of 5 July 2011 (ECLI:EU:F:2011:101)*.

³⁶ António Barreto Menezes Cordeiro, *op. cit.* 33, p. 242.

³⁷ *Ibid*

³⁸ Philip Coppel KC. and others, *Information Rights : A Practitioner's Guide to Data Protection, Freedom of Information and Other Information Rights*, 2023, Oxford : Hart Publishing, p. 1211, [Online], retrieved from <http://dx.doi.org/10.5040/9781509967339> เมื่อ 17 สิงหาคม 2567.

³⁹ Stephan Mulders, “The relationship between the principle of effectiveness under Art. 47 CFR and the concept of damages under Art. 82 GDPR,” *International Data Privacy Law* Vol. 13 No. 3, 2023,

Recital 85 GDPR ซึ่งเป็นเอกสารที่สามารถใช้อ้างอิงเพื่อกำกับแนวทางการตีความข้อบังคับ GDPR ว่าด้วยการแจ้งให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบถึงเหตุข้อมูลส่วนบุคคลรั่วไหล⁴⁰ ได้ระบุตัวอย่างของความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นไว้ ทั้งในลักษณะของความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (material damage) และความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน (non-material damage) อาทิ การสูญเสียการควบคุมหรือถูกจำกัดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล (loss of control over their personal data or limitation of their rights) การถูกเลือกปฏิบัติ (discrimination) การถูกแอบอ้างหรือปลอมแปลงตัวตนเพื่อการฉ้อโกง (identity theft or fraud) การสูญเสียทางการเงิน (financial loss) ความเสียหายต่อชื่อเสียง (damage to reputation) หรือข้อเสียเปรียบทางเศรษฐกิจหรือทางสังคมที่สำคัญอื่น ๆ (any other significant economic or social disadvantage) เป็นต้น⁴¹

ทั้งนี้ องค์กรอิสระของสหภาพยุโรปที่เรียกว่า “the European Union Agency for Fundamental Rights” ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการศึกษาวิจัยข้อมูลเพื่อพัฒนาการคุ้มครองสิทธิตามกฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป (EU Charter of Fundamental Rights)⁴² ได้จัดทำโครงการวิจัยสังคมวิทยาทางกฎหมาย (sociological research project) ขึ้นในปี ค.ศ. 2013 เพื่อศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการเข้าถึงกลไกการเยียวยาด้านการคุ้มครองข้อมูลในรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป (Access to data protection remedies in EU Member States)⁴³ โดยรายงานการวิจัยดังกล่าวได้ระบุไว้ว่า ในการใช้สิทธิเรียกร้องให้มีการชดเชยทางแพ่ง

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 39)

p. 169 (174). โดยลักษณะความเสียหายที่เรียกค่าสินไหมทดแทนอันมิใช่ตัวเงินได้ต้องเป็นกรณีที่ไม่ได้เป็นเพียงความหวาดผวาทันที โดยทั่วไปซึ่งมักจะเกิดเมื่อทราบว่าข้อมูลส่วนบุคคลของตนรั่วไหล แต่ต้องปรากฏข้อเท็จจริงประกอบว่า ข้อมูลที่รั่วไหลเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหวจึงเกิดความเสียหายร้ายแรง เช่น การรั่วไหลของข้อมูลเลขผู้รับสวัสดิการประกันสังคม (social security number) ดู District Court Midden Nederland, 04 May 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1865, para 37 และ District Court Noord-Nederland, 12 January 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:106, para 4.28.

⁴⁰ Glossary, Recital (EU), [Online], retrieved from [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-009-6368?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-009-6368?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) เมื่อ 18 สิงหาคม 2567.

⁴¹ Intersoft consulting, Recital 85 to GDPR, [Online], retrieved from <https://gdpr-info.eu/recitals/no-85/> เมื่อ 18 สิงหาคม 2567.

⁴² European Union, Decentralized Organization : European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), [Online], retrieved from https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/european-union-agency-fundamental-rights-fra_en เมื่อ 20 สิงหาคม 2568.

⁴³ ทั้งนี้ การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปในช่วงที่ทำการศึกษาวินิจฉัยดังกล่าวนี้เป็นไปตามกลไกทางกฎหมายของสหภาพยุโรปที่ใช้บังคับก่อนที่จะมีการตราข้อบังคับ GDPR คือ The Data Protection Directive (Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data) ซึ่งได้วางแนวทางการบัญญัติกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (มีต่อหน้าถัดไป)



จากการฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลใน 16 ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ผู้เสียหายมักยื่นฟ้องคดีโดยใช้คำบรรยายความเสียหายที่ตนได้รับในเชิงความเสียหายทางด้านจิตใจหรือทางสังคม ('in psychological or social terms') เป็นส่วนใหญ่ มากกว่าที่จะบรรยายความเสียหายในลักษณะที่เป็นตัวเงิน⁴⁴ จึงเป็นที่น่าสังเกตว่า แนวทางการตีความเกี่ยวกับขอบเขตของความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน (Non-material damage) ถือเป็นประเด็นสำคัญอันจะส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของการคุ้มครองสิทธิตามข้อบังคับ GDPR อย่างมีนัยสำคัญ ทั้งนี้ เมื่อการใช้สิทธิฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องขอให้มีการชดเชยทางแพ่งตามมาตรา 82 (1) ของข้อบังคับ GDPR ต้องยื่นฟ้องต่อศาลที่มีอำนาจตามระบบกฎหมายภายใน (competent national court) ของประเทศต่าง ๆ ในสหภาพยุโรป⁴⁵ การตีความในส่วนขององค์ประกอบว่าด้วยความเสียหายนั้น ย่อมมีการตีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ โดยเฉพาะในการกำหนดว่า ความเสียหายในลักษณะใดบ้างที่สามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ในฐานะความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน (Non-material damage)⁴⁶

ในทางทฤษฎี ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจะต้องบังคับใช้มาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR โดยมุ่งให้การชดเชยสามารถเยียวยาความเสียหายได้อย่างสมบูรณ์และมีประสิทธิภาพ (full and effective compensation)⁴⁷ Recital 146 GDPR ซึ่งเป็นเอกสารระบุเจตนารมณ์ของร่างข้อบังคับ GDPR ที่สามารถใช้อ้างอิงเพื่อกำกับแนวทางการตีความเกี่ยวกับค่าสินไหมทดแทน (indemnity) ตามมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR ได้ระบุให้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (CJEU) ใช้การตีความอย่างกว้างในเรื่องความเสียหาย

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 43)

อย่างไรก็ตาม มาตรา 23 ของข้อบังคับของสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปที่ 95/46/EC กำหนดไว้เพียงว่า ประเทศสมาชิกต้องตรากฎหมายภายในรองรับให้บุคคลที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลสามารถใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ควบคุมข้อมูลได้ แต่ไม่ได้บัญญัติชัดเจนว่า กฎหมายภายในที่รัฐสมาชิกตราขึ้นจะต้องรองรับทั้งการเยียวยาความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (pecuniary loss) และความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน (Non-pecuniary loss) จึงปรากฏปัญหาว่า ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปมีแนวทางการตีความในประเด็นเรื่องความเสียหายที่สามารถเรียกร้องให้เยียวยาได้แตกต่างกันไป ยกตัวอย่างเช่น กรณีของสหราชอาณาจักร ศาลอุทธรณ์ของสหราชอาณาจักรเคยวินิจฉัยไว้ในคดี Johnson v MDU [2007] EWCA Civ 262 ว่า ความรับผิดทางแพ่งตามกฎหมายภายในที่สหราชอาณาจักรตราขึ้นตามข้อบังคับของสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปที่ 95/46/EC คือ the Data Protection Act บุคคลที่ได้รับ "ความทุกข์ร้อนทางจิตใจ" (distress) จะสามารถเรียกร้องค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินได้ก็ต่อเมื่อมีความเสียหายอันเป็นตัวเงินเกิดขึ้นด้วยเท่านั้น

⁴⁴ European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), Access to data protection remedies in EU Member States, 2014, [Online], retrieved from https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-access-data-protection-remedies_en_0.pdf เมื่อ 20 สิงหาคม 2568.

⁴⁵ Article 82 (6) of GDPR.

⁴⁶ Jonas Knetsch, *op. cit.* 22, p. 144.

⁴⁷ António Barreto Menezes Cordeiro, *op. cit.* 33, p. 242.

โดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของข้อบังคับ GDPR⁴⁸ แต่ในทางปฏิบัติพบว่า ระดับการชดเช้ค่าสินไหมทดแทนจะขึ้นอยู่กับความยืดหยุ่นของหลักการชดเช้ค่าสินไหมทดแทนของระบบกฎหมายของแต่ละประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ซึ่งมักจะต่างกันไป⁴⁹ ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่า สาเหตุที่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปเลือกที่จะไม่วางแนวปฏิบัติของสหภาพยุโรป (European guideline) ว่าด้วยการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อชดเชยความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน (Non-material damage) สำหรับคดีละเมิดข้อมูลส่วนบุคคล อาจเป็นเพราะศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปคำนึงถึงปัจจัยด้านความแตกต่างทางสถานะเศรษฐกิจของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปแต่ละประเทศ กล่าวคือ ความแตกต่างของระดับการชดเช้ค่าสินไหมทดแทนย่อมสะท้อนมาจากความแตกต่างของค่าครองชีพ (cost of living) และอำนาจซื้อ (purchasing power) ในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปแต่ละประเทศ⁵⁰ ส่งผลให้โดยสภาพแล้วไม่อาจกำหนดแนวปฏิบัติในการชดเช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวในอัตราตายตัวได้

2.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างการประมวลผลซึ่งฝ่าฝืนข้อบังคับ GDPR และความเสียหายที่เกิดขึ้น (causation)

ตามมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ต้องแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างการประมวลผลซึ่งฝ่าฝืนข้อบังคับ GDPR อันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีกับความเสียหายที่ตนกล่าวอ้าง⁵¹ อย่างไรก็ดี เช่นเดียวกันกับองค์ประกอบที่สองว่าด้วยเรื่องความเสียหาย การพิจารณาว่าความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างมานั้น เป็นผลมาจากการประมวลผลซึ่งฝ่าฝืนข้อบังคับ GDPR หรือไม่ อาจมีความเคร่งครัดต่างกันออกไปตามแต่ละระบบกฎหมายของแต่ละประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป⁵²

ทั้งนี้ มีข้อพิจารณาว่า เมื่อ Recital 146 GDPR ได้ระบุให้การตีความในเรื่องความเสียหายเป็นไปอย่างกว้างในลักษณะที่สามารถสะท้อนเจตนารมณ์ของข้อบังคับ GDPR ได้อย่างสมบูรณ์ การตีความในลักษณะดังกล่าวเกี่ยวกับองค์ประกอบเรื่องความเสียหายอาจส่งผลเป็นการลดความเคร่งครัดของหลักกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเหตุละเมิดและความเสียหาย (causation) ลงไปด้วย เพราะเงื่อนไขของความเสียหายที่สามารถเรียกให้ชดเชยเยียวยาได้ (recoverable loss) นั้น มีความเกี่ยวเนื่องอย่างใกล้ชิดกับหลักกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเหตุละเมิดและความเสียหาย (causation)⁵³

⁴⁸ Intersoft consulting, Recital 146 to GDPR, [Online], retrieved from <https://gdpr-info.eu/recitals/no-146/> เมื่อ 18 สิงหาคม 2567.

⁴⁹ Johana Chamberlain and Jane Reichel, *op. cit.* 18, p. 679.

⁵⁰ Jonas Knetsch, *op. cit.* 22, p. 150.

⁵¹ Jonas Knetsch, *op. cit.* 22, p. 145.

⁵² Gabriela Zafir-Fortuna, *op. cit.* 11, p. 1176.

⁵³ Jonas Knetsch, *op. cit.* 22, p. 146.



2.3 แนวคำวินิจฉัยที่สำคัญเกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งตามข้อบังคับ GDPR ของสหภาพยุโรป

ตามที่ได้เกริ่นไว้ข้างต้นว่า ข้อบังคับ GDPR เป็นกฎหมายระดับสหภาพยุโรปที่มีผลผูกพันประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปโดยตรง (direct effect) ส่งผลให้ศาลภายในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปต้องพยายามปรับการใช้ระบบกฎหมายว่าด้วยการเยียวยาทางแพ่งที่มีอยู่เดิมก่อนที่ข้อบังคับ GDPR จะมีผลใช้บังคับให้รองรับการใช้สิทธิตามมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR⁵⁴ เช่น เรื่องความเสียหายที่สามารถเรียกให้ชดเชยเยียวยาได้ (recoverable loss) ถ้าหากศาลภายในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปพบปัญหาความไม่ชัดเจนของตัวบทในข้อบังคับ GDPR และต้องการให้มีคำอธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับองค์ประกอบความรับผิดประการใด เพื่อให้เกิดความกระจ่างในการพิจารณาตีความการฟ้องขอให้รับผิดทางแพ่งตามมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR ศาลภายในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปสามารถส่งประเด็นไปยังศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปเพื่อขอให้มีการวินิจฉัยเบื้องต้นได้ตามสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป (Treaty on the European Union) มาตรา 19⁵⁵

เพื่อให้เห็นถึงประเด็นปัญหาและแนวคำวินิจฉัยสำคัญที่ส่งผลต่อการตีความมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR เนื้อหาในส่วนต่อไปนี้จะกล่าวถึงคำวินิจฉัยสำคัญโดยสังเขป คือ คดี UI v Österreichische Post AG. ของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป เนื่องจากคำวินิจฉัยดังกล่าวได้สร้างความกระจ่างให้กับกรณีการใช้สิทธิฟ้องคดีตามมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR เพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนของความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน (non-material damage) ซึ่งเดิมมีปัญหาความไม่ชัดเจนในหลายมิติ ได้แก่ ปัญหาว่าความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน (non-material damage) ต้องมีลักษณะอย่างไรจึงจะถือว่าเกิดความเสียหายแล้ว ปัญหาว่าภาระการพิสูจน์ตกอยู่ที่ฝ่ายใดระหว่างผู้ฟ้องคดีหรือผู้ถูกฟ้องคดี และปัญหาเรื่องปัจจัยที่ต้องนำมาพิจารณาในการกำหนดอัตราค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน (non-material damage)

คดี UI v Österreichische Post AG.⁵⁶

(1) ข้อเท็จจริงในคดี

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า Österreichische Post AG. (“Austrian Postal service”) ซึ่งเป็นบริษัทไปรษณีย์ในสาธารณรัฐออสเตรีย ได้ทำการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลของชาวออสเตรียทั้งประเทศตั้งตั้งแต่ปี ค.ศ. 2007 เป็นต้นมา และได้ประมวลผลข้อมูลดังกล่าวด้วยอัลกอริทึม (algorithm) ที่คำนวณปัจจัยด้านประชากรและสังคม (social-demographic features) บางประการ เพื่อประเมินว่าเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลแต่ละรายมีแนวโน้มที่จะสนับสนุนหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับพรรคการเมืองใด

⁵⁴ Shu Li, “Compensation for non-material damage under Article 82 GDPR : A review of Case C-300/21,” *Maastricht Journal of European and Comparative Law* Vol. 30 Issue 3, 2023, p. 335 (336).

⁵⁵ *Ibid*

⁵⁶ Case C-300/21, UI v Österreichische Post AG [2023] (ECLI:EU:C:2023:370).

ความเชื่อมโยงดังกล่าวถูกนำไปจัดทำเป็น “ที่อยู่ของกลุ่มเป้าหมาย” (“target group addresses”) เพื่อให้บริษัทจะให้บุคคลที่สามนำไปใช้ประโยชน์ในการนำเสนอโฆษณาในช่วงหาเสียงเลือกตั้งให้ตรงกลุ่มเป้าหมายต่อไป ต่อมา สื่อมวลชนได้นำเสนอรายงานข่าวเพื่อเปิดโปงว่าบริษัทดังกล่าวได้ทำการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของประชาชนชาวออสเตรียประมาณสองล้านห้าแสนคนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁵⁷ บริษัทดังกล่าวถูกประชาชนประณามอย่างรุนแรงจนจำต้องลบข้อมูลที่ประมวลผลไว้และถอนการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวจากการใช้เสนอโฆษณาทางการตลาด

ผู้ฟ้องคดี (UI.) เห็นว่า ตนไม่ได้ให้ความยินยอมหรือได้รับแจ้งถึงการประมวลผลข้อมูลดังกล่าว แม้จะไม่ปรากฏว่ามีการขายข้อมูลของผู้ฟ้องคดีให้กับบุคคลที่สามก็ตาม แต่ผู้ฟ้องคดีก็ไม่พอใจ (upset) เป็นอย่างมากที่เพิ่งมาทราบว่าข้อมูลส่วนบุคคลของตนถูกนำไปประมวลผลโดยไม่ได้รับอนุญาต และรู้สึกว่าการที่ผู้ฟ้องคดีถูกอัลกอริทึมจัดไว้ในกลุ่มผู้มีแนวโน้มที่จะสนับสนุนพรรคการเมืองฝ่ายขวาจัดของประเทศนั้น เป็นการดูหมิ่นทำให้ผู้ฟ้องคดีเสื่อมเสียชื่อเสียงและได้รับความอับอาย ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นฟ้องบริษัท Österreichische Post AG.⁵⁸ โดยมีคำขอคุ้มครองชั่วคราวระหว่างพิจารณาคดี (interim relief) ให้ผู้ถูกฟ้องคดีหยุดการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่พิพาท และเรียกค่าสินไหมทดแทนจำนวน 1,000 ยูโร สำหรับความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน (non-material damage) ซึ่งทั้งศาลชั้นต้น⁵⁹ และศาลอุทธรณ์⁶⁰ ได้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวตามคำขอ แต่ศาลพิพากษายกฟ้องในส่วนที่ผู้ฟ้องคดีเรียกค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน (non-material damage) เพราะกรณีปรากฏว่าข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ฟ้องคดีไม่ได้ถูกขายให้กับบุคคลที่สามเนื่องจากศาลได้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวตามคำขอของผู้ฟ้องคดีไว้ก่อนแล้ว⁶¹ จึงไม่ถือว่าผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (material damage) โดยศาลเห็นว่าความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน (non-material damage) ที่ระบบกฎหมายของประเทศออสเตรียรับรองให้สามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนได้นั้น ต้องปรากฏว่าเป็นความเสียหายที่มีสาระสำคัญเพียงพอ (“de minimis”, ‘threshold of seriousness’)⁶² การบรรยายคำฟ้องว่า

⁵⁷ Francesca Episcopo, “UI v. Österreichische Post AG – A First Brick in the Wall for a European Interpretation of Art. 82 GDPR,” *Journal of European Consumer and Market Law* Vol. 13 Issue 2, 2024, p. 87 (88).

⁵⁸ Shu Li, *op. cit.* 54, p. 3.

⁵⁹ *Ibid* “Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien (Regional Court for Civil Matters in Vienna)”

⁶⁰ *Ibid* “Oberlandesgericht Wien (Higher Regional Court)”

⁶¹ European Data Protection Supervisor, Two decades of personal data protection. What next? — EDPS 20th Anniversary, p. 268, [Online], retrieved from https://www.edps.europa.eu/system/files/2024-06/edps_20thanniversary-book_en.pdf เมื่อ 23 สิงหาคม 2567.

⁶² Francesca Episcopo, *op. cit.* 57, pp. 89, 92. “The Austrian transposition of Art. 82 of the GPDR is to be found in Art. 29 DSG, whose final sentence reads : ‘In detail, the general provisions of civil law apply to this claim for damages’. This article is considered as leading to the general requirements set out (มีต่อหน้าถัดไป)



ตนได้รับความเสียหายโดยอ้างเพียงความรู้สึกด้านลบ จึงไม่ถือเป็นความเสียหายที่มีสาระสำคัญเพียงพอที่จะสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนได้

ต่อมา ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์คำพิพากษาขึ้นสู่ศาลสูงสุด⁶³ ซึ่งศาลเห็นว่า คดีนี้มีความจำเป็นที่ต้องส่งประเด็นไปให้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปมีคำวินิจฉัยเบื้องต้นเกี่ยวกับการตีความบทบัญญัติมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR (preliminary ruling)⁶⁴

(2) คำวินิจฉัยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (CJEU)

ศาลสูงสุดของสาธารณรัฐออสเตรียได้ส่งประเด็นคำถามสามประเด็นไปยังศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ดังนี้

(2.1) ประเด็นที่หนึ่ง : ในการพิจารณากำหนดค่าสินไหมทดแทนตามบทบัญญัติมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR นั้น นอกจากองค์ประกอบของเรื่องต้องเกิดการฝ่าฝืนบทบัญญัติของข้อบังคับ GDPR แล้ว จำต้องพิจารณาด้วยหรือไม่ว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหาย หรือเพียงแค่ปรากฏว่ามีการฝ่าฝืนบทบัญญัติของข้อบังคับ GDPR ก็เพียงพอแล้วที่จะให้ค่าสินไหมทดแทน⁶⁵

ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้ใช้วิธีการตีความตามตัวอักษร (a literal interpretation) ในการพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR ประกอบกับ Recital 146 GDPR เพื่อสรุปว่า การฝ่าฝืนบทบัญญัติของข้อบังคับ GDPR นั้น เป็นเพียงองค์ประกอบประการหนึ่งของความรับผิดทางแพ่งตามมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR กล่าวคือ การฝ่าฝืนบทบัญญัติของข้อบังคับ GDPR นั้น โดยผลของข้อบังคับแล้วไม่นำไปสู่สิทธิในการได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนโดยทันที แต่ต้องมียุติประกอบว่าด้วยความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับจากเหตุที่เกิดการฝ่าฝืนบทบัญญัติของข้อบังคับ GDPR ประกอบด้วย จึงจะสามารถขอค่าสินไหมทดแทนได้⁶⁶

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 62)

in §§ 16, 1323-1325 and, most importantly, 1328 ABGB, entitling a party subjected to an unlawful invasion of their privacy to claim material damages, lost profits, and, if the violation is likely to recur, injunctive relief. Crucially, § 1328a ABGB also expressly allows for the granting of immaterial damages, but only when the infringement constitutes a significant invasion of a person's privacy and, following the German doctrine on *immaterielle Schäden*, when it reaches a significant threshold of severity and materiality.”

⁶³ Shu Li, *op. cit.* 54, p. 3. “Oberster Gerichtshof (Supreme Court of Austria)”

⁶⁴ *Ibid* “Request for a preliminary ruling from the Oberster Gerichtshof (Austria) lodged on 12 May 2021 – UI v. Österreichische Post AG.”

⁶⁵ Francesca Episcopo, *op. cit.* 57, p. 89.

⁶⁶ Shu Li, *op. cit.* 54, p. 4.

(2.2) ประเด็นที่สอง : การพิจารณาเกี่ยวกับการให้ค่าสินไหมทดแทนโดยคำนึงว่า กรณีที่สามารถให้ค่าสินไหมทดแทนได้นั้น ต้องเป็นกรณีที่ผลของการฝ่าฝืนข้อบังคับ GDPR ได้ก่อความเสียหาย ที่มีสาระสำคัญซึ่งเกินไปกว่าแค่การทำให้รู้สึกทุกขหรือ (the existence of a consequence of infringement of at least some weight that goes beyond the upset caused by the infringement) นั้น สอดคล้องกับบริบทของมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR แล้วหรือไม่⁶⁷

ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้วางหลักการตีความเกี่ยวกับ “ความเสียหาย” และ “ความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน” ที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR ไว้ว่า การตีความต้องเป็นไปโดยคำนึงถึงความเป็นเอกภาพในการนำไปบังคับใช้โดยไม่ต้องอ้างอิงไปถึงแนวปฏิบัติของกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป เมื่อมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR ไม่ได้กำหนดให้มีระดับความร้ายแรงของความเสียหายที่จะเรียกให้รับผิดชอบแต่อย่างใด เช่นนี้ จึงไม่อาจนำหลักการว่าด้วยความเสียหายต้องมีสาระสำคัญเพียงพอ (*‘de minimis’*, ‘threshold of seriousness’) มาใช้ประกอบการพิจารณา กำหนดค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR⁶⁸ และการตั้งเงื่อนไขเพิ่มขึ้นมาจากบทบัญญัติของข้อบังคับ GDPR ว่า ระดับความเสียหายต้องมีสาระสำคัญเพียงพอ (*‘de minimis’*, ‘threshold of seriousness’) จึงจะได้รับค่าสินไหมทดแทนย่อมขัดต่อ Recital 146 ของข้อบังคับ GDPR ที่ระบุให้ใช้การตีความโดยกว้างเกี่ยวกับความเสียหายเพื่อให้สะท้อนเจตนารมณ์ของข้อบังคับ GDPR ดังนั้นความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน จึงควรได้รับค่าสินไหมทดแทน ไม่ว่าจะจะเป็นความเสียหายที่เล็กน้อยเพียงใดก็ตาม⁶⁹ อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปยังเน้นย้ำว่า ผู้ฟ้องคดีซึ่งกล่าวอ้างว่าได้รับผลกระทบจากการฝ่าฝืนข้อบังคับ GDPR นั้น ย่อมต้องรับภาระการพิสูจน์ว่า ผลกระทบดังกล่าวนับเป็นความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินตามมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR แล้ว⁷⁰

(2.3) ประเด็นที่สาม : นอกจากหลัก *equivalence and effectiveness*⁷¹ อันเป็นหลักการตามกฎหมายของสหภาพยุโรปที่กำกับการบังคับใช้กฎหมายของสหภาพยุโรปแล้ว ศาลของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปต้องนำเงื่อนไขหรือปัจจัยอื่น ๆ มาพิจารณาอีกหรือไม่สำหรับการกำหนดอัตราค่าสินไหมทดแทน⁷²

⁶⁷ Francesca Episcopo, *op. cit.* 57, p. 89.

⁶⁸ *Ibid*, p. 4.

⁶⁹ Shu Li, *op. cit.* 54, p. 5.

⁷⁰ European Data Protection Supervisor, *op. cit.* 59, p. 270.

⁷¹ Shu Li, *op. cit.* 54, p. 10. “Recital (146) further states that ‘data subjects should receive full and effective compensation for the damage they suffered’. Fullness, also known as equivalence, means that data subjects should not be worsen compared with their condition prior to suffering the damage. Effectiveness indicates that there should be no obstacles in the procedure preventing data subjects from claiming their damage.”

⁷² Francesca Episcopo, *op. cit.* 57, p. 89.



ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้วินิจฉัยวางหลักว่า เมื่อข้อบังคับ GDPR ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการประเมินความเสียหายเพื่อให้ค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด ดังนั้นประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจึงมีอำนาจในการพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์รายละเอียดเกี่ยวกับการชดเชยค่าสินไหมทดแทน โดยต้องเป็นไปตามหลัก *equivalence and effectiveness*⁷³ ซึ่งสามารถอธิบายหลักดังกล่าวในบริบทของข้อบังคับ GDPR ได้ว่า เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งได้รับความเสียหายนั้นต้องได้รับการเยียวยาให้สถานภาพกลับคืนดั้งเดิมหรือไม่แย่งไปกว่าก่อนที่จะได้รับความเสียหาย (*equivalence*) และต้องไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้สิทธิของผู้ฟ้องคดีในลักษณะที่สร้างอุปสรรคที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่อาจใช้สิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ (*effectiveness*)

โดยสรุป คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปซึ่งได้อธิบายไว้พอสังเขปข้างต้นได้สร้างความกระจ่างในประเด็นต่าง ๆ เกี่ยวกับสิทธิในการได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR ดังนี้ 1) สิทธิดังกล่าวต้องได้รับการเยียวยาเต็มตามความเสียหาย⁷⁴ 2) ไม่อาจตั้งเงื่อนไขว่าด้วยความเสียหายต้องมีสาระสำคัญเพียงพอ (*‘de minimis’*, ‘threshold of seriousness’) ในการพิจารณากำหนดค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR แต่ผู้ฟ้องคดีซึ่งกล่าวอ้างว่าได้รับผลกระทบจากการฝ่าฝืนข้อบังคับ GDPR ต้องรับภาระการพิสูจน์ว่าผลกระทบดังกล่าวนับเป็นความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินตามความในมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR แล้ว⁷⁵ 3) ผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลมีภาระการพิสูจน์ว่าตนไม่มีส่วนรับผิดชอบใด ๆ กับเหตุการณ์ที่นำไปสู่ความเสียหาย⁷⁶ และ 4) การพิจารณาประเมินค่าสินไหมทดแทนจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในรายละเอียดภายในของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป โดยต้องเป็นไปตามหลัก *equivalence and effectiveness*

หลังจากที่มีคำวินิจฉัยข้างต้น ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้มีคำวินิจฉัยเบื้องต้นเกี่ยวกับการตีความบทบัญญัติมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR (*preliminary ruling*) ในประเด็นที่ส่งมาจากศาลปกครองสูงสุดของสาธารณรัฐบัลแกเรีย โดยได้วินิจฉัยวางแนวทางการตีความมาตราดังกล่าวเพิ่มเติมว่า ความหวาดกลัวว่าข้อมูลส่วนบุคคลที่รั่วไหลอาจถูกนำไปใช้โดยมิชอบในอนาคต นับเป็นความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน (*non-material damage*)⁷⁷ ตามมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR ได้ จึงเป็นที่น่าสังเกตว่าศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้พัฒนากลไกความรับผิดชอบที่มุ่งเยียวยาสิทธิในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามข้อบังคับ GDPR ไปในทางที่รับรองการเรียกค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน (*non-material damage*) อย่างกว้างขวางกว่าที่เคยปรากฏในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนความรับผิด

⁷³ Case C-300/21, *UI v. Österreichische Post AG* [2023] (ECLI:EU:C:2023:370), para 54.

⁷⁴ *Ibid*

⁷⁵ *Ibid*, para 42 and 50.

⁷⁶ Article 82 (3) of GDPR.

⁷⁷ Case C-340/21, *Natsionalna agentsia za prihodite* [2023] (ECLI:EU:C:2023:986).

ทางละเมิดตามระบบกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องตามมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR เป็นไปตามเจตนารมณ์ของข้อบังคับ GDPR

3. สาระสำคัญของบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งในพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 เทียบเคียงกับข้อบังคับ GDPR ที่เกี่ยวข้อง

3.1 ความเบื้องต้นเกี่ยวกับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 28 พฤษภาคม 2562 เป็นต้นมา ส่งผลให้ประเทศไทยมีหลักเกณฑ์ กลไก และมาตรการกำกับดูแลเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นหลักการทั่วไปหรือมีสถานะเป็นกฎหมายกลาง กล่าวคือ หากมีกฎหมายเฉพาะในเรื่องใดกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไว้โดยเฉพาะแล้ว ย่อมต้องบังคับตามกฎหมายเฉพาะนั้น ทั้งนี้ แม้มีกฎหมายเฉพาะแต่พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จะยังบังคับใช้ในเรื่องดังต่อไปนี้ (1) บทบัญญัติเกี่ยวกับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล และบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล รวมทั้งบทกำหนดโทษที่เกี่ยวข้อง ให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้เป็นการเพิ่มเติม ไม่ว่าจะซ้ำกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการนั้นหรือไม่ก็ตาม⁷⁸ (2) บทบัญญัติเกี่ยวกับการร้องเรียน บทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ ออกคำสั่งเพื่อคุ้มครองเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล และบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ รวมทั้งบทกำหนดโทษที่เกี่ยวข้อง เมื่อปรากฏว่ากฎหมายว่าด้วยการนั้นไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการร้องเรียน หรือมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาเรื่องร้องเรียนตามกฎหมายดังกล่าวออกคำสั่งเพื่อคุ้มครองเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลแต่ไม่เพียงพอเท่ากับอำนาจของคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญตามพระราชบัญญัตินี้ ให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวร้องขอต่อคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ หรือเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นผู้เสียหายยื่นคำร้องเรียนต่อคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญตามพระราชบัญญัตินี้แล้วแต่กรณี⁷⁹

อย่างไรก็ดี หลังจากที่มีพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาใช้บังคับ กลับปรากฏว่า ได้มีการตราพระราชกฤษฎีกายกเว้นไม่ให้นำบทบัญญัติบางหมวดมาใช้จนถึงวันที่ 31 พฤษภาคม 2565 ซึ่งรวมถึงหมวด 6 ความรับผิดทางแพ่ง และหมวด 7 บทกำหนดโทษ ด้วย⁸⁰ ส่งผลให้ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏแนวคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งตามมาตรา 77

⁷⁸ นฤมล ชณะรัตน์, บทบาทของศาลปกครองในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล, เผยแพร่ในอินทราเน็ตของสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง เดือนเมษายน 2564, น. 5-6.

⁷⁹ เพิ่งอ้าง

⁸⁰ พระราชกฤษฎีกากำหนดหน่วยงานและกิจการที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 พ.ศ. 2563 และพระราชกฤษฎีกากำหนดหน่วยงานและกิจการที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2564

และมาตรา 78 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 แต่อย่างไรก็ดี ช่วงเวลาเริ่มต้นของการที่พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กลับมามีผลบังคับใช้ทั้งฉบับ จึงเป็นช่วงเวลาที่สำคัญสำหรับการพัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของกลไกการเยียวยาสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลอย่างเป็นระบบด้วยการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทยกับข้อบังคับ GDPR ซึ่งบังคับใช้มาก่อนและมีข้อความคิดที่ตกผลึกแล้วในหลายประเด็น ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลมีความเข้าใจในกลไกความรับผิด โทษ และการร้องเรียนตามพระราชบัญญัติดังกล่าว อันจะส่งผลต่อการวางแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการปรับใช้กลไกต่าง ๆ อย่างสอดคล้องในทิศทางที่ก่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิได้อย่างแท้จริง

3.2 บทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

พ.ศ. 2562

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 หมวด 6 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งอยู่สองมาตราซึ่งเป็นบทบัญญัติที่สืบเนื่องกัน คือ มาตรา 77 และมาตรา 78 โดยบัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 77 ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลอันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ ทำให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้นแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไม่ว่าการดำเนินการนั้นจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ก็ตาม เว้นแต่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลนั้นจะพิสูจน์ได้ว่า

(1) ความเสียหายนั้นเกิดจากเหตุสุดวิสัย หรือเกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั่นเอง

(2) เป็นการปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติกรตามหน้าที่และอำนาจตามกฎหมาย

ค่าสินไหมทดแทนตามวรรคหนึ่ง ให้หมายความรวมถึงค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ใช้จ่ายไปตามความจำเป็นในการป้องกันความเสียหายที่กำลังจะเกิดขึ้นหรือระงับความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วด้วย

มาตรา 78 ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงนั้น ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ เช่น ความร้ายแรงของความเสียหายที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้รับ ผลประโยชน์ที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้รับ สถานะทางการเงินของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล การที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือการที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย

สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัตินี้เป็นอันขาดอายุความเมื่อพ้นสามปีนับแต่วันที่ผู้เสียหายรู้ถึงความเสียหายและรู้ตัวผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล หรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ต้องรับผิดชอบ หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันที่มีการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคล

จากบทบัญญัติทั้งสองมาตราข้างต้น จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 รับรองสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหาย (right to compensation) ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผ่านกลไกความรับผิดทางแพ่งในลักษณะของการฟ้องคดีละเมิด (มาตรา 77) และให้อำนาจศาลในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษ (มาตรา 78) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ไม่ปรากฏในข้อบังคับ GDPR แต่อย่างไรก็ดี เมื่อมาตรา 77 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้บัญญัติในการทำงานเดียวกับข้อบังคับ GDPR บทบัญญัติดังกล่าวจึงมีประเด็นที่จะนำมาวิเคราะห์ในรายละเอียดโดยเทียบเคียงกับข้อบังคับ GDPR ได้ ดังนี้ (1) องค์ประกอบของความรับผิดทางแพ่งและภาระการพิสูจน์ (2) เหตุยกเว้นความรับผิดทางแพ่ง และ (3) ลักษณะของความเสียหายที่นับเป็นความเสียหายที่สามารถเรียกให้ชดเชยเยียวยาได้ (recoverable loss)

3.2.1 องค์ประกอบของความรับผิดทางแพ่งและภาระการพิสูจน์ตามมาตรา 77

มาตรา 77 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 บัญญัติรับรองสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหาย (Right to compensation) ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR กล่าวคือ เมื่อกรณีปรากฏว่าผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล หรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้ดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลอันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ทำให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีสิทธิเรียกให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น จึงสรุปได้ว่า องค์ประกอบของความรับผิดทางแพ่งตามมาตรา 77 นั้นประกอบไปด้วยองค์ประกอบสามประการในการทำงานเดียวกับมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR ได้แก่ *ประการที่หนึ่ง* มีการประมวลผลข้อมูลในลักษณะที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว *ประการที่สอง* เกิดความเสียหายต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลผู้ฟ้องคดี และ *ประการที่สาม* ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลมาจากการประมวลผลซึ่งฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

ยิ่งไปกว่านั้น มาตรา 77 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ยังเป็นบทบัญญัติความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) เช่นเดียวกับมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR ซึ่งถ้าปรากฏว่ามีการประมวลผลข้อมูลโดยฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลรวมถึงผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลไม่อาจอ้างได้ว่าตนไม่มีเจตนาหรือไม่ได้ประมาทเพื่อปฏิเสธความรับผิด ซึ่งการกำหนดให้มาตรา 77 เป็นบทบัญญัติความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) นั้น ย่อมส่งผลให้ภาระการพิสูจน์เปลี่ยนแปลงไปจากหลัก “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นนำสืบ” ที่ใช้บังคับกับการพิจารณาคดีละเมิดทั่ว ๆ ไป กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องนำสืบว่าการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ



แต่ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ในการนำสืบพยานเพียงว่าตนได้รับความเสียหาย และความเสียหายดังกล่าวเป็นผลมาจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ จากนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีย่อมต้องรับภาระการพิสูจน์ในการนำสืบแก้ต่างว่าตนไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากกรณีเข้าเงื่อนไขเหตุยกเว้นตามมาตรา 77 วรรคหนึ่ง (1) เนื่องจากความเสียหายนั้นเกิดจากเหตุสุดวิสัย หรือเกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นเอง หรือตามมาตรา 77 วรรคหนึ่ง (2) เนื่องจากเป็นการปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติตามหน้าที่และอำนาจตามกฎหมาย

3.2.2 เหตุยกเว้นความรับผิดทางแพ่ง

ตามที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น มาตรา 77 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้ระบุเหตุที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลสามารถกล่าวอ้างและนำสืบเพื่อปฏิเสธความรับผิดไว้สองประการ ได้แก่ *ประการที่หนึ่ง* ความเสียหายนั้นเกิดจากเหตุสุดวิสัย หรือเกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นเอง และ*ประการที่สอง* เป็นการปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติตามหน้าที่และอำนาจตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า ความรับผิดทางแพ่งในการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 นั้น มีลักษณะเป็นความรับผิดที่ไม่ได้มีฐานมาจากสัญญา (non-contractual liability) ที่สามารถอธิบายในทางกลับกันได้ว่าเป็นความรับผิดทางละเมิด⁸¹ ดังนั้นศาลย่อมนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีเพื่อยกเว้นความรับผิดหรือพิจารณาปรับลดความรับผิดทางแพ่งได้ตราบเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติมาตรา 77 และมาตรา 78 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 โดยหลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดที่อาจเกี่ยวข้องในบริบทของกรณีการละเมิดจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้น มีดังต่อไปนี้⁸²

(1) หลักความคาดหมายได้ถึงความเสียหาย (remoteness of damage) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญในการพิจารณาความรับผิดทางละเมิดที่เกิดจากความประมาท โดยหลักการดังกล่าววางหลักไว้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายในลักษณะที่บุคคลซึ่งอยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกันกับผู้ฟ้องคดีจะคาดหมายได้ถึงความเสียหายในลักษณะดังกล่าว⁸³ ทั้งนี้ ตราบใดที่ความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับนั้นเกิดขึ้นในลักษณะอันควรคาดหมายได้ (reasonably foreseeable) ผู้ถูกฟ้องคดีย่อมต้องรับผิดโดยมิพักต้องพิจารณาเลยว่าระดับความร้ายแรงของความเสียหายดังกล่าวนั้นคาดหมายได้หรือไม่⁸⁴ ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้รับความเสียหายอย่างมหาศาล

⁸¹ Philip Coppel KC. and others, *op. cit.* 38, p. 1212.

⁸² *Ibid*, pp. 1212-1214.

⁸³ *Ibid*, p. 1212.

⁸⁴ *Ibid*, p. 1212.

เนื่องจากข้อมูลส่วนบุคคลที่รั่วไหลนั้นเป็นข้อมูลที่ทำให้เข้าถึงบัญชีเงินฝากที่มีมูลค่าสูง เมื่อความเสียหายจากการรั่วไหลของข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความสำคัญนั้นเกิดขึ้นในลักษณะอันควรคาดหมายได้ ผู้ถูกฟ้องคดีไม่อาจอ้างว่ามูลค่าของเงินในบัญชีผู้ฟ้องคดีนั้นสูงเกินกว่าปกติหรือยากเกินกว่าที่จะคาดหมายเพื่อปฏิเสธหรือขอลดค่าสินไหมทดแทนได้⁸⁵

(2) เหตุแทรกแซง (intervening cause) ซึ่งหลักการดังกล่าวได้กำหนดไว้ว่า ผู้ฟ้องคดีไม่อาจเรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดเชยค่าสินไหมทดแทนได้ หากกรณีปรากฏว่า ความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับนั้นเป็นผลมาจากการกระทำของบุคคลที่สามเป็นหลักมากกว่าจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ยกตัวอย่างเช่น คดี *Ali v Chief Constable of Bedfordshire Police*⁸⁶ ซึ่งเป็นคดีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ละเมิดข้อกำหนดของ GDPR ของสหราชอาณาจักรตามข้อ 5 (1) (a) และ (b) โดยส่งข้อมูลพร้อมชื่อของผู้แจ้งเบาะแสร้องเรียนไปยังหน่วยงานท้องถิ่น ทั้ง ๆ ที่ต้องปิดชื่อของผู้แจ้งเบาะแสร้องเรียน และพนักงานในหน่วยงานท้องถิ่นได้ลักลอบบันทึกข้อมูลดังกล่าวไปแจ้งแก่ผู้ถูกร้องเรียน การกระทำทางอาญาของพนักงานในหน่วยงานท้องถิ่นถือเป็นเหตุแทรกแซงที่ตัดความรับผิดชอบในส่วนของการเปิดเผยชื่อผู้แจ้งเบาะแสร้องเรียนต่อผู้ถูกร้องเรียนไป ดังนั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงรับผิดชอบเพียงแค่นี้ในส่วนของความเสียหายจากการเปิดเผยชื่อของผู้แจ้งเบาะแสร้องเรียนโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อหน่วยงานท้องถิ่น⁸⁷ ทั้งนี้ หลักเหตุแทรกแซงจะไม่บังคับใช้กับกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีหน้าที่ในการป้องกันระงับภัยบางประเภทจากการกระทำของบุคคลที่สาม เมื่อมาตรา 37 (1) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้กำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลดำเนินการประมวลผลด้วยวิธีที่รับประกันความปลอดภัยของข้อมูลอันเป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ เช่นนี้ โดยทั่วไปแล้วภัยคุกคามทางระบบคอมพิวเตอร์หรือการโจมตีทางไซเบอร์ (cyber attack) จึงไม่นับเป็นเหตุแทรกแซงที่ทำให้ความเสียหายต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นขาดความสัมพันธ์กับการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดี (break the causal link) จนไม่นับว่าความเสียหายเป็นผลจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวแต่อย่างใด⁸⁸

(3) หน้าที่ของผู้ฟ้องคดีในการลดความเสียหาย (Duty to mitigate) กล่าวคือ หากกรณีปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีสามารถหลีกเลี่ยงความเสียหายที่เกิดจากการดำเนินการบางอย่างเพื่อลดความเสียหายได้แต่ไม่ได้ทำ ผู้ฟ้องคดีจะไม่ได้รับค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายนั้นแต่อย่างใด

⁸⁵ *Ibid*, p. 1213.

⁸⁶ *Ali v Chief Constable of Bedfordshire Police* [2023] EWHC 938 (KB), para 50-52.

⁸⁷ *Ibid*, para 47-52. ความเสียหายที่ปรากฏในคดีนี้ คือ ความเสียหายทางจิตใจจากความทุกข์ใจและจากการหวาดผวา (psychological distress and anxiety) ซึ่งเป็นความเสียหายในลักษณะที่กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหราชอาณาจักร (UK GDPR) รับรองให้เรียกค่าสินไหมทดแทนได้ตามมาตรา 82 (1) และตามกฎหมายเก่าคือ Data Protection Act 2018 มาตรา 168 (2) ประกอบมาตรา 169 ในคดีนี้ศาลได้กำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ผู้ฟ้องคดีเป็นเงินจำนวน 3,000 ปอนด์

⁸⁸ Philip Coppel KC. and others, *op. cit.* 38, p. 1213.



ทั้งนี้ ค่าใช้จ่ายที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้จ่ายไปในการป้องกันความเสียหายนั้นสามารถนำมาเรียกค่าสินไหมทดแทนได้แม้ต่อมาจะปรากฏว่ามาตรการป้องกันดังกล่าวไม่ประสบผลสำเร็จก็ตาม โดยมาตรการดังกล่าวต้องเป็นมาตรการป้องกันความเสียหายที่สมเหตุสมผลเมื่อพิจารณาในช่วงเวลาที่ค่าใช้จ่ายนั้นเกิดขึ้น⁸⁹

(4) ผู้ฟ้องคดีมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายจากการประมาท (contributory negligence)⁹⁰ อันจะส่งผลให้ศาลมีอำนาจปรับลดค่าสินไหมทดแทนตามส่วนแห่งความรับผิดชอบ ซึ่งหลักกฎหมายเรื่องนี้จะสอดคล้องกับมาตรา 77 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ที่กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลไม่ต้องรับผิดชอบ ถ้าสามารถนำสืบพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายที่พิพาทเกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั่นเอง

3.2.3 ลักษณะของความเสียหายที่นับเป็นความเสียหายที่สามารถเรียกให้ชดเชยเยียวยาได้ (recoverable loss)

ความเสียหายที่สามารถเรียกให้ชดเชยเยียวยาได้ (recoverable loss) ในระบบกฎหมายไทยนั้น โดยหลักแล้วจะต้องเป็นความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (material damage) ในขณะที่ความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน (non-material damage) ซึ่งมักจะอยู่ในรูปแบบของค่าเสียหายทางจิตใจ กลับไม่ค่อยได้รับการปรับใช้อย่างแพร่หลาย กล่าวคือ ศาลฎีกาได้วางแนวคำพิพากษาไว้ว่า ความเสียหายในลักษณะดังกล่าวจะได้รับความสินไหมทดแทนก็ต่อเมื่อปรากฏว่า มีความเสียหายทางร่างกายประกอบกับความเสียหายทางจิตใจด้วย⁹¹ และความเสียหายทางจิตใจต้องเป็นความเสียหายในระดับจิตเวชไม่ใช่เพียงอารมณ์⁹² สังเกตได้ว่า แนวคำพิพากษานี้มีที่มาจากการใช้มาตรา 446 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติไว้ว่า ในกรณีทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยก็ดี ในกรณีทำให้เขาเสียเสรีภาพก็ดี ผู้ต้องเสียหายจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความที่เสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินด้วยอีกก็ได้... ส่งผลให้การตีความขอบเขตของความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินนั้นจำกัดอยู่ที่ความเจ็บปวดทุกข์ทรมานจากการบาดเจ็บทางกายภาพ (pain and suffering) หรือการสูญเสียความสะดวกสบายหรือเป็นการใช้ชีวิตที่ยากลำบาก (loss of amenities) จากการบาดเจ็บทางกายภาพ

⁸⁹ Ibid

⁹⁰ Ibid

⁹¹ พรทิพย์ สุทธิธรรมศิลป์, “ค่าเสียหายทางจิตใจ : ศึกษากฎหมายลักษณะละเมิดของอังกฤษและเยอรมัน เปรียบเทียบกับกฎหมายลักษณะละเมิดของไทย” (ผลงานส่วนบุคคลหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น” รุ่นที่ 13, สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, สำนักงานศาลยุติธรรม, 2557), น. 24-25.

⁹² เฟิ่งอ้วง

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 77 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ย่อมสรุปได้ว่า ความเสียหายที่สามารถเรียกให้ชดเชยเยียวยาได้ (recoverable loss) ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว จำกัดอยู่ที่ความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (material damage) เท่านั้น⁹³ ซึ่งแคบกว่าบทบัญญัติมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR ที่ระบุชัดเจนว่า ความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินนั้นเป็นความเสียหายที่สามารถเรียกให้ชดเชยเยียวยาได้ ซึ่งถือเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพและส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เพราะในความเป็นจริงแล้ว ผลการศึกษาวิจัยปรากฏชัดเจนว่า ประชาชนในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปมักยื่นฟ้องคดีโดยใช้คำบรรยายความเสียหายที่ตนได้รับในเชิงความเสียหายทางด้านจิตใจเป็นส่วนใหญ่⁹⁴ โดยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้เปรียบเทียบกลไกการใช้สิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหาย (right to compensation) ตามมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR ซึ่งรองรับการเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อชดเชยความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน (non-material damage) กับวัตถุประสงค์เชิงลงโทษ (punitive purpose) ของกลไกการลงโทษปรับทางปกครองและบทลงโทษอื่น ๆ ตามมาตรา 83 และมาตรา 84 ของข้อบังคับ GDPR ซึ่งไม่จำเป็นต้องอิงอยู่กับความเสียหายที่บุคคลได้รับ โดยมีข้อสังเกตว่า หมวดยุทธศาสตร์ของบทบัญญัติต่าง ๆ ตามมาตรา 82 มาตรา 83 และมาตรา 84 ของข้อบังคับ GDPR นั้น ส่งผลในการส่งเสริมซึ่งกันและกันต่อการปฏิบัติตามข้อบังคับ GDPR ทั้งนี้ เป็นเพราะกลไกการใช้สิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหาย (right to compensation) ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจะกระตุ้นให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลปฏิบัติตามมาตรฐานการประมวลผลของข้อบังคับ GDPR และลดแนวโน้มการกระทำผิดซ้ำ⁹⁵ ซึ่งข้อสังเกตดังกล่าวของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปตรงกับข้อสรุปซึ่งเป็นที่ยอมรับในหมู่ผู้กำหนดนโยบาย (policy makers) และนักวิชาการทางกฎหมาย (legal academics) ที่ว่า การดำเนินคดีโดยภาคเอกชน (private enforcement) เพื่อเรียกให้รับผิดทางแพ่งนั้นจะช่วยส่งเสริมประสิทธิภาพของกฎหมายด้านการป้องกันการผูกขาดและการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ แม้หน่วยงานทางปกครองจะมีอำนาจใช้กลไกทางกฎหมายนั้น ๆ ในการดำเนินคดีอาญา ลงโทษปรับทางปกครอง หรือตักเตือนก็ตาม แต่การดำเนินคดีโดยภาคเอกชนนั้นยังเป็นกลไกที่สำคัญต่อการสร้างความร่วมมือในการปฏิบัติตามกฎหมาย (compliance) เช่นนี้ ผู้ร่างกฎหมาย หน่วยงานทางปกครอง และศาล จึงต้องตระหนักถึงความสำคัญของการสร้างสมดุลที่เหมาะสมระหว่างการบังคับใช้กฎหมายโดยหน่วยงานรัฐและการดำเนินคดีโดยภาคเอกชน⁹⁶

⁹³ Theerachit Jitkarunawong, “Civil Liability Under Data Protection Laws : A Comparative Study between Thailand’s Personal Data Protection Act and the EU’s General Data Protection Regulation” (LL.M. in Business Law Thesis, Thammasat University, 2019) pp. 43-44.

⁹⁴ European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), Access to data protection remedies in EU Member States, 2014, [Online], retrieved from https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-access-data-protection-remedies_en_0.pdf เมื่อ 30 สิงหาคม 2568.

⁹⁵ European Data Protection Supervisor, *op. cit.* 61, p. 269.

⁹⁶ Jonas Knetsch, *op. cit.* 22, p. 133.



ดังนั้นจึงเป็นที่น่าสังเกตว่า ด้วยขอบเขตความเสียหายที่สามารถเรียกให้ชดเชยเยียวยาได้ (recoverable loss) ซึ่งจำกัดไว้เพียงความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (material damage) นั้น กลไกความรับผิดทางแพ่งตามมาตรา 77 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 อาจไม่มีประสิทธิภาพในการคุ้มครองหรือเยียวยาสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเท่าใดนัก ส่งผลให้บทบัญญัติว่าด้วยค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษ (punitive damages) ตามมาตรา 78 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ที่ต้องอิงการคำนวณมาจากความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (material damage) นั้น ยากต่อการนำมาปรับใช้แก่คดีดังกล่าวคือ เมื่อผู้ฟ้องคดีไม่อาจพิสูจน์ความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (material damage) ได้แล้ว ผู้ฟ้องคดีย่อมไม่สามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษได้ ทั้ง ๆ ที่ตนอาจได้รับผลกระทบจากการที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลดำเนินการโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 แล้ว ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้รับแจ้งว่าข้อมูลส่วนบุคคลของตนรั่วไหลจึงต้องดำเนินการเปลี่ยนเบอร์โทรศัพท์หรือระงับบัตรเครดิต ถ้าบริษัทผู้ให้บริการเครือข่ายโทรศัพท์หรือธนาคารไม่คิดค่าใช้จ่ายในการดำเนินการดังกล่าว ย่อมถือว่าความเสียหายที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้รับนั้น ไม่เป็นความเสียหายที่สามารถเรียกให้ชดเชยเยียวยาได้ (recoverable loss) เพราะไม่ปรากฏความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (material damage) ตามมาตรา 77 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

4. บทสรุป

มาตรา 77 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 นั้น มีส่วนหนึ่งที่รับรองสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหาย (right to compensation) ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลผ่านกลไกความรับผิดทางแพ่งในลักษณะของการฟ้องคดีละเมิดทำนองเดียวกันกับมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR กล่าวคือ เมื่อเทียบเคียงบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งของข้อบังคับ GDPR กับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 แล้ว จะเห็นได้ว่า ความรับผิดดังกล่าวเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) และในการวินิจฉัยความรับผิดทางแพ่งนั้น ต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบสามประการประกอบกัน ได้แก่ *ประการที่หนึ่ง* เกิดการประมวลผลข้อมูลในลักษณะฝ่าฝืนมาตรฐานที่บทบัญญัติของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกำหนด *ประการที่สอง* เกิดความเสียหายต่อบุคคลผู้ใช้สิทธิฟ้องคดีซึ่งมีการเรียกให้ชดเชยทางแพ่ง และ *ประการที่สาม* ต้องปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างการประมวลผลซึ่งฝ่าฝืนมาตรฐานที่บทบัญญัติของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกำหนดกับความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับ ในลักษณะที่ความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว และเมื่อความรับผิดทางแพ่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นความรับผิดที่ไม่ได้มีฐานมาจากสัญญา (non-contractual liability) กล่าวคือ เป็นความรับผิดจากการละเมิด ศาลจึงนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีเพื่อยกเว้นความรับผิดหรือพิจารณาปรับลดค่าสินไหมทดแทนได้ทราบเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติมาตรา 77 และมาตรา 78 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งสองฉบับข้างต้นนั้นปรากฏจุดแตกต่างที่จะส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลอย่างมีนัยสำคัญ อันจะสังเกตได้จากการกำหนดลักษณะของความเสียหายที่นับเป็นความเสียหายที่สามารถเรียกให้ชดเชยเยียวยาได้ (recoverable loss) ในบริบทของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งมาตรา 82 ของข้อบังคับ GDPR รับรองให้ชดเชยได้ทั้งความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (material damage) และความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน (non-material damage) ในขณะที่มาตรา 77 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 นั้น ไม่ได้บัญญัติถึงความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน (non-material damage) ไว้แต่อย่างใด จึงเป็นที่คาดหมายได้ว่า ศาลไทยจะปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวในการพิจารณาคดีในลักษณะ จำกัดขอบเขตความเสียหายที่สามารถเรียกให้ชดเชยเยียวยาได้ไว้เพียงความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (material damage) เท่านั้น อันจะนำไปสู่ปัญหาในทางปฏิบัติต่อไป เพราะการจำกัดขอบเขตในลักษณะดังกล่าวนั้น จะทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งได้รับผลกระทบอาจเลือกที่จะไม่ใช้สิทธิฟ้องคดีเนื่องจากการนำสืบถึงความเสียหายให้เป็นรูปธรรมเพื่อให้เข้าลักษณะของความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (material damage) ในคดีเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ย่อมยากและซับซ้อนกว่าคดีละเมิดทางกายภาพทั่วไป เช่นนี้ แม้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จะมีบทบัญญัติว่าด้วยค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษ (punitive damages) ซึ่งเป็นกลไกที่แตกต่างไปจากข้อบังคับ GDPR แต่ประสิทธิภาพในการชดเชยความเสียหายให้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นอาจไม่ได้เพิ่มมากขึ้นแต่อย่างใด เนื่องจากท้ายที่สุดแล้ว การกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษ (punitive damages) ยังต้องอิงมาจากความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (material damage) ซึ่งโดยสภาพแล้วยากที่ผู้ฟ้องคดีจะนำสืบพิสูจน์ความรับผิด ทั้งนี้ ยังเป็นที่น่าติดตามว่า พัฒนาการข้อความคิดเกี่ยวกับความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน (non-material damage) ในความรับผิดทางแพ่งตามข้อบังคับ GDPR หรือกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่ตราขึ้นตามข้อบังคับ GDPR นั้น จะส่งผลกระทบต่อแนวคำพิพากษาของศาลไทยในอนาคตหรือไม่ อย่างไร



บรรณานุกรม

หนังสือ

ภาษาไทย

คณาธิป ทองรวีวงศ์, คำอธิบายหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 3 : 2565, กรุงเทพฯ : นิติธรรม.

นคร เสรีรักษ์ และคณะ, General Data Protection Regulation ฉบับภาษาไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2562, กรุงเทพฯ : พี.เพรส.

สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล, กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล Personal Data Protection Act, พิมพ์ครั้งที่ 4 : 2566, กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล.

ภาษาต่างประเทศ

António Barreto Menezes Cordeiro, “Data Protection Litigation System Under the GDPR,” in Dário Moura Vicente, Sofia de Vasconcelos Casimiro, Chen Chen (eds), *The Legal Challenges of the Fourth Industrial Revolution—the European Union’s Digital Strategy*, (Law, Governance and Technology Series, Springer Online, 2023), [Online], retrieved from https://doi.org/10.1007/978-3-031-40516-7_13 เมื่อ 26 สิงหาคม 2567.

European Data Protection Supervisor, Two decades of personal data protection. What next? — EDPS 20th Anniversary, [Online], retrieved from https://www.edps.europa.eu/system/files/2024-06/edps_20thanniversary-book_en.pdf เมื่อ 23 สิงหาคม 2567.

Gabriela Zanfir-Fortuna, “Article 82. Right to compensation and liability,” in Christopher Kuner, Lee A. Bygrave and Christopher Docksey (eds), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) : A Commentary*, (Online edn, Oxford Academic, 2020), [Online], retrieved from <https://doi.org/10.1093/oso/9780198826491.003.0128> เมื่อ 20 สิงหาคม 2567.

Graham Greenleaf, “The Philippines and Thailand—ASEAN’s Incomplete Comprehensive Laws,” in *Asian Data Privacy Laws : Trades and Human Rights perspectives*, (Oxford University Press, 2014), [Online], retrieved from <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199679669.003.0012> เมื่อ 2 สิงหาคม 2567.

Philip Coppel KC. and others, *Information Rights : A Practitioner’s Guide to Data Protection, Freedom of Information and Other Information Rights*, 2023, Oxford : Hart Publishing, [Online], retrieved from <http://dx.doi.org/10.5040/9781509967339> เมื่อ 17 สิงหาคม 2567.

บทความ

ภาษาไทย

นฤมล ชณะรัตน์, บทบาทของศาลปกครองในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล, เผยแพร่ในอินเทอร์เน็ตของสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง เดือนเมษายน 2564.

พรทิพย์ สุทธิธรรมศิลป์, “ค่าเสียหายทางจิตใจ : ศึกษากฎหมายลักษณะละเมิดของอังกฤษและเยอรมันเปรียบเทียบกับกฎหมายลักษณะละเมิดของไทย” (ผลงานส่วนบุคคลหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น” รุ่นที่ 13, สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, สำนักงานศาลยุติธรรม, 2557).

ภาษาต่างประเทศ

Annegret Bediek and Issabella Stuerzer, “The Brussel Effect, European Regulatory Power and Political Capital : Evidence for Mutually Reinforcing Internal and External Dimensions of the Brussels Effect from the European Digital Policy Debates,” 2023, [Online], retrieved from <http://doi.org/10.1007/s44206-022-00031-1> เมื่อ 2 สิงหาคม 2567.

Francesca Episcopo, “UI v. Österreichische Post AG – A First Brick in the Wall for a European Interpretation of Art. 82 GDPR,” *Journal of European Consumer and Market Law* Vol. 13 Issue 2, 2024.

Johana Chamberlain and Jane Reichel, “The Relationship between Damages and Administrative Fines in the EU General Data Protection Regulation,” *Mississippi Law Journal* Vol. 89 Issue 4, 2020.

Jonas Knetsch, “The Compensation of Non-Pecuniary Loss in GDPR Infringement Cases,” *Journal of the European Tort Law* Vol. 13 Issue 2, 2022.

Matúš Mesarčík, “The Great Escape? Liability of Public Authorities in the Data Protection Area,” *The Lawyer Quarterly* Vol. 11 No. 1, 2021.

Shu Li, “Compensation for non-material damage under Article 82 GDPR : A review of Case C-300/21,” *Maastricht Journal of European and Comparative Law* Vol. 30 Issue 3, 2023.

Stephan Mulders, “The relationship between the principle of effectiveness under Art. 47 CFR and the concept of damages under Art. 82 GDPR,” *International Data Privacy Law* Vol. 13 No. 3, 2023.



วิทยานิพนธ์และการค้นคว้าอิสระ

ภาษาต่างประเทศ

Theerachit Jitkarunawong, “Civil Liability Under Data Protection Laws : A Comparative Study between Thailand’s Personal Data Protection Act and the EU’s General Data Protection Regulation” (LL.M. in Business Law Thesis, Thammasat University, 2019).

อื่น ๆ

ภาษาไทย

ฉบับเต็ม! เปิดพฤติการณ์ JIB ละเลย-ทำ ‘ข้อมูลลูกค้า’ รั่ว ก่อนโดนปรับ 7 ล้าน ผิด ‘กม. PDPA’, สำนักข่าวอิศรา [ออนไลน์], 28 สิงหาคม 2567, เข้าถึงจาก <https://www.isranews.org/article/isranews-scoop/131265-PDPC-JIB-PDPA-law-report.html> เมื่อ 30 สิงหาคม 2567.

นักเรียนทุนรัฐบาล ผวา! ข้อมูลส่วนตัวหลุด จากเว็บไซต์ กพ. จี้แจ้งด่วน หวั่นมีจลาจล นำไปต่อยอด, มติชนออนไลน์ [ออนไลน์], 8 กรกฎาคม 2567, เข้าถึงจาก https://www.matichon.co.th/local/news_4668790 เมื่อ 30 สิงหาคม 2567.

ผู้สมัคร สว. ร้องกต. สอบข้อมูลผู้สมัครหลุด 23,000 ชื่อ หวั่นมีจลาจลนำไปสร้างความเสียหาย, ผู้จัดการออนไลน์ [ออนไลน์], 12 มิถุนายน 2567, เข้าถึงจาก <https://mgronline.com/politics/detail/9670000050465> เมื่อ 30 สิงหาคม 2567.

ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Thailand Data Protection Guidelines 3.0), [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://www.law.chula.ac.th/wp-content/uploads/2020/12/TDPG3.0-C5-20201208.pdf> เมื่อ 18 สิงหาคม 2567.

ภาษาต่างประเทศ

European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), Access to data protection remedies in EU Member States, 2014, [Online], retrieved from https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-access-data-protection-remedies_en_0.pdf เมื่อ 20 สิงหาคม 2568.

Glossary, Recital (EU), [Online], retrieved from [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-009-6368?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-009-6368?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) เมื่อ 18 สิงหาคม 2567.

Intersoft consulting, Recital 85 to GDPR, [Online], retrieved from <https://gdpr-info.eu/recitals/no-85/> เมื่อ 18 สิงหาคม 2567.

Intersoft consulting, Recital 146 to GDPR, [Online], retrieved from <https://gdpr-info.eu/recitals/no-146/> เมื่อ 18 สิงหาคม 2567.

**บทวิเคราะห์คดี : สถานะทางกฎหมายของใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร
ตามมาตรา 39 ตรี แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522
และการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองตามระบบอนุญาต
(คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 8/2562)**

**Legal status of the notification for construction, modification, or demolition
of a building according to Section 39 Ter of the Building Control Act B.E. 2522 (1979)
and legality review of administrative acts according to the permit systems
(Supreme Administrative Court Order No. C.E. 8/2562)**

วิชญ์พาส พิมพ์อักษร *

บทคัดย่อ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 8/2562 เป็นคำวินิจฉัยคำร้องอุทธรณ์คำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีระงับหรือเพิกถอนใบรับแจ้งการก่อสร้างอาคารที่ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ออกให้กับผู้ร้องสอด และขอให้ศาลมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามใบรับแจ้งการก่อสร้างอาคารดังกล่าวไว้เป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษา โดยผู้ฟ้องคดีมีความเห็นว่า ใบรับแจ้งตามมาตรา 39 ตรี แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ถือเป็นใบอนุญาตก่อสร้างชั่วคราวก่อนที่จะออกใบอนุญาตก่อสร้างถาวร ใบรับแจ้งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ทำให้ผู้ร้องสอดเกิดสิทธิในการก่อสร้างอาคารโครงการพิพาทได้ จึงมีประเด็นเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร ตามมาตรา 39 ตรี¹ ซึ่งมีผลต่อประเด็นการเกิดผลและสิ้นผลของคำสั่งทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การสิ้นผลโดยการลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ เนื่องจากประเภทของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวข้องโดยตรงกับอำนาจทางปกครองที่ฝ่ายปกครองใช้ในการออกคำสั่งทางปกครอง และอำนาจทางปกครองดังกล่าวก็สัมพันธ์กับขอบเขตการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

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

¹ ต่อไปนี้ในบทวิเคราะห์คดีนี้ หากมิได้ระบุชื่อกฎหมาย ย่อมหมายถึง พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

บทวิเคราะห์คดีนี้จะวิเคราะห์สถานะทางกฎหมายของใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร ตามมาตรา 39 ตรี แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ตามประเด็นที่ปรากฏในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 8/2562 ว่า ใบรับแจ้งการก่อสร้างอาคารเป็นคำสั่งทางปกครอง และเป็นใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร หรือเป็นใบอนุญาตก่อสร้างชั่วคราวหรือไม่ การพิจารณาออกใบรับแจ้ง และการออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารเป็นการควบคุม กำกับดูแล หรือแทรกแซงโดยรัฐในระดับใด เป็นการใช้อำนาจทางปกครองในลักษณะใด และมีผลต่อการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองอย่างไร

1. สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัย

ผู้ร้องสอด (บริษัท แลนด์แอนด์เฮ้าส์ จำกัด (มหาชน)) ได้ซื้อที่ดินติดกับบ้านของผู้ฟ้องคดีเพื่อก่อสร้างอาคารชุด โดยผู้ร้องสอดได้เสนอรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของโครงการให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะกรรมการผู้ชำนาญการพิจารณารายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมด้านอาคาร การจัดสรรที่ดิน และบริการชุมชน) พิจารณาตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ได้มีมติไม่ให้ความเห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมโครงการของผู้ร้องสอดหลายครั้ง เนื่องจากเห็นว่า การก่อสร้างของผู้ร้องสอดอาจส่งผลกระทบต่อบ้านที่ตั้งอยู่ติดโครงการ ประกอบกับบ้านที่ตั้งอยู่ติดโครงการดังกล่าวมีหนังสือคัดค้านการก่อสร้างอย่างต่อเนื่อง จึงเห็นควรให้มีการรับรอง และมีความเห็นทางวิชาการในการออกแบบอาคาร และเทคนิคการดำเนินการก่อสร้างโครงการจากสถาบันที่เชื่อถือได้ อย่างไรก็ตาม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ได้มีมติในการประชุมครั้งที่ 78/2559 ให้ความเห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมโครงการของผู้ร้องสอดและผู้ร้องสอดได้นำมติดังกล่าวไปประกอบหนังสือแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่น ตามมาตรา 39 ทวิ (แบบ ยผ. 1) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (ผู้อำนวยการสำนักงานโยธา กรุงเทพมหานคร) จึงได้ออกใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร ตามมาตรา 39 ตรี (แบบ ยผ. 4) ให้กับผู้ร้องสอด ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ในการประชุมครั้งที่ 78/2559 และใบรับแจ้งการก่อสร้างของผู้ร้องสอดไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ในการประชุมครั้งที่ 78/2559 และเพิกถอนใบรับแจ้งการก่อสร้างอาคารที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (กรุงเทพมหานคร) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ออกให้กับผู้ร้องสอด และยื่นคำร้องขอให้ศาลกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา โดยขอให้ศาลมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ในการประชุมครั้งที่ 78/2559 และทุเลาการบังคับตามใบรับแจ้งการก่อสร้างอาคารของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ออกให้แก่ผู้ร้องสอดไว้เป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษา ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ในการประชุมครั้งที่ 78/2559 ที่ให้ความเห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมโครงการพิพากษาของผู้ร้องสอดและแบบแปลนในส่วนบ่อหรือระบบบำบัดน้ำเสียจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ออกใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร ตามมาตรา 39 ตรี โดยอาศัยมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4

และแบบแปลนในส่วนนี้เป็นฐานของการรับแจ้ง จึงทำให้ใบรับแจ้งน่าจะไม่ใช่ข้อด้วยกฎหมายไปด้วย จึงเป็นที่เห็นได้ว่า หากปล่อยให้มีการก่อสร้างอาคารพิพาทต่อไปอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลังต่อผู้ฟ้องคดีและต่อเจ้าของสิ่งก่อสร้างหรือที่ดินอยู่ติดกับอาคารพิพาทหรือใกล้เคียง รวมทั้งต่อผู้ร้องสอดเองในที่สุด ศาลปกครองชั้นต้นจึงมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ในการประชุมครั้งที่ 78/2559 และทุเลาการบังคับตามใบรับแจ้ง ตามมาตรา 39 ตรี ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไว้เป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษา จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 และผู้ร้องสอด ยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่มีคำสั่ง ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 อ้างว่าคำสั่งทางปกครอง ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มีฐานะเป็นเพียงคำสั่งทางปกครองที่ให้สิทธิกับผู้รับคำสั่ง (ผู้ร้องสอด) ในการนำผล ของการให้ความเห็นชอบกับรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมโครงการพิพาทไปใช้ประกอบการ ยื่นขออนุญาตหรือแสดงความจำนงเพื่อขอใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร โครงการพิพาท อันเป็นการเตรียมการจัดทำคำสั่งทางปกครองอีกคำสั่งหนึ่งซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครอง ในขั้นสุดท้าย มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 จึงยังไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นคำชี้แจงว่า คำสั่งทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษา คุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 49 มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลก่อให้เกิดผู้ร้องสอด เกิดสิทธิในการนำความเห็นชอบต่อรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของโครงการพิพาทไปใช้ประกอบการ ในการยื่นหนังสือแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร ตามมาตรา 39 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติ ควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ซึ่งตามบทบัญญัติดังกล่าว เมื่อผู้ร้องสอดได้แจ้งข้อมูลและยื่นเอกสารหลักฐาน ครบถ้วนแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่นมีหน้าที่ออกใบรับแจ้งตามมาตรา 39 ตรี ถือเป็นใบอนุญาตก่อสร้างชั่วคราวก่อนที่จะออกใบอนุญาตก่อสร้างถาวร ใบรับแจ้งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่ง ทางปกครองที่ทำให้ผู้ร้องสอดเกิดสิทธิในการก่อสร้างอาคารโครงการพิพาทได้ จึงเห็นได้ว่าการพิจารณา ออกใบรับแจ้งตามมาตรา 39 ตรี นั้น เป็นอำนาจผูกพันเจ้าหน้าที่ ไม่ใช่กรณีที่เจ้าหน้าที่สามารถใช้ดุลพินิจ ในการพิจารณาออกใบรับแจ้งหรือไม่ก็ได้แต่อย่างใด ดังนั้นการพิจารณาของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ที่ให้ความเห็นชอบ กับรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมโครงการพิพาทจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์แล้ว ไม่มีขั้นตอนใดที่ต้องนำกลับมาทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 พิจารณาอีก จึงไม่ใช่ขั้นตอนการเตรียมการออกคำสั่ง ทางปกครองตามที่กล่าวอ้าง

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ในการประชุมครั้งที่ 78/2559 รับเอาคำรับรอง ตามหนังสือทั้งสองฉบับของบุคคลธรรมดาแทนคำรับรองของสถาบันที่เชื่อถือได้ และเห็นชอบรายงาน การวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของผู้ร้องสอด ยังมีปัญหาว่าเป็นไปโดยถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือไม่ ดังนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ออกใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร ตามมาตรา 39 ตรี (แบบ ยผ. 4) ซึ่งมีผลทางกฎหมายก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ร้องสอดที่จะก่อสร้างอาคารตามที่แจ้งไว้ได้ตั้งแต่วันที่



ผู้ร้องสอดได้รับใบแจ้งตามมาตรา 39 ตี วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 น่าจะมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นจะได้ดำเนินการสอบสวนพิจารณา ในเนื้อหาของคดีต่อไป การให้คำสั่งทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ตามใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร ตามมาตรา 39 ตี (แบบ ยผ. 4) มีผลบังคับต่อไป อาจทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลังได้ และการที่ศาลมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ตามใบรับแจ้งการก่อสร้างดังกล่าวไว้เป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาจะมีผลเพียงชะลอ การก่อสร้างอาคารตามโครงการของผู้ร้องสอดไว้เท่านั้น เมื่อคำนึงถึงความรับผิดชอบของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองแล้ว การให้ทุเลาการบังคับตามใบอนุญาตก่อสร้างอาคารที่พิพาทจะไม่ใช่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐ หรือแก่การบริการสาธารณะแต่อย่างใด เนื่องจากเป็นการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย ในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ศาลปกครองสูงสุดจึงมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

2. บทวิเคราะห์

2.1 สถานะทางกฎหมายของใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร ตามมาตรา 39 ตี

ใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร ตามมาตรา 39 ตี (แบบ ยผ.4) เป็นเอกสารตามกฎหมายควบคุมอาคารที่ได้รับการกำหนดไว้ตามประกาศคณะกรรมการควบคุมอาคาร เรื่อง กำหนดแบบที่ใช้ในการดำเนินการตามมาตรา 39 ทวิ และมาตรา 39 ตี และหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้ข้อมูลและการแจ้งสิทธิในการแสดงความคิดเห็นต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น แก่บุคคล ที่อยู่บริเวณข้างเคียงเกี่ยวกับการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือการดำเนินโครงการหรือกิจการที่เป็นอาคาร ประเภทควบคุมการใช้ ตามมาตรา 32 พ.ศ. 2558 ลงวันที่ 14 กันยายน 2558 สำหรับใช้ดำเนินการ ตามมาตรา 39 ทวิ และมาตรา 39 ตี แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ให้เป็นไปในแนวทาง เดียวกัน² โดยก่อนหน้านั้น ตั้งแต่มีการแจ้งความประสงค์จะก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 39 ทวิ เป็นวิธีดำเนินการให้ได้มาซึ่งสิทธิในการก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคารที่เพิ่มขึ้นมาโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535³

² ประกาศคณะกรรมการควบคุมอาคาร เรื่อง กำหนดแบบที่ใช้ในการดำเนินการตามมาตรา 39 ทวิ และมาตรา 39 ตี และหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้ข้อมูลและการแจ้งสิทธิในการแสดงความคิดเห็น ต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น แก่บุคคลที่อยู่บริเวณข้างเคียง เกี่ยวกับการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือการดำเนินโครงการหรือกิจการ ที่เป็นอาคารประเภทควบคุมการใช้ ตามมาตรา 32 พ.ศ. 2558, (2558, 13 ตุลาคม), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 132 ตอนพิเศษ 251 ง., น. 40-41.

³ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535, (2535, 6 เมษายน), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 109 ตอนที่ 39., น. 8-10.

เอกสารดังกล่าวอาจเรียกว่า ใบรับแจ้งความประสงค์จะก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอนหรือเคลื่อนย้ายอาคาร หรือเปลี่ยนการใช้อาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 39 ทวิ ดังที่ปรากฏในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 37/2556 ใบรับหนังสือแจ้งความประสงค์จะก่อสร้างอาคารโดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 39 ทวิ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 652/2559 หรือใบรับหนังสือแจ้งความประสงค์จะก่อสร้างอาคาร ดัดแปลงอาคาร หรือเคลื่อนย้ายอาคารตามมาตรา 39 ทวิ (แบบ กทม.6) ตามประกาศกรุงเทพมหานคร ที่ ป. 280/2535 เรื่อง กำหนดแบบหนังสือแจ้งความประสงค์จะก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคาร หรือเปลี่ยนการใช้อาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่น แบบใบรับแจ้ง และแบบหนังสือ แจ้งให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นตรวจสอบการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือเคลื่อนย้ายอาคาร ลงวันที่ 3 กันยายน 2535 สำหรับใช้ในเขตกรุงเทพมหานคร⁴ ซึ่งถูกยกเลิกโดยประกาศกรุงเทพมหานคร เรื่อง กำหนดแบบหนังสือ แจ้งให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นตรวจสอบการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือเคลื่อนย้ายอาคาร ลงวันที่ 19 กรกฎาคม 2564⁵ ทั้งนี้ ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 185/2566 ก็ปรากฏชื่อใบรับหนังสือแจ้งความประสงค์ จะก่อสร้างอาคารตามมาตรา 39 ทวิ เลขที่ 101/2550 และเลขที่ 117/2550 ว่า ใบรับแจ้ง ใบรับแจ้งก่อสร้างอาคาร ใบรับแจ้งการก่อสร้างอาคาร ใบรับหนังสือแจ้งความประสงค์ก่อสร้างอาคาร และใบรับหนังสือแจ้งความประสงค์ จะก่อสร้างอาคารตามมาตรา 39 ทวิ สลับไปมาในหลายส่วนโดยไม่มีรูปแบบที่สามารถอธิบายได้ แต่เป็นที่เข้าใจ ได้ว่าเอกสารทั้งหมดหมายถึงเอกสารชนิดเดียวกัน และบทวิเคราะห์คดีนี้จะเรียกเอกสารดังกล่าวโดยรวม แบบย่อว่า “ใบรับแจ้ง” ตามที่ปรากฏในประกาศคณะกรรมการควบคุมอาคาร เรื่อง กำหนดแบบฯ ลงวันที่ 14 กันยายน 2558

นอกจากเอกสารประเภทนี้จะมีชื่อเรียกที่ไม่ชัดเจน สถานะทางกฎหมาย ของใบรับแจ้งก็ยังไม่ชัดเจนนัก ดังที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 8/2562 ว่า การให้ทุเลาการบังคับตามใบอนุญาตก่อสร้างอาคารที่พิพาทจะไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐ หรือแก่การบริการสาธารณะแต่อย่างใด ซึ่งเข้าใจได้ว่า “ใบอนุญาตก่อสร้างอาคารที่พิพาท” หมายถึง ใบรับแจ้งการก่อสร้างอาคารตามมาตรา 39 ทวิ ที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ออกให้ผู้ร้องสอด ในทำนองเดียวกับ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 14/2561 ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ถึงแม้ต่อมาศาลจะมีคำพิพากษา ให้เพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างอาคารดังกล่าวตามคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งสาม แต่การรื้อถอนอาคาร ก็มีได้เป็นการเยียวยาแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสามได้รับไปแล้ว และการให้ทุเลาการบังคับ ตามใบอนุญาตก่อสร้างอาคารที่พิพาทจะไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐ โดย “ใบอนุญาตก่อสร้าง อาคารดังกล่าว” และ “ใบอนุญาตก่อสร้างอาคารที่พิพาท” ย่อมหมายถึง ใบรับแจ้งการก่อสร้างอาคาร

⁴ สหประชาชาติ ปกีสยาม ในพระบรมราชูปถัมภ์, กำหนดแบบหนังสือแจ้งให้ตรวจสอบการก่อสร้าง, 2564, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://asa.or.th/laws/news20211018/> เมื่อ 7 กุมภาพันธ์ 2567.

⁵ ประกาศกรุงเทพมหานคร เรื่อง กำหนดแบบหนังสือแจ้งให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นตรวจสอบการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือเคลื่อนย้ายอาคาร, (2564, 7 ตุลาคม), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 138 ตอนพิเศษ 246 ง., น. 29.



ตามมาตรา 39 ตรี ที่ผู้ผูกฟ้องคดีที่ 6 ออกให้ผู้ร้องสอด การถือว่าใบรับแจ้งการก่อสร้างอาคารเป็นใบอนุญาตก่อสร้างอาคารประเภทหนึ่ง หรือการแจ้งความประสงค์จะก่อสร้างอาคารเป็นการขออนุญาตก่อสร้างอาคารวิธีการหนึ่ง เป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปในทางวิชาการหลากหลายสาขา⁶ แต่การที่ผู้ฟ้องคดีในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 8/2562 เห็นว่า ใบรับแจ้งตามมาตรา 39 ตรี ถือเป็นใบอนุญาตก่อสร้างชั่วคราวก่อนที่จะออกใบอนุญาตก่อสร้างถาวรนั้นต่างออกไป เพราะหากใบรับแจ้งการก่อสร้างอาคารเป็นใบอนุญาตก่อสร้างอาคารประเภทหนึ่ง ใบรับแจ้งการก่อสร้างอาคารย่อมมีความสมบูรณ์ในตัวและไม่จำเป็นต้องออกใบอนุญาตก่อสร้างถาวรในภายหลัง

2.1.1 ใบรับแจ้งการก่อสร้างอาคารเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่

การที่บุคคลจะก่อสร้างอาคารบนที่ดินของตนหรือที่ดินซึ่งตนมีสิทธิก่อสร้างเป็นการใช้สิทธิในทรัพย์สินซึ่งได้รับการรับรองไว้ตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และการจำกัดสิทธิดังกล่าวต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติตามมาตรา 37 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน⁷ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เป็นกฎหมายที่ควบคุมการใช้สิทธิดังกล่าวเพื่อความปลอดภัย การป้องกันอัคคีภัย การสาธารณสุข การรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การผังเมือง การสถาปัตยกรรม และการอำนวยความสะดวกแก่การจราจร⁸ โดยมีมาตรา 21 ที่กำหนดว่า ผู้ใดจะก่อสร้าง ดัดแปลง หรือเคลื่อนย้ายอาคารต้องได้รับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่น หรือแจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น และดำเนินการตามมาตรา 39 ทวิ สิทธิในการก่อสร้างอาคารจึงไม่ใช่สิทธิที่บุคคลมีได้ด้วยตนเองเมื่อมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่จะก่อสร้างอาคาร แต่เป็นสิทธิที่บุคคลต้องกระทำการยื่นคำขอรับใบอนุญาตหรือแจ้งความประสงค์ต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น กรณีที่เป็นการยื่นคำขอรับใบอนุญาต เจ้าพนักงานท้องถิ่นจะตรวจพิจารณาและออกใบอนุญาต หรือมีหนังสือแจ้งคำสั่งไม่อนุญาตพร้อมด้วยเหตุผลตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่าใบอนุญาตและหนังสือแจ้งคำสั่งไม่อนุญาตเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่กรณีที่เป็นการแจ้งความประสงค์ต่อเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 39 ทวิ วรรคหนึ่ง ซึ่งเจ้าพนักงานท้องถิ่นจะออกใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร ตามมาตรา 39 ตรี แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ยังคงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า ใบรับแจ้งดังกล่าวเป็นคำสั่ง

⁶ อริย์รัช บุญถึง, “เสรีนิยมใหม่ในคำพิพากษา : วิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองกลางคดีเพิกถอนคำสั่งอนุญาตก่อสร้างคอนโดมิเนียมหรรุ,” รัฐศาสตร์สาร ปีที่ 43 ฉบับที่ 3, 2565, น. 60 (60-95); สุพัฒน์ เลหาเพียงศักดิ์, “การนำหลักธรรมาภิบาลไปปฏิบัติในสำนักงานเขต ศึกษากรณีการขอใบอนุญาตก่อสร้าง” (เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตรนักบริหารการยุติธรรมทางปกครองระดับสูง รุ่นที่ 6, วิทยาลัยการยุติธรรมทางปกครอง สำนักงานศาลปกครอง, 2558), น. 6-8; อมร พิมาณมาศ, การยื่นขออนุญาตตามมาตรา 39 ทวิ กับความรับผิดชอบของสถาปนิกและวิศวกร, 2561, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://www.yotathai.com/yotanews/39-thwi> เมื่อ 7 กุมภาพันธ์ 2567.

⁷ ในทำนองเดียวกับมาตรา 41 และมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในเวลาที่มูลคดีเกิดขึ้น

⁸ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522, (2522, 14 พฤษภาคม), ราชกิจจานุเบกษา, ฉบับพิเศษ เล่ม 96 ตอนที่ 80., น. 43.

ทางปกครองหรือไม่ สิทธิในการก่อสร้างอาคารมีอยู่ก่อนแล้ว หรือเกิดขึ้นเมื่อผู้แจ้งแจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น หรือเกิดขึ้นเมื่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นออกใบรับแจ้งให้แก่ผู้แจ้ง

เมื่อพิจารณาคำจำกัดความของ “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁹ จะเห็นว่า คำสั่งทางปกครองประกอบด้วย 5 องค์ประกอบ ได้แก่

- (1) เป็นการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ
- (2) เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายและเป็นอำนาจทางปกครอง
- (3) มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพ

ของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล

- (4) มีผลต่อผู้รับคำสั่งเฉพาะกรณี และ
- (5) มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง¹⁰

ซึ่งเมื่อนำองค์ประกอบดังกล่าวมาพิจารณาใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลงหรือรื้อถอนอาคาร ตามมาตรา 39 ตี แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 จะพบว่า

(1) เป็นการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานท้องถิ่นซึ่งเป็นบุคคลที่ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการตามกฎหมาย จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ¹¹

(2) ใบรับแจ้งดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายคือ ตามมาตรา 39 ตี แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นอำนาจทางปกครอง

⁹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 5 “ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

ฯลฯ

ฯลฯ”

¹⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2554, กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, น. 128-138.

¹¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 5 “ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“เจ้าหน้าที่” หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม

ฯลฯ

ฯลฯ”



(3) ใบรับแจ้งมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้แจ้งและเจ้าพนักงานท้องถิ่น เพื่อยืนยันว่า เจ้าพนักงานท้องถิ่นได้ทราบความประสงค์ ตลอดจนได้รับข้อมูล เอกสารและหลักฐาน จากผู้แจ้ง และได้รับชำระค่าธรรมเนียมการตรวจแบบแปลนการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร ครบถ้วนแล้ว และมีผลเป็นการรับรองว่า ผู้แจ้งมีสิทธิก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารตามที่ได้แจ้งไว้ได้ ตั้งแต่วันที่ผู้แจ้งได้รับใบรับแจ้ง เป็นผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิของผู้รับแจ้ง รวมทั้งมีผลเป็นการกำหนด ให้ผู้แจ้งก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารตามที่ได้แจ้งไว้ภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันที่ได้ออกใบรับแจ้ง มิเช่นนั้น ให้ถือว่าผู้แจ้งไม่ประสงค์จะก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารตามใบรับแจ้งอีกต่อไป และให้ใบรับแจ้ง เป็นอันยกเลิก อันเป็นผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิและหน้าที่ของผู้รับแจ้ง

(4) ใบรับแจ้งมีผลต่อผู้แจ้งความประสงค์จะก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอน อาคาร เป็นการเฉพาะกรณี โดยไม่ได้ให้สิทธิดังกล่าวแก่บุคคลอื่น

(5) ใบรับแจ้งมีผลโดยตรงต่อผู้แจ้งความประสงค์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง ใบรับแจ้งการก่อสร้างอาคารจึงเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง และมีองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองทั้ง 5 องค์ประกอบ เช่นเดียวกับใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร ซึ่งต่อมา หากเจ้าพนักงานท้องถิ่นตรวจพบเหตุไม่ถูกต้องภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันที่ได้ออกใบรับแจ้ง ในกรณีที่ผู้แจ้งไม่ก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร หรือนับแต่วันที่เริ่มการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร แล้วแต่กรณี และเจ้าพนักงานท้องถิ่นมีหนังสือแจ้งข้อทักท้วงให้ผู้แจ้งดำเนินการแก้ไข ให้ถูกต้อง หนังสือแจ้งข้อทักท้วงดังกล่าวก็จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิ และหน้าที่ของผู้รับแจ้งอีกฉบับหนึ่ง

นอกจากนี้ ยังมีรูปแบบของการกระทำที่เกิดขึ้นในแดนของกฎหมายปกครอง อีกรูปแบบหนึ่ง ซึ่งไม่ได้มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง คือ คำมั่นว่าจะกระทำการทางปกครอง หรือคำมั่นทางปกครอง ซึ่งมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาของเจ้าหน้าที่ที่ผูกพันตนเอง กับบุคคลเฉพาะรายว่าจะดำเนินการหรือไม่ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น คำมั่นว่าจะออกคำสั่งทางปกครอง ถึงแม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับคำมั่นทางปกครอง และยังมีกรณีถกเถียงว่าคำมั่นดังกล่าว เป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ โดยมีข้อเสนอแนะว่าต้องนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับ กับคำมั่นทางปกครองด้วยโดยอนุโลม¹² แต่ใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร ตามมาตรา 39 ตรี แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ก็ไม่มีลักษณะของคำมั่นทางปกครอง เนื่องจากใบรับแจ้งได้ทำให้ผู้แจ้ง มีสิทธิก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารตามที่ได้แจ้งไว้แล้ว และคำสั่งทางปกครองที่จะเกิดขึ้นภายหลังใบรับแจ้ง เช่น หนังสือแจ้งข้อทักท้วงให้ผู้แจ้งดำเนินการแก้ไขการแจ้งข้อมูลหรือยื่นเอกสารและหลักฐานตามมาตรา 39 ทวิ ให้ถูกต้องตามมาตรา 39 ตรี วรรคสาม (1) หนังสือแจ้งข้อทักท้วงให้ผู้แจ้งแก้ไขแผนผังบริเวณ แบบแปลน รายการประกอบแบบแปลน หรือรายการคำนวณดังกล่าว ให้ถูกต้องตามมาตรา 39 ตรี วรรคสาม (2)

¹² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2554, กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, น. 147-148.

หนังสือแจ้งข้อทักท้วงให้ผู้แจ้งดำเนินการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารดังกล่าวให้ถูกต้องตามมาตรา 39 ตรี วรรคสาม (3) หรือคำสั่งยกเลิกใบรับแจ้งที่ได้ออกไว้ตามมาตรา 39 ตรี วรรคสี่ มิได้เกิดจากคำมั่นใด ๆ แต่เกิดจากเงื่อนไขตามกฎหมาย

2.1.2 ใบรับแจ้งการก่อสร้างอาคารเป็นใบอนุญาตหรือไม่

การวิเคราะห์ว่า ใบรับแจ้งการก่อสร้างอาคารเป็นใบอนุญาตหรือไม่ไม่ใช่การวิเคราะห์ว่า ใบรับแจ้งการก่อสร้างอาคารต่างจากใบอนุญาตอย่างไร แต่เป็นการวิเคราะห์ลักษณะเฉพาะของใบอนุญาต และความแตกต่างระหว่างใบอนุญาตกับคำสั่งทางปกครองประเภทอื่น โดยการพิจารณาประเภทของคำสั่งทางปกครองจากตัวอย่างคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งมีคำสั่งทางปกครองหลายประเภทปรากฏในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 อย่างชัดเจน ดังนี้

(1) การสั่งการ เช่น การสั่งให้บุคคลรื้อถอนอาคารทั้งหมดหรือบางส่วนตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 (การสั่งบังคับให้กระทำการ) และคำสั่งห้ามมิให้บุคคลใดใช้หรือเข้าไปในส่วนตัว ๆ ของอาคารตามมาตรา 40 (2) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน (การสั่งห้ามมิให้กระทำการ)

(2) การอนุญาต เช่น การออกใบอนุญาตก่อสร้าง ดัดแปลง เคลื่อนย้ายหรือรื้อถอนอาคารตามมาตรา 25 ประกอบกับมาตรา 21 และมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

(3) การอนุมัติ เช่น การอนุมัติปริญญาบัตร การอนุมัติให้ข้าราชการลาออกจากราชการ การอนุมัติให้ข้าราชการเบิกค่าเช่าบ้านหรือค่ารักษาพยาบาล ทั้งนี้ การอนุมัติบางกรณีอาจไม่ใช่คำสั่งทางปกครองแต่เป็นขั้นตอนภายในฝ่ายปกครอง เช่น ขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครองหรือขั้นตอนการออกกฎ

(4) การวินิจฉัยอุทธรณ์ โดยอาจเป็นการวินิจฉัยข้อโต้แย้งคำสั่งทางปกครองหรือการวินิจฉัยข้อร้องทุกข์ก็ได้¹³ เช่น การวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

(5) การรับรอง เช่น การออกใบรับรองการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือเคลื่อนย้ายอาคาร โดยถูกต้องตามที่ได้รับใบอนุญาตหรือที่ได้แจ้งไว้ตามมาตรา 32 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และการออกใบรับรองการตรวจสอบสภาพอาคารตามมาตรา 32 ตรี วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

¹³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 : 2562, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 26.



(6) การรับจดทะเบียน เช่น การรับขึ้นทะเบียนผู้ตรวจสอบตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

แต่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มิได้กำหนดคำจำกัดความของคำสั่งทางปกครองแต่ละประเภทไว้ จึงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 ซึ่งตราขึ้นเนื่องจากปัจจุบันมีกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตจำนวนมาก การประกอบกิจการของประชาชนจะต้องขออนุญาตจากส่วนราชการหลายแห่ง พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 จึงเป็นกฎหมายกลางที่จะกำหนดขั้นตอนและระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาต¹⁴ และใช้บังคับกับบรรดาการอนุญาต การจดทะเบียนหรือการแจ้งที่มีกฎหมายหรือกฎกำหนดให้ต้องขออนุญาต จดทะเบียน หรือแจ้ง ก่อนจะดำเนินการใดตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดคำจำกัดความของคำว่า “อนุญาต” ไว้ตามมาตรา 4 ให้หมายความว่า การที่เจ้าหน้าที่ยินยอมให้บุคคลใดกระทำการใดที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับความยินยอมก่อนกระทำการนั้น และให้หมายความรวมถึงการออกใบอนุญาต การอนุมัติ การจดทะเบียน การขึ้นทะเบียน การรับแจ้ง การให้ประทานบัตรและการให้อาชญาบัตรด้วย¹⁵ จึงเห็นได้ว่า คำสั่งทางปกครองที่มีชื่อต่างกันอาจเป็นการอนุญาตเหมือนกันก็ได้ หากเป็นการที่เจ้าหน้าที่ยินยอมให้บุคคลใดกระทำการใดที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับความยินยอมก่อนกระทำการนั้น

และเมื่อพิจารณาคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย ซึ่งเป็นการกำหนดแนวทางของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีเพื่อให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามเกี่ยวกับการออกกฎกระทรวง การกำหนดแนวทาง หรือการดำเนินการอื่นใด โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562¹⁶ ที่ได้กำหนดระดับการควบคุม กำกับดูแล หรือการแทรกแซงของรัฐเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการทำกิจกรรม การดำเนินชีวิต หรือการประกอบธุรกิจของประชาชน โดยแบ่งเป็น 4 ระดับ ดังนี้

(1) การกำหนดกฎเกณฑ์ให้ปฏิบัติตาม หมายถึง การวางกฎเกณฑ์หรือมาตรฐานให้ประชาชนปฏิบัติตาม โดยรัฐสามารถติดตามตรวจสอบการดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์หรือมาตรฐานดังกล่าวในภายหลัง

¹⁴ พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558, (2558, 22 มกราคม), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 132 ตอนที่ 4 ก., น. 8.

¹⁵ พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558, (2558, 22 มกราคม), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 132 ตอนที่ 4 ก., น. 1-2.

¹⁶ พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562, (2562, 31 พฤษภาคม), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 136 ตอนที่ 72 ก., น. 4.

(2) การจดทะเบียน หมายถึง การกำหนดให้จดทะเบียนหรือรายละเอียดบางประการต่อหน่วยงานผู้รับผิดชอบก่อนดำเนินการ โดยหน่วยงานผู้รับผิดชอบมีหน้าที่เพียงยืนยันความครบถ้วนของรายการเท่านั้น

(3) การจดทะเบียน/การขึ้นทะเบียน หมายถึง การกำกับดูแลเพื่อรับรองคุณสมบัติหรือคุณวุฒิของผู้ประกอบการ เพื่อประกอบการตัดสินใจในการใช้บริการของประชาชน หรือเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบและการส่งเสริมหรือสนับสนุนจากภาครัฐ โดยรัฐอาจกำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามได้ ทั้งนี้ หากผู้ข้อมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนด หน่วยงานของรัฐไม่อาจปฏิเสธการรับจดทะเบียนหรือขึ้นทะเบียนบุคคลนั้นได้

(4) การอนุญาต/ใบอนุญาต หมายถึง มาตรการในการควบคุมและกำกับดูแลการทำกิจกรรมหรือการประกอบธุรกิจของประชาชนที่มีความเข้มงวดสูง หรือมีความจำเป็นต้องกำหนดจำนวนหรือปริมาณ เพราะมีลักษณะที่กระทบต่อชีวิต สิทธิ เสรีภาพ สังคม หรือประโยชน์สาธารณะอย่างร้ายแรง จึงต้องห้ามประกอบกิจการหรือธุรกิจนั้นจนกว่าจะได้รับอนุญาต¹⁷

ซึ่งเมื่อพิจารณาการเกิดผลบังคับของใบรับแจ้งการก่อสร้างอาคารตามมาตรา 39 ตรี วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522¹⁸ จะเห็นว่า เมื่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นได้รับข้อมูล และเอกสารและหลักฐานจากผู้แจ้งตามมาตรา 39 ทวิ และผู้แจ้งได้ชำระค่าธรรมเนียมการตรวจแบบแปลนการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารครบถ้วนแล้ว เจ้าพนักงานท้องถิ่นต้องออกใบรับแจ้งภายในสามวันทำการนับแต่วันที่ได้รับชำระค่าธรรมเนียม และผู้แจ้งจะมีสิทธิก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารตามที่ได้แจ้งไว้ทันทีในวันที่ผู้แจ้งได้รับใบรับแจ้ง โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมใด ๆ จากเจ้าพนักงานท้องถิ่น การออกใบรับแจ้งจึงไม่ใช่การอนุญาตตามคำจำกัดความดังกล่าว และเมื่อพิจารณาระดับการควบคุมกำกับดูแล หรือการแทรกแซงของรัฐตามคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย จะเห็นว่า การออกใบรับแจ้งไม่ใช่การควบคุมและกำกับดูแลที่มีความเข้มงวดสูง แต่มีลักษณะเป็นการกำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้าม เช่น ต้องมีผู้รับผิดชอบงานออกแบบอาคารเป็นผู้ได้รับใบอนุญาต ให้เป็นผู้ประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรมควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยสถาปนิก ผู้รับผิดชอบงานออกแบบและคำนวณอาคารเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตให้เป็นผู้ประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยวิศวกร

¹⁷ คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย, (2562, 27 พฤศจิกายน), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 136 ตอนที่ 132 ก., น. 14-15.

¹⁸ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

มาตรา 39 ตรี วรรคหนึ่ง “เมื่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นได้รับข้อมูล และเอกสารและหลักฐานจากผู้แจ้งตามมาตรา 39 ทวิ และผู้แจ้งได้ชำระค่าธรรมเนียมการตรวจแบบแปลนการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารครบถ้วนแล้ว ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นออกใบรับแจ้งภายในสามวันทำการนับแต่วันที่ได้รับชำระค่าธรรมเนียมและให้ผู้แจ้งก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารตามที่ได้แจ้งไว้ได้ตั้งแต่วันที่ผู้แจ้งได้รับใบรับแจ้ง”

ผู้ควบคุมงานต้องประกอบด้วยผู้ได้รับใบอนุญาตให้เป็นผู้ประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรมควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยสถาปนิกและผู้ได้รับใบอนุญาตให้เป็นผู้ประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยวิศวกร¹⁹ (การกำหนดคุณสมบัติ) และผู้รับผิดชอบงานออกแบบอาคาร ผู้รับผิดชอบงานออกแบบและคำนวณอาคาร และผู้ควบคุมงาน ต้องไม่เป็นผู้ได้รับการแจ้งชื่อว่าได้ก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคาร โดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 49 ทวิ²⁰ (การกำหนดลักษณะต้องห้าม) ซึ่งหากผู้แจ้งมีผู้รับผิดชอบงานออกแบบอาคาร ผู้รับผิดชอบงานออกแบบและคำนวณอาคาร และผู้ควบคุมงานที่มีคุณสมบัติ และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนด เจ้าพนักงานท้องถิ่นไม่อาจปฏิเสธการออกใบรับแจ้งได้ ใบรับแจ้งจึงมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับการจดทะเบียน/การขึ้นทะเบียนมากกว่าการอนุญาต/ใบอนุญาต

¹⁹ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

มาตรา 39 ทวิ วรรคหนึ่ง “ผู้ใดจะก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร โดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นก็ได้ โดยการแจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามแบบที่คณะกรรมการควบคุมอาคารกำหนดพร้อมด้วยเอกสาร และหลักฐานตามที่ระบุไว้ในแบบดังกล่าว โดยอย่างน้อยต้องแจ้งข้อมูลและยื่นเอกสารและหลักฐาน ดังต่อไปนี้

(1) ชื่อของผู้รับผิดชอบงานออกแบบอาคาร ซึ่งเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตให้เป็นผู้ประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรมควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยสถาปนิก และต้องไม่เป็นผู้ได้รับการแจ้งชื่อตามมาตรา 49 ทวิ

(2) ชื่อของผู้รับผิดชอบงานออกแบบและคำนวณอาคาร ซึ่งเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตให้เป็นผู้ประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยวิศวกร และต้องไม่เป็นผู้ได้รับการแจ้งชื่อตามมาตรา 49 ทวิ

(3) ชื่อของผู้ควบคุมงาน ซึ่งต้องประกอบด้วยผู้ได้รับใบอนุญาตให้เป็นผู้ประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรมควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยสถาปนิก และผู้ได้รับใบอนุญาตให้เป็นผู้ประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยวิศวกร และต้องไม่เป็นผู้ได้รับการแจ้งชื่อตามมาตรา 49 ทวิ

ฯลฯ

ฯลฯ”

²⁰ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

มาตรา 49 ทวิ “ในกรณีที่มีการก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคารโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง หรือข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ และเจ้าพนักงานท้องถิ่นได้ดำเนินการตามมาตรา 40 มาตรา 41 หรือมาตรา 42 แล้วแต่กรณี แต่มิได้มีการปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่น และมีเหตุอันควรสงสัยว่าผู้รับผิดชอบงานออกแบบและคำนวณอาคาร หรือผู้รับผิดชอบงานออกแบบอาคาร หรือผู้ควบคุมงาน อาจเป็นผู้กระทำหรือมีส่วนร่วมในการกระทำความดังกล่าว ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นแจ้งให้บุคคลเช่นว่านั้นทราบ และให้มีหนังสือแสดงหลักฐานภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง เพื่อพิสูจน์ว่าเป็นการกระทำของผู้อื่น หากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นการกระทำของผู้อื่น ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นดำเนินการแจ้งชื่อและการกระทำของบุคคลเช่นว่านั้นให้คณะกรรมการควบคุมอาคารทราบ และให้แจ้งสภาวิศวกรและสภาสถาปนิกทราบเพื่อพิจารณาดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยวิศวกร และกฎหมายว่าด้วยสถาปนิก”

ในต่างประเทศมีการแจ้งเพื่อก่อสร้างอาคารด้วยเช่นกัน เช่น มาตรา 55 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติ เลขที่ 50/1976 ว่าด้วยการวางแผนการใช้ที่ดินและควบคุมอาคาร (รัฐบัญญัติควบคุมอาคาร)²¹ (Zákon č. 50/1976 Zb. Zákon o zemnom plánovaní a stavebnom poriadku (stavebný zákon))²² ของสาธารณรัฐสโลวัก กำหนดว่า การก่อสร้างและตัดแปลงอาคารจำเป็นต้องได้รับใบอนุญาตก่อสร้าง เว้นแต่กฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งมาตรา 55 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าว²³ ก็ได้กำหนด กรณีที่ก่อสร้างหรือตัดแปลงอาคารได้โดยการแจ้งล่วงหน้าหรือการจดทะเบียนต่อสำนักงานควบคุมอาคาร โดยไม่ต้องขอรับใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร และมาตรา 56 แห่งรัฐบัญญัติเดียวกัน²⁴ ได้กำหนดกรณี

²¹ รัฐบัญญัติควบคุมอาคารของสาธารณรัฐสโลวัก

มาตรา 55 วรรคหนึ่ง “การก่อสร้างอาคารจำเป็นต้องได้รับใบอนุญาตก่อสร้าง เว้นแต่รัฐบัญญัตินี้ กฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครองที่อาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัตินี้ หรือกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น สำหรับอาคารทุกประเภท โดยไม่คำนึงถึงลักษณะทางเทคนิคของการก่อสร้าง วัตถุประสงค์ หรือระยะเวลาในการก่อสร้าง ใบอนุญาตก่อสร้างอาคารมีความจำเป็นสำหรับการแก้ไขอาคาร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สำหรับการต่อเติมในแนวนอน การต่อเติมในแนวตั้ง และสำหรับการตัดแปลงอาคาร”

²² Zbierka zákonov SR - 50/1976 Zb. znenie 1. 1. 2019; THE LAND-USE PLANNING AND BUILDING ORDER ACT (THE BUILDING ACT) in Food and Agriculture Organization of the United Nations, Land Use Planning and Building Order Act No. 50/1976, [Online], retrieved from <https://www.fao.org/faolex/results/details/en/c/LEX-FAOC183199> เมื่อ 7 กุมภาพันธ์ 2567; Zákon č. 50/1976 Zb, [Online], retrieved from <https://www.zakony.preludi.sk/zz/1976-50> เมื่อ 7 กุมภาพันธ์ 2567.

²³ รัฐบัญญัติควบคุมอาคารของสาธารณรัฐสโลวัก

มาตรา 55 วรรคสอง “การแจ้งสำนักงานควบคุมอาคารนั้น เพียงพอ
ก) สำหรับโครงสร้างขนาดเล็กซึ่งทำหน้าที่เสริมอาคารหลักและไม่อาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างมีนัยสำคัญ;

ข) สำหรับการตัดแปลงอาคารที่ไม่เปลี่ยนลักษณะภายนอกของอาคารอย่างมีนัยสำคัญจนรบกวนโครงสร้างการรับน้ำหนักของอาคาร ไม่เปลี่ยนแปลงการใช้งานอาคาร และไม่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ;

ค) สำหรับงานบำรุงรักษาที่อาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของอาคาร ความปลอดภัยจากอัคคีภัยของอาคาร ลักษณะภายนอกหรือสิ่งแวดล้อมของอาคาร และสำหรับงานบำรุงรักษาทั้งปวงของอาคารที่เป็นอนุสรณ์สถานทางประวัติศาสตร์”

²⁴ รัฐบัญญัติควบคุมอาคารของสาธารณรัฐสโลวัก

มาตรา 56 “ไม่จำเป็นต้องขออนุญาตก่อสร้างหรือแจ้งล่วงหน้า
ก) สำหรับงานเหมืองแร่ อาคารเหมืองแร่ใต้พื้นดิน และสำหรับอาคารในเมืองผิวดินและในชั้นผิวดินของเมืองผิวดิน โดยต้องได้รับการอนุมัติและควบคุมดูแลโดยหน่วยงานของสำนักงานบริหารการทำเหมืองของรัฐภายใต้ระเบียบว่าด้วยการทำเหมืองแร่

ข) สำหรับสายโทรคมนาคมสาธารณะทั้งบนดินและใต้ดิน รวมทั้งจุดรองรับและจุดติดตั้ง
ค) สำหรับสิ่งประกอบระยะสั้นที่เคลื่อนที่ได้ เช่น แผงขายของ สิ่งก่อสร้างและสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับการตกแต่งพิธีการและแสงสว่างของอาคาร

ง) สำหรับโครงสร้างที่วัตถุประสงค์สำหรับการผลิตภาพยนตร์และโทรทัศน์

ฯลฯ

ฯลฯ”



ที่ก่อสร้างหรือดัดแปลงอาคารได้โดยไม่ต้องขอรับใบอนุญาตหรือแจ้งล่วงหน้า กล่าวคือ สาธารณรัฐสโลวาเกียมีการได้มาซึ่งสิทธิในการก่อสร้างหรือดัดแปลงอาคารใน 3 รูปแบบ คือ มีการก่อสร้างโดยการขอรับใบอนุญาต (permission-based constructions) เป็นหลัก และมีการก่อสร้างโดยการแจ้งล่วงหน้า (notification-based constructions) และการก่อสร้างโดยไม่ต้องขอรับใบอนุญาตหรือแจ้งล่วงหน้า หรือการก่อสร้างโดยเสรี (free constructions) เป็นข้อยกเว้น²⁵ เช่นเดียวกับรัฐบัญญัติ LXXVIII ในปี ค.ศ. 1997 (พ.ศ. 2540) ว่าด้วยการพัฒนาและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่สร้างขึ้น (Act LXXVIII of 1997 on the Development and Protection of the Built Environment)²⁶ ของประเทศฮังการี ที่กำหนดว่า กิจกรรมการก่อสร้างอาคารตามภาคผนวก 1 ของรัฐกฤษฎีกาที่ 312/2012 (XI. 8.) ว่าด้วยการดำเนินการและการกำกับดูแลกิจกรรมและการควบคุมการก่อสร้าง และการบริการของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้าง (Government decree 312/2012 (XI. 8.) on the procedures and supervision of construction activity and control, and the services of authorities related to constructions)²⁷ ให้ใช้การแจ้งเจ้าหน้าที่อย่างง่ายโดยไม่ต้องขอรับใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร เช่น การก่อสร้างอาคารที่อยู่อาศัยที่มีพื้นที่รวมไม่เกิน 300 ตารางเมตร การปรับปรุงอาคารให้ทันสมัย การเปลี่ยนแปลงส่วนหน้าของอาคาร ฯลฯ²⁸ จึงเห็นได้ว่า แม้กฎหมายควบคุมอาคารของต่างประเทศจะกำหนดให้มีการแจ้งล่วงหน้าแทนการขอรับใบอนุญาตก่อสร้างก็ตาม การแจ้งล่วงหน้าก็เป็นเพียงกรณียกเว้นสำหรับการก่อสร้างหรือดัดแปลงอาคารที่ส่งผลกระทบต่อเพียงเล็กน้อยเท่านั้น หากใช้วิธีการที่สามารถใช้แทนการขอรับใบอนุญาตได้ในทุกกรณีอย่างที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

2.1.3 ใบรับแจ้งการก่อสร้างอาคารเป็นใบอนุญาตก่อสร้างชั่วคราวหรือไม่

ตามที่คุณฟ้องคดีเห็นว่า ใบรับแจ้งตามมาตรา 39 ตรี ถือเป็นใบอนุญาตก่อสร้างชั่วคราวก่อนที่จะออกใบอนุญาตก่อสร้างถาวร ใบรับแจ้งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ทำให้ผู้ร้องสอดเกิดสิทธิในการก่อสร้างอาคารโครงการพิพาทได้ มีประเด็นที่ควรวิเคราะห์ว่า ใบรับแจ้งตามมาตรา 39 ตรี ถือเป็นใบอนุญาตก่อสร้างชั่วคราวก่อนที่จะออกใบอนุญาตก่อสร้างถาวรหรือไม่ ซึ่งตามมาตรา 39 ตรี วรรคหนึ่ง

²⁵ Roman Hamala, "Slovakia," in NGL Symbio, Construction Permits in CEE : A Comparison & Practical Guide, 2020, p. 21.

²⁶ Act LXXVIII of 1997 on the Formation and Protection of the Built Environment in United Nations Environment Programme, Act LXXVIII of 1997 on the Development and Protection of the Built Environment, [Online], retrieved from <https://leap.unep.org/en/countries/hu/national-legislation/act-lxxviii-1997-development-and-protection-built-environment> เมื่อ 7 กุมภาพันธ์ 2567.

²⁷ BRECO, HU legislation, [Online], retrieved from <https://interreg-rohu.eu/en/hu-legislation/> เมื่อ 7 กุมภาพันธ์ 2567.

²⁸ Gábor Erdős, "Hungary," in NGL Symbio, Construction Permits in CEE : A Comparison & Practical Guide, 2020, p. 12.

เมื่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นได้ออกใบรับแจ้งและได้แจ้งให้ผู้แจ้งทราบ ผู้แจ้งจะมีสิทธิก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารตามที่ได้แจ้งไว้ในทันที ตั้งแต่วันที่ผู้แจ้งได้รับใบรับแจ้ง โดยที่พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มิได้กำหนดให้มีขั้นตอนการออกใบอนุญาตก่อสร้างอีก ใบรับแจ้งจึงไม่ใช่ใบอนุญาตก่อสร้างชั่วคราวก่อนออกใบอนุญาตก่อสร้างถาวร

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่อาจวิเคราะห์ต่อไปได้ว่า “ใบอนุญาตก่อสร้างชั่วคราว” มีความหมายอย่างไร และมีผลทางกฎหมายหรือไม่ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกำหนด คำจำกัดความของคำว่า “ใบอนุญาตก่อสร้างชั่วคราว” หรือแม้แต่ “คำสั่งทางปกครองชั่วคราว” เอาไว้ และยังไม่มีความเห็นทางกฎหมายที่อธิบายเรื่องดังกล่าวโดยตรงเช่นกัน จึงอาจพิจารณาจากความหมายของคำว่า “ชั่วคราว” ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ที่หมายความว่า ชั่วระยะเวลาไม่นาน ไม่ประจำ ไม่ตลอดไป ซึ่งเมื่อนำมาพิจารณาลักษณะของใบรับแจ้งตามมาตรา 39 ตรี วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522²⁹ ที่อาจเป็นอันยกเลิกได้โดยผลของกฎหมาย หากผู้แจ้งไม่ก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารตามที่ได้แจ้งไว้ภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันที่ได้ออกใบรับแจ้ง ใบรับแจ้งจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีเงื่อนไขสิ้นสุด เป็นข้อกำหนดประกอบคำสั่งทางปกครองในทำนองเดียวกัน กับการที่ใบอนุญาตชั่วคราวจะสิ้นผลลงเมื่อครบกำหนดเวลาตามพระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522³⁰

จึงอาจสรุปได้ว่า ใบรับแจ้งตามมาตรา 39 ตรี แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ไม่มีลักษณะเป็นใบอนุญาตก่อสร้างชั่วคราวก่อนการออกใบอนุญาตก่อสร้างถาวร แต่อาจถือว่าเป็นใบอนุญาตก่อสร้างชั่วคราวได้ในแง่ที่ว่า ใบรับแจ้งอาจเป็นอันยกเลิกไป หากผู้แจ้งไม่ก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารตามที่ได้แจ้งไว้ภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันที่ได้ออกใบรับแจ้ง

2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองตามระบบอนุญาต

เมื่อพิจารณาการเกิดผลบังคับของใบรับแจ้งการก่อสร้างอาคารตามมาตรา 39 ตรี วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เปรียบเทียบกับการเกิดผลบังคับของใบอนุญาตก่อสร้างอาคารตามมาตรา 25 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522³¹ พบว่า เมื่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นได้รับข้อมูล และเอกสารและหลักฐานจากผู้แจ้งตามมาตรา 39 ทวิ และผู้แจ้งได้ชำระค่าธรรมเนียม

²⁹ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

มาตรา 39 ตรี วรรคสอง “ในกรณีที่ผู้แจ้งไม่ก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารตามที่ได้แจ้งไว้ภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันที่ได้ออกใบรับแจ้ง ให้ถือว่าผู้แจ้งไม่ประสงค์จะก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารตามใบรับแจ้งอีกต่อไป และให้ใบรับแจ้งเป็นอันยกเลิก”

³⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2554, กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, น. 148-149.

³¹ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

มาตรา 25 วรรคหนึ่ง “ในกรณีที่เป็นที่ยื่นคำขอรับใบอนุญาต ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นตรวจพิจารณาและออกใบอนุญาตหรือมีหนังสือแจ้งคำสั่งไม่อนุญาตพร้อมด้วยเหตุผล ให้ผู้ขอรับใบอนุญาตทราบภายในสี่สิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ”



การตรวจแบบแปลนการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารครบถ้วนแล้ว เจ้าพนักงานท้องถิ่นจะมีหน้าที่ต้องออกใบรับแจ้งภายในสามวันทำการนับแต่วันที่ได้รับชำระค่าธรรมเนียม และผู้แจ้งจะมีสิทธิก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคารตามที่ได้แจ้งไว้ได้ตั้งแต่วันที่ผู้แจ้งได้รับใบรับแจ้ง โดยเจ้าพนักงานท้องถิ่น ไม่อาจปฏิเสธการออกใบรับแจ้งได้ อันเป็นลักษณะของการควบคุม กำกับดูแล หรือแทรกแซงของรัฐ ในระดับการจดทะเบียนและการขึ้นทะเบียนตามคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย³² หน้าที่ดังกล่าว ในการออกใบรับแจ้งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นเป็นผลทางกฎหมาย (Rechtsfolge) ที่เกิดขึ้นเมื่อองค์ประกอบ ส่วนเหตุ (Tatbestand) ครบถ้วน ทำให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นต้องมีคำสั่งทางปกครองตามที่ผูกพันต่อกฎหมาย (gebundene Entscheidung)³³ หากผู้แจ้งดำเนินการครบถ้วนตามกฎหมายแต่เจ้าพนักงานท้องถิ่นไม่ออกใบรับแจ้ง ให้แก่ผู้แจ้ง การปฏิเสธของเจ้าพนักงานท้องถิ่นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย หน้าที่เช่นนี้เป็นอำนาจทางปกครอง ในลักษณะอำนาจผูกพัน (mandatory power)³⁴ ในขณะที่กรณีการยื่นคำขอรับใบอนุญาต เจ้าพนักงานท้องถิ่น จะมีหน้าที่ตรวจพิจารณาและออกใบอนุญาต หรือมีหนังสือแจ้งคำสั่งไม่อนุญาตพร้อมด้วยเหตุผล ให้ผู้ขอรับใบอนุญาตทราบภายในสี่สิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ แม้ว่าผู้ขอรับใบอนุญาตจะดำเนินการ ครบถ้วนตามองค์ประกอบส่วนเหตุแล้ว เจ้าพนักงานท้องถิ่นยังคงมีอำนาจใช้และต้องใช้ดุลพินิจ (Ermessen)³⁵ เลือกผลทางกฎหมายที่เหมาะสมตามดุลพินิจจากผลทางกฎหมายหลายผลภายในขอบเขตของกฎหมาย อำนาจทางปกครองนี้ คือ ลักษณะของอำนาจดุลพินิจ (discretionary power)³⁶

การกระทำทางปกครองโดยใช้อำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจมีผลต่อการควบคุม ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยศาลปกครองด้วย กล่าวคือ ในการตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่ใช้อำนาจผูกพัน ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบ เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายในความสัมพันธ์ระหว่างองค์ประกอบส่วนเหตุและผลทางกฎหมาย เช่น ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบว่า ผู้แจ้งได้แจ้งข้อมูลและยื่นเอกสารและหลักฐานครบถ้วนตามที่กฎหมาย กำหนดหรือไม่ และผู้แจ้งได้ชำระค่าธรรมเนียมครบถ้วนหรือไม่ ซึ่งเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเพื่อนำไปพิจารณา ถึงความสัมพันธ์กับผลทางกฎหมาย คือ การออกใบรับแจ้งว่า เจ้าพนักงานท้องถิ่นได้ออกใบรับแจ้งหรือปฏิเสธ

³² คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย, (2562, 27 พฤศจิกายน), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 136 ตอนที่ 132 ก., น. 14-15.

³³ Lennart Alexy, Andreas Fisahn, Susanne Hähnchen, Tobias Mushoff, und Uwe Trepte, "Entscheidung, gebundene," Das Rechtslexikon : Begriffe, Grundlagen, Zusammenhänge, 2. Auflage : 2023, Bonn : Verlag JHW Dietz Nachf.

³⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2554, กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, น. 75.

³⁵ Lennart Alexy, Andreas Fisahn, Susanne Hähnchen, Tobias Mushoff, und Uwe Trepte, "Ermessen," Das Rechtslexikon : Begriffe, Grundlagen, Zusammenhänge, 2. Auflage : 2023, Bonn : Verlag JHW Dietz Nachf.

³⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2554, กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, น. 75-76.

การออกใบรับแจ้งโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ดังที่ปรากฏในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 8/2562 ว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อาศัยมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ในการประชุมครั้งที่ 78/2559 ซึ่งเห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมโดยรับเอาคำรับรองของบุคคลธรรมดาแทนคำรับรองของสถาบันที่เชื่อถือได้ (เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ) ในการออกใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร ตามมาตรา 39 ตรี (แบบ ยผ. 4) (เป็นผลทางกฎหมาย) น่าจะมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย จึงเห็นได้ว่า การใช้อำนาจผูกพันในการออกใบรับแจ้งนี้ไม่มีการใช้ดุลพินิจโดยเจ้าพนักงานท้องถิ่นเลย

ในขณะที่การออกใบอนุญาตตามมาตรา 25 ซึ่งเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจ เมื่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นตรวจพิจารณาคำขอรับใบอนุญาตแล้ว เจ้าพนักงานท้องถิ่นอาจออกใบอนุญาต หรือมีหนังสือแจ้งคำสั่งไม่อนุญาตพร้อมด้วยเหตุผลตามความเหมาะสมจากการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานท้องถิ่น ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในความสัมพันธ์ระหว่างองค์ประกอบส่วนเหตุ และผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับการตรวจสอบการใช้อำนาจผูกพัน รวมถึงความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจแต่ไม่ใช่การตรวจสอบความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 915/2561 ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การพิจารณาออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการกำหนดผังการจัดสรรที่ดินนั้นด้วย หากการพิจารณาอนุญาตกระทำโดยฝ่าฝืนหรือขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการจัดสรรที่ดินตามที่ผังการจัดสรรที่ดินของโครงการหมู่บ้านกำหนดไว้ ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (ผู้อำนวยการเขต) จึงมีหน้าที่ต้องตรวจสอบว่าการขออนุญาตก่อสร้างอาคารเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของผู้จัดสรรที่ดินที่กำหนดผังการจัดสรรที่ดิน ให้เป็นที่อยู่อาศัยประเภทบ้านเดี่ยวหรือไม่ เมื่อการพิจารณาออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ทำให้ผู้ร้องสอดซึ่งเป็นเจ้าของอาคารอยู่อาศัยรวมได้รับประโยชน์จากระบบสาธารณูปโภคของโครงการหมู่บ้านมากกว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสิบหกและผู้ซื้อที่ดินรายอื่น จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงสิทธิประโยชน์ของผู้ซื้อที่ดินส่วนรวมที่ต้องได้รับผลกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่ที่ไม่เหมาะสมในการอยู่อาศัยอย่างปกติสุขภายในหมู่บ้านจัดสรร ใบอนุญาตก่อสร้างอาคารดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเห็นได้ว่าการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของใบอนุญาตก่อสร้างอาคารอันเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจต้องพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจด้วย

3. สรุป

ใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร ตามมาตรา 39 ตรี แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เป็นเอกสารตามกฎหมายควบคุมอาคารที่ถูกเข้าใจว่าเป็นใบอนุญาตก่อสร้างประเภทหนึ่ง หรือเป็นใบอนุญาตก่อสร้างชั่วคราวก่อนออกใบอนุญาตก่อสร้างถาวร รวมถึงไม่มั่นใจว่าเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ แต่เมื่อพิจารณาคำจำกัดความของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คำว่า “อนุญาต” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติ



การอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 ประกอบกับคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย และคำว่า “ชั่วคราว” ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ร่วมกับลักษณะของใบรับแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร ตามมาตรา 39 ตรี แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 จึงพบว่า ใบรับแจ้งเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะใกล้เคียงกับการรับจดทะเบียนหรือการขึ้นทะเบียนมากกว่าการอนุญาตหรือการออกใบอนุญาต และไม่ได้เป็นใบอนุญาตก่อสร้างชั่วคราวก่อนออกใบอนุญาตก่อสร้างถาวร ซึ่งทำให้เห็นว่า การออกใบรับแจ้งการก่อสร้างเป็นการใช้อำนาจผูกพัน ในขณะที่การพิจารณาออกใบอนุญาตก่อสร้างเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของใบรับแจ้งจึงเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายระหว่างองค์ประกอบส่วนเหตุกับผลทางกฎหมายโดยไม่มีการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของใบอนุญาตมีการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วย

คำสำคัญ : กฎหมายควบคุมอาคาร, ใบอนุญาต, ใบรับแจ้ง, อำนาจผูกพัน, อำนาจดุลพินิจ, ระบบอนุญาต, การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย

Keywords : building control law, permit, receipt of notification, mandatory power, discretionary power, permit system, legality review

บรรณานุกรม

BRECO, HU legislation, [Online], retrieved from <https://interreg-rohu.eu/en/hu-legislation/> เมื่อ 7 กุมภาพันธ์ 2567.

Food and Agriculture Organization of the United Nations, Land Use Planning and Building Order Act No. 50/1976, [Online], retrieved from <https://www.fao.org/faolex/results/details/en/c/LEX-FAOC183199> เมื่อ 7 กุมภาพันธ์ 2567.

Lennart Alexy, Andreas Fisahn, Susanne Hähnchen, Tobias Mushoff, und Uwe Trepte, Das Rechtslexikon : Begriffe, Grundlagen, Zusammenhänge, 2. Auflage : 2023, Bonn : Verlag JHW Dietz Nachf.

NGL Symbio, Construction Permits in CEE : A Comparison & Practical Guide, 2020.

United Nations Environment Programme, Act LXXVIII of 1997 on the Development and Protection of the Built Environment, [Online], retrieved from <https://leap.unep.org/en/countries/hu/national-legislation/act-lxxviii-1997-development-and-protection-built-environment> เมื่อ 7 กุมภาพันธ์ 2567.

Zákon č. 50/1976 Zb, [Online], retrieved from <https://www.zakony.preludi.sk/zz/1976-50> เมื่อ 7 กุมภาพันธ์ 2567.

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

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 : 2562, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

สมาคมสถาปนิกสยาม ในพระบรมราชูปถัมภ์, กำหนดแบบหนังสือแจ้งให้ตรวจสอบการก่อสร้าง, 2564, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://asa.or.th/laws/news20211018/> เมื่อ 7 กุมภาพันธ์ 2567.

สุพัฒน์ เลหาเพียงศักดิ์, “การนำหลักธรรมาภิบาลไปปฏิบัติในสำนักงานเขต ศึกษากรณี การขอใบอนุญาตก่อสร้าง” (เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตรนักบริหารการยุติธรรมทางปกครองระดับสูง รุ่นที่ 6, วิทยาลัยการยุติธรรมทางปกครอง สำนักงานศาลปกครอง, 2558).

อมร พิमानมาศ, การยื่นขออนุญาตตามมาตรา 39 ทวิ กับความรับผิดชอบของสถาปนิก และวิศวกร, 2561, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://www.yotathai.com/yotanews/39-thwi> เมื่อ 7 กุมภาพันธ์ 2567.

อริย์ชัย บุญถึง, “เสรีนิยมใหม่ในคำพิพากษา : วิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีเพิกถอนคำสั่งอนุญาตก่อสร้างคอนโดมิเนียมหรุ,” รัฐศาสตร์สาร ปีที่ 43 ฉบับที่ 3, 2565.



**บทวิเคราะห์คดี : ความเสมอภาคระหว่างเพศ กรณีกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการแต่งกาย
(คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1868/2566)**

ปฐมมน แป้นเหลือ*

บทนำ

หากกล่าวถึงประเด็นความเสมอภาคระหว่างเพศ ในอดีตมักกล่าวถึงในมิติระหว่างเพศหญิงและเพศชาย โดยเฉพาะความเสียเปรียบทางสังคมของผู้หญิงเกี่ยวกับการจ้างงาน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ความเสมอภาคระหว่างเพศในปัจจุบัน ไม่ได้จำกัดเฉพาะในมุมมองของเพศกำเนิดเท่านั้น การยอมรับความหลากหลายทางเพศเป็นประเด็นสำคัญประการหนึ่งในประเทศไทย ทั้งทางระเบียบ กฎเกณฑ์ และข้อเท็จจริงในสังคม ดังจะเห็นได้จากการรณรงค์ต่าง ๆ อย่างแพร่หลาย ซึ่งคดีที่นำมาวิเคราะห์เป็นคดีสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงบทบาทของศาลปกครองในการรับรองคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างเพศและที่น่าสนใจยิ่งกว่านั้น คือ เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับวงการกฎหมายโดยตรง ทั้งผู้ฟ้องคดีที่เป็นสมาชิกเนติบัณฑิตยสภา และผู้ถูกฟ้องคดี คือ เนติบัณฑิตยสภา คณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภา และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ซึ่งจะเป็นตัวอย่างคำพิพากษาที่แสดงให้เห็นถึงมุมมองต่อเรื่องความเสมอภาคระหว่างเพศทั้งจากปัจเจกบุคคล หน่วยงานของรัฐ และศาลปกครองเอง

บทวิเคราะห์คดีนี้มุ่งศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1868/2566 โดยใน ส่วนที่ 1 เป็นการสรุปสาระสำคัญ อันประกอบด้วย 1.1 ข้อเท็จจริงแห่งคดี และ 1.2 คำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี และคำพิพากษาศาลปกครองกลาง ในส่วนที่ 2 เป็นการวิเคราะห์คำพิพากษาดังกล่าวในประเด็น 2.1 เขตอำนาจศาล และบทบัญญัติที่ศาลนำมาใช้พิจารณาพิพากษาคดี 2.2 ข้อพิจารณาประเด็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ และ 2.3 ข้อสังเกตและข้อเสนอแนะของผู้เขียน

ส่วนที่ 1 สาระสำคัญของคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1868/2566 และข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง

ในคดีนี้ ศาลปกครองกลางได้วินิจฉัยประเด็นแห่งคดี โดยแบ่งเป็น 2 ข้อหา ได้แก่ ความชอบด้วยกฎหมายของกฎ และการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร อย่างไรก็ตาม บทวิเคราะห์คดีนี้มุ่งวิเคราะห์เรื่องความเสมอภาคระหว่างเพศเกี่ยวกับการแต่งกายตามข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา จึงจะกล่าวถึงเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

* เจ้าหน้าที่ศาลปกครองชำนาญการ กลุ่มงานคดี สำนักกฎหมาย สำนักงานศาลปกครอง

1.1 ข้อเท็จจริงแห่งคดี

ผู้ฟ้องคดีฟ้องและฟ้องเพิ่มเติมว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นสมาชิกแห่งเนติบัณฑิตยสภา ประเภททวิสามัญ และมีสิทธิสวมครุยเนติบัณฑิตตามข้อ 17 วรรคหนึ่ง ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507¹ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า ข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507² มีเนื้อหาที่เป็นการเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ กล่าวคือ เป็นการจำกัดมิให้สวมกระโปรงหรือกางเกงด้วยเหตุที่มีลักษณะทางกายภาพที่แตกต่างกัน จำกัดสิทธิการสวมกางเกงพร้อมกับการสวมเสื้อครุยในกรณีที่เป็นเพศหญิง ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นชายต้องการแต่งกายด้วยกระโปรงหรือแต่งกายอื่นที่สุภาพเรียบร้อยเพื่อแสดงอัตลักษณ์ทางเพศ³ กลับถูกห้ามตามกฎเกณฑ์ของข้อบังคับดังกล่าว ซึ่งบทบัญญัติตามข้อบังคับดังกล่าวเป็นกฎที่ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 17 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 และมาตรา 27 วรรคสอง และวรรคสาม และมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งว่า ข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ข้อ 17 วรรคสอง ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเพิกถอนกฎดังกล่าว

ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสาม ได้แก่ เนติบัณฑิตยสภา คณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภา และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ให้การในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

¹ ข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507

ข้อ 17 วรรคหนึ่ง “สามัญสมาชิก สมาชิกทวิสามัญ และสมาชิกกิตติมศักดิ์ มีสิทธิสวมเสื้อครุยเนติบัณฑิต ตามกฎหมายว่าด้วยเสื้อครุยเนติบัณฑิต”

² ข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507

ข้อ 17 วรรคสอง “เมื่อสวมเสื้อครุยเนติบัณฑิต สมาชิกจะต้องแต่งกายสุภาพเรียบร้อยตามหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

(1) สมาชิกที่เป็นชาย แต่งกายแบบสากลนิยม เป็นชุดสีขาว กรมท่า ดำ หรือสีอื่นซึ่งเป็นสีเข้มและไม่ฉูดฉาด เข้ตขาว ผ้าผูกคอสีดำแบบเงื่อนกลาสี หรือแต่งเสื้อชุดไทยแบบแขนสั้นหรือแบบแขนยาว สีสุภาพไม่มีลวดลาย แทนเสื้อชุดสากลก็ได้ รองเท้าหุ้มส้นสีขาว น้ำตาล หรือดำ เข้าชุดกันกับเครื่องแต่งกาย ถุงเท้าสีคล้ายคลึงกับรองเท้าว

(2) สมาชิกที่เป็นหญิง แต่งกายแบบสากลนิยม กระโปรงสีขาว กรมท่า ดำ หรือสีอื่นซึ่งเป็นสีเข้ม และไม่ฉูดฉาด เสื้อสีขาวหรือสีตามกระโปรง รองเท้าหุ้มส้นสีขาว น้ำตาล สีดำ เข้าชุดกันกับเครื่องแต่งกาย

(3) สมาชิกที่มีสิทธิแต่งเครื่องแบบราชการ จะแต่งเครื่องแบบราชการก็ได้”

³ อัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) หมายถึง ความรู้สึกภายในของบุคคลในการเป็นผู้ชาย ผู้หญิง หรือเพศสถานะอื่น หรือการมีหรือไม่มีเพศสถานะก็ได้ ทุกคนล้วนมีอัตลักษณ์ทางเพศ และอาจไม่สอดคล้องกับเพศที่ถูกกำหนด ณ แรกเกิดได้ ส่วนเพศที่ถูกกำหนด ณ แรกเกิด หรือ เพศกำเนิด (Sex assigned at birth) หมายถึง เพศสรีระที่บุคคล ถูกกำหนดให้เมื่อแรกเกิดหรือหลังจากเกิดได้ไม่นาน การกำหนดนี้อาจไม่ได้สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศเมื่อบุคคลนั้นเติบโต อ้างถึงใน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, สร้างความเข้าใจเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศ & แนวทางการอยู่ร่วมกันอย่างให้เกียรติ, 2564, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://www.law.tu.ac.th/how-to-respect-lgbtq/> เมื่อ 12 กันยายน 2567.



ประเด็นที่หนึ่ง อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ขัดต่อมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เมื่อกรณีนี้ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้นศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยว่าข้อบังคับดังกล่าว ขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ คือ ศาลรัฐธรรมนูญ

ประเด็นที่สอง อำนาจฟ้องของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับ เนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 จำกัดสิทธิและเสรีภาพในการแสดงออกถึงอัตลักษณ์ทางเพศผ่านการแต่งกาย ซึ่งผู้ฟ้องคดีเป็นชายที่ต้องการสวมกระโปรงหรือประการอื่นที่สุภาพเรียบร้อย แต่ข้อบังคับที่พิพาทมีผลไปถึง การแต่งกายของหญิงที่ต้องการสวมกางเกงแทนกระโปรง ดังนั้นผู้ฟ้องคดีมิใช่ผู้ที่ได้รับผลกระทบหรือความเสียหาย จากข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 จึงไม่มีสิทธิฟ้องคดีนี้

ประเด็นที่สาม เนติบัณฑิตยสภาเป็นองค์กรการศึกษาทางเลือกมิใช่การศึกษาภาคบังคับ มิได้กีดกันหรือกำหนดห้ามเฉพาะเพศหญิง เพศชาย หรือเพศทางเลือกในการเข้ารับการอบรมศึกษากฎหมาย อีกทั้งข้อบังคับที่พิพาทก็มีมาอย่างยาวนานและเปิดเผยต่อสาธารณะ ผู้ฟ้องคดียอมทราบเป็นอย่างดีแล้ว ก่อนสมัครเข้ารับการศึกษหรือสมัครเป็นสมาชิก ข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 เป็นไปเพื่อความเรียบร้อย เฉพาะเมื่อมีการสวมครุยเนติบัณฑิตของสมาชิกเท่านั้น อันเกี่ยวกับการแต่งกายของสมาชิกทั้งชายและหญิง ตามความเหมาะสมโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ อีกทั้งการออกข้อบังคับดังกล่าว เป็นไปโดยความเห็นชอบ ของคณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภา ซึ่งเป็นตัวแทนที่สมาชิกเนติบัณฑิตยสภาเลือกตั้งเข้ามา นอกจากนี้ ด้วยประวัติและความเป็นมาอันยาวนานของการสวมครุยเนติบัณฑิตซึ่งเป็นเครื่องหมายแห่งเกียรติยศ และภูมิปัญญา การแต่งกายให้สุภาพเรียบร้อยตามหลักเกณฑ์ข้อบังคับที่พิพาทเป็นการดำรงเกียรติที่เหมาะสม ของการเป็นสมาชิกแห่งเนติบัณฑิตยสภาอีกด้วย ข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 จึงไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้าง ขอบด้วยกฎหมายแล้ว และไม่มีเหตุที่จะต้อง เพิกถอนข้อบังคับดังกล่าว

ผู้ฟ้องคดีคัดค้านคำให้การในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง ข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ข้อ 17 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติ ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 มีสถานะเป็นเพียงกฎ มิใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ประเด็นที่สอง ความเป็นผู้เสียหายในแง่ของเพศของผู้ฟ้องคดีนั้น ทั้งกระโปรงและกางเกง ต่างมีข้อดีและข้อเสียแตกต่างกันขึ้นอยู่กับสถานการณ์และบริบทของผู้ที่จะสวมใส่ เมื่อข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 กำหนดให้สมาชิกที่เป็นเพศชายต้องสวมแต่กางเกงเท่านั้น หากผู้ฟ้องคดีประสงค์จะสวมกระโปรง หรือในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีไม่สะดวกที่จะสวมกางเกงหรือเพียงต้องการ สวมกระโปรงเพื่อแสดงอัตลักษณ์ทางเพศ การกระทำเช่นนี้ก็เป็นการฝ่าฝืนข้อบังคับและจะมีโทษต่อไป เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยทั่วไปที่เป็นสมาชิกของเนติบัณฑิตยสภาซึ่งรวมถึงผู้ฟ้องคดีด้วย

ประเด็นที่สาม การสมัครเข้าเป็นวิสามัญสมาชิก มิได้หมายความว่า จะยอมรับกฎหรือข้อบังคับที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปโดยปริยาย การทราบถึงข้อบังคับก่อนสมัครวิสามัญสมาชิกหรือไม่ จึงมิใช่สาระสำคัญ การบังคับให้ชายสวมกางเกง หญิงสวมกระโปรงเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม โดยอาศัยความแตกต่างทางเพศ

ประเด็นที่สี่ ความสุภาพนั้นเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัย ปัจจุบันการที่ชายจะสวมกระโปรง ก็มิได้ไม่เหมาะสมหรือไม่นิยมแต่อย่างใด ความสุภาพในการแต่งกาย คือ การแต่งกายที่ไม่เป็นการอนาจาร อันเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา และสะอาด ไม่ส่งกลิ่นเหม็น เคลื่อนไหวได้สะดวกและเสริมความมั่นใจให้แก่ผู้สวมใส่ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามบรรยายประวัติความเป็นมาของการสวมชุดครุยเนติบัณฑิต เพื่อสื่อให้เห็นว่า การแต่งกายที่บังคับให้ชายต้องสวมกางเกง หญิงต้องสวมกระโปรงเป็นการสุภาพนั้น จึงเป็นการให้เหตุผลที่ไม่ถูกต้อง การนำเอาธรรมเนียมปฏิบัติมาจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยไม่มีเหตุผลอื่นมารองรับ เป็นสิ่งที่ไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน ส่งผลให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจซึ่งไม่สอดคล้องกับครรลองแห่งนิติรัฐ

ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามให้การเพิ่มเติมโดยยืนยันตามคำให้การ

ระหว่างการพิจารณาคดีของศาล คณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภา ประกาศข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 17) พ.ศ. 2566 เมื่อวันที่ 24 มีนาคม 2566 โดยแก้ไขความในข้อ 17 วรรคสอง (2) ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507⁴

1.2 คำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีและคำพิพากษาศาลปกครองกลาง

จากข้อเท็จจริงในข้อ 1.1 ประเด็นที่ว่า ข้อ 17 วรรคสอง (1) ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 เป็นกฎที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น ตุลาการผู้แถลงคดีได้จัดทำคำแถลงการณ์โดยให้ความเห็นและตีความบทบัญญัติกฎหมายแตกต่างจากองค์คณะในศาลปกครองกลางที่ทำคำพิพากษา ซึ่งสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

ตุลาการผู้แถลงคดีมีความเห็นว่า คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การที่ศาลปกครองกลางรับคำฟ้องไว้พิจารณาจึงชอบแล้ว ส่วนในเนื้อหาแห่งคดีนั้น เห็นว่า การออกข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายในการกำหนดการแต่งกายเมื่อสวมเสื้อครุยเนติบัณฑิต ซึ่งใช้บังคับกับสามัญสมาชิก สมาชิกวิสามัญ และสมาชิกกิตติมศักดิ์ ที่มีสิทธิสวมเสื้อครุยเนติบัณฑิตอย่างเท่าเทียมกัน

⁴ ข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507

ข้อ 17 วรรคสอง (2) “สมาชิกที่เป็นหญิง แต่งกายแบบสากลนิยม กระโปรง หรือกางเกงขายาว สีขาว กรมท่า ดำ หรือสีอื่นซึ่งเป็นสีเข้มและไม่ฉูดฉาด โดยมีรูปแบบที่เหมาะสม เลื่อมสีขาวหรือสีตามกระโปรง หรือกางเกงขายาว รองเท้าหุ้มส้นสีขาว น้ำตาล หรือดำ เข้าชุดกันกับเครื่องแต่งกาย”



แต่มีความแตกต่างในเรื่องการแต่งกายเมื่อสวมเสื้อครุยเนติบัณฑิต เพื่อให้มีความสุภาพและเหมาะสมกับเพศ ซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับดังกล่าว โดยการออกข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 17) พ.ศ. 2566 ดังนั้นที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่า ข้อ 17 วรรคสอง มีเนื้อหาที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ระหว่างเพศ เป็นการจำกัดสิทธิการสวมกางเกงพร้อมกับการสวมเสื้อครุยในกรณีที่เป็นเพศหญิง จึงได้รับการแก้ไขแล้ว ในส่วนที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นชายต้องการแต่งกายด้วยกระโปรงหรือแต่งกายอื่นที่สุภาพ เพื่อแสดงอัตลักษณ์ทางเพศ โดยอ้างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 นั้น การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม หมายถึง สิ่งที่เหมือนกันต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน สิ่งที่แตกต่างกันต้องได้รับการปฏิบัติที่ต่างหาก โดยไม่มีหลักพิจารณาเรื่องความเสมอภาค ดังนี้ (1) กรณีข้อเท็จจริงเดียวกัน รัฐต้องปฏิบัติต่อประชาชนด้วยกฎเกณฑ์เดียวกัน เช่น ผู้ชายทุกคน (ข้อเท็จจริงเดียวกัน) กฎหมาย (กฎเกณฑ์เดียวกัน) บังคับให้ต้องถูกเกณฑ์ทหาร (2) กรณีข้อเท็จจริงต่างกัน รัฐต้องปฏิบัติด้วยกฎเกณฑ์ที่ต่างกัน กฎหมายจึงกำหนดให้เฉพาะชายเท่านั้นที่ต้องถูกเกณฑ์ทหาร โดยกฎเกณฑ์ที่ต่างหากนี้ต้องมีเหตุผลที่สามารถอธิบายและรับฟังได้ หลักความเสมอภาคตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมิได้เรียกร้องให้มีการปฏิบัติเหมือนกันในทุกกรณี แต่เรียกร้องมิให้ปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกันตามอำเภอใจ หรือมิให้ปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญต่างกันให้เหมือนกันตามอำเภอใจ และเมื่อพิจารณาคำว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ประกอบด้วยแล้ว ย่อมเห็นได้ว่า กรณีที่มีการปฏิบัติแตกต่างกันเพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด หากไม่ปรากฏว่ามีลักษณะเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมโดยปราศจากความชอบธรรม (เป็นเรื่องที่มีเหตุผลรับฟังได้ รองรับ) ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ในส่วนที่ยังไม่มีการแก้ไขให้ชายสวมกระโปรงหรือแต่งกายอื่นที่สุภาพเมื่อสวมครุยเนติบัณฑิตได้ด้วยนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามได้ให้เหตุผลตามคำให้การซึ่งมีเหตุผลรองรับที่รับฟังได้ จึงมิใช่การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ กรณีจึงไม่มีเหตุที่ศาลจะพิพากษาหรือมีคำสั่งเพิกถอนข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับที่พิพาท

ศาลปกครองกลางวินิจฉัยในประเด็นที่ผู้ฟ้องคดีประสงค์จะให้มีการกำหนดข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภาว่าด้วยการสวมชุดครุยเนติบัณฑิต โดยไม่ขึ้นอยู่กับสถานะทางเพศหรือเพศสภาพที่บ่งบอกความเป็นชายและความเป็นหญิง กล่าวคือ ประสงค์จะให้การสวมเสื้อครุยเนติบัณฑิตของบุคคลสามารถแสดงออกโดยการแต่งกายให้สอดคล้องกับความหลากหลายทางเพศได้ จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า ข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ที่กำหนดการแต่งกายระหว่างสมาชิกที่เป็นหญิงและสมาชิกที่เป็นชายไว้โดยเฉพาะ และมีได้กำหนดการแต่งกายให้สอดคล้องกับความหลากหลายทางเพศนั้น จะถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศหรือไม่ เมื่อต่อมาได้มีประกาศข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 17) พ.ศ. 2566 จะเห็นว่า ข้อบังคับดังกล่าว ได้มีการแก้ไขให้สมาชิกหญิงมีสิทธิที่จะแต่งกระโปรง หรือกางเกงขายาวได้ แต่สมาชิกชายยังไม่มีสิทธิสวมกระโปรงตามอัตลักษณ์ทางเพศหรือเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดได้ และเมื่อข้อบังคับดังกล่าวได้กำหนด

การแสดงออกตัวตนทางเพศผ่านการแต่งกายโดยแบ่งแยกระหว่างเพศชายและเพศหญิงเอาไว้อย่างจำกัด กรณีจึงย่อมถือว่าข้อบังคับดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ และเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศหรือเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด โดยที่ในการแสดงออกถึงความหลากหลายทางเพศของบุคคลตามมาตรา 27 วรรคสอง และวรรคสาม และมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ของปวงชนชาวไทย ประกอบกับมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 อันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ที่มีเจตนารมณ์ให้ความคุ้มครอง แก่เพศหญิง เพศชาย รวมทั้งบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้สามารถดำรงสถานะของตนอยู่ในสังคมไทย ได้อย่างเท่าเทียม เสมอหน้าและมีโอกาสเหมือนกัน เมื่อผู้ฟ้องคดีมีสัญชาติไทย จึงเป็นผู้ทรงสิทธิตามบทบัญญัติ ดังกล่าว

ปรากฏข้อเท็จจริงในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลว่า มีการแก้ไขความในข้อ 17 วรรคสอง (2) ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 กำหนดให้สมาชิกที่เป็นหญิงแต่งกายแบบสากลนิยม กระโปรง หรือกางเกงขายาวแล้ว กรณีจึงทำให้ข้อกำหนดเกี่ยวกับการแต่งกายเมื่อสวมเสื้อครุยเนติบัณฑิต ตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 17 วรรคสอง (1) ของข้อบังคับฉบับเดียวกัน ของสมาชิกที่เป็นชายยังมีได้มีการแก้ไข แม้จะฟังได้ว่าเสื้อครุยเนติบัณฑิตซึ่งเป็นเครื่องแบบของผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกเนติบัณฑิตยสภาจะมีประวัติ และความเป็นมาอย่างยาวนาน แต่เมื่อข้อบังคับนี้มีคำวินิจฉัยถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งสังคมไทยในปัจจุบันให้การยอมรับอย่างแพร่หลาย ประกอบกับมีกฎหมายทั้งรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ ให้ความคุ้มครองบุคคลดังกล่าวจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะสาเหตุทางเพศ เมื่อการแต่งกาย ตามอัตลักษณ์ทางเพศหรือเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดถือเป็นการสื่อความหมายโดยวิธีอื่นที่บุคคล ย่อมมีเสรีภาพในการแสดงออกตามนัยมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ถือเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ข้อบังคับดังกล่าวจึงเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพเกินสมควร อันเป็นการลดสิทธิ หรือจำกัดสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่มีอยู่ตามมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่สอดคล้องหรือขัดแย้งกับหลักการของรัฐธรรมนูญ มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม จึงเป็นกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ศาลปกครองกลางพิพากษาเพิกถอนข้อ 17 วรรคสอง (1) ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ทั้งนี้ ให้คณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภาแก้ไขข้อ 17 วรรคสอง (1) ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 โดยมีข้อกำหนดเพิ่มเติม กรณีสมาชิกชายที่มีอัตลักษณ์ทางเพศหรือวิถีทางเพศไม่ตรงกับเพศโดยกำเนิด มีสิทธิและเสรีภาพในการแต่งกายตามแบบสากลนิยม กระโปรง หรือกางเกงขายาว ตามเพศสภาพหรืออัตลักษณ์ ทางเพศของตนโดยมีรูปแบบที่เหมาะสม

อนึ่ง ภายหลังจากศาลปกครองกลางมีคำพิพากษาข้างต้น คณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภา ได้แก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ที่เกี่ยวข้อง 2 ครั้ง ได้แก่ ข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2566 เมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน 2566 โดยเพิ่มความข้อ 17 วรรคสอง (4)



ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507⁵ และข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2567 เมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2567 โดยแก้ไขความในข้อ 17 วรรคสอง (1) ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507⁶

ส่วนที่ 2 บทวิเคราะห์

เมื่อได้ศึกษาสาระสำคัญของข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องทั้งหมดแล้ว ในส่วนนี้จะวิเคราะห์ประเด็นต่าง ๆ และเทียบเคียงกับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

2.1 เขตอำนาจศาลและบทบัญญัติที่ศาลนำมาใช้พิจารณาพิพากษาคดี

ก่อนจะพิจารณาเขตอำนาจของศาลปกครอง พึงทำความเข้าใจความสำคัญของศาลปกครองในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองก่อน กล่าวคือ โดยที่ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องใช้อำนาจมหาชนดำเนินการเพื่อให้บรรลุตามความมุ่งหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ การใช้อำนาจดังกล่าวมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือเอกชนหรือประชาชนโดยทั่วไป ซึ่งอาจก่อให้เกิดการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ และจากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจนได้ในทุกกรณี การบัญญัติกฎหมายให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ จึงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อให้ฝ่ายปกครองปรับใช้กฎหมายให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงแต่ละกรณี แต่ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะสามารถใช้ดุลพินิจของตนอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองมีลักษณะสอดคล้องและเป็นการใช้อำนาจภายใต้หลักนิติรัฐ การกระทำทางปกครองจึงต้องชอบด้วยกฎหมายและจำต้องมีหลักประกันต่อการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะไม่อาจเกิดผลในทางปฏิบัติหากปราศจากการควบคุมตรวจสอบ ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องมีระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่มีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเพื่อให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง⁷

⁵ ข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507

ข้อ 17 วรรคสอง (4) “สมาชิกที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ หรือวิถีเพศไม่ตรงกับเพศโดยกำเนิด มีสิทธิแต่งกายตามเพศสภาพหรืออัตลักษณ์ทางเพศของตน โดยต้องแต่งกายในลักษณะเป็นระเบียบเรียบร้อยและถูกต้องตาม (1) (2) หรือ (3) ข้างต้น แล้วแต่กรณี”

⁶ ข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507

ข้อ 17 วรรคสอง (1) “สมาชิกที่เป็นชาย แต่งกายแบบสากลนิยม เป็นชุดสีขาว กรมท่า ดำ หรือสีอื่น ซึ่งเป็นสีเข้มและไม่ฉูดฉาด เชิ้ตขาว ผ้าผูกคอสีดำแบบเงื่อนกลาสี หรือแต่งเสื้อชุดไทยแบบแขนสั้นหรือแบบแขนยาว สีสุภาพ ไม่มีลวดลาย แทนเสื้อชุดสากล ก็ได้ รองเท้าหุ้มส้นสีขาว น้ำตาลหรือดำ เข้าชุดกันกับเครื่องแต่งกาย ถุงเท้าสีคล้ายคลึงกับรองเท้า กรณีมีอัตลักษณ์ทางเพศ หรือวิถีเพศไม่ตรงกับเพศโดยกำเนิด มีสิทธิแต่งกายตามเพศสภาพหรืออัตลักษณ์ทางเพศของตน กระโปรง หรือกางเกงขายาว โดยต้องแต่งกายในลักษณะเป็นระเบียบเรียบร้อยและถูกต้องตาม (2)”

⁷ วรธนุ วิจารณ์ันท์, “หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น. 139 และ 145.

ในคดีนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามให้การต่อสู้คดีในประเด็นที่ว่า “ศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยว่า ข้อบังคับที่พิพาทขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ คือ ศาลรัฐธรรมนูญ” และ “ผู้ฟ้องคดีมิใช่ผู้เสียหายจึงไม่มีอำนาจฟ้องคดี” นั้น ผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับความเห็นของตุลาการผู้แถลงคดีที่ว่า “คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542”⁸ เนื่องจากการพิจารณาเขตอำนาจศาลนั้นต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์โดยในกรณีนี้ ได้แก่ ข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหรือกฎหมายลำดับรองที่ตราโดยฝ่ายบริหารและอาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทในการออกกฎดังกล่าว สอดคล้องกับมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ได้นิยามคำว่า “กฎ”⁹ ไว้ ดังนั้นประเด็นแห่งคดีที่ว่า ข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จึงอยู่ภายใต้เขตอำนาจการพิจารณาของศาลปกครอง

ขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งคดีที่เป็นกฎหมายหรือร่างกฎหมายตามมาตรา 210 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งกฎหมายในที่นี้หมายถึงบทบัญญัติในระดับพระราชบัญญัติ โดยหลักแล้วเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ สำหรับการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยไว้หลายคดี เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546¹⁰ ที่มีวัตถุประสงค์ คือ มาตรา 12

⁸ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำการโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ”

⁹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 3 “ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

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

ฯลฯ

ฯลฯ”

¹⁰ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 วินิจฉัยว่า มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 ที่บัญญัติว่า “หญิงมีสามี ให้ใช้ชื่อสกุลของสามี” เป็นการลิดรอนสิทธิการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามี ทำให้ชายและหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกัน เกิดความไม่เสมอภาคกันทางกฎหมายด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศและสถานะของบุคคล (มีต่อหน้าถัดไป)



แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 หรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2567¹¹ ที่มีวัตถุประสงค์คือ มาตรา 1523 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ส่วนประเด็นความเป็นผู้เสียหายของผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองในคดีนี้ได้อธิบายอย่างชัดเจนแล้วว่า การแสดงออกถึงความหลากหลายทางเพศของบุคคลเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปวงชนชาวไทย ซึ่งได้รับการรับรองตามมาตรา 27 และมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 รวมถึงเป็นส่วนหนึ่งของการดำรงสถานะของตนอยู่ในสังคมไทยตามที่พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 มีเจตนารมณ์จะให้ความคุ้มครอง เมื่อผู้ฟ้องคดีมีสัญชาติไทย จึงเป็นผู้ทรงสิทธิตามบทบัญญัติดังกล่าว

สรุปได้ว่า ในคดีนี้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ก่อตั้งคือ มีอำนาจพิจารณาว่า ข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2507 ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย และพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 หรือไม่ อีกทั้งผู้ฟ้องคดี เป็นผู้มิสิทธิฟ้องคดี ดังนั้นการที่ศาลปกครองกลางรับคำฟ้องไว้พิจารณาจึงชอบแล้ว

2.2 ข้อพิจารณาประเด็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ

ในหัวข้อนี้ จะวิเคราะห์การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ โดยอาศัยหลักความเสมอภาคและหลักความได้สัดส่วนในการพิจารณา อย่างไรก็ตาม เมื่อการพิจารณาคดีนี้เป็นเรื่องของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎ จึงสมควรศึกษาเชิงเปรียบเทียบกับกฎหมาย

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 10)

อีกทั้งเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เนื่องจากการบังคับให้หญิงมีสามีใช้ชื่อสกุลของสามีเพียงฝ่ายเดียว โดยใช้สถานการณ์สมรสนั้น มิได้เป็นเหตุผลในเรื่องความแตกต่างทางกายภาพ หรือภาระหน้าที่ระหว่างชายและหญิง ที่มีผลมาจากความแตกต่างทางเพศ จนทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกัน บทบัญญัติดังกล่าวจึงมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2565, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 72-73.

¹¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2567 วินิจฉัยว่า มาตรา 1523 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติรับรองสิทธิเรียกค่าทดแทนระหว่างสามีและภริยาไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ สามีมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินภริยาไปในทำนองชู้สาว ไม่ว่าจะชายหรือหญิงและไม่ต้องแสดงตนโดยเปิดเผย แต่ภริยามีสิทธิเรียกค่าทดแทนเฉพาะจากหญิงอื่นที่เข้ามามีความสัมพันธ์ชู้สาวกับสามีของตนเท่านั้น และหญิงนั้นต้องแสดงตนโดยเปิดเผยว่ามีความสัมพันธ์ชู้สาวกับสามีของตนด้วย เจอนไขดังกล่าวทำให้ภริยาไม่สามารถเรียกค่าทดแทนจากชายหรือบุคคลอื่น ซึ่งมีความหลากหลายทางเพศที่เข้ามามีความสัมพันธ์ชู้สาวกับสามีของตน ทั้งต้องพิสูจน์ว่าหญิงอื่นมีความสัมพันธ์ชู้สาวกับสามีของตนโดยเปิดเผย เป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองทางกฎหมายระหว่างสามีและภริยาไม่เท่าเทียมกัน ส่งผลให้ชายและหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกัน เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ จึงมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก https://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=17485 เมื่อ 14 กันยายน 2567.

ต่างประเทศเพื่อทำความเข้าใจเกี่ยวกับระดับความเข้มข้นในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่ศาลต่างประเทศ¹² นำมาใช้

2.2.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของศาล

โดยหลักแล้ว ระดับความเข้มข้นของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (Tiers of Scrutiny) ช่วยให้ศาลสามารถจัดหมวดหมู่คดีและความเหมาะสมในการชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์และเป้าหมายของการกระทำทางปกครอง โดยแบ่งออกเป็น 3 ระดับ ตามความสำคัญของเรื่อง¹³ ได้แก่

1) การตรวจสอบแบบเคร่งครัด (Strict Scrutiny) ซึ่งมีสาระสำคัญว่า กฎหมายจะต้องมีความจำเป็นในการนำไปสู่การบรรลุวัตถุประสงค์ที่จำเป็นอย่างยิ่ง (compelling interest) มาตรการที่ใช้จึงต้องจำกัดสิทธิของบุคคลให้น้อยที่สุดด้วย (least restrictive mean) โดยการตรวจสอบในระดับนี้ นำไปใช้กับกรณีที่มีความสำคัญอันเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน การตรวจสอบแบบเคร่งครัดสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในด้านการเลือกใช้มาตรการที่กระทบสิทธิขั้นน้อยที่สุด และการชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิของบุคคลที่จะได้รับความเสียหายกับประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เผ่าพันธุ์ ชาติกำเนิด

2) การตรวจสอบระดับปานกลาง (Intermediate Scrutiny) มีสาระสำคัญว่า กฎหมายจะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่สำคัญของรัฐอย่างมีนัยสำคัญ (important governmental purpose) ใช้ตรวจสอบกรณีที่ข้อขัดแย้งอาศัยฐานทางรัฐธรรมนูญที่มีสถานะเท่าเทียมกัน เช่น ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเพศเสรีภาพในการพูดเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์ (Commercial Speech)

3) การตรวจสอบฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย (Rational Basis) เป็นการตรวจสอบในระดับต่ำสุด มีสาระสำคัญว่า กฎหมายจะต้องสอดคล้องอย่างมีเหตุผลกับวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม (legitimate purpose) โดยการตรวจสอบในระดับนี้ไม่ได้เรียกร้องว่าการเลือกมาตรการของรัฐจะต้องเป็นมาตรการที่กระทบสิทธิของบุคคลน้อยที่สุด เช่น มาตรฐานตามจารีตประเพณี

กรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศนั้น ศาลมักใช้การตรวจสอบในระดับปานกลาง ฝ่ายปกครองต้องสามารถให้เหตุผลที่ “น่าเชื่อถือมาก” ในการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างเพศ¹⁴ เช่น คำวินิจฉัยตีความของศาลรัฐธรรมนูญได้หวน คดี 112-Hsien-Pan-1 (2023) ลงวันที่ 13 มกราคม 2566 เป็นเรื่องความเสมอภาคระหว่างชายหญิงที่ใช้การแบ่งแยกเพศเพื่อพิจารณากำหนดคุณสมบัติของผู้สืบทอดสมาคม

¹² ศาลในที่นี้ หมายถึง ศาลในอเมริกาและไต้หวัน ซึ่งได้ยกตัวอย่างเพื่อเป็นแนวทางการวินิจฉัยประกอบการพิจารณาการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศของศาลไทย

¹³ ปติวรดา บุญนำมา, “หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), น. 93-94; E. Thomas Sullivan and Richard S. Frase, *Proportionality Principles in American Law*, 2009, Oxford University Press, pp. 53-62.

¹⁴ E. Thomas Sullivan and Richard S. Frase, *Proportionality Principles in American Law*, 2009, Oxford University Press, p. 61.



ก่อให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างเพศ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้หันมาใช้การวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายระดับปานกลางมาพิจารณาว่า มาตรา 4 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยสมาคมนับถือบรรพบุรุษ ค.ศ. 2007 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ โดยบทบัญญัติที่พิพาทจะต้องเป็นประโยชน์สาธารณะที่สำคัญ และการแบ่งแยกเพศนั้นจะต้องสัมพันธ์กันอย่างมากกับประโยชน์สาธารณะนี้¹⁵ อย่างไรก็ตาม ระดับความเข้มข้นของการตรวจสอบข้อพิพาทความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศนั้น ศาลไม่ได้ผูกพันเคร่งครัดกับการตรวจสอบระดับปานกลางเพียงระดับเดียว ดังเช่น คำวินิจฉัยตีความของศาลรัฐธรรมนูญได้วันที่ 748 (J.Y. Interpretation No. 748) หรือคดีสมรสเท่าเทียม ซึ่งเป็นเรื่องการพิจารณาการปฏิบัติที่แตกต่างกันจากกรณีทางเพศ ศาลรัฐธรรมนูญได้หันมาใช้มาตรฐานการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบเคร่งครัด เนื่องจากกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศถูกกีดกันหรือการเลือกปฏิบัติทั้งทางพฤตินัยและนิตินัย กลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศจึงอยู่ในกลุ่มผู้ที่ผูกขาดอำนาจทางการเมืองมาอย่างยาวนาน จนไม่อาจเปลี่ยนสถานะที่เสียเปรียบทางกฎหมายได้ด้วยกระบวนการทางประชาธิปไตยทั่วไป¹⁶

จะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้หันมาใช้ระดับความเข้มข้นในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศที่แตกต่างกัน ในกรณีทั่วไปสามารถใช้มาตรฐานระดับปานกลาง แต่มีบางกรณีที่อาจเป็นข้อยกเว้นได้ เช่น กรณีความเสมอภาคของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ ในขณะที่ศาลปกครองไทยใช้หลักความเสมอภาคและหลักความได้สัดส่วนในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายซึ่งเทียบเคียงได้กับมาตรฐานการตรวจสอบแบบเคร่งครัดตามหลักการข้างต้น

เมื่อพิจารณาตามหลักการของศาลปกครองไทยนั้น โดยที่ประเทศไทยเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือหลักนิติรัฐ สิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงเป็นรากฐานที่สำคัญ การกระทำทั้งหลายของรัฐต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะมนุษย์เป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐมิใช่เพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐ¹⁷ และจากหัวข้อที่ 2.1

¹⁵ The Department of Clerks for the Constitutional Court, Summary of TCC Judgment 112-Hsien-Pan-1 (2023) (Constitutional Court R.O.C. (Taiwan), 11 May 2023), [Online], retrieved from <https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=5535&id=348639> เมื่อ 1 กันยายน 2567 อ้างถึงใน ปฐมมน แป้นเหลือ, บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญได้หันมาคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างเพศ, เผยแพร่ในอินทราเน็ตของสำนักวิจัยและวิชาการสำนักงานศาลปกครอง เดือนมกราคม 2567, น. 13.

¹⁶ The Department of Clerks for the Constitutional Court, Press Release on the Same-Sex Marriage Case (Constitutional Court R.O.C. (Taiwan), 24 May 2017), [Online], retrieved from <https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=2175&id=339895> เมื่อ 1 กันยายน 2567 อ้างถึงใน ปฐมมน แป้นเหลือ, บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญได้หันมาคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างเพศ, เผยแพร่ในอินทราเน็ตของสำนักวิจัยและวิชาการสำนักงานศาลปกครอง เดือนมกราคม 2567, น. 19.

¹⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5 : 2558, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 25-26.

จะเห็นได้ว่า ปวงชนชาวไทยได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 27 และมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยเฉพาะในส่วนของมาตรา 27 นั้น เป็นหลักแห่งความเสมอภาคของบุคคล และห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อันเป็นหนึ่งในเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งหมายถึงการที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการทางปกครองโดยขัดต่อหลักความเสมอภาค มีความลำเอียง อคติ หรือใช้ความแตกต่างเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ ความเชื่อทางศาสนา ฐานะทางเศรษฐกิจและสังคม มาเป็นเหตุผลในการเลือกปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคลในสถานะทางกฎหมายและข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน¹⁸

ในส่วนของหลักความได้สัดส่วนนั้น ศาลปกครองไทยได้ยอมรับและนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยมีเงื่อนไขของการใช้ดุลพินิจว่า ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจตามที่กฎหมายให้อำนาจให้สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน มิฉะนั้นแล้ว การใช้อำนาจดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจในการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือกระทำการอื่นใด จะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดอำนาจแก่ศาลในการเพิกถอนการใช้อำนาจดังกล่าว หลักความได้สัดส่วน จึงเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้เป็นมาตรฐานในการพิจารณาความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการของฝ่ายปกครอง กับเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ทางกฎหมายที่จะได้รับ¹⁹

หลักความเสมอภาคและหลักความได้สัดส่วนไม่อาจแยกจากกันได้โดยสิ้นเชิง เนื่องจากทั้งสองหลักการล้วนเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยหลักความได้สัดส่วน (หลักความพอสมควรแก่เหตุ) ประกอบด้วย 3 หลักการย่อย²⁰ ได้แก่ 1. หลักความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) ซึ่งผู้ใช้อำนาจรัฐต้องใช้วิจารณญาณเลือกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้วัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ สำเร็จลุล่วงไปได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด 2. หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) ซึ่งผู้ใช้อำนาจรัฐต้องเลือกใช้มาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนน้อยที่สุด และ 3. หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) ผู้ใช้อำนาจรัฐต้องชั่งผลดีผลเสีย ไม่เลือกมาตรการที่ก่อประโยชน์แก่มหาชนเพียงเล็กน้อย ไม่คุ้มกับความเสียหายที่เกิดแก่เอกชนหรือสังคมโดยรวม

¹⁸ ชูชาติ อิศวโรจน์, สารสำคัญของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2564, กรุงเทพฯ : เดือนตุลา, น. 196.

¹⁹ วรตัญญู วิจารย์นันทน์, “หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น. 145.

²⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2565, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 60-62.



2.2.2 วิเคราะห์การใช้ดุลพินิจของศาลปกครองกลาง คำพิพากษาศาลปกครองกลาง ที่ 1868/2566

ในคดีที่นำมาวิเคราะห์นี้ ศาลปกครองกลางกำหนดประเด็นที่จะต้องพิจารณาคำว่า “ข้อ 17 วรรคสอง ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ที่กำหนดการแต่งกายระหว่างสมาชิกที่เป็นหญิง และสมาชิกที่เป็นชายไว้โดยเฉพาะ และมีที่กำหนดการแต่งกายให้สอดคล้องกับความหลากหลายทางเพศนั้น จะถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศหรือไม่”

ถึงแม้ว่าจะเป็นการพิจารณาจากข้อเท็จจริงในประเด็นเดียวกันแต่ผลของการตีความของตุลาการผู้แถลงคดีกับองค์คณะผู้พิจารณาพิพากษาคดีกลับตรงกันข้ามกัน ซึ่งผู้เขียนได้หยิบยกมาวิเคราะห์เปรียบเทียบโดยแยกเป็น 2 ขั้นตอน ดังนี้

(1) ขั้นตอนแรก คือ กรณีการเลือกปฏิบัติอันปรากฏเป็นความแตกต่างของกฎเกณฑ์ระหว่างเพศชายและเพศหญิง

กรณีดังกล่าวพิจารณาโดยอาศัยหลักความเสมอภาคซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย ความเสมอภาคในทางกฎหมายอาจเป็นทั้งสิทธิและหน้าที่ โดยในสถานการณ์ที่เหมือนกันจะต้องปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน แต่ในสถานการณ์ที่สภาพของเรื่องแตกต่างกัน หรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม หรือการมุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ อาจมีการปฏิบัติหรือการตรากฎหมายที่แตกต่างกันได้ โดยจะต้องมีเหตุผลที่อธิบายได้ การเลือกปฏิบัติดังกล่าวถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมและไม่ถือว่าขัดหรือแย้งกับหลักความเสมอภาค²¹

ในคดีนี้ ตุลาการผู้แถลงคดีอธิบายหลักความเสมอภาคโดยเทียบเคียงกับการเกณฑ์ทหารของชายไทยว่า “หลักพิจารณาเรื่องความเสมอภาค มีดังนี้ (1) กรณีข้อเท็จจริงเดียวกัน รัฐต้องปฏิบัติต่อประชาชนด้วยกฎเกณฑ์เดียวกัน เช่น ผู้ชายทุกคน (ข้อเท็จจริงเดียวกัน) กฎหมาย (กฎเกณฑ์เดียวกัน) บังคับให้ต้องถูกเกณฑ์ทหาร (2) กรณีข้อเท็จจริงต่างกัน รัฐต้องปฏิบัติด้วยกฎเกณฑ์ที่ต่างกัน กฎหมายจึงกำหนดให้เฉพาะชายเท่านั้นที่ต้องถูกเกณฑ์ทหาร หญิงไม่ต้องถูกเกณฑ์ทหาร โดยกฎเกณฑ์ที่ต่างกันนี้ต้องมีเหตุผลที่สามารถอธิบายและรับฟังได้”

การอธิบายและยกตัวอย่างเรื่องการเกณฑ์ทหารที่ชายไทยทุกคนต้องเข้ารับราชการทหารประจำการ เป็นไปตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องในการรับภาระของรัฐ²² อันเป็นหน้าที่ของปวงชนชาวไทยตามมาตรา 50 (5) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้น สอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลฎีกาสิงคโปร์ในหลายคดี เช่น คดี Ong Ming Johnson v Attorney-General

²¹ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาค,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 30 ฉบับที่ 2, 2543, น. 160 (164-167).

²² บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5 : 2558, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 163.

and other matters [2020] SGHC 63²³ ที่มีการฟ้องร้องให้ศาลเพิกถอนบทบัญญัติมาตรา 377A แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่บัญญัติว่า “ชายใดกระทำการหรือสนับสนุนการกระทำอนาจารอย่างร้ายแรงต่อชายอื่นในที่สาธารณะหรือในที่โหลฐาน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี” ซึ่งศาลฎีกาสิงคโปร์เห็นว่า การกำหนดความผิดเฉพาะเพศชายเช่นนี้ เป็นไปเพื่อเหตุผลทางศีลธรรม ไม่ถือว่าขัดต่อหลักความเสมอภาคแต่อย่างใด เนื่องจากชายสิงคโปร์ทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมายนี้เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวจะไม่ได้ถูกเพิกถอนโดยศาลฎีกาสิงคโปร์ แต่ในปี ค.ศ. 2022 ฝ่ายนิติบัญญัติของสิงคโปร์ก็ได้ยกเลิกกฎหมายดังกล่าวแล้ว

ในกรณีชายไทยทุกคนต้องเกณฑ์ทหารนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เป็นกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของบุคคล ซึ่งการพิจารณาว่าเฉพาะผู้ชายต้องอยู่ภายใต้ภาระหน้าที่ดังกล่าว เกี่ยวข้องกับทั้งเสรีร่างกายและความจำเป็นของสถานการณ์ที่อาจไม่เหมาะสมกับผู้หญิง นอกจากนี้ ในสังคมปัจจุบันได้มีการรณรงค์ยกเลิกการเกณฑ์ทหารในประเทศไทยอย่างแพร่หลายอีกด้วย ตัวอย่างที่ยกมาเปรียบเทียบกับนี้ จึงไม่น่าจะสอดคล้องกับข้อพิพาทในคดีที่เป็นเรื่องความเสมอภาคระหว่างเพศเกี่ยวกับการแต่งกายได้ เนื่องจากการแต่งกายเป็นสิทธิและเสรีภาพของผู้สวมใส่โดยไม่ได้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ในกรณีนี้ ฝ่ายปกครองอาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้เฉพาะเหตุผลเรื่องความสุภาพเท่านั้น ซึ่งเป็นมุมมองที่แตกต่างจากความเห็นของตุลาการผู้แถลงคดี

นอกจากนี้ แม้ในกรณีที่สิทธิและเสรีภาพของบุคคลอาจกระทบบุคคลอื่น ศาลในต่างประเทศก็ยังคงพิจารณาชั่งน้ำหนัก ดังตัวอย่าง คำพิพากษาศาลฎีกาญี่ปุ่น คดี 2021 (Gyo-Hi) 285 ลงวันที่ 11 กรกฎาคม 2566²⁴ ส่วนราชการหนึ่งออกมาตรการกีดกันผู้ร้องซึ่งเป็นพนักงานที่มีอัตลักษณ์ทางเพศไม่ตรงตามเพศกำเนิดและยังไม่ได้ผ่าตัดแปลงเพศมิให้ใช้ห้องน้ำหญิงภายในอาคารสำนักงานในชั้นเดียวกัน แต่อนุญาตให้ใช้ห้องน้ำหญิงที่อยู่ถัดจากชั้นที่หน่วยงานตั้งอยู่ไปอย่างน้อยสองชั้น แม้การใช้ห้องน้ำดังกล่าวจะกระทบสิทธิของบุคคลกลุ่มหนึ่งที่ต้องใช้ห้องน้ำร่วมกันก็ตาม ศาลฎีกาญี่ปุ่นวินิจฉัยว่า มาตรการดังกล่าวให้ความสำคัญกับความเหมาะสมของสภาพการทำงานของพนักงานอื่น โดยไม่คำนึงถึงความเดือดร้อนเสียหายจากความเสียเปรียบที่ผู้ร้องได้รับอย่างไม่เหมาะสม จึงเป็นมาตรการที่เป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และขัดต่อรัฐธรรมนูญ

²³ Human Rights Law Centre 2020, Supreme Court of Singapore passes up opportunity to decriminalise sex between men, [Online], retrieved from <https://www.hrlc.org.au/human-rights-case-summaries/2020/3/30/supreme-court-of-singapore-passes-up-opportunity-to-decriminalise-sex-between-men> เมื่อ 1 กันยายน 2567.

²⁴ กองพล เสถียรภานนท์, “ญี่ปุ่น : ศาลฎีกาพิพากษาว่ามาตรการกีดกันสตรีข้ามเพศเข้าใช้ห้องน้ำสตรีในสำนักงานเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย,” ใน กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, หลักกฎหมายมหาชน ประจำเดือนกรกฎาคม 2567, น. 5-8.

ขณะที่ศาลปกครองกลางพิจารณาตามหลักความเสมอภาคโดยยกข้อเท็จจริงที่ปรากฏระหว่างการพิจารณาว่า “เมื่อต่อมาได้มีประกาศข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 17) พ.ศ. 2566 จะเห็นว่า ข้อบังคับดังกล่าวได้มีการแก้ไขให้สมาชิกหญิงมีสิทธิที่จะแต่งกระโปรง หรือกางเกงขายาวได้ แต่สมาชิกชายยังไม่มีสิทธิสวมกระโปรงตามอัตลักษณ์ทางเพศหรือเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดได้” และ “เมื่อข้อบังคับดังกล่าวได้กำหนดการแสดงออกตัวตนทางเพศผ่านการแต่งกายโดยแบ่งแยกระหว่างเพศชายและเพศหญิงเอาไว้อย่างจำกัด กรณีจึงย่อมถือว่าข้อบังคับดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ” อันเป็นการวินิจฉัยโดยอาศัยหลักความเสมอภาคระหว่างเพศจากข้อเท็จจริงซึ่งปรากฏเป็นรูปธรรมชัดเจนว่า มีกฎเกณฑ์ระหว่างสมาชิกเนติบัณฑิตยสภาที่เป็นเพศหญิงและที่เป็นเพศชายแตกต่างกัน

(2) ขั้นตอนที่สอง คือ กรณีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล คือ การที่ผู้ใช้อำนาจรัฐแบ่งบุคคลออกเป็นประเภทโดยคำนึงถึงเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง แล้วปฏิบัติต่อบุคคลแต่ละประเภทต่างกัน โดยปราศจากเหตุผลอันควรค่าแก่การรับฟัง²⁵ อย่างไรก็ตาม การเลือกปฏิบัติอาจชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ก็ต่อเมื่อเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีความมุ่งหมายที่ชอบธรรมเพื่อรักษาหรือก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ (ที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายให้ความคุ้มครอง) และดำเนินการได้จริงในทางปฏิบัติ รวมทั้งเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม²⁶

ในขั้นตอนนี้ ตุลาการผู้แถลงคดีเห็นว่า “การปฏิบัติแตกต่างกัน เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิงหรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด หากไม่ปรากฏว่ามีลักษณะเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม (เป็นเรื่องที่มีเหตุผลรับฟังได้รองรับ) ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” และ “ในส่วนที่ยังไม่มีการแก้ไขให้ชายสวมกระโปรงหรือแต่งกายอื่นที่สุภาพเมื่อสวมครุยเนติบัณฑิตได้ด้วยนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามได้ให้เหตุผลตามคำให้การซึ่งมีเหตุผลรองรับที่รับฟังได้ จึงมิใช่การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” กล่าวคือ ยอมรับว่ามีการปฏิบัติที่แตกต่างด้วยเหตุในเรื่องเพศในทางข้อเท็จจริง แต่เมื่อพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนแล้วเห็นว่า เหตุผลทั้งหลายตามคำให้การของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ และถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมและไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

²⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2565, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 113.

²⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2565, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 70.

ในขณะที่ศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่า “แม้จะฟังได้ว่าเลือกครุยนติบัณฑิต ซึ่งเป็นเครื่องแบบของผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกนติบัณฑิตยสภาจะมีประวัติและความเป็นมาอย่างยาวนาน แต่เมื่อข้อบังคับนี้มีได้คำนึงถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งสังคมไทยในปัจจุบันให้การยอมรับกันอย่างแพร่หลาย ประกอบกับได้มีทั้งกฎหมายในลำดับรัฐธรรมนูญและในลำดับพระราชบัญญัติให้ความคุ้มครองบุคคลดังกล่าวจากการถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะสาเหตุทางเพศ... ข้อบังคับดังกล่าวจึงเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพเกินสมควร... มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม จึงเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” จะเห็นได้ว่า ศาลวินิจฉัยข้อเท็จจริงแห่งคดีโดยคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน 3 หลักการย่อย ทั้งหลักความสัมฤทธิ์ผล ในแง่ที่ว่าวัตถุประสงค์ของข้อบังคับมิได้คำนึงถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และหลักความจำเป็น ประกอบกับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบในแง่ที่ว่า ข้อบังคับดังกล่าวจำกัดสิทธิเสรีภาพเกินสมควร นอกจากนี้ ผู้ฟ้องคดีได้ให้เหตุผลคัดค้านค่าให้การเกี่ยวกับมุมมองเรื่องความสุภาพไว้อย่างน่าสนใจ โดยเห็นว่า “ความสุภาพนั้นเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัย ความสุภาพในการแต่งกาย คือ การแต่งกายที่ไม่เป็นการอนาจาร... การนำเอาธรรมเนียมปฏิบัติมาจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยไม่มีเหตุผลอื่นมารองรับ เป็นสิ่งที่ไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน”

กรณีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวางหลักการไว้ว่า²⁷ การปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างหญิงและชายในทางกฎหมายทำได้เฉพาะเมื่อความแตกต่างในทางกายภาพและในทางหน้าที่ที่มีผลมาจากเพศนั้น เป็นความสัมพันธ์ในการดำเนินชีวิตที่สำคัญที่ต้องกำหนดเป็นเกณฑ์ ลำพังเพียงเหตุผลในทางประเพณีวัฒนธรรมของความสัมพันธ์ในการดำเนินชีวิตไม่เพียงพอที่จะยอมรับการปฏิบัติที่แตกต่างได้²⁸ โดยมีตัวอย่างคำพิพากษา 2 คดี ดังนี้

1) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยกฎหมายสัญชาติ ค.ศ. 1913 ที่บัญญัติว่า “บุตรชอบด้วยกฎหมายของชายเยอรมันที่เกิดจากหญิงต่างด้าวย่อมได้สัญชาติเยอรมัน โดยกำเนิดเสมอ แต่บุตรชอบด้วยกฎหมายของชายต่างด้าวที่เกิดจากหญิงเยอรมันจะได้สัญชาติเยอรมันโดยกำเนิดก็เฉพาะแต่กรณีที่หากไม่ได้สัญชาติเยอรมันโดยกำเนิดแล้วเด็กจะกลายเป็นคนไร้รัฐ” เป็นบทบัญญัติที่ปฏิบัติต่อบุตรของหญิงเยอรมันแตกต่างจากที่ปฏิบัติต่อชายเยอรมัน ขัดต่อทั้งมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่บัญญัติว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” และมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน ที่บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย”²⁹

²⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5 : 2558, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 142.

²⁸ สอดคล้องกับเหตุผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 ที่เห็นว่า การบังคับให้หญิงมีสามีใช้ชื่อสกุลของสามีเพียงฝ่ายเดียวโดยใช้สถานการณสมรสมิได้เป็นเหตุผลในเรื่องความแตกต่างทางกายภาพ หรือภาระหน้าที่ระหว่างชายและหญิงที่มีผลมาจากความแตกต่างทางเพศ จนทำให้ต้องมีการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกัน อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10

²⁹ Louis Favoreu, Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, (Economica 1981) 161 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2565, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 72.



2) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีคำวินิจฉัยในคดี BVerfGE 85, 191³⁰ ซึ่งมาตรา 19 แห่งรัฐกฤษฎีกาว่าด้วยเวลาการทำงาน (Arbeitszeitordnung - AZO) บัญญัติห้ามพนักงานหญิงรายชั่วโมงทำงานในระหว่างเวลา 20.00 น. ถึงเวลา 06.00 น. ของวันรุ่งขึ้น ซึ่งกฎหมายดังกล่าวตราขึ้นโดยให้เหตุผลว่า ผู้หญิงมักต้องทำงานบ้านและดูแลครอบครัวทำให้มีความเสี่ยงต่อสุขภาพจากการทำงานในเวลากลางคืนเป็นพิเศษ ประกอบกับการเดินทางไปและกลับจากที่ทำงานยามวิกาลของผู้หญิงจะไม่ปลอดภัยจากการประทุษร้ายของมิชฉาชีพ จึงต้องใช้บังคับกฎหมายดังกล่าวเพื่อคุ้มครองสุขภาพอนามัยและสวัสดิภาพในชีวิตร่างกายของผู้หญิง ศาลวินิจฉัยว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ ขัดต่อมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยให้เหตุผลว่า จากงานวิจัยทางการแพทย์ การจ้างงานกลางคืนเป็นอันตรายต่อทุกคนไม่ใช่เฉพาะผู้หญิง ภาระงานบ้านและการเลี้ยงดูลูกไม่ใช่ลักษณะเฉพาะทางเพศ แต่เป็นเพียงบทบาทและไม่ต่างจากพ่อเลี้ยงเดี่ยว ส่วนความเสี่ยงในการเดินทางยามวิกาลนั้น รัฐไม่อาจละทิ้งความรับผิดชอบในการปกป้องผู้หญิงจากการถูกทำร้ายร่างกายบนถนนสาธารณะ โดยการจำกัดเสรีภาพไม่ให้ผู้หญิงออกจากบ้านในเวลากลางคืน และการจำกัดไม่ให้พนักงานหญิงเลือกชั่วโมงการทำงานได้อย่างอิสระอาจส่งผลให้ผู้หญิงยังคงต้องแบกรับภาระในการดูแลเด็กและงานบ้านมากกว่าผู้ชาย ซึ่งจะยิ่งทำให้การกำหนดบทบาททางเพศแบบดั้งเดิมมีมากขึ้น การห้ามทำงานในช่วงเวลากลางคืนจึงขัดขวางการบรรเทาความเสียเปรียบทางสังคมของผู้หญิง

จาก 2 คดีข้างต้น จะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียึดถือหลักความเสมอภาคและพิจารณาการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมจากเหตุผลอย่างรอบด้าน โดยเฉพาะบริบทในทางข้อเท็จจริง เช่น เหตุผลทางการแพทย์ และการส่งเสริมบทบาทของผู้หญิง เช่นเดียวกับศาลปกครองกลางในคดีนี้ที่คำนึงถึงหลักความเสมอภาคประกอบกับบริบทของสังคมในการยอมรับความหลากหลายทางเพศด้วย

2.3 ข้อสังเกตและข้อเสนอแนะของผู้เขียน

น่าสนใจว่า หากไม่ปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมระหว่างพิจารณา กรณีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ที่เปิดโอกาสให้สมาชิกหญิงสามารถสวมกางเกงได้ เหตุผลหรือคำพิพากษาของศาลในคดีนี้จะเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ อย่างไร

ผู้ฟ้องคดีบรรยายฟ้องว่า “ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นชายต้องการแต่งกายด้วยกระโปรงหรือแต่งกายอื่นที่สุภาพเรียบร้อยเพื่อแสดงอัตลักษณ์ทางเพศ” ซึ่งสอดคล้องกับเหตุผลของศาลที่ว่า “แม้จะฟังได้ว่าเสื้อครุยเนติบัณฑิตซึ่งเป็นเครื่องแบบของผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกเนติบัณฑิตยสภาจะมีประวัติและความเป็นมาอย่างยาวนาน แต่เมื่อข้อบังคับนี้มีได้คำนึงถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งสังคมไทยในปัจจุบันจะให้การยอมรับกันอย่างแพร่หลาย” รวมถึงคำบังคับของศาลปกครองกลาง

³⁰ Jurgen Brohme & Clauspeter Hill (eds.), 60 years German basic law : the German Constitution and its court, 2010, Malaysian Current Law Journal Sdn Bhd, pp. 222-227.

ซึ่งมีข้อกำหนดเพิ่มเติมเพื่อคุ้มครองชายที่มีอัตลักษณ์ทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิดอย่างชัดเจน ศาลไม่เพียงแต่คุ้มครองความเสมอภาคระหว่างเพศชายและเพศหญิง แต่ก้าวข้ามปัจจัยด้านเพศกำเนิด มาคุ้มครองความเสมอภาคในระดับอัตลักษณ์ทางเพศด้วย³¹

ผู้เขียนเห็นด้วยอย่างยิ่งกับคำพิพากษาในคดีนี้ อย่างไรก็ตาม มีประเด็นข้อสังเกตเพิ่มเติม 3 ประเด็น ดังนี้

ประเด็นแรก ที่ศาลพิจารณาวินิจฉัยว่า “เมื่อการแต่งกายตามอัตลักษณ์ทางเพศ หรือเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดถือเป็นการสื่อความหมายโดยวิธีอื่นที่บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงออก ตามนัยมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560” นั้น อาจเป็นข้อเท็จจริง ในมุมหนึ่งของผู้ฟ้องคดีได้รับผลกระทบเท่านั้น แท้จริงแล้ว ทุกคนมีสิทธิเสรีภาพติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด และมีสิทธิเสรีภาพเท่าเทียมกัน การแต่งกายเป็นสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่บัญญัติว่า “...การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำเช่นนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น” การสวมกางเกงหรือกระโปรงไม่จำเป็นว่าผู้สวมใส่ต้องการแสดงออกทางเพศ³² เสมอไป โดยเฉพาะในปัจจุบัน ผู้หญิงที่มีอัตลักษณ์ทางเพศตรงเพศกำเนิดสามารถเลือกสวมกางเกงเพื่อความคล่องตัวหรือโดยความชอบส่วนบุคคลได้ ผู้ชายโดยที่ไม่ต้องคำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศก็สมควรมีสิทธิเลือกแต่งกายด้วยกางเกงหรือกระโปรง³³ ได้เช่นกัน

³¹ สอดคล้องกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2567 ที่ระบุว่า ภริยาไม่สามารถเรียกค่าทดแทน จากชายหรือบุคคลอื่น ซึ่งมีความหลากหลายทางเพศที่เข้ามามีความสัมพันธ์ฉันคู่สมรสกับสามีของตน อันเป็นการคุ้มครอง และเล็งเห็นถึงบริบทความหลากหลายทางเพศด้วย อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 11*

³² การแสดงออกทางเพศ (Gender Expression) คือ การที่บุคคลมีวิธีในการสื่อสารเพศสถานะ ซึ่งกระทำผ่านลักษณะทางกายภาพ เช่น เสื้อผ้า ทรงผม การใช้เครื่องสำอาง มารยาท วิธีการพูด และรูปแบบพฤติกรรม เมื่อปฏิสัมพันธ์กับผู้อื่น อ้างถึงใน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, สร้างความเข้าใจเกี่ยวกับความหลากหลาย ทางเพศ & แนวทางการอยู่ร่วมกันอย่างให้เกียรติ, 2564, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://www.law.tu.ac.th/how-to-respect-lgbtq/> เมื่อ 12 กันยายน 2567.

³³ มีการค้นพบกระโปรงที่เก่าแก่ที่สุดทำมาจากฟาง อายุกว่า 3,900 ปีก่อนคริสตกาล และสมัยอียิปต์โบราณ ทั้งชายและหญิงต่างสวมเครื่องนุ่งห่มจากลินินที่ลักษณะคล้ายกระโปรง อย่างไรก็ตาม ความนิยมในการแต่งกายมีการเปลี่ยนแปลง ตลอดเวลา จึงทำให้การแต่งกายของคนในแต่ละยุคสมัยนั้นมีความแตกต่างกัน กระโปรงเป็นสัญลักษณ์การระบุเพศของเพศหญิง ดังเห็นได้ชัดตามสัญลักษณ์ห้องน้ำในสถานที่ต่าง ๆ โดยห้องน้ำหญิงมักเป็นรูปร่างของคนที่สวมกระโปรง การเลือกสวมใส่เสื้อผ้า ควรเป็นเรื่องปกติที่ทุกคนสามารถทำได้อย่างอิสระ เพราะประโยชน์หลักของเสื้อผ้า คือ การปกปิดร่างกายของมนุษย์ และเป็นเครื่องประดับ ผู้ชายสวมกระโปรงจึงไม่ใช่เรื่องผิด หากแต่ผู้คนไม่น้อยที่ยึดติดและกำหนดกรอบสังคมให้การแต่งกาย เป็นเครื่องแบ่งเพศ การที่ผู้ชายสวมเสื้อผ้าของผู้หญิงจึงกลายเป็นเรื่องแปลก ขณะที่ผู้หญิงจำนวนมากสวมกางเกงที่เป็นสัญลักษณ์ ของเพศชายแต่สังคมกลับมองเป็นเรื่องปกติ อ้างถึงใน สิทธิศักดิ์ บุญมั่น และวิชัย ตาตโรสงค์, สิทธิในการแต่งกาย : ผู้ชาย กับการใส่กระโปรง, 2564, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://www.amnesty.or.th/latest/blog/878/> เมื่อ 12 กันยายน 2567.



ประเด็นที่สอง คือ คำบังคับของศาลปกครองกลางในส่วนหลังที่ว่า “ให้คณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภาแก้ไขข้อ 17 วรรคสอง (1) ของข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 โดยมีข้อกำหนดเพิ่มเติมกรณีสมาชิกชายที่มีอัตลักษณ์ทางเพศหรือวิถีทางเพศไม่ตรงกับเพศโดยกำเนิด มีสิทธิและเสรีภาพในการแต่งกายตามแบบสากลนิยม กระโปรง หรือกางเกงขาวยาว ตามเพศสภาพหรืออัตลักษณ์ทางเพศของตนโดยมีรูปแบบที่เหมาะสม” ซึ่งอาจมีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า ศาลมีอำนาจควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้เพียงใด กล่าวคือ ศาลสามารถกำหนดรายละเอียดเนื้อหาของกฎที่คณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภาจะต้องแก้ไขไว้ในคำบังคับตามคำพิพากษาได้มากน้อยเพียงใด

ประเด็นที่สาม คือ ผลหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษา ซึ่งคณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภาได้แก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ที่เกี่ยวข้องกับผลของคำพิพากษาถึง 2 ครั้ง ได้แก่ ข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2566³⁴ โดยเพิ่มความข้อ 17 วรรคสอง (4) และข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2567³⁵ โดยแก้ไขความในข้อ 17 วรรคสอง (1) ซึ่งปรากฏว่า การแก้ไขเพิ่มเติมทั้ง 2 ครั้ง ทำให้ข้อบังคับฉบับปัจจุบันมีความซ้ำซ้อนกัน โดยเงื่อนไขของผู้ที่มีอัตลักษณ์ทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิดปรากฏในทั้ง (1) และ (4) จึงอาจไม่สอดคล้องกับหลักความชัดเจนของกฎหมาย ซึ่งข้อเท็จจริงกรณีเดียวกันควรสามารถปรับเข้ากับบทบัญญัติแห่งกฎหมายในมาตราเดียวกันเพียงวรรคเดียวเท่านั้น

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ทั้งศาลปกครองกลางและคณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภาอาจพิจารณาให้ความคุ้มครองและออกข้อกำหนดเกี่ยวกับการแต่งกายของสมาชิกเนติบัณฑิตยสภาโดยรวมทั้งหมดไม่จำเป็นต้องคุ้มครองและออกข้อกำหนดที่ระบุเฉพาะผู้ที่มีอัตลักษณ์ทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิดเท่านั้น และมีข้อเสนอว่า การกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแต่งกายควรคำนึงถึงเฉพาะเรื่องความสุภาพว่าควรจะมีลักษณะอย่างไร เช่น กำหนดรูปแบบการแต่งกาย 3 รูปแบบ ได้แก่ แบบสวมกางเกง แบบสวมกระโปรง และเครื่องแบบราชการ แต่ละรูปแบบมีรายละเอียดอย่างไร โดยไม่อ้างอิงเรื่องความแตกต่างระหว่างเพศของผู้สวมใส่ กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องกำหนดว่า บุคคลใด เพศกำเนิดใด หรืออัตลักษณ์ทางเพศใดต้องแต่งกายรูปแบบใด แต่เป็นสิทธิของสมาชิกเนติบัณฑิตแต่ละคนที่สามารถเลือกแต่งกายตามรูปแบบข้างต้นได้ ความเสมอภาคในการแต่งกายเมื่อสวมเสื้อครุยเนติบัณฑิตควรหมายถึงผู้มีสิทธิสวมเสื้อครุยเนติบัณฑิตทุกคนสามารถแต่งกายตามระเบียบที่คณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภากำหนดได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงเพศกำเนิดหรืออัตลักษณ์ทางเพศเลย เพราะการแต่งกายในสังคมสามารถเปลี่ยนแปลงได้และไม่ได้จำกัดด้วยเหตุในเรื่องเพศเท่านั้น สอดคล้องกับแนวคิดความเป็นกลางทางเพศ (Gender Neutrality) ซึ่งเป็นแนวคิดที่ไม่มีการแบ่งแยกระหว่างเพศ ไม่ว่าจะป็นด้านนโยบาย ภาษา หรือบทบาททางสังคมอื่น ๆ จะมีความเป็นกลางทางเพศโดยไม่มีการแบ่งแยก แนวคิดนี้มีการปรับใช้กับกฎเกณฑ์เรื่องการแต่งกายเพื่อเคารพสิทธิการแต่งกายของแต่ละบุคคลและลดการแบ่งแยกระหว่างเพศเช่นเดียวกัน ได้แก่ gender neutral dress code

³⁴ อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 5

³⁵ อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 6



และ gender neutral uniform ซึ่ง gender neutral dress code หมายถึง การไม่กำหนดกฎระเบียบ การแต่งกายตามเพศ แต่ออกกฎระเบียบการแต่งกายสำหรับพนักงานทุกคนอย่างเท่าเทียม เช่น การออกกฎให้พนักงานทุกคนสวมสูทเมื่อพบลูกค้า การห้ามสวมกางเกงขาสั้นหรือรองเท้ายางมาทำงาน การห้ามพนักงานบนเครื่องบินสวมแว่นด้วยเหตุผลทางด้านความปลอดภัย เพื่อกำหนดระดับความสุภาพและเป็นทางการของการแต่งกายและเหตุผลด้านความปลอดภัยเท่านั้น ส่วน gender neutral uniform หมายถึง การมีเครื่องแบบที่เป็นกลางสามารถใช้ได้ทุกเพศ โดยองค์กรอาจออกแบบเครื่องแบบเดียวกันให้สามารถใช้ได้ทุกเพศหรือใช้วิธียกเลิกการระบุเพศในเครื่องแบบให้เครื่องแบบมีทั้งกระโปรงและกางเกงเช่นเดิม แต่อุญาติให้ผู้ชายสามารถเลือกสวมกระโปรงและผู้หญิงสามารถเลือกสวมกางเกงได้ตามรสนิยมหรืออัตลักษณ์ทางเพศของแต่ละคน³⁶ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นแนวคิดที่น่าสนใจและเป็นสิ่งที่หน่วยงานต่าง ๆ ควรนำมาปรับใช้อย่างแพร่หลาย

บทสรุป

ศาลปกครองมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง และเพื่อให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองสอดคล้องและเป็นการใช้อำนาจภายใต้หลักนิติรัฐ การกระทำทางปกครองจึงต้องชอบด้วยกฎหมายและจำต้องมีหลักประกันต่อการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ กฎหมายมีความเป็นพลวัตสามารถเปลี่ยนแปลงสอดคล้องกับสภาพสังคม แต่ยังคงไว้ซึ่งหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ เช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลปกครองกลางในคดีนี้ที่แสดงให้เห็นถึงบทบาทของศาลปกครองในการคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างเพศ รวมถึงแนวคิดเชิงก้าวหน้าของศาลปกครองที่ปรับตัวตามยุคสมัยของสังคมในการยอมรับความหลากหลายทางเพศ แต่ยังคงไว้ซึ่งการพิจารณาพิพากษาคดีตามหลักความเสมอภาคและหลักความได้สัดส่วนภายใต้หลักนิติรัฐ อย่างไรก็ตาม อาจมีประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับขอบเขตของศาลในการกำหนดรายละเอียดของคำบังคับและแนวคิดการกำหนดการแต่งกายโดยไม่มีแบ่งแยกเพศซึ่งสมควรพิจารณาเพิ่มเติมด้วย

คำสำคัญ : ความเสมอภาคระหว่างเพศ, การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ, การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎ, เสือครุยนติบัณฑิต

³⁶ Adecco, Pride Month : รู้จักแนวคิดการแต่งกายแบบ Gender Neutrality เมื่อการแต่งกายมาทำงานไม่ควรถูกจำกัดด้วยเพศ, 2565, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://adecco.co.th/th/knowledge-center/detail/hr-insight/gender-neutral-dress-code> เมื่อ 12 กันยายน 2567.



หลักกฎหมายมหาชน

สรุปความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 497/2564
การยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นของข้าราชการที่เสียชีวิต
พร้อมข้อสังเกต

นิติกร ชัยวิเศษ *

สาระสำคัญ :

สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษานครปฐม เขต 2 ได้ออกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งนาง ว. ให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นโดยไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์มาตรฐานตำแหน่งนิติกรตามหนังสือสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา (สำนักงาน ก.ค.ศ.) ที่ ศธ 0206.3/ว 18 ลงวันที่ 28 ตุลาคม 2548 เรื่อง มาตรฐานตำแหน่งของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ซึ่งมาตรา 63 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 กำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเกี่ยวกับการแก้ไขการเลื่อนและแต่งตั้งครูและบุคลากรทางการศึกษาที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ด้วยการให้ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งให้ผู้ผู้นั้นกลับไปดำรงตำแหน่งหรือวิทยฐานะเดิมโดยพลัน และเมื่อคำสั่งแต่งตั้งนาง ว. ตามกรณีที่ทำหรือไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งจึงต้องสั่งให้นาง ว. กลับไปดำรงตำแหน่งเดิม แต่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 ไม่ได้กำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ และโดยที่คำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้นาง ว. ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นนั้น เป็นคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิหรือหน้าที่ของนาง ว. จึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่อาจถูกเพิกถอนได้ตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน และแม้นาง ว. จะได้เสียชีวิตไปก่อนแล้ว ก็ไม่มีบทบัญญัติห้ามมิให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวแต่อย่างใด ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งจึงมีอำนาจออกคำสั่งยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งนาง ว. ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีผลทำให้ต้องมีการออกคำสั่งแก้ไขคำสั่งเลื่อนขึ้นเงินเดือนและแก้ไขอัตราเงินเดือนเดือนสุดท้ายเพื่อคำนวณบำเหน็จตกทอดใหม่สืบเนื่องกันไป และทำให้สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาฯ ซึ่งเป็นต้นสังกัดของนาง ว. มีอำนาจตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่จะเรียกคืนเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับไป ในกรณีที่มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยให้มีผลย้อนหลัง ซึ่งตามกรณีที่ทำหรือ สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาฯ

* เจ้าหน้าที่ศาลปกครองชำนาญการพิเศษ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 2 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

มีอำนาจเรียกคืนเงินบำเหน็จตกทอดที่ทายาทของนาง ว. ได้รับไปเกินสิทธิในฐานะลาภมิควรได้ตามมาตรา 406 และมาตรา 412 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

หลักกฎหมาย :

แม้มาตรา 63 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 ได้กำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเกี่ยวกับการแก้ไขการเลื่อนและแต่งตั้งครูและบุคลากรทางการศึกษาที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ด้วยการให้ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งให้ผู้ผู้นั้นกลับไปดำรงตำแหน่งหรือวิทยฐานะเดิมโดยพลัน แต่โดยที่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเอาไว้โดยเฉพาะจึงต้องนำหลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้ประกอบด้วย

แม้ว่าผู้ที่ได้รับคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจะได้เสียชีวิตไปก่อนแล้วก็ตาม แต่เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดห้ามมิให้ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว ดังนั้นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งจึงมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

บำเหน็จตกทอดตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ มีใช้สิทธิของข้าราชการผู้รับบำนาญปกติที่มีอยู่ก่อนตายหรือในขณะถึงแก่ความตาย สิทธิในบำเหน็จตกทอดจึงมิใช่มรดกของผู้เสียชีวิต การฟ้องเรียกคืนเงินบำเหน็จตกทอดที่ทายาทได้รับไปเกินสิทธิในฐานะลาภมิควรได้จึงต้องใช้อายุความตามมาตรา 419 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิใช่การใช้สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้จากกองมรดกตามมาตรา 1754 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

รายละเอียดของเรื่อง :

นาง ว. ได้รับเลื่อนและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนิติกร 8ว ตามคำสั่งสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษานครปฐม เขต 2 ที่ 142/2552 ลงวันที่ 20 เมษายน 2552 แต่เมื่อสำนักงาน ก.ค.ศ. ได้ตรวจสอบคำสั่งดังกล่าวแล้ว พบว่า นาง ว. มีคุณสมบัติไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.ค.ศ. กำหนด จึงมีหนังสือลงวันที่ 10 กันยายน 2557 แจ้งให้สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาฯ ยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งนาง ว. ให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาฯ จึงได้มีคำสั่งที่ 284/2557 ลงวันที่ 29 กันยายน 2557 เพื่อยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้นาง ว. ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น และแก้ไขอัตราเงินเดือนเดือนสุดท้ายของนาง ว. แต่นาง ว. ได้เสียชีวิตลงตั้งแต่วันที่ 12 มิถุนายน 2556 และได้มีการสั่งจ่ายบำเหน็จตกทอดให้แก่ทายาทแล้ว ซึ่งในเวลาต่อมาสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานได้หารือกรมบัญชีกลางว่าการยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้นาง ว. ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นมีผลทำให้เงินเดือนของนาง ว. ลดลงจะมีผลต่อเงินบำเหน็จตกทอดที่ได้จ่ายให้แก่ทายาทไปแล้วหรือไม่ ซึ่งกรมบัญชีกลางตอบข้อหารือว่าให้คำนวณบำเหน็จตกทอดใหม่จากอัตราเงินเดือนเดือนสุดท้ายของนาง ว. และต้องเรียกเงินบำเหน็จตกทอดที่ทายาทได้รับไปเกินสิทธิคืน แต่ทายาทของนาง ว. ไม่คืนเงินบำเหน็จตกทอดที่ถูกเรียกคืน และได้แย้งว่า



การเพิกถอนคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งนาง ว. ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นการเพิกถอนคำสั่งหลังจากที่นาง ว. เสียชีวิตไปแล้วกว่า 1 ปี และไม่มีการแจ้งคำสั่งต่อนาง ว. หรือทายาทที่ได้รับผลกระทบเพื่อใช้สิทธิตามขั้นตอนของกฎหมาย ทั้งนี้ ตามมาตรา 30 มาตรา 40 และมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานจึงหารือต่อคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มีความเห็นตามประเด็นที่หารือ ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง คำสั่งให้ยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นซึ่งออกภายหลังจากข้าราชการผู้รับคำสั่งเสียชีวิตไปแล้วเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ตามมาตรา 63 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 กำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเกี่ยวกับการแก้ไขการเลื่อนและแต่งตั้งครูและบุคลากรทางการศึกษาที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ด้วยการให้ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งสั่งให้ผู้นั้นกลับไปดำรงตำแหน่งหรือวิทยฐานะเดิมโดยพลัน โดยไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่และการรับเงินเดือนหรือผลประโยชน์อื่นที่ได้รับไปแล้วหรือมีสิทธิจะได้รับจากทางราชการในระหว่างที่ได้รับการเลื่อนตำแหน่งหรือเลื่อนวิทยฐานะนั้น เมื่อคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งนาง ว. ให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์มาตรฐานตำแหน่งนิติกรตามหนังสือสำนักงาน ก.ค.ศ. ที่ ศธ 0206.3/ว 18 ลงวันที่ 28 ตุลาคม 2548 เรื่อง มาตรฐานตำแหน่งของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ซึ่งถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาฯ ในฐานะผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งตามมาตรา 53 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 จึงต้องสั่งให้นาง ว. กลับไปดำรงตำแหน่งเดิมโดยไม่มีผลกระทบกระเทือนถึงการรับเงินเดือนหรือผลประโยชน์อื่นที่ได้รับไปแล้วหรือมีสิทธิจะได้รับจากทางราชการในระหว่างที่ได้รับการเลื่อนตำแหน่งหรือเลื่อนวิทยฐานะนั้น ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเฉพาะข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาเท่านั้น ไม่รวมถึงบุคคลอื่นผู้สืบสิทธิจากข้าราชการคนดังกล่าว

อย่างไรก็ดี โดยที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 ไม่ได้กำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะ และคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งนาง ว. ให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นเป็นคำสั่งที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิหรือหน้าที่ของนาง ว. จึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และเมื่อคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว โดยจะให้ให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลัง หรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งก็ได้ตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยมีได้มีบทบัญญัติห้ามมิให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว แม้วานาง ว. จะเสียชีวิตไปก่อนแล้ว

ส่วนปัญหาว่าการเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้ปฏิบัติโดยชอบตามมาตรา 30 มาตรา 40 และมาตรา 42 หรือไม่นั้น เห็นว่า มาตรา 30 (6) ประกอบกับ (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้การออกคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งได้รับยกเว้นให้ไม่ต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน ส่วนกรณีตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ที่กำหนดให้คำสั่งทางปกครองมีผลใช้บังคับบุคคลเมื่อผู้นั้นได้รับแจ้งนั้น เมื่อนาง ว. เสียชีวิตแล้ว สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาฯ จึงได้แจ้งคำสั่งยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งนาง ว. ให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นไปพร้อมกับการเรียกให้ทายาทของนาง ว. คืนเงินบำเหน็จตกทอดที่ได้รับไปเกินสิทธิ จึงถือได้ว่าได้มีการแจ้งคำสั่งให้แก่ผู้สืบสิทธิของนาง ว. ได้ทราบแล้ว และถึงแม้ว่าในหนังสือดังกล่าวจะไม่ได้แจ้งสิทธิอุทธรณ์ให้ทายาทของนาง ว. ทราบ ก็มีผลแต่เพียงทำให้ระยะเวลาอุทธรณ์ขยายไปเป็นหนึ่งปีนับแต่วันที่รับคำสั่งทางปกครองโดยไม่กระทบถึงความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด ทั้งนี้ ตามมาตรา 40 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน คำสั่งยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งนาง ว. ให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและมีผลเป็นการเพิกถอนคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งนาง ว. ดังกล่าวตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ประเด็นที่สอง ในกรณีที่คำสั่งให้ยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะทำให้คำสั่งแก้ไขการเลื่อนขั้นเงินเดือนและคำสั่งแก้ไขอัตราเงินเดือนเดือนสุดท้ายของผู้นั้นกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วยหรือไม่

เมื่อคำสั่งยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งนาง ว. ให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งแก้ไขการเลื่อนขั้นเงินเดือนและแก้ไขอัตราเงินเดือนเดือนสุดท้ายซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมคำสั่งที่เกี่ยวข้องจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน ซึ่งต้องมีการคำนวณบำเหน็จตกทอดใหม่ให้ถูกต้องตามคำสั่งดังกล่าวเพื่อให้เป็นไปตามมาตรา 58 ประกอบมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539 และเมื่อคำนวณใหม่แล้วทำให้มีบำเหน็จตกทอดที่เกินสิทธิโดยในมาตรา 51 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดว่า ในกรณีที่เพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลัง การคืนเงิน ททรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับไปให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาฯ จึงต้องเรียกคืนเงินบำเหน็จตกทอดส่วนที่เกินสิทธิจากทายาทของนาง ว. ในฐานะลาภมิควรได้ตามมาตรา 406 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยทายาทจะต้องคืนเงินนั้นเต็มจำนวน เว้นแต่จะได้รับเงินบำเหน็จตกทอดไว้โดยสุจริต ทายาทจะต้องคืนบำเหน็จตกทอดเพียงส่วนที่ยังมีอยู่ในขณะเมื่อเรียกคืนตามมาตรา 412 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในส่วนของบำเหน็จตกทอดตามพระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539 เป็นกรณีที่รัฐให้สิทธิแก่ทายาทหรือผู้อุปการะหรือผู้อยู่ในอุปการะโดยตรงของข้าราชการผู้เสียชีวิตที่จะได้รับเงินช่วยเหลือ หากได้เป็นสิทธิแก่ข้าราชการผู้รับบำนาญปกติมีอยู่ก่อนตายหรือในขณะที่ถึงแก่ความตาย



แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิในบำเหน็จตกทอดจึงมิใช่มรดกของผู้เสียชีวิต ดังนั้นการที่สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาฯ ได้มีหนังสือแจ้งให้ทายาทของนาง ว. คืนเงินบำเหน็จตกทอดที่ได้รับไปเกินสิทธิ จึงถือเป็นการแจ้งคำสั่งทางปกครองแก่ทายาทของนาง ว. ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว จึงสามารถเรียกคืนเงินบำเหน็จตกทอดจากทายาทของนาง ว. ได้ แต่ต้องดำเนินการฟ้องคดีภายในอายุความตามมาตรา 419 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิใช่กรณีการใช้สิทธิเรียกร้องของเจ้าหน้าที่จากกองมรดกตามมาตรา 1754 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ข้อสังเกตของผู้เรียบเรียง :

ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องนี้ มีประเด็นที่น่าสนใจในส่วนที่เป็นการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งข้าราชการที่เสียชีวิตไปแล้ว อันมีผลเป็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งผู้เรียบเรียงขอตั้งข้อสังเกตและข้อวิเคราะห์ ดังนี้

คำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งนาง ว. ให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีนาง ว. เป็นคู่กรณีที่อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ทำให้คำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งนาง ว. ดังกล่าวมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนไขหรือโดยเหตุอื่นตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และเมื่อนาง ว. เสียชีวิตลงเมื่อวันที่ 12 มิถุนายน 2556 นาง ว. จึงออกจากราชการด้วยเหตุตายตามมาตรา 107 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 แต่การพิจารณาทางปกครองเพื่อยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งนาง ว. เพิ่งจะเริ่มขึ้นอย่างรวดเร็วที่สุดก็หลังจากที่สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาฯ ได้รับหนังสือสำนักงาน ก.ค.ศ. ลงวันที่ 10 กันยายน 2557 ปัญหาตามข้อหาหรือนี้จึงมีปัญหาค่าที่ต้องพิจารณาหลายประการ ดังนี้

1) ผู้ใดเป็นคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครอง

ตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดบุคคลที่อาจเป็นคู่กรณีไว้ว่า บุคคลธรรมดา คณะบุคคล หรือนิติบุคคล อาจเป็นคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครองได้ตามขอบเขตที่สิทธิของตนถูกระทบกระทบหรืออาจถูกระทบกระทบโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ในขณะที่มีการออกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้นาง ว. ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นนาง ว. ยังไม่เสียชีวิตและมีสภาพบุคคลอยู่ตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นาง ว. ย่อมเป็นบุคคลและเป็นคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครองได้ และเมื่อนาง ว. เป็นผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น การยกเลิกคำสั่งดังกล่าวก็ย่อมจะต้องกระทำในขณะที่นาง ว. ยังมีความสามารถเป็นคู่กรณีอยู่เพื่อรับคำสั่งทางปกครอง แต่กรณีตามข้อเท็จจริงที่หาหรือ นาง ว. ได้สิ้นสภาพบุคคลลงด้วยความตายไปก่อนที่การพิจารณาทางปกครองเพื่อยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งดังกล่าวจะเริ่มขึ้น กรณีย่อมไม่มีบุคคลที่จะเข้ามาเป็นคู่กรณีที่จะรับคำสั่งยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้ง

ให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น อีกทั้งหากพิจารณาผลภายหลังการยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งนาง ว. ให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นที่นาง ว. จะต้องกลับไปดำรงตำแหน่งเดิมตามมาตรา 63 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 กรณียังเห็นได้ชัดว่าเป็นกรณีอันพันวิสัยที่จะแต่งตั้งให้นาง ว. ซึ่งไม่มีทั้งสถานะข้าราชการและไม่มีสภาพบุคคลแล้วกลับไปดำรงตำแหน่งเดิม¹

หากพิจารณาว่า ทายาทของนาง ว. ยังมีสภาพบุคคลอยู่ ก็อาจเข้ามาสืบสิทธิของนาง ว. เพื่อเป็นคู่กรณีและเป็นผู้รับคำสั่งยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นต่อไปได้ แต่จะต้องพิจารณาแยกระหว่างสิทธิที่ทายาทสามารถสืบต่อได้กับสิทธิเฉพาะตัวของนาง ว.² โดยเมื่อพิจารณาการเลื่อนและแต่งตั้งนาง ว. ให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นตามกรณีที่หารือจะเห็นได้ว่า เป็นการพิจารณาคุณสมบัติและความเหมาะสมของนาง ว. ว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์มาตรฐานตำแหน่งนิติกรตามหนังสือสำนักงาน ก.ค.ศ. ที่ ศร 0206.3/ว 18 ลงวันที่ 28 ตุลาคม 2548 เรื่อง มาตรฐานตำแหน่งของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาหรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาคุณสมบัติและความเหมาะสมเฉพาะตัวของนาง ว. และเมื่อนาง ว. เสียชีวิตพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 ก็กำหนดให้นาง ว. ต้องออกจากราชการ และไม่มีสิทธิหรือหน้าที่ในตำแหน่งที่ได้รับเลื่อนและแต่งตั้งอีกต่อไป สิทธิในตำแหน่งที่ได้รับเลื่อนและแต่งตั้งย่อมเป็นสิทธิเฉพาะตัวของนาง ว. ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 ที่สิ้นสุดลงพร้อมด้วยความตายของนาง ว. ทายาทของนาง ว. จึงไม่อาจเข้าสืบสิทธิในตำแหน่งที่นาง ว. ได้รับแต่งตั้งนั้นต่อไป ทายาทของนาง ว. จึงมีแต่เพียงสิทธิได้รับบำเหน็จตกทอดซึ่งเป็นสิทธิที่มาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539 กำหนดแยกไว้ต่างหากจากสิทธิในตำแหน่งหน้าที่ราชการของนาง ว. ด้วยเหตุนี้ ทายาทของนาง ว. จึงไม่น่าที่จะเข้ามาเป็นผู้สืบสิทธิเพื่อเป็นคู่กรณีและรับคำสั่งยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้นาง ว. ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นได้

2) เงื่อนไขการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์

แม้ว่าคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจะเห็นว่า การยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งนาง ว. ให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นจะมีผลเป็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ต้องนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาบังคับใช้ แต่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกลับกล่าวถึงเฉพาะมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ที่บัญญัติถึงอำนาจของเจ้าหน้าที่

¹ การแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งมีเงื่อนไขว่าบุคคลนั้นจะต้องมีสภาพบุคคลอยู่ด้วย โปรดดูบันทึกคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 285/2521 เรื่อง ขอรื้อหรือปัญหาข้อกฎหมาย (กรณีผู้ดำรงตำแหน่งอธิการพ้นจากตำแหน่งเพราะถึงแก่ความตาย)

² โปรดดู มาตรา 1600 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์; Vgl. Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage : 2010, De Berlin : Gruyter, S. 610-611.



ที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีทั่วไปเท่านั้น โดยที่ไม่ได้พิจารณาว่าคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งนาง ว. ให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ที่การเพิกถอนจะต้องเป็นไปตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน โดยจะต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น กับประโยชน์สาธารณะประกอบกันก่อนการเพิกถอน ซึ่งตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องนี้ไม่ปรากฏว่า นาง ว. ได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริง ซึ่งควรบอกให้แจ้ง หรือข่มขู่ หรือชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้มีการออกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งตนเอง ย่อมจะต้องรับฟังว่า นาง ว. มีความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองตลอดมาจนถึงแก่ความตาย³ แต่ก็เป็นที่น่าเสียดายที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมิได้นำความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองของนาง ว. มาซึ่งน้ำหนักกับประโยชน์สาธารณะก่อนที่จะวินิจฉัยว่าสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาฯ จะยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้นาง ว. ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นได้หรือไม่ อันจะเป็นการวางหลักกฎหมายสำคัญในการบริหารทรัพยากรบุคคลภาครัฐ โดยคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกลับข้ามไปวินิจฉัยว่า สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาฯ สามารถออกคำสั่งยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้นาง ว. ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

3) ผลทางกฎหมายของคำสั่งยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้นาง ว. ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น

เมื่อคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้นาง ว. ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นเป็นคำสั่งทางปกครอง คำสั่งยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้นาง ว. ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น ย่อมจะต้องเป็นคำสั่งทางปกครองตามหลักการกระทำโดยมถุกลบล้างได้ด้วยการกระทำเดียวกัน (*actus contrarius*)⁴ และโดยที่คำสั่งทางปกครองตามคำนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะต้องมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล กรณีจึงเป็นปัญหาว่า นาง ว. เสียชีวิตและสิ้นสภาพบุคคลไปแล้ว และมีได้อยู่ในสถานะที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายได้อีกต่อไปแล้ว⁵ สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาฯ จึงไม่อาจสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่กับนาง ว. ด้วยคำสั่งยกเลิกคำสั่งเลื่อน

³ อนุชา ฮุนสวัสดิกุล, ประมวลคำอธิบายกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศวพิชญ์, 2566, กรุงเทพฯ : มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง, น. 176-178.

⁴ Huck/Müller, Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Auflage : 2025, München : C.H. Beck, § 48, Rn. 1.

⁵ โปรดดู สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 31 : 2567, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 235; คณะกรรมการกฤษฎีกาเคยมีความเห็นในเรื่องเสรีจที่ 64/2533 ว่า บุคคลที่ถึงแก่ความตาย ย่อมสิ้นสภาพบุคคลและไม่อาจมีสิทธิหรือหน้าที่ได้ จึงไม่อาจได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์พิเศษได้

และแต่งตั้งให้นาง ว. ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นได้อีก ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติที่ตราพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 ก็ได้ตระหนักถึงประเด็นปัญหานี้และบัญญัติไว้ในมาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยกำหนดข้อยกเว้นมิให้ผู้บังคับบัญชาดำเนินการทางวินัยอย่างร้ายแรงต่อข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาที่ออกจากราชการเพราะตาย ซึ่งหมายความว่า แม้ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาจะถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงและได้กระทำความผิดวินัยจริง แต่หากออกจากราชการเพราะความตายไปแล้ว ก็ไม่อาจดำเนินการทางวินัยเพื่อออกคำสั่งปลดออกหรือไล่ออกจากราชการตามมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 เพื่อให้มีการคำนวณเงินบำเหน็จตกทอดใหม่ได้ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า แม้แต่ในกรณีที่ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาได้กระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงที่จะต้องถูกปลดออกหรือไล่ออกจากราชการ กฎหมายก็ยังคงเว้นมิให้มีการดำเนินการทางวินัยต่อผู้ที่ออกจากราชการเพราะตาย การออกคำสั่งยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายหลังจากที่ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาได้รับแต่งตั้งถึงแก่ความตาย ซึ่งเป็นเรื่องที่มีความเสียหายน้อยกว่าการกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงก็ยิ่งต้องกระทำไม่ได้⁶ โดยหากจะกล่าวให้ถึงที่สุดแล้ว เห็นว่า การออกคำสั่งของสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาฯ ต่อนาง ว. มิใช่การออกคำสั่งต่อบุคคลที่มีตัวตนอยู่ในขณะที่ออกคำสั่ง แต่เป็นการออกคำสั่งต่อผู้ที่สิ้นสภาพบุคคลไปก่อนที่การพิจารณาทางปกครองเพื่อออกคำสั่งดังกล่าวจะเริ่มขึ้น คำสั่งยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้นาง ว. ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นจึงไม่อาจมีผลทางกฎหมายได้เลย เนื่องจากเมื่อนาง ว. เสียชีวิตลงและต้องออกจากราชการโดยผลของกฎหมาย คำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้นาง ว. ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นย่อมสิ้นสุดลงเพราะผู้ทรงสิทธิและหน้าที่ตามคำสั่งนั้น (Regelungssubjekt) ไม่มีอยู่อีกต่อไปแล้ว คำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งดังกล่าวจะดำรงอยู่ในฐานะที่เป็นเพียงฐานของการได้รับสิทธิประโยชน์ที่ได้รับมาแล้ว แต่จะไม่ก่อตั้งสิทธิเรียกร้องใด ๆ ในอนาคต⁷ รวมถึงไม่อาจถูกยกเลิกหรือเพิกถอนได้อีกต่อไป ส่วนนาง ว. หรือทายาทจะมีสิทธิอันสืบเนื่องจากการที่นาง ว. เคยมีสถานะข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในตำแหน่งดังกล่าวต่อไปหรือไม่ ก็ย่อมจะเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งสิทธิที่นาง ว. หรือทายาทได้รับในฐานะที่นาง ว. เคยดำรงตำแหน่งข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาดังกล่าว มิใช่สิทธิในตำแหน่งที่นาง ว. ได้รับเลื่อนและแต่งตั้ง อันเป็นปอเกิดแห่งสิทธิในกฎหมายคนละฉบับกัน⁸

⁶ การให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” (*argumentum a fortiori*) โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 : 2564, กรุงเทพฯ : อานกฎหมาย, น. 464-465.

⁷ Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 10. Auflage : 2023, München : C.H. Beck, § 43, Rn. 210, 216; อนุชา ฮุนสวัสดิกุล, ประมวลคำอธิบายกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2566, กรุงเทพฯ : มูนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง, น. 42-43

⁸ สิทธิในตำแหน่งนิติกร 8ว จะเป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 ส่วนสิทธิในฐานะที่นาง ว. เคยดำรงตำแหน่งนิติกร 8ว และทายาทภายหลังจากที่นาง ว. ออกจากราชการจะเป็นไปตามพระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539



ส่วนทายาทของนาง ว. จะมีสิทธิอื่นใดตามพระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539 เป็นคนละกรณีกับสิทธิและหน้าที่ของนาง ว. ตามคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้นาง ว. ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 เพราะเป็นสิทธิของบุคคลคนละคน และมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นฐานแห่งสิทธิแตกต่างกัน แม้ว่าสิทธิของนาง ว. จะเป็นเงื่อนไขของการได้รับสิทธิของทายาทของนาง ว. ก็ตาม แต่การพิจารณาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้นาง ว. ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นกับสิทธิของทายาทที่จะได้รับบำเหน็จตกทอดต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมายแต่ละเรื่อง ซึ่งการพิจารณายกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้นาง ว. ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นนั้นจะต้องพิจารณาพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ผู้เรียบเรียงเห็นว่า สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาฯ ไม่อาจเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้อีกต่อไปแล้ว และทายาทของนาง ว. ก็ไม่อาจเข้ามาเป็นคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครองเพื่อรับคำสั่งยกเลิกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้นาง ว. ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นแทนนาง ว. ได้

4) เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ

เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศเยอรมนีที่ประเทศไทยนำรัฐบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาเรื่องทางปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz) มาเป็นต้นแบบของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว พบว่า ในทัศนะของศาลปกครองและนักวิชาการเห็นว่า คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิเฉพาะตัว (höchstpersönliche Rechte und Pflichten) ให้กับผู้รับคำสั่งทางปกครองและผู้รับคำสั่งถึงแก่ความตายไปในภายหลังนั้น ให้คำสั่งเป็นอันสิ้นสภาพไปด้วยเหตุอื่น (Erledigung des Verwaltungsakts in anderer Weise) ตามมาตรา 43 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาเรื่องทางปกครอง โดยที่สิทธิหรือหน้าที่ตามคำสั่งนั้นไม่อาจตกทอดสู่ทายาทได้⁹ เช่น ตามคำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐ ฉบับลงวันที่ 23 มกราคม ค.ศ. 1990¹⁰ วินิจฉัยว่า คำสั่งอนุมัติให้เงินช่วยเหลือค่าที่อยู่อาศัยย่อมสิ้นสุดลงด้วยความตายของผู้รับคำสั่งและไม่อาจตกทอดถึงทายาทได้ ซึ่งตามตัวอย่างที่หยิบยกมานี้เป็นเรื่องที่น่าสนใจเกี่ยวกับการสิ้นสภาพของคำสั่งทางปกครองด้วยเหตุอื่นอันนอกเหนือจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง และการสืบสิทธิในคำสั่งทางปกครองของทายาท อันเป็นประเด็นปัญหาที่ควรได้รับการศึกษาและพัฒนาต่อไปในกฎหมายปกครองไทย

⁹ Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Auflage : 2023, München : C.H. Beck, § 43, Rn. 210; Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 14. Auflage : 2013, München : C.H. Beck, § 43, Rn. 13a, 41.

¹⁰ BVerwG, Urteil vom 23.01.1990 - 8 C 37/88, NJW 1990, S. 2482.

ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ

“ กฎหมายปกครองและกฎหมายมหาชน เป็นกฎหมายที่สามารถเปลี่ยนแปลงบ้านเมืองได้ ดังนั้นการเรียนรู้หลักการของกฎหมายปกครอง และกฎหมายมหาชน จะทำให้สามารถนำความรู้ มากำหนดทิศทางของบ้านเมืองได้ ”



ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิตไกรพจน์
นายกสภามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*

* เรียบเรียงโดย นางสาวนิชาภา เขียนสายออ และสัมภาษณ์โดยนางสาวอภิญา แก้วกำเนิด นางสาวพัชราภรณ์ ศิริวิมลกุล และนางสาวนิชาภา เขียนสายออ, วารสารวิชาการศาลปกครอง (Administrative Courts Journal) คอลัมน์ : ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ วันพุธที่ 30 กรกฎาคม 2568 ณ ห้องนายกสภามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ อาคารอเนกประสงค์ 1 ชั้น 8 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์



คอลัมน์ “ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ” ฉบับนี้ได้รับเกียรติอย่างสูง

จากศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์ นายกสภามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่า เปิดห้องทำงานเพื่อให้สัมภาษณ์กับทีมงานของวารสารวิชาการศาลปกครอง โดยเมื่อทีมงานเดินทางมาถึง อาจารย์ได้ให้การต้อนรับด้วยอภัยยศไมตรี เต็มเปี่ยมด้วยความเมตตาและรอยยิ้ม สะท้อนถึงบุคลิกภาพของอาจารย์ผู้ใหญ่น่าเคารพศรัทธา ทำให้บรรยากาศในการสัมภาษณ์มีความเป็นกันเองและผ่อนคลาย ซึ่งต้องบอกเลยว่าคอลัมน์ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจฉบับนี้ อาจารย์ได้ถ่ายทอดเรื่องราวการเดินทางของชีวิต ตั้งแต่ปฐมบทแห่งแรงบันดาลใจในวัยเยาว์ ตลอดจนแนวความคิดที่หล่อหลอมให้เป็นตัวตนของอาจารย์ และเปิดเผยแง่มุมชีวิตบางประการที่ไม่เคยกล่าวถึงในที่สาธารณะมาก่อน โดยทีมงานได้เรียบเรียงถ้อยคำ และรายละเอียดที่อาจารย์ให้สัมภาษณ์ เพื่อให้ผู้อ่านคล้อยตามบรรยากาศของการสัมภาษณ์ และเพื่อไม่เป็นการเสียเวลา ทีมงานขอนำผู้อ่านมาทำความรู้จักตัวตนของอาจารย์ได้เลยค่ะ

ส่วนที่ 1 ปฐมบท : รากฐานชีวิตและจุดเริ่มแห่งวิถีนักกฎหมาย

➤ รากฐานแห่งวัยเยาว์ : เด็กหนุ่มจากต่างจังหวัดผู้รักการอ่านและติดตามสถานการณ์บ้านเมือง...
จุดเริ่มต้นสำคัญที่สร้างอัตลักษณ์ความเป็น “สุรพล นิติไกรพจน์” ในวันนี้

ผมเป็นคนจังหวัดอุดรธานีโดยกำเนิด และได้เริ่มเรียนชั้นอนุบาลที่นั่น กระทั่งอายุประมาณ 5-6 ปี ครอบครัวได้ย้ายภูมิลำเนาไปประกอบอาชีพค้าขายอยู่ที่จังหวัดเลย ซึ่งขณะนั้นเป็นจังหวัดเล็ก ๆ ที่ห่างไกล ในภาคอีสาน ผมจึงได้เริ่มเรียนระดับประถมศึกษาและต่อชั้นมัธยมศึกษาที่โรงเรียนเมืองเลยและโรงเรียนเลยพิทยาคม ซึ่งเป็นโรงเรียนมัธยมประจำจังหวัดเพียงแห่งเดียว ภายใต้ระบบการศึกษาในสมัยนั้นที่มีระดับประถมศึกษาถึงชั้นปีที่ 7 (ป. 7) และระดับมัธยมศึกษาถึงชั้นปีที่ 5 (ม.ศ. 5) ตลอด 12 ปี ในระบบการศึกษาภาคบังคับ ผมอยู่ที่ต่างจังหวัดมาโดยตลอด ซึ่งในสมัยที่โลกยังไม่ได้เชื่อมต่อกันอย่างไร้พรมแดนเช่นทุกวันนี้ เด็กต่างจังหวัดอย่างผมอาศัยการเปิดโลกทัศน์ผ่าน “การอ่านหนังสือ” นอกจากช่วยงานบ้านแล้ว ผมจะขลุกอยู่กับกองหนังสือ บางครั้งเพลิดเพลินจนถึงตีสองตีสาม สิ่งนี้เองที่ทำให้ผมเห็นโลกจากการอ่านหนังสือ และฝึกฝนกระบวนการคิดได้ลึกซึ้งกว่าเด็กในวัยเดียวกัน จึงทำให้ผมมีนิสัยรักการอ่านที่ฝังรากลึกมาจนถึงปัจจุบัน

เส้นทางนักอ่านของผมเริ่มต้นขึ้นที่ร้านเช่าหนังสือ 2 คูหา ในตัวจังหวัดเลย ซึ่งเปรียบเสมือนชุมสมบัติทางจินตนาการ โดยเฉพาะนวนิยายที่เกี่ยวกับเรื่องเงินกำลังภายใน ผมเลือกเข้ามาอ่าน ตะลุมอ่าน จนแทบจะครบทุกเรื่องที่มีอยู่ในร้าน (ยิ้ม) รู้จักมักคุ้นกับทุกตัวละคร และลีลาสำนวนของผู้เขียนเป็นอย่างดี นอกจากการท่องยุทธภพในร้านเช่าหนังสือแล้ว ผมยังติดตามข่าวสารความเป็นไปของบ้านเมืองผ่านหนังสือพิมพ์อย่างสม่ำเสมอ แม้ในสมัยนั้นจังหวัดเลยมีร้านขายหนังสืออยู่เพียงร้านเดียวและกว่าหนังสือพิมพ์จะเดินทางมาถึงร้านหนังสือก็ล่วงเข้าช่วงค่ำของวัน เท่ากับว่าหนังสือพิมพ์ที่ผมอ่านในวันนี้เป็นข้อมูลข่าวสารของวันที่ผ่านมา แต่สำหรับเด็กต่างจังหวัดสมัยนั้นถือว่าเป็นหน้าต่างที่ช่วยให้ทันโลกทันเหตุการณ์ และผมมิได้จำกัดตนเองอยู่เพียงกรอบใดกรอบหนึ่ง แต่เปิดรับหนังสือทุกประเภท ทั้งนิตยสารรายสัปดาห์อย่างสกุลไทย หรือจักรวาล

รายสัปดาห์ รวมถึงวรรณกรรมอมตะอย่างเพชรพระอุมา และหัตถนิยาย พล นิกร กิมหงวน ซึ่งจากการอ่านหนังสือที่หลากหลายทำให้ผมคิดว่า ตัวเองเห็นโลกกว้างและเข้าใจสิ่งต่าง ๆ ได้กว้างขวางและลึกซึ้งเกินกว่าเด็กในวัยเดียวกันจะจินตนาการถึง



นอกจากมิติของการอ่านแล้ว ผมยังตื่นตัวและเกาะติดพลวัตทางการเมืองการปกครองของประเทศไทยมาตั้งแต่ยังเป็นนักเรียน ทั้งบทบาทของรัฐบาล การทำหน้าที่ของรัฐสภา ผ่านสื่อเท่าที่เทคโนโลยีในยุคนั้นจะอำนวย แม้สัญญาณวิทย์โทรทัศน์จะยังไม่ค่อยชัดเท่าไร โดยวิทยุยังฟังได้เฉพาะข่าวช่วง 2 ทุ่ม และโทรทัศน์ยังเป็นขาวดำอยู่ แต่ข้อจำกัดเหล่านั้นไม่เป็นอุปสรรคในการติดตามข้อมูลข่าวสารของผม จึงมีโอกาสได้รู้จักบทบาทของนักการเมืองมาตั้งแต่สมัยนั้น และเรียนรู้เหตุการณ์ทางการเมืองที่สำคัญของประเทศ ตั้งแต่การรัฐประหารปี พ.ศ. 2514 มาถึงเหตุการณ์วันมหาวิปโยค 14 ตุลาคม 2516 และเหตุการณ์ 6 ตุลาคม 2519 การที่ผมได้นำพาตนเองเข้าไปอยู่ในกระแสธารของความเปลี่ยนแปลงทางสังคมผ่านข่าวสาร ทำให้ผมเปิดโลกทัศน์และตื่นรู้ทางการเมือง ซึ่งนับเป็นคุณสมบัติที่ค่อนข้างแตกต่างจากเด็กต่างจังหวัดในสมัยนั้น

➤ แรغبันตาลใจสู่เส้นทางนิติศาสตร์

ในช่วงแรกผมยังไม่ได้วางแผนอนาคตที่ชัดเจนนัก กระทั่งเมื่อศึกษาอยู่ชั้นมัธยมศึกษาปีที่ 2 (เทียบเท่า ม. 3 ในปัจจุบัน) เป้าหมายชีวิตจึงเริ่มก่อตัวขึ้นอย่างชัดเจน โดยมีจุดเริ่มต้นจากสิ่งใกล้ตัว ในกิจการร้านอาหารของครอบครัว ขนาด 2 คูหา ซึ่งสมัยนั้นถือว่าเป็นร้านอาหารขนาดใหญ่และเป็นที่รู้จักในจังหวัดเลย แน่ใจว่าผมยังจำบรรยากาศนั้นได้เป็นอย่างดี โดยมักจะมีข้าราชการในจังหวัดเข้ามารับประทานอาหารที่ร้านเป็นประจำ ทำให้ผมคุ้นชินและจดจำลำดับชั้นยศและตำแหน่ง



ของข้าราชการได้เป็นอย่างดี จุดเปลี่ยนแปลงสำคัญเกิดขึ้นในวันหนึ่ง เมื่อร้านของผมได้ให้การต้อนรับข้าราชการหนุ่มสวมชุดข้าราชการสง่างาม อายุอานามน่าจะไม่เกิน 30 ปี แต่สิ่งที่สะดุดตาผมที่สุดคืออินทรีบนบ่าของท่านซึ่งมีถึง 4 ซีด บ่งบอกถึงสถานะข้าราชการชั้นพิเศษ ซึ่งในระดับจังหวัดนั้นมีน้อยคนที่จะครองตำแหน่งนี้ เพราะจะต้องเป็นระดับรองผู้ว่าราชการจังหวัดขึ้นไป ด้วยความสงสัยผมจึงสอบถามจนทราบความที่ท่านเป็นข้าราชการอัยการ โดยในขณะนั้นผมรู้อยู่แล้วว่าข้าราชการอัยการและผู้พิพากษาคือใคร จึงเกิดเป็นแรงบันดาลใจส่วนหนึ่งที่ทำให้ผมอยากศึกษากฎหมายเพื่อประกอบวิชาชีพที่เปิดโอกาสให้เจริญก้าวหน้าในหน้าที่ราชการ กอปรกับในปี พ.ศ. 2518 หนังสือพิมพ์ไทยรัฐพาดหัวข่าวยกย่องคุณชวน หลีกภัยว่าเป็น “ดาวสภา” จากบทบาทการอภิปรายในสภาผู้แทนราษฎรที่เปี่ยมด้วยวาทศิลป์และหลักการอันคมคาย ซึ่งท่านเองก็เป็นนักกฎหมาย ภาพความสำเร็จของบุคคลต้นแบบทั้งอัยการหนุ่มและนักการเมืองชื่อดังผนวกกับนิสัยรักการอ่านหนังสือและติดตามข่าวสารบ้านเมือง ทำให้ผมตกผลึกทางความคิดได้ว่าการศึกษากฎหมายเป็นพื้นฐานสำคัญที่จะทำให้เราประสบความสำเร็จและเจริญเติบโตในการรับราชการและเป็นเครื่องมือในการวินิจฉัยความถูกต้องในสังคม ยิ่งทำให้ผมแน่ใจว่าผมอยากศึกษากฎหมาย

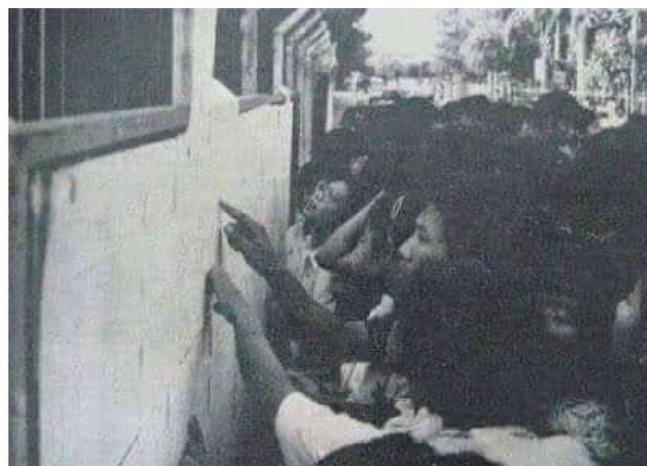
➤ เหตุผลที่อาจารย์เลือกศึกษากฎหมายของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เท่านั้น

สมัยเรียนอยู่ที่ต่างจังหวัด ผมได้รับความไว้วางใจให้เป็นหัวหน้าห้องและมีผลการเรียนค่อนข้างดีในกลุ่มของนักเรียนต่างจังหวัด แต่อาจจะเทียบกับนักเรียนในกรุงเทพฯ ไม่ได้ โดยเมื่อผมมีความตั้งใจที่จะศึกษาต่อด้านกฎหมายแล้ว ผมจึงเลือกเรียนสายศิลป์-ภาษาฝรั่งเศส ในระดับมัธยมศึกษาตอนปลายชั้น ม.ศ. 4-5 ทั้งที่คะแนนของผมสามารถเรียนสายวิทย์-คณิต และศิลป์-คำนวณ ได้ แต่ผมคิดว่าการเรียนสายศิลป์-ภาษา จะตรงกับศึกษากฎหมายมากกว่า และเป็นบุคคลบายที่จะตัดโอกาสตัวเองมิให้ไขว่เขวตามค่านิยมของสังคมที่คนเก่งต้องศึกษาต่อวิศวะหรือแพทย์ โดยผมสอบเข้าเรียนระดับมัธยมศึกษาตอนปลายในโรงเรียนประจำจังหวัดเลยได้ลำดับที่ 6 ห้องคิง ซึ่งมีห้องเดียวในจังหวัด และในตอนนั้นมีคนสงสัยว่าทำไมผมจึงเลือกเรียนสายศิลป์ ผมก็ได้ตอบกลับอย่างมั่นใจว่าผมจะศึกษาต่อด้านกฎหมาย

เมื่อวาระแห่งการสำเร็จการศึกษาเวียนมาถึง ด้วยผลการเรียนที่อยู่ในเกณฑ์ยอดเยี่ยมในกลุ่ม 5% ของโรงเรียน ผมได้รับโควตานักเรียนเรียนดีเพื่อเข้าศึกษาต่อที่มหาวิทยาลัยขอนแก่น ซึ่งในสมัยนั้นมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ยังไม่มีโควตาให้กับโรงเรียนในภาคอีสาน ผมจึงมุ่งหน้าไปสอบโควตาเข้ามหาวิทยาลัยขอนแก่นไว้ก่อน แต่โควตาของมหาวิทยาลัยขอนแก่นด้วยข้อจำกัดสำหรับนักเรียนที่เรียนสายศิลป์-ภาษาฝรั่งเศส ซึ่งมีคณะให้เลือกศึกษาได้เพียง 2 คณะ คือ คณะศึกษาศาสตร์และหลักสูตรบรรณารักษศาสตร์บัณฑิตของคณะมนุษยศาสตร์ ในที่สุดผมสอบได้หลักสูตรบรรณารักษศาสตร์บัณฑิต ผมนี้เกือบจะเป็นบรรณารักษ์แล้ว (หัวเราะ) ทุกวันนี้เวลาได้พูดคุยกับอาจารย์บรรณารักษ์ ผมมักพูดเสมอว่าเราเป็นพวกที่มีวิชาชีพเดียวกัน เพราะก้าวแรกในรั้วมหาวิทยาลัยของผม คือ นักศึกษาหลักสูตรบรรณารักษศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยขอนแก่น แต่ต่อมาผมต้องมาคิดว่าจะศึกษาต่อที่มหาวิทยาลัยขอนแก่นหรือไม่ หากผมตอบยืนยันสิทธิโควตาของมหาวิทยาลัยขอนแก่น ผมจะถูกตัดสิทธิไปสอบเอนทรานซ์ในระบบรวม เนื่องจากสมัยนั้น มีมหาวิทยาลัยปิดให้เลือกสอบน้อยจึงต้องเลือกสอบอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งเพื่อน ๆ ต่างสนับสนุน

ให้ยืนยันสิทธิโควตาของมหาวิทยาลัยขอนแก่นเพื่อที่จะได้ไม่ต้องดิ้นรนไปสอบที่อื่น เพราะยังไม่เคยมีนักเรียนของโรงเรียนในจังหวัดเลยสามารถสอบเอนทรานซ์ตรงเข้ามหาวิทยาลัยในกรุงเทพฯได้ ประกอบกับมาตรฐานการศึกษาระหว่างโรงเรียนในกรุงเทพฯ และต่างจังหวัดยังมีความเหลื่อมล้ำกันอยู่มาก แต่จากการติดตามอ่านเรื่องราวของนายปรีดี พนมยงค์ ผู้ก่อตั้งมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง (ปัจจุบัน คือ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) ทำให้ผมตกตะกอนทางความคิดได้ว่าการศึกษาต่อในวิชากฎหมายนั้น ต้องศึกษาที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ดังนั้นจึงตัดสินใจสละโควตาของมหาวิทยาลัยขอนแก่นและเลือกไปสอบเอนทรานซ์เข้าธรรมศาสตร์แทน

เมื่อฤดูกาลสอบเอนทรานซ์มาถึง ผมเดินทางมากรุงเทพฯ เพื่อดูหนังสือและสอบเอนทรานซ์ โดยในการสอบเอนทรานซ์ผมไม่มีความลังเลเลยที่จะเลือกคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เป็นอันดับ 1-2 และเลือกหลักสูตรนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เป็นอันดับ 3-4 ซึ่งเป็นการจัดอันดับที่ทำทายนานเพราะจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยรับนิสิตน้อยและต้องใช้คะแนนสูงกว่ามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ แต่เพื่อไม่ให้เสียโอกาสในการศึกษาต่อ ผมจึงเลือกคณะอักษรศาสตร์ มหาวิทยาลัยศิลปากร สำรองไว้เป็นลำดับสุดท้าย เพราะคณะนี้ใช้คะแนนที่ต่ำกว่า กระทั่งวันประกาศผลสอบเอนทรานซ์ที่ตั้งตารอคอยก็มาถึง แต่เนื่องจากในสมัยนั้นยังไม่มีอินเทอร์เน็ต ผมจึงต้องเดินทางด้วยรถโดยสารประจำทางจากจังหวัดเลย เพื่อไปดูผลการสอบเอนทรานซ์ที่ติดประกาศไว้ที่สนามหญ้าของมหาวิทยาลัยขอนแก่น ซึ่งเป็นมหาวิทยาลัยแห่งเดียวในภาคอีสานที่ติดประกาศ เมื่อเดินทางไปถึงก็เป็นเวลาเย็นใกล้ค่ำแล้ว จึงต้องจุดเทียนให้แสงสว่างเพื่อดูประกาศ ผมไล่หาชื่อผมทีละบรรทัดอย่างใจจดใจจ่อด้วยความตื่นเต้น จนในที่สุดก็พบว่าผมสอบติดคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ลำดับที่ 20 จาก 80 คน ของสายศิลป์-ภาษาฝรั่งเศส ตอนนั้นผมรู้สึกดีใจและมีความสุขมาก (ยิ้ม) จึงรีบส่งข่าวให้คุณพ่อคุณแม่ซึ่งรออยู่ที่บ้านทราบผ่านทางโทรเลข ซึ่งนับว่าเป็นเรื่องที่น่ายินดีเรื่องหนึ่งในชีวิต และในวันนั้นเองผมได้รู้จักเพื่อนคนแรกของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ซึ่งไปจุดเทียนดูประกาศพร้อมกัน คือ นายปรีดี ดาวฉาย ซึ่งเป็นกรรมการผู้จัดการใหญ่ธนาคารกสิกรไทย และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังในสมัยรัฐบาลพลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา ในเวลาต่อมา



ภาพที่ 2 : ภาพการประกาศผลสอบเอนทรานซ์
ภาพประกอบจาก facebook : ชุมชนคนรักของเก่า

➤ **ชีวิตการเป็นนักศึกษาคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**

เมื่อก้าวเข้าสู่รั้วมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ทำให้ต้องห่างครอบครัวที่ต่างจังหวัดมาใช้ชีวิตเพียงลำพังที่กรุงเทพฯ โดยระหว่างศึกษาผมอาศัยอยู่ที่หอพักชายของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์คือ หอพักรัชดาภิเษก ที่รองรับนักศึกษาได้ประมาณ 200-300 คน ซึ่งเป็นห้องคู่ทำให้ต้องอยู่ร่วมกับเพื่อนที่ผมไม่เคยรู้จักมาก่อนและต้องปรับตัวในการอยู่ร่วมกัน โดยนักศึกษาส่วนใหญ่พอขึ้นปี 2 จะย้ายออกไปอยู่หอพักเอกชนหรือกลับไปอยู่บ้าน แต่ผมต้องพักอยู่ที่หอพักรัชดาภิเษกทั้งสี่ปีจนกระทั่งเรียนจบ ซึ่งเป็นเรื่องที่ดีสำหรับผม เนื่องจากการอยู่หอพักทำให้มีเวลาว่างเพราะผมมีหน้าที่รับผิดชอบแค่เรื่องเรียนเท่านั้น ผมจึงใช้เวลาว่างไปช่วยงานคณะกรรมการนักศึกษาและทำกิจกรรมนักศึกษาของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ รวมถึงเล่นกีฬา โดยกีฬาที่เลือกเล่น คือ เทนนิส เพราะเป็นกีฬาที่ใช้ผู้เล่นน้อย และเคยเล่นมาตั้งแต่อยู่ที่จังหวัดเลย ประกอบกับทั้งในหอพักและในมหาวิทยาลัยจะมีสนามเทนนิสอยู่ทำให้สะดวกในการเล่น กระทั่งอยู่ชั้นปีที่ 4 ผมจึงได้เป็นนักกีฬาเทนนิสของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์เพื่อไปแข่งขันกีฬามหาวิทยาลัยแห่งประเทศไทย ซึ่งผมคิดว่าสิ่งเหล่านี้มีส่วนช่วยกำหนดทิศทางในของชีวิตของผมด้วย



ภาพที่ 3 : ภาพสนามเทนนิสของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ภาพประกอบจาก facebook : Thammasat University Library



➤ การทำกิจกรรมนักศึกษาของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์มีผลอย่างไรต่ออาจารย์บ้าง

ผมเข้าศึกษาที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์เมื่อปี พ.ศ. 2521 ในช่วงที่กิจกรรมนักศึกษาเริ่มฟื้นฟูขึ้นหลังจากเหตุการณ์ 6 ตุลาคม 2519 ซึ่งเริ่มมีการเลือกตั้งองค์การนักศึกษาขึ้นใหม่ ผมจึงร่วมเป็นกรรมการนักศึกษาของคณะ รวมถึงทำกิจกรรมอื่น ๆ ไปพร้อมกัน โดยทำกิจกรรมทุกอย่างเท่าที่จะทำได้ และกิจกรรมที่ผมจำได้ดี คือ การจัดทำหนังสือวันรพี ปี พ.ศ. 2521 ซึ่งเป็นเล่มที่รื้อฟื้นขึ้นมาใหม่หลังจากเหตุการณ์ 6 ตุลาคม 2519 และจัดทำในนามคณะกรรมการนักศึกษา คณะนิติศาสตร์ โดยในสมัยนั้นการจัดทำหนังสือไม่ง่ายเหมือนทุกวันนี้ ซึ่งต้องทำเป็นอาร์ตเวิร์กส่งโรงพิมพ์ภายในเวลาที่กำหนดและพิมพ์เผยแพร่ให้ทันในวันรพี (7 สิงหาคม 2521) จึงต้องมีทีมมาช่วยกันทำงานดึกตื่นก่อนคืนทุกวันเป็นเวลาประมาณ 3 สัปดาห์ ถึงขนาดต้องนอนที่ตึกคณะนิติศาสตร์ รวมถึงต้องหาสปอนเซอร์จากรุ่นพี่และบริษัทห้างร้านต่าง ๆ ซึ่งไม่ใช่เรื่องง่ายที่จะมีคนสนับสนุนเงินให้ แต่เมื่อหนังสือตีพิมพ์เสร็จแล้ว คณบดีได้เรียกกรรมการนักศึกษาไปพบเพื่อขอให้ตัดเนื้อหาในส่วนที่น่าเสียดายลบความเลวร้าย และภาพถ่ายของความรุนแรงของเหตุการณ์ 6 ตุลาคม 2519 ออก เนื่องจากเกรงว่าจะละเมิดคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินที่ยังคงมีผลอยู่ พวกเราจึงต้องยอมตัดเนื้อหาส่วนนี้ออกก่อนเผยแพร่ แต่ส่วนที่ตัดออกจากหนังสือแล้วก็เอาไปเย็บรวมกัน และแนบแถมไปพร้อมกับตัวเล่มหนังสือที่จำหน่าย (ยิ้ม)

นอกจากนี้ ผมได้ริเริ่มจัดกิจกรรมสร้างความสัมพันธ์กับนักศึกษาในรุ่นเดียวกัน โดยการจัดทัศนศึกษาในต่างจังหวัด ไม่ว่าจะเป็นเขาสามร้อยยอด จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ บ้านเพ จังหวัดระยอง หรือเขาใหญ่ จังหวัดนครราชสีมา ต่อเนื่องกันตั้งแต่ปีสอง ปีสสามและปีสี่ ถึงแม้ผมจะไม่เคยไปสถานที่เหล่านี้มาก่อน แต่ก็ได้รับความคิดจากหลาย ๆ คน และจัดกิจกรรมนี้ขึ้นมาจนสำเร็จ มีคนไปร่วมงานถึงสองร้อยคนทุกปี กระทั่งเรียนจบผมยังเป็นประธานกรรมการบัณฑิตของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ รวมถึงเป็นประธานรุ่นคนแรกของนิติศาสตร์รุ่น 2521 ถึง 3 ปี ก่อนที่จะไปศึกษาต่อที่ต่างประเทศ ซึ่งสิ่งเหล่านี้นับว่าเป็นประสบการณ์ที่ดีที่ทำให้ผมได้ฝึกทักษะการบริหารจัดการ การทำงานเป็นทีม การประสานงานกับคนอื่น ๆ และการแก้ปัญหาเฉพาะหน้า

➤ นักศึกษาที่มีผลการเรียนอันดับ 1 ของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และได้รับรางวัลพระราชทานเรียนดี “ทุนภูมิพล”

นักศึกษาคณะนิติศาสตร์รุ่นเดียวกันกับผมมีมากถึง 400-500 คน ผมจึงไม่คิดว่าตนเองมีผลการเรียนดีที่สุดในรุ่น ปกติผมจะอ่านหนังสือสำหรับเตรียมตัวสอบเหมือนกับเพื่อนคนอื่น ซึ่งจะอ่านให้ได้อย่างน้อย 2 รอบ เพื่อทำความเข้าใจและสามารถจำเนื้อหาสำคัญได้ และโดยที่เพื่อนร่วมห้องในหอพักไม่ค่อยกลับมาพักที่ห้อง ผมจึงชอบอ่านหนังสือที่ห้องพักในตอนกลางคืนเท่านั้นจนเที่ยงคืน เนื่องจากบรรยากาศที่เงียบสงบยามค่ำคืนพร้อมกับโต๊ะอ่านหนังสือตัวโปรดที่เอื้ออำนวยต่อการอ่านหนังสือ ทำให้สามารถอ่านหนังสือได้ไม่รู้จุกเหน็ดเหนื่อยเสมือนเป็นการพักผ่อนไปในตัว ซึ่งหากนึกย้อนกลับไปในวันนั้นผมแทบจะไม่เคยเข้าไปอ่านหนังสือในห้องสมุดของคณะเลย แต่ทว่าเมื่อศึกษาอยู่ชั้นปีที่ 2 เทอม 2 ถึงได้รู้ว่าตนเองมีผลการเรียนดีที่สุดใน

ในรุ่น เนื่องจากมีเพื่อนในรุ่นคนหนึ่งชื่อรุ่งโรจน์ ผู้ซึ่งได้รับการยกย่องให้เป็นนายทะเบียนของรุ่น ได้จัดเก็บและทำสถิติผลการเรียนของทุกคนในรุ่นไว้โดยรวบรวมคะแนนของทุกคนจากทุกวิชาที่ประกาศผลการสอบไว้ตั้งแต่นั้นมาจะมีคนมาขอยืมเลกเชอร์ของผมที่ไม่น่าจะมีใครอ่านลายมือออกไปถ่ายสำเนาไว้อ่านรวมถึงได้เริ่มทำหน้าที่ตีหนังสือให้เพื่อน และด้วยวิธีการตีโดยการสรุปประเด็นสำคัญที่อาจารย์เน้นย้ำในห้องเรียน การคาดการณ์เนื้อหาที่ผมคิดว่าเป็นเรื่องหลักที่สำคัญของวิชานั้น ๆ และอาจนำมาออกข้อสอบได้อย่างแม่นยำ และแนะนำเทคนิคในการเขียนตอบข้อสอบให้เขียนเป็นประเด็น ๆ ที่ละย่อหน้า เพื่อให้ได้คะแนนดี จึงทำให้ผมได้รับการยอมรับในบทบาทนี้เรื่อยมา

และจากประสบการณ์การทำงานในรูปแบบต่าง ๆ ที่ผ่านมา ได้หล่อหลอมให้เด็กต่างจังหวัดเติบโตขึ้นอย่างสง่างามและสำเร็จการศึกษาปริญญานิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สมความตั้งใจในวัยเยาว์ ด้วยคะแนนเฉลี่ยตลอดหลักสูตร 83.87% ทำให้ผมได้รับเกียรตินิยมอันดับ 2 เป็นคะแนนสูงสุดของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในปีนั้น พร้อมกับได้รับรางวัลพระราชทานเรียนดี “ทุนภูมิพล” ซึ่งเป็นรางวัลที่พระบาทสมเด็จพระบรมชนกาธิเบศร มหาภูมิพลอดุลยเดชมหาราช บรมนาถบพิตร ทรงโปรดเกล้าฯ พระราชทานเงินส่วนพระองค์ให้กับมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ถึงขนาดที่ศาสตราจารย์พิเศษธนนิติ เศรษฐบุตร รองอธิการบดีฝ่ายกิจการนักศึกษาและดูแลรับผิดชอบเกี่ยวกับรางวัล “ทุนภูมิพล” ในขณะนั้น ยังเอ่ยชื่นชมว่าไม่เคยมีเด็กที่ทำกิจกรรมนักศึกษาแบบผมได้รับรางวัลนี้มาก่อน



ภาพที่ 4 : อาจารย์สุรพล นิติไกรพจน์
เล่าเหตุการณ์ในอดีตด้วยความประทับใจ

ส่วนที่ 2 เส้นทางการทำงานและบทบาทสำคัญในอาชีพนักกฎหมาย

➤ ขอให้อาจารย์เล่าถึงเหตุผลที่เลือกเป็นอาจารย์และบทบาทการเป็นอาจารย์ของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

แรงบันดาลใจจากอัยการหนุ่มๆที่ทำให้ผมเลือกเดินในเส้นทางสายกฎหมายไม่เคยจางหายไปตลอดระยะเวลาการเป็นนักศึกษากฎหมาย เพราะการเป็นข้าราชการอัยการหรือผู้พิพากษาเป็นอาชีพที่ใฝ่ฝันสำหรับนักศึกษากฎหมาย แต่เนื่องจากเป็นอาชีพที่ตัดสินใจผิดประกอบกับการเดินทางผ่านเรื่องราวต่าง ๆ ทำให้ผมคิดถึงเส้นทางที่จะเดินต่อไปในฐานะนักกฎหมาย จึงต้องกลับมาตั้งคำถามและคิดทบทวนว่าอยากเป็นข้าราชการอัยการหรือผู้พิพากษาอยู่หรือไม่ และจะประกอบอาชีพใดต่อไปในอนาคต จนตกผลึกว่าอาชีพอาจารย์สอนกฎหมายเป็นอาชีพที่สร้างนักกฎหมายและได้รับการยอมรับนับถือในสังคม จึงเกิดแรงบันดาลใจที่อยากจะเป็อาจารย์สอนกฎหมายพร้อมกับได้วางแผนที่จะศึกษาต่อในระดับปริญญาโท และเมื่อมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ได้เปิดรับสมัครอาจารย์ประจำในระดับปริญญาตรี คณะนิติศาสตร์ ผมจึงสมัครสอบเป็นอาจารย์ทันที โดยมีกำหนดการสอบเป็นอาจารย์และสอบเข้าศึกษาต่อระดับปริญญาโท ในช่วงเวลาใกล้เคียงกัน ซึ่งผมก็สอบได้ที่ 1 ทั้งสองสนาม และเริ่มเป็นอาจารย์ผู้ช่วยประมาณเดือนตุลาคม พ.ศ. 2525 อย่างไรก็ตาม ก่อนที่จะเป็นอาจารย์สอนหนังสือ ผมมีโอกาสไปช่วยงานสำนักงานทนายความ เพื่อช่วยทำสำนวน เขียนคำฟ้อง เขียนคำให้การ เขียนอุทธรณ์ ตลอดจนคำร้องต่าง ๆ ทำให้มีประสบการณ์ในการทำคดีมาช่วยขยายพรมแดนความรู้และเสริมทักษะในวิชาชีพนักกฎหมายให้ครบถ้วนสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ซึ่งทำให้แตกต่างจากอาจารย์สอนกฎหมายท่านอื่นที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านวิชาการมากกว่าการทำคดี

เมื่อเข้าสู่รั้วมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์อีกครั้งในฐานะอาจารย์สอนกฎหมาย ผมยังคงมีส่วนร่วมแทบจะทุกกิจกรรมของมหาวิทยาลัย เช่น กรรมการคณะนิติศาสตร์ และกรรมการต่าง ๆ ของมหาวิทยาลัย ดังนั้นผมจึงรู้จักมักคุ้นกับอาจารย์นอกคณะเป็นจำนวนมาก รวมถึงได้เรียนรู้ระบบการทำงานของมหาวิทยาลัย นอกจากเรื่องการเรียนการสอน เช่น ระบบการบริหารมหาวิทยาลัย ระบบการบังคับบัญชาภายในมหาวิทยาลัย การบริหารจัดการทางวิชาการ การบริหารงานบุคคล รวมถึงงบประมาณ และเมื่อผมเป็นอาจารย์ผู้ช่วยได้เพียง 1 ปี อาจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ซึ่งเป็นคณบดีคณะนิติศาสตร์ ในขณะนั้น ได้เห็นถึงความทุ่มเท แรงกายในการทำงาน จึงมอบหมายให้เป็นผู้ช่วยคณบดีคณะนิติศาสตร์ ฝ่ายกิจการนักศึกษา ทั้งที่ผมเพิ่งเรียนจบปริญญาตรีมาเพียงปีเดียวเท่านั้น

➤ เส้นทางการศึกษากฎหมายมหาชน และเหตุผลที่เลือกศึกษาต่อที่ประเทศฝรั่งเศส

กฎหมายมหาชนในสมัยนั้นยังไม่เป็นที่สนใจของบรรดานักกฎหมายมากนัก แม้กระทั่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์เองยังไม่ค่อยมีอาจารย์สอนกฎหมายมหาชน โดยในขณะที่ผมเริ่มเป็นอาจารย์ผู้ช่วย ได้มีโอกาสสอนวิชาสัมมนากฎหมายรัฐธรรมนูญกับกฎหมายแรงงาน ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายมหาชนเช่นกัน แต่ด้วยความสนใจติดตามข่าวสารการเมืองการปกครองของประเทศและได้รับแรงบันดาลใจส่วนหนึ่งจากบทความของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ เรื่อง “นักนิติศาสตร์หลงทางหรือ” ทำให้ผมสนใจ



ที่จะศึกษากฎหมายมหาชนเพื่อศึกษาหลักการที่สามารถนำมาวางกติกาในการปกครองประเทศ หรือควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ เพราะกฎหมายปกครองและกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่สามารถเปลี่ยนแปลงบ้านเมืองได้ ดังนั้นการเรียนรู้หลักการของกฎหมายปกครองและกฎหมายมหาชน จะทำให้สามารถนำความรู้มากำหนดทิศทางของบ้านเมืองได้ ประกอบกับเพื่อให้ได้เรียนรู้ถึงรากลึกแก่นแท้ของกฎหมายมหาชน จึงควรศึกษาจากประเทศต้นแบบของกฎหมายมหาชนอย่างเช่น ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งได้สร้างกฎเกณฑ์และวางรากฐานเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนมาอย่างยาวนาน

หลังจากเป็นอาจารย์ผู้ช่วยได้ 2 ปี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เปิดรับสมัครผู้รับทุนเพื่อไปศึกษาต่อที่ประเทศฝรั่งเศส ผมจึงรีบคว้าโอกาสเพื่อที่จะไปศึกษากฎหมายมหาชนจากประเทศต้นแบบ จนในที่สุดผมได้รับทุนไปศึกษาต่อที่ประเทศฝรั่งเศสในครั้งนั้น และใช้เวลาในการศึกษาภาษาฝรั่งเศสและศึกษาระดับปริญญาโทและปริญญาเอกที่ประเทศฝรั่งเศสเป็นเวลา 6 ปี โดยทำสารนิพนธ์ปริญญาโท เรื่อง ระบบการควบคุมองค์การมหาชนที่ประกอบกิจกรรมในเชิงพาณิชย์ของฝรั่งเศส และทำวิทยานิพนธ์ปริญญาเอก เรื่อง ระบบการควบคุมรัฐวิสาหกิจในประเทศไทย

➤ บทบาทการทำงานด้านกฎหมายปกครองและกฎหมายมหาชน

เมื่อเรียนจบปริญญาเอกในปี พ.ศ. 2533 ผมกลับมาเป็นอาจารย์สอนนักศึกษาระดับปริญญาตรีและปริญญาโทตามสาขาที่ศึกษามา ได้แก่ วิชากฎหมายปกครอง วิชาเลือกกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ วิชาสัมมนากฎหมายมหาชน และวิชาระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งแน่นอนว่าผมยังคงร่วมทำกิจกรรมของคณะและมหาวิทยาลัยเช่นเดิม กระทั่งอาจารย์บรรณิณี เศรษฐบุตตร์ ซึ่งเป็นอธิการบดีในขณะนั้น ได้มอบหมายให้ผมเป็นผู้ช่วยรองอธิการบดีฝ่ายการคลังและทรัพย์สิน ทำให้มีโอกาสได้ช่วยวางหลัก ยกร่าง และผลักดันให้ออกระเบียบหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ รวมถึงได้เข้าไปตรวจสอบงบประมาณ การเงิน และการคลังของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ นอกจากนี้เป็นอาจารย์สอนกฎหมายแล้ว ผมมีโอกาสได้ใช้ความรู้ที่ได้มาจากการศึกษาต่อในประเทศฝรั่งเศสมาถ่ายทอดผ่านการให้ความเห็นทางวิชาการและเขียนบทความ เช่น บทความเกี่ยวกับการตั้งคณะกรรมการเพื่อมาตรวจสอบทรัพย์สิน และยึดทรัพย์สินนักการเมืองโดยไม่ชอบด้วยหลักการของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้ร่วมกันเขียนกับอาจารย์สมคิด เลิศไพฑูรย์ ภายหลังเหตุการณ์ รสช. เมื่อปี พ.ศ. 2534 รวมถึงมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ได้มอบหมายให้ผมเป็นกรรมการที่ปรึกษากฎหมาย ร่วมกับบุคคลภายนอกและองค์กรเอกชนต่าง ๆ เพื่อร่วมร่างหลักเกณฑ์แนวทางแก้ปัญหาและเยียวยาผู้เสียหายภายหลังจากเหตุการณ์พฤษภาทมิฬเมื่อปี พ.ศ. 2535 สำหรับเสนอรัฐบาลในการดำเนินการให้เป็นรูปธรรม

เมื่อความเป็นนักกฎหมายมหาชนชัดเจนขึ้นประกอบกับมีบทความเผยแพร่สู่สาธารณะเป็นจำนวนมาก ผมจึงได้รับโอกาสให้ทำงานวิจัยของสภาวิจัยแห่งชาติเกี่ยวกับความพยายามในการจัดตั้งองค์การภาครัฐรูปแบบที่ 3 ที่ไม่ใช่ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ อันเป็นที่มาของการตราพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 ขึ้น และมีส่วนร่วมในการจัดตั้งองค์การมหาชนในยุคแรกจนสำเร็จ ไม่ว่าจะเป็นสำนักงานปฏิรูปการศึกษา โรงพยาบาลบ้านแพ้ว สถาบันทดสอบทางการศึกษาแห่งชาติ สำนักงานรับรองมาตรฐานและประเมินคุณภาพการศึกษา พร้อมทั้งมีผลงานหนังสือ บทความ และงานวิจัยที่ให้ความรู้เกี่ยวกับองค์การมหาชน

กระทรวงได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการพัฒนาและส่งเสริมองค์การมหาชน (กพม.) และประธานอนุกรรมการพัฒนาและส่งเสริมองค์การมหาชน (อ.กพม.) เพื่อดูแลองค์การมหาชนต่อเนื่องมากกว่าสิบปี



ภายหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ผมได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีให้เป็น 1 ในกรรมการ 9 คน ของคณะกรรมการบริหารสำนักงานปฏิรูปการศึกษา (9 ออร์หันต์ทางการศึกษา) เพื่อจัดทำข้อเสนอและแนวทางในการปรับเปลี่ยนระบบการศึกษาของประเทศไทย ซึ่งรัฐบาลได้ตรากฎหมายตามแนวทางที่คณะกรรมการชุดนี้เสนอ และนำมาสู่การปรับเปลี่ยนโครงสร้างระบบการบริหารของกระทรวงศึกษาธิการเป็นรูปแบบปัจจุบันหลายเรื่อง เช่น ยกเลิกกรมในกระทรวงศึกษาธิการทั้งหมด 14 กรม จัดระบบคณะกรรมการในการบริหารงานบุคคลและบริหารสถานศึกษา ให้ใช้ระบบตรวจสอบภายหลังแทนการควบคุมกับสถานศึกษาเอกชน รวมถึงนำแนวคิดเกี่ยวกับการกระจายอำนาจมาใช้ในการดำเนินงานของมหาวิทยาลัยเพื่อให้มีความเป็นอิสระและออกนอกระบบ โดยให้มหาวิทยาลัยเป็นนิติบุคคลและมีสภาพบริหารของตนเอง





นอกจากนี้ ยังมีโอกาสได้ร่วมเป็นกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นที่มาของการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ ทำให้รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติกลายเป็นบริษัทหลายแห่ง เช่น บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) บริษัท อสมท จำกัด (มหาชน) และได้รับเลือกให้เป็นกรรมการในบริษัทดังกล่าว จึงมีโอกาสศึกษาคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับสิทธิเหนือท่อส่งก๊าซปิโตรเลียมของ ปตท. เพื่อนำมาอธิบายให้ประชาชนเข้าใจถึงขอบเขตของคำพิพากษาที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจมหาชน รวมถึงมีบทบาทในการนำเสนอมุมมองเกี่ยวกับความเป็นอิสระของรัฐวิสาหกิจและสะท้อนปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดนิยามของรัฐวิสาหกิจที่มีความไม่ชัดเจน เนื่องจากประเทศไทยกำหนดนิยามในเชิงพรรณนาว่าหน่วยงานใดบ้างที่เป็นรัฐวิสาหกิจทำให้เกิดความคลาดเคลื่อนในการจำแนกหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ ทั้งยังทำงานวิจัยเกี่ยวกับแนวทาง หลักเกณฑ์ และกฎหมายในการจัดตั้งองค์การมหาชน เพื่อเปลี่ยนรัฐวิสาหกิจเป็นองค์การมหาชนให้ตรงกับรูปแบบการดำเนินงานของหน่วยงาน

ส่วนที่ 3 ศาลปกครองและทัศนคติที่มีต่อศาลปกครอง

➤ อาจารย์มีส่วนร่วมและผลักดันให้มีศาลปกครองเกิดขึ้นจริงในประเทศไทย อย่างไร

แนวคิดในการมีศาลปกครองของประเทศไทยเกิดขึ้นครั้งแรกตั้งแต่ปี พ.ศ. 2476 ตามกฎหมายจัดตั้งคณะกรรมการกฤษฎีกาและความพยายามที่จะจัดตั้งศาลปกครองอีกหลายครั้งแต่ไม่สำเร็จ เนื่องจากมีความขัดแย้งทางความคิดหลายประการ รวมถึงปัญหาความขัดแย้งทางการเมืองที่ทำให้การเสนอร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองโดยฝ่ายการเมืองไม่อาจสำเร็จได้ กระทั่งเมื่อปี พ.ศ. 2539 ขณะที่รองศาสตราจารย์ ดร.โกศิน พลกุล เป็นรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี ได้พยายามผลักดันให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นอีกครั้ง โดยมีศาสตราจารย์ ดร.อัชราพร จุฬารัตน ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ รวมถึงผมและคนอื่น ๆ อีกหลายท่าน ได้ร่วมกันสร้างกระบวนการให้ความรู้และนำเสนอกรอบความคิดในการมีศาลปกครองและประโยชน์ของศาลปกครองให้ประชาชนรับรู้ผ่านการจัดเวทีอภิปราย ซึ่งนับว่ามีส่วนสำคัญที่ช่วยสนับสนุนให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2540 ซึ่งบัญญัติรับรองให้มีศาลปกครองขึ้นอย่างเป็นทางการ และเป็นฐานในการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขึ้น ทั้งนี้ เมื่อได้มีการจัดตั้งศาลปกครองสำเร็จแล้ว ศาสตราจารย์ ดร.อัชราพร จุฬารัตน ในฐานะเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา และศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ จึงเข้ามาเป็นหลักในการบริหารจัดการศาลปกครองในระยะเริ่มแรก นอกจากนี้ ก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครอง ผมได้จัดตั้งโครงการอบรมหลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมายมหาชน (หลักสูตร 3 เดือน) ขึ้นในคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2538 จึงพยายามผลักดันให้ผู้เข้าร่วมโครงการมาสมัครสอบเป็นตุลาการศาลปกครอง ซึ่งมีผู้เข้าร่วมโครงการที่สามารถสอบเป็นตุลาการศาลปกครองได้ตั้งแต่การรับสมัครสอบตุลาการศาลปกครองเป็นครั้งแรก

➤ **อาจารย์มีทัศนะอย่างไรกับการดำเนินงานของศาลปกครองตลอดระยะเวลาที่ผ่านมามากกว่า 2 ทศวรรษ** ที่ผ่านมามีความหมายของการมีศาลปกครองนั้นก็เพื่ออำนวยความสะดวกทางปกครองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจทางปกครองโดยมิชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งตลอดระยะเวลา 2 ทศวรรษ ที่ผ่านมามีศาลปกครองได้ดำเนินงานตามครรลองของการจัดตั้งศาลปกครองและสร้างบรรทัดฐานของการปฏิบัติราชการที่ดีสำหรับหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง แต่อย่างไรก็ดี ยังมีเรื่องที่ศาลปกครองสามารถยกระดับเพื่อให้เป็นศาลแห่งความเป็นเลิศได้ 2 ประการ ได้แก่ *ประการแรก* การพิจารณาพิพากษาคดีที่รวดเร็ว เนื่องจากศาลปกครองใช้วิธีพิจารณาคดีแบบไต่สวน ซึ่งแตกต่างจากวิธีพิจารณาคดีแบบกล่าวหาของศาลยุติธรรม ทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองสามารถดำเนินการได้รวดเร็วกว่าศาลยุติธรรม ดังนั้นหากศาลปกครองสามารถสร้างกลไกเพื่อให้สามารถพิจารณาพิพากษาคดีได้เร็วขึ้น จะทำให้กระบวนการพิจารณาคดีเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และ *ประการที่สอง* ต้องพยายามมีสัดส่วนของผู้เคยดำรงตำแหน่งในหน่วยงานทางปกครองเข้ามาเป็นตุลาการศาลปกครองหรือ “ฝ่ายปกครอง-Active” ในศาลปกครองมากขึ้น เนื่องจากการสอบเป็นตุลาการศาลปกครองไม่จำกัดเฉพาะผู้ที่มีคุณวุฒิในสาขานิติศาสตร์เท่านั้น แต่เปิดโอกาสให้ผู้ที่มีประสบการณ์ด้านการบริหารราชการแผ่นดินสามารถสอบเข้ามาเป็นตุลาการศาลปกครองได้ เพื่อให้ศาลปกครองมีตุลาการศาลปกครองที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญและเข้าใจปัญหา ข้อจำกัด รวมถึงอุปสรรคของระบบการบริหารราชการแผ่นดินเข้ามาเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งทำให้การพิพากษาคดีปกครองเกิดความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น ดังนั้นหากศาลปกครองสามารถเพิ่มสัดส่วนของฝ่ายปกครอง-Active ให้เข้ามาอยู่ในศาลปกครองมากขึ้น จะทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองเกิดความเป็นธรรมอย่างแท้จริง

➤ **อาจารย์มีมุมมองเกี่ยวกับการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองโดยศาลปกครองอย่างไร**

หลักกฎหมายปกครองในประเทศไทยบางเรื่องไม่ได้เขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เกิดจากแนวคำวินิจฉัยและคำพิพากษาของศาลปกครอง เช่น หลักสัญญาทางปกครอง ซึ่งศาลปกครองโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมีบทบาทในการสร้างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้แตกต่างจากสัญญาทางแพ่งทั่วไป โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องเอกสิทธิ์ของรัฐในการแก้ไขและบอกเลิกสัญญา ทำให้การตีความความหมายของสัญญาทางปกครองมีความชัดเจนขึ้น เนื่องจากนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้กำหนดคำนิยามไว้ โดยเฉพาะเจาะจง อย่างไรก็ตาม การวางหลักสัญญาทางปกครองดังกล่าวอาจทำให้ศาลปกครองมีคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเพิ่มขึ้นอย่างมาก เนื่องจากสัญญาของหน่วยงานทางปกครองต้องใช้แบบสัญญามาตรฐานที่มีข้อกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองมีเอกสิทธิ์ในการแก้ไขและบอกเลิกสัญญาได้

สุดท้ายนี้ หลักกฎหมายปกครองของประเทศไทยบางเรื่องได้รับการพัฒนาจากหลักกฎหมายของต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศในภาคพื้นยุโรปที่มีการพัฒนากฎหมายปกครองมาเป็นเวลายาวนาน ดังนั้นจึงควรสนับสนุนให้ส่งคนไปศึกษาที่ต่างประเทศอย่างต่อเนื่อง เพื่อที่จะได้เรียนรู้หลักกฎหมายและวิธีการให้เหตุผลในการพิพากษาคดีของศาลปกครองต่างประเทศต่อสถานการณ์ปัจจุบัน และนำความรู้มาพัฒนาหลักกฎหมายปกครองของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพและทันต่อการเปลี่ยนแปลงในปัจจุบัน



ภาพที่ 7 : อาจารย์สุรพล นิติไกรพจน์
ถ่ายภาพร่วมกับทีมงานวารสารวิชาการศาลปกครอง

สำหรับคอลัมน์ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจฉบับนี้จบลงด้วยทัศนะของอาจารย์ที่มีต่อกฎหมายปกครองและศาลปกครอง โดยทีมงานขอขอบคุณผู้อ่านทุกท่านที่อ่านมาจนถึงตรงนี้ และขอฝากติดตามคอลัมน์ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ ซึ่งจะนำเสนอเรื่องราวของนักกฎหมายมหาชนทั้งชาวไทยและชาวต่างประเทศในวารสารวิชาการศาลปกครองฉบับถัดไปด้วยนะคะ



ประวัติศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์

คุณวุฒิการศึกษา

2533	สำเร็จการศึกษาระดับดุษฎีบัณฑิต Doctorat de l'Université Robert Shuman de Strasbourg (mention très honorable) จากมหาวิทยาลัย STRASBOURG III
2530	สำเร็จการศึกษาระดับมหาบัณฑิต Diplôme d'études approfondies de droit public จากมหาวิทยาลัย STRASBOURG III
2526	สำเร็จการศึกษา เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 35
2525	สำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

การฝึกอบรม

2553	ประกาศนียบัตรวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร
2538	ประกาศนียบัตรการอบรมหลักสูตร “การกระจายอำนาจและการปกครองท้องถิ่น” ณ สถาบันรัฐประศาสนศาสตร์นานาชาติ (IIAP.) กรุงปารีส ฝรั่งเศส พ.ศ. 2538

ประสบการณ์การทำงาน (บางส่วน)

ปัจจุบัน	นายกสภามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และนายกสภามหาวิทยาลัยนวมินทราชินราชมงคลธัญบุรี
2560	กรรมการอิสระ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน)
2544-ปัจจุบัน	ที่ปรึกษาพิเศษสำนักงานศาลปกครอง
2547-2553	อธิการบดี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
2551	ประธานกรรมการ บริษัท อสมท จำกัด (มหาชน)
2560-2568	กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการพัฒนาและส่งเสริมองค์การมหาชน (กพม.)



2549-2551	สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ
2549-ปัจจุบัน	กรรมการกฤษฎีกา คณะที่ 8 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
2557-2559	ประธานคณะกรรมการบริหารบริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด (รัฐวิสาหกิจ ของกรุงเทพมหานคร)
2547-2553	อธิการบดี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
2544-2547	คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
2542	หัวหน้าภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
2541	กรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ของสภาผู้แทนราษฎร
2541	กรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. ของสภาผู้แทนราษฎรและของวุฒิสภา
2539-2541	กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
2538	ผู้อำนวยการผู้ก่อตั้งโครงการอบรมหลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมายมหาชน (หลักสูตร 3 เดือน)
2537	อนุกรรมการประชาสัมพันธ์การจัดตั้งศาลปกครอง ในคณะกรรมการพัฒนาระบบบริหารราชการแผ่นดิน สำนักนายกรัฐมนตรี
2536	อนุกรรมการพัฒนาระบบงานบริหารงานบุคคลภาครัฐและจัดตั้งศาลปกครอง ในคณะกรรมการพัฒนาระบบบริหารราชการแผ่นดิน สำนักนายกรัฐมนตรี
2534	ผู้ช่วยรองอธิการบดีฝ่ายการคลังและทรัพย์สิน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
2526	ผู้ช่วยคณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
2525	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

รางวัล

2560	ได้รับยกย่องให้เป็นกิตติยาจารย์แห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
2549	รางวัลผู้บริหารข้าราชการพลเรือนดีเด่น ครุฑทองคำ ประจำปี 2549 จากสมาคมข้าราชการพลเรือนแห่งประเทศไทย
2547	รางวัลชมเชยผลงานวิจัย ประจำปี 2547 จากสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ



แนะนำหนังสือ*

หนังสือ “คำอธิบายกฎหมายผังเมือง”¹ เขียนโดย ดร.เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล



กฎหมายผังเมืองเป็นกฎหมายที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดอย่างยิ่งกับชีวิตประจำวันของประชาชน เนื่องจากการประกอบกิจการต่าง ๆ ของประชาชนต่างต้องอาศัยที่ดินเป็นที่ตั้งเพื่อดำเนินการ ซึ่งกฎหมายผังเมืองมีบทบาทในการกำหนดกฎเกณฑ์การใช้ประโยชน์ในที่ดินของประชาชนว่าพื้นที่บริเวณใดที่ประชาชนจะสามารถใช้ประโยชน์ที่ดินอย่างไรได้บ้าง

อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่ากฎหมายผังเมืองจะเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญกับวิถีชีวิตของประชาชนอย่างมาก แต่ก็เป็นที่น่าแปลกใจ

ที่มีหนังสือคำอธิบายกฎหมายผังเมืองน้อยมากในประเทศไทย ทำให้วารสารวิชาการศาลปกครองเห็นความจำเป็นที่จะต้องแนะนำหนังสือคำอธิบายกฎหมายผังเมืองที่มีคุณภาพให้เป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลาย เพื่อประโยชน์ในการศึกษาและพัฒนากฎหมายผังเมืองต่อไป วารสารวิชาการศาลปกครองฉบับนี้ขอแนะนำเนื้อหาโดยสังเขปของหนังสือ “คำอธิบายกฎหมายผังเมือง” ของรองศาสตราจารย์ ดร.เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล

หนังสือเล่มนี้ได้แบ่งโครงสร้างเนื้อหาออกเป็น 3 ภาคใหญ่ ได้แก่ ภาคที่ 1 ความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายผังเมืองและกฎหมายผังเมืองไทยก่อนปี พ.ศ. 2562 ภาคที่ 2 ผังเมืองและการวางและจัดทำผังเมืองตามพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2562 และภาคที่ 3 การใช้บังคับผังเมืองและปัญหาการใช้บังคับผังเมือง โดยจะได้แนะนำสาระสำคัญของเนื้อหาในแต่ละภาคโดยย่อเพื่อให้ผู้อ่านที่สนใจได้เห็นภาพรวมของหนังสือเล่มนี้

ในภาคที่ 1 ของหนังสือได้แนะนำให้ผู้อ่านรู้จักกับกฎหมายว่าด้วยการผังเมืองว่าเป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้

* แนะนำโดย นายนิติกร ชัยวิเศษ เจ้าหน้าที่ศาลปกครองชำนาญการพิเศษ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 2 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

¹ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, คำอธิบายกฎหมายผังเมือง, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2563, กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ประโยชน์ที่ดินหรือพื้นที่ โดยมีเหตุผลในการกำหนด กฎเกณฑ์ดังกล่าวแตกต่างกันไป เช่น ความปลอดภัย ความเป็นระเบียบเรียบร้อย การอนุรักษ์ หรือการใช้ประโยชน์ที่ดินในเชิงเกษตรกรรมหรือพาณิชยกรรม ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้ประโยชน์ที่ดินของเอกชนแต่ละราย ส่งผลกระทบต่อผู้อื่นน้อยที่สุด ซึ่งการที่จะกำหนด กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ที่ดินเช่นนั้นได้ จำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจรัฐจำกัดสิทธิในกรรมสิทธิ์ ของเอกชนแต่ละรายเพื่อให้ประโยชน์สาธารณะ ที่กฎหมายว่าด้วยการผังเมืองมุ่งหมายนั้นเกิดขึ้นจริงได้ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายว่าด้วยการผังเมือง จึงเป็นกฎหมายมหาชน เนื้อหาของหนังสือในส่วนนี้ จึงเป็นเนื้อหาที่มีความสำคัญและเป็นประโยชน์ อย่างยิ่งที่จะทำให้ผู้อ่านได้เข้าใจสาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง

นอกจากนี้ เนื้อหาของภาคที่ 1 ยังได้อธิบาย ลักษณะสำคัญของกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง เอาไว้อีกด้วย ซึ่งลักษณะสำคัญประการหนึ่ง ที่ผู้แนะนำเห็นว่าน่าสนใจ คือ กฎหมายผังเมือง เป็นกฎหมายที่เลือกปฏิบัติ โดยกฎหมายผังเมือง ไม่อาจกำหนดกฎเกณฑ์การใช้ประโยชน์ที่ดิน ของบุคคลให้เหมือนกันทุกแห่งได้ ทำให้เจ้าของที่ดิน แต่ละคนอาจได้หรือเสียประโยชน์จากมูลค่าที่ดิน ที่เพิ่มขึ้นหรือลดลงภายหลังการจัดทำผังเมืองแล้ว ซึ่งมีข้อพิจารณาที่น่าสนใจเกี่ยวกับการชดเชย ประโยชน์ได้เสียของเจ้าของที่ดินอยู่สองประการ ได้แก่ การชดเชยความเสียหายให้กับเจ้าของที่ดิน ที่มีมูลค่าลดลง และรัฐอาจเรียกเก็บผลประโยชน์ จากเจ้าของที่ดินที่มีมูลค่าเพิ่มขึ้น เพื่อชดเชย ผลประโยชน์ที่เจ้าของที่ดินที่มีมูลค่าลดลงต้องเสียไปได้อย่างไรก็ดี ข้อพิจารณาประการที่สองยังคงมีปัญหา

และข้อจำกัดในการนำมาใช้อยู่มาก การเยียวยา ความเสียหายจึงยังคงเป็นหนทางที่ดีที่สุดในปัจจุบัน

สำหรับภาคที่ 2 เป็นการอธิบาย ความหมายของผังเมืองและขั้นตอนการจัดทำผังเมือง ตามพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2562 ซึ่งหนังสือเล่มนี้ได้อธิบายการจำแนกประเภท ของผังเมืองทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหา และได้อธิบายรายละเอียดของผังเมืองรูปแบบต่าง ๆ รวมถึงยังได้อธิบายถึงขั้นตอนการวางและจัดทำ ผังเมืองไว้โดยละเอียด ซึ่งเนื้อหาส่วนสำคัญคือ การแบ่งประเภทผังเมืองระหว่างผังนโยบายการใช้ ประโยชน์พื้นที่และผังกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดิน โดยผังนโยบายการใช้ประโยชน์พื้นที่จะมีขอบเขต การใช้บังคับที่กว้างและกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับ การใช้ประโยชน์ที่ดินที่มีความเฉพาะเจาะจงน้อยกว่า ผังกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดิน โดยเป็นผังเชิงนโยบาย ที่มุ่งหมายให้หน่วยงานของรัฐนำไปพิจารณาประกอบการ ดำเนินการตามภารกิจของตน นอกจากนี้ หนังสือเล่มนี้ยังมีตารางเปรียบเทียบความแตกต่าง ในเนื้อหาของผังเมืองตามพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการผังเมือง (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2558 และพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2562 ที่จะทำให้ผู้อ่านได้เห็นการเปลี่ยนแปลง ของกฎหมายว่าด้วยการผังเมืองที่ต้องเปลี่ยนแปลงไป ตามสถานการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลง อยู่เสมอ

โดยที่กฎหมายว่าด้วยการผังเมือง เป็นกฎหมายมหาชน องค์ประกอบที่จะขาดเสียมิได้ ในการอธิบายกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง คือ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการวาง



และจัดทำผังเมือง โดยหนังสือเล่มนี้ได้อธิบายเนื้อหาส่วนนี้เอาไว้ด้วย ซึ่งเป็นเนื้อหาที่ไม่ค่อยปรากฏคำอธิบายในทางตำรามากนัก โดยคำอธิบายของหนังสือเล่มนี้ได้นำเอาหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่ว่าด้วยหน้าที่ในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองและหลักความพอสมควรแก่เหตุมาปรับใช้กับการใช้ดุลพินิจในการวางและจัดทำผังเมืองซึ่งทำให้ผู้อ่านได้เห็นภาพการปรับใช้หลักกฎหมายปกครองทั่วไปทั้งสองหลักการในกฎหมายเฉพาะเรื่องได้ชัดเจนยิ่งขึ้น

ในภาคที่ 3 เป็นการอธิบายถึงการใช้บังคับผังเมืองในทางรูปแบบและในทางเนื้อหา โดยการใช้บังคับผังเมืองในทางรูปแบบ หมายถึงรูปแบบทางกฎหมายที่ผังเมืองปรากฏตัวขึ้นไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบประกาศของคณะกรรมการนโยบายการผังเมืองแห่งชาติ ประกาศของคณะกรรมการนโยบายการผังเมือง ประกาศของคณะกรรมการผังเมือง ประกาศกระทรวงมหาดไทย หรือข้อบัญญัติท้องถิ่น ทำให้เห็นได้ว่า การใช้บังคับผังเมืองในแต่ละประเภทและในระดับต่าง ๆ นั้น จะต้องคำนึงถึงรูปแบบทางกฎหมายของการใช้บังคับผังเมืองด้วยซึ่งมีความซับซ้อนและยากต่อการทำความเข้าใจอยู่พอสมควร

ส่วนการใช้บังคับผังเมืองในทางเนื้อหา หมายถึง ผลบังคับของกฎเกณฑ์ที่ปรากฏอยู่ในการใช้บังคับผังเมืองในทางรูปแบบที่มีผลต่อหน่วยงานของรัฐหรือประชาชน โดยจะต้องพิจารณาในเนื้อหาของกฎเกณฑ์ว่าผังเมืองได้ก่อตั้งสิทธิหรือหน้าที่ให้หน่วยงานของรัฐและประชาชนอย่างไรบ้างเพื่อให้การปฏิบัติตามผังเมืองนั้นบรรลุผล

อย่างไรก็ดี การใช้บังคับผังเมืองก็ยังคงประสบปัญหาบางประการ กล่าวคือ แม้ว่าพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2562 จะกำหนดให้ผังเมืองมีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐที่จะต้องนำผังเมืองไปพิจารณาดำเนินการตามภารกิจของตนเองด้วยแล้ว แต่พระราชบัญญัติฉบับนี้กลับไม่ได้กำหนดบทลงโทษในกรณีที่หน่วยงานของรัฐฝ่าฝืนหรือไม่ดำเนินการตามผังเมือง ซึ่งอาจส่งผลให้ผังเมืองไม่ได้รับการนำไปปฏิบัติจนบรรลุผลตามที่ได้วางผังเมืองเอาไว้ นอกจากนี้ ปัญหาการไม่เคยมีการจัดทำผังเมืองเฉพาะตามพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 ยังคงส่งผลกระทบต่อมาถึงปัจจุบัน โดยผังเมืองรวมที่ใช้บังคับอยู่นั้นเป็นเพียงนโยบายที่กำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดินอย่างกว้าง ๆ แต่หากปราศจากผังเมืองเฉพาะที่เน้นการดำเนินการเฉพาะแห่งซึ่งจะต้องมีการกำหนดประเภท ชนิด ขนาด และความสูงของอาคารในรายละเอียด การดำเนินการตามผังเมืองรวมอาจเป็นรูปธรรมย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้เลยซึ่งพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2562 ก็ยังไม่ได้แก้ไขปัญหานี้ โดยยังคงกำหนดให้เป็นดุลพินิจของเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่จะจัดทำผังเมืองเฉพาะหรือไม่ ทั้ง ๆ ที่ผังเมืองเฉพาะเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง

นอกเหนือจากปัญหาที่กล่าวมาข้างต้น หนังสือเล่มนี้ยังได้กล่าวถึงปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการผังเมืองอีกหลายประการ และยังได้กล่าวถึงปัญหาคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายว่าด้วยการผังเมืองกับกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารอีกด้วย



จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า หนังสือ
“คำอธิบายกฎหมายผังเมือง” เป็นคำอธิบาย
กฎหมายปกครองเฉพาะเรื่องไม่ก็เล่มในประเทศไทย
ที่อธิบายเนื้อหาอย่างเป็นวิชาการและเป็นระบบ
ซึ่งสมควรที่จะได้รับการศึกษาและนำไปเป็นแบบอย่าง
ในการจัดทำคำอธิบายกฎหมายปกครองเฉพาะเรื่อง
ต่อไป

กฎหมายปกครองและกฎหมายมหาชน

เป็นกฎหมายที่สามารถเปลี่ยนแปลงบ้านเมืองได้

ดังนั้นการเรียนรู้หลักการของกฎหมายปกครองและกฎหมายมหาชน

จะทำให้สามารถนำความรู้มากำหนดทิศทางของบ้านเมืองได้

ศาสตราจารย์ ดร.สุพล นิธิไกรพนธ์

นายกสภามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์