

รวมบทความกฎหมายมหาชน  
จากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net)

## ข้อมูลทางบรรณานุกรมของหอสมุดแห่งชาติ

รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) เล่ม 11. - -  
กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2556.

564 หน้า

1. กฎหมายมหาชน. I. นันทวัฒน์ บรมานันท์, บรรณาธิการ II. ชื่อเรื่อง.  
340

ISBN : 978-974-7725-81-0

ชื่อหนังสือ	รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ <a href="http://www.pub-law.net">www.pub-law.net</a> เล่ม 11
บรรณาธิการ	นันทวัฒน์ บรมานันท์
ปีที่พิมพ์	2556
จำนวนพิมพ์	1,000 เล่ม
เจ้าของ	สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550 (อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์) เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210 โทรศัพท์ 0-2141-7777 โทรสาร 0-2143-9500 <a href="http://www.constitutionalcourt.or.th">www.constitutionalcourt.or.th</a> E-mail: <a href="mailto:feedback@constitutionalcourt.or.th">feedback@constitutionalcourt.or.th</a>
พิมพ์ที่	บริษัท พี. เพรส จำกัด 129 ซอยแยกซอยศิริพจน์ สวนหลวง กรุงเทพฯ 10250 โทร. 0-2742-4754-5

บทความหรือข้อคิดเห็นใดๆ ที่ปรากฏในหนังสือรวมบทความนี้เป็นวรรณกรรมของผู้เขียน  
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องเห็นด้วย

## คำนิยม

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญในฐานะหน่วยธุรการของศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 217 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ตระหนักเสมอว่า ภารกิจในการส่งเสริมความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รวมถึงความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรในกระบวนการยุติธรรม เป็นภารกิจสำคัญที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญยึดถือปฏิบัติตลอดมา ตั้งแต่มีการสถาปนาศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเมื่อวันที่ 11 เมษายน 2541 จนถึงปัจจุบัน โดยได้เผยแพร่และให้บริการข้อมูลข่าวสารที่เป็นองค์ความรู้ การศึกษาวิจัยและกิจกรรมพันธกิจของศาลรัฐธรรมนูญต่อสาธารณชน ในหลากหลายช่องทาง ทั้งในรูปแบบการสัมมนาทางวิชาการ การจัดนิทรรศการ เผยแพร่ความรู้แก่ประชาชนและสถาบันการศึกษาทั้งส่วนกลางและภูมิภาค ตลอดจนสิ่งพิมพ์เผยแพร่ทางวิชาการ อาทิ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ จดหมายข่าวสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฉบับภาษาไทย และภาษาอังกฤษ วารสารศาลรัฐธรรมนูญ หนังสือรวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญและรายงานการศึกษาวิจัยของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ได้เล็งเห็นถึงความจำเป็นในการเผยแพร่และส่งเสริมความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและกฎหมายมหาชน สิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้ระบอบนิติรัฐและหลักธรรมาภิบาล จะเป็นช่องทางในการเสนอแนะมุ่งทางวิชาการที่กว้างขวางและหลากหลาย รวมถึงการขยายความเจริญงอกงามทางวิชาการของกฎหมายมหาชน ทั้งในสังคมไทยและชุมชนวิชาการนานาชาติมากยิ่งขึ้นโดยลำดับ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจึงได้ร่วมมือกับท่านศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ บรรณาธิการเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) จัดพิมพ์เผยแพร่หนังสือรวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) ตั้งแต่ พ.ศ. 2545 เป็นต้นมา จนถึงฉบับปัจจุบันคือ หนังสือรวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) เล่ม 11 บทความวิชาการด้านกฎหมายมหาชนดังกล่าวได้รับการศึกษา ค้นคว้า

วิเคราะห์แนวคิดและความรู้ที่เกี่ยวข้องตามบริบทของสถานการณ์ปัจจุบัน ซึ่งทรงคุณค่าทางวิชาการและเป็นประโยชน์ต่อแวดวงกฎหมายมหาชนอย่างยิ่ง ในโอกาสนี้ ขอขอบคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรรมานันท์ บรรณาธิการ เว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) และนักวิชาการทุกท่านที่มีส่วนส่งเสริมสนับสนุนการเผยแพร่ความรู้ในหนังสือรวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) เล่ม 11 นี้

อย่างไรก็ตามจากข้อมูลผลการสำรวจของสำนักงานสถิติและสังคมแห่งชาติ ในปี 2550 พบว่าประชาชนไทยเกือบครึ่งหนึ่งหรือร้อยละ 49.8 ไม่เคยอ่านรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน พ.ศ. 2550 และส่วนใหญ่มีความรู้และความเข้าใจในเนื้อหาของสาระของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันในระดับน้อย คือ ร้อยละ 37.7 ประกอบกับกระแสความคิดในการเสนอทางออกของการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งทางการเมืองไทยและการสร้างความปรองดองในชาติ คือ การแก้ไขรัฐธรรมนูญไทยฉบับปัจจุบัน ทำให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญมีความตระหนักเพิ่มขึ้นในอันที่จะส่งเสริมและเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับความรู้กฎหมายมหาชนและรัฐธรรมนูญสู่สังคมให้มากยิ่งขึ้น และหวังเป็นอย่างยิ่งว่า หนังสือรวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) เล่ม 11 นี้ จะเป็นประโยชน์ต่อการเพิ่มพูนองค์ความรู้และค้นคว้าต่อยอดทางวิชาการกฎหมายมหาชน รวมถึงเครือข่ายวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญให้เผยแพร่ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ และกฎหมายมหาชนออกไปสู่สาธารณชนอย่างกว้างขวางมากขึ้น เพื่อสนองตอบปณิธานของศาลรัฐธรรมนูญที่มุ่งมั่นต่อการ “ยึดหลักนิติธรรม คำจูนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน” เพื่อดำรงไว้ซึ่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขสืบไป



นายเชาวนะ ไตรมาศ

เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

## คำนำ

หนังสือ “รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) เล่ม 11” ประกอบด้วยบทความจำนวนหนึ่งที่ได้ผ่านการเผยแพร่ในเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) ไปแล้วในช่วงเวลาระหว่างเดือนมีนาคม 2554 ถึงเดือนกุมภาพันธ์ 2555

เป็นที่ทราบกันดีในบรรดาผู้ใช้บริการ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) ว่าในแต่ละปีจะมีการนำเอาบทความที่ได้เผยแพร่ไปในช่วงเวลา 1 ปีที่ผ่านมาคือ ในระหว่างเดือนมีนาคมถึงเดือนกุมภาพันธ์มาจัดพิมพ์เป็นเล่มเพื่อแจกจ่ายให้กับผู้สนใจตลอดระยะเวลา 10 ปีที่ผ่านมา โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญเพียงประการเดียวคือเผยแพร่ความรู้ด้านกฎหมายมหาชนออกไปให้กว้างไกลที่สุดเท่าที่จะทำได้

ในปัจจุบัน แม้ความรู้ด้านกฎหมายมหาชนในประเทศไทยจะพัฒนาไปมากกว่าเมื่อตอนที่เริ่มจัดทำ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) แม้จะมีนักวิชาการรุ่นใหม่ ๆ เกิดขึ้นมากมาย แม้จะมีตำราด้านกฎหมายมหาชนเพิ่มขึ้นจำนวนมากเช่นเดียวกัน แต่ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) ก็ยังคงได้รับความสนใจจากผู้ใช้บริการอยู่อย่างไม่เปลี่ยนแปลงสังเกตจากการนำเอาบทบรรณาธิการและบทความที่เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) ไปใช้อ้างอิงในสื่อประเภทต่าง ๆ มีการนำไปใช้ประกอบการทำวิทยานิพนธ์ รายงานและบทความทางวิชาการเป็นจำนวนมาก และนอกจากนี้ จำนวนผู้ใช้บริการที่ค่อนข้างจะคงที่ในแต่ละเดือนตลอดระยะเวลา 3 – 4 ปี ที่ผ่านมา ทำให้เข้าใจได้ว่า [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) เป็นเว็บไซต์วิชาการด้านกฎหมายมหาชนที่ได้รับการยอมรับอย่างต่อเนื่องตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา

หนังสือ “รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) เล่ม 11” เล่มนี้ออกเข้าไปประมาณ 1 ปี เนื่องจากเหตุหลายประการ แต่อย่างไรก็ตาม อีกไม่กี่เดือนข้างหน้า หนังสือ “รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) เล่ม 12” ก็จะตามออกมา

ผมขอขอบคุณ ดร.เชาวนะ ไตรมาศ เลขานุการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ และสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญที่กรุณาให้การสนับสนุนการจัดพิมพ์หนังสือรวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) เล่มนี้ และเล่มอื่น ๆ ก่อนหน้านี้ รวมทั้งขอบคุณผู้เขียนบทความและผู้ใช้ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) ทุกคนไว้ ณ ที่นี้ด้วยครับ

ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์

บรรณาธิการ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net)

เมษายน 2556

# สารบัญ

	หน้า
คำนิยาม	iii
คำนำ	v
การควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง <i>อาจารย์โชติ อัครวลาภสกุล</i>	1
ผู้มีอำนาจกล่าวหาบุคคลตามมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 เฉพาะกรณีเรื่องกล่าวหาที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. รับไว้เป็นคดีหมายเลขดำที่ 50441790 <i>คุณเฉลิมพล สุมนิพรหม</i>	27
ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย 2 ฉบับ กับผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง <i>คุณเฉลิมพล สุมนิพรหม</i>	42
ปฏิรูปประเทศไทยด้วยแนวคิดประชาชาติศาสตร์ <i>ดร.พรลันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย</i>	62
การร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมัน <i>คุณคณันท์ ชัยชนะ</i>	68
ความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กับมาตรการกำกับดูแล ฝ่ายบริหารของเทศบาลตามพระราชบัญญัติเทศบาลพุทธศักราช 2496 <i>คุณไกรพล อรัญรัตน์</i>	80
พนักงานอัยการกับการดำเนินคดีปกครอง <i>คุณชำนาญ จันทร์เรือง</i>	109

## สารบัญ

	หน้า
คติปราสาทพระวิหารและหมายเหตุท้ายคำพิพากษา <i>คุณวีรวัฒน์ ปรียวงศ์</i>	113
คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สิ้นสุดสมาชิกภาพตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 <i>คุณปฐมพงษ์ พิพัฒน์นาวิก</i>	146
การแจ้งสิทธิและหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง : หลักเกณฑ์ทั่วไปหรือเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง? <i>คุณศุภวัฒน์ ลิงห์สูงวงศ์</i>	154
การใช้และการตีความกฎหมายปกครอง <i>คุณณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์</i>	170
ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจพิจารณาจริงหรือ? <i>คุณนิธินันท์ สุขวงศ์</i>	237
ปัญหาการอุทธรณ์คำสั่งให้خذใช้คำสั่งใหม่ทดแทนตามกฎหมาย ว่าด้วยความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ <i>คุณศุภวัฒน์ ลิงห์สูงวงศ์</i>	247
ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับระยะเวลาเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ รับخذใช้คำสั่งใหม่ทดแทน <i>คุณนิธินันท์ สุขวงศ์</i>	282
ความเห็นแย้งต่อคำสั่งศาลโลก 18 ก.ค. 2554 และข้อเสนอแนะ <i>ดร.สุวันชัย แสงสุขเอี่ยม</i>	293
การกระทำผิดกฎหมายเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรค อันนำไปสู่การยุบพรรคการเมือง <i>คุณปฐมพงษ์ พิพัฒน์นาวิก</i>	307



## สารบัญ

	หน้า
การพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองใหม่ <i>คุณณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์</i>	311
ความผิดปกติในการสรรหาผู้ตรวจการแผ่นดินคนใหม่ <i>ดร.สุวัณชัย แสงสุขเอี่ยม</i>	361
บันทึก เรื่อง หลักกฎหมายปกครองทั่วไป <i>คุณปาลิรัฐ ศรีวรรณพฤษ</i>	368
วิวัฒนาการของหลักนิติรัฐโดยสังเขป : กรณีประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส <i>ดร.พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย</i>	376
กรณีที่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง มีคำพิพากษาลงโทษจำคุก พ.ต.ท.ดร.ทักษิณ ชินวัตร 2 ปี ต่อมาศาลแพ่งพิพากษาให้การซื้อขายที่ดินที่รัชดาภิเษกเป็นโมฆะ กรณีนี้ จะขอหรือฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ไม่ได้ <i>คุณเฉลิมพล สุมโนพรหม</i>	387
บทบาทของฝ่ายตุลาการในการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่ง ในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ <i>คุณพิภพ ภู่งิ่ง</i>	403
การดำเนินการเพื่อปฏิบัติตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของศาลโลก ในคดีปราสาทพระวิหาร <i>ดร.สุวัณชัย แสงสุขเอี่ยม</i>	408
ปาฐกถาในงานสัมมนาวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 10 ปีศาลปกครอง เรื่อง “บทบาทของนักกฎหมายและตุลาการในยุคแห่งนิติปรัชญาศตวรรษที่ 20” <i>ศ.ดร.อมร จันทรมบูรณ์</i>	420

## สารบัญ

	หน้า
ความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิด <i>คุณณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์</i>	435
การดำเนินการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญของ กรม. และ GBC กรณีการปฏิบัติตามคำสั่งศาลโลก <i>ดร.สุวันชัย แสงสุขเอี่ยม</i>	469
เหตุที่ต้องยกเลิก MOU 2544 ว่าด้วยพื้นที่อ้างสิทธิทับซ้อน ทางทะเลไทย-กัมพูชา <i>ดร.สุวันชัย แสงสุขเอี่ยม</i>	474
“The USA Impeachment Overview : ระบบการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งของสหรัฐอเมริกา” <i>คุณปณิธิร์ ปทุมวัฒน์</i>	483
สิทธิของชนชาวไทย <i>คุณภาควุฒิ อนุศาสตร์</i>	501
บทความวิชาการ ชุด “อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003 : United Nations Convention against Corruption 2003” ตอนที่ 1 บทบัญญัติทั่วไปและพันธกรณีในการกำหนดมาตรการป้องกันการ การทุจริตของภาคี <i>คุณปณิธิร์ ปทุมวัฒน์</i>	503
บทสรุปรายงานวิจัย เรื่อง แนวทางปรับปรุงกฎหมาย เกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง <i>ผู้ช่วยศาสตราจารย์ณรงค์เดช สรุโฆษิต</i>	519
จัดทำรัฐธรรมนูญให้เป็นรัฐธรรมนูญ <i>ดร.พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย</i>	548

## การควบคุมตรวจสอบ ฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง\*

โชติ อัครลาภสกุล \*\*

มนุษย์ได้เรียนรู้มาโดยตลอดว่า “อำนาจทำให้ผู้ถืออำนาจนั้นเลวลง อำนาจเด็ดขาดยิ่งทำให้ผู้ถืออำนาจนั้นเลวลงอย่างถึงที่สุด” (Power corrupts; absolute power corrupts absolutely)<sup>1</sup> เพราะ “คนเราทุกคนเมื่อมีอำนาจแล้วมักจะมัวเมาในอำนาจและมักจะใช้อำนาจอย่างสุดโต่งเสมอ”<sup>2</sup> เมื่อใดที่ผู้ปกครองมีอำนาจมากก็มักจะใช้อำนาจอย่างสุดโต่ง ยิ่งถ้าอำนาจนั้นเป็นอำนาจเด็ดขาด ประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครองก็มักจะถูกผู้ปกครองกดขี่ ช่มเหง และเอารัดเอาเปรียบเสมอ ผู้ปกครองที่ใช้อำนาจในลักษณะนี้อาจเรียกว่า “ทรราช” (tyrant) ซึ่งหมายถึง ผู้ปกครองบ้านเมืองที่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ ทำความเดือดร้อน ทารุณให้แก่ผู้อยู่ใต้การปกครองของตน<sup>3</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงยุคกลางของยุโรป ประมาณคริสต์ศตวรรษที่ 10-16 มนุษย์มีความเชื่อใน

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 13 มีนาคม 2554

\*\* นิติศาสตรบัณฑิต, เนติบัณฑิตไทย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน), อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี

1 คำกล่าวของ Lord Acton : André Moliter in L'administration de la Belgique.

2 คำกล่าวของ Montesquieu in L'esprit des lois.

3 ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542, แหล่งที่มา : <http://rirs3.royin.go.th/new-search/word-search-all-x.asp> 11 มีนาคม 2553.

พระเจ้า และเชื่อว่า กษัตริย์ คือ ตัวแทนของพระเจ้า กษัตริย์จึงมีอำนาจมาก สามารถปกครองโดยกตขี่ ช่มเหง และเอาไรต์เอาเปรียบประชาชนได้ ไม่ว่าจะเป็น ในด้านการจัดเก็บภาษี การถือครองที่ดิน หรือการเกณฑ์แรงงาน เป็นต้น<sup>4</sup> หรือ ตัวอย่างกรณีการใช้อำนาจของกษัตริย์อังกฤษในอดีต เช่น ในปี ค.ศ. 1215 พระเจ้าจอห์น เรียกเก็บภาษีจากประชาชนตามอำเภอใจ ในปี ค.ศ. 1646 พระเจ้าชาร์ลที่ 1 บังคับกู้เงินจากประชาชน หรือในปี ค.ศ. 1688 พระเจ้าเจมส์ ที่ 2 บังคับให้ประชาชนนับถือศาสนาคริสต์นิกายที่พระองค์ต้องการ<sup>5</sup>

ด้วยเหตุนี้ จึงก่อให้เกิดแนวคิดที่จะหยุดยั้งผู้ปกครองไม่ให้มีอำนาจมากจนสามารถกตขี่ ช่มเหง หรือเอาไรต์เอาเปรียบประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครองตามอำเภอใจได้ โดยการควบคุมการใช้อำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ในขอบเขตที่เหมาะสม แนวคิดนี้ได้รับการพัฒนาและนำมาใช้ในทางปฏิบัติจวบจนปัจจุบัน ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแล้วว่า การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้ปกครองเป็นสิ่งจำเป็นและมีอยู่ด้วยกันหลายระดับ ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้ปกครองในระดับองค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดของประเทศ ที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ เช่น การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรี รัฐสภา หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยอาศัยกลไกต่าง ๆ ตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายกำหนด นอกจากนั้นก็ยังมีการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรในระดับรองลงมาซึ่งเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรที่ใช้อำนาจในการปกครองและมีบทบาทสำคัญในการบริหารประเทศที่เรียกว่า “ฝ่ายปกครอง” ด้วย

ฝ่ายปกครอง แม้จะเป็นองค์กรในระดับรองลงมาจากองค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดในการบริหารปกครองประเทศ แต่การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองก็มีผลกระทบต่อตรง สามารถสร้างคุณประโยชน์หรือก่อให้เกิดโทษต่อประชาชนได้ และหากไม่มีการควบคุมก็อาจส่งผลกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่ของ

<sup>4</sup> วิชัย สังข์ประไพ, **หลักกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), หน้า 28-29.

<sup>5</sup> บวรศักดิ์ อูวรรณโณ และนันทชัย เพียรสนอง, **คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ**, (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ม.ป.ป.), หน้า 20-31.

ประชาชน การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจึงเป็นสิ่งจำเป็น โดยมีกลไกต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ กลไกสำคัญประการหนึ่งก็คือ การควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครอง

“ฝ่ายปกครอง” ผู้ถูกควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครองนั้น อาจพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์ ด้านองค์กร ซึ่งตาม “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” นั้น อำนาจอธิปไตยอันเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ฝ่าย คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยอำนาจนิติบัญญัติ คือ อำนาจในการออกกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับที่เรียกว่า “กฎหมาย” เพื่อการอยู่ร่วมกันอย่างสันติสุขของประชาชนในรัฐ อำนาจบริหาร คือ อำนาจหน้าที่ในการบริหารปกครองประเทศโดยนำเอากฎหมายต่าง ๆ ที่บัญญัติขึ้น โดยองค์กรนิติบัญญัติไปบังคับใช้กับประชาชน ส่วนอำนาจตุลาการ คือ อำนาจในการตรวจสอบว่า กฎหมายต่าง ๆ ได้รับการเคารพและปฏิบัติตามหรือมีการละเมิดกฎหมายเหล่านั้นหรือไม่<sup>6</sup>

ประเทศไทยรับหลักการดังกล่าวมาใช้อย่างเป็นรูปธรรม โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 3 วรรคแรก บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า องค์กรหลักที่เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของไทยทั้งสามฝ่ายนั้น ได้แก่ รัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ คณะรัฐมนตรีหรือรัฐบาลเป็นผู้ใช้อำนาจบริหาร และศาลเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ

กล่าวโดยเฉพาะองค์กรในส่วนอำนาจบริหารนั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วนใหญ่ ๆ คือ “รัฐบาล” กับ “ฝ่ายปกครอง” โดย “รัฐบาล” หมายถึงบุคคลและคณะบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจบริหารเพื่อดำเนินการปกครอง

<sup>6</sup> สิริวัฒน์ สุภรณ์ไพบูลย์ และสถาพร สระมาลีย์, *กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมืองชั้นสูง (เอกสารประกอบการบรรยาย)*, (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ม.ป.ป.), หน้า 1.

ประเทศ มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นผู้กำหนดนโยบายและวางแนวทางในการปกครองประเทศ แต่ผู้ที่จะปฏิบัติให้สำเร็จตามนโยบายและดำเนินงานประจำ คือ “ฝ่ายปกครอง” ซึ่งมีหน้าที่และกำลังคน ตลอดจนเครื่องมือที่จะดำเนินการในรายละเอียดเป็นปกติประจำวัน โดยปฏิบัติงานต่าง ๆ เพื่อสนองความต้องการหรือประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ซึ่งเรียกว่า “บริการสาธารณะ”<sup>7</sup> ฝ่ายปกครองจึงเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรฝ่ายบริหาร การปฏิบัติงานหรือดำเนินกิจการของฝ่ายปกครอง จึงไม่ใช่การใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติหรือตุลาการ<sup>8</sup>

ตามกฎหมายไทย “รัฐบาล” หมายถึง คณะรัฐมนตรี หรือนายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคน ส่วนฝ่ายปกครองหรือ “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง”<sup>9</sup> ก็คือ บรรดาองค์กรของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับหรือควบคุมดูแลของ นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง เช่น กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ในระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง จังหวัด อำเภอ ในระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติเฉพาะหรือพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 หน่วยงานอื่นของรัฐที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติเฉพาะ หรือองค์การมหาชนที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 ซึ่งองค์กรเหล่านี้จะมีบุคคลธรรมดาหรือคณะบุคคลเรียกว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” เป็นผู้ดำเนินการแทนและ

<sup>7</sup> ประยูร กาญจนดุล, *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 13-16.

<sup>8</sup> Hartmut Maurer, *Alleghenies Verwaltungsrecht*, 8 Aufl. (n.p.: München, 1992), S. 2, อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 10.

<sup>9</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1 พ.ศ. 2543, ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กรุงเทพมหานคร, 25 มกราคม 2543, หน้า 9.

ในนามขององค์กร เช่น ปลัดกระทรวง อธิบดี ผู้ว่าราชการจังหวัด นายอำเภอ สภาท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่น คณะกรรมการและผู้บริหารรัฐวิสาหกิจ หรือ คณะกรรมการและผู้บริหารหน่วยงานอื่นของรัฐหรือองค์การมหาชน ซึ่งองค์กร และเจ้าหน้าที่ของรัฐเหล่านี้ล้วนอยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับหรือควบคุมดูแล ของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งทั้งสิ้น

ที่กล่าวมานั้นเป็นการพิจารณาถึงฝ่ายปกครองในด้านองค์กรเป็นหลัก อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครองนั้น นอกจากการพิจารณาด้านองค์กรแล้วยังต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของงานหรือกิจการ ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจัดทำว่าเป็นงานหรือกิจการทางปกครองหรือไม่ รวมทั้งพิจารณารูปแบบของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองใช้ในการปฏิบัติงานหรือกิจการดังกล่าวประกอบด้วย<sup>10</sup>

“ฝ่ายปกครอง” เป็นองค์กรที่รับภาระหน้าที่ที่มีความแตกต่างหลากหลาย อันเป็นภาระหน้าที่ที่มีการกำหนดวัตถุประสงค์ในการดำเนินการ โดยทั่วไปแล้ว เป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม และเป็นองค์กรที่จะต้องมีความรับผิดชอบในการดำเนินการ<sup>11</sup> ลักษณะหรือสาระสำคัญขององค์กรฝ่ายปกครองเมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาของงานหรือกิจการ จึงอยู่ที่การทําภาระหน้าที่เพื่อการอาศัยอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ มีความมุ่งหมายไปในอนาคต โดยนำกฎหมายซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดไว้ในลักษณะที่เป็นนามธรรมทั่วไป (generell-abstrakt) มาทำให้ปรากฏเป็นรูปธรรมและเกิดผลเป็นจริงตามความมุ่งหมายที่กำหนดไว้<sup>12</sup>

<sup>10</sup> ฤทัย หงส์ศิริ, “นิติกรรมทางปกครอง”, ใน คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545), หน้า 206-210.

<sup>11</sup> H. J. Wolff, O. Bachof, and R. Stober, *Verwaltungsrecht I*, 10 Aufl. (n.p.: München 1994), S. 30, อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*, หน้า 11.

<sup>12</sup> Maurer, op. cit., p. 5, อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*, หน้า 12.

ในการปฏิบัติงานหรือดำเนินกิจการทางปกครอง ฝ่ายปกครองมีเครื่องมือสำคัญที่เรียกว่า “การกระทำทางปกครอง”<sup>13</sup> คือ การใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครอง โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับตั้งเช่นพระราชบัญญัติ (เช่น พระราชกำหนด) การกระทำที่ไม่ใช่การใช้อำนาจตามกฎหมายดังกล่าวจะมีใช่การกระทำทางปกครอง แต่เป็นเพียงการกระทำประเภทหนึ่งของฝ่ายปกครอง เช่น การพิมพ์หนังสือราชการ การส่งใบแจ้งหนี้ค่าใช้บริการของรัฐวิสาหกิจไปยังผู้ใช้บริการ หรือการขับรถของส่วนราชการไปส่งหนังสือราชการ

การกระทำทางปกครองดังกล่าว อาจจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ “นิติกรรมทางปกครอง” และ “ปฏิบัติการทางปกครอง”<sup>14</sup> โดย “นิติกรรมทางปกครอง” หมายถึง การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชน ที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับตั้งเช่นพระราชบัญญัติ แทนและในนามขององค์กรดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว เพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลคนหนึ่งหรือคณะบุคคลคณะหนึ่งว่าตนประสงค์จะให้เกิดผลทางกฎหมาย เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างองค์กรดังกล่าวกับบุคคลนั้นหรือคณะบุคคลนั้น โดยที่บุคคลนั้นหรือคณะบุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม

นิติกรรมทางปกครองจึงมีลักษณะสำคัญ 4 ประการประกอบกัน<sup>15</sup> ประการแรก คือ การกระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับตั้งเช่นพระราชบัญญัติ แสดงเจตนาต่อบุคคลภายนอก ประการที่สอง มีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย ประการที่สาม เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลสองฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งมีอำนาจบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง และมีผลเป็นการก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่

<sup>13</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เรื่องเดิม, หน้า 1-12.

<sup>14</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

<sup>15</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 14.



ของบุคคลที่เป็นคู่กรณี เช่น ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งแต่งตั้งหรือเลื่อนชั้นเงินเดือนให้แก่ผู้ใต้บังคับบัญชา หรือเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ออกใบอนุญาตให้บุคคลก่อสร้างอาคาร ซึ่งมีผลเป็นการสร้างสิทธิหรือหน้าที่ให้แก่ผู้ใต้บังคับบัญชา ดังกล่าว ประการสุดท้าย เป็นการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้รับการแสดงเจตนาแต่อย่างใด

ส่วน “ปฏิบัติการทางปกครอง”<sup>16</sup> นั้น หมายถึง การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชนที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติแทนและในนามขององค์กรดังกล่าว โดยที่การกระทำนั้นไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง กล่าวคือ การกระทำนั้นขาดลักษณะหนึ่งลักษณะใดของนิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท<sup>17</sup> คือ “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง” ลักษณะของ “กฎ” คือ บทบัญญัติหรือข้อความสั้น ๆ ในเอกสารที่เรียกว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือในเอกสารที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ<sup>18</sup> “กฎ” จึงมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ<sup>19</sup> ประการแรก คือ บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภท เช่น ผู้เยาว์ คนต่างด้าว หรือข้าราชการพลเรือนสามัญ ดังนั้น จึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับ

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

<sup>19</sup> Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective* (Berlin, Germany : Springer-verlag Berlin Heidelberg, 1985), p. 34, อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 279.

นั้นได้ ประการต่อมา คือ บุคคลซึ่งถูกนิยามไว้เป็นประเภทจะถูกบังคับในกรณีที่กำหนดไว้อย่างเป็นทางการ (abstract) เช่น บังคับให้กระทำการทุกครั้งที่มีกรณีตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นหรือได้รับอนุญาตให้กระทำการทุกวันสิ้นเดือน การห้ามมิให้สูบบุหรี่บนรถโดยสารประจำทาง ผู้ขับขีรถยนต์ต้องคาดเข็มขัดนิรภัย หรือข้าราชการต้องแต่งเครื่องแบบมาทำงานทุกวันจันทร์

ส่วน “คำสั่งทางปกครอง” นั้น หมายถึง การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ<sup>20</sup>

นิติกรรมทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็น “กฎ” หรือ “คำสั่งทางปกครอง” ต่างก็เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลทั้งสิ้น ข้อแตกต่างอยู่ที่ว่า “กฎ” มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ส่วน “คำสั่งทางปกครอง” มีผลบังคับแก่กรณีใดและ/หรือแก่บุคคลใดเป็นการเฉพาะ<sup>21</sup> เช่น สภามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ใช้อำนาจตามกฎหมาย คือ พระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ฯ ออกข้อบังคับมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ว่าด้วยการศึกษาชั้นปริญญาตรีฯ วางกฎเกณฑ์ว่า ในแต่ละภาคการศึกษานักศึกษาต้องลงทะเบียนศึกษาลักษณะวิชาไม่น้อยกว่า 9 หน่วยกิต และไม่เกิน 22 หน่วยกิต ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงมีลักษณะเป็น “กฎ” ซึ่งต่างจากการที่อธิการบดีมหาวิทยาลัยฯ อาศัยอำนาจตามข้อบังคับ

<sup>20</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5.

<sup>21</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540, หน้า 23-24.

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ว่าด้วยนักศึกษา (ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) ออกคำสั่งให้ถอนชื่อนักศึกษาที่ทุจริตในการสอบออกจากทะเบียนนักศึกษาของมหาวิทยาลัยฯ คำสั่งเช่นว่านี้เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล โดยมีมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะ คือนักศึกษาที่ทุจริต จึงมีลักษณะเป็น “คำสั่งทางปกครอง”<sup>22</sup>

นอกจากการกระทำทางปกครองแล้ว เครื่องมือสำคัญอีกอย่างหนึ่งที่ฝ่ายปกครองใช้ในการปฏิบัติงานหรือดำเนินกิจการทางปกครอง คือ “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ให้คํานิยามไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” การที่กฎหมายใช้คำว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า...” เช่นนี้ สัญญาทางปกครองจึงมีได้จำกัดอยู่เพียงสัญญาที่มีลักษณะดังที่ปรากฏในคํานิยามเท่านั้น โดยเปิดโอกาสให้ศาลปกครองสามารถพัฒนาต่อไปได้ว่าจะมีสัญญาอื่นใดอีกบ้างที่อาจถือได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>23</sup>

ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักไว้ว่า สัญญาใดจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น จะต้องมีส่วนสำคัญ 2 ประการ ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทาง

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 23-25.

<sup>23</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ปัญหาเขตอำนาจศาล : ศาลปกครองกับศาลยุติธรรม,” การถอดเทปบันทึกเสียงการสัมมนาทางวิชาการ, ณ ห้องประชุมจิตติ ติงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร, 19 กรกฎาคม 2543 เวลา 9.00-12.00 น.

ปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งบนพื้นฐานของความเสมอภาคโดยสมัครใจ และสัญญาดังกล่าวมิได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง<sup>24</sup>

การพิจารณาว่า องค์กรหรือบุคคลหรือคณะบุคคลใดกระทำการในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองตามหลักเกณฑ์ด้านเนื้อหา จึงอาจพิจารณาได้จากการกระทำว่าการกระทำนั้นมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองหรือสัญญาทางปกครองหรือไม่ แม้องค์กรหรือบุคคลหรือคณะบุคคลนั้นจะมีใช้ “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง” ที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับหรือควบคุมดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งก็ตาม เช่น คณะรัฐมนตรี ในด้านหนึ่งนั้นมิฐานะเป็น “รัฐบาล” ใช้อำนาจหน้าที่ซึ่งเรียกว่าเป็น “การกระทำของรัฐบาล” ได้แก่ การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางการเมืองระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา เช่น การเสนอร่างกฎหมาย การประชุมสภา หรือการยุบสภา และการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับรัฐอื่น หรือองค์การระหว่างประเทศ เช่น การเจรจาและการทำสนธิสัญญา รวมถึงการประกาศสงคราม ซึ่งการกระทำของรัฐบาลนี้จะไม่ถูกควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครอง<sup>25</sup> แต่ในอีกด้านหนึ่ง คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคนก็มีฐานะเป็นหัวหน้าขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง มีหน้าที่ควบคุมกำกับการปฏิบัติหน้าที่ของ

<sup>24</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545), หน้า 145-146.; โภคิน พลกุล, 2545, คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, แหล่งที่มา: <http://www.pub-law.net/> 7 มีนาคม 2553.

<sup>25</sup> ฤทัย หงส์สิริ, เรื่องเดิม, หน้า 201-206.

องค์การของรัฐฝ่ายปกครองโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ ผู้ทรงคุณวุฒิที่ปรึกษา หรือข้าราชการการเมือง การควบคุมการบริหารราชการในส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น หรือการใช้อำนาจยับยั้งการปฏิบัติราชการที่ขัดต่อนโยบายหรือมติคณะรัฐมนตรี<sup>26</sup>

ตัวอย่าง คณะรัฐมนตรีมีมติแต่งตั้งหรือถอดถอนบุคคลจากการเป็นกรรมการธนาคารแห่งประเทศไทย โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พุทธศักราช 2485 จึงเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง แต่กรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้ความเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีไปลงนามในร่างความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น เป็นมติคณะรัฐมนตรีที่อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการทำความตกลงกับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ กรณีนี้การกระทำของคณะรัฐมนตรีจึงมิใช่กระทำในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง<sup>27</sup>

หน่วยงานเอกชนก็อาจมีฐานะเป็นฝ่ายปกครองได้<sup>28</sup> เช่น สภานายความ ซึ่งเป็นหน่วยงานเอกชนแต่ปฏิบัติงานโดยใช้อำนาจรัฐในการจดทะเบียนและออกใบอนุญาตให้เป็นทนายความหรือคณะกรรมการมรยาททนายความลขชื่อทนายความออกจากทะเบียนทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 หรือ บริษัท ทำอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน) ซึ่งเดิมเป็นนิติบุคคลและเป็นรัฐวิสาหกิจมีวัตถุประสงค์ในการประกอบและส่งเสริมการทำอากาศยาน รวมทั้งการดำเนินกิจการอื่นที่เกี่ยวข้องหรือต่อเนื่องกับการประกอบกิจการทำอากาศยาน ตามพระราชบัญญัติการทำอากาศยานแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 ต่อมา

<sup>26</sup> จิรนิติ หะวานนท์, “กฎหมายปกครอง,” ใน **รวมคำบรรยาย ภาค 1 สมัยที่ 62 ปีการศึกษา 2552 เล่มที่ 3**, (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552), หน้า 293-294.

<sup>27</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “กฎหมายปกครอง,” ใน **รวมคำบรรยาย ภาค 1 สมัยที่ 62 ปีการศึกษา 2552 เล่มที่ 11**, (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552), หน้า 340.

<sup>28</sup> จิรนิติ หะวานนท์, เรื่องเดิม, หน้า 296.

ได้แปรสภาพจากรัฐวิสาหกิจไปเป็นบริษัทมหาชนจำกัด แต่ก็ยังคงมีวัตถุประสงค์ เช่นเดิม ทั้งยังมีอำนาจหรือสิทธิพิเศษตามกฎหมายว่าด้วยการทำอากาศยาน แห่งประเทศไทยหรือกฎหมายอื่น บริษัท ทำอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน) จึงเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการ ทางปกครอง และมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครอง<sup>29</sup>

ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ มีสำนักงานศาลยุติธรรมเป็น หน่วยงานตุลาการก็อาจปฏิบัติงานหรือกิจการทางปกครองได้<sup>30</sup> เช่น สำนักงานประจำ ศาลจังหวัดกันทรลักษ์ซึ่งเป็นหน่วยงานตุลาการของศาลจังหวัดกันทรลักษ์และเป็น หน่วยงานราชการ กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาทำความสะอาดอาคารและบริเวณ ที่ทำการศาลจึงต้องปฏิบัติตามระเบียบราชการ ประกาศแจ้งผลการสอบราคา ตามกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาจึงเป็นคำสั่งทางปกครอง<sup>31</sup>

องค์กรตามรัฐธรรมนูญ เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) คณะ กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) หรือคณะกรรมการ สิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ซึ่งเป็นองค์กรอิสระไม่อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายบริหาร มีอำนาจกึ่งนิติบัญญัติ กึ่งบริหาร และกึ่งตุลาการ เช่น กกต. หรือ ป.ป.ช. สามารถออกระเบียบได้ (กึ่งนิติบัญญัติ) กกต. มีอำนาจจัดการเลือกตั้ง ป.ป.ช. มีอำนาจสอบสวน (กึ่งบริหาร) หรือ กกต. มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือ เพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง ป.ป.ช. มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดความผิดตามพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย การป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 (กึ่งตุลาการ) แต่องค์กรตามรัฐธรรมนูญเหล่านี้ก็อาจปฏิบัติงานหรือดำเนินกิจการ ทางปกครองซึ่งศาลปกครองควบคุมการใช้อำนาจในลักษณะนี้ได้<sup>32</sup> เช่น หาก กกต. มีมติออกระเบียบขัดรัฐธรรมนูญหรือดำเนินการจัดการเลือกตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสั่งโยกย้ายกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

<sup>29</sup> คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 4/2549.

<sup>30</sup> จิรนิติ หะวานนท์, เรื่องเดิม, หน้า 291.

<sup>31</sup> คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 13/2546.

<sup>32</sup> จิรนิติ หะวานนท์, เรื่องเดิม, หน้า 299.

เป็นการใช้อำนาจหรือดำเนินกิจการทางปกครอง จึงอาจถูกฟ้องต่อศาลปกครองได้ แต่ศาลปกครองไม่สามารถตรวจสอบกรณีที่ กทต. วินิจฉัยให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญของ กทต. ได้ เพราะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 223 วรรคสอง จำกัดอำนาจศาลปกครองไม่ให้ตรวจสอบการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็น การใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น<sup>33</sup>

เมื่อพิจารณาในทางเนื้อหาแล้วจะเห็นได้ว่า องค์กรหรือบุคคลหรือคณะบุคคลอื่นที่มีใช้บรรดาองค์กรของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับหรือควบคุมดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งก็อาจมีลักษณะเป็นฝ่ายปกครองได้ หากองค์กรหรือบุคคลหรือคณะบุคคลนั้นได้ปฏิบัติงานหรือดำเนินกิจการทางปกครอง

ส่วนหลักเกณฑ์การพิจารณาฝ่ายปกครองในด้านรูปแบบนั้น คือ การพิจารณาว่า สิ่งที้องค์กรหรือเจ้าหน้าที่กระทำนั้น ได้กระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายปกครองหรือไม่<sup>34</sup> ซึ่งมักจะต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายปกครอง เช่น การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารนั้น หากเป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าหากเป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดั่งเช่นพระราชบัญญัติ ก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าอย่างกรณีของมติของคณะรัฐมนตรีที่แต่งตั้งหรือถอดถอนบุคคลจากการเป็นกรรมการธนาคารแห่งประเทศไทยกับมติของคณะรัฐมนตรีที่ให้ความเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีไปลงนามในร่างความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่นที่กล่าวมาแล้ว ส่วนกรณีที้องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ในสังกัดขององค์กรของรัฐที่เป็น

<sup>33</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “กฎหมายรัฐธรรมนูญ,” ใน *รวมคำบรรยาย ภาค 1 สมัยที่ 62 ปีการศึกษา 2552* เล่มที่ 5, (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552), หน้า 171-172.

<sup>34</sup> ฤทัย หงส์ศิริ, *เรื่องเดิม*, หน้า 207.

อิสระหรือหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น รัฐสภา ประธานรัฐสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือ ประธานวุฒิสภา หรือองค์กรเอกชนบางองค์กรที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติการใช้อำนาจรัฐนั้นก็เป็นการกระทำทางปกครองเช่นเดียวกัน<sup>35</sup>

บางกรณีองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็อาจกระทำการในความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน เช่น รัฐวิสาหกิจ แม้จะมีฐานะเป็นฝ่ายปกครอง แต่ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐวิสาหกิจกับเอกชน ก็มีทั้งความสัมพันธ์ตามกฎหมายปกครองและกฎหมายเอกชน<sup>36</sup> ตัวอย่าง การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503 โดยกฎหมายกำหนดวัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคไว้หลายประการ บางประการต้องใช้อำนาจทางปกครองในการดำเนินการ เช่น อำนาจในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ แต่บางประการก็มีได้ใช้อำนาจทางปกครองแต่เป็นการดำเนินธุรกิจเชิงพาณิชย์ เช่น การดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับพลังงานไฟฟ้า การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคจึงดำเนินธุรกิจได้เช่นเดียวกับเอกชนทั่วไป โดยมีนิติสัมพันธ์กับเอกชนตามหลักกฎหมายแพ่ง การตรวจสอบและแจ้งให้เอกชนผู้ใช้บริการชำระหนี้ค่าไฟฟ้า การงดจ่ายกระแสไฟฟ้าและให้ธนาคารชำระหนี้ค่ากระแสไฟฟ้าในฐานะผู้ค้าประกันของผู้ใช้บริการ เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายไฟฟ้า ซึ่งเป็นธุรกิจของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคที่กระทำกับผู้ใช้บริการในฐานะเสมอภาคเช่นเดียวกับเอกชนต่อเอกชน มิได้ใช้อำนาจทางปกครอง สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางแพ่ง<sup>37</sup>

ข้อสังเกต ในบางกรณีแม้จะเป็นการที่ผู้ใช้อำนาจรัฐมีการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ แต่

<sup>35</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” หน้า 7-9.

<sup>36</sup> จิรนิติ หะวานนท์, เรื่องเดิม, หน้า 297.

<sup>37</sup> คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 7/2548.



ก็ไม่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง<sup>38</sup> กล่าวคือ ในกรณีที่เป็นเรื่อง “กระบวนการยุติธรรมทางอาญา” ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจสอบสวนความผิดทางอาญา โดยพนักงานสอบสวน การตรวจสำนวนการสอบสวนแล้วมีคำสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้อง ผู้ต้องหาต่อศาลโดยพนักงานอัยการ การบังคับคดีอาญาให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลโดยเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479 เป็นต้น ดังนั้น หมายถึงที่เป็นคำสั่งให้บุคคลไปพบพนักงานสอบสวน จึงเป็นการใช้อำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ไม่ใช่การใช้อำนาจทางปกครอง เพราะเป็นเรื่องกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

นอกจากนี้ยังมีเรื่องของ “กระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง” คือ การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานบังคับคดีในการบังคับคดีให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลในคดีแพ่ง เช่น การยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือการขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้น ซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางบริหารมิใช่อำนาจทางตุลาการโดยมีที่มาจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ แต่การดำเนินการในชั้นบังคับคดีนี้ก็มีใช้การใช้อำนาจทางปกครองที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ “การดำเนินกิจการของรัฐสภา” โดยเฉพาะ การที่ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภาใช้อำนาจดำเนินกิจการของแต่ละสภาให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อยถูกต้องตามข้อบังคับการประชุมของแต่ละสภา เช่น การบรรจุหรือปฏิเสธไม่บรรจุเรื่องเข้าสู่การประชุมของรัฐสภา การสั่งให้เลิกการประชุม หรือการเปลี่ยนสถานที่ประชุม แม้จะมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางบริหาร แต่ก็ไม่ใช่อำนาจทางปกครอง

จากที่กล่าวมานี้จะเห็นได้ว่า การพิจารณาว่าองค์กรหรือบุคคลหรือคณะบุคคลใดเป็นฝ่ายปกครองผู้ที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครองหรือไม่ จะอาศัยแต่เพียงหลักเกณฑ์ด้านองค์กรอย่างเดียววนั้นไม่ได้ แต่จะต้อง

<sup>38</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “กฎหมายปกครอง”. หน้า 341-343.

พิจารณาโดยอาศัยหลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาเป็นสำคัญว่า องค์กรหรือบุคคลหรือคณะบุคคลนั้นปฏิบัติงานหรือกิจการในทางปกครองหรือไม่ และต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ด้านรูปแบบด้วยว่า การปฏิบัติงานหรือกิจการนั้นได้กระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายปกครองหรือไม่

ในการปฏิบัติงานหรือดำเนินกิจการทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจอยู่ 2 ลักษณะ คือ ลักษณะที่เป็นอำนาจผูกพันกับอำนาจดุลพินิจ<sup>39</sup> ซึ่งลักษณะของอำนาจผูกพัน คือ การที่กฎหมายกำหนดโดยสั่งการให้ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างไร ฝ่ายปกครองก็ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายสั่งการ ถ้าไม่ปฏิบัติถือว่าละเลยหรือกระทำโดยไม่มีอำนาจ เช่น การจดทะเบียนสมรสหากข้อเท็จจริงเป็นไปตามเงื่อนไขที่จะสมรสได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว หนังสือเวียนของกระทรวงมหาดไทยที่ห้ามมิให้จดทะเบียนสมรสให้กับหญิงต่างด้าวที่จะสมรสกับชายไทยก็ไม่มีผลใช้บังคับ เพราะหนังสือเวียนออกเกินขอบอำนาจของกฎหมาย ฝ่ายปกครองไม่สามารถออกกฎเพิ่มเติมเงื่อนไขโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมายได้

ส่วนอำนาจดุลพินิจนั้น คือ การที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจฝ่ายปกครองเลือกที่จะปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติ และหากเลือกปฏิบัติก็สามารถเลือกปฏิบัติได้หลายทาง โดยในบรรดาสิ่งที่ให้ฝ่ายปกครองเลือกได้นั้นชอบด้วยกฎหมายทุกทาง เช่น พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 21 บัญญัติว่า “...เมื่อสถานบริการใดดำเนินกิจการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน... ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจไม่ต่ออายุใบอนุญาต หรือสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาตได้...” ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจดุลพินิจเลือกปฏิบัติโดยการไม่ต่ออายุใบอนุญาต หรือสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาตทางใดทางหนึ่งก็ได้ แล้วแต่ว่ามาตรการใดจะเหมาะสมกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น

<sup>39</sup> จิรนิติ หะวานนท์, “กฎหมายปกครอง,” ใน รวมคำบรรยาย ภาค 1 สมัยที่ 62 ปีการศึกษา 2552 เล่มที่ 6, (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552), หน้า 334-335.

การปฏิบัติงานหรือดำเนินกิจการทางปกครองโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการควบคุมฝ่ายปกครอง” โดยการตรวจสอบฝ่ายปกครองที่อาจกระทำการทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการแก้ไขความเสียหายแก่ประชาชน ผู้ได้รับความเดือดร้อนอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ทั้งที่เป็นการควบคุมโดยฝ่ายปกครองเองและการควบคุมจากภายนอก<sup>40</sup> โดยมี “หลักนิติรัฐ” เป็นเครื่องสนับสนุน

“หลักนิติรัฐ” เน้นว่า รัฐจะต้องกำหนดแนวทางและขอบเขตในการทำให้บรรลุความมุ่งหมายต่อการแก้ไขปัญหาของรัฐและพัฒนารัฐไปสู่ยุคใหม่ โดยจะต้องเคารพในขอบเขตส่วนบุคคลของประชาชนและจะต้องให้การรับรองคุ้มครองขอบเขตส่วนบุคคลโดยกฎหมาย และทำให้เกิดความมั่นคงต่อแนวทางดังกล่าว นอกจากนี้ รัฐไม่ควรจะใช้อำนาจเหนือของรัฐบังคับบุคคลตามแนวจารีตที่เคยปฏิบัติมาอีกต่อไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขอบเขตส่วนบุคคล<sup>41</sup> “นิติรัฐ” จึงเป็นระบบที่สร้างขึ้นมาจากมีวัตถุประสงค์ให้เป็นหลักในการป้องกันและแก้ไขเยียวยาการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจของผู้ปกครองหรือรัฐ ทั้งนี้ ก็เพื่อคุ้มครอง “สิทธิและเสรีภาพของประชาชน”<sup>42</sup> ด้วยเหตุนี้จึงก่อให้เกิดหลักการอันเป็นเหตุผลอย่างน้อย 3 ประการ<sup>43</sup> ที่จะต้องควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง คือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย และหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

<sup>40</sup> ชาญชัย แสงวงศ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, หน้า 287.

<sup>41</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 190.

<sup>42</sup> ภูริชญา วัฒนรุ่ง, “กฎหมายมหาชน: การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง,” *รามฯ รัที* 44 (มีนาคม 2544): 105.

<sup>43</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*, หน้า 18-21.

หลักการแบ่งแยกอำนาจแบ่งอำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 ฝ่าย คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยอำนาจแต่ละฝ่ายจะต้องสามารถควบคุมตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ เพื่อให้เกิดการถ่วงดุลระหว่างอำนาจตามหลักการนี้องค์กรภายนอกไม่ว่าจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ รวมทั้งองค์กรตุลาการจะต้องสามารถควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองได้

ตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่ประกอบด้วยตัวแทนของประชาชนตามหลักประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนจะต้องผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชน และต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ จึงต้องสามารถควบคุมตรวจสอบได้ว่า การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยอาจเป็นการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองเองหรือโดยองค์กรภายนอกก็ได้

ส่วนหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น ยอมรับในความเป็นอิสระของประชาชน รัฐต้องให้ความเคารพต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน การแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยอำนาจรัฐจะทำได้ต่อเมื่ออาศัยอำนาจตามกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชน การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจึงต้องสามารถควบคุมตรวจสอบได้ โดยอาจเป็นการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองเองหรือโดยองค์กรภายนอกก็ได้ และเพื่อให้ประชาชนมีหลักประกัน ประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิจะต้องสามารถเข้าถึงองค์กรตุลาการได้ เพราะองค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่มีหลักประกันความเป็นอิสระประชาชนจึงได้รับหลักประกันว่า เรื่องของตนจะได้รับการพิจารณาอย่างถูกต้องและเป็นธรรมโดยปราศจากอิทธิพลจากองค์กรอื่น

ด้วยหลักการดังกล่าว การควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองจึงมีทั้งการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองเองหรือโดยองค์กรภายนอก ซึ่งการควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครองนั้น เป็นการควบคุมโดยองค์กรภายนอก มีลักษณะเป็นการควบคุมแบบแก้ไขหรือการควบคุมภายหลังการดำเนินการ ต่างจากการ

ควบคุมแบบป้องกันหรือการควบคุมก่อนการดำเนินการ โดยการควบคุมแบบป้องกัน คือ การควบคุมในขั้นตอนเตรียมการก่อนที่ฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งหรือการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งมีทั้งการควบคุมโดยการปรึกษาหารือองค์กรที่ปรึกษา เช่น คณะกรรมการกฤษฎีกา หรือควบคุมโดยให้ประชาชนมีส่วนร่วม โดยการโต้แย้งคัดค้านก่อนฝ่ายปกครองมีคำสั่ง การปรึกษาหารือหรือรับฟังความเห็นจากบุคคลผู้มีส่วนได้เสียหรือองค์กรหรือตัวแทนของกลุ่มบุคคลนั้น รวมทั้งการให้ประชาชนได้รับรู้และเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของราชการ และการให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง

ส่วนการควบคุมแบบแก้ไขนั้น นอกจากการควบคุมโดยศาลซึ่งเป็น การควบคุมภายนอกแล้ว ยังมีการควบคุมภายในโดยการร้องเรียนต่อเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองผู้ทำคำสั่งทางปกครอง การขอให้ผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ทำ คำสั่งทบทวนคำสั่งทางปกครอง<sup>44</sup> หรือการยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิทักษ์ ระบบคุณธรรม (ก.พ.ค.) ส่วนการควบคุมภายนอกนั้น อาจควบคุมโดยการฟ้องคดี ต่อศาล<sup>45</sup>

การควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองในรูปแบบต่าง ๆ ดังกล่าวมานั้น ล้วนเป็นสิ่งจำเป็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาล เนื่องจากศาลมีหลักประกันความเป็นอิสระในการวินิจฉัยคดีโดยไม่อยู่ภายใต้ อิทธิพลใดๆ หากฟ้องคดีอย่างถูกต้อง ศาลก็มีหน้าที่ต้องพิจารณาพิพากษาคดีเสมอ ประชาชนจึงได้รับหลักประกันว่า “ทุกข์” หรือความเดือดร้อนของตนจะได้รับการ เยียวยาในเวลาอันสมควร วิธีพิจารณาคดีของศาลก็เป็นไปโดยเปิดเผย สาธารณชน สามารถเข้าฟังการพิจารณาคดีได้ คู่กรณีสามารถนำพยานหลักฐานต่าง ๆ มา นำสืบสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตนและหักล้างข้ออ้างข้อเถียงของฝ่ายตรงข้าม ได้อย่างเต็มที่ รวมทั้งศาลต้องให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยคดีของตน ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายให้ปรากฏแก่คู่กรณีและสาธารณชนเสมอ จึงเป็น

<sup>44</sup> โภคิน พลกุล, “รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง,” *วารสารนิติศาสตร์* 12, 1 (มกราคม 2524): หน้า 36-86.

<sup>45</sup> สุเมธ เตียววิศเรศ, *ตุลาการศาลปกครองกลาง, สัมภาษณ์*, 11 มีนาคม 2553.

หลักประกันได้ว่าศาลจะไม่พิพากษาคดีตามอำเภอใจ<sup>46</sup> โดยเฉพาะหากศาลนั้นเป็นศาลปกครองที่แยกระบบออกจากศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลที่พิจารณาคดีพิพากษาคดีตามกฎหมายเอกชน เนื่องจากศาลปกครองมีวิธีพิจารณาคดีที่ต่างจากการพิจารณาคดีตามกฎหมายเอกชน<sup>47</sup> โดยคำนึงถึงการที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองที่มีอำนาจรัฐและความสำเร็จเปรียบเหนือเอกชน กระบวนพิจารณาในคดีปกครองจึงมุ่งสร้างความสมดุลในความไม่เสมอภาคระหว่างคู่กรณีที่เป็นฝ่ายปกครองกับเอกชน โดยใช้ระบบไต่สวนที่เน้นบทบาทของศาลในการดำเนินกระบวนพิจารณาและการแสวงหาข้อเท็จจริง เพื่อช่วยฝ่ายเอกชน ไม่ผลักภาระการนำเสนอข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานไปที่เอกชนผู้ฟ้องคดีเช่นในระบบวิธีพิจารณาคดีความแพ่ง เพราะพยานหลักฐานส่วนใหญ่มักจะเป็นเอกสารที่อยู่ในความครอบครองของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นการยากที่เอกชนจะสามารถนำเสนอเอกสารดังกล่าวต่อศาลได้ ค่าใช้จ่ายในการพิจารณาคดีปกครองก็จะถูกกว่าการพิจารณาคดีแพ่ง เพราะคดีส่วนใหญ่ของศาลปกครอง ไม่จำเป็นต้องมีทนายความเอกสารต่าง ๆ ไม่ต้องผ่านการรับรองของเจ้าหน้าที่ศาลเช่นในกระบวนพิจารณาทางแพ่งซึ่งต้องเสียค่าธรรมเนียม สามารถส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนหรือส่งตามระบบราชการปกติได้ ค่าธรรมเนียมศาลก็ถูกกว่าในคดีแพ่ง วิธีพิจารณาคดีปกครองจึงมีความเรียบง่าย รวดเร็ว และประหยัด<sup>48</sup>

ศาลปกครองจะควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการปฏิบัติงานหรือดำเนินกิจการทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนทั้งในลักษณะที่เป็นการกระทำทางปกครองและสัญญาทางปกครอง<sup>49</sup> โดยมี

<sup>46</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 56.

<sup>47</sup> Charles Debbasch, and Jean-Claude Ricci, *Contentieux Administratif*, 7e ed. (n.p.: Dalloz, 1999), pp. 16-19, อ้างถึงใน โภคิน พลกุล, “ระบบวิธีพิจารณาคดีปกครอง,” *รพี 43* (ม.ป.ป.): 107.

<sup>48</sup> ฤทัย หงส์ศิริ, *ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 119-120.

<sup>49</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9.

ขอบเขตที่ต่างไปจากการควบคุมภายในฝ่ายปกครองที่สามารถควบคุมได้ทั้งปัญหาความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์หรือความเหมาะสมของการกระทำของฝ่ายปกครอง แต่ศาลจะควบคุมเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายโดยไม่เข้าไปควบคุมเรื่องความเหมาะสม<sup>50</sup> กล่าวคือ การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจ ศาลปกครองจะตรวจสอบแต่เพียงว่า การใช้อำนาจนั้นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากการใช้อำนาจนั้นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ศาลปกครองจะไม่ตรวจสอบว่า การใช้อำนาจนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่ เช่น กรณีตัวอย่างของพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 21 ที่กล่าวแล้วว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจเลือกที่จะปฏิบัติโดยการไม่ต่ออายุใบอนุญาต หรือสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาตทางใดทางหนึ่ง หากฝ่ายปกครองเลือกที่จะสั่งเพิกถอนใบอนุญาตโดยการใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ศาลปกครองจะไม่เข้าไปตรวจสอบว่าการสั่งเพิกถอนใบอนุญาตนั้นไม่เหมาะสม และให้สั่งพักใช้ใบอนุญาตแทน

ในทางกลับกัน หากการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองก็มีอำนาจควบคุมตรวจสอบได้ การใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นจะต้องมีพยานหลักฐานสนับสนุน มีเหตุผลเพียงพอ และเป็นไปโดยสุจริต ซึ่งศาลปกครองจะตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยพิจารณาจากขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ วัตถุประสงค์ของกฎหมาย ขอบเขตที่กฎหมายกำหนด บรรทัดฐานหรือระเบียบที่ฝ่ายปกครองเคยวางไว้ รวมถึงเหตุผลในการใช้ดุลพินิจ<sup>51</sup> เช่น

การใช้ดุลพินิจโดยไม่ได้ผ่านขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างถูกต้องในการแปรสภาพทุนรัฐวิสาหกิจ ซึ่งกฎหมายและระเบียบกำหนดให้ประกาศเรื่องที่จะมีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในหนังสือพิมพ์ติดต่อกันไม่น้อยกว่า 3 วัน ดังนั้น การประกาศในหนังสือพิมพ์ติดต่อกัน 3 วัน วันละ 1 ฉบับ แต่มีใช้

<sup>50</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง**, หน้า 170.

<sup>51</sup> จิรนิติ หะวานนท์, “กฎหมายปกครอง,” ใน **รวมคำบรรยาย ภาค 1 สมัยที่ 62 ปีการศึกษา 2552 เล่มที่ 6**, หน้า 339-341.

หนังสือพิมพ์ฉบับเดียวกัน จึงขัดต่อระเบียบที่มีเจตนารมณ์ให้ประชาชนมีโอกาสรับรู้อย่างกว้างขวางว่าจะมีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน โดยต้องประกาศในหนังสือพิมพ์ ฉบับเดียวติดต่อกันไม่น้อยกว่า 3 วัน จึงเป็นกรณีที่ไม่ได้ดำเนินการให้ถูกต้องครบถ้วนตามระเบียบในขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดให้กระทำ<sup>52</sup>

การที่ผู้บัญชาการตำรวจภูธรภาค 7 อาศัยข้อเท็จจริงซึ่งยังไม่อาจฟังเป็นที่ยุติว่า จำสิบตำรวจ ภ. เป็นผู้ลักเงินของพันตำรวจโท ส. มาพิจารณาลงโทษทางวินัยจำสิบตำรวจ ภ. เป็นการนำข้อเท็จจริงซึ่งไม่มีพยานหลักฐานเพียงพอและไม่มีเหตุผลเพียงพอไปประกอบการใช้ดุลพินิจ จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>53</sup> หรือการสอบคัดเลือกเพื่อเข้ารับการฝึกอบรมหลักสูตรผู้กำกับฯ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการข้าราชการตำรวจ (ก.ตร.) มีอำนาจออกระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการคัดเลือกและการสอบแข่งขัน ดังนั้น เมื่อเกิดการทุจริตในการสอบและ ก.ตร. ยังมิได้พิจารณากำหนดวิธีดำเนินการ แต่ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติใช้ดุลพินิจรับรองผลการสอบที่มีการทุจริต จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่มีเหตุผลและไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>54</sup>

อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองจะไม่เข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะ เช่น การพิจารณาว่ามีสารพิษอยู่ในสินค้าหรือไม่ สินค้ามีคุณค่าเพียงไร หรือการคิดค่าธรรมเนียม เพราะไม่ได้อาศัยแต่เพียงการคำนวณต้นทุนและกำไรเท่านั้น แต่อาจมีการคำนวณความเสี่ยงรวมอยู่ด้วย<sup>55</sup>

ศาลปกครองจึงเป็นองค์กรภายนอกที่เข้ามาควบคุมตรวจสอบในเชิงแก้ไขเยียวยาผลกระทบที่เกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจ

<sup>52</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 5/2549.

<sup>53</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 293/2552.

<sup>54</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 9/2547.

<sup>55</sup> จิรนิติ หะวานนท์, “กฎหมายปกครอง,” ใน รวมคำบรรยาย ภาค 1 สมัยที่ 62 ปีการศึกษา 2552 เล่มที่ 6, หน้า 342.



ตามกฎหมายปกครองในการกระทำทางปกครอง รวมถึงสัญญาทางปกครอง โดยมีขอบเขตของการควบคุมตรวจสอบอยู่ที่ความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจ ศาลปกครองจึงมีบทบาทสำคัญในการควบคุมตรวจสอบ ยับยั้ง และถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ให้การปฏิบัติงานหรือดำเนินกิจการทางปกครองเป็นไปโดยรอบคอบรัดกุมและอยู่บนพื้นฐานของการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย สิทธิเสรีภาพของประชาชนจึงมีหลักประกันและได้รับความคุ้มครอง สามารถเชื่อมั่นได้ว่าจะไม่ถูกกดขี่ ข่มเหงหรือเอารัดเอาเปรียบจากการใช้อำนาจทางปกครองตามอำเภอใจดังเช่นในอดีตที่ผ่านมา

---

## บรรณานุกรม

- จิรนิติ หะวานนท์. “กฎหมายปกครอง.” ใน **รวมคำบรรยาย ภาค 1 สมัยที่ 62 ปีการศึกษา 2552 เล่มที่ 3**, หน้า 289-316. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552.
- \_\_\_\_\_. “กฎหมายปกครอง.” ใน **รวมคำบรรยาย ภาค 1 สมัยที่ 62 ปีการศึกษา 2552 เล่มที่ 6**, หน้า 329-342. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. **คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545.
- \_\_\_\_\_. **คำอธิบายกฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
- \_\_\_\_\_. **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.
- บวรศักดิ์ อูวรรณโณ. “กฎหมายรัฐธรรมนูญ.” ใน **รวมคำบรรยาย ภาค 1 สมัยที่ 62 ปีการศึกษา 2552 เล่มที่ 7**, หน้า 161-186. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552.
- บวรศักดิ์ อูวรรณโณ และนันทชัย เพียรสนอง. **คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ม.ป.ป..
- ประยูร กาญจนดุล. **คำอธิบายกฎหมายปกครอง**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523.
- โกคิน พลกุล. 2545. **คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง**. แหล่งที่มา: <http://www.pub-law.net/> 7 มีนาคม 2553.

โกคิน พลกุล. “ระบบวิธีพิจารณาคดีปกครอง.” ใน **รพี 43** (ม.ป.ป.): 106-112.

\_\_\_\_\_. “รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง.” **วารสารนิติศาสตร์** 12, 1 (มกราคม 2524): หน้า 36-86.

ภูริชญา วัฒนรุ่ง. “กฎหมายมหาชน: การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง.” **รามฯ รพี 44** (มีนาคม 2544): หน้า 105-119.

ราชบัณฑิตยสถาน. **พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542**. แหล่งที่มา: <http://rirs3.royin.go.th/new-search/word-search-all-x.asp> 11 มีนาคม 2553.

ฤทัย หงส์ศิริ. “นิติกรรมทางปกครอง.” ใน **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**. หน้า 173-361. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545.

\_\_\_\_\_. **ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.

วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. “กฎหมายปกครอง.” ใน **รวมคำบรรยาย ภาค 1 สมัยที่ 62 ปีการศึกษา 2552 เล่มที่ 11**, หน้า 335-343. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552.

\_\_\_\_\_. “การกระทำทางปกครอง.” เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1 พ.ศ. 2543. ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กรุงเทพมหานคร, 25 มกราคม 2543.

\_\_\_\_\_. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544.

\_\_\_\_\_. **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “ปัญหาเขตอำนาจศาล : ศาลปกครองกับศาลยุติธรรม.” การถอดเทปบันทึกเสียงการสัมมนาทางวิชาการ ณ ห้องประชุมจิตติ

ติงศภัทิย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร,  
19 กรกฎาคม 2543 เวลา 9.00-12.00 น.

วิชัย สังข์ประไพ. **หลักกฎหมายมหาชน**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์  
มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544.

วุฒิกิจ อัครวลาภสกุล. “ปัญหาการพิจารณาและวินิจฉัยสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง  
สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในศาลฎีกา.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์  
มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2549.

สิริวัฒน์ สุภรณ์ไพบูลย์ และสถาพร สระมาลีย์. **กฎหมายรัฐธรรมนูญและ  
สถาบันการเมืองชั้นสูง (เอกสารประกอบการบรรยาย)**. กรุงเทพฯ:  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ม.ป.ป..

สุเมธ เดียวอิศเรศ. ตุลาการศาลปกครองกลาง. **สัมภาษณ์**, 11 มีนาคม 2553.

Debbasch, Charles, and Jean-Claude Ricci. **Contentieux Administratif**.  
7e ed. n.p.: Dalloz, 1999, p. 16-19. อ้างถึงใน โภคิน พลกุล.  
ระบบวิธีพิจารณาคดีปกครอง.” ใน รพี 43 (ม.ป.ป.): หน้า 106-112.

Maurer, Hartmut. **Alleghenies Verwaltungsrecht**. 8 Aufl. n.p.: München  
1992, S. 2. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการ  
ควบคุมฝ่ายปกครอง**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.

Singh, Mahendra P. **German Administrative Law in Common Law  
Perspective**. Berlin, Germany: Springer-verlag Berlin  
Heidelberg, 1985, p. 34. อ้างถึงใน ชาญชัย แสงวงศ์ดี, คำอธิบาย  
กฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน,  
2551.

Wolff, H. J., O. Bachof, and R. Stober. **Verwaltungsrecht I**. 10 Aufl. n.p.:  
München, 1994, S 30. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักกฎหมาย  
เกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน,  
2548.

**ผู้มีอำนาจกล่าวหาบุคคลตามมาตรา 66  
แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ  
ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542  
เฉพาะกรณีเรื่องกล่าวหาที่คณะกรรมการ ป.ป.ช.  
รับไว้เป็นคดีหมายเลขดำที่ 50441790\***

*เฉลิมพล สุ่มโนพรหม\*\**

สืบเนื่องจากกรณีสำนักคณะกรรมการการอุดมศึกษา มีคำสั่งลงโทษทางวินัยกับผู้บริหารมหาวิทยาลัยรามคำแหง คือ รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.คิม ไชยแสนสุข และ รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ ด้วยเหตุผลที่ว่า เป็นเพราะคณะกรรมการ ป.ป.ช. สำนักปราบปรามการทุจริตภาคการเมือง 2 มีมติการประชุมครั้งที่ 192-27/2553 วาระที่ 3.3 วันที่ 27 เมษายน 2553 เรื่อง สำนักการไต่สวนข้อเท็จจริง เรื่อง กล่าวหา รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.คิม ไชยแสนสุข และ รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ ร่วมกันออกคำสั่งขยายระยะเวลาราชการให้ รศ.รังสรรค์ แสงสุข และ รศ.รำไพ สิริมนกุล รองอธิการบดี โดยมีชอบ ตามเรื่องกล่าวหาเลขดำที่ 50441790

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 27 มีนาคม 2554

\*\* ประธานคณะผู้ทำงานทางด้านกฎหมายของเครือข่ายพลังราม นายกสมาคมปรัชญาดุซฎีก์บัณฑิตทางสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง (ก่อตั้ง) นักศึกษาปริญญาเอกทางกฎหมาย มหาวิทยาลัยรามคำแหง (ประธานนักศึกษา Ph.D.รุ่น 8) อุปนายกสมาคมศิษย์เก่า มหาวิทยาลัยรามคำแหง ประธานนักศึกษาหลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ รุ่น 10

เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้รับเรื่องราวร้องทุกข์กล่าวโทษ โดยมี นายวิวัฒน์ชัย กุลมาตย์ และ รศ.ดร. ชำรงสิน เจียรตระกูล อาจารย์ในคณะศึกษาศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง เป็นผู้กล่าวหา ได้กล่าวหาว่า รศ.รังสรรค์ แสงสุข อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ รองอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง ฝ่ายวิชาการและวิจัย และ รศ.คิม ไชยแสนสุข รองอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง ฝ่ายบริหาร ร่วมกันออกคำสั่งขยายเวลาราชการของข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา ผู้เกษียณอายุราชการในปีงบประมาณ พ.ศ.2547 ให้แก่ รศ.รังสรรค์ แสงสุข อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง และ รศ.จำเริญ สิริมนกุล รองอธิการบดี มหาวิทยาลัยรามคำแหง โดยมีชอบ ทำให้ รศ.รังสรรค์ แสงสุข และรศ.จำเริญ สิริมนกุล ได้รับเงินบำเหน็จ บำนาญ จากการต่ออายุราชการ และได้รับผลประโยชน์จากเงินสมนาคุณตำแหน่ง

วัน เวลา และสถานที่เกิดเหตุ คือ ระหว่างวันที่ 1 ตุลาคม 2547 ถึงวันที่ 15 มกราคม 2550 ที่มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร

จากนั้นคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีคำสั่งที่ 323/2550 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2550 แต่งตั้งคณะอนุกรรมการไต่สวน เพื่อดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงประกอบด้วย

- |                               |                               |
|-------------------------------|-------------------------------|
| 1. นางสาวสมลักษณ์ จัดกระบวนพล | กรรมการ ป.ป.ช.                |
|                               | ประธานอนุกรรมการ              |
| 2. นายบดินทร์ เขียมสมบัติ     | อนุกรรมการ                    |
| 3. นายดิเรก ปัทมสิริวัฒน์     | อนุกรรมการ                    |
| 4. นายอุดมศักดิ์ ดุลยประพันธ์ | อนุกรรมการและเลขานุการ        |
| 5. นายสาโรจน์ ปั้นแวงงาม      | อนุกรรมการและผู้ช่วยเลขานุการ |
| 6. นายธีรพงศ์ ยอดกุล          | อนุกรรมการและผู้ช่วยเลขานุการ |

เมื่อคณะอนุกรรมการทั้ง 6 ได้เริ่มทำการไต่สวนทันที โดยเริ่มต้นที่แจ้งคำสั่งคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่ 323/2550 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2550 ให้แก่

ผู้ถูกกล่าวหาทั้ง 3 รับประทาน เมื่อทำการไตสวนแล้วเสร็จ คณะอนุกรรมการ ป.ป.ช. ผู้ทำหน้าที่ไตสวนได้มีความเห็นแยกเป็น 2 ฝ่าย คือ

**ฝ่ายอนุกรรมการเสียงข้างมาก** จำนวน 3 เสียง ประกอบด้วย นายบดีนทร์ เยี่ยมสมบัติ อนุกรรมการ นายอุดมศักดิ์ ดุลยประพันธ์ อนุกรรมการและเลขานุการ และนายสาโรจน์ ปั่นแวงงาม อนุกรรมการและผู้ช่วยเลขานุการ มีความเห็นว่า ข้อกล่าวหาไม่มีมูล เห็นควรให้ข้อกล่าวหาเป็นอันตกไป ตามมาตรา 91 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542

**ฝ่ายอนุกรรมการเสียงข้างน้อย** จำนวน 2 เสียง ประกอบด้วย นางสาวสมลักษณ์ จัดกระบวนพล ประธานอนุกรรมการ และนายดิเรก ปัทมสิริวัฒน์ อนุกรรมการ มีความเห็นว่า การที่ รศ.รังสรรค์ แสงสุข อธิการบดี มหาวิทยาลัยรามคำแหง ซึ่งยังคงดำรงตำแหน่งอธิการบดี มหาวิทยาลัยรามคำแหงอยู่ แม้เกษียณอายุราชการ เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2547 ได้ขยายเวลาราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา เพื่อทำหน้าที่สอนหรือวิจัยให้แก่ตนเอง เป็นการไม่เหมาะสม เนื่องจาก รศ.รังสรรค์ แสงสุข สามารถที่จะเลือกดำรงตำแหน่งอธิการบดี หรือขยายเวลาราชการเพื่อทำหน้าที่สอนหรือวิจัย อย่างไม่อย่างหนึ่ง แต่ รศ.รังสรรค์ แสงสุข ได้ดำเนินการเพื่อให้มีการขยายเวลาราชการให้แก่ตนเองในขณะที่ดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหงอยู่ จึงเป็นการกระทำโดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่มหาวิทยาลัยรามคำแหง ที่ต้องเสียเงินจากการขยายเวลาราชการ ได้แก่ เงินตำแหน่งวิชาการ และเงินเดือนราชการ แม้ต่อมาภายหลังจะได้คืนเงินดังกล่าวแล้วก็ตาม ก็ถือว่าได้กระทำความผิดสำเร็จแล้ว เห็นว่าการกระทำของ รศ.รังสรรค์ แสงสุข อธิการบดี มหาวิทยาลัยรามคำแหง มีมูลความผิดทางวินัยอย่างร้ายแรงฐานปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยมิชอบ เพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นได้รับประโยชน์ที่มิควรได้เป็นการทุจริตต่อหน้าที่ราชการ ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 39 วรรคสาม และมีมูลความผิดทางอาญา ฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ

เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ โดยทุจริต ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

ส่วนนายธีรพงศ์ ยอดกกุล อนุกรรมการและผู้ช่วยเลขานุการ ตติราชการ ไม่ได้ร่วมประชุมออกเสียงด้วย จึงขาดไป 1 เสียง

กล่าวโดยสรุป ผลการประชุมของคณะอนุกรรมการชุดไต่สวน ตามคำสั่ง คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีคำสั่งที่ 323/2550 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2550 ในการประชุมสรุปผลการไต่สวนพร้อมแสดงความเห็นในสำนวนคดีดังกล่าว ผลปรากฏว่ามีคณะกรรมการฝ่ายเสียงข้างมากจำนวน 3 เสียง มีความเห็นว่า ข้อกล่าวหาตกไป คดีไม่มีมูลความผิด คณะกรรมการฝ่ายเสียงข้างน้อยจำนวน 2 เสียง มีความเห็นว่า คดีมีมูลเป็นความผิดวินัยร้ายแรง และปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ส่วนอีกหนึ่งเสียงไม่ได้เข้าร่วมประชุมเพื่อลงคะแนน เพราะตติราชการ

หลังจากนั้นได้มีการประชุมของคณะกรรมการ ป.ป.ช. สำนักปราบปรามการทุจริต ภาคการเมือง 2 ครั้งที่ 192-27/2553 วาระที่ 3.3 วันที่ 27 เมษายน 2553 ที่ประชุมลงคะแนนเสียงแยกเป็นสองฝ่าย ดังนี้ คือ

ฝ่ายเสียงข้างมากจำนวน 7 เสียง มีความเห็นพ้องต้องกันว่า คดีนี้มีมูลความผิดทางวินัยอย่างร้ายแรงฐานปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยมิชอบ เพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นได้รับประโยชน์ที่มีควรได้เป็นการทุจริตต่อหน้าที่ราชการ ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 39 วรรคสาม และมีมูลความผิดทางอาญา ฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

ฝ่ายเสียงข้างน้อยได้แก่ ศาสตราจารย์ เมธี ครองแก้ว เห็นว่าพยานหลักฐานไม่เพียงพอที่จะฟังได้ว่า การกระทำของ รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ และ รศ.คิม ไชยแสนสุข มีเจตนาทุจริตในการแสวงหาผลประโยชน์ที่



มิควรได้ อันจะมีมูลเป็นความผิดทางอาญา คงฟังได้เพียงว่า รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ และ รศ.คิม ไชยแสนสุข มีส่วนเกี่ยวข้องในการออกคำสั่ง มหาวิทยาลัยรามคำแหงที่ 1082/2548 ลงวันที่ 20 พฤษภาคม 2548 ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นั้นมีมูลความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ฐานปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยจงใจไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบแบบแผนของทางราชการ มติคณะรัฐมนตรี หรือนโยบายของทางราชการ อันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน ในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 39 วรรคห้า

ประธานจึงสรุปว่า รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ และ รศ.คิม ไชยแสนสุข ผู้ถูกกล่าวหา มีมูลความผิดทางวินัยอย่างร้ายแรง ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน ในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 39 วรรคห้า และมีมูลความผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

ให้ส่งรายงาน เอกสาร และความเห็นไปยังผู้บังคับบัญชา เพื่อพิจารณาโทษทางวินัย และไปยังอัยการสูงสุด เพื่อดำเนินคดีในศาล ซึ่งมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี กับ รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ และ รศ.คิม ไชยแสนสุข ตามฐานความผิดดังกล่าว ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 92 และมาตรา 97 แล้วแต่กรณี

หมายเหตุ ในการประชุมพิจารณาเรื่อง ตามวาระที่ 3.3 นี้ นายกล้าณรงค์ จันทิก กรรมการ ป.ป.ช. มิได้ร่วมพิจารณาวินิจฉัยด้วย

คดีนี้ได้ปิดสำนวนลงเป็นเรื่องกล่าวหา คดีหมายเลขแดงที่ 08264553

ต่อมา วันที่ 28 เมษายน พ.ศ. 2553 “น.ส.สมลักษณ์ จัดกระบวนพล กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) เปิดเผยเมื่อวันที่ 28 เมษายน ว่า ที่ประชุมคณะกรรมการป.ป.ช. เมื่อวันที่ 27 เมษายน ได้มีมติชี้มูลความผิดนายคิม ไชยแสนสุข อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง (มร.) สมัยดำรงตำแหน่งรองอธิการบดี มร.และพวก กรณีต่ออายุการเป็นข้าราชการให้กับ

นายรังสรรค์ แสงสุข สมัยเป็นอธิการบดี มร.หลังจากอายุครบ 60 ปี ออกไปอีก 5 ปี โดยมีขอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากขัด พ.ร.บ.ระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา มาตรา 18 และ 19 ที่การต่ออายุราชการจะทำให้ได้เฉพาะตำแหน่งข้าราชการฝ่ายวิชาการเท่านั้น ไม่ใช่ฝ่ายบริหาร ที่ประชุมจึงมีมติว่านายคิม นายรังสรรค์และพวก มีความผิดทางวินัยร้ายแรงและความผิดทางอาญา<sup>1</sup>

หลังจากนั้น นายไชยยศ จิรเมธากร รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงศึกษาธิการ (ศธ.) เปิดเผย ต่อสื่อมวลชนว่า “นายไชยยศ จิรเมธากร รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงศึกษาธิการ (ศธ.) เปิดเผยว่า ดร.สุเมธ แย้มมนุญ เลขานุการคณะกรรมการการอุดมศึกษา (กกอ.) ได้ลงนามในหนังสือคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษา เรื่องลงโทษไล่ข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา ออกจากราชการ ลงวันที่ 8 ก.พ. 2554 จำนวน 3 ราย ได้แก่ นายรังสรรค์ แสงสุข อดีตอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง โดยให้มีผลย้อนหลังตั้งแต่วันที่ 30 ก.ย. 2547 ซึ่งจะทำให้ นายรังสรรค์ต้องคืนบำเหน็จบำนาญย้อนหลัง นอกจากนี้ ยังมี นายเฉลิมพล ศรีหงส์ อดีตรองอธิการบดีฝ่ายวิชาการและวิจัย มีผลย้อนหลังตั้งแต่วันที่ 30 ก.ย. 2553 มีผลให้ต้องคืนบำเหน็จบำนาญย้อนหลัง และนายคิม ไชยแสนสุข อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง ให้มีผลตั้งแต่วันที่นี้เป็นต้นไป ทั้ง 3 รายมีความผิดวินัยร้ายแรงตามที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) มีมติชี้มูลความผิด กรณีความผิดวินัยร้ายแรงทุจริต ต่อหน้าที่ขยายอายุราชการให้แก่ นายรังสรรค์ แสงสุข ซึ่ง ดร.สุเมธได้ส่งเรื่องถึงคณะกรรมการกฤษฎีกาให้ตีความว่ามีอำนาจหรือไม่ และกฤษฎีกาตีความกลับมาว่าเป็นอำนาจของ สกอ. ดังนั้น ดร.สุเมธจึงมีคำสั่งดังกล่าว นายไชยยศกล่าวว่า ต่อจากนี้ สกอ. จะต้องส่งเรื่องไปยังสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง เพื่อรับทราบคำสั่ง และให้บุคคลทั้งสามออกจากตำแหน่งราชการ และให้ตั้งกรรมการเพื่อสรรหา

<sup>1</sup> ที่มา: มติชนออนไลน์ วันที่ 28 เมษายน พ.ศ. 2553 เวลา 20:29:00 น. <http://www.charuaypontorranin.com/index.php?lay=show&ac=article&id=538975760&Ntype>

อธิการบดีคนใหม่ต่อไป อย่างไรก็ตาม ทั้ง 3 รายยังมีสิทธิที่จะยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา (กพอ.) ได้ภายใน 30 วัน”<sup>2</sup>

อีกทั้งยังมีสื่อสารมวลชนในทุกสาขา ไม่ว่าจะเป็นสื่อสารมวลชนประเภททีวี ประเภทรายการวิทยุ ตลอดจนสื่อสิ่งพิมพ์แทบทุกฉบับ ไม่เว้นแม้กระทั่งสื่อทางอินเทอร์เน็ต ที่ต่างล้วนประโคมข่าวดังกล่าวอย่างต่อเนื่องเป็นเวลาหลายวัน ผู้ที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะคณะกรรมการและคณะอนุกรรมการ ป.ป.ช. ที่มีความเกี่ยวข้องกับคดีนี้ต่างออกมาให้ข่าวกับสื่อสารมวลชนทุกสาขาในทำนองเดียวกันว่า คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ดำเนินการสอบสวนโดยใช้วิธีการไต่สวนโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว และสำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษา หรือ “สกอ.” นั้นก็ดำเนินการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยร้ายแรง ด้วยการลงโทษไล่ออก รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.คิม ไชยแสนสุข และ รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ นั้นชอบแล้ว

ไม่เว้นแม้แต่นักงานอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุดเองก็ยื่นออกมาให้ข่าวต่อสื่อสารมวลชนเช่นกัน แต่ให้ข่าว ความว่า “สำนักงานอัยการพิเศษ ได้พิจารณาสำนวนแล้วเห็นว่า การขยายอายุราชการให้นายรังสรรค์ เป็นมติของสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง ไม่ใช่คำสั่งของบุคคลใดคนหนึ่ง อีกทั้งการแจ้งข้อหาไม่ตรงกับข้อเท็จจริงในสำนวน เห็นควรให้แจ้งข้อหาใหม่ จึงเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดโดยขณะนี้อยู่ระหว่างการพิจารณา”<sup>3</sup>

เห็นได้ว่า ในกรณีประเด็นปัญหาในคดีของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ซึ่งเป็นคดีข้อกล่าวหาเลขดำที่ 50441790 และคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีคำสั่งที่ 323/2550 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2550 แต่งตั้งคณะอนุกรรมการไต่สวน เพื่อดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริง และได้มีการประชุมของคณะกรรมการ ป.ป.ช. สำนัก

<sup>2</sup> ที่มา : ASTV ผู้จัดการออนไลน์, 9 กุมภาพันธ์ 2554 11:04 น. <http://www.manager.co.th/QoL/ViewNews.aspx?NewsID=954000017476>

<sup>3</sup> ที่มา : [www.komchadluek.net](http://www.komchadluek.net),

<http://law.uplus-solution.com/news%20detail.php?bn%20id=163>

ปราบปรามการทุจริต ภาคการเมือง 2 ครั้งที่ 192-27/2553 วาระที่ 3.3 วันที่ 27 เมษายน 2553 จนออกเป็นคดีกล่าวหา คดีหมายเลขแดงที่ 08264553 ที่มีมติเห็นว่า รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ และ รศ.คิม ไชยแสนสุข ผู้ถูกกล่าวหา มีมูลความผิดทางวินัยอย่างร้ายแรง ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน ในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 39 วรรคห้า และมีมูลความผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 นั้นไม่เคยมีผู้ใดกล่าวถึงประเด็นปัญหาเรื่องอำนาจของผู้ร้องทุกข์กล่าวโทษ หรืออำนาจการกล่าวหาบุคคลตามมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 เลยแม้แต่รายเดียว แต่ผู้เขียนได้เคยเขียนถึงประเด็นปัญหานี้ไว้แล้วเมื่อครั้งทำคำแถลงการณ์ของเครือข่ายรวมพลังรณนบัที่ 2 โดยตั้งเป็นประเด็นปัญหาข้อกฎหมายว่า คดีนี้ “ไม่มีผู้เสียหาย” เพราะผู้ร้องทุกข์กล่าวโทษไม่ใช่ผู้เสียหายอย่างแท้จริง เป็นเหตุให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ไม่มีอำนาจไต่สวนคำร้องและไม่มีอำนาจมีมติชี้มูลความผิดในคดีนี้แต่อย่างใดทั้งสิ้น แต่ด้วยระยะเวลาที่ใช้ในการร่างแถลงการณ์ดังกล่าวมีน้อยมาก จึงไม่อาจลงรายละเอียดในเหตุผล ปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับเรื่องอำนาจการกล่าวหาบุคคลต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ จึงขอถือโอกาสนำมาเขียนอธิบายความ ณ ที่นี้กล่าวคือ

คดีนี้ผู้กล่าวหา คือ นายวิวัฒน์ชัย กุลมาตย์ และ รศ.ดร. ชำรงสิน เจริญตระกูล อาจารย์ในคณะศึกษาศาสตร์ มหาวิทยาลัยราม ได้กล่าวหาตามเรื่องกล่าวหาเลขดำที่ 50441790 และคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีคำสั่งที่ 323/2550 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2550 แต่งตั้งคณะอนุกรรมการไต่สวน เพื่อดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริง

ตั้งนั้นคดีนี้ ผู้กล่าวหาได้ยื่นคำร้องกล่าวหาผู้ถูกกล่าวหาต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ก่อนวันที่ 22 ตุลาคม 2550 แน่นนอน

ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ.2542 มาตรา 66 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีผู้เสียหายกล่าวหาว่าผู้ดำรงตำแหน่ง นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา

หรือข้าราชการการเมืองอื่นร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น ให้ผู้เสียหายยื่นคำร้องเป็นหนังสือต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช.”

**มาตรา 68** บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้เสียหายไม่อาจยื่นคำร้องได้ ให้บุคคลดังต่อไปนี้มีอำนาจยื่นคำร้องแทนผู้เสียหาย

- (1) ผู้ที่ได้รับมอบอำนาจเป็นหนังสือจากผู้เสียหายให้ยื่นคำร้องแทน
- (2) ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาล เฉพาะกรณีที่ผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์หรือผู้ไร้ความสามารถซึ่งอยู่ใน ความดูแลและไม่สามารถร้องเองได้
- (3) ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน สามิหรือภริยา ในกรณีที่ผู้เสียหายตายหรือมีเหตุจำเป็นไม่สามารถยื่นคำร้อง เองได้ หรือไม่สามารถมอบอำนาจได้
- (4) ผู้จัดการหรือผู้แทนอื่น ๆ ของนิติบุคคล ในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นนิติบุคคล
- (5) ญาติของผู้เสียหาย ในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์ไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรมหรือเป็นผู้วิกลจริตหรือคน ไร้ความสามารถไม่มีผู้อนุบาล หรือผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาลไม่สามารถทำหน้าที่ได้ด้วยเหตุหนึ่งเหตุใด รวมทั้งมีผลประโยชน์ขัดกันกับผู้เยาว์หรือคนไร้ความสามารถ”

ด้วยเหตุที่อ้างตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวทั้งหมดข้างต้น ย่อมแสดงให้เห็นว่าการที่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง จะยื่นคำร้องกล่าวหา หรือกล่าวโทษบุคคลใดต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้นั้น บุคคลผู้นั้นจะต้องเป็น “ผู้เสียหาย” เท่านั้น

ซึ่งในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ได้ให้คำนิยาม ความหมายของคำว่า “ผู้เสียหาย” หมายความว่า “ผู้เสียหายจากการกระทำอันเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ของรัฐร่ำรวยผิดปกติ การกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น”

เป็นที่ชัดเจนว่า กรณีความเสียหายของมหาวิทยาลัยรามคำแหง หาก

เกิดขึ้นจริงแล้ว ผู้เสียหายที่แท้จริง ก็คือ “สภามหาวิทยาลัยรามคำแหง” หาใช่บุคคลอื่นใดไม่ ทั้งนี้เพราะมหาวิทยาลัยรามคำแหงเป็นนิติบุคคลที่เกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 ที่บัญญัติไว้ใน

**มาตรา 4** ความว่า “ให้มหาวิทยาลัยรามคำแหง ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2514 เป็นมหาวิทยาลัยรามคำแหงตามพระราชบัญญัตินี้ และเป็นนิติบุคคล” และใน

**มาตรา 18** บัญญัติว่า “สภามหาวิทยาลัยมีอำนาจและหน้าที่ควบคุมดูแลกิจการทั่วไปของมหาวิทยาลัย และโดยเฉพาะให้มีอำนาจและหน้าที่ ดังนี้...”

เมื่อกรณีมีกฎหมายบัญญัติไว้ เช่น ที่กล่าวมานี้ ย่อมต้องทำให้สภามหาวิทยาลัยรามคำแหง เท่านั้นที่จะเป็นผู้เสียหายได้ และการดำเนินกิจการทั้งหลายย่อมต้องขึ้นอยู่กับคณะผู้บริหารสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง ได้แก่ นายกสภามหาวิทยาลัย หรืออุปนายกสภามหาวิทยาลัยกรณีนายกสภามหาวิทยาลัยไม่อยู่ หรือไม่อาจทำการได้ และ/หรือ ผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากนายกสภามหาวิทยาลัย

ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ นายวิวัฒน์ชัย กุลมาตย์ และ รศ.ดร. ชำรงสิน เจียรตระกูล อาจารย์ในคณะศึกษาศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ไม่ใช่ผู้เสียหายที่จะกล่าวหาผู้ถูกกล่าวหาในคดีนี้ต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้

จริงอยู่แม้จะมีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ฉบับแก้ไข พ.ศ. 2550 ที่ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 124 ตอนที่ 22 ก. หน้า 4 วันที่ 1 พฤษภาคม 2550 ที่บัญญัติให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังต่อไปนี้ คือ

**มาตรา 6** ให้ยกเลิกความในมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“**มาตรา 66** ในกรณีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีเหตุอันควรสงสัยหรือมีผู้กล่าวหาว่า ผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

สมาชิกวุฒิสภา หรือข้าราชการการเมืองอื่น ร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่นให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงโดยเร็ว เว้นแต่ในกรณีที่ผู้กล่าวหามิใช่ผู้เสียหาย และคำกล่าวหาไม่ระบุพยานหลักฐานเพียงพอที่จะดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงต่อไปได้ คณะกรรมการ ป.ป.ช. จะไม่ดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงก็ได้

คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจจรรยาบรรณเกี่ยวกับการกล่าวหาตามวรรคหนึ่งได้

บทบัญญัติตามวรรคหนึ่งให้ใช้บังคับกับกรณีที่ถูกกล่าวหาหรือบุคคลอื่นเป็นตุลาการผู้ชี้หรือสนับสนุนด้วย”

**มาตรา 7** ให้ยกเลิกมาตรา 67 มาตรา 68 และมาตรา 69 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542

แม้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ฉบับแก้ไข พ.ศ. 2550 มาตรา 66 ที่แก้ไขใหม่จะบัญญัติให้อำนาจคณะกรรมการ ป.ป.ช. ว่า ในกรณีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีเหตุอันควรสงสัยหรือมีผู้กล่าวหาว่า ผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือข้าราชการการเมืองอื่น ร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่นให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงโดยเร็ว เว้นแต่ในกรณีที่ผู้กล่าวหามิใช่ผู้เสียหาย และคำกล่าวหาไม่ระบุพยานหลักฐานเพียงพอที่จะดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงต่อไปได้ คณะกรรมการ ป.ป.ช. จะไม่ดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงก็ได้<sup>4</sup>

<sup>4</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ฉบับแก้ไข พ.ศ. 2550 มาตรา 6 “มาตรา 66 วรรคหนึ่ง”

แต่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ฉบับแก้ไข พ.ศ. 2550 มาตรา 66 วรรคหนึ่ง กล่าวถึงเพียงเฉพาะกรณีมีเหตุอันควรสงสัยหรือมีผู้กล่าวหาว่า “ผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือข้าราชการการเมืองอื่น” ซึ่งในบทบัญญัตินี้มีได้บัญญัติถึง “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามความหมายแห่งบทบัญญัติในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ที่ได้บัญญัติให้ความหมายของคำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ไว้ว่าหมายความว่า “ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นซึ่งมีตำแหน่ง หรือเงินเดือนประจำ พนักงานหรือบุคคลผู้ปฏิบัติงานในรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐ ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นซึ่งมิใช่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เจ้าพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยลักษณะปกครองท้องถิ่น และให้หมายความรวมถึงกรรมการ อนุกรรมการ ลูกจ้างของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐ และบุคคลหรือคณะ บุคคลซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางการปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐ” เมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในมาตรา 66 มิได้กล่าวถึงคำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ไว้ ทั้งๆ ที่คำๆ นี้มีบัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 4 แต่เมื่อในมาตรา 66 มิได้กล่าวถึงย่อมต้องมีความตีความไปถึงคำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ต้องให้มีอยู่ในมาตรา 66 แต่อย่างใดไม่

การตีความตัวบทกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การตีความกฎหมายที่มีลักษณะการบังคับใช้ในลักษณะเหมือนกับกฎหมายอาญา และกฎหมายที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 31 มาตรา 32 มาตรา 35 มาตรา 40 มาตรา 41 มาตรา 43 มาตรา 58 และมาตรา 62 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ด้วยแล้ว ยิ่งต้องตีความด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่ง คือ ต้องตีความอย่างเคร่งครัด



ทุกตัวอักษร เพราะบทบัญญัติในกฎหมายที่เกี่ยวกับคณะกรรมการ ป.ป.ช. นั้นล้วนมีผลต่อผู้ถูกกล่าวหาในทางที่เป็นโทษ และมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพกับผู้ถูกกล่าวหาทั้งสิ้น

อีกทั้งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ฉบับแก้ไข พ.ศ. 2550 มาตรา 66 วรรคสอง ยังได้บัญญัติถึงเรื่องที่ทำให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจในการวางระเบียบเกี่ยวกับการกล่าวหาตามวรรคหนึ่งได้<sup>5</sup> อีกด้วย เมื่อกรณีเป็นเช่นนี้ แสดงให้เห็นว่ากฎหมายต้องการให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. วางระเบียบเกี่ยวกับเรื่องการกล่าวหาบุคคลตามมาตรา 66 ไว้เป็นการเฉพาะอีกด้วย ในที่สุดความได้ปรากฏว่าคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ดำเนินการวางระเบียบดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะแล้ว โดยการออกเป็นระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติว่าด้วยการกล่าวหาบุคคลตามมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 พ.ศ. 2551 โดยข้อ 3 ในระเบียบดังกล่าวนี้ ได้มีบทบัญญัตินิยามให้ความหมายของคำว่า “ผู้กล่าวหา” ไว้โดยให้หมายความ “ผู้เสียหาย หรือบุคคลที่มีผู้เสียหาย ซึ่งได้ยื่นคำกล่าวหาต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช.”

นอกจากนี้ในข้อที่ 5 ยังได้บัญญัติไว้ความว่า “ในกรณีที่มีผู้กล่าวหาว่าผู้ถูกกล่าวหาร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ หรือทุจริตต่อหน้าที่ที่ตามกฎหมายอื่น ให้ผู้กล่าวหายื่นคำกล่าวหาเป็นหนังสือต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช.”

จากบทบัญญัติแห่งระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ว่าด้วยการกล่าวหาบุคคลตามมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542

<sup>5</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ฉบับแก้ไข พ.ศ. 2550 มาตรา 6 “มาตรา 66 วรรคสอง”

พ.ศ. 2551 ในข้อที่ 5 ดังกล่าว ทำให้เห็นได้ชัดเจนนับแต่วันถัดจากวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป เรื่องการกล่าวหาผู้กระทำความผิดต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไม่ว่าจะเป็น “ผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือข้าราชการการเมืองอื่น” หรือผู้ถูกกล่าวหาไม่ว่าจะเป็นใครก็ตามที่ถูกกล่าวหาว่าร้ายวญผิดปกติ ตามข้อ 5 แห่งระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ว่าด้วยการกล่าวหาบุคคลตามมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 พ.ศ. 2551 แล้วคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงได้ทันที และโดยเร็ว อย่างแท้จริง

แต่ด้วยเหตุที่ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ว่าด้วยการกล่าวหาบุคคลตามมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 พ.ศ. 2551 ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 25 ตอน 95 ก. หน้า 18 ดังนั้นระเบียบดังกล่าวจึงมีผลบังคับใช้ นับแต่วันที่ 23 สิงหาคม 2551 เป็นต้นไป

เมื่อนำระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ว่าด้วยการกล่าวหาบุคคลตามมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 พ.ศ. 2551 มาพิจารณาประกอบกับคดีข้อกล่าวหาเลขดำที่ 50441790 และคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีคำสั่งที่ 323/2550 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2550 แต่งตั้งคณะกรรมการไต่สวนเพื่อดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริง ในประเด็นปัญหาเรื่องผู้มีอำนาจกล่าวหาต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในคดีนี้แล้ว จึงเห็นได้ชัดเจนนว ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ว่าด้วยการกล่าวหาบุคคลตามมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 พ.ศ. 2551 ออกมามีผลบังคับใช้ภายหลังจากคำกล่าวหาของนายวิวัฒน์ชัย กุลมาตย์ และ รศ.ดร. อ่างรังสิน เจียรตระกุล อาจารย์ในคณะศึกษาศาสตร์มหาวิทยาลัยรามคำแหง ที่ได้กล่าวหาตามเรื่องกล่าวหาเลขดำที่ 50441790 และคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีคำสั่งที่ 323/2550 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2550

แต่งตั้งคณะกรรมการไต่สวน เพื่อดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริง เป็นเหตุให้  
ระียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ว่าด้วยการ  
กล่าวหาบุคคลตามมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย  
การป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 พ.ศ. 2551 ไม่มีผลบังคับใช้  
ย้อนหลัง

ด้วยเหตุนี้เอง จึงเป็นที่มาของประเด็นปัญหาตามข้อกฎหมายที่ว่า คดีนี้  
ไม่มีผู้เสียหาย เพราะผู้ร้องทุกข์กล่าวโทษ หรือผู้กล่าวหาไม่ใช่ผู้เสียหายที่แท้จริง  
เป็นเหตุให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ไม่มีอำนาจไต่สวนคำร้องกล่าวโทษหมายเลขดำ  
ที่ 50441790 และคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไม่มีอำนาจชี้มูลความผิดในคดีนี้

อนึ่งผู้เขียนได้ตั้งแนวทางข้อต่อสู้ในคดีนี้ไว้หลายประเด็น นอกจากประเด็น  
ปัญหาข้อกฎหมายในเรื่องที่ว่า “คดีนี้ไม่มีผู้เสียหายที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. จะ  
ทำการไต่สวนได้” แล้วยังมีประเด็นปัญหาเรื่องการดำรงตำแหน่งอธิการบดี  
มหาวิทยาลัยรามคำแหง เป็นตำแหน่งที่ได้รับพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ  
แต่งตั้ง ทั้งนี้เป็นไปตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541  
มาตรา 23 ซึ่งเป็นเรื่องการดำรงตำแหน่งที่ไม่เกี่ยวข้องกับอายุราชการตาม  
พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ซึ่ง  
เป็นกฎหมายคนละฉบับกัน ไม่สมควรนำมาบังคับใช้กับกรณีคดีนี้ร่วมกัน และ  
ยังมีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอื่นๆ อีกมาก ที่ได้เขียนยกร่างไว้แล้ว นอกจากนี้  
ผู้เขียนคิดว่าคดีนี้สามารถนำสู่ศาลรัฐธรรมนูญได้ ในที่สุด

หวังเป็นอย่างยิ่งว่าบทความนี้คงเป็นประโยชน์กับผู้อ่านไม่มากนักน้อย หาก  
มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้พิจารณาด้วยความขอบพระคุณยิ่ง

## ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย 2 ฉบับ กับ ผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง\*

เฉลิมพล สุ่มโนพรหม\*\*

สืบเนื่องจากกรณีสำนักคณะกรรมการการอุดมศึกษา มีคำสั่งลงโทษทางวินัยกับผู้บริหารมหาวิทยาลัยรามคำแหง คือ รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.คิม ไชยแสนสุข และ รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ ด้วยเหตุผลที่ว่า คณะกรรมการ ป.ป.ช. สำนักปราบปรามทุจริตภาคการเมือง 2 มีมติการประชุมครั้งที่ 192-27/2553 วาระที่ 3.3 วันที่ 27 เมษายน 2553 เรื่อง สำนักวนการไต่สวนข้อเท็จจริง เรื่องกล่าวหา รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.คิม ไชยแสนสุข และ รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ ร่วมกันออกคำสั่งขยายระยะเวลาราชการให้ รศ.รังสรรค์ แสงสุข และรศ.จำเริญ สิริมนกุล รองอธิการบดี โดยมีชอบ ตามเรื่องกล่าวหาหมายเลขดำที่ 50441790

เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้รับเรื่องราวร้องทุกข์กล่าวโทษ โดยมี นายวิวัฒน์ชัย กุลมาตย์ และ รศ.ดร. อารังสิน เจียรตระกุล อาจารย์ในคณะศึกษาศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง เป็นผู้กล่าวหา ได้กล่าวหาว่า รศ.รังสรรค์ แสงสุข อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ รองอธิการบดี

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 12 เมษายน 2554

\*\* ประธานคณะผู้ทำงานทางด้านกฎหมายของเครือข่ายพลังราม นายกสมาคมปรัชญาดุซฐิบัณฑิตทางสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง (ก่อตั้ง) นักศึกษาปริญญาเอกทางกฎหมาย มหาวิทยาลัยรามคำแหง (ประธานนักศึกษา Ph.D.รุ่น 8) อุปนายกสมาคมศิษย์เก่ามหาวิทยาลัยรามคำแหง ประธานนักศึกษาหลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ รุ่น 10

มหาวิทยาลัยรามคำแหง ฝ่ายวิชาการและวิจัย และ รศ.คิม ไชยแสนสุข รองอธิการบดี มหาวิทยาลัยรามคำแหง ฝ่ายบริหาร ร่วมกันออกคำสั่งขยายเวลา ราชการของข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษาให้แก่ผู้เกษียณอายุราชการใน ปีงบประมาณ พ.ศ. 2547 ด้วยการให้ รศ.รังสรรค์ แสงสุข ผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดี มหาวิทยาลัยรามคำแหงในขณะนั้น และ รศ.รำไพ สิริมนกุล ผู้ดำรงตำแหน่ง รองอธิการบดี มหาวิทยาลัยรามคำแหงในขณะนั้น โดยมีขอบด้วยกฎหมาย ทำให้ รศ.รังสรรค์ แสงสุข และรศ.รำไพ สิริมนกุล ได้รับเงินบำเหน็จ บำนาญ จากการ ต่ออายุราชการ และได้รับผลประโยชน์จากเงินสมนาคุณตำแหน่ง เป็นเหตุให้ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ได้รับความเสียหาย

กล่าวคือเมื่อวันที่ 20 กันยายน 2547 ขณะที่ รศ.รังสรรค์ แสงสุข ซึ่งเป็น ผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง ในขณะนั้น และเป็นผู้ที่จะมี อายุครบ 60 ปีบริบูรณ์ในปีงบประมาณ 2547 โดย รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ และ รศ.คิม ไชยแสนสุข ได้ทำการเสนอให้มหาวิทยาลัยรามคำแหง ขยายระยะเวลา ราชการ ด้วยการบรรจุ รศ.รังสรรค์ แสงสุข เป็นพนักงานมหาวิทยาลัยรามคำแหง และเสนอให้ รศ.รังสรรค์ แสงสุข เป็นข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา การกระทำของ รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ ผู้ดำรงตำแหน่งรองอธิการบดีมหาวิทยาลัย รามคำแหง ฝ่ายวิชาการและวิจัย และทำหน้าที่รักษาการแทนอธิการบดีในขณะนั้น และยังมี รศ.คิม ไชยแสนสุข ผู้ดำรงตำแหน่งรองอธิการบดี มหาวิทยาลัยรามคำแหง ฝ่ายบริหาร ในขณะนั้น ด้วยการเป็นผู้ลงนามเสนอต่ออนุกรรมการข้าราชการ พลเรือนในมหาวิทยาลัยรามคำแหง เพื่อให้มีการขยายระยะเวลาราชการของบุคคล ทั้งสองดังกล่าว ทำให้มหาวิทยาลัยรามคำแหง ได้รับความเสียหาย เพราะเป็นเหตุ ที่ทำให้ รศ.รังสรรค์ แสงสุข และ รศ.รำไพ สิริมนกุล ได้รับเงินบำเหน็จ บำนาญ และได้รับผลประโยชน์จากการดำรงตำแหน่งบริหารดังกล่าว

ต่อมาในวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2548 สำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษา ได้มีหนังสือถึงอธิการบดี มหาวิทยาลัยรามคำแหง แจ้งเรื่องการขยายระยะเวลา ราชการของข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา ซึ่งสรุปความได้ว่า ข้าราชการ พลเรือนในสถาบันอุดมศึกษาซึ่งมีตำแหน่งตั้งแต่ระดับรองศาสตราจารย์ขึ้นไป

เมื่ออายุครบ 60 ปี บริบูรณ์ ในสิ้นปีงบประมาณ อาจให้รับราชการเพื่อทำหน้าที่สอนหรือวิจัยต่อไปได้ จนถึงสิ้นปีงบประมาณที่ผู้นั้นมีอายุครบ 65 ปี บริบูรณ์ หนังสือฉบับดังกล่าวนี้ รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ ผู้ดำรงตำแหน่งรองอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง ฝ่ายวิชาการและวิจัย และทำหน้าที่รักษาการแทนอธิการบดีในขณะนั้น และยังมี รศ.คิม ไชยแสนสุข ผู้ดำรงตำแหน่งรองอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง ฝ่ายบริหาร ในขณะนั้น เป็นผู้ลงนามรับทราบหนังสือฉบับดังกล่าว และนำเสนอต่อคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน มหาวิทยาลัยรามคำแหง และมอบให้กองการเจ้าหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามที่คณะกรรมการข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษากำหนดต่อไป

อนึ่ง ในวันที่ 29 สิงหาคม 2548 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้พิจารณาเรื่องการดำรงตำแหน่งทางบริหารของผู้ได้รับการต่อระยะเวลาราชการตามข้อหาหรือของมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช ที่ได้ทำหนังสือหาหรือไปถึงคณะกรรมการกฤษฎีกา มีความโดยย่อว่า ในกรณีข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา ผู้ซึ่งได้รับการขยายระยะเวลาราชการออกไปอีก นับแต่วันที่มียุอายุครบ 60 ปี บริบูรณ์ ในปีงบประมาณ โดยให้ขยายระยะเวลาราชการออกไปได้ถึงอายุครบ 65 ปี บริบูรณ์ ในปีงบประมาณ จึงมีข้อหาหรือว่าบุคคลผู้ได้รับการขยายระยะเวลาดังกล่าวสามารถดำรงตำแหน่งเป็นผู้บริหารของมหาวิทยาลัย เช่น ตำแหน่งรองอธิการบดี หรือผู้อำนวยการสำนัก หรือผู้อำนวยการสถาบันมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช ได้หรือไม่ ซึ่งทางสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ทำการประชุมปรึกษาหารือและได้ตอบข้อหาหรือดังกล่าวไปยังมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช พอสรุปได้ความว่า ข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา ซึ่งได้รับการต่อเวลาราชการตามมาตรา 19 และ/หรือมาตรา 72 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ต้องปฏิบัติหน้าที่เฉพาะการสอนหรือวิจัย ตามที่ได้รับอนุมัติให้ได้รับราชการต่อไปเท่านั้น ไม่สามารถทำหน้าที่ในตำแหน่งหรือดำรงตำแหน่งทางบริหารตามมาตรา 18 (ข) ในขณะเดียวกันได้ ซึ่งสรุปได้ว่า ข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา ซึ่งได้รับการต่ออายุราชการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบัน

อุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ต้องปฏิบัติหน้าที่เฉพาะการสอนหรือวิจัยตามที่ได้รับอนุมัติให้รับราชการต่อไปเท่านั้น ไม่สามารถทำหน้าที่ในตำแหน่งบริหารในขณะเดียวกันได้<sup>1</sup>

อีกทั้งยังมีข้อหาหรือของมหาวิทยาลัยศิลปากร ที่ได้ทำการหาหรือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด้วยการหาหรือในประเด็นปัญหาว่า ผู้ที่พ้นจากตำแหน่งข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา เพราะเหตุเกษียณอายุ แต่ยังคงดำรงตำแหน่งเป็นคณบดี อันเป็นตำแหน่งบริหารตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 โดยตำแหน่งดังกล่าวมิได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยศิลปากร พ.ศ. 2530 ว่าต้องให้พ้นจากการดำรงตำแหน่งด้วยเหตุเกษียณอายุราชการตามมาตรา 28 และ 29 ซึ่งต่อมาเมื่อพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มีผลบังคับใช้และมีบทบัญญัติกำหนดถึงเรื่องผู้ที่ได้รับการต่อระยะเวลาราชการต้องทำหน้าที่สอนและวิจัยเท่านั้น ซึ่งมีมหาวิทยาลัยศิลปากร ได้มีผู้เกษียณอายุราชการในปีงบประมาณ พ.ศ. 2546 และได้แสดงความจำนงที่จะรับราชการต่อไป ซึ่งมหาวิทยาลัยศิลปากรได้อนุมัติขยายระยะเวลาราชการให้ นั้น จะต้องปฏิบัติอย่างไร ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ทำการวินิจฉัย ประชุมปรึกษาหารือ แล้วตอบข้อหาหรือแก่มหาวิทยาลัยศิลปากร ได้ความโดยย่อในประเด็นปัญหาดังกล่าว ว่า ข้าราชการที่ได้รับการพิจารณาต่อเวลาราชการ และได้รับคำสั่งให้รับราชการต่อไป ต้องปฏิบัติหน้าที่เฉพาะการสอนหรือวิจัยเท่านั้น ไม่สามารถดำรงตำแหน่งทางการบริหารได้<sup>2</sup>

ในความเป็นจริงแล้ว รศ.รังสรรค์ แสงสุข เป็นผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง นับแต่วันที่ 16 มกราคม 2546 และต้องอยู่ในตำแหน่งจนถึงวันที่ 15 มกราคม 2550 และ รศ.ราไพ สิริมนกุล ยังคงดำรงตำแหน่ง

<sup>1</sup> บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การดำรงตำแหน่งทางบริหารของผู้ได้รับการต่อระยะเวลาราชการ เรื่องเสรีจที่ 522/2548

<sup>2</sup> บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การดำรงตำแหน่งทางบริหารของผู้ได้รับการต่อระยะเวลาราชการ เรื่องเสรีจที่ 119/2549

รองอธิการบดี นับแต่วันที่ 16 มกราคม 2546 และต้องดำรงตำแหน่งอยู่จนถึงวันที่ 15 มกราคม 2550 เช่นกัน จากกรณีดังกล่าวนี้ทำให้ผู้กล่าวหาได้ทำการกล่าวหาต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. โดยการทำเป็นหนังสือกล่าวหาฉบับลงวันที่ 8 พฤษภาคม 2550 ความว่า ทั้ง รศ.รังสรรค์ แสงสุข และ รศ.จำเริญ สิริมนกุล ได้รับบำเหน็จบำนาญ และผลประโยชน์จากการดำรงตำแหน่งอธิการบดี และรองอธิการบดีตามลำดับ ทำให้เห็นได้ว่าการดำเนินการของผู้กล่าวหาไม่เฉพาะร่วมกันที่จะให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ ทำให้มหาวิทยาลัยรามคำแหง ได้รับความเสียหายแต่ในหนังสือฉบับดังกล่าวไม่ได้ระบุว่า ผู้กล่าวหาได้รับความเสียหายอย่างไร จึงต้องกล่าวหาเป็นคดีนี้

หลังจากนั้น คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการไต่สวน เพื่อดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริง เป็นคำสั่งที่ 323/2550 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2550

และเมื่อคณะกรรมการไต่สวน ทำการไต่สวนข้อเท็จจริง แล้วเสร็จ ได้ส่งเรื่องให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. เพื่อดำเนินการประชุมต่อไป ซึ่งเมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. สำนักปราบปรามการทุจริต ภาคการเมือง 2 ได้ทำการประชุม ครั้งที่ 192-27/2553 วาระที่ 3.3 วันที่ 27 เมษายน 2553 ที่ประชุมลงคะแนนเสียงแยกเป็นสองฝ่าย ดังนี้ คือ

ฝ่ายเสียงข้างมากจำนวน 7 เสียง มีความเห็นพ้องต้องกันว่า คดีนี้มีมูลความผิดทางวินัยอย่างร้ายแรงฐานปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการ โดยมิชอบ เพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นได้รับประโยชน์ที่มิควรได้เป็นการทุจริตต่อหน้าที่ราชการ ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 39 วรรคสาม และมีมูลความผิดทางอาญา ฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

ท้ายที่สุดมติของที่ประชุมคณะกรรมการ ป.ป.ช.สรุปว่า รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ และ รศ.คิม ไชยแสนสุข ผู้ถูกกล่าวหา มีมูลความผิด



ทางวินัยอย่างร้ายแรง ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน ในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 39 วรรคห้า และมีมูลความผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

ให้ส่งรายงาน เอกสาร และความเห็นไปยังผู้บังคับบัญชา เพื่อพิจารณาโทษทางวินัย และไปยังอัยการสูงสุด เพื่อดำเนินคดีในศาล ซึ่งมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี กับ รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ และ รศ.คิม ไชยแสนสุข ตามฐานความผิดดังกล่าว ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 92 และมาตรา 97 แล้วแต่กรณี

ในที่สุดเมื่อวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2554 ดร.สุเมธ ไข่มนุช เลขาธิการคณะกรรมการการอุดมศึกษา ได้ลงนามในหนังสือคำสั่งของสำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษา ลงโทษไล่ออก รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.คิม ไชยแสนสุข และ รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ โดยให้มีผลย้อนหลังตั้งแต่วันที่ 30 กันยายน 2547 เฉพาะ รศ.รังสรรค์ แสงสุข ส่วน รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ นั้นให้มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่ 30 กันยายน 2553 ส่วน รศ.คิม ไชยแสนสุข ให้มีผลทันที ซึ่งคำสั่งดังกล่าวส่งผลให้ทั้ง รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.คิม ไชยแสนสุข และ รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ ต้องคืนบำเหน็จ บำนาญ ย้อนหลัง และไม่อาจได้รับบำเหน็จ บำนาญ ตลอดจนต้องส่งคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์ คุณงามความดีที่ได้ทำมาตลอดชีวิตต้องสิ้นสุดลงโดยไม่คิดฝัน

ผู้เขียนได้พิจารณา และตรวจสอบบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 รวมทั้งร่างพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. .... ฉบับที่ 4/46 ซึ่งเป็นร่างฉบับที่ สกค.ตรวจพิจารณาแล้ว เป็นเรื่องเสร็จที่ .../2547 พบว่าในเรื่องตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง นั้น จะถูกบรรจุไว้ในหมวดที่ 2 เรื่องการดำเนินการ โดยกล่าวถึงตำแหน่งอธิการบดีไว้ว่าเป็นตำแหน่งที่จะได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งโดยคำแนะนำของสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง และผู้ที่จะดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหงได้นั้น จะต้องเป็นผู้ที่ได้รับปริญญาหรือเทียบเท่าจากมหาวิทยาลัย

หรือสถาบันอุดมศึกษาอื่น ที่สภามหาวิทยาลัยรามคำแหงรับรอง และผู้นั้นจะต้องได้ทำการสอนหรือมีประสบการณ์ทางด้านบริหารไม่น้อยกว่า 5 ปี ในมหาวิทยาลัยรามคำแหง หรือสถาบันอุดมศึกษาอื่นที่สภามหาวิทยาลัยรามคำแหงรับรอง นอกจากนี้ตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง นั้นมีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี และจะดำรงตำแหน่งติดต่อกันเกินสองวาระไม่ได้ ตลอดจนในพระราชบัญญัติดังกล่าวยังได้บัญญัติถึงเรื่องการพ้นจากตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหงไว้อย่างชัดเจนอีกด้วยว่า นอกจากการพ้นจากตำแหน่งตามวาระ 4 ปี แล้ว การจะพ้นตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง นั้นได้ก็ต่อเมื่อ ตาย ลาออก ถูกลงโทษทางวินัยอย่างร้ายแรง มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก เพราะเหตุกระทำความผิดอาญา เว้นแต่เป็นความผิดโดยประมาทหรือลหุโทษ ถูกให้ออกเพราะเหตุมีมลทินหรือมัวหมองในกรณีที่ถูกสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรง และสภามหาวิทยาลัยมีมติให้ถอดถอน<sup>3</sup>

นอกจากนี้ ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 ยังบัญญัติต่อไปอีกว่า ในการนับวาระการดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหงนั้น ต้องให้นับวาระการดำรงตำแหน่งตามพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นวาระแรก<sup>4</sup> นั้นหมายความว่า ในกรณีที่ผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง นั้นได้เคยดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง มาก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 และเมื่อมีพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหงฉบับนี้บังคับใช้แล้ว ให้นับวาระการดำรงตำแหน่งของอธิการบดีที่ได้รับการสรรหา เลือกตั้ง และแต่งตั้งตามพระราชบัญญัตินี้เป็นวาระที่ 1 ซึ่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหงผู้ดำรงตำแหน่งตามพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นวาระที่ 1 นั้น ยังคงสามารถมีโอกาสได้รับพระกรุณา

<sup>3</sup> พระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 มาตรา 23 ววรรคหนึ่ง ววรรคสอง และวรรคสาม

<sup>4</sup> พระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 มาตรา 58 ซึ่งอยู่ในบทเฉพาะกาล (3) ร่างพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. .... ฉบับที่ สคก.ตรวจพิจารณาแล้ว เป็นเรื่องเสร็จที่ .../2547 มาตรา 26

โปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตามคำแนะนำของสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง ได้อีกวาระหนึ่งติดต่อกัน

เมื่อพิจารณาจากตัวบทกฎหมายในร่างพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. .... ซึ่งเป็นร่างฉบับที่ สคก.ตรวจพิจารณาแล้ว เป็นเรื่องเสร็จที่ .../2547 พบว่า ตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหงนั้นยังคงเป็นตำแหน่งที่จะได้ พระทรงกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งโดยคำแนะนำของสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง และจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับปริญญาหรือเทียบเท่าจากมหาวิทยาลัยรามคำแหง หรือสถาบันอุดมศึกษาอื่นที่สภามหาวิทยาลัยรามคำแหงรับรอง และต้องเป็นผู้ที่มีประสบการณ์ทางการสอนหรือด้านการบริหารในมหาวิทยาลัยรามคำแหง หรือสถาบันอุดมศึกษาอื่นที่มหาวิทยาลัยรามคำแหงรับรองไม่น้อยกว่า 5 ปี<sup>5</sup> ตลอดจนการพ้นจากตำแหน่งของอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง นอกจากการพ้นตามวาระสี่ปี<sup>6</sup> แล้วตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง นั้น นอกจากจะพ้นจากตำแหน่งเมื่อครบวาระสี่ปีแล้วยังจะพ้นจากตำแหน่งก็ต่อเมื่อตาย ลาออก เป็นผู้ถูกคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เป็นบุคคลล้มละลาย และเป็นบุคคลไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ<sup>7</sup>

จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า พระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 และฉบับใหม่ที่ร่างแล้วเสร็จแล้วแต่ยังไม่ได้ประกาศใช้ ล้วนแต่มีบทบัญญัติในเรื่องตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง นั้นต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหงเท่านั้น ซึ่งตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง เป็นตำแหน่งที่ได้รับพระมหากรุณาด้วยการทรงโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งตามคำแนะนำของนายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหงเท่านั้น และมีวาระการดำรงตำแหน่งสี่ปี โดยมีได้คำนึงถึงว่าผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดี

<sup>5</sup> ร่างพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. .... ฉบับที่ สคก.ตรวจพิจารณาแล้ว เป็นเรื่องเสร็จที่ .../2547 มาตรา 27

<sup>6</sup> ร่างพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. .... ฉบับที่ สคก.ตรวจพิจารณาแล้ว เป็นเรื่องเสร็จที่ .../2547 มาตรา 28

<sup>7</sup> พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 18 (ข)

มหาวิทยาลัยรามคำแหง นั้นจะเป็นผู้ที่ดำรงตำแหน่งเป็นข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษาหรือไม่ หรือจะเป็นผู้ที่ได้รับการต่ออายุราชการ หรือขยายระยะเวลาราชการอันเนื่องมาจากการเกษียณอายุราชการเมื่ออายุครบ 60 ปี บริบูรณ์ ในสิ้นปีงบประมาณ อาจให้รับราชการเพื่อทำหน้าที่สอนหรือวิจัยต่อไปได้จนถึงสิ้นปีงบประมาณที่ผู้นั้นมีอายุครบ 65 ปี บริบูรณ์ ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 หรือไม่แต่อย่างใดทั้งสิ้น

เมื่อพิจารณาถึงในเรื่องการดำรงตำแหน่งอธิการบดี มหาวิทยาลัยรามคำแหง ของ รศ.รังสรรค์ แสงสุข ที่ได้ดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง ในครั้งสุดท้ายเมื่อวันที่ 16 มกราคม 2546 ซึ่งจะครบวาระในวันที่ 15 มกราคม 2550 ทั้งนี้เป็นไปตามตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 มาตรา 23 วรรคสอง เมื่อกรณีเป็นเช่นนี้ย่อมทำให้การดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง ของ รศ.รังสรรค์ แสงสุข เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายโดยปราศจากข้อสงสัยใดๆ ทั้งสิ้นในทุกประการ

แต่เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 แล้วกลับทำให้พบว่าตำแหน่งอธิการบดีของมหาวิทยาลัยต่างๆ ซึ่งรวมทั้งมหาวิทยาลัยรามคำแหงด้วย ได้ถูกบัญญัติไว้ในหมวดที่ 3 เรื่องการกำหนดตำแหน่ง การบรรจุและแต่งตั้ง ทำให้ตำแหน่งอธิการบดีเป็นตำแหน่งประเภทผู้บริหาร<sup>8</sup> และยังมีบทบัญญัติในเรื่องการต่อเวลาราชการ หรือขยายระยะเวลาราชการ ในกรณีผู้ที่ดำรงตำแหน่งรองศาสตราจารย์ ซึ่งสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาเอกหรือเทียบเท่า หรือดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ หากเป็นผู้ที่จะต้องพ้นหรือเกษียณอายุราชการในสิ้นปีงบประมาณที่ผู้นั้นมีอายุครบ 60 ปี บริบูรณ์ และสถาบันอุดมศึกษามีความจำเป็นและมีความประสงค์ที่จะให้ผู้เกษียณอายุผู้นั้นรับราชการต่อไป ให้สถาบันอุดมศึกษาแห่งนั้นสามารถที่จะพิจารณาให้ผู้นั้นรับราชการต่อไปได้จนถึงปีงบประมาณที่ผู้นั้นมีอายุครบ 65 ปี บริบูรณ์ แต่ผู้ที่ได้รับการต่ออายุราชการ

<sup>8</sup> พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 19 วรรคหนึ่ง

ดังกล่าวนั้นจะต้องดำรงตำแหน่งที่มีหน้าที่เฉพาะเพียงเพื่อทำการสอนและวิจัยเท่านั้น<sup>9</sup> โดยที่กฎหมายบัญญัติว่า ผู้ได้รับการต่ออายุราชการไปจนถึงอายุ 65 ปี บริบูรณ์นั้น จะดำรงตำแหน่ง หรือปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งประเภทผู้บริหาร เช่น ตำแหน่งอธิการบดี ตำแหน่งรองอธิการบดี ตำแหน่งคณบดี ตำแหน่งหัวหน้าหน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเทียบเท่าคณะ ตำแหน่งผู้ช่วยอธิการบดี ตำแหน่งรองอธิการบดี หรือตำแหน่งรองหัวหน้าหน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเทียบเท่าคณะ ตำแหน่งผู้อำนวยการสำนักงานอธิการบดี ผู้อำนวยการสำนักงานวิทยาเขต ผู้อำนวยการกอง หรือหัวหน้าหน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเทียบเท่ากองตามที่ กพอ.กำหนด และตำแหน่งงานอื่นๆ ตามที่ กพอ. กำหนดว่าเป็นตำแหน่งประเภทผู้บริหาร<sup>10</sup>

แต่แล้วกลับพบว่า มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน ในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ได้บัญญัติไว้มีใจความว่า ถ้าหากข้าราชการพลเรือน ในสถาบันอุดมศึกษาไปดำรงตำแหน่งอธิการบดี ตำแหน่งรองอธิการบดี ตำแหน่งคณบดี หรือตำแหน่งหัวหน้าหน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่นแต่มีฐานะเทียบเท่าคณะ แล้ว ให้ผู้นั้นมีสิทธิได้รับเงินเดือนและได้รับเงินประจำตำแหน่ง แต่หากเป็นกรณีผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดีที่ได้รับเงินเดือนถึงขั้นสูงสุดถึงตำแหน่งรองศาสตราจารย์ขึ้นไปแล้วในขณะที่ดำรงตำแหน่งอธิการบดีให้สามารถได้รับเงินเดือนในขั้นสูงสุดของตำแหน่งศาสตราจารย์ได้<sup>11</sup> และเมื่อพ้นจากตำแหน่งประเภทผู้บริหารให้กลับไปปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งเดิมและได้รับเงินเดือนตามตำแหน่งนั้น ตามขั้นที่ได้รับอยู่ ในขณะที่พ้นตำแหน่งประเภทบริหาร<sup>12</sup>

<sup>9</sup> พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 19 วรรคสอง

<sup>10</sup> พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง

<sup>11</sup> พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 26 วรรคสาม

<sup>12</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 121 ตอนพิเศษ ที่ 70 ก. ลงวันที่ 12 พฤศจิกายน 2547

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ดังกล่าวข้างต้น แล้วทำให้เห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้มิได้ห้ามมิให้ข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษาไปดำรงตำแหน่งอธิการบดี ตำแหน่งรองอธิการบดี และตำแหน่งบริหารอื่นๆ ตามมาตรา 18 (ข) แต่อย่างใด

จึงต้องสรุปว่าพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ได้บัญญัติห้ามมิให้เพียงเฉพาะผู้ที่ได้รับการขยายระยะเวลาราชการในกรณีที่เกิดเกษียณอายุหรือผู้ที่พ้นจากราชการในสิ้นปีงบประมาณที่ผู้นั้นมีอายุครบ 60 ปี บริบูรณ์ และได้รับการขยายระยะเวลาราชการ โดยให้ผู้นั้นรับราชการต่อไปได้จนถึงสิ้นปีงบประมาณที่ผู้นั้นมีอายุครบ 65 ปี บริบูรณ์เท่านั้นที่ต้องห้าม มิให้ดำรงตำแหน่งบริหารตามมาตรา 18 (ข) เท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติในมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มีความขัดและแย้งกับพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 โดยเฉพาะในเรื่องการดำรงตำแหน่งอธิการบดี ตำแหน่งรองอธิการบดี ตำแหน่งคณบดี หรือตำแหน่งหัวหน้าหน่วยงานที่มีชื่อเรียกอย่างอื่นแต่มีฐานะเทียบเท่าคณะ ทั้งนี้เพราะในบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 นั้นได้บัญญัติไว้ชัดเจนในมาตรา 23 ว่า ตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง เป็นตำแหน่งที่ต้องได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งโดยคำแนะนำของสภามหาวิทยาลัย และการดำรงตำแหน่งดังกล่าวนั้นมีวาระสี่ปี โดยไม่มีบทบัญญัติในมาตราใดที่บัญญัติถึงข้อยกเว้น หรือกำหนดเงื่อนไขในเรื่องกรณีที่ผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดีนั้นเป็นผู้ที่ได้รับการขยายระยะเวลารับราชการของผู้ที่เกษียณอายุหรือผู้ที่พ้นจากราชการในสิ้นปีงบประมาณที่ผู้นั้นมีอายุครบ 60 ปีบริบูรณ์ และได้รับการขยายระยะเวลาราชการโดยให้ผู้นั้นรับราชการต่อไปได้จนถึงสิ้นปีงบประมาณที่ผู้นั้นมีอายุครบ 65 ปีบริบูรณ์ ว่าบุคคลผู้นั้นต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งอธิการบดี หรือห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งรองอธิการบดี หรือตำแหน่งบริหารอื่นใดเลยแม้แต่น้อย

ดังนั้น เมื่อกรณีเป็นดังเช่นที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ทำให้มหาวิทยาลัยรามคำแหง โดยเฉพาะข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัยรามคำแหง เฉพาะในกรณีของผู้ที่ได้รับการขยายระยะเวลารับราชการของผู้ที่มีอายุครบ 60 ปี บริบูรณ์ ในปีงบประมาณ และได้รับการขยายระยะเวลาราชการต่อไปจนถึงอายุ 65 ปี บริบูรณ์ ในปีงบประมาณ ต้องตกอยู่ภายใต้การบังคับแห่งบทบัญญัติของกฎหมายถึงสองฉบับที่มีความขัดและแย้งกันโดยสิ้นเชิง โดยเฉพาะเมื่อต้องพิจารณาถึงในเฉพาะกรณีประเด็นปัญหาการดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง โดยเฉพาะ รศ.รังสรรค์ แสงสุข ซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง ที่ต้องอยู่ในตำแหน่งในช่วงระยะเวลาระหว่างวันที่ 16 มกราคม 2546 ถึงวันที่ 15 มกราคม 2550 ซึ่งเป็นระยะเวลาก่อนที่จะพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ยังไม่ได้ประกาศใช้ในวันเข้ารับตำแหน่งอธิการบดี และขณะยังไม่ได้เกษียณจากอายุราชการแต่ ในระยะต่อมา รศ.รังสรรค์ แสงสุข ได้มีอายุครบเกษียณราชการในปีงบประมาณ พ.ศ. 2547 คือ วันที่ 30 กันยายน 2547 อันเป็นวันก่อนวันประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 อีกทั้ง รศ.รังสรรค์ แสงสุข ยังต้องดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง ตามที่ได้รับพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งตามคำแนะนำของนายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง โดยจะไปสิ้นสุดระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง ในวันที่ 15 มกราคม 2550 อันเป็นวันหลังจากวันที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ประกาศใช้

ผู้เขียนมีความเห็นในทางวิชาการว่า กรณีที่ รศ.คิม ไชยแสนสุข ในฐานะรองอธิการบดีฝ่ายบริหารมหาวิทยาลัยรามคำแหงในขณะนั้น ได้ร่วมกับ รศ.เฉลิมพล ศรีหิรัญ ในฐานะรักษาการอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง และรองอธิการบดีฝ่ายบริหารและวิจัยของมหาวิทยาลัยรามคำแหงในขณะนั้น ได้ทำความเห็นเสนอต่อคณะกรรมการข้าราชการมหาวิทยาลัยรามคำแหง ด้วยการเสนอให้มีการต่ออายุ รศ.รังสรรค์ แสงสุข และรศ.รำไพ สิริมนกุล ให้เป็นข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา ในกรณีที่ครบกำหนดเกษียณอายุหรือมีอายุ

ครบ 60 ปีบริบูรณ์ในปีงบประมาณ พ.ศ. 2547 ด้วยการให้รับราชการในมหาวิทยาลัยรามคำแหงต่อไป ไม่ว่าจะโดยการดำรงตำแหน่งเป็นอาจารย์ผู้สอนและวิจัยหรือไม่ก็ตาม ซึ่งการขยายระยะเวลาการดังกล่าวของ รศ.รังสรรค์ แสงสุข และ รศ.รำไพ สิริมนกุล นั้น ล้วนเกิดขึ้นก่อนที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ประกาศใช้ และต้องดำรงตำแหน่งจนถึงเวลาภายหลังจากที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ประกาศใช้แล้ว

นอกจากนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า กรณีที่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ในราชกิจจานุเบกษาแล้วจะทำให้มีผลบังคับใช้ย้อนหลังไปในลักษณะที่เป็นโทษแก่บุคคลที่ได้รับการต่ออายุราชการหรือการขยายระยะเวลาราชการของข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา อย่างเช่นกรณี รศ.รังสรรค์ แสงสุข และ รศ.รำไพ สิริมนกุล ซึ่งเป็นผู้ที่จะครบกำหนดเกษียณอายุในปีงบประมาณ พ.ศ. 2547 คือ วันที่ 30 กันยายน 2547 และได้มีการขยายระยะเวลาราชการไปก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ซึ่งตามหลักการของหลักกฎหมายทั่วไป แล้วย่อมไม่อาจทำได้ ทั้งนี้เพราะต้องเป็นไปตามทฤษฎีกฎหมายที่ว่า “ผู้กระทำให้ไม่ต้องรับผิดชอบเมื่อขณะกระทำให้ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด”

เมื่อนำหลักทฤษฎีกฎหมายดังกล่าวมาพิจารณาประกอบในประเด็นปัญหาตามอุทธรณ์ ในกรณีตามข้อกล่าวหาที่ว่า รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.คิม ไชยแสนสุข และ รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ ร่วมกันออกคำสั่งขยายระยะเวลาราชการให้ รศ.รังสรรค์ แสงสุข และ รศ.รำไพ สิริมนกุล รองอธิการบดี โดยมีขอบด้วยกฎหมาย ตามเรื่องกล่าวหาที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้รับเรื่องราวไว้เป็นคดีหมายเลขดำที่ 50441790 ผู้เขียนมีความเห็นว่าขณะ รศ.คิม ไชยแสนสุข และ รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ ร่วมกันออกคำสั่งขยายระยะเวลาราชการให้ รศ.รังสรรค์ แสงสุข และ รศ.รำไพ สิริมนกุล ในขณะนั้นมีเพียงพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 ฉบับเดียวเท่านั้นที่เป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติให้อำนาจไว้ว่ากระทำได้และกฎหมายฉบับ



ดังกล่าวยังคงมีผลบังคับใช้อยู่ตราบเท่าทุกวันนี้ แต่ในทางตรงกันข้ามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ซึ่งออกมา มีผลบังคับใช้ภายหลัง และจะให้พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ที่ออกมาบังคับใช้ ภายหลังนี้มีผลบังคับใช้ย้อนหลังไปจนถึงวันที่ 1 ตุลาคม 2547 ในกรณี รศ.รังสรรค์ แสงสุข เพื่อให้ต้องได้รับผลร้ายจากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ดังกล่าว หาเป็นการสมควรไม่ ทั้งนี้ เพราะตามหลักกฎหมายว่าด้วยเรื่องนิติรัฐ ที่เราชาวไทยต่างล้วนยอมรับมาใช้ว่า เป็นหลักกฎหมายที่ดีที่สุดในการบริหารปกครองประเทศ เช่นนี้ย่อมต้องเป็นที่ เข้าใจกันดีว่า ตามหลักทฤษฎีตามกฎหมายแล้วย่อมต้องถือว่า “เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำใดเป็นความผิดแล้ว ย่อมไม่อาจลงโทษผู้กระทำการอันไม่มีกฎหมายบัญญัติว่า การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด”

ดังนั้นในกรณีคดีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูลความผิดในคดีหมายเลข คำที่ 50441790 จนเป็นเหตุทำให้ ดร.สุเมธ แย้มมนุญ เลขาธิการคณะกรรมการการอุดมศึกษา มีคำสั่งลงโทษไล่ออกข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา คือ รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.คิม ไชยแสนสุข และรศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ ในข้อหาว่า ร่วมกันออกคำสั่งขยายระยะเวลาราชการให้ รศ.รังสรรค์ แสงสุข และรศ.รำไพ สิริมนกุล โดยมีขอบด้วยกฎหมาย ทำได้อย่างไร ทั้งๆ ที่ในขณะเวลาที่ทำการต่ออายุราชการหรือขยายระยะเวลาราชการ ให้กับ รศ.รังสรรค์ แสงสุข และรศ.รำไพ สิริมนกุล ในปัจจุบันประมาณ พ.ศ. 2547 คือ เมื่อสิ้นสุดวันที่ 30 กันยายน 2547 ดังกล่าว ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 และในการดำเนินการแต่งตั้ง รศ.รังสรรค์ แสงสุข และรศ.รำไพ สิริมนกุล นั้นได้กระทำไปตามที่พระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 ได้บัญญัติให้อำนาจไว้ สิ่งที่ยังชี้ให้เห็นถึงความผิดพลาดและบกพร่องอยู่มากในคำสั่งทางปกครองของ ดร.สุเมธ แย้มมนุญ เลขาธิการคณะกรรมการการอุดมศึกษา ตามที่ได้มีคำสั่งลงโทษไล่ออก รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.คิม ไชยแสนสุข และ รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ ในข้อหาว่าร่วมกันออกคำสั่งขยายระยะเวลาราชการให้ รศ.รังสรรค์ แสงสุข และรศ.รำไพ สิริมนกุล โดยมีขอบ

ด้วยกฎหมาย นั้นถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ที่มีผลย้อนหลัง เพราะเห็นได้ชัดเจนว่า คำสั่งดังกล่าว ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าในกรณีของ รศ.รังสรรค์ แสงสุข ให้มีผลย้อนหลังไปจนถึงวันที่ 1 ตุลาคม 2547 จึงถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้คำสั่งดังกล่าวจะเป็นคำสั่งที่ได้ทำการสั่งตามผลการชี้มูลความผิดของ คณะกรรมการ ป.ป.ช. ก็ตาม

ทำให้เกิดเป็นกรณีประเด็นปัญหาที่สำคัญยิ่ง คือ ประเด็นปัญหาที่ว่า ในปัจจุบันมหาวิทยาลัยรามคำแหง ต้องตกอยู่ในสภาวะ หรือในสถานการณ์ที่ จำต้องแบกรับภาระ ด้วยการต้องตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้ บทบัญญัติแห่ง พระราชบัญญัติสองฉบับ คือ พระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ซึ่งพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับดังกล่าวมีบทบัญญัติที่สำคัญยิ่ง คือ บทบัญญัติ ว่าด้วยตำแหน่งอธิการบดี ตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 นั้นต้องเป็นตำแหน่งที่จะต้องได้รับพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งตามคำแนะนำของ สภามหาวิทยาลัยรามคำแหง และมีวาระการดำรงตำแหน่งสี่ปี โดยที่บทบัญญัติ ตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 ฉบับนี้ไม่มีข้อห้าม หรือมีเงื่อนไขว่าการดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหงนั้นห้ามไม่ให้ ดำรงตำแหน่งเป็นอาจารย์ผู้สอนหรือผู้วิจัย หรือเป็นข้าราชการพลเรือนในสถาบัน อุดมศึกษา แต่อย่างใดทั้งสิ้น ยิ่งไปกว่านั้นพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 ยังไม่มีบทบัญญัติถึงเรื่องอายุของผู้ที่จะมาดำรงตำแหน่งอธิการบดี มหาวิทยาลัยรามคำแหง ไว้อีกด้วย

แต่ในขณะเดียวกัน (ครั้นต่อมาเมื่อวันที่ 12 พฤศจิกายน 2547) ได้มี พระราชกฤษฎีกาประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน ในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 โดยให้มีผลบังคับใช้นับแต่วันที่ 13 พฤศจิกายน 2547 เป็นต้นไป (1) ซึ่งเมื่อได้มีการตราพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน ในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ออกมาบังคับใช้ โดยพระราชบัญญัติ ฉบับดังกล่าว ได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้ที่มีอายุครบกำหนดเกษียณอายุราชการหรือผู้ที่มีอายุครบ 60 ปี บริบูรณ์ ในปัจจุประมาณให้ผู้นั้นสามารถได้รับการขยายระยะเวลาราชการ

ออกไปได้อีกจนถึงในปีงบประมาณที่ผู้นั้นมีอายุครบ 65 ปี บริบูรณ์ แต่ได้บัญญัติห้ามบุคคลผู้ที่ได้รับการขยายระยะเวลาการมีให้ดำรงตำแหน่งเป็นผู้บริหาร เช่น ตำแหน่งอธิการบดี ตำแหน่งรองอธิการบดี ฯลฯ เป็นต้น

เมื่อกรณีที่มีกฎหมายออกมาบังคับใช้ จำนวนสองฉบับ คือ พระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ดังกล่าว เช่นนี้แล้ว ทำให้เกิดมีข้อสงสัยว่า ในกรณีเช่นนี้ ผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง โดยเฉพาะ รศ.รังสรรค์ แสงสุข ซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง ในช่วงระยะเวลา ระหว่างวันที่ 16 มกราคม 2546 ถึงวันที่ 15 มกราคม 2550 นั้น จะต้องยึดถือหรือปฏิบัติตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 หรือ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 จึงจะถูกต้องที่สุด

และเมื่อกรณีเกิดเป็นคดีขึ้นตามเรื่องที่มีผู้กล่าวหาว่า รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.คิม ไชยแสนสุข และรศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ ร่วมกันออกคำสั่งขยายระยะเวลาการให้ รศ.รังสรรค์ แสงสุข และรศ.จำไพ สิริมนกุล โดยมีขอบด้วยกฎหมายตามเรื่องกล่าวหาหมายเลขดำที่ 50441790 ทำให้ผู้ที่ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย ในกรณีต่างๆ ดังต่อไปนี้ จะต้องปฏิบัติอย่างไรจึงจะถูกต้อง และเป็นธรรม หรือมีความยุติธรรมที่สุด

**ประการแรก** กรณี รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.คิม ไชยแสนสุข และ รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ ในขณะนั้น คือ ในช่วงระยะเวลาแห่งการทำคำร้องหรือคำสั่งเพื่อขอให้สภามหาวิทยาลัยขยายระยะเวลาการให้แก่ รศ.รังสรรค์ แสงสุข และ รศ.จำไพ สิริมนกุล นั้นจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 ที่มีอยู่ในขณะนั้นใช่หรือไม่ หรือจะให้ปฏิบัติให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ซึ่งมีผลบังคับใช้ในวันที่ 13 พฤศจิกายน 2547

ผู้เขียนมีความเห็นว่าในกรณี รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.คิม ไชยแสนสุข และ รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ ในขณะนั้น คือ ในช่วงระยะเวลาแห่งการทำคำร้องหรือคำสั่งเพื่อขอให้สภามหาวิทยาลัยขยายระยะเวลาการให้แก่ รศ.รังสรรค์ แสงสุข และ

รศ.จำเริญ สิริมนกุล ในขณะที่ทั้ง รศ.คิม ไชยแสนสุข และ รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ มีความจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 ซึ่งมีผลบังคับใช้อยู่ในขณะนั้น และประกอบกับตำแหน่งอธิการบดีนั้น เป็นไปตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 แต่หากในขณะนั้น รศ.คิม ไชยแสนสุข และ รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ ไม่กระทำการเช่นนั้นก็จะต้องมี ความผิดฐานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องทำ ส่วนเรื่อง การขยายระยะเวลาการนั้นเป็นเรื่องที่มีบัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติ มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน ในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 แต่กรณีเรื่องการห้ามผู้ขยายระยะเวลาการ โดยเหตุเกษียณอายุนั้นเพิงบัญญัติขึ้นภายหลังโดยบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 จึงไม่สมควรที่จะนำ มาบังคับใช้ในกรณีต่ออายุราชการ หรือขยายระยะเวลาการของ รศ.รังสรรค์ แสงสุข และไม่สมควรนำมาใช้กับตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง ของ รศ.รังสรรค์ แสงสุข ในช่วงระยะเวลาการดำรงตำแหน่งอธิการบดีระหว่าง วันที่ 16 มกราคม 2546 ถึง วันที่ 15 มกราคม 2550

**ประการที่สอง** กรณี คณะกรรมการ ป.ป.ช. ซึ่งเป็นผู้ที่ต้องบังคับใช้ กฎหมายในการพิจารณาไต่สวนคำร้องตามเรื่องกล่าวหาหมายเลขดำที่ 50441790 เพื่อทำคำสั่งชี้มูลความผิดนั้นคณะกรรมการ ป.ป.ช. จะต้องนำเอาพระราชบัญญัติ ฉบับใดมาใช้ระหว่าง พระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 ที่มีอยู่ ในขณะนั้นหรือไม่ หรือจะให้ปฏิบัติให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ พลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ซึ่งมีผลบังคับใช้ในวันที่ 13 พฤศจิกายน 2547

ในส่วนกรณี ตามประเด็นปัญหาที่ว่า คณะกรรมการ ป.ป.ช. นั้นสมควรใช้ พระราชบัญญัติฉบับใด ผู้เขียนมีความเห็นว่าในยุคสมัยนี้ ประกอบกับระเบียบปฏิบัติ ที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. จะต้องปฏิบัติในกรณีที่มีผู้เสียหายกล่าวหาว่ามี การกระทำความผิดต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ซึ่งคณะกรรมการ ป.ป.ช.

ดำเนินการไต่สวน ด้วยการตั้งคณะกรรมการขึ้นมาทำการไต่สวน เพื่อรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ เพื่อนำมาใช้ประกอบการพิจารณาและเป็นหลักฐานยืนยันว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้กระทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหา และนำพยานหลักฐานที่ได้มานั้นนำมาใช้เพื่อประกอบการพิจารณา และเพื่อใช้ยืนยันให้ได้ความจริงว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้บริสุทธิ์ ไปพร้อมๆ กันด้วยจึงจะถูกต้อง ตามทฤษฎีกฎหมายว่าด้วยการไต่สวน

หากคณะกรรมการ ป.ป.ช. และ/หรือคณะกรรมการไต่สวน ได้พยายามใช้กฎหมายทุกฉบับ หรือพยายามหาเหตุผลทุกเหตุผลเพื่อที่จะลงโทษผู้ถูกกล่าวหาให้จงได้ แล้วยอมเข้าหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ที่เรียกว่าเป็นลักษณะของระบบกล่าวหาโดยแท้ทั้งๆ ที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. นั้นเกิดขึ้นมาควบคุมักับระบบไต่สวนระบบนิติรัฐโดยแท้ และเมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้กระทำการในลักษณะที่พยายามทุกวิถีทางที่จะหาพยานหลักฐานมาลงโทษผู้ถูกกล่าวหาให้จงได้ เช่นนี้จึงเข้าลักษณะที่เหมือนกับระบบกล่าวหาในสมัยดั้งเดิม กล่าวคือ หากมีกรณีที่ว่า มีผู้กล่าวหาว่าบุคคลหนึ่งบุคคลใดกระทำความผิดอาญา และได้ไปแจ้งความต่อพนักงานสอบสวน เมื่อพนักงานสอบสวนได้รับแจ้งข้อกล่าวหาแล้ว พนักงานสอบสวนในยุคนั้นสมัยนั้น จะเร่งรีบทำการสืบสวนสอบสวนเพื่อหาความผิดของผู้ถูกกล่าวหาให้จงได้ เมื่อรวบรวมพยานหลักฐานที่บ่งบอกถึงความผิดของผู้ถูกกล่าวหาได้พอสมควรแล้ว พนักงานสอบสวนจะรับสำนวนคดีความนั้นเสนอต่อพนักงานอัยการ และเมื่อพนักงานอัยการได้รับสำนวนคดีความจากพนักงานสอบสวนแล้ว พนักงานอัยการจะรีบดำเนินการตรวจสำนวนคดีความนั้นว่าพนักงานสอบสวนได้รวบรวมพยานหลักฐานไว้เพียงพอที่จะฟ้องผู้ถูกกล่าวหาต่อศาลได้แล้วหรือไม่ หากพนักงานอัยการเห็นว่าพยานหลักฐานที่พนักงานสอบสวนรวบรวมมานั้นยังไม่พอที่จะฟ้องผู้ถูกกล่าวหาให้เป็นจำเลยต่อศาลได้ พนักงานอัยการก็จะทำหนังสือถึงพนักงานสอบสวนให้ทำการสอบสวน สืบสวนในประเด็นปัญหาต่างๆ เพิ่มเติมเพื่อให้ได้พยานหลักฐานแน่นหนาพอที่จะฟ้องผู้ถูกกล่าวหาให้เป็นจำเลยต่อศาลให้ได้ และเมื่อพนักงานสอบสวนดำเนินการสืบสวน สอบสวน จนครบกระบวนการตามที่พนักงานอัยการมีคำสั่งมาแล้ว จากนั้นพนักงานอัยการได้

ร่างฟ้องและส่งคำฟ้องนั้นไปพร้อมกับตัวผู้ต้องหาเพื่อฟ้องต่อศาลในที่สุด

จากกรณีคดีเรื่องกล่าวหา รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.คิม ไชยแสนสุข และ รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ ร่วมกันออกคำสั่งขยายระยะเวลาราชการให้ รศ.รังสรรค์ แสงสุข และรศ.รำไพ สิริมนกุล รองอธิการบดี โดยมีขอบ ตามเรื่องกล่าวหาเลขดำที่ 50441790 ในความคิดเห็นของผู้เขียน ยังไม่เห็นฟ้องด้วยกับกระบวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตลอดจนการประชุมลงมติชี้มูลความผิดของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เพราะผู้เขียนเห็นว่าในกรณีนี้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ควรจะใช้พระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 เป็นที่ตั้งในคดีฐานความผิดดังกล่าว ไม่ควรนำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มาประกอบการพิจารณา เพราะตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง นั้นเป็นตำแหน่งที่ได้มาตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 โดยแท้ หาได้เกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 แต่อย่างใดไม่ ประกอบกับพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มีผลบังคับใช้ภายหลังจากการเข้ารับตำแหน่งอธิการบดีของ รศ.รังสรรค์ แสงสุข และภายหลังจากที่ รศ.รังสรรค์ แสงสุข ได้รับมติให้ขยายอายุราชการเป็นที่เรียบร้อยแล้ว

**ประการที่สาม** กรณี ดร.สุเมธ แย้มมนุ่น เลขานุการคณะกรรมการการอุดมศึกษา ผู้ทำคำสั่งทางปกครองโดยมีคำสั่งไล่ออก รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.คิม ไชยแสนสุข และ รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ โดยในกรณีของ รศ.รังสรรค์ แสงสุข ให้มีผลย้อนหลังไปจนถึงวันที่ 1 ตุลาคม 2547 นั้นสมควรที่จะทำคำสั่งให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541 หรือ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547

สุดท้ายในกรณีของ ดร.สุเมธ แย้มมนุ่น เลขานุการคณะกรรมการการอุดมศึกษา ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ด้วยการมีคำสั่งไล่ออกกล่าวหา รศ.รังสรรค์ แสงสุข รศ.คิม ไชยแสนสุข และ รศ.เฉลิมพล ศรีหงษ์ โดยให้มีผลกับ รศ.รังสรรค์ แสงสุข ย้อนหลังไปจนถึงวันที่ 1 ตุลาคม 2547 นั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่

ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นการทำคำสั่งทางปกครองในกรณีที่ให้ผลของการบังคับใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ให้มีผลย้อนหลังไปจนถึงวันที่ 1 ตุลาคม 2547 ทั้งๆ ที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มีผลบังคับใช้ในวันที่ 13 พฤศจิกายน 2547 คำสั่งดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าบทความทางวิชาการนี้ อาจก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้อ่านบ้างไม่มากนักน้อย และหากมีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้เพื่อปรับปรุงแก้ไขต่อไป

๐๙๐๙๐๙๐๙๐๙

## ปฏิรูปประเทศไทยด้วยแนวคิดประชานิติศาสตร์\*

ดร.พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย\*\*

ช่วงเวลา 5-6 ปี ที่ผ่านมา ประเทศไทยต้องอยู่ในสภาวะการณ์รอยต่อทางการเมืองการปกครอง หรืออาจเรียกได้ว่า อยู่ใน “ช่วงเปลี่ยนผ่านทางการเมือง” (Political Transitional Period) รัฐบาลชุดแล้วชุดเล่าต่างกล่าวอ้างว่า ตนเองนั้นยึดหลักประชาธิปไตยบ้าง นิติรัฐบ้าง เพื่อแสดงให้เห็นถึงความชอบธรรมและความถูกต้องภายใต้การปกครองประเทศของตนเอง

คำถามคือ เราทราบได้อย่างไรว่า สิ่งที่รัฐบาลชุดแล้วชุดเล่ากล่าวอ้างเป็นจริง?

เกณฑ์ในการพิจารณาประเด็นดังกล่าว สามารถพิจารณาจากการที่รัฐได้ใช้อำนาจต่ำกว่ามาตรฐานที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ (Constitutional Standard) ว่าด้วยระบอบประชาธิปไตยหรือไม่ ซึ่งจะส่งผลถึงการไม่เป็นนิติรัฐไปด้วย

กล่าวอีกนัยหนึ่ง ตามหลักการแล้ว ระบอบประชาธิปไตยกับนิติรัฐมีความสัมพันธ์กันอย่างยิ่งยวดอันมีอาจที่จะแยกออกจากกันได้อย่างเป็นเอกเทศ หรือจะให้เข้าใจง่ายขึ้นต้องพูดว่า “ไม่มีประชาธิปไตย ไม่มีนิติรัฐ”

เพราะระบอบประชาธิปไตยและนิติรัฐต่างก็ “เป็นเสาที่ค้ำยันซึ่งกันและกัน” หากมีเสาต้นใดหักโค่นลงไป เสาอีกต้นหนึ่งก็ไม่สามารถที่จะดำรงคงอยู่ด้วยตัวของมันเองได้ เนื่องจากวัตถุประสงค์หลักที่ถูกต้องตรงกันระหว่างระบอบ

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 24 เมษายน 2554

\*\* คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ



ประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐคือ การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วยการเข้าไปจำกัดอำนาจรัฐ ยึดถือประโยชน์มหาชนเป็นใหญ่

เมื่อพิจารณาสภาพความเป็นจริงของบ้านเราพบว่า องค์กรหลักทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือแม้แต่ฝ่ายตุลาการ ในฐานะของ “ผู้ใช้อำนาจธิปไตยแทนประชาชน” กลับใช้อำนาจโดยเฉพาะอย่างยิ่งการตราและการบังคับใช้กฎหมายไปโดยยังไม่ได้คำนึงถึง “เจ้าของอำนาจ” มากพอ เช่นกฎหมายต่างๆ ที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจนเกินกว่าเหตุ บ้าง ปัญหาว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมายบ้าง ฯลฯ เป็นต้น

ผลคือ การปกครองประเทศจึงตกอยู่ใน “วังวนของชนกลุ่มหนึ่ง” เท่านั้น ทั้งนี้ แม้จะมีการตรารัฐธรรมนูญหลายฉบับเพื่อแก้ไขข้อขัดแย้งผ่านการกำหนดคถุภคภคต่างๆ ในการใช้อำนาจดังกล่าวไปให้มีความถูกต้องและเป็นธรรมมากขึ้น แต่ในโลกของความเป็นจริง “กฎหมายสูงสุด” นี้ก็เป็นเพียง “เอกสารทางการเมือง” ที่แสดงถึงการพุดคุด เจรจาตกลงกันเพื่อจัดสรรการใช้อำนาจและประสานผลประโยชน์ของกลุ่มชนชั้นนำเท่านั้น

นอกจากนี้ แม้จะมีการสถาปนากลไกเพื่อให้ “เจ้าของอำนาจธิปไตย” ได้เข้ามามีบทบาท ส่วนร่วมและมีอำนาจในการต่อรองกับ “ฝ่ายการเมือง” โดยตรงผ่าน “เครื่องมือต่างๆ” อาทิ การรวบรวมรายชื่อเพื่อเสนอร่างกฎหมายโดยประชาชนเองหากฝ่ายนิติบัญญัติไม่ดำเนินการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประชาชน การถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองต่างๆ หากไม่ประพฤติปฏิบัติตัวบทกฎหมาย การทำประชามติประชาพิจารณ์ในการตรา หรือแก้ไขตัวบทกฎหมายที่สำคัญอย่างรัฐธรรมนูญ ฯลฯ

แต่กลไกต่างๆ ที่ให้ประชาชนใช้ในการต่อรองและกดดันฝ่ายการเมืองว่าด้วยการตราและการบังคับใช้กฎหมายเหล่านี้ถือได้ว่าย่อมมีน้อยอยู่ ยังมีพักที่จะกล่าวถึงความบกพร่องอันนำไปสู่การต้อยประสิทธิภาพของกลไกต่างๆ เหล่านี้เสียด้วยซ้ำ เหล่านี้จึงเป็นปัจจัยสำคัญหนึ่งที่น่าไปสู่การออกมาเรียกร้องของประชาชนจำนวนมากและนำไปสู่กระแสการปฏิรูปประเทศครั้งใหญ่ในปัจจุบัน

ปัญหาเรื่อง “ความเป็นประชาธิปไตยในเชิงรูปแบบในการตราและการบังคับใช้กฎหมาย” ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งถูกยอมรับนับถือว่าเป็นประเทศประชาธิปไตยอันดับต้นๆ ประเทศหนึ่งของโลก จึงได้มีการเสนอแนวคิดในทางกฎหมาย (Legal Concept) ขึ้นมาเพื่อเป็นการส่งเสริม ผลักดัน และปรับปรุงให้ประเทศมีความเป็นประชาธิปไตยมากขึ้นและแท้จริง โดยความคิดดังกล่าวมีชื่อเรียกว่า “Demosprudence”

“Demosprudence” เป็นหลักการที่ถูกคิดประดิษฐ์ขึ้นโดยนักวิชาการทางนิติศาสตร์ 2 ท่าน ได้แก่ ศาสตราจารย์ ลานี กุญเนียร์ (Prof. Lani Guinier) แห่งโรงเรียนกฎหมาย มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด (Harvard Law School) โดยเป็นนักกฎหมายที่ต่อสู้เรียกร้องทางด้านสิทธิพลเมือง ความเท่าเทียมกันทางด้านเชื้อชาติ เพศ และระบอบประชาธิปไตยมาโดยตลอด ยิ่งไปกว่านั้น ท่านยังถือได้ว่าเป็นสตรีชาวแอฟริกันอเมริกัน (ผิวดำ) คนแรกที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ตลอดชีวิต ณ โรงเรียนกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ดอีกด้วย

อีกท่านหนึ่งคือ ศาสตราจารย์เจอร์รัล ทอร์เรส (Prof. Gerald Torres) แห่งโรงเรียนกฎหมาย มหาวิทยาลัยเท็กซัส-ออสติน (University of Texas at Austin School of Law) ซึ่งเคยดำรงตำแหน่งสำคัญอย่างประธานสภาโรงเรียนกฎหมายอเมริกันและที่ปรึกษาอดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม

เท่าที่ผู้เขียนทราบ ไม่มีนักวิชาการไทยในสายนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์กล่าวถึงแนวคิดนี้เลย มีเพียง ดร.พิชญ์ พงษ์สวัสดิ์ แห่งคณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่เคยเขียนบทความเกี่ยวกับหลัก “Demosprudence” บ้าง โดยได้แปลเป็นภาษาไทยว่า “ประชา-ตุลาการภิวัตน์” และ “ประชานิติศาสตร์”

ผู้เขียนเห็นว่า การใช้คำว่า “ประชานิติศาสตร์” แทนคำว่า “Demosprudence” น่าจะเป็นการถูกต้องและเหมาะสม เพราะหากพิจารณาตามรากศัพท์อย่างหยابๆ แล้ว คำนี้ประกอบขึ้นมาจากคำว่า “Demos” ซึ่งเป็นภาษากรีกโบราณ (อันเป็นรากศัพท์ของคำว่า ประชาธิปไตย หรือ Democracy) มีความหมายว่า “ประชาชน” และคำว่า “Prudence” ที่มาจากการลดรูปของคำเต็มว่า

“Jurisprudence” หมายถึง นิติศาสตร์

อนึ่ง คำว่า “นิติปรัชญาไทย” ก็เป็นอีกคำหนึ่งที่คุณเขียนเห็นว่าน่าจะเป็นคำที่ใช้ได้ เพราะคำว่า “Jurisprudence” นอกจากจะหมายถึง นิติศาสตร์แล้ว ก็ยังหมายถึง นิติปรัชญา ได้ด้วย

หลักการ “ประชาชนนิติศาสตร์” นั้นคือแนวคิดในทางนิติศาสตร์ที่ว่าด้วยการให้ความสำคัญในการตราบังคับใช้และการแก้ไขกฎหมายโดยผ่านการเคลื่อนไหวของประชาชนในภาคสังคม (Social Movement)

กล่าวคือ จำต้องมีการสร้างกลไก หรือรูปแบบใหม่ของระบอบประชาธิปไตยแบบตัวแทนให้เกิดขึ้น เพื่อนำไปสู่การปรับเปลี่ยนการกระจายการจตุสรอำนาจที่เพิ่มมากขึ้น ซึ่งมีใช้การกระจายการจตุสรอำนาจเยี่ยงรูปแบบเดิมๆ ที่ในทางรูปแบบดูประหนึ่งว่า จะมีการเปลี่ยนแปลงของโครงสร้างอำนาจ (Power Shift) แต่ในทางเนื้อหาแล้วก็เป็นเพียงการเปลี่ยนแปลงในลักษณะของ “ลูกตุ้มนาฬิกา” ที่เคลื่อนไปทางซ้ายทีขวาทีอย่างซ้ำไปซ้ำมา อันสะท้อนให้เห็นถึงการปรับเปลี่ยนเคลื่อนตัวของอำนาจระหว่างกลุ่มชนชั้นนำ (Groups of Elite) เท่านั้น เช่น กลุ่มชนชั้นนำทางการเมือง กลุ่มชนชั้นนำทางทหาร กลุ่มชนชั้นนำทางภาคธุรกิจ กลุ่มชนชั้นนำทางภาควิชาการ หรือแม้แต่มกลุ่มชนชั้นนำทางกฎหมายเอง เป็นต้น

แต่ “ประชาชนนิติศาสตร์” จะเป็นตัวเปลี่ยนแปลงโครงสร้างอำนาจที่แท้จริง (Actual Power Shift) ด้วยการ “ทำให้เสียงที่ไม่เคยมีใครได้ยินของประชาชน” ผู้ที่มีใช้กลุ่มชนชั้นนำ (Non-Elites) ดังขึ้น และนำไปสู่การพูดคุยถกเถียงกันอย่างเป็นทางการ กล่าวคือ ด้วยหลักการดังกล่าวจะทำให้กลุ่มผู้ที่มีใช้ชนชั้นนำได้มีโอกาสเข้าไปมีบทบาทและส่วนร่วม (Participation) ในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงสังคมในองครวม ไม่ว่าจะผ่านกระบวนการในการตรา การแก้ไข หรือการบังคับใช้กฎหมายเพื่อการเสริมสร้างระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริงผ่านการทำให้เกิดสภาวะ “เสียงส่วนใหญ่” อย่างแท้จริง

เพื่อให้เห็นภาพแนวคิด “ประชาชนนิติศาสตร์” ว่ามีบทบาทหน้าที่อย่างไร ในการส่งเสริมระบอบประชาธิปไตยอย่างไรที่ชัดเจนขึ้น อาจลองดูตัวอย่างการปรับใช้แนวคิดดังกล่าวกับการใช้อำนาจอธิปไตยของคร้ครต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

การบังคับใช้ตัวบทกฎหมายต่างๆ กับประชาชน เช่น

กรณีการบังคับกฎหมายความมั่นคงของประเทศ กล่าวคือ เมื่อภาครัฐโดยฝ่ายบริหารตัดสินใจเลือกที่จะใช้ตัวบทกฎหมายทำนองนี้ที่โดยสภาพแล้วถูกออกแบบให้บังคับใช้กับการก่อการจลาจลที่ร้ายแรง แต่ไม่ได้ออกแบบมาเพื่อบังคับใช้กับการชุมนุมทั่วไปซึ่งเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพในระบบประชาธิปไตย จึงมีการสื่อสารไปยังฝ่ายบริหารถึงการบังคับใช้กฎหมายที่ผิดพลาดด้วยการปฏิเสธการบังคับใช้กฎหมายนี้

จากปรากฏการณ์นี้จึงเห็นได้ว่า ผู้ชุมนุมในฐานะของปุถุชนทั่วไป (Ordinary People) ซึ่งมีได้มีส่วนร่วมในการเสนอ การร่าง และการบังคับใช้กฎหมายความมั่นคงได้ใช้พลังการเคลื่อนไหวของกลุ่มตนในการ “ส่งเสียง” (ด้วยการปฏิเสธถูกบังคับใช้กฎหมาย) ไปยังชนชั้นนำที่ปกติเป็นผูกขาดในการใช้อำนาจทางกฎหมาย (Legal Elites) ให้มีการปรับเปลี่ยนวัฒนธรรมแบบเดิมๆ (Culture Change) ที่อาจมีการเลือกใช้อำนาจ บังคับใช้กฎหมาย รวมไปถึงการตีความกฎหมาย (เพราะก่อนที่ฝ่ายบริหารจะเลือกกฎหมายมาบังคับใช้ก็ต้องผ่านกระบวนการตีความภายในองค์กรของตนเองว่าจะสามารถนำมาบังคับใช้กับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นได้หรือไม่อย่างไรด้วย) ที่ผิดพลาดและวัตถุประสงค์เสมออันนำไปสู่การทำลายระบอบประชาธิปไตย

ถ้าการส่งเสียงของกลุ่มชนที่มีชนชั้นนำผ่านการเคลื่อนไหวทางภาคสังคมดังกล่าวทำให้กลุ่มชนชั้นนำได้ตระหนักเข้าใจด้วยการฟังเสียงของประชาชนเพิ่มเติมมากขึ้น และกลับมาทบทวนว่าตนเองมีการกระทำอะไรที่ผิดพลาดไปหรือไม่อย่างไร หากภาครัฐเห็นด้วยก็จะนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงทางด้านวัฒนธรรมการบังคับใช้กฎหมาย หรือแม้แต่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวบทกฎหมาย (Legal Change) เพื่อให้สอดคล้องกับระบอบประชาธิปไตย ส่งผลไปยังการสถาปนาหลักนิติรัฐขึ้นในประเทศ และนำมาซึ่งความยุติธรรมในสังคมอันถือได้ว่าเป็นวัตถุประสงค์ของการปฏิรูปประเทศที่แท้จริงอีกด้วย

กล่าวโดยสรุปแล้ว แนวคิด “ประชาชนนิติศาสตร์” หรือ “Demosprudence” ถือได้ว่าเป็นหลักการที่น่าสนใจซึ่งชนชั้นนำในทางกฎหมายอย่าง ส.ส. และ ส.ว.

ในฐานะของผู้ตรากฎหมาย (Legislators) ก็ดี ครม. ในฐานะของผู้บริหารราชการแผ่นดินด้วยการบังคับใช้กฎหมายก็ดี และผู้พิพากษาในฐานะของผู้ตัดสินบรรทัดคดีต่างๆ ผ่านการตีความตีบทกฎหมายเองก็ดี พึงให้ความสำคัญในการศึกษาหาความรู้ และด้วยสภาพการณ์ทางการเมืองในปัจจุบัน ผู้เขียนเห็นว่า ควรมุ่งแก้ไขความเหลื่อมล้ำทางด้านเศรษฐกิจ ควบคู่กับการแก้ปัญหาความเหลื่อมล้ำทางด้านการเมือง โดยแนวคิดนี้สามารถที่จะอธิบายถึงปัญหาเรื้อรังโดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้อำนาจอธิปไตยผ่านการตรา แก้ไข และบังคับใช้กฎหมายที่เกิดขึ้นในประเทศไทยมาเป็นระยะเวลาอันได้ พร้อมทั้งนำไปสู่การแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยการเสริมสร้างกลไกต่างๆ อันนำประเทศไทยไปสู่ความเป็นประชาธิปไตยในทางเนื้อหามากขึ้น เพราะเราจำต้องตระหนักว่า แค่การเลือกตัวแทนมานั่งในฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายบริหารหาใช่ตัวบ่งชี้ว่าประเทศนั้นอยู่ในระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริงไม่!

อนึ่ง แนวคิด “ประชานิติศาสตร์” ยังคงมีรายละเอียดปลีกย่อยที่แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างจากระบอบมิอบ (Mobocracy) อีกทั้งสามารถนำไปประยุกต์ใช้ได้กับองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยได้อย่าง “องค์กรตุลาการ” ด้วย ซึ่งหากมีโอกาสผู้เขียนจะได้นำเสนอบทความในเรื่องดังกล่าวอย่างละเอียดต่อไป



# การร้องทุกข์ตามกฎหมาย ว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมัน\*

คนันท์ ชัยชนะ\*\*

การร้องทุกข์ของข้าราชการที่มีความคับข้องใจอันเกิดจากการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติการใดๆ ของผู้บังคับบัญชาในประเทศเยอรมันสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ 1) การร้องทุกข์อย่างไม่เป็นทางการ (Nichtförmlicher Rechtsbehelf) หรือที่เรียกว่า “การร้องเรียน” (Beschwerde) และ 2) การร้องทุกข์อย่างเป็นทางการ (Förmlicher Rechtsbehelf) หรือที่เรียกว่า “การอุทธรณ์” (Widerspruch)

## 1. การร้องเรียน

สิทธิในการร้องเรียนได้รับการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมัน<sup>1</sup> ผู้ร้องเรียนจะต้องร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาโดยตรงก่อนแล้วจึงจะมีสิทธิร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปตามลำดับ เว้นเสียว่าเป็นการร้องเรียนการกระทำของผู้บังคับบัญชาโดยตรงจึงจะสามารถร้องเรียนไปยัง

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 8 พฤษภาคม 2554

\*\* นิติศาสตรมหาบัณฑิต (Dipl.-jur.) มหาวิทยาลัย Göttingen ประเทศเยอรมัน, เนติบัณฑิตชั้นที่หนึ่ง (Erstes Staatsexamen) ประเทศเยอรมัน, นักกฎหมายทฤษฎี สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

<sup>1</sup> Bundesbeamtengesetz

ผู้บังคับบัญชาในลำดับถัดไปได้ทันที<sup>2</sup> นอกจากนี้ข้าราชการยังมีสิทธิร้องเรียนไปยัง “คณะกรรมการบุคลากร” (Personalrat)<sup>3</sup> ประจำหน่วยงานอีกด้วย

การร้องเรียนเป็นรูปแบบการร้องทุกข์อย่างไม่เป็นทางการ จึงมีความแตกต่างจากการอุทธรณ์ซึ่งเป็นการร้องทุกข์อย่างเป็นทางการ ดังต่อไปนี้

- (1) ไม่มีกำหนดระยะเวลาและไม่มีกำหนดรูปแบบการร้องเรียน
- (2) ไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง และ

(3) หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาเรื่องร้องเรียนไม่มีอำนาจดำเนินการแทนผู้ถูกร้องเรียน (kein Devolutiveffekt) เช่น กรณีการร้องเรียนการพิจารณาเลื่อนขั้นเงินเดือนของผู้อำนวยการกอง (ผู้บังคับบัญชาโดยตรง) ต่ออธิบดีกรม (ผู้บังคับบัญชาในลำดับถัดขึ้นไป) หากอธิบดีเห็นด้วยกับข้อร้องเรียนอธิบดีก็ไม่สามารถสั่งเลื่อนขั้นเงินเดือนให้ผู้ร้องเรียนได้ด้วยตนเอง แต่จะต้องใช้อำนาจสั่งการไปยังผู้อำนวยการกองให้ดำเนินการตามที่ตนเห็นว่าถูกต้องเหมาะสม โดยใช้อำนาจสั่งการตามระบบบังคับบัญชาตามกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน

ส่วนกรณีการร้องเรียนไปยังคณะกรรมการบุคลากรประจำหน่วยงานนั้น คณะกรรมการดังกล่าวไม่มีอำนาจสั่งการใดๆ ที่จะเป็นการผูกพันผู้บังคับบัญชา (ผู้ถูกร้องเรียน) ทั้งสิ้น แต่สามารถช่วยเหลือผู้ร้องเรียนได้โดยวิธีเจรจาไกล่เกลี่ยกับผู้บังคับบัญชาเพียงเท่านั้น<sup>4</sup>

<sup>2</sup> มาตรา 171 Bundesbeamtengesetz

<sup>3</sup> มีลักษณะคล้ายกับคณะกรรมการลูกจ้างในกฎหมายแรงงาน ประกอบด้วยตัวแทนข้าราชการ พนักงานราชการ และลูกจ้างของแต่ละหน่วยงาน มีหน้าที่คอยปกป้องสิทธิประโยชน์ของบุคลากรในหน่วยงานของตน โดยการเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจเรื่องบุคลากรของหน่วยงานนั้นๆ ซึ่งรูปแบบการมีส่วนร่วมนี้มีทั้ง “การให้ความเห็นชอบ” และ “การให้ความเห็น” ขึ้นอยู่กับว่ากฎหมายจะกำหนดให้เรื่องใดต้องให้คณะกรรมการฯ เข้ามามีส่วนร่วมในลักษณะใด

<sup>4</sup> มาตรา 68 Bundespersonalvertretungsgesetz

## 2. การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

ในกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมันไม่ได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการอุทธรณ์คำสั่งหรือการกระทำอื่นๆ ของผู้บังคับบัญชาไว้เป็นการเฉพาะ เพียงแต่มีบทบัญญัติบางมาตราที่กำหนดลักษณะพิเศษบางประการของการอุทธรณ์ตามกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือน<sup>5</sup> ดังนั้น โดยหลักแล้ว การดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจึงเป็นไปตามหลักการทั่วไปซึ่งกำหนดไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG) และกฎหมายวิธีพิจารณาศติปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO)

### 2.1 วัตถุประสงค์ของการอุทธรณ์

ลักษณะพิเศษประการแรกของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองตามกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือน คือ วัตถุประสงค์ของการอุทธรณ์ ตามหลักทั่วไปที่บัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาศติปกครองนั้น การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจะกระทำได้เฉพาะกรณีที่มีคำสั่งทางปกครองเป็นวัตถุประสงค์ข้อพิพาทเท่านั้น<sup>6</sup> ส่วนข้อพิพาทในกรณีอื่นๆ ผู้ฟ้องคดีสามารถยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครองได้ทันที แต่ในข้อพิพาทตามกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือนนั้น กฎหมายได้บัญญัติข้อยกเว้นกำหนดให้ข้าราชการผู้ประสงค์จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเสียก่อนไม่ว่าจะเป็นการฟ้องคดีประเภทใดก็ตาม<sup>7</sup> ดังนั้น ข้าราชการจึงสามารถยื่นอุทธรณ์การกระทำของผู้บังคับบัญชาได้ทุกประเภทไม่ว่าการกระทำนั้นจะมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ก็ตาม

### 2.2 ผู้มีสิทธิอุทธรณ์

ผู้มีสิทธิอุทธรณ์ตามระบบกฎหมายปกครองเยอรมันนั้น คือ ผู้ที่สามารถอ้างได้ว่า “ถูกละเมิดในสิทธิของตน” อันเนื่องมาจากการกระทำหรือละเว้น

<sup>5</sup> แต่การอุทธรณ์มาตรการลงโทษทางวินัยนั้น ได้รับการบัญญัติรายละเอียด ขั้นตอน และรูปแบบไว้เป็นการเฉพาะในกฎหมายวินัยข้าราชการ (Bundesdisziplinarordnung)

<sup>6</sup> มาตรา 68 Verwaltungsgerichtsordnung

<sup>7</sup> มาตรา 54 Beamtenstatusgesetz



กระทำของหน่วยงานของรัฐ<sup>8</sup> การกำหนดเงื่อนไขในลักษณะนี้เป็นการใช้ถ้อยคำที่มีความหมายแคบกว่าถ้อยคำในมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (“ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้...”) และมีความชัดเจนกว่าเพราะ “สิทธิ” ที่จะยกขึ้นมานั้นต้องเป็น “สิทธิในทางกฎหมายมหาชน” (das subjektive öffentliche Recht)<sup>9</sup> ที่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมาย เช่น สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ สิทธิที่ได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายลำดับรองลงมา หรือสิทธิที่เป็นผลพวงมาจากคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น

“สิทธิในทางกฎหมายมหาชน” คือ อำนาจที่กฎหมายมอบให้บุคคลเรียกร้องให้รัฐกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง<sup>10</sup> ในกรณีของข้าราชการนั้นเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาเป็นพิเศษเนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างข้าราชการกับรัฐเป็นความสัมพันธ์ที่เรียกว่า “นิติสัมพันธ์รูปแบบพิเศษ” (Sonderrechtsverhältnis)<sup>11</sup> ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ที่มีความใกล้ชิดกับรัฐมากกว่าบุคคลธรรมดาทั่วไป ทำให้ข้าราชการเป็นบุคคลที่มีสองสถานะในคนเดียวกัน ในด้านหนึ่งข้าราชการมีสถานะเป็นปัจเจกบุคคลที่มีสิทธิและหน้าที่ต่อรัฐตามที่กฎหมายกำหนด ในขณะที่อีกด้านหนึ่งข้าราชการก็เป็นส่วนหนึ่งของรัฐ เปรียบเสมือนเป็นฟันเฟืองตัวหนึ่งของระบบบริหารราชการแผ่นดิน เนื่องจากหน่วยงานของรัฐมีสถานะเป็นนิติบุคคล ไม่มีตัวตนอยู่จริง จึงต้องมีข้าราชการคอยเป็นแขนเป็นขาเพื่อให้ภารกิจต่างๆ ของหน่วยงานสามารถดำเนินไปได้จริง ในการพิจารณาว่าการกระทำของผู้บังคับบัญชากระทบกระเทือนต่อสิทธิของข้าราชการผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาหรือไม่จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นกระทบต่อข้าราชการผู้นั้นในสถานะใด ถ้าเป็นมาตรการที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและสถานภาพของข้าราชการ เช่น การบรรจุ การเลื่อนขั้นเงินเดือน การเลื่อนตำแหน่ง ฯลฯ ถือว่าเป็นมาตรการที่กระทบต่อข้าราชการผู้นั้นในฐานะ

<sup>8</sup> มาตรา 42 วรรคสอง Verwaltungsgerichtsordnung

<sup>9</sup> Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl., § 42 Rn. 81.

<sup>10</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., § 8 Rn. 2.

<sup>11</sup> Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl., Anh § 42 Rn. 67.

ปัจเจกบุคคล กระทบต่อนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐและข้าราชการ จึงต้องถือว่ามี การกระทบในสิทธิทางกฎหมายมหาชนของข้าราชการผู้นั้น แต่ถ้ากรณีเป็นเพียง มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ภายในหน่วยงานนั้น เช่น กรณีคำสั่ง มอบหมายงานให้รับผิดชอบ คำสั่งกำหนดรายละเอียดการปฏิบัติหน้าที่ การ กำหนดวันส่งงาน การเรียกมาประชุมหารือ การกำหนดสถานที่นั่งทำงาน เป็นต้น โดยหลักแล้วไม่ถือว่ามี การกระทบสิทธิเกิดขึ้นเพราะไม่ได้ปฏิบัติต่อข้าราชการผู้นั้น ในฐานะ “บุคคล” แต่ถือว่าเป็น “ส่วนหนึ่ง” ของฝ่ายปกครอง<sup>12</sup>

### 2.3 หน่วยงานวินิจฉัยอุทธรณ์

กฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมันกำหนดให้การพิจารณา วินิจฉัยอุทธรณ์นั้นเป็นอำนาจของรัฐมนตรีประจำกระทรวง ซึ่งสามารถโอนอำนาจ ดังกล่าวไปยังหน่วยงานในลำดับรองลงมาได้<sup>13</sup> และในทางปฏิบัติก็มักจะมีการโอน อำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไปยังหน่วยงานในลำดับรองลงมาเพื่อเป็นการแบ่งเบาภาระ ของรัฐมนตรี<sup>14</sup> ทั้งนี้ ข้าราชการผู้ใดประสงค์ใช้สิทธิอุทธรณ์จะต้องยื่นคำอุทธรณ์ ต่อผู้บังคับบัญชาที่ตนประสงค์จะได้แย้งเสียก่อน เมื่อผู้บังคับบัญชาพิจารณาอุทธรณ์ แล้วไม่เห็นจึงจะส่งคำอุทธรณ์ต่อไปยังหน่วยงานวินิจฉัยอุทธรณ์ที่ได้รับการโอน อำนาจมาจาก รัฐมนตรีประจำกระทรวง<sup>15</sup>

อนึ่ง ในระบบกฎหมายเยอรมันไม่มีการจัดตั้งคณะกรรมการอิสระขึ้น มาเพื่อวินิจฉัยอุทธรณ์ของข้าราชการโดยเฉพาะดังเช่นคณะกรรมการพิทักษ์ระบบ คุณธรรม (ก.พ.ค.) ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

<sup>12</sup> Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, S. 612; vgl. auch BVerwGE 14, 84; 41, 253.

<sup>13</sup> มาตรา 54 วรรคสาม Beamtenstatusgesetz

<sup>14</sup> Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, 6. Aufl., Rn. 305.

<sup>15</sup> มาตรา 70 VwGO

## 2.4 ระยะเวลาอุทธรณ์

การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungswiderspruch) จะต้องยื่นคำอุทธรณ์ภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว ส่วนการอุทธรณ์ขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungswiderspruch) จะต้องยื่นคำอุทธรณ์ภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับการปฏิเสธที่จะออกคำสั่งนั้น<sup>16</sup>

สำหรับกรณีการอุทธรณ์มาตรการอื่นๆ ที่ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง แม้กฎหมายไม่ได้กำหนดเรื่องระยะเวลาอุทธรณ์ไว้ แต่ถ้าผู้ยื่นคำอุทธรณ์ปล่อยเวลาให้ผ่านไปนานเกินควรก็อาจถูกตัดสิทธิในการอุทธรณ์ได้ (Verwirkung) ซึ่งเป็นไปตามหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ (Rechtssicherheit)<sup>17</sup>

## 2.5 ผลของการยื่นอุทธรณ์

ในขณะที่มาตรา 44 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติให้การอุทธรณ์ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง แต่ในกฎหมายเยอรมัน โดยหลักแล้วการยื่นอุทธรณ์ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดจะมีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง (Suspensiv-effekt)<sup>18</sup> เว้นแต่กฎหมายหรือเจ้าหน้าที่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น กรณีที่กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นไว้ คือ กรณีคำสั่งโยกย้าย (Versetzung) และคำสั่งให้ไปปฏิบัติราชการหน่วยงานอื่นเป็นการชั่วคราว (Abordnung)<sup>19</sup> การอุทธรณ์คำสั่งทั้งสองประเภทนี้ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่ง หากผู้ยื่นอุทธรณ์ประสงค์จะยับยั้งการบังคับตามคำสั่งระหว่างการพิจารณาอุทธรณ์ ผู้อุทธรณ์จะต้องยื่นคำขอต่อศาลปกครองให้ออกมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว<sup>20</sup>

<sup>16</sup> มาตรา 70 VwGO

<sup>17</sup> Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, 6. Aufl., Rn. 304.

<sup>18</sup> มาตรา 80 VwGO

<sup>19</sup> มาตรา 54 วรรคสี่ Beamtenstatusgesetz

<sup>20</sup> มาตรา 80 วรรคห้า VwGO

## 2.6 การวินิจฉัยอุทธรณ์

หน่วยงานวินิจฉัยอุทธรณ์มีอำนาจตรวจสอบทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย รวมไปถึงความเหมาะสม (Zweckmäßigkeit) ของมาตรการที่ถูกโต้แย้งอีกด้วย และเมื่อมีความเห็นเป็นประการใด ก็สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามนั้นได้ทันทีด้วยตนเอง เช่น เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หรือออกคำสั่งทางปกครองที่ผู้ยื่นอุทธรณ์ปรารถนา ไม่จำเป็นต้องสั่งการเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาคู่กรณีนำไปปฏิบัติตามอีกทอดหนึ่ง อำนาจของหน่วยงานวินิจฉัยอุทธรณ์ในการที่จะปฏิบัติหรือออกคำสั่งแทนผู้บังคับบัญชาคู่กรณีในลักษณะดังกล่าวนี้เป็นผลอีกประการหนึ่งของการยื่นอุทธรณ์ เรียกว่า Devolutiveffekt<sup>21</sup> ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของการร้องทุกข์อย่างเป็นทางการ

## 3. การฟ้องร้องต่อศาล

กฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมันกำหนดให้การฟ้องคดีทุกประเภทที่เกี่ยวข้องกับสิทธิ หน้าที่ หรือสถานะความเป็นข้าราชการ ตกอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง<sup>22</sup> ทั้งนี้ มีเงื่อนไขว่าผู้ฟ้องคดีจะต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองให้เสร็จสิ้นเสียก่อน แล้วจึงจะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ โดยผู้ฟ้องคดีต้องยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครองภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ได้รับแจ้งผลการวินิจฉัยอุทธรณ์<sup>23</sup>

เงื่อนไขการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนี้เป็นเงื่อนไขสำหรับการฟ้องคดีทุกประเภทไม่เฉพาะการฟ้องคดีที่มีคำสั่งทางปกครองเป็นวัตถุแห่งข้อพิพาทเท่านั้น (การฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) และการฟ้องให้ออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage)<sup>24</sup> ซึ่งเงื่อนไขนี้กฎหมายระเบียบ

<sup>21</sup> Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl., § 68 Rn. 9.

<sup>22</sup> มาตรา 54 วรรคหนึ่ง Beamtenstatusgesetz

<sup>23</sup> มาตรา 74 VwGO

<sup>24</sup> มาตรา 54 วรรคสอง Beamtenstatusgesetz

ข้าราชการพลเรือนเยอรมันได้กำหนดไว้เป็นการแตกต่างจากหลักทั่วไปตามบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความศาลปกครองที่กำหนดเงื่อนไขการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เฉพาะสำหรับการฟ้องคดีที่มีคำสั่งทางปกครองเป็นวัตถุแห่งข้อพิพาทเท่านั้น<sup>25</sup>

ในการพิจารณาคำฟ้อง ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบเฉพาะประเด็นความชอบด้วยกฎหมาย (Rechtmäßigkeit) เท่านั้น<sup>26</sup> ต่างจากหน่วยงานวินิจฉัยอุทธรณ์ซึ่งมีอำนาจตรวจสอบในเรื่องความเหมาะสม (Zweckmäßigkeit) ของการกระทำของผู้บังคับบัญชาด้วย อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายนั้นครอบคลุมไปถึงการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาด้วย แต่มิได้เป็นการตรวจสอบว่าผู้บังคับบัญชาใช้ดุลพินิจ “เหมาะสม” หรือไม่ หากแต่เป็นการตรวจสอบว่าผู้บังคับบัญชานั้นใช้ดุลพินิจบกพร่อง (Ermessensfehler) หรือใช้ดุลพินิจเกินขอบเขต (Ermessensüberschreitung) หรือไม่<sup>27</sup>

ในกรณีการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ศาลมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ด้วยตนเองทันที<sup>28</sup> ไม่ต้องกำหนดค่าบังคับให้ผู้บังคับบัญชาไปเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอีกทอดหนึ่ง คำพิพากษาประเภทนี้จึงเป็นคำพิพากษาที่มีผลเป็นการลบล้างหรือเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์โดยตรง (Gestaltungsurteil)

สำหรับกรณีการฟ้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง กรณีนี้ศาลไม่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองนั้นได้ด้วยตนเอง แต่จะต้องพิพากษาสั่งการให้ผู้บังคับบัญชาคู่กรณีออกคำสั่งทางปกครองที่ผู้ฟ้องคดีประสงค์ ต่างจากหน่วยงานวินิจฉัยอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองได้ด้วยตนเอง<sup>29</sup>

<sup>25</sup> มาตรา 68 VwGO

<sup>26</sup> มาตรา 113 วรรคหนึ่ง VwGO

<sup>27</sup> มาตรา 114 VwGO

<sup>28</sup> มาตรา 113 วรรคหนึ่ง VwGO

<sup>29</sup> กรณาดูด้านบน

ส่วนกรณีการฟ้องให้กระทำหรือละเว้นการกระทำประเภทอื่นๆ ศาลก็ต้องกำหนดค่าบังคับในคำพิพากษาสั่งให้ผู้บังคับบัญชาคุ้มครองรักษาหรือละเว้นการกระทำเช่นเดียวกับในกรณีการฟ้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง

#### 4. กรณีปัญหา - การโต้แย้งการแต่งตั้งและโยกย้าย

##### 4.1 การแต่งตั้ง

###### (1) ข้อความทั่วไปเกี่ยวกับการแต่งตั้ง

การแต่งตั้ง (Ernennung) เป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งแต่งตั้งใน 4 กรณี ดังนี้ (1) การบรรจุ (Einstellung) (2) การเปลี่ยนสถานะจากข้าราชการฝึกหัดหรือชั่วคราว เป็นข้าราชการประจำ (Umwandlung) (3) การเลื่อนตำแหน่ง (Beförderung) และ (4) การเปลี่ยนสายงาน (Aufstieg)<sup>30</sup>

การแต่งตั้งเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความสำคัญเพราะเป็นคำสั่งที่มีผลเป็นการก่อหรือเปลี่ยนแปลงสถานะความเป็นข้าราชการซึ่งจะมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่จำนวนมากของผู้ที่ได้รับการแต่งตั้ง กฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมันจึงได้ให้ความสำคัญคุ้มครองคำสั่งแต่งตั้งไว้เป็นพิเศษ โดยกำหนดให้การเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งนั้นสามารถกระทำได้อย่างจำกัด เฉพาะกรณีที่คำสั่งแต่งตั้งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีพฤติการณ์อื่นประกอบด้วย เช่น การแต่งตั้งเกิดจากการบังคับข่มขู่ หลอกลวง หรือติดสินบนเจ้าหน้าที่ เป็นต้น<sup>31</sup> การเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งตามกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมันจึงมีเงื่อนไขที่แตกต่างไปจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองทั่วไป ตามบทบัญญัติในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

<sup>30</sup> มาตรา 10 Bundesbeamten-gesetz

<sup>31</sup> มาตรา 14 Bundesbeamten-gesetz

## (2) การโต้แย้งคำสั่งแต่งตั้งผู้อื่น

ในกรณีการเปิดรับสมัครหาผู้ดำรงตำแหน่งที่ยังว่างอยู่ หากมีผู้สมัครมากกว่าจำนวนตำแหน่งที่ว่าง จะมีประเด็นคำถามเกิดขึ้นว่า ผู้สมัครที่ไม่ได้รับการแต่งตั้งจะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายอย่างไร ในประเด็นนี้ต้องแยกพิจารณาออกเป็น 2 กรณี คือ 1) กรณีที่ได้มีการออกคำสั่งแต่งตั้งไปแล้ว และ 2) กรณีที่ยังไม่ได้ออกคำสั่งแต่งตั้ง แต่ผู้สมัครรู้ว่าตนเองจะไม่ได้รับการคัดเลือก

กรณีที่ได้มีการออกคำสั่งแต่งตั้งไปแล้ว ปัจจุบันยังคงเป็นที่ถกเถียงกันในทางวิชาการว่าศาลปกครองจะมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการหรือไม่<sup>32</sup> แต่เสียงส่วนใหญ่รวมทั้งแนวคำพิพากษาของศาลปกครองเห็นว่า หากมีการแต่งตั้งเรียบร้อยแล้ว ศาลปกครองไม่อาจเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งได้ แม้จะเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม<sup>33</sup> โดยความเห็นของฝ่ายนี้ได้ให้ความสำคัญกับ “ความมั่นคงขององค์กร” (Ämterstabilität)<sup>34</sup> และ “ความสามารถในการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง” (Funktionsfähigkeit der Verwaltung) การปล่อยให้มีการฟ้องโต้แย้งคำสั่งแต่งตั้งจะก่อให้เกิดความไม่มั่นคงในระบบราชการ ประกอบกับเมื่อพิจารณาว่าการพิจารณาคดีของศาลมักใช้เวลานานยืดเยื้อและไม่อาจคาดเดาได้ว่าศาลจะตัดสินเป็นประการใด ข้าราชการที่ได้รับการแต่งตั้งย่อมไม่อาจแน่ใจได้ว่าตนจะอยู่ในตำแหน่งได้อีกนานเพียงใด ก่อให้เกิดความไม่มั่นใจในตำแหน่งและการปฏิบัติหน้าที่ของตน อันจะเป็นผลเสียกระบบราชการโดยรวมในที่สุด นอกจากนี้ การคุ้มครอง “ความมั่นคงขององค์กร” ยังสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือน ซึ่งสะท้อนให้เห็นได้ในบทบัญญัติที่จำกัดอำนาจฝ่ายปกครองในการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

<sup>32</sup> ดูรายละเอียดข้อสนับสนุนและข้อโต้แย้งของความเห็นแต่ละฝ่ายได้ใน Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, 6. Aufl., Rn. 313 ff.

<sup>33</sup> BVerwGE 15, 3; 19, 252; 80, 127.

<sup>34</sup> BVerwGE 80, 127; Kunig, in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl., 6. Abschn., Rn. 91.

ในเมื่อไม่สามารถฟ้องโต้แย้งคำสั่งแต่งตั้งผู้อื่นได้แล้ว การจะฟ้องให้แต่งตั้งตนเองดำรงตำแหน่งแทนผู้ที่ได้รับแต่งตั้งไปแล้วย่อมไม่อาจกระทำได้ เพราะไม่เหลือตำแหน่งว่างอีกต่อไปแล้ว ถือเป็น การพ้นวิสัยในทางกฎหมาย (Rechtliche Unmöglichkeit)<sup>35</sup>

ดังนั้น ในกรณีที่มีการแต่งตั้งผู้อื่นไปเรียบร้อยแล้ว ผู้สมัครที่ไม่ได้รับแต่งตั้งสามารถทำได้เพียงการฟ้องเรียกร้องค่าเสียหาย<sup>36</sup> ซึ่งเป็นไปได้ค่อนข้างยากเพราะผู้ฟ้องคดีจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าถ้าฝ่ายปกครองพิจารณาคัดเลือกอย่างถูกต้องตามกฎหมายแล้วตนจะได้รับการคัดเลือกอย่างแน่นอน

เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน จึงได้สร้างหลักกฎหมายโดยกำหนดให้ผู้มีอำนาจแต่งตั้งมีหน้าที่แจ้งผลการตัดสินใจ (การปฏิเสธผู้สมัคร) ให้ผู้สมัครที่ถูกปฏิเสธได้ทราบก่อนจะออกคำสั่งแต่งตั้งผู้สมัครคนอื่น<sup>37</sup> ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้สมัครที่ถูกปฏิเสธได้ดำเนินการขอความคุ้มครองทางศาลได้ทันเวลา เช่น การฟ้องบังคับให้คัดเลือกตน การฟ้องให้นำใบสมัครของตนกลับมาพิจารณาอีกครั้ง รวมถึงการฟ้องให้ศาลปกครองออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เพื่อระงับยับยั้งมิให้มีการแต่งตั้งเกิดขึ้นในระหว่างที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีในศาล

## 4.2 คำสั่งโยกย้าย

การโยกย้ายตามกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมัน มี 2 ประเภท ได้แก่ การโยกย้ายระหว่างหน่วยงาน (Versetzung) และการโยกย้ายภายในหน่วยงาน (Umsetzung)

การโยกย้ายระหว่างหน่วยงาน (Versetzung) เป็นการโยกย้ายให้ไปดำรงตำแหน่งใหม่พร้อมกับภาระหน้าที่ใหม่ในหน่วยงานอื่นอย่างถาวร<sup>38</sup> เป็นคำสั่ง

<sup>35</sup> Scheerbarth/Höffken, Beamtenrecht, § 12 III 2 d; Vgl. auch § 49 Abs. 1 BHO; BVerwGE 101, 112, 114.

<sup>36</sup> BVerwGE 13, 17; 80, 127.

<sup>37</sup> BVerfG NJW 1990, 501.

<sup>38</sup> มาตรา 28 Bundesbeamtengesetz



ที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะ (ตำแหน่ง) และสิทธิของข้าราชการโดยตรง จึงถือเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง<sup>39</sup>

เนื่องจากคำสั่งโยกย้ายระหว่างหน่วยงานไม่ได้รับการคุ้มครองไว้เป็นพิเศษอย่างเช่นคำสั่งแต่งตั้ง ผู้ที่ถูกโยกย้ายจึงสามารถโต้แย้งได้ตามปกติเหมือนการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองประเภทอื่นๆ ทั่วไป<sup>40</sup>

สำหรับการโยกย้ายภายในหน่วยงาน (Umsetzung) นั้น เป็นเพียงคำสั่งเปลี่ยนแปลงหน้าที่และความรับผิดชอบภายในหน่วยงานนั้น เช่น การย้ายฝ่าย ไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่ข้าราชการผู้ถูกโยกย้ายในลักษณะนี้ก็มีสิทธิอุทธรณ์ และฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้หากเป็นคำสั่งที่กระทบต่อสิทธิในทางกฎหมายมหาชนของบุคคลนั้น โดยพิจารณาตามหลักที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น<sup>41</sup>

### ๐๘๐๖๐๘๐๖

<sup>39</sup> Behrens, Beamtenrecht, 2. Aufl., S. 40.

<sup>40</sup> OVG Weimar DÖV 1998, 607 ff.

<sup>41</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์ BVerwGE 75, 138; BVerwG NJW 1988, 783; NVwZ 1997, 72.

# ความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กับมาตรการกำกับดูแลฝ่ายบริหารของเทศบาล ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496\*

ไกรพล อรัญรัตน์\*\*

## บทนำ

“เทศบาล” เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบหนึ่งที่ถูกจัดตั้งขึ้นมาบนพื้นฐานของแนวคิด

ในการกระจายศูนย์อำนาจการปกครอง จากเดิมที่ส่วนกลางดำเนินการปกครอง เปลี่ยนเป็นให้อำนาจในการปกครองตกอยู่กับบรรดาประชาชนในท้องถิ่นนั้นๆ เอง โดยที่ส่วนกลางจะลดบทบาทหน้าที่ของตนลงไปจากเดิมที่ปกครองเองทั้งหมดทั่วราชอาณาจักร เหลือเพียงการกำกับดูแลบรรดาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหลายอยู่ห่างๆ เท่านั้น เพื่อให้ท้องถิ่นมีความเป็นอิสระ มีเจตจำนงอิสระอย่างแท้จริงในการเลือกสิ่งที่ดีที่สุดให้กับตน ไม่ว่าจะเป็นการเลือกผู้บริหารท้องถิ่น หรือผู้แทนในสภาท้องถิ่นด้วยตัวเอง

หลักเรื่องความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนี้ ได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อย่างชัดเจนในมาตรา 281 และมาตรา 282 ดังนั้นจึงทำให้เข้าใจได้อย่างแจ่มชัดว่า เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 8 พฤษภาคม 2554

\*\* นิสิตชั้นปีที่ 4 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ฉบับนี้ต้องการให้ความเป็นอิสระแก่ประชาชนในท้องถิ่นที่จะปกครองและกำหนดความเป็นไปของท้องถิ่นตนเอง ภายใต้การกำกับดูแลของส่วนกลาง**เท่าที่จำเป็นเท่านั้น**

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาเบื้องต้นพบว่า มาตรการทางกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ส่วนกลางในการกำกับดูแลฝ่ายบริหารของเทศบาลในปัจจุบันนั้นมีลักษณะที่ “เกินกว่าจำเป็น” มากพอสมควรเลยทีเดียว ซึ่งในประเด็นนี้ข้าพเจ้าเห็นว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่งยวด เพราะถ้าหากอำนาจของส่วนกลางตามที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ มีลักษณะที่กระทบถึงเจตจำนงของประชาชนในท้องถิ่น ก็เท่ากับว่าหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามที่บัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญถูกระงับด้วยโดยตรง และทำให้เกิดความขัดแย้งกันระหว่างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติในกฎหมายลำดับรอง

ประเด็นเรื่องมาตรการทางกฎหมายที่ส่วนกลางใช้ในการกำกับดูแลฝ่ายบริหารของเทศบาลตามพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2486 นั้นจะเป็นประเด็นหลักที่ข้าพเจ้ามุ่งทำการศึกษาในรายงานการวิจัยฉบับนี้ว่ามีความเหมาะสมและสอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้วหรือไม่ รวมทั้งนำเสนอความคิดเห็นและข้อเสนอแนะอีกด้วย

ทั้งนี้ ในการนำเสนอรายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง “ความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กับมาตรการกำกับดูแลฝ่ายบริหารของเทศบาลตามพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496” ฉบับนี้ ข้าพเจ้าขอนำเสนอโดยแยกออกเป็น 5 หัวข้อดังนี้

- 1.) แนวคิดในการกระจายอำนาจและการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
- 2.) เทศบาลและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารเทศบาล
- 3.) ความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับมาตรการกำกับดูแลฝ่ายบริหารของเทศบาล

4.) มาตรการกำกับดูแลฝ่ายบริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในต่างประเทศ

5.) บทสรุปและข้อเสนอแนะ

## 1.) แนวคิดในการกระจายอำนาจและการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ก่อนที่จะเราจะทำความเข้าใจในประเด็นอื่น จำเป็นที่จะต้องมีความเข้าใจพื้นฐานเกี่ยวกับแนวคิดในการกระจายอำนาจและการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเสียก่อนว่ามีหลักการอย่างไร เพราะแนวคิดในการกระจายอำนาจถือเป็นแนวคิดอันเป็นรากฐานที่ทำให้เกิดองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในปัจจุบัน

เดิมทีเดียว อำนาจในการบริหารปกครองประเทศนั้นอยู่ภายใต้การดำเนินการของราชการส่วนกลางอันได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม อย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด มีผลทำให้การตัดสินใจดำเนินกิจกรรมหรือนโยบายสาธารณะอย่างใดๆ ภายในประเทศ มาจากส่วนกลางทั้งสิ้น ซึ่งรูปแบบการจัดโครงสร้างการปกครองลักษณะนี้เราเรียกกันว่าการปกครองแบบรวมศูนย์อำนาจ อย่างไรก็ตาม เมื่อเวลาผ่านไประยะหนึ่งก็เกิดปัญหาขึ้นมาว่า อาณาเขตที่อยู่ภายใต้การปกครองของส่วนกลางนั้น มีพื้นที่กว้างใหญ่ไพศาลมาก ทำให้การปกครองดูแลของส่วนกลางทำได้ไม่ทั่วถึง จึงเกิดแนวความคิดที่จะให้ส่วนกลางส่งตัวแทนของตนออกไปปกครองประจำตามพื้นที่ต่างๆ ตลอดอาณาเขตของประเทศ โดยรับคำสั่งบัญชาโดยตรงจากส่วนกลาง เพื่อให้การปกครองดูแลเป็นไปอย่างทั่วถึงทุกพื้นที่และมีความรวดเร็วกว่าเก่า ซึ่งการปกครองในรูปแบบที่พัฒนาขึ้นมาี้เรียกว่าการปกครองแบบแบ่งอำนาจ

ถึงกระนั้นก็ตาม การปกครองแบบแบ่งอำนาจก็ยังเป็นรูปแบบการปกครองโดยคำสั่งบัญชาของส่วนกลางอยู่ดี การดำเนินการต่างๆ รวมถึงการเลือกตั้งผู้ปกครองก็ยังคงมาจากส่วนกลางเป็นหลัก ทำให้บางครั้งการตัดสินใจดำเนินการใดๆ ไม่เป็นไปตามความต้องการหรือเจตนารมณ์ที่แท้จริงของประชาชนในพื้นที่

จึงนำมาซึ่งแนวคิดในการกระจายอำนาจในการปกครองไปให้กับประชาชนในท้องถิ่นต่างๆทั่วประเทศ ทำการปกครองตนเองโดยไม่ต้องรับคำสั่งจากส่วนกลาง รวมถึงให้อำนาจประชาชนในท้องถิ่นนั้นๆ ตัดสินใจที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดได้ด้วยตนเอง ทั้งนี้ **เพื่อให้เกิดความรวดเร็วในการดำเนินกิจการสาธารณะต่างๆ รวมถึงเพื่อให้การปกครองเป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นมากที่สุด** ซึ่งการปกครองในลักษณะหลังที่กล่าวมานี้เรียกว่าการปกครองแบบ “กระจายอำนาจ” นั่นเอง

สำหรับอำนาจที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้รับมาจากการกระจายอำนาจทางปกครองของส่วนกลางนั้น หากพิจารณาว่าเดิมทีเดียว ส่วนกลางเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการแต่เพียงผู้เดียว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ได้รับการกระจายมาซึ่งอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหารเท่านั้น แต่ในส่วนของอำนาจตุลาการ ไม่ได้มีการกระจายมาให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่อย่างใด ซึ่งเราสามารถสังเกตได้จากที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกรูปแบบจะมีผู้บริหารท้องถิ่นทำหน้าที่กำหนดนโยบาย และมีสภาท้องถิ่นทำหน้าที่ออกกฎหมายเท่านั้น หาได้มีศาลประจำท้องถิ่นที่เป็นอิสระจากส่วนกลางไม่ ดังนั้นอำนาจที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถใช้ได้อย่างมีอิสระก็คือ อำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม แม้อำนาจที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีอิสระในการใช้อำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ แต่ก็หาได้มีอิสระปราศจากการควบคุมดูแลจากส่วนกลางอย่างเด็ดขาด เพราะการใช้อำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังคงต้องอยู่ภายใต้การ “กำกับดูแล” ของส่วนกลางอยู่นั่นเอง เพื่อรักษาความเป็นเอกภาพในการปกครองประเทศ ดังคำกล่าวของท่านปรีดี พนมยงค์ ที่ว่า **“...แม้การปกครองส่วนท้องถิ่นจะให้เสรีภาพแก่ท้องถิ่นนั้นโดยมากที่สุดก็ดี แต่รัฐบาลก็จำเป็นที่จะต้องควบคุมดูแลเทศบาลนั้น การจะตัดอิสรภาพให้ไปอยู่ในอำนาจและหน้าที่ของเทศบาลหรือท้องถิ่นโดยที่ไม่มีมีการกำกับดูแล ก็เท่ากับแยกประเทศสยามออกเป็นส่วนเล็กส่วนน้อย เหตุฉะนั้น**

**ไม่ว่าประเทศใดที่มีการปกครองแบบเทศบาลเจริญถึงขีดสุดแล้วก็ตาม อำนาจของประเทศที่จะต้องควบคุมดูแลเทศบาลนั้นยังคงมีอยู่เสมอ”<sup>1</sup>**

จะเห็นได้ว่ามาตรการทางกฎหมายหรืออำนาจที่ส่วนกลางใช้ในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น มีความสำคัญเป็นอย่างมาก เพราะจะเป็นเครื่องชี้วัดว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความเป็นอิสระมากน้อยเพียงไร และสอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่ กล่าวคือ ถ้าหากกฎหมายกำหนดมาตรการกำกับดูแลที่มีความเข้มข้นจนกระทบเจตจำนงของประชาชนในท้องถิ่นก็แสดงว่าท้องถิ่นนั้นไม่มีความเป็นอิสระเท่าที่ควร ในทางกลับกันถ้ากฎหมายกำหนดมาตรการกำกับดูแลที่ไม่มีประสิทธิภาพก็จะทำให้ท้องถิ่นมีอิสระมากจนเกินไป ซึ่งจะทำให้เกิดความเสี่ยงในการบริหารปกครององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และอาจทำให้การปกครองประเทศชาติไร้ซึ่งเอกภาพในที่สุด ดังนั้น จึงถือเป็นความท้าทายอย่างมากที่เราจะต้องกำหนดมาตรการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้มีความเหมาะสม ไม่มากหรือน้อยจนเกินไป ดังที่ ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ ได้กล่าวเอาไว้ว่า “.....**ไม่มีเสรีภาพที่ไหนที่ปราศจากความเสี่ยง ความเสี่ยงในการบริหารงานที่ไม่มีความสมบูรณ์ในตัวเองจึงเป็นราคาที่จะต้องจ่ายเพื่อแลกเปลี่ยนกับเสรีภาพของผู้มีส่วนได้เสียที่จะบริหารงานกิจการของตนด้วยตนเอง อย่างไรก็ตาม ความเสี่ยงนี้ไม่ควรจะมีปริมาณที่มากเกินไป ความสมบูรณ์จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อเราเห็นว่าทำให้ส่วนกลางหรือผู้แทนของส่วนกลางเข้าบริหารท้องถิ่นแล้ว จะเกิดสภาพที่ไม่เหมาะสมขึ้น”<sup>2</sup>**

เทศบาลก็เป็นหนึ่งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบหนึ่งที่ได้รับการกระจายอำนาจมาจากส่วนกลาง จึงต้องอยู่ภายใต้หลักความเป็นอิสระและหลักการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจากส่วนกลางด้วย

<sup>1</sup> หลวงประดิษฐมนูธรรม, ปาฐกถาเรื่อง พระราชบัญญัติระเบียบราชการบริหารแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2476, ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง (พ.ศ. 2479) หน้า 54-55.

<sup>2</sup> ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์, รวมกฎหมายการปกครองส่วนท้องถิ่น หน้า 205.

## 2.) เทศบาลและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารเทศบาล

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทยที่ตั้งขึ้นภายใต้แนวคิดในการกระจายอำนาจตามที่กล่าวมาแล้วนั้น มีทั้งสิ้น 5 รูปแบบได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด, องค์การบริหารส่วนตำบล, เทศบาล, กรุงเทพมหานคร และ เมืองพัทยา ซึ่งแต่ละรูปแบบก็จะมีโครงสร้างภายในองค์กรที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ มีผู้บริหารท้องถิ่น (ใช้อำนาจบริหาร) ทำหน้าที่บริหารปกครองท้องถิ่น และมีสภาท้องถิ่น (ใช้อำนาจนิติบัญญัติ) ทำหน้าที่ในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่น รวมถึงควบคุมการทำงานของผู้บริหารท้องถิ่นด้วย

สำหรับเทศบาลนั้น เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบหนึ่งที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 โดยในมาตรา 7 ของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้ทำการบัญญัติถึงการจัดตั้งเทศบาลเอาไว้ดังต่อไปนี้

“ มาตรา 7 เมื่อท้องถิ่นใดมีสภาพอันสมควรยกฐานะเป็นเทศบาล ให้จัดตั้งท้องถิ่นนั้น ๆ เป็นเทศบาลตำบล เทศบาลเมือง หรือเทศบาลนคร ตามพระราชบัญญัตินี้ ”

ให้เทศบาลเป็นทบวงการเมือง มีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้และกฎหมายอื่น ”

บทบัญญัติดังกล่าว นอกจากจะเป็นบทบัญญัติสำคัญเกี่ยวกับการจัดตั้งเทศบาลแล้วนั้น ยังเป็นบทบัญญัติที่ทำให้เราสามารถอนุมานความหมายของเทศบาลได้ว่า **“เทศบาล หมายถึง ท้องถิ่นในเขตราชอาณาจักรไทยที่มีสภาพอันสมควรที่จะยกฐานะเป็นเทศบาล”**

พระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 ได้ทำการแบ่งประเภทของเทศบาลออกเป็น 3 ประเภทด้วยกันได้แก่ เทศบาลตำบล, เทศบาลเมือง และเทศบาลนคร ซึ่งการจะจัดตั้งเทศบาลเป็นประเภทใดประเภทหนึ่งนั้น จะต้องมีการประกาศกระทรวงมหาดไทยทำการยกฐานะเป็นเทศบาลตำบล เทศบาลเมือง หรือเทศบาลนคร อย่างใดอย่างหนึ่งเสียก่อน ตามที่กำหนดเอาไว้ในพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 มาตรา 9, 10 และ 11 ดังนี้

“ มาตรา 9 เทศบาลตำบล ได้แก่ ท้องถิ่นซึ่งมีประกาศกระทรวงมหาดไทยยกฐานะขึ้นเป็นเทศบาลตำบล ประกาศกระทรวงมหาดไทยนั้นให้ระบุชื่อและเขตเทศบาลไว้ด้วย ”

“ มาตรา 10 เทศบาลเมือง ได้แก่ ท้องถิ่นอันเป็นที่ตั้งศาลากลางจังหวัดหรือท้องถิ่นชุมนุมชนที่มีราษฎรตั้งแต่หนึ่งหมื่นคนขึ้นไป ทั้งมีรายได้พอควรแก่การที่จะปฏิบัติหน้าที่อันต้องทำตามพระราชบัญญัตินี้ และซึ่งมีประกาศกระทรวงมหาดไทยยกฐานะเป็นเทศบาลเมือง ประกาศกระทรวงมหาดไทยนั้นให้ระบุชื่อและเขตของเทศบาลไว้ด้วย ”

“ มาตรา 11 เทศบาลนคร ได้แก่ ท้องถิ่นชุมนุมชนที่มีราษฎรตั้งแต่ห้าหมื่นคนขึ้นไป ทั้งมีรายได้พอควรแก่การที่จะปฏิบัติหน้าที่อันต้องทำตามพระราชบัญญัตินี้ และซึ่งมีประกาศกระทรวงมหาดไทยยกฐานะเป็นเทศบาลนคร ประกาศกระทรวงมหาดไทยนั้นให้ระบุชื่อและเขตของเทศบาลไว้ด้วย ”

สำหรับองค์การภายในเทศบาลนั้น พระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 มาตรา 14 ได้ทำการแบ่งเอาไว้ว่าองค์การของเทศบาลนั้นให้ประกอบไปด้วยสภาเทศบาล และนายกเทศมนตรี โดยทั้ง 2 องค์การนี้ มีที่มิจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนภายในท้องถิ่นของเทศบาลนั้นๆ ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนในเทศบาลมีความเป็นอิสระในการเลือกผู้ปกครองตนเอง อนึ่ง ในที่นี้ข้าพเจ้าขอกล่าวถึงเฉพาะฝ่ายบริหารของเทศบาล คือนายกเทศมนตรีเป็นหลัก

อำนาจหน้าที่ของนายกเทศมนตรีนั้น กำหนดเอาไว้โดยตรงใน มาตรา 48 เตรส ดังนี้คือ

“ มาตรา 48 เตรส นายกเทศมนตรีมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) กำหนดนโยบายโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย และรับผิดชอบในการบริหารราชการของเทศบาลให้เป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ เทศบัญญัติ และนโยบาย

(2) สั่ง อนุญาต และอนุมัติเกี่ยวกับราชการของเทศบาล

(3) แต่งตั้งและถอดถอนรองนายกเทศมนตรี ที่ปรึกษานายกเทศมนตรี



และเลขานุการนายกเทศมนตรี

(4) วางระเบียบเพื่อให้งานของเทศบาลเป็นไปด้วยความเรียบร้อย

(5) รักษาการให้เป็นไปตามเทศบัญญัติ

(6) ปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้และกฎหมายอื่น ”

นอกจากนี้ นายกเทศมนตรียังต้องดำเนินการให้เป็นไปตามหน้าที่ของเทศบาล ตามที่พระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 กำหนดเอาไว้ในมาตรา 50, 51, 53, 54, 56 และ 57 อีกด้วย ยกตัวอย่างเช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน, การรักษาความสะอาดในบริเวณพื้นที่สาธารณะ, จัดหาน้ำสะอาดให้ประชาชนใช้ หรือ ป้องกันระงับโรคติดต่อ เป็นต้น โดยการใช้อำนาจตามที่พระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 บัญญัติเอาไว้ นั้น นายกเทศมนตรีสามารถใช้ได้โดยอิสระ ไม่ต้องฟังคำสั่งบังคับบัญชาจากส่วนกลางเลยแม้แต่น้อย ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ก็สอดคล้องกันกับหลักการกระจายอำนาจและการให้ความเป็นอิสระแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั่นเอง

จากที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้เราทราบถึงข้อมูลพื้นฐานของเทศบาล และที่สำคัญคือทำให้ทราบว่านายกเทศมนตรีซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจบริหารเทศบาล มีอำนาจหน้าที่ที่เป็นอิสระปราศจากการบังคับบัญชาจากส่วนกลางโดยสิ้นเชิง

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าการบริหารปกครองเทศบาลนั้น นายกเทศมนตรีจะมีอิสระโดยไม่ต้องฟังคำสั่งบังคับบัญชาจากส่วนกลางก็ตามที่ แต่ส่วนกลางก็ยังคงเข้ามามีบทบาทกับการบริหารปกครองเทศบาลอยู่นั่นเอง โดยการเข้ามามีบทบาทกับการบริหารปกครองเทศบาลของส่วนกลางนั้น อยู่ในรูปแบบของการ “กำกับดูแล” ซึ่งมาตรการในการกำกับดูแลนี้ หากมีลักษณะที่เกินเลย ก็อาจมีผลกระทบโดยตรงต่อหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้

### 3.) ความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับมาตรการกำกับดูแลฝ่ายบริหารของเทศบาล

ความเป็นอิสระในการใช้อำนาจบริหารของนายกเทศมนตรีนั้น แสดงออกอย่างชัดเจนจากการที่นายกเทศมนตรีเป็นผู้ที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนในเขตเทศบาล มิได้มีองค์กรใดองค์กรหนึ่งแต่งตั้งขึ้นมา และที่สำคัญนายกเทศมนตรีสามารถใช้อำนาจในการบริหารปกครองเทศบาลได้โดยอิสระปราศจากการบังคับบัญชาและการแทรกแซงจากส่วนกลาง ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่สอดคล้องกันกับหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามที่บัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 281 และมาตรา 282 ดังนี้

“ มาตรา 281 ภายใต้บังคับมาตรา 1 รัฐจะต้องให้ความเป็นอิสระแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามหลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น และส่งเสริมให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหน่วยงานหลักในการจัดทำบริการสาธารณะ และมีส่วนร่วมในการตัดสินใจแก้ไขปัญหาในพื้นที่

ท้องถิ่นใดมีลักษณะที่จะปกครองตนเองได้ ย่อมมีสิทธิจัดตั้งเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ ”

“ มาตรา 282 การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องทำเท่าที่จำเป็นและมีหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ชัดเจนสอดคล้องและเหมาะสมกับรูปแบบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยต้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นหรือประโยชน์ของประเทศเป็นส่วนรวม และจะกระทบถึงสาระสำคัญแห่งหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น หรือนอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติไว้มิได้

ในการกำกับดูแลตามวรรคหนึ่ง ให้มีการกำหนดมาตรฐานกลางเพื่อเป็นแนวทางให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเลือกไปปฏิบัติได้เอง โดยคำนึงถึงความเหมาะสมและความแตกต่างในระดับของการพัฒนาและประสิทธิภาพในการบริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในแต่ละรูปแบบโดยไม่กระทบต่อความสามารถใน

การตัดสินใจดำเนินงานตามความต้องการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รวมทั้ง จัดให้มีกลไกการตรวจสอบการดำเนินงานโดยประชาชนเป็นหลัก”

ความเป็นอิสระของการปกครองส่วนท้องถิ่นมีได้ในกรณีต่างๆ ดังต่อไปนี้ คือ<sup>3</sup>

(ก) **ความเป็นอิสระในการกำหนดนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการปกครองส่วนท้องถิ่นของตน** ได้แก่ การที่รัฐมอบอำนาจให้แก่องค์กรส่วนท้องถิ่นที่จะมีอิสระในการกำหนดนโยบายเกี่ยวกับการปกครองท้องถิ่นหรือการบริหารท้องถิ่น เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินงานและเพื่อจัดทำบริการสาธารณะที่ดี และเหมาะสมกับความต้องการของประชาชนในท้องถิ่น

(ข) **ความเป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล** การบริหารงานบุคคลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นเครื่องชี้วัดถึงความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การมีอำนาจบริหารงานบุคคลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หมายถึง การที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจปกครองและบังคับบัญชาพนักงานของตน กล่าวคือ มีอำนาจกำหนดตำแหน่ง สรรหาบุคคลมาดำรงตำแหน่ง จัดการเกี่ยวกับเงื่อนไขในการทำงานตลอดจนให้คุณให้โทษพนักงาน รวมทั้งให้สิทธิประโยชน์เมื่อพ้นจากงาน ความเป็นอิสระในการบริหารงานบุคคลดังกล่าวมาแล้ว หากเป็นไปได้ดีและมีประสิทธิภาพก็จะทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถปฏิบัติภารกิจได้อย่างประสบผลสำเร็จ

(ค) **ความเป็นอิสระด้านการเงินและการคลัง** เนื่องจากภารกิจสำคัญขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น คือ การจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงจำเป็นต้องมีเงินมาเพื่อใช้จ่ายและดำเนินการ ซึ่งหากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่มีอำนาจในการจัดหาเงินมาใช้จ่าย ก็จะต้องรอรับการจัดสรรเงินจากส่วนกลางซึ่งจะส่งผลทำให้ความเป็นอิสระด้านการเงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่อาจเกิดขึ้นได้ เพราะเมื่อส่วนกลางได้จัดสรรเงินมาให้ก็ต้องเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้จ่ายเงินซึ่งก็จะเกิดผลกระทบต่อภารกิจกรมต่างๆ

<sup>3</sup> ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, หน้าที่ 181

ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในระดับหนึ่ง ดังนั้น ความเป็นอิสระทางด้านการเงินและการคลังจึงได้แก่การที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีงบประมาณและรายได้เป็นของตนเอง โดยมีอำนาจในการใช้จ่ายเงินเหล่านั้นได้อย่างอิสระพอสมควร ซึ่งจะส่งผลให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่สามารถดำเนินกิจการต่างๆ ได้ด้วยตนเอง

ส่วนการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีงบประมาณและรายได้เป็นของตนเองได้นั้นก็จะต้องได้รับมอบอำนาจในการจัดเก็บภาษีบางประเภทจากรัฐ เพราะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่สามารถเก็บภาษีจากประชาชนได้โดยตรง

ที่กล่าวมานี้เป็นการอธิบายถึงหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญข้างต้นได้บัญญัติรับรองเอาไว้โดยชัดแจ้ง (ในการศึกษาวิจัยครั้งนี้ ข้าพเจ้าขอมุ่งเน้นไปที่ความเป็นอิสระในการกำหนดนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการปกครองส่วนท้องถิ่นของตน เป็นหลัก)

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเอาไว้ แต่ก็มีได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระในลักษณะที่เด็ดขาดเสียทีเดียว เพราะว่ารัฐธรรมนูญได้บัญญัติเปิดช่องให้อำนาจแก่อำนาจส่วนกลางในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเอาไว้ด้วย เพียงแต่การใช้อำนาจกำกับดูแลของส่วนกลางจะต้องใช้เท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นหรือประโยชน์ของประเทศเป็นส่วนรวมเท่านั้น

หลักในการพิจารณาว่าส่วนกลางใช้อำนาจกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกินกว่าจำเป็นตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้หรือไม่นั้น **ต้องทำการพิจารณาจากมาตรการกำกับดูแลที่กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบกำหนดให้แก่ส่วนกลางเอาไว้** ทั้งนี้ เพราะส่วนกลางจะใช้อำนาจกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ก็เท่าที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

สำหรับอำนาจในการกำกับดูแลฝ่ายบริหารของเทศบาลนั้นมีอยู่ด้วยกัน 2 ลักษณะดังนี้

1.) การกำกับดูแลเหนือการกระทำ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจกำกับดูแลเหนือการกระทำจะควบคุมนิติกรรมขององค์กรกระจายอำนาจ เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมนั้น และในขณะเดียวกันก็ตรวจสอบถึงดุลพินิจด้วย ซึ่งในกรณีหลังนั้นจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการ<sup>4</sup>

มาตรการกำกับดูแลเหนือการกระทำของนายกเทศมนตรีนั้น พระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 ได้บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 72 ดังนี้

“มาตรา 72 เมื่อนายอำเภอ ในกรณีแห่งเทศบาลตำบลในอำเภอนั้น หรือผู้ว่าราชการจังหวัด ในกรณีแห่งเทศบาลเมืองและเทศบาลนครเห็นว่า นายกเทศมนตรี หรือรองนายกเทศมนตรีผู้ใดปฏิบัติภารกิจของเทศบาลไปในทางที่อาจเป็นการเสียหายแก่เทศบาล หรือเสียหายแก่ราชการ และนายอำเภอ หรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี ได้ชี้แจงแนะนำตักเตือนแล้วไม่ปฏิบัติตาม นายอำเภอหรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี มีอำนาจที่จะสั่งเพิกถอนหรือสั่งให้ระงับการปฏิบัติของนายกเทศมนตรีหรือรองนายกเทศมนตรีนั้นไว้ก่อนได้ แล้วให้ผู้ว่าราชการจังหวัดรีบรายงานรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยทราบ ภายในกำหนดสิบห้าวันนับแต่วันที่มีคำสั่ง เพื่อให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย วินิจฉัยสั่งการตามสมควร

คำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยตามความในวรรคก่อน ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของบุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต”

การกำกับดูแลตามมาตรา 72 นั้นสามารถอธิบายได้ว่า ถ้าหาก นายอำเภอหรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี เห็นว่านายกเทศมนตรีกระทำการใดๆ ในทางที่อาจเป็นการเสียหายแก่เทศบาลหรือราชการ ก็ให้นายอำเภอ หรือผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจสั่งให้เพิกถอนหรือให้หยุดการกระทำนั้นๆ เอาไว้เสียก่อนได้ เพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น ซึ่งการใช้อำนาจตามมาตรา 72 ของนายอำเภอหรือผู้ว่าราชการจังหวัดนั้น สามารถใช้ได้แม้ในขณะนั้นยังไม่มี ความเสียหายเกิดขึ้นก็ตาม เพียงแต่นายอำเภอหรือผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณา

<sup>4</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 206

ว่าการกระทำนั้นอาจก่อความเสียหาย ก็สามารถใช้อำนาจสั่งเพิกถอนหรือระงับการกระทำนั้นได้แล้ว

2.) การกำกับดูแลเหนือตัวบุคคล สำหรับมาตรการกำกับดูแลเหนือตัวบุคคลนั้น มีวิธีการกำกับดูแลที่สำคัญก็คือ การที่ส่วนกลางมีอำนาจแต่งตั้งตัวบุคคลหรือองค์กร หรือถอดถอนหัวหน้าฝ่ายบริหารขององค์กรที่ถูกควบคุมได้นั้นเอง<sup>5</sup>

สำหรับมาตรการกำกับดูแลเหนือตัวนายกเทศมนตรีนั้น พระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 ได้บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 73 ดังนี้

*“มาตรา 73 ในกรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นว่า นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ประธานสภาเทศบาล หรือรองประธานสภาเทศบาล ปฏิบัติการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน ละเลยไม่ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติการไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ หรือมีความประพฤติในทางจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียแก่ศักดิ์ตำแหน่ง หรือแก่เทศบาลหรือแก่ราชการ ให้เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยพร้อมด้วยหลักฐานรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอาจใช้ดุลพินิจสั่งให้นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ประธานสภาเทศบาล หรือรองประธานสภาเทศบาลพ้นจากตำแหน่งก็ได้ คำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยให้เป็นที่สุด”*

มาตรการตามมาตรา 73 ถือเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดเลยทีเดียวน เพราะอาจมีผลทำให้นายกเทศมนตรีหรือรองนายกเทศมนตรีต้องพ้นจากตำแหน่งเลยทีเดียวน กล่าวคือ ถ้านายกเทศมนตรีกระทำการอันฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน ละเลยไม่ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติการไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ หรือมีความประพฤติในทางจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียแก่ตำแหน่งของตนนั้น มาตรา 73 ให้อำนาจผู้ว่าราชการจังหวัดที่จะเสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทย เพื่อใช้ดุลพินิจสั่งให้นายกเทศมนตรีหรือรองนายกเทศมนตรีนั้นพ้นจากตำแหน่ง ซึ่งอำนาจในการสั่งให้พ้นจากตำแหน่งนี้รัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทย

<sup>5</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 205

สามารถใช้ได้โดยลำพังไม่ต้องนำเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรี  
แต่อย่างไร

หากพิจารณาอำนาจของส่วนกลางในการกำกับดูแลนายกเทศมนตรี  
ตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว จะสามารถสรุปได้ว่าส่วนกลางมีมาตรการกำกับดูแลหลัก  
อยู่ 2 มาตรการคือ การกำกับดูแลเหนือการกระทำตามมาตรา 72 และการกำกับ  
ดูแลเหนือตัวบุคคลตามมาตรา 73 ซึ่งส่วนกลางเป็นผู้ใช้อำนาจกำกับดูแลดังกล่าว  
โดยตรง อย่างไรก็ตาม มีประเด็นปัญหาสำคัญที่ต้องพิจารณากันว่ามาตรการ  
กำกับดูแลนายกเทศมนตรีทั้ง 2 วิธีดังกล่าวมีความเหมาะสมและสอดคล้องกัน  
กับหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่บัญญัติเอาไว้ใน  
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้วหรือไม่เพียงไร

ในความคิดเห็นของข้าพเจ้า การที่พระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช  
2496 มาตรา 72 และมาตรา 73 กำหนดมาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรี  
เอาไว้เช่นที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ยังมีความไม่เหมาะสมอยู่ ด้วยสาเหตุ 3 ประการ  
ดังต่อไปนี้

**ประการที่ 1** มาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีตามพระราชบัญญัติ  
เทศบาล พุทธศักราช 2496

มาตรา 72 และมาตรา 73 มีลักษณะที่กระทบถึงสาระสำคัญของ  
หลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในเทศบาล กล่าวคือ  
นายกเทศมนตรีนั้นเป็นตำแหน่งที่มาจาก การเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนภายใน  
เขตเทศบาล หากนายกเทศมนตรีบริหารงานไปในทางที่อาจทำให้เกิดความเสียหาย  
แก่เทศบาลขึ้น ก็ควรให้ประชาชนในเขตเทศบาลนั้นๆ เป็นผู้ตัดสินใจว่าจะให้  
นายกเทศมนตรีดำรงตำแหน่งต่อไปหรือไม่ ทั้งนี้ ตามหลักความเป็นอิสระขององค์กร  
ปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 มาตรา 48  
บัญญัติ อนุมาตรา 8 ก็ได้กำหนดให้อำนาจแก่ประชาชนในเขตเทศบาลนั้น  
สามารถถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรีได้ดังนี้

“ มาตรา 48 ปัญจทศ นายกเทศมนตรีพ้นจากตำแหน่งเมื่อ...

...(8) ราษฎรผู้มีสิทธิเลือกตั้งในเขตเทศบาลมีจำนวนไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่มาลงคะแนนเสียง เห็นว่านายกเทศมนตรีไม่สมควรดำรงตำแหน่งต่อไปตามกฎหมายว่าด้วยการลงคะแนนเสียงเพื่อถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น ”

จะเห็นได้ว่า มาตรา 48 ปัญจทศ ได้กำหนดถึงสิทธิของประชาชนในเขตเทศบาลในการลงคะแนนเสียงถอดถอนนายกเทศมนตรีเอาไว้แล้ว และอำนาจในการลงคะแนนเสียงดังกล่าวเป็นอำนาจของประชาชนโดยแท้จริงเพราะเป็นการลงคะแนนเสียงถอดถอนในลักษณะของการเรียกอำนาจคืน ( Recall ) โดยประชาชนในเขตเทศบาลนั่นเอง มิใช่เพียงการลงคะแนนเสียงเพื่อเสนอเรื่องให้องค์กรอื่นพิจารณาถอดถอน ( Impeachment ) แต่อย่างใด ดังนั้นการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรีเพราะเหตุไม่สมควรจึงสามารถกระทำได้โดยประชาชนในเขตเทศบาลนั้นๆ อยู่แล้ว

เมื่อเป็นเช่นนี้ การที่พระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 มาตรา 72 กำหนดให้นายอำเภอหรือผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจสั่งระงับการปฏิบัติงานของนายกเทศมนตรีในกรณี que เห็นว่าการปฏิบัติงานนั้นจะเกิดผลเสียหายแก่เทศบาล หรือการที่มาตรา 73 บัญญัติให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยสามารถสั่งให้นายกเทศมนตรีพ้นจากตำแหน่งได้ในกรณีที่มีความประพฤติเสื่อมเสีย นั้น ก็เท่ากับว่าไม่เคารพต่อเจตจำนงหรือการตัดสินใจของประชาชนในเขตเทศบาลอย่างชัดแจ้ง เพราะตำแหน่งนายกเทศมนตรีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนในเขตเทศบาล มิได้มาจากการแต่งตั้งขององค์กรส่วนกลางแต่อย่างใด ดังนั้น ถ้าหากประชาชนในเขตเทศบาลไม่ใช้อำนาจในการถอดถอนนายกเทศมนตรีให้พ้นจากตำแหน่งแล้ว เหตุใดส่วนกลางจึงจะควรมีอำนาจสั่งให้นายกเทศมนตรีที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชนในเขตเทศบาลพ้นจากตำแหน่งได้ การที่พระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 มาตรา 72 และ มาตรา 73 บัญญัติมาตรการกำกับดูแลไว้เช่นนั้นจึงเป็นการกระทบถึงสาระสำคัญแห่งหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในเทศบาลอย่างชัดแจ้ง



**ประการที่ 2** มาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีตามพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 มาตรา 72 และมาตรา 73 นั้นมีลักษณะที่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality)

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่สำคัญและนับว่าเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญมากในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐซึ่งมีผลต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้นๆ ภาระหน้าที่ของหลักความได้สัดส่วนมิได้มีความมุ่งหมายเฉพาะเพื่อการจำกัดการแทรกแซงของรัฐเท่านั้น แต่หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ นอกจากนี้หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักที่มีความสำคัญสำหรับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพด้วย<sup>6</sup>

สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนมีหลักการที่เป็นสาระสำคัญอยู่ 3 หลัก ได้แก่ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ<sup>7</sup>

ก.) **หลักความเหมาะสม** หมายถึง มาตรการนั้นเป็นมาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ได้ มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมหากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปด้วยความยากลำบาก

ข.) **หลักความจำเป็น** หมายถึง มาตรการหรือวิธีการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดได้และเป็นมาตรการหรือวิธีการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด ดังนั้น หากมีมาตรการอื่นที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์นั้นได้และมีผลกระทบน้อยกว่ามาตรการที่รัฐได้เลือกใช้ ในกรณีนี้ย่อมถือได้ว่ามาตรการที่รัฐนำมาใช้มิได้เป็นไปตามหลักความจำเป็น

ค.) **หลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ** หลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ

<sup>6</sup> รองศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**, หน้าที่ 27-28

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าที่ 27-28

เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมีความหมายว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ กล่าวคือ เป็นการพิจารณาความสมดุลระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบกับผลประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดจากการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะต้องอยู่ในสัดส่วนที่สมดุลกัน แต่หากกระทบสิทธิของปัจเจกบุคคลมากแต่ประโยชน์สาธารณะที่เกิดจากการกระทบสิทธิดังกล่าวมีเพียงเล็กน้อยเท่านั้น กรณีนี้ย่อมถือว่าไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

สำหรับหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญไทย เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคแรกที่บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย...และเท่าที่จำเป็น...” ดังกล่าวย่อมเป็นการแสดงว่ารัฐธรรมนูญได้นำหลักความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐไม่ให้ไปโดยอำเภอใจ ดังนั้นเมื่อองค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กฎหมายนั้นจึงต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนด้วย<sup>8</sup>

ที่กล่าวมาว่ามาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีของส่วนกลางตามพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 มาตรา 72 และมาตรา 73 ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนนั้นก็เนื่องจากว่ายังมีมาตรการกำกับดูแลในลักษณะอื่นๆ ที่กระทบถึงความเป็นอิสระของฝ่ายบริหารเทศบาลน้อยกว่ามาตรการดังกล่าวอีก ตัวอย่างเช่นลักษณะการกำกับดูแลเหนือการกระทำในประเทศฝรั่งเศสที่ส่วนกลาง ไม่สามารถสั่งระงับการปฏิบัติการอย่างใดๆ ของนายกเทศมนตรีได้ จะทำได้เพียงการเป็นผู้มีอำนาจฟ้องต่อศาลปกครองว่านายกเทศมนตรีไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น หรือการกำกับดูแลเหนือตัวบุคคลในฝรั่งเศสที่การสั่งให้

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 284

นายกเทศมนตรีพ้นจากตำแหน่งต้องทำโดยการออกมติคณะรัฐมนตรีเท่านั้น

จะเห็นได้ว่าลักษณะของการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีของประเทศฝรั่งเศสทั้งการกำกับดูแลเหนือการกระทำและการกำกับดูแลเหนือตัวบุคคลนั้นมีลักษณะที่กระทบต่อหลักความเป็นอิสระน้อยกว่ามาตรการกำกับดูแลของประเทศไทยอยู่พอสมควรเลยทีเดียว จึงอาจกล่าวได้ว่ามาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีตามพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 ทั้งมาตรา 72 และมาตรา 73 นั้นมีลักษณะที่เกินกว่าจำเป็นและขัดต่อหลักความจำเป็นซึ่งเป็นหลักย่อยของหลักความได้สัดส่วนนั่นเอง อีกทั้งเมื่อหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 29 จึงทำให้พระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 ทั้งมาตรา 72 และมาตรา 73 ขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 29 อย่างชัดเจน

**ประการที่ 3** มาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีตามพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 ส่งผลให้เทศบาลไม่เป็นอิสระจากส่วนกลางอย่างแท้จริงตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพราะการที่ส่วนกลางสามารถใช้อำนาจตามมาตรา 72 และมาตรา 73 ให้คุณให้โทษแก่นายกเทศมนตรีได้ ย่อมทำให้นายกเทศมนตรีเกิดความเกรงกลัวหรือหวั่นเกรงต่อการใช้อำนาจดังกล่าวของส่วนกลาง ทำให้ส่วนกลางสามารถใช้อำนาจดังกล่าวเป็นเครื่องมือในการข่มขู่และควบคุมนายกเทศมนตรีให้เชื่อฟังคำสั่งของส่วนกลางได้ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้วก็มีลักษณะที่ไม่ต่างจากการบังคับบัญชาโดยส่วนกลางเหมือนในอดีต แนวคิดเรื่องการกระจายอำนาจและความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญก็กลายเป็นเพียงเรื่องในอุดมคติเท่านั้น

ตามความคิดเห็นของข้าพเจ้า ความไม่เหมาะสมของมาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีตามพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 มาตรา 72 และมาตรา 73 ดังที่กล่าวมาข้างต้นทั้ง 3 ประการนั้น ประการที่สำคัญที่สุดและตรงกับประเด็นที่ข้าพเจ้าศึกษาวิจัยก็คงจะเป็นประการที่ 1 และประการที่ 3 กล่าวคือ มาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีตามมาตรา 72 และมาตรา 73 นั้นมีลักษณะที่กระทบต่อเจตจำนงของประชาชนในเขตเทศบาลและกระทบถึง

สาระสำคัญแห่งหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในเทศบาล ทั้งนี้เพราะถึงแม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 282 จะบัญญัติเปิดช่องทางให้ส่วนกลางสามารถกำกับดูแลเทศบาลได้ก็ตามที แต่การกำกับดูแลเทศบาลจะต้องเป็นไปเพื่อการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นหรือประโยชน์ของประเทศเป็นส่วนรวม และจะกระทบถึงสาระสำคัญแห่งหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น หรือนอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติไว้มิได้

เมื่อเป็นเช่นนี้ มาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีตามพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 มาตรา 72 และมาตรา 73 จึงมีลักษณะที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 282 อย่างชัดเจน เพราะขัดต่อหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งจะมีผลทำให้พระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 เฉพาะมาตรา 72 และมาตรา 73 ไม่มีผลบังคับใช้ที่สุด

สำหรับความไม่เหมาะสมของมาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีตามพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 มาตรา 72 และมาตรา 73 ในประการที่ 2 ที่ว่ามาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีดังกล่าวมีลักษณะที่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนนั้น ส่งผลสำคัญก็คือทำให้มาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และทำให้มาตรา 72 และมาตรา 73 ของพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 นั้นไม่มีผลบังคับใช้เช่นกัน อย่างไรก็ตามในที่นี้ข้าพเจ้าขอมุ่งเน้นไปในประเด็นที่ว่ามาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีมีลักษณะที่ขัดต่อหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหลัก เพราะตรงกับประเด็นที่ศึกษาวิจัยมากกว่า

#### 4.) มาตรการกำกับดูแลฝ่ายบริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในต่างประเทศ

เมื่อเราทราบแล้วว่ามาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีตามพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 มาตรา 72 และมาตรา 73 ซึ่งบังคับใช้อยู่ในประเทศไทยขณะนี้ มีลักษณะที่ไม่เหมาะสมและขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 282 เพราะขัดต่อหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ดังนั้นในประเด็นต่อมา ข้าพเจ้าได้ทำการเปรียบเทียบมาตรการกำกับดูแลเทศบาลตามกฎหมายของประเทศไทยกับมาตรการกำกับดูแลฝ่ายบริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในต่างประเทศอื่นได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศญี่ปุ่น และประเทศเกาหลีใต้ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการหาแนวทางแก้ไขกฎหมายของประเทศไทยต่อไปในอนาคต

ในการเปรียบเทียบมาตรการกำกับดูแลฝ่ายบริหารของเทศบาลในประเทศไทย และมาตรการกำกับดูแลฝ่ายบริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในต่างประเทศนั้นข้าพเจ้าขอนำเสนอในรูปของตารางดังต่อไปนี้

ชื่อประเทศ	มาตรการกำกับดูแลที่สามารถแสดงถึงความเป็นอิสระของฝ่ายบริหารท้องถิ่น
ฝรั่งเศส	<ul style="list-style-type: none"> <li>- การควบคุมเหนือตัวบุคคล ส่วนกลางสามารถปลดนายกเทศมนตรีออกจากตำแหน่งได้โดยการตราพระราชกฤษฎีกาของคณะรัฐมนตรี ซึ่งต้องแสดงเหตุในการปลดจากตำแหน่งด้วย</li> <li>- การควบคุมเหนือการกระทำ หากพิจารณาแล้วเห็นว่านายกเทศมนตรีปฏิบัติกรอย่างใดๆไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่กระทำผิดวิธี หรือขัดต่อกฎหมายนั้น ผู้ว่าราชการจังหวัดสามารถนำเรื่องส่งฟ้องต่อศาลปกครองได้</li> </ul>

ชื่อประเทศ	มาตรการกำกับดูแลที่สามารถแสดงถึงความเป็นอิสระของฝ่ายบริหารท้องถิ่น
เยอรมนี	รัฐบาลมลรัฐสามารถใช้มาตรการตามกฎหมายเพื่อบังคับให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นปฏิบัติตามคำสั่งของตนได้ เช่น เรียกดูข้อมูลต่างๆขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น, สั่งให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นปฏิบัติตามกฎหมายต่างๆ ถ้าไม่ปฏิบัติตามสามารถออกคำสั่งให้ปฏิบัติตามได้, ถ้าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ปฏิบัติตามที่รัฐบาลมลรัฐสั่ง รัฐบาลมลรัฐสามารถจะปฏิบัติหรือกระทำแทนได้เลย
ญี่ปุ่น	ถ้าการดำเนินการของท้องถิ่นผิดกฎหมาย ใช้เงินรายได้อย่างไม่เหมาะสม นายกรัฐมนตรีสามารถเรียกร้องให้มีการแก้ไขความบกพร่องผิดพลาด แต่ถ้าผู้บริหารท้องถิ่นยังไม่แก้ไข นายกรัฐมนตรีโดยการรับรองของศาลสูงสามารถถอดถอนฝ่ายบริหารได้
เกาหลีใต้	เมื่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทำผิดกฎหมายหรือทำให้เกิดความเสียหาย รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องสามารถสั่งให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแก้ไขหรือยกเลิกการกระทำนั้นๆได้ นอกจากนี้ยังมี การกำหนดกิจการประเภทที่ท้องถิ่นจะต้องขอความเห็นชอบจากราชการส่วนกลางเสียก่อนกระทำหรือต้องรายงานแก่ส่วนกลางทุกครั้งที่กระทำเอาไว้อีกด้วย

จากตารางดังกล่าวข้างต้น ได้เปรียบเทียบให้เห็นถึงมาตรการกำกับดูแลฝ่ายบริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศต่างๆ ที่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าฝ่ายบริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศนั้นๆ มีความเป็นอิสระมากน้อยเพียงไร อย่างไรก็ตาม ข้าพเจ้าขอให้สังเกตถึงมาตรการกำกับดูแลฝ่ายบริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศสเป็นสำคัญ ด้วยเหตุผลที่ว่าประเทศฝรั่งเศสมีการจัดโครงสร้างทางการปกครองที่

คล้ายคลึงกันกับการจัดโครงสร้างทางปกครองในประเทศไทยมากที่สุด อีกทั้งประเทศไทยได้รับเอาแบบอย่างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบเทศบาลมาจากประเทศฝรั่งเศสอีกด้วย

ในประเทศฝรั่งเศสนั้น มาตรการกำกับดูแลฝ่ายบริหารของเทศบาลสามารถแยกพิจารณาออกเป็น 2 ลักษณะดังนี้คือ

1.) การกำกับดูแลเหนือตัวบุคคล กล่าวคือ เป็นอำนาจของส่วนกลางในการสั่งพักงานหรือสั่งปลด

นายกเทศมนตรีออกจากตำแหน่งนั่นเอง เนื่องจากนายกเทศมนตรีของเทศบาลมีสถานะเป็นตัวแทนของรัฐนอกเหนือจากการเป็นผู้บริหารท้องถิ่น ดังนั้นกฎหมายจึงได้ให้อำนาจรัฐบาลในการสั่งพักงานหรือสั่งปลดฝ่ายบริหารของเทศบาลออกจากตำแหน่งได้ โดยนายกเทศมนตรีรวมถึงเทศมนตรีอาจถูกสั่งพักงานได้ในระยะเวลาไม่เกิน 1 เดือนโดยคำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ทั้งนี้ ต้องแสดงเหตุผลของการสั่งพักงานไว้ด้วย ส่วนการปลดออกจากตำแหน่งสามารถกระทำได้โดยการตราพระราชกฤษฎีกาของคณะรัฐมนตรี ซึ่งต้องแสดงเหตุในการปลดด้วยเช่นกัน<sup>9</sup>

2.) การกำกับดูแลเหนือการกระทำ การกำกับดูแลเหนือการกระทำในที่นี้มิได้หมายถึงอำนาจในการ

พิจารณาอนุมัติหรืออนุญาตการตัดสินใจก่อนการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่มีลักษณะเป็นการตรวจสอบภายหลังจากที่ได้มีการตัดสินใจไปแล้ว กล่าวคือ หลังจากที่ท้องถิ่นมีมติ ตัดสินใจ หรือออกคำสั่งใดๆ ไปแล้ว ก็จำเป็นจะต้องส่งผลการตัดสินใจดังกล่าวให้ตัวแทนของรัฐที่เกี่ยวข้องนำไปพิจารณา แต่ทั้งนี้ตัวแทนของรัฐไม่มีอำนาจในการสั่งเพิกถอนหรือระงับการตัดสินใจดังกล่าว โดยหากพิจารณาแล้วเห็นว่าการตัดสินใจของท้องถิ่นไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ กระทำโดยผิดวิธีหรือขัดต่อกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับ ก็สามารถ

<sup>9</sup> รองศาสตราจารย์นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, ทิศทางการปกครองท้องถิ่นของไทยและต่างประเทศเปรียบเทียบ, หน้า 137

นำเรื่องส่งฟ้องร้องศาลปกครองต่อไป<sup>10</sup> โดยอำนาจในการส่งเรื่องฟ้องร้องต่อศาลปกครองนั้นให้เป็นอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัด

จะเห็นได้ว่า มาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีในประเทศฝรั่งเศสนั้นมีลักษณะที่ค่อนข้างจะคล้ายคลึงกับมาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีในประเทศไทย อย่างไรก็ตาม มาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีในประเทศไทยมีลักษณะที่ขัดต่อหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่มาก ส่วนในประเทศฝรั่งเศสนั้นมีลักษณะที่ขัดต่อหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นน้อยกว่าในประเทศไทยพอสมควรเลยทีเดียว กล่าวคือ ในเรื่องของการกำกับดูแลเหนือการกระทำ หากเป็นในประเทศไทยนั้น นายอำเภอผู้ว่าราชการจังหวัด หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย แล้วแต่กรณีสามารถสั่งระงับการปฏิบัติการใดๆ ของนายกเทศมนตรีที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายได้โดยตรงตามพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2495 มาตรา 72 ในขณะที่ในประเทศฝรั่งเศส ส่วนกลางไม่มีอำนาจในการสั่งระงับการปฏิบัติการใดๆ ของนายกเทศมนตรีได้ ส่วนกลางโดยผู้ว่าราชการจังหวัดสามารถทำได้เพียงการเป็นผู้นำเรื่องไปสู่การพิจารณาของศาลปกครองเท่านั้น

ในส่วนของการกำกับดูแลเหนือตัวบุคคลนั้น ในประเทศไทยให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในการสั่งให้นายกเทศมนตรีพ้นจากตำแหน่ง หากเข้าเงื่อนไขตามพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 มาตรา 73 แต่ในประเทศฝรั่งเศสนั้น การจะสั่งปลดนายกเทศมนตรีได้ต้องมีการตราพระราชกฤษฎีกาโดยมติของคณะรัฐมนตรีเสียก่อน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าในประเทศฝรั่งเศสมีความรอบคอบและรัดกุมในการใช้อำนาจกำกับดูแลเหนือตัวบุคคลมากกว่าในประเทศไทย อย่างไรก็ตาม การที่คณะรัฐมนตรีของประเทศฝรั่งเศสมีอำนาจในการปลดนายกเทศมนตรีนั้นก็แสดงให้เห็นว่ายังมีมาตรการกำกับดูแลในลักษณะที่ขัดต่อหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่ด้วย

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าที่ 137



สำหรับในประเทศเยอรมนี ประเทศญี่ปุ่น และประเทศเกาหลีใต้นั้น ยังมีมาตรการกำกับดูแลฝ่ายบริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีลักษณะขัดต่อหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่ค่อนข้างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศเกาหลีใต้ มีการกำหนดให้การดำเนินกิจการบางประเภทขององค์กรท้องถิ่นต้องขอความเห็นชอบจากราชการส่วนกลางเสียก่อน หรือในประเทศเยอรมนีที่รัฐบาลมลรัฐสามารถสั่งให้ท้องถิ่นปฏิบัติการอย่างใดๆ หรือแม้กระทั่งเข้าดำเนินการแทนผู้บริหารท้องถิ่นก็สามารถทำได้ ดังนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศเหล่านี้จึงยังขาดรัซึ่งความเป็นอิสระด้านการบริหารปกครองอยู่มาก

จากการศึกษามาตรการกำกับดูแลฝ่ายบริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในลักษณะเปรียบเทียบกับต่างประเทศนั้น สามารถสรุปได้ว่ามาตรการกำกับดูแลฝ่ายบริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศต่างก็มีลักษณะที่ขัดต่อหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่พอสมควร โดยในแต่ละประเทศก็คงมีเหตุผลที่คล้ายคลึงกันนั่นก็คือ ไม่ต้องการให้ท้องถิ่นมีความเป็นอิสระมากเกินไปจนขาดเอกภาพในการบริหารปกครองประเทศโดยรวมนั่นเอง

เมื่อเป็นเช่นนี้ ในความคิดเห็นของข้าพเจ้าจึงคิดว่าประเทศไทยยังไม่ควรนำเอามาตรการกำกับดูแลฝ่ายบริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศต่างๆข้างต้นมาเป็นต้นแบบเสียทั้งหมด แต่ควรจะต้องสร้างมาตรการกำกับดูแลฝ่ายบริหารของเทศบาลที่มีลักษณะเฉพาะของตนเองที่ไม่ขัดต่อหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือให้มีลักษณะที่ขัดต่อหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้น้อยที่สุด โดยอาจนำเอามาตรการกำกับดูแลบางลักษณะในต่างประเทศที่สอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมาประยุกต์ใช้ในประเทศไทย

## 5.) บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากที่กล่าวมาในหัวข้อก่อนหน้านี้ สามารถสรุปเรื่องหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญกับมาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีตามพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 ได้ว่า ถึงแม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 282 จะเปิดช่องให้ส่วนกลางสามารถกำกับดูแลฝ่ายบริหารของเทศบาลได้ แต่การกำกับดูแลจะต้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในเทศบาลหรือประโยชน์ของประเทศเป็นส่วนรวม และจะกระทบถึงสาระสำคัญแห่งหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในเทศบาลมิได้

อย่างไรก็ตาม มาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีตามพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 ที่บังคับใช้อยู่ในประเทศไทยขณะนี้ มีลักษณะที่กระทบถึงสาระสำคัญแห่งหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในเทศบาล ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งส่งผลให้มาตรการกำกับดูแลดังกล่าวนั้นขัดต่อหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามที่บัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เราจึงจำเป็นต้องหามาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีที่ไม่ขัดต่อหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือขัดกับหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นน้อยที่สุดมาบังคับใช้แทนมาตรการกำกับดูแลที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันนี้

จากการศึกษาวิจัยถึงหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญกับมาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีนั้น ข้าพเจ้าขอเสนอแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับมาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีออกเป็น 2 แนวทางดังนี้

**แนวทางที่ 1** ให้ดำเนินการยกเลิกอำนาจของส่วนกลางในการกำกับดูแลเหนือตัวบุคคลและกำกับดูแลเหนือการกระทำของนายกเทศมนตรีตามที่กำหนดเอาไว้ในพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 มาตรา 72 และมาตรา 73 ทั้งหมด และเปลี่ยนอำนาจของส่วนกลางจากเดิมที่ส่วนกลางสามารถสั่งให้ระงับการปฏิบัติการณ์อย่างใดๆของนายกเทศมนตรีที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายตาม

มาตรา 72 หรือสามารถมีคำสั่งให้นายกเทศมนตรีพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 73 ได้ เหลือเพียงให้อำนาจส่วนกลางกำกับดูแลนายกเทศมนตรีด้วยการเป็น “ผู้มีอำนาจฟ้อง” ต่อศาลปกครอง ในกรณีที่นายกเทศมนตรีปฏิบัติการหรือดำเนินการอย่างใดๆ โดยไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น

กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ให้เปลี่ยนองค์กรที่สามารถใช้อำนาจในการให้คุณให้โทษแก่นายกเทศมนตรี จากเดิมที่ส่วนกลางใช้อำนาจนั้นเองโดยตรงเป็นให้ศาลซึ่งใช้อำนาจตุลาการ มีอำนาจในการให้คุณให้โทษแก่นายกเทศมนตรีด้วยการสั่งให้ระงับการปฏิบัติการหรือสั่งให้พ้นจากตำแหน่งเสียแทน โดยส่วนกลางเหลืออำนาจกำกับดูแลเพียงการเป็นผู้มีอำนาจฟ้องต่อศาลปกครองเท่านั้น เพื่อให้ นายกเทศมนตรีมีอิสระในการบริหารปกครองเทศบาลด้วยตนเอง ปราศจากการบีบบังคับหรือแทรกแซงจากส่วนกลางตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มีข้อสังเกตว่าเมื่อศาลปกครองเป็นผู้มีอำนาจสั่งระงับการปฏิบัติการอย่างใดๆ ของนายกเทศมนตรีหรือสั่งให้นายกเทศมนตรีพ้นจากตำแหน่ง ก็เท่ากับว่าการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีจะทำเพียงการกำกับดูแลความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น โดยศาลปกครองจะไม่เข้าไปแทรกแซงหรือกำกับดูแลดุลพินิจของนายกเทศมนตรีแต่อย่างใด แต่ศาลปกครองจะใช้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ซึ่งการตรวจสอบการใช้อำนาจให้เป็นไปตามกฎหมายก็ถือเป็นอำนาจโดยชอบธรรมขององค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการอยู่แล้ว เพื่อให้เป็นไปตามหลักความเป็นอิสระและหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของคนในเทศบาลซึ่งแสดงออกผ่านทางนายกเทศมนตรีที่มาจาก การเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนในเขตเทศบาลนั้นๆ

**แนวทางที่ 2** ให้คงมาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีตามพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 มาตรา 72 และมาตรา 73 เอาไว้เช่นเดิม เพียงแต่ทำการแก้ไขปรับปรุงมาตรการดังกล่าวให้มีความรอบคอบและรัดกุมในการใช้อำนาจมากขึ้น กล่าวคือในกรณีของการใช้อำนาจสั่งระงับการปฏิบัติการอย่างใดๆ ของนายกเทศมนตรีตามมาตรา 72 และการมีคำสั่งให้นายกเทศมนตรีพ้นจาก

ตำแหน่งตามมาตรา 73 นั้น จะต้องตราพระราชกฤษฎีกาโดยมติของคณะรัฐมนตรีเสียก่อนจึงจะใช้อำนาจกำกับดูแลเหนือการกระทำและอำนาจกำกับดูแลเหนือบุคคลตามมาตรา 72 และมาตรา 73 ตามลำดับได้ จากเดิมที่การใช้อำนาจดังกล่าวสามารถทำได้ตามดุลพินิจของนายอำเภอ ผู้ว่าราชการจังหวัด หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย แล้วแต่กรณีเท่านั้น

สาเหตุที่การใช้อำนาจกำกับดูแลเหนือการกระทำตามมาตรา 72 และการใช้อำนาจกำกับดูแลเหนือตัวบุคคลตามมาตรา 73 ต้องใช้อย่างรอบคอบและรัดกุมนั้นก็เนื่องจากว่า อำนาจกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 มาตรา 72 และมาตรา 73 มีลักษณะที่ขัดต่อหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามที่อธิบายมาแล้ว ดังนั้น เมื่อการใช้อำนาจดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระของเทศบาลโดยตรง จึงควรจะต้องมีการกลั่นกรองให้รอบคอบเสียก่อนโดยคณะรัฐมนตรี ซึ่งแนวทางการแก้ไขตามแนวทางที่ 2 นี้ มีลักษณะที่คล้ายคลึงกันกับมาตรการกำกับดูแลเหนือการกระทำของฝ่ายบริหารของเทศบาลที่บังคับใช้อยู่ในประเทศฝรั่งเศส ณ ปัจจุบันนี้ นั่นเอง

จะเห็นว่าว่าข้อเสนอแนะทั้ง 2 แนวทางนั้น มีระดับความเข้มข้นของการกำกับดูแลที่แตกต่างกันออกไป โดยในแนวทางแรกนั้นส่วนกลางไม่มีอำนาจในการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีโดยตรงได้เลย เหลือเพียงอำนาจกำกับดูแลด้วยการเป็น “ผู้มีอำนาจฟ้อง” ต่อศาลปกครองเท่านั้น ซึ่งแนวทางนี้จะทำให้มาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีในประเทศไทยมีลักษณะที่สอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมากที่สุดเลยทีเดียว แต่ก็มีลักษณะที่แตกต่างกับมาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีที่บังคับใช้อยู่ในประเทศไทยปัจจุบันนี้อย่างมาก ในขณะเดียวกัน ข้อเสนอแนะในแนวทางที่สองมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับมาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนี้ เพียงแต่มีกระบวนการกลั่นกรองการใช้อำนาจกำกับดูแลมากขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบันเท่านั้น

เมื่อเป็นเช่นนี้ ในการกำหนดแนวทางการแก้ไขมาตรการกำกับดูแลนายกเทศมนตรีตามพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496 มาตรา 72 และมาตรา 73 นั้น หากต้องการแก้ไขในลักษณะที่ค่อยเป็นค่อยไปก็ควรที่จะเริ่มต้นจาก

การแก้ไขให้เป็นไปตามแนวทางที่ 2 ก่อน กล่าวคือเพิ่มเติมกระบวนการกลั่นกรองการใช้อำนาจ ตามมาตรา 72 และมาตรา 73 โดยให้การใช้อำนาจตามมาตรา 72 และมาตรา 73 ต้องผ่านการออกเป็นมติคณะรัฐมนตรีเสียก่อน หลังจากนั้น ถ้าต้องการให้ความเป็นอิสระแก่ฝ่ายบริหารของเทศบาลโดยสมบูรณ์และสอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงค่อยแก้ไขให้เป็นไปตามแนวทางที่ 1 ทั้งนี้ เพื่อมิให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างกระชั้นชิดจนเกินไป อันอาจส่งผลต่อความเป็นเอกภาพในการบริหารปกครองประเทศ

## บทส่งท้าย

การปกครองในรูปแบบการกระจายอำนาจนั้นเกิดขึ้นมาด้วยเหตุผลหลายประการด้วยกัน แต่สาเหตุที่สำคัญที่สุดก็คือเพื่อให้ความเป็นอิสระแก่ประชาชนในเขตขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตามหลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นนั้นๆ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของหลักการดังกล่าว จึงทำการบัญญัติรับรองหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเอาไว้ในมาตรา 281

อย่างไรก็ตาม ในอดีตนั้น รัฐมิได้ให้ความสำคัญกับหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเท่าไรนัก อีกทั้งยังอาศัยช่องทางที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเปิดช่องให้กำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ตามความจำเป็น กำหนดมาตรการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างเข้มงวดมาก ทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทยตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาขาดไร้ซึ่งความเป็นอิสระอย่างแท้จริง อีกทั้งยังทำให้เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศนั้น ถูกละเลยอีกด้วย

ในอนาคตข้างหน้า ถ้าหากรัฐให้ความสำคัญกับความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมากขึ้นและปรับปรุงแก้ไขมาตรการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามแนวทางที่กล่าวมาแล้วข้างต้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็จะมีอิสระมากขึ้น ซึ่งสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พุทธศักราช 2550 มาตรา 281 และมาตรา 282 อีกทั้งยังเป็นการส่งเสริมให้ประชาชนในระดับท้องถิ่นปกครองกันเองอย่างแท้จริง อันเป็นการสร้างรากฐานของท้องถิ่นให้มีความมั่นคง ซึ่งก็จะส่งผลดีต่อประเทศชาติต่อไปในอนาคตข้างหน้าอย่างแน่นอน

๘๘๘๘๘๘๘๘

## พนักงานอัยการกับการดำเนินคดีปกครอง\*

ชำนาญ จันทร์เรือง\*\*

แต่เดิมก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาในประเทศไทยการดำเนินคดีปกครองถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของคดีแพ่งในศาลยุติธรรม การดำเนินคดีของพนักงานอัยการถือเป็นอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พ.ศ.2498 ซึ่งกำหนดให้พนักงานอัยการมีอำนาจหน้าที่ดำเนินคดีแพ่งแทนรัฐบาลในศาลทั้งปวง จึงทำให้พนักงานอัยการมีบทบาทในการดำเนินคดีแพ่งของรัฐค่อนข้างมาก โดยบทบาทดังกล่าวมีที่มาจากกฎหมายได้กำหนดให้พนักงานอัยการมีหน้าที่และบทบาทที่มาจากการปฏิบัติหน้าที่เป็นเสมือนทนายแผ่นดิน

### การเข้ามาดำเนินคดีปกครองของพนักงานอัยการ

หากพิจารณาพระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พ.ศ. 2498 แล้ว จะเห็นได้ว่า ไม่มีบทบัญญัติในมาตราใดกำหนดให้พนักงานอัยการมีอำนาจดำเนินคดีปกครองแทนรัฐ และเมื่อพิจารณาระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยองค์คณะฯ และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 บัญญัติเรื่องนี้ไว้ในข้อ 20 วรรคสอง ว่าคู่กรณีซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมอบอำนาจให้ข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานทางปกครองนั้นหรือของหน่วยงานทางปกครองที่เจ้าหน้าที่

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 5 มิถุนายน 2554

\*\* นักวิชาการอิสระ

ของรัฐสังกัดอยู่ หรือพนักงานอัยการฟ้องคดีหรือดำเนินคดีปกครองแทนได้ พนักงานอัยการจึงอาจได้รับมอบอำนาจเข้ามาดำเนินคดีปกครองแทนหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ ถ้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้มีหนังสือมอบอำนาจให้ดำเนินคดีแทน

## ระบบวิธีพิจารณาคดีปกครอง

ระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองมีลักษณะสำคัญประการหนึ่ง คือ เป็นวิธีพิจารณาแบบ “ไต่สวน” ที่มีความแตกต่างจากระบบวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเป็นวิธีพิจารณาแบบ “กล่าวหา” ซึ่งระบบกล่าวหาอันเป็นระบบที่คู่ความเป็นผู้สืบบทบาทสำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ศาลจะทำหน้าที่เพียงควบคุมให้คู่ความปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ดังเห็นได้จากมาตรา 84 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ทำให้อาจกล่าวได้ว่าจากลักษณะของระบบกล่าวหาที่มีหลักว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นนำสืบ” มีผลให้คู่ความที่ดำเนินคดีแพ่งมีแนวความคิดในการฟ้องคดีหรือต่อสู้คดีไปในแนวทางที่ต้องปกป้องผลประโยชน์ของตนเองหรือของลูกความของตนเองให้มากที่สุดจะไม่ปรากฏว่าแนวปฏิบัติในการเตรียมคดีแพ่งมุ่งเน้นที่การค้นหาความจริงว่าข้อพิพาทระหว่างโจทก์จำเลยมีอยู่เช่นใด ศาลควรตัดสินไปในแนวทางที่จะคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความทุกฝ่ายอย่างไร แต่ต่างฝ่ายต่างก็พยายามจะชี้นำคดีไปในแนวทางที่สรุปว่า การกระทำของตนในนิติกรรมหรือนิติเหตุที่พิพาทนั้น ได้กระทำไปโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว จึงมีสิทธิเรียกร้องจากคู่กรณี หรือการกระทำของตนมิได้เป็นเหตุให้อีกฝ่ายเสียหาย คู่กรณีจึงไม่มีสิทธิเรียกร้องจากตน ต่างฝ่ายต่างมุ่งทำลายความน่าเชื่อถือของน้ำหนักรายานของฝ่ายตรงข้าม ดังเห็นได้จากในระบบวิธีพิจารณาความแพ่งได้ยอมรับระบบคำทำในการดำเนินคดีแพ่ง เป็นต้น

แต่ในคดีปกครองนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่มาจากการออกกฎหมายหรือการออกคำสั่ง ซึ่งเป็นการกระทำที่ฝ่ายปกครองดำเนินการได้เองฝ่ายเดียว มิใช่ตั้งอยู่บนหลักความเท่าเทียมกันเช่นการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตามกฎหมายมหาชน ทั้งยังทำเป็นเอกสารหรือเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งเกือบทั้งหมด



จะอยู่ในการครอบครองของฝ่ายรัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง จึงเป็นการยากที่เอกชนจะหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ยืนยันข้อกล่าวอ้างของตน ดังนั้น การถือหลักในการค้นหาข้อเท็จจริงอย่างเคร่งครัดว่าเป็นหน้าที่ของคู่ความหรือคู่กรณีที่จะต้องพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างของตนเช่นคดีทั่วๆ ไปย่อมอาจจะเกิดความไม่เป็นธรรมในการต่อสู้คดีได้ ด้วยเหตุนี้ในคดีปกครองศาลจึงมีหน้าที่มากกว่าการรับฟังข้อเท็จจริงตามที่คู่ความหรือคู่กรณีกล่าวอ้าง โดยจะมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบ แสวงหาข้อเท็จจริง และการดำเนินกระบวนการพิจารณาซึ่งเรียกว่า “ระบบไต่สวน” โดยยึดหลักการสร้างดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของเอกชน

จากลักษณะความแตกต่างในการดำเนินคดีแพ่งกับคดีปกครองในประเด็นต่างๆ ดังกล่าว ซึ่งพนักงานอัยการมีความคุ้นเคยในการดำเนินคดีแพ่ง จึงมีประเด็นที่น่าคิดว่าการมอบอำนาจให้พนักงานอัยการเข้ามาดำเนินคดีปกครองแทนหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะมีผลเป็นการช่วยให้การดำเนินคดีปกครองของศาลปกครองเป็นไปด้วยความรวดเร็วถูกต้องมีข้อเท็จจริงอย่างรอบด้านหรือไม่ หรือจะมีผลทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณามีความล่าช้าโดยไม่มีเหตุจำเป็น เช่น การจัดทำคำให้การในลักษณะการตัดอำนาจฟ้องของผู้ฟ้องคดี โดยอ้างเหตุต่างๆ แล้วขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งยกฟ้องผู้ฟ้องคดีหรือในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองออกกฎหรือคำสั่งที่มีความผิดพลาดอย่างเห็นได้ชัด ซึ่งหน่วยงานทางปกครองควรที่จะได้รับคำปรึกษาหรือคำแนะนำให้แก่ไขกฎหรือคำสั่งดังกล่าว ซึ่งจะทำให้เหตุแห่งการฟ้องคดีหมดไป แต่กลับต้องมาเสียเวลาในการต่อสู้คดี เป็นต้น

ดังนั้น ถ้าหากพิจารณาถึงความคุ้นเคยในการดำเนินคดีแพ่งของพนักงานอัยการที่มุ่งจะรักษาประโยชน์ของรัฐจนมีผลกระทบต่อคุ้มครองความเป็นธรรมของเอกชน อาจกล่าวได้ว่า ความเคยชินในการดำเนินคดีแพ่งมีลักษณะที่ตรงกันข้ามกับหลักการในการดำเนินคดีปกครองที่ใช้ระบบไต่สวนเป็นหลักในการพิจารณาคดีที่ศาลจะเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการแสวงหาข้อเท็จจริง จริงอยู่ศาลอาจแก้ไขข้อขัดข้องดังกล่าวโดยศาลแสวงหาข้อเท็จจริงโดยไม่ต้องรอการช่วยเหลือ

จากพนักงานอัยการ แต่การดำเนินคดีของพนักงานอัยการในแนวทางที่เคยชินอาจมีผลให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีปกครองของศาลมีความล่าช้าได้

ฉะนั้น พนักงานอัยการที่ต้องรับผิดชอบในการดำเนินคดีปกครองจะต้องมีการปรับเปลี่ยนแนวความคิดและวิธีปฏิบัติในการดำเนินคดีปกครองเสียใหม่ เพราะมีเช่นนั้นแทนที่พนักงานอัยการจะมีส่วนช่วยให้มีการรักษาความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะ กับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กลับจะเป็นเหตุขัดขวางในการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน เพราะมุ่งแต่จะคุ้มครองประโยชน์ของรัฐตามความเคยชินที่ได้ถือปฏิบัติในการดำเนินคดีแพ่งมาตลอด

## สรุป

กล่าวโดยสรุปเห็นว่าจากการเปิดทำการของศาลปกครองไทยมาได้ 10 ปี แล้วการนำเอาแนวความคิดในการดำเนินคดีแพ่งของพนักงานอัยการมาใช้กับการดำเนินคดีปกครองจะเป็นผลเสียต่อการดำเนินคดีปกครองแทนที่จะทำให้เกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ แต่กลับมุ่งคุ้มครองสิทธิประโยชน์เฉพาะของตัวความเท่านั้น ซึ่งตัวความในที่นี้ก็หมายถึงหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั่นเองและหน่วยงานที่ได้รับประโยชน์โดยตรงก็คือสำนักงานอัยการสูงสุดที่มีการขยายอัตรากำลังเพิ่มแผนกคดีปกครอง จนมีอธิบดีอัยการแผนกคดีปกครองเพิ่มขึ้นอย่างมากมาย ทั้งที่มีได้มีพื้นฐานด้านกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองแต่อย่างใด

จึงถึงเวลาแล้วที่น่าจะต้องมีการทบทวนการดำเนินคดีปกครองของพนักงานอัยการกันอย่างจริงจังเสียที

## คดีปราสาทพระวิหาร และหมายเหตุท้ายคำพิพากษา\*

วีรวัฒน์ ปริญญาตรี\*\*

### บทย่อ

คดีปราสาทพระวิหาร (ระหว่างกัมพูชากับไทย) ชั้นเนื้อหา  
คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ วันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 1962

### ศาลตีกรอบคำพิพากษา (หน้า 6 - 14, คำแปลหน้า 1 - 18)

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศสรุปกระบวนการพิจารณาคดีและกล่าวทวนคำแถลงสรุปของกัมพูชาและไทย โดยในหน้า 14 ย่อหน้าสุดท้าย (คำแปลหน้า 16 ย่อหน้าสุดท้าย) ศาลอ้างถึงคำอธิบายประเด็นแห่งคดีที่ศาลเคยสรุปไว้ว่า กัมพูชากล่าวอ้างว่าไทยได้ละเมิด “อำนาจอธิปไตยเหนือบริเวณปราสาทพระวิหารและเขตที่เกี่ยวข้อง” (sovereignty over the region of the Temple of Preah Vihear and its precincts) และศาลก็ย้ำกรอบ (confined) ประเด็นแห่งคดีตามคำสรุปดังกล่าวซ้ำดั้งเดิมแต่ละคำว่า “เขตที่เกี่ยวข้อง” (precincts) ออกไป (คำนี้ตีความหมายได้หลายทาง โปรดดูหมายเหตุ) ศาลสรุปว่า การที่คู่ความอ้างถึง

---

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 5 มิถุนายน 2554

\*\* อดีตนักกฎหมายในคดีศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ สำนักกฎหมาย Freshfields Bruckhaus Deringer (กรุงปารีส). นิติศาสตรมหาบัณฑิต (รางวัลทุนฟูลไบรท์และวิทยานิพนธ์เกียรตินิยม) มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด. นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

แผนที่และข้อต่อสู้ที่เกี่ยวข้องเนื่องกับแผนที่นั้น ศาลจะพิจารณาเพียงเท่าที่จำเป็นต่อการหาเหตุผล (reasons) มาวินิจฉัยประเด็นพิพาทแห่งคดี (settle the sole dispute) ที่จำกั้อยู่เฉพาะเรื่องอำนาจอธิปไตยเหนือบริเวณปราสาทพระวิหาร ประเด็นเดียวเท่านั้น.

### ศาลระบุข้อกฎหมาย (หน้า 15 - 16, คำแปลหน้า 18 - 19)

ศาลสรุปข้อเท็จจริงเกี่ยวกับปราสาทพระวิหาร (ย่อว่า “ปราสาทฯ”) และ ปฏิเสธที่จะนำข้อต่อสู้เชิงประวัติศาสตร์ ศาสนาและโบราณคดีมาประกอบการพิจารณา. ศาลกล่าวถึงข้อพิพาทในคดีว่าเป็นเรื่องที่สืบจากการตกลงเรื่องเขตแดน (boundary settlement) ระหว่างสยามและฝรั่งเศสเมื่อช่วง ค.ศ. 1904 - 1908 ซึ่งต่อมากัมพูชาได้รับเอกราชและสืบทิตต่อจากฝรั่งเศส. ศาลระบุว่า การวินิจฉัย คดีย่อมเป็นไปตาม (depends upon) หนังสือสัญญาเรื่องเขตแดนระหว่างสยาม และฝรั่งเศส วันที่ 13 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1904 (ย่อว่า “อนุสัญญาฯ”) ซึ่งมีใจความ สำคัญสองข้อ คือ

ข้อ 1. กำหนดให้ “พรมแดน” (frontier) ระหว่างไทยและฝรั่งเศสบริเวณ ปราสาทฯ เป็นไปตามสันปันน้ำ (follows the watershed); และ

ข้อ 3. กำหนดให้มีคณะกรรมการสองชุดทำงานผสมกัน (Mixed Commissions - อนุสัญญาฯ ใช้รูปพหูพจน์) ระหว่างไทยและฝรั่งเศส เพื่อทำหน้าที่ ปักปันพรมแดนต่างๆ (delimitation of the frontiers) ทั้งนี้ให้คณะกรรมการผสม ดังกล่าวดำเนินงานเกี่ยวกับพรมแดนที่อนุสัญญาฯ ข้อ 1. กำหนดไว้ (the work will relate to the frontier determined by [Article I]).

### ศาลอธิบายข้อกฎหมาย (หน้า 16 - 17, คำแปลหน้า 19 - 20)

ศาลอธิบายถึงอนุสัญญาฯ ไว้สามประการ.

ประการแรก เมื่ออนุสัญญาฯ มิได้ระบุถึงปราสาทฯ ไว้ ศาลจึงจำเป็นต้อง ตรวจสอบ (examine) ว่าเส้นพรมแดน (frontier line) คือเส้นใด เพื่อศาลสามารถ วินิจฉัย (give a decision) ได้ว่ากัมพูชาหรือไทยมีอธิปไตยเหนือบริเวณปราสาทฯ (the Temple area).

ประการที่สอง อนุสัญญา ข้อ 1. จะกำหนดให้พรมแดนเป็นไปตามเส้นสันปันน้ำ แต่แนวพรมแดนที่ชัดเจน (exact course) นั้นต้องปักปันตามอนุสัญญา ข้อ 3. ซึ่งให้มีคณะกรรมการผสมฝรั่งเศส-ไทย (Franco-Siamese Mixed Commission - ศาลใช้รูปเอกพจน์ ) เป็นผู้ปักปัน.

ประการที่สาม แม้การดำเนินการปักปันตามอนุสัญญา ข้อ 3. จะมีข้อสันนิษฐานเบื้องต้น (prima facie) ว่าต้องกระทำตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา ข้อ 1. (อาศัยสันปันน้ำ) แต่ศาลเห็นว่าเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา ก็เพื่อทำให้มีเส้นพรมแดนที่เป็นผลมาจากการปักปันตามความเป็นจริง (establish the actual line of the frontier) เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการปักปันนั้นไม่มีผลทางกฎหมาย (invalid).

(กล่าวโดยสังเขป คำว่า “ปักปัน” หรือ delimitation นั้นศาลน่าจะหมายถึงการตกลงเส้นเขตแดนบนแผนที่หรือเอกสาร ซึ่งศาลเห็นว่าชัดเจนกว่าการตกลงนิยามเบื้องต้น เช่น ตกลงพรมแดนให้อาศัยสันปันน้ำ - โปรดดูหมายเหตุ)

### ศาลสรุปข้อเท็จจริงและเหตุผลที่คู่ความยกขึ้นต่อสู้

(หน้า 17 - 21, คำแปลหน้า 20 - 27)

ศาลสรุปข้อเท็จจริงว่า ไทยและฝรั่งเศสได้ตั้งคณะกรรมการผสม (Mixed Commission - เอกพจน์) ขึ้นหนึ่งคณะแต่มีสองแผนก คือแผนกไทยและแผนกฝรั่งเศสโดยแต่ละแผนกมีประธานกรรมการของตน (กล่าวคือศาลเรียกคณะกรรมการผสมตามอนุสัญญา ข้อ 3. ที่เป็นพหูพจน์ให้เป็นเอกพจน์แทน - ต่อไปนี้ย่อว่า “คณะกรรมการผสมฯ” - โปรดดูหมายเหตุ). ศาลสรุปว่า แม้คณะกรรมการผสมฯ จะไม่ได้บันทึกข้อสรุปเรื่องการปักปันพรมแดนบริเวณปราสาทฯ ไว้ แต่สันนิษฐานจากหลักฐานว่าได้มีการสำรวจและกำหนดพรมแดนแล้ว (surveyed and fixed) แต่โดยใครหรือโดยวิธีการใดนั้นศาลเห็นว่าไม่ชัดเจน.

ต่อมาไทยกับฝรั่งเศสได้ทำหนังสือสัญญาอีกฉบับใน ค.ศ. 1907 และตั้งคณะกรรมการผสมชุดที่สองขึ้นอีกชุดเพื่อปักปันพรมแดนบริเวณอื่นที่ไม่ได้ดำเนินการตามอนุสัญญา ค.ศ. 1904 อีกทั้งหนังสือสัญญา ค.ศ. 1907 ยังมี

พิธีสาร (protocol) กำหนดให้งานของคณะกรรมการชุดที่สองรวมไปถึงบริเวณที่ปราสาทฯ ตั้งอยู่ แต่คณะกรรมการชุดที่สองก็ได้ปักปันบริเวณปราสาทฯ ศาลจึงสันนิษฐานว่าคณะกรรมการผสมฯ ชุดแรกตามอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1904 ได้ทำการสำรวจและปักปันพรมแดนบริเวณปราสาทฯ เสร็จแล้ว แต่ผลออกมาเป็นเช่นใดนั้นศาลไม่ทราบ.

ศาลอธิบายว่าขั้นตอนสุดท้ายของการปักปันพรมแดนคือการทำแผนที่ไทยซึ่งไม่ชำนาญด้านแผนที่ได้ขอให้ฝรั่งเศสจัดทำแผนที่ ทั้งนี้ มีหลักฐานที่ไทยเคยกล่าวถึง “คณะกรรมการปักปันพรมแดนผสม (Mixed Commission - เอกพจน์) และคำขอของกรรมการฝ่ายไทย (Siamese Commissioners) ที่ขอให้กรรมการฝ่ายฝรั่งเศส (French Commissioners) ทำแผนที่พรมแดนต่างๆ (maps of various frontiers)” (ผู้ย่อตีความจากบริบทว่าศาลพูดถึงคณะกรรมการผสมฯ ชุดแรกที่ศาลเรียกว่า มีแผนที่ไทยและแผนที่ฝรั่งเศส). ฝรั่งเศสจึงให้เจ้าหน้าที่ของตน 4 คน (3 คนเป็นอดีตสมาชิกคณะกรรมการผสมฯ ชุดแรก) ทำแผนที่ทั้งสิ้น 11 ฉบับ ซึ่งหนึ่งในนั้นก็คือแผนที่ภาคผนวก 1 ต่อท้ายคำฟ้องกัมพูชา หรือ Annex I Map (“แผนที่ฯ”) ซึ่งกัมพูชานำมาอ้างว่าปราสาทฯ ตั้งอยู่ในเขตกัมพูชา.

ศาลสรุปข้อต่อสู้ของไทยเกี่ยวกับแผนที่ฯ สามข้อ ดังนี้.

(1) แผนที่ฯ ไม่ใช่ผลงานการปักปันโดยคณะกรรมการผสมฯ จึงไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย;

(2) เส้นพรมแดนที่แท้จริงต้องเป็นไปตามสันปันน้ำ (ตามอนุสัญญาฯ ข้อ 1.) ซึ่งยอมทำให้ปราสาทฯ ตั้งอยู่ในเขตไทย แต่เมื่อแผนที่ฯ กลับลากเส้นที่ไม่ใช่เส้นสันปันน้ำในบริเวณนั้น (in this vicinity - หน้า 21) เนื้อหาแผนที่ฯ จึงผิดพลาดชัดเจน และไม่สามารถถือเป็นการใช้อำนาจหรือดุลพินิจของคณะกรรมการผสมฯ ที่ถูกต้องได้; และ

(3) ไทยไม่เคยยอมรับแผนที่ฯ หรือเส้นพรมแดนตามแผนที่ฯ หรือแม้หากไทยเคยยอมรับ ก็เพราะไทยเข้าใจผิดในข้อสำคัญว่าเส้นแผนที่ฯ ได้เป็นไปตามเส้นสันปันน้ำอย่างถูกต้อง.

### ศาลเห็นว่าแผนที่ฯ ไม่ผูกพันไทย แต่เป็นผลจากการสำรวจจริง (หน้า 21 ย่อหน้าสุดท้าย, คำแปลหน้า 27 ย่อหน้าสุดท้าย)

ศาลเห็นในชั้นแรกว่า แผนที่ฯ ณ ขณะที่ทำขึ้นย่อมไม่ผูกพันไทยในทางกฎหมาย เพราะฝรั่งเศสทำขึ้นฝ่ายเดียวและไม่มีหลักฐานแสดงว่าคณะกรรมการผสมฯ ได้มอบหมายหรือรับรองการทำแผนที่ฯ. อย่างไรก็ตาม ศาลเชื่อว่าแผนที่ฯ ถูกทำขึ้นโดยอาศัยการสำรวจบริเวณที่ปราสาทฯ ตั้งอยู่จริง และเมื่อไทยเป็นฝ่ายร้องขอให้ฝรั่งเศสทำขึ้น แผนที่ฯ จึงมีลักษณะที่เป็นทางการ อีกทั้งเห็นว่าแผนที่ฯ มีความน่าเชื่อถือในทางเทคนิคโดยชัดแจ้ง.

### ศาลเห็นว่าไทยได้ยินยอมและยอมรับแผนที่ฯ ในช่วง ค.ศ. 1908 - 1909 (หน้า 22 - 27, คำแปลหน้า 28 - 36)

ศาลอธิบายต่อว่า ในเมื่อไทยยอมรับเองว่าแผนที่ฯ ไม่ใช่ผลจากการปักปันโดยคณะกรรมการผสมฯ ศาลจึงมองว่าการที่คณะกรรมการผสมฯ จะได้ปักปันพรมแดน และรับรองแผนที่ฯ โดยถูกต้องหรือโดยมีอำนาจหรือไม่นั้น ย่อมไม่ใช่ประเด็นที่แท้จริง แต่ประเด็นพิพาทที่สำคัญคือ ในที่สุดแล้วไทยและฝรั่งเศสในฐานะภาคีสัญญาฯ ได้ถือเอา (adopt) แผนที่ฯ ให้เป็นผลจากการปักปันพรมแดนบริเวณปราสาทฯ (as representing the outcome of the work of delimitation) อันส่งผลให้แผนที่ฯ มีสถานะทางกฎหมายหรือไม่? ศาลไม่เห็นด้วยกับข้อต่อสู้ของไทยว่า ไทยเพียงแต่แสดงท่าทีนิ่งเฉย (passive attitude) และไม่เคยเป็นฝ่ายยินยอม (consenting party) ให้เปลี่ยนแปลงเส้นสันปันน้ำตามอนุสัญญาฯ. ศาลพิจารณาถึงการประพุดติปฏิบัติระหว่างไทยและฝรั่งเศสเกี่ยวกับแผนที่ฯ ดังต่อไปนี้

- ชุดแผนที่ทั้ง 11 ฉบับ (หนึ่งในนั้นคือแผนที่ฯ ที่กัมพูชาอ้าง) ถูกนำไปเผยแพร่อย่างกว้างขวางกว่า 160 ชุด ในหลายประเทศ;

- อัครราชทูตไทย ณ กรุงปารีส ได้ทำหนังสือแจ้งรัฐบาลไทยโดยใช้ถ้อยคำว่า “สำหรับเรื่องเกี่ยวกับคณะกรรมการปักปันพรมแดนผสม (Mixed Commission

- เอกพจน์) และคำขอของกรรมการฝ่ายไทยที่ขอให้กรรมการฝ่ายฝรั่งเศสทำแผนที่พรมแดนต่างๆ บัดนี้กรรมการฝ่ายฝรั่งเศสได้ทำแผนที่เสร็จแล้ว”

- เจ้าหน้าที่ระดับสูงของไทยและกรรมการฝ่ายไทยในคณะกรรมการผสมฯ เองรับทราบถึงแผนที่ฯ ดังกล่าวโดยมิได้ทักท้วง อีกทั้งกรรมการฝ่ายไทยเองก็มีได้แสดงให้เห็นว่าแผนที่ฯ มิได้เป็นไปตามการปักปันโดยคณะกรรมการผสมฯ;

- หน้าแผนที่ฯ ปรากฏชื่อชัดเจนว่า “ดงรัก - คณะกรรมการปักปันเขตแดนระหว่างอินโดจีนและสยาม” (Dangrek - Commission of Delimitation between Indo-China and Siam - โปรดสังเกตุว่า Commission ทั้งในภาษาฝรั่งเศสตามแผนที่ฯ และในภาษาอังกฤษตามคำพิพากษาล้วนเป็นคำเอกพจน์ต่างจาก Commissions ซึ่งเป็นคำพหูพจน์ในอนุสัญญาฯ - ดูภาพแผนที่ฯ ได้ที่เว็บไซต์ผู้ย่อ); และ

- เสนาบดีกระทรวงมหาดไทยได้ขอให้ฝรั่งเศสทำสำเนาแผนที่ฯ เพิ่มเติมอีก 15 ฉบับเพื่อนำไปแจกจ่ายให้ผู้ว่าราชการจังหวัดของไทยต่อไป.

ศาลพิจารณว่าการประพฤติปฏิบัติเหล่านี้โดยที่ไทยรับแผนที่ฯ โดยไม่ทักท้วง ไม่ว่าจะในเวลานั้นหรือต่อมาเป็นเวลาหลายปี ฎหมายถือว่าเข้าลักษณะการยินยอมจากการนิ่งเฉยในการที่ควรปฏิบัติ (held to have acquiesced) ศาลจึงเห็นว่าไทยได้ยอมรับ (accept) แผนที่ฯ ให้เป็นผลจากการปักปันพรมแดนบริเวณปราสาทฯ แล้ว.

ศาลกล่าวถึงข้อต่อสู้ของไทยที่ว่า ณ เวลาที่ได้รับแผนที่ฯ มานั้น ไทยไม่ทราบเกี่ยวกับตัวปราสาทฯ จึงไม่ได้ใส่ใจเกี่ยวกับตัวปราสาทฯ ศาลพิจารณว่าฟังไม่ขึ้นเพราะไทยได้ยอมรับเองว่าคณะเจ้าหน้าที่ฝ่ายไทยได้ค้นพบปราสาทฯ อีกครั้งตั้งแต่ ค.ศ. 1899. ศาลกล่าวต่อว่า ไทยจะยกข้อต่อสู้ว่าไทยเข้าใจแผนที่ฯ ผิดไม่ได้ เพราะเส้นแผนที่ฯ ไม่เพียงแต่แสดงให้เห็นชัดเจนว่าปราสาทฯ ตั้งอยู่ในเขตกัมพูชา แต่ยังแสดงให้เห็นอีกว่าการลากเส้นมิได้เป็นไปตามตามแนวขอบหน้าผา แต่กลับลากเหนือขึ้นไปจากชะงอกผาที่ปราสาทฯ ตั้งอยู่อย่างชัดเจน. ศาลกล่าวว่าฝ่ายไทยย่อมต้องสงสัยได้ทันทีว่าแผนที่ฯ แสดงเส้นตามแนวสันปันน้ำหรือไม่ แต่ไทยเองเป็นฝ่ายวางใจขอให้ฝรั่งเศสทำแผนที่ฯ และรับมาโดย



ไม่ตรวจสอบ ดังนั้น เมื่อกฎหมายไม่อนุญาตให้ฝ่ายที่ผิดพลาดอ้างความผิดพลาดของตนเองมาลบล้างความยินยอม ข้อต่อสู้ของไทยเรื่องความเข้าใจผิดจึงฟังไม่ขึ้น.

**ศาลเห็นว่าสิ่งที่เกิดขึ้นหลัง ค.ศ. 1909 ยืนยันว่าไทยเคยยอมรับแผนที่ฯ และไทยเสียสิทธิที่จะปฏิเสธ (หน้า 27 - 33, คำแปลหน้า หน้า 36 - 46)**

ศาลพิจารณากฎการประพฤติปฏิบัติของไทยหลัง ค.ศ. 1909 ต่อไปนี้

- ไทยไม่เคยประเด็นปราสาทฯ ขึ้นเจรจากับฝรั่งเศส แม้มีโอกาสในช่วงการเจรจาหนังสือสัญญาอื่นในปี ค.ศ. 1925 และ 1937 แต่ในทางกลับกัน ไทยและฝรั่งเศส กลับมีทำที่ยืนยันพรมแดนที่ได้ตกลงไปแล้วเมื่อ ค.ศ. 1904 ;

- ไทยได้สำรวจดินแดนบริเวณปราสาทฯ ด้วยตนเองช่วง ค.ศ. 1934 - 1935 จากนั้นใน ค.ศ. 1937 ไทยได้ทำแผนที่เพื่อใช้เองในประเทศ แต่แผนที่ฉบับดังกล่าวกลับระบุให้ปราสาทฯ อยู่ในกัมพูชาโดยแผนที่มิได้อธิบายหรือสงวนข้อความประการใด ;

- ไทยอ้างว่าไทยได้ใช้อำนาจทางปกครองแสดงความมือฉิปไตยเหนือบริเวณปราสาทฯ แต่ศาลกล่าวในหน้า 30 ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเพียงในระดับท้องถิ่นและภูมิภาคอันไม่ชัดเจนว่าเกี่ยวข้องกับยอดเขาพระวิหารและบริเวณปราสาทฯ (the summit of Mount Preah Vihear and the Temple area) หรือเป็นที่อื่นในบริเวณใกล้เคียงกัน (in the vicinity) ;

- ไทยนำแผนที่ที่อีกฉบับมาแสดงในระดับระหว่างประเทศเมื่อ ค.ศ. 1947 โดยแผนที่ฉบับดังกล่าวระบุให้ปราสาทฯ อยู่ในกัมพูชา ;

- ผู้แทนประเทศไทยเคยใช้ถ้อยคำในการประชุมระดับระหว่างประเทศใน ค.ศ. 1958 ซึ่งถ้อยคำชี้ให้เห็นว่าไทยได้ปราสาทฯ กลับคืนมาเพียงแค่ช่วงหลัง ค.ศ. 1940 (สมัยที่ไทยเคยครอบครองดินแดนบางส่วนของกัมพูชาชั่วคราว) ซึ่งสอดคล้องกับเอกสารราชการไทยที่ใช้คำว่าได้ปราสาทฯ “กลับคืนมา” (retaken) แม้ไทยจะอ้างว่าพิมพ์ผิด ; และ

- ไทยมีทำที่ที่ไม่ชัดเจนเกี่ยวกับปราสาทฯ เมื่อได้รับหนังสือสอบถามจาก

ฝรั่งเศสและกัมพูชา จนกัมพูชานำคดีมาสู่ศาลในปี ค.ศ. 1959.

นอกจากนี้ ศาลกล่าวถึงกรณีที่สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระยาดำรงราชานุภาพ อดีตเสนาบดีกระทรวงมหาดไทยซึ่ง ณ เวลานั้นเป็นผู้มีหน้าที่เกี่ยวกับโบราณสถาน ได้รับพระบรมราชานุญาตจากพระมหากษัตริย์ไทยให้เสด็จเยี่ยมปราสาทฯ เมื่อ ค.ศ. 1930 และเมื่อข้าหลวงฝรั่งเศสให้การต้อนรับพร้อมชักธงฝรั่งเศสเหนือปราสาทฯ ฝ่ายไทยกลับไม่ทักท้วงทั้งที่กรณีเสด็จเยี่ยมดังกล่าวมีลักษณะกึ่งทางการ. ศาลกล่าวต่อในหน้า 31 (คำแปลหน้า 42 - 43) ว่า หากพิจารณาการเสด็จเยี่ยมปราสาทฯ โดยรวม (taken as a whole) ดูได้ว่า (it appears) ไทยได้รับรองว่ากัมพูชามีอธิปไตยเหนือปราสาทฯ โดยปริยาย (tacit recognition) และข้อที่น่าจะชัด (what seems clear) คือ ไทยไม่คิดว่าตนเป็นเจ้าของปราสาทฯ หรือไม่ (either...or) ไทยก็ยอมรับการอ้างสิทธิโดยฝรั่งเศส หรือไม่ไทยก็ยอมรับเส้นพรมแดนตามที่ปรากฏบนแผนที่ฯ อย่างไรก็ดีอย่างหนึ่ง.

ศาลพิจารณาการประพฤติปฏิบัติของไทยหลัง ค.ศ. 1909 เป็นต้นมา และสรุปในหน้า 32 (คำแปลหน้า 42 - 43) ว่า ไม่ว่าไทยจะได้ออมรับเส้นพรมแดนตามที่ปรากฏบนแผนที่ฯ หรือไม่ ไทยย่อมเสียสิทธิ (precluded) ที่จะปฏิเสธการประพฤติปฏิบัติของตนที่ต่อเนื่องมาเป็นเวลา 50 ปี. ศาลเห็นว่าไทยเองก็ได้อ้างและรับประโยชน์จากการมีพรมแดนที่มั่นคง (stable frontier) และไม่อาจปฏิเสธความยินยอมผูกพันของตนได้.

จากนั้น ในย่อหน้าสุดท้ายของหน้า 32 ไปถึงต้นหน้า 33 (คำแปลหน้า 45) ศาลได้กลับไปอาศัยสิ่งที่ศาลเคยกล่าวไว้เกี่ยวกับช่วง ค.ศ. 1908 - 1909 (หน้า 27 - 33 หรือคำแปลหน้า 36 - 46) เป็นเหตุผลสำคัญในการพิจารณา (The Court however considers) ว่า ด้วยเหตุที่ไทยได้ออมรับ (accept) แผนที่ฯ ให้เป็นผลจากการปักปันพรมแดนบริเวณปราสาทฯ นั้น ไทยย่อมได้รับรอง (recognized) เส้นตามแผนที่ฯว่าเป็นเส้นพรมแดน เหตุดังกล่าวจึงส่งผลให้ปราสาทฯ ตั้งอยู่ในอาณาเขตกัมพูชา. ศาลกล่าวเพิ่มว่าการประพฤติปฏิบัติของไทยต่อมาหลัง ค.ศ. 1909 เป็นข้อที่ยืนยันและสืบเนื่อง (confirms and bears out) จากการที่ไทยได้ออมรับแผนที่ฯ ไปก่อนหน้านั้น.

ศาลกล่าวต่ออีกว่า การที่ไทยอ้างว่าตนเข้าใจแผนที่ผิวนั้น ฟังไม่ขึ้นในสองระดับ. ในระดับแรกหากไทยเชื่อว่าเส้นบนแผนที่ฯ คือเส้นสันปันน้ำจริง ไทยก็ย่อมต้องไม่เคยอ้างการกระทำใดๆ ในบริเวณปราสาทฯ เพราะเส้นตามแผนที่ฯ แสดงชัดว่าปราสาทฯ อยู่ในเขตกัมพูชา แต่เมื่อในคดีนี้ไทยกลับอ้างถึงการกระทำของไทยในบริเวณปราสาทฯ ข้อต่อสู้ที่ขัดแย้งกันเองของไทยจึงฟังไม่ขึ้น. ในระดับต่อมา แม้หากในหลักการ (in principle) ไทยจะอ้างได้ว่าเข้าใจผิดว่าจริง ไทยก็ควรจะอ้างได้ถึงช่วงหลัง ค.ศ. 1934 - 1935 ซึ่งเป็นตอนที่ไทยได้ทำการสำรวจดินแดนบริเวณปราสาทฯ ด้วยตนเอง แต่จะนำมาอ้างต่อศาลในบัดนี้ไม่ได้ (กัมพูชาฟ้องคดีนี้เมื่อ ค.ศ. 1959).

**ศาลอธิบายว่าแผนที่ฯ ไม่ขัดกับอนุสัญญาฯ (หน้า 33 - 35, คำแปลหน้า 47 - 50, ดูประกอบกับหน้า 16 - 17, คำแปลหน้า 19 - 20)**

ศาลเห็นว่าศาลจำเป็นต้องอธิบาย (finds it necessary to deal) เกี่ยวกับอนุสัญญาฯ และแผนที่ฯ ว่า ไม่ว่าแผนที่ฯ จะลากเส้นตรงกับเส้นสันปันน้ำตามที่อนุสัญญาฯ ข้อ 1. กำหนดไว้หรือไม่ แผนที่ฯ ก็ไม่ขัดต่ออนุสัญญาฯ เพราะไทยและฝรั่งเศสได้ถือเอาการตีความ (adopted an interpretation) ว่าแผนที่ฯ คือผลของการปักปันเขตแดนตามอนุสัญญาฯ ข้อ 3. ดังนั้น แผนที่ฯ จึงเข้าสู่ความตกลง (enter the treaty settlement) และกลายมาเป็นส่วนเดียวกัน (integral part) กับอนุสัญญาฯ และส่งผลให้เส้นตามแผนที่ฯ มีสถานะสูงกว่า (prevails) ข้อกำหนดเรื่องสันปันน้ำ.

ศาลกล่าวเพิ่มเติมว่า แม้หากศาลจะต้องพิจารณาคดีโดยอาศัยการตีความสนธิสัญญาโดยปกติ (solely of ordinary treaty interpretation) ศาลก็สามารถตีความโดยพิจารณาวัตถุประสงค์สำคัญ (primary object) ของอนุสัญญาฯ ซึ่งวิธีนี้ก็จะทำให้ศาลได้ข้อสรุปเดียวกันกับการตีความแบบแรก. ศาลอธิบายว่าวัตถุประสงค์สำคัญที่สุดของไทยและฝรั่งเศสในช่วง ค.ศ. 1904 - 1909 ก็คือการตกลงเรื่องพรมแดนให้มั่นคงแน่นอนและเป็นที่ยุติ (stability, certainty and finality) ดังจะเห็นได้ว่าการทำข้อตกลงเรื่องพรมแดนนั้น ไทยและฝรั่งเศสจะตกลง

ว่าให้ใช้สันปันน้ำกำหนดพรมแดนเพียงชั้นตอนเดียวเท่านั้นก็ยอมทำได้ แต่เมื่อไทยและฝรั่งเศสกลับตกลงให้มีคณะกรรมการผสมฯ เป็นผู้ปักปันพรมแดนอีกชั้นตอน แสดงว่าไทยและฝรั่งเศสมองว่าสันปันน้ำมีความไม่ชัดเจน ศาลอธิบายต่ออีกว่า ประเด็นการตกลงเรื่องพรมแดนในช่วง ค.ศ. 1904 - 1909 ได้ทำให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างไทยและฝรั่งเศสมีปัญหากระทบกระทั่งและนำมาสู่ “ความตึงเครียดที่ทวีขึ้นเรื่อยๆ”. ศาลอธิบายว่าหากปล่อยให้เส้นพรมแดนไม่ชัดเจนแล้ว นอกจากจะทำให้เกิดกระบวนการโต้แย้งกันที่ไม่จบสิ้น ยังจะทำให้เกิดสถานการณ์สุ่มเสี่ยงอย่างยิ่ง.

ศาลอธิบายต่อว่า วัตถุประสงค์สำคัญดังกล่าวยังเห็นได้จากเจราจาหนังสือสัญญาใน ค.ศ. 1907, ค.ศ. 1925 และ ค.ศ. 1937 ซึ่งไทยและฝรั่งเศสต่างให้ความสำคัญต่อการตกลงเรื่องพรมแดนให้เป็นที่ยุติ. ศาลมองว่าการที่อนุสัญญาฯ ข้อ 1. กล่าวถึงสันปันน้ำไว้ ก็เพื่อความสะดวกในการอธิบายบริเวณพรมแดนที่ต้องการให้มีการปักปันเท่านั้น อีกทั้งศาลก็ไม่พบหลักฐานว่าไทยและฝรั่งเศสให้ความสำคัญพิเศษกับสันปันน้ำแต่อย่างใด.

ดังนั้น เมื่อแผนที่ฯ สามารถทำให้การปักปันพรมแดนแน่นอนและเป็นที่ยุติ ศาลจึงตีความว่าไทยและฝรั่งเศสได้ยอมรับแผนที่ฯ เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์สำคัญของอนุสัญญาฯ ดังกล่าว และไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาว่าเส้นแผนที่ฯ เป็นไปตามสันปันน้ำที่ถูกต้องหรือไม่อย่างไร.

### ศาลย้ำกรอบคำพิพากษา (หน้า 36; คำแปลหน้า 50 - 51)

ศาลย้ำสิ่งที่ศาลได้กล่าวไว้แล้วในหน้า 14 ว่า การที่กัมพูชาขอให้ศาลวินิจฉัยสถานะทางกฎหมายของแผนที่ฯ และเส้นพรมแดนนั้น ศาลเพียงรับฟังในฐานะเหตุผล (grounds) ประกอบการวินิจฉัยคดีเท่านั้น มิใช่ในฐานะประเด็นพิพาท (claims) ที่ศาลจะต้องวินิจฉัยในบทปฏิบัติการของคำพิพากษา. ส่วนเรื่องที่กัมพูชาขอให้วินิจฉัยว่าไทยต้องคืนบรรดาวัตถุที่นำออกไปจากปราสาทฯ นั้น ถือเป็นส่วนหนึ่งของประเด็นอธิปไตยเหนือปราสาทฯ ศาลจึงรับมาวินิจฉัยได้.

## บทปฏิบัติการของคำพิพากษา (หน้า 36 - 37 ; คำแปลหน้า 51 - 52)

ศาลโดยมติข้างมากจึงวินิจฉัยว่า

(1) ปราสาทพระวิหารตั้งอยู่ในอาณาเขตใต้อธิปไตยของกัมพูชา ; และจากเหตุดังกล่าว (in consequence)

(2) ไทยจึงต้องถอนกำลังเจ้าหน้าที่ออกจากปราสาทฯ หรือบริเวณใกล้เคียงตัวปราสาทฯ (in its vicinity) บนอาณาเขตของกัมพูชา ; และ

(3) ไทยจึงต้องคืนบรรดาวัตถุที่นำออกไปจากปราสาทฯ หรือบริเวณปราสาทฯ (the Temple area) ตามที่กัมพูชาสามารถระบุได้.

## หมายเหตุท้ายคำพิพากษาคดีปราสาทพระวิหาร

*คำพิพากษาอาจเป็นที่สิ้นสุดในทางกฎหมาย แต่ความชอบธรรมนั้นใคร่ครวญได้ไม่สิ้นกาลเวลา*

*A judgment may be final in law; its legitimacy is another matter in time.*

การอ่านคำพิพากษาที่แยบยล เช่น คดีปราสาทพระวิหาร ควรอ่านเชิงวิเคราะห์โดยประมวลใจความคำพิพากษาทั้งฉบับ มิเพียงเรียงบรรทัดแต่ฟังถ้อยตรรกส์. บทย่อและหมายเหตุคำพิพากษา (ซึ่งควรอ่านประกอบกัน) ทำขึ้นเพื่อให้ผู้อ่านเห็นเหตุผลโดยรวมของมติเสียงข้างมากอันเป็นเพียงแค่ข้อพิจารณาหลักส่วนหนึ่ง แต่การศึกษาคำพิพากษาให้สมบูรณ์นั้นอย่างน้อยต้องพิจารณาทั้งบรรทัดที่ปรากฏและไม่ปรากฏ ทั้งจากคำพิพากษา ความเห็นผู้พิพากษา บันทึกกระบวนการพิจารณาและคำคู่ความ.

แม้คำพิพากษาจะมีอายุเกือบครึ่งศตวรรษและมีคำแปลภาษาไทยพอให้ศึกษา แต่ก็ยังมีผู้กล่าวอ้างถึงเนื้อหาของคำพิพากษาแตกต่างกันไปหลายทาง บ้างก็ว่าศาลได้ตัดสินว่าไทยต้องยอมรับผูกพันตามแผนที่ภาคผนวก 1 ที่กัมพูชานำมาอ้าง ไทยจึงสมควรยอมรับเส้นเขตแดนในแผนที่ที่กัมพูชาเรียกร้อง

บ้างก็ว่าคำพิพากษาดัดสินเฉพาะตัวปราสาทเท่านั้น บ้างก็ว่าปราสาท ยังเป็นของไทย และไทยมีสิทธิเอาคืนมาได้ บ้างก็ว่าไทยถูกกฎหมายปิดปากเพราะปฏิบัติยอมรับแผนที่ฯ เองตลอด 50 กว่าปีและจะมาปฏิเสธแผนที่ฯ ในวันนี้ไม่ได้ ฯลฯ เกรงว่าคำกล่าวทั้งหลายนี้อาจทำให้เกิดความสับสน จึงทำหมายเหตุท้ายคำพิพากษาดังต่อไปนี้.

## 1. เรื่องตัวปราสาทพระวิหาร

ตัวปราสาทฯ เป็นของกัมพูชาตามคำพิพากษา แม้ไทยจะไม่เห็นด้วย แต่ในฐานะอารยประเทศผู้มีสัจจะและเคารพกฎหมาย ไทยก็เคารพคำพิพากษาและปฏิบัติตามโดยดี. ประชาชนคนไทยควรจะภาคภูมิใจ เพราะยังมีประเทศมหาอำนาจในโลกที่เรียกตนว่าเป็นผู้นำแต่เมื่อศาลโลกพิพากษาไม่ตรงความคาดหวัง ก็กลับเมินเฉยไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา. ส่วนที่มีผู้กล่าวว่าไทยสงวนสิทธิเอาปราสาทคืนมาได้ นั้น ย่อมกระทำไม่ได้และควรกระทำอย่างแยบยล การสงวนสิทธิในทางกฎหมายระหว่างประเทศไม่ใช่แค่เรื่องการขอให้ศาลทบทวนคำพิพากษาหรืออายุความเพียงอย่างเดียว แต่สามารถสงวนอย่างทั่วไป ต่อเนื่อง และไม่มีระยะเวลาจำกัด หลายประเทศในโลกที่เชี่ยวชาญกฎหมายระหว่างประเทศไม่เพียงแต่นิยมสงวนสิทธิเท่านั้น แต่กลับประท้วงปฏิเสธอย่างเอิกเกริกจนเกิดคำศัพท์ที่มีนัยสำคัญว่า “persistent objector” (ซึ่งล้วนมีบริบทแตกต่างกันไป). แม้จะไม่มีหลักประกันใดว่าการสงวนสิทธิจะก่อให้เกิดสิทธิ ฉันทใดก็ฉันทนั้น รัฐย่อมพึงระวังสงวนสิทธิไว้เพื่อเป็นเครื่องมือในการรักษาผลประโยชน์ในอนาคตอย่างแยบยล หากแต่มิใช่เป็นเงื่อนไขที่ขัดขวางโอกาสสร้างประโยชน์ร่วมกันในปัจจุบัน.

## 2. เรื่องบริเวณใกล้เคียงตัวปราสาทฯ

บริเวณใกล้เคียงตัวปราสาทฯ เป็นของกัมพูชาตามคำพิพากษา แต่ศาลมิได้ระบุให้แน่ชัดว่า “บริเวณใกล้เคียง” (in the vicinity) ดังกล่าวมีความหมายว่าอย่างไร. ไทยเองเคยทำรั้วรอบปราสาทฯ เพราะเห็นว่า “บริเวณใกล้เคียง” ดังกล่าวมีอยู่จำกัดและไม่รวมถึงพื้นที่บนยอดเขาพระวิหารทั้งหมด ซึ่งกัมพูชาไม่เห็นด้วย. ในเดือนเมษายน 2554 กัมพูชาได้ขอให้ศาลตีความคำพิพากษาและแม้ว่าจะ

หวังผลในเรื่องเกี่ยวกับ “บริเวณใกล้เคียง” แต่ใจความสำคัญของคำร้องขอ (Application) ของกัมพูชากลับมิได้ขอให้ศาลตีความคำว่า “บริเวณใกล้เคียง” โดยตรง แต่เป็นการพยายามขอให้ศาลตีความอย่างกว้างไปในทางว่า “บริเวณใกล้เคียง” ดังกล่าวย่อมต้องพิจารณาตามแผนที่ฯ. สุดท้ายแล้วศาลจะรับตีความหรือไม่อย่างไรย่อมขึ้นอยู่กับข้อพิจารณาสำคัญหลายประการซึ่งเมื่อคดียังไม่เสร็จสิ้นก็มิควรจะกล่าวไว้อย่างละเอียดในที่นี้ อย่างไรก็ตามหากเราต้องการทราบในเบื้องต้นว่า “บริเวณใกล้เคียง” นั้นศาลอาจหมายความว่าอย่างไร เราสามารถ “ถอดรหัส” ถ้อยคำในคำพิพากษาได้ดังต่อไปนี้.

(1.) ผู้คนทั่วไปมักพยายามหาคำตอบโดยแปลถ้อยคำว่า “in the vicinity” ที่ศาลกล่าวไว้ในบทปฏิบัติการท้ายคำพิพากษาในหน้า 37 (คำพิพากษาฉบับฝรั่งเศสใช้คำว่า “dans ses environs” ซึ่งต้องพิจารณาประกอบฉบับภาษาอังกฤษที่ศาลยึดเป็นหลักในคดีนี้) แต่คำดังกล่าวทั้งในภาษาอังกฤษและฝรั่งเศสก็แปลทั่วไปได้ว่า “บริเวณใกล้เคียง” หรือ “บริเวณรอบๆ” ตัวปราสาทฯ. หากเราอาศัยการเทียบเคียงคำว่า “vicinity” ในจุดอื่นของคำพิพากษา เช่น ในหน้า 21 หรือ 35 ก็จะพบว่าศาลใช้อย่างกว้างๆ เพื่อกล่าวถึง “บริเวณเดียวกัน”. เช่นเดียวกับคำว่า “region” ก็ถูกนำมาใช้หลายครั้งซึ่งมีอาจตีความเทียบกับบริบทของบริเวณรอบปราสาทฯได้โดยชัดได้. ที่สำคัญ ศาลใช้คำว่า “vicinity” ในหน้า 30 เพื่ออธิบายถึงแนวอื่นที่ไม่ได้อยู่บริเวณเดียวกับตัวปราสาทหรือยอดเขาพระวิหาร ดังนั้น “vicinity” ในหน้า 30 ดังกล่าวจึงมีอาจนำมาเทียบเคียงกับ “vicinity” ในบทปฏิบัติการในหน้า 37 ได้. คำว่า “vicinity” จึงมีความหมายที่ไม่แน่นอนในตัวเอง.

(2.) แท้จริงแล้วคำรหัสที่อาจสำคัญมากกว่าคำว่า “vicinity” กลับเป็นคำที่ปรากฏอยู่ในย่อหน้าแรกของคำพิพากษาหลังที่ศาลได้ทบทวนคำแถลงสรุปของไทยและกัมพูชา นั่นก็คือถ้อยคำว่า “and its precincts” ในหน้า 14 ซึ่งศาลทวนข้อสรุปของศาลเองที่สรุปไว้ว่า กัมพูชากล่าวอ้างว่าไทยได้ละเมิด “อำนาจอธิปไตยเหนือบริเวณปราสาทพระวิหารและเขตที่เกี่ยวข้อง” (sovereignty over the region of the Temple of Preah Vihear and its precincts). คำว่า

“precincts” ที่ปรากฏในคำพิพากษานี้แปลอย่างเป็นทางการได้ว่า “เขตที่เกี่ยวข้อง” แต่มีนัยที่สำคัญยิ่งกว่านั้นอย่างน้อยสี่ระดับ.

(ก.) นัยระดับแรก คำว่า “precincts” นั้นเป็นศัพท์ที่เข้ารหัสเฉพาะได้หลายทาง. หากถอดรหัสตามนัยรัฐศาสตร์ คำนี้หมายถึงเขตการปกครองหรือเขตบริหารที่แบ่งตามพื้นที่ เช่น ในเมืองแห่งหนึ่งอาจมี เขตสถานีตำรวจ หรือเขตเลือกตั้ง แบ่งออกเป็นเขต (precincts) ต่างๆ. แต่หากถอดรหัสตามนัยศาสนาหรือโบราณคดีแล้ว จะแปลว่าบริเวณทั้งหลายที่ถูกรวมเป็นส่วนหนึ่งของสถานที่เดียวกัน เช่น เราอาจเรียก เจดีย์ อุโบสถ ศาลาและลานวัดทั้งหลายที่ตั้งอยู่ในกำแพงวัด ว่าเป็น precincts ของวัด โดยการใช้อักษรนี้มักใช้รูปพหูพจน์. การถอดรหัสคำว่า precincts ในคำพิพากษาต้องแปลจากบริบทที่ศาลกล่าวว่า “sovereignty over the region of the Temple of Preah Vihear and its precincts”. คำถามคือศาลอธิบายถึง precincts ของ “region” (บริเวณ) หรือของ “Temple” (ตัวปราสาท) เพราะหากเป็นกรณี “Temple” เราอาจตีความได้ว่าศาลกำลังพูดถึงบริเวณบันไดนาค โคปุระ บ่อน้ำ หรือรอยกำแพงรอบๆ ตัวปราสาท ที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของปราสาทพระวิหารเท่านั้น. แต่หากมองว่าศาลกำลังพูดถึง “region” ก็อาจมีผู้มองว่าศาลกำลังกล่าวถึงเขตการปกครองต่างๆ ที่กัมพูชาอาจแบ่งได้ในบริเวณเขาพระวิหารหรือไม่. การตีความโดยเน้นที่ “region” นี้อาจจับฟังได้ยาก เพราะศาลกล่าวถึงคำว่า precincts เป็นพหูพจน์ ยากที่จะฟังว่ากัมพูชาจะแบ่งเขตในพื้นที่รอบปราสาท เป็นหลายเขต. อีกทั้งในคำพิพากษานับภาษาฝรั่งเศสศาลยังได้ใช้คำว่า “environs” ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป.

(ข.) นัยระดับที่สอง วิธีที่ศาลกล่าวถึงคำว่า precincts นี้สื่อรหัสพิเศษ เพราะในย่อหน้าแรกศาลใช้คำนี้โดยการยกถ้อยคำ (quote) มาจากคำพิพากษาอีกฉบับในคดีเดียวกัน นั่นคือคำพิพากษาเรื่องเขตอำนาจ (jurisdiction) ลงวันที่ 26 พฤษภาคม ค.ศ 1961 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าศาลมีอำนาจจับคดีปราสาทพระวิหารไว้พิจารณาในชั้นเนื้อหาต่อไปได้ (ซึ่งประมาณเกือบ 1 ปีต่อมาศาลก็ได้ทำคำพิพากษาอีกฉบับในชั้นเนื้อหาที่ถูกกล่าวถึงในหมายเหตุฉบับนี้). วิธีการกล่าวของศาลมีนัยพิเศษเพราะในย่อหน้าแรกศาลยกถ้อยความมาอ้างว่า กัมพูชากล่าว



อ้างว่าไทยได้ละเมิด “อำนาจอธิปไตยเหนือบริเวณปราสาทพระวิหารและเขตที่เกี่ยวข้อง” (sovereignty over the region of the Temple of Preah Vihear and its precincts) แต่ย่อหน้าถัดมาในหน้าเดียวกัน ศาลได้อธิบายย้ำถึงกรอบของคดีโดยใช้ถ้อยคำซ้ำดังเดิม แต่ละคำว่า “precincts” ออกไป กล่าวคือศาลกล่าวว่า ประเด็นแห่งคดีนี้จำกัดอยู่เฉพาะเรื่อง “อำนาจอธิปไตยเหนือบริเวณปราสาทพระวิหาร” (sovereignty over the region of the Temple of Preah Vihear). การที่กล่าวถึงคำว่า “precincts” ในตอนแรกและละคำทิ้งในย่อหน้าถัดมาจะตีความอย่างไรนั้น มองได้หลายทาง. อย่างไรก็ตาม หากคำว่า “precincts” ไม่ได้เป็นคำที่คำว่า “ปราสาทพระวิหาร” กินความถึงอยู่แล้ว ก็แสดงว่าศาลเปลื้องข้อความขัดกันเองโดยมิได้อธิบายไว้ หรืออาจผิดพลาดพิมพ์ตกไป ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงความละเอียดของศาลแล้ว มิน่าเป็นเช่นนั้น. เหตุที่เป็นไปได้ข้อหนึ่ง ก็คือศาลละคำว่า “precincts” เพราะคำว่า “the region of the Temple of Preah Vihear” ชัดเจนพอแล้ว จึงไม่ต้องกล่าวซ้ำ ซึ่งย่อมหมายความว่า “precincts” คือบริเวณในทางโบราณคดีที่เป็นส่วนหนึ่งของปราสาทฯ นั้นเอง.

(ค.) นัยระดับที่สาม การที่ศาลอ้างถึง “precincts” และละคำนี้จากประโยคที่ซ้ำกันในย่อหน้าถัดไปนั้น สมควรต้องอ่านรหัสควบคู่ไปกับสิ่งที่ศาลกล่าวต่อมาในหน้าถัดไป โดยในหน้า 15 ศาลกล่าวสรุปว่า ศาลปฏิเสธที่จะนำข้อต่อสู้เชิงประวัติศาสตร์ ศาสนาและโบราณคดีมาประกอบการพิจารณาคดี. การกล่าวเช่นนี้ตีความได้หลายทาง ทางหนึ่งคือเป็นเครื่องยืนยันว่า “precincts” ถูกกล่าวถึงในบริบทเชิงศาสนาและโบราณคดี (แต่เมื่อศาลเลือกละคำๆ นี้ ออกย่อมมีทางตีความที่แตกต่างกันไปได้อีก).

(ง.) นัยระดับที่สี่ คำว่า “precincts” ในหน้าที่ 14 นี้ ศาลใช้คำภาษาฝรั่งเศสว่า “environs” ซึ่งก็เป็นคำแปลคำเดียวกันกับคำว่า “vicinity” ในบทปฏิบัติการหน้า 37. แม้คำพิพากษาจะกำหนดให้ใช้ฉบับภาษาอังกฤษเป็นหลักก็ตาม แต่การเลือกคำแปลเหล่านี้เป็นเรื่องละเอียดอ่อนที่ผู้พิพากษาและนักกฎหมายที่ดีทุกคนต่างตระหนัก หากหน้าที่แพทย์คือการจับชีพจร หน้าที่ของนักกฎหมายก็คือการจับถ้อยคำ และผู้ทำหมายเหตุก็มิได้คิดว่าเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องบังเอิญที่มี

การใช้คำแปลฝรั่งเศสตรงกัน.

(3.) นอกจากการถอดรหัสเรื่องคำว่า “vicinity” โดยอาศัยคำว่า “precincts” ข้างต้นแล้ว การถอดรหัสคำว่า “vicinity” ย่อมทำได้โดยการตีความจากบริบทโดยรวมของบทปฏิบัติการทั้งสามข้อในหน้า 36 - 37. สมควรจะกล่าวบทวนถ้อยคำที่ศาลใช้มีใจความดังนี้

(1) ศาลเห็นว่าปราสาทพระวิหารตั้งอยู่ในอาณาเขตใต้อธิปไตยของกัมพูชา ; และจากเหตุดังกล่าว (in consequence)

(2) ไทยจึงต้องถอนกำลังเจ้าหน้าที่ออกจากปราสาทหรือในบริเวณใกล้เคียงตัวปราสาท (in its vicinity) บนอาณาเขตของกัมพูชา (on Cambodian territory) ; และ

(3) ไทยจึงต้องคืนบรรดาวัตถุที่นำออกไปจากปราสาท หรือบริเวณปราสาท (the Temple area) ตามที่กัมพูชาสามารถระบุได้.

เราจะเห็นว่าบทปฏิบัติการข้อแรกมุ่งไปที่ตัวปราสาท อย่างเดียว คำที่เป็นปัญหาคือคำว่า “vicinity” ในข้อที่ 2 นั้น สามารถถอดรหัสโดยการอ่านรหัสควบคู่กับคำว่า “in consequence” และ “Temple area”. ในทางหนึ่งกล่าวได้ว่าการที่ศาลใช้คำว่า “vicinity” ในข้อ 2 และใช้คำว่า “Temple area” ในข้อ 3 ทั้งที่ก็เป็นเรื่องผลที่ตามมาจากข้อ 1 เหมือนกันแสดงให้เห็นว่าในบริบทโดยรวมศาลก็หมายถึง บริเวณที่ใกล้ชิดหรือเป็นส่วนหนึ่งของตัวปราสาท (precincts). ยิ่งไปกว่านั้น คำว่า “in consequence” สื่อให้เห็นว่าการที่ไทยต้องถอนเจ้าหน้าที่ออกจากปราสาท หรือในบริเวณใกล้เคียงตัวปราสาท เป็นผลที่ตามมา หมายความว่าศาลกำลังเน้นไปที่เหตุเกี่ยวกับตัวปราสาท เป็นสำคัญ. ถามว่าอะไรคือสาระสำคัญของตัวปราสาทที่ทำให้ไทยต้องถอนเจ้าหน้าที่ออกจากบริเวณใกล้เคียงตัวปราสาท ตอบได้หลายอย่าง แต่วิธีตอบวิธีหนึ่งคือการกลับไปอ่านรหัสถ้อยคำของศาลในหน้า 15 ที่อธิบายเกี่ยวกับปราสาท ไว้ว่า ในปัจจุบัน (พ.ศ. 2505) ปราสาทยังคงถูกใช้เป็นที่สำหรับ “การจาริกแสวงบุญ” (is still used as a place of pilgrimage). เมื่อปราสาท เป็นของกัมพูชาและศาลเชื่อว่าชาวกัมพูชาหรือผู้ใดยังเดินทางไปจาริกแสวงบุญได้ หากไทยจะส่ง

กองทหารหรือตำรวจไปยื่นประชิดสถานที่จาริกแสวงบุญดังกล่าว ก็คงเป็นผล (consequence) ที่มีเหมาะสมนัก. การถอดรหัสคำว่า vicinity ลักษณะนี้จึงเป็นการเน้นเพื่อมิให้ไทยแทรกแซงหรือก่อกวนการใช้ปราสาทฯ จากบริเวณใกล้เคียง มิได้หมายถึงบริเวณอื่นรอบๆ หรือตามแผนที่ฯ แต่อย่างใด.

(4.) คำรหัสสำคัญอีกคำหนึ่งที่ควรเน้นถึงก็คือคำว่า “บริเวณปราสาทฯ” (Temple area) ซึ่งมีได้ปรากฏอยู่แต่ในบทปฏิบัติการข้อ 3. เท่านั้น แต่เป็นคำที่ศาลใช้บ่อย เช่นในหน้า 15, 17, 19, 21, 22, 29, 30, 33 และ 36. หากเราเทียบเคียงจากบริบทในบทปฏิบัติการว่า “Temple area” ต้องเป็นบริเวณที่มีโบราณวัตถุที่สามารถถูกเคลื่อนย้ายได้ ก็ย่อมสนับสนุนการตีความว่า “Temple area” นั้นต้องหมายถึง “precincts” ในเชิงศาสนาและโบราณคดีเท่านั้น และไม่สามารถรวมไปถึงบริเวณพื้นที่รอบๆ ตัวปราสาทฯอย่างอื่นได้. ข้อสรุปนี้จะสำคัญพิเศษหากพิจารณาถึงคำว่า “Temple area” ที่ศาลใช้ในหน้า 17 ซึ่งตีความได้ว่าศาลต้องการจำกัดประเด็นพื้นที่ให้อยู่เฉพาะสิ่งที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของปราสาทฯ เท่านั้น.

(5.) นอกจากนี้ หากเราพิจารณาบริบทโดยรวมของคำพิพากษา เราจะเห็นว่าศาลเขียนคำพิพากษาด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่งว่าศาลไม่ได้วินิจฉัยเรื่องเส้นพรมแดนและแผนที่ฯ แต่อย่างใด (หัวข้อนี้จะอธิบายต่อไปในหมายเหตุฉบับนี้) ซึ่งย่อมสอดคล้องกับแนวการตีความคำว่า “vicinity” ว่ามีอาจรวมไปถึงบริเวณอื่นๆ โดยกว้างได้.

(6.) จากรหัสที่ถอดมาข้างต้น อาจสรุปได้ว่า คำว่า “บริเวณใกล้เคียง” (vicinity) สามารถตีความเทียบเคียงได้กับ “precincts” หรือ “Temple area” ซึ่งย่อมส่งผลให้คำพิพากษาจำกัดพื้นที่ของกัมพูชาว่าได้แก่บริเวณที่ถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของตัวปราสาทฯ เท่านั้น ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นจริงก็คงต้องฟังนักโบราณคดีของแต่ละฝ่ายอธิบายว่าพื้นที่ดังกล่าวเป็นอย่างไร. อนึ่ง ด้วยเวลาอันจำกัด ผู้ทำหมายเหตุได้เลือกกล่าวถึงเฉพาะรหัสที่ปรากฏให้เห็นชัดบางรหัส สิ่งทีกล่าวมาเป็นเพียงข้อพิจารณาส่วนหนึ่งที่ยังถกเถียงได้ อีกทั้งยังมีวิธีการอื่นบางวิธีที่กัมพูชาเองก็อาจนำมาใช้ถอดรหัสเพื่อตีความไปอีกทาง แต่ผู้ทำหมายเหตุพึงเก็บ

ไว้กล่าวภายหลังคดีสิ้นสุด. ในฐานะผู้ที่พอมีประสบการณ์ช่วยทำคดีในศาลโลก ไม่เป็นที่สงสัยว่าบรรดานักกฎหมายทั้งฝ่ายไทยและกัมพูชาต่างได้ศึกษาค่าเหล่านี้แล้ว อีกทั้งถ้อยคำอื่นๆ ทั้งในเชิงศัพท์มูลวิทยา อัครวิเคราะห์ บริบทวิเคราะห์ ทั้งในคำพิพากษาลบข้ออังกฤษและฝรั่งเศสและคำคู่ความทั้งฉบับอักษรและวาจา ประกอบกับการประพจน์ปฏิบัติของคู่พิพาท แนวการวินิจฉัย และหลักการตีความอื่นซึ่งมีอีกหลายวิธี. สมควรเน้นเพิ่มว่า ไม่ว่าคู่พิพาทในคดีจะสงวนชั้นเชิงและทำตามตามความจำเป็นอย่างไร แต่สำหรับผู้ที่มีใจเป็นธรรมและเชื่อมั่นในระบบยุติธรรมนั้น สิ่งที่ไม่ควรหลีกเลี่ยงก็คือความจริง.

### 3. เรื่องเส้นพรมแดนและแผนที่

ขอกล่าวให้ชัดว่าเรื่องเดียวที่ศาลวินิจฉัย (adjudge) คือเรื่องบริเวณตัวปราสาทฯ ศาลไม่ได้วินิจฉัยว่าแผนที่ฯ ผูกพันไทยหรือไม่ และศาลไม่ได้วินิจฉัยว่าเส้นพรมแดนระหว่างไทยกับกัมพูชาคือเส้นใด ที่สำคัญ ศาลไม่ได้อาศัยแผนที่ฯ เป็นเหตุผลหลักในการวินิจฉัยคดี. แม้มีผู้เข้าใจผิดว่าแผนที่ฯ คือเหตุผลหลักที่ศาลใช้วินิจฉัยว่าปราสาทฯ และบริเวณใกล้เคียงเป็นของกัมพูชา เกรงว่าเหตุผลสำคัญที่ศาลใช้ก็คืออนุสัญญาฯ ค.ศ. 1904 ที่ไทยตกลงเขตแดนกับฝรั่งเศส (ศาลเพียงตีความอนุสัญญาฯ โดยอาศัยแผนที่ฯ - ชอบธรรมหรือไม่จะได้กล่าวต่อไป) แผนที่ฯ จึงไม่ใช่ประเด็นที่ศาลวินิจฉัยและไม่ใชเหตุผลโดยตัวเอง (per se) ที่ศาลใช้วินิจฉัยคดี ดังนั้นสาระสำคัญของคำพิพากษาไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมมิได้เป็นเรื่องแผนที่ฯ เส้นพรมแดนตามแผนที่ฯ ที่กัมพูชาอ้างจึงไม่ผูกพันไทยโดยผลของคำพิพากษา. ข้อสรุปดังกล่าวอดรอทสอธบายได้ดังนี้.

(1.) ช่วงต้นของคำพิพากษาในหน้า 14 ย่อหน้าสุดท้าย ศาลตีกรอบว่าประเด็นพิพาทแห่งคดีจำกัดอยู่เฉพาะ (confined to) เรื่อง “อำนาจอธิปไตยเหนือบริเวณปราสาทพระวิหาร” (sovereignty over the region of the Temple of Preah Vihear) และกล่าวต่อว่าศาลจะพิจารณาแผนที่ฯ และข้ออ้างที่เกี่ยวข้อง (ซึ่งย่อหมายถึงเรื่องเส้นพรมแดน) เพียงเท่าที่จำเป็นต่อการหาเหตุผล (reasons) มาวินิจฉัยประเด็นพิพาทแห่งคดี (settle the sole dispute) ที่จำกัดอยู่เฉพาะเรื่องอำนาจอธิปไตยเหนืออาณาบริเวณปราสาทพระวิหารประเด็นเดียวเท่านั้น.

(2.) ศาลอธิบายข้อกำหนดในหน้า 16 - 17 ว่า การวินิจฉัยคดีย่อมเป็นไปตาม (depends upon) อนุสัญญาฯ แต่เมื่ออนุสัญญาฯ มีได้ระบุดึงปราสาทฯ ไว้ ศาลจึงมีความจำเป็นต้องตรวจสอบ (examine) ว่าเส้นพรมแดน (frontier line) คือเส้นใด เพื่อศาลสามารถพิจารณาวินิจฉัย (give a decision) ได้ว่ากัมพูชาหรือไทยมีอธิปไตยเหนือบริเวณปราสาทฯ (the Temple area).

(3.) ในหน้า 21 ศาลกล่าวว่าแผนที่ฯ ณ ขณะที่ทำขึ้นย่อมไม่ผูกพันไทยในทางกฎหมาย เพราะฝรั่งเศสทำขึ้นฝ่ายเดียวและไม่มีหลักฐานแสดงว่าคณะกรรมการผสมฯ ได้มอบหมายหรือรับรองการทำแผนที่ฯ.

(4.) จากนั้นในหน้า 22-33 ศาลจึงตั้งประเด็นการพิจารณา (ไม่ใช่ประเด็นคดีที่ศาลวินิจฉัย) คือ ไทยและฝรั่งเศสได้ถือให้แผนที่ฯ เป็นผลจากการปักปันพรมแดนบริเวณปราสาทฯ (as representing the outcome of the work of delimitation) ตามที่อนุสัญญาฯ ข้อ 3 กำหนดไว้หรือไม่ ศาลพิจารณาการประพฤติปฏิบัติต่างๆ ของไทยและเห็นว่าไทยได้ยอมรับให้เส้นแผนที่ฯ เป็นผลการปักปันตามอนุสัญญาฯ ข้อ 3 แล้ว.

(5.) แต่ทั้งนี้ ในหน้า 33 - 35 ศาลกล่าวว่ามีความจำเป็นต้องอธิบายข้อกำหนดว่าแผนที่ฯ ได้เข้าสู่ความตกลง (enter the treaty settlement) และกลายมาเป็นส่วนเดียวกัน (integral part) กับอนุสัญญาฯ และส่งผลให้เส้นแผนที่ฯ มีสถานะสูงกว่า (prevails) ข้อกำหนดเรื่องสันปันน้ำ. ศาลย้ำอีกครั้งว่า เรื่องเกี่ยวกับแผนที่ฯ นั้น ศาลพิจารณาในลักษณะการตีความอนุสัญญาฯ (as a matter of treaty interpretation).

(6.) ช่วงท้ายของคำพิพากษาในหน้า 36 ศาลย้ำสิ่งที่กล่าวไว้แล้วในหน้า 14 ว่า การที่กัมพูชาขอให้ศาลวินิจฉัยสถานะทางกฎหมายของแผนที่ฯ และเส้นพรมแดนนั้น ศาลเพียงรับฟังในฐานะเหตุผล (grounds) ประกอบการวินิจฉัยคดีเท่านั้น มิใช่ในฐานะประเด็นพิพาท (claims) ที่ศาลจะต้องวินิจฉัยในบทปฏิบัติการของคำพิพากษา.

4. อนุสัญญาฯ และแผนที่ฯ อาจพิจารณาด้วยกันแต่ไม่ใช่สิ่งเดียวกัน  
ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ

คำอธิบายเรื่อง อนุสัญญาฯ - แผนที่ฯ ข้างต้นอาจมีผู้ทักท้วงว่าเป็น การตีความแบบ “หัวหมอ” ที่ยกโยงเหตุผลเพื่อสรุปว่าไทยไม่ต้องผูกพันตาม แผนที่ฯ ตามคำพิพากษา ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วศาลโลกก็รู้ดีแก่ใจว่าไทยได้ ยอมรับผูกพันตามแผนที่ฯ ไปเรียบร้อยแล้ว. ผู้ทำหมายเหตุไม่แน่ใจว่าถ้าฟังความ “หัวหมอ” นั้นจะเพียงพอต่อการอธิบายเชิงวิเคราะห์ข้างต้นหรือไม่ กระนั้นก็ตี เกรงว่าผู้ที่มี “หัวกฎหมาย” (legal mind) ก็คงจะอธิบายเพิ่มเติมได้ดังนี้.

(1.) ในขั้นแรกต้องเข้าใจเสียก่อนว่า “ศาลโลก” ที่เรานิยมเรียกกัน ติดปากแท้จริงหาได้เป็นศาลแห่งโลก หรือ ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีรัฐบาลทั่วโลก ไม่ ชื่อจริงของศาลโลกคือ “ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ” ซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ จำกัดและอาศัยความยินยอมของรัฐเป็นหลัก การที่รัฐ เช่น ประเทศไทยหรือ ประเทศกัมพูชาจะนำคดีให้ศาลโลกพิจารณานั้น โดยปกติต้องตกลงกันเสียก่อนว่า ทั้งสองฝ่ายจะขอให้ศาลวินิจฉัยเรื่องอะไร เพราะ

(ก.) โครงสร้างของกฎหมายระหว่างประเทศยุคปัจจุบันนั้น แตกต่างจากระบบกฎหมายภายในประเทศที่เรามักคุ้นเคย. สังคมระหว่างประเทศ แม้จะมีองค์กรที่บังคับกฎหมายให้เป็นไปตามคำพิพากษาได้ในบางกรณี เช่น คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ แต่ก็ไม่มีสภาโลกที่ตราหรือแก้กฎหมาย ไม่มีกองทหารหรือตำรวจหรือเจ้าพนักงานบังคับคดีตามคำพิพากษา อีกทั้ง ทรัพยากรของศาลโลกก็มีอย่างจำกัด. ดังนั้น รัฐบาลจึงจำเป็นต้องสงวนอำนาจ อธิปไตยที่จะดำเนินการแก้ไขปัญหาของประเทศด้วยตนเอง เช่น การถ้อยที ถ้อยอาศัย การเจรจาแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ไปจนถึงการใช้กำลังยามจำเป็น. หากมีประเด็นที่รัฐแก้ไขเองไม่ได้จริงๆ จึงจะระบุงบประมาณให้ชุดเพื่อให้ศาลโลก พิจารณา ลักษณะทางกฎหมายของศาลโลกจึงสะท้อนความเป็นจริงของสังคม ระหว่างประเทศ.

(ข.) อีกข้อสำคัญก็คือเรื่องความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย. รัฐบาลอาจมาจากการเลือกตั้งที่ยึดโยงกับประชาชนแต่ผู้พิพากษาศาลโลกมาจากการ เลือกตั้งโดยองค์กรในสหประชาชาติอันประกอบขึ้นจากหลายประเทศ ซึ่ง ย่อมมิได้คำนึงถึงผลประโยชน์ของประชาชนประเทศอื่นเป็นหลัก ไทย หรือ กัมพูชา

หรือประเทศใดย่อมไม่ต้องการให้เรื่องสำคัญที่กระทบต่อประชาชนถูกตัดสินโดยองค์กรภายนอกประเทศ. แม้ศาลในประเทศตนเองประชาชนบางประเทศยังรู้สึกว่าย่อมโยงถึงไม่ได้ จึงไม่มีหลักประกันว่าศาลโลก ณ กรุงเฮก จะเข้าใจหรือยึดถือต่อชาวกันทรลักษณ์หรือจอมกระสานต์ได้มากไปกว่าผู้นำประเทศของประชาชนเหล่านั้น.

(ค.) หากศาลใช้อำนาจตามกฎหมายอย่างระมัดระวัง รัฐก็ย่อมเชื่อถือวางใจใช้ศาลโลกศาลแก้ไขปัญหา. ปราบกษัตริย์กว่า 60 ปีที่ผ่านมา รัฐมีแนวโน้มคดีมาสู่ศาลมากขึ้นและศาลก็ได้ช่วยคลายปัญหาโดยสันติวิธีในหลายคดี เช่น หลายประเทศในแอฟริกาได้ทั้งมีตวงปืนมาจับปากกาเพื่อขอให้ศาลช่วยลากเส้นเขตแดนที่อดีตเจ้าอาณานิคมทิ้งปริศนาไว้ ประเทศยุโรปที่เคยแย่งกันลากอวนจับกุ้งหอยบัดนี้รู้ได้ว่าทะเลส่วนไหนเป็นของใคร และมีเรื่องเขตแดนเท่านั้น เช่น เมื่อประเทศเพื่อนบ้านในอเมริกาใต้ตกลงกันไม่ได้หลังฝ่ายหนึ่งใช้เครื่องบินพ่นยาฆ่าวัชพืชช่วยเกษตรกรของตนแต่ลมกลับพัดสารเคมีไปที่อีกประเทศ ทั้งสองก็ขอศาลให้พิจารณาว่าจะกำจัดวัชพืชอย่างไรให้ยุติธรรม หรือ ล่าสุดญี่ปุ่นและออสเตรเลียก็มีคดีในศาลเกี่ยวกับกรณีการล่าวาฬในมหาสมุทรแอนตาร์กติก เป็นต้น.

(2.) ด้วยเหตุนี้ ในคดีปราสาทพระวิหารศาลโลกจึงระมัดระวังเรื่องการใช้อำนาจของตนมากและไม่ทำหน้าที่มากไปกว่าสิ่งที่ไทยและกัมพูชาได้ตกลงให้วินิจฉัย. ศาลก็ได้รับฟังการอธิบายขอเขตประเด็นพิพาทหลายครั้ง ซึ่งในชั้นแรกทั้งไทยและกัมพูชาก็จำกัดข้อต่อสู้หลักอยู่ที่เรื่องบริเวณปราสาทฯ จนกระทั่งเวลาผ่านไปเกือบ 2 ปีกว่า กัมพูชาถึงตั้งประเด็นเรื่องแผนที่ฯ อย่างชัดเจน. หากศาลรับประเด็นแผนที่มาวินิจฉัยแล้วย่อมเกิดปัญหาอย่างน้อยสองประการ. ประการแรกคือศาลอาจกระทำเกินอำนาจที่ไทยและกัมพูชาให้ความยินยอมวินิจฉัยคดีมาแต่ต้น และระบบยุติธรรมระหว่างประเทศก็จะเสียความน่าเชื่อถือในที่สุด หรือประการที่สอง แม้ไทยอาจไม่เคยคัดค้านประเด็นแผนที่ฯ ออกไป แต่ไทยเองก็อาจจะตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบอย่างไม่เป็นธรรม เพราะตลอดเวลาสองปีกว่าที่ผ่านมา กัมพูชาอาจได้เตรียมที่จะต่อสู้เรื่องแผนที่

ไว้แล้วโดยที่ไทยไม่มีโอกาสเตรียมตัวต่อสู้อย่างเต็มที่ ความยุติธรรมระหว่างคู่พิพาทในการสู้คดีก็ย่อมเสียไป. ศาลจึงมีความจำเป็นต้องควบคุมไม่ให้ประเด็นแผนที่หรือประเด็นอื่นๆ ถูกวินิจฉัยเพิ่มเติมอย่างไม่เป็นธรรม.

(3.) นอกจากเรื่องการรักษาความยุติธรรม ศาลเองยังจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ควบคุมศาลด้วย ซึ่งกฎหมายนี้โดยหลักก็คือ “ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ” ซึ่งแม้ชื่อจะเรียกว่าธรรมนูญ (Statute) แต่แท้จริงแล้วเป็นสนธิสัญญาที่ทั้งไทย ก็มหาและสมาชิกองค์การสหประชาชาติทั้งหลายทั่วโลกต่างเป็นภาคี. การเป็นภาคีธรรมนูญศาลฯมิได้หมายความว่ารัฐภาคีจะต้องตกอยู่ใต้อำนาจการพิจารณาคดีของศาลเสมอไป ในทางกลับกัน ธรรมนูญศาลฯ คือข้อตกลงระหว่างประเทศที่จำกัดอำนาจของศาล เช่น หากศาลจะพิจารณาคดีใหม่ ศาลต้องได้รับความยินยอมจากรัฐ เป็นต้น. สำหรับเรื่องว่าด้วย อนุสัญญาฯ - แผนที่ฯ นั้น ธรรมนูญศาลฯ ข้อ 38 (ซึ่งนักเรียนกฎหมายระหว่างประเทศทุกคนย่อมท่องได้ขึ้นใจ) ได้จำกัดอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลไว้ชัดเจนว่าศาลต้องวินิจฉัยคดีไปตาม

(ก.) สนธิสัญญาที่คู่พิพาทยอมรับผูกพัน

(ข.) จารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ยึดถือปฏิบัติเป็นกฎหมายโดยทั่วไป

(ค.) หลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับโดยนานาอารยชาติ

นอกจากนี้ ธรรมนูญศาลฯ ข้อ 38 ยังกำหนดอีกว่า ศาลอาจนำคำวินิจฉัยตุลาการหรือคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิสูงสุดจากนานาชาติมาประกอบการพิจารณากฎหมาย. ส่วนการจะวินิจฉัยคดีโดยการอาศัยเพียงหลักความเป็นธรรมหรือวินิจฉัยตามธรรมนองคลองธรรม (ex aequo et bono) นั้น ธรรมนูญศาลฯ กำหนดว่าศาลจะต้องอาศัยความยินยอมของคู่พิพาทต่อการนั้นเป็นการเฉพาะ. ดังนั้น เมื่อแผนที่ฯ มิได้เป็นหนึ่งในสิ่งที่กฎหมายอนุญาตให้ศาลนำมาใช้วินิจฉัยคดีอีกทั้งไทยและกัมพูชาก็ไม่เคยยินยอมให้ศาลวินิจฉัยโดยดูเพียงแผนที่ฯ ให้เป็นไปตามธรรมนองคลองธรรม ศาลจึงไม่มีอำนาจวินิจฉัยว่า ตัวแผนที่ฯ และเส้นพรมแดนฯ นั้นผูกพันไทยหรือไม่ และตัวแผนที่ฯ เองย่อมไม่สามารถเป็นเหตุผลหลักที่ศาลใช้วินิจฉัยคดีได้.



(4.) อาจมีผู้โต้แย้งต่อไปว่า ก็ในเมื่อศาลบอกเองว่า แผนที่ฯ ได้กลายมาเป็นส่วนเดียวกันกับอนุสัญญาฯ (integral part) แถมยังกล่าวด้วยว่าเส้นในแผนที่ฯ นั้นมีค่าบังคับสูงกว่า (prevails) เส้นสันปันน้ำ ไทยก็ย่อมมีหน้าที่ต้องเคารพผูกพันแผนที่ฯ มิใช่หรือ? ข้อนี้ตอบได้ว่า ไทยย่อมต้องเคารพปฏิบัติตามอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1904 แต่การปฏิบัติตามอนุสัญญาฯ ในวันนี้เป็นเรื่องของการตีความอนุสัญญาฯ ตามหลักกฎหมายในวันนี้ ซึ่งก็คือ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาฯ ค.ศ. 1969 (ไม่ว่าวันนี้ไทยจะเป็นภาคีหรือไม่ บางส่วนของอนุสัญญาฯ นี้ก็ผูกพันไทยในฐานะกฎหมายจารีตประเพณี). หากพิจารณาหลักกฎหมายในอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ การตีความอนุสัญญาฯ ในวันนี้มิใช่ว่าจะต้องเป็นไปตามแผนที่ฯ แต่ยังมีข้อสำคัญประการอื่นที่ทั้งไทย (และกัมพูชาซึ่งเป็นภาคีเรียบร้อยแล้ว) ต้องนำมาประกอบการตีความ เช่น การประพฤติปฏิบัติภายหลังระหว่างไทยและกัมพูชา (subsequent practice) และข้อตกลงภายหลังอื่นๆ ระหว่างไทยและกัมพูชา (subsequent agreement) ที่เกี่ยวข้องกับการตีความ อนุสัญญาฯ ที่เคยมีมาตั้งแต่มีอนุสัญญาฯ มิใช่แค่ช่วง ค.ศ. 1904 หรือ ช่วงที่มีคำพิพากษา แต่ต้องพิจารณาทุกสิ่งที่มีมาจนถึงปัจจุบัน เช่น สมมติว่าเมื่อ พ.ศ. 2543 ไทย และกัมพูชาเคยทำข้อตกลงเกี่ยวกับหลักเขตแดนทางบก หากไทยพิสูจน์ได้ว่า ข้อตกลง พ.ศ. 2543 แสดงให้เห็นว่าไทยกับกัมพูชามีเจตนาจะร่วมกันสำรวจและทำแผนที่ฉบับใหม่ขึ้นมาใช้แทนที่แผนที่ทั้งหลายที่มีมาก่อนหน้านี้ ไทยย่อมอาศัยข้อตกลง พ.ศ. 2543 ดังกล่าวมาตีความอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1904 (พ.ศ. 2505) ได้ว่า แผนที่ฯ ที่กัมพูชาอ้างต่อศาลโลกเมื่อกว่า 50 ปีที่แล้ว แม้อ่อนนั้นศาลจะมองว่า เป็นส่วนหนึ่งของอนุสัญญาฯ แต่การกระทำและการตกลงระหว่างไทยและกัมพูชาตลอดเวลาที่ผ่านมาได้พิสูจน์ว่า ณ วันนี้แผนที่ฯ มิได้มีสาระสำคัญสำหรับไทย และกัมพูชาดังที่ศาลเห็นในอดีตอีกต่อไป เป็นต้น. ฉะนั้นใครก็ตามที่อ้างว่า กัมพูชาถืออำนาจข้อตกลงใน พ.ศ. 2543 มาอ้างตีความในทางตรงกันข้ามได้.

## 5. สยามมิใช่ผู้ที่ถูกปิดปาก

นอกจากความเข้าใจผิดเรื่องแผนที่ฯ แล้ว ยังมีผู้กล่าวว่าศาลได้อาศัยหลัก estoppel หรือ “กฎหมายปิดปาก” มาวินิจฉัยว่าไทยจะ “อ้าปาก” ปฏิเสธ

แผนที่ฯ ไม่ได้. เกรงว่าผู้ที่กล่าวเช่นนั้นอาจต้องด้วยกฎหมายปิดปากเสียเอง. ประการแรก คำพิพากษาส่วนหลักที่ศาลลงมตินั้นมีได้อาศัยหลักกฎหมายปิดปากดังกล่าวแต่อย่างใด อีกทั้งผู้พิพากษาชาวอังกฤษเสียงข้างมากในคดีนี้ คือ Sir Gerald Fitzmaurice ได้อธิบายถึงลักษณะของหลักกฎหมายปิดปากว่า ไม่เหมาะสมกับคดีปราสาทพระวิหารที่อาศัยพื้นฐานความยินยอมตามข้อตกลง (ICJ Reports 1962, หน้า 63) อีกทั้งต่อมาศาลเดียวกันในคดี North Sea Continental Shelf Cases ก็ได้กล่าวถึงหลักกฎหมายปิดปากในทางระหว่างประเทศว่า ฝ่ายที่ถูกปิดปากมักประพฤติปฏิบัติในทางลวงหรือทำให้อีกฝ่ายหลงเชื่อและเสียประโยชน์. ดังนี้ เมื่อพระมหากษัตริย์และบรรพชนชาวสยามได้เจรจาเขตแดนกับมหาอำนาจเรือปืนอย่างเปิดเผย อาจหาญ และเยือกเย็น เราจึงสมควรร่วมณรงคร่วมให้อนุชนผู้หวังดีหลงใช้คำว่า “กฎหมายปิดปาก” โดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์.

## 6. หลักการตีความสนธิสัญญา

แท้จริงแล้วหลักกฎหมายสำคัญที่ศาลใช้วินิจฉัยคดีก็คือหลักการตีความสนธิสัญญา แม้มีผู้อธิบายได้ไม่บ่อย แต่มีข้อสังเกตดังนี้.

(1.) ศาลได้อาศัยหลักการตีความเจตนาโดยอาศัยบริบทการประพฤติปฏิบัติประกอบกับวัตถุประสงค์สำคัญมาปรับเปลี่ยนถ้อยคำตัวอักษรในอนุสัญญาฯ. ศาลให้ความสำคัญกับการประพฤติปฏิบัติของไทยกว่า 50 ปี คือตั้งแต่ช่วง ค.ศ. 1904 ก่อนไทยได้รับแผนที่ฯ มา จนกัมพูชานำคดีมาสู่ศาล เมื่อ ค.ศ. 1959 โดยศาลอาศัยเหตุการณ์สำคัญหลายประการมาสรุปว่าไทยได้ยอมรับ (accept) แผนที่ฯ และยินยอมโดยนิ่งเฉยในการที่ควรปฏิบัติ (acquiesced) หรือรับรองโดยปริยาย (tacit recognition) หรือเสียสิทธิ (precluded) ทั้งนี้ศาลอธิบายประมาณ 11 จาก 37 หน้า. หลักเหล่านี้มีได้เป็นเรื่องประหลาด ศาลเองก็ได้นำหลักลักษณะเดียวกันหรือใกล้เคียงกันไปใช้ในคดีอื่น เช่น ในคดีพิพาทพรมแดนกรณี Canada/United States of America (ICJ Reports 1984) หรือ กรณี El Salvador/Honduras (ICJ Reports 1992) เป็นต้น.

(2.) การกล่าวถึงการประพฤติปฏิบัติไทยตลอดกว่า 50 ปีในทางหนึ่งมองได้ว่าเป็นข้อดีของตุลาการที่ใสใจรายละเอียด แม้ในรายละเอียดอาจเต็มไปด้วย

การสันนิษฐาน แต่สิ่งที่น่าตกใจคือศาลให้ความสำคัญกับหลักการที่ใหญ่กว่าไว้น้อยนิด นั่นคือหลักการตีความสนธิสัญญาตามถ้อยคำตัวอักษร ซึ่งศาลกล่าวไว้อย่างไม่ชัดเจนเพียง 2 หน้ากระดาษกว่า คือเบื้องต้นในหน้า 17 และต่อมาในหน้า 33 - 35 ซึ่งมีข้อความตอนหนึ่งที่ศาลกล่าวทำนองว่า การวินิจฉัยคดีนี้ศาลมิได้กระทำไปโดยการตีความปกติ (solely of ordinary treaty interpretation) ซึ่งอันที่จริงสิ่งนั้นเป็นสิ่งที่ศาลควรจะได้กระทำตั้งแต่แรก. ในคดีนี้ศาลไม่เพียงแต่ก้าวข้ามเข้ามาปรับถ้อยคำตัวอักษรโดยเปลี่ยน “สันปันน้ำ” จากหลักเกณฑ์ให้กลายเป็นเพียงความสะดวกในการอ้างอิง แต่ยิ่งกว่านั้นศาลยังลบถ้อยคำตัวอักษรคือ “คณะกรรมการผสมฯ” ให้กลายเป็นกลไกที่ประหนึ่งไม่มีความจำเป็น คือสุดท้ายแล้วคณะกรรมการผสมฯจะทำหน้าที่ผิดถูกอย่างไร ก็อนุโลมให้ใช้แผนที่ฯ ซึ่งฝ่ายเดียวทำขึ้นก็ได้. ศาลอาศัยการประพุดิปฏิบัติมาเดาใจไทยและฝรั่งเศสว่า สิ่งที่สำคัญที่สุดในเวลานั้นคือการตกลงให้มีเส้นกำหนดพรมแดนให้ชัดเจน ทั้งที่ในความเป็นจริง การตกลงพรมแดนอาจเป็นเรื่องที่ฝ่ายหนึ่ง ณ เวลานั้นไม่เคยแม้แต่คิดอยากจะทำเพราะ “ดินแดนแบบเดิม” ที่เคยมีอยู่ก็อาจปกติสุขดีอยู่แล้ว เพียงแต่จำใจต้องตกลงกับอีกฝ่ายอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ ดังนั้น สิ่งสำคัญที่สุดที่แท้จริงของฝ่ายนั้นอาจเป็นการยื่นหยัดอย่างอดทน แยกเขตและเยือกเย็นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของชาติที่มีพละกำลังจะสู้อีกฝ่าย เมื่อวัดกันที่กำลังหรือการกระทำมิได้ ถ้อยคำตัวอักษรบนแผ่นกระดาษจึงเป็นเพียงหลักประกันชั้นเดียวที่รับรองความยุติธรรมอย่างเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย.

(3.) หลักการตีความโดยยึดถ้อยคำตัวอักษรเป็นใหญ่นี้ปรากฏชัดตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาฯ ค.ศ. 1969 ซึ่งกำหนดให้ตีความสนธิสัญญาโดยสุจริตและอาศัยความหมายตามปกติของถ้อยคำตัวอักษรที่ปรากฏในบริบท พร้อมคำนึงถึงวัตถุประสงค์และความมุ่งหมาย ทั้งนี้การประพุดิปฏิบัติระหว่างภาคีสถิติสัญญาเป็นเพียงข้อที่ต้องพิจารณาประกอบ (taken into account). อาจมีผู้สงสัยว่าเหตุใดศาลจึงมิได้อธิบายถึงหลักการตีความดังกล่าว. ศาลมิได้อ้างถึงหลักกฎหมายดังกล่าวและก็อ้างถึงโดยตรงมิได้ เพราะในขณะที่วินิจฉัยคดีนั้น อนุสัญญากรุงเวียนนายังเป็นเพียงรายงานร่างพิจารณาในขั้นต้นอีก

ทั้งเรื่องการตีความก็มีได้เป็นหัวข้อที่ได้รับการพิจารณาเป็นลำดับแรกในการร่าง อย่างไรก็ตามก็หลักการตีความดังกล่าวมิได้ถูกประดิษฐ์ขึ้น ณ กรุงเวียนนา เมื่อ ค.ศ. 1969 ในบัดดล แต่เป็นหลักที่สะท้อนกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เรื่องการตีความสนธิสัญญาที่ยืดถือนานอย่างยาวนาน. ผู้พิพากษาบางท่านในคดีนี้ ก็ยอมทราบดีเพราะเคยดำรงตำแหน่งในคณะกรรมการที่มีการที่มีส่วนสำคัญในการ ยกร่างรายงานที่นำมาสู่สนธิสัญญาดังกล่าว. ฉะนั้น การตรวจสอบความชอบธรรม ของคำพิพากษาจึงต้องพิจารณาว่ากฎหมายจารีตประเพณีในช่วงเวลาที่เกี่ยวข้อง มีเนื้อเช่นใด.

(4.) แต่หากวันนี้เราจะลองตรวจสอบความชอบธรรมของคำพิพากษา โดยอาศัยหลักกฎหมายที่เป็นสากลในปัจจุบัน จุดเริ่มต้นย่อมมิใช่ประเด็นว่าไทยได้ ประพฤติปฏิบัติกว่า 50 ปีอย่างไรที่ศาลว่าจริงหรือไม่ แต่ต้องเริ่มพิจารณาจากถ้อยคำ ตัวอักษรในอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1904 อย่างละเอียดเสียก่อนว่าศาลได้อธิบายถึงปัญหา ถ้อยคำตัวอักษรของอนุสัญญาฯ โดยกระฉ่างหรือไม่ว่าตัวอักษรไม่ชัด หรือ มีปัญหา หรือปฏิบัติไม่ได้อย่างไร อีกทั้งศาลได้ให้ความสำคัญต่อถ้อยคำตัวอักษรกับบริบท การประพฤติปฏิบัติอย่างสมมูลหรือไม่ ที่สำคัญต้องใคร่ครวญว่าการที่ฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายใดทำแผนที่ให้อีกฝ่าย ทั้งที่รู้ถึงความไม่ชำนาญในแผนที่ของอีกฝ่าย ทั้งที่ ทราบดีถึงความตึงเครียดทางการทหารที่ตนได้เปรียบอีกฝ่าย ซ้ำยังทำแผนที่โดย ลดประโยชน์ทางดินแดนของอีกฝ่ายอันต่างไปจากตัวอักษรที่ร่วมตกลงกันและ ผิดไปจากภูมิศาสตร์ปกติอย่างเห็นได้ชัด เยี่ยงนี้จะถือว่าจะตีความให้เกิดความผูกพัน ในทางที่สุจริตได้หรือไม่? หากเราสามารถตอบคำถามเหล่านี้ว่า “ไม่” ประเด็น การยอมรับแผนที่ฯ (acceptance) ก็ดี การยินยอมจากการนิ่งเฉยในการที่ควร ปฏิบัติ (acquiescence) ก็ดี การเสียสิทธิ (preclusion) ก็ดี หรือการรับรอง โดยปริยาย (tacit recognition) ที่ศาลกล่าวมาทั้งหมดก็ดีนั้น ย่อมปราศจากมูลฐาน ในสนธิสัญญา เป็นการวินิจฉัยกฎหมายที่ข้ามขั้นตอน นำกังขาในความชอบธรรม และล้มครืนได้โดยแท้.

## 7. การตีความการประพจน์ปฏิบัติ

ไม่ว่าศาลจะตีความถ้อยคำในอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1904 ถูกต้องหรือไม่ เราก็มไม่ควรสรุปโดยง่ายว่าศาลได้อาศัยการประพจน์ปฏิบัติต่างๆ ของไทยกว่า 50 ปีมาเป็นหลักฐานมัดว่าไทยได้ยอมรับแผนที่ฯ แล้ว. คนไทยจำนวนไม่น้อยเข้าใจว่าไทยเองเป็นฝ่ายมีท่าที่ยอมรับแผนที่ฯ ชัดเจนอย่างต่อเนื่องและเป็นเวลานาน แต่เกรงว่ายังมีข้อสำคัญอีกไม่น้อยที่น้อยคนได้พินิจถึง ดังนี้.

(1.) หากเราอ่านคำพิพากษาส่วนที่มีการลงมติเสียงข้างมากแล้ว เราจะพบว่าศาลกล่าวถึงการประพจน์ปฏิบัติของไทยแยกเป็นสองช่วง ช่วงแรกคือ ค.ศ. 1908 - 1909 ซึ่งไทยได้รับแผนที่ฯ มา และช่วงที่สองคือ หลัง ค.ศ. 1909 มาจนกระทั่งก่อนกัมพูชาฟ้องคดีใน ค.ศ. 1959. หากเราถอดรหัสคำพิพากษา จะพบว่าศาลใช้ถ้อยคำและภาษาที่แตกต่างกันระหว่างช่วงเวลาทั้งสองอย่างมีนัยสำคัญ ดังต่อไปนี้.

(ก.) ในช่วงแรก ศาลใช้ถ้อยคำอธิบายหลักฐานหรือการประพจน์ปฏิบัติที่ผูกมัดไทยชัดเจน เพื่อสรุปว่าไทยได้ยอมรับแผนที่ฯ เช่นในหน้า 22-23 ศาลใช้ถ้อยคำว่า “It is clear” (เห็นได้ชัดว่า) ถึงสามครั้ง หรือต่อมาในหน้า 23-24 ศาลใช้คำว่า “is clear from” (เห็นได้ชัดจาก), “in a very definite way” (ในลักษณะชัดแจ้ง), “must be held to” (ต้องถือว่า), “not merely” (ไม่ใช่แค่เพียง), “must necessarily have known” (ย่อมจำต้องทราบ), “this could only have been because” (ข้อนี้จะต้องเป็นเพราะว่า), “is shown by” (เห็นได้จาก), “further evidence” (หลักฐานเพิ่มเติม) หรือต่อมาในหน้า 26 ศาลใช้คำว่า “make it obvious” (ทำให้เห็นชัดว่า) หรือ “must be presumed to have known” (ต้องถือว่าได้ทราบ) เป็นต้น.

(ข.) ในทางกลับกัน สำหรับหลักฐานหรือการประพจน์ปฏิบัติของไทยในช่วงหลัง ค.ศ. 1909 นั้น ศาลใช้ถ้อยคำอย่างระมัดระวังเพื่อไม่ผูกมัดความแน่ใจของศาล ดังจะเห็นได้จากกรถ้อยคำที่ไม่เด็ดขาด เช่น ศาลใช้ถ้อยคำ “finds it difficult” (แปลอย่างหลวมคือ แม้ศาลเห็นว่าข้อต่อสู้ไทยยากที่จะเห็นด้วย แต่มีปึกใจว่าเป็นไปไม่ได้) ถึงสองครั้งในหน้า 27 และ 30 หรือใช้ถ้อยคำเชิงอนุমান

“inference” (กล่าวอย่างหลวมคือ ศาลเดาสรุปอย่างมีเหตุผล แต่มีอาจสรุปโดยตรง จากข้อเท็จจริง) ถึงสองครั้งในหน้า 28 และ 29 หรือต่อมาในหน้า 30-31 ศาลใช้ คำว่า “it appears” (ดูได้ว่า) และ “What seems clear” (ข้อที่น่าจะชัด) อีกทั้ง ศาลยังใช้รูปประโยค “either...or” (อย่างใดอย่างหนึ่ง) เพื่ออธิบายใจความตอน สำคัญ คือศาลไม่สรุปให้ชัดว่าการปฏิบัติของไทยเป็นเพราะ (either) ไทยยอมรับ ผูกพันตามแผนที่ฯ หรือ (or) เพราะสาเหตุอื่นอย่างใดอย่างหนึ่ง.

(ค.) การเข้ารหัสถ้อยคำที่แตกต่างกันทั้งสองช่วงปรากฏให้เห็น ชัดเจนในหน้า 32 โดยสำหรับกรณีหลัง ค.ศ. 1909 เป็นต้นมานั้นศาลเลือกใช้ถ้อยคำ ที่ครอบคลุม (even if) เพื่อสรุปผลโดยมีพึงต้องชำระเหตุผลให้ชัด คือกล่าวได้ว่า ไทยจะยอมรับแผนที่ฯ หรือไม่ ไทยก็เสียสิทธิที่จะปฏิเสธการยอมรับแผนที่ฯ ซึ่งก็สอดคล้องกับย่อหน้าถัดไปที่ศาลกลับไปเน้นถึงการประพฤติดุปฏิบัติของไทยใน ช่วงก่อน ค.ศ. 1909 ว่านั่นคือจุดที่ไทยยอมรับแผนที่ฯ ส่วนสิ่งที่เกิดขึ้นหลังจาก ค.ศ. 1909 มานั้นเป็นเครื่องยืนยันการยอมรับแผนที่ฯ ของไทย. การถอดรหัส ข้อความส่วนนี้ต้องโยงกับข้อความในหน้า 21 ตั้งแต่ช่วงแรก ซึ่งศาลใช้รูปประโยค “either...or” เพื่อแสดงว่าศาลยังไม่แน่ใจโดยชัดว่าไทยได้ยอมรับแผนที่ฯ ไปตั้งแต่ ก่อนหรือหลัง ค.ศ. 1909.

(2.) การตีความถ้อยคำในคำพิพากษาเกี่ยวกับกรณีก่อนและหลัง ค.ศ. 1909 ที่กล่าวมานี้เป็นการอาศัยการถอดรหัสเพียงทางหนึ่งจากหลายทาง ผู้ทำหมายเหตุเองในฐานะนักกฎหมายผู้ถอดรหัสก็พอจะโต้แย้งตัวเองกลับได้ เช่น รูปประโยค either...or เป็นการเพิ่มความเป็นไปได้ในการหักล้างข้อต่อสู้ ของไทย หรือ “finds it difficult” เป็นการเน้นจุดอ่อนของข้อต่อสู้ของไทย หรือ มีผู้พิพากษาที่ร่วมเขียนคำพิพากษาคณะช่วงโดยมีเอกลักษณ์การเขียนที่ต่างกัน ฯลฯ ฉะนั้นใดก็ฉนั้น ประเด็นคำว่า “it appears” และ “What seems clear” ที่ยกมา แม้จะในโลกของนักถอดรหัส (ซึ่งก็มีปราศจากอคติ) ก็ตาม อาจจบลงที่ว่า “what seems clear, it appears!” (อะไรที่น่าจะชัด นั้นเราเห็น!).

(3.) แต่หากเราเห็นด้วยกับการถอดรหัสข้างต้น ก็ย่อมตีความต่อได้ว่า

(ก.) การปฏิบัติของไทยหลัง ค.ศ. 1909 เป็นต้นมาเป็นเพียง

ข้อพิจารณาประกอบการยอมรับแผนที่ฯ ของไทยที่เกิดขึ้นก่อนหน้านั้น (เพียง 1-2 ปี) แต่จะถือว่าสิ่งอื่นที่ไทยปฏิบัติต่อมาประมาณ 50 ปีผูกมัดไทยชัดเจนด้วยตัวเองหรือไม่นั้น คำพิพากษามีได้กล่าวไว้ชัดเจน.

(ข.) ดังนั้น หากเราจะตรวจสอบความชอบธรรมของ “การยอมรับแผนที่ฯ” ตามที่ศาลอธิบาย เราจึงต้องเน้นพิจารณาสิ่งที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาสั้นๆ คือ ค.ศ. 1908 - 1909 ที่ไทยได้รับแผนที่ฯ มา หากเราพิจารณาที่ได้ว่าเหตุการณ์ในช่วงเวลาอันสั้นนี้ไม่เพียงพอต่อการสรุปว่าไทยได้ยอมรับแผนที่ฯ มาแล้วใช่หรือการประพฤติปฏิบัติอื่นๆ อีก 50 ปีให้หลังที่ศาลกล่าวมาทั้งหมดก็ย่อมขาดน้ำหนักเพราะศาลก็ย่อมมีอาจอ้างเหตุผลประกอบการยอมรับแผนที่ฯ หากไม่มีการยอมรับแผนที่ฯ มาแต่แรก.

(ค.) เรื่องความชอบธรรมของ “การยอมรับแผนที่ฯ” ในช่วง ค.ศ. 1908 - 1909 นี้สมควรจะกล่าวถึงไว้เบื้องต้นบางประเด็น เรื่องแรกได้แก่ คำว่า “Mixed Commissions” พหุพจน์ในอนุสัญญาฯ ข้อ 1. ที่ศาลกลับถือเอาเองว่าให้เรียกเป็นเอกพจน์ (Mixed Commission) แต่มีสองแผนก ซึ่งต่อมาศาลก็กล่าวถึงชื่อคณะกรรมการที่เป็นเอกพจน์อย่างมีนัยสำคัญอีกอย่างน้อยสองกรณี กรณีแรกคือคำที่ปรากฏในหนังสือจากอัครราชทูตไทย ณ กรุงปารีส (คำพิพากษาหน้า 23) และคำที่ปรากฏบนหน้าแผนที่ฯ (หน้า 24) ซึ่งทั้งสองเป็นหลักฐานสำคัญที่ศาลนำมาอ้างว่าไทยได้ยอมรับแผนที่ฯ ให้เป็นหนึ่งในผลงานของคณะกรรมการผสมฯ (Mixed Commissions - พหุพจน์ตามอนุสัญญาฯ) แต่ทั้งนี้ คำที่อัครราชทูตไทยอ้างถึงก็ดี หรือที่ปรากฏบนหน้าแผนที่ฯ ก็ดี ล้วนเป็นคำเอกพจน์ และจะถือว่าแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญกับคำว่า “Mixed Commissions” ที่อนุสัญญาฯ กำหนดให้เป็นพหุพจน์ หรือไม่อย่างไรนั้นศาลมิได้อธิบาย. ฝ่ายไทยอาจชอบที่จะเข้าใจว่าแผนที่ฯ คือเป็นผลงานของคณะกรรมการผสมฝ่ายฝรั่งเศส (Commission - เอกพจน์) เพียงฝ่ายเดียวโดยแท้ก็เป็นได้ แต่ศาลมิได้อธิบายถึงเช่นกัน. หากหลักฐานสำคัญทั้งสองกรณีพิจารณาอย่างหละหลวมแล้วใช่หรือความชอบธรรมของ “การยอมรับแผนที่ฯ” ในช่วง ค.ศ. 1908 - 1909 นี้ก็ย่อมล้มครืน.

(ง.) ไม่ว่าคำพิพากษาจะล้มครืนเพราะศาลสืบสนในเอกพจน์-พหูพจน์หรือไม่ อีกประเด็นที่กังขาอยู่ก็คือมาตรฐานที่ศาลใช้วัดความรู้ความเข้าใจที่แท้จริงของไทย (สยามในเวลานั้น) เกี่ยวกับระบบแผนที่แบบตะวันตกในบริบทที่ไม่ปกติ. ศาลกล่าวในหน้า 26 - 27 ฟังประหนึ่งว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายไทยเมื่อรับแผนที่ๆ มากี่ควรจะได้ตรวจสอบและเห็นความผิดปกติอย่างเด่นชัดในทันที อย่างไรก็ตามหากเรานึกย้อนไปถึงช่วง ค.ศ. 1908 - 1909 ไทยมิได้เพียงแต่ขาดความชำนาญและอาศัยความเชื่อใจฝรั่งเศสเท่านั้น แต่บริบทของกรอบเวลาอันสั้นนั้นเป็นเวลาที่เกี่ยวข้องต่างใจจดใจจอกับเรื่องในภาพใหญ่ คือดินแดนที่มีไข่เฉพาะบริเวณเทือกเขาดงรัก แต่เกือบทั้งแนวพรมแดน ทั้งตามอนุสัญญา ค.ศ. 1904 และหนังสือสัญญาใน ค.ศ 1907 เรื่องแผนที่เป็นเพียงข้อพิจารณาส่วนหนึ่งแต่ก็มีไข่ทั้งหมด อีกทั้งแผนที่ก็ทำขึ้นพร้อมกัน 11 ฉบับ มีไข่ฉบับที่เป็นปัญหาเท่านั้น. จึงยังเป็นที่ยังขาอยู่ว่าศาลได้มีความละเอียดอ่อนต่อความไม่พร้อมอันชอบธรรมตามความเป็นจริงในส่วนของฝ่ายไทยมากนักน้อยเพียงใด. อนึ่ง ผู้ทำหมายเหตุเองก็ได้มีโอกาสวางแผนที่ๆ ดูด้วยตนเองที่บ้าน (ในจอภาพความละเอียดสูงขนาด 42 นิ้ว) และก็ขอสารภาพอย่างตรงไปตรงมาว่าตนเองก็มีได้สังเกตเห็นสัญลักษณ์ปราสาทพระวิหารโดยชัดและทันทีดังที่ศาลกล่าวไว้ในคำพิพากษา ทั้งนี้ ผู้อ่านที่สนใจสามารถเปิดดูภาพแผนที่ๆ และทดสอบทักษะตนเองได้ที่เว็บไซต์ของผู้ทำหมายเหตุ (<https://sites.google.com/site/verapat/temple/annex-i-map>).

(จ.) สมมติว่ารูปเอกพจน์-พหูพจน์ของ “คณะกรรมการผสมฯ” ไม่ทำให้เกิดปัญหา และสมมติว่าไทยเป็นฝ่ายเลินเล่ออ่านแผนที่ๆ ผิดพลาดเองก็ดี อีกประเด็นที่ยังกขาอีกก็คือเรื่องการทำพรมแดนให้ชัดเจนเป็นที่สิ้นสุด ซึ่งศาลอ้างไว้ในหน้า 17 ประกอบกับหน้า 20 และ หน้า 34-35. ศาลอธิบายทำนองว่าสันปันน้ำไม่ชัดเจนและเป็นเพียงวิธีอ้างอิงที่สะดวก ไทยจึงตกลงยอมรับแผนที่ๆ เพื่อ “ปักปัน” พรมแดนให้ชัดเจน. ปัญหาในขั้นแรกที่กล่าวมาแล้วคือ ศาลไม่ได้อธิบายว่ามีข้อเท็จจริงใดที่พิสูจน์ว่าสันปันน้ำไม่ชัดเจน นอกไปจากการเดาใจภาคืออนุสัญญา. ปัญหาต่อมาคือศาลดูจะเข้าใจคำว่า “ปักปัน” ว่าต้องอาศัยแผนที่ๆ การใช้ศัพท์เทคนิคเกี่ยวกับพรมแดนนี้เป็นเรื่องที่ทั้งนักกฎหมาย วิศวกรและ



ผู้เชี่ยวชาญอื่นๆ ได้ถกเถียงกันมานาน. โดยทั่วไป “การปักปัน” หรือ delimitation หมายถึงการอธิบายเส้นเขตแดนบนเอกสาร เช่น การลากเส้นบนแผนที่ การปักปันมักอาศัยการเจรจาและการสำรวจพื้นที่แต่ก็ไม่เสมอไป. การปักปันนั้นต่างกับการตกลง “บทนิยาม” (definition) ซึ่งหมายถึงการใช้ถ้อยคำอธิบายว่าเขตแดนนั้นเป็นอย่างไร อาจอาศัยธรรมชาติมาช่วยนิยาม เช่น แม่น้ำ ภูเขา หรือสันปันน้ำ หรืออาศัยสิ่งอื่น เช่น ทางรถไฟ หรือแนวกำแพงโบราณ ฯลฯ. การปักปันนั้นต่างกับ “การปักเขต” หรือ demarcation ซึ่งมักใช้วัตถุปักลงบนพื้นดิน หรืออาจใช้วิธีอื่น เช่น อาศัยร่องน้ำลึกตามธรรมชาติก็เป็นได้. หากกล่าวพอเป็นตัวอย่าง วิธีจัดทำเขตแดนรูปแบบหนึ่ง อาจเริ่มจากการที่สองประเทศตกลง “บทนิยาม” ในสนธิสัญญา ก่อน จากนั้นจึงมีคณะกรรมการไปสำรวจพื้นที่เพื่อ “ปักปัน” โดยลากเส้นบนแผนที่ จากนั้นจึงส่งเจ้าหน้าที่ไป “ปักเขต” ในพื้นที่ตามเส้นในแผนที่ เป็นต้น แต่ข้อสำคัญคือ บางประเทศอาจใช้วิธีอื่นที่ไม่เหมือนกันเลยและอาศัยขั้นตอนหรือชื่ออื่นๆ ก็เป็นได้ เช่น allocation, fixation, delineation, abornement, administration ฯลฯ หรือจะเรียกทุกชั้นรวมกันว่า delimitation ก็เป็นได้ (ผู้สนใจโปรดดู Rushworth, IBRU Boundary and Security Bulletin (1997), 61). ดังนั้น การที่ศาลสรุปทำนองว่าการยอมรับแผนที่ฯ เป็นขั้นตอนสำคัญของการปักปันเขตแดนในช่วง ค.ศ. 1908 - 1909 นั้น เป็นที่กังขาว่าศาลได้อธิบายข้อสรุปส่วนนี้ไว้หนักแน่นเพียงใด.

## 8. พระนามเต็ม หรือ ชื่อเต็ม

สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระยาดำรงราชานุภาพ หมายถึง สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้าดิศกุลกุมาร กรมพระยาดำรงราชานุภาพ. หนังสือสัญญาเรื่องเขตแดนระหว่างสยามและฝรั่งเศส วันที่ 13 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1904 หมายถึง อนุสัญญาระหว่างสยามกับฝรั่งเศส แก้ไขเพิ่มเติมข้อบทแห่งสนธิสัญญาฉบับลงวันที่ 3 ตุลาคม รัตนโกสินทรศก 112 ว่าด้วยดินแดนกับข้อตกลงอื่น ๆ ฉบับลงนาม ณ กรุงปารีส เมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ รัตนโกสินทรศก 122. หนังสือสัญญาอีกฉบับใน ค.ศ. 1907 และพิธีสาร หมายถึง สนธิสัญญาระหว่างพระเจ้าแผ่นดินสยามกับประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับลงนาม

ณ กรุงเทพมหานคร เมื่อวันที่ 23 มีนาคม รัตนโกสินทรศก 125 กับพิธีสารว่าด้วยการปักปันเขตแดนแนบท้ายสนธิสัญญา ฉบับลงวันที่ 23 มีนาคม รัตนโกสินทรศก 125.

## 9. คำแปลคำพิพากษา

ผู้ทำหมายเหตุยังไม่มีโอกาสได้ตรวจสอบความถูกต้องของคำแปลคำพิพากษาฉบับที่เผยแพร่โดยสำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2505 อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตเบื้องต้นดังนี้.

(1.) มีข้อความที่ขาดไปจากคำแปล เช่น ในคำพิพากษาหน้า 26 มีย่อหน้าสั้นที่มีใจความว่า “แผนที่แสดงให้เห็นชัดว่าปราสาทพระวิหารตั้งอยู่บนฝั่งกัมพูชา โดยมีสัญลักษณ์บ่งบอกตัวปราสาทและทางบันไดพอสั่งเขป” แต่คำแปลช่วงเดียวกันในหน้า 35-36 ไม่ปรากฏใจความดังกล่าว หรือ คำพิพากษาหน้า 27 ปรากฏการขึ้นย่อหน้าที่ไม่ตรงกับคำแปลหน้า 37.

(2.) เรื่องการเลือกใช้ถ้อยคำนั้น นอกจากกรณีคำว่า precincts หรือ vicinity ที่กล่าวไว้ในหมายเหตุนี้แล้ว ยังมีคำแปลอื่นอีกมากที่มีนัยสำคัญ เช่น คำแปลหน้า 16 ย่อหน้าสุดท้ายแปล “region” ว่า “อาณาบริเวณ” ซึ่งมีนัยสำคัญต่างจากคำว่า คำว่า “บริเวณ” หรือ คำแปลหน้า 42 ย่อหน้าสุดท้ายได้แปล “it appears” ว่า “ก็เท่ากับเป็น” และ แปล “What seems clear” ว่า “สิ่งที่ปรากฏชัด” แต่หากอาศัยการถอดรหัสคำพิพากษาที่กล่าวถึงเหตุการณ์ก่อนและหลัง ค.ศ. 1909 อย่างแตกต่างกัน เราอาจพิจารณาใช้คำแปลที่ผูกมัดศาลน้อยลง. นอกจากนี้ คำแปลแปล “frontier” ว่า “เขตแดน” แต่บทย่อใช้คำว่า “พรมแดน” ส่วนคำว่า “boundary” ทั้งคำแปลและบทย่อใช้คำว่า “เขตแดน” เหมือนกัน คำเหล่านี้อาจมีนัยสำคัญที่ต่างกันในทางพิจารณาของศาล แม้อนุสัญญาฯ ภาษาไทยจะใช้คำว่า เขตแดน และคำคู่ความของไทยจะใช้คำว่า “boundary line” แต่ในคำพิพากษาศาลกลับใช้คำว่า “frontier line” แทบทั้งหมด จึงเป็นอีกจุดที่สมควรพิจารณา.

(3.) ผู้ทำหมายเหตุไม่ทราบว่าคำพิพากษาภาษาอังกฤษจากเว็บไซต์

ศาลในปัจจุบันมีข้อความตรงกับฉบับที่ผู้แปลได้รับเมื่อ พ.ศ. 2505 หรือไม่ แต่สิ่งที่สัมพันธ์ทราบได้จากคำแปล คือความทุ่มเทตั้งใจของผู้ที่คำแปลที่สามารถเผยแพร่ข้อมูลสู่ประชาชนได้เพียงภายใน 15 วันหลังศาลมีคำพิพากษาและมีคุณค่าแก่การศึกษาถึงทุกวันนี้. จึงขอฝากกำลังใจไปยังนักกฎหมายกระทรวงการต่างประเทศและทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องหากจะร่วมกันเริ่มต้นจากการชำระคำแปลเอกสารประวัติศาสตร์สำคัญฉบับนี้ อีกทั้งขอเท็จจริงที่เกี่ยวข้องอย่างน้อยก็เพื่อประโยชน์ของอนุชนสืบไป.

## 10. กฎหมายระหว่างประเทศ

การแก้ไขปัญหาระหว่างไทยและกัมพูชาให้เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศมิได้ยึดติดอยู่กับเพียงคำพิพากษาหรือข้อตกลงบางฉบับเท่านั้น แต่ยังมีหลักการและกลวิธีที่เกี่ยวข้องอีกมาก เช่น หลักทั่วไปตามข้อ 74 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติหรือมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 2625 เมื่อวันที่ 24 ตุลาคม 1970 หรือการประยุกต์กลไกในระบบสนธิสัญญาแอนตาร์กติก ค.ศ. 1959 ที่ทุกฝ่ายต่างได้ เพราะทุกฝ่ายต่างยอม.

(จบหมายเหตุท้ายคำพิพากษา)

**หมายเหตุ** หมายเหตุท้ายคำพิพากษานี้อ้างอิงถึงคำพิพากษาคดีปราสาทพระวิหารชั้นเนื้อหาส่วนหลักฉบับภาษาอังกฤษ (ยังไม่รวมความเห็นเอกเทศและความเห็นแย้งของผู้พิพากษา) จากรายงานคำพิพากษา ICJ Reports 1962 (เลขหน้ามุมบน).

# คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดสมาชิกภาพ ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550\*

ปฐมพงษ์ พิพัฒน์นากิจ\*\*

การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปในวันที่ 3 กรกฎาคม พ.ศ. 2554<sup>1</sup> เป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงทางการเมืองของประชาชนในการเลือกบุคคลเพื่อทำหน้าที่เป็นผู้แทนปวงชนชาวไทยเข้าไปในสภาผู้แทนราษฎรตามกระบวนการทางกฎหมายที่กำหนดไว้ แม้ผู้สมัครรับเลือกตั้งจะได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและเข้าดำรงตำแหน่งแล้วก็ตาม แต่ก็มีเหตุที่ทำให้สมาชิกภาพของความเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลงได้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2550 (ฉบับปัจจุบัน) กำหนดเหตุที่ทำให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลงไว้ตามมาตรา 106 (1) ถึง (11) การที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ได้รับเลือกตั้งมาต้องสิ้นสุดสมาชิกภาพลงก่อนที่สภาผู้แทนราษฎรจะครบวาระตามกำหนดหรือก่อนยุบสภา ย่อมทำให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้นั้นต้องเสียโอกาสอันดีที่จะได้ทำหน้าที่ตามที่ตนเองคาดหวังไว้ และที่สำคัญทำให้ต้องมีการเลือกตั้งใหม่แทนตำแหน่งที่ว่างลงซึ่งต้องใช้เงินงบประมาณของประเทศ

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 19 มิถุนายน 2554

\*\* นักวิชาการอิสระ

<sup>1</sup> พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2554 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 128 ตอนที่ 33 ก วันที่ 10 พฤษภาคม 2554 หน้า 19-20.

ไปจัดเลือกตั้งอีกครั้ง

กรณีการสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้น หากมีปัญหาว่าสมาชิกสภาของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรคนใดคนหนึ่งสิ้นสุดลงตามมาตรา 106 (3) (4) (5) (6) (7) (8) (10) หรือ (11) หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยปัญหานี้ได้ ตามคำร้องที่ประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งไปตามที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ร้องขอ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องสิ้นสุดลงไว้หลายคนและทำให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องสิ้นสุดสมาชิกภาพไปแล้วหลายคน

อีกทั้งศาลรัฐธรรมนูญยังมีคำวินิจฉัยให้ความเป็นรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีต้องสิ้นสุดลงด้วยเหตุที่มีลักษณะต้องห้ามซึ่งเป็นเหตุเดียวกับที่ทำให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องสิ้นสุดสมาชิกภาพ เพราะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 182 บัญญัติให้ความเป็นรัฐมนตรีต้องสิ้นสุดลงเมื่อขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 174 ซึ่งในอนุมาตรา 4 ของมาตรา 174 บัญญัติให้ต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 102 (1) (2) (3) (4) (6) (7) (8) (9) (11) (12) (13) หรือ (14) ซึ่งเป็นลักษณะต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและเป็นเหตุให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องสิ้นสุดสมาชิกภาพลงด้วย คำวินิจฉัยกรณีของรัฐมนตรีนั้นย่อมสามารถนำมาเทียบเคียงกับการสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้เช่นเดียวกัน

ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2550 มีคำวินิจฉัยให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีต้องพ้นจากตำแหน่งในกรณีดังต่อไปนี้

**กรณีเป็นลูกจ้างของบุคคลใด** ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 12-13/2551 ลงวันที่ 9 กันยายน 2551 ไว้ว่า พยานหลักฐานทั้งหมดรับฟังได้ว่าผู้ถูกร้องทำหน้าที่พิธีกรในรายการโทรทัศน์หลังจากเข้าดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีแล้ว โดยผู้ถูกร้องยังคงได้รับค่าตอบแทนเป็นทรัพย์สินจากบริษัท จึงเป็นการรับจ้าง

ทำการงานตามความหมายของคำว่าลูกจ้างตามนัยแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 ถือได้ว่าผู้ถูกร้องเป็นลูกจ้างของบริษัทเป็นการกระทำอันต้องห้ามตามมาตรา 267 มีผลให้ความเป็นรัฐมนตรีของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลงเฉพาะตัวตามมาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7) และเมื่อความเป็นรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรีสิ้นสุดลงตามมาตรา 182 จึงเป็นเหตุให้รัฐมนตรีทั้งคณะพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 180 วรรคหนึ่ง (1) แต่ด้วยความเป็นรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัว ทำให้รัฐมนตรีในคณะรัฐมนตรีที่เหลืออยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าคณะรัฐมนตรีที่ตั้งขึ้นใหม่จะเข้ารับหน้าที่ตามมาตรา 181

**กรณีการถือหุ้นของรัฐมนตรี** ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 9/2551 ลงวันที่ 9 กรกฎาคม 2551 ไว้ว่า ผู้ถูกร้องยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินของตนเองและคู่สมรสต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. แต่ไม่ปรากฏว่าได้แจ้งให้ประธานกรรมการ ป.ป.ช. ทราบว่าประสงค์จะได้รับประโยชน์จากการที่คู่สมรสของผู้ถูกร้องถือหุ้นในบริษัทเกินกว่าร้อยละ 5 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ในบริษัท ภายใน 30 นับแต่วันที่ผู้ถูกร้องได้รับแต่งตั้งเป็นรัฐมนตรี ความเป็นรัฐมนตรีของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลงเฉพาะตัวตามมาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7) ประกอบมาตรา 269 ตั้งแต่วันที่พ้นกำหนด 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแต่งตั้งเป็นรัฐมนตรี

**กรณีลาออก** ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 19/2552 ลงวันที่ 2 ธันวาคม 2552 ไว้ว่า รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 106 (3) ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการลาออกของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรว่าจะต้องกระทำในลักษณะอย่างไร และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย โดยไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติ มอบหมายหรือความครอบงำใดๆ ตามมาตรา 122 ดังนั้น การลาออกจึงอาจแสดงเจตนาลาออกได้ทั้งเป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจา โดยผู้รับการแสดงเจตนาอาจเป็นสภาผู้แทนราษฎรหรือสาธารณชนก็ได้ เมื่อผู้ถูกร้องแถลงข่าวลาออกจากการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เมื่อวันที่ 7 กันยายน 2552 มีผลทำให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลงตามมาตรา 106 (3) ตั้งแต่วันที่แสดงเจตนา

**กรณีถือหุ้นในบริษัทที่รับสัมปทานจากหน่วยงานของรัฐหรือบริษัทประกอบกิจการโทรคมนาคม** ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 12-14/2553 ลงวันที่ 3 พฤศจิกายน 2553 ไว้ในประเด็นว่า ถือหุ้นมาก่อนได้รับเลือกตั้งเป็นการต้องห้ามหรือไม่ วินิจฉัยว่า การกระทำอันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) (4) และวรรคสาม ประกอบมาตรา 48 ไม่รวมถึงการถือหุ้นที่มีมาก่อนวันเลือกตั้ง เมื่อการถือหุ้นของผู้ถูกร้องทั้งหกหรือคู่สมรสเป็นการถือหุ้นภายหลังจากที่ผู้ถูกร้องทั้งหกได้รับเลือกตั้งให้เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแล้ว จึงเป็นอันต้องห้าม ส่วนผู้ถูกร้องหรือคู่สมรสรายอื่นถือหุ้นมาก่อนได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจึงไม่เป็นอันต้องห้าม

ประเด็นว่า บริษัทที่ผู้ถูกร้องหรือคู่สมรสถือหุ้นเป็นบริษัทต้องห้ามหรือไม่ วินิจฉัยว่า บริษัท ก. ประกอบกิจการค้าขายเชื้อเพลิง ซึ่งแม้จะมีโซ่บริษัทที่ได้รับสัมปทานหรือเป็นคู่สัญญากับรัฐที่มีลักษณะผูกขาดตัดตอนก็ตาม แต่บริษัท ก. เป็นบริษัทผู้ลงทุนในบริษัทอื่น (Holding Company) เช่น ถือหุ้นในบริษัท ข. หรือบริษัท ค. ซึ่งเป็นบริษัทที่ได้รับสัมปทานจากหน่วยงานของรัฐ จึงเป็นบริษัทอันมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) การถือหุ้นในบริษัท ก. จึงเป็นการถือหุ้นในบริษัทอันมีลักษณะต้องห้ามโดยทางอ้อม ส่วนบริษัท ข. และบริษัท ค. เป็นบริษัทอันมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) และบริษัท ท. ประกอบกิจการโทรศัพท์ที่ได้รับสัมปทานจากหน่วยงานของรัฐ และยังเป็นบริษัทที่ประกอบกิจการโทรคมนาคม จึงเป็นบริษัทอันมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 265 วรรคหนึ่ง (4) ประกอบมาตรา 48

ประเด็นเรื่องจำนวนหุ้นที่รัฐธรรมนูญห้ามการเข้าถือหุ้นในบริษัทที่ต้องห้าม วินิจฉัยว่า รัฐธรรมนูญไม่ได้ระบุว่า จะต้องถือหุ้นจำนวนเท่าใดและไม่ได้ระบุว่า จะต้องมิอำนาจบริหารงานหรือครอบงำกิจการหรือไม่ ฉะนั้น การถือหุ้นเพียงหุ้นเดียว ก็ย่อมเป็นการถือหุ้นตามความหมายในรัฐธรรมนูญแล้ว แม้ผู้ถือหุ้นจะไม่มีอำนาจบริหารหรือครอบงำกิจการก็ตาม การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามการถือหุ้นไว้ชัดเจน ก็เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง รวมทั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา มีช่องทางที่จะใช้หรือถูกใช้ตำแหน่ง

หน้าที่แสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในทางใดทางหนึ่ง ดังนั้น แม้การซื้อหุ้นของ  
ผู้ถูกร้องทั้งหกหรือคู่สมรสจะซื้อในตลาดหลักทรัพย์ และเป็นการลงทุนระยะสั้น  
หรือเพื่อเก็งกำไร ก็เป็นอันต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) (4)  
และวรรคสาม ประกอบมาตรา 48 เป็นเหตุให้สมาชิกภาพของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลง  
ตามมาตรา 106 (6) นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย

**กรณีพรรคการเมืองที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นสมาชิกมีมติให้  
พ้นจากการเป็นสมาชิกพรรคการเมืองนั้น** ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 25/2554  
และคำวินิจฉัยที่ 26/2554 ลงวันที่ 27 เมษายน 2554 ไว้ว่า การที่พรรคการเมือง  
มีมติให้ผู้ร้องซึ่งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพ้นจากการเป็นสมาชิกพรรคการเมือง  
ผู้ร้องได้อุทธรณ์มติของพรรคการเมืองดังกล่าวว่าขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่  
ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครอง  
ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่เหตุที่พรรคการเมือง  
มีมติดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับความประพฤติของผู้ร้องเองที่เป็นเรื่องส่วนตัว โดย  
การแสดงตัวเสมือนเป็นสมาชิกพรรคการเมืองอื่น กรณีนี้ได้เกี่ยวกับการปฏิบัติ  
หน้าที่ในฐานะสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร มติดังกล่าวจึงไม่ใช่เรื่องที่มีลักษณะขัดต่อ  
สถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือขัดหรือแย้งกับ  
หลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์  
ทรงเป็นประมุขแต่อย่างใด ให้ถือว่าสมาชิกภาพความเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร  
ของผู้ร้องสิ้นสุดลงนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย

อย่างไรก็ตาม ก่อนที่จะประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย  
ฉบับปี พ.ศ. 2550 ประเทศไทยได้กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือ  
ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยการสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภา  
ผู้แทนราษฎรในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2492 ฉบับปี  
พ.ศ. 2511 ฉบับปี พ.ศ. 2517 ฉบับปี พ.ศ. 2521 ฉบับปี พ.ศ. 2534 และ  
ฉบับปี พ.ศ. 2540 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยให้  
สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลงแล้วหลายกรณี แต่ศาลรัฐธรรมนูญ  
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2550 ไม่มีอำนาจพิจารณา



วินิจฉัยในบางกรณีแล้ว ดังเช่นในช่วงที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2540 ยังคงใช้บังคับอยู่ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยกรณี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจงใจไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน และเอกสารประกอบ หรือจงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน และเอกสารประกอบอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้ง<sup>2</sup> แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2550 ไม่ได้บัญญัติให้เป็นอำนาจของ ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยกรณีดังกล่าวแล้ว<sup>3</sup> ผู้เขียนจึงไม่ขอกล่าวถึงกรณี ดังกล่าว ณ ที่นี้ ส่วนกรณีที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2550 ยังคงบัญญัติให้เป็นเหตุแห่งการสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ดังเช่นคำวินิจฉัยในกรณีดังต่อไปนี้

**กรณีเป็นสมาชิกพรรคการเมืองเป็นเวลาติดต่อกันน้อยกว่าเก้าสิบวัน**  
 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2550 บัญญัติให้สมาชิกสภา ผู้แทนราษฎรผู้ใดไม่ได้เป็นสมาชิกพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งแต่เพียง พรรคเดียวเป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่า 90 วัน นับถึงวันเลือกตั้ง ย่อมขาด คุณสมบัติเป็นผู้สมัครรับเลือกตั้งตามมาตรา 101 (3) เป็นเหตุให้สมาชิกภาพของ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้นั้นสิ้นสุดลงตามมาตรา 106 (4) กรณีนี้เทียบเคียงได้ กับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2540 คือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2549 ลงวันที่ 26 มกราคม 2549 ผู้ถูกร้องเป็นสมาชิกพรรคชาติไทยซึ่งเป็นพรรคการเมืองที่ผู้ถูกร้องสมัครรับ เลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อเพียงวันเดียว ผู้ถูกร้อง จึงขาดคุณสมบัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2540 มาตรา 107 (4) ที่บัญญัติให้ต้องเป็นสมาชิกพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่ง แต่เพียงพรรคเดียวนับถึงวันสมัครรับเลือกตั้งเป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่า

<sup>2</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2540 มาตรา 295.

<sup>3</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 263 บัญญัติให้ศาลฎีกา แผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเป็นผู้วินิจฉัย.

เก้าสิบวัน อันเป็นเหตุให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อพรรคชาติไทย  
จึงสิ้นสุดลง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 118 วรรคหนึ่ง (4) นับตั้งแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญ  
มีคำวินิจฉัย

กรณีเป็นบุคคลที่อยู่ในระหว่างถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งโดยคำพิพากษา  
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 100 (2) บัญญัติ  
ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้ใดอยู่ในระหว่างถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งโดย  
คำพิพากษาย่อมเป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิเลือกตั้ง และเป็นเหตุให้ผู้นั้น  
มีลักษณะต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตาม  
มาตรา 102 (3) ซึ่งเป็นเหตุให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องสิ้นสุด  
ตามมาตรา 106 (5)

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี  
พ.ศ. 2521 เคยมีคำวินิจฉัยคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 1/2529 ลงวันที่  
10 ตุลาคม 2529<sup>4</sup> ไว้ว่า ศาลแขวงมีคำพิพากษาเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของผู้ถูกร้อง  
เป็นเวลา 5 ปี และได้อ่านคำพิพากษาโดยเปิดเผยเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2528  
จึงมีผลในวันนั้น ไม่ใช่วันที่ 23 กรกฎาคม 2522 อันเป็นวันที่กระทำความผิด  
และแม้ผู้ถูกร้องได้ยื่นฎีกาคำพิพากษานั้นอยู่ แต่เหตุเป็นบุคคลที่อยู่ในระหว่าง  
ถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งโดยคำพิพากษานั้น เป็นคำพิพากษาของศาลใดก็ได้  
เมื่อผู้ถูกร้องสมัครรับเลือกตั้งในวันที่ 9 มิถุนายน 2529 และได้รับเลือกตั้งเป็น  
สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ผู้ถูกร้องจึงเป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิเลือกตั้งตาม  
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2521 มาตรา 96 (3) ประกอบ  
มาตรา 93 (5) เพราะอยู่ในระหว่างถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งโดยคำพิพากษา  
เป็นเหตุให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลงตาม  
มาตรา 103 (5)

<sup>4</sup> ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 103 ตอนที่ 177 วันที่ 13 ตุลาคม 2529  
หน้า 11-25.

คำวินิจฉัยเหล่านี้ล้วนเป็นตัวอย่างที่สำคัญทั้งต่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี ที่อยู่ภายใต้เหตุแห่งการสิ้นสุดสมาชิกภาพดังกล่าว รวมทั้งประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่ต้องคำนึงถึงคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามบางประการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในการเลือกตั้งผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต่อไป.

๐๘๐๘๐๘๐๘

## การแจ้งสิทธิและหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง : หลักเกณฑ์ทั่วไปหรือเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ?\*

ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ \*\*

กระบวนการพิจารณาทางปกครองอาจมีหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่ซับซ้อน แต่ประชาชนส่วนใหญ่มักจะไม่มีความรู้ทางกฎหมายหรือขั้นตอนปฏิบัติของทางราชการ ดังนั้น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงได้บัญญัติในมาตรา 27<sup>1</sup> ให้เจ้าหน้าที่แจ้งสิทธิและหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองแก่คู่กรณี เพื่อที่คู่กรณีจะได้ทราบถึงหลักเกณฑ์และขั้นตอนการดำเนินการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งจะทำให้เกิดความโปร่งใสในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ และเป็นหลักประกันความเป็นธรรมแก่คู่กรณีที่จะใช้สิทธิต่างๆ ตาม

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 19 มิถุนายน 2554

\*\* Licence en droit - mention assez bien (Tours), Maîtrise de droit public (Tours), D.E.A. de droit public - mention très bien (Poitiers) นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ สำนักกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

<sup>1</sup> มาตรา 27 ให้เจ้าหน้าที่แจ้งสิทธิและหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองให้คู่กรณีทราบตามความจำเป็นแก่กรณี

ถ้าคำขอหรือคำแถลงมีข้อบกพร่องหรือมีข้อความที่อ่านไม่เข้าใจหรือผิดพลาดอันเห็นได้ชัดว่าเกิดจากความไม่รู้หรือความเลินเล่อของคู่กรณี ให้เจ้าหน้าที่แนะนำให้คู่กรณีแก้ไขเพิ่มเติมให้ถูกต้อง

ที่กฎหมายบัญญัติให้ไว้อย่างเต็มที่ ซึ่งสิทธิสำคัญในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่เจ้าหน้าที่สมควรแจ้งให้คู่กรณีทราบ เช่น สิทธิในทนายความหรือที่ปรึกษา เข้ามาในการพิจารณาทางปกครอง (มาตรา 23) สิทธิได้รับทราบข้อเท็จจริงและชี้แจงโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนการออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของตน (มาตรา 30) สิทธิขอตรวจดูเอกสารที่จำเป็นแก่การป้องกันสิทธิ (มาตรา 31) มาตรา 27 จึงเป็นบทบัญญัติที่มีความสำคัญต่อคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองอย่างมาก อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวก็มีปัญหาพิจารณาหลายประการ เป็นต้นว่า เจ้าหน้าที่มี “หน้าที่” ต้องแจ้งสิทธิและหน้าที่ให้คู่กรณีทราบในทุกกรณีหรือไม่ หรือมีดุลพินิจที่จะแจ้งสิทธิและหน้าที่ตามที่เห็นสมควร และกรณีที่ไม่แจ้งสิทธิและหน้าที่จะมีผลต่อการพิจารณาทางปกครองและคำสั่งทางปกครองที่ทำขึ้นหรือไม่ อย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของสิทธิที่มีความสำคัญ เช่น สิทธิของข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยในการนำทนายความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในการสอบสวน หากไม่มีการแจ้งสิทธิให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ จะมีผลต่อกระบวนการลงโทษทางวินัยหรือไม่ อย่างไร

### 1. “ดุลพินิจ” ของเจ้าหน้าที่ในการแจ้งสิทธิและหน้าที่ตามความจำเป็น

กระบวนการพิจารณาทางปกครองในเรื่องหนึ่งอาจมีรายละเอียดมากมาย หากกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องแจ้งสิทธิและหน้าที่ทุกประการให้คู่กรณีทราบ และต้องแจ้งในทุกกรณี ก็อาจเป็นการสร้างภาระแก่เจ้าหน้าที่จนเกินสมควร ดังนั้น ผู้ตรากฎหมายจึงได้บัญญัติในมาตรา 27 **“ให้เจ้าหน้าที่แจ้งสิทธิและหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองให้คู่กรณีทราบตามความจำเป็นแก่กรณี”** อย่างไรก็ตามจึงจะถือว่าเป็นกรณีที่จำเป็นต้องแจ้งให้ทราบ นั้น คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเคยให้ความเห็นในเรื่องเสรีจที่ 295/2545<sup>2</sup> ว่า ถ้ากรณีของสิทธิหน้าที่ใดที่คู่กรณีไม่ทราบจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้นั้นแล้ว ย่อมถือได้ว่าเป็นกรณีจำเป็นที่ต้องแจ้งให้ทราบ **ซึ่งกรณีที่จำเป็นต้องแจ้งให้ทราบหรือไม่จะ**

<sup>2</sup> บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง กรณีที่ธนาคารอาคารสงเคราะห์ ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

แตกต่างกันไปในแต่ละเรื่อง แต่ละคู่กรณี และสภาพแวดล้อม และต่อมาในเรื่อง  
เสร็จที่ 76/2550<sup>3</sup> คณะกรรมการฯ ได้ให้ความเห็นว่า การแจ้งสิทธิและหน้าที่  
ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเป็น “ดุลพินิจ” ของเจ้าหน้าที่ที่จะแจ้งให้  
ทราบตามความจำเป็น ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป ทั้งนี้ ศาลปกครอง  
สูงสุดเคยวินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการแจ้งสิทธิและหน้าที่ใน  
กระบวนการพิจารณาทางปกครองไว้ในคำพิพากษา ที่ อ.143/2552 สรุปได้ว่า กรณี  
สอบสวนทางวินัยข้าราชการตำรวจ เมื่อคู่กรณีผู้ถูกสอบสวนจบการศึกษานิติศาสตร์  
บัณฑิตและปฏิบัติหน้าที่ที่พนักงานสอบสวน ย่อมเป็นผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจใน  
ข้อกฎหมายและทราบถึงสิทธิหน้าที่ของตนในกระบวนการสอบสวนทางวินัยเป็น  
อย่างดีอยู่แล้ว การที่คณะกรรมการสอบสวนมิได้แจ้งให้ทราบถึงสิทธิในการนำ  
ทนายความหรือที่ปรึกษาเข้าร่วมในการสอบสวน จึงมิใช่การใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ  
ด้วยกฎหมาย

จากแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและ  
ศาลปกครองสูงสุดข้างต้น จึงสรุปได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 27 ให้อำนาจเจ้าหน้าที่  
ที่จะใช้ “ดุลพินิจ” พิจารณาว่ากรณีอย่างใดจึงจำเป็นต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบถึงสิทธิ  
และหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง โดยพิจารณาจากลักษณะของเรื่อง  
ความรู้ความสามารถของคู่กรณี และสภาพแวดล้อมของการพิจารณาทางปกครอง  
ในกรณีนั้น อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า แม้ว่าเจ้าหน้าที่จะมีดุลพินิจที่จะแจ้ง  
สิทธิและหน้าที่ได้ตามที่เห็นว่าจำเป็น แต่การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ย่อมต้อง  
ชอบด้วยเหตุผลและมีความเหมาะสม ด้วย โดยคำนึงถึงการ “อำนวยความสะดวก  
ธรรมแก่ประชาชน” อันเป็นเหตุผลประการหนึ่งในการประกาศใช้พระราชบัญญัติ  
วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง<sup>4</sup> ดังนี้ หากการพิจารณาทางปกครองในเรื่องใด  
มีข้อกล่าวหาร้ายแรงซึ่งอาจทำให้คู่กรณีหลงประเด็นในการแก้ข้อกล่าวหา และ  
คู่กรณีเป็นผู้ที่ไม่มีความรู้ทางกฎหมาย เจ้าหน้าที่ย่อมต้องแจ้งสิทธิมีทนายความ

<sup>3</sup> บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การแจ้งสิทธินำทนายความหรือ  
ที่ปรึกษาเข้ามาในกระบวนการสอบสวนทางวินัย

<sup>4</sup> โปรดดูหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ

หรือที่ปรึกษาให้คู่กรณีทราบ หรือถ้าคู่กรณีเป็นผู้พิจารณาทางสายตาอันอาจเป็นอุปสรรคแก่การดำเนินการเกี่ยวกับเอกสารต่างๆ เจ้าหน้าที่ก็จะขอที่จะแจ้งให้คู่กรณีทราบถึงสิทธิในการแต่งตั้งบุคคลให้กระทำการแทนในกระบวนการพิจารณาทางปกครองด้วย

## 2. ผลของการไม่แจ้งสิทธิและหน้าที่กับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

ปัญหาว่าการที่เจ้าหน้าที่ไม่แจ้งสิทธิและหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองให้คู่กรณีทราบ จะมีผลทำให้กระบวนการพิจารณาทางปกครองและคำสั่งทางปกครองที่สร้างขึ้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ นั้น แต่เดิมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ให้ความเห็นวางหลักในเรื่องเสรีจที่ 295/2545 ว่า การที่เจ้าหน้าที่ไม่แจ้งสิทธิและหน้าที่ที่จำเป็นแก่กรณี ทำให้กระบวนการพิจารณาทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายและกรณีที่เป็นสาระสำคัญอันอาจทำให้คู่กรณีไม่ได้รับความเป็นธรรมในการพิจารณาทางปกครองคำสั่งทางปกครองที่สร้างขึ้นอาจถูกเพิกถอนได้เพราะเหตุที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตามคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ให้ความเห็นในเรื่องเสรีจที่ 76/2550 ว่า การดำเนินการตามมาตรา 27 มิได้เป็นเงื่อนไขของความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง เพราะการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองจะต้องพิจารณาจากเนื้อหาและการปฏิบัติตามกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่กำหนดเป็นเงื่อนไขให้เจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติก่อน จึงจะถือว่าคำสั่งทางปกครองมีผลใช้บังคับได้ การมิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ทั่วไปที่มีใช้เป็นเงื่อนไขการออกคำสั่งทางปกครองจึงมิได้ทำให้คำสั่งทางปกครองเสียไป ซึ่งเป็นไปในทำนองเดียวกันกับการไม่แจ้งสิทธิอุทธรณ์ที่มีผลเป็นเพียงทำให้ขยายระยะเวลาอุทธรณ์ออกไปตามมาตรา 40 มิได้มีผลทำให้คำสั่งทางปกครองต้องเสียไปด้วย หรือในกรณีคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ตามมาตรา 41 ที่บัญญัติให้รับฟังคู่มือก่อนออกคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นหลักการสำคัญมากกว่าการแจ้งสิทธิ นำมาหาความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในการพิจารณาทางปกครองได้ ถ้ามิได้รับฟังก็

ไม่มีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์ หากได้มีการรับฟังในภายหลัง ดังนั้น กระบวนการสอบสวนทางวินัยซึ่งคณะกรรมการสอบสวนไม่ได้แจ้งสิทธิंना ทนายความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในกระบวนการสอบสวนทางวินัยให้ผู้ถูกกล่าวหาว่า กระทำผิดวินัยได้ทราบจึงไม่เสียไป และไม่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของคำสั่ง ลงโทษทางวินัยที่เกิดจากกระบวนการสอบสวนทางวินัยดังกล่าว

หากพิจารณาเปรียบเทียบความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครองทั้งสองเรื่องข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่ามีการปรับเปลี่ยนแนวความเห็นไป ในแนวทางที่ “ผ่อนคลาย” ความเข้มงวดของหลักการตามมาตรา 27 กล่าวคือ ในเรื่องเสรีจที่ 295/2545 คณะกรรมการฯ ได้ให้ความเห็นว่า การไม่แจ้งสิทธิ และ หน้าที่ที่จำเป็นมีผลทำให้กระบวนการพิจารณาทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหากเป็นสาระสำคัญจนทำให้คู่กรณีไม่ได้รับความเป็นธรรมด้วยแล้วคำสั่ง ทางปกครองที่ทำขึ้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้ ซึ่งเท่ากับ เป็นการยอมรับโดยปริยายว่า ในบางกรณีการแจ้งสิทธิและหน้าที่ตามมาตรา 27 อาจเป็น “เงื่อนไขของความชอบด้วยกฎหมาย” ของคำสั่งทางปกครอง แต่ใน เรื่องเสรีจที่ 76/2550 คณะกรรมการฯ กลับให้ความเห็นว่า การดำเนินการตาม มาตรา 27 มิได้เป็นเงื่อนไขของความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง เพราะการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองจะต้องพิจารณา จากเนื้อหาและการปฏิบัติตามกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองตามหลักเกณฑ์ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่กำหนดเป็นเงื่อนไขให้เจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติก่อน จึงจะถือว่า คำสั่งทางปกครองมีผลใช้บังคับได้ การมิได้ปฏิบัติตาม “หลักเกณฑ์ทั่วไป” ที่มีใช่ เป็นเงื่อนไขการออกคำสั่งทางปกครองจึงมิได้ทำให้คำสั่งทางปกครองเสียไป

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าความเห็นเดิมตามเรื่องเสรีจที่ 295/2545 น่าจะมีความ ถูกต้องเหมาะสมแล้ว เนื่องจากเจ้าหน้าที่มี “หน้าที่” ต้องแจ้งสิทธิและหน้าที่ ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองให้คู่กรณีทราบ**เฉพาะกรณีที่มีความจำเป็น ต้องแจ้ง** (ซึ่งเจ้าหน้าที่มีดุลพินิจพิจารณาได้ว่ากรณีใดจะถือว่ามี**ความจำเป็น**) โดยกรณีที่มีความจำเป็นต้องแจ้งสิทธิและหน้าที่ แต่เจ้าหน้าที่บกพร่องใน “หน้าที่” โดยไม่แจ้งสิทธิและหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ก็ยังต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า



การไม่แจ้งสิทธิและหน้าที่นั้นเป็นกรณีที่เป็นสาระสำคัญอันทำให้คู่กรณีไม่ได้รับความเป็นธรรม ในการพิจารณาทางปกครองหรือไม่ หากเป็นสาระสำคัญจึงจะถือว่า “ความบกพร่อง” ดังกล่าวมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองที่ทำขึ้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้ ซึ่งการพิจารณาว่าการไม่แจ้งสิทธิและหน้าที่เป็นสาระสำคัญในกรณีหนึ่งหรือไม่ นั้น อาจพิจารณาว่าหากเจ้าหน้าที่ได้แจ้งสิทธิให้คู่กรณีทราบและคู่กรณีได้ใช้สิทธินั้นแล้ว เจ้าหน้าที่จะพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองในแนวทางอื่นหรือไม่ หรือจะยังคงทำคำสั่งทางปกครองในแนวทางเดิม ตัวอย่าง เช่น หากเจ้าหน้าที่ได้แจ้งสิทธิในการนำทนายความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในการสอบสวนทางวินัยแก่ผู้ถูกกล่าวหา และในการสอบสวนนั้นทนายความหรือที่ปรึกษาได้ชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาต่างๆ แล้ว ผลการพิจารณาของคณะกรรมการสอบสวนจะแตกต่างไปจากเดิมหรือไม่ เช่น อาจมีความเห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้กระทำความผิดวินัยหรือกระทำความผิดวินัยแต่สมควรได้รับโทษเบากว่าที่ได้รับจริง กล่าวอีกนัยหนึ่ง การแจ้งสิทธิและหน้าที่จะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองที่ทำขึ้นหรือไม่ หากไม่มีผลเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง การไม่แจ้งสิทธิและหน้าที่ก็คงไม่ถือเป็นสาระสำคัญอันจะทำให้คู่กรณีไม่ได้รับความเป็นธรรม และต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองที่ทำขึ้นนั้นชอบด้วยกฎหมายแล้ว<sup>5</sup> จึงเห็นได้ว่าความเห็นตามเรื่องเสร็จดังกล่าวให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณี แต่ขณะเดียวกันก็รักษาไว้ซึ่งความมั่นคงของคำสั่งทางปกครองและไม่เป็นการสร้างภาระแก่เจ้าหน้าที่จนเกินสมควรอีกด้วย

ส่วนในเรื่องเสร็จที่ 76/2550 นั้น คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ให้ความสำคัญกับความมั่นคงของคำสั่งทางปกครองจนอาจ “มองข้าม” ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีอันเป็นความมุ่งหมายสำคัญ

<sup>5</sup> สำหรับตัวอย่างการนำแนวคิดเรื่อง “เหตุบกพร่องในสาระสำคัญ” ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองมาใช้ในการให้ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โปรดดู บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง ความชอบด้วยกฎหมายของการประชุม อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษาแม่ฮ่องสอน เขต 1 ในคราวประชุมที่ไม่ได้แจ้งนัดประชุมกรรมการครบทุกคน (เรื่องเสร็จที่ 636/2549)

ประการหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เพราะการที่ คณะกรรมการฯ วินิจฉัยว่าการแจ้งสิทธิและหน้าที่ตามมาตรา 27 มิได้เป็นเงื่อนไข ของความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง แต่เป็นเพียง “หลักเกณฑ์ทั่วไป” ซึ่งการฝ่าฝืนไม่มีผลทำให้คำสั่งทางปกครองที่ทำขึ้นต้องเสียไปนั้น ย่อมมีผลทำให้ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองไม่ “น่าวา” ที่จะแจ้งสิทธิและหน้าที่ใน กระบวนการพิจารณาทางปกครองให้คู่กรณีทราบ เพราะแม้ว่าจะแจ้งหรือไม่แจ้ง สิทธิก็ไม่มีผลกระทบต่อการศึกษาทางปกครองแต่อย่างใด โดยนัยนี้ การให้ ความเห็นตามเรื่องเสร็จดังกล่าวจึงมีผลเป็นการ “ลดทอน” สภาพบังคับของ มาตรา 27 โดยทำให้บทบัญญัติดังกล่าวไม่มีสภาพบังคับอย่างแท้จริง และไม่อาจ บรรลุวัตถุประสงค์ของผู้ตรากฎหมายที่มุ่งหมายคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีใน กระบวนการพิจารณาทางปกครอง โดยเฉพาะกรณีของการพิจารณาทางปกครอง ในบางเรื่องซึ่งมีลักษณะเฉพาะและจำเป็นต้องมี “หลักประกันความเป็นธรรม” สูงกว่ากระบวนการพิจารณาทางปกครองในกรณีทั่วไป ดังเช่นกรณีของการสอบสวน ทางวินัยข้าราชการ ซึ่งการแจ้งสิทธิมีหมายความหรือที่ปรึกษาถือเป็นหลักประกัน สำคัญสำหรับผู้ถูกกล่าวหาที่จะมีบุคคลที่ให้ความช่วยเหลือในการต่อสู้ป้องกันสิทธิ และชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา

### 3. ปัญหาการแจ้งสิทธิมีหมายความในกระบวนการสอบสวนทางวินัย

การดำเนินการทางวินัยข้าราชการประเภทต่างๆ ย่อมเป็นไปตามที่กำหนด ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการประเภทนั้นๆ โดยกรณีการดำเนินการทาง วินัยข้าราชการพลเรือนเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในพระราช บัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 และบรรดา กฎ ก.พ. ที่เกี่ยวข้องกับ วินัย โดยเฉพาะกฎ ก.พ. ฉบับที่ 18 (พ.ศ. 2540) ออกตามความใน พ.ร.บ. ระเบียบ ข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ว่าด้วยการสอบสวนพิจารณา อย่างไรก็ตาม โดยที่การ สอบสวนทางวินัยอันเป็นการดำเนินการและการเตรียมการเพื่อจัดให้มีคำสั่งลงโทษ ทางวินัยหรือคำสั่งว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่มีความผิดทางวินัยซึ่งเป็น “คำสั่งทางปกครอง” การสอบสวนทางวินัยจึงเป็น “การพิจารณาทางปกครอง” และอยู่ภายใต้บังคับ

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ด้วย ดังนั้น ในประเด็นเกี่ยวกับสิทธิในการมีทนายความ แม้ว่าข้อ 21<sup>6</sup> แห่งกฎ ก.พ. ฉบับที่ 18 (พ.ศ. 2540)ฯ จะกำหนดห้ามมิให้บุคคลอื่นอยู่ในที่สอบสวน เว้นแต่บุคคลที่คณะกรรมการสอบสวนอนุญาตเพื่อประโยชน์แห่งการสอบสวน แต่เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมต่ำกว่าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 23<sup>7</sup> แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ที่บัญญัติให้คู่กรณีมีสิทธินำทนายความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในการพิจารณาทางปกครองที่ต้องมาปรากฏตัวต่อหน้าเจ้าหน้าที่ได้ (โดยไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ก่อน) ดังนั้น ข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาจึงมีสิทธิตามบทบัญญัติดังกล่าวที่จะนำทนายความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในการสอบสวนของคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยได้<sup>8</sup> และโดยที่สิทธิในการมีทนายความหรือที่ปรึกษาเป็นสิทธิอันสำคัญในการพิจารณาทางปกครอง โดยเฉพาะในการดำเนินการทางวินัยแก่ข้าราชการซึ่งอาจมีผลกระทบต่อสถานะของข้าราชการผู้ถูกสอบสวนทางวินัยอย่างมาก ดังนั้น โดยหลักแล้วเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการสอบสวนทางวินัยย่อมมีหน้าที่ต้องแจ้งสิทธิดังกล่าวให้ข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาทราบด้วย ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

<sup>6</sup> ข้อ 21 ในการสอบปากคำผู้ถูกกล่าวหาและพยาน ให้คณะกรรมการสอบสวนเรียกผู้ซึ่งจะถูกสอบปากคำเข้ามาในที่สอบสวนคราวละหนึ่งคน ห้ามมิให้บุคคลอื่นอยู่ในที่สอบสวน เว้นแต่บุคคลซึ่งคณะกรรมการสอบสวนอนุญาตให้อยู่ในที่สอบสวนเพื่อประโยชน์แห่งการสอบสวน

<sup>7</sup> มาตรา 23 ในการพิจารณาทางปกครองที่คู่กรณีต้องมาปรากฏตัวต่อหน้าเจ้าหน้าที่ คู่กรณีมีสิทธินำทนายความหรือที่ปรึกษาของตนเข้ามาในการพิจารณาทางปกครองได้  
การใดที่ทนายความหรือที่ปรึกษาได้ทำลงต่อหน้าคู่กรณีให้ถือว่าเป็นการกระทำของคู่กรณี เว้นแต่คู่กรณีจะได้คัดค้านเสียแต่ในขณะนั้น

<sup>8</sup> บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การสอบสวนทางวินัยข้าราชการพลเรือนสามัญ ผู้ถูกกล่าวหาสิทธินำทนายความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในการสอบสวนได้หรือไม่ (เรื่องเสร็จที่ 205/2541)

อย่างไรก็ดี แม้ว่าข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาจะมีสิทธิตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ในการนำนายความ หรือที่ปรึกษาเข้ามาในการสอบสวน และมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่แจ้งสิทธิในกระบวนการพิจารณาทางปกครองให้คู่กรณีทราบ ตามความจำเป็น ซึ่งรวมถึงสิทธิในการมีนายความหรือที่ปรึกษาอันเป็นสิทธิที่สำคัญประการหนึ่ง แต่การที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ให้ความเห็นในเรื่องเสรีจที่ 76/2550 ว่าการแจ้งสิทธิและหน้าที่ตามมาตรา 27 มิได้เป็นเงื่อนไขของความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง แต่เป็นเพียง “หลักเกณฑ์ทั่วไป” ซึ่งการไม่ปฏิบัติตามมิได้ทำให้คำสั่งทางปกครองเสียไป และการไม่แจ้งสิทธิ นำนายความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในกระบวนการสอบสวนทางวินัย ไม่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของคำสั่งลงโทษทางวินัย นั้น ย่อมส่งผลต่อการใช้สิทธิดังกล่าวของข้าราชการผู้ถูกกล่าวหา เพราะหากเจ้าหน้าที่ไม่แจ้งสิทธิให้ทราบแล้ว ข้าราชการผู้ถูกกล่าวหา ก็อาจไม่รู้ว่าตนมีสิทธิตามกฎหมายและไม่ได้ใช้สิทธิ นำนายความ หรือที่ปรึกษาเข้ามาในกระบวนการสอบสวนทางวินัย

ทั้งนี้ ในการประชุมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเพื่อพิจารณาให้ความเห็นตามเรื่องเสรีจที่ 76/2550 นั้น กรรมการส่วนหนึ่งซึ่งเป็นฝ่ายข้างน้อยได้เสนอให้ตีความบทบัญญัติมาตรา 27 ในแนวทางที่เคร่งครัด สำหรับการแจ้งสิทธิมีนายความในกระบวนการสอบสวนทางวินัย โดย ผศ. สมยศ เชื้อไทย ได้ให้ความเห็นว่า การสอบสวนทางวินัยแตกต่างจากกระบวนการพิจารณาทางปกครองอื่น เนื่องจากบางกรณีอาจมีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ซับซ้อน ทำให้ผู้ถูกกล่าวหาหลงประเด็นในการต่อสู้แก้ข้อกล่าวหาได้ จึงถือว่ามีความจำเป็นต้องแจ้งให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบว่าตนมีสิทธิ นำนายความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในกระบวนการสอบสวนทางวินัยได้ นอกจากนี้ โดยที่กระบวนการสอบสวนทางวินัย ข้าราชการมีลักษณะใกล้เคียงกับกระบวนการสอบสวนทางอาญา จึงต้องมีการคุ้มครองสิทธิของข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาให้เท่าเทียมกับผู้ต้องหาในคดีอาญาด้วย ในทำนองเดียวกัน รศ. ดร. อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ ได้ให้ความเห็นว่า ในการสอบสวนทางวินัยที่ผู้ถูกกล่าวหาต้องมาปรากฏตัวต่อคณะกรรมการสอบสวน หากผู้ถูกกล่าวหา

ต้องยอมรับหรือปฏิเสธข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจากคำแนะนำที่เหมาะสมของทนายความแล้ว ย่อมเป็นผลร้ายแก่ผู้ถูกกล่าวหา เช่น ถ้ามีการสร้างพยานหลักฐานเท็จ ทนายความก็จะแนะนำผู้ถูกกล่าวหาให้รับสารภาพตามข้อกล่าวหา ดังนั้น เพื่อให้สิทธิทนายความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในกระบวนการสอบสวนมีสภาพบังคับในทางปฏิบัติ คณะกรรมการสอบสวนจะต้องแจ้งสิทธิดังกล่าวให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบด้วย<sup>9</sup>

ผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับความเห็นของกรรมการฝ่ายข้างน้อยนี้ โดยเห็นว่า สิทธิในการมีทนายความถือเป็น **“สิทธิพื้นฐาน”** ในกระบวนการยุติธรรมที่รับรองไว้โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ<sup>10</sup> และกฎหมายวิธีพิจารณาความต่าง ๆ<sup>11</sup> ซึ่งนำมาปรับใช้กับการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ในฐานะ **“กฎหมายกลาง”** ว่าด้วยการพิจารณาทางปกครองได้บัญญัติรับรองสิทธิของคู่กรณีในการมีทนายความหรือที่ปรึกษา ซึ่งสิทธิดังกล่าวถือเป็น **“หลักประกัน”** สำคัญในกระบวนการพิจารณาทางปกครองบางประเภทที่มีลักษณะพิเศษ เช่น กระบวนการสอบสวนทางวินัยข้าราชการ เนื่องจากเป็นเรื่องที่มีการตั้งข้อกล่าวหาแก่ข้าราชการ ซึ่งอาจมีประเด็นข้อกฎหมายที่ซับซ้อน อีกทั้งการลงโทษทางวินัยอาจมีผลกระทบต่อสถานะและสิทธิประโยชน์ของข้าราชการผู้ถูกลงโทษอย่างรุนแรง จึงจำเป็นที่ข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาจะได้รับความช่วยเหลือจากทนายความในการชี้แจง

<sup>9</sup> โปรตดู รายงานการประชุมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ครั้งที่ 2 (21/2549) 14/2549 วันที่ 10 พฤษภาคม 2549

<sup>10</sup> มาตรา 40 (7) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติรับรองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาที่จะได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ

<sup>11</sup> มาตรา 7/1 วรรคหนึ่ง (2) และมาตรา 134/3 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้บัญญัติรับรองสิทธิของผู้ต้องหาที่จะมีทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจในการเข้าฟังการสอบปากคำ โดยมาตรา 134/4 (2) บัญญัติให้พนักงานสอบสวนมีหน้าที่แจ้งสิทธิดังกล่าวให้ผู้ต้องหาทราบด้วย และมาตรา 60 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้บัญญัติรับรองสิทธิของคู่ความในการแต่งตั้งทนายความให้ให้ความและดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนตนได้

แก้ข้อกล่าวหาต่างๆ ต่อคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย ซึ่งการที่ข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาจะใช้สิทธิในการมีทนายความหรือที่ปรึกษาได้นั้น ในเบื้องต้นผู้ถูกกล่าวหาจำต้องรู้เสียก่อนว่าตนมีสิทธินี้ตามกฎหมาย ทว่ากฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนและกฎ ก.พ. ที่เกี่ยวข้องกับวินัยก็ได้บัญญัติให้สิทธินี้ไว้โดยตรง แต่เป็นสิทธิที่รับรองไว้โดยกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งหากเจ้าหน้าที่มิได้แจ้งสิทธิดังกล่าวแก่ข้าราชการผู้ถูกกล่าวหา ข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาที่อาจจะไม่ทราบว่าตนมีสิทธิตามกฎหมาย<sup>12</sup> ประกอบกับคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ให้ความเห็นว่าการแจ้งสิทธิและหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเป็นเพียง “หลักเกณฑ์ทั่วไป” และไม่ว่าจะมีการแจ้งสิทธิหรือไม่ ก็ไม่มีผลกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการพิจารณาทางปกครอง เจ้าหน้าที่จึงอาจปล่อยปะละเลยไม่ใส่ใจที่จะแจ้งสิทธิในการมีทนายความหรือที่ปรึกษาให้แก่ข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาทราบ ดังนั้น จึงมีประเด็นน่าพิจารณาว่าสมควรมีการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนและกฎ ก.พ. ที่เกี่ยวข้องกับวินัยโดยบัญญัติสิทธิของข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาในการมีทนายความหรือที่ปรึกษารวมทั้งหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในการแจ้งสิทธิดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อ “ยกระดับ” มาตรฐานในการปฏิบัติราชการและหลักประกันความเป็นธรรมสำหรับคู่กรณีให้สูงกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

#### 4. ความจำเป็นในการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน

มีข้อสังเกตในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบว่า กฎหมายของบางประเทศได้บัญญัติรับรองสิทธิในการมีทนายความหรือที่ปรึกษาของข้าราชการผู้ถูกสอบสวนทางวินัยไว้ในแนวทางที่คุ้มครองข้าราชการมากกว่ากฎหมายของประเทศไทย ตัวอย่างเช่น ในประเทศฝรั่งเศส รัฐบัญญัติ ฉบับที่ 83-634 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม

<sup>12</sup> น่าสังเกตว่า แม้แต่ในคู่มือการสอบสวนทางวินัยของสำนักงาน ก.พ. ก็ได้มีคำแนะนำให้เจ้าหน้าที่แจ้งข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาให้ทราบถึงสิทธิในการนำทนายความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในการสอบสวนแต่อย่างใด โปรดดู สำนักงาน ก.พ., คู่มือการดำเนินการทางวินัย, (กรุงเทพฯ : กลุ่มโรงพิมพ์ สำนักบริหารกลาง สำนักงาน ก.พ. 2551)

ค.ศ. 1983 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการ<sup>13</sup> ได้บัญญัติในมาตรา 19<sup>14</sup> ให้ข้าราชการผู้ถูกดำเนินการทางวินัยมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากทนายความหรือที่ปรึกษาที่ตนแต่งตั้ง และรัฐกฤษฎีกา ฉบับที่ 84-961 ลงวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ. 1984 ว่าด้วยการดำเนินการทางวินัยแก่ข้าราชการของรัฐ<sup>15</sup> ออกตามความในรัฐบัญญัติดังกล่าว ได้บัญญัติในมาตรา 1<sup>16</sup> ว่า **“ในกรณีที่มีการดำเนินการทางวินัยแก่ข้าราชการ หน่วยงานทางปกครองจะต้องแจ้งให้ข้าราชการที่เกี่ยวข้องทราบถึง ... สิทธิในการมีทนายความหรือที่ปรึกษาหนึ่งคนหรือหลายคนตามที่ได้แต่งตั้งเอง”** และมาตรา 3<sup>17</sup> ได้บัญญัติว่า **“ข้าราชการที่ถูกดำเนินการทางวินัย**

<sup>13</sup> Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, JORF du 14 juillet 1983, p.2174.

<sup>14</sup> Article 19

.....

Le fonctionnaire à l'encontre duquel une procédure disciplinaire est engagée a droit à la communication de l'intégralité de son dossier individuel et de tous les documents annexes et à l'assistance de défenseurs de son choix. L'administration doit informer le fonctionnaire de son droit à communication du dossier...

.....

<sup>15</sup> Décret n°84-961 du 25 octobre 1984 **relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires de l'Etat**, JORF 27 octobre 1984, p. 3366.

<sup>16</sup> Article 1

L'administration doit dans le cas où une procédure disciplinaire est engagée à l'encontre d'un fonctionnaire informer l'intéressé qu'il a le droit d'obtenir la communication intégrale de son dossier individuel et de tous les documents annexes et la possibilité de se faire assister par un ou plusieurs défenseurs de son choix.

.....

<sup>17</sup> Article 3

Le fonctionnaire poursuivi peut présenter devant le Conseil de discipline des observations écrites ou orales, citer des témoins et se faire assister par un ou plusieurs défenseurs de son choix. Le droit de citer des témoins appartient également à l'administration.

.....

สามารถ... นำนายความหรือที่ปรึกษาหนึ่งคนหรือหลายคนตามที่ได้แต่งตั้งเองเข้ามาในการสอบสวนต่อหน้าคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยได้” กรณีจึงเห็นได้ว่า กฎหมายเกี่ยวกับข้าราชการของฝรั่งเศสได้บัญญัติรับรองสิทธิของข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาในการนำนายความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในการสอบสวนไว้โดยตรงและที่สำคัญได้บัญญัติให้หน่วยงานต้องแจ้งสิทธิในการมีนายความหรือที่ปรึกษาให้ข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาทราบด้วย ซึ่งสภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้ตีความบทบัญญัติดังกล่าวอย่างเคร่งครัด โดยมีคำพิพากษาว่า การแจ้งสิทธิในการมีนายความหรือที่ปรึกษาตามที่กำหนดในมาตรา 1 แห่งรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ. 1984 ถือเป็น “*แบบพิธีบังคับ*” (“*formalité [qui] présente un caractère obligatoire*”) ที่หน่วยงานต้องปฏิบัติตาม แม้ในกรณีที่จะลงโทษทางวินัยโดยตักเตือน (*avertissement*) หรือภาคทัณฑ์ (*blâme*) อันเป็นกรณีที่ไม่จำเป็นต้องขอความเห็นของคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยก่อนก็ตาม ดังนั้น เมื่อปรากฏว่า ในการดำเนินการทางวินัยแก่ผู้ฟ้องคดี สำนักงานป่าไม้แห่งชาติผู้ถูกฟ้องคดีมิได้แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบถึงสิทธิในการมีนายความหรือที่ปรึกษา การละเลยไม่แจ้งสิทธิดังกล่าวย่อมมีผลให้คำสั่งของผู้อำนวยการสำนักงานป่าไม้แห่งชาติที่ลงโทษภาคทัณฑ์ผู้ฟ้องคดีโดยเปิดเผยต่อสาธารณะเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่ง<sup>18</sup> คำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า สภาแห่งรัฐพิจารณาว่า การที่หน่วยงานมิได้แจ้งสิทธิในการมีนายความหรือที่ปรึกษาให้ข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาทราบตามที่กฎหมายกำหนด ถือเป็น *ข้อบกพร่องอันเป็นสาระสำคัญในขั้นตอนการทำคำสั่ง* (*irrégularité substantielle de la procédure*) ซึ่งมีผลให้คำสั่งลงโทษทางวินัยไม่ชอบด้วยกฎหมายและต้องถูกเพิกถอน ส่วนกรณีที่หน่วยงานได้แจ้งสิทธิในการมีนายความหรือที่ปรึกษาแก่ผู้ถูกกล่าวหาโดยแจ้งไม่ถูกต้องครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด เช่น แจ้งว่าผู้ถูกกล่าวหามีสิทธิในการมีนายความหรือที่ปรึกษาหนึ่งคน แทนที่จะระบุว่า “หนึ่งคนหรือหลายคน” แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ถูกกล่าวหาได้นำ

<sup>18</sup> คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ C.E., 17 juin 1988, M. Bernard Labrosse, req. n° 81815, R. p.244, A.J.D.A. 1989, p. 50 obs. S.S.



ทนายความหรือที่ปรึกษาหนึ่งคนเข้ามาในที่สุดแล้ว สภาแห่งรัฐก็วินิจฉัยว่า คำพิพากการแจ้งสิทธิโดยไม่ถูกต้องครบถ้วนนั้นไม่ถือเป็นเหตุที่ทำให้คำสั่งลงโทษทางวินัยไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>19</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่ง ข้อบกพร่องในกรณีนี้ไม่ใช่ข้อบกพร่องอันเป็นสาระสำคัญที่จะกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสอบสวนทางวินัย

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศฝรั่งเศสแล้ว จะเห็นได้ว่า มี “หลักประกัน” สำหรับข้าราชการผู้ถูกสอบสวนทางวินัยสูงกว่ากรณีของประเทศไทยที่กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนมิได้บัญญัติรับรองสิทธิดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ และแม้ว่ากฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งเป็น “กฎหมายกลาง” จะบัญญัติให้สิทธิแก่คู่กรณีในการมีทนายความหรือที่ปรึกษา รวมทั้งบัญญัติให้เจ้าหน้าที่แจ้งสิทธิในกระบวนการพิจารณาทางปกครองแก่คู่กรณีตามความจำเป็น แต่โดยผลของการตีความของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่ให้ความเห็นว่า การแจ้งสิทธิตามมาตรา 27 เป็นเพียง “หลักเกณฑ์ทั่วไป” มิใช่เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง และการไม่แจ้งสิทธิมีทนายความหรือที่ปรึกษาแก่ผู้ถูกกล่าวหาไม่มีผลกระทบต่อกระบวนการสอบสวนทางวินัยและความสมบูรณ์ของคำสั่งลงโทษทางวินัย ก็ทำให้สิทธิดังกล่าวปราศจาก “สภาพบังคับ” อย่างแท้จริงในทางปฏิบัติด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ผู้ตรากฎหมายสมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนของประเทศไทยในแนวทางที่คุ้มครองสิทธิของข้าราชการผู้ถูกสอบสวนทางวินัยมากขึ้น โดยบัญญัติสิทธิในการนำทนายความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในการสอบสวนไว้เป็นการเฉพาะ พร้อมทั้งบัญญัติให้มีการแจ้งสิทธิดังกล่าวให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบด้วย ทั้งนี้ ตามแนวทางของกฎหมายฝรั่งเศส

เคยมีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนได้กำหนดวิธีพิจารณาก่อนออกคำสั่งลงโทษทางวินัยไว้อย่างละเอียด รัดกุม และมีมาตรฐานที่ประกันความเป็นธรรมได้ดีกว่าที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติ

<sup>19</sup> คำพิพากษาศาลแห่งรัฐ C.E., 12 décembre 1997, M. Serge X... , req. n°134341

ราชการทางปกครองอยู่แล้ว จึงอาจยกเว้นไม่ต้องนำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไปใช้บังคับ<sup>20</sup> ปัจจุบันคงไม่มีใครปฏิเสธว่า มุมมองดังกล่าวเป็นการประเมินมาตรฐานของกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนค่อนข้างสูงเกินไป เพราะในบางเรื่อง เช่น สิทธิในการนำนายความเข้ามาในกระบวนการสอบสวนข้าราชการผู้ถูกสอบสวนก็ยังจำเป็นต้อง “อาศัย” บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่ให้ “สิทธิเด็ดขาด” ในเรื่องนี้ ขณะที่บทบัญญัติของกฎ ก.พ. ที่ออกตามความในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนได้ “จำกัด” สิทธิของผู้ถูกสอบสวนในการนำบุคคลอื่นเข้ามาในที่สอบสวนว่าต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการสอบสวนก่อน...<sup>21</sup> อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจะกำหนดหลักประกันความเป็นธรรมไว้สูงกว่ากฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนในหลายเรื่อง แต่ “กฎหมายกลาง” ฉบับนี้ก็ยังคงไม่สามารถเป็น “ที่พึ่ง” ของข้าราชการผู้ถูกสอบสวนได้ไปเสียทั้งหมดทุกเรื่อง ดังเช่นเรื่องการแจ้งสิทธิในกระบวนการพิจารณาทางปกครองซึ่งพิจารณากันว่าเป็นเพียง “หลักเกณฑ์ทั่วไป” ไม่ว่าจะมีการแจ้งสิทธิหรือไม่ ก็ไม่ส่งผลต่อกระบวนการพิจารณาทางปกครองและคำสั่งทางปกครองที่ทำขึ้น ดังนั้น เมื่อ “กฎหมายกลาง”

<sup>20</sup> สุรพล นิตโกรพจน์, “ปัญหาว่าด้วยขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง”, ใน พนม เอี่ยมประยูร (บรรณาธิการ), **รวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539** (กรุงเทพฯ : วิญญูชน 2541), หน้า 14-15.

<sup>21</sup> นอกจากสิทธิในการนำนายความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในการสอบสวนแล้ว กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนยังมีหลักเกณฑ์ในเรื่องอื่นๆ ที่มีหลักประกันความเป็นธรรมต่ำกว่ากฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เช่น ในการดำเนินการกรณีที่กล่าวหาข้าราชการว่ากระทำความผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรง มาตรา 102 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ผู้บังคับบัญชาต้องสอบสวนโดยดำเนินการตาม “วิธีการที่เห็นสมควร” จึงเป็นหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมต่ำกว่ามาตรา 30 ของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องแจ้งข้อเท็จจริงให้คู่กรณีทราบและให้โอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของคู่กรณี ดังนั้น แม้ในการสอบสวนทางวินัยอย่างไม่ร้ายแรง ก็ต้องแจ้งข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบเพื่อที่ผู้ถูกกล่าวหาจะได้ชี้แจงและนำสืบแก้ข้อกล่าวหาได้

ที่พิเคราะห์กันมาได้กำหนด “หลักประกันความเป็นธรรม” ไว้สูงกว่ากฎหมายเฉพาะฉบับต่างๆ ไม่สามารถให้ความคุ้มครองแก่ข้าราชการผู้ถูกสอบสวนได้เท่าที่ควรจะเป็นแล้ว ก็มีความจำเป็นที่ผู้ตรากฎหมายต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเฉพาะ ซึ่งได้แก่กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนและกฎ ก.พ. ที่เกี่ยวข้องต่อไป

ปัญหาเกี่ยวกับการแจ้งสิทธิและหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง โดยเฉพาะการแจ้งสิทธิในการมีทนายความในกระบวนการสอบสวนทางวินัยคงให้ข้อคิดได้เป็นอย่างดีว่า การพัฒนา “หลักประกันความเป็นธรรม” ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองมิได้หมดความจำเป็นลงเมื่อมีการตรากฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองขึ้นใช้บังคับแล้ว เพราะกระบวนการพิจารณาทางปกครองในบางเรื่องนั้นอาจมีลักษณะพิเศษซึ่งจำเป็นต้องมีหลักประกันความเป็นธรรมสำหรับคู่กรณีสูงกว่ากระบวนการพิจารณาทางปกครองทั่วไป กระบวนการสอบสวนทางวินัยข้าราชการพลเรือนเป็นตัวอย่างหนึ่ง แต่ยังมีกรณีอื่นๆ ที่ผู้ตรากฎหมายสมควรให้ความสนใจด้วย ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการสอบสวนทางวินัยข้าราชการประเภทอื่นๆ กระบวนการสอบสวนทางจริยธรรมของบรรดาองค์กรวิชาชีพ หรือกระบวนการพิจารณา “โทษทางปกครอง” ตามกฎหมายฉบับต่างๆ ที่อาจจำเป็นต้องมี “หลักประกันความเป็นธรรม” ในบางเรื่องสูงกว่าที่กำหนดไว้ใน “กฎหมายกลาง” ว่าด้วยการพิจารณาทางปกครอง



## การใช้และการตีความกฎหมายปกครอง\*

ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์\*\*

### ความนำ

การนำเสนอบทความนี้ สืบเนื่องจากผู้เขียนได้สำรวจบทความกฎหมายและเอกสารทางวิชาการเกี่ยวกับการตีความกฎหมายพบว่า นับแต่มีการตีพิมพ์ในการตีความกฎหมายพบว่า ไม่มีบทความกฎหมายใดที่เขียนเกี่ยวกับการตีความกฎหมายปกครองโดยตรงเลย จะมีแต่บทความกฎหมายว่าด้วยการใช้และการตีความกฎหมายมหาชน ของ รศ.ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ซึ่งถือว่าครอบคลุมถึงการใช้และการตีความกฎหมายปกครองด้วย แต่ทำให้เกิดคำถามสำคัญว่า เมื่อมีหลักการใช้และการตีความกฎหมายมหาชนแล้ว จะมีหลักเฉพาะการใช้และการตีความกฎหมายปกครองหรือไม่

การใช้และการตีความกฎหมายปกครอง โดยหลักแล้วมีสาระสำคัญดังเช่นการใช้และตีความตามหลักทั่วไป แต่การใช้และการตีความกฎหมายปกครองมีหลักเฉพาะกรณีสำหรับกฎหมายปกครอง นอกจากจะต้องตีความตามหลักการใช้และการตีความกฎหมายทั่วไป การตีความกฎหมายปกครอง กรณีใดที่ตีความขยายความหรือตีความโดยเคร่งครัดได้หรือไม่ และในกรณีใดจะต้องตีความขยายความหรือตีความโดยเคร่งครัด ในกรณีกฎหมายปกครองที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพประชาชน จะตีความขยายความหรือ

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 3 กรกฎาคม 2554

\*\* นบ. , นม. , นบท. , ประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ตีความโดยเคร่งครัด และในกรณีที่กฎหมายจัดระเบียบบริหารราชการ หรือกฎหมายที่มุ่งทำให้เกิดประสิทธิภาพในระบบราชการจะตีความโดยเคร่งครัดหรือตีความขยายได้หรือไม่ ในการพิจารณาหลักการใช้กฎหมายปกครอง เนื่องจากกฎหมายปกครองเพิ่งก่อเกิดมาไม่นานมานี้ จึงมีวิวัฒนาการของกฎหมายน้อยกว่ากฎหมายแพ่ง ในการใช้กฎหมายปกครองจึงจะนำหลักกฎหมายแพ่งมาเป็นบทเสริมได้หรือไม่ และในการตีความกฎหมายปกครองจะพิจารณาว่ากฎหมายนั้นมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน หรือมุ่งคุ้มครองประสิทธิภาพในการบริหารจัดการภาครัฐ จะต้องพิจารณาถึงนิติสมมติที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองด้วย ดังนั้นบทความนี้ผู้เขียน จึงนำเสนอการใช้กฎหมายปกครองนอกจากจะเป็นการใช้กฎหมายโดยตรงแล้ว การใช้กฎหมายแบบเทียบเคียงหรือการนำกฎหมายแพ่งมาอุดช่องว่างจะกระทำได้หรือไม่ และมีหลักเฉพาะการตีความกฎหมายปกครองหรือไม่ และในการตีความกฎหมายปกครองจะคำนึงหลักกฎหมายอะไรบ้าง โดยมีกรณีตัวอย่างกรณีการใช้และการตีความที่เกิดจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเป็นสำคัญ ส่วนการใช้และการตีความที่เกิดจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะกรรมการปฏิบัติราชการทางปกครอง คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาล และคำพิพากษาศาลฎีกา นั้น เป็นภารกิจอันสำคัญที่จะต้องใช้เวลาในการค้นคว้า ผู้เขียนจึงไม่อาจที่นำเสนอในบทความนี้ได้

## ส่วนที่ 1

### หลักเกณฑ์ทั่วไปในการใช้และการตีความกฎหมาย

#### 1. การใช้กฎหมายและการตีความกฎหมาย

การใช้และการตีความกฎหมายทำให้กฎหมายที่อยู่ในตัวบท (LAW IN BOOK) เกิดผลบังคับได้ในทางความเป็นจริง (LAW IN ACT) กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การใช้และการตีความกฎหมายทำให้กฎหมายที่เป็นนามธรรมกลายเป็นรูปธรรม

##### 1.1 การใช้กฎหมาย

การใช้กฎหมายคือ การนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีมาปรับกับตัวบทกฎหมายและวินิจฉัยชี้ขาดว่าข้อเท็จจริงนั้นมีผลทางกฎหมายอย่างไร ข้อเท็จจริงในคดีสำหรับการพิจารณาของศาล คือ บรรดาเรื่องราวอันเป็นประเด็นข้อพิพาทและรายละเอียดในสำนวนคดี ซึ่งศาลได้สรุปจากพยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่ความได้กล่าวอ้างในกระบวนการพิจารณาและศาลรับฟังเป็นที่ยุติว่าเป็นเช่นนั้น เมื่อได้ข้อเท็จจริงแล้วจึงนำข้อเท็จจริงมาปรับกับตัวบทกฎหมายเรียกว่า เป็นการใช้กฎหมาย หรือที่เรียกว่า “การปรับบท” (Subsumtion) “การใช้กฎหมาย” เป็นคำกว้าง หมายถึง การใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร การใช้กฎหมายประเพณี การใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรแบบเทียบเคียงบทที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และการใช้กฎหมายทั่วไป ในขณะที่เดียวกัน การใช้ต้องตีความกฎหมายด้วย โดยเฉพาะการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่การใช้ก็ไม่ใช่ออย่างเดียวกันกับการตีความ<sup>1</sup>

การใช้กฎหมายโดยทั่วไปมีขั้นตอนดังต่อไปนี้<sup>2</sup>

1. ตรวจสอบว่าข้อเท็จจริงในคดีเกิดขึ้นจริงดังข้อกล่าวอ้างหรือไม่ ซึ่งจะต้องพิสูจน์ด้วยพยาน หลักฐานต่างๆ

<sup>1</sup> สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2551. หน้า 167.

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 167-168

2. เมื่อได้ข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติแล้ว จะต้องค้นหากฎหมายที่ตรงกับข้อเท็จจริงนั้นมาปรับบท

3. วินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงในคดีนั้นปรับได้กับข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบในบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่

4. ถ้าปรับได้ให้ชี้ว่ามีผลทางกฎหมายอย่างไร หากกฎหมายกำหนดผลทางกฎหมายไว้หลายอย่างให้เลือก ผู้ใช้กฎหมายจะต้องใช้ดุลยพินิจตัดสินใจเลือกผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

การใช้กฎหมายนั้น แยกได้เป็น 2 ประเภท คือ การใช้กฎหมายโดยตรง และการใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง สำหรับการใช้อย่างเทียบเคียง เป็นการใช้อย่างคล้ายลักษณะอักษร และต้องอาศัยกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่ก็ไม่เรียกว่าเป็นการตีความ ซึ่งแน่นอนว่าการจะเทียบเคียงนั้น ก็ต้องตีความบทที่เอามาเทียบเคียงใช้เพื่อให้รู้ว่าบทบัญญัตินั้นหมายความว่าอย่างไร มีขอบเขตเพียงใด เมื่อรู้ขอบเขตของตัวบทก็จะรู้ว่าอะไรตกอยู่ในขอบเขตของตัวบท ถ้าอยู่ในขอบเขตของตัวบทก็ใช้ได้เลย แต่กรณีที่อยู่นอกขอบเขต ตีความไปไม่ถึงก็ใช้ไม่ได้เพราะมันไม่เข้า แต่ถ้ามันคล้ายคลึงกันเราก็ขยายความออกไปให้กว้าง ไม่ใช่ตีความอย่างกว้าง ซึ่งยังอยู่ในการตีความ แต่การเทียบเคียงเป็นการขยายความออกไป

## 1.2. การตีความกฎหมาย

การตีความกฎหมายในความหมายอย่างกว้าง (lato sensu) หมายถึง กิจกรรมในเชิงสร้างสรรค์ของผู้พิพากษาในการขยายความ จำกัดความ หรือ การแก้ไขกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ซึ่งถูกแสดงออกหรืออยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร<sup>3</sup>

การตีความกฎหมายในความหมายอย่างแคบ (strict sensu) การอธิบาย (explanation) โดยผู้พิพากษาเกี่ยวกับความหมายของถ้อยคำหรือวลีที่

<sup>3</sup> ประสทธิ ปิวาวัฒนพานิช, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548. หน้า 92.

ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นๆ หรือเป็นการเลือกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายโดยได้ทำการค้นหาความหมายและนัยสำคัญ และกำหนดให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่ได้รับพิจารณาเรียบร้อยแล้วโดยผู้พิพากษา<sup>4</sup>

การตีความกฎหมายหมายถึง การคิดค้นหาจากบทบัญญัติของกฎหมายโดยวิธีใช้เหตุผลตามหลักตรรกวิทยาและสามัญสำนึก เพื่อให้ได้มาซึ่ง “ข้อความ” ของกฎหมายที่จะนำไปใช้วินิจฉัยคดีข้อพิพาทได้อย่างถูกต้อง คือ เหมาะเจาะเหมาะสมและเป็นธรรม หรือหมายถึงการค้นหาความหมาย (meaning) และนัยสำคัญ (significance) ซึ่งอยู่เบื้องหลังของถ้อยคำที่บุคคลบางคนมีเจตนาจะกล่าว แต่หมายถึงสิ่งที่ต้องการกล่าวจริงๆ และวัตถุ (object) การตีความกฎหมายก็ต้องใช้กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ในการตีความจะไปเอาสิ่งอื่นมาตีความไม่ได้ จารีตประเพณี หลักกฎหมายทั่วไป จึงไม่ใช่วัตถุแห่งการตีความ<sup>5</sup>

### 1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างการใช้กฎหมายกับการตีความกฎหมาย

หลักการใช้กฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ในการปรับใช้กฎหมายแก่ข้อเท็จจริงอันเป็นข้อพิพาท เพื่อวินิจฉัยตัดสินข้อพิพาทนั้น หลักเบื้องต้นในเรื่องนี้มีอยู่ว่า การใช้กฎหมายต้องใช้ให้ต้องด้วยกรณีตามกฎหมายนั้น กล่าวคือต้องใช้กฎหมายให้ถูกเรื่องตรงตามกรณีข้อพิพาทกัน การใช้กฎหมายนี้หากพิเคราะห์ให้ดีตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะพบว่ายกออกได้เป็นสองประเภท คือ การใช้กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร และการใช้กฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยกฎหมายจัดลำดับการใช้กฎหมายไว้ ให้ใช้กฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายเป็นลำดับแรก ต่อเมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะมาปรับใช้ จึงให้ปรับใช้กฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร อันได้แก่ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น การเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง และการใช้หลักกฎหมายทั่วไป<sup>6</sup>

<sup>4</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 92.

<sup>5</sup> สมยศ เชื้อไทย, เรื่องเดิม, หน้า 171-173.

<sup>6</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, “หลักทั่วไปในการตีความกฎหมาย,” ใน การใช้การตีความกฎหมาย,



ดังนั้น การใช้กฎหมายจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่าง ข้อพิพาท ข้อกฎหมาย และคำวินิจฉัยในทางที่สอดคล้องต้องตรงกัน โดยนักกฎหมายต้องพิจารณาว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นมีข้อเท็จจริงอันเป็นประเด็นแห่งข้อพิพาทอย่างไร และความสัมพันธ์เชิงเหตุผลที่ดำรงอยู่ในข้อเท็จจริงนั้นเป็นอย่างไร จากนั้นจึงพิจารณาว่าความสัมพันธ์เชิงเหตุผลแห่งข้อเท็จจริงนั้นๆ ตกอยู่ใต้บังคับของหลักเกณฑ์ทางกฎหมายใด โดยในลำดับแรกต้องเริ่มพิจารณาจากบทกฎหมายตามตัวอักษรเสียก่อน ว่าบทกฎหมายที่ต้องตรงกันกับความสัมพันธ์เชิงเหตุผลอันดำรงอยู่ในข้อเท็จจริงอันเป็นข้อพิพาทนั้นมีว่าอย่างไร หรือหลักเกณฑ์ใดมีความเหมาะสมต้องตรงแก่ข้อพิพาทมากที่สุด และท้ายที่สุดก็คือการวินิจฉัยว่า เมื่อปรับใช้กฎหมายแก่กรณีแล้วเกิดผลทางกฎหมายอย่างไรโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่อาจมีบทกฎหมายที่นำมาปรับได้หลายบท หรือมีผลทางกฎหมายให้เลือกได้หลายทาง ผู้วินิจฉัยต้องใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจเลือกผลทางกฎหมายที่เหมาะสมแก่ข้อเท็จจริงอันเป็นประเด็นแห่งข้อพิพาทมากที่สุด<sup>7</sup>

## 2. การใช้และการตีความกฎหมายจะต้องคำนึงถึงนิติวิธีของระบบกฎหมาย

นิติวิธี (Juristic Method) หรือวิธีทางกฎหมายมีความหมายถึง ความคิด และทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตน กล่าวคือ ทัศนคติที่มีต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร จารีตประเพณี คำพิพากษา หลักกฎหมายทั่วไป รวมตลอดจนวิธีคิด วิธีใช้ วิธีตีความ วิธีบัญญัติกฎหมาย แม้จนกระทั่งวิธีสอน วิธีศึกษา และวิธีทำกฎหมายให้องค์กรมหรือเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา โดยที่นิติวิธีเหล่านี้แทรกซึมคู่เคียงอยู่กับตัวกฎหมาย โดยไม่จำต้องบัญญัติ แม้จะได้บัญญัติถึงนิติวิธีไว้ แต่มิได้บัญญัติหลักนิติวิธีไว้ทั้งหมด ถ้าเราจะเทียบตัวบทกฎหมายเป็นคน ตัวบทคือร่างกาย นิติวิธีก็คือวิญญาณการใช้และการตีความตามนิติวิธีระบบ

พิรุณา ดิงศภัทย์, บรรณาธิการ, กรุงเทพฯ : กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์, 2552, หน้า 39.

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 39.

ซีวิลลอว์<sup>8</sup>

## 2.1 การใช้และการตีความตามนิติวิธีระบบซีวิลลอว์

ในระบบซีวิลลอว์ บ่อเกิดของกฎหมายลำดับแรก คือ ตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพราะเชื่อว่าตัวบทกฎหมายมีความเป็นธรรมและมีเหตุผลในตัวของมันเอง กฎหมายเป็นหลักทั่วไปเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น นักกฎหมายจะนำบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในประเด็นข้อพิพาทนั้น ซึ่งเรียกว่าการตีความกฎหมาย ส่วนจารีตประเพณีเป็นกฎหมายลำดับรอง ซึ่งอาจใช้คู่เคียงเสริมหรือตัดทอนตัวบทกฎหมายก็ได้ ในบางครั้งจารีตประเพณีถูกนำมาใช้เพื่อทำให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นมากขึ้น ในระบบซีวิลลอว์นั้นคำพิพากษาของศาลไม่ใช่บ่อเกิดของกฎหมาย แต่เป็นตัวอย่งการปรับใช้กฎหมายที่เป็นรูปธรรม ในกรณีที่ไม่มืบทบัญญัติของกฎหมายที่จะใช้กับข้อพิพาทโดยตรง นักกฎหมายมีหน้าที่อุดช่องว่างนั้น ด้วยการค้นหาหลักความเป็นธรรมซึ่งแฝงอยู่ในหลักกฎหมายนั้น นอกจากนี้ความเห็นของนักกฎหมายต่อคำพิพากษาที่อยู่ในรูปของหมายเหตุท้ายคำพิพากษาก็มีความสำคัญ ที่แสดงให้เห็นถึงทัศนะหรือมุมมองของตนที่มีต่อคำพิพากษานั้นๆ ด้วย กฎหมายจึงไม่ใช่ตัวบทบัญญัติ แต่คือหลักการแห่งเหตุผลที่ดำรงอยู่ในตัวบทกฎหมายนั่นเอง การตีความกฎหมายจึงต้องตีความตามตัวอักษร โดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่แฝงอยู่ในบทบัญญัตินั้นพร้อมกันไปด้วย

### หลักการตีความกฎหมายในระบบซีวิลลอว์<sup>9</sup>

(1) การตีความตามหลักภาษา (Grammatical Interpretation) หมายถึง การตีความตามถ้อยคำของบทกฎหมาย รูปประโยคที่ใช้ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงรูปแบบการใช้ภาษาตามปกติเป็นเกณฑ์ และในกรณีมีการใช้ศัพท์เฉพาะ หรือคำนิยามก็ย่อมเป็นไปตามความหมายที่พึงเข้าใจกันตามรูปศัพท์นั้น นอกจากนี้

<sup>8</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์ และคอมมอนลอว์, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2551. หน้า 15.

<sup>9</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, “หลักทั่วไปในการตีความกฎหมาย,” หน้า 48-49.

การนำเอาแนวคำพิพากษาของศาลที่เคยตัดสินไว้มาช่วยอธิบายก็จัดอยู่ใน การตีความตามหลักภาษาอย่างหนึ่งด้วย และโดยที่ถ้อยคำที่ใช้อาจมีความหมายใน เวลาที่ตรากฎหมายขึ้น แตกต่างจากเวลาที่ปรับใช้และตีความกฎหมายนั้น ดังนั้น การตีความกฎหมายตามหลักภาษาก็ต้องคำนึงถึงความเข้าใจถ้อยคำนั้น ๆ ในเวลา ที่ตรากฎหมายนั้นประกอบไปด้วย

(2) การตีความตามหลักทางประวัติศาสตร์ (Historical Interpretation) หมายถึงการตีความโดยวิเคราะห์ประวัติพัฒนาการและความเป็น มาของการตรากฎหมาย อันได้แก่ความเป็นมาของหลักเกณฑ์ที่มีอยู่ก่อนตรา กฎหมายนั้น ปัญหาหรือข้อขัดข้องอันเป็นเหตุแห่งการเสนอกฎหมายนั้น หรือเหตุผล ที่ใช้ประกอบข้อเสนอร่างกฎหมาย บันทึกรายงานการประชุม รวมทั้งการแก้ไข ปรับปรุงในระหว่างพิจารณาร่างกฎหมาย และความเห็นของผู้เกี่ยวข้องด้วย

(3) การตีความอย่างสอดคล้องกันเป็นระบบ (Systematic Interpretation) หมายถึงการตีความโดยคำนึงถึงข้อความและเหตุผลแวดล้อม ของบทกฎหมาย และความสัมพันธ์เชิงเหตุผลของบทกฎหมายนั้นกับระบบกฎหมาย ทั้งระบบ ซึ่งหมายรวมถึงตั้งแต่ตำแหน่งแห่งที่แห่งบทกฎหมาย การจัดหมวดหมู่ การจัดลำดับ หัวเรื่อง และอาร์มภพของกฎหมาย ทั้งนี้โดยถือว่าบทกฎหมายกับ ระบบกฎหมายมีความสัมพันธ์กันอย่างเป็นเอกภาพทั้งระบบ มีลำดับชั้น และ สอดคล้องเป็นเนื้อเดียวกัน ไม่ขัดแย้งกันเอง และมีความทำวถึงกันอย่างมีระเบียบ มีเหตุผลทั้งในระดับภายในประเทศและระดับระหว่างประเทศด้วย เช่น หลัก เสรีภาพในการแสดงเจตนา หลักการผูกนิติสัมพันธ์ตามเจตนาที่แท้จริง หรือ หลักความรับผิดชอบเมื่อมีความผิด หรือมีพฤติการณ์ที่ผู้รับผิดชอบต้องรับผิดชอบ หลักความคุ้มครองผู้เกี่ยวข้อง โดยมีการชั่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสียในบทกฎหมาย ต่าง ๆ หรือหลักสุจริต หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง หลักคุ้มครองความเชื่อถือ อันบุคคลพึงมีแก่กัน ล้วนแล้วแต่มีความสัมพันธ์กัน และสัมพันธ์กับระบบกฎหมาย ทั้งระบบอย่างมีเหตุผลสอดคล้องเป็นเนื้อเดียวกันเป็นต้น

(4) การตีความตามความมุ่งหมาย (Teleological Interpretation) หมายถึงการตีความตามความมุ่งหมายหรือคุณค่า หรือตามเหตุผลที่อยู่เบื้องหลัง

บทกฎหมายนั้น โดยมีได้ขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้บัญญัติกฎหมายแต่อย่างใด แต่ขึ้นอยู่กับความมุ่งหมายของบทกฎหมายนั้นโดยตัวของบทกฎหมายนั่นเอง เช่น ในกฎหมายแพ่งกฎหมายมุงคุ้มครองให้นิติสัมพันธ์อันเป็นผลจากเจตนาเป็นไปตามเจตนาที่แท้จริง แต่ขณะเดียวกันก็มุงคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตและต้องเสียหาย เพราะเชื่อถือในความมีผลแห่งเจตนาที่แสดงออก ซึ่งมีขึ้นก็เพื่อคุ้มครองความมั่นคงในการติดต่อค้าขายกัน ความมุ่งหมายในกฎหมายอาญาก็อาจหมายถึง “สิ่งที่กฎหมายมุงคุ้มครอง” หรือ “หลักความสมควรแก่เหตุ” และ “ความมีดุลยภาพระหว่างประโยชน์ส่วนรวมและประโยชน์เอกชน” ในกฎหมายปกครอง ซึ่งหลักการนี้เป็นที่รู้จักกันมาตั้งแต่สมัยโรมันในรูปของ ratio legis (เหตุผลแห่งบัญญัติ) หรือ ratio iuris (เหตุผลแห่งกฎหมาย)

การตีความตามความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย จะต้องดูเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้น มิใช่เจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย (Historical Interpretation) เพราะเอกสารในการร่างกฎหมายเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมาย เพราะแท้จริงแล้วไม่มีสิ่งที่เรียกว่าเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย แต่มีเจตนารมณ์ของกฎหมาย (ratio legis) แทน เมื่อกฎหมายเริ่มมีผลใช้บังคับแล้ว กฎหมายย่อมขึ้นอยู่กับสภาพสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรม และความยุติธรรมเป็นสำคัญ นอกจากนี้แล้วการค้นหาเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก อีกทั้งรายงานการประชุมร่างกฎหมายก็ปะปนไปด้วยทัศนคติส่วนตัวของผู้ร่างหรือมีเหตุผลทางการเมือง จึงไม่ควรให้ผู้ใช้กฎหมายไปค้นหาทัศนคติของคนไม่กี่ปคน แต่ควรค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายแทน และยิ่งระยะเวลาทอดนานไปเท่าใด การค้นหาเจตนารมณ์ของผู้ร่างก็ยิ่งทำได้ยากขึ้นเท่านั้น<sup>10</sup>

## 2.2 การใช้และการตีความตามนิติวิธีระบบคอมมอนลอว์

บ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุดในระบบคอมมอนลอว์ คือ หลักกฎหมายในคำพิพากษาของศาลในอดีตก่อน โดยอยู่บนหลักการที่ว่า ข้อเท็จจริง

<sup>10</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, เรื่องเดิม, หน้า 95.

อย่างเดียวกันย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน ศาลในระบบคอมมอนลอว์ วิเคราะห์ความสัมพันธ์ของข้อเท็จจริงในข้อพิพาท แล้วหาเหตุผลจากข้อเท็จจริงในข้อพิพาทแต่ละเรื่องและนำมาสร้างเป็นหลักกฎหมาย หลักกฎหมายที่ศาลในคดีก่อนสร้างขึ้นผูกพันให้ศาลในคดีหลังต้องถือตาม (stare decisis) การสร้างหลักกฎหมายจากข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่อง ทำให้คอมมอนลอว์มีลักษณะที่เป็นหลักเกณฑ์เฉพาะซึ่งมีรายละเอียดปลีกย่อยมาก จึงมีความเป็นไปได้ว่าคำพิพากษาบรรทัดฐานไม่อาจปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงในคดีอื่น จึงได้มีข้อยกเว้นที่ว่า ถ้าข้อเท็จจริงในคดีต่างกันก็ต้องถือตามคำพิพากษาในคดีก่อน จะถือตามคำพิพากษาในคดีก่อนก็ต่อเมื่อข้อเท็จจริงเหมือนกันทุกประการเท่านั้น สำหรับกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับรอง ในระบบคอมมอนลอว์โดยทั่วไปศาลคอมมอนลอว์จะตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างเคร่งครัดตามตัวอักษร ไม่ได้ตีความตามความมุ่งหมายของผู้บัญญัติกฎหมาย เว้นแต่จะเข้ากรณีที่ว่า หากตีความตามตัวอักษรแล้ว ไม่เป็นผลหรือจะเกิดผลร้ายอย่างรุนแรง ศาลจะตีความโดยการขยายความหรือตีความตามความหมายของผู้บัญญัติกฎหมาย หรือเป็นกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นบัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของหลักคอมมอนลอว์โดยตรง ปัจจุบันศาลอังกฤษมีแนวโน้มจะตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายมากขึ้น และเริ่มมีการยอมรับว่าบทบัญญัติของกฎหมายมีฐานะเท่าเทียมกับคำพิพากษาบรรทัดฐานมากขึ้นเรื่อยๆ

### การตีความในระบบคอมมอนลอว์

การตีความกฎหมายนั้น สำหรับระบบคอมมอนลอว์ หมายถึงการตีความที่ใช้กับกฎหมายลายลักษณ์อักษรพิเศษที่เรียกว่า Statute เท่านั้น จะไม่ใช้กับหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลที่เรียกว่า Precedent แต่จะใช้การวินิจฉัยให้เหตุผลทางกฎหมายที่เรียกว่า “induction” และการให้เหตุผลแบบยกตัวอย่างรวมทั้งการให้เหตุผลแบบเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (reasoning by analogy) โดยการแยกแยะข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น จนสามารถวินิจฉัยได้ว่าอะไรคือประเด็นสาระสำคัญของคดีที่เรียกว่า ratio decidendi

ในระบบคอมมอนลอว์นั้น การตีความกฎหมายอันเป็นที่รู้จักกัน

มานาน คือการตีความตามตัวอักษรที่เรียกว่า “Literal Interpretation” หมายความว่าศาลอังกฤษจะตีความกฎหมายได้ต่อเมื่อถ้อยคำในกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีความคลุมเครือ ไม่ชัดเจน หรือ กำกวม ดังนั้น หากถ้อยคำมีความหมายชัดเจนอยู่ในตัวแล้ว ศาลจะตีความกฎหมายไม่ได้ ต้องปรับใช้กฎหมายไปตามนั้น แม้ผลที่ออกมาจะมีลักษณะเป็นที่เหลวไหล (absurd) หรือไม่ยุติธรรม (unjust) ก็ตาม ก็เป็นเรื่องของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องไปแก้ไขกฎหมายนั้น อย่างไรก็ตามมีประเด็นที่น่าขบคิดอย่างยิ่ง คือ เป็นไปได้หรือไม่ที่ถ้อยคำหรือข้อความจะมีความหมายได้เพียงหนึ่งความหมายซึ่งเป็นความหมายธรรมดา ๆ เนื่องจากว่าในตัวบทกฎหมายย่อมมีถ้อยคำธรรมดาและถ้อยคำที่มีความหมายทางกฎหมายโดยเฉพาะ ซึ่งหากมิใช่ถ้อยคำที่ร่ำเรียนมาทางนี้แล้วควรรวมดา ยกที่จะเข้าใจนอกจากนี้แล้วคำหนึ่งๆ อาจมีได้สองความหมาย คือความหมายที่เป็นแก่นหรือสาระสำคัญของความหมาย (core meaning) ซึ่งบุคคลใดก็ตามที่อ่านแล้วย่อมเข้าใจได้ทันทีว่าหมายถึงอะไร กับความหมายที่ยังไม่ชัดเจนยังมีความสลัวๆ อยู่ (penumbra meaning)

นอกจากนี้ คำเดียวอาจมีความหมายได้ทั้งความหมายธรรมดา (ordinary meaning) และความหมายในทางนิติศาสตร์ (juridical meaning) ก็ได้ ดังนั้น ถ้อยคำดังกล่าวอาจมีความหมายชัดเจนตามความหมายธรรมดาแต่ยังไม่ชัดเจนตามความหมายนิติศาสตร์ เช่นคำว่า “การกระทำ” ถ้าเป็นความหมายธรรมดาทั่วไปเข้าในนั้นหมายถึง การเคลื่อนไหววียะของร่างกาย แต่ในทางกฎหมายอาญา “การกระทำ” มีความหมายรวมถึงการไม่เคลื่อนไหวร่างกายด้วย ซึ่งก็ยิ่งแบ่งอีกกว่าเป็นการงดเว้นการกระทำหรือการละเว้นการกระทำซึ่งให้ผลในทางกฎหมายต่างกัน เป็นต้น ดังนั้นหากศาลยึดหลักการตีความตามตัวอักษรโดยเคร่งครัดประกอบกับเชื้อหลัก plain meaning rule แล้ว ศาลก็อาจวินิจฉัยคดีคลาดเคลื่อนได้ นักกฎหมายอังกฤษบางท่านได้เห็นข้อบกพร่องของการตีความแบบนี้ เช่น ท่าน Sir Carleton Kemp Allen ซึ่งกล่าวว่า “เป็นอันตรายอย่างยิ่งที่จะตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด เนื่องจากอาจก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่ขัดต่อสามัญสำนึกอย่างเห็นได้ชัด หรือขัดต่อเจตนารมณ์ทั่วไปของกฎหมาย”

### 3. หลักการเฉพาะในการตีความรัฐธรรมนูญ

หลักทั่วไปในการตีความรัฐธรรมนูญซึ่งไม่แตกต่างไปจากการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่น ในทางตำราได้มีการพัฒนาหลักการเฉพาะบางประการที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบกับหลักทั่วไปในการตีความรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้แก่<sup>11</sup>

1) หลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญหลักการนี้เรียกร้องให้ผู้ตีความรัฐธรรมนูญต้องพิเคราะห์รัฐธรรมนูญทั้งฉบับอย่างเป็นเอกภาพ กล่าวคือ จะต้องตีความบทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกัน ไม่ตีความให้บทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญขัดแย้งกันเอง

2) หลักการมีผลบังคับในทางปฏิบัติของบทบัญญัติทุกบทบัญญัติในกรณีที่เกิดการขัดแย้งกันระหว่างบทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญ ผู้ตีความรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ตีความให้บทบัญญัติใดบทบัญญัติหนึ่งมีผลใช้บังคับเต็มที่ และการที่บทบัญญัตินั้นมีผลใช้บังคับเต็มที่ ส่งผลให้บทบัญญัติอีกบทบัญญัติหนึ่งไม่สามารถใช้บังคับได้ การตีความรัฐธรรมนูญที่ถูกต้องในกรณีที่บทบัญญัติสองบทบัญญัติขัดแย้งกันเมื่อเกิดข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมขึ้น คือ การตีความให้บทบัญญัติทั้งสองนั้นใช้บังคับได้ทั้งคู่ โดยอาจจะลดขอบเขตการบังคับใช้ของบทบัญญัติทั้งสองลงไม่ให้เกิดการขัดแย้งกัน เช่น การขัดแย้งกันระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นต้น

3) หลักการเคารพภารกิจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญในการตีความรัฐธรรมนูญ องค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องตระหนักถึงภารกิจที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้แก่ตน และจะต้องเคารพอำนาจและภารกิจทางรัฐธรรมนูญขององค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ องค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ตีความอำนาจหน้าที่ของตนให้ขัดกับหลักการแบ่งแยกภารกิจตามรัฐธรรมนูญ (หรือที่เราเข้าใจกันในเรื่องของหลักการแบ่งแยกอำนาจ) เช่น ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องระมัดระวังว่าแม้ตนมี

<sup>11</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การใช้การตีความกฎหมายมหาชน” ใน การใช้การตีความกฎหมาย, พิรธมา ดิงศภัทย์, บรรณาธิการ, กรุงเทพฯ : กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์, 2552, หน้า 345-346.

อำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรนิติบัญญัติ ตนก็ไม่มีอำนาจในอันที่จะปฏิบัติภารกิจในการตรากฎหมาย แทนองค์กรนิติบัญญัติได้ ซึ่งหมายความว่าศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตรวจสอบว่า กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างไร แต่จะตีความอำนาจของตนไปจนถึงขั้นวินิจฉัยว่ากฎหมายที่สภาตราขึ้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพียงเพราะตนเห็นว่ากฎหมายฉบับนั้นไม่มีความเหมาะสมในทางนิตินโยบายไม่ได้ เพราะเท่ากับศาลรัฐธรรมนูญก้าวล่วงเข้าไปแสดงเจตจำนงในการบัญญัติกฎหมายแทนองค์กรนิติบัญญัติเสียเอง

4) หลักบูรณภาพแห่งรัฐธรรมนูญหลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการตีความรัฐธรรมนูญที่สืบเนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในการตีความเพื่อแก้ปัญหาทางรัฐธรรมนูญนั้น ผู้ตีความจะต้องตีความรัฐธรรมนูญไปในทางที่ส่งเสริมให้รัฐธรรมนูญมีความมั่นคง

5) หลักความมีผลบังคับเป็นกฎหมายโดยตรงของบทบัญญัติ ในรัฐธรรมนูญหลักการข้อนี้กำหนดว่าในการตีความรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องตีความให้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมีกำลังบังคับทางกฎหมายให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ผู้ตีความรัฐธรรมนูญพึงเลี่ยงการตีความที่ส่งผลให้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นเพียงนโยบายเท่านั้น เว้นแต่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจะแสดงให้เห็นในตัวเองว่ามุ่งหมายให้มีลักษณะเป็นแนวนโยบาย ไม่ใช่มุ่งก่อตั้งสิทธิเรียกร้องในทางมหาชนให้แก่ราษฎร



## ส่วนที่ 2

### การใช้และการตีความกฎหมายปกครอง

#### 1. กฎหมายปกครองกับวัตถุประสงค์ความ

##### 1.1 ความหมายกฎหมายปกครอง

กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่มุ่งจัดระเบียบการปกครองภายในของรัฐ โดยเฉพาะกิจการของฝ่ายบริหารในการตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน กฎหมายปกครองจึงเป็นกฎหมายที่กำหนดโครงสร้างอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และวางหลักว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นองค์กรของรัฐกับประชาชน<sup>12</sup> กฎหมายปกครองจะประกอบด้วยสามส่วนสำคัญคือ กฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดโครงสร้างองค์กรและอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครองและภารกิจของฝ่ายปกครอง กฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง

ในโครงสร้างของวัตถุประสงค์ของกฎหมายปกครองจะประกอบด้วยหลักการ 2 ประการเสมอ คือ ประการแรก มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารงานของรัฐ และประการที่สองมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน<sup>13</sup> แต่กฎหมายปกครองฉบับใดจะมีความมุ่งหมายคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารงานของรัฐมากกว่ามุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือกฎหมายปกครองฉบับใดมุ่งหมายคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากกว่าหมายคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารงานของรัฐ จะต้องพิจารณาแต่ฉบับ

<sup>12</sup> สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550. หน้า 64.

<sup>13</sup> ถุทัย หงส์สิริ, “นิติกรรมทางปกครอง”, ในคู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543 หน้า 235.

และแต่ละตัวบทเป็นกรณีๆ ไป การพิจารณาความมุ่งหมายในความคุ้มครองนี้ จะมีหลักสำคัญในการตีความกฎหมายปกครองดังจะกล่าวต่อไป

## 1.2 กฎหมายปกครองที่เป็นวัตถุประสงค์ความ

สำหรับตัวบทกฎหมายปกครองที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการตีความนั้น กฎหมายปกครองที่จะตีความมีความหมายที่กว้าง มีได้หมายถึงเฉพาะแต่กฎหมายที่เป็นพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติเท่านั้น แต่รวมถึงกฎหมายลำดับรองหรือ กฎ ที่ออกโดยฝ่ายปกครองซึ่งกฎหมายแม่บทให้อำนาจออกกฎหมายที่ใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไปด้วย เช่น

- ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยข้อบังคับการประชุมสภาท้องถิ่น พ.ศ. 2547 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 65/2552)

- พระราชกฤษฎีกาเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 74/2552)

- กฎกระทรวง ฉบับที่ 23 (พ.ศ. 2533) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 148/2552)

- กฎ ก.พ. ฉบับที่ 18 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 6/2552)

- ระเบียบกรมเจ้าท่า ว่าด้วยการรักษาแนวฝั่งน่านน้ำไทย พ.ศ. 2526 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 99/2552)

- ประกาศคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์การสอบแข่งขันเพื่อบรรจุบุคคลเป็นพนักงานเทศบาล พ.ศ. 2549 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 64-79/2551)

จะเห็นได้ว่า กฎหมายปกครองไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายปกครอง ถือว่าเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตีความกฎหมายทั้งสิ้น การตีความกฎหมายปกครองจึงไม่จำกัดเฉพาะกฎหมายที่ค่าบังคับ

ระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น แต่จารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไปมิใช่วัตถุประสงค์แห่งการตีความ เนื่องจากจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไปเป็นการใช้กฎหมายมิใช่การตีความกฎหมาย

## 2. หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครอง

การที่จะต้องกล่าวถึงหลักพื้นฐานกฎหมายปกครอง ในเรื่องการตีความกฎหมายปกครองนั้น เพราะหลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองเป็นเครื่องมือสำคัญในการตีความกฎหมายปกครอง เพราะหลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองทั่วไปเป็นรากฐาน หรือทฤษฎีที่ซ่อนอยู่เบื้องหลังของตัวบทกฎหมายปกครองหรือกฎหมายปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้น ในการตีความกฎหมายปกครองจะต้องตีความสอดคล้องกับหลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองหรือทฤษฎีกฎหมายปกครองที่อยู่เบื้องหลังของตัวบทนั้น ซึ่งถือว่าเป็นการตีความอย่างสอดคล้องตามระบบกฎหมาย

หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองมีหลักสำคัญ 2 ประการ คือ “ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” และ “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการหลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมาย 3 ประการ คือ<sup>14</sup>

- 1) เพื่อป้องกันมิให้ผู้ถืออำนาจรัฐใช้อำนาจรัฐแสวงหาประโยชน์แก่ตนเองหรือแก่พวกพ้องของตน แต่เพื่อให้มีการใช้อำนาจรัฐตอบสนองความต้องการส่วนร่วมของประชาชน หรือ ประโยชน์มหาชนอย่างแท้จริง
- 2) เพื่อให้การใช้อำนาจรัฐปกป้องรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และมีประสิทธิผล และ
- 3) เพื่อปกป้องมิให้มีการใช้อำนาจรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของเอกชนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การปกป้องรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน

<sup>14</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานกฎหมายปกครอง, ในคู่มือการศึกษาริชากกฎหมายปกครอง, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543 , หน้า 120-121.

ในการใช้และตีความกฎหมายปกครองทุกครั้ง จะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของหลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองทั้งสามประการนี้เสมอ

## 2.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เป็นหลักการพื้นฐานกฎหมายปกครองที่จำเป็นในการใช้และตีความกฎหมายปกครอง หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองประกอบด้วยหลักสำคัญ 2 ประการ คือ การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย และหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ<sup>15</sup>

### 2.2.1 หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองอาจมีได้ 2 ลักษณะ คือ กรณีกฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือเป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ หรือการดำเนินการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ฯลฯ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวนี้ให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ก็เนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐ และความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลร้ายใดๆ ตามมาแล้ว กฎหมาย

<sup>15</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2549. หน้า 18.

ที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะหาความหมายอันใดมิได้ ด้วยเหตุนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใดๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้<sup>16</sup>

ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย มีสาระสำคัญคือ ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อลำดับชั้นของกฎหมาย ดังนั้นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรมและมีผลใช้บังคับทั่วไป ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ รวมตลอดถึงกฎหมายประเพณีทางปกครอง และหลักกฎหมายทั่วไปได้ เช่นเดียวกับการใช้และตีความกฎหมายปกครอง ที่ผู้มีอำนาจตีความจะเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายในกรณีคือจะใช้หรือตีความกฎหมายกฎหมายเกินกว่ากฎหมายให้อำนาจไม่ได้ และจะใช้หรือตีความกฎหมายในกรณีที่กฎหมายให้ตนเองมีอำนาจในสิ่งที่กฎหมายไม่ละเว้นไม่ให้อำนาจไม่ได้เช่นกัน

การเคารพลำดับชั้นกฎหมายนั้น กฎหมายในความหมายกว้างคือ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ กฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองทั้งหลายทั้งปวงที่ตนเองตราขึ้นบังคับตลอดจนกฎหมายประเพณีทางปกครอง และหลักกฎหมายทั่วไปได้ คำว่า “กฎหมาย” ย่อมหมายถึง กฎเกณฑ์ทั้งปวงทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีลำดับชั้นในทางกฎหมายที่สูงกว่ากฎ และเป็นมาตรฐานในการตรวจสอบว่าองค์กรฝ่ายปกครองได้ดำเนินการออกกฎโดยถูกต้องหรือไม่ ไม่ว่าจะ เป็นรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ (กรณีที่มีค่าบังคับสูงกว่ากฎ) และหลักกฎหมายทั่วไป

### 2.2.2. หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ”

หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กร

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 17-18.

ฝ่ายปกครองในการกระทำกรณนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเรียกร้องแต่เพียงให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำกรณอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” เรียกร้ององค์กรฝ่ายปกครองยิ่งไปกว่านั้น กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับ เหตุผลเบื้องหลังของหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” อาจอธิบายได้โดยหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา หลักนิติรัฐ และหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน<sup>17</sup>

ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มา (Source) และข้อจำกัด (Limitation) ของอำนาจกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครอง<sup>18</sup> แต่กฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำกรณต่างๆ ได้นั้น ต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น องค์กรฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายประเพณีมาเป็นฐานในการใช้อำนาจปกครองหาได้ไม่ หากกฎหมายประเพณีดังกล่าวดำรงอยู่จริง ย่อมเป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่บัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองกฎหมายประเพณีนั้น หรือยกเลิกกฎหมายประเพณีนั้นเสีย เพื่อความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย<sup>19</sup>

หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” นี้ เป็นสาระสำคัญมากในการใช้และตีความกฎหมายปกครอง เพราะในกรณีการใช้กฎหมายปกครองในลักษณะให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐกระทำกรณกระทบต่อสิทธิเสรีภาพประชาชน กฎหมายที่เจ้าหน้าที่รัฐจะใช้นั้นจะต้องเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าเทียบเท่าพระราชบัญญัติเท่านั้น จะอ้างหลักกฎหมายทั่วไปหรือกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เป็นฐานแห่งอำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐกระทำกรณไม่ได้ และส่งผลในการตีความกฎหมายปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษรคือ จะตีความขยายอำนาจนอกเหนือที่กฎหมายบัญญัติไม่ได้

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 21-22.

<sup>18</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เรื่องเดิม, หน้า 133.

<sup>19</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, อ้างแล้ว, หน้า 17-18.

นอกจากหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองสองประการดังกล่าวแล้ว ยังมีหลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองที่เป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไป มีความจำเป็นในการใช้และการตีความกฎหมายปกครองเป็นอย่างมาก เพราะหลักกฎหมายปกครองทั่วไปเป็นหลักกฎหมายที่ศาลปกครองต่างประเทศ เช่น ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส หรือศาลปกครองเยอรมัน และตำราวิชาการ ได้คิดค้นจนเป็นที่ยอมรับในวงการกฎหมายปกครอง โดยหลักกฎหมายปกครองทั่วไปเป็นข้อความคิดที่สร้างขึ้นในระบบกฎหมาย ปกครอง ที่ทำให้เกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพประชาชนตามปรัชญากฎหมายมหาชน ดังนั้น การใช้กฎหมายปกครองโดยเฉพาะการตีความกฎหมายปกครอง จะต้องนำหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่เป็นรากฐานที่มาของกฎหมายปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษรมาพิจารณาประกอบการตีความเสมอ

## 2.2 หลักกฎหมายปกครองทั่วไป

หลักกฎหมายปกครองทั่วไปเกิดขึ้นจากแนวคิดที่ว่า มีหลักกฎหมายบางอย่างที่อยู่นอกเหนือเจตนาของผู้บัญญัติกฎหมาย และนอกเหนือจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ มีกฎเกณฑ์บางอย่างที่อยู่ภายนอกและอยู่เหนือเจตนาของศาล หลักกฎหมายทั่วไป ได้แก่ บรรดาหลักการที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายของประเทศทั้งระบบ บางหลักสืบสมมุติฐานว่ามาจากมูลบทเบื้องต้นของการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตย หรืออีกนัยหนึ่งระบอบรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) บางหลักสืบสมมุติฐานว่ามาจากตรรกทางนิติศาสตร์ ซึ่งหากไม่มีอยู่แล้วจะเป็นช่องทางให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรือเกิดสภาวะไร้ชื่อแปะขึ้นในบ้านเมือง<sup>20</sup> หลักกฎหมายปกครองทั่วไป ได้แก่

### 2.2.1 หลักความเป็นกลาง

หลักความเป็นกลางเกิดขึ้นจากความคิดพื้นฐานที่ว่า หากบุคคลมีอำนาจสั่งการในเรื่องที่ตนมีส่วนได้ส่วนเสียอยู่ บุคคลนั้นก็จะต้องเสียความเป็นกลางและจะไม่อาจสั่งการโดยปราศจากอคติในเรื่องนั้น ๆ ได้ ดังนั้น

<sup>20</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เรื่องเดิม, หน้า 153

หลักนี้จึงนำมาใช้ในองค์กรของรัฐที่มีอำนาจวินิจฉัยตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ ไม่ว่าจะ เป็นหลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาหรือตุลาการ ซึ่งนำมาสู่หลักการคัดค้าน ผู้พิพากษาที่มีประโยชน์ได้เสียในคดีมิให้เป็นผู้วินิจฉัยในคดีนั้น หรือหลักความเป็นกลางขององค์กรฝ่ายปกครองที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือกรรมการใน คณะกรรมการใด ๆ ที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง พิจารณาและวินิจฉัยสั่งการ หรือร่วมประชุมและลงมติในเรื่องใด ๆ ที่ตนมีส่วนได้ส่วนเสียอยู่

## 2.2.2 หลักฟังความอีกฝ่ายหนึ่งหรือหลักการมีสิทธิในการปกป้องตนเองของประชาชน

หลักการมีสิทธิในการปกป้องตนเองของประชาชน เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ให้สิทธิแก่บุคคลในการปกป้องนิติฐานะของตนจากการใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครอง หลักนี้บังคับว่า ก่อนการวินิจฉัยสั่งการที่ อาจกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลใด ฝ่ายปกครองต้องให้ บุคคลนั้นมีโอกาสโต้แย้งชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานของตน ทั้งนี้ เพื่อให้ บุคคลนั้นอยู่ในสถานะที่จะปกป้องสิทธิหรือประโยชน์ของตนได้อย่างแท้จริง ฝ่ายปกครองต้องแจ้งข้อเท็จจริงที่จะใช้เป็นข้อมูลในการออกคำสั่ง และเหตุผล ที่จะใช้ในการออกคำสั่งให้แก่บุคคลนั้นทราบ รวมทั้งต้องให้เวลาพอสมควรแก่ บุคคลนั้นในการเตรียมพยานหลักฐานของตน

## 2.2.3 หลักเสรีภาพเป็นหลักทั่วไป การจำกัดเสรีภาพเป็น ข้อยกเว้น

ในระบอบการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตย ซึ่งเคารพ คัดค้านของความเป็นมนุษย์นำมาซึ่งสิทธิเสรีภาพของพลเมือง โดยในรัฐธรรมนูญ การปกครองประเทศของรัฐต่างๆ มักจะรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในด้านต่าง ๆ ของประชาชนไว้ ดังนั้น ประชาชนจึงมีสิทธิเสรีภาพเป็นหลักทั่วไป แต่ทั้งนี้ การใช้สิทธิเสรีภาพของตนจะต้องไม่ไปกระทบกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น และไม่กระทบต่อส่วนรวม ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงต้องมีหน้าที่ในการควบคุมดูแล มิให้ปัจเจกชนแต่ละคนใช้สิทธิเสรีภาพของตนเกินขอบเขต จนไปกระทบกับสิทธิ เสรีภาพของบุคคลอื่นหรือกระทบต่อส่วนรวม ซึ่งในการดำเนินการตามหน้าที่



ดังกล่าวฝ่ายปกครองต้องมีอำนาจในการกระทำการ กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า อำนาจในการกระทำของฝ่ายปกครองย่อมเป็นข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนเสมอ จึงเป็นที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า สิทธิเสรีภาพเป็นหลักทั่วไป การจำกัดเสรีภาพ เป็นข้อยกเว้น การจำกัดสิทธิเสรีภาพจะได้แก่เพื่อพิทักษ์สิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น หรือเพื่อพิทักษ์ประโยชน์สาธารณะเท่านั้น

### 2.2.4 หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง

หลักนี้ห้ามมิให้ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวให้มีผลบังคับย้อนหลัง ไม่ว่าจะเป็นนิติกรรมประเภทที่มีผลเป็นการทั่วไป คือ “กฎ” หรือนิติกรรมที่มีผลเฉพาะรายเฉพาะกรณี คือ “คำสั่งทางปกครอง” โดยหลัก กฎจะมีผลใช้บังคับนับตั้งแต่วันที่มีการประกาศหรือวันถัดจากวันที่ประกาศ หรืออาจกำหนดให้มีผลในอนาคตก็ได้ ส่วนคำสั่งทางปกครองจะมีผลใช้บังคับเมื่อมีการแจ้งให้ผู้อยู่ภายใต้บังคับทราบ หลักกฎหมายที่มาจากเหตุผลเกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงทางนิติสถานะของบุคคลนี้ ยังมีหลักกฎหมายอีกหลักหนึ่งที่มีจุดมุ่งหมายในการรักษานิติสถานะของบุคคลเช่นเดียวกัน ก็คือ หลักการห้ามล่วงละเมิดต่อผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว หลักนี้ห้ามมิให้ยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะราย อันเป็นการให้ประโยชน์ โดยหลักนี้ห้ามฝ่ายปกครองกระทำการอันเป็นการกระทบต่อประโยชน์ที่บุคคลได้รับจากนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

### 2.2.5 หลักเกี่ยวกับบริการสาธารณะ

การบริการสาธารณะ เป็นภารกิจของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดทำเพื่อตอบสนอง ต่อความต้องการของประชาชนโดยรวมในการทำหน้าที่ดำเนินบริการสาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ คือ หลักความเสมอภาค หลักความเป็นกลาง หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ และหลักบริการสาธารณะต้องได้รับการปรับเปลี่ยนให้ทันสมัยเสมอ<sup>21</sup>

<sup>21</sup> บุปผา อัครพิมาน, “หลักกฎหมายทั่วไป”, ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ, กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2548. หน้า 22-25.

### 1) หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ เป็นพื้นฐานแนวความคิดของกฎหมายหลาย ๆ เรื่อง หลักนี้ทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ที่จำเป็นเพื่อรักษาความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ผลของหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะต่อการปฏิบัติราชการทำให้เกิดระบบการรักษาราชการแทน กล่าวคือ เมื่อเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ด้วยเหตุใดเหตุหนึ่ง จะต้องมีการโอนอำนาจหน้าที่ในฐานะผู้รักษาราชการแทน และผลของหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะต่อบุคลากรภาครัฐ ห้ามมิให้ข้าราชการ ลูกจ้างของส่วนราชการหรือพนักงานรัฐวิสาหกิจนัดหยุดงาน นอกจากนี้ ภายใต้หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะยังมีผลต่อการลาออกจากราชการของข้าราชการ หรือลาออกจางานของลูกจ้างของส่วนราชการหรือของพนักงานรัฐวิสาหกิจ โดยหลักนี้มีผลให้การลาออกของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีผลต่อเมื่อได้รับอนุมัติจากผู้บังคับบัญชาแล้วเท่านั้น ระหว่างที่ยังไม่ได้รับอนุมัติเจ้าหน้าที่ผู้นั้นยังคงมีหน้าที่ในการปฏิบัติงานอยู่ ผลของหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะยังมีผลต่อระบบสัญญาทางปกครองทำให้เกิดหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างไปจากกฎหมายแพ่ง เช่น แม้ฝ่ายปกครองจะเป็นผู้ผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจนำหลักสัญญาต่างตอบแทนมาใช้ได้ คือ หลักที่ว่าหากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผิดนัดชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิไม่ชำระหนี้ตอบแทนจนกว่าจะได้รับการปฏิบัติการชำระหนี้ของฝ่ายที่ผิดนัดนั้นได้ ซึ่งหลักนี้ไม่อาจนำมาใช้ในสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะได้ เพราะจะทำให้บริการสาธารณะที่เอกชนจัดทำอยู่นั้นขาดความต่อเนื่อง และประชาชนผู้ใช้บริการต้องเดือดร้อน ในกรณีเอกชนผิดสัญญาอย่างร้ายแรงที่มีผลทำให้ขัดขวางการบริการสาธารณะ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องเข้าดำเนินการนั้นแทนคู่สัญญา หรือให้บุคคลภายนอกเข้าดำเนินการแทนคู่สัญญา โดยเอกชนเป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย หรืออาจยึดบริการสาธารณะนั้นกลับมาทำเองได้ นอกจากนี้หากเกิดเหตุอันไม่อาจคาดหมายได้ขึ้น อันอาจกระทบต่อการดำเนินบริการสาธารณะ

ตามสัญญาทางปกครอง ทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปได้ยากอย่างยิ่ง ซึ่งฝ่ายเอกชนต้องรับภาระบางอย่างเพิ่มมากขึ้นเป็นอย่างมาก หากเหตุนี้ขึ้นเป็นเพียงเหตุชั่วคราว ฝ่ายปกครองต้องเข้าไปช่วยรับภาระที่เพิ่มขึ้นนั้นบางส่วน เพราะสิ่งที่คู่สัญญาเอกชนดำเนินการเป็นประโยชน์ต่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

## 2) หลักการปรับเปลี่ยนบริการสาธารณะให้ทันสมัยเสมอ

หลักการปรับเปลี่ยนบริการสาธารณะให้ทันสมัยเสมอ มาจากแนวคิดที่ว่า บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่ตอบสนองต่อประโยชน์ส่วนรวม และประโยชน์ส่วนรวมก็เป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ดังนั้น บริการสาธารณะที่ดีนั้นจะต้องสามารถถูกปรับปรุงเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ตลอดเวลา ให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และสถานการณ์ใหม่ ๆ เพื่อให้การบริการสาธารณะสอดคล้องกับความต้องการของส่วนรวมมากที่สุด

หลักการปรับเปลี่ยนบริการสาธารณะให้ทันสมัยนี้ ทำให้รัฐสามารถจะจัดตั้งปรับปรุงเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกองค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะได้เสมอ เช่น ในขณะที่ลัทธิเสรีนิยมมีอิทธิพลอย่างสูง รัฐที่ถือลัทธินี้จะจำกัดอำนาจหน้าที่ของรัฐเฉพาะกิจการที่จำเป็นเท่านั้น เช่น การรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง การตัดสินคดี และการต่างประเทศ ดังนั้น รูปแบบขององค์กรของรัฐจะเป็นแบบหนึ่ง แต่ต่อมา รัฐต่าง ๆ ได้รับอิทธิพลของข้อความคิดว่าด้วยรัฐสวัสดิการ ภารกิจของรัฐย่อมมากขึ้น การจัดองค์กรของรัฐก็ต้องปรับเปลี่ยนไปตามภาระที่เพิ่มขึ้นนั้น หลักนี้ทำให้รัฐมีอำนาจในการปรับเปลี่ยนกิจกรรมของตนให้สอดคล้องกับสถานการณ์ใหม่ ๆ ทำให้รัฐมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง จัดตั้ง หรือยุบเลิกบริการสาธารณะของรัฐได้โดยประชาชนหรือเจ้าหน้าที่ไม่มีสิทธิโต้แย้ง

นอกจากนี้ หลักการปรับเปลี่ยนบริการสาธารณะให้ทันสมัยเสมอ ยังมีผลต่อระบบสัญญาทางปกครองด้วย โดยเฉพาะสัญญามอบหมายให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะ เพราะบริการสาธารณะไม่ว่าจะจัดทำโดยรัฐหรือโดยเอกชน ยังคงต้องอยู่ภายใต้หลักการเดียวกัน และฝ่ายปกครองก็ไม่อาจเพิกเฉยต่อการดำเนินการบริการสาธารณะได้ แม้จะได้มอบหมายให้เอกชนดำเนินการแล้ว

ก็ตาม ยังคงต้องควบคุมดูแลอยู่เสมอ ดังนั้น จึงทำให้เกิดหลักเอกสิทธิ์ของคู่สัญญา ฝ่ายปกครองขึ้น กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถสั่งให้เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติ การชำระหนี้ตามสัญญาได้เองโดยไม่ต้องฟ้องศาล สามารถแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว โดยเอกชนไม่จำเป็นต้องยินยอม สามารถสั่งให้เอกชนทำงานเพิ่มเติมจากที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ หากงานนั้นอยู่ภายในขอบวัตถุประสงค์ของสัญญา และรวมถึง สามารถยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวเมื่อวัตถุประสงค์ของสัญญามีได้เป็นสิ่งจำเป็น ต่อการตอบสนองต่อความต้องการของส่วนรวมอีกต่อไป โดยอำนาจเหล่านี้ มีอยู่ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปที่เกิดจากความจำเป็นในการบริการสาธารณะ อำนาจเหล่านี้ฝ่ายปกครองมีอยู่แม้จะมีได้ระบุเอาไว้ในข้อสัญญาก็ตาม

## 2.2.6 หลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

### เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง หรืออำนาจพิเศษของฝ่าย

ปกครองเป็นเครื่องมือทางกฎหมายมหาชนที่กำหนดให้นิติบุคคลซึ่งจัดทำหรือกำกับ ดูแลการจัดทำบริการสาธารณะ มีอำนาจพิเศษที่สำคัญประการหนึ่งซึ่งมีลักษณะ พิเศษที่แตกต่างไปจากวิธีการทางกฎหมายเอกชนนั้น ซึ่งเรียกกันว่าอำนาจพิเศษ ของฝ่ายปกครองหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองนี้ เป็นอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มีเหนือเอกชนใช้เพื่อประโยชน์ในการจัดทำ บริการสาธารณะ อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองนี้ถือว่าเป็นตัวชี้โดยปริยายว่า กิจกรรมใดเป็นบริการสาธารณะได้โดยบริการสาธารณะใดที่ผู้จัดทำมีอำนาจพิเศษ ก็จะต้องว่ากิจกรรมนั้นเป็นบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำ และหากมี ปัญหาเกิดขึ้นก็อยู่ในอำนาจวินิจฉัยของศาลปกครอง อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง นี้แม้จะไม่ใช่วิธีการที่ถูกต้องและชัดเจน ที่จะชี้ให้เห็นว่ากิจกรรมใดเป็นบริการ สาธารณะแต่ก็เป็นเครื่องชี้โดยปริยาย ทั้งนี้ เนื่องจากอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง นั้นโดยทั่วไปแล้วฝ่ายปกครองเท่านั้นที่จะมีการใช้อำนาจนี้ได้ ดังนั้น หากบริการ สาธารณะใดมีการใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองได้ ก็ย่อมแสดงให้เห็นว่าบริการ สาธารณะเป็นกิจกรรมของฝ่ายปกครอง<sup>22</sup>

<sup>22</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553. หน้า 381.

### 3. การใช้กฎหมายปกครอง

การใช้กฎหมายปกครองเป็นปัญหาสำคัญในลำดับแรกของการบังคับใช้กฎหมายปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือองค์กรตุลาการ เพราะการใช้กฎหมายคือการนำกฎหมายไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงหรือปรับบทตั้งที่กล่าวมาแล้ว ในการปรับบทกฎหมายปกครองนี้แบ่งเป็นสองส่วนคือ การปรับใช้กฎหมายปกครองโดยตรง และการปรับใช้กฎหมายปกครองโดยเทียบเคียงหรือการอุดช่องว่างกฎหมาย

#### 3.1 การปรับใช้กฎหมายปกครองโดยตรง

การใช้กฎหมายปกครองโดยตรงมีสาระสำคัญ 4 ประการคือ การใช้กฎหมายปกครองในลำดับแรกภายหลังลักษณะอักษรก่อน โดยจะต้องใช้กฎหมายปกครองเฉพาะเรื่องก่อน หากกฎหมายเฉพาะเรื่องมีมาตรฐานหรือหลักเกณฑ์ต่ำกว่าหรือเป็นธรรมน้อยกว่าก็จะต้องใช้กฎหมายปกครองที่เป็นหลักทั่วไป และในการปรับใช้กฎหมายปกครองจะต้องคำนึงลำดับชั้นของกฎหมายปกครองอันเป็นแหล่งที่มาของอำนาจฝ่ายปกครอง จะต้องเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นใดที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติเท่านั้น แต่ในกรณีกฎหมายอันเป็นข้อจำกัดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในอันที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชนเกิดจากรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ จาริตประเพณี หลักกฎหมายปกครองทั่วไป การใช้กฎหมายแพ่งมาเป็นบทเสริมในกรณีที่ไม่มีการบัญญัติเฉพาะเรื่องเอาไว้ แต่การใช้กฎหมายแพ่งเป็นบทเสริมนั้นจะใช้ได้เพียงแต่เฉพาะเท่าที่ไม่ขัดต่อหลักพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และไม่ทำให้การบริการสาธารณะหรือประโยชน์สาธารณะกระทบกระเทือนเท่านั้น

##### 3.1.1 การใช้กฎหมายปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษร

ในการใช้กฎหมายปกครองของประเทศไทย ซึ่งเป็นระบบซีวิลลอว์ แม้ว่าหลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองหลายเรื่องในต่างประเทศเกิดจากคำพิพากษาของศาล แต่ในการใช้กฎหมายปกครองจะต้องคำนึงถึงบ่อเกิดของกฎหมาย ซึ่งระบบซีวิลลอว์ถือเอากฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายที่ใช้บังคับจริงในบ้านเมือง เป็นกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่กรณีลำดับแรกหรือในลักษณะ

การใช้กฎหมายโดยตรง โดยที่ระบบกฎหมายปกครองของประเทศไทยมีกฎหมายปกครอง 2 ประเภท คือ กฎหมายปกครองในลักษณะเฉพาะเรื่องหรือเฉพาะกรณี เช่น พระราชบัญญัติควบคุมอาคารฯ พระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือนฯ ซึ่งอยู่ในรูปพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ กับกฎหมายปกครองที่มีลักษณะทั่วไป คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่วางหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทั่วไป การใช้กฎหมายปกครองจึงต้องใช้กฎหมายปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษรเฉพาะเรื่องก่อน หากกฎหมายเฉพาะเรื่องไม่มีบัญญัติหรือวางหลักเกณฑ์ประกันความเป็นธรรมต่ำกว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะต้องใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในฐานะกฎหมายปกครองลายลักษณ์อักษรที่เป็นหลักทั่วไป

การใช้กฎหมายปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษรหลักที่จะคำนึงมากที่สุดคือ ลำดับชั้นของกฎหมาย เพราะตามหลักความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายปกครอง ในการปรับใช้กฎหมายปกครองจะต้องคำนึงถึงลำดับชั้นของกฎหมาย โดยที่กฎหมายลำดับรองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทไม่ได้ และกฎหมายแม่บทจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือหลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญไม่ได้ หากกฎหมายที่อยู่ในลำดับรองลงมาขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บท กฎหมายลำดับรองจะใช้บังคับไม่ได้ และไม่อาจที่จะใช้และตีความกฎหมายลำดับรองให้เกิดผลบังคับได้

การใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรอันเป็นแหล่งที่มาของอำนาจ เฉพาะแต่พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นใดที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติเท่านั้น แต่กฎหมายปกครองในลักษณะเป็นข้อจำกัดของอำนาจมีทั้งกฎหมายลายลักษณ์อักษร จารีตประเพณี และกฎหมายทั่วไป

### 3.1.2 การใช้กฎหมายแพ่งเป็นบทเสริม

การใช้กฎหมายปกครองในกรณีที่ใช้กฎหมายปกครองเฉพาะเรื่อง และกฎหมายปกครองที่วางหลักทั่วไปไม่ได้กำหนดไว้ ก็สามารถให้

หลักกฎหมายแพ่งเป็นบทเสริมได้ เท่าที่ไม่ขัดกับหลักกฎหมายปกครอง คือ ใช้หลักกฎหมายแพ่งเป็นบทเสริมเท่าที่ไม่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะ หรือกระทบต่อการบริการสาธารณะ ที่จะทำให้การบริการสาธารณะไม่ต่อเนื่อง หรือบริการสาธารณะไม่ทันสมัย

การใช้กฎหมายแพ่งเป็นบทเสริมจะมีการใช้มากที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยศาลปกครองก็นำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้แก่สัญญาทางปกครอง ในฐานะกฎหมายแพ่งเป็นบทเสริมหลักกฎหมายปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เพราะหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมีน้อย ยังไม่มีรากฐานที่ชัดเจนแน่นอน ในการพิจารณาของศาลปกครองจึงมีการนำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้ในหลายกรณี และส่วนมากจะเดินตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินอยู่แล้ว เช่น การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสาระสำคัญของสัญญาที่เกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของคู่สัญญาเอง ไม่อาจถือเอาความสำคัญผิดดังกล่าวมาเป็นประโยชน์แก่ตนได้ (มาตรา 156 และมาตรา 158) การแสดงเจตนาเลิกสัญญาและผลของการแสดงเจตนาเลิกสัญญาต่อผู้มีได้โดยเฉพาะหน้ามีผลนับแต่วันที่การแสดงเจตนาไปถึงผู้รับ (มาตรา 169) การรับสภาพหนี้ตามมาตรา 193/35 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 966/2548, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.309/2549) การทวงถามการชำระหนี้ กำหนดเวลาชำระหนี้ตามมาตรา 204 - 205 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.938/2548) การชำระหนี้พ้นวิสัย (มาตรา 217 - 219) ค่าเสียหายเนื่องจากการผิดสัญญา (มาตรา 222 - 224) การโอนสิทธิเรียกร้อง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.43/2550) การเลิกสัญญาโดยข้อกฎหมายหรือข้อสัญญา ตามมาตรา 386 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.176/2548, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.323/2549) อำนาจของศาลในการปรับลดเบี้ยปรับที่สูงเกินส่วน (มาตรา 383) ผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญาที่คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม (มาตรา 391)

แต่กฎหมายแพ่งเกี่ยวกับสัญญาและหนี้บางกรณี ไม่อาจนำมาใช้เป็นบทเสริมเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ได้แก่ รูปแบบของสัญญาทางปกครองสามารถตกลงกันด้วยวาจาได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่

อ. 16/2547, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.27/2549) สัญญาที่กำหนด เอกสิทธิ์หรือเงื่อนไขพิเศษของฝ่ายปกครอง เช่น สัญญาที่สามารถปรับราคาได้ (ค่า K) (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.64/2549) หรือสัญญาที่จะต้องจัดทำ ตามที่กฎหมายกำหนดโดยเฉพาะตามพระราชบัญญัติให้เอกชนเข้าร่วมงานและ ดำเนินการในกิจการของรัฐ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 349/2549) ใน สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะจะไม่นำหลักสัญญาต่างตอบแทนมาบังคับใช้

ตัวอย่างการใช้กฎหมายแพ่งเป็นบทเสริมกรณีคำสั่งทาง  
ปกครอง

**คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.97/2548** การที่ ผู้ฟ้องคดีขอลาออกจากราชการเพื่อสมัครเข้าร่วมโครงการข้างต้น ผู้ฟ้องคดีมี วัตถุประสงค์ที่จะได้รับบำนาญเป็นสำคัญ แต่โดยที่รายละเอียดของโครงการฯ ไม่ได้ระบุคุณสมบัติของผู้เข้าร่วมโครงการฯ ไว้อย่างชัดเจนว่า คุณสมบัติเช่นใดจึง จะมีสิทธิได้รับบำเหน็จ คุณสมบัติเช่นใดจึงจะมีสิทธิได้รับบำนาญ ประกอบกับใน ส่วนของประโยชน์ที่จะได้รับระบุแต่เพียงว่ามีสิทธิได้รับบำเหน็จบำนาญ โดยไม่ได้ ระบุหลักเกณฑ์ในการที่จะมีสิทธิได้รับบำเหน็จบำนาญตามพระราชบัญญัติกองทุน บำเหน็จบำนาญฯ ไว้ด้วย ซึ่งการระบุคุณสมบัติในลักษณะดังกล่าวทำให้ผู้เข้าร่วม โครงการฯ เข้าใจผิดพลาดได้ว่า ผู้มีสิทธิได้รับบำเหน็จหรือบำนาญต้องเป็นผู้มี คุณสมบัติตามรายละเอียดของโครงการฯ เป็นสำคัญ ยิ่งกว่าหลักเกณฑ์ตาม พระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญฯ หรือไม่ต้องนำหลักเกณฑ์ตามพระราช บัญญัติดังกล่าวมาใช้พิจารณาสิทธิของผู้สมัครเข้าร่วมโครงการฯ ดังนั้น การที่ผู้ฟ้อง คดีแสดงเจตนาเข้าร่วมโครงการฯ โดยขอลาออกจากราชการด้วยความเข้าใจว่าจะ ได้รับบำนาญ จึงเป็นการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญในการ เข้าร่วมโครงการฯ ตามมาตรา 156 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้ว่า ความสำคัญผิดดังกล่าวจะมีส่วนที่เกิดจากตัวผู้ฟ้องคดีอยู่ด้วย แต่การไม่ระบุเรื่อง สิทธิของผู้เข้าร่วมโครงการฯ ให้เข้าใจได้ดีเพียงพอโดยผู้อื่นที่สมัครเข้าร่วมโครงการ เดียวกันก็มีความเข้าใจผิดพลาดที่คล้ายคลึงกัน และปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้พยายาม สอบถามเกี่ยวกับสิทธิการได้รับบำนาญจากบุคคลอื่นรวมทั้งเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง



ด้วยแล้ว ความสำคัญผิดที่เกิดขึ้นจึงยังถือไม่ได้ว่าเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ผู้ฟ้องคดีจึงสามารถถือเอาความสำคัญผิดดังกล่าวมาใช้เป็นประโยชน์แก่ตนได้ตามนัยมาตรา 158 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นคำสั่งของสำนักงานการประถมศึกษาจังหวัดลำปางที่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีลาออกจากราชการตามโครงการฯ อันเป็นผลสืบเนื่องจากการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดซึ่งตกเป็นโมฆะตามมาตรา 156 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายให้ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ ศาลจึงพิพากษาให้สำนักงานการประถมศึกษาจังหวัดลำปางเพิกถอนคำสั่งอนุญาตให้ลาออกจากราชการเฉพาะส่วนของผู้ฟ้องคดี โดยให้มีผลย้อนหลังไปจนถึงวันที่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีลาออกจากราชการ

ตัวอย่าง สัญญาทางปกครองที่ศาลปกครองนำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้กับสัญญาทางปกครอง ในฐานะกฎหมายแพ่งเป็นบทเสริม

- การรับสภาพหนี้ ตามมาตรา 193/35 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 966/2548, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.309/2549)
- การทวงถามการชำระหนี้ กำหนดเวลาชำระหนี้ ตามมาตรา 204-205 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.938/2548)
- การโอนสิทธิเรียกร้อง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.43/2550)
- การเลิกสัญญาโดยข้อกฎหมายหรือข้อสัญญา ตามมาตรา 386 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.176/2548, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.323/2549)

### 3.2 การใช้กฎหมายปกครองทางอ้อมกรณีอุทธรณ์ของว่างกฎหมาย

ในทางนิติวิธีการอุทธรณ์ของว่างของกฎหมายอาจกระทำได้ในหลายลักษณะ หลักการต่างๆ ที่จะกล่าวต่อไปนี้เป็นหลักการใช้กฎหมายทั่วไปที่ผู้ใช้กฎหมายมหาชนต้องนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับกรณีด้วย

### 3.2.1 การใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy)

การใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งอาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ การเทียบเคียงบทกฎหมาย (Gesetzesanalogie, Einzelanalogie) และการเทียบเคียงหลักกฎหมาย (Rechtsanalogie, Gesamtanalogie) การเทียบเคียงบทกฎหมาย คือ การนำเอาบทกฎหมายบทใดบทหนึ่งไปใช้บังคับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นซึ่งไม่อยู่ในความหมายตามถ้อยคำของบทกฎหมายนั้น แต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นคล้ายคลึงกับข้อเท็จจริงที่ตรงตามถ้อยคำของบทกฎหมายนั้นอย่างมาก จนไม่อาจปฏิเสธผลทางกฎหมายเช่นเดียวกันได้ ส่วนการเทียบเคียงหลักกฎหมาย คือ การค้นหาหลักการที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรหลายๆ มาตรา แล้วใช้หลักการดังกล่าวปรับกับข้อเท็จจริงที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันซึ่งไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน<sup>23</sup>

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 260/2546 (ประชุมใหญ่)** แม้การอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดียังอยู่ระหว่างการพิจารณาของ ก.ตร. อันเป็นขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายของโยปครองตามกฎหมาย แต่เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางโทษทางวินัยของ ก.ตร. ไว้ ศาลจึงกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวจะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ โดยเทียบเคียงจากระยะเวลาชั้นสูงในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

**คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.290/2550** บทบัญญัติมาตรา 29 วรรคหนึ่ง และมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 มีเจตนารมณ์ที่จะให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายเงินค่าทดแทนตามความเป็นธรรม ให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่นที่ได้รับความเสียหายจากการเดินสายส่งไฟฟ้าหรือสายจำหน่ายไฟฟ้า

<sup>23</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การใช้การตีความกฎหมายมหาชน”, เรื่องเดิม, หน้า 339.

และประกาศกำหนดเขตเดินสายไฟฟ้าเพื่อประโยชน์ในการส่งและการจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าเป็นสิ่งสำคัญ โดยการที่มาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายเงินค่าทดแทนตามความเป็นธรรม ให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่น ในกรณีที่มีการใช้ที่ดินปกหรือตั้งเสาเพื่อเดินสายส่งไฟฟ้าหรือสายจำหน่ายไฟฟ้า ในกรณีที่มีการใช้ที่ดินปกหรือตั้งสถานีไฟฟ้าย่อยหรืออุปกรณ์อื่น ในกรณีที่มีการใช้ที่ดินที่ประกาศกำหนดเป็นเขตเดินสายไฟฟ้า และในกรณีที่มีการรื้อถอนโรงเรือนหรือทำลายสิ่งอื่นที่สร้างขึ้นหรือทำขึ้น หรือทำลาย หรือตัดฟัน ตัดต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้หรือพืชผลในการเดินสายส่งไฟฟ้านั้น เนื่องจากเป็นที่เห็นได้โดยชัดแจ้งว่าการกระทำในกรณีต่างๆ ดังกล่าวจะก่อความเสียหายแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่นในทรัพย์สิน แต่อย่างไรก็ตามการเดินสายส่งไฟฟ้าหรือสายจำหน่ายไฟฟ้า และประกาศกำหนดเขตเดินสายไฟฟ้าเพื่อประโยชน์ในการส่งและการจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าดังกล่าว นั้น อาจก่อความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่น ในกรณีอื่นนอกเหนือจากกรณีที่ระบุไว้ในบทบัญญัติดังกล่าว เช่น อาจก่อความเสียหายแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินส่วนที่อยู่นอกเขตเดินสายไฟฟ้าด้วยก็ได้ ซึ่งย่อมไม่ใช่เจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่จะกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายเงินค่าทดแทนตามความเป็นธรรม ให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่น ที่ได้รับความเสียหายจากการเดินสายส่งไฟฟ้าหรือสายจำหน่ายไฟฟ้า และประกาศกำหนดเขตเดินสายไฟฟ้า เฉพาะแต่ในกรณีที่ระบุไว้ในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวเท่านั้น ทั้งบทบัญญัติดังกล่าวมิได้ระบุห้ามมิให้จ่ายเงินค่าทดแทนตามความเป็นธรรม ให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่นที่ได้รับความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญจากการเดินสายส่งไฟฟ้าหรือสายจำหน่ายไฟฟ้า และประกาศกำหนดเขตเดินสายไฟฟ้าในกรณีอื่นนอกเหนือจากกรณีที่ระบุไว้ ดังนั้น จึงต้องนำบทบัญญัติมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติข้างต้น มาใช้บังคับกับกรณีที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่นได้รับความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญจากการเดินสายส่งไฟฟ้าหรือสายจำหน่ายไฟฟ้า และการประกาศกำหนดเขต

เดินสายไฟฟ้าในกรณีอื่นนอกเหนือจากที่ระบุไว้ในบทบัญญัติมาตราดังกล่าว ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งด้วย

### 3.2.2 การใช้กฎหมายโดยให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” (argumentum a fortiori)

การอุดช่องว่างของกฎหมายโดยให้เหตุผลในลักษณะนี้อาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ การให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” จากสิ่งที่ใหญ่กว่าไปสู่สิ่งเล็กกว่า (argumentum a maiore ad minus) และการให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” จากสิ่งที่เล็กกว่าไปสู่สิ่งที่ใหญ่กว่า (argumentum a minore ad maius) การอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีเช่นนี้เกิดจากเหตุผลที่ว่า ผู้ใช้กฎหมายย่อมสามารถอุดช่องว่างของกฎหมายได้ หากปรากฏจากวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายแล้ว เห็นประจักษ์ชัดว่าข้อเท็จจริงที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงนั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติที่กฎหมายบัญญัติไว้ยิ่งเสียกว่า<sup>24</sup>

**คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 375/2550** แม้ระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยการลงโทษนักเรียนหรือนักศึกษา พ.ศ. 2543 จะมีได้ระบุไว้ชัดเจนให้การกระทำความผิดอาญาเป็นความผิดที่โรงเรียนหรือสถานศึกษาสามารถลงโทษได้ แต่เมื่อพิจารณาลักษณะของการกระทำความผิดตามระเบียบแล้ว เห็นว่าล้วนแต่เป็นการกระทำอันเนื่องมาจากความประพฤติของผู้กระทำความผิด ที่ไม่รักษาข้อบังคับของสถานศึกษาหรือระเบียบของกระทรวงศึกษาธิการ การพิจารณาความผิดจึงไม่ได้ขึ้นอยู่กับลักษณะประเภทความผิด แต่ขึ้นอยู่กับผลการกระทำว่าก่อให้เกิดความเสียหายหรือเสียหายแก่โรงเรียน ครู รวมทั้งนักเรียนด้วย (คือ การกระทำความผิดอาญาถือว่าเป็นการกระทำความผิดระเบียบดังกล่าวด้วยแม้ระเบียบจะมีได้กำหนดไว้ก็ตาม)

### 3.2.3 การใช้กฎหมายโดยให้เหตุผลว่า กรณีที่กฎหมายไม่บัญญัติเท่ากับกฎหมายไม่ต้องการผลทางกฎหมายในกรณีนั้น (argumentum e contrario, argumentum e silentio)

<sup>24</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 339.

การใช้กฎหมายในกรณีนี้ มีลักษณะที่ตรงกันข้ามกับการใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy, argumentum a simile) ที่ได้กล่าวมาข้างต้น เช่น กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะมีหน้าที่ต้องแสดงบัญชีทรัพย์สินและหนี้สิน เท่ากับว่ารัฐธรรมนูญไม่บังคับให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ไม่ได้บัญญัติไว้มีหน้าที่ดังกล่าวด้วย การใช้กฎหมายกรณีนี้จะต้องตรวจสอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่า ต้องการให้นำบทกฎหมายหรือหลักกฎหมายนั้นไปเทียบเคียงหรือไม่ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจหน้าที่เท่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง กรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องนั้นไว้ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถขยายอำนาจหน้าที่ของตนออกไปวินิจฉัยเรื่องที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจโดยเทียบเคียงอำนาจหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ได้ เพราะการขยายอำนาจหน้าที่ออกไปดังกล่าวจะกระทบกับโครงสร้างและดุลยภาพแห่งอำนาจที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญบัญญัติให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเด็ดขาด ผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐทั้งปวง<sup>25</sup>

### 3.2.4 การใช้กฎหมายโดยลดรูปของถ้อยคำ ให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (Teleologische Reduktion)

การใช้กฎหมายในกรณีนี้เป็นการใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างที่เกิดจากการไม่มีบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร (ช่องว่างแบบ contra verba legis) การใช้กฎหมายในกรณีนี้เห็นได้ชัดว่าเป็นการใช้กฎหมายในทางตรงกันข้ามกับถ้อยคำที่ปรากฏชัดแจ้ง ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ข้อที่ต้องเน้นย้ำไว้ก็คือ การใช้กฎหมายในกรณีนี้ผู้ใช้กฎหมายไม่ได้ตรวจสอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าเหมาะสมถูกต้องหรือไม่ แต่เป็นกรณีที่ใช้กฎหมายตรวจสอบและลดรูปถ้อยคำของบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เพราะถ้าใช้กฎหมายตามถ้อยคำนั้นแล้ว

<sup>25</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 340.

ย่อมจะเกิดผลอันประหลาดและไม่อาจยอมรับได้ กรณีนี้ไม่ใช่กรณีที่ผู้ใช้กฎหมาย โดยเฉพาะผู้พิพากษาตุลาการขัดแย้งในตัวบทกฎหมาย แต่เป็นกรณีที่ผู้พิพากษาตุลาการ “เชื่อฟังและเคารพกฎหมายโดยใช้สมอง”<sup>26</sup>

### 3.2.5. การใช้กฎหมายประเพณี

ระบบกฎหมายต่างๆ หลายระบบกฎหมายยอมรับว่า ในกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมาย (ลายลักษณ์อักษร) ขึ้น ผู้ใช้กฎหมายสามารถอุดช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวได้ โดยนำเอากฎหมายประเพณีมาใช้ ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือการนำกฎหมายประเพณีมาใช้นั้นจะกระทำในขั้นตอนใด และเมื่อใดจึงจะถือได้ว่ามีกฎหมายประเพณีในเรื่องนั้น<sup>27</sup>

### 3.2.6 การใช้หลักกฎหมายทั่วไป

ในระบบกฎหมายไทย หลักกฎหมายทั่วไปเป็นที่มาของกฎหมาย (source of law) ประเภทหนึ่ง ในแง่ของลำดับการใช้กฎหมาย หลักกฎหมายทั่วไปจะอยู่ในลำดับสุดท้าย อย่างไรก็ตามหลักกฎหมายทั่วไปคืออะไรและสามารถค้นหาได้อย่างไรนั้น ดูเหมือนจะยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ ในทางกฎหมายมหาชนหลักกฎหมายทั่วไปหลายเรื่องได้แปรสภาพไปเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว เช่น หลักความเสมอภาค หลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักสัดส่วน หลักการพึงความทุกฝ่าย หลักความไม่มีส่วนได้เสีย เราอาจกล่าวได้ว่าหลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักการอันเป็นรากฐานที่ยึดโยงระบบกฎหมายทั้งระบบไว้ ให้ระบบกฎหมายนั้นเป็นระบบกฎหมายที่ยุติธรรม ในทางกฎหมายมหาชน หลักกฎหมายทั่วไปยังมีประโยชน์อยู่ไม่น้อย โดยเฉพาะการใช้หลักการดังกล่าวเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง เช่น แม้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จะไม่ใช่บังคับกับคณะรัฐมนตรี ซึ่งหมายความว่าบทบัญญัติในมาตรา 13 และมาตรา 16 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับส่วนได้เสียไม่สามารถนำไปใช้บังคับกับคณะรัฐมนตรีในการออกคำสั่ง

<sup>26</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 340.

<sup>27</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 341.

ทางปกครองได้โดยตรงก็ตาม แต่โดยที่การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีดังกล่าว เป็นการใช้อำนาจในทางมหาชน คณะรัฐมนตรีจึงต้องผูกพันกับหลักกฎหมายทั่วไป ในทางมหาชนด้วย ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากการออกคำสั่งทางปกครองของ คณะรัฐมนตรีปรากฏขัดแย้งว่าคณะรัฐมนตรีมีส่วนได้เสีย คำสั่งทางปกครองนั้นก็ อาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้<sup>28</sup>

**คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 172/2550** ครอบคลุมโดยที่ กฎกระทรวงและประกาศของกระทรวงยังบังคับใช้อยู่ ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ ของรัฐจะต้องผูกพันตามกฎเกณฑ์ที่ตนกำหนดขึ้นตามหลักกฎหมายทั่วไป

การใช้หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการตีความเขตอำนาจ ศาลปกครอง

- กระบวนยุติธรรมทางอาญา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.129/2550 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด 43/2550, 154/2550, 300/2550
- สิทธิในที่ดินคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 238/2550, คำสั่งศาลปกครองสูงสุด 120/2550, 207/2550, 445/2550
- การกระทำทางตุลาการ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุด 808/2550
- การกระทำฝ่ายนิติบัญญัติ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด 587/2550
- การกระทำทางรัฐบาล (คำสั่งศาลปกครองสูงสุด 178/2550)
- การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุด 9/2550, 244/2550, 311/2550)

ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีมีช่องว่างกฎหมาย การใช้กฎหมายปกครอง มิได้คำนึงถึงลำดับขั้นของการอุดช่องว่างของกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง กรณีการอุดช่องว่างกฎหมายปกครอง ผู้ใช้ กฎหมายปกครองสามารถที่จะนำกฎหมายจารีตประเพณี หรือหลักกฎหมาย ปกครองทั่วไป หรือกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือหลักเหตุผลตามหลักตรรกะ

<sup>28</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 343.

หรือเหตุผลในหลักความยุติธรรม อย่างไรก็ตามมาอุดช่องว่างกฎหมายได้โดยไม่จำเป็นต้องใช้ไปตามลำดับ หากกฎหมายที่นำมาใช้อุดช่องว่างนั้นเกิดผลที่ดีที่สุดในการทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายสัมฤทธิ์ผล ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชนและเกิดประโยชน์สาธารณะ

#### 4. หลักการตีความกฎหมายปกครองทั่วไป

##### 4.1 การตีความกฎหมายปกครองเป็นไปตามหลักการตีความทั่วไป

การตีความกฎหมายปกครองเป็นไปตามหลักการตีความทั่วไป คือ การตีความกฎหมายย่อมต้องตีความตามบทบัญญัติตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น การตีความกฎหมายปกครองจึงต้องเริ่มต้นที่การพิเคราะห์บทกฎหมายตามตัวอักษร เพื่อพิเคราะห์ดูว่าถ้อยคำที่ใช้อาจมีความหมายแคบกว่าได้เพียงใด แล้วจึงพิเคราะห์หาเหตุผลและความมุ่งหมายของบทกฎหมายนั้น ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นสิ่งเดียวกันกับความประสงค์ของผู้บัญญัติกฎหมาย แต่เป็นเหตุผลและความมุ่งหมายในแง่คุณค่าของกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อความเป็นธรรมทั้งแก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้อง สมควรแก่กรณีเรื่องนั้นๆ และแก่สังคมส่วนรวมด้วยพร้อมกันไป ความมุ่งหมายหรือเหตุผลของบทกฎหมายนี้เองที่จะเป็นเครื่องช่วยบอกได้ว่าบทกฎหมายนั้นควรกินความกว้างหรือแคบเพียงใด ด้วยเหตุนี้ความมุ่งหมายของกฎหมายจึงเป็นเครื่องบ่งชี้ว่าบทกฎหมายนั้นๆ ควรจะเข้าใจในความหมายอย่างแคบ (Restrictive Interpretation) หรือในความหมายอย่างกว้าง (Extensive Interpretation)<sup>29</sup> ดังนั้น การตีความกฎหมายปกครองโดยหลักทั่วไป จึงมีทั้งการตีความในความหมายอย่างกว้าง และการตีความในความหมายอย่างแคบ ขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นว่ามีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองในสิ่งใด

<sup>29</sup> กิตติศักดิ์ ปรกิติ, “หลักทั่วไปในการตีความกฎหมาย”, ใน การใช้การตีความกฎหมาย, พิรุณา ดิงศภัทย์, บรรณาธิการ, กรุงเทพฯ: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์, 2552, หน้า 41, 47-48



นอกจากนี้การตีความกฎหมายปกครองจะรู้ประเภทของบทกฎหมายว่าเป็นบทกฎหมายที่มีลักษณะบรรทัดฐานของกฎหมายอย่างไรด้วย คือจะต้องรู้ว่า ตัวบทกฎหมายที่จะตีความนั้นเป็นตัวบทกฎหมายประเภทบังคับ (ius cogens) หรือเป็นบทไม่บังคับ (iuspositivum) เป็นประเภทบทยุติธรรม (ius aequum) หรือเป็นบทเคร่งครัด (ius strictum) เป็นประเภทบททั่วไป (ius generale) หรือเป็นบทพิเศษ (ius speciale) เป็นประเภทบทหลัก (ius commune) หรือเป็นบทยกเว้น (ius singulare) เป็นประเภทบทกฎหมายดั้งเดิม (indigenous law) หรือเป็นบทกฎหมายที่รับมา (received law) เป็นต้น<sup>30</sup> ด้วย เพราะตัวบทกฎหมายที่เป็นระบบบรรทัดฐานแต่ละประเภทมีหลักเกณฑ์การตีความแตกต่างกันออกไป เช่น กฎหมายในเรื่องเดียวกันที่ออกทีหลังจะใช้แทนกฎหมายที่ออกก่อน ระหว่างกฎหมายพิเศษกับกฎหมายทั่วไป กฎหมายพิเศษยกเว้นกฎหมายทั่วไป กฎหมายทั่วไปที่ออกภายหลังกฎหมายพิเศษไม่ทำให้กฎหมายพิเศษเสียไป<sup>31</sup> เป็นต้น และในการตีความกฎหมายปกครองตามหลักทั่วไปจะต้องพิจารณาตามหลักเหตุผล 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก เหตุผลแบบ a pari คือ เหตุผลอย่างเดียวกัน ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันจะต้องใช้กฎหมายอย่างเดียวกัน ประการที่สอง เหตุผลแบบ a contrario คือ ถ้ากฎหมายระบุสิ่งหนึ่งก็จะไม่หมายรวมถึงสิ่งตรงข้ามหรือที่มิได้ระบุ อีกนัยหนึ่งคือการระบุสิ่งหนึ่งหมายถึงการปฏิเสธสิ่งอื่นในตัว และประการที่สาม เหตุผลแบบ a fortiori สิ่งใหญ่กว่าจะรวมสิ่งเล็กกว่าเสมอ<sup>32</sup> สำหรับการตีความกฎหมายปกครองตามหลักทั่วไป ศึกษาได้จากการตีความกฎหมายทั่วไป ในที่นี้จะขอเน้นหลักเฉพาะเรื่องในการตีความกฎหมายปกครองซึ่งเป็นสาระสำคัญของรายงานฉบับนี้ดังจะกล่าวในหัวข้อต่อไป

<sup>30</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, “หลักทั่วไปในการตีความกฎหมาย”, ใน การใช้การตีความกฎหมาย, พิรุณา ดิงศภัทย์, บรรณาธิการ, กรุงเทพฯ: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์, 2552, หน้า 41, 47-48

<sup>31</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, “หลักทั่วไปในการตีความกฎหมาย”, หน้า 44.

<sup>32</sup> อรุณ ภาณุพงศ์, “การตีความกฎหมาย”, วารสารนิติศาสตร์ ปี 26 ฉบับ 3 (ก.ย. 2539), หน้า 565.

## 4.2 หลักเฉพาะในการตีความกฎหมายปกครอง

การตีความกฎหมายปกครอง นอกจากจะต้องตีความตามหลักการตีความกฎหมายทั่วไปแล้ว การตีความกฎหมายปกครองยังจะต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายปกครองด้วย เพราะกฎหมายปกครองมีปรัชญาในการสร้างดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพื่อมุ่งให้การบริหารจัดการของรัฐมีประสิทธิภาพและเกิดประสิทธิผลโดยไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในสาระสำคัญ ดังนั้น ในการตีความกฎหมายปกครองจะต้องสอดคล้องกับหลักการปกครอง ที่มุ่งหมายการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและประสิทธิภาพในการบริหารของรัฐ และมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนไม่ให้ถูกล่วงละเมิดจากการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ หรือโดยปราศจากเหตุผลสมควร และในส่วนที่เป็นกฎหมายที่ก่อภาระหรือหน้าที่แก่ประชาชน ย่อมต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายเป็นสำคัญ คือหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจกระทำการใด ๆ ในลักษณะมีอำนาจเหนือประชาชนเว้นแต่จะมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยแจ้งชัด และการตีความกฎหมายปกครองในส่วนที่อาจกระทบสิทธิของประชาชนอาจจะตีความโดยเคร่งครัดหรือตีความขยายได้ หากผลการใช้กฎหมายนั้น มุ่งหมายจะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพประชาชนให้เกิดผล แต่การตีความในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจปกครองระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐด้วยกัน ย่อมต้องเป็นไปตามหลักความมีประสิทธิภาพในการบริหารจัดการงานทางปกครองเป็นสำคัญ ก็จะเกิดผลทั้งการตีความโดยเคร่งครัดหรือตีความขยายได้ ขึ้นอยู่กับความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นว่ามุ่งหมายจะจำกัดการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือมุ่งหมายให้เกิดประสิทธิภาพในการบริหารจัดการงานทางปกครอง แต่ทั้งนี้จะไม่เกินขอบเขตอำนาจที่กฎหมายให้ไว้ในลักษณะปราศจากอำนาจ

หลักเฉพาะในการตีความกฎหมายปกครองนี้เป็นสาระสำคัญเกี่ยวกับเหตุของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองคือ คำสั่งทางปกครอง และกฎ เนื่องจากเหตุการกระทำโดยไม่มีอำนาจและการกระทำที่นอกเหนืออำนาจ ตาม

มาตรา 9 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพราะหากมีการตีความกฎหมายไม่ถูกต้อง เช่น การตีความขยายอำนาจของเจ้าหน้าที่โดยไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพประชาชน หรือตีความโดยเคร่งครัด อันเป็นการลิดรอนสิทธิของประชาชนหรือกระทบความเชื่อโดยสุจริตของประชาชน ก็จะเป็นเหตุของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้

หลักเฉพาะในการตีความกฎหมายปกครองมีสาระสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก การตีความกฎหมายปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองทั่วไป และประการที่สอง จะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายปกครอง คือ ความมุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและประสิทธิภาพในการบริหารของรัฐ และความมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพประชาชน โดยจะต้องทำให้เกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพประชาชน

#### 4.2.1 การตีความกฎหมายปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองทั่วไป

การตีความกฎหมายปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองทั่วไป โดยเฉพาะหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ ถ้าหากไม่มีกฎหมายจะตีความว่าตนเองมีอำนาจตามกฎหมายที่จะกระทำการทางปกครองที่ก่อภาระหรือหน้าที่แก่ประชาชนไม่ได้ และต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายด้วย ในกรณีการตีความตามหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ ต้องความตีโดยเคร่งครัดจะตีความขยายอำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้

**คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.145/2552** การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างใดๆ ออกจากสาธารณสมบัติของแผ่นดิน จะต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ชัดแจ้ง เมื่อองค์การบริหารส่วนตำบลออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 68 (8) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 (องค์การบริหารส่วนตำบลมีอำนาจจัดทำกิจการในเขตได้... (8) การคุ้มครองดูแลและรักษาทรัพย์สินอันเป็นสาธารณสมบัติของ

แผ่นดิน) อำนาจดังกล่าวเป็นเพียงอำนาจทั่วไป องค์การบริหารส่วนตำบลจึงออกคำสั่งให้รถถอนอาคารไม่ได้

#### 4.2.2 การตีความจะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายปกครอง

หลักสำคัญเฉพาะการตีความกฎหมายปกครอง คือ การตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและให้การบริหารจัดการของรัฐมีประสิทธิภาพและเกิดประสิทธิผล ดังนั้น การตีความกฎหมายปกครองจึงเป็นการตีความตามเจตนารมณ์มากกว่าที่จะตีความตามตัวอักษร คือ จะต้องตีความให้เกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิและเสรีภาพประชาชน โดยจะต้องคำนึงถึงหลักความมั่นคงในนิติฐานะของประชาชน และไม่เป็นการขัดขวางหรือเป็นอุปสรรคในการบริหารจัดการของรัฐด้วย ถ้าในกรณีกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงอาจจะตีความอย่างแคบ ตามหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ หรืออาจจะตีความอย่างขยายความได้ในกรณีเจตนารมณ์กฎหมายนั้นมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน และเพื่อเป็นการคุ้มครองในหลักความมั่นคงในนิติฐานะของประชาชน **ในกรณีที่กฎหมายปกครองมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน จะต้องตีความอย่างกว้าง** เพื่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพประชาชนอย่างแท้จริง หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าตัวบทกฎหมายนั้นๆ เป็นกฎหมายที่คุ้มครองประโยชน์สาธารณะและประสิทธิภาพในการบริหารของรัฐ หรือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน ดูที่เจตนารมณ์ หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครอง หรือ นิติสมบัติ

ตัวอย่างการตีความกฎหมายปกครองตามเจตนารมณ์เพื่อประสานประโยชน์สาธารณะและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชนให้เกิดดุลยภาพ

**คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.218/2552** มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535 มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองผู้เสนอรายงานผลกระทบสิ่งแวดล้อม เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน

กรณีตัวอย่างการตีความตามวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพ

ประชาชน ทำให้ตีความอย่างแคบและตีความขยายความได้

**คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.231/2550** หน้าต่างตุ้รด โดยสารมิได้มีไว้เพียงเพื่อให้แสงสว่างจากภายนอกรถเข้าไปภายในรถได้เท่านั้น แต่ยังมีไว้เพื่อให้ผู้โดยสารเกิดความเพลิดเพลินในระหว่างที่อยู่ในรถและระแวดระวัง ภัยอันตรายที่อาจจะมาจากภายนอกรถอีกด้วย การที่รถโดยสารไม่มีหน้าต่าง จึงไม่อาจเรียกว่ารถโดยสารได้ และต้องถือว่าผู้ให้บริการรถโดยสารสาธารณะที่ไม่มีหน้าต่าง เป็นการปฏิบัติต่อผู้โดยสารเยี่ยงวัตถุ

**คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 379/2550** การกำหนดรับ ผู้สำเร็จปริญญาตรีเกียรตินิยมเป็นเหตุพิเศษแทนการสอบแข่งขัน เป็นการเลือก ปฏิบัติไม่เป็นธรรม

**คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 164/2550** ในกรณีที่ บทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้บัญญัติเงื่อนไขอันมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิของ ข้าราชการ ในการที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้โดยชัดแจ้ง การ แปลความบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งจะมีผลกระทบต่อสิทธิประโยชน์ของ ข้าราชการในเรื่องดังกล่าว หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐควรต้อง คำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายข้างต้น รวมทั้งความเท่าเทียมกันของข้าราชการ ประเภทต่างๆ ในการที่จะได้รับการคุ้มครองดูแลสิทธิประโยชน์จากรัฐในฐานะที่ เป็นข้าราชการเช่นเดียวกันเป็นสำคัญ

กรณีตัวอย่างการตีความตามวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งคุ้มครอง ประโยชน์สาธารณะและให้การบริหารจัดการของรัฐมีประสิทธิภาพและเกิด ประสิทธิภาพ

**คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 156/2550** การรับบุคคล เป็นข้าราชการพลเรือนสามัญโดยวิธีการคัดเลือกแทนการสอบแข่งขัน ได้แก่ ผู้มีวุฒิปริญญาเอก ปริญญาวิศวกรรม, แพทย์ศาสตร์, วิทยาศาสตร์ทางรังสี เทคนิค ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรมเพราะผู้สำเร็จการศึกษาดังกล่าว มีจำนวนไม่มาก ไม่สนใจจะเข้ารับราชการ และเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์ สาธารณะ

**คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 10/2550** การประกาศใช้พระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539 และการจัดตั้ง กบข. มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันการจ่ายบำเหน็จบำนาญและให้ประโยชน์ตอบแทนการรับราชการเมื่อออกจากราชการ และเพื่อส่งเสริมการออมทรัพย์ การจัดสวัสดิการและสิทธิประโยชน์อื่นให้แก่ข้าราชการที่เป็นสมาชิกกองทุน รวมทั้งเพื่อให้เป็นสถาบันเงินออมที่มีบทบาทสำคัญในการช่วยแก้ไขปัญหาการขาดแคลนเงินออมภายในประเทศ ตลอดจนส่งเสริมการลงทุนอันเป็นการส่งเสริมและพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมโดยรวม ซึ่งแม้จะไม่มีบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการฯ ห้ามสมาชิกลาออกจากการเป็นสมาชิกกองทุนโดยตรงก็ตาม แต่หากผู้ถูกฟ้องคดียินยอมให้สมาชิกกองทุนสามารถลาออกจากการเป็นสมาชิกในกรณีที่มีไข่ออกจากราชการได้นั้น ย่อมเป็นการขัดต่อบทกฎหมายและขัดต่อวัตถุประสงค์ของการจัดตั้ง กบข. ดังที่กล่าวมาข้างต้น

## 5. กรณีศึกษาการตีความกฎหมายปกครอง

การตีความกฎหมายปกครองดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่าจะต้องคำนึงว่าตัวบทกฎหมายนั้นๆ เป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์คุ้มครองประโยชน์สาธารณะและประสิทธิภาพในการบริหารของรัฐ หรือมีเจตนารมณ์คุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน ซึ่งทำให้การตีความกฎหมายปกครองสามารถที่จะตีความตัวบทกฎหมายในถ้อยคำที่เป็นการขยายความหรือตีความโดยเคร่งครัดก็ได้ ในรายงานฉบับนี้จะได้นำกรณีตัวอย่างการตีความกฎหมายปกครองที่เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน และกรณีมีเจตนารมณ์คุ้มครองประโยชน์สาธารณะและประสิทธิภาพในการบริหารของรัฐเป็นกรณีศึกษา 4 กรณี ดังนี้

### 5.1 การตีความกรณีกฎหมายบัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองให้เป็นที่สิ้นสุด

ในการตรวจกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติในหลายกรณีได้บัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองถึงที่สุดหรือเป็นที่สิ้นสุด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ

จำกัดอำนาจศาลมิให้เข้ามาพิจารณาในคำวินิจฉัยชี้ขาดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ดังเช่น พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของ บ้านเมือง พ.ศ. 2503 มาตรา 12 พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2542 มาตรา 24 พระราชบัญญัติควบคุมยุทธภัณฑ์ พ.ศ. 2530 มาตรา 27 พระราชบัญญัติ ควบคุมคุณภาพอาหารสัตว์ พ.ศ. 2525 มาตรา 22 บัญญัติว่า คำวินิจฉัยของรัฐมนตรี ให้เป็นที่สุด เช่นนี้ถ้าตีความตามตัวอักษรโดยเคร่งครัดแล้ว กรณีที่กฎหมายบัญญัติ ว่าคำสั่งให้เป็นที่สุด ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งดังกล่าว ก็ไม่สามารถฟ้องศาลเพื่อขอให้เพิกถอนได้ หรือถ้าตีความตามเจตนารมณ์ของ ผู้ร่างกฎหมายก็จะมีผลเช่นเดียวกัน ปัญหานี้ก็เคยเกิดขึ้นในต่างประเทศทั้งประเทศ อังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายเพื่อจำกัดอำนาจ องค์กตรตุลาการในการเข้ามาตรวจสอบฝ่ายปกครอง รวมทั้งประเทศฝรั่งเศส ซึ่งบัญญัติชัดเจนว่า คำสั่งทางปกครองจะนำไปฟ้องศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ไม่ได้

ในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ศาลได้ตีความโดยคำนึงสิทธิ เสรีภาพประชาชน และคำนึงถึงหลักแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบ และถ่วงดุล ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติว่าคำสั่งของเจ้าหน้าที่ให้เป็นที่สุดว่า การที่กฎหมาย บัญญัติว่าคำสั่งทางปกครองให้เป็นที่สุด หมายความว่าเพียงแต่ศาลจะเข้าไป ตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือการใช้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่ ไม่ได้ แต่ศาลมีอำนาจตรวจสอบในข้อกฎหมายว่า การสั่งการหรือการวินิจฉัยนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือนอกเหนือกฎหมายหรือเป็นการสั่งการโดยเข้าใจ ข้อกฎหมายผิดพลาด เช่น ในคดี *Securities and Exchange Commission V. Chenery Corp.* 318. U.S 80, 94 (1943) วินิจฉัยว่า การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ฝ่ายบริหารนี้จะฟ้องร้องโต้แย้งได้ เฉพาะแต่เมื่อข้ออ้างเช่นว่าเป็นการใช้ดุลพินิจ เกินขอบเขตหรือเป็นการผิดปกติธรรมดา ถ้าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เช่น มีเจตนาทุจริตก็อาจฟ้องร้องต่อศาลให้เข้าไปเกี่ยวข้องสอดแทรกกับอำนาจฝ่าย บริหารได้ การที่ศาลจะมีอำนาจเข้าไปสอดแทรกอำนาจฝ่ายบริหารได้นอกจาก หลักเกณฑ์ที่กล่าวข้างต้น ยังต้องพิจารณาถึงคำสั่งของเจ้าหน้าที่นั้นอีกด้วยว่า

เกี่ยวกับข้อกฎหมาย หรือข้อเท็จจริง ถ้าเป็นเรื่องข้อเท็จจริงแล้วศาลย่อมไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับเพราะถือว่าเป็นเรื่องของฝ่ายบริหาร ในคดี Florida East Coast Railway Co. V. United States, 234 U.S., 185 (1914) วินิจฉัยว่า การวินิจฉัยข้อเท็จจริงใตีมิพยานหลักฐานสำคัญสนับสนุนหรือไม่ก็ถือว่าเป็นปัญหาข้อกฎหมาย ในคดี St. Joseph Stock Yards Co, V. United States, 298 U.S. 38, 51 (1936) วินิจฉัยว่า ศาลเพียงแต่จะสอดแทรกเข้าไปวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงนั้นมีพยานหลักฐานสนับสนุนหรือไม่เท่านั้น ศาลย่อมจะไม่วินิจฉัยถึงน้ำหนักแห่งพยานหลักฐาน<sup>33</sup>

ในประเทศฝรั่งเศส ศาลปกครองหรือสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยในที่ประชุมใหญ่ในกรณีที่ถูกฎหมายได้บัญญัติว่า “การให้สัมปทานไม่อาจถูกฟ้องร้องต่อศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม” ในคดีลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1950 คดีระหว่าง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตร กับ นางลามองต์ ศาลปกครองวินิจฉัยว่า สิทธิการฟ้องคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองทุกประเภทเป็นสิทธิโดยทั่วไปที่ประชาชนมีอยู่แม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ก็ตาม และสิทธิการฟ้องคดีเพิกถอนเป็นสิทธิตามกฎหมายทั่วไปที่มุ่งเพื่อให้มีการเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย ผลสำคัญของคดีนี้ก็คือ รัฐบาลไม่อาจอาศัยอำนาจที่ตนมีอยู่ในการออกกฎหมายว่าจะเป็นการออกกฎหมายตามมาตรา 37 หรือมาตรา 38 แห่งรัฐธรรมนูญ ปี 1958 จำกัดสิทธิในการฟ้องคดีของประชาชนได้<sup>34</sup> ในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสตีความกฎหมายโดยคำนึงสิทธิและเสรีภาพประชาชนตามระบบกฎหมายการแบ่งแยกอำนาจ และการตรวจสอบและถ่วงดุล

ในประเทศไทย ก่อนปี พ.ศ. 2510 ที่กฎหมายบัญญัติว่า คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้เป็นที่สุด ศาลยุติธรรมวินิจฉัยว่าศาลไม่มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ในกรณี

<sup>33</sup> ฤทัย หงส์สิริ, “อาจารย์จิตติ กับ คำสั่งของฝ่ายบริหารเป็นที่สุด”, ใน *ครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิตติตติงศภักย์วีระพงษ์ บุญโญภาส. บรรณาธิการ, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537. หน้า 48.*

<sup>34</sup> รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ, *วารสารวิชาการศาลปกครอง ฉบับพิเศษ (ตุลาคม 2552), หน้า 340-341.*



ดังกล่าวได้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1895/2493 ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษว่าคำวินิจฉัยของรัฐมนตรีให้เป็นที่สุด อำนาจศาลที่จะพิจารณาคำวินิจฉัยนั้นก็หาไม่มี ต่อมาในปี พ.ศ. 2510 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยในกรณีที่กฎหมายบัญญัติว่าคำวินิจฉัยของรัฐมนตรีให้เป็นที่สุดว่า ประชาชนมีสิทธิฟ้องร้องเพื่อให้ศาลมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบได้ ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 646 - 647/2510 (ที่ประชุมใหญ่) โดยศาสตราจารย์จิติ ติงศภัทย์ เป็นผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน<sup>35</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 646-647/2510 (ที่ประชุมใหญ่) กรณีที่กฎหมายบัญญัติให้อุทธรณ์คำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร และกฎหมายบัญญัติให้คำวินิจฉัยเป็นที่สุดนั้น หมายความว่าคำวินิจฉัยนั้นจะเป็นที่สุด ก็ต่อเมื่อเป็นคำวินิจฉัยที่ถูกต้องตามกฎหมายที่ให้อำนาจมีคำสั่งและมีคำวินิจฉัยเช่นนั้น มิได้หมายความว่า แม้คำสั่งคำวินิจฉัยนั้นจะไม่ถูกต้องตามกฎหมายก็จะถึงที่สุดนำมาฟ้องร้องต่อศาลไม่ได้ไปด้วย ศาลย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ว่า คำสั่งคำวินิจฉัยนั้นถูกต้องชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้ ศาลย่อมไม่รื้อฟื้นข้อเท็จจริงหรือดุลพินิจที่เจ้าหน้าที่รับฟังหรือวินิจฉัยมา โดยถือว่าการใช้ดุลพินิจก็เป็นปัญหาข้อเท็จจริง การจะฟังข้อเท็จจริงหรือใช้ดุลพินิจไปในทางใด จะถือว่าเป็นการมิชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ เว้นแต่การฟังข้อเท็จจริงหรือการใช้ดุลพินิจนั้นไม่มีพยานหลักฐานหรือเหตุผลสนับสนุนเพียงพอ หรือมิได้เป็นไปโดยสุจริตอันถือได้ว่าการวินิจฉัยเช่นนั้นไม่เป็นการชอบด้วยกฎหมาย

จะเห็นได้ว่า ในกรณีตีความกฎหมายปกครองในกรณีที่กฎหมายบัญญัติว่าคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้เป็นที่สุด จะต้องคำนึงถึงกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ของกฎหมายว่า ในกรณีกฎหมายมีเจตนารมณ์ตามระบบกฎหมาย ซึ่งมีเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายว่า กฎหมายปกครองจะต้องมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชนซึ่งส่งผลให้ศาลมีอำนาจที่จะตีความขยายความโดยไม่คำนึงถึงตัวอักษรว่าจะระบุข้อความขัดแย้งเพียงใด หากเป็นการไม่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน ศาลก็ตีความในทางตรงกันข้ามกับตัวอักษรได้

<sup>35</sup> ฤทัย หงส์สิริ, “อาจารย์จิติ กับ คำสั่งของฝ่ายบริหารเป็นที่สุด”, อ้างแล้ว. หน้า 48-49.

## 5.2 กรณีส่วนได้เสียของผู้บริหารหรือสมาชิกสภาองค์กรปกครอง ท้องถิ่น

ในกรณีปัญหา “ส่วนได้เสีย” ของผู้บริหารหรือสมาชิกสภาองค์กรปกครองท้องถิ่นเป็นปัญหาการตีความ เพราะถ้อยคำว่า “มีส่วนได้เสีย” ไม่มีความชัดเจนว่ามีขอบเขตหรือความหมายเพียงใด เป็นปัญหาการตีความของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจกำกับดูแลที่มีการหารือไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกา และมีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยตีความในกรณีนี้ไว้ แต่แนวทางการตีความระหว่างคณะกรรมการกฤษฎีกากับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดแตกต่างกัน ในรายงานฉบับนี้จะนำกรณีที่เป็นกรณีตัวอย่างในการวิเคราะห์แนวทางการตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกากับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดว่าแนวทางใดจะเป็นการตีความกฎหมายปกครองที่ถูกต้อง

ตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้แก่พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 บัญญัติเป็นทำนองเดียวกันว่า “ผู้บริหารท้องถิ่น (สมาชิกสภาท้องถิ่น) ต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น หรือที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นจะกระทำ” บทบัญญัติข้อห้ามการเป็นผู้มีส่วนได้เสียดังกล่าวจึงเป็นการบัญญัติไว้ค่อนข้างกว้าง ในลักษณะของการห้ามผู้บริหารหรือสมาชิกสภาท้องถิ่น เข้าไปเกี่ยวข้องกับการดำเนินการตามภารกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยสิ้นเชิง อีกทั้งการตกเป็นผู้ฝ่าฝืนข้อห้ามการมีส่วนได้เสียมีผลกระทบต่อสิทธิผู้บริหารและสมาชิกสภาท้องถิ่นเป็นอย่างมาก จึงเป็นผลให้ผู้มีอำนาจวินิจฉัยจำต้องพิจารณาโดยอาศัยการตีความบทบัญญัติ

ดังกล่าว<sup>36</sup> ว่า ส่วนได้เสีย จะมีขอบเขตความหมายกว้างหรือแคบเพียงใด ในการตีความดังกล่าวมีแนวทางการพิจารณาความหมายของคำว่า “ส่วนได้เสีย” ในสองแนวทางคือ

แนวทางแรก ตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 395/2544 เรื่องเสรีจที่ 596/2544 และเรื่องเสรีจที่ 605/2545 ตีความ “ส่วนได้เสีย” คือ ลักษณะการกระทำที่ฝ่าฝืนในลักษณะการขัดกันของผลประโยชน์ระหว่างประโยชน์ส่วนตนกับประโยชน์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งมีผลเป็นการห้ามมิให้ผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นเข้าทำสัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีส่วนได้เสียโดยสิ้นเชิงและทุกรูปแบบ ซึ่งเป็นการตีความตามตัวอักษร ซึ่งมีผลทำให้ความหมายของคำว่า ส่วนได้เสีย มีความหมายอย่างกว้างมาก แม้ว่าบางกรณี เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทำสัญญาบำรุงดูแลรักษารถยนต์กับศูนย์บริการรถยนต์ที่สมาชิกสภาท้องถิ่นเป็นกรรมการบริษัท ทั้งที่ในจังหวัดนั้นมีศูนย์บริการรถยนต์ยี่ห้ออื่นเพียงแห่งเดียวเท่านั้น หรือกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทำสัญญาซื้อขายน้ำมันรถยนต์กับปั้มน้ำมันที่มีสมาชิกสภาท้องถิ่นเป็นเจ้าของ ทั้งที่ในเขตบริเวณระยะ 20 กิโลเมตรมีปั้มน้ำมันเพียงแห่งเดียวเท่านั้น เป็นต้น

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 605/2545 เห็นว่า ตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลหรือที่เทศบาลกระทำนั้น มีความมุ่งหมายที่จะให้สมาชิกปฏิบัติหน้าที่ในขณะดำรงตำแหน่งด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและรักษาประโยชน์ของเทศบาลเป็นสำคัญ โดยสมาชิกต้องไม่มี

<sup>36</sup> พชโรตม ลิมปิษเฐียร, “การเข้ารับบริการสาธารณสุขแก่การตกเป็นผู้ฝ่าฝืนข้อห้ามการมีส่วนได้เสียของผู้บริหารหรือสมาชิกสภาท้องถิ่น”, ใน <http://web.krisdika.go.th/data/activity/act142.pdf> , หน้า 3.

ส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับเทศบาลไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ซึ่งการพิจารณาว่าสมาชิกผู้ใดมีส่วนได้เสียในสัญญาหรือไม่ นอกจากจะพิจารณาว่าในการปฏิบัติตามสัญญานั้นสมาชิกผู้นั้นได้รับประโยชน์โดยตรงหรือไม่แล้ว ยังต้องพิจารณาว่าสมาชิกผู้นั้นมีความสัมพันธ์กับคู่สัญญา ในลักษณะที่จะส่งผลดีหรือผลเสียต่อตนในทางอ้อมอันจะได้ชื่อว่ามีส่วนได้เสียในทางอ้อมหรือไม่ ซึ่งความสัมพันธ์ที่มีอยู่ อาจจะเป็นความสัมพันธ์ในเชิงบริหาร โดยเป็นผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ตัวแทนผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของบุคคลธรรมดา หรือของนิติบุคคลที่มีการกระทำกับเทศบาล หรือความสัมพันธ์ในเชิงทุน โดยเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดซึ่งสามารถครอบงำการจัดการบริษัทได้ หรือความสัมพันธ์ในระหว่างบุคคล ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูต่อกัน เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา หรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังเช่นกรณีที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) เคยให้ความเห็นไว้ในบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องการมีส่วนได้เสียในสัญญาซื้อขายน้ำมันเชื้อเพลิงกับเทศบาลตำบลแจ้ห่ม

แนวทางที่สอง ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 327/2550 ตีความว่า “ส่วนได้เสีย” คือ การกระทำในลักษณะโอกาสในฐานะที่ตนเป็นผู้ดำรงตำแหน่งสร้างประโยชน์แก่ตน โดยเบียดเบียนหรือคุกคามประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์ของรัฐอันมีลักษณะเป็นผู้กระทำการอันเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งเป็น การตีความตามเจตนามรณของกฎหมายที่มุ่งประสงค์ คือ ปกป้องรักษาผลประโยชน์สาธารณะและตีความในทางค้ำประกันถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน (คือผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่น) ที่จะต้องถูกกระทบสิทธิจึงต้องตีความในทางที่แคบกว่าที่กฎหมายให้ถ้อยคำ

**คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.327/2550** สำหรับการพิจารณาว่าสมาชิกสภาเทศบาลเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาหรือไม่นั้น จำต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เป็นกรณีๆ ไป เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าสัญญาจัดซื้อนมที่ผู้ฟ้องคดี

ลงนามในระหว่างดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรีในวาระที่ผ่านมา ผู้ฟ้องคดีมิได้เป็นผู้ริเริ่มกิจกรรมดังกล่าว แต่เป็นกรณีที่สืบเนื่องมาจากโครงการถ่ายโอนงบประมาณกิจกรรมจัดซื้อวัสดุการศึกษา อาหารกลางวัน และอาหารเสริม (นมพร้อมดื่ม) จากหน่วยงานในสังกัดกระทรวงศึกษาธิการปีงบประมาณ 2544 โดยผู้ถูกฟ้องคดีเป็นผู้มีหนังสือแจ้งให้ทุกส่วนราชการภายในจังหวัดและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการจัดซื้อนมพร้อมดื่มจากผู้ประกอบการแปรรูปนมที่มีสิทธิจำหน่ายนมพร้อมดื่มตามบัญชีรายชื่อผู้ประกอบการที่กรมปศุสัตว์กำหนด ซึ่งผู้ฟ้องคดีได้จัดซื้อตรงตามรายชื่อผู้มีสิทธิจำหน่ายนมตามที่ถูกฟ้องคดีแจ้ง ดังนั้น เมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ส่วนใดที่แสดงให้เห็นว่าผู้ฟ้องคดีใช้โอกาสในฐานะที่ตนเป็นผู้ดำรงตำแหน่งสร้างประโยชน์แก่ตน โดยเบียดเบียนหรือคุกคามประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์ของรัฐ อันมีลักษณะเป็นผู้กระทำการอันเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ตามนัยมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติข้างต้น ทั้งนี้ แม้ว่าภูมิลาเนาของผู้ฟ้องคดีและบุตรรวมทั้งที่ตั้งสำนักงานแห่งใหม่ของบริษัทของบุตรผู้ฟ้องคดีจะตั้งอยู่เลขที่เดียวกัน ก็ยังฟังไม่ได้ว่าการที่บุคคลมีภูมิลาเนาร่วมกันสืบเนื่องจากการเป็นบิดามารดากับบุตร และใช้เป็นสถานที่ประกอบธุรกิจเป็นกรณีตามปกติจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือไม่ กรณีจึงยังถือไม่ได้ว่าผู้ฟ้องคดีกระทำการเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าในทางตรงหรือทางอ้อม ในสัญญาที่เทศบาลตำบลเป็นคู่สัญญากับบริษัทดังกล่าว

ผู้เขียนเห็นว่า หลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกฤษฎีกาใช้ตีความคำว่า “ส่วนได้เสีย” เป็นการตีความโดยใช้หลักส่วนได้เสีย ซึ่งมีรากฐานจากหลักความเป็นกลาง (Impartiality)<sup>37</sup> ซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจวินิจฉัยในเรื่องที่ตนมีส่วนเสีย อันจะทำให้มีเหตุจูงใจที่จะทำให้การวินิจฉัยมีความไม่เป็นกลาง หรือมีอคติ หรือขาดความเที่ยงธรรมในเรื่องที่ตนเองตัดสินใจ อันเป็นการตีความตามตัวอักษรของคำว่า “ส่วนได้เสีย” แต่หลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองสูงสุดใช้ในการตีความคือ หลักขัดกันของผลประโยชน์ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การ

<sup>37</sup> พัชโรตม ลิมปิษเชฐียร, เรื่องเดิม. หน้า 10.

จัดทำบริการสาธารณะของรัฐเป็นไปอย่างถูกต้องเหมาะสม และประชาชนได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาค และป้องกันผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากสถานการณ์ขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลกับผลประโยชน์ส่วนรวม รวมทั้งลดแรงจูงใจที่ก่อให้เกิดการแสวงหาประโยชน์อันไม่ถูกต้อง<sup>38</sup> ผู้เขียนเห็นว่าในการตีความคำว่า “ส่วนได้เสีย” ตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องผลประโยชน์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยมีให้ผู้บริหารส่วนท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นใช้อำนาจหรืออิทธิพลในตำแหน่งในทางทำให้ผลประโยชน์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเสียหาย ซึ่งเป็นลักษณะตามหลักเกณฑ์การกำกับดูแล มิใช่มีเจตนารมณ์ในทางเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองที่จะต้องมีความเป็นกลาง ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ผู้จัดทำรายงานจึงเห็นด้วยกับแนวทางคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด จะเห็นได้ว่าการตีความโดยดูเจตนารมณ์กฎหมาย จึงสำคัญกว่าที่ดูตามตัวอักษรเพียงอย่างเดียว

**5.3 กรณีการตีความคำว่า “ต้องมีหนังสือแสดงว่าได้รับความยินยอมจากเจ้าของอาคารหรือสถานที่นั้น” ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509**

กรณีศึกษาเรื่องนี้เป็นกรณีตามข้อเท็จจริงว่า สถานบริการประเภท อาบ อบ นวด แห่งหนึ่ง ได้ยื่นขออนุญาตประกอบกิจการสถานบริการจากเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ (ในกรุงเทพมหานครคือผู้บัญชาการตำรวจนครบาล) แต่เจ้าพนักงานมีคำสั่งไม่อนุญาตโดยให้เหตุผล 2 ประการ คือ ประแรก สถานบริการมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 เนื่องจากตั้งอยู่ใกล้ชิดโรงเรียนหรือสถานศึกษา ในขณะที่เห็นได้ว่าจะก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่สถานที่ดังกล่าว และประการที่สอง ผู้ขออนุญาตยังไม่ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากเจ้าของอาคารหรือสถานที่ให้ใช้เป็นสถานที่ตั้งสถานบริการ ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ผู้ขอ

<sup>38</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

อนุญาตได้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองกลาง ศาลปกครองกลางพิพากษายกฟ้อง แต่มีประเด็นที่ตุลาการองค์คณะกับตุลาการผู้แถลงคดีมีความเห็นในการตีความกฎหมายไม่ตรงกัน ผู้เขียนจึงนำมาเป็นกรณีตัวอย่างในการวิเคราะห์แนวทางการตีความ

ศาลปกครองกลาง วินิจฉัยในประเด็นแรกว่า อาคารที่จะจัดตั้งสถานบริการของผู้ฟ้องคดีตั้งอยู่บนถนนคนละฟากฝั่งถนนโดยตั้งเยื้องกันกับทางเข้าโรงเรียน มีระยะทางห่างกันประมาณ 150 เมตร ไม่ได้ตั้งอยู่ตรงกันข้ามกับโรงเรียนดังกล่าว แต่มีสะพานลอยสำหรับคนเดินข้ามถนนเชื่อมระหว่างถนนฝั่งของโรงเรียนและฝั่งของสถานบริการ สถานบริการขอจัดตั้งเป็นสถานบริการประเภทสถานอาบน้ำ นวด หรืออบตัว ซึ่งมีผู้ให้บริการแก่ลูกค้า ซึ่งตามกฎหมายสถานบริการประเภทที่ไม่ก่อให้เกิดปัญหาด้านเสียง อันแตกต่างกับสถานบริการประเภทสถานเต้นรำ รำวง หรือร้องเง็ง เป็นปกติระบุประเภทที่มีและประเภทที่ไม่มีคู่มือบริการ ตามมาตรา 3 (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ประกอบกับสถานบริการของผู้ฟ้องคดีก็มีรั้วรอบขอบชิด มีห้องเป็นสัดส่วนมิดชิด มีใช้สถานบริการตามมาตรา 3 (1) (2) (4) และ (5) แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ดังกล่าว ที่จะก่อให้เกิดเสียงดังให้เป็นที่เดือดร้อนรำคาญแก่อาคารอันได้แก่ วัด สถานที่สำหรับปฏิบัติพิธีกรรมทางศาสนา โรงเรียน หรือสถานศึกษา โรงพยาบาล สโมสรเยาวชน หรือหอพัก ที่อยู่ใกล้เคียงกับสถานบริการของผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด เมื่อสถานบริการของผู้ฟ้องคดีซึ่งตั้งอยู่คนละฟากฝั่งถนนกันกับโรงเรียน ประมาณ 150 เมตร จึงไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ที่จะก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่โรงเรียนแต่อย่างใด

สำหรับประเด็นแรก ผู้เขียนจะไม่นำมาวิเคราะห์เพราะไม่มีประเด็นความเห็นที่แตกต่างกันระหว่างตุลาการองค์คณะกับตุลาการผู้แถลงคดี

ศาลปกครองกลาง วินิจฉัยในประเด็นที่สองว่า ตามข้อเท็จจริงผู้ฟ้องคดียังไม่ได้ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากเจ้าของอาคารผู้ให้เช่า ในการขออนุญาตตั้งสถานบริการอาบน้ำ อบ นวด แต่ตามแบบแปลนและหนังสือส่งมอบสถานที่เช่าได้ระบุว่า เป็นการให้เช่าเพื่อประกอบกิจการสถานบริการอาบน้ำ อบ นวด ศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่า ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ

พ.ศ. 2509 กำหนดไว้เป็นสาระสำคัญว่า ผู้ขออนุญาตตั้งสถานบริการต้องมีหนังสือแสดงว่า ได้รับความยินยอมจากเจ้าของอาคารหรือสถานที่ตั้งเป็นสถานบริการ ซึ่งมีความหมายว่าต้องเป็นหนังสือแสดงความยินยอมที่ใช้เพื่อการขออนุญาต โดยเฉพาะ มิใช่ถือการให้ความยินยอมโดยปริยายมาใช้ในการขออนุญาต และกรณีนี้เป็นการพิจารณาทางปกครอง จึงมิใช่มุ่งไปที่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับการรถไฟแห่งประเทศไทยอันเป็นความสัมพันธ์ทางแพ่ง แต่ต้องมุ่งไปที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่มีหน้าที่พิจารณาทางปกครองและทำคำสั่งทางปกครอง เมื่อไม่มีหนังสือยินยอมตามที่กฎหมายบัญญัติ จึงไม่สามารถออกใบอนุญาตให้ การที่จะรับฟังสัญญาเช่าเป็นหนังสือยินยอมตามมาตรา 8 แล้ว น่าจะไม่สมตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายมิได้บัญญัติเพียงว่าผู้ขออนุญาตต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของอาคารหรือสถานที่ให้ตั้งเป็นสถานบริการเท่านั้น

ในประเด็นนี้ ตุลาการผู้แถลงคดีเห็นว่า เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์หรือเหตุผลที่มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ผู้ขออนุญาตตั้งสถานบริการต้องมีหนังสือแสดงว่าได้รับความยินยอมจากเจ้าของอาคารหรือสถานที่ตั้งเป็นสถานบริการแล้ว ก็มีเหตุผลว่า เจ้าของอาคารหรือสถานที่ที่จะต้องรู้ว่าอาคารหรือสถานที่ซึ่งเป็นทรัพย์สินของตนเองนั้น จะมีการนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ใช้เป็นสถานบริการ จึงต้องให้เจ้าของอาคารหรือสถานที่ยินยอม เพราะถ้ามีการนำสถานที่หรืออาคารของผู้อื่นไปใช้เป็นสถานบริการซึ่งเป็นกิจการที่มีผลกระทบต่อความสงบสุขของสังคมโดยเจ้าของไม่ยินยอมแล้ว เจ้าของอาคารหรือสถานที่ที่มีสิทธิที่จะยกเลิกการใช้สิทธิแก่ผู้ขออนุญาตนั้นได้ และการที่ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 บัญญัติให้ผู้ขออนุญาตตั้งสถานบริการต้องมีหนังสือแสดงว่า ได้รับความยินยอมจากเจ้าของอาคารหรือสถานที่ตั้งเป็นสถานบริการมาแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เพื่อเป็นการยืนยันว่าเจ้าของอาคารหรือสถานที่นั้นได้ยินยอมที่จะให้ใช้อาคารหรือสถานที่ดำเนินกิจการที่กระทบต่อความสงบสุขของสังคมได้ ซึ่งการยินยอมจะต้องมีการยินยอมเป็นหนังสือเพราะจะถือเอาการยินยอมโดยวาจาไม่ได้ ทั้งกระบวนการพิจารณาทางปกครองโดยหลักจะต้องกระทำเป็นหนังสือ มาตรา 8 แห่ง



พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 จึงบัญญัติว่าจะต้องมีหนังสือยินยอมจากเจ้าของอาคารหรือสถานที่ แต่ลักษณะของหนังสือยินยอมนั้นกฎหมายมิได้จำกัดว่าจะต้องเป็นหนังสือโดยเฉพาะ เพียงต้องปรากฏหลักฐานเป็นหนังสือว่าเจ้าของอาคารหรือสถานที่ยินยอมมาแสดงก็เป็นการเพียงพอแล้ว

ในประเด็นนี้ ตุลาการองค์คณะตีความคำว่า “ต้องมีหนังสือแสดงว่าได้รับความยินยอมจากเจ้าของอาคารหรือสถานที่นั้น” ตามมาตรา 8 พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 โดยเคร่งครัด โดยมุ่งหมายพิจารณาประสิทธิภาพในการบริหารจัดการของรัฐเป็นสำคัญ จึงตีความว่าจะต้องมีหนังสือให้ความยินยอมโดยเฉพาะ มิใช่ถือเอาการมีหนังสืออื่นๆ อันแสดงให้เห็นว่าเป็นการยินยอมโดยปริยาย แต่ตุลาการผู้แถลงคดีตีความโดยขยายความโดยพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายทั้งฉบับว่า การมีหนังสือยินยอมของเจ้าอาคารเพื่อให้เจ้าของอาคารรับทราบว่าผู้เช่าได้ใช้อาคารเพื่อเป็นสถานบริการ และเพื่อให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบ ว่า เจ้าของอาคารได้ยินยอมแล้ว จึงเห็นว่าเอกสารที่แสดงการยินยอมโดยปริยายทางแพ่ง ระหว่างเจ้าของอาคารกับผู้เช่าพอเพียงเป็นหนังสือยินยอมแล้ว

ผู้เขียนเห็นด้วยกับตุลาการผู้แถลงคดี เนื่องจากการพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายมิใช่พิจารณาเพียงตัวบทกฎหมายนั้นเพียงมาตราเดียวแต่จะต้องดูเจตนารมณ์ของกฎหมายทั้งฉบับ และตามหลักกฎหมายปกครอง การใช้กฎหมายปกครองมิได้จำกัดว่าจะต้องเป็นไปตามกฎหมายปกครองเฉพาะเท่านั้น หลักกฎหมายแพ่งถือว่าเป็นบทเสริมที่นำมาใช้ได้ อีกทั้งการตีความกฎหมายปกครองจะคำนึงถึงเพียงแต่ประสิทธิภาพในการบริหารจัดการของรัฐเพียงประการเดียวมิได้ จะต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพประชาชนประกอบพร้อมกันเสมอ และต้องพิจารณาความเชื่อมั่นโดยสุจริตของประชาชนประกอบด้วย เพราะกรณีนี้เคยมีการให้ใบอนุญาตสถานบริการอาบอบนวด โดยถือเอาสัญญาเช่าเป็นหนังสือยินยอมมาแล้ว และหากพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาเห็นว่าจะต้องมีหนังสือยินยอมโดยเฉพาะ ก็จะต้องแนะนำผู้ขออนุญาตให้กระทำให้ถูกต้องตามมาตรา 27 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการปกครอง พ.ศ. 2539 ในกรณีนี้

การตีความขยายความเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน โดยที่ประสิทธิภาพการบริหารจัดการของรัฐมิได้กระทบกระเทือนหรือเสียหาย น่าจะถูกต้องกว่าการตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษร

#### 5.4 กรณีการตีความคำว่า “มีความมั่นคงแข็งแรง” ตามกฎกระทรวงออกตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2552

กรณีศึกษาเรื่องนี้มีข้อเท็จจริงว่า ผู้ขอใบอนุญาตประกอบกิจการร้านเกมการเล่น โดยปรากฏว่าอาคารที่ขออนุญาตนั้น มีเพียงหนังสือรับรองของวิศวกรว่า อาคารมีความมั่นคงแข็งแรง สำนักงานวัฒนธรรมจังหวัดจึงได้ทำเรื่องมายังกรมส่งเสริมวัฒนธรรม ในฐานะที่อธิบดีกรม (เลขธิการคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ เดิม) เป็นนายทะเบียนกลาง และเป็นนายทะเบียนประจำกรุงเทพมหานคร ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2552 โดยที่กฎกระทรวงว่าด้วยการอนุญาตและการประกอบกิจการร้านวีดิทัศน์ พ.ศ. 2552 ข้อ 5 กำหนดว่า “อาคารหรือสถานที่ตั้งของร้านวีดิทัศน์ที่ให้บริการเกมการเล่นต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้ (1) มีความมั่นคงแข็งแรง” จึงมีปัญหาการตีความว่า “อาคารที่มีความมั่นคงแข็งแรง” จะมีความหมายเพียงใด

ปัญหานี้เป็นการตีความในถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง และเป็นถ้อยคำทางเทคนิค ซึ่งเป็นถ้อยคำที่เป็นดุลพินิจวินิจฉัยของฝ่ายปกครองในการตีความ และจะต้องให้ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านเท่านั้นตีความจึงทราบขอบเขตความหมายทางเทคนิคได้ ในการพิจารณาข้อหาหรือตั้งกล่าวว่ามีปัญหาพิจารณาว่า “อาคารที่มีความมั่นคงแข็งแรง” จะต้องเป็นอาคารที่ได้ใบอนุญาตก่อสร้างจากเจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 หรือเพียงแต่ได้รับการรับรองจากผู้ประกอบวิชาชีพเกี่ยวกับความมั่นคงแข็งแรงของอาคารก็เพียงพอแล้ว และอาคารใดจะถือว่าเป็นอาคารที่มั่นคงแข็งแรงจะมีลักษณะอย่างไร ในการตีความนี้ข้อพิจารณาประการแรกคือ กฎกระทรวงกำหนดเพียงแต่ว่า “อาคารหรือสถานที่ตั้งของร้านวีดิทัศน์ที่ให้บริการเกมการเล่นต้องมีลักษณะมีความมั่นคงแข็งแรง” ซึ่งมีใช้กำหนดว่า อาคารจะต้องได้รับใบอนุญาตก่อสร้างจากเจ้าพนักงานตามกฎหมายควบคุมอาคาร ดังนั้น การตีความว่าอาคารมั่นคงแข็งแรงจะต้องเป็น

อาคารที่ไ้รับใบอนุญาตก่อสร้างจากเจ้าพนักงานตามกฎหมายควบคุมอาคาร เป็นการตีความขยายอำนาจของนายทะเบียนนอกเหนือกว่าที่กฎหมายกำหนด และนายทะเบียนตามพระราชบัญญัติสภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2552 มิใช่ผู้รักษาการหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายควบคุมอาคาร จึงไม่อาจที่จะตีความว่า อาคารจะต้องไ้รับใบอนุญาตก่อสร้างจากเจ้าพนักงานตามกฎหมายควบคุมอาคาร อีกประการหนึ่งหากอาคารที่ขออนุญาตอยู่นอกเขตพื้นที่ควบคุมอาคาร จะไม่อาจมีใบอนุญาตก่อสร้างได้ และถึงแม้จะเป็นอาคารที่ไ้รับใบอนุญาตก่อสร้าง แต่หากอาคารใช้งานเป็นเวลานานก็อาจจะไม่มั่นคงแข็งแรงก็ได้ ถ้าตีความในทำนองจะกล่าวเป็นการตีความในสิ่งเป็นไปไม่ได้หรือออกผลประหลาด ประการต่อมา การที่จะพิจารณาว่าอาคารใดมั่นคงแข็งแรงเป็นลักษณะเฉพาะที่ผู้มีวิชาชีพรทางวิศวกรเท่านั้นที่จะทราบได้ว่าอาคารใดมั่นคงแข็งแรง นายทะเบียนผู้ไม่มีความรู้เพียงพอที่จะทราบได้ว่าอาคารใดมั่นคงแข็งแรง ฉะนั้นในการตอบข้อหรือดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากมีหนังสือรับรองของวิศวกรว่าอาคารมั่นคงแข็งแรง ถือว่าเป็นไปตามกฎกระทรวงว่าด้วยการอนุญาตและการประกอบกิจการร้านวีดิทัศน์ พ.ศ. 2552 ข้อ 5 (1) แล้ว ซึ่งเป็นการตีความตามหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ และเป็นการตีความโดยค้ำนึ่งเจตนารมณร์ของกฎหมายในสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง (นิติสมบัตติ)

## 6. กรณิตัวอย่งการตีความกฎหมายปกครองโดยศาลปกครองสูงสุด

ผู้เขียนไ้ได้กรณิตัวอย่งการตีความกฎหมายปกครอง โดยศึกษาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ซึ่งจากการศึกษาพบว่าโดยมากแล้วศาลปกครองสูงสุดจะตีความกฎหมายปกครองโดยดูเจตนารมณร์หรือวัตถุประสงค์กฎหมายเป็นสำคัญ

6.1 การตีความว่า กฎกระทรวงขัดหรือแย้งกฎหมายแม่บทหรือไม่ จะต้องตีความเจตนารมณร์ของกฎหมายแม่บท

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.17/2551 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 มีเจตนารมณร์ไ้

ยึดหลักกระจายอำนาจการบริหารงานบุคคลให้แก่เขตพื้นที่การศึกษา และมีเจตนารมณ์ให้ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในเขตพื้นที่การศึกษาร่วมกันใช้อำนาจในการบริหารงานบุคคล โดยผ่านทางอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในเขตพื้นที่การศึกษาที่มาจากการเลือกตั้ง ซึ่งถือว่ามีสิทธิในการเลือกตั้งอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในเขตพื้นที่การศึกษา เป็นสิทธิสำหรับปกป้องรักษาประโยชน์ของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในเขตพื้นที่การศึกษา คณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา (ก.ค.ศ.) ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ต้องกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการได้มาของอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในสัดส่วนของผู้แทนผู้บริหารหน่วยงานการศึกษาที่เรียกชื่ออย่างอื่นในเขตพื้นที่การศึกษา แต่เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกกฎ ก.ค.ศ. ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการได้มาของอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ และอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา พ.ศ. 2548 กำหนดให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งและผู้มีสิทธิเข้ารับการเลือกตั้งเป็นอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา ประกอบด้วย 1. กลุ่มสายงานผู้ดำรงตำแหน่งผู้บริหารสถานศึกษา หรือผู้บริหารหน่วยงานการศึกษาที่เรียกชื่ออย่างอื่นในเขตพื้นที่การศึกษาตามที่ ก.ค.ศ. กำหนด 2. กลุ่มสายงานผู้ดำรงตำแหน่งครูหรือครูผู้ช่วย และ 3. กลุ่มสายงานผู้ดำรงตำแหน่งบุคลากรทางการศึกษาอื่น ทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งในกลุ่มสายงานผู้บริหารการศึกษา ไม่มีสิทธิเลือกตั้ง และไม่มีสิทธิเข้ารับการเลือกตั้งเป็นอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ.เขตพื้นที่การศึกษา และถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกกฎโดยจำกัดสิทธิเลือกตั้งและจำกัดสิทธิเข้ารับการเลือกตั้งเป็นอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา ทั้งที่มีได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายจำกัดคุณสมบัติด้านตำแหน่งไว้ การออกกฎ ก.ค.ศ. ดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการที่จำกัดสิทธิในการเลือกตั้ง และจำกัดสิทธิในการเข้ารับการเลือกตั้งเป็นอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา ซึ่ง

ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันระหว่างผู้มีสิทธิกับผู้ไม่มีสิทธิ ในการเลือกตั้งและเข้ารับเลือกตั้งโดยไม่มีเป็นธรรมและไม่มีเหตุผลอันอาจรับฟังได้ อันขัดต่อหลักความเสมอภาค ตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และขัดต่อมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา

**6.2 การตีความควัตฤประสงคฺ จะตีความขยายความหรือตีความขยายอำนาจไม่ได้ ตามหลัก ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ**

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 40/2549 มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 เป็นกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทรายเอาไว้ มิใช่กำหนดอำนาจหน้าที่ ซึ่งความแตกต่างของถ้อยคำที่ระบุในกฎหมายทำให้เข้าใจได้ว่า กฎหมายมีวัตถุประสงค์ให้คณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทราย เป็นกลไกที่จะสนับสนุนให้ระบบการผลิตและจำหน่ายอ้อยและน้ำตาลทรายดำเนินไปได้มากกว่าที่จะให้เป็นกลไกในเชิงบังคับหรือสั่งการให้ผู้อยู่ในบังคับของกฎหมายต้องปฏิบัติ สำหรับบทบัญญัติมาตรา 17 (29) และ (30) ซึ่งคณะกรรมการฯ อาศัยเป็นฐานในการออกระเบียบข้างต้นนั้น มีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ของคณะกรรมการฯ ไว้อย่างกว้างๆ นอกเหนือจากที่ระบุไว้ในอนุมาตราต่างๆ ก่อนหน้าอนุมาตราดังกล่าว โดยมาตรา 17 (29) เป็นหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนดหรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย ส่วนมาตรา 17 (30) เป็นหน้าที่ในการกำหนดระเบียบอื่นใดเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย ทั้งนี้ การแปลความขอบเขตของบทบัญญัติอนุมาตราดังกล่าว ต้องคำนึงถึงหน้าที่อื่นๆ ที่ได้ระบุมาในอนุมาตราก่อน และอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายว่าด้วยการนั้น โดยไม่อาจแปลความว่ามีหน้าที่กระทำการในเรื่องใดๆ โดยปราศจากขอบเขต ดังนั้น แม้ว่ามาตรา 44 (1) 6 แห่งพระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทรายฯ จะกำหนดให้โรงงานน้ำตาลทรายต้องปฏิบัติตามระเบียบและประกาศที่คณะกรรมการฯ กำหนด แต่ก็ต้องหมายความว่าจะระเบียบและประกาศนั้นต้องออกโดยชอบด้วยกฎหมายด้วย ดังนั้น แม้ความในมาตรา 17 (29) และ (30) จะบัญญัติไว้อย่างกว้างๆ แต่ก็ต้องอยู่ในขอบเขตของ

กฎหมายว่าด้วยอ้อยและน้ำตาลทราย ซึ่งเมื่อไม่มีบทบัญญัติมาตราใดกำหนดให้เป็นภาระหรือหน้าที่ของโรงงานน้ำตาลทราย ให้ต้องหักเงินเพื่อชำระหนี้เงินกู้โดยที่โรงงานไม่มีส่วนเกี่ยวข้องใดๆ กับการกู้เงินนั้น ดังนั้น บทบัญญัติมาตรา 17 (29) และ (30) จึงไม่ได้ให้อำนาจคณะกรรมการฯ ที่จะออกระเบียบในลักษณะดังที่กล่าวได้ การที่ระเบียบคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทรายฉบับที่ 2 พ.ศ. 2543 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 17 (29) และ (30) ได้กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของโรงงานน้ำตาลทรายในเรื่องข้างต้นไว้ จึงเป็นกฎที่ออกโดยเกินอำนาจตามกฎหมาย

**คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.34/2549** การออกข้อบัญญัติที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน เมื่อปรากฏว่าในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมบำรุงองค์การบริหารส่วนจังหวัดจากผู้พักในโรงแรม พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวเฉพาะในเรื่องของอำนาจในการจัดเก็บ โดยกำหนดไว้ในมาตรา 65 ให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดมีอำนาจออกข้อบัญญัติเรียกเก็บค่าธรรมเนียมฯ จากผู้พักในโรงแรม ตามกฎหมายว่าด้วยโรงแรมตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวง 7 โดยในการดำเนินการจัดเก็บค่าธรรมเนียมดังกล่าว พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดฯ ไม่มีบทบัญญัติใดให้อำนาจแก่องค์การบริหารส่วนจังหวัดในการออกข้อบัญญัติกำหนดให้เจ้าหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดสามารถเรียกผู้ควบคุมและผู้จัดการโรงแรม ผู้พัก และผู้เกี่ยวข้อง มาให้ถ้อยคำหรือส่งเอกสารหรือหลักฐานอื่นใดมาเพื่อตรวจสอบได้ และเนื่องจากการกำหนดข้อบัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในลักษณะดังกล่าว เป็นกรณีที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจแก่องค์การบริหารส่วนจังหวัดไว้อย่างชัดเจน การที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดออกข้อบัญญัติในลักษณะดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

**6.3 การตีความตามเจตนารมณ์ของระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ  
โดยพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย**

**คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.375/2550** แม้ระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการลงโทษนักเรียนหรือนักศึกษา พ.ศ. 2543 จะมีได้ระบุไว้ชัดแจ้งให้การกระทำผิดอาญาเป็นความผิดที่โรงเรียนหรือสถานศึกษาสามารถลงโทษได้ แต่เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำผิดตามระเบียบดังกล่าว เห็นว่าล้วนแต่เป็นการกระทำอันเนื่องมาจากความประพฤติของผู้กระทำผิดที่ไม่รักษาระเบียบข้อบังคับของสถานศึกษาหรือระเบียบกระทรวงศึกษาธิการทั้งสิ้น ดังนั้น การจะพิจารณานักเรียนหรือนักศึกษาคนใดกระทำผิดและสมควรถูกลงโทษตามระเบียบดังกล่าวหรือไม่ จึงไม่ได้ขึ้นอยู่กับลักษณะประเภทของความผิดเท่านั้น แต่จะต้องพิจารณาถึงผลของการกระทำว่าจะก่อให้เกิดความเสื่อมเสียหรือเสียหายต่อชื่อเสียงของครู อาจารย์ โรงเรียนหรือสถานศึกษา รวมทั้งตัวนักเรียนผู้กระทำผิดหรือไม่ด้วย

#### 6.4 การตีความเพื่อบังคับคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.10/2550 การประกาศใช้พระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539 และการจัดตั้ง กบข. มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันการจ่ายบำเหน็จบำนาญและให้ประโยชน์ตอบแทนการรับราชการเมื่อออกจากราชการ และเพื่อส่งเสริมการออมทรัพย์การจัดสวัสดิการและสิทธิประโยชน์อื่นให้แก่ข้าราชการที่เป็นสมาชิกกองทุนรวมทั้งเพื่อให้เป็นสถาบันเงินออมที่มีบทบาทสำคัญในการช่วยแก้ไขปัญหาการขาดแคลนเงินออมภายในประเทศ ตลอดจนส่งเสริมการลงทุนอันเป็นการส่งเสริมและพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมโดยรวม ซึ่งแม้จะไม่มีบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการฯ ห้ามสมาชิกลาออกจากการเป็นสมาชิกกองทุนโดยตรงก็ตาม แต่หากผู้ถูกฟ้องคดียินยอมให้สมาชิกกองทุนสามารถลาออกจากการเป็นสมาชิกในกรณีที่มีใ้การออกจากราชการได้นั้น ย่อมเป็นการขัดต่อบทกฎหมายและขัดต่อวัตถุประสงค์ของการจัดตั้ง กบข. ดังที่กล่าวมาข้างต้น

#### 6.5 การตีความขยายความเพื่อบังคับคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพประชาชน

**คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.164/2550** เมื่อปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีเคยรับราชการเป็นพนักงานส่วนท้องถิ่น สังกัดเทศบาลเมืองสุรินทร์

เทศบาลตำบลปากช่อง และเทศบาลนครนครราชสีมา ตามลำดับ ซึ่งถือเป็นราชการส่วนท้องถิ่นตามมาตรา 70 (2) 20 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ต่อมาได้โอนมารับราชการครูในสังกัดผู้ถูกฟ้องคดีเมื่อวันที่ 25 มีนาคม 2537 ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงมีสถานภาพเป็นข้าราชการครูตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 ซึ่งเป็นข้าราชการประเภทหนึ่ง ตามนิยามคำว่า ข้าราชการ ตามมาตรา 4 แห่งพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527 และโดยที่บทบัญญัติของพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการดังกล่าว มิได้กำหนดว่าข้าราชการผู้ขอใช้สิทธิเบิกค่าเช่าบ้านจะต้องเริ่มรับราชการครั้งแรกโดยมีสถานภาพเป็นข้าราชการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 4 เท่านั้น จึงจะมีสิทธิเบิกค่าเช่าบ้านได้ ประกอบกับพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการฯ มีเจตนารมณ์เพื่อช่วยเหลือข้าราชการที่ได้รับความเดือดร้อนในเรื่องที่อยู่อาศัยอันเนื่องมาจากทางราชการเป็นเหตุ อีกทั้งสิทธิและสวัสดิการที่ได้รับจากทางราชการของข้าราชการไม่ว่าจะสังกัดส่วนราชการใดควรมีความเท่าเทียมกัน เพราะการปฏิบัติงานไม่ว่าจะสังกัดราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาคหรือราชการส่วนท้องถิ่น ย่อมถือเป็นการรับราชการทั้งสิ้น เพียงแต่จะมีขอบเขตภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะที่แตกต่างกันเท่านั้น ฉะนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีเห็นว่าผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการส่วนท้องถิ่นมาก่อน เมื่อโอนมารับราชการในสังกัดผู้ถูกฟ้องคดีทำให้ไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่จะมีสิทธิเบิกค่าเช่าบ้านข้าราชการตามมาตรา 7 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการฯ เนื่องจากมิใช่ข้าราชการผู้ได้รับคำสั่งให้เดินทางไปประจำในต่างท้องที่ แต่เป็นการเริ่มรับราชการครั้งแรกในท้องที่ที่เป็นที่ตั้งของผู้ถูกฟ้องคดีนั้น เป็นความเห็นที่ไม่ถูกต้องตามมาตรา 7 แห่งพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการฯ

## 2.6 การตีความเพื่อมุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ในทางให้กฎหมายมีผลบังคับใช้จริง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.327/2550 บทบัญญัติมาตรา 19 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า เมื่อมีข้อสงสัยเกี่ยวกับสมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลผู้ใดสิ้นสุดลง ตาม (4) (5) หรือ (6) ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดสอบสวน



และวินิจฉัยโดยเร็วนั้น แม้โดยทั่วไปการสอบสวนและวินิจฉัยเมื่อมีข้อสงสัยเกี่ยวกับการสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาล พึ่งเกิดขึ้นในระหว่างที่สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลรายนั้นยังไม่สิ้นสุดก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ได้มีข้อจำกัดว่าการสอบสวนวินิจฉัยจะกระทำหลังจากสมาชิกภาพสิ้นสุดลงแล้วมิได้ ในทางตรงข้ามหากแปลความว่ามีข้อจำกัดเช่นนั้น ก็จะทำให้มีการหลีกเลี่ยงผลทางกฎหมายของการสิ้นสุดลงของสมาชิกภาพ จากกรณีหรือเหตุแต่ละเหตุที่มีผลทางกฎหมายแตกต่างกัน ทั้งยังเป็นการเปิดช่องให้มีการกระทำการอันเป็นการต้องห้ามได้เมื่อใกล้ครบวาระ หรือจงใจสร้างเหตุการณ์สิ้นสุดลงของสมาชิกภาพเหตุอื่นขึ้น เพื่อให้สมาชิกภาพของตนสิ้นสุดลงก่อนมีการวินิจฉัย ดังนั้นเมื่อมีผู้ร้องเรียนว่าเมื่อครั้งผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลตำบลและนายกเทศมนตรีในวาระที่ผ่านมา ได้เป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลตำบลเป็นคู่สัญญา เหตุที่จะต้องมีการสอบสวนและวินิจฉัยจึงเกี่ยวกับการกระทำที่เกิดขึ้นในขณะที่ผู้ฟ้องคดียังดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลตำบลอยู่ ตามนัยมาตรา 19 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 ผู้ถูกฟ้องคดีจึงยังคงมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการสอบสวนและวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวได้ ตามมาตรา 19 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

#### 6.7 การตีความคำว่า รับขนส่งคนโดยสาร ดูเจตนารมณ์ และตีความขยายความเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพประชาชน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.231/2550 ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำกิจการรับขนส่งผู้โดยสาร สินค้า พัสดุภัณฑ์ และของอื่นๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับกิจการรถไฟซึ่งเป็นบริการสาธารณะ โดยในการจัดทำกิจการสาธารณะดังกล่าว นอกจากจะต้องจัดให้มีขบวนรถไฟสำหรับขนส่งผู้โดยสาร สินค้า พัสดุภัณฑ์ และของอื่นๆ อย่างเพียงพอแก่ความต้องการของประชาชนแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดียังจะต้องดูแลรักษาส่วนต่างๆ ของตุ้รถโดยโดยสารของขบวนรถไฟซึ่งเป็นเครื่องมือสำคัญที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว เช่น ที่นั่ง ที่นอนของ

ผู้โดยสาร รวมทั้งประตูหน้าต่างของตู้รถโดยสาร ให้อยู่ในสภาพที่ใช้การได้ดีและสามารถอำนวยความสะดวกสบายในการเดินทางให้แก่ผู้โดยสารได้ตามสมควร ซึ่งในส่วนของหน้าต่างนั้นรถโดยสารทุกชนิดไม่ว่าจะเป็นรถโดยสารส่วนบุคคลหรือรถโดยสารสาธารณะ และไม่ว่าจะเป็นรถโดยสารปรับอากาศหรือรถโดยสารไม่ปรับอากาศ จะต้องมียานหน้าต่าง โดยหน้าต่างรถโดยสารมิได้มีไว้เพียงเพื่อให้แสงสว่างจากภายนอกรถเข้าไปภายในรถได้เท่านั้น แต่ยังมีไว้เพื่อให้ผู้โดยสารสามารถมองเห็นสรรพสิ่งที่อยู่นอกรถ เพื่อให้เกิดความเพลิดเพลินในระหว่างที่อยู่ในรถ และระแวดระวังอันตรายที่อาจจะมีจากภายนอกอีกด้วย รถโดยสารที่ไม่มีหน้าต่างจึงไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นรถโดยสาร แต่เป็นรถขนส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์

## บทสรุป

การใช้และการตีความกฎหมายปกครอง นอกจากจะต้องใช้และตีความตามหลักการใช้และการตีความกฎหมายทั่วไปแล้ว จะต้องใช้และตีความตามหลักเฉพาะของการใช้และการตีความกฎหมายปกครองด้วย การใช้กฎหมายปกครองมีสาระสำคัญ 5 ประการคือ ประการแรก จะต้องใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรก่อน โดยจะต้องใช้กฎหมายปกครองเฉพาะเรื่องก่อน หากกฎหมายเฉพาะเรื่องมีมาตรฐานหรือหลักเกณฑ์ต่ำกว่าหรือเป็นธรรมน้อยกว่า ก็จะต้องใช้กฎหมายปกครองที่เป็นหลักทั่วไป คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประการที่สอง ในการปรับใช้กฎหมายปกครองจะต้องคำนึงถึงลำดับชั้นของกฎหมาย โดยที่กฎหมายลำดับรองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทไม่ได้ และกฎหมายแม่บทจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือหลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ประการที่สาม การใช้กฎหมายปกครองอันเป็นแหล่งที่มาของอำนาจฝ่ายปกครอง จะต้องเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นใดที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติเท่านั้น รัฐธรรมกิติ จาริต ประเพณีกิติ หลักกฎหมายปกครองทั่วไปกิติ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะอ้างเป็นแหล่งที่มาของอำนาจไม่ได้ แต่ในกรณีกฎหมายอันเป็นข้อจำกัดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในอันที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน เกิดจากรัฐธรรมนูญ

พระรชษบัญญัติ จาริตประเพณี หลักรฤฤฤฤฤปครรรรงท่วไป ประการที่สี่ การใช้กรฤฤฤฤฤพ่งมาเป็นบทรฤฤฤในกรณียี่ไม่มีกรฤฤฤฤฤบัญญัติเฉพะเรื่องเอาไว้ แต่การใช้กรฤฤฤฤฤพ่งเป็นบทรฤฤฤนั้น จะใช้ได้เพียงแต่เฉพะเท่าที่ยี่ซัดต่อหลักรฤฤฤฤฐนของกรฤฤฤฤฤปครรรรง และยี่ทำให้การบริกรรสรชษารณะหรือประโยชนสรชษารณะกรรทบกรรเทือร่นเท่านน ประการที่ยี่ห้า ในกรณียี่มีช่งว่างกรฤฤฤฤฤ การใช้กรฤฤฤฤฤปครรรรงมีได้ค่านึงถึงลำดับช่นของการอูชช่งว่างของกรฤฤฤฤฤตามประมวลกรฤฤฤฤพ่งและพาณียชย มาตรา 4 วรรคสอง กรณียกรรอูชช่งว่างกรฤฤฤฤฤปครรรรง ผู้ใช้กรฤฤฤฤฤปครรรรงสามารถที่ยี่จะนำกรฤฤฤฤฤจาริตประเพณี หรือหลักรฤฤฤฤฤปครรรรงท่วไป หรือกรฤฤฤฤฤที่ยี่ใกล้เคียงอย่งยี่หรือหลักรฤฤฤฤฤผลในหลักรฤฤฤฤฤยุดิรธรรม หรือเหตุผลทางตรกรวิทยา อย่งใดหนึ่มาอูชช่งว่างกรฤฤฤฤฤได้โดยยี่จำเป็น ต้องใช้ไปตามลำดับ หากกรฤฤฤฤฤที่ยี่นำมาใช้อูชช่งว่างนั้นเกิดผลที่ยี่ดีที่สุดในกรรทำให่เจตณารมณของกรฤฤฤฤฤสัมฤฤฤฤฤผลในการคู้มครรรงสิทธิสรริภพประชชนและเกิดประโยชนสรชษารณะ

ส่วนการตีความกรฤฤฤฤฤปครรรรงนอกจากจะต้องตีความตามหลักรฤฤฤฤฤตีความท่วไปแล้ว การตีความกรฤฤฤฤฤปครรรรงก็มีหลักรฤฤฤฤฤ 2 ประการ คือ ประการแรก จะต้องตีความโดยค่านึงถึงหลักรฤฤฤฤฤฐนของกรฤฤฤฤฤปครรรรง เช่น หลักรฤฤฤฤฤชอบด้วยกรฤฤฤฤฤของการกรรทำฝ่ายปครรรรง หลักรฤฤฤฤฤไม่มีกรฤฤฤฤฤไม่มีอำนาจ เพราะหลักรฤฤฤฤฤฐนของกรฤฤฤฤฤปครรรรงเป็นรากฐนที่ยี่มาของกรฤฤฤฤฤปครรรรงที่ยี่เป็นลายลักษณอักษร ประการที่ยี่สอง การตีความกรฤฤฤฤฤปครรรรงจะต้องค่านึงถึงวัตถุประสงค์ของกรฤฤฤฤฤปครรรรง คือ เพือมุ่งคู้มครรรงประโยชนสรชษารณะและให่การบริกรรจติกรรของรัฐมีประสิทธิภพและเกิดประสิทธิผล และมุ่งคู้มครรรงสิทธิสรริภพของประชชน การตีความกรฤฤฤฤฤปครรรรงจึงเป็นการตีความตามเจตณารมณมากกว่าที่ยี่จะตีความตามตัวอักษร ดังนั้น ในกรรตีความกรฤฤฤฤฤปครรรรงจะต้องตีความให่เกิดดุลยภพระหว่งประโยชนสรชษารณะกับสิทธิและสรริภพประชชน โดยจะต้องค่านึงในหลักรฤฤฤฤฤม่นคงในนิติฐนของประชชน และยี่เป็นการซัดชวงหรือเป็นอุปสรรคในการบริกรรจติกรรของรัฐด้วย

ดังนั้น ในการตีความกฎหมายปกครอง ในกรณีกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐกระทบต่อสิทธิเสรีภาพประชาชน จึงอาจจะตีความอย่างแคบตามหลัก ไม่มีกฎหมายให้อำนาจ หรืออาจจะตีความอย่างขยายความได้ในกรณีเจตนารมณ์กฎหมายนั้นมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน และเพื่อเป็นการคุ้มครองในหลักความมั่นคงในนิติฐานะของประชาชน

ผู้เขียนเห็นว่า ในการตีความกฎหมายปกครองทุกครั้งจะต้องมีการค้นหาเจตนารมณ์เสมอจะตีความตามตัวอักษรโดยลำพังไม่ได้ ในสภาพการณ์เช่นนี้อาจกล่าวไปได้เลยว่า แท้ที่จริงแล้วไม่มีการตีความตามตัวอักษรเลย เพราะถ้าตีความตามตัวอักษรตามลำพังแล้วก็ไม่อาจหาความหมายที่แท้จริงและถูกต้องเป็นธรรมแก่ตัวบทกฎหมายนั้นได้ จึงต้องนำตัวอักษรนั้นไปตีความตามเจตนารมณ์ นั่นคือ การตีความตามเจตนารมณ์นั้น จึงอาจกล่าวได้ ในการตีความกฎหมายคือการโยนตัวอักษรนั้นทิ้งเสีย แล้วหันมาหาเจตนารมณ์ ค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย แล้วแปลความให้เกิดผลตามหลักการตีความสมัยใหม่ที่ศาลยุติธรรมสหภาพยุโรปนำมาใช้ในปัจจุบัน ที่ได้ใช้วิธีการตีความแบบมีพัฒนาการกฎหมาย (Dynamic Criteria) เพื่อตัดปัญหาการตีความตามตัวอักษร (เนื่องจากกฎหมายสหภาพยุโรปมีภาษาทางการถึง 23 ภาษา) ทำให้สามารถก้าวพ้นขีดจำกัดของภาษาและการตีความในรูปในอดีต ซึ่งได้ผลดีกว่าการตีความแบบดั้งเดิมหรือตามประวัติศาสตร์หรือการตีความตามตรรกวิทยา<sup>39</sup>

ในการตีความตามเจตนารมณ์แบบมีพัฒนาการกฎหมายจะต้องมีเทคนิค 3 วิธี ประกอบกันทุกครั้งเสมอ คือ 1) Purposive Interpretation คือ การตีความให้สอดคล้องกับเป้าหมายและวัตถุประสงค์ของกฎหมายไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม 2) Function Interpretation คือ จะต้องตีความไปในทางที่จะให้กฎหมายมีผลบังคับใช้อย่างสัมฤทธิ์ หรือการมองไปข้างหน้าจากผลของการตีความ และ 3) Consequentialist Interpretation การตีความไปในทางที่จะสามารถ

<sup>39</sup> ปรีชญ มะกรวัฒน์, “การตีความของศาลประชาคมยุโรป : เทคนิคใหม่ในการตีความกฎหมาย,” วารสารอัยการ ปีที่ 2 ฉบับ 252 (ก.ค.-ก.ย. 2552), หน้า 59-66.

ทำให้สิ่งที่กฎหมายประสงค์เกิดผลขึ้นได้จริง และเป็นรูปธรรมที่ชัดเจน ไม่ใช่ตีความไปในทางเพื่อฝืนหรือเกิดเป็นนามธรรมอย่างที่ไม่สิ้นสุด

ดังนั้น ในการตีความกฎหมายปกครอง คือภารกิจในการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายปกครองฉบับนั้นว่า มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและให้การบริหารจัดการของรัฐมีประสิทธิภาพและเกิดประสิทธิผล หรือมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพประชาชน หากกฎหมายมีเจตนารมณ์มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและให้การบริหารจัดการของรัฐมีประสิทธิภาพและเกิดประสิทธิผล การตีความก็จะต้องไม่กระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชนในสาระสำคัญ และไม่กระทบกระเทือนต่อความมั่นคงในนิติฐานะของประชาชนด้วย หลีกเลี่ยงการตีความที่จะทำให้เกิดผลกระทบในทางที่จะเสียหายต่อระบบกฎหมายและการปฏิบัติตามกฎหมาย โดยจะต้องให้เจตนารมณ์ของกฎหมายเกิดผลในทางปฏิบัติอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด

ผู้เขียนขอเสนอแนวคิดใหม่ในการตีความกฎหมายซึ่งจะเป็นแนวคิดที่ใช้สำหรับการตีความกฎหมายปกครอง ที่จะก่อให้เกิดผลเป็นการตีความกฎหมายปกครองตามเจตนารมณ์ เพื่อประสานประโยชน์สาธารณะและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชนให้เกิดดุลยภาพ ดังนี้

1. จะต้องพิจารณาพื้นฐานของกฎหมาย โดยพิจารณาหลักกฎหมายหรือทฤษฎีรากฐาน หรือสภาพปัญหาก่อนมีกฎหมายฉบับนั้นๆ หรือตัวบทนั้นๆ (ดูการก่อตัวของกฎหมายในอดีต)
2. จะต้องพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยพิจารณาวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายของกฎหมายหรือตัวบทกฎหมายนั้นๆ ว่า ในสภาพการณ์ปัจจุบันกฎหมายมีเป้าประสงค์อย่างไร (ดูสถานะปัจจุบัน)
3. จะต้องพิจารณาผลรูปธรรมจากการตีความ โดยพิจารณาว่าเมื่อตีความกฎหมายแล้ว จะเกิดในทางรูปธรรมที่ก่อให้เกิดความสัมฤทธิ์ผลตามวัตถุประสงค์กฎหมายให้เกิด และไม่ทำให้เกิดสภาวะสับสนในการบังคับใช้กฎหมาย (ดูที่จะเกิดในอนาคต)

ซึ่งหลักการตีความดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลจากการที่ตีความที่ทั้งไม่ขัดแย้งกับทฤษฎีกฎหมาย มีผลทำให้การบังคับการเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ไม่ก่อให้เกิดความขัดแย้งในอนาคตและเป็นรากฐานของการบังคับใช้กฎหมายในอนาคตด้วย แต่หลักการดังกล่าวที่นำเสนอจะมีสาระสำคัญและมืองค์ประกอบอย่างไร เพียงใด จะต้องรอการศึกษาวิจัยต่อไป



## ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ มีอำนาจพิจารณาจริงหรือ ? \*

นิธินันท์ สุขวงศ์ \*\*

ความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ ในกรณีเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่แล้ว เกิดการละเมิดไม่ว่าจะโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เมื่อหน่วยงานของรัฐ (ซึ่งมีฐานะเป็น กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรม และราชการส่วนภูมิภาค) ได้ออกคำสั่งทางปกครองให้เจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบ ตามความเห็นของกระทรวงการคลังแล้ว คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครอง<sup>1</sup> เจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งนั้นได้ เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งต้องพิจารณาและเสนอความเห็นต่อผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์<sup>2</sup> ผู้มีอำนาจ

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 3 กรกฎาคม 2554

\*\* นิติศาสตรบัณฑิต, นิติศาสตรมหาบัณฑิต ม.รามคำแหง , เนติบัณฑิตไทย , ประกาศนียบัตรด้านการจัดการความรู้ ม.เชียงใหม่

1 คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.55/2546

2 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

**มาตรา 44** ภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่มีคำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นโดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

คำอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือโดยระบุข้อโต้แย้งและข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่อ้างอิงประกอบด้วย

พิจารณาอุทธรณ์<sup>3</sup> จะต้องพิจารณาอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับการอุทธรณ์ในกรณีเช่นนี้ ไม่มีกฎหมายไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 หรือระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กำหนดไว้โดยเฉพาะ จึงต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในส่วนที่ 5 มาตรา 44 ถึง มาตรา 48 ซึ่งในการพิจารณาอุทธรณ์ในกรณีดังกล่าว

การอุทธรณ์ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทุเลาการบังคับตามมาตรา 56 วรรคหนึ่ง

**มาตรา 45** ให้เจ้าหน้าที่ตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง พิจารณาคำอุทธรณ์และแจ้งผู้อุทธรณ์โดยไม่ชักช้า แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ ในกรณีที่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนก็ให้ดำเนินการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองตามความเห็นของตนภายในกำหนดเวลาดังกล่าวด้วย

ถ้าเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง ไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนก็ให้เร่งรายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลาตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับรายงาน ถ้ามีเหตุจำเป็นไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าว ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีหนังสือแจ้งให้ผู้อุทธรณ์ทราบก่อนครบกำหนดเวลาดังกล่าว ในการนี้ ให้ขยายระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ออกไปได้ไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว

เจ้าหน้าที่ผู้ใดจะเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ตามวรรคสองให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

บทบัญญัติมาตรานี้ไม่ใช้กับกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

**มาตรา 46** ในการพิจารณาอุทธรณ์ ให้เจ้าหน้าที่พิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง และอาจมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มภาระหรือลดภาระหรือใช้ดุลพินิจแทนในเรื่องความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครองหรือมีข้อกำหนดเป็นเงื่อนไขอย่างไรก็ได้

<sup>3</sup> กฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539



โดยส่วนใหญ่ในทางปฏิบัติที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ (ในกรณีหน่วยงานที่มีฐานะเป็น กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม และราชการส่วนภูมิภาค) จะอ้างหนังสือของกระทรวงการคลัง ที่ กค 0406.2/ว.60 ลงวันที่ 29 มีนาคม 2548 เรื่อง การอุทธรณ์คำสั่งตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งมีสาระสำคัญ (เฉพาะในส่วนที่หน่วยงานของรัฐที่มีฐานะเป็น กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม และราชการส่วนภูมิภาค) ดังนี้

“กระทรวงการคลังพิจารณาแล้วเห็นว่า เพื่อให้หน่วยงานของรัฐตามความหมายของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 สามารถปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ข้างต้น และลดปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในทางปฏิบัติ จึงขอแนะนำขั้นตอนและวิธีดำเนินการในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งของหน่วยงานของรัฐ ดังนี้

1. กรณีผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรและแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบไปก่อนโดยไม่รอผลการตรวจสอบจากกระทรวงการคลัง ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 17 วรรคห้า<sup>4</sup> และผู้ถูกบังคับได้อุทธรณ์คำสั่งให้หน่วยงานของรัฐ

<sup>4</sup> ข้อ 17 เมื่อผู้แต่งตั้งได้รับผลการพิจารณาของคณะกรรมการแล้วให้วินิจฉัยสั่งการว่ามีผู้รับผิดชอบใช้คำสั่งใหม่ทดแทนหรือไม่ และเป็นจำนวนเท่าใดแต่ยังมีต้องแจ้งการสั่งการให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ

ให้ผู้แต่งตั้งส่งสำนวนภายในเจ็ดวันนับแต่วันวินิจฉัยสั่งการให้กระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบ เว้นแต่เป็นเรื่องที่กระทรวงการคลังประกาศกำหนดว่าไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ

ให้กระทรวงการคลังพิจารณาโดยไม่ชักช้า และให้มีอำนาจตรวจสอบพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่เห็นสมควรจะให้บุคคลใดส่งพยานหลักฐานหรือมาให้ถ้อยคำเพื่อประกอบการพิจารณาเพิ่มเติมอีกก็ได้

ในระหว่างการพิจารณาของกระทรวงการคลัง ให้ผู้แต่งตั้งสั่งการให้เตรียมเรื่องให้พร้อมสำหรับการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชำระค่าสินไหมทดแทนหรือดำเนินการฟ้องคดี

แจ้งคำอุทธรณ์ให้กระทรวงการคลังทราบภายในกำหนดเวลา 5 วัน นับแต่ได้รับคำอุทธรณ์และรอผลการตรวจสอบจากกระทรวงการคลัง เมื่อได้รับผลการตรวจสอบจากกระทรวงการคลังให้ถือปฏิบัติ ดังนี้

1.1 กรณีหน่วยงานของรัฐที่มีฐานะเป็นกระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม และราชการส่วนภูมิภาค ให้ผู้แต่งตั้งและผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 แล้วแต่กรณี วินิจฉัยสั่งการคำอุทธรณ์ตามผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลัง โดยไม่ต้องส่งคำอุทธรณ์ให้กระทรวงการคลังพิจารณาอีก

ฯลฯ

2. กรณีผู้แต่งตั้งมีคำสั่งหลังจากทราบผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลัง ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 18 วรรคหนึ่ง<sup>5</sup> และผู้ถูกบังคับ

เพื่อมิให้ขาดอายุความสองปีนับจากวันที่ผู้แต่งตั้งวินิจฉัยสั่งการ

ให้กระทรวงการคลังพิจารณาให้แล้วเสร็จก่อนอายุความสองปีสิ้นสุดไม่น้อยกว่าหกเดือน ถ้ากระทรวงการคลังไม่แจ้งผลการตรวจสอบให้ทราบภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรและแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ เว้นแต่ในกรณีหน่วยงานของรัฐนั้นเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ ที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้กระทรวงการคลังพิจารณาให้แล้วเสร็จก่อนอายุความสองปีสิ้นสุดไม่น้อยกว่าหนึ่งปี ถ้ากระทรวงการคลังไม่แจ้งผลการตรวจสอบให้ทราบภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรและแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ

<sup>5</sup> ข้อ 18 เมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้ว ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง และแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ แต่ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ ที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลหรือควบคุมหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นวินิจฉัยสั่งการให้หน่วยงานของรัฐดังกล่าวปฏิบัติตามที่เห็นว่าถูกต้อง

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายตามวรรคหนึ่งสั่งการตามความเห็นของ

ได้อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว ให้หน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติ ดังนี้

2.1 กรณีหน่วยงานของรัฐที่มีฐานะเป็นกระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม และราชการส่วนภูมิภาค ให้ผู้แต่งตั้งและผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 วินิจฉัยสั่งการคำอุทธรณ์ตามผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลัง โดยไม่ต้องส่งคำอุทธรณ์ให้กระทรวงการคลังพิจารณาอีก  
 ฯลฯ”

ซึ่งผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์มักจะอ้างในการวินิจฉัยอุทธรณ์ว่า ต้องผูกพันในการวินิจฉัยอุทธรณ์ตามหนังสือดังกล่าว นั้น ซึ่งนั่นก็คือ ต้องวินิจฉัยตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ซึ่งกระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ดูแลในเรื่องการเงินการคลัง จึงต้องตรวจสอบการเงินของหน่วยงานของรัฐต่าง ๆ ซึ่งก็เป็นเรื่องที่ถูกต้อง แต่อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบจะต้องไม่เป็นการฝ่าฝืนหรือขัดต่อหลักเกณฑ์ของกฎหมายด้วย ในเมื่อหนังสือของกระทรวงการคลังดังกล่าว ได้กล่าวถึงผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในการพิจารณาคำอุทธรณ์ แสดงให้เห็นว่า ในการพิจารณาคำอุทธรณ์นั้นจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ด้วย และตามหลักในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 46 ในการพิจารณาคำอุทธรณ์ ให้เจ้าหน้าที่พิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง และอาจมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใด ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มภาระหรือลดภาระหรือใช้ดุลพินิจแทนในเรื่องความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครองหรือมีข้อกำหนดเป็นเงื่อนไขอย่างไรก็ได้

---

กระทรวงการคลัง ให้ผู้แต่งตั้งดำเนินการเพื่อออกคำสั่งให้ข้าราชการใหม่ทดแทน หรือฟ้องคดีต่อศาลอย่าให้ขาดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้แต่งตั้งแจ้งคำสั่งให้ผู้รับผิดคดีใช้คำสั่งใหม่ทดแทนทราบ

ซึ่งหลักในมาตราดังกล่าวให้อำนาจแก่ผู้พิจารณาอุทธรณ์อย่างเต็มที่ที่จะสามารถทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือแม้กระทั่งความเหมาะสม กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ แต่ในกรณีการอุทธรณ์คำสั่งตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 17 และข้อ 18 ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ซึ่งมีอำนาจตามพระราชบัญญัติอย่างเต็มที่ แต่กลับอาจเรียกได้ว่า แทบจะไม่มีอำนาจแต่อย่างใดเลย โดยถูกจำกัดอำนาจซึ่งมีตามพระราชบัญญัติโดยหนังสือกำหนดแนวทางของกระทรวงการคลังดังกล่าว ซึ่งทำให้การพิจารณาคดีละเมิดของเจ้าหน้าที่ในชั้นอุทธรณ์แทบจะไม่มีผลแต่ประการใด เพราะผู้พิจารณาจะอ้างหนังสือเวียนดังกล่าวและวินิจฉัยตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ซึ่งจะเป็นเช่นนั้นเกือบทุกเรื่อง ซึ่งหากกฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์แล้ว แต่กลับไม่ให้อำนาจในการพิจารณาแก่ผู้พิจารณา ก็ไม่รู้ว่าจะให้อุทธรณ์ไปเพื่ออะไร

หากพิจารณาในมุมมองของฐานะทางกฎหมาย การที่กระทรวงการคลังออกหนังสือแนะนำขั้นตอนและวิธีดำเนินการในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งของหน่วยงานของรัฐดังกล่าว หนังสือนั้นหากพิจารณาตามแนวปฏิบัติของศาลปกครอง<sup>6</sup>

<sup>6</sup> คำนำของหนังสือข้อพิจารณาเกี่ยวกับกฎ (เชิงอรรถที่ 8)

กฎเป็นรูปแบบหนึ่งของนิติกรรมทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นเครื่องมือในการดำเนินกิจการทางปกครองให้บรรลุวัตถุประสงค์ แต่เนื่องจากการดำเนินคดีปกครองที่คู่กรณีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยตรงจะมีลักษณะแตกต่างจากการดำเนินคดีปกครองเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากการฟ้องเพิกถอนกฎไม่มีขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับแก้ไข

ความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนการฟ้องคดี นอกจากนั้น การฟ้องเพิกถอนกฎบางประเภทผู้ฟ้องคดีต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดโดยตรง ยิ่งไปกว่านั้น นิติกรรมทางปกครองที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับในรูปของกฎนั้น ในบางกรณีกลับมีสถานะทางกฎหมายเป็นเพียงคำสั่งทางปกครองซึ่งมีผลเฉพาะบุคคลหรือเฉพาะกรณีเท่านั้น ดังนั้น ใน

“หนังสือกำหนดแนวทางการปฏิบัติงาน อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ ดังนี้

1) หนังสือกำหนดแนวทางการปฏิบัติงานที่มีลักษณะเป็นการอธิบายความหมายหรือตีความตัวบทกฎหมายหรือกฎระเบียบต่างๆ ที่มีอยู่แล้วให้ชัดเจนถึงเจตนารมณ์วัตถุประสงค์ของกฎเกณฑ์เหล่านั้น เพื่อให้ผู้ปฏิบัติจะได้เข้าใจและปรับแนวทางปฏิบัติของตนให้สอดคล้องต้องกัน ทำให้เกิดความเป็นเอกภาพในการใช้และตีความกฎหมาย นอกจากนี้ ยังอาจมีลักษณะเป็นการวางแนวทางการใช้ดุลพินิจให้เจ้าหน้าที่ระดับล่างใช้เป็นแนวทาง เพื่อให้การใช้ดุลพินิจเป็นไปอย่างเสมอภาค หนังสือกำหนดแนวทางการปฏิบัติงานในลักษณะนี้จึงมีสถานะเป็นเกณฑ์การปฏิบัติราชการภายในฝ่ายปกครองเท่านั้น ไม่ก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่แก่บุคคลภายนอกโดยตรงแต่ประการใดอย่างไรก็ดี แม้ว่าหนังสือกำหนดแนวทางการปฏิบัติงานในลักษณะนี้จะมีผลผูกพันเฉพาะเจ้าหน้าที่ของรัฐ และไม่ก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ต่อปัจเจกบุคคลโดยตรงซึ่งมีผลทำให้บุคคลไม่สามารถฟ้องขอให้ยกเลิกหรือเพิกถอนหนังสือกำหนดแนวทางการปฏิบัติงานดังกล่าวได้ แต่มิได้ตัดสิทธิบุคคลในการฟ้องขอให้ยกเลิกคำสั่งทางปกครองใดๆ ที่ฝ่ายปกครองนำหนังสือกำหนดแนวทางการปฏิบัติงานนั้นมาใช้เป็นฐานในการพิจารณา

2) หนังสือกำหนดแนวทางการปฏิบัติงานที่มีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นใหม่ เพิ่มเติมจากที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือเป็นการเปลี่ยน

---

การพิจารณาคดีจึงจำเป็นต้องทราบในเบื้องต้นก่อนว่า วัตถุประสงค์ที่พิพาทกันนั้นมีลักษณะเป็นกฎหรือไม่ในการนี้ สำนักพัฒนากระบวนการยุติธรรมได้รวบรวมกฎประเภทต่างๆ ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกมาใช้บังคับตลอดจนแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่ได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎ ตั้งแต่ พ.ศ. 2544 จนถึง พ.ศ. 2549 เพื่อให้พนักงานคดีปกครองใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ช่วยงานตุลาการศาลปกครอง และเป็นแหล่งข้อมูลในการศึกษาค้นคว้าสำหรับผู้สนใจโดยทั่วไป

สำนักงานศาลปกครองหวังเป็นอย่างยิ่งว่าหนังสือเล่มนี้จะเป็นประโยชน์ในการสนับสนุนการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง และมีส่วนช่วยให้การดำเนินคดีปกครองเป็นไปด้วยความรวดเร็ว รวมทั้งเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาค้นคว้าของผู้ที่สนใจโดยทั่วไป

แนวกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่เดิม ซึ่งมีผลกระทบต่อกระเทือนสิทธิหน้าที่ของประชาชนโดยตรงหรือมีสภาพบังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม จึงถือว่าหนังสือกำหนดแนวทางการปฏิบัติงานในลักษณะนี้เป็น “กฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย” หรือ นิติกรรมทางปกครองที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสิทธิหน้าที่ของประชาชนโดยตรง

โดยทั่วไปหนังสือกำหนดแนวทางการปฏิบัติงานในกฎหมายไทย แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ หนังสือเวียน และแนวทาง

หนังสือเวียน เป็นหนังสือราชการที่หน่วยงานต้นสังกัด หรือ หน่วยงานที่มีหน้าที่ปฏิบัติในเรื่องนั้นโดยตรง ได้แจ้งแนวทางปฏิบัติในเรื่องนั้นๆ ให้ส่วนราชการต่างๆ ได้รับทราบและถือปฏิบัติ ซึ่งอาจเป็นเรื่องที่กระทำภายในหน่วยงานเดียวกัน หรือต่างหน่วยงานก็ได้ โดยลักษณะของหนังสือเวียนจะเป็นหนังสือที่มีใจความอย่างเดียวกัน ซึ่งส่งไปถึงผู้รับเป็นจำนวนมาก

แนวทาง เป็นหนังสือราชการที่ผู้บังคับบัญชา “เสนอแนะ” หรือ แนะนำหรือให้แนวทางการใช้ดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ หรือเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจนั้นเองได้กำหนดเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของตนขึ้นไว้เป็นการล่วงหน้าเพื่อให้มีมาตรฐานเดียวกัน หนังสือราชการดังกล่าวอาจเรียกชื่อแตกต่างกันไป เช่น แนวทาง คำสั่ง นโยบาย คำชี้แจง ระเบียบปฏิบัติหนังสือกำหนดเกณฑ์การออกคำสั่ง เป็นต้น”<sup>7</sup>

ผู้เขียนจึงเห็นว่า อาจถือได้ว่าหนังสือของกระทรวงการคลังดังกล่าว เป็นหนังสือเวียนที่กำหนดแนวทางที่มีลักษณะเป็นกฎ เนื่องจากมีลักษณะเป็น บทบัญญัติที่มีผลเป็นการทั่วไป กำหนดหลักปฏิบัติในการพิจารณาอุทธรณ์ของผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ขึ้นใหม่ แตกต่างจากหลักเกณฑ์ตามกฎหมาย และกำหนดขึ้นเพื่อให้ทุกส่วนราชการยึดถือปฏิบัติเป็นแนวทางการปฏิบัติ เทียบเคียงคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 118/2544<sup>8</sup>

<sup>7</sup> สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง, *ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกฎ*, หน้า 58 ถึง 59.

<sup>8</sup> หนังสือกระทรวงการคลังที่ กค 0526.5/ว81 ลงวันที่ 8 กันยายน 2541 และ

ซึ่งหากพิจารณาลำดับชั้นของหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นกฎแล้ว ย่อมมีลำดับชั้นทางกฎหมายต่ำกว่าพระราชบัญญัติ โดยทั่วไปลำดับศักดิ์และชั้นของกฎหมาย กฎหมายที่ต่ำกว่าจะขัดต่อกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงกว่ามิได้ “หากพิจารณาบรรดากฎหมายที่ดำรงอยู่ในรัฐหนึ่ง ๆ ให้ดีจะพบว่าโครงสร้างทางสถาปัตยกรรมของกฎหมายในรัฐหนึ่งรัฐใดก็ตาม จะมีลักษณะเป็นลำดับชั้น คล้ายปิรามิด กล่าวคือ มี (กฎเกณฑ์ทาง) กฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูง (ที่สุด) จากนั้นก็จะมีกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำลงมาเป็นชั้น ๆ ตามลำดับ โดยกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่าจะเป็นที่มาของการเกิดขึ้นและการดำรงอยู่ของกฎหมายในลำดับชั้นที่อยู่ถัดลงมาตามลำดับ ดังนั้น กฎหมายที่อยู่ลำดับชั้นต่ำลงมาจึงต้องถูกทำให้เกิดขึ้น (บัญญัติ) โดยสอดคล้องหรือไม่ขัดแย้งกับกฎหมายในลำดับชั้นที่อยู่สูงกว่าโดยสภาพ ทั้งนี้ พึงยกตัวอย่างถึงปรากฏการณ์ดังกล่าวได้ เช่น พระราชบัญญัติต้องถูกตราขึ้นโดยไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหรือคำสั่งต้องออกโดยไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติ เป็นต้น ...การที่กฎหมายลำดับชั้นต่ำกว่าไม่เคารพต่อกฎหมายในลำดับชั้นที่สูงกว่า ก็คือปรากฏการณ์ที่กฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งสองขัดแย้งกันหรือวิวาทกันแล้วนั่นเอง”<sup>9</sup> กฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นต่ำกว่าจะออกมาเพื่อวางหลักการปฏิบัติหรือวางแนวปฏิบัติที่ไม่ขัดต่อกฎหมายในลำดับที่สูงกว่า แต่จะออกมาแล้วขัดกับหลักการสำคัญของกฎหมายในลำดับที่สูงกว่าผู้เขียนมีความเห็นว่าไม่น่าจะทำได้ หนังสือเวียนดังกล่าวจะขัดกับหลักการในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 46 หรือไม่ ขณะนี้น่าจะยังไม่มีแนววินิจฉัยจากองค์กร

ที่ กค 0526.5/ว35 ลงวันที่ 17 พฤษภาคม 2542 ที่แจ้งเวียนให้เจ้าหน้าที่และส่วนราชการทราบ เพื่อถือเป็นแนวปฏิบัติในการเบิกจ่ายเงินค่าเช่าบ้านข้าราชการตามพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2541 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2541 มีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งกระทรวงการคลังกำหนดขึ้นเพื่อให้ทุกส่วนราชการยึดถือเป็นแนวทางการปฏิบัติในการเบิกจ่ายเงินค่าเช่าบ้านข้าราชการ จึงมีลักษณะเป็นกฎ

<sup>9</sup> เจตนีย์ สดวารศีลพร, ข้อพิจารณาบางประการว่าด้วยนิติรัฐกับลำดับชั้นของกฎหมาย, ที่มา [http://www.admincourt.go.th/00\\_web/09\\_academic/0903\\_technical\\_papers.htm](http://www.admincourt.go.th/00_web/09_academic/0903_technical_papers.htm)

ทางกฎหมายที่แน่ชัด แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากมีการกำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอนให้อุทธรณ์ เพื่อให้มีการทบทวนตรวจสอบในชั้นอุทธรณ์ได้แล้ว ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ก็ควรที่จะมีอำนาจพิจารณาตรวจสอบได้แท้จริง ไม่ควรถูกผูกมัดติดกับความเห็นอื่น เพราะหากเป็นเช่นนั้น กระบวนการตรวจสอบในชั้นอุทธรณ์ก็จะไม่มีความหมายแต่อย่างใด การกำหนดให้อุทธรณ์เพื่อที่จะให้ผู้พิจารณาทำหน้าที่ยืนยันตามความเห็นของผู้อื่นจึงไม่เป็นประโยชน์และเสียเวลาโดยใช่เหตุ และหากจะไม่อุทธรณ์ก่อนก็ได้ เพราะอาจจะไม่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เนื่องจากไม่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมายที่กำหนดไว้ให้ครบถ้วนเสียก่อน<sup>10</sup> ซึ่งเจ้าหน้าที่ที่ถูกคำสั่งเรียกให้ใช้เงินเอง ย่อมรู้อยู่แล้วว่า ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไม่อาจวินิจฉัยเป็นอย่างอื่นได้ แต่ก็ต้องอุทธรณ์ไปเพื่อจะได้ใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาล กระบวนการในการพิจารณาอุทธรณ์ดังกล่าว จึงอาจจะไม่เป็นประโยชน์ไม่ว่าต่อตัวผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ หรือตัวเจ้าหน้าที่ที่อุทธรณ์คำสั่ง ซึ่งในปัจจุบันก็ยังคงเป็นอยู่เช่นนี้ในคดีความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ทุกคดี หากเป็นนี้ ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะมีอำนาจพิจารณาจริงหรือ ?

### ๐๐๐๐๐๐๐๐

<sup>10</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 42 ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้นั้นเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือนร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีค่าบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด



## ปัญหาการอุทธรณ์คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหม ทดแทนตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบ ละเมิดของเจ้าหน้าที่\*

ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ\*\*

เป็นที่ทราบกันดีว่าการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ฝ่ายปกครองได้มีโอกาสทบทวนและเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งทางปกครองตามคำขอของผู้รับคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตาม การอุทธรณ์อยู่กรณีหนึ่งซึ่งไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของ “กระบวนการเยียวยาภายในฝ่ายปกครอง” เพราะเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์แทบไม่มี “อำนาจ” ทบทวนและเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งทางปกครองได้เลย นั่นคือ การอุทธรณ์คำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 สภาพการณ์ “ประหลาด” เช่นนี้เกิดขึ้นด้วยเหตุใด มีผลในทางปฏิบัติเช่นไร และจะ “ลงเอย” อย่างไร เป็นเรื่องที่น่าสนใจสามารถติดตามได้ในบทความนี้

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 31 กรกฎาคม 2554

\*\* Licence en droit - mention assez bien (Tours), Maîtrise de droit public (Tours), D.E.A. de droit public - mention très bien (Poitiers) นักกฎหมายทฤษฎีภา  
ชำนาญการ สำนักกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

## 1. คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็น “คำสั่งทางปกครอง”

มาตรา 12<sup>1</sup> แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ว่าด้วย  
บัญญัติให้หน่วยงานของรัฐมีอำนาจออก “คำสั่ง” เรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิด  
ชำระเงินภายในเวลาที่กำหนด หากได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดของ  
เจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ ด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง  
ไม่ว่ากรณีที่เจ้าหน้าที่ทำละเมิดต่อบุคคลภายนอกซึ่งหน่วยงานของรัฐได้ใช้  
ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายไปแล้วและไล่เบี้ยเอากับเจ้าหน้าที่ หรือกรณีที่  
เจ้าหน้าที่ทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐโดยตรง

แต่เดิมมีปัญหาถกเถียงกันในทางวิชาการว่า “คำสั่ง” ตามมาตรา 12  
เป็น “คำสั่งทางปกครอง” หรือไม่<sup>2</sup> โดยนักวิชาการส่วนหนึ่งเห็นว่า คำสั่งดังกล่าว  
มิใช่คำสั่งทางปกครอง เพราะคำสั่งทางปกครองต้องมีฐานทางกฎหมายมหาชน  
รองรับ แต่กรณีละเมิดเกิดจากนิติเหตุซึ่งเป็นความสัมพันธ์ในทางแพ่ง “คำสั่ง”  
ตามมาตรา 12 จึงเป็นเพียงหนังสือแจ้งให้ชำระเงินทางแพ่ง มิใช่คำสั่งทาง  
ปกครอง<sup>3</sup> อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 12 ที่บัญญัติให้ “อำนาจ”  
หน่วยงานของรัฐออกคำสั่งเรียกให้ชำระเงินแล้ว ย่อมเป็นที่ชัดเจนว่า คำสั่งดังกล่าว

<sup>1</sup> มาตรา 12 ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่หน่วยงานของรัฐได้ใช้  
ให้แก่ผู้เสียหายตามมาตรา 8 หรือในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเนื่องจาก  
เจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำความผิดต่อหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 8  
ให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายมีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินดังกล่าว  
ภายในเวลาที่กำหนด

<sup>2</sup> เห็นได้จากกรณีที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้จัดให้มีการสัมมนา เรื่อง “สถานภาพ  
ทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทาง  
ละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539” เมื่อวันที่ 13 กรกฎาคม 2545 ซึ่งสืบเนื่องจากการที่  
กรรมการกฤษฎีกาบางท่านเห็นว่า คำสั่งเรียกให้ชำระเงินตามมาตรา 12 มิใช่คำสั่งทาง  
ปกครอง สำหรับสรุปผลการสัมมนา โปรดดู เรื่องเสรีจที่ 289/2545

<sup>3</sup> ความเห็นของ รศ. ดร. กมลชัย รัตนสกววงศ์ โปรดดู รายงานการประชุมคณะกรรมการ  
กฤษฎีกา(คณะพิเศษ) ครั้งที่ 1/2545 วันที่ 30 มกราคม 2545 (เรื่องเสรีจที่ 289/2545)

เข้าองค์ประกอบของนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5<sup>4</sup> แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เนื่องจากเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคล<sup>5</sup> ซึ่งแนวคำวินิจฉัยขององค์การทางกฎหมายต่างๆ ไม่ว่าจะ เป็นคณะกรรมการกฤษฎีกา<sup>6</sup> หรือ ศาลปกครองสูงสุด<sup>7</sup> ต่างก็วินิจฉัยไปในทางเดียวกันว่า คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 12 เป็น “คำสั่งทางปกครอง”

## 2. คำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์ได้ ?

ปัญหาว่าคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ เป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์ได้หรือไม่ นั้น หากพิจารณาบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ แล้ว จะพบว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดชั้นการอุทธรณ์

<sup>4</sup> มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะ เป็นการชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

<sup>5</sup> อย่างไรก็ตาม นักวิชาการบางท่านก็มีข้อโต้แย้งว่า นิยามคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ยังมีข้อบกพร่องที่มิได้บัญญัติให้ชัดเจนว่า การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ซึ่งจะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ได้นั้น ต้องเป็น “**การใช้อำนาจบนพื้นฐานของกฎหมายมหาชน**” ซึ่งกรณีละเมิดนั้นมิใช่พื้นฐานมาจากกฎหมายแพ่ง ไม่ใช่กฎหมายมหาชน คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตาม มาตรา 12 จึงไม่อาจถือเป็นคำสั่งทางปกครอง (โปรดดู ความเห็นของ รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกวาวงค์ ในเรื่องเสรีที่ 289/2545)

<sup>6</sup> ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เรื่องเสรีที่ 307/2541

<sup>7</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 331/2546

คำสั่งตามมาตรา 12 ไว้เป็นการเฉพาะ และขณะเดียวกันก็ได้บัญญัติให้คำสั่งดังกล่าวมีผลเป็นที่สุดภายในฝ่ายปกครอง ดังนั้น โดยหลักแล้ว คำสั่งตามมาตรา 12 จึงเข้าข่ายเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์ได้ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็น “กฎหมายกลาง” ที่ใช้บังคับแก่การพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายต่างๆ ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 3<sup>8</sup> แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในอีกแง่หนึ่ง คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 12 ก็เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีกระบวนการพิจารณาออกคำสั่งซึ่งมี “ลักษณะพิเศษ” แตกต่างจากคำสั่งทางปกครองในกรณีทั่วไป ซึ่งอาจทำให้มีปัญหาในการนำระบบอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับ ในเบื้องต้นจึงสมควรพิจารณากระบวนการออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนว่ามีลักษณะพิเศษอย่างไร ก่อนพิจารณาว่าองค์กรทางกฎหมายต่างๆ ได้มีแนวคำวินิจฉัยว่า คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์ได้ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ หรือไม่ อย่างไร

## 2.1 กระบวนการออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้กำหนดกระบวนการออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไว้ สรุปได้ว่า ในกรณีที่เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐและหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเห็นว่ามีเหตุอันควรเชื่อว่าจะเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง ความรับผิดชอบเพื่อดำเนินการสอบสวนและเสนอความเห็นเกี่ยวกับผู้ต้องรับผิดชอบและจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ต้องชดใช้ (ข้อ 8) เมื่อผู้แต่งตั้งได้รับผลการ

<sup>8</sup> มาตรา 3 วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่างๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ และมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งที่กำหนดในกฎหมาย

พิจารณาของคณะกรรมการแล้ว ก็จะวินิจฉัยสั่งการว่ามีผู้ต้องรับผิดชอบหรือไม่และเป็นจำนวนเท่าใด ซึ่งในขั้นนี้ยังไม่มีการแจ้งการวินิจฉัยสั่งการให้ผู้เกี่ยวข้องทราบ แต่ต้องส่งสำนวนการสอบสวนภายในเจ็ดวันนับแต่วันวินิจฉัยสั่งการให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ เว้นแต่เป็นเรื่องที่กระทรวงการคลังประกาศว่าไม่ต้องรายงานให้ตรวจสอบ (ข้อ 17)

ทั้งนี้ เมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้ว ข้อ 18 ของระเบียบฯ ได้กำหนดให้ผู้แต่งตั้ง**มีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง และแจ้งคำสั่งให้ผู้เกี่ยวข้องทราบ** แต่กรณีหน่วยงานของรัฐที่เป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ<sup>9</sup> หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ<sup>10</sup> หากหน่วยงานของรัฐดังกล่าวมีความเห็นแตกต่างจากความเห็นของกระทรวงการคลัง ก็ต้องเสนอให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลหรือควบคุมวินิจฉัยสั่งการให้ปฏิบัติตามที่เห็นว่าถูกต้อง เช่น กรณีของหน่วยงานของรัฐที่เป็นราชการส่วนท้องถิ่น หากหัวหน้าหน่วยงานของรัฐมีความเห็นแตกต่างจากความเห็นของกระทรวงการคลัง ก็จะต้องเสนอให้ผู้กำกับดูแลวินิจฉัยสั่งการให้ปฏิบัติตามที่เห็นว่าถูกต้องต่อไป<sup>11</sup> อย่างไรก็ตาม แม้ว่าผู้กำกับดูแลจะสามารถวินิจฉัยสั่งการแตกต่างจากกระทรวงการคลังได้ แต่ถ้าการสั่งการไม่ชอบด้วยกฎหมายและเกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ผู้วินิจฉัยสั่งการก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย<sup>12</sup> ดังนั้น ในทางปฏิบัติผู้กำกับดูแลจึงมักจะวินิจฉัยสั่งการให้หน่วยงานของรัฐที่เป็นราชการส่วนท้องถิ่นมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังเสียเป็นส่วนใหญ่

<sup>9</sup> รัฐวิสาหกิจที่ตั้งโดยพระราชบัญญัติและพระราชกฤษฎีกา

<sup>10</sup> ในทางปฏิบัติ ได้แก่ องค์การมหาชน มหาวิทยาลัยหรือสถาบันอุดมศึกษาของรัฐซึ่งไม่เป็นส่วนราชการและอยู่ในกำกับของรัฐ และองค์กรควบคุมการประกอบวิชาชีพ ซึ่งได้มีการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดให้เป็นหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ

<sup>11</sup> ผู้กำกับดูแลราชการส่วนท้องถิ่น ได้แก่ นายอำเภอสำหรับองค์การบริหารส่วนตำบล และผู้ว่าราชการจังหวัด สำหรับเทศบาลและองค์การบริหารส่วนจังหวัด

<sup>12</sup> ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เรื่องเสร็จที่ 339/2542

อนึ่ง ในกรณีของหน่วยงานของรัฐที่เป็นราชการส่วนท้องถิ่นที่ได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกที่เสียหายและจะใช้สิทธิไล่เบียดกับเจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดนั้น ได้มีการกำหนดกระบวนการตรวจสอบสำนวนไว้โดยเฉพาะ โดยให้ส่งสำนวนการสอบสวนให้**กระทรวงมหาดไทย**ตรวจสอบแทนกระทรวงการคลัง ทั้งนี้ ตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 12 พฤศจิกายน 2539<sup>13</sup> ซึ่งกรณีนี้ เมื่อกระทรวงมหาดไทยทำหน้าที่แทนกระทรวงการคลังในการตรวจสอบสำนวน ประกอบกับกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้กำกับดูแลราชการส่วนท้องถิ่นด้วยแล้ว ผลการตรวจสอบของกระทรวงมหาดไทยจึงถือเป็นการวินิจฉัยสั่งการให้ราชการส่วนท้องถิ่นปฏิบัติตามที่เห็นว่าถูกต้องด้วย ราชการส่วนท้องถิ่นจึงต้องมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงมหาดไทย

จากกระบวนการออกคำสั่งให้ชุดใช้ค่าสินไหมทดแทนข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในกรณีที่มีการส่งสำนวนให้ “องค์กรตรวจสอบ” (กระทรวงการคลังหรือกระทรวงมหาดไทย) หัวหน้าหน่วยงานของรัฐจะถูกผูกพันให้มีคำสั่งตามความเห็นขององค์กรตรวจสอบ หรือหากมีความเห็นแตกต่างจากองค์กรตรวจสอบ ก็จะต้องเสนอให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลหรือควบคุมวินิจฉัยสั่งการให้ปฏิบัติตามที่

13 มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวกำหนดให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลหรือควบคุมราชการส่วนท้องถิ่นดูแลให้หน่วยงานของรัฐดังกล่าวมีระเบียบเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบผิดละเมิดของเจ้าหน้าที่สำหรับหน่วยงานของตน โดยกรณีที่หน่วยงานของรัฐข้างต้นยังไม่สามารถจัดให้มีระเบียบได้ ให้ผู้รับผิดชอบจัดให้มีระเบียบฯ มีคำสั่งให้หน่วยงานของตนปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบผิดละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. .... โดยอนุโลม โดยในกรณีตามหมวด 2 เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก ให้รัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลหรือควบคุมหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นทำหน้าที่แทนกระทรวงการคลัง ซึ่งกระทรวงมหาดไทยได้มีหนังสือ ที่ มท 0313.6/ว 2092 ลงวันที่ 1 กรกฎาคม 2540 แจ้งให้หน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นทุกแห่ง ถือปฏิบัติตามความในหมวด 2 ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ โดยอนุโลม โดยข้อความใดที่กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงการคลัง ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงมหาดไทย ในฐานะผู้กำกับดูแลหรือควบคุมหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น

เห็นว่าถูกต้อง (กรณีของราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐ) ซึ่งหมายความว่า หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องย่อมถูกผูกพันให้มีคำสั่งตามความเห็นของเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งการข้างต้น ด้วยเหตุนี้ คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของหน่วยงานของรัฐจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่มี **“ลักษณะพิเศษ”** แตกต่างจากคำสั่งทางปกครองโดยทั่วไปในแง่ที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ซึ่งได้แก่ หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหายมีเพียง **“อำนาจลงนาม”** ในคำสั่งที่ทำขึ้นเท่านั้น แต่องค์กรตรวจสอบหรือผู้ใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งการจะเป็นผู้มี **“อำนาจตัดสินใจ”** ว่าเนื้อหาของคำสั่งจะเป็นอย่างไร เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ และเป็นจำนวนเท่าใด ซึ่ง “ลักษณะพิเศษ” นี้เป็นเหตุผลที่ทำให้คณะกรรมการการกฤษฎีกาได้วินิจฉัยว่า คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจอุทธรณ์ได้ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

## 2.2 แนวคำวินิจฉัยขององค์กรทางกฎหมาย

### (1) ความเห็นของคณะกรรมการการกฤษฎีกา

คณะกรรมการการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้มีความเห็นในเรื่องเสร็จที่ 289/2545<sup>14</sup> ว่า แม้ว่าคำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” แต่เมื่อระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ได้กำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์หรือโต้แย้งไว้แล้วในข้อ 17 และข้อ 18 ที่กำหนดให้มีการส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบและให้มีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง หรือตามเห็นว่าถูกต้อง ซึ่งเป็นกระบวนการตรวจสอบแตกต่างไปจากการอุทธรณ์ ดังนั้นจึงไม่อาจนำเรื่องการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

<sup>14</sup> บันทึกสำนักงานคณะกรรมการการกฤษฎีกา เรื่อง กรมบัญชีกลางหารือว่า คำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่จะสามารถขอให้อุทธรณ์หรือพิจารณาใหม่ได้หรือไม่

มาใช้บังคับได้ ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 3<sup>15</sup> วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว อย่างไรก็ตาม แม้ผู้รับคำสั่งจะไม่สามารถใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหม ทดแทนได้ แต่ก็อาจขอให้พิจารณาใหม่ได้ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติ เดียวกัน หากเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งต่อมามีคณะกรรมการ กฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้มีความเห็นยืนยันแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวในเรื่องเสร็จ ที่ 693/2545<sup>16</sup>

การที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้วินิจฉัยว่า คำสั่งให้ ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่อาจอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครองฯ ได้นั้น เนื่องด้วยเหตุผลที่ว่า คำสั่งดังกล่าวมีกระบวนการพิจารณาออก คำสั่งที่มีลักษณะพิเศษ ซึ่งไม่เหมาะสมที่จะนำระบบอุทธรณ์ตาม “กฎหมายกลาง” ว่าด้วยการพิจารณาทางปกครองมาใช้บังคับ กล่าวคือ ในระบบอุทธรณ์ตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ นั้น มาตรา 46<sup>17</sup> ได้กำหนดให้ เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง (เจ้าหน้าที่ชั้นต้น) และเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ (เจ้าหน้าที่ชั้นเหนือขึ้นไป) มีอำนาจทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสม และสามารถเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไข

<sup>15</sup> มาตรา 3 วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่างๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดใน พระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ และมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่า หลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งที่กำหนด ในกฎหมาย

<sup>16</sup> บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การสื่อสารแห่งประเทศไทยขอหารือเกี่ยวกับ การปฏิบัติตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

<sup>17</sup> มาตรา 46 ในการพิจารณาอุทธรณ์ ให้เจ้าหน้าที่พิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ ไม่ว่าจะปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง และอาจมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มภาระหรือลดภาระหรือใช้ดุลพินิจแทนในเรื่องความเหมาะสมของ การทำคำสั่งทางปกครองหรือมีข้อกำหนดเป็นเงื่อนไขอย่างไรก็ได้



คำสั่งเดิมไปในทางใดก็ได้ ทว่าในกรณีของคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น เมื่อในชั้นการทำคำสั่ง ข้อ 18 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์ การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ได้กำหนดให้หัวหน้า หน่วยงานของรัฐที่เสียหายต้องมีคำสั่งตามความเห็นขององค์กรตรวจสอบ (กระทรวงการคลังหรือกระทรวงมหาดไทย) หรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการ ให้ปฏิบัติ (ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลหรือผู้ควบคุม) แล้วแต่กรณี ดังนั้น ในชั้นการพิจารณาอุทธรณ์ หัวหน้าหน่วยงานของรัฐย่อมต้องผูกพันตามความเห็น ขององค์กรตรวจสอบหรือคำวินิจฉัยสั่งการของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการ ให้ปฏิบัติด้วย ไม่อาจทบทวนและเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งให้แตกต่างไปจากเดิมได้ มิฉะนั้น ระบบการตรวจสอบตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ย่อมไม่บรรลุ วัตถุประสงค์ นอกจากนี้ มีข้อสังเกตว่าข้อ 19<sup>18</sup> แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ยัง กำหนดไว้ด้วยว่า ในการแจ้งคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามข้อ 18 ให้แจ้งสิทธิ ร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์และสิทธิฟ้องคดีต่อศาลพร้อมทั้งกำหนด อายุความร้องทุกข์และอายุความฟ้องคดีต่อศาลด้วย<sup>19</sup> ซึ่งแสดงให้เห็นถึง เจตนารมณ์ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ที่มุ่งหมายให้มีการนำข้อพิพาทไปสู่ การพิจารณาขององค์กรกึ่งตุลาการและองค์กรตุลาการได้โดยตรงโดยไม่ต้องมีการ อุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน

น่าเสียดายว่าคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) มิได้อธิบาย เหตุผลดังกล่าวให้เป็นที่ชัดเจนไว้ในเรื่องเสรีจที่ 289/2545 แต่ได้ให้เหตุผลว่า ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ได้กำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ไว้เป็นการเฉพาะแล้ว

<sup>18</sup> ข้อ 19 การแจ้งคำสั่งให้ผู้เกี่ยวข้องทราบตามข้อ 17 และข้อ 18 ให้แจ้งด้วยว่าผู้นั้นมีสิทธิ ร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์และฟ้องคดีต่อศาลได้พร้อมกับแจ้งกำหนดอายุ ความร้องทุกข์และอายุความฟ้องคดีต่อศาลให้ทราบด้วย

<sup>19</sup> เมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองเป็นการเฉพาะแล้ว ได้มีการโอนบรรดาเรื่องร้องทุกข์ในความรับผิดชอบของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ไปเป็นคดีของศาลปกครอง

(หมายถึงกระบวนการตรวจสอบโดยกระทรวงการคลัง) จึงไม่อาจนำการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาใช้ได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะเป็นเช่นนั้น โดยเห็นว่า **การตรวจสอบสำนวนของกระทรวงการคลังเป็นเพียงขั้นตอนหนึ่งในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง**<sup>20</sup> โดยองค์กรตรวจสอบจะพิจารณาและให้ความเห็นต่อองค์กรฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งต่อเมื่อหน่วยงานของรัฐได้ใช้อำนาจตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ทำคำสั่งให้ชุดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นขององค์กรตรวจสอบแล้ว ในขั้นนั้นจึงจะถือว่ามีการทำคำสั่งทางปกครองออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง ดังนั้น การตรวจสอบสำนวนของกระทรวงการคลังจึงมิใช่ขั้นตอนการอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง เพราะมิใช่ขั้นตอนที่ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองใช้สิทธิโต้แย้งคำสั่งต่อฝ่ายปกครอง การอ้างว่าระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ได้กำหนด “ขั้นตอนการอุทธรณ์” ไว้เป็นการเฉพาะแล้ว จึงไม่น่าจะเป็นเหตุผลที่ถูกต้อง

## (2) แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดได้มีแนวคำวินิจฉัยแตกต่างไปจากคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยได้มีมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 22/2546 ลงวันที่ 24 กันยายน 2546 เรื่อง ปัญหาเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งให้ชุดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิด สรุปลงได้ว่าเมื่อคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชดใช้เงินตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เป็นคำสั่งทางปกครอง “หากเจ้าหน้าที่ของรัฐเห็นว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องอุทธรณ์ต่อผู้ทำคำสั่งนั้นภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว เพราะคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรีและไม่มีความหมายกำหนดขั้นตอน

<sup>20</sup> ในทางวิชาการ เราเรียกขั้นตอนดังกล่าวว่า “มาตรการเตรียมการ” ในกระบวนการออกคำสั่งทางปกครอง (mesure préparatoire) สำหรับบทวิเคราะห์เกี่ยวกับมาตรการดังกล่าวโปรดดู DESFONDS (L.), “La notion de mesure préparatoire en droit administratif français”, AJDA 2003, pp.12-20.



ขององค์กรตรวจสอบหรือผู้มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการ ไม่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งเดิมได้ ดังนี้ ขั้นตอนการอุทธรณ์ที่มีขึ้นตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด จึงเป็นเพียงเงื่อนไขการฟ้องคดีต่อศาลเท่านั้น มิได้สนองต่อบัตถุประสงค์ของการอุทธรณ์ในแง่การเยียวยาภายในฝ่ายปกครองแต่อย่างใด

### 3. การอุทธรณ์ที่ “เปล่าประโยชน์”

ในเรื่องเสรีจที่ 794/2547<sup>24</sup> คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้มีโอกาสให้ความเห็นในประเด็นเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน โดยเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐ (กรมการขนส่งทางน้ำและพาณิชยนาวี) ได้ออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนก่อนที่กระทรวงการคลังจะตรวจสอบสำนวนแล้วเสร็จ (เนื่องจากเกรงว่าจะขาดอายุความ) และผู้รับคำสั่งได้อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว โดยคณะกรรมการฯ ได้ให้ความเห็นว่า หากกระทรวงการคลังสามารถตรวจสอบสำนวนให้แล้วเสร็จโดยเร็ว กรมฯ ก็ควรรอผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลังก่อนวินิจฉัยอุทธรณ์ ซึ่งหากปรากฏว่ากระทรวงการคลังมีความเห็นแตกต่างไปจากกรมฯ กรมฯ ก็ต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังด้วย ทั้งนี้ ไม่ว่าในทางที่จะเป็นคุณหรือเป็นโทษแก่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง<sup>25</sup> กรณีจึงเข้าใจได้ว่า หากหน่วยงานของรัฐได้รับแจ้งผล

<sup>24</sup> บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ : กรณีกรมการขนส่งทางน้ำและพาณิชยนาวี

<sup>25</sup> กล่าวคือ หากกระทรวงการคลังเห็นว่า สมควรเรียกค่าสินไหมทดแทนในจำนวนที่มากกว่า จำนวนที่หน่วยงานของรัฐได้มีคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ หน่วยงานของรัฐก็ต้องมีคำสั่งใหม่และบังคับให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพิ่มเติมให้เท่ากับจำนวนที่กระทรวงการคลังกำหนด แต่หากกระทรวงการคลังเห็นว่า สมควรเรียกค่าสินไหมทดแทนในจำนวนที่น้อยกว่าที่หน่วยงานของรัฐได้มีคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ หรือเห็นว่า เจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หน่วยงานก็ต้องเพิกถอนคำสั่งเดิมและคืนเงินในส่วนที่เรียกเก็บไปนั้นให้แก่เจ้าหน้าที่ หรือคืนเงินที่ได้รับมาทั้งหมดให้แก่เจ้าหน้าที่ไป แล้วแต่กรณี

การตรวจสอบของกระทรวงการคลังก่อนมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ก็ต้องวินิจฉัยสั่งการคำอุทธรณ์ตามผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลัง หรือแม้กรณีที่ได้มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ไปแล้วก่อนที่จะได้รับแจ้งผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลัง หากปรากฏว่ากระทรวงการคลังมีความเห็นแตกต่างไปจากคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานของรัฐก็ถูกผูกพันให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งให้เป็นไปตามความเห็นของกระทรวงการคลัง กล่าวโดยสรุป ในทุกกรณีหน่วยงานของรัฐที่เป็นราชการส่วนกลางต้องผูกพันตามความเห็นของกระทรวงการคลัง

ต่อมาในเรื่องเสรีที่ 801/2547<sup>26</sup> คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้วินิจฉัยประเด็นเกี่ยวกับอำนาจของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นครั้งแรก โดยตอบข้อหารือของกรมราชทัณฑ์ว่า การที่กรมราชทัณฑ์แจ้งสิทธิอุทธรณ์แก่ผู้รับคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 22/2546 วันที่ 24 กันยายน 2546 เป็นการดำเนินการที่ถูกต้องตามมติดังกล่าวแล้ว (แต่มติดังกล่าวจะถูกต้องหรือไม่ นั้น เป็นอีกเรื่องหนึ่ง...) ซึ่งการให้ความเห็นในลักษณะดังกล่าวทำให้เข้าใจได้ว่า คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) มิได้เห็นพ้องด้วยกับมติของศาลปกครองสูงสุด แต่การที่มี “คำแนะนำ” ให้หน่วยงานของรัฐแจ้งสิทธิอุทธรณ์ตามมติศาลปกครองสูงสุดนั้น ก็เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้รับคำสั่งในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองต่อไปเท่านั้น<sup>27</sup> ทั้งนี้ คณะกรรมการฯ ได้ให้ความเห็นต่อไปด้วยว่า เมื่อกรมราชทัณฑ์ต้อง

<sup>26</sup> บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 : กรณีกรมราชทัณฑ์

<sup>27</sup> ข้อพิจารณาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิฟ้องคดีของผู้รับคำสั่งยังปรากฏในความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ในเรื่องเสรีที่ 1041/2547 ซึ่งคณะกรรมการฯ ได้ตอบข้อหารือของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคว่า การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคต้องรับคำอุทธรณ์ของคู่กรณีไว้พิจารณาและวินิจฉัยสั่งการ เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้รับคำสั่งในการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

มีคำสั่งให้ชุดใช้คำสั่งใหม่ทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลังตามข้อ 18 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ หากมีการอุทธรณ์คำสั่ง ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ ย่อมต้องผูกพันตามความเห็นของกระทรวงการคลังด้วย ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง คำสั่งให้แตกต่างไปจากความเห็นของกระทรวงการคลังได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหลักการ ตามความเห็นดังกล่าวสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ที่กำหนดกระบวนการตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองไว้ เพราะหากยอมรับให้ เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือเพิกถอนคำสั่ง ที่สั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังได้ ก็เท่ากับยอมรับให้หน่วยงานของรัฐต่างๆ สามารถทบทวนความเห็นของกระทรวงการคลังซึ่งพิจารณาให้ความเห็น ตามความเห็นของคณะกรรมการพิจารณาความรับผิดชอบทางแพ่งตามข้อ 21<sup>28</sup> แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ซึ่งคณะกรรมการพิจารณาความรับผิดชอบทางแพ่ง ถือเป็น *องค์กรตรวจสอบภายนอก* ที่มีความเป็นกลางและความเป็นอิสระในการพิจารณา เป็น *องค์กรที่ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญหลายสาขา* ทั้งด้านกฎหมาย การเงิน และการคลัง รวมทั้งเป็น *องค์กรกลางระดับประเทศ* ที่ควบคุมให้การ พิจารณาความรับผิดชอบทางแพ่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งระบบมีมาตรฐานเดียวกัน

ความเห็นตามเรื่องเสรีที่ 801/2547 นี้ถือเป็นบรรทัดฐานสำหรับการ พิจารณาอุทธรณ์ของหน่วยงานของรัฐที่เป็น *ราชการส่วนกลาง* ซึ่งต่อมา คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้นำหลักการเดียวกันไปใช้กับหน่วยงานของรัฐที่เป็น *ราชการส่วนท้องถิ่น* ด้วย ทั้งกรณีที่หน่วยงานของรัฐไล่เบี้ยเอา กับเจ้าหน้าที่

<sup>28</sup> ข้อ 21 ในการพิจารณาของกระทรวงการคลัง ให้มี “คณะกรรมการพิจารณาความรับผิดชอบทางแพ่ง” เป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นต่อกระทรวงการคลัง

ให้คณะกรรมการตามวรรคหนึ่งประกอบด้วยอธิบดีกรมบัญชีกลางเป็นประธาน กรรมการ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทน สำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน และผู้แทนกระทรวงการคลังตามจำนวนที่จำเป็นซึ่งปลัดกระทรวง การคลังแต่งตั้ง เป็นกรรมการ

ที่ทำละเมิดแก่บุคคลภายนอกและหน่วยงานได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายไปแล้ว ซึ่งราชการส่วนท้องถิ่นต้องมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงมหาดไทยที่ทำหน้าที่ตรวจสอบสำนวนแทนกระทรวงการคลัง (เรื่องเสรีจที่ 194/2549<sup>29</sup>) และกรณีที่ราชการส่วนท้องถิ่นออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่เจ้าหน้าที่ที่ทำละเมิดแก่หน่วยงานของรัฐโดยตรง ซึ่งราชการส่วนท้องถิ่นมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังหรือตามการวินิจฉัยสั่งการของผู้กำกับดูแล (เรื่องเสรีจที่ 335/2550<sup>30</sup>)

ในเรื่องเสรีจที่ 194/2549 คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้มีความเห็นตอบข้อหารือของกระทรวงมหาดไทยสรุปได้ว่า แม้ว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งที่ตนทำขึ้น โดยกรณีให้เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ก็สามารถเปลี่ยนแปลงคำสั่งตามความเห็นของตนได้ ตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 45 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่การใช้อำนาจพิจารณาอุทธรณ์ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติเดียวกันนี้ **เจ้าหน้าที่ต้องผูกพันตามแนวทางการใช้ดุลพินิจหรือการวินิจฉัยของผู้บังคับบัญชาหรือองค์กรผู้กำกับดูแลการใช้อำนาจดังกล่าวด้วย** กรณีตามข้อหารือ เมื่อนายกองค้การบริหารส่วนจังหวัดสิงห์บุรีได้มีคำสั่งให้นาย ม. ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจำนวน 74,016.35 บาท แก่องค์การบริหารส่วนจังหวัดสิงห์บุรี ซึ่งเป็นการดำเนินการตามความเห็นของกระทรวงมหาดไทยที่ได้ตรวจสอบสำนวนการสอบสวนข้อเท็จจริง ความรับผิดชอบทางละเมิด และวินิจฉัยสั่งการในฐานะผู้กำกับดูแลให้ปฏิบัติตามที่

<sup>29</sup> บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ของราชการส่วนท้องถิ่น : กรณีเจ้าหน้าที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดสิงห์บุรีกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก

<sup>30</sup> บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ผู้มีอำนาจออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 : กรณีผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ทำละเมิดต่อเทศบาลตำบล

เห็นว่าถูกต้องตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ว่า ดังนั้น **เพื่อให้การตรวจสอบของกระทรวงมหาดไทยตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ มีผลทางกฎหมายโดยสมบูรณ์** หากมีการอุทธรณ์คำสั่ง นายกองค้การบริหารส่วนจังหวัดสิงห์บุรี ต้องผูกพันตามความเห็นของกระทรวงมหาดไทยในการวินิจฉัยอุทธรณ์ด้วยการที่นายกองค้การบริหารส่วนจังหวัดสิงห์บุรีมีคำสั่งลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2548 ให้งดเรียกค่าสินไหมทดแทนจากนาย ม. จึงเป็นการดำเนินการที่ไม่ชอบ นายกองค้การบริหารส่วนจังหวัดสิงห์บุรี จึงต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวและมีคำสั่งใหม่ตามความเห็นของกระทรวงมหาดไทย<sup>31</sup>

ส่วนในเรื่องเสรีที่ 335/2550 คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้มีความเห็นตอบข้อหารือของสำนักงานเทศบาลตำบลต้นเปา (จังหวัดเชียงใหม่) สรุปได้ว่า กรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดเชียงใหม่ในฐานะผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดแทน นายกเทศมนตรีตำบลต้นเปาซึ่งเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำละเมิดได้วินิจฉัยสั่งการและแจ้งให้เทศบาลตำบลต้นเปาออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง เทศบาลตำบลต้นเปาในฐานะหน่วยงานของรัฐที่เสียหายย่อมมีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ต่อไป โดยกรณีที่นายกเทศมนตรีตำบลต้นเปาคนใหม่ (ซึ่งไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำละเมิด) ได้พิจารณามีคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง หรือได้มีคำสั่งตามการวินิจฉัยสั่งการของผู้ว่าราชการจังหวัดเชียงใหม่ (ในฐานะผู้กำกับดูแล) ไปแล้ว หากมีการยื่นอุทธรณ์คำสั่ง นายกเทศมนตรีตำบลต้นเปา ย่อมต้องผูกพันตามความเห็นของกระทรวงการคลังหรือตามการ

<sup>31</sup> ต่อมากระทรวงมหาดไทยได้มีหนังสือ ที่ มท 0804.4/ว 1552 ลงวันที่ 10 พฤษภาคม 2549 ถึงผู้ว่าราชการจังหวัดจันทบุรี (ยกเว้นจังหวัดสิงห์บุรี) ให้แจ้งความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาตามเรื่องเสรีที่ 194/2549 ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกแห่งในเขตพื้นที่ทราบ และถือเป็นแนวทางปฏิบัติต่อไป



วินิจฉัยสั่งการของผู้ว่าราชการจังหวัดเชียงใหม่ด้วย แล้วแต่กรณี ไม่อาจวินิจฉัยอุทธรณ์แตกต่างไปจากเดิมได้

ต่อมาในเรื่องเสรีจที่ 522/2550<sup>32</sup> คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้ยืนยันแนวความเห็นดังกล่าวโดยตอบข้อหารือของกรมส่งเสริมการปกครองส่วนท้องถิ่น สรุปได้ว่า ในกรณีที่นายองค์การบริหารส่วนตำบลบางโหลงได้มีคำสั่งเรียกให้ นาย พ. ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลังตามข้อ 18 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ เมื่อมิได้มีการโต้แย้งความเห็นของกระทรวงการคลังเพื่อให้นายอำเภอบางพลีในฐานะผู้กำกับดูแลวินิจฉัยสั่งการตาม ที่เห็นว่าถูกต้อง หากมีการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว โดยไม่ปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงที่แตกต่างจากเดิมและไม่มีเหตุผลพิเศษเป็นอย่างอื่น นายองค์การบริหารส่วนตำบลบางโหลงย่อมไม่อาจวินิจฉัยเปลี่ยนแปลงความเห็นเดิมได้ ดังนั้น การที่ นายองค์การบริหารส่วนตำบลบางโหลงได้วินิจฉัยอุทธรณ์เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ของนาย พ. และมีคำสั่งเปลี่ยนแปลงคำสั่งเดิม เป็นให้นาย พ. ไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งแตกต่างไปจากความเห็นของกระทรวงการคลัง หาก นายอำเภอบางพลีในฐานะผู้กำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนตำบลบางโหลงเห็นว่าเป็นการดำเนินการที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายและระเบียบข้อบังคับของทางราชการ นายอำเภอบางพลีก็ต้องสั่งการให้นายองค์การบริหารส่วนตำบลบางโหลงดำเนินการให้ถูกต้องต่อไป<sup>33</sup>

มีข้อสังเกตว่า ในความเห็นตามเรื่องเสรีจดังกล่าวมีความตอนหนึ่งว่า หากมีการอุทธรณ์คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนซึ่งได้สั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง **“โดยไม่ปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงที่แตกต่างจากเดิมและไม่มี**

<sup>32</sup> บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนขององค์การบริหารส่วนตำบลบางโหลง

<sup>33</sup> ต่อมากระทรวงมหาดไทยได้มีหนังสือ ที่ มท 0804.4/ว 1667 ลงวันที่ 29 สิงหาคม 2550 ถึงผู้ว่าราชการจังหวัดทุกจังหวัด ให้แจ้งความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาตามเรื่องเสรีจที่ 522/2550 ให้อำเภอทุกอำเภอ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในเขตพื้นที่ทราบและถือเป็นแนวทางปฏิบัติต่อไป

**เหตุผลพิเศษเป็นอย่างอื่น”** นายกองคดีการบริหารส่วนตำบลบางโฉลงยอมไม่อาจวินิจฉัยเปลี่ยนแปลงความเห็นเดิมได้ ข้อความดังกล่าวอาจทำให้เกิดข้อสงสัยว่า คณะกรรมการกฤษฎีกาประสงค์ที่จะ “ผ่อน” ความเข้มงวดของแนวความเห็นเดิมลงหรือไม่ โดยยอมรับให้หน่วยงานของรัฐสามารถเปลี่ยนแปลงคำสั่งได้ หากมีข้อเท็จจริงที่แตกต่างจากเดิมและมีเหตุผลพิเศษเป็นอย่างอื่น ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ข้อความดังกล่าวคงไม่ใช่การวางหลักเป็นการทั่วไป แต่มุ่งหมายที่จะใช้กับกรณีตามข้อหาหรือซึ่งเป็นเรื่องที่มีข้อเท็จจริงแตกต่างจากกรณีทั่วไปเท่านั้น กล่าวคือ เป็นกรณีที่ราชการส่วนท้องถิ่นได้มีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ทั้งที่โดยหลักแล้ว หากราชการส่วนท้องถิ่นไม่เห็นด้วยกับความเห็นของกระทรวงการคลัง ก็สามารถเสนอให้ผู้กำกับดูแลวินิจฉัยสั่งการให้ปฏิบัติตามที่เห็นว่าถูกต้องได้ แต่ก็หาได้กระทำเช่นนั้นไม่ ดังนั้น ในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่ง ราชการส่วนท้องถิ่นจึงต้องผูกพันตามความเห็นของกระทรวงการคลังด้วย เว้นแต่ปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงที่แตกต่างจากเดิมและมีเหตุผลพิเศษเป็นอย่างอื่น จึงจะเปลี่ยนแปลงคำสั่งได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ข้อยกเว้นดังกล่าวมีนัยที่ค่อนข้างเคลือบคลุม โดยเฉพาะ **“เหตุผลพิเศษ”** ที่คณะกรรมการฯ กล่าวถึงนั้น ก็ยังไม่ชัดเจนว่ามีความหมายอย่างไร และในทางปฏิบัติจะหมายถึงกรณีใดบ้าง ด้วยเหตุผลดังกล่าว ข้อยกเว้นข้างต้นจึงน่าจะมี **“ที่ใช่”** อันจำกัดเป็นอย่างยิ่ง

ทั้งนี้ ต่อมาในเรื่องเสรีที่ 523/2550<sup>34</sup> คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้ให้ความเห็นตอบข้อหารือของกรมมหาดไทย สรุปได้ว่า ในกรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดในฐานะผู้ควบคุมดูแลเทศบาลในจังหวัดให้ปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่โดยถูกต้องตามกฎหมายได้ออกคำสั่งให้นายกเทศมนตรีนครสมุทรปราการซึ่งเป็นหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหายและเป็นผู้ต้องรับผิดชอบดำเนินการชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่เทศบาลนครสมุทรปราการ นั้น หากมีการอุทธรณ์คำสั่ง ผู้ว่าราชการจังหวัดในฐานะผู้ทำคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ในขั้นต้น ซึ่งหาก**เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ ก็ให้ดำเนิน**

<sup>34</sup> บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การออกคำสั่งเรียกให้خذใช้คำสั่งใหม่ทดแทน และการพิจารณาอุทธรณ์ของเทศบาลนครสมุทรปราการ

**การเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองตามความเห็นของตน** แต่ถ้าไม่เห็นด้วยกับ คำอุทธรณ์ ก็ต้องรายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ตามมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เพื่อวินิจฉัยอุทธรณ์ต่อไป

สมควรทำความเข้าใจให้เป็นที่ชัดเจนว่า ความเห็นตามเรื่องเสร็จดังกล่าวมิได้มีผลเป็นการกลับแนวคำวินิจฉัยที่ผ่านมาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) แต่อย่างใด แต่การที่คณะกรรมการฯ ได้ให้ความเห็นว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ในกรณีนี้สามารถเปลี่ยนแปลงคำสั่งให้ชัดใช้คำสั่งใหม่ทดแทนได้นั้น ก็เนื่องจากเป็นกรณีพิเศษที่ผู้ว่าราชการจังหวัดในฐานะผู้ควบคุมเทศบาลตามกฎหมายว่าด้วยเทศบาลได้ออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิด (ซึ่งกรณีนี้ คือ นายกเทศมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหาย) ชดใช้คำสั่งใหม่ทดแทนให้แก่เทศบาลนครสมุทรปราการเอง ประกอบกับข้อ 18 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ กำหนดให้**ผู้ว่าราชการจังหวัดในฐานะผู้กำกับดูแลมีอำนาจวินิจฉัยสั่งการให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐออกคำสั่งให้ชัดใช้คำสั่งใหม่ทดแทนตามที่เห็นว่าถูกต้อง** ดังนั้น กรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ออกคำสั่งให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐชดใช้คำสั่งใหม่ทดแทนเสียเอง ผู้ว่าราชการจังหวัดในฐานะผู้ทำคำสั่งย่อมมีอำนาจทบทวนและเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งของตนเองได้ ทั้งนี้ โดยไม่กระทบต่อกระบวนการตรวจสอบตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ แต่อย่างใด ส่วนการใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในฐานะผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์นั้น ก็เป็นไปตามกระบวนการตรวจสอบตามปกติในฐานะผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือขึ้นไปของผู้ว่าราชการจังหวัด

ทั้งนี้ ต่อมาในเรื่องเสร็จที่ 668/2551<sup>35</sup> คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ ยืนยันแนวความเห็นที่ว่าหัวหน้าหน่วยงานของรัฐไม่มีอำนาจทบทวนและ

<sup>35</sup> บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การพิจารณาคำอุทธรณ์คำสั่งให้ชัดใช้คำสั่งใหม่ทดแทนตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 : กรณีสำนักงานตำรวจแห่งชาติ

เปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แตกต่างไปจากความเห็นขององค์กรตรวจสอบอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งเป็นกรณีของหน่วยงานของรัฐที่เป็นราชการส่วนกลาง โดยให้ความเห็นตอบข้อหารือของสำนักนายกรัฐมนตรึสรุปได้ว่า กรณีที่สำนักงานตำรวจแห่งชาติได้มีคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลังตามข้อ 18 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรึว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ หากมีการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว นายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ก็ต้องผูกพันตามความเห็นของกระทรวงการคลังด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้การตรวจสอบและความเห็นของกระทรวงการคลังตามระเบียบดังกล่าวมีผลทางกฎหมายโดยสมบูรณ์

จากแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ที่กล่าวมาข้างต้น<sup>36</sup> จึงสรุปได้ว่า ในการพิจารณาคำอุทธรณ์คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ไม่ว่าจะเจ้าหน้าที่ชั้นต้น (เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง) หรือเจ้าหน้าที่ชั้นเหนือขึ้นไป ย่อมถูกผูกพันตามความเห็นขององค์กรตรวจสอบ (กระทรวงการคลังหรือกระทรวงมหาดไทย) หรือผู้มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการ (เช่น ผู้กำกับดูแลในกรณีของราชการส่วนท้องถิ่น) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไม่ว่าจะมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์แตกต่างไปจากความเห็นขององค์กรตรวจสอบหรือการสั่งการของผู้มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการได้<sup>37</sup> หรือหากมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ไปก่อนหน้าที่จะได้รับผลการตรวจสอบขององค์กรตรวจสอบ ก็ต้องเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งให้เป็นไปตามความเห็นขององค์กรตรวจสอบ ซึ่งกระทรวงการคลังได้แจ้งเวียนแนวทางดังกล่าวให้หน่วยงานของรัฐยึดถือปฏิบัติ<sup>38</sup> ทั้งนี้ ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์อาจ

<sup>36</sup> โปรดดูตารางสรุปแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาในภาคผนวก

<sup>37</sup> เว้นแต่กรณีที่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการ เช่น ผู้กำกับดูแล เป็นผู้ออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเสียเอง ผู้กำกับดูแลย่อมมีอำนาจทบทวนและเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งได้ (เรื่องเสรีที่ 523/2550) อย่างไรก็ตาม กรณีเช่นว่านี้คงไม่เกิดขึ้นบ่อยครั้งนักในทางปฏิบัติ

<sup>38</sup> หนังสือกระทรวงการคลัง ที่ กค 0406.2/ว.60 ลงวันที่ 29 มีนาคม 2548 เรื่อง การอุทธรณ์คำสั่งตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

ทบทวนคำสั่งได้ ก็แต่เฉพาะกรณีที่ผู้อุทธรณ์มิได้โต้แย้งในเรื่องความรับผิดชอบหรือจำนวนค่าสินไหมทดแทน แต่โต้แย้งเกี่ยวกับขั้นตอนหรือรูปแบบการทำคำสั่ง เช่น โต้แย้งว่าคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากมิได้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่ง หรือมิได้ระบุเหตุผลประกอบคำสั่ง หรือเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งไม่มีอำนาจตามกฎหมาย (อย่างไรก็ดี ในชั้นอุทธรณ์ เจ้าหน้าที่ที่อาจแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวได้<sup>39</sup> หรือหากต้องเพิกถอนคำสั่ง เจ้าหน้าที่ก็สามารถมีคำสั่งใหม่ได้ ซึ่งเจ้าหน้าที่ย่อมถูกผูกพันให้มีคำสั่งตามความเห็นขององค์กรตรวจสอบหรือการสั่งการของผู้มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการอยู่ดีนั่นเอง)

เมื่อในภาพรวมแล้วเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไม่อาจทบทวนและเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งให้คดีใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ การอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวจึงแทบจะไม่มีประโยชน์แต่อย่างใด ทั้งในแง่การคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีที่ขอทบทวนคำสั่งและในแง่การส่งเสริมการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง หากการอุทธรณ์ในกรณีนี้จะบรรลุวัตถุประสงค์ของ “ระบบอุทธรณ์บังคับ” อยู่บ้าง ก็คงเป็นในแง่ที่ช่วย “ลด” จำนวนคดีที่จะไปสู่ศาล แต่ทั้งนี้ มิใช่ด้วยเหตุที่ว่าข้อพิพาทได้ระงับลงในการอุทธรณ์เพราะฝ่ายปกครองได้ทบทวนคำสั่งให้เป็นที่พอใจของผู้อุทธรณ์ แต่เป็นเพราะบางกรณีผู้รับคำสั่งอาจยื่นอุทธรณ์โดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบหรือระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด และเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไม่รับอุทธรณ์ไว้พิจารณา ทำให้ผู้รับคำสั่งไม่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองต่อไปได้...<sup>40</sup>

ด้วยเหตุผลดังกล่าว การอุทธรณ์คำสั่งให้คดีใช้ค่าสินไหมทดแทนจึงมิใช่ “กระบวนการเยียวยาภายในฝ่ายปกครอง” ที่คุ้มครองสิทธิของคู่กรณีและส่งเสริมการตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง แต่เป็นเพียง “เงื่อนไขในการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง” ซึ่งบางกรณีอาจกลายเป็น “กั๊กดัก” สำหรับผู้รับคำสั่งที่ต้องเสียสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง โดยมีข้อสังเกตว่า ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐมิได้แจ้งสิทธิอุทธรณ์ตามมติของศาลปกครองสูงสุด แต่แจ้งสิทธิ

<sup>39</sup> โปรดดู มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

<sup>40</sup> เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 125/2551, 355/2552 และ 14/2553 (ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์คำสั่งเกินระยะเวลา)

ฟ้องคดีต่อศาลปกครองโดยตรง (ตามที่กำหนดในข้อ 19 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ) กลับช่วยให้ผู้รับคำสั่งรอดพ้นจาก “กบฏดัก” ของระบบอุทธรณ์บังคับ เพราะศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า การที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องคดีต่อศาลปกครองโดยมิได้อุทธรณ์คำสั่งก่อนนั้น เป็นผลมาจากคำสั่งของหน่วยงานของรัฐที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีเข้าใจโดยสุจริตว่า ตนสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้โดยไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่ง ดังนั้น เพื่อมิให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการบังคับใช้กฎหมาย จึงต้องรับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณา<sup>41</sup>

#### 4. ทางออกของปัญหา

ปัญหาว่าจะทำอย่างไรต่อระบบอุทธรณ์ที่ไม่มีผู้ใดได้รับประโยชน์ นั้น ผู้เขียนเห็นว่า มีวิธีการแก้ไขปัญหาย่อยหลายแนวทางด้วยกัน ขึ้นอยู่กับว่า โดยหลักการแล้ว เราเห็นสมควรให้คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็น “คำสั่งทางปกครอง” หรือไม่ และในกรณีที่เป็นการคำสั่งทางปกครอง เราเห็นสมควรให้มีการอุทธรณ์คำสั่งก่อนฟ้องคดีต่อศาลหรือไม่ ซึ่งแนวทางแก้ไขปัญหาย่อยอาจแยกได้ตามข้อพิจารณาข้างต้นเป็น 3 กรณี ดังนี้

##### (1) คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็น “คำสั่งทางปกครอง” และสมควรมีการอุทธรณ์คำสั่ง

ในกรณีที่คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบผิดละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ยังคงเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ และเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์ได้ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันนั้น ผู้เขียนเห็นว่า มีแนวทางที่จะทำให้การอุทธรณ์เป็นกระบวนการเยียวยาภายในฝ่ายปกครองได้อย่างแท้จริง 2 แนวทาง ดังนี้

**แนวทางที่หนึ่ง “เปิดช่อง” ให้มีการทบทวนคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยการใช้ “หลักชั้นตอนขนาน”(principe de parallélisme des**

<sup>41</sup> เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 565/2546 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.37/2552

procédures) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสที่มีสาระสำคัญสรุปได้ว่า ในกรณีที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนการทำนิติกรรมทางปกครอง (กฎและคำสั่งทางปกครอง) ในเรื่องใดไว้เช่นไร โดยหลักแล้วการทบทวนและแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในเรื่องนั้นย่อมต้องกระทำตามขั้นตอนเดียวกัน ด้วย เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งตามแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ หรือศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสนั้น หลักขั้นตอนขนานจะนำมาใช้อย่างเคร่งครัดกับกรณีของกฎ<sup>42</sup> ส่วนกรณีของคำสั่งทางปกครองจะนำมาใช้เท่าที่มีเหตุผลความจำเป็น เพื่อประโยชน์ของทางราชการหรือประโยชน์สาธารณะ<sup>43</sup> หรือเพื่อเป็นหลักประกันแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง<sup>44</sup>

<sup>42</sup> คำพิพากษาที่วางหลัก: C.E., 28 avril 1967, Fédération nationale des syndicats pharmaceutiques, A.J.D.A. 1967, p.401, concl. Galabert : เมื่อกฎหมายกำหนดให้การออกประกาศกำหนดรายชื่อวัตถุที่มีพิษที่ได้รับยกเว้นตามกฎหมายว่าด้วยวัตถุที่มีพิษต้องมีการขอความเห็นประกอบการพิจารณาจากแพทยสภา ก่อน ดังนั้น ในการออกประกาศแก้ไขเพิ่มเติมรายชื่อวัตถุที่มีพิษที่ได้รับยกเว้นดังกล่าว ก็ย่อมต้องมีการขอความเห็นจากแพทยสภา ก่อนเช่นเดียวกัน

<sup>43</sup> เช่นกรณีของการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งทางราชการต่างๆ นั้น กฎหมายมักจะกำหนดขั้นตอนการขอความเห็นขององค์กรที่ปรึกษา ก่อนพิจารณาออกคำสั่ง เพื่อให้การพิจารณาแต่งตั้งเป็นไปด้วยความรอบคอบรัดกุมอันจะเป็นประโยชน์แก่ทางราชการ แต่กรณีที่จะมีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง หรือคำสั่งปฏิเสธไม่แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนั้น ย่อมไม่มีเหตุผลความจำเป็น ต้องใช้ขั้นตอนเดียวกันโดยขอความเห็นจากองค์กรที่ปรึกษา ก่อน หากไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ดำเนินการเช่นนั้น (กรณีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง: คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ C.E. Sect., 10 avril 1959, Fourré-Cormery, R.p.233, D.1959, p.210 concl. Heumann. ; กรณีคำสั่งปฏิเสธไม่แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง: คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ C.E., 28 avril 1998, Madame Cabrera)

<sup>44</sup> เช่น กรณีการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิให้แก่ผู้รับคำสั่งเนื่องจากข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปนั้น หากในขั้นตอนการทำคำสั่งดังกล่าว กฎหมายกำหนดให้ต้องขอความเห็นจากองค์กรที่ปรึกษา ก่อนออกคำสั่ง

ในการพิจารณายกเลิกคำสั่งก็ย่อมต้องให้องค์กรที่ปรึกษาได้เสนอความเห็นประกอบการพิจารณาด้วย ซึ่งการที่องค์กรที่ปรึกษามีโอกาสได้พิจารณาข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไป ด้วยนั้น ถือเป็นหลักประกันในกระบวนการพิจารณาสำหรับผู้รับคำสั่งทางปกครอง

ทั้งนี้ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเคยนำ “หลักขั้นตอนขนาน” มาใช้ในการให้ความเห็นตามเรื่องเสร็จที่ 616/2545<sup>45</sup> ในกรณีการเพิกถอนคำสั่งถอนสัญชาติ ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ถูกถอนสัญชาติได้มีคำขอให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยพิจารณาเพิกถอนคำสั่งถอนสัญชาติ โดยคณะกรรมการฯ ได้ให้ความเห็นว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในฐานะเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งถอนสัญชาติสามารถใช้อำนาจตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้ แต่โดยที่มาตรา 20<sup>46</sup> แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 กำหนดให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งประกอบด้วย ปลัดกระทรวงมหาดไทยเป็นประธานกรรมการ ผู้แทนกระทรวงการต่างประเทศ อธิบดีกรมการปกครอง อธิบดีกรมตำรวจ และอธิบดีกรมอัยการ เป็นกรรมการ เป็นผู้มีหน้าที่พิจารณาเสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีในการออกคำสั่ง ถอนสัญชาติ ดังนั้น ในการพิจารณาเพิกถอนคำสั่งถอนสัญชาติ จึงต้องให้คณะกรรมการดังกล่าวเป็นผู้พิจารณาเสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีด้วย<sup>47</sup> ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า โดยหลักแล้ว “หลักขั้นตอนขนาน” จะนำมาใช้กับกรณีของคำสั่งทางปกครองต่อเมื่อเป็น “หลักประกัน” สำหรับผู้รับคำสั่ง ทว่าการตีความเรื่องเสร็จดังกล่าว การเพิกถอนคำสั่งถอนสัญชาติย่อมเป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่ง ดังนั้น “หลักขั้นตอน

<sup>45</sup> บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การเพิกถอนคำสั่งถอนสัญชาติ

<sup>46</sup> มาตรา 20 ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่ง ประกอบด้วยปลัดกระทรวงมหาดไทยเป็นประธานกรรมการ ผู้แทนกระทรวงการต่างประเทศ อธิบดีกรมการปกครอง อธิบดีกรมตำรวจ และอธิบดีกรมอัยการเป็นกรรมการ มีหน้าที่พิจารณาการถอนสัญชาติไทยตามมาตรา 16 มาตรา 17 (1) หรือ (2) มาตรา 18 หรือมาตรา 1

เมื่อมีพฤติการณ์ปรากฏว่า ผู้ใดอาจถูกถอนสัญชาติไทยได้ให้พนักงานเจ้าหน้าที่เสนอต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณา เมื่อคณะกรรมการพิจารณาแล้ว ให้เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีเพื่อสั่งการ

<sup>47</sup> คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้นำ “หลักขั้นตอนขนาน” มาใช้ตามข้อเสนอของเลขานุการผู้รับผิดชอบเรื่อง คุณตรีทศ นิโครธางกูร โปรดดู รายงานการประชุมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ครั้งที่ 19/2545 วันที่ 13 กันยายน 2545 (เรื่องเสร็จที่ 616/2545)



ขนาน” จึงอาจจะไม่มีความจำเป็นเท่าใดนักในแง่ของ “หลักประกัน” สำหรับผู้รับคำสั่ง (หากทำที่สุดแล้วรัฐมนตรีได้มีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งถอนสัญญาติดตามคำขอของคู่กรณี) ดังนั้น หากยอมรับให้รัฐมนตรีใช้อำนาจเพิกถอนคำสั่งโดยลำพังก็อาจจะกระทำได้ แต่ในอีกแง่หนึ่ง การให้คณะกรรมการตามมาตรา 20 ได้มีส่วนร่วมเสนอความเห็นประกอบการพิจารณาของรัฐมนตรีด้วย ก็อาจช่วยให้การพิจารณามีความรอบคอบรัดกุมยิ่งขึ้น ซึ่งจะเป็นผลดีแก่ประโยชน์สาธารณะ

สำหรับกรณีของคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ เมื่อในชั้นการทำคำสั่ง หัวหน้าหน่วยงานของรัฐต้องเสนอสำนวนการสอบสวนให้องค์กรตรวจสอบ (กระทรวงการคลังหรือกระทรวงมหาดไทย) ตรวจสอบและมีคำสั่งตามความเห็นขององค์กรตรวจสอบหากนำ “หลักชั้นตอนขนาน” มาใช้แก่กรณีนี้ ในชั้นการอุทธรณ์คำสั่ง เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ก็ย่อมต้องเสนอสำนวนคำวินิจฉัยอุทธรณ์ให้องค์กรตรวจสอบพิจารณาและมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ตามความเห็นขององค์กรตรวจสอบเช่นเดียวกัน ซึ่งการนำ “หลักชั้นตอนขนาน” มาใช้ในกรณีนี้น่าจะชอบด้วยเหตุผลทั้งในแง่เป็นหลักประกันแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง (กรณีที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งในทางที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นแก่ผู้รับคำสั่ง เช่น ให้ชำระค่าสินไหมทดแทนในจำนวนที่มากขึ้น) และในแง่ที่เป็นหลักประกันแก่ประโยชน์ของทางราชการ (กรณีที่จะทบทวนคำสั่งในทางที่มีผลกระทบต่อทางราชการ เช่น เปลี่ยนแปลงแก้ไขจำนวนค่าสินไหมทดแทนให้น้อยลงหรือเพิกถอนคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน) เพราะการทบทวนคำสั่งจะต้องผ่านการพิจารณาขององค์กรตรวจสอบ (กระทรวงการคลังหรือกระทรวงมหาดไทย) เสียก่อน ซึ่งจะทำให้การพิจารณาทบทวนคำสั่งเป็นไปโดยรอบคอบรัดกุมและสอดคล้องกับระบบการตรวจสอบตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ

นอกจากนี้ การให้องค์กรตรวจสอบได้มีส่วนร่วมในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนยังสอดคล้องกับ “หลักอำนาจขนาน” (principe de parallélisme des compétences) ซึ่งยอมรับให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำคำสั่ง

เป็นผู้มีอำนาจทบทวนและเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือเพิกถอนคำสั่งได้ด้วย กรณีของคำสั่งให้ชุดใช้คำสั่งใหม่ทดแทนนั้น แม้ว่าจะองค์กรตรวจสอบ (กระทรวงการคลังและกระทรวงมหาดไทย) จะมีได้เป็นผู้ทำคำสั่งขึ้นเอง แต่การที่ความเห็นขององค์กรตรวจสอบมีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐให้มีคำสั่งตามแนวทางที่ได้ให้ความเห็นไว้ ก็พิเคราะห์ได้ว่า องค์กรตรวจสอบเป็น **“องค์กรผู้มีอำนาจตัดสินใจ”** กำหนดเนื้อหาของคำสั่ง (ว่าเจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบใช้คำสั่งใหม่ทดแทนหรือไม่ เป็นเงินจำนวนเท่าใด) ส่วนหน่วยงานของรัฐที่เสียหายเป็นเพียง **“องค์กรผู้มีอำนาจลงนามในคำสั่ง”** กรณีจึงถือได้ว่า องค์กรผู้ให้ความเห็นที่มีผลผูกพันให้ปฏิบัติตาม (avis conforme) เป็น **“ผู้ร่วมทำคำสั่งทางปกครอง”** (coauteur de l’acte administratif)<sup>48</sup> (ร่วมกับองค์กรผู้มีอำนาจลงนามในคำสั่ง) ดังนั้น จึงต้องให้องค์กรผู้ให้ความเห็นที่มีผลผูกพันได้มีส่วนร่วมในการทบทวนและเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย อันเป็นการดำเนินการตาม **“หลักอำนาจชนาน”**<sup>49</sup> หากไม่ให้องค์กรดังกล่าวได้เข้าร่วมในกระบวนการทบทวนคำสั่งด้วย คำวินิจฉัยอุทธรณ์ที่ทำขึ้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากมี **เหตุบกพร่องในเรื่องอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง** (vice d’incompétence)

หากนำ **“หลักชั้นตอนชนาน”** หรือ **“หลักอำนาจชนาน”** มาใช้กับการอุทธรณ์คำสั่งให้ชุดใช้คำสั่งใหม่ทดแทน โดยให้องค์กรตรวจสอบตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ได้มีส่วนร่วมในการพิจารณาคำอุทธรณ์ด้วย ก็จะเป็นการ **“เปิดช่อง”** ให้มีการทบทวนคำสั่งได้อย่างแท้จริงภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งจะทำให้การอุทธรณ์เป็นประโยชน์แก่คู่กรณีผู้รับคำสั่งทางปกครอง และขณะเดียวกันก็สอดคล้องกับ

<sup>48</sup> สำหรับแนวคิดทางทฤษฎีในเรื่องนี้ โปรดดู FERRARI (P.) “Essai sur la notion de coauteur d’un acte administratif unilatéral”, in Recueil d’études en hommage à Charles Eisenmann, (Paris : Cujas , 1975), pp.215 et s.; BELRHALLI (H.), Les coauteurs en droit administratif, (Paris : L.G.D.J., 2003)

<sup>49</sup> ROBLIN (C.), “Les avis conformes”, in DUPUIS (G.) (études coordonnées par) Sur la forme et la procédure de l’acte administratif, (Paris : Économica, 1979), p.90.

ระบบการตรวจสอบตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ด้วย แต่อย่างไรก็ดี อาจมีข้อโต้แย้งได้ว่า หลักดังกล่าวข้างต้นเป็นเพียงแนวคิดในทางทฤษฎี ซึ่งแม้จะมีการนำมาใช้บ้างแล้วในบางกรณี แต่ก็ยังมิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ประกอบกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งและเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์เป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์เท่านั้น โดยไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดกำหนดให้องค์กรตรวจสอบตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ มีอำนาจในการวินิจฉัยอุทธรณ์ด้วยแต่อย่างใด ดังนั้น การให้องค์กรตรวจสอบตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ได้เข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาอุทธรณ์ด้วยจึงอาจเป็นการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ก็เป็นไปได้

**แนวทางที่สอง** แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ฯ โดยบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับขั้นตอนการอุทธรณ์ไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งอาจกำหนดให้มีการอุทธรณ์คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อคณะกรรมการพิจารณาความรับผิดชอบแพ่ง หรือหากเห็นว่าจะเป็นการกระทบกระตื้อการดังกล่าวจนเกินสมควร ก็อาจกำหนดให้มีคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ขึ้นอีกคณะหนึ่งเป็นการเฉพาะก็ได้

**(2) คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็น “คำสั่งทางปกครอง” แต่ไม่สมควรมีการอุทธรณ์คำสั่ง**

ในกรณีที่คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนยังคงมีสถานะทางกฎหมายเป็น “คำสั่งทางปกครอง” แต่ในทางนิตินโยบายเห็นว่าจะไม่สมควรหรือไม่จำเป็นต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ก็อาจมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ฯ โดยกำหนดให้คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่หน่วยงานของรัฐทำขึ้นนั้นเป็นที่สุด (ภายในฝ่ายปกครอง) และให้ผู้รับคำสั่งมีสิทธิโต้แย้งคำสั่งต่อศาลปกครองต่อไป<sup>50</sup>

<sup>50</sup> ที่ผ่านมามีผู้เสนอความเห็นสนับสนุนแนวทางดังกล่าว เช่น อิศรา วงศ์นาค, คำสั่งทางปกครองที่มีองค์กรเข้าร่วมพิจารณาทางปกครองมากกว่าหนึ่งองค์กร : ศึกษากรณีระเบียบ

### (3) คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน *ไม่เป็น* “คำสั่งทางปกครอง” ทำให้ไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์คำสั่ง

แนวทางนี้มีที่มาจากความเห็นของนักวิชาการบางส่วนที่เห็นว่า การที่หน่วยงานของรัฐเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับการกระทำละเมิดเป็นเรื่องความสัมพันธ์ในทางแพ่ง ดังนั้น “คำสั่ง” เรียกให้ชำระเงินจึงเป็นเพียงหนังสือแจ้งให้ชำระเงินทางแพ่ง กรณีจึงสมควรแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบผิดละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ให้เป็นที่ชัดเจนว่า หน่วยงานของรัฐมีหนังสือแจ้งให้เจ้าหน้าที่ชำระเงินภายในเวลาที่กำหนด หากไม่มีการชำระโดยถูกต้องครบถ้วนภายในเวลาที่กำหนด ให้ส่งเรื่องให้พนักงานอัยการดำเนินการฟ้องคดีต่อไป ซึ่งการ “ปรับเปลี่ยน” สถานะทางกฎหมายของคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามแนวทางดังกล่าวจะช่วยแก้ไขปัญหาในทางปฏิบัติได้หลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อบังคับตามคำสั่งให้ชำระเงิน รวมทั้งการอุทธรณ์คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในการพิจารณาปรับเปลี่ยนสถานะทางกฎหมายของคำสั่งตามมาตรา 12 นั้น คงต้องใช้ข้อพิจารณาทางหลักทฤษฎีและข้อพิจารณาเกี่ยวกับประโยชน์ในทางปฏิบัติประกอบกัน โดยผู้ตรากฎหมายสมควรให้ความสำคัญกับข้อพิจารณาในทางทฤษฎีเป็นลำดับแรก โดยพิเคราะห์ว่า การที่หน่วยงานของรัฐเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนอันเกิดแต่มูลละเมิดจากเจ้าหน้าที่นั้นเป็นการใช้สิทธิเรียกร้องในทางแพ่งเช่นเอกชนทั่วไป หรือสามารถให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจบังคับตามสิทธิเรียกร้องได้เองด้วยการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีข้อสังเกตในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบว่า ระบบกฎหมายของประเทศที่เป็น “ต้นแบบ” ทางกฎหมายมหาชนให้แก่ประเทศไทยได้ยอมรับให้ฝ่ายปกครองบังคับตามสิทธิเรียกร้องในมูลหนี้ละเมิดได้เอง ไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมายของประเทศ

---

สำนักนายกรัฐมนตรีน ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบผิดละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551, หน้า 169-170.

ฝรั่งเศส<sup>51</sup> หรือประเทศเยอรมัน<sup>52</sup> ส่วนประโยชน์ในทางปฏิบัติของการปรับเปลี่ยนสถานะทางกฎหมายของคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในแง่ที่จะช่วยแก้ไขปัญหการบังคับตามคำสั่งหรือการอุทธรณ์คำสั่ง นั้น ผู้เขียนเห็นว่า “ผลพลอยได้” เหล่านี้น่าจะเป็นข้อพิจารณาลำดับรอง และตามความเป็นจริงแล้ว ในส่วนของปัญหาการใช้มาตรการบังคับทางปกครองนั้น การปรับเปลี่ยน “คำสั่งทางปกครองให้ชำระเงิน” เป็น “หนังสือแจ้งให้ชำระเงินทางแพ่ง” อาจจะไม่มีความสำคัญเท่าใดนัก หากท้ายที่สุดแล้ว ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ให้กระบวนการบังคับทางปกครองมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นในอนาคต<sup>53</sup>

<sup>51</sup> บทบัญญัติกฎหมายได้ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐออกคำสั่งเรียกให้ชำระเงินซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองเพื่อบังคับตามสิทธิเรียกร้องในหนี้ในมูลละเมิดจากเจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดได้เอง โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล สำหรับการออกคำสั่งทางปกครองให้ชำระเงินและการบังคับตามคำสั่งดังกล่าว โปรดดู ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การบังคับทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส, เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กุมภาพันธุ์ 2552, หน้า 30-46

<sup>52</sup> ในระบบกฎหมายเยอรมัน มีความเห็นในทางวิชาการว่า คำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับการทำละเมิดเป็นเรื่องความสัมพันธ์ในทางแพ่ง แต่ตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองเยอรมัน ก็ยอมรับว่า กรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายไปก่อนและไล่เบี้ยเอาจากเจ้าหน้าที่หรือกรณีที่เจ้าหน้าที่ทำละเมิดต่อหน่วยงานโดยตรงนั้น โดยที่เจ้าหน้าที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของหน่วยงานของรัฐ ตามหลักความสัมพันธ์พิเศษ หน่วยงานของรัฐจึงมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้เงินได้โดยใช้วิธีการหักเงินเดือน โปรดดู คำชี้แจงของ รศ.ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ในสรุปผลการสัมมนา เรื่อง “สถานภาพทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539” จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 13 กรกฎาคม 2545 (เรื่องเสรีจที่ 289/2545)

<sup>53</sup> โปรดดู กมลกานต์ ศรสวรรณ ศรีรัตน์ งามนิสัย และเกวลี มโนภินเวศ, รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง สภาพปัญหาและแนวทางแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, เสนอสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มิถุนายน 2552

ทั้งนี้ มีความเป็นไปได้ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ โดยกำหนดให้หน่วยงานของรัฐใช้วิธีการมีหนังสือแจ้งให้ชำระเงินทางแพ่งแทนการออกคำสั่งทางปกครอง โดยขณะนี้ได้มีการจัดทำร่างพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... เสนอให้คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) พิจารณาแล้ว

## 5. ข้อคิดส่งท้าย

หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ตามแนวทางดังกล่าว ปัญหาการอุทธรณ์คำสั่งให้خذใช้ค่าสินไหมทดแทนคงกลายเป็น “อดีต” ไปในไม่ช้า อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ปัญหาดังกล่าวก็ถือเป็น “อุทธรณ์” ที่เตือนใจนักกฎหมายได้เนืองหลาย เรื่องไม่ว่าจะในแง่ที่สะท้อนให้เห็นถึง “ข้อบกพร่อง” ของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ที่กำหนดให้คำสั่งดังกล่าวมีสถานะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” แต่มิได้บัญญัติเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งให้เป็นที่ยึดมั่น เช่น กำหนดให้คำสั่งดังกล่าวเป็นที่สุดท้ายในฝ่ายปกครองหรือกำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ไว้เป็นการเฉพาะให้เหมาะสมกับลักษณะของเรื่อง<sup>54</sup> ซึ่งการที่พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ มิได้บัญญัติขั้นตอนการอุทธรณ์ไว้เป็นการเฉพาะนั้น เป็นเหตุให้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์ได้ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ทั้งที่ระบบอุทธรณ์ทั่วไปตามกฎหมายดังกล่าวไม่สอดคล้องกับกระบวนการตรวจสอบตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับ

<sup>54</sup> แม้ว่าจะเรียบเรียงสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ จะกำหนดในข้อ 19 ว่า การแจ้งคำสั่งให้خذใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แจ้งสิทธิฟ้องคดีต่อศาลและอายุความฟ้องคดีไว้ด้วย ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความมุ่งหมายที่จะให้นำข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาของศาลได้โดยตรงโดยไม่ต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนก็ตาม แต่ก็อาจมีปัญหาคือข้อโต้แย้งว่าระเบียบดังกล่าวเป็นเพียงระเบียบภายในของทางราชการเท่านั้น

ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ในอีกด้านหนึ่ง ปัญหาดังกล่าวก็สะท้อนให้เห็นถึง “ข้อจำกัด” ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ในแง่ที่ว่าหลักเกณฑ์ของ “กฎหมายกลาง” ว่าด้วยการพิจารณาทางปกครองอาจจะไม่สามารถนำไปใช้กับการพิจารณาทางปกครองได้ทุกเรื่อง เพราะในบางเรื่องนั้น “กฎหมายเฉพาะ” อาจกำหนดกระบวนการพิจารณาทางปกครองไว้เป็นพิเศษ เช่นระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ที่กำหนดกระบวนการออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไว้ โดยให้ความเห็นขององค์กรตรวจสอบหรือผู้มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการมีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐในการออกคำสั่ง ซึ่ง “ลักษณะพิเศษ” ดังกล่าวทำให้คณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไม่อาจทบทวนและเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แตกต่างไปจากความเห็นขององค์กรตรวจสอบหรือผู้มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการได้ ซึ่งทำให้การอุทธรณ์ในกรณีดังกล่าวเป็นเพียงเงื่อนไขการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง มิใช่กระบวนการเยียวยาภายในฝ่ายปกครองอย่างแท้จริง

ท้ายที่สุด ปัญหาการอุทธรณ์คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนซึ่งอาจพิจารณาว่าเป็นเพียง “ปัญหาเล็กๆ” ยังสะท้อนให้เห็นถึง “ปัญหาใหญ่” อันได้แก่ความไม่สอดคล้องกันของแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาและแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดซึ่งมีอยู่หลายเรื่องด้วยกัน โดยบางกรณีแนวคำวินิจฉัยมีความขัดแย้งกันโดยสิ้นเชิง<sup>55</sup> ซึ่งปัญหาดังกล่าวอาจมีสาเหตุส่วนหนึ่งจากการที่ประเทศไทยมิได้มีองค์กรเดียวที่ทำหน้าที่เป็นทั้งองค์กรที่ให้คำปรึกษาทางกฎหมายแก่ฝ่ายบริหารและตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเช่นเดียวกับบางประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศสที่มีสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ประกอบด้วยฝ่ายร่างกฎหมาย (sections administratives) ทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายของฝ่ายบริหารทำนองเดียวกับคณะกรรมการกฤษฎีกา และฝ่ายพิจารณาคดี

<sup>55</sup> สำหรับตัวอย่างกรณีหนึ่ง โปรดดู ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, “ปัญหาเกี่ยวกับวันที่การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมีผล กรณีส่งหนังสืออุทธรณ์ทางไปรษณีย์, ในวารสารกฎหมายปกครอง เล่มเดียวกันนี้

ปกครอง (section du contentieux) ทำหน้าที่เป็นองค์กรพิจารณาพิพากษาคดีปกครองทำนองเดียวกับศาลปกครองสูงสุด ซึ่งกรณีของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสนั้น โดยทั่วไปแล้วองค์กรคณะพิจารณาคดีปกครองมักจะมีคำพิพากษาในแนวทางเดียวกันกับที่องค์กรคณะร่างกฎหมายได้เคยให้ความเห็นทางกฎหมายไว้ และยึดหลักการตามความเห็นขององค์กรคณะร่างกฎหมายในการวินิจฉัยคดีพิพาท<sup>56</sup> ทำให้ “จุดยืน” ของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสในการ “ให้คำปรึกษา” และ “ตัดสินคดีพิพาท” มีความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ซึ่งทำให้หน่วยงานของรัฐมีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมาย

สำหรับประเทศไทยนั้น มีการแบ่งแยกองค์กรที่ปรึกษากฎหมายของฝ่ายบริหารและองค์กรพิจารณาคดีปกครองออกจากกันอย่างเด็ดขาด โดยไม่มี “ช่องทาง” ในการติดต่อประสานหรือแลกเปลี่ยนความคิดเห็นระหว่างบุคลากรของทั้งสององค์กรเลย แม้แต่ในระดับสำนักงานเลขานุการ ทั้งที่ตามความเป็นจริงแล้ว การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรทั้งสองอาจมีความเกี่ยวข้องกันได้ เพราะแม้จะมีหลักว่าคณะกรรมการกฤษฎีกาไม่รับให้คำปรึกษาในเรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาล<sup>57</sup> แต่คณะกรรมการกฤษฎีกาก็อาจให้คำปรึกษาทางกฎหมายแก่หน่วยงาน

<sup>56</sup> โปรดดูตัวอย่างกรณีต่างๆ ใน DRAGO (R.), “Incidences contentieuses des attributions consultatives du Conseil d’État”, in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, (Paris : L.G.D.J., 1974), pp. 385-388. และ GOURDOU (J.), “L’avis du Conseil d’État sur une question de droit”, in *Mélanges en l’honneur de Franck Moderne*, (Paris : L.G.D.J., 2002), pp. 207 et 213. ซึ่งมีข้อสังเกตว่าในบางกรณีคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐได้กล่าวอ้างถึงหลักการตามบันทึกความเห็นทางกฎหมายขององค์กรคณะร่างกฎหมายไว้อย่างชัดเจน และบางกรณีตุลาการผู้แถลงคดีก็อ้างความเห็นทางกฎหมายขององค์กรคณะร่างกฎหมายไว้ในคำแถลงการณ์ต่อ องค์กรพิจารณาคดีปกครองด้วย

<sup>57</sup> ข้อ 9 (1) แห่งระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกา ว่าด้วยกรรับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมายของกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ทั้งนี้ เว้นแต่เป็นเรื่องที่คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีได้มีคำสั่งให้พิจารณา



ของรัฐในเรื่องซึ่งอาจมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองในภายหลัง<sup>58</sup> และกรณีศาลปกครองได้ตัดสินคดีพิพาทแล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกาก็อาจให้คำปรึกษาเกี่ยวกับแนวทางในการปฏิบัติตามคำสั่งและคำพิพากษาของศาลปกครองได้ด้วย<sup>59</sup> โดยนัยนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 โดยเปิดโอกาสให้ตุลาการศาลปกครองสามารถได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการกฤษฎีกาในขณะเดียวกันได้<sup>60</sup> นอกจากจะเป็นประโยชน์แก่คณะกรรมการกฤษฎีกาที่จะมีกรรมการซึ่งมีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายปกครองประจำอยู่ในคณะต่างๆ แล้ว ยังถือเป็น “โอกาส” ที่กรรมการกฤษฎีกาและตุลาการศาลปกครองจะได้ปรึกษาหารือปัญหาข้อกฎหมายต่างๆ ระหว่างกันอีกด้วย ซึ่งคงต้องติดตามต่อไปว่าการที่กรรมการกฤษฎีกาและตุลาการศาลปกครองได้มีโอกาสแลกเปลี่ยนความคิดเห็นและแบ่งปันมุมมองในเรื่องต่างๆ ระหว่างกันนี้ ท้ายที่สุดแล้วจะมีส่วนช่วยให้การพัฒนา “หลักกฎหมายปกครอง” โดยองค์กรทั้งสองมีความสอดคล้องกันมากยิ่งขึ้นหรือไม่ อย่างไร

<sup>58</sup> ในกรณีเช่นนี้หน่วยงานของรัฐก็มักจะอ้างความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาในคำให้การหรือคำคัดค้านคำให้การต่อศาลปกครอง

<sup>59</sup> ตัวอย่างเช่น กรณีที่ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษา ที่ พ.5/2549 เพิกถอนพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นตอบข้อหารือของหน่วยงานของรัฐเกี่ยวกับการดำเนินการตามคำพิพากษาดังกล่าวในเรื่องเสรีที่ 208/2549, 400/2549 และ 462/2549

<sup>60</sup> พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา(ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2551 มาตรา 3 ได้บัญญัติให้ยกเลิกมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา(ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า กรรมการกฤษฎีกาจะดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองในขณะเดียวกันไม่ได้ ซึ่งต่อมาได้พระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งนายอักษราทร จุฬารัตน์ ซึ่งดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นกรรมการกฤษฎีกา ตามประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง การแต่งตั้งกรรมการกฤษฎีกาลงวันที่ 14 ตุลาคม 2552 โดยปัจจุบันนายอักษราทร จุฬารัตน์ เป็นกรรมการกฤษฎีกาคนที่ 5 ซึ่งรับผิดชอบกฎหมายเกี่ยวกับการค้าและอุตสาหกรรม

## ภาคผนวก

สรุปแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เกี่ยวกับอำนาจทบทวนคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ (กรณีความรับผิดชอบละเมิดที่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังหรือกระทรวงมหาดไทยตรวจสอบ)

หน่วยงานของรัฐ	การออกคำสั่ง	การพิจารณาอุทธรณ์
ราชการส่วนกลาง	หัวหน้าหน่วยงานของรัฐต้องมีคำสั่งตามความเห็นกระทรวงการคลัง	ผูกพันตามความเห็นกระทรวงการคลัง (801/2547, 668/2551) ถ้ามีคำสั่งก่อนกระทรวงการคลังตรวจสอบแล้วหรือก่อนมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ และในทุกกรณี (ไม่ว่ามีคำวินิจฉัยอุทธรณ์แล้วหรือไม่) ต้องแก้ไขคำสั่งให้เป็นไปตามความเห็นกระทรวงการคลัง (794/2547)
ราชการส่วนท้องถิ่น	1. เจ้าหน้าที่ละเมิดหน่วยงาน: หัวหน้าหน่วยงานของรัฐมีคำสั่งตามความเห็นกระทรวงการคลังหรือตามการวินิจฉัยสั่งการของผู้กำกับดูแล	ผูกพันตามความเห็นกระทรวงการคลังหรือตามการวินิจฉัยสั่งการของผู้กำกับดูแล (335/2550) เว้นแต่มีข้อเท็จจริงต่างจากเดิมและมีเหตุผลพิเศษเป็นอย่างอื่น (522/2552 : กรณีมีคำสั่งตามความเห็นกระทรวงการคลัง)

หน่วยงานของรัฐ	การออกคำสั่ง	การพิจารณาอุทธรณ์
ราชการส่วนกลาง	2. เจ้าหน้าที่ละเมิดบุคคลภายนอกและหน่วยงานไต่เบี่ย: หัวหน้าหน่วยงานของรัฐต้องมีคำสั่งตามความเห็นกระทรวงมหาดไทย	ผูกพันตามความเห็นกระทรวงมหาดไทย (194/2549)
ราชการส่วนท้องถิ่น	3. ผู้กำกับดูแลออกคำสั่งแทนหัวหน้าหน่วยงานที่ทำละเมิด	ผู้กำกับดูแลเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งได้ หรือถ้าไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ ก็เสนอผู้บังคับบัญชาวินิจฉัยอุทธรณ์ต่อไปได้ (523/2550)

๐๘๙๐๘๙๐๘

## ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับระยะเวลาเรียกให้ เจ้าหน้าที่ของรัฐรับคดีใช้ค่าสินไหมทดแทน\*

นิธินันท์ สุขวงศ์ \*\*

การที่หน่วยงานของรัฐจะเรียกให้เจ้าหน้าที่ที่กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่แล้วเกิดความเสียหายต่อหน่วยงานของรัฐ รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน นั้นเป็นที่ทราบกันว่า จะต้องมีการดำเนินการตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ประกอบกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งเมื่อดำเนินการตามกระบวนการดังกล่าวแล้ว หน่วยงานของรัฐมีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ กระบวนการในการตรวจสอบกรณีการละเมิดของเจ้าหน้าที่ เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น โดยสรุปสาระสำคัญ มีดังนี้

### การแต่งตั้งคณะกรรมการ

เมื่อเกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐแห่งใด และหัวหน้าหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้น ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐดังกล่าวแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดขึ้นคณะหนึ่ง เพื่อพิจารณาเสนอความเห็น

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 31 กรกฎาคม 2554

\*\* นิติศาสตรบัณฑิต, เนติบัณฑิตไทย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต ม.รามคำแหง, ประกาศนียบัตรด้านการจัดการความรู้ ม.เชียงใหม่

เกี่ยวกับผู้ต้องรับผิดชอบและจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ผู้นั้นต้องชดใช้<sup>1</sup>

ถ้าเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งหนึ่งทำให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐอีกแห่งหนึ่ง ให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำให้เกิดความเสียหายแจ้งต่อผู้บังคับบัญชาและให้มีการรายงานตามลำดับชั้นจนถึงหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่ตนสังกัด เว้นแต่

(1) ถ้าเจ้าหน้าที่ผู้ทำให้เกิดความเสียหายเป็นรัฐมนตรี ให้แจ้งต่อนายกรัฐมนตรี

(2) ถ้าเจ้าหน้าที่ผู้ทำให้เกิดความเสียหายเป็นกรรมการที่ตั้งขึ้นเพื่อปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐแห่งใด ให้แจ้งต่อหัวหน้าหน่วยงานของรัฐแห่งนั้น

(3) ถ้าเจ้าหน้าที่ผู้ทำให้เกิดความเสียหายเป็นผู้ซึ่งไม่ได้สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใด ให้แจ้งต่อกระทรวงการคลัง

(4) ถ้าเจ้าหน้าที่ผู้ทำให้เกิดความเสียหายเป็นผู้ซึ่งไม่มีผู้บังคับบัญชาและมิใช่ผู้ปฏิบัติงานในราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานของรัฐอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้แจ้งต่อผู้มีอำนาจกำกับดูแล ผู้แต่งตั้งตน หรือผู้ซึ่งสั่งให้ตนปฏิบัติงานให้แก่หน่วยงานของรัฐ<sup>2</sup>

ในกรณีความเสียหายเกิดขึ้น เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งหนึ่งทำให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐอีกแห่งหนึ่ง ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหายและหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นสังกัด หรือผู้ซึ่งระเบียบนี้กำหนดให้เป็นผู้รับแจ้งตาม (1) (2) (3) หรือ (4) ข้างต้น แล้วแต่กรณี มีอำนาจร่วมกันแต่งตั้งคณะกรรมการ<sup>3</sup>

1 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 8

2 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 9

3 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 10

ในกรณีที่เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐมากกว่าหนึ่งแห่ง และหรือความเสียหายเกิดจากผลการกระทำของเจ้าหน้าที่หลายหน่วยงานของรัฐ ให้ผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการร่วมกันแต่งตั้งคณะกรรมการ<sup>4</sup>

ถ้าผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการ ไม่ดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการภายในเวลาอันควรหรือแต่งตั้งกรรมการโดยไม่เหมาะสม ให้ปลัดกระทรวง ปลัดทบวง หรือรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาหรือกำกับดูแลหรือควบคุมการปฏิบัติงานของบุคคลดังกล่าวมีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการหรือเปลี่ยนแปลงกรรมการแทน ผู้มีอำนาจแต่งตั้งนั้นได้ตามที่เห็นสมควร<sup>5</sup>

### การพิจารณาของคณะกรรมการและผู้แต่งตั้ง

ในการประชุมคณะกรรมการต้องมีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมดจึงจะเป็นองค์ประชุม มติที่ประชุมให้ถือเสียงข้างมาก กรรมการที่ไม่เห็นด้วยกับมติที่ประชุมอาจทำความเห็นแย้งมติที่ประชุมรวมไว้ในความเห็นของคณะกรรมการได้<sup>6</sup>

เมื่อผู้แต่งตั้งได้รับผลการพิจารณาของคณะกรรมการแล้วให้วินิจฉัยสั่งการว่ามีผู้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ และเป็นจำนวนเท่าใด แต่ยังมีต้องแจ้งการสั่งการให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ

ให้ผู้แต่งตั้งส่งสำนวนภายในเจ็ดวันนับแต่วันวินิจฉัยสั่งการให้กระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบ เว้นแต่เป็นเรื่องที่กระทรวงการคลังประกาศกำหนดว่าไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ

<sup>4</sup> ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 11

<sup>5</sup> ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 12

<sup>6</sup> ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 13

ในระหว่างการพิจารณาของกระทรวงการคลัง ให้ผู้แต่งตั้งสั่งการให้ตระเตรียมเรื่องให้พร้อมสำหรับการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชำระค่าสินไหมทดแทนหรือดำเนินการฟ้องคดีเพื่อมิให้ขาดอายุความสองปีนับจากวันที่ผู้แต่งตั้งวินิจฉัยสั่งการ

ให้กระทรวงการคลังพิจารณาให้แล้วเสร็จก่อนอายุความสองปีสิ้นสุด ไม่น้อยกว่าหกเดือน ถ้ากระทรวงการคลังไม่แจ้งผลการตรวจสอบให้ทราบภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรและแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ เว้นแต่ในกรณีหน่วยงานของรัฐนั้นเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานของรัฐอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ ให้กระทรวงการคลังพิจารณาให้แล้วเสร็จก่อนอายุความสองปีสิ้นสุดไม่น้อยกว่าหนึ่งปี ถ้ากระทรวงการคลังไม่แจ้งผลการตรวจสอบให้ทราบภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรและแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ<sup>7</sup>

### การพิจารณาของกระทรวงการคลัง

เมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้ว ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง และแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ แต่ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ ที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานของรัฐอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ ให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลหรือควบคุมหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นวินิจฉัยสั่งการให้หน่วยงานของรัฐดังกล่าวปฏิบัติตามที่เห็นว่าถูกต้อง

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายตามวรรคหนึ่งสั่งการตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ให้ผู้แต่งตั้งดำเนินการเพื่อออกคำสั่งให้ชำระค่าสินไหม

<sup>7</sup> ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 17

ทดแทน หรือฟ้องคดีต่อศาลอย่าให้ขาดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้แต่งตั้งแจ้งคำสั่งให้ผู้รับผิดชอบคดีใช้คำสั่งใหม่ทดแทนทราบ<sup>8</sup>

ผู้เขียนขอกล่าวกระบวนการพิจารณาไว้เพียงเท่านี้ ซึ่งประเด็นปัญหาในบทความนี้ จะอยู่ที่กรณีหน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินการออกคำสั่งหรือฟ้องให้เจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบภายในระยะเวลาใด หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ของกฎหมายตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

มาตรา 10 ในกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานของรัฐที่ผู้นั้นอยู่ในสังกัดหรือไม่ ถ้าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่การเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ให้นำบทบัญญัติมาตรา 8 มาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่ถ้ามิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ทั้งสองประการตามวรรคหนึ่ง ให้มีกำหนดอายุความสองปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ ผู้จะพึงต้องใช้คำสั่งใหม่ทดแทน และกรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่ต้องรับผิด แต่กระทรวงการคลังตรวจสอบแล้วเห็นว่าต้องรับผิด ให้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนนั้นมีกำหนดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง

กล่าวคือ หน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบ โดยทั่วไป คือ สองปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ ผู้จะพึงต้องใช้คำสั่งใหม่ทดแทนนั่นก็คือ วันที่ผู้แต่งตั้งได้รับรายงานจากคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดแล้ววินิจฉัยสั่งการ<sup>9</sup> และในกรณีที่สอง คือ กรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่า เจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่ต้องรับผิด แต่กระทรวงการคลังตรวจสอบแล้วเห็นว่าต้องรับผิด ให้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหม

<sup>8</sup> ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 18

<sup>9</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 579/2551



ทดแทนนั้นมีการกำหนดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ซึ่งในกรณีนี้ หากพิจารณาตามเงื่อนไขของกฎหมายแล้ว กรณีจะต้องเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่ต้องรับผิดชอบ แต่กระทรวงการคลังตรวจสอบแล้วเห็นว่าต้องรับผิดชอบ ระยะเวลาการเรียกร้องจึงจะขยายไปอีกหนึ่งปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ขอบเขตของกรณีที่สอง จะมีความหมายแคบไปเพียงใด เนื่องจากในทางปฏิบัติพบว่า เมื่อมีการส่งเรื่องไปให้กระทรวงการคลังพิจารณาแล้ว และแจ้งกลับมายังหน่วยงานของรัฐ และหน่วยงานของรัฐสั่งการตามความเห็นของกระทรวงการคลัง หน่วยงานของรัฐมักจะกล่าวอ้างว่า มีระยะเวลาในการเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบหนึ่งปีในทุกกรณี โดยอ้างตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 10 วรรคสองบ้าง อ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 18 วรรคสองบ้าง ประกอบกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ก็กล่าวไว้ว่า ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 18 วรรคสอง เป็นการนำหลักในมาตรา 10 วรรคสอง ของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาขยายให้ชัดเจนอีกครั้งหนึ่ง<sup>10</sup> และตามเจตนารมณ์ในการออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539<sup>11</sup> ที่ต้องการให้

<sup>10</sup> ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 204/2541

<sup>11</sup> โดยที่ได้มีการตราพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ขึ้น และกฎหมายดังกล่าวมีหลักการเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ซึ่งเปลี่ยนแปลงไปจากแนวทางปฏิบัติในเรื่องความรับผิดทางแพ่งที่ทางราชการถือปฏิบัติในปัจจุบัน โดยได้แยกความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ออกเป็นเหตุที่เนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่และที่ไม่ใช่การปฏิบัติหน้าที่ โดยเมื่อมีความเสียหายเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่นั้น หน่วยงานของรัฐจะต้องรับภาระค่าใช้จ่ายเสียหายไปก่อน ส่วนเจ้าหน้าที่ของรัฐจะรับผิดชอบค่าใช้จ่ายต่อหน่วยงานของรัฐเพียงใดนั้น ให้ไปไล่เบี้ยต่อไปในภายหลัง โดยจะยึดหลักว่าจะเรียกเอาแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐเฉพาะกรณีความเสียหายนั้นเกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่าง

ระเบียบดังกล่าว เหมาะสมและสอดคล้องกับพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 หรือระเบียบดังกล่าวจะต้องไม่ไปขัดต่อหลักการสำคัญของกฎหมาย

ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 10 วรรคสอง และตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 18 วรรคสอง นั้น หากพิจารณาดี ๆ แล้วจะเห็นได้ว่า ทั้งสองหลักเกณฑ์นั้น มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 10 วรรคสอง จะต้องเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่า เจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่ต้องรับผิด แต่กระทรวงการคลังตรวจสอบแล้วเห็นว่าต้องรับผิด สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจะขยายไปหนึ่งปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง แต่ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 18 วรรคสอง ต้องเป็นในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหาย สั่งการตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ผู้แต่งตั้งต้องออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชำระค่าสินไหมทดแทน หรือฟ้องคดีต่อศาลอย่าให้ขาดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้แต่งตั้งแจ้งคำสั่งให้ผู้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนทราบ โดยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขที่ว่า หน่วยงานของรัฐเห็นว่า เจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่ต้องรับผิด แต่กระทรวงการคลังตรวจสอบแล้วเห็นว่าต้องรับผิด แต่อย่างไร ทำให้ในทางปฏิบัติเมื่อความเห็นของหน่วยงานของรัฐไม่ตรงกับความเห็นของกระทรวงการคลัง และเมื่อหน่วยงานของรัฐสั่งการ

ร้ายแรงเท่านั้น นอกจากนี้ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถฟ้องชำระค่าสินไหมทดแทนได้โดยคำนิ่งถึงรายได้ ฐานะ ครอบครัวและความรับผิดชอบ และพฤติการณ์แห่งกรณีประกอบด้วยสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการที่ไม่ใช่การปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องถูกฟ้องและคดีใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นการส่วนตัวโดยไม่เกี่ยวกับทางราชการสมควรวางระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ให้เหมาะสมและสอดคล้องกับพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 คณะรัฐมนตรีจึงมีมติให้วางระเบียบไว้ดังต่อไปนี้ ...

ตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ก็อาจจะทำให้เข้าใจได้ว่า สามารถเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่รับผิดชอบได้โดยระยะเวลาขยายไปอีกหนึ่งปีทุกกรณี ซึ่งในกรณีที่ระยะเวลาในการเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่รับผิดชอบจะขยายออกไปอีกหนึ่งปี ผู้เขียนเห็นว่า จะต้องเข้าเงื่อนไขตามกฎหมายที่ว่า หน่วยงานของรัฐเห็นว่า เจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดชอบ แต่กระทรวงการคลังเห็นว่า ต้องรับผิดชอบเท่านั้น ระยะเวลาดังกล่าวจึงจะขยายออกไปหนึ่งปี มิใช่ว่า เมื่อมีการสั่งการตามความเห็นของกระทรวงการคลังแล้ว ทุกกรณีจะขยายไปอีกหนึ่งปีแต่อย่างใดไม่ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีตีความหรือแปลความให้เกินขอบเขตของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ไม่ได้ โดยเฉพาะการตีความหรือแปลความในทางลบหรือในทางที่เป็นผลร้ายไปกระทบกับสิทธิของบุคคล ซึ่งการขยายระยะเวลานั้น ผู้เขียนเห็นว่า อาจพิจารณาได้ ดังนี้

ก. กรณีหน่วยงานของรัฐเห็นว่า เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบ และกระทรวงการคลังเห็นว่า ต้องรับผิดชอบเช่นกัน เช่น หน่วยงานของรัฐเห็นว่า เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบ 1,000,000 บาท กระทรวงการคลังเห็นว่าต้องรับผิดชอบ 1,000,000 บาท เช่นกัน กรณีไม่เข้าเงื่อนไขที่จะขยายระยะเวลา เนื่องจากมิใช่กรณีหน่วยงานของรัฐเห็นว่า เจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดชอบ แต่กระทรวงการคลังเห็นว่า ต้องรับผิดชอบ กรณีดังกล่าวอยู่ภายใต้เงื่อนไขการเรียกร้องให้รับผิดชอบภายในสองปี นับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ ผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน

ข. กรณีหน่วยงานของรัฐเห็นว่า เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบในจำนวนที่มาก แต่กระทรวงการคลังเห็นว่า ต้องรับผิดชอบในจำนวนที่น้อยกว่า เช่น หน่วยงานของรัฐเห็นว่า เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบ 1,000,000 บาท กระทรวงการคลังเห็นว่า ต้องรับผิดชอบ 500,000 บาท กรณีไม่เข้าเงื่อนไขที่จะขยายระยะเวลา เนื่องจากมิใช่กรณีหน่วยงานของรัฐเห็นว่า เจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดชอบ แต่กระทรวงการคลังเห็นว่าต้องรับผิดชอบ กรณีดังกล่าวอยู่ภายใต้เงื่อนไขการเรียกร้องให้รับผิดชอบภายในสองปี นับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ ผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน

ค. กรณีหน่วยงานของรัฐเห็นว่า เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบในจำนวนน้อย แต่กระทรวงการคลังเห็นว่า ต้องรับผิดชอบในจำนวนที่มากกว่า เช่น หน่วยงานของรัฐ

เห็นว่า เจ้าหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบ 1,000,000 บาท กระทรวงการคลังเห็นว่า ต้องรับผิดชอบ 1,500,000 บาท กรณีนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เฉพาะจำนวน 500,000 บาท เท่านั้น ที่เข้าเงื่อนไขที่จะขยายระยะเวลา เนื่องจากหน่วยงานของรัฐเห็นว่า เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบเพียง 1,000,000 บาท ส่วนอีก 500,000 บาท ไม่ต้องรับผิดชอบ แต่กระทรวงการคลังเห็นว่า ต้องรับผิดชอบตรงกันในจำนวนแรก 1,000,000 บาท ซึ่งโดยทั่วไปหากเห็นตรงกัน ก็เป็นไปตาม ข้อ ก. คือ อยู่ภายใต้เงื่อนไขการเรียกร้องให้รับผิดชอบในสองปี นับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ ผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน ส่วนในจำนวน 500,000 บาท เป็นส่วนที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่า เจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดชอบ แต่กระทรวงการคลังเห็นว่าต้องรับผิดชอบ ซึ่งเข้าตามเงื่อนไขที่จะขยายระยะเวลาออกไปอีกหนึ่งปี

ง. กรณีหน่วยงานของรัฐเห็นว่า เจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดชอบ แต่กระทรวงการคลังเห็นว่าต้องรับผิดชอบ ซึ่งเข้าตามเงื่อนไขที่จะขยายระยะเวลาออกไปอีกหนึ่งปี

กลับมาพิจารณาตามหลักเกณฑ์ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 18 ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายตามวรรคหนึ่งสั่งการตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ให้ผู้แต่งตั้งดำเนินการเพื่อออกคำสั่งให้ชำระค่าสินไหมทดแทน หรือฟ้องคดีต่อศาลอย่าให้ขาดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้แต่งตั้งแจ้งคำสั่งให้ผู้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนทราบ ซึ่งไม่มีการกำหนดเงื่อนไขตามมาตรา 10 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ทำให้อาจพิจารณาได้ว่า ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่า เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบในจำนวนใด และกระทรวงการคลังเห็นว่า ต้องรับผิดชอบในจำนวนนั้น ซึ่งเป็นจำนวนที่เท่ากันก็ดี หรือในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่า เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบในจำนวนใด และกระทรวงการคลังเห็นว่า ต้องรับผิดชอบในจำนวนที่น้อยกว่าก็ดี หรือในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่า เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบในจำนวนใด และกระทรวงการคลังเห็นว่า ต้องรับผิดชอบในจำนวนที่มากกว่าก็ดี แล้วหน่วยงานของรัฐสั่งการตามความเห็นของกระทรวงการคลัง หน่วยงานของรัฐก็จะสามารถดำเนินการให้เจ้าหน้าที่รับผิดชอบได้ โดยมีระยะเวลาขยายไปอีกหนึ่งปีทุกกรณี ซึ่งกรณีไม่น่า

จะเป็นเช่นนั้น เพราะการขยายระยะเวลาบังคับเอากับทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่ ในทางที่เป็นผลร้าย นั้น จะต้องมีความหมายกำหนด และต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ที่กฎหมายกำหนด กฎ ระเบียบ ไม่อาจตีความ หรือแปลความ ขยายความให้ไปไกลกว่าที่กฎหมายกำหนดไม่ได้

นอกจากนั้น หากพิจารณาในเรื่องความเหมาะสมและสอดคล้อง ตามเจตนารมณ์ในการออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติ เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งระเบียบฯ ในข้อ 18 วรรคสอง พบว่า มิได้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 10 วรรคสอง กล่าวคือ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 10 วรรคสอง สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ทั้งสองประการตามวรรคหนึ่ง ให้มีกำหนดอายุความสองปี นับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ ผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน และกรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่า เจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่ต้องรับผิดชอบ แต่กระทรวงการคลังตรวจสอบแล้วเห็นว่า ต้องรับผิดชอบ ให้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนนั้น มีกำหนดอายุความหนึ่งปี นับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ส่วนระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 18 วรรคสอง ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายตามวรรคหนึ่งสั่งการตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ให้ผู้แต่งตั้งดำเนินการเพื่อออกคำสั่งให้ชำระค่าสินไหมทดแทน หรือฟ้องคดีต่อศาลอย่าให้ขาดอายุความหนึ่งปี นับแต่วันที่ผู้แต่งตั้งแจ้งคำสั่งให้ผู้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนทราบ ความแตกต่างกันในข้อนี้ อยู่ที่ว่า ระยะเวลาหรืออายุความการใช้สิทธิเรียกร้อง มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 10 วรรคสอง สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนนั้น มีกำหนดอายุความหนึ่งปี นับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง แต่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 18 วรรคสอง ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายตามวรรคหนึ่งสั่งการตาม

ความเห็นของกระทรวงการคลัง ให้ผู้แต่งตั้งดำเนินการเพื่อออกคำสั่งให้ชำระค่าสินไหมทดแทน หรือฟ้องคดีต่อศาลอย่าให้ขาดอายุความหนึ่งปี นับแต่วันที่ผู้แต่งตั้งแจ้งคำสั่งให้ผู้รับผิดชอบคดีใช้ค่าสินไหมทดแทนทราบ ระยะเวลา หรืออายุความการใช้สิทธิแตกต่างกัน คือ นับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ก็เป็นวันหนึ่ง หน่วยงานของรัฐสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังวันใด ก็เริ่มนับระยะเวลา และนับแต่วันที่ผู้แต่งตั้งแจ้งคำสั่งให้ผู้รับผิดชอบคดีใช้ค่าสินไหมทดแทนทราบ ก็เป็นอีกวันหนึ่ง ผู้แต่งตั้งแจ้งคำสั่งให้ผู้รับผิดชอบคดีวันใด ก็เริ่มนับระยะเวลา วันที่หน่วยงานของรัฐมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง จะต้องเกิดก่อนวันที่ผู้แต่งตั้งแจ้งคำสั่งให้ผู้รับผิดชอบคดีใช้ค่าสินไหมทดแทนทราบ ซึ่งเป็นไปไม่ได้ที่ทั้งสองวันจะเริ่มพร้อมกัน หรือสอดคล้องกัน

การใช้การตีความกรณีหน่วยงานของรัฐหรือผู้แต่งตั้งสั่งการตามความเห็นของกระทรวงการคลังในกรณีละเมิดของเจ้าหน้าที่ อาจเป็นประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐ แต่ทั้งนี้และทั้งนั้น ประโยชน์ดังกล่าวก็ควรจะเป็นประโยชน์ที่ได้มาโดยถูกต้องตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย หรือกฎ กติกา ของบ้านเมืองด้วย.



# ความเห็นแย้งต่อคำสั่งศาลโลก 18 ก.ค. 2554 และข้อเสนอแนะ\*

ดร.สุวัณชัย แสงสุขเอี่ยม\*\*

## 1. คำสั่งศาลโลกต่อคำร้องขอของกัมพูชาให้กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

เมื่อวันที่ 28 เม.ย. 2554 กัมพูชาได้ยื่นขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice: ICJ) ซึ่งต่อไปเรียกว่า “ศาลโลก”) ตีความคำพิพากษาคดีปราสาทพระวิหารที่ศาลโลกได้ตัดสินเมื่อวันที่ 15 มิ.ย. 2505 และพร้อมกันนี้กัมพูชาได้ยื่นคำร้องเร่งด่วนขอให้ศาลโลกกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยอ้างในคำร้องว่าตั้งแต่วันที่ 22 เม.ย. 2554 เป็นต้นมาได้เกิดเหตุการณ์ที่ร้ายแรงในอาณาบริเวณปราสาทพระวิหาร รวมทั้งอาณาบริเวณอื่นตามแนวชายแดนไทย-กัมพูชา อันเป็นเหตุให้มีผู้เสียชีวิตและบาดเจ็บ และประชาชนต้องอพยพหนีภัย โดยเหตุการณ์ทั้งหมดไทยเป็นผู้ทำให้เกิดขึ้น ดังนั้นกัมพูชาจึงร้องขอให้ศาลโลกได้กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามธรรมนูญของศาลโลก (Statute of ICJ) มาตรา 41 และระเบียบของศาลโลก (Rules of Court) ข้อที่ 73 ให้ไทยถอนกำลังทหารออกจากส่วนของดินแดนกัมพูชาในพื้นที่บริเวณปราสาทพระวิหารในทันทีและไม่มีเงื่อนไข ห้ามไทยดำเนินกิจกรรมทางทหารใดๆ ในบริเวณดังกล่าว

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 14 สิงหาคม 2554

\*\* อดีตสมาชิกสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

และให้ไทยงดเว้นการดำเนินการใดๆ ที่อาจกระทบสิทธิของกัมพูชา หรือเพิ่มความขัดแย้ง

ในวันที่ 30-31 พ.ค. 2554 ศาลโลกได้รับฟังการให้ถ้อยคำของทั้งไทยและกัมพูชากรณีคำร้องขอของกัมพูชาให้ศาลโลกกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยกัมพูชาสรุปขอให้ศาลกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวรวม 3 ข้อตามที่กล่าวมาแล้ว ในขณะที่ไทยสรุปขอให้ศาลจำหน่ายคดีที่กัมพูชายื่นให้พิจารณาเมื่อวันที่ 28 เม.ย. 2554 ออกจากสารบบความ ต่อมาในวันที่ 18 พ.ค. ที่ผ่านมานี้ศาลโลกได้อ่านคำสั่งต่อคำร้องขอของกัมพูชาให้กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังนี้

(A) โดยเอกฉันท์ ยกคำขอของประเทศไทยที่ให้จำหน่ายคดีที่กัมพูชายื่นให้พิจารณาเมื่อวันที่ 28 เม.ย. 2554 ออกจากสารบบความของศาล

(B) กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังนี้

(1) โดยคะแนนเสียง 11 ต่อ 5 ทั้งสองฝ่ายต้องถอนกำลังทหารซึ่งปัจจุบันอยู่ในเขตปลอดทหารชั่วคราว (Provisional Demilitarized Zone : PDZ) ตามที่กำหนดในย่อหน้าที่ 62 ของคำสั่งนี้ในทันที และงดเว้นจากการวางกำลังทหารภายในเขตนั้น และจากกิจกรรมทางอาวุธใดๆ ที่มุ่งหมายไปที่เขตนั้น

(ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อย : Owada, Al-Khasawneh, Xue, Donoghue, Cot)

(2) โดยคะแนนเสียง 15 ต่อ 1 ประเทศไทยจะต้องไม่ขัดขวางการเข้าถึงอย่างอิสระ (free access) ของกัมพูชาไปยังปราสาทพระวิหาร หรือการจัดส่งเสบียงของกัมพูชาให้เจ้าหน้าที่ที่ไม่ใช่ทหารของตนในปราสาทพระวิหาร (ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อย : Donoghue)

(3) โดยคะแนนเสียง 15 ต่อ 1 ทั้งสองฝ่ายต้องดำเนินความร่วมมือกันต่อไปตามที่ทั้งสองฝ่ายได้เข้าร่วมในกรอบอาเซียน และโดยเฉพาะต้องอนุญาตให้คณะผู้สังเกตการณ์ที่แต่งตั้งโดยอาเซียนเข้าไปยังเขตปลอดทหารชั่วคราวดังกล่าวได้ (ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อย : Donoghue)

(4) โดยคะแนนเสียง 15 ต่อ 1 ทั้งสองฝ่ายต้องงดเว้นจากการกระทำใดๆ ที่อาจทำให้ข้อพิพาทที่ปรากฏต่อศาลเลวร้ายลงหรือเกิดมากขึ้น หรือ



ทำให้มันยากยิ่งขึ้นที่จะแก้ไข (ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อย : Donoghue)

(C) โดยคะแนนเสียง 15 ต่อ 1 ตัดสินว่าแต่ละฝ่ายต้องแจ้งต่อศาลถึงการปฏิบัติตามมาตราการคุ้มครองชั่วคราวข้างต้น (ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อย : Donoghue)

(D) โดยคะแนนเสียง 15 ต่อ 1 ตัดสินว่าจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาต่อคำร้องขอสำหรับการตีความ ศาลยังคงอำนาจต่อไปในการพิจารณาเรื่องราวสาระที่ก่อให้เกิดคำสั่งครั้งนี้ (ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อย : Donoghue)

## 2. ความเห็นแย้ง ข้อสังเกต และข้อเสนอแนะ

องค์คณะผู้พิพากษาในครั้งนี้มีผู้พิพากษาทั้งหมด 16 คน โดยมี Mr. Hisashi Owada เป็นประธาน และมีผู้พิพากษาเฉพาะกิจ (Judge ad hoc) จำนวน 2 คน ซึ่งทั้งไทยและกัมพูชาได้ใช้สิทธิที่ให้ไว้ในธรรมนูญของศาลโลก มาตรา 31 ในการเลือกผู้พิพากษาเฉพาะกิจฝ่ายละหนึ่งคน โดยไทยได้เลือก Mr. Jean-Pierre Cot ซึ่งเป็นชาวฝรั่งเศส และเป็นศาสตราจารย์เกียรติคุณที่ University Paris-I โดยเคยดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีกระทรวงสหกรณ์และการพัฒนาของฝรั่งเศส และเคยได้รับเลือกเป็นกรรมการบริหารของ UNESCO ส่วนกัมพูชาได้เลือก Mr. Gilbert Guillaume ซึ่งเป็นชาวฝรั่งเศสเช่นกัน และเคยเป็นประธานศาลโลก (ช่วง ค.ศ. 2000-2003) รวมทั้งผู้อำนวยการนิติการที่กระทรวงการต่างประเทศของฝรั่งเศส อันทำให้องค์คณะผู้พิพากษาในคดีนี้ประกอบด้วยผู้พิพากษาชาวฝรั่งเศสถึง 3 คน โดยผู้พิพากษาชาวฝรั่งเศสอีกหนึ่งคนคือ Mr. Ronny Abraham ซึ่งเคยเป็นผู้อำนวยการนิติการที่กระทรวงการต่างประเทศของฝรั่งเศส

คำสั่งศาลดังกล่าวทั้งหมดมี 4 ข้อใหญ่ โดยข้อ (B) เป็นคำสั่งเฉพาะที่เกี่ยวกับการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวซึ่งแบ่งเป็น 4 ข้อย่อยคือ ข้อ (1) - (4)

**2.1 คำสั่งศาลข้อ (A) :** สำหรับคำสั่งศาลในข้อนี้ ผู้พิพากษาทั้งหมดเห็นว่าไม่ควรจำหน่ายคดีที่กัมพูชายื่นออกจากสารบบความตามที่ไทยขอ ซึ่งในประเด็นนี้แสดงให้เห็นว่าผู้พิพากษาเฉพาะกิจชาวฝรั่งเศสที่ไทยเลือกได้มีเห็นไปในทางไม่เป็นคุณต่อไทยด้วย เมื่อศาลมีคำสั่งไม่จำหน่ายคดี ศาลจึงต้องพิจารณา

คำขอของกัมพูชาที่ยื่นให้ศาลตีความคำพิพากษาคดีปราสาทพระวิหารปี 2505 ต่อไป ซึ่งอาจใช้เวลาพิจารณานานเป็นปีก็ได้ อย่างไรก็ตามศาลได้เน้นย้ำในย่อหน้าที่ 41 ของคำสั่งว่า “ข้อสรุปนี้ไม่ได้ตัดสินล่วงหน้าผลลัพธ์ของกระบวนการพิจารณาคดีหลัก” และย่อหน้าที่ 68 ของคำสั่งว่า “คำตัดสินที่มีในกระบวนการพิจารณาคดีขณะนี้ต่อคำร้องขอสำหรับการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนั้น ไม่ได้เป็นการตัดสินล่วงหน้าประเด็นใดๆ ที่ศาลอาจต้องดำเนินการเกี่ยวกับคำขอสำหรับการตีความดังกล่าว” นั่นก็หมายความว่าถึงแม้ศาลจะได้มีคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ก็ไม่ได้หมายความว่าศาลจะต้องรับคำขอของกัมพูชาให้มีการตีความดังกล่าว ในส่วนนี้มีข้อสังเกตและข้อเสนอแนะดังนี้

2.1.1 เนื่องจากมีผู้พิพากษาศาลโลกจำนวน 5 คนซึ่งมีประธานและรองประธานศาลโลกรวมอยู่ด้วยจะครบวาระการดำรงในวันที่ 5 ก.พ. 2555 จึงต้องมีการจัดการเลือกตั้งผู้พิพากษาใหม่จำนวน 5 คน ทำให้องค์คณะผู้พิพากษาปัจจุบันอาจเร่งการพิจารณาคดีให้เสร็จสิ้นก่อนวันที่ 5 ก.พ. 2555 หรืออาจชะลอการพิจารณาคดีไปหลังวันที่ 5 ก.พ. 2555 อย่างไรก็ตามศาลโลกได้กำหนดให้ไทยต้องส่งข้อสังเกตที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Written Observation) ให้ศาลภายในวันที่ 21 พ.ย. 2554 นายกษิต ภิรมย์ รัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศได้ออกมาให้ข่าวว่า น่าจะส่งข้อสังเกตดังกล่าวให้ศาลโลกได้ประมาณกลางเดือน พ.ย. นี้ จึงมีความเป็นไปได้สูงที่ศาลโลกจะไปเริ่มพิจารณาคดีหลังวันที่ 5 ก.พ. 2555

2.1.2 หากวิเคราะห์จากเหตุการณ์ต่างๆ ที่ผ่านมาแล้ว การที่กัมพูชายื่นขอให้ศาลโลกตีความและกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวน่าจะเกิดจากปัญหาการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกของกัมพูชา ซึ่งขณะนี้กัมพูชาต้องการพื้นที่รอบปราสาทพระวิหารสำหรับเป็นพื้นที่เขตกันชนเพื่อให้เกิดความครบถ้วนสมบูรณ์ของแผนบริหารจัดการปราสาทพระวิหารรวมทั้งแผนที่ฉบับสุดท้ายที่กัมพูชาต้องเสนอให้คณะกรรมการมรดกโลกพิจารณาตามมติที่ 32 COM 8B.102 อีกทั้งเพื่อระงับการดำเนินการใดๆ ของไทยที่จะขัดขวางหรือทำให้กระทบต่อการดำเนินการของกัมพูชาตามมติต่างๆ ของคณะกรรมการมรดกโลก ซึ่งจะเห็นได้จากคำร้องขอให้กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของกัมพูชาที่ระบุ

ให้ไทย งดเว้นการดำเนินการใดๆ ที่อาจกระทบสิทธิของกัมพูชา

2.1.3 ในคำร้องขอให้ศาลโลกตีความคำพิพากษาคดีปราสาทพระวิหารนั้น นายฮอร์ นำสง ในฐานะผู้แทนกัมพูชาได้ลงนามในคำร้องขอดังกล่าว โดยลงวันที่ 20 เม.ย. 2554 แต่ปรากฏในข้อที่ 34 ของคำร้องขอดังกล่าวได้มีข้อความกล่าวถึงเหตุการณ์การปะทะกันระหว่างทหารไทยกับกัมพูชาในวันที่ 22 และ 26 เม.ย. 2554 อันเป็นเหตุการณ์ที่เกิดหลังจากวันลงนามในคำร้องขอดังกล่าว จึงเชื่อได้ว่ากัมพูชามีการเตรียมสร้างสถานการณ์การสู้รบไว้ล่วงหน้าเพื่อให้คำร้องขอของตนมีน้ำหนักและรับฟังได้มากยิ่งขึ้น หากจะได้แย้งว่า นายฮอร์ นำสง อาจลงวันที่ผิดพลาดไป ก็ไม่น่าเป็นไปได้ เพราะคำร้องที่ขอให้ศาลโลกกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ยื่นต่อศาลโลกในวันเดียวกัน นายฮอร์ นำสง ลงวันที่ 28 เม.ย. 2554 ได้ถูกต้อง หากมีการยกประเด็นนี้ขึ้นมาให้ศาลเห็น จะทำให้ความน่าเชื่อถือของฝ่ายกัมพูชาลดลงได้ไม่มากนักน้อย แต่เป็นที่น่าสังเกตเป็นอย่างยิ่งว่าสำเนาคำร้องขอให้ศาลโลกตีความคำพิพากษาที่กัมพูชาได้ยื่น ซึ่งเผยแพร่ทาง Website ของศาลโลก ณ ปัจจุบันนั้น ในหน้าสุดท้ายได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงมือชื่อของนายฮอร์ นำสง พร้อมวันที่ที่เขียนด้วยลายมือ ไปเป็นอักษรพิมพ์แล้วโดยที่ได้มีการพิมพ์เปลี่ยนวันที่เป็น 28 เม.ย. 2554

2.1.4 ในการสู้คดีนี้ ไทยได้มีการตั้งคณะดำเนินคดีปราสาทพระวิหารที่มีองค์ประกอบ 15 คน นำโดย นายวีรชัย พลาศรัย ซึ่งเป็นเอกอัครราชทูตไทยประจำเนเธอร์แลนด์ทำหน้าที่เป็นผู้แทน (Agent) ฝ่ายไทย และมีที่ปรึกษากฎหมาย (Counsel) ชาวต่างชาติ 3 คน โดยมีคนหนึ่งเป็นชาวฝรั่งเศส คือ Mr. Alain Pellet ซึ่งเป็นศาสตราจารย์ที่ University Paris Ouest และเคยเป็นที่ปรึกษาของรัฐบาลฝรั่งเศสด้านกฎหมายระหว่างประเทศ ยิ่งไปกว่านั้นไทยยังได้เลือกผู้พิพากษาเฉพาะกิจซึ่งเป็นชาวฝรั่งเศส โดยกัมพูชาก็เลือกผู้พิพากษาเฉพาะกิจเป็นชาวฝรั่งเศสเช่นกัน อันทำให้องค์คณะผู้พิพากษาในคดีนี้มีจำนวน 16 คนประกอบด้วยผู้พิพากษาชาวฝรั่งเศสถึง 3 คน

กระทรวงการต่างประเทศของไทยได้ให้เหตุผลที่เลือกที่ปรึกษากฎหมายและผู้พิพากษาเฉพาะกิจเป็นชาวฝรั่งเศสว่า ทั้งสองท่านมีความรู้

ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์เป็นที่ยอมรับนับถือ รวมทั้งมีความจำเป็น เนื่องจากเอกสารทางกฎหมายในเรื่องเขตแดนไทย-กัมพูชาส่วนใหญ่เป็นภาษาฝรั่งเศส และในการดำเนินการจำเป็นต้องมีความเข้าใจแนวคิดทางกฎหมายฝรั่งเศสเป็นอย่างดี นอกจากนี้ผู้พิพากษาเฉพาะกิจดังกล่าวยังมีแนวความคิดที่สอดคล้องกับแนวคิดของคณะที่ปรึกษากฎหมายของฝ่ายไทย แต่หากวิเคราะห์ปัญหาเขตแดนไทย-กัมพูชาที่มีอยู่ในปัจจุบันแล้ว ก็จะพบว่ามิสาเหตุสืบเนื่องมาจากการที่ประเทศฝรั่งเศสเข้ามาล่าอาณานิคมในพื้นที่แถบเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ในอดีต โดยได้กดดันและข่มเหงไทยเพื่อเอาดินแดนมาเป็นของตน อีกทั้งยังเป็นผู้จัดทำแผนที่มาตราส่วน 1 : 200,000 แต่ฝ่ายเดียว ซึ่งกัมพูชาในฐานะรัฐผู้สืบสิทธิจากฝรั่งเศสได้ใช้แผนที่ดังกล่าวในระวางดงรักเป็นแผนที่ภาคผนวก 1 ต่อท้ายคำฟ้องต่อศาลโลก ในคดีปราสาทพระวิหารและชนะคดีมาแล้วในอดีต ดังนั้น จึงควรต้องถือว่าฝรั่งเศสเป็นเสมือนคู่กรณีกับไทยในคดีนี้ด้วย

ในที่สุดแล้ว การสู้คดีครั้งนี้ของฝ่ายไทยคงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องกล่าวถึงการมีผลบังคับใช้หรือไม่ของแผนที่ดังกล่าวในการกำหนดเขตแดนระหว่างไทย-กัมพูชา รวมทั้งการกระทำต่างๆ ในอดีตของฝรั่งเศสที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อไทย ดังนั้น เมื่อถึงเวลาดังกล่าวแล้ว ทั้งที่ปรึกษากฎหมายและผู้พิพากษาเฉพาะกิจชาวฝรั่งเศสที่ไทยเลือกอาจไม่สามารถดำรงความเป็นกลาง และอาจเอนเอียงเพื่อรักษาเกียรติภูมิของชาติตนเองก็เป็นไปได้ เหตุผลที่กระทรวงการต่างประเทศของไทยให้ดังกล่าวข้างต้นจึงไม่น่าจะเพียงพอและรับฟังได้ เนื่องจากยังมีบุคคลสัญชาติอื่นๆ ซึ่งไทยสามารถเลือกได้อีกมากที่คุณสมบัติไม่ด้อยกว่าชาวฝรั่งเศสทั้งสองคนดังกล่าว ด้วยองค์คณะผู้พิพากษาในคดีนี้มีผู้พิพากษาชาวฝรั่งเศสถึง 3 คน การต่อสู้คดีของไทยจึงต้องระมัดระวังและพิจารณาแก้ไขป้องกันปัญหาดังกล่าวไว้ด้วย

**2.2 คำสั่งศาลข้อ (B)-(D):** สำหรับคำสั่งศาลส่วนที่เหลือ มีผู้พิพากษาหนึ่งคนซึ่งเป็นชาวอเมริกัน Ms. Joan E. Donoghue ที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งศาลส่วนที่เหลือทั้งหมดทุกข้อ ผู้พิพากษานี้ได้ให้ความเห็นแย้งไว้อย่างน่าสนใจ ซึ่งสรุปสาระสำคัญได้ว่า จากการที่ประเทศไทยได้ปล่อยให้คำประกาศ (declaration)

ปี 2493 ที่ได้จัดทำเพื่อรับอำนาจศาลตามมาตรา 36 วรรคสองของธรรมนูญของศาลโลก สิ้นสุดลงโดยไม่มีต่อใหม่ ทำให้ศาลไม่มีเขตอำนาจที่จะทำการตัดสินใดใหม่ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจัดการหาข้อยุติเรื่องเขตแดน หรือตัดสินปัญหาอำนาจอธิปไตย หรือชี้ขาดความรับผิดชอบของรัฐ หรือสั่งให้ฝ่ายต่างๆ ปฏิบัติในแนวทางที่กำหนด กระบวนการพิจารณาคดีที่ถูกต้องในกรณีการตีความคำพิพากษาศาลธรรมนูญของศาลโลก มาตรา 60 นั้น ศาลจะมีขอบเขตแค่เพียงบอกฝ่ายไทยและกัมพูชาว่าอะไรที่คำพิพากษาเมื่อปี 2505 หมายถึง แต่ศาลกลับนำมาตรา 41 ซึ่งเกี่ยวกับอำนาจศาลในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวมาทาบบนมาตรา 60 แล้วกำหนดมาตรการที่ไม่ได้ผูกพันโดยคำพิพากษาเมื่อปี 2505 หรือเชื่อมโยงกับกระบวนการตีความตามมาตรา 60 ศาลได้ออกคำสั่งที่ผูกพันซึ่งกำหนดขอบเขตการเคลื่อนย้ายกำลังติดอาวุธของทั้งสองฝ่ายโดยรวมถึงพื้นที่ที่ไม่ได้มีปัญหาเรื่องอำนาจอธิปไตยสำหรับทั้งสองฝ่ายเลย ยิ่งไปกว่านั้นยังใช้สมมุติฐานว่ามาตรการชั่วคราวเป็นส่วนหนึ่งในคดีการตีความ ดังนั้นจึงเชื่อได้ว่ามาตรการชั่วคราวดังกล่าว นั้นเกินกว่าเขตอำนาจศาล เนื่องจากผู้พิพากษาท่านนี้เห็นว่าในคดีนี้ศาลไม่มีอำนาจกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวใดๆ จึงไม่เห็นด้วยกับคำสั่งศาลข้อ (B)-(D) ทั้งหมด ในส่วนนี้มีข้อสังเกตและข้อเสนอแนะดังนี้

ฝ่ายไทยควรใช้ประโยชน์จากความเห็นแย้งดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การใช้ประเด็นคำประกาศปี 2493 ของประเทศไทยที่ได้สิ้นสุดการบังคับใช้ไปแล้ว ตั้งแต่ปี 2503 เป็นเหตุผลสำคัญในการไม่รับอำนาจศาลในเรื่องที่เห็นว่าอยู่นอกขอบเขตของการตีความที่ถูกต้อง นั่นคือ หากศาลรับคำขอให้ตีความของกัมพูชา ศาลจะมีขอบเขตอำนาจแค่เพียงบอกฝ่ายไทยและกัมพูชาว่าคำพิพากษาเมื่อปี 2505 ที่ทั้งสองฝ่ายมีข้อพิพาทกัน หมายถึงอะไรเท่านั้น โดยไม่มีเขตอำนาจที่จะทำการตัดสินสิ่งใดใหม่ได้

**2.3 คำสั่งศาลข้อ (1) :** สำหรับคำสั่งศาลในข้อนี้ ศาลได้กำหนดเขตปลอดทหารชั่วคราว มีผู้พิพากษาถึง 5 คนซึ่งมีประธานศาลโลกและผู้พิพากษาเฉพาะกิจชาวฝรั่งเศสที่ไทยเลือกรวมอยู่ด้วยที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งศาลในข้อนี้ เหตุผลหลักที่ผู้พิพากษาทั้งห้าคนไม่เห็นด้วยกับคำสั่งศาลในข้อนี้พอสรุปได้ดังนี้

ประการที่หนึ่ง ศาลไม่มีอำนาจไปกำหนดเขตปลอดทหารดังกล่าวให้ล้ำเข้าไปในพื้นที่ที่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐซึ่งไม่ได้เป็นพื้นที่พิพาทแต่อย่างใด อันเป็นการล่วงล้ำอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นๆ โดยปราศจากความยินยอมของรัฐดังกล่าว หากจะมีการกำหนดเขตปลอดทหารก็ควรจำกัดอยู่เฉพาะพื้นที่ที่มีข้อพิพาทกันเท่านั้น ประการที่สอง ศาลกำหนดเขตปลอดทหารดังกล่าวเป็นรูปสี่เหลี่ยมที่ตำแหน่งของมุมทั้งสี่มีการกำหนดพิคัดที่แน่นอน โดยปราศจากการอธิบายให้เหตุผลว่าทำไมจึงต้องเป็นพิคัดดังกล่าว อีกทั้งยังเป็นการกำหนดในลักษณะที่ไม่เป็นจริง (artificial manner) โดยไม่ได้คำนึงถึงภูมิประเทศจริง รวมถึงความเป็นไปได้และความยากลำบากในการดำเนินการหรือการบังคับให้เป็นไปตามมาตรการดังกล่าวของแต่ละฝ่าย

ประธานศาลโลกได้ให้ความเห็นแย้งเฉพาะตนบางส่วนพอสรุปได้ว่า คำสั่งกำหนดเขตปลอดทหารของศาลโลกในครั้งนี้นับเป็นครั้งแรกที่มีการกำหนดเขตล้ำเข้าไปในดินแดนภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐโดยที่ดินแดนนั้นไม่ได้เป็นพื้นที่ที่มีปัญหาข้อพิพาทแต่อย่างใด จากทั้งหมดประมาณ 40 คำสั่งของศาลโลกในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว มีเพียง 3 คดีเท่านั้นที่มีประเด็นของการถอนกำลังของฝ่ายคู่กรณีเกิดขึ้นและที่ศาลโลกได้กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวสั่งให้ฝ่ายที่มีข้อพิพาทกันหยุดกองกำลังติดอาวุธของตนจากการต่อสู้ที่ได้เกิดขึ้นจริงหรืออาจเกิดขึ้นได้ และให้กองกำลังของแต่ละฝ่ายออกจากเขตที่กำหนดตามคำสั่งศาล แต่ศาลโลกไม่เคยสั่งไปไกลถึงกับให้ฝ่ายต่างๆ ถอนจากเขตปลอดทหารชั่วคราวซึ่งถูกคิดขึ้นมาอย่างไม่เป็นจริงโดยศาล และที่ประกอบด้วย ส่วนของดินแดนที่อยู่ภายใต้อธิปไตยอย่างไม่มีข้อโต้แย้งของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอย่างปรากฏในคำสั่งครั้งนี้

ส่วนผู้พิพากษาเฉพาะกิจชาวฝรั่งเศสที่ไทยเลือกได้ให้ความเห็นแย้งเฉพาะตนบางส่วนพอสรุปได้ว่า ศาลโลกได้รับคำร้องขอให้กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างกรยื่นคำร้องขอให้ตีความคำพิพากษามาตรมธรรมนูญของศาลโลก มาตรา 60 และได้เคยใช้อำนาจนี้มาก่อนเพียงครั้งเดียวเท่านั้นในคดีอาวีนา (Avena) ซึ่งเป็นคดีระหว่างเม็กซิโกกับสหรัฐอเมริกา ซึ่งสถานการณ์ในครั้ง

นั้นแตกต่างจากในครั้งนี้อย่างสิ้นเชิง โดยในครั้งนั้นเป็นเรื่องของคนที่กำลังจะถูกประหารชีวิต หากศาลไม่มีคำสั่งให้กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ก็อาจทำให้คำพิพากษาสำหรับคำร้องขอให้ตีความที่จะมีขึ้นภายหลังกลายเป็นเรื่องไม่มีผลบังคับใช้เนื่องคนผู้นั้นได้ถูกประหารชีวิตไปแล้ว แต่ในครั้งนี้เป็นเรื่องของการร้องขอให้ตีความคำพิพากษาเดิมที่ได้มีมาเกือบครึ่งศตวรรษมาแล้ว โดยที่การปฏิบัติตามคำพิพากษาดังกล่าวมิได้เคยเป็นปัญหาแต่อย่างใดตลอดช่วง 40 กว่าปีที่ผ่านมา พื้นฐานของเขตอำนาจดั้งเดิมของศาลในเรื่องนี้ได้หมดสิ้นไปนานแล้ว ดังนั้นการพิจารณาในการจำกัดสิทธิในอธิปไตยเหนือดินแดนโดยการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว จึงไม่สมควรควรกำหนดในกรณีที่ยังไม่ได้มีการตรวจสอบอำนาจศาลอย่างจริงจังเสียก่อน นอกจากนี้การที่กัมพูชาร้องขอให้ศาลย้อนกลับไปพิจารณาเพื่อพิพากษาว่าเส้นเขตแดนระหว่างไทยกับกัมพูชาในบริเวณใกล้เคียงกับปราสาทพระวิหารเป็นไปตามเส้นเขตแดนที่ปรากฏในแผนที่ภาคผนวก 1 นั้น ไม่ได้เกี่ยวกับเรื่องการตีความคำพิพากษา แต่เป็นลักษณะของการทบทวนคำพิพากษาดังกล่าวตามธรรมนูญของศาลโลก มาตรา 61

ผู้พิพากษาเฉพาะกิจคนดังกล่าวยังให้ความเห็นด้วยว่า จากข้อพิจารณาเกี่ยวกับคำร้องขอของกัมพูชานั้น ทำให้เกิดคำถามว่าได้มีการอาศัยกระบวนการพิจารณาของศาลโดยอ้อมค้อมเพื่อให้เป็นประโยชน์ และเป็นไปได้หรือไม่ว่า ศาลกำลังเผชิญกับความพยายามในการนำคำร้องขอที่มีลักษณะเป็นเรื่องใหม่เข้าสู่การพิจารณาของศาล โดยนำประเด็นดังกล่าวไปพ่วงติดกับความขัดแย้งในเรื่องเกี่ยวกับการตีความคำพิพากษา ทั้งนี้เพื่อที่จะได้มีฐานรองรับเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ศาลจึงควรต้องพิจารณาประเด็นดังกล่าวในการพิจารณาคดีหลักเพื่อที่จะไม่ได้เป็นการสนับสนุนการกระทำในลักษณะนี้ อันเป็นการขัดต่อหลักการที่สำคัญอย่างมากที่ว่าด้วยการยินยอมของทั้งสองฝ่ายในการรับเขตอำนาจศาล นอกจากนี้ศาลได้ปฏิเสธคำร้องขอให้กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของกัมพูชา โดยพิจารณาว่ามีลักษณะเพื่อผลประโยชน์ฝ่ายเดียวมากเกินไป ศาลจึงได้กำหนดเขตปลอดทหารชั่วคราว แต่การกำหนดเขตดังกล่าวขาดความเหมาะสม ซึ่งหากทั้งสองฝ่ายเห็นว่ามาตรการดังกล่าวไม่สามารถปฏิบัติได้ในพื้นที่จริง สถานการณ์

ก็จะเลวร้ายลงไปอีกแทนที่จะดีขึ้น และจะส่งผลให้มีความเสี่ยงต่อการที่ทั้งสองฝ่ายจะยอมรับในคำพิพากษาของศาลในคดีหลักอันเกี่ยวข้องกับกำหนดยุทธวิธีบริเวณใกล้เคียงปราสาทพระวิหารที่อยู่ภายใต้อธิปไตยของกัมพูชา ในส่วนนี้มีข้อสังเกตและข้อเสนอแนะดังนี้

2.3.1 การที่ผู้นำระดับสูงฝ่ายไทยหลายคนออกมาแสดงความพอใจต่อคำสั่งศาลดังกล่าวจึงไม่เป็นการสมควร ที่ถูกแล้วถึงแม้ฝ่ายไทยได้แสดงเจตนาว่าจะปฏิบัติตามคำสั่งของศาลในฐานะที่เป็นสมาชิกสหประชาชาติก็ตาม แต่ควรที่จะต้องแสดงความไม่เห็นด้วยและท้วงติงในการที่ศาลได้ใช้อำนาจเกินขอบเขตอำนาจศาลอย่างที่ไม่เคยมีมาก่อนโดยไปกำหนดเขตปลอดทหารรुक้าเข้ามาในดินแดนอันอยู่ภายใต้อธิปไตยของไทยอย่างสมบูรณ์โดยไม่มีข้อโต้แย้ง ทั้งนี้เพื่อแสดงจุดยืนที่ชัดเจนของฝ่ายไทยซึ่งตั้งอยู่บนความถูกต้อง ความยุติธรรม และความชอบธรรมในการปกป้องรักษาอธิปไตยและบูรณภาพเหนือดินแดนไทย

2.3.2 สำหรับเขตปลอดทหารชั่วคราวที่ศาลกำหนดนั้น ศาลระบุอย่างชัดเจนในย่อหน้าที่ 61 ของคำสั่งศาลว่า ย่อมไม่กระทบต่อการดำเนินการทางปกครองตามปกติ ซึ่งรวมถึงการให้เจ้าหน้าที่ที่มีไซทหารเข้าไปประจำการในส่วนที่จำเป็นต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนและทรัพย์สิน ดังนั้นฝ่ายไทยควรต้องจัดให้มีเจ้าหน้าที่เข้าไปประจำการในเขตดังกล่าวเพื่อดำเนินการต่างๆ ทางปกครอง และคอยสอดส่องดูความเคลื่อนไหวของฝ่ายกัมพูชาด้วย ทั้งนี้ควรต้องมีการตกลงหาข้อสรุปอย่างชัดเจนกับฝ่ายกัมพูชาเพื่อป้องกันปัญหาขัดแย้งที่อาจเกิดในประเด็นนี้ด้วยว่า เจ้าหน้าที่ที่มีไซทหารนั้นหมายรวมถึงเจ้าหน้าที่ในลักษณะใดบ้าง มีพื้นที่ประจำการที่ใดได้ และอนุญาตให้มีอาวุธแบบใดได้บ้างในการใช้เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในเขตดังกล่าว นอกจากนี้คำสั่งศาลไม่ได้ให้ชุมชนที่อาศัยอยู่ในเขตดังกล่าวต้องออกไปด้วย ซึ่งประเด็นนี้เป็นประเด็นที่สำคัญเนื่องจากมี ตลาด วัด และชุมชนกัมพูชาเพียงฝ่ายเดียวที่อยู่ในพื้นที่พิพาทบนเขาพระวิหาร อีกทั้งชุมชนดังกล่าวเกือบทั้งหมดเป็นครอบครัวของทหารกัมพูชา รวมทั้งเป็นการยากที่จะแยกแยะว่าบุคคลใดเป็นทหารหรือไม่หากอยู่ในชุดพลเรือน และจะมีหลักประกันอย่างไรที่จะป้องกันไม่ให้มีชาวกัมพูชาเข้ามาอาศัยเพิ่มขึ้นอีก



หรือมีการก่อสร้างอะไรเพิ่มเติม ดังนั้นจึงต้องมีการตกลงหาข้อสรุปอย่างชัดเจนกับฝ่ายกัมพูชาในประเด็นนี้ด้วย

เขตปลอดภัยชั่วคราวที่ศาลกำหนดมีแนวเขตตามเส้นสีแดงของรูปที่ 1 ซึ่งแสดงบนแผนที่ มาตรการส่วน 1 : 50,000 ลำดับชุด L 7017 ราววง 5937 IV บ้านภูมิซรอล เขตดังกล่าวมีพื้นที่ประมาณ 17 ตารางกิโลเมตรกว่า หากพิจารณาภูมิประเทศตามลำดับความสูง (เส้นสีส้ม) และใช้เส้นเขตแดนไทย-กัมพูชา (เส้นปะสีส้ม) ตามที่แสดงในแผนที่ดังกล่าว จะเห็นว่าพื้นที่ที่ฝ่ายไทยต้องถอนกำลังทหารส่วนใหญ่เป็นพื้นที่สูงซึ่งมีชัยภูมิการรบที่ดี ส่วนพื้นที่ที่ฝ่ายกัมพูชาต้องถอนกำลังทหารนั้น ยกเว้นบริเวณบนเขาพระวิหารที่ปัจจุบันมีกำลังทหารกัมพูชาประจำการอยู่แล้ว พื้นที่ส่วนใหญ่เป็นพื้นที่ลาดลงของเชิงเขาซึ่งมีชัยภูมิรบที่ไม่ดีเลยถึงแม้ฝ่ายกัมพูชาจะต้องถอนกำลังทหารประมาณ 4,000 คน ในขณะที่ฝ่ายไทยต้องถอนกำลังทหารประมาณ 1,000 คน แต่ก็ไม่ได้แสดงว่าฝ่ายไทยได้เปรียบตามที่หลายฝ่ายกล่าวอ้างแต่อย่างใด เนื่องจากทั้งสองฝ่ายต้องถอนอาวุธยุทโธปกรณ์ทั้งหมดออกจากบริเวณที่ตั้งปัจจุบันด้วย ซึ่งฝ่ายไทยถึงแม้จะได้วางกำลังทหารจำนวนน้อยกว่าฝ่ายกัมพูชามาก แต่ฝ่ายไทยอาศัยอาวุธยุทโธปกรณ์และชัยภูมิที่เหนือกว่าในการต่อสู้

**2.4 คำสั่งศาลข้อ (2) :** สำหรับคำสั่งศาลในข้อนี้ ศาลได้กำหนดให้ฝ่ายไทยจะต้องไม่ขัดขวางการเข้าถึงอย่างอิสระของกัมพูชาไปยังปราสาทพระวิหารหรือการจัดส่งเสบียงของกัมพูชาให้เจ้าหน้าที่ที่ไม่ใช่ทหารของตนในปราสาทพระวิหาร โดยความมุ่งหมายของคำสั่งศาลในข้อนี้แล้ว มิได้หมายความว่ากัมพูชาจะสามารถรุกล้ำเข้ามาในดินแดนไทยเพื่อผ่านไปยังปราสาทพระวิหารได้อย่างอิสระและไม่มีเงื่อนไขใดๆ แต่หมายความว่าหากกัมพูชามีเหตุผลอันจำเป็นที่จะต้องเข้ามาในดินแดนไทยเพื่อผ่านไปยังปราสาทพระวิหาร ไทยต้องยอมให้ผ่านไปยังปราสาทพระวิหารไม่ได้ ทั้งนี้ไทยย่อมมีสิทธิในการที่จะสอบถามเหตุผลและตรวจสอบตามความเหมาะสมก่อนเพื่อพิจารณาให้ผ่านไปได้ แต่ไทยไม่สามารถตั้งเงื่อนไขในการให้ผ่านไปๆ ที่ไม่สมเหตุผลหรือไม่เหมาะสมได้ ในส่วนนี้มีข้อสังเกตและข้อเสนอแนะดังนี้

เนื่องจากปัจจุบันมีทางเข้าถึงปราสาทพระวิหารได้ถึง 3 ทาง คือ ทางบันไดทางขึ้นใหญ่ทางทิศเหนือ ทางบันไดทางขึ้นทางทิศตะวันออกตรงช่อง บันไดหัก และทางถนนทางทิศตะวันตกจากบ้านโกมุยในฝั่งกัมพูชาที่กัมพูชาได้ สร้างรูก้าผ่านพื้นที่ 4.6 ก.ม. ขึ้นไปยังปราสาทพระวิหาร สำหรับบันไดทางขึ้นทาง ทิศตะวันออกซึ่งมีความสูงชันมากนั้น เดิมเป็นบันไดหินขนาดเล็กและมีหลายส่วน ที่ชำรุดเสียหาย แต่ปัจจุบันกัมพูชาได้สร้างบันไดไม้คร่อมบนบันไดหินดังกล่าวตาม รูปที่ 2 เพื่อให้นักท่องเที่ยวใช้เป็นเส้นทางเดินขึ้นไปเยี่ยมชมปราสาทพระวิหารตาม แผนบริหารจัดการปราสาทพระวิหารที่กัมพูชาได้ส่งให้ศูนย์มรดกโลก เนื่องจาก บันไดทางขึ้นใหญ่ทางทิศเหนือและถนนทางทิศตะวันตกจากบ้านโกมุย หากกัมพูชา จะใช้ผ่านขึ้นไปยังปราสาทพระวิหารจะต้องผ่านพื้นที่ 4.6 ก.ม. ที่เป็นข้อพิพาท ดังนั้นไทยจึงไม่ควรให้กัมพูชาผ่านไปยังปราสาทพระวิหารโดยใช้สองเส้นทางนี้ ไทยควรต้องเจรจาตกลงกับกัมพูชาให้กัมพูชาใช้เฉพาะบันไดทางขึ้นทางทิศตะวันออก ดังกล่าวเพื่อขึ้นไปถึงยังปราสาทพระวิหารเท่านั้น ส่วนทางขึ้นอื่นควรใช้ได้เฉพาะ เมื่อมีเหตุผลจำเป็นอันไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ทั้งนี้ตามเงื่อนไขที่ทั้งไทยและกัมพูชา จะได้ตกลงกัน แต่ทางที่ดีที่สุดควรให้กัมพูชาใช้ทางขึ้นเฉพาะทางบันไดทางทิศ ตะวันออกดังกล่าวเท่านั้น

**2.5 คำสั่งศาลข้อ (3) :** สำหรับคำสั่งศาลในข้อนี้ ศาลให้ทั้งสองฝ่าย ต้องดำเนินความร่วมมือกันต่อไปตามที่ทั้งสองฝ่ายได้เข้าร่วมในกรอบอาเซียน และ โดยเฉพาะต้องอนุญาตให้คณะผู้สังเกตการณ์ที่แต่งตั้งโดยอาเซียนเข้าไปยังเขต ปลอดภัยชั่วคราวดังกล่าวได้ ในส่วนนี้มีข้อสังเกตและข้อเสนอนะดังนี้

คำสั่งนี้ศาลโลกไม่ได้กำหนดว่า คณะผู้สังเกตการณ์จะต้องเข้าไปใน เขตปลอดภัยชั่วคราวในพื้นที่หรือก่อนที่จะมีการถอนกำลังทหารออกจากเขต ดังกล่าว แต่ปรากฏว่า นายฮุน เซน นายกรัฐมนตรีกัมพูชา กลับออกมาแถลงยืนยัน ว่า ทหารกัมพูชาจะถอนออกจากเขตดังกล่าวก็ต่อเมื่อคณะผู้สังเกตการณ์ได้เข้าไป ในเขตดังกล่าวก่อน การกระทำดังกล่าวของนายฮุน เซน จึงเป็นการไม่เหมาะสม และไม่สอดคล้องกับคำสั่งศาล เพราะศาลสั่งตามข้อ (1) ให้ถอนกำลังทหารทั้ง สองฝ่ายออกจากเขตปลอดภัยชั่วคราวในพื้นที่ แต่ไม่ได้สั่งตามข้อ (3) ว่า

คณะผู้สังเกตการณ์ต้องเข้าไปยังเขตดังกล่าวในทันทีหรือก่อนที่จะมีการถอนกำลังทหารของทั้งสองฝ่าย

ก่อนหน้านี้ในการประชุมอย่างไม่เป็นทางการของรัฐมนตรีต่างประเทศอาเซียนที่ประเทศอินโดนีเซีย เมื่อวันที่ 22 ก.พ. 2554 ไทยและกัมพูชาได้ให้คำมั่นต่อกันและต่ออาเซียนที่จะไม่ให้เกิดการปะทะกันอีก และเพื่อให้ความมั่นใจต่อกัน ต่ออาเซียน และต่อประชาคมโลก ทั้งสองประเทศได้เชิญรัฐบาลอินโดนีเซียให้ส่งคณะผู้สังเกตการณ์ไปในพื้นที่บริเวณชายแดนไทย-กัมพูชา ฝั่งละ 15 คน โดยอินโดนีเซียจะได้มีหนังสือถึงไทยและกัมพูชาเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจหน้าที่ของคณะผู้สังเกตการณ์อินโดนีเซีย (Terms of Reference on the Deployment of the Indonesian Observers Team in the Affected Areas of the Cambodia-Thailand Border : TOR) แต่หลังจากนั้นไทยและกัมพูชาก็ยังไม่สามารถตกลงเงื่อนไขการส่งคณะผู้สังเกตการณ์อินโดนีเซียไปในพื้นที่ดังกล่าวได้ เนื่องจากไทยยืนยันว่าคณะผู้สังเกตการณ์อินโดนีเซียจะเข้าไปปฏิบัติหน้าที่ได้ก็ต่อเมื่อกองกำลังกัมพูชาต้องถอนออกจากปราสาทพระวิหาร วัดแก้วสิกขาคีรีสระวารา ชุมชน และตลาดก่อน ทั้งนี้หากคณะผู้สังเกตการณ์อินโดนีเซียเข้าไปโดยที่ยังมีกองกำลังกัมพูชาอยู่ในพื้นที่ดังกล่าวเท่ากับเป็นการยอมรับการกระทำดังกล่าวของกัมพูชา อีกทั้งยังเป็นการยอมรับการสูญเสียอธิปไตยและบูรณภาพเหนือดินแดนไทย แต่กัมพูชาปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามที่ไทยยืนยัน ดังนั้นคณะผู้สังเกตการณ์อินโดนีเซียจึงยังไม่สามารถเข้าปฏิบัติหน้าที่ได้ แต่เมื่อศาลโลกมีคำสั่งตามข้อ (1) ให้ทั้งสองฝ่ายถอนกำลังทหารออกจากเขตปลอดภัยชั่วคราว การส่งคณะผู้สังเกตการณ์อินโดนีเซียเข้าไปปฏิบัติหน้าที่จึงไม่น่าจะมีปัญหาอีกต่อไป

**2.6 คำสั่งศาลข้อ (4) :** สำหรับคำสั่งศาลในข้อนี้ ศาลให้ทั้งสองฝ่ายต้องงดเว้นจากการกระทำใดๆ ที่อาจทำให้ข้อพิพาทที่ปรากฏต่อศาลเลวร้ายลงหรือเกิดมากขึ้น หรือทำให้มันยากยิ่งขึ้นที่จะแก้ไข ในส่วนนี้มีข้อสังเกตและข้อเสนอแนะดังนี้

สำหรับคำสั่งศาลในข้อนี้ ศาลได้กำหนดเป็นหลักการอย่างกว้างๆ ไม่ได้ระบุเป็นการเฉพาะเจาะจงอย่างชัดเจนว่าการกระทำใดที่ทั้งสองฝ่ายต้อง

งดเว้น ดังนั้นไทยควรต้องเจรจาหรือกับกัมพูชาเพื่อให้มีการกำหนดอย่างชัดเจน ในประเด็นนี้อันจะเป็นการป้องกันปัญหาความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นได้ ตัวอย่างของการกระทำที่กัมพูชาอาจทำ เช่น การส่งเสริมและสนับสนุนให้ชาวกัมพูชาขึ้นไปอยู่อาศัยในชุมชนบนเขาพระวิหารมากขึ้น และการสร้างสิ่งปลูกสร้างใหม่ที่วัดแก้วสิกขาคีรีสรวารา ชุมชน หรือตลาด เป็นต้น สิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่กัมพูชาควรงดเว้นเพราะจะทำให้มีข้อพิพาทเกิดมากขึ้น

**2.7 คำสั่งศาลข้อ (C)-(D) :** สำหรับคำสั่งศาลในข้อ (C) ศาลสั่งให้แต่ละฝ่ายต้องแจ้งต่อศาลถึงการปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวข้างต้น ในส่วนนี้คงไม่มีประเด็นปัญหา แต่สำหรับคำสั่งศาลในข้อ (D) ที่ศาลสั่งว่าจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาต่อคำร้องขอสำหรับการตีความ ศาลยังคงอำนาจต่อไปในการพิจารณาเรื่องราวสาระที่ก่อให้เกิดคำสั่งครั้งนี้นั้น มีข้อสังเกตและข้อเสนอนะดังนี้

หลังจากที่ศาลมีคำสั่งแล้ว หากสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องมีการเปลี่ยนแปลงหรือมีการกระทำของฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดขัดต่อคำสั่งศาลในข้อหนึ่งข้อใดและทั้งสองฝ่ายไม่สามารถตกลงกันได้ ฝ่ายที่ได้รับผลกระทบย่อมสามารถที่จะนำประเด็นดังกล่าวให้ศาลพิจารณาเพื่อเปลี่ยนแปลงคำสั่งได้ทั้งนี้ตามระเบียบของศาลโลก ข้อ 76 ตัวอย่างเช่น หากมีการขยายชุมชนกัมพูชาบนเขาพระวิหาร หรือกัมพูชามีการสร้างสิ่งปลูกสร้างใหม่บนเขาพระวิหาร โดยกัมพูชาปฏิเสธที่จะระงับการกระทำดังกล่าวตามที่ไทยเรียกร้อง ไทยย่อมสามารถนำประเด็นดังกล่าวไปขอให้ศาลพิจารณาเปลี่ยนแปลงคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้

สุดท้ายนี้ในการสู้คดีที่กัมพูชาร้องขอให้ศาลโลกตีความคำพิพากษาคดีปราสาทพระวิหารนั้น รัฐบาลไทยไม่ควรปล่อยให้กระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้รับผิดชอบต่อสู้คดีนี้แต่เพียงฝ่ายเดียว ควรให้ผู้ที่มีความรู้และความเชี่ยวชาญในด้านต่างๆ ที่เกี่ยวข้องจากภาคส่วนต่างๆ ได้เข้ามามีส่วนร่วมในการช่วยดำเนินการต่อสู้คดีด้วย โดยอาจตั้งเป็นรูปของคณะกรรมการกลาง นอกจากนี้กระทรวงการต่างประเทศควรแปลเอกสารทั้งหมดที่เกี่ยวกับคำสั่งศาลโลกเมื่อวันที่ 18 ก.ค. นี้เพื่อเผยแพร่ให้ประชาชนทั่วไปได้รับทราบข้อมูลด้วย

## การกระทำผิดกฎหมายเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคอันนำไปสู่การยุบพรรคการเมือง\*

ปฐมพงษ์ พิพัฒน์ธนาภิจ\*\*

เมื่อไม่กี่วันที่ผ่านมานี้ปรากฏข้อเท็จจริงตามข่าวว่า กกต. มีมติให้เสนอเรื่องต่อศาลฎีกาแผนกคดีเลือกตั้งให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง (ใบแดง) ส.ส. ท่านหนึ่งที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในขณะนี้ เป็นระยะเวลา 5 ปี จากกรณีที่ถูกร้องว่า ในการเลือกตั้งซ่อม ส.ส. จ.นครราชสีมา เมื่อวันที่ 12 ธันวาคม 2553 ส.ส. ท่านนั้นลงสมัครรับเลือกตั้งซ่อมครั้งนั้นและกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 มาตรา 53 เนื่องจากนำผู้มีสิทธิเลือกตั้งไปจัดเลี้ยงแจกสิ่งของที่ เป็นเครื่องใช้ไฟฟ้า ประกอบกับเมื่อ ส.ส. ท่านนั้น เป็นรองหัวหน้าพรรคอยู่ด้วย จึงมีการพูดกันว่า กรณีดังกล่าวจะเป็นเหตุนำไปสู่การยุบพรรคและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งกรรมการบริหารพรรค ในเบื้องต้นนั้น การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่ายุบพรรคการเมืองและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งนั้น เมื่อ กกต. ประกาศผลการเลือกตั้งแล้ว กกต. ไม่มีอำนาจวินิจฉัยว่าการกระทำของ ส.ส. เป็นความผิดตามกฎหมายเลือกตั้งและไม่มีความผิดเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งได้ แต่ กกต. ต้องส่งเรื่องไปให้ศาลฎีกาแผนกคดีเลือกตั้งเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 239 วรรคสอง ประกอบพระราชบัญญัติประกอบ

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 11 กันยายน 2554

\*\* นักวิชาการอิสระ

รัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งฯ มาตรา 111 หากศาลฎีกาแผนกคดีเลือกตั้งมีคำสั่งให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งเนื่องจากเห็นว่ากระทำการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งฯ มาตรา 53 และมีผลทำให้การเลือกตั้งซ่อมครั้งนั้นมีได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม และต่อมาเมื่อความปรากฏต่อ นายทะเบียนพรรคการเมืองแล้ว นายทะเบียนพรรคการเมืองโดยความเห็นชอบของ คณะกรรมการการเลือกตั้งต้องแจ้งต่ออัยการสูงสุดพร้อมด้วยหลักฐานเพื่อยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้มีคำสั่งยุบพรรคการเมืองนั้น ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 95 กรณีนี้ทำนองเดียวกันนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยไว้แล้วในคดียุบพรรคพลังประชาชน ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2551 ลงวันที่ 2 ธันวาคม 2551 สรุปได้ว่า

ประเด็นที่ 1 ปัญหาข้อเท็จจริงว่ารองหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งฯ หรือไม่ เมื่อศาลฎีกามีคำสั่งไว้แล้วว่า รองหัวหน้าพรรคกระทำการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งฯ มาตรา 53 และมีผลทำให้การเลือกตั้ง ส.ส. ไม่ได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ซึ่งประเด็นที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้แล้วนั้นเป็นประเด็นข้อเท็จจริงเดียวกันกับคดีนี้ (คดียุบพรรคพลังประชาชน-ผู้เขียน) และเป็นประเด็นที่อยู่ในอำนาจของศาลฎีกาเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดประเด็นการทุจริตการเลือกตั้ง ส.ส. ไว้โดยเฉพาะ จึงต้องถือเป็นยุติตามคำสั่งของศาลฎีกาแล้ว ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 239 ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งฯ มาตรา 111 ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบคำวินิจฉัยในปัญหาที่เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลฎีกาได้ และศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่ใช่ศาลที่มีอำนาจรับวินิจฉัยอุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลฎีกาด้วย อีกทั้ง ประเด็นต่าง ๆ ที่พรรคพลังประชาชนคัดค้านมาศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้แล้ว จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยเป็นอย่างอื่นได้เช่นกัน เพราะไม่มีกฎหมายใดให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยล้มล้างหรือเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลฎีกาได้ ซึ่งศาลแต่ละระบบนั้นเป็นอิสระต่างหากจากกัน

ประเด็นที่ 2 กรณีมีเหตุสมควรให้ยุบพรรคพลังประชาชนหรือไม่ รัฐธรรมนูญ มาตรา 237 วรรคสอง เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดของกฎหมาย แม้พรรคการเมือง หัวหน้าพรรค หรือกรรมการบริหารพรรคจะไม่ได้เป็นผู้กระทำก็ตาม กฎหมายยังให้ถือว่าเป็นผู้กระทำ จึงเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่อาจโต้แย้งได้ แม้ศาลรัฐธรรมนูญเองก็ไม่อาจวินิจฉัยเป็นอื่นได้ ทั้งนี้ เนื่องจากความผิดในการทุจริต ชื่อสิทธิชื่อเสียงในการเลือกตั้งเป็นความผิดที่ผู้กระทำใช้วิธีการแยบยลยากที่จะจับได้ กฎหมายจึงบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของผู้บริหารพรรคต้องคัดเลือกบุคคลที่จะเข้าร่วมทำงานกับพรรค และคอยควบคุมดูแลไม่ให้คนของพรรคกระทำความผิด โดยบัญญัติให้พรรคการเมืองและผู้บริหารพรรคต้องรับผิดชอบในการกระทำของกรรมการบริหารพรรคที่ไปกระทำผิดด้วย ในทำนองเดียวกันกับหลักความรับผิดชอบของนิติบุคคลทั่วไปที่ว่า ถ้าผู้แทนของนิติบุคคลหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลไปกระทำการใดที่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้นแล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น นิติบุคคลก็ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้แทนของนิติบุคคลหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลนั้นด้วย จะปฏิเสธความรับผิดชอบมิได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากผู้กระทำความผิดเป็นกรรมการบริหารพรรคเสียเอง ย่อมเป็นที่ประจักษ์ชัดอยู่ในตัวแล้วว่า กรรมการบริหารพรรคคนนั้นมีทั้งเจตนาและกระทำผิดยิ่งกว่าเพียงรู้เห็นเป็นใจกับผู้อื่นเสียอีก จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องให้หัวหน้าพรรคหรือกรรมการบริหารพรรคคนอื่นเป็นผู้มีส่วนรู้เห็นหรือปล่อยปละละเลย หรือทราบถึงการกระทำนั้นแล้ว มิได้ยับยั้งหรือแก้ไขเพื่อให้การเลือกตั้งเป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรมอีกต่อไป (ศาลรัฐธรรมนูญตีความกฎหมายตามหลักที่ว่า “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” (fortiori)-ผู้เขียน) การที่รองหัวหน้าพรรคซึ่งเป็นกรรมการบริหารพรรคมีหน้าที่ต้องควบคุมดูแลให้สมาชิกพรรคที่ตนบริหารอยู่กระทำการเลือกตั้งโดยสุจริตและเที่ยงธรรม แต่กลับเป็นผู้มากระทำความผิดเสียเอง อันเป็นความผิดที่ร้ายแรงและเป็นภัยคุกคามต่อการพัฒนาระบอบประชาธิปไตยของประเทศ กรณีจึงมีเหตุอันสมควรต้องยุบพรรคเพื่อให้เป็นบรรทัดฐานพฤติกรรมทางการเมืองที่ต้งามและเพื่อให้เกิดผลในทางยับยั้งป้องปรามมิให้เกิดการกระทำผิดซ้ำขึ้นอีก

ประเด็นที่ 3 หัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้นต้องถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งหรือไม่ รัฐธรรมนูญ มาตรา 237 วรรคสอง และ มาตรา 68 วรรคสี่ เป็นบทบังคับตามกฎหมายว่า เมื่อศาลมีคำสั่งยุบพรรคแล้วจะต้องเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในขณะที่มีการกระทำความผิดเป็นเวลาห้าปี ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจใช้ดุลพินิจสั่งเป็นอย่างอื่นได้ แม้ว่าการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคจะต้องเป็นกรณีที่หัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคแต่ละคนมีส่วนรู้เห็นหรือปล่อยปละละเลยตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองฯ มาตรา 98 แต่ในคดีนี้เป็นการเพิกถอนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 237 วรรคสอง ประกอบมาตรา 68 วรรคสี่ มิใช่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองฯ และไม่ว่าการนี้จะเป็นเช่นใดก็ตาม บทบัญญัติของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็ไม่อาจลบล้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยให้ยุบพรรคพลังประชาชน เนื่องจากรองหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งฯ ซึ่งมีผลทำให้การเลือกตั้งมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม อันเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ประกอบมาตรา 237 วรรคสอง และให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคพลังประชาชนซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในขณะที่กระทำความผิดเป็นระยะเวลาห้าปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมือง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 237 วรรคสอง ประกอบมาตรา 68 วรรคสี่ จากคำวินิจฉัยคดียุบพรรคพลังประชาชนจะเห็นได้ว่า กรณีที่กรรมการบริหารพรรคการเมืองใดถูกร้องว่ากระทำความผิดต่อกฎหมายเลือกตั้ง หากศาลฎีกาแผนกคดีเลือกตั้งมีคำสั่งให้ยกคำร้อง เรื่องก็เป็นอันจบไป ไม่มีประเด็นอันนำไปสู่การยุบพรรคในทางตรงกันข้าม หากศาลฎีกาแผนกคดีเลือกตั้งมีคำสั่งให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งเนื่องจากเห็นว่ากระทำการฝ่าฝืนกฎหมายเลือกตั้งและมิผลทำให้การเลือกตั้งซ่อมครั้งนั้นมีได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ผลการยุบพรรคและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งก็ย่อมเป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่กล่าวมานั่นเอง



## การพิจารณาพิพากษา หรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองใหม่\*

ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์ \*\*

การพิจารณาใหม่หรือการพิจารณาพิพากษาคดีใหม่ (Resumption of proceedings) เป็นบทกฎหมายที่มีไว้เพื่อการยุติธรรม (jus aequum) ที่มีบัญญัติในระบบกฎหมายของการพิจารณาข้อพิพาททุกประเภท ได้แก่ การขอให้พิจารณาคดีใหม่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง การพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่ง<sup>1</sup> การขอให้พิจารณาคดีอาญาใหม่ตามพระราชบัญญัติการรื้อฟื้น

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 11 กันยายน 2554

\*\* นักวิชาการอิสระ

<sup>1</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 199 จัดว่ามาตรา 199 เบื้อง แต่ขอบเขตเหตุขอให้พิจารณาคดีใหม่แคบมาก เฉพาะขาดนัดยื่นคำให้การเท่านั้น จึงมีปัญหาที่พบในปัจจุบันว่า กรณีมีการนำพยานสืบเท็จ ต่อมาได้มีการพิสูจน์ในภายหลังว่า พยานเบิกความเท็จหรือมีการนำพยานหลักฐานเป็นเท็จ คู่ความไม่อาจที่ขอให้ศาลพิจารณาคดีใหม่ได้ เพราะไม่เข้าเหตุการณ์ขอให้พิจารณาคดีใหม่ จึงต้องฟ้องร้องเป็นคดีใหม่ และเรียกค่าเสียหายจากผู้นำเสนอพยานเท็จหรือผู้เบิกความเท็จ แต่ก็ไม่ได้มีเพิกถอนคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีที่ถึงที่สุดไปแล้วที่มีการนำเสนอพยานเท็จนั้น (แต่ในคดีอาญาถ้าพยานเบิกความเท็จ สามารถขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้) จึงยังเป็นช่องว่างที่ทำให้ผู้ไม่สุจริตใช้กระบวนการสร้างพยานหลักฐานเป็นเท็จเพื่อประโยชน์ทางคดีที่ทำให้คู่ความไม่อาจแก้ไขได้ในภายหลัง รวมทั้งกรณีการสมยอมทำสัญญาประนีประนอมยอมความกัน แต่บุคคลภายนอกไม่อาจที่ขอให้พิจารณาคดีใหม่เพื่อเพิกคำพิพากษาตามยอมได้ นับว่าเป็นข้อบกพร่องที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่สมควรจะได้รับการทบทวนแก้ไข

คดีอาญาชั้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526<sup>2</sup> การพิจารณาใหม่ในชั้นพิจารณาของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 54 และการขอให้พิจารณาคดีปกครองใหม่ตามมาตรา 75 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

การพิจารณาคดีใหม่ แม้จะเป็นบทกฎหมายที่มีไว้เพื่อการยุติธรรมก็ตาม แต่มีผลกระทบกระเทือนต่อหลักกฎหมายว่าด้วยความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย (Der Grundsatz der Rechtssicherheit) ซึ่งมีที่มาจากองค์ประกอบพื้นฐานที่สำคัญอย่างหนึ่งของ “หลักนิติรัฐ (Rechtsstaats)” ที่เพื่อให้บุคคลมั่นใจในความมั่นคงนิติฐานะของตนเอง แต่ในบางกรณีที่มีการวินิจฉัยของผู้มีอำนาจวินิจฉัยได้กระทำโดยผิดพลาดหรือมีเหตุที่จะทำให้คำวินิจฉัยนั้นเปลี่ยนแปลงไป หากไม่นำเรื่องมาพิจารณาใหม่ก็จะเกิดความเป็นธรรมที่ต้องมีบทบัญญัติการพิจารณาใหม่

การพิจารณาคดีใหม่ หมายความว่า กรณีที่ต้องมีการพิจารณาเรื่องใหม่อีกครั้งหนึ่งในประเด็นที่ได้วินิจฉัยไปแล้วในคำวินิจฉัยที่ถึงที่สุดหรือเสร็จเด็ดขาดไปแล้ว<sup>3</sup> เพื่อให้โอกาสแก่คู่ความหรือคู่กรณีได้ร้องขอให้ผู้มีอำนาจพิจารณาดำเนิน

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาชั้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526 มาตรา 5 บัญญัติว่า

“คดีใดที่ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้บุคคลใดต้องรับโทษอาญาในคดีนั้นแล้ว อาจมีการร้องขอให้รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาพิพากษาใหม่ได้ เมื่อปรากฏว่า

- (1) พยานบุคคลซึ่งศาลได้อาศัยเป็นหลักในการพิพากษาคดีอันถึงที่สุดนั้น ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดในภายหลังแสดงว่าคำเบิกความของพยานนั้นเป็นเท็จ หรือไม่ถูกต้องตรงกับความจริง
- (2) พยานหลักฐานอื่นนอกจากพยานบุคคลตาม (1) ซึ่งศาลได้อาศัยเป็นหลักในการพิจารณาพิพากษาคดีอันถึงที่สุดนั้น ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดในภายหลังแสดงว่าเป็นพยานหลักฐานปลอมหรือเป็นเท็จ หรือไม่ถูกต้องตรงกับความจริง หรือ
- (3) มีพยานหลักฐานใหม่อันขัดแย้งและสำคัญแก่คดีซึ่งถ้าได้นำมาสืบในคดีอันถึงที่สุดนั้น จะแสดงว่าบุคคลผู้ต้องรับโทษอาญาโดยคำพิพากษาถึงที่สุดนั้นไม่ได้กระทำความผิด”

<sup>3</sup> ฤทัย หงส์ศิริ, “การทบทวนคำสั่งทางปกครอง”, ใน *รวมบทความทางวิชาการกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539* พนม เอี่ยมประยูร บรรณาธิการ, กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2541ล หน้า 126.

กระบวนการพิจารณาเพื่อทบทวนแก้ไขคำวินิจฉัยเดิมหากมีเหตุที่จะทำให้คำวินิจฉัยเดิมเปลี่ยนแปลงไปตามเหตุที่กฎหมายบัญญัติ แต่ก็จะต้องกระทำภายในเวลาที่รวดเร็วที่สุดนับแต่รู้หรือควรรู้เหตุนั้นเพื่อมิให้กระทบกระทบต่อความมั่นคงในนิติฐานะโดยไม่เวลาที่จำกัด และผู้ที่จะยื่นคำร้องขอให้พิจารณาใหม่จะต้องเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจากคำวินิจฉัยที่จะขอให้พิจารณาใหม่นั้น

การขอพิจารณาคดีปกครองใหม่ได้บัญญัติไว้ตามมาตรา 75 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542<sup>4</sup> ว่า

“มาตรา 75 ในกรณีที่ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองเสร็จเด็ดขาดแล้ว คู่กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียหรืออาจถูกกระทบจากผลแห่งคดีนั้นอาจมีคำขอให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองนั้นใหม่ได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ศาลปกครองฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดหรือมีพยานหลักฐานใหม่อันอาจทำให้ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นยุติแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ

(2) คู่กรณีที่แท้จริงหรือบุคคลภายนอกนั้นมิได้เข้ามาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี หรือได้เข้ามาแล้วแต่ถูกตัดโอกาสโดยไม่เป็นธรรมในการมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

(3) มีข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม

(4) คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ทำขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใด และต่อมาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญซึ่งทำให้ผลแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งขัดกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น

การยื่นคำขอตามวรรคหนึ่ง ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคู่กรณีหรือบุคคลภายนอกไม่ทราบถึงเหตุนั้นในการพิจารณาคดีครั้งที่แล้วมา โดยไม่ใช่ความผิดของผู้ยื่น

<sup>4</sup> ต่อไปในบทความนี้ ถ้ามิได้กล่าวไว้เป็นอย่างอื่น มาตราที่กล่าวอ้าง หมายถึง มาตราในบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

การยื่นคำขอให้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ต้องกระทำภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ยื่นคำร้องหรือควรได้รู้ถึงเหตุซึ่งอาจขอให้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ได้ แต่ไม่เกินห้าปีนับแต่ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี”

## 1. หลักเกณฑ์การขอพิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองใหม่

จากบัญญัติมาตรา 75 ดังกล่าว การขอให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองใหม่ มีหลักเกณฑ์คือ กรณีที่จะขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้ต้องเป็นกรณีที่ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีนั้นเสร็จเด็ดขาดแล้ว ผู้มีสิทธิยื่นคำขอจะต้องเป็นคู่กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียหรืออาจถูกกระทบจากผลแห่งคดีนั้น จะต้องมีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งที่ระบุตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (1) ถึง (4) คู่กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้ร้องจะต้องไม่ทราบถึงเหตุนั้นในการพิจารณาคดีครั้งที่แล้วมา โดยไม่ใช่ความผิดของผู้ยื่น และจะต้องยื่นคำร้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ยื่นคำร้องหรือควรรู้ถึงเหตุซึ่งอาจขอให้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ได้ แต่ไม่เกินห้าปีนับแต่ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาด ดังจะกล่าวในรายละเอียดต่อไปนี้

### 1.1 กรณีที่จะขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้ต้องเป็นกรณีที่ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีนั้นเสร็จเด็ดขาดแล้ว

“คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีเสร็จเด็ดขาด” หมายความว่า กรณีที่ศาลปกครองได้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีจนกระทั่งมีการวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นเนื้อหาแห่งคดีแล้ว หากในกรณีใดที่ศาลมิได้วินิจฉัยในเนื้อหาคดีไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีนั้นเสร็จเด็ดขาดแล้ว

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 274/2547 (ประชุมใหญ่) ตามมาตรา 75 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การที่จะมีคำขอให้พิจารณาใหม่ได้ จะต้องเป็นกรณีที่ศาลได้มีคำพิพากษาหรือ

คำสั่งชี้ขาดคดีเสร็จเด็ดขาดแล้ว ซึ่งหมายถึงกรณีที่ศาลได้ดำเนินกระบวนการพิจารณา และได้มีการวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นเนื้อหาแห่งคดีแล้ว สำหรับคำสั่งคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความรวมทั้งศาลปกครองสูงสุดที่สั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นดังกล่าว เป็นกรณีที่ยังไม่ได้มีการวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นเนื้อหาแห่งคดี จึงไม่ใช่คำสั่งชี้ขาดคดีปกครองเสร็จเด็ดขาด ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิยื่นคำขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดี หรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองนั้นใหม่

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 566/2547 (ประชุมใหญ่)** กรณีที่จะมีคำขอให้พิจารณาใหม่ได้ตามมาตรา 75 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะต้องเป็นกรณีที่ศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีเสร็จเด็ดขาดแล้ว ซึ่งได้แก่ กรณีที่มีการวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นเนื้อหาแห่งคดีแล้ว การที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องไว้พิจารณา เป็นกรณีที่ยังไม่ได้มีการวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นเนื้อหาแห่งคดี จึงไม่ใช่คำสั่งชี้ขาดคดีปกครองเสร็จเด็ดขาด ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิยื่นคำขอให้พิจารณาคดีใหม่

ดังนั้น ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ ไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตาม ไม่ถือว่าเป็นกรณีที่ศาลปกครองได้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีจนกระทั่งมีการวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นเนื้อหาแห่งคดีแล้ว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 93/2552)<sup>5</sup> เช่น คำสั่งไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาเนื่องจากคดีไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 677/2551) คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เนื่องจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีมิได้เป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 98/2551)<sup>6</sup> คำสั่งไม่รับคำฟ้อง เนื่องจาก

<sup>5</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 312/2552, 331/2552, 365/2552, 374/2552, 487/2552, 552/2552, 41/2553, 53/2553 และ 133/2553 วินิจฉัยทำนองเดียวกัน

<sup>6</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 351/2551, 399/2551, 455/2551, 481/2551 และ 735/2551 วินิจฉัยทำนองเดียวกัน

ไม่ใช่ผู้เดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหาย (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 677/2551 ที่ 148/2551) คำสั่งไม่รับคำฟ้อง เนื่องจากคำขอตามคำฟ้อง ศาลปกครองไม่อาจบังคับให้ได้ตามมาตรา 72 หรือเป็นกรณีที่ไม่จำเป็นต้องมีคำบังคับของศาล (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 371/2551) คำสั่งไม่รับคำฟ้อง เนื่องจากมิได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายที่มีกฎหมายกำหนดไว้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 7/2551)<sup>7</sup> คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เนื่องจากผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นระยะเวลาการฟ้องคดี (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 681/2551) ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาเพราะเหตุเงื่อนไขการฟ้องคดีตามข้อ 31 ของระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 19/2551 ที่ 29/2551 ที่ 31/2551 ที่ 31/2551 ที่ 32/2551 และที่ 152/2551) คำสั่งไม่รับคำฟ้องเพิ่มเติมไว้พิจารณา เนื่องจากคำฟ้องเพิ่มเติมไม่เกี่ยวกับคำฟ้องเดิม (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 411/2551)<sup>8</sup> คำสั่งไม่รับคำฟ้องเพิ่มเติมไว้พิจารณา เนื่องจากผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีเพิ่มเติมเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดี (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 314/2551) มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องแย้งของผู้ถูกฟ้องคดีไว้พิจารณา เนื่องจากไม่เกี่ยวกับฟ้องเดิม (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 414/2552) คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาเนื่องจากเป็นข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาที่คู่สัญญาจะต้องดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก่อน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 28/2552) ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีขอถอนฟ้องและศาลมีคำสั่งอนุญาตและให้จำหน่ายคดีไปแล้ว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 565/2551) คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เนื่องจากดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำตามข้อ 96 หรือฟ้องซ้ำตามข้อ 97 ของระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 21/2551)<sup>9</sup> แม้จะเป็น

<sup>7</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 263/2551, 345/2551, 379/2551, 431/2551, 618/2551, 812/2551 - 817/2551, 811/2551 - 814/2551, 841/2551 - 843/2551, 855/2551 - 861/2551 และ 895/2551 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน

<sup>8</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 558/2551, 731/2551 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน

<sup>9</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 21/2551, 22/2551, 23/2551, 24/2551, 25/2551, 26/2551, 27/2551 และ 28/2551 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน

กรณีศาลปกครองชั้นต้นรับคดีไว้พิจารณาจนมีคำพิพากษา แต่ศาลปกครองสูงสุดพิพากษายกฟ้อง เนื่องจากเป็นคำฟ้องที่ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขการฟ้องคดี การรับฟ้องของศาลปกครองชั้นต้นเป็นการพิจารณาผิดระเบียบ ก็ถือว่าเป็นคดีที่กรณีศาลปกครองชั้นต้นได้มีการวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นเนื้อหาแห่งคดี (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 522/2551)<sup>10</sup> รวมถึงกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้ทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งชั่วคราวหรือบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 28/2552) คำสั่งยกคำร้องขอดำเนินคดีโดยได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียมศาล (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 83/2551) คำสั่งไม่รับอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 275/2551) ไม่ถือว่าเป็นกรณีที่ศาลปกครองได้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีจนกระทั่งมีการวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นเนื้อหาแห่งคดีแล้ว

## 1.2 ผู้มีสิทธิยื่นคำขอจะต้องเป็นคู่กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียหรืออาจถูกกระทบจากผลแห่งคดีนั้น

ผู้ที่มีสิทธิยื่นคำขอการขอให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาคดี หรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองใหม่มี 2 ประเภทคือ คู่กรณี กับ บุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียหรืออาจถูกกระทบจากผลแห่งคดีนั้น

คู่กรณี หมายความว่า ผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดี และให้หมายรวมถึงบุคคล หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเข้ามาเป็นคู่กรณีด้วยการร้องสอด ไม่ว่าจะโดยความสมัครใจเองหรือโดยถูกคำสั่งศาลปกครองเรียกเข้ามาในคดี ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นผู้มีส่วนได้เสีย หรืออาจถูกกระทบจากผลแห่งคดีนั้น และเพื่อประโยชน์แห่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้รวมถึงผู้มีสิทธิกระทำการแทนด้วย<sup>11</sup> ดังนั้น คู่กรณีจึงเป็นผู้มีสิทธิยื่นคำขอให้การขอให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองนั้นใหม่ได้โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่า ผู้ที่ถูกกระทบจากผลแห่งคดีหรือไม่ก็ตาม คู่กรณีรวมถึงทายาทของคู่กรณีด้วย

<sup>10</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 164/2551, 165/2551, 166/2551 และ 431/2551 วินิจฉัยทำนองเดียวกัน

<sup>11</sup> มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

เช่น ทายาทของเจ้าของที่ดินซึ่งในคดีเดิมผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องในฐานะเป็นผู้จัดการมรดกของเจ้าของที่ดินคำพิพากษาศาลปกครองย่อมผลแห่งคดีย่อมผูกพันทายาทเจ้าของที่ดิน ผู้ร้อง ซึ่งเป็นทายาทเจ้าของที่ดิน จึงมิใช่บุคคลภายนอกผู้ถูกระทบจากผลแห่งคดีแต่อย่างใด แต่เป็นคู่กรณีในฐานะผู้ฟ้องคดี จึงอาจยื่นคำขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีใหม่ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 878/2551)

บุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียหรืออาจถูกระทบจากผลแห่งคดีนั้น หมายความว่า บุคคลภายนอก ที่มีผลประโยชน์ได้เสียที่กฎหมายรับรองและคุ้มครอง ให้ได้รับผลกระทบจากผลคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยโดยตรง คำว่า ผลกระทบโดยตรง หมายถึง ประเด็นแห่งคดีที่เกิดจากการกระทำหรือความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองเมื่อศาลพิพากษาหรือคำสั่งแล้ว กระทบต่อบุคคลในการกระทำที่ฟ้องร้อง

บุคคลภายนอกที่มีกระบวนการพิจารณาคดีปกครองมีผลกระทบถึงส่วนได้เสียหรือมีผลในทางกฎหมายต่อบุคคลภายนอก หากบุคคลภายนอกได้มีโอกาสเข้ามาในคดีจะทำให้มีสิทธิโต้แย้งแสดงหลักฐานในกระบวนการพิจารณาของศาลได้ แต่ถ้าบุคคลภายนอกไม่เข้ามาในกระบวนการพิจารณาที่กระทบต่อตนเองเนื่องจากศาลมิได้มีคำสั่งเรียกให้เข้าในคดีถือว่า บุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียหรืออาจถูกระทบจากผลแห่งคดี (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 338/2552)

ลำพังผลกระทบทางพฤตินัย เช่น ผลกระทบของบุคคลในครวัที่ขาดรายได้ ถูกดูหมิ่นเกลียดชัง และมีความเป็นอยู่อย่างลำบาก จากกรณีสามีหรือภรรยาถูกออกรากราชการ ไม่ถือเป็นผลเป็นกระทบโดยตรง เพราะเหตุที่ฟ้องร้องกับผลกระทบที่ผู้ร้องได้รับมิใช่ผลโดยตรงที่สืบเนื่องจากการกระทำของฝ่ายปกครอง การขาดรายได้ของสามีหรือภรรยาจากคำสั่งทางปกครองนั้นไกลกว่าเหตุ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 344/2551) นอกจากนี้ การปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งมีผลกระทบอีกชั้นหนึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจากการปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาด ไม่ถือว่าเป็นผู้ได้รับผลประโยชน์โดยตรง หากบุคคลภายนอกได้รับความเดือนหรือเสียหายก็ชอบที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องอีกคดีหนึ่งต่างหาก (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 556/2552) หรือกรณีการปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองมีผลเฉพาะ



ผู้ฟ้องคดี ไม่ทำให้บุคคลภายนอกมีส่วนได้เสียในประโยชน์ที่ถูกกระทบโดยตรง แม้จะทำให้บุคคลภายนอกจะถูกกระทบต่อสิทธิก็ตาม แต่มีข้อเป็นในทางกฎหมาย ที่ถูกกระทบโดยตรง คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 556/2552)

มีปัญหาว่า ถ้าปรากฏเหตุหนึ่งเหตุใดตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (1) ถึง (4) และศาลปกครองพบเอง โดยที่คู่กรณีหรือบุคคลภายนอกมิได้ร้องขอ ศาลปกครองจะหยิบยกขึ้นมาพิจารณาได้เองหรือไม่<sup>12</sup> ก็กรณีตามพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองฯ มิได้บัญญัติโดยชัดแจ้ง และตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ก็มีได้ กำหนดไว้ชัดแจ้งเช่นเดียวกัน จึงต้องพิจารณาตามข้อ 5 วรรคสองของระเบียบดังกล่าว กำหนดว่า “ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดเรื่องใดไว้ โดยเฉพาะ ให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง” หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองที่สำคัญคือ วิธีพิจารณาคดีปกครองตามระบบไต่สวนตามระเบียบฯ ข้อ 5 วรรคหนึ่ง และภารกิจของศาลปกครองคือ การประกันความศักดิ์สิทธิ์ของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง<sup>13</sup> จะเห็นได้ว่า มีปรากฏเหตุที่จะทำให้คำพิพากษาหรือคำสั่งเดิมเปลี่ยนแปลงไปเนื่องจากเป็นคำพิพากษาหรือคำสั่งที่มีฐานที่มาไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือมีเหตุที่จะทำให้คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อไป จึงเป็นภารกิจที่ศาลปกครองจะต้องตรวจสอบถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่พบในกระบวนการพิจารณาคดีของตน ศาลปกครองจึงมีอำนาจหยิบยกขึ้นมาพิจารณาได้เอง

<sup>12</sup> ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไม่มีปัญหานี้ ถ้าเจ้าหน้าที่พบเหตุด้วยตนเองก็สามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ตามบทบัญญัติส่วนที่ 6 การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง มาตรา 49 ถึงมาตรา 53 ซึ่งกระบวนการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่ที่จะริเริ่มได้เองตามหลัก ex officio เพราะการกระทำทางปกครองเป็นการกระทำทางกริยา (active) ทั้งการวางแผน การริเริ่มปฏิบัติการด้านต่างๆ ลักษณะเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา (dynamic)

<sup>13</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, “กฎหมายว่าด้วยคดีปกครองไทย” ใน **รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 2 : กฎหมายปกครอง ภาควิธีสบัญญัติ**, กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2548, หน้า 238-241.

แต่อาจมีความเห็นแย้งว่า ระบบศาลคือ การพิจารณาข้อพิพาท คือจะต้องมีข้อพิพาทเกิดขึ้นและจะต้องมีผู้ร้องขอให้ชี้ขาดข้อพิพาท หากไม่มีผู้ฟ้องคดีหรือมีผู้ร้องขอศาลจะลงไปเกี่ยวข้องไม่ได้ เพราะการกระทำทางตุลาการมีลักษณะปฏิกิริยา (passive) คือ จะต้องรอให้มีการเสนอข้อพิพาทจากคู่กรณีก่อน ผู้พิพากษาจึงจะพิจารณาคดีได้<sup>14</sup> ตามหลัก “ที่ใดไม่มีผู้ฟ้องคดี ที่นั่นไม่มีผู้พิพากษา”<sup>15</sup> กรณีนี้แม้จะมีเหตุที่จะพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองใหม่ แต่ถ้าบุคคลภายนอกหรือคู่กรณีเห็นว่าตนเองไม่จำเป็นต้องได้รับการพิจารณาใหม่ หรือผลกระทบที่รับนั้นไม่เป็นภาระแก่ตนเองที่ไม่อาจรับได้ จึงไม่ยื่นคำร้องขอให้พิจารณาใหม่ก็ได้ (คือยังพอใจและรับได้กับคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น)<sup>16</sup> ศาลปกครองก็ไม่สมควรที่จะคาดเดาว่า คู่กรณีหรือบุคคลภายนอกที่ได้รับกระทบนั้น จะต้องได้รับการเยียวยาโดยการพิจารณาใหม่ทุกกรณีเสมอไป แม้คดีปกครองมีกระบวนการพิจารณาที่เหมาะสมกับสภาพของคดีได้แก่ วิธีพิจารณาระบบไต่สวน อย่างไรก็ตาม การพิจารณาคดีปกครองยังคงต้องเคารพหลักทั่วไปของระบบวิธีพิจารณาคดี อันเป็นหลักการที่มุ่งเน้นให้มีการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรมและมีประสิทธิภาพ เช่น การฟังความสองฝ่าย การพิจารณาไปตามกรอบของคำฟ้องและคำขอท้ายฟ้อง การคัดค้านตุลาการ เป็นต้น<sup>17</sup> ดังนั้น ถ้าไม่มีผู้ร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ ศาลปกครองจะหยิบยก

<sup>14</sup> สมยศ เชื้อไทย, **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น**, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2551, หน้า 219.

<sup>15</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **“ข้อความคิดเบื้องต้นกับคำวินิจฉัยและผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ”** เอกสารประกอบการบรรยาย หลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ภาคการศึกษาที่ 1 ปีการศึกษา 2553, หน้า 4.

<sup>16</sup> คำพิพากษาบางกรณีแม้จะไม่เที่ยงธรรม (justice) แต่ถ้าคู่ความยอมรับหรือรับได้ในผลคำพิพากษาว่าฟังพอใจเป็นยุติและถือว่าเป็นธรรมเพียงพอสำหรับตน ถือได้ว่า เป็นคำพิพากษาที่ยุติธรรม คือ ยอมรับเป็นยุติว่าเป็นธรรม

<sup>17</sup> โกดิน พลกุล, **“สาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง”**, วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 (มกราคม-เมษายน 2544), หน้า 111. และประสาธ พงษ์สุวรรณ, **“กฎหมายว่าด้วยคดีปกครองไทย”** หน้า 284.

ขึ้นมำพิจำรณำเองมำได้ ตำมหลัคมำพิจำรณำเกินค้ำขอ ซึ่งเป็นหลักรฐมำยวิธี พิจำรณำคดีท้วไป ผู้เขียนด้วยกับควมเห็นของฝ่ำยหล้ง

### 1.3 เหตุที่ข้จะขอให้พิจำรณำพิพำกษำคดีหรือมีค้ำสั่งชี้ข้ขำคคตติปกรรณงใหม่

กรฐมำยจะต้งจำกััดเหตุที่ข้จะขอให้พิจำรณำพิพำกษำคดีใหม่โดย ขัดแ่ง ถ้าไม่จำกััดเหตุไว้จะท้ำให้ทำล่ำยหลักรฐมำยมั่นค้งในนิติฐำนะได้ เหตุที่ข้ จะขอให้พิจำรณำพิพำกษำคดีหรือมีค้ำสั่งชี้ข้ขำคคตติปกรรณงใหม่ มำตรำ 75 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ 4 ประการ คือ

- (1) ศาลปกรรณงฟังข้อเท็จจริงผิดพลำดหรือมีพยำนหลักรฐำนใหม่ อ้นอำงทำให้อ้ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นยุติแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสรำระส้ำค้ญ
- (2) คุ้กรณีทีแ้จ้จริงหรือบุคคลภำยนอกนั้นมิได้ข้มำมำในการดำเนิน กระบวนพิจำรณำคดี หรือได้ข้มำมำแล้วแต่ถูกดัดโอกำสโดยไม่เป็นธรรมในการมี ส่วร่วมในการดำเนินกระบวนพิจำรณำ
- (3) มีข้อบกพร่องส้ำค้ญในกระบวนพิจำรณำพิพำกษำที่ท้ำให้ผลของ คดีไม่มีความยุติธรรม
- (4) ค้ำพิพำกษำหรือค้ำสั่งนั้นได้ทำขึ้นโดยอำค้ยข้อเท็จจริงหรือ ข้อกรฐมำยใดและต้อมำข้อเท็จจริงหรือข้อกรฐมำยนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสรำระส้ำค้ญ ซึ่งทำให้ผลแ่ห้งค้ำพิพำกษำหรือค้ำสั่งขัดกับกรฐมำยที่ข้บังคับอยู่ในขณะนั้น

#### 1.3.1 ศาลปกรรณงฟังข้อเท็จจริงผิดพลำดหรือมีพยำนหลักรฐำนใหม่ อ้นอำงทำให้อ้ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นยุติแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสรำระส้ำค้ญ<sup>18</sup>

เหตุที่ข้จะขอให้พิจำรณำพิพำกษำคดีหรือมีค้ำสั่งชี้ข้ขำคคตติปกรรณงใหม่ ตำมมำตรำ 75 วรรคหนึ่ง (1) แ่่งได้ 2 กรณี คือ กรณีแรก ศาลปกรรณงฟัง ข้อเท็จจริงผิดพลำด กับ กรณีที่สอง มีพยำนหลักรฐำนใหม่อ้นอำงทำให้อ้ข้อเท็จจริง ที่ฟังเป็นยุติแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสรำระส้ำค้ญ

<sup>18</sup> พระรำชบัญญัติวิธีปฏิบัติรำชกรำทงปกรรณง พ.ศ. 2539 การขอให้พิจำรณำใหม่ตำม มำตรำ 54 วรรคหนึ่ง (1) บัญญัติมีเพียงเฉพำะ “มีพยำนหลักรฐำนใหม่อ้นอำงทำให้อ้ ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นยุติแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสรำระส้ำค้ญ” ส่วนการรับฟังข้อเท็จจริง ผิดพลำดมิได้บัญญัติไว้

### กรณีแรก ศาลปกครองฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด

การรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด คือ การรับฟังข้อเท็จจริงนอกสำนวนคดี หรือ กรณีที่ศาลไม่ได้รับฟังข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในสำนวนจากคำฟ้อง คำให้การ คำคัดค้านคำให้การ หรือคำให้การเพิ่มเติมหรือรับฟังโดยคลาดเคลื่อน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 119/2551 ที่ 111/2551 และที่ 111/2551)

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 191/2553** การที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะยื่นคำร้อง ขอให้พิจารณาคดีใหม่โดยอ้างว่าศาลฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด อันเป็นการใช้สิทธิในฐานะคู่กรณีขอให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาคดีที่ศาลปกครองได้พิพากษาเสร็จเด็ดขาดแล้วตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ต้องเป็นกรณีที่ศาลปกครองไม่ได้รับฟังข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในสำนวนจากคำฟ้อง คำให้การ คำคัดค้านคำให้การ และคำให้การเพิ่มเติมหรือรับฟังโดยคลาดเคลื่อน

การรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดจะต้องเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญที่มีผลว่าหากรับฟังข้อเท็จจริงที่ถูกต้องแล้วจะมีผลทำให้คำพิพากษาหรือคำสั่งเสร็จเด็ดขาดนั้นเปลี่ยนแปลงไปด้วย เพราะถ้าข้อเท็จจริงที่ไม่สาระสำคัญที่จะทำให้ผลเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาหรือคำสั่งเสร็จเด็ดขาด ก็เป็นการไร้ประโยชน์ที่จะเปิดกระบวนการพิจารณาคดีใหม่

ส่วนการรับฟังข้อเท็จจริงในสำนวนโดยการชั่งน้ำหนักพยานของศาลว่า ข้อเท็จจริงในคดีรับฟังเป็นยุติว่าอย่างไร ถือว่าเป็นดุลพินิจของศาลปกครอง ดังนั้นในกรณีที่ศาลยกพยานหลักฐานทั้งหมดหรือบางส่วนขึ้นมาชั่งน้ำหนักกว่าจะเชื่อถือในข้ออ้างฝ่ายใดหรือพยานหลักฐานมีน้ำหนักกว่าข้อเท็จจริงที่รับฟังเป็นยุติเป็นอย่างไร แม้ผู้ร้องจะอ้างว่า การฟังพยานหลักฐานจะเป็นข้อบกพร่องสำคัญที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม กรณีจึงมิใช่เป็นเรื่องที่ศาลรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 413/2551) หรือจะอ้างว่าการรับฟังข้อเท็จจริงของศาลไม่สมเหตุผลผล ก็เป็นดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักพยาน มิใช่รับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด แม้ศาลจะไม่ยกพยานหลักฐานบางฉบับหรือยกพยาน

หลักฐานบางฉบับขึ้นมาพิจารณาโดยไม่พิจารณาพยานหลักฐานในบางส่วนหรือทั้งหมดในสำนวนคดี มีผลทำให้เชื่อถือข้อเท็จจริงตามอีกฝ่ายหนึ่งอ้าง และไม่เชื่อถือตามอีกฝ่ายหนึ่งอ้าง เป็นการใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐาน ไม่ถือว่าเป็นการรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 111/2551 และที่ 111/2551) เช่น ศาลฟังพยานบุคคลแล้วรับฟังว่าเชื่อผู้ฟ้องคดีกระทำความผิด ทั้งไม่มีการตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 39/2553) และแม้ว่าอ้างว่า คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจะนำเสนอพยานหลักฐานไม่ครบถ้วนและไม่ถูกต้องตามความเป็นจริง ก็มีใช้เป็นการรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด เพราะการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำเสนอพยานหลักฐานไม่ครบถ้วนและไม่ถูกต้องตามความเป็นจริง ศาลปกครอง มีดุลพินิจในชั้นนำพยานหรือทำการแสวงหาความจริงได้ตามระบบไต่สวน การรับฟังตามพยานหลักฐานที่แต่ละฝ่ายนำเสนอจึงดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานของศาล มิใช่กรณีการรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 653/2551) หรืออ้างว่า พยานหลักฐานที่ศาลนำมารับฟังนั้นเป็นพยานหลักฐานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ถือว่าเป็นการโต้แย้งดุลพินิจการรับฟังข้อเท็จจริงของศาล มิใช่กรณีรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 824/2551)

การอ้างว่าศาลรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดนั้น จะต้องเป็นข้อเท็จจริงที่อ้างในคำขอให้พิจารณาใหม่จะต้องประเด็นเดียวกันเหตุผลที่ศาลปกครองได้วินิจฉัย (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 441/2551) ข้อเท็จจริงประเด็นเดียวกันเหตุผลที่ศาลปกครองได้วินิจฉัย ถ้าศาลปกครองชั้นต้นกับศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยในประเด็นข้อเท็จจริงที่แตกต่างกัน จะถือเอาข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุผลวินิจฉัยของคำพิพากษาหรือคำสั่งเป็นที่สุด (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 552/2551)

การวินิจฉัยปรับบทกฎหมายและการตีความกฎหมายของศาลปกครอง หากศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งเสร็จเด็ดขาดโดยปรับบทกฎหมายใดกฎหมายหนึ่งในคดีไปแล้วหรือตีความกฎหมายไปในทางใดทางหนึ่ง การปรับข้อเท็จจริงเข้ากับบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อนำมาสู่ผลการวินิจฉัย การให้เหตุผลประกอบข้อเท็จจริงหรือการให้เหตุผลประกอบข้อกฎหมาย มิใช่กรณีการรับฟัง

ข้อเท็จจริง จึงถือไม่ได้ว่าศาลฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดอันอาจทำให้ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นยุติแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 653/2551) เช่น ศาลปกครองวินิจฉัย ข้อเท็จจริงตามสำนวนคดีรับฟังได้ว่าการกระทำของผู้ฟ้องคดีเป็นการประมาทเลินเล่อร้ายแรง แต่ผู้ร้องอ้างว่า ตามข้อเท็จจริงในสำนวนคดีอีกส่วนหนึ่งไม่เป็นถือว่าผู้ฟ้องประมาทเลินเล่อ ถือว่าเป็นการโต้แย้งการปรับบทกฎหมายของศาล ไม่ใช่กรณีรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 443/2552) หรือ การที่ศาลปกครองอ้างตัวบทกฎหมายหนึ่ง แต่ไม่อ้างบทกฎหมายหนึ่งมาประกอบการวินิจฉัยคดี (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 291/2552) เป็นต้น แม้ต่อมาในภายหลังศาลปกครองจะมีการวินิจฉัยในการปรับบทกฎหมายในทางตรงกันข้ามหรือแตกต่างกัน หรือศาลปกครองตีความกฎหมายไปในทางตรงกันข้ามหรือแตกต่างกันก็ตาม ก็ไม่ถือว่าเป็นกรณี ศาลปกครองฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด<sup>19</sup> การให้เหตุผลในการทำคำพิพากษาของศาล มิใช่กรณีการรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 39/2553) และการชั่งน้ำหนักประโยชน์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะหรือชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะด้วยกัน แล้วเลือกเอาประโยชน์ในทางใดทางหนึ่งตามหลักความได้สัดส่วนในการพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง มิใช่การรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 162-633/2552) รวมทั้งการตีความเอกสารหรือตีความสัญญา ก็ถือว่าเป็นดุลพินิจของศาลปกครอง ก็ไม่ถือว่าเป็นการรับฟังข้อเท็จจริง แม้ต่อมาองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นจะตีความเอกสารหรือตีความสัญญาแตกต่างกันก็ตาม ก็ไม่ถือว่าเป็นการฟังข้อเท็จจริงที่ผิดพลาด และพยานหลักฐานข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากตีความขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่น ไม่ถือว่าเป็น

<sup>19</sup> แต่จะถือว่าเป็นกรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ทำขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใดและต่อมาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญซึ่งทำให้ผลแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งขัดกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นหรือไม่นั้น ในชั้นนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่เข้าเหตุตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (4) ซึ่งจะได้อธิบายละเอียดในข้อที่ 1.3.4 ต่อไป

พยานหลักฐานใหม่ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 495/2551)<sup>20</sup>

แต่ในกรณีศาลปกครองตีความข้อเท็จจริงอันเรื่องเทคนิคด้านที่ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านผิดพลาด เช่น การแปลค่าทางธรณีของธาตุชั้นแร่ผิดพลาด กรณียังไม่มีแนววินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด แต่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นกรณีรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด มิใช่การชี้แจงนำพยานหลักฐานของศาล

กรณีศาลปกครองรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด จะต้องเป็นการฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดที่เกิดขึ้นในกระบวนการพิจารณาชั้นใด ประเด็นนี้ ตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 กำหนดขั้นตอนการแสวงหาข้อเท็จจริงจากคำฟ้อง คำให้การ คำคัดค้าน คำให้การ และคำให้การเพิ่มเติม และตุลาการเจ้าของสำนวนมีอำนาจแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดีได้ตามความเหมาะสม โดยอาจแสวงหาข้อเท็จจริงจากพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานผู้เชี่ยวชาญ หรือพยานหลักฐานอื่นนอกเหนือจากพยานหลักฐานของคู่กรณีที่น่าปรากฏในคำฟ้อง คำให้การ คัดค้านคำให้การ หรือคำให้การเพิ่มเติม โดยตุลาการเจ้าของสำนวนมีอำนาจออกคำสั่งเรียกคู่กรณีหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำได้ตามที่เห็นสมควร โดยคำสั่งศาลดังกล่าวต้องกำหนดประเด็นข้อเท็จจริงที่จะทำการไต่สวนให้ชัดเจน และศาลต้องแจ้งกำหนดการไต่สวนให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องทราบล่วงหน้าเพื่อเปิดโอกาสให้คู่กรณีนั้นคัดค้านหรือชี้แจงข้อเท็จจริงได้ ในระหว่างการแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดีตามอำนาจหน้าที่นั้น ตุลาการเจ้าของสำนวนต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้ทราบถึงข้ออ้างหรือข้อโต้แย้งของแต่ละฝ่าย และให้คู่กรณีแสดงพยานหลักฐานของฝ่ายตนเพื่อยืนยันหรือหักล้างข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายได้<sup>21</sup> จะเห็นได้ว่า ข้อเท็จจริงที่เข้ามาในสำนวนมี

<sup>20</sup> การตีความเอกสาร ตีความสัญญา การตีความกฎหมาย การปรับบทกฎหมาย การให้เหตุผลในการทำคำพิพากษา การชี้แจงนำพยานหลักฐานกับประโยชน์สาธารณะ โดยเนื้อแท้แล้ว มิใช่เป็นการรับฟังพยานหลักฐาน แต่เป็นดุลพินิจวินิจฉัย ส่วนการให้เหตุผลในข้อเท็จจริงและการให้เหตุผลในข้อกฎหมายเป็นการอธิบายความของการใช้ดุลพินิจวินิจฉัย

<sup>21</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2544, หน้า 179-183.

2 กรณี กรณีแรกข้อเท็จจริงที่มาจากคู่กรณีคือ ข้อเท็จจริงตามคำฟ้อง คำให้การ คำคัดค้านคำให้การ และคำให้การเพิ่มเติม กรณีที่สองข้อเท็จจริงที่มาจากการแสวงหาข้อเท็จจริงของตุลาการเจ้าของสำนวน และเมื่อตุลาการเจ้าของสำนวนเห็นว่าข้อเท็จจริงเพียงพอแล้วก็จะสรุปข้อเท็จจริงแล้วส่งให้คู่กรณีทราบล่วงหน้า ไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน และกำหนดวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก ในวันที่ตุลาการออกนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก คู่กรณีมีสิทธิยื่นคำแถลงรวมทั้งนำพยานหลักฐานมาสืบประกอบคำแถลงประเด็นข้อกฎหมายข้อเท็จจริงเพื่อยืนยันหรือหักล้างข้อเท็จจริงในวันนั่งพิจารณาคดี ตามแนวคำสั่งศาลปกครองสูงสุด หากคู่กรณีเห็นว่าข้อเท็จจริงที่ศาลปกครองได้สรุปสำนวนผิดพลาดจะต้องโต้แย้งในการแถลงการณ์วันนั่งพิจารณาคดี การที่คู่กรณีไม่ได้โต้แย้งในวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก แล้วจะโต้แย้งว่าศาลรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดในภายหลังไม่ได้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 191/2553) หากพิจารณาอย่างผิวเผินแล้วก็น่าจะเห็นว่า การรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดจะเกิดขึ้นได้เฉพาะขั้นตอนการสรุปข้อเท็จจริงของตุลาการเจ้าของสำนวนเท่านั้น แต่ความจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่ เพราะในชั้นการวินิจฉัยจัดทำคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่พิจารณาโดยองค์คณะ องค์คณะอาจจะพิจารณาเอกสารในสำนวนแล้วมีความเห็นในข้อเท็จจริงแตกต่างจากสรุปข้อเท็จจริงที่ตุลาการเจ้าของสำนวนได้สรุปไว้แล้วก็ได้ และองค์คณะอาจจะเห็นพิจารณาข้อเท็จจริงเพิ่มเติม นอกเหนือสรุปข้อเท็จจริงก็ได้ ฉะนั้นการรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดจึงอาจเกิดขึ้นในขั้นตอนการวินิจฉัยคดีโดยองค์คณะที่ปรากฏในส่วนการวินิจฉัยข้อเท็จจริงประกอบการให้เหตุผลในการตัดสินชี้ขาดคดีก็ได้

ถ้าคู่กรณีเห็นว่าสรุปข้อเท็จจริงของตุลาการเจ้าของสำนวนผิดพลาด ก็จะต้องโต้แย้งในการพิจารณาคดีครั้งแรก และในกรณีตุลาการองค์คณะรับฟังข้อเท็จจริงในการวินิจฉัยและทำคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น คู่กรณีก็ต้องโต้แย้งในการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่ง หากคู่กรณีไม่ได้โต้แย้งการรับข้อเท็จจริงในขั้นตอนดังกล่าวถือว่า คู่กรณียอมรับข้อเท็จจริงตามที่ตุลาการเจ้าของสำนวนได้สรุปข้อเท็จจริงหรือตามตุลาการองค์คณะรับฟังข้อเท็จจริงแล้วแต่กรณี จะมาโต้แย้งภายหลังว่า ศาลปกครองรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดหรือจะอ้างว่า มีข้อ



บกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม เพื่อขอให้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ไม่ได้ เพราะถือว่าเป็นความผิดของคู่กรณีเอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 119/2553)

### กรณีที่สอง มีพยานหลักฐานใหม่

พยานหลักฐานใหม่ หมายความว่า พยานหลักฐานที่เป็นข้อเท็จจริงที่มีอยู่ก่อนศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งเสร็จเด็ดขาดในคดี แต่คู่กรณีหรือศาลไม่ทราบถึงความมีอยู่ของหลักฐานนั้นที่จะนำเข้าสู่ในสำนวนคดี ซึ่งมีใช้ความผิดของคู่กรณี ส่วนพยานหลักฐานที่เกิดภายหลังศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งเสร็จเด็ดขาดในคดี แม้จะมีผลทำให้ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นยุติแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญไม่ถือว่าเป็นพยานหลักฐานใหม่ แต่ถือว่าเป็นกรณีข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญซึ่งทำให้ผลแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งขัดกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นซึ่งจะกล่าวต่อไป ดังนี้ ข้อเท็จจริงตามพยานหลักฐานใหม่จะต้องสามารถหักล้างพยานหลักฐานเดิมที่ศาลปกครองนำมาวินิจฉัยในคดีได้ หากไม่สามารถหักล้างพยานหลักฐานที่ศาลรับฟังแล้วให้เปลี่ยนแปลงไป ไม่อาจที่จะขอให้พิจารณาพิพากษาใหม่ได้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 276/2551)

ดังนั้น พยานหลักฐานใดที่มีอยู่ในสำนวนอยู่แล้ว แม้พยานหลักฐานนั้นศาลมิได้หยิบยกขึ้นมาพิจารณาวินิจฉัยก็ตาม ก็ไม่ถือว่าเป็นพยานหลักฐานใหม่ แต่เป็นเรื่องเป็นการใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานและเป็นการให้เหตุผลในการทำคำพิพากษา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 515/2551)

พยานหลักฐานใหม่นั้นจะต้องมีผลอันอาจทำให้ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นยุติแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ และต้องมีผลว่าหากรับตามพยานหลักฐานใหม่แล้วจะมีผลทำให้คำพิพากษาหรือคำสั่งเสร็จเด็ดขาดนั้นเปลี่ยนแปลงไปด้วย ดังนั้น ข้อเท็จจริงตามพยานหลักฐานใหม่จะต้องเป็นประเด็นข้อเท็จจริงเดียวกันเหตุผลที่ศาลปกครองได้พิจารณาวินิจฉัยในคดีด้วย แม้จะเป็นพยานหลักฐานแต่หากเป็นคนประเด็นเดียวกันก็ไม่ถือว่าเป็นพยานหลักฐานใหม่ที่มีผลอันอาจทำให้ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นยุติแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไป เช่น การอ้างคำพิพากษาศาลฎีกา แม้จะเป็นพยานหลักฐานใหม่ แต่ประเด็นที่ศาลฎีกาวินิจฉัยเป็น

คนละประเด็นกับประเด็นเหตุผลที่ศาลปกครองวินิจฉัย (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 158/2551) หรือในคดีฟ้องร้องการกระทำผิดวินัย แม้ในคดีอาญาในการกระทำเดียวกันศาลยุติธรรมในคดีอาญาจะพิพากษายกฟ้องหรือพนักงานอัยการได้มีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องผู้ฟ้องคดีแล้วก็ตาม แต่การพิจารณาความผิดวินัยมีหลักเกณฑ์คนละกรณีกับความผิดอาญา การที่ศาลในคดีอาญาพิพากษายกฟ้องหรือ พนักงานอัยการได้มีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องผู้ฟ้องคดีแล้ว คำพิพากษาในคดีอาญาถือว่าเป็นพยานหลักฐานใหม่ที่มีผลอันอาจทำให้ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นยุติแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไป (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 471/2551, 515/2551) พยานหลักฐานใหม่นั้นจะต้องเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังในข้อเท็จจริงเป็นยุติแล้ว ถ้าหากมีการโต้แย้งในข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพยานหลักฐานใหม่อยู่ เช่น จะต้องมีการพิสูจน์สิทธิ์ตามเอกสารหลักฐานที่อ้างในคำร้อง ไม่ถือว่าเป็นพยานหลักฐานใหม่ที่มีผลอันอาจทำให้ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นยุติแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไป (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 164/2551, ที่ 165/2551 และที่ 166/2551) และพยานหลักฐานใหม่จะต้องเป็นพยานหลักฐานที่ชอบด้วยกฎหมาย (ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสรีจที่ 1141/2547)

**1.3.2 คู่กรณีที่แท้จริงหรือบุคคลภายนอกนั้นมิได้เข้ามาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีหรือได้เข้ามาแล้วแต่ถูกตัดโอกาสโดยไม่เป็นธรรมในการมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา<sup>22</sup>**

เหตุที่จะขอให้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองใหม่ตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (2) แบ่งได้ 2 กรณีคือ กรณีแรก คู่กรณีที่แท้จริงหรือบุคคลภายนอกนั้นมิได้เข้ามาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี และกรณีที่สอง คู่กรณีที่แท้จริงหรือบุคคลภายนอกได้เข้ามาแล้วแต่ถูกตัดโอกาสโดยไม่เป็นธรรมในการมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

<sup>22</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การขอให้พิจารณาใหม่ตามมาตรา 54 วรรคหนึ่ง (2) บัญญัติทำนองเดียวกัน “คู่กรณีที่แท้จริงมิได้เข้ามาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครอง หรือได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาค้างก่อนแล้วแต่ถูกตัดโอกาสโดยไม่เป็นธรรมในการมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครอง”

## กรณีแรก คู่กรณีที่แท้จริงหรือบุคคลภายนอกนั้นมิได้เข้ามาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี

คำว่า คู่กรณีที่แท้จริง เป็นถ้อยคำทางกฎหมายที่คลุมเครือ ในทางวิชาการยังไม่สามารถหาคำจำกัดความที่เป็นแก่นและสาระสำคัญได้ หากจะให้ความหมาย คู่กรณีที่แท้จริง คือ บุคคลซึ่งโดยกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองแล้ว จะต้องเป็นคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง แต่มิได้เข้ามาเป็นคู่กรณี คู่กรณีที่แท้จริงจึงไม่ถือว่าเป็นบุคคลภายนอก แต่ในทางความหมายที่ถูกต้องควรถือคู่กรณีที่แท้จริง ก็คือ บุคคลภายนอกที่ควรจะเป็นคู่กรณีแต่ไม่เข้ามาเป็นคู่กรณีเช่นกัน การบัญญัติกฎหมายคำว่า “คู่กรณีที่แท้จริง” จึงเป็นถ้อยคำเกินความจำเป็นและทำให้เกิดปัญหาในการตีความ เพราะคำว่า คู่กรณีที่แท้จริงนี้อยู่รวมในความหมาย “บุคคลภายนอกนั้นมิได้เข้ามาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี” และเป็นถ้อยคำที่ราบรื่นเป็นเนื้อเดียวกันในบทบัญญัติในมาตราหนึ่งๆ เพราะมาตรา 75 วรรคหนึ่งใช้ถ้อยคำว่า “คู่กรณี” แต่ในวรรคหนึ่ง (2) ใช้ถ้อยคำว่า “คู่กรณีที่แท้จริง” ซึ่งทำให้สับสนจนอาจเข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลประเภทเดียวกัน ทั้งที่เป็นบุคคลคนละประเภท กล่าวคือ ถ้อยคำ “คู่กรณี” คือบุคคลที่อยู่ในกระบวนการพิจารณาคดีปกครอง แต่ “คู่กรณีที่แท้จริง” คือ บุคคลภายนอกที่ไม่ได้เข้าเป็นคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาคดีปกครอง

การที่จะอ้างเป็นบุคคลภายนอกนั้นมิได้เข้ามาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี หรือได้เข้ามาแล้วแต่ถูกตัดโอกาสโดยไม่เป็นธรรมในการมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เพื่อขอให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ จะต้องเป็นกรณีคู่กรณีหรือบุคคลภายนอกไม่มีส่วนผิดในกระบวนการพิจารณาที่ตนเองไม่เข้ามาเป็นคู่กรณีหรือในกระบวนการพิจารณาที่อ้างว่าถูกตัดโอกาสโดยไม่เป็นธรรม เช่น ผู้ร้องมิได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีเนื่องจากความผิดของผู้ร้องเอง การที่ผู้ร้องทั้งสิบได้รับหมายแจ้งคำสั่งศาลโดยชอบเกี่ยวกับการเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามกฎหมายในผลแห่งคดี และมีสิทธิที่จะร้องเข้ามาในคดีได้ แต่มิได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีอันเกิดจากความผิดของผู้ร้องทั้งสิบเอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 359/2552)

บุคคลภายนอกนั้นมิได้เข้ามาในการดำเนินการกระบวนพิจารณาคดี เหตุที่มีได้เข้ามาในการการดำเนินการกระบวนพิจารณาคดีจะต้องมิใช่เกิดจากความผิดของบุคคลภายนอกนั้น และบุคคลภายนอกจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรืออาจถูกกระทบจากผลคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยโดยตรง

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 36/2547** ผู้ร้องขอให้พิจารณาใหม่เป็นเจ้าอาวาสวัดอจาโรรังสีที่ตั้งอยู่ในที่ดินสาธารณะป่าช้าบ้านคำข่า ซึ่งเป็นที่ดินแปลงพิพาท โดยวัดดังกล่าวเป็นผู้ใช้ประโยชน์ที่ดินแปลงพิพาทและเป็นบุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียหรืออาจกระทบจากผลแห่งคดีตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น แต่มิได้เข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการกระบวนพิจารณาคดีโดยมิใช่ความผิดของผู้ร้อง ตามนัยมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (2) และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นอกจากนี้ หากวัดอจาโรรังสีได้รับอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ที่สาธารณประโยชน์ดังกล่าวอาจทำให้ข้อเท็จจริงที่รับฟังเป็นยุติแล้วเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (4) และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว กรณีจึงมีเหตุที่จะพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีนี้ใหม่ตามคำขอของผู้ร้อง

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 146/2551** กรณีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของนายกเทศมนตรีตำบลปราณบุรีที่แจ้งให้ผู้ฟ้องคดียื่นคำขอรับใบอนุญาตตัดแปลงอาคารและรื้อถอนอาคาร คำสั่งห้ามมิให้ใช้หรือเข้าไปในส่วนใดๆ ของอาคารดังกล่าว และคำวินิจฉัยยกอุทธรณ์ของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ นั้น เมื่อคำสั่งของนายกเทศมนตรีและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ดังกล่าวเป็นการดำเนินการตามผลแห่งคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลปกครองชั้นต้นในอีกคดีหนึ่งซึ่งผู้ฟ้องคดีมิได้เป็นคู่กรณี ซึ่งศาลพิพากษาให้เพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างอาคารของผู้ฟ้องคดี การที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าว จึงมิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แต่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการบังคับตามคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาลปกครองชั้นต้นในคดีดังกล่าว จึงถือได้ว่าคำฟ้องคดีนี้ที่แท้จริงแล้วเป็นคำขอให้

ศาลปกครองพิจารณาคดีใหม่ หากบุคคลนั้นมิได้เข้ามาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีดังกล่าว เนื่องจากไม่ทราบว่ามีการฟ้องคดีและศาลปกครองก็มีคำสั่งให้เข้ามาเป็นคู่กรณีในคดีด้วยการร้องสอดยอมนีสิทธิยื่นคำขอให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวใหม่ได้ตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 338/2552** หากศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า กระบวนการไต่สวนของอนุกรรมการไต่สวนไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ก็ควรที่จะได้ตรวจสอบบันทึกคำให้การของผู้ถูกกล่าวหาหรือพยานที่ดำเนินการโดยสำนักงาน ป.ป.ช. การที่ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาโดยสรุปว่าบันทึกคำให้การดังกล่าวตรงกับเอกสารรายงานการไต่สวนข้อเท็จจริงหรือจากการนำส่งของผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 โดยมีได้รับฟังพยานหลักฐานโดยตรงจากผู้ร้อง (คณะกรรมการ ป.ป.ช.) อาจมีผลทำให้การรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดได้ ประกอบกับเมื่อจะวินิจฉัยว่าผู้ร้องข่มขู่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็สมควรอย่างยิ่งที่จะต้องตรวจสอบพยานและเอกสารหลักฐานจากผู้ร้องเป็นสำคัญด้วย ผู้ร้องซึ่งเป็นบุคคลภายนอกมิได้เข้ามาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือได้เข้ามาแล้ว แต่ถูกตัดโอกาสโดยไม่เป็นธรรมในการมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา หรือมีข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม ตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (1) (2) และ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ผู้ร้องจึงเป็นผู้มีสิทธิขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดี หรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองใหม่ได้

ด้วยความเคารพต่อคำสั่งศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว ผู้เขียนไม่เห็นฟ้องด้วยคำสั่งศาลปกครองสูงสุดนี้ เนื่องจากในกระบวนการเตรียมจัดทำคำสั่งทางปกครอง ซึ่งถือว่าเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ไม่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง คณะอนุกรรมการไต่สวนจึงเพียงแต่เจ้าหน้าที่เตรียมการ ไม่ถือว่าเป็นบุคคลภายนอก และไม่ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจากคำพิพากษา หากยอมรับเจ้าหน้าที่ผู้เตรียมการในกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองยื่นคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ในฐานะ

บุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำพิพากษาแล้ว ย่อมเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ของเตรียมออกคำสั่งทางปกครองยื่นคำร้องขอให้พิจารณาใหม่เกือบทุกกรณีที่เจ้าหน้าที่อยู่ออกคำสั่งแพ้คดี ทั้งที่ หากในข้ออ้างของผู้ฟ้องคดีว่า กระบวนการเตรียมออกคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุหนึ่งเหตุใด เจ้าหน้าที่ผู้เตรียมการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมาสามารถที่จะให้ข้อมูลและจัดเตรียมให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทำคำให้การโต้แย้งต่อศาลปกครองได้ ดังนี้ เจ้าหน้าที่ผู้จัดเตรียมออกคำสั่งจึงเป็นส่วนหนึ่งของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งจึงมีฐานะเป็นคู่กรณีด้วย มิใช่เป็นบุคคลภายนอกแต่อย่างใด

จากการศึกษาคำสั่งศาลปกครองสูงสุดเท่าที่เผยแพร่พบว่า เหตุที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งให้พิจารณาคดีใหม่ได้มีเฉพาะเหตุการณ์คู่กรณีที่แท้จริงหรือบุคคลภายนอกนั้นมิได้เข้ามาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเท่านั้น ส่วนเหตุอื่นตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (1) (2) และ (4) ยังไม่พบว่า ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งให้พิจารณาคดีใหม่

**กรณีที่สอง คู่กรณีที่แท้จริงหรือบุคคลภายนอกได้เข้ามาแล้วแต่ถูกตัดโอกาสโดยไม่เป็นธรรมในการมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา**

คู่กรณีที่แท้จริงหรือบุคคลภายนอกได้เข้ามาแล้วแต่ถูกตัดโอกาสโดยไม่เป็นธรรมในการมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ในความหมายที่ถูกต้องแล้ว บุคคลหรือผู้ร้องที่จะผู้เหตุนี้ มิใช่เป็นบุคคลภายนอก (รวมถึงคู่กรณีที่แท้จริงด้วย) เพราะบุคคลที่เข้าได้มาในกระบวนการพิจารณาคดีปกครองแล้วถือว่าเป็น “คู่กรณี” ทั้งสิ้น<sup>23</sup>

การจะอ้างว่า คู่กรณีถูกตัดโอกาสโดยไม่เป็นธรรมในการมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้นั้น จะต้องเป็นการถูกตัดโอกาสที่มีขึ้นเกิดจากการกระทำของคู่กรณีเอง การกระทำของคู่กรณี หมายถึง การกระทำที่เกิดจากการ

<sup>23</sup> ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ คำนิยาม “คู่กรณี” ความรวมถึงบุคคล หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเข้ามาเป็นคู่กรณีด้วยการร้องสอดไม่ว่าจะโดยความสมัครใจเองหรือโดยถูกคำสั่งศาลปกครองเรียกเข้ามาในคดีด้วย

จงใจหรือประมาทเลินเล่อของคู่กรณีหรือตัวแทนของคู่กรณี ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะเกิดจากความเข้าใจผิด ไม่รู้ข้อกฎหมายหรือสับสนเกี่ยวกับระเบียบวิธีพิจารณาคดีก็ตาม เช่น จะอ้างว่าหลงลืมไม่ได้ การให้ขอพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ เพราะได้เข้ามาแล้วแต่ถูกตัดโอกาสโดยไม่เป็นธรรมในการมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา หมายถึง การถูกตัดโอกาสโดยไม่เป็นธรรมจากกระบวนการพิจารณาที่เกิดจากการกระทำของศาลปกครองเอง (รวมถึงการกระทำของหน่วยงานธุรการของศาลปกครองด้วย) เช่น คู่กรณีขอให้ศาลเรียกพยานหลักฐานสำคัญเข้ามาในคดี แต่ศาลปกครองไม่เรียกพยานหลักฐานดังกล่าว ถ้าพยานหลักฐานดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาคดีจะให้อรรถเจตจำนงในคำพิพากษาเปลี่ยนแปลงไป หรือ ศาลได้มีหมายเรียกพยานหลักฐานเข้าในสำนวนแล้ว แต่หน่วยงานธุรการไม่ได้นำพยานหลักฐานเข้าไปในสำนวนเพื่อเสนอต่อศาล เป็นต้น แต่ต้องไม่ใช่กรณีที่ศาลปกครองหรือตุลาการเจ้าของสำนวนใช้ดุลพินิจในการแสวงหาข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่า เป็นกรณีที่สมควรเรียกพยานหลักฐานเข้ามาสู่สำนวนคดี

### 1.3.3 กรณีมีข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม<sup>24</sup>

เมื่อพิจารณาประกอบเหตุในการอ้างพิจารณาใหม่ตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (1) กรณีศาลปกครองรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด หากจะตีความโดยมุ่งหมายถึงเจตนารมณ์ในนิติสมบัตินิติที่กฎหมายต้องการแล้ว “กรณีมีข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม” เหตุที่ศาลปกครองรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกรณีมีข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรมด้วย เพราะถ้ามีการรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดก็ถือเป็นกรณีมีข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณา แต่ข้อข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาที่มีความหมายกว้างกว่าการรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด ดังนั้น ในการพิจารณาคำร้องขอให้พิจารณาใหม่

<sup>24</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การขอให้พิจารณาใหม่ตามมาตรา 54 วรรคหนึ่ง (1)ถึง(4) ไม่ได้บัญญัติเหตุนี้ไว้

ศาลปกครองมักจะวินิจฉัยกรณีเหตุศาลปกครองรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดไปพร้อมกับข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรมไปด้วยกัน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 635/2551)

ข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม มีหมายความว่าทำนองเดียวกับ กรณีที่คู่กรณีถูกตัดโอกาสโดยไม่เป็นธรรมในการมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ คือ ข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาพิพากษาจะต้องเป็นการถูกตัดโอกาสที่มีใช้เกิดจากการกระทำของคู่กรณีเอง และข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาพิพากษาเกิดจากการกระทำของศาลปกครองเอง

ข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาคดี ได้แก่ ข้อบกพร่องอันเกิดขึ้นในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องการแสวงหาข้อเท็จจริง การรับฟังพยานหลักฐาน การสรุปสำนวนของตุลาการเจ้าของสำนวนตลอดจนการนั่งพิจารณาคดี และการพิพากษาคดีของศาล แต่ข้อบกพร่องอันจะเป็นเหตุให้มีการขอให้พิจารณาพิพากษา หรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองใหม่ได้นั้น จะต้องเป็นข้อบกพร่องสำคัญอันมีผลต่อคำวินิจฉัยของศาล เช่น เมื่อตุลาการเจ้าของสำนวนมีคำสั่งรับคำฟ้องแล้ว เห็นว่าคดีดังกล่าวสามารถจะวินิจฉัยชี้ขาดได้จากข้อเท็จจริงในคำฟ้องโดยไม่ต้องดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงต่อไป ซึ่งตุลาการผู้แถลงคดีปกครองก็ได้ทำคำแถลงการณ์ไปตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสรุปสำนวนของตุลาการเจ้าของสำนวนและองค์คณะก็ได้คำพิพากษาไปโดยอาศัยข้อเท็จจริงในคำฟ้องเท่านั้น ซึ่งหากตุลาการเจ้าของสำนวนดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงต่อไปให้ครบชั้นตอนตามที่ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ได้กำหนดไว้แล้วก็จะได้ข้อเท็จจริงเพิ่มเติมอันจะมีผลทำให้คำวินิจฉัยของศาลเปลี่ยนแปลงไป<sup>25</sup>

<sup>25</sup> อ้อพล เจริญชีวินทร์, คำอธิบายการฟ้องและการดำเนินคดีในศาลปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2551, หน้า 582.



กรณีเหตุมีตุลาการองค์คณะคนใดคนหนึ่งมีเหตุที่จะถูกคัดค้านตามมาตรา 63 ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 หรือมีเหตุอื่นใดที่มีสภาพร้ายแรงที่ทำให้กระทบต่อความเป็นกลาง แต่คู่กรณีมิได้คัดค้าน เพราะมิใช่ความผิดของคู่กรณี แต่ได้รู้ในภายหลัง ดังนี้ถือว่าเป็น ข้อบกพร่องสำคัญ ในกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรมได้ แต่ถ้าคู่กรณีรู้ อยู่แล้วในขณะที่พิจารณาคดีเดิม ผู้ร้องจะต้องใช้สิทธิคัดค้านในการพิจารณาคดีเดิมนั้น จะอ้างเพื่อขอให้พิจารณาพิพากษาคดีใหม่ไม่ได้ ถือว่าเป็นการล่วงเลยระยะเวลาการคัดค้านตุลาการ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 441/2551) แต่การแสวงหาข้อเท็จจริงของศาลแม้คู่กรณีจะอ้างพยานหลักฐานใดแต่หากศาลเห็นว่าไม่จำเป็นแก่คดี ศาลก็มีดุลพินิจไม่เรียกพยานหลักฐานดังกล่าวได้ตามข้อ 5 วรรคหนึ่ง และข้อ 51 วรรคหนึ่ง แห่งระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ดังนั้น การที่ศาลไม่ดำเนินการเรียกพยานมาไต่สวนเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงตามคำขอของผู้ฟ้องคดีก็ เพราะศาลเห็นแล้วว่า พยานหลักฐานดังกล่าวไม่ทำให้ผลของคดีเปลี่ยนแปลงไป และไม่จำเป็นแก่คดี และเป็นดุลพินิจของศาลในการแสวงหาข้อเท็จจริงตามความเหมาะสม การที่ศาลไม่ดำเนินการตามคำขอของผู้ฟ้องคดีไม่เป็นข้อบกพร่องสำคัญ ในกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 441/2551) ข้ออ้างว่า คำพิพากษาของศาลปกครองคลาดเคลื่อนต่อความเป็นจริง และไม่เป็นธรรม เมื่อเปรียบกับคำพิพากษาในคดีอื่นที่ในข้อพิพาททำนองกัน ไม่ถือว่ากรณีมีข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 362/2552)<sup>26</sup> ทั้งนี้ เพราะข้อเท็จจริงและการอ้างเป็นแห่งคดีแตกต่างกัน หรืออ้างว่า ศาลพิจารณาพยานหลักฐานและเอกสารในสำนวนไม่ครบถ้วน ไม่ถือว่าเป็นกรณีให้ศาลฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด หรือมีข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม (คำสั่งทางปกครองสูงสุดที่ 693/2552) ทั้งนี้ เพราะการพิจารณาพยานหลักฐานในสำนวนคดีเป็นดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานของศาลปกครอง หรืออ้างว่า คำพิพากษาของศาลปกครองที่เสร็จเด็ดขาดนั้นขัดต่อกฎหมาย หรือไม่มี

<sup>26</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 363/2552, 397/2552 และ 418/2552 วินิจฉัยทำนองเดียวกัน

กฎหมายที่จะให้อำนาจศาลปกครองพิพากษาได้ ไม่ถือว่ากรณีมีข้อบกพร่องสำคัญ ในกระบวนการพิจารณาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม (คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 25/2553) ข้ออ้างที่เป็นการโต้แย้งดุลพินิจของศาลปกครองสูงสุดในการวินิจฉัย คดี ไม่เป็นเหตุขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 291/2552)

**1.3.4 คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ทำขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริง หรือข้อกฎหมายใดและต่อมาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญซึ่งทำให้ผลแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งขัดกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น<sup>27</sup>**

กรณีเหตุที่จะขอให้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองใหม่ตาม เหตุมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (4) เป็นเหตุที่แตกต่างจากเหตุตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (1) ถึง (3) ในแง่ของมูลเหตุ เวลาที่เกิดเหตุ กล่าวคือ เหตุตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (1) ถึง (3) เป็นเหตุที่เกิดระหว่างการพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาด ซึ่งมูลเหตุ นั้นจะเกิดจากการกระทำของศาลปกครองเป็นหลักเว้นแต่มูลเหตุกรณีพยาน หลักฐานที่มีได้เกิดจากการกระทำของศาลปกครอง แต่เป็นกรณีที่เหตุแห่งความ ยุติธรรมที่พยานหลักฐานเกิดขึ้นในระหว่างพิจารณาแต่ คู่กรณีหรือศาลไม่อาจ ค้นพบที่จะนำเสนอสู่สำนวนคดีในขณะนั้น ในการพิจารณาเหตุตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (1) ถึง (3) จึงต้องดูเหตุดังกล่าวมิได้เกิดเพราะคู่กรณีหรือบุคคลภายนอก ผู้ร้องนั้น มีส่วนผิดด้วย แต่เหตุตามกรณีมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (4) เหตุที่เกิด หลังจากศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดเสร็จเด็ดขาดแล้ว ภายหลังต่อมา ข้อเท็จจริง หรือข้อกฎหมายอันเป็นฐานของมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดเสร็จ เด็ดขาดนั้นเปลี่ยนแปลงไป ถึงขนาดที่จะทำให้มีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดเสร็จ เด็ดขาดเดิม ขัดกับกฎหมายในขณะนั้น เหตุข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ เปลี่ยนแปลงไปจึงไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคู่กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้ร้อง จึงไม่ต้อง

<sup>27</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การขอให้พิจารณาใหม่ตาม มาตรา 54 วรรคหนึ่ง (4) บัญญัติว่า “ถ้าคำสั่งทางปกครองได้ออกโดยอาศัยข้อเท็จจริงหรือ ข้อกฎหมายใดและต่อมาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญทาง ที่จะประโยชน์แก่คู่กรณี”

พิจารณาว่าคู่กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้ร้องมีส่วนผิดหรือไม่ ดังจะกล่าวในรายละเอียดประเด็นในหัวข้อ 1.4

ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ศาลอาศัยเป็นเหตุของคำพิพากษานั้น แม้ในขณะที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งจะเป็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่มีที่มา ขอบด้วยกฎหมายก็ตาม<sup>28</sup> แต่หากต่อมาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลง ไปในสาระสำคัญ ซึ่งทำให้ผลแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งขัดกับกฎหมายที่ใช้บังคับ ในปัจจุบัน ก็มีสิทธิที่จะยื่นคำร้องขอให้พิจารณาใหม่ได้ แต่ในขณะที่มีข้อเท็จจริง หรือกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปนั้นไป หากมิได้มีการยื่นคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ ก็ไม่ทำให้คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดที่เสร็จเด็ดขาดไปแล้ว กลับกลายเป็น คำพิพากษาหรือคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไป

ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญซึ่งทำให้ ผลแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งขัดกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น หมายความว่า ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญต้องถึงขนาด ทำให้ ถ้าหากมีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่อ้างตามคำร้องขอในขณะศาลทำ คำพิพากษาหรือคำสั่ง ศาลปกครองจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งในผลที่เปลี่ยนแปลง คำพิพากษาหรือคำสั่งเดิม (เป็นหลักการทดสอบในทางภาวะวิสัย คือ เอาข้อเท็จจริง หรือกฎหมายในปัจจุบันไปเปรียบเทียบกับข้อกฎหมายหรือกฎหมายในขณะที่มี คำพิพากษาหรือมีคำสั่ง)

ข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไปนี้ หมายถึง ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วมีการ รับรู้ถึงมืออยู่และสามารถทดสอบถึงผลของข้อเท็จจริงได้ตลอดไป มิใช่ข้อเท็จจริงที่ เกิดขึ้นด้วยการวัดผลเพียงครั้งเดียว ไม่อาจที่จะทดสอบได้ในครั้งอื่นๆ เช่น การ ทดสอบความรู้ หรือ การสัมภาษณ์ประเมินผล เป็นต้น รวมถึงพยานหลักฐานที่ศาล รับฟังข้อเท็จจริงเป็นยุติ หากต่อได้มีการพิสูจน์ในภายหลังว่า เป็นพยานหลักฐาน เป็นเท็จ ถือว่าเป็นกรณีข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปด้วย

<sup>28</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, กรุงเทพฯ : จีระการพิมพ์, 2540. หน้า 326-237.

ข้อกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไป หมายถึง กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และกฎของฝ่ายปกครอง เท่านั้น ไม่รวมถึงระเบียบกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่ใช้บังคับภายในในฝ่ายปกครอง และไม่ได้หมายถึงคำพิพากษาของศาล แม้ว่าองค์กรฝ่ายปกครองจะได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงระเบียบภายใน หรือศาลจะได้เปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษา ก็ไม่ถือว่ากฎหมายเปลี่ยนแปลงไป<sup>29</sup> รวมทั้งกรณีศาลปกครองเปลี่ยนแปลงแนววินิจฉัยในการตีความเอกสาร การตีความสัญญา การตีความกฎหมาย การปรับบทกฎหมาย การให้เหตุผลในการทำคำพิพากษา การชี้แจงน้ำหนักประโยชน์เอกชนกับประโยชน์สาธารณะ ไม่ถือว่าเป็นกรณีข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป

กฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไป จะต้องเป็นกฎหมายที่ย้อนหลังได้เท่านั้น ในกรณีที่กฎหมายออกมาใหม่ที่มีลักษณะเป็นโทษหรือเป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องเสียประโยชน์ กฎหมายดังกล่าวไม่มีผลย้อนหลัง จะถือเอาเหตุกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปมาเป็นเหตุที่จะขอให้ศาลปกครองพิจารณาคดีใหม่ไม่ได้ ตัวอย่างเช่น ในกรณีการกำหนดค่าทดแทนเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 21 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 บัญญัติให้กำหนดค่าทดแทนโดยคำนึงถึง (1) ราคาที่ซื้อขายกันตามปกติในท้องตลาดของอสังหาริมทรัพย์ที่จะต้องเวนคืนตามที่เป็นอยู่ในวันใช้บังคับพระราชกฤษฎีกา (2) ราคาของอสังหาริมทรัพย์ที่มีการตีราคาไว้เพื่อประโยชน์แก่การเสียภาษีบำรุงท้องที่ (3) ราคาประเมินทุนทรัพย์เพื่อเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม (4) สภาพและที่ตั้งของอสังหาริมทรัพย์นั้น และ (5) เหตุและวัตถุประสงค์ของการเวนคืน ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ถูกเวนคืนและสังคม โดยจะต้องพิจารณาประกอบกันทั้งหมด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 100/2553) หากต่อมาฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายใหม่ ยกเลิก มาตรา 21 วรรคหนึ่ง (1) (2) (4) (5) บัญญัติให้การกำหนดค่าทดแทนให้ถือเอาราคาประเมินทุนทรัพย์เพื่อเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเพียง

<sup>29</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2549. หน้า 236.

อย่างเดียว ดังนี้ถ้าคดีมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดให้ฝ่ายปกครองใช้เงินค่าทดแทน เว้นคืนเพิ่มเติมโดยศาลอาศัยฐานข้อกฎหมายมาตรา 21 วรรคหนึ่ง (1) ถึง (5) ฝ่ายปกครองจะขอให้พิจารณาใหม่โดยอ้างเหตุข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไม่ได้ เพราะข้อกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นไม่มีผลย้อนหลัง เป็นต้น ข้อกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปโดยไม่มีผลย้อนหลัง รวมถึง “กฎ” ที่ฝ่ายปกครองออกมาใหม่ที่มีลักษณะเป็นโทษหรือเป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องเสียประโยชน์ด้วย แต่ถ้ากรณีฟ้องคดี วิชาชีพลงโทษผู้ประกอบวิชาชีพให้เพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ ผู้ฟ้องคดี ได้ฟ้องต่อศาลปกครอง ขอให้เพิกถอนคำสั่ง และศาลมีคำพิพากษายกฟ้อง ต่อมา มีกฎหมายเปลี่ยนแปลงโทษ ทางจรรยาบรรณวิชาชีพ โดยยกเลิกโทษเพิกถอน ใบอนุญาต ให้เปลี่ยนเป็นพักใช้ใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเป็นเวลา 5 ปี แทน กรณีนี้จึงจะถือว่า เป็นกรณีข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มี ผลย้อนหลังได้ เป็นเหตุที่จะขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้<sup>30</sup>

คำว่า “ขัดกับกฎหมายที่ใช้บังคับขณะนั้น” แยกพิจารณาได้ 2 กรณี คือ กรณีข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไป กฎหมายที่ใช้บังคับขณะนั้น หมายถึง กฎหมาย ในขณะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดเสร็จเด็ดขาด คือ การมีข้อเท็จจริงใหม่ที่เป็น ฐานของการวินิจฉัยคดีจะทำให้ผลแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งขัดกับกฎหมาย ที่ใช้บังคับในขณะเวลาที่ มีคำสั่งพิพากษาหรือคำสั่ง กรณี กฎหมายเปลี่ยนแปลงไป กฎหมายที่ใช้บังคับขณะนั้น หมายถึง กฎหมายในขณะยื่นคำร้องขอให้พิจารณาคดี ใหม่ คือ คำวินิจฉัยโดยอาศัยฐานกฎหมายในขณะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดเสร็จ เด็ดขาด บัดนี้ขณะยื่นคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ คำวินิจฉัยโดยอาศัยฐาน กฎหมายในขณะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดเสร็จเด็ดขาดไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต่อไป

<sup>30</sup> แต่ในกรณีนี้ ผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งขอให้พิจารณาใหม่ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จะคำร้องขอต่อศาลปกครองเพื่อขอให้พิจารณาคดีใหม่โดยให้ศาลปกครองเปลี่ยนแปลงคำสั่งของฝ่ายปกครองมิได้ เพราะเป็นการ ร้องขอให้ศาลปกครองก้าวล่วงไปจัดการการดำเนินงานของฝ่ายบริหารเสียเอง อันขัดแย้ง กับหลักแบ่งแยกอำนาจ

กรณีเหตุคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ทำขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใดและต่อมาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญซึ่งทำให้ผลแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งขัดกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น จากการศึกษาคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่เผยแพร่ ยังไม่พบการยื่นขอให้พิจารณาคดีใหม่ด้วยเหตุนี้

#### 1.4 คู่กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้ร้องจะต้องไม่ทราบถึงเหตุนั้นในการพิจารณาคดีครั้งที่แล้วมา โดยไม่ใช่ความผิดของผู้นั้น

ในกรณีที่มีเหตุคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ทำขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใดและต่อมาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญซึ่งทำให้ผลแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งขัดกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น จะถือเอาคู่กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้ร้องจะต้องไม่ทราบถึงเหตุนั้นในการพิจารณาคดีครั้งที่แล้วมา โดยไม่ใช่ความผิดของผู้นั้นเป็นหลักเกณฑ์ด้วยหรือไม่ หากตีความตามตัวอักษรแล้ว หลักเกณฑ์ข้อนี้บัญญัติในวรรคสอง และตามวรรคสองบัญญัติว่า “การยื่นคำขอตามวรรคหนึ่ง...” ซึ่งรวมถึงทุกเหตุตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (1) ถึง (4) ทั้งหมด กรณีที่อ้างเหตุคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ทำขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใดและต่อมาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญซึ่งทำให้ผลแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งขัดกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น จึงต้องพิจารณาความผิดของผู้ร้องด้วย แต่ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์กฎหมายแล้ว เหตุที่จะขอให้พิจารณาคดีใหม่ตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (1) ถึง (3) เป็นที่เกิดขึ้นระหว่างการพิจารณาจนถึงวันที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งเสร็จเด็ดขาด แต่เหตุตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (4) เป็นเหตุที่เกิดขึ้นภายหลังวันที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งเสร็จเด็ดขาดแล้ว ตามมาตรา 75 วรรคสอง บัญญัติว่า “ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคู่กรณีหรือบุคคลภายนอกไม่ทราบถึงเหตุนั้นในการพิจารณาคดีครั้งที่แล้วมา โดยไม่ใช่ความผิดของผู้นั้น” การที่จะทราบถึงเหตุนั้นในการพิจารณาคดีครั้งที่แล้วมา คือ จะเป็นเหตุที่เกิดขึ้นในระหว่างการพิจารณาคดีเท่านั้น เฉพาะโดยธรรมชาติของข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใดและต่อมาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปที่เกิดขึ้น

ภายหลังมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเสร็จเด็ดขาด ผู้ร้องจึงไม่อาจที่จะทราบถึงเหตุในระหว่างพิจารณาคดีได้ และข้อกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นก็เกิดขึ้นโดยการตราของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารบัญญัติ และองค์กรบัญญัติ สภาพการณ์ของระบบการตรากฎหมายดังกล่าว คู่กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้ร้องย่อมไม่มีร่วมในการกระทำคามผิดแน่นอน ดังนั้น ความในมาตรา 75 วรรคสอง จึงไม่รวมถึงเหตุตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (4) ด้วย

การไม่ทราบถึงเหตุนั้นในการพิจารณาครั้งที่แล้วมา โดยไม่ใช่ความผิดของคู่กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้ร้องนั้น กรณีที่ถือว่าเป็นความผิดของผู้ร้อง จะเกิดจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ได้ การอ้างว่าเหตุที่ทราบถึงเหตุตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (1) ถึง (3) จะเกิดจากผู้ร้องหลงลืมก็ดี สับสนก็ดี เข้าใจผิดก็ดี ไม่มีความรู้ข้อกฎหมายก็ดี เป็นเหตุอ้างไม่ได้ หรือ จะอ้างอยู่ระหว่างหลบหมายจับในคดีอาญาทำให้ไม่ทราบเหตุก็ได้เช่นกัน<sup>31</sup> ความผิดของผู้ร้อง รวมถึงความผิดของตัวแทนผู้ร้องด้วย เช่น ความผิดของผู้รับมอบอำนาจคู่กรณี หรือ ความผิดของบุคคลที่อยู่รอบครวัของคู่กรณีที่ได้รับหมายจากศาลปกครองแล้วไม่นำหมายหรือหนังสือของศาลให้แก่คู่กรณีทราบ ทำให้คู่กรณีเสียสิทธิในโต้แย้งคำฟ้อง คำให้การ หรือเสียสิทธิทำคำชี้แจง<sup>32</sup> เป็นต้น ดังนี้ การไม่ทราบถึงเหตุในการพิจารณาครั้งที่แล้วมา โดยไม่ใช่ความผิดของคู่กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้ร้อง จึงต้องเป็นการไม่ทราบที่เกิดจากพฤติการณ์อื่นนอกเหนือจากการกระทำของผู้ร้องหรือผู้ร้องมีส่วนร่วมด้วย

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 359/2552 ผู้ร้องมิได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีเนื่องจากความผิดของผู้ร้องเองการที่ผู้ร้องทั้งสิบได้รับหมายแจ้งคำสั่งศาลโดยชอบเกี่ยวกับการเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามกฎหมายในผลแห่งคดี และมีสิทธิที่จะร้องเข้ามาในคดีได้ แต่มิได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีอันเกิดจากความผิดของผู้ร้องทั้งสิบเอง จึงไม่อยู่ในบังคับของเงื่อนไขในการขอให้พิจารณาคดีใหม่ตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

<sup>31</sup> เทียบตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5050/2539

<sup>32</sup> เทียบตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6500/2542

1.5 จะต้องยื่นคำร้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ยื่นได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุซึ่งอาจขอให้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ได้แต่ไม่เกินห้าปีนับแต่ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาด

มาตรา 75 วรรคสาม บัญญัติว่า “การยื่นคำขอให้พิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งใหม่ต้องกระทำภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ยื่นได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุซึ่งอาจขอให้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ได้ แต่ไม่เกินห้าปีนับแต่ศาลปกครองได้มีคำสั่งพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาด”

ระยะเวลาการยื่นคำขอให้พิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งใหม่ต้องกระทำภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ยื่นได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุซึ่งอาจขอให้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ได้ แต่ไม่เกินห้าปีนับแต่ศาลปกครองได้มีคำสั่งพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาด ความหมายว่า จะต้องยื่นขอพิจารณาคดีใหม่ภายใน 90 วัน นับแต่วันที่รู้เหตุหรือควรรู้ถึงเหตุขอพิจารณาคดีใหม่ แต่จะต้องไม่เกิน 5 ปี นับแต่ศาลปกครองได้มีคำสั่งพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาด หากเกินระยะเวลา 5 ปี นับแต่ศาลปกครองได้มีคำสั่งพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดแล้ว แม้จะเพิ่งรู้เหตุ และยื่นคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ภายในระยะเวลา 90 วันนับแต่วันรู้เหตุ ก็ถือว่าเป็นเกินระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้ยื่นขอให้พิจารณาใหม่ กล่าวคือ ไม่ว่าจะกรณีใดๆ ห้ามยื่นคำร้องขอให้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่เมื่อพ้นกำหนดห้าปีนับแต่ศาลปกครองได้มีคำสั่งพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาด

การนับวันที่รู้เหตุหรือควรรู้ถึงเหตุที่จะขอให้พิจารณาคดีใหม่ ภายในระยะเวลาเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ยื่นได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุขอให้พิจารณาคดีใหม่นั้น จะต้องนับแต่เมื่อรู้ระหว่างการพิจารณาหรือรู้ภายหลังเมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดเสร็จเด็ดขาดแล้ว

ในกรณีที่ผู้ร้องอ้างมีกรณีเหตุขอให้พิจารณาใหม่และผู้ร้องรู้ในระหว่างพิจารณาคดี<sup>33</sup> ในกรณีที่ผู้ร้องเป็นคู่กรณีระหว่างพิจารณาคดีจะต้องใช้ช่องทาง

<sup>33</sup> การรู้เหตุขอให้พิจารณาใหม่ในระหว่างพิจารณาคดีคือ เหตุตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (1) ถึง (3) เท่านั้น ไม่รวมถึงเหตุตาม (4) ที่เกิดขึ้นภายหลังการพิจารณาคดี ดังที่กล่าวมาแล้ว



การพิจารณาผิดระเบียบตามระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ข้อ 7 ได้หรือกรณีที่พยานหลักฐานใหม่ก็ยื่นพยานหลักฐานใหม่เข้ามาในคดีระหว่างพิจารณาได้ ในกรณีที่ผู้ร้องเป็นบุคคลภายนอก ผู้ร้องจะต้องใช้ช่องทางการร้องสอดเข้าในคดีตาม ระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ข้อ 78 เพื่อเสนอพยานหลักฐานใหม่หรือขอให้ศาลเพิกถอนการผิดระเบียบได้ หากคู่กรณีไม่ร้องขอให้เพิกถอนการพิจารณาผิดระเบียบหรือไม่เสนอพยานหลักฐานใหม่ที่ตนทราบหรือคู่กรณีไม่ร้องสอดเข้าในคดี ก็ถือว่าเป็นความผิดของผู้ร้อง โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาเรื่องกำหนดระยะเวลา แม้จะยื่นภายในกำหนดระยะเวลาก็ตาม ผู้ร้องจะมายื่นขอให้พิจารณาคดีใหม่ภายหลังศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดแล้วไม่ได้ แต่มีกรณีนี้มีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่น่าสนใจคือ

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 378/2551** เมื่อศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีออกโฉนดที่ดินให้แก่ผู้ฟ้องคดี ผู้ร้องขอพิจารณาคดีใหม่ได้รู้ถึงคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นแล้ว โดยเห็นว่าตนเป็นผู้มีส่วนได้เสียในผลแห่งคำพิพากษาในคดีดังกล่าว เนื่องจากเป็นผู้ครอบครองที่ดินพิพาทมาโดยตลอด แต่ไม่ได้เข้ามาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี การที่ผู้ร้องขอพิจารณาคดีใหม่มิได้ร้องขอพิจารณาคดีใหม่ในขณะนั้น กลับใช้สิทธิอุทธรณ์คำพิพากษากรณีจึงเห็นได้ว่าผู้ร้องขอพิจารณาคดีใหม่ได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการขอให้พิจารณาคดีใหม่ในวันยื่นคำอุทธรณ์แล้ว เมื่อศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งยื่นตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับอุทธรณ์ของผู้ร้องไว้พิจารณา ผู้ร้องจึงกลับมายื่นคำร้องขอพิจารณาคดีใหม่อีกครั้งเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันยื่นอุทธรณ์ จึงเป็นการยื่นคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่เกินกำหนดระยะเวลาตามมาตรา 75 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

**จากคำสั่งศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว** อาจทำให้เห็นว่า การรู้เหตุที่จะขอให้พิจารณาใหม่อาจเกิดขึ้นในระหว่างพิจารณาก็ได้ เมื่อรู้เหตุระหว่างพิจารณาก็จะต้องยื่นคำร้องขอให้พิจารณาใหม่ในขณะนั้น การมายื่นคำร้องขอพิจารณาคดีใหม่เมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันยื่นอุทธรณ์ จึงเป็นการยื่นคำร้องเกินกำหนดระยะเวลา แต่ผู้เขียนเห็นว่า การนับวันที่รู้เหตุหรือควรรู้ถึงเหตุที่จะขอให้พิจารณา

คดีใหม่จะต้องนับภายหลังศาลปกครองได้มีคำสั่งพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดแล้วเท่านั้น ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 378/2551 ผู้เขียนเห็นด้วยในผล แต่ไม่เห็นด้วยในเหตุผลการวินิจฉัยตามคำสั่งนี้ เพราะไม่ควรรับคำร้องขอให้พิจารณาใหม่ เพราะเหตุความผิดของของผู้ร้อง เมื่อพิจารณาวินิจฉัยได้ว่าเป็นความผิดของผู้ร้องก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าไต่ยื่นคำร้องภายในกำหนดระยะเวลาหรือไม่

การนับกำหนดระยะเวลา นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุซึ่งอาจขอให้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ ถ้าผู้ร้องอ้างเหตุ ศาลปกครองพึงข้อเท็จจริงผิดพลาดก็ดี คู่กรณีหรือบุคคลภายนอกได้เข้ามาแล้วแต่ถูกตัดโอกาสโดยไม่เป็นธรรมในการมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาก็ดี มีข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรมก็ดี การรู้เหตุอันได้ก็จะต้องทราบจากคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาด ดังนั้น วันที่รู้จึงถือเอาวันที่คู่กรณีมาฟังคำพิพากษาหรือคำสั่ง หรือวันที่ได้รับแจ้งคำพิพากษาหรือคำสั่งเป็นวันที่อย่างช้าที่สุดผู้ร้องได้ทราบเหตุ

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 551/2550** ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นคำขอให้พิจารณาคดีใหม่โดยอ้างว่าศาลตัดสินคดีไม่ให้เข้าร่วมดำเนินกระบวนการในวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกและวันนัดฟังคำพิพากษา ถือเป็นข้อบกพร่องในกระบวนการพิจารณาคดี ทำให้คำพิพากษายกฟ้องไม่เป็นธรรมกรณีนี้ต้องถือว่าวันที่ผู้ฟ้องคดีได้รับแจ้งคำพิพากษาเป็นวันที่ได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุซึ่งอาจขอให้พิจารณาพิพากษาคดีใหม่

แต่ถ้ามีพฤติการณ์อื่นที่ทำให้ทราบว่าผู้ร้องควรจะรู้เหตุของการพิจารณาใหม่ก่อนหน้านั้นก็ต้องระยะเวลาที่ควรรู้เหตุตามพฤติการณ์นั้น

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 366/2551** ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่อ้างว่า ศาลปกครองสูงสุดได้รับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดในประเด็นเกี่ยวกับจำนวนเงินค่าทดแทนที่ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิได้รับ ผู้ฟ้องคดีจึงได้มีหนังสือลงวันที่ 17 มกราคม 2550 ถึงผู้ถูกฟ้องคดี ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายเงินค่าทดแทนเพิ่มขึ้น กรณีจึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้รู้ถึงเหตุซึ่งอาจขอให้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ได้อย่างช้าที่สุดในวันที่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นหนังสือถึงผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าว

ผู้ฟ้องคดีจึงต้องยื่นคำขอภายในเก้าสิบวันนับแต่วันดังกล่าว คือ ภายในวันที่ 17 เมษายน 2550

ในกรณีที่ผู้ร้องขอให้พิจารณาใหม่โดยอ้างเหตุว่า เป็นคู่กรณีแท้แท้จริง หรือบุคคลภายนอกนั้นมิได้เข้ามาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี การนับระยะเวลาที่รู้หรือควรรู้ จะนับแต่วันที่บุคคลภายนอกได้วันที่รู้คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาด ที่มีผลกระทบต่อตน

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ.305/2552** วันที่ผู้ร้องยื่นอุทธรณ์ คำสั่งทางปกครองคดีนี้เดิมศาลปกครองชั้นต้นได้มีคำพิพากษา เมื่อวันที่ 9 มกราคม 2547 ว่า การจดทะเบียนชื่อสกุลของบิดาของผู้ร้องซ้ำกับชื่อสกุลของบิดาของผู้ฟ้องคดีซึ่งได้จดทะเบียนใช้นามสกุลนี้มาก่อน โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเพิกถอนการจดทะเบียนชื่อสกุลซ้ำภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงแจ้งให้ผู้ร้องทราบและให้ส่งคืนหนังสือสำคัญการขอตั้งชื่อสกุล ตามหนังสือลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2547 ผู้ร้องได้อุทธรณ์ คำสั่งดังกล่าวต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เมื่อวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2547 ดังนั้น จึงถือได้ว่า ในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2547 หรืออย่างช้าที่สุดในวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2547 ซึ่งเป็นวันที่ผู้ร้องยื่นอุทธรณ์การเพิกถอนชื่อสกุลต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นวันที่ผู้ร้องได้รู้หรือควรรู้ถึงคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น การที่ผู้ร้องยื่นคำขอให้ศาลพิจารณาคดีใหม่เมื่อวันที่ 30 กรกฎาคม 2547 จึงเป็นการยื่นคำขอที่มีได้กระทำภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ร้องได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุซึ่งอาจขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา

ในกรณีที่คู่กรณีหรือบุคคลภายนอกขอให้พิจารณาใหม่โดยอ้างเหตุว่า มีพยานหลักฐานใหม่อันอาจทำให้ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นยุติแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญก็ดี ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญก็ดี การนับระยะเวลาที่รู้หรือควรรู้ จะนับแต่วันที่คู่กรณีหรือบุคคลภายนอกได้รู้ หรือนับแต่วันที่มิโอกาสแรกที่จะได้รู้มีพยานหลักฐานใหม่หรือรู้ว่ามีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป แล้วแต่วันใดจะเกิดขึ้นก่อน ก็ให้นับแต่วันนั้น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 588/2552 วันที่อ่านคำพิพากษาศาลฎีกา กรณีผู้ฟ้องคดียื่นคำขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีใหม่โดยอ้างคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 5474/2551 เป็นพยานหลักฐานใหม่อันอาจทำให้ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นยุติแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ เมื่อศาลจังหวัดเชียงรายได้อ่านคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวเมื่อวันที่ 17 ธันวาคม 2551 จึงถือว่าวันที่ 17 ธันวาคม 2551 เป็นวันที่ศาลฎีกามีคำพิพากษา และคดีเป็นอันถึงที่สุด กรณีจึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้รู้ถึงเหตุซึ่งอาจขอให้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ได้อย่างช้าที่สุดในวันดังกล่าว เมื่อผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่เมื่อวันที่ 6 พฤษภาคม 2552 จึงเป็นการยื่นคำขอเมื่อพ้นระยะเวลาเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้ถึงเหตุซึ่งอาจขอให้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่

### 1.6 หลักเกณฑ์อื่น ๆ

จากหลักเกณฑ์การขอพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองใหม่ข้างต้น มีปัญหาว่า ภายหลังที่ผู้กรณีหรือบุคคลภายนอกทราบเหตุที่จะขอให้พิจารณาใหม่ตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (1) ถึง (5) แล้ว ถ้าผู้กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้ได้รับผลกระทบ ได้กระทำการใดๆ อันถือว่ารับเอาผลประโยชน์จากคำพิพากษาหรือคำสั่งเสร็จเด็ดขาด หรือให้การสัถยาบันไปแล้ว จะยื่นขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้หรือไม่<sup>34</sup> แม้จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ก็ตาม แต่การผู้ร้องรับเอาผลประโยชน์หรือให้สัถยาบันแล้ว แต่กลับมายื่นขอให้พิจารณาคดีใหม่ในภายหลัง ถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ซึ่งหลักว่าบุคคลจะถือเอาประโยชน์จากการกระทำอันขัดต่อพฤติกรรมก่อนๆ ของตนไม่ได้ (venire contra factum proprium)<sup>35</sup> ตามหลักวิธีพิจารณาคความทั่วไปถือว่าเป็นเรื่องอำนาจฟ้องเป็นปัญหา

<sup>34</sup> กรณีการพิจารณาคดีผิดระเบียบ ตามระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 7 ผู้คำร้องกรณีการพิจารณาผิดระเบียบจะต้องไม่ดำเนินการอื่นใดขึ้นมาใหม่ภายหลังที่ได้ทราบเรื่องผิดระเบียบแล้ว หรือต้องมีให้ได้สัถยาบันแก่การผิดระเบียบนั้น

<sup>35</sup> กิตติศักดิ์ ปรกิติ, **หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้**, กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2554, หน้า 22, 66.

เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย<sup>36</sup> ผู้ร้องที่รับเอาผลประโยชน์จากคำพิพากษาหรือคำสั่งเสร็จเด็ดขาดหรือให้การสัตยาบันแล้ว จึงเป็นผู้ไม่มีสิทธิยื่นคำขอให้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองใหม่

## 2. ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคำขอให้พิจารณาคดีใหม่

ตามมาตรา 75 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้บัญญัติชัดเจนแจ้งว่า ศาลปกครองที่มีอำนาจพิจารณาคำขอให้พิจารณาคดีใหม่จะเป็นศาลใด<sup>37</sup> จึงมีประเด็นปัญหาว่า ผู้ร้องจะต้องยื่นคำขอให้พิจารณาคดีใหม่ต่อศาลปกครองใด ซึ่งมี 4 กรณี คือ กรณีแรกถ้าเหตุที่อ้างตามคำร้องขอเกิดขึ้นในชั้นศาลใด ศาลชั้นมีอำนาจพิจารณา เช่น อ้างว่าศาลปกครองชั้นต้นรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด ก็ให้ยื่นต่อศาลปกครองชั้นต้น หรือ อ้างว่าศาลปกครองสูงสุดมีข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาพิพากษา ก็ให้ยื่นต่อศาลปกครองสูงสุด เพราะถ้าเหตุที่เกิดขึ้นโดยศาลปกครองสูงสุด แล้วจะให้ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาว่า การกระทำของศาลปกครองสูงสุดมีข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาก็จะเป็นการก้าวล่วงอำนาจศาลปกครองสูงสุด กรณีที่สอง ถ้าคำพิพากษาหรือคำสั่งเสร็จเด็ดขาดในชั้นศาลใด ให้ศาลนั้นมีอำนาจพิจารณา กรณีที่สามจะต้องยื่นต่อศาลปกครองชั้นต้นทุกกรณี กรณีที่สี่ คดีเดิมที่ขอให้พิจารณาใหม่อยู่ในเขตอำนาจศาลใด ก็ให้ศาลนั้นพิจารณาคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ ปัญหานี้แม้แต่ในปฏิบัติก็ไม่ลงรอยเดียวกันทำให้ผู้ร้องขอมีความสับสนในประเด็นเขตอำนาจศาลที่มีอำนาจพิจารณาพอสมควร แต่ก็มีแนว

<sup>36</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4016-4020/2526, 6428/2546 วางหลักว่า การฟ้องคดีโดยใช้สิทธิโดยไม่สุจริต โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง เป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับเรียบร้อย ศาลหยิบยกขึ้นมาพิจารณาได้เอง อ้างใน กิตติศักดิ์ ปรกิติ, เรื่องเดิม, หน้า 74, 82-83.

<sup>37</sup> แต่ตามพระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526 บัญญัติชัดเจนแจ้งว่า คำร้องให้พิจารณาคดีอาญาใหม่ให้ยื่นต่อศาลชั้นต้นที่ได้พิพากษาคดีนั้นหรือศาลอื่นที่ได้มีเขตอำนาจแทนศาลนั้นตาม มาตรา 8 และเมื่อไต่สวนแล้ว ให้ส่งสำนวนให้ศาลอุทธรณ์มีอำนาจพิจารณาคำร้อง คำสั่งศาลอุทธรณ์เป็นที่สุด ตามมาตรา 10

คำวินิจฉัยของคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่อาจใช้พิจารณาเป็นแนวทางได้ คือ

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 338/2552** ผู้ร้องซึ่งเป็นบุคคลภายนอก มิได้เข้ามาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีหรือได้เข้ามาแล้ว แต่ถูกตัดโอกาส โดยไม่เป็นธรรมในการมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา หรือมีข้อบกพร่อง สำคัญในกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม ตาม มาตรา 75 วรรคหนึ่ง (1) (2) และ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ผู้ร้องจึงเป็นผู้มีสิทธิขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครอง ใหม่ได้ และเมื่อคดีปรากฏเหตุว่าข้อเท็จจริงที่ศาลปกครองชั้นต้นฟังมาไม่พอกแก่การ วินิจฉัยชี้ขาดคดี และศาลเห็นว่าเหตุอันสมควร ก็มีอำนาจกำหนดให้ศาลปกครอง ชั้นต้นซึ่งประกอบด้วยตุลาการศาลปกครองชั้นต้นอื่นที่มีใช้องค์คณะเดิม เป็นองค์ คณะพิจารณาคดีนี้ใหม่ ทั้งนี้ตามข้อ 112 วรรคหนึ่ง (3) แห่งระเบียบฯ ว่าด้วยวิธี พิพากษาคดีปกครองฯ จึงมีคำสั่งกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น เป็นให้รับคำขอ พิพากษาพิพากษาคดีใหม่ของผู้ร้องไว้พิจารณาและดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป ตามรูปคดีโดยองค์คณะใหม่ของศาลปกครองชั้นต้น

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 25/2553** ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องขอให้ พิพากษาคดีใหม่อ้างว่า คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดจึงมีข้อบกพร่องใดๆ ใน กระบวนการพิจารณาพิพากษาที่มีผลทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม ศาลปกครอง สูงสุดวินิจฉัยว่า เห็นว่า การที่ศาลปกครองสูงสุดมิได้กำหนดดอกเบี้ยให้จึงเป็น การชอบด้วยกฎหมายแล้ว คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดจึงไม่มีข้อบกพร่อง ใดๆ ในกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่มีผลทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม แต่ประการใดที่ผู้ฟ้องคดีอาจขอให้พิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีใหม่ได้ ตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จึงมีคำสั่ง ยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำขอให้พิจารณาคดีใหม่ของผู้ฟ้องคดี ไว้พิจารณา

จากคำสั่งศาลปกครองสูงสุดทั้งสอง แสดงให้เห็นว่า ไม่ว่าคำพิพากษา หรือคำสั่งชี้ขาดจะเสร็จเด็ดขาดศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุดก็ตาม หรือเหตุที่อ้างขอให้พิจารณาใหม่จะเกิดในชั้นพิจารณาของศาลปกครองชั้นต้นหรือ

ศาลปกครองสูงสุดก็ตาม ถ้าคดีเดิมอยู่เขตอำนาจของศาลปกครองใดก็ให้ยื่นต่อศาลปกครองนั้น ถ้าคดีเดิมอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองชั้นต้นตามมาตรา 9 ก็ให้ยื่นคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ต่อศาลปกครองชั้น ถ้าคดีอยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด ตามมาตรา 11 ก็ให้ยื่นคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ต่อศาลปกครองสูงสุด<sup>38</sup> เช่น คดีเดิมอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองสงขลา แม้คดีจะเสร็จเด็ดขาดโดยคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด และแม้จะอ้างเหตุขอให้พิจารณาคดีใหม่ ศาลปกครองสูงสุดรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด ก็จะต้องยื่นต่อศาลปกครองสงขลา และศาลปกครองสงขลาที่มีอำนาจพิจารณาคำร้องขอ เป็นต้น

การพิจารณาว่า เป็นกรณีการขอให้พิจารณาใหม่หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาในเนื้อหาและคำขอว่ามีความประสงค์ที่จะให้มีการทบทวนคำพิพากษาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองใหม่หรือไม่ แม้จะได้ยื่นในรูปของคำฟ้อง แต่หากในเนื้อหาและคำขอว่ามีความประสงค์ที่จะให้มีการทบทวนคำพิพากษาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองใหม่ถือว่าเป็น กรณีคำขอให้พิจารณาคดีพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองใหม่ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 146/2551) และคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่จะต้องแสดงเหตุที่จะขอให้พิจารณาคดีใหม่อย่างชัดเจน โดยแสดงให้เห็นว่าเมื่อปรากฏเหตุที่ขอให้พิจารณาคดีใหม่แล้ว จะทำให้คำพิพากษาหรือคำสั่งเด็ดขาดนั้นเปลี่ยนแปลงไปด้วย<sup>39</sup>

<sup>38</sup> เปรียบเทียบกับการขอให้พิจารณาใหม่ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การยื่นคำขอให้พิจารณาใหม่จะต้องยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งนั้น มิใช่ยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 961/2548) อ้างใน มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนกฤษฎีธรรมทางปกครอง, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ : ประชาชน, 2554, หน้า 220.

<sup>39</sup> เทียบนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1340/2543, 615/2545, 3132/2545

### 3. ผลของคำสั่งศาลปกครองที่คำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใหม่

ผลของคำสั่งศาลปกครองที่มีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใหม่ มีปัญหาในการวิเคราะห์ได้ 3 ประเด็น คือ ประเด็นแรก คำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใหม่ จะต้องพิจารณาคดีใหม่ทั้งหมดหรือพิจารณาคดีเฉพาะบางส่วนก็ได้ ประเด็นที่สอง การอุทธรณ์คำสั่งรับคำร้องไว้พิจารณาหรือยกคำร้องขอให้พิจารณา ประเด็นที่สาม ผลกระทบต่อคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดที่เสร็จเด็ดขาดไปแล้ว

#### 3.1 คำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใหม่ จะต้องพิจารณาคดีใหม่ทั้งหมดหรือพิจารณาคดีเฉพาะบางส่วนก็ได้

คำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใหม่ ศาลปกครองจะสั่งให้พิจารณาใหม่ทั้งหมดหรือให้พิจารณาเฉพาะบางส่วนก็ได้ ขึ้นอยู่กับเหตุและเนื้อหาของคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ ซึ่งถ้าเหตุที่อ้างและรับได้ว่า เหตุที่ปรากฏนั้นจะมีผลให้เปลี่ยนแปลงคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดทั้งหมด ศาลปกครองก็จะสั่งให้พิจารณาใหม่ทั้งหมด แต่ถ้าเหตุที่อ้างมีผลเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดบางประเด็นหรือบางส่วน ศาลก็สั่งให้พิจารณาคดีใหม่เฉพาะบางส่วนหรือเฉพาะประเด็นก็ได้ ไม่จำเป็นต้องพิจารณาคดีใหม่ทั้งหมด ตัวอย่างเช่น คดีกรณีฟ้องร้องสัญญาทางปกครองว่า ฝ่ายปกครองบอกเลิกสัญญาโดยมิชอบ และเรียกค่าเสียหาย ต่อมาศาลปกครองมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดว่า ฝ่ายปกครองบอกเลิกสัญญาโดยชอบ แต่ให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าการงานที่ทำได้แล้ว และกำหนดค่าการงานตามเอกสารที่ปรากฏในสำนวนคดี ปรากฏว่า ฝ่ายปกครองปกปิดเอกสารเกี่ยวกับการงานบางส่วนที่ผู้ฟ้องทำได้แล้ว ทำให้ศาลปกครองคำนวณค่าการงานบางส่วนผิดพลาด ต่อมาผู้ฟ้องคดีพบเอกสารหลักฐานดังกล่าว จึงได้ร้องขอให้ศาลพิจารณาคดีใหม่โดยอ้างเหตุ มีพยานหลักฐานใหม่ หากศาลมีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใหม่ก็อาจมีคำสั่งให้พิจารณาเฉพาะประเด็นค่าการงานที่ทำได้แล้ว ส่วนประเด็นว่าบอกเลิกสัญญาโดยชอบหรือไม่ ไม่เหตุที่จะต้องพิจารณาคดีใหม่ จึงไม่จำเป็นต้องสั่งให้พิจารณาใหม่ทั้งหมด เป็นต้น



### 3.2 การอุทธรณ์คำสั่งยกคำร้องไว้พิจารณาหรือคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใหม่

ผลของคำสั่งศาลปกครองยกคำร้องขอให้พิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองใหม่ ผู้ร้องมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งต่อศาลปกครองสูงสุดได้ภายในสามสิบวันนับแต่ศาลปกครองชั้นต้นได้มีคำสั่งพิพากษาหรือคำสั่งตามมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 338/2552, 25/2553, 36/2547)

แต่กรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใหม่ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือคู่กรณีเดิมอุทธรณ์คำสั่งอนุญาตให้พิจารณาใหม่ต่อศาลปกครองสูงสุดไม่ได้ เนื่องจากสั่งอนุญาตขอให้พิจารณาคดีใหม่ เป็นคำสั่งรับคำสั่งฟ้องอย่างหนึ่ง เพราะคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่เป็นคำร้องขอที่เป็นถ้อยคำ “คำฟ้อง” ตามมาตรา 3<sup>40</sup> แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ คำสั่งศาลปกครองที่สั่งรับคำฟ้องไว้พิจารณาให้เป็นที่สุด ตามข้อ 30 วรรคสอง ของระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ดังนี้ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือคู่กรณีเดิมอุทธรณ์จึงไม่อาจอุทธรณ์คำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใหม่ต่อศาลปกครองสูงสุดได้ แต่ถ้าหากศาลปกครองชั้นต้น มีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใหม่ และได้มีคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดใหม่ ต่อมาคู่กรณีเดิมหรือผู้ร้องมีสิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งใหม่ต่อศาลปกครองสูงสุดได้ตามมาตรา 73 และในชั้นการพิจารณาศาลปกครองสูงสุด ถ้าศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าคำร้องขอให้พิจารณาใหม่ไม่เข้าเงื่อนไขที่จะขอให้พิจารณาใหม่ได้ ตามมาตรา 75 เพราะคำร้องไม่เข้าเหตุขอพิจารณาคดีใหม่ตามมาตรา 75 (1) ถึง (4) ก็ดี เป็นคำร้องขอที่ยื่นเกินกำหนดระยะเวลาที่ดี หรือผู้ร้องมีส่วนผิดก็ดี การที่ศาลปกครองชั้นต้นรับคำร้องขอไว้พิจารณาและดำเนินกระบวนการพิจารณา จึงเป็นกรณีที่มีได้ปฏิบัติตาม

<sup>40</sup> มาตรา 3 “คำฟ้อง” หมายความว่า การเสนอข้อหาต่อศาลไม่ว่าจะได้เสนอต่อศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุด ไม่ว่าจะได้เสนอในขณะที่เริ่มคดีโดยคำฟ้องหรือคำร้องขอหรือเสนอในภายหลังโดยคำฟ้องเพิ่มเติมหรือแก้ไข หรือฟ้องแย้ง หรือโดยสอดเข้ามาในคดีไม่ว่าด้วยความสมัครใจหรือถูกบังคับ หรือโดยมีคำขอให้พิจารณาใหม่

บทบัญญัติแห่งกฎหมาย เมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายมีคำขอ ศาลปกครองสูงสุดย่อมมีอำนาจเพิกถอนกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบได้ตามข้อ 7 แห่งระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 44/2552) และมีคำสั่งไม่รับคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้<sup>41</sup>

### 3.3 ผลกระทบต่อคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดที่เสร็จเด็ดขาดไปแล้ว

เมื่อศาลปกครองมีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใหม่ จะมีผลกระทบต่อคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดที่เสร็จเด็ดขาดไปแล้วอย่างไร ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ไม่กล่าวไว้แต่อย่างใด จึงทำให้เกิดปัญหาผลต่อคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดที่เสร็จเด็ดขาดไปแล้วใน 2 ทิศทาง คือ

**กรณีแรก** คำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใหม่เป็นการเพิกถอนคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีที่เสร็จเด็ดขาดไปแล้วไปในตัว โดยยึดถือตามหลักความยุติธรรม<sup>42</sup> เป็นสำคัญ กล่าวคือ ในเมื่อศาลปกครองมีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใหม่ เพราะรับฟังได้ว่าเหตุตามมาตรา 75 (1) ถึง (4) เช่น รับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด มีพยานหลักฐานใหม่ กระบวนการพิจารณาไม่ยุติธรรม ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลง หากจะให้คำพิพากษาหรือคำสั่งเดิม

<sup>41</sup> การพิจารณาคดีใหม่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 199 เบญจวรรคสี่ บัญญัติว่า “คำสั่งศาลที่อนุญาตให้พิจารณาคดีใหม่ให้เป็นที่สุด แต่ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งไม่อนุญาตผู้ขออาจอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวได้ คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ให้เป็นที่สุด” การพิจารณาคดีใหม่ตามพระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526 มาตรา 9 บัญญัติว่า “ศาลสั่งรับคำร้องและดำเนินการพิจารณาคดีที่รื้อฟื้นขึ้นพิจารณาใหม่ต่อไป คำสั่งของศาลในกรณีเช่นนี้ให้เป็นที่สุด” และมาตรา 10 บัญญัติว่า “ถ้าศาลอุทธรณ์เห็นว่าคำร้องนั้นมิมีมูลพอที่จะรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาพิพากษาใหม่ให้ศาลอุทธรณ์สั่งรับคำร้องและสั่งให้ศาลชั้นต้นที่รับคำร้องดำเนินการพิจารณาคดีที่รื้อฟื้นขึ้นพิจารณาใหม่ต่อไป แต่ถ้าศาลอุทธรณ์เห็นว่าคำร้องนั้นไม่มีมูล ให้ศาลอุทธรณ์มีคำสั่งยกคำร้องนั้น คำสั่งของศาลอุทธรณ์ตามวรรคหนึ่งให้เป็นที่สุด”

<sup>42</sup> รายนะเอียด หลักความยุติธรรมในกฎหมายปกครอง โปรตอ่าน กลมชัย รัตนสกววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, กรุงเทพฯ : ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544. หน้า 103-106.

มีผลต่อไป ซึ่งบางกรณีจะต้องบังคับคดีไปตามคำพิพากษา ก็จะไม่เป็นการยุติธรรม เพราะมีเหตุที่จะทำให้คำพิพากษาหรือคำสั่งเปลี่ยนแปลง หากให้ถือเอาคำพิพากษา มีผลต่อไป และมีการบังคับคดีไป หากศาลแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาหรือคำสั่ง บางกรณีก็ยากที่จะเยียวยาในภายหลังได้ คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดเดิมจึงถูกยกเลิกไปในตัว จนกว่าจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดใหม่

**กรณีที่สอง** คำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใหม่ มีเป็นไม่มีผล ต่อคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีที่เสร็จเด็ดขาด คำพิพากษาหรือคำสั่งที่เสร็จเด็ดขาดมีผลต่อไปจนกว่าจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น โดยยึดถือเอา หลักความมั่นคงในนิติฐานะ<sup>43</sup> เป็นสำคัญ กล่าวคือ ถึงแม้มาตรา 75 การขอให้พิจารณาคดีใหม่เป็นบทกฎหมายเพื่อความยุติธรรม แต่ทราบใดที่ ศาลปกครองยังไม่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดกลับหรือแก้คำพิพากษาหรือ คำสั่งชี้ขาดที่เสร็จเด็ดขาดไปแล้ว ก็จะต้องถือว่า คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาด ที่เสร็จเด็ดขาดไปแล้วยังมีผลบังคับอยู่ ซึ่งมีผลทำให้คำพิพากษาหรือคำสั่งที่เสร็จเด็ดขาดไปแล้วรักษานิติฐานะของคู่กรณีไว้ตลอดเวลา ทำให้คู่กรณีมีความมั่นใจใน นิติฐานะของตนตามคำพิพากษาในการปฏิบัติตามคำพิพากษา โดยไม่ถูกรบกวน จากคำสั่งคำสั่งรับคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ไว้พิจารณา โดยที่ไม่แน่ชัดว่า ใน การพิจารณาคดีใหม่จะมีผลเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาหรือคำสั่งหรือไม่ จึงต้องยึดถือ ตามคำพิพากษาหรือคำสั่งที่เสร็จเด็ดขาดไปแล้วปฏิบัติต่อไป

ประเด็นนี้ การพิจารณาคดีใหม่ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่ง มาตรา 199 เบญจ วรคสาม บัญญัติไว้ชัดเจนว่า “เมื่อศาลได้มีคำสั่ง อนุญาตตามคำขอให้พิจารณาคดีใหม่ตามวรรคสองคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล

<sup>43</sup> รายละเอียด หลักความมั่นคงในนิติฐานะ โปรดอ่าน มานิตย์ วงศ์เสรี, “หลักการคุ้มครอง ความเชื่อถือหรือความไว้วางใจโดยสุจริตของประชาชน” ใน [http://www.admincourt.go.th/00\\_web/09\\_academic/document/03\\_technical\\_papers/sujjarit\\_20081020.pdf](http://www.admincourt.go.th/00_web/09_academic/document/03_technical_papers/sujjarit_20081020.pdf) และ วรณารี สิงโต “การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตกรณียกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน” ใน <http://web.krisdika.go.th/data/activity/act116.pdf>

โดยจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การและคำพิพากษาหรือคำสั่งอื่นๆ ของศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาในคดีเดียวกันนั้น และวิธีการบังคับคดีที่ได้ดำเนินไปแล้ว ให้ถือว่าเป็นอันเพิกถอนไปในตัว...” ดังนั้น ในคำสั่งของศาลที่อนุญาตให้พิจารณาคดีแพ่งใหม่ จึงไม่จำเป็นต้องสั่งเพิกถอนคำพิพากษาหรือคำสั่งเดิมแต่อย่างใด<sup>44</sup> มีผลทำให้การดำเนินการใดๆ ตามคำพิพากษามีผลถูกเพิกถอนไปด้วย เช่น เมื่อศาลชั้นต้นอนุญาตให้พิจารณาคดีใหม่ คำพิพากษาโดยคู่ความขาดนัดของศาลชั้นต้นและวิธีการบังคับคดีที่ได้ดำเนินการไปแล้วนั้น ถือว่าเป็นการเพิกถอนไปในตัวตามมาตรา 209 วรรคแรก เดิม (ตรงกับมาตรา 199 เบญจ วรรคสามปัจจุบัน) การที่โจทก์ให้นายทะเบียนบันทึกการหย่าตามคำพิพากษาในทะเบียนสมรส จึงถูกเพิกถอนไปด้วยสถานะบุคคลของโจทก์จำเลยยังคงไม่เปลี่ยนแปลงไปจากการเป็นสามีภริยากัน (คำพิพากษาศาลฎีกา 1330/2538)<sup>45</sup>

แต่การพิจารณาคดีใหม่ตามพระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526 บัญญัติในทางตรงข้ามกัน คือ มาตรา 12 บัญญัติว่า “ในระหว่างดำเนินการพิจารณาคดีที่รื้อฟื้นขึ้นพิจารณาใหม่ หากบุคคลผู้ต้องรับโทษอาญาโดยคำพิพากษาถึงที่สุดกำลังรับโทษนั้นอยู่ ศาลชั้นต้นที่รับคำร้องจะส่งปล่อยบุคคลนั้นชั่วคราวโดยมีประกันหรือมีประกันและหลักประกันด้วยก็ได้” จากบทบัญญัติดังกล่าว คำพิพากษาเดิมมีผลบังคับต่อไป แต่กฎหมายให้ดุลพินิจแก่ศาลในการปล่อยตัวชั่วคราวได้

ในกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองในส่วน of ผลคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดที่เสร็จเด็ดขาด เมื่อศาลปกครองมีคำสั่งให้ดำเนินการสอบสวนพิจารณาคดีใหม่ จึงต้องพิจารณา ตามระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 5 วรรคสอง “ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่ง

<sup>44</sup> ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 2 วิธีพิจารณาวิสามัญในศาลชั้นต้น หมวด 2 การพิจารณาโดยขาดนัด, พิมพ์ครั้งที่ 4, (ไม่ปรากฏสถานที่พิมพ์) 2550. หน้า 92.

<sup>45</sup> สมชัย ฑิตมาตมาร, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 2 วิธีพิจารณาในศาลชั้นต้น, พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพฯ : พลสยามพริ้นติ้ง, 2552. หน้า 416-415.

มิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไป ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง” จึงมีปัญหาจะนำมาตรา 199 เบญจ วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาบังคับใช้โดยอนุโลม ในฐานะที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความทั่วไปหรือไม่ เห็นว่า การที่จะนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาบังคับใช้โดยอนุโลม จะต้องกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน เนื่องจากคดีปกครองมีลักษณะพิเศษต่างไปจากคดีแพ่งและคดีอาญาจึงต้องมีวิธีพิจารณาที่เหมาะสมกับสภาพของคดีปกครองเอง กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองมีความแตกต่างและเป็นเอกเทศจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งแสดงให้เห็นชัดเจนจากการที่ไม่มีบทบัญญัติเป็นบททั่วไปให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาบังคับใช้โดยอนุโลมเหมือนกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษต่างๆ เว้นแต่บางเรื่องที่ระบุให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้เฉพาะ เช่น เรื่องการบังคับคดี (มาตรา 92 วรรคห้า) หรือเรื่องการละเมิดอำนาจศาล (มาตรา 64) เป็นต้น<sup>46</sup> ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า จะนำมาตรา 199 เบญจ วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาบังคับใช้โดยอนุโลมไม่ได้ เพราะขัดแย้งกับหลักกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองทั่วไป

ในปัญหานี้ ผู้เขียนเห็นว่า แม้มตรา 75 จะเป็นบทบัญญัติเพื่อความยุติธรรม แต่เป็นบทยุติธรรมที่กำหนดเหตุที่จะให้มีการพิจารณาใหม่เท่านั้น ในส่วนผลวิธีพิจารณาคดีจะต้องเป็นไปตามหลักวิธีพิจารณาคดีปกครองทั่วไป ซึ่งระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความ โดยพิจารณาตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ทั้งระบบแล้วพบว่า ที่มีเจตนาจะคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดมีความมั่นคงแน่นอน คู่กรณียึดถือและปฏิบัติตามคำพิพากษาด้วยความเชื่อโดยสุจริตในความมั่นคงในนิติฐานะของตนเองตามหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายเป็นสำคัญ จึงถือ

<sup>46</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ และสุรีย์ เผ่าสุถาวร, “หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง”, วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 2 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2545), หน้า 96.

เป็นหลักกว่า คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดที่เสร็จเด็ดขาดมีผลบังคับต่อไป จนกว่าจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น

อย่างไรก็ตาม เมื่อคำนึงความเป็นธรรมในการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง เพื่อให้การยาเยียวแก้ไขยากแก่การกลับคืนสู่สภาพเดิม ในกรณีศาลปกครองมีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใหม่ จะต้องมีคำสั่งให้ชัดเจนเกี่ยวกับผลการบังคับคดีหรือการปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดเดิม โดยพิจารณาผลการปฏิบัติตามคำพิพากษาเป็นสำคัญ กล่าวคือ จะต้องพิจารณาประเภทของคำพิพากษาว่า ถ้าเป็นคำพิพากษาประเภทใด ตามหลักทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความ หากพิเคราะห์ถึงประเภทของคำพิพากษาโดยคำนึงถึงผลแล้ว อาจแยกประเภทของคำพิพากษาออกเป็น 3 ประเภทใหญ่ๆ คือ 1) คำพิพากษา ก่อตั้งสิทธิ เป็นคำพิพากษาที่ศาลพิพากษากำหนดสภาพการณ์ในทางกฎหมายเป็นคำพิพากษาที่ไม่จำเป็นต้องมีการบังคับคดี เพราะผลในทางกฎหมายจะเกิดขึ้นทันทีเมื่อศาลมีคำพิพากษา 2) คำพิพากษาให้ดำเนินการ เป็นคำพิพากษาที่ศาลพิพากษาให้คู่ความดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง คำพิพากษาประเภทนี้เป็นคำพิพากษาที่หากผู้แพ้คดีไม่ปฏิบัติ จะต้องมีการบังคับตามคำพิพากษา 3) คำพิพากษายืนยันสิทธิ เป็นคำพิพากษาที่ศาลพิพากษายืนยันการดำรงอยู่หรือไม่ดำรงอยู่ของสิทธิหน้าที่ หรือนิติสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่ง คำพิพากษายืนยันสิทธิเป็นคำพิพากษาที่ไม่จำเป็นต้องมีการบังคับคดี เช่น คำพิพากษาแสดงความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง คำพิพากษาแสดงว่าบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นคนสัญชาติไทย เป็นต้น<sup>47</sup> จะเห็นได้คำพิพากษาประเภทคำพิพากษาให้ดำเนินการเท่านั้นที่จะต้องมีการบังคับคดี ซึ่งมีปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบของคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใหม่ แต่คำพิพากษาประเภทคำพิพากษาก่อตั้งและสิทธิคำพิพากษายืนยันสิทธิ ที่ไม่จำเป็นต้องมีการบังคับคดี จึงไม่ผลกระทบต่อคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใหม่ ดังนั้น ในการที่ศาลปกครองมีคำสั่งให้ดำเนิน

<sup>47</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ข้อความคิดเบื้องต้นกับคำวินิจฉัยและผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ” อ้างแล้ว หน้า 11-12.

กระบวนพิจารณาคดีใหม่ถ้าคดีเดิมเป็นคดีประเภทให้ดำเนินการแล้ว ศาลปกครองจะต้องมีคำสั่งให้ชัดเจนว่าจะให้งดการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดไว้จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเป็นอย่างอื่นหรือไม่ โดยพิจารณาคำนี้ถึงเสียยาแก้ไขยากแก่การกลับคืนสู่สภาพเดิมในกรณีศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดใหม่เปลี่ยนแปลงคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดเดิมเป็นสำคัญ

#### 4. การดำเนินกระบวนพิจารณาคดีตามคำสั่งให้ดำเนินกระบวนพิจารณาคดีใหม่

เมื่อศาลปกครองมีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนใหม่ไม่ว่าทั้งหมดหรือเฉพาะบางส่วน กระบวนพิจารณาคดีก็ต้องกระทำเหมือนกับการพิจารณาคดีปกติคือ จะต้องทำส่งสำเนาคำร้องขอให้พิจารณาใหม่ซึ่งถือว่าเป็นคำฟ้องให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือคู่กรณีเดิมเพื่อทำคำให้การ คำแก้คำให้การ คำให้การเพิ่มเติม การแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมโดยตุลาการเจ้าของสำนวน การสรุปข้อเท็จจริง การนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกใหม่ และมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดใหม่ โดยคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดใหม่คู่กรณีมีสิทธิยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่ง สำหรับตุลาการองค์คณะที่จะทำหน้าที่พิจารณาคดีใหม่ ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวว่าให้องค์คณะตุลาการศาลปกครองชั้นต้นอื่นที่มีช่องคดีเดิม เป็นองค์คณะพิจารณาใหม่

**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 338/2552** เมื่อคดีปรากฏเหตุว่าข้อเท็จจริงที่ศาลปกครองชั้นต้นฟังมาไม่พอแก่การวินิจฉัยชี้ขาดคดี และศาลเห็นว่ามีเหตุอันสมควร ก็มีอำนาจกำหนดให้ศาลปกครองชั้นต้นซึ่งประกอบด้วยตุลาการศาลปกครองชั้นต้นอื่นที่มีช่องคดีเดิม เป็นองค์คณะพิจารณาคดีนี้ใหม่ ทั้งนี้ตามข้อ 112 วรรคหนึ่ง (3) แห่งระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ จึงมีคำสั่งกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น เป็นให้รับคำขอพิจารณาพิพากษาคดีใหม่ของผู้ร้องไว้พิจารณาและดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปตามรูปคดีโดยองค์คณะใหม่ของศาลปกครองชั้นต้น ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดนี้ มีผู้ให้ข้อสังเกตว่า “ศาลปกครองสูงสูดนำข้อ 112 วรรคหนึ่ง (3) มาใช้ในการพิจารณาคำร้องขอให้

พิจารณาคดีใหม่ตามมาตรา 75 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ โดยได้กำหนดให้ศาลปกครองชั้นต้นซึ่งประกอบด้วยตุลาการศาลปกครองชั้นต้นอื่นที่มีใช้องค์คณะเดิม เป็นองค์คณะพิจารณาคดีนี้ใหม่ แต่ข้อ 112 เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น โดยบทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดให้นำไปใช้กับการพิจารณาคำขอให้พิจารณาคดีใหม่ตามมาตรา 75 แต่อย่างใด”<sup>48</sup> ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วย ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุด เพราะการขอให้พิจารณาคดีพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองใหม่ เป็นการทบทวนคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี มีลักษณะเดียวกันกับการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่ง ในกรณีที่มีช่องว่างทางกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีในส่วนของกระบวนการพิจารณาคดีตามคำสั่งให้พิจารณาคดีพิพากษาคดีใหม่ ระเบียบฯ ภาค 3 วิธีพิจารณาคดีปกครองในศาลสูงสุดที่เกี่ยวกับการพิจารณาอุทธรณ์ เป็นกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งสามารถนำไปใช้กับการพิจารณาคดีใหม่ได้โดยเทียบเคียง<sup>49</sup>

<sup>48</sup> ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ, **สรุปหลักกฎหมายจากคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด ปี พ.ศ. 2552 (ครึ่งปีหลัง)**, หน้า 309. ใน [http://www.admincourt.go.th/attach/news\\_attach/2010/10/191053.pdf](http://www.admincourt.go.th/attach/news_attach/2010/10/191053.pdf)

<sup>49</sup> เป็นลักษณะของการใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงอย่างหนึ่งเพื่ออุดช่องว่างกฎหมาย ซึ่งเป็นลักษณะหนึ่งของการใช้และการตีความกฎหมายตามหลักนิติวิธีระบบซีวิลลอว์ โปรดอ่าน สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชาหลักกฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 15, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2551. หน้า 191-196. หยุต แสงอุทัย, ช่องว่างกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2552. และวเรจตัน ภาศิริตัน, “การใช้การตีความกฎหมายมหาชน” ในการใช้การตีความกฎหมาย, พิรุณา ดิงศภัทย์, บรรณาธิการ, กรุงเทพฯ : กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์, 2552, หน้า 337-343.



## 5. สรุป

จากที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นจะเห็นได้ว่า การพิจารณาคดีใหม่เป็นบทกฎหมายที่มีไว้เพื่อการยุติธรรม ซึ่งเป็นการทบทวนคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดการพิจารณาคดีใหม่อีกครั้งหนึ่งในประเด็นที่ได้วินิจฉัยไว้แล้ว หากมีเหตุที่จะทำให้คำวินิจฉัยเดิมเปลี่ยนแปลงไปตามเหตุที่กฎหมายบัญญัติ แต่ทั้งนี้จะต้องไม่กระทบต่อความมั่นคงในนิติฐานะ การขอพิจารณาตีปกร่องใหม่ได้บัญญัติไว้ตามมาตรา 75 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กรณีที่จะขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้ต้องเป็นกรณีที่ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีนั้นเสร็จเด็ดขาดแล้ว ผู้มีสิทธิยื่นคำขอจะต้องเป็นคู่กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียหรืออาจถูกกระทบจากผลแห่งคดีนั้น กำหนดเหตุที่จะขอให้พิจารณาใหม่ 4 กรณี คู่กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้ร้องจะต้องไม่ทราบถึงเหตุนั้นในการพิจารณาคดีครั้งที่แล้วมา โดยไม่ใช่ความผิดของผู้นั้น และจะต้องยื่นคำร้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้นั้นได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุซึ่งอาจขอให้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ได้ แต่ไม่เกินห้าปีนับแต่ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาด นับว่าเป็นหลักเกณฑ์การขอพิจารณาใหม่ที่สอดคล้องกับหลักความยุติธรรม และไม่กระทบกระเทือนต่อหลักความมั่นคงในฐานะนิติ ที่เหตุขอให้พิจารณาคดีใหม่ไม่แคบและไม่กว้างเกินไป มีระยะเวลาที่จำกัดในการยื่นคำร้องขอ แต่การพิจารณาคดีปกครองใหม่ตามบัญญัติไว้เพียงมาตราเดียว บทบัญญัติบางถ้อยคำไม่ชัดเจนจึงมีปัญหาในการตีความกฎหมายที่ไม่สอดคล้องเป็นระบบเดียวกันทั้งที่เป็นตัวบทกฎหมายที่อยู่ในมาตราเดียวกัน เช่น การตีความคำบุคคลภายนอกที่มีได้เข้ามาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี การตีความการนับกำหนดระยะเวลา เป็นต้น และเหตุที่อ้างในขอให้พิจารณาใหม่ จากการศึกษาพบว่า ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยอนุญาตให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาเพียงกรณีคือบุคคลภายนอกมิได้เข้ามาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี ส่วนเหตุอื่นๆ เกือบทุกคำร้องขอศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยไม่เข้าเงื่อนไขเหตุขอให้พิจารณาใหม่ อีกทั้งบทบัญญัติมาตรา 75 ยังขาดรายละเอียดในกระบวนการพิจารณาขอคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ในหลายประเด็น ได้แก่ การยื่นคำร้อง ศาลที่มีอำนาจพิจารณา ผลคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีให้ที่มีต่อ

คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดเดิม ผลการบังคับคดีที่ดำเนินการไปแล้ว การส่งสำเนา แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งคัดค้านหรือไม่ สิทธิการอุทธรณ์คำสั่งยกคำร้องขอหรือคำสั่ง รับคำร้องขอ องค์คณะตุลาการที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อมีคำพิพากษาหรือ คำสั่งชี้ขาดใหม่ เป็นต้น แม้ว่าบางกรณีศาลปกครองสูงสุดจะวางแนวตีความและ แนวปฏิบัติที่ชัดเจนพอสมควร แต่บางส่วนก็ควรจะได้แก้ไขให้เกิดความชัดเจน ซึ่ง บางกรณีเช่น รายละเอียดในกระบวนการพิจารณาขอคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ สามารถกระทำได้โดยแก้ไขระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 เพิ่มเติมหมวดการพิจารณาคดีใหม่ ซึ่งจะทำให้เกิดความชัดเจนในการปฏิบัติของคู่กรณีหรือบุคคลภายนอกต่อไป

๐๐๐๐๐๐๐๐

# ความผิดปกติในการสรรหา ผู้ตรวจการแผ่นดินคนใหม่\*

ดร.สุวัณชัย แสงสุขเอี่ยม\*\*

## 1. ความเป็นมา

ผู้ตรวจการแผ่นดินจัดอยู่ในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ โดยมีผู้ตรวจการแผ่นดินจำนวน 3 คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภาจากผู้ซึ่งเป็นที่ยอมรับนับถือของประชาชน มีความรอบรู้และมีประสบการณ์ในการบริหารราชการแผ่นดิน วิชาสภกิจ หรือกิจกรรมอันเป็นประโยชน์ร่วมกันของสาธารณะ และมีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์ ผู้ที่ได้รับเลือกเป็นผู้ตรวจการแผ่นดินจะประชุมและเลือกกันเองให้คนหนึ่งเป็นประธานผู้ตรวจการแผ่นดินแล้วแจ้งผลให้ประธานวุฒิสภาทราบ ผู้ตรวจการแผ่นดินมีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี นับแต่วันที่ได้รับการแต่งตั้ง และดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นหน่วยงานของรัฐที่เป็นอิสระซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับกิจการทั่วไปของผู้ตรวจการแผ่นดิน ในการกำกับดูแลสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดินนั้น ประธานผู้ตรวจการแผ่นดินและผู้ตรวจการแผ่นดิน จะปรึกษาหารือและเห็นชอบร่วมกันในการออกกระเปียบหรือประกาศในการบริหารงานสำนักงาน สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดินมีเลขาธิการหนึ่งคนซึ่งประธานผู้ตรวจการแผ่นดินแต่งตั้งขึ้นโดยความเห็นชอบร่วมกันของผู้ตรวจการแผ่นดิน

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 25 กันยายน 2554

\*\* อดีตสมาชิกสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นตำแหน่งที่สำคัญมากตำแหน่งหนึ่ง โดยมีอำนาจหน้าที่พอสรุปได้ดังนี้

1) พิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องที่มีต่อข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ในกรณีการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย หรือการปฏิบัติหรือละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องหรือประชาชนโดยไม่เป็นธรรมไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ก็ตาม

2) พิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องในกรณีการละเลยการปฏิบัติหน้าที่หรือการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตามรัฐธรรมนูญและองค์กรในกระบวนการยุติธรรม ทั้งนี้ ไม่รวมถึงการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาล

3) เสนอแนะหรือให้คำแนะนำในการจัดทำหรือปรับปรุงประมวลจริยธรรมที่กำหนดมาตรฐานทางจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ข้าราชการ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในกรณีที่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามให้ผู้ตรวจการแผ่นดินรายงานต่อรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือสภาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องแล้วแต่กรณี และหากเป็นการกระทำผิดร้ายแรงให้ส่งเรื่องให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติพิจารณาดำเนินการ โดยให้ถือเป็นเหตุที่จะถูกถอดถอนจากตำแหน่งภายใต้อำนาจของวุฒิสภา

4) ติดตาม ประเมินผล และจัดทำข้อเสนอแนะในการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ รวมถึงตลอดถึงข้อพิจารณาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีที่เห็นว่าจำเป็น

5) รายงานผลการตรวจสอบและผลการปฏิบัติหน้าที่พร้อมข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรี สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา ทุกปี

รวมทั้งผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่เห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือต่อศาลปกครองในกรณีที่เห็นว่ากฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของบุคคลตาม

ข้อ 1) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

นอกจากนี้ประธานผู้ตรวจการแผ่นดินยังเป็นกรรมการสรรหาสมาชิกวุฒิสภาโดยตำแหน่ง รวมทั้งอาจได้รับเลือกในการเลือกกันเองให้เหลือหนึ่งคนของประธานองค์กฤษฎีการตามรัฐธรรมนูญทั้งหมดเพื่อเป็นกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อวันที่ 12 สิงหาคม 2554 นายปรโมทย์ โชติมงคล ประธานผู้ตรวจการแผ่นดิน ได้ครบวาระการดำรงตำแหน่ง จึงได้มีการสรรหาผู้ตรวจการแผ่นดินคนใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 243 ซึ่งได้บัญญัติให้มีคณะกรรมการสรรหาจำนวน 7 คน ประกอบด้วย ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร บุคคลซึ่งที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาคัดเลือกจำนวนหนึ่งคน และบุคคลซึ่งที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเลือกจำนวนหนึ่งคน ทำหน้าที่สรรหาและคัดเลือกให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่มีเหตุทำให้ต้องมีการสรรหาบุคคลให้ดำรงตำแหน่งผู้ตรวจการแผ่นดิน มติในการคัดเลือกดังกล่าวต้องลงคะแนนโดยเปิดเผยและต้องมีคะแนนไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ในกรณีที่ไม่มีกรรมการในตำแหน่งใด หรือมีแต่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ถ้ากรรมการที่เหลืออยู่มีจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง ให้คณะกรรมการสรรหาประกอบด้วยกรรมการที่เหลืออยู่ เมื่อคัดเลือกได้บุคคลแล้ว ให้เสนอรายชื่อผู้ที่ได้รับเลือกพร้อมความยินยอมของผู้ขึ้นต่อประธานวุฒิสภา

ภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับรายชื่อดังกล่าว ให้ประธานวุฒิสภาเรียกประชุมวุฒิสภาเพื่อมีมติให้ความเห็นชอบบุคคลผู้ได้รับการคัดเลือกดังกล่าว การลงมติให้ใช้วิธีลงคะแนนลับ ในกรณีที่วุฒิสภาให้ความเห็นชอบ ให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป ในกรณีที่วุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบ ให้ส่งรายชื่อผู้นั้นกลับไปยังคณะกรรมการสรรหาพร้อมด้วยเหตุผลเพื่อดำเนินการสรรหาใหม่ หากคณะกรรมการสรรหาไม่เห็นด้วยกับวุฒิสภาและมีมติยืนยันตามมติเดิมด้วยคะแนนเอกฉันท์ ให้ส่งรายชื่อผู้นั้นให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป แต่ถ้ามติที่ยืนยันมติเดิมไม่เป็นเอกฉันท์ ให้เริ่ม

กระบวนการสรรหาใหม่ ซึ่งต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่  
มีเหตุให้ต้องดำเนินการดังกล่าว

## 2. ความผิดปกติในการสรรหาผู้ตรวจการแผ่นดินคนใหม่

ในการสรรหาผู้ตรวจการแผ่นดินคนใหม่เนื่องจากนายปราโมทย์ โชติมงคล  
ได้ครบวาระการดำรงตำแหน่งเมื่อวันที่ 12 สิงหาคม 2554 นั้น ที่ประชุมคณะ  
กรรมการสรรหาได้มีมติให้เปิดรับสมัครผู้สมควรเป็นผู้ตรวจการแผ่นดิน ระหว่าง  
วันที่ 16-22 สิงหาคม 2544 ในเวลาราชการ โดยไม่เว้นวันหยุดราชการ และ  
สมัครได้ที่สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ซึ่งปรากฏว่ามีผู้สมัครทั้งสิ้นเพียง 7 คน  
ประกอบด้วย 1. นายประวิช รัตนเพียร ประธานกรรมการบริหาร บริษัท  
การบินไทย จำกัด (มหาชน) 2. นายพินิจ พิษยภัลป์ อดีตผู้ว่าราชการจังหวัดพิจิตร  
และร้อยเอ็ด 3. นายพิพัฒน์ วงศาโรจน์ อดีตผู้ว่าราชการจังหวัดพะเยาและ  
พิษณุโลก 4. นายนิพนธ์ ชลวิทย์ อดีตรองผู้ว่าราชการจังหวัดมหาสารคาม  
5. พล.ต.ต. เกริก กัลยาณมิตร อดีตสมาชิกวุฒิสภา 6. พ.ท. (แพทย์หญิง) กมลพรรณ  
ชีวพันธ์ศรี ผู้อำนวยการศูนย์สาธารณสุข สำนักงานมัย กทม. 7. พล.ต.ต. ภาณุรัตน์  
มีเพียร รอง ผบช.น. ที่ปรึกษาองประธานรัฐสภา ในวันที่ 9 กันยายน 2554  
ที่ประชุมคณะกรรมการสรรหาได้มีมติเลือก นายประวิช รัตนเพียร ให้เป็นผู้  
ตรวจการแผ่นดิน โดยหลังจากนี้ คณะกรรมการสรรหาจะต้องเสนอผลการสรรหา  
ต่อประธานวุฒิสภาเพื่อให้บรรจุเข้าสู่วาระการประชุมวุฒิสภาและพิจารณาตั้ง  
คณะกรรมการการตรวจสอบประวัติ ความประพฤติ และพฤติกรรมทางจริยธรรม  
ของผู้ได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ตรวจการแผ่นดิน จากนั้นจึงนำเรื่องกลับเข้าสู่ที่ประชุม  
วุฒิสภาเพื่อให้วุฒิสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบ

หากดูโดยผิวเผินจะเห็นว่าการสรรหาผู้ตรวจการแผ่นดินในครั้งนี้เป็นไป  
อย่างปกติ แต่ที่จริงแล้วการสรรหาในครั้งนี้มีความผิดปกติในขั้นตอนการเปิด  
รับสมัครผู้สมควรเป็นผู้ตรวจการแผ่นดิน โดยมีการเปิดรับสมัครเพียง 7 วัน  
รวมทั้งไม่มีการประชาสัมพันธ์ให้บุคคลทั่วไปได้รับทราบอย่างทั่วถึงภายใน  
ระยะเวลาอันสมควร ทำให้บุคคลจำนวนมากที่ประสงค์จะสมัครเป็นผู้สมควรเป็น

ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่ทราบเรื่องดังกล่าว หรือทราบก็เมื่อพ้นเวลารับสมัครดังกล่าวไปแล้ว ตำแหน่งผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นตำแหน่งที่สำคัญไม่น้อยไปกว่าตำแหน่งกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ หรือกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หรือกรรมการการเลือกตั้ง หรือแม้กระทั่งสมาชิกวุฒิสภา ยิ่งไปกว่านั้น ประธานผู้ตรวจการแผ่นดินยังเป็นกรรมการสรรหาสมาชิกวุฒิสภาอีกด้วย จึงควรมีการเปิดรับสมัครในระยะเวลาที่นานพอสมควร และมีการประชาสัมพันธ์ให้บุคคลทั่วไปได้รับทราบอย่างทั่วถึงภายในระยะเวลาอันสมควร แต่การเปิดรับสมัครในครั้งนี้ได้เป็นเช่นนั้น ดังจะเห็นได้จากมีผู้มาสมัครเพียง 7 คน เฉลี่ยแล้ววันละ 1 คน

หากย้อนไปดูการสรรหาผู้ตรวจการแผ่นดินในครั้งก่อนหน้าช่วงปลายปี 2552 - ต้นปี 2553 ในครั้งนั้นมีการเปิดรับสมัครจำนวน 13 วัน ในช่วงวันที่ 25 ธันวาคม 2552 - 6 มกราคม 2553 ตั้งแต่เวลา 8.30 - 16.30 น. ไม่เว้นวันหยุดราชการ โดยมีผู้มาสมัครจำนวนทั้งสิ้น 20 คน ซึ่งเป็นผู้ที่มิชื่อเสียงเป็นที่ยอมรับนับถือเป็นส่วนใหญ่ เช่น ดร.ศรีราชา เจริญพานิช เลขาธิการผู้ตรวจการแผ่นดิน ในขณะนั้น นายประวิช รัตนเพียร อดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี นายจเด็จ อินสว่าง อดีตปลัดกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา นายสุรสิทธิ์ โกศลนาวัน อดีตกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พล.อ.อ. อติเรก จำรัสฤทธิรงค์ กรรมการตุลาการศาลยุติธรรมในขณะนั้น และพล.อ. ไวกจน์ ศรีนวล อดีตรองปลัดกระทรวงกลาโหม เป็นต้น ที่ประชุมคณะกรรมการสรรหาในครั้งนั้นได้ลงคะแนนเลือกโดยใช้วิธีลงคะแนนโดยเปิดเผย ซึ่งบุคคลที่จะได้รับเลือกต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนกรรมการสรรหาทั้งหมดซึ่งคือจำนวน 4 เสียง ในการลงคะแนนรอบที่ 1 ไม่มีบุคคลใดได้รับคะแนนเสียงตามที่กำหนด จนกระทั่งถึงรอบที่ 5 จึงปรากฏว่า ดร.ศรีราชา เจริญพานิช ได้รับคะแนนเสียงชนะ นายประวิช รัตนเพียร ด้วยคะแนน 4 ต่อ 2 เสียง จึงได้รับการเสนอชื่อให้เป็นผู้ตรวจการแผ่นดินแทน พล.อ. ชีรเดช มีเพียร ซึ่งครบวาระการดำรงตำแหน่ง จะเห็นว่าในการสรรหาครั้งนี้มีการเปิดรับสมัครถึง 13 วัน อีกทั้งยังมีการประชาสัมพันธ์ดีพอสมควร ทำให้มีผู้มาสมัครจำนวน 20 คนซึ่งคิดเป็น

เกือบ 3 เท่าของการสรรหาในครั้งล่าสุด และยังมีการเปิดเผยผลการลงคะแนนของคณะกรรมการสรรหาให้สาธารณะได้รับทราบด้วย

การสรรหาผู้ตรวจการแผ่นดินในช่วงปลายปี 2552 - ต้นปี 2553 ตามที่กล่าวมาแล้ว มีจำนวนวันที่รับสมัคร 13 วันซึ่งได้ปรับเพิ่มจำนวนวันจากการสรรหาผู้ตรวจการแผ่นดินในอีกครั้งก่อนหน้าช่วงปี 2551 ซึ่งในครั้งนั้นเปิดรับสมัครจำนวน 7 วัน ในระหว่างวันที่ 11 - 17 ก.ค. 2551 ตั้งแต่เวลา 8.30 - 16.30 น. ไม่เว้นวันหยุดราชการ และมีการประชาสัมพันธ์เป็นอย่างดี ทำให้มีผู้มาสมัครจำนวนทั้งสิ้นถึง 81 คนซึ่งคิดเป็นเกือบ 12 เท่าของการสรรหาในครั้งล่าสุด

### 3. ความเห็นและข้อเสนอนแนะ

จากข้อมูลและเหตุผลดังกล่าวข้างต้น การสรรหาผู้ตรวจการแผ่นดินในครั้งนี้มี ความผิดปกติและไม่เหมาะสมในขั้นตอนการรับสมัครทั้งในจำนวนวันรับสมัครที่ปรับลดจากครั้งก่อนหน้า 13 วัน เหลือเพียง 7 วัน และในการไม่ประชาสัมพันธ์ให้บุคคลทั่วไปได้รับทราบอย่างทั่วถึงภายในระยะเวลาอันสมควร จนทำให้มีผู้สมัครจำนวนเพียง 7 คนเท่านั้น อันทำให้น่าเชื่อได้ว่าเป็นการกระทำที่มีเจตนาให้มีการทราบเรื่องการเปิดรับสมัครสำหรับการสรรหาในครั้งนี้น้อยที่สุด เพื่อให้ผู้ที่มาสมัครซึ่งอาจเป็นบุคคลที่ได้รับการวางตัวไว้แล้วมีโอกาสได้รับเลือกเป็นผู้ตรวจการแผ่นดินมากขึ้น นอกจากนี้ยังเป็นที่น่าสังเกตว่า นายประวิช รัตนเพียร ซึ่งเป็นผู้ได้รับเลือกในครั้งนี้เคยลงสมัครมาแล้วในครั้งก่อนหน้านี โดยในครั้งนั้นคณะกรรมการสรรหาต้องมีการลงคะแนนเลือกกันถึง 5 รอบ และปรากฏว่า นายประวิช รัตนเพียร แพ้ ดร.ศรัทธา เจริญพานิช ด้วยคะแนน 2 ต่อ 4 จึงไม่ได้รับเลือก

การสรรหาผู้ตรวจการแผ่นดินในครั้งนี้มี ความผิดปกติและไม่เหมาะสมในขั้นตอนการรับสมัครดังกล่าว อีกทั้งตำแหน่งผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นตำแหน่งที่สำคัญไม่น้อยไปกว่าตำแหน่งกรรมการในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญอื่นๆ หรือแม้กระทั่งตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภา จึงขอเสนอให้สมาชิกวุฒิสภาทุกท่านได้พิจารณาตรวจสอบเรื่องนี้อย่างรอบคอบและถี่ถ้วน และหากเห็นพ้องว่ามีความ



ผิดปกติและไม่เหมาะสมในขั้นตอนการรับสมัครดังกล่าว ขอให้โปรดพิจารณาไม่ให้ความเห็นชอบกับการสรรหาในครั้งนี้เพื่อที่ประธานรัฐสภาจะได้ส่งเรื่องกลับไปยังคณะกรรมการสรรหาเพื่อดำเนินการสรรหาใหม่ตามขั้นตอนที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 243 การที่วุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบกับการสรรหาผู้ตรวจการแผ่นดินในครั้งนี้ จะเป็นตัวอย่างซึ่งเป็นสัญญาณลักษณะที่สะท้อนให้สาธารณะได้รับทราบและตระหนักว่าการสรรหากรรมการองค์กรตามรัฐธรรมนูญใดๆ หรือตำแหน่งอื่นๆ จะต้องมีการดำเนินการด้วยหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมและมีมาตรฐานในการปฏิบัติ รวมทั้งมีความโปร่งใส

๐๘๙๐๘๙๐๘

## บันทึก เรื่อง หลักกฎหมายปกครองทั่วไป\*

ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤษ\*\*

งานเขียนทางวิชาการฉบับนี้ไม่ได้เคารพรูปแบบงานเขียนในลักษณะของบทความทางวิชาการ แต่จัดทำในรูปแบบของบันทึกโดยมีการนำเสนอเรียงตามลำดับตัวเลขเพื่อให้ง่ายต่อการเรียงลำดับความคิดในเรื่องหลักกฎหมายปกครองทั่วไป ซึ่งเป็นการนำเสนอทางวิชาการที่ผู้เขียนได้เคยนำเสนอเป็นรูปบทความเผยแพร่ในเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) เป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 24 พฤษภาคม 2549 บทความฉบับดังกล่าวเป็นการกล่าวถึงการเรียกขานชื่อหลักกฎหมายทั่วไปและการพิจารณาหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษร

บันทึกฉบับนี้จึงขอนำเสนอแง่มุมของหลักกฎหมายทั่วไปในอีกมิติหนึ่ง กล่าวคือ ความหมายและตัวอย่างของหลักกฎหมายทั่วไปที่สภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส ยกขึ้นมากล่าวอ้างในคำพิพากษา โดยมีการเปรียบเทียบกับแนวคิดในเรื่องหลักกฎหมายปกครองทั่วไปในศาลปกครองของไทย ซึ่งจะเป็นการสร้างความเข้าใจก่อนที่จะนำผู้อ่านไปยังประเด็นที่ว่าตุลาการศาลปกครองไม่ได้มีเพียงหน้าที่ในการ

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 9 ตุลาคม 2554

\*\* น.บ.เกียรตินิยมอันดับสอง จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.ม. กฎหมายเอกชนและธุรกิจ จากมหาวิทยาลัยเดียวกัน, มาสเตอร์ 2 จากมหาวิทยาลัย Auvergne แห่งประเทศฝรั่งเศส (Master 2 Droits fondamentaux) ปริญญาเอกทางกฎหมายมหาชน (Doctorat en droit public : mention très honorable) จากมหาวิทยาลัยเดียวกัน, พนักงานคดีปกครอง ปฏิบัติการ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

“ค้นหา” หลักกฎหมายทั่วไปเพื่อนำมาอุดช่องว่างในกฎหมายปกครองเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่ในการ “ยืนยัน” การมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไปด้วย ซึ่งผู้เขียนได้เคยแสดงทัศนะดังกล่าวไว้แล้วในบทความเรื่อง “ตุลาการศาลปกครองกับบทบาทในการสร้างและพิจารณาหลักกฎหมายทั่วไป”<sup>1</sup> โดยในบทความดังกล่าวได้มีการกล่าวถึงบริบทในเชิงประวัติศาสตร์ที่มีผลต่อการสร้าง พัฒนา และวิเคราะห์หลักกฎหมายทั่วไปทั้งในประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย แต่ไม่ได้มีการยกตัวอย่างหลักกฎหมายทั่วไปโดยการเปรียบเทียบกับหลักอื่นๆ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและแนวโน้มของการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในศาลปกครองดังเช่นที่ทำการนำเสนอในบันทึกฉบับนี้

เค้าโครงการศึกษาเรื่องหลักกฎหมายปกครองทั่วไปตามบันทึกฉบับนี้ จึงแบ่งออกเป็นสองส่วนเพื่อความสะดวกในการทำความเข้าใจ กล่าวคือ แบ่งการศึกษาเป็นการวิเคราะห์หลักกฎหมายทั่วไปในตามกฎหมายฝรั่งเศส และตามกฎหมายไทย<sup>2</sup> ดังมีรายละเอียดดังนี้

### หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส

1. ความหมาย : หลักกฎหมายที่มีอยู่และศาลได้ยกมากล่าวอ้างแม้จะไม่มีปรากฏเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร
2. พบถ้อยคำนี้ครั้งแรกในการเขียนคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในคดี Aramu ค.ศ. 1945 สำหรับคดีที่คุ้นเคยกันดีและมีหลักกฎหมายทั่วไปปรากฏอยู่ด้วยคือ คำพิพากษาในคดี Blanco ค.ศ. 1973 ที่วางหลักในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในกรณีที่มีบุคคลกระทำการในกิจการของรัฐก่อความผิดขึ้น ซึ่งเป็นการเทียบเคียงหลักกฎหมายละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่ง (ดังนั้น จึงทำให้เกิดการศึกษาในเวลาต่อมาในเรื่องของการนำกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ในคดีปกครอง รวมทั้งแนวคิดของตุลาการศาลปกครองในการนำกฎหมายแพ่งมาพิจารณาในคดีปกครอง)

<sup>1</sup> ตีพิมพ์ในวารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 11 ฉบับที่ 2 (เมษายน - มิถุนายน 2554)

<sup>2</sup> เป็นการสรุปย่อมาจากบางส่วนวิทยานิพนธ์ระดับปริญญาเอกของผู้เขียน

3. หลักกฎหมายปกครองทั่วไปเมื่อเปรียบเทียบกับหลักอื่นๆ ที่มีความหมายใกล้เคียง

3.1 หลักกฎหมายทั่วไปกับหลักความเป็นธรรม (l'équité) - หลักความเป็นธรรมเป็นแนวคิดสืบเนื่องมาจากกฎหมายโรมันตั้งแต่สมัยกฎหมายสิบสองโต๊ะ ซึ่งมีไว้เพื่อเป็นหลักในการพิจารณาคดีและต่อมาก็พัฒนามาเป็นหลักกฎหมายที่ศาลยอมรับนับถือว่าเป็นหัวใจหลักในการพิจารณา หลักดังกล่าวมีอิทธิพลมาในระบบกฎหมายในระบบเก่าของฝรั่งเศส (ก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี 1789) ซึ่งระบบกฎหมายในช่วงเวลาดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับกษัตริย์อย่างมาก ซึ่งลักษณะดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกับการปกครองโรมันสมัยที่มีหลักนี้ขึ้นแต่แรก โดยจะนำเอาหลักความเป็นธรรมนี้มาใช้ในการพิจารณาคดีเมื่อพบปัญหาตีของกฎหมายที่มีในเรื่องดังกล่าวขัดแย้งกัน การอ้างหลักดังกล่าวทำให้กษัตริย์มีความมั่นใจในการเป็นผู้ระงับข้อพิพาทด้วยความเป็นธรรมมากขึ้น ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองและมีแนวคิดพื้นฐานในเรื่องความเท่าเทียมกันหลักเรื่องความเป็นธรรมจึงกลายมาเป็นแนวคิดในเรื่องของหลักแห่งความเท่าเทียมกัน (le principe d'égalité) แทน ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ได้ปรากฏอยู่ในมาตรา 1 ของคำประกาศสิทธิพลเมืองของฝรั่งเศส ปัจจุบันหลักแห่งความเท่าเทียมกันได้ปรากฏอยู่ในข้อตกลงระหว่างประเทศหลายประการด้วยกัน เช่น สนธิสัญญากรุงเฮก ในส่วนของการระงับข้อพิพาทว่าหากไม่มีบทบัญญัติกฎหมายนั้นไว้ ให้ศาลตัดสินไปตามหลักกฎหมายทั่วไปและหลักความเท่าเทียมกัน หรือในมาตรา 38 ที่รองรับสถานะของศาลระหว่างประเทศ ก็ได้กำหนดไว้ว่าการตัดสินคดีต้องเป็นไปด้วยความเท่าเทียมกันและความถูกต้อง (ex aequo et bono) หรือหมายถึงความเป็นธรรมนั่นเอง ปัจจุบันพบหลักนี้ได้กฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส และประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

ในส่วนของกฎหมายมหาชน ถือว่าหลักแห่งความเป็นธรรมถือเป็นพื้นฐานแห่งการชอบด้วยกฎหมาย (légitimité) ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายมหาชนสมัยใหม่ที่มีแนวคิดในการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ของมหาชน โดยหลักดังกล่าวจะเป็นการแสดงถึงการเติมเต็มทางกฎหมายที่ขาดไปเสียมิได้ในเรื่องการ

เคารพหลักในเรื่องความเท่าเทียมกัน หรืออาจกล่าวได้อีกประการว่าหลักแห่งความเป็นธรรมนี้เป็นแนวคิดทางมนุษยธรรมในการช่วยเหลือผู้อ่อนแอกว่า ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดของหลักนี้ก็คือ หลักความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย หรือ หลักความเสมอภาคของประชาชนในการได้รับการสาธารณสุขนั่นเอง

3.2 หลักกฎหมายทั่วไปกับหลักกฎหมายพื้นฐานที่ได้รับการรับรองจากบรรดากฎหมายแห่งสาธารณรัฐ (les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République)

หลักกฎหมายพื้นฐานที่ได้รับการรับรองจากบรรดากฎหมายแห่งสาธารณรัฐ เป็นหลักกฎหมายกลุ่มหนึ่งที่ได้รับการรับรองโดยการบัญญัติไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 ซึ่งตัวรัฐธรรมนูญเองก็มีได้ให้ความหมายแน่ชัดว่าหมายถึงหลักอะไรและมีขอบเขตเช่นไร ต่อมา ได้มีการตีความคดีโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในคดีหนึ่งเป็นการให้ความหมายของหลักนี้เอาไว้ว่า มีความหมายถึงบรรดากฎเกณฑ์ที่มีคุณค่าเทียบเท่ารัฐธรรมนูญที่เกิดจากการที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้กำหนดขึ้นโดยเทียบเคียงมาจากตัวบทกฎหมายที่เคยมีผลใช้บังคับในฝรั่งเศสตั้งแต่สาธารณรัฐที่ 1 (ค.ศ.1792) จนกระทั่งถึงก่อน ค.ศ. 1946 และกฎหมายดังกล่าวต้องเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ประเด็นที่ว่าหลักกฎหมายพื้นฐานที่ได้รับการรับรองจากบรรดากฎหมายแห่งสาธารณรัฐมีความคล้ายคลึงกับหลักกฎหมายทั่วไปนั้น คือประเด็นที่ว่า การเกิดขึ้นของหลักกฎหมายดังกล่าวเกิดโดยการตีความของศาลและมีบางหลักกฎหมายเป็นได้ทั้งหลักกฎหมายพื้นฐานที่ได้รับการรับรองจากบรรดากฎหมายแห่งสาธารณรัฐและหลักกฎหมายทั่วไป กล่าวคือ หลักกฎหมายพื้นฐานที่ได้รับการรับรองจากบรรดากฎหมายแห่งสาธารณรัฐเกิดโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ในขณะที่หลักกฎหมายปกครองทั่วไปเกิดจากการตีความของสภาแห่งรัฐ แต่ก็มีหลักกฎหมายบางหลักมีสถานะเป็นทั้งสองหลักกฎหมาย ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่าในกรณีดังกล่าวจะมีการให้คุณค่าของหลักนั้นๆ เช่นไร ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับกรณีที่ผู้ตีความจะพิจารณา

4. สภาวะในปัจจุบันของหลักกฎหมายทั่วไปในฝรั่งเศส : การพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในบางสาขากฎหมายเป็นไปอย่างรวดเร็วซึ่งเป็นการพัฒนาในทางตรงกันข้ามกับแนวคำพิพากษาในเรื่องดังกล่าว สาขาที่กล่าวถึงนี้คือสาขาเกี่ยวกับการจัดการบริหารงานภาครัฐ (la fonction publique)<sup>3</sup> โดยหลักแล้วการตีความหลักกฎหมายทั่วไปเป็นไปตามเวลาในขณะนั้นสถานการณ์ที่กำหนดและไม่ควรจะมีการตีความที่เคร่งครัดเกินไปนักแต่ก็ไม่ควรจะมีการตีความที่บ่งชี้และคำนึงถึงเหตุการณ์ในอนาคตมากเกินไปนัก

### หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย

1. มีการกล่าวถึง “หลักกฎหมายทั่วไป” ในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับกับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้นให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

2. นอกจากการกล่าวถึงตามข้อ 1 แล้ว ไม่พบว่ามีการเขียนถึงหลักกฎหมายทั่วไปในงานเขียนทางวิชาการใดๆ ดังนั้นจึงไม่มีการยืนยันถึงความหมายที่แท้จริงของหลักกฎหมายทั่วไปว่ามีความหมายเช่นไร ศาลฎีกาได้เคยหยิบยกถ้อยคำนี้มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีอยู่บ้าง (ราวๆ 20 คดีในศาลยุติธรรม) แต่ก็ได้เขียนให้ชัดเจนว่ามีความหมายเช่นไร แต่เป็นที่เข้าใจไปในทางเดียวกันว่าเป็นหลักกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ศาลนำมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างในกฎหมาย

3. ดังนั้น แนวคิดในเรื่องหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายไทย จึงเน้นไปในทางการที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้แล้วจึงค่อยไปแสวงหาหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อนำมาอุดช่องว่างทางกฎหมาย ซึ่งแนวคิดดังกล่าวเป็นแนวคิดที่แคบกว่าแนวคิดในเรื่องเดียวกันในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เนื่องจากในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นจะมีการหยิบยกหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อเป็นการเพิ่มคุณค่าให้กับคำพิพากษาหรือ

<sup>3</sup> เียบเคียงได้กับกลุ่มกฎหมายการบริหารงานบุคคลภาครัฐ

คำแถลงการณ์ด้วย จึงเป็นที่มาของคำกล่าวที่ว่าตุลาการไม่ได้มีเพียงหน้าที่ในการ “ค้นหา” หลักกฎหมายทั่วไป แต่มีหน้าที่ในการ “ยืนยัน” ความมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไป

4. สำหรับแนวคิดเรื่องหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง นั้น เห็นว่า เมื่อฐานของกฎหมายปกครองไทยมาจากกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสและเยอรมัน ดังนั้น การศึกษาหลักกฎหมายปกครองทั่วไปตามกฎหมายปกครองไทย จึงมีความจำเป็นอย่างหลีกเลี่ยงไม่พ้นที่จะต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปตามแนวคิดของประเทศดังกล่าวมาศึกษา

5. หลักกฎหมายทั่วไปของฝรั่งเศสเป็นแนวคิดที่พัฒนามาจากกฎหมายโรมันในเรื่องต่างๆ (ดูข้อ 3.1 ในส่วนของประเทศฝรั่งเศส) และแนวคิดจากรัฐธรรมนูญในการปกครองประเทศในแต่ละยุค (ดูข้อ 3.2 ในส่วนของประเทศฝรั่งเศส) ซึ่งลักษณะความต่อเนื่องและการพัฒนาอย่างเป็นระบบเช่นนี้ไม่พบในระบบกฎหมายของไทย กล่าวคือ ระบบกฎหมายของไทยในยุคเก่า (สมัยอยุธยา และก่อนหน้าการปฏิรูประบอบยุติธรรมในสมัยรัชกาลที่ 5) เป็นระบบกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลมาจากขอมโบราณและอินเดีย ซึ่งเน้นในเรื่องความดีและความสุจริตที่ได้รับการคุ้มครองจากศาสนา ดังจะเห็นได้จากระบบการสาบานและระบบการทรมานที่เชื่อว่าหากเป็นผู้บริสุทธิ์แล้วจะได้รับการคุ้มครองจากสิ่งศักดิ์สิทธิ์ ซึ่งลักษณะเช่นนี้เป็นลักษณะที่เทียบเคียงได้กับสภาพสังคมยุโรปในยุคกลาง (ศตวรรษที่ 15 หรือในช่วง พ.ศ. 1000) ต่อมาเมื่อมีการปฏิรูประบอบยุติธรรมและได้มีการปรับรูปแบบการจัดการทางศาลมาจากต่างประเทศ (รวมทั้งความคิดของบุคคลต่างๆที่ได้ไปศึกษาในต่างประเทศ) จึงได้มีการสังคายนาระบบกฎหมายไทยครั้งสำคัญ

6. ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าระบบกฎหมายไทยขาดการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง และแนวคิดดังกล่าวก็ยังมีผลมาจนถึงปัจจุบัน ดังที่เห็นได้จากการนำกฎหมายปกครองจากต่างประเทศมาใช้ ซึ่งก็จะทำให้เกิดปัญหาดังเช่นสมัยแรกเริ่มที่มีการนำระบบศาลยุติธรรมตามแบบอย่างของตะวันตกมาใช้ในสมัยรัชกาลที่ 5 นั้นเอง หากเป็นเช่นนั้นแล้วก็จะทำให้เข้าใจได้มากขึ้นว่าเหตุใดการศึกษาหลักกฎหมาย

ปกครองทั่วไปในกฎหมายไทยจึงจำเป็นต้องนำหลักกฎหมายปกครองทั่วไปของฝรั่งเศสมาศึกษาควบคู่ไปด้วย

7. อย่างไรก็ตาม มีได้หมายความว่าจะไม่พบหลักกฎหมายทั่วไป(แท้ๆ) ในระบบกฎหมายไทย ทั้งนี้เนื่องจากดังที่กล่าวไปแล้วว่าระบบกฎหมายไทยเน้น “หลักสุจริต” (ตามข้อ 5 ในส่วนของไทย) และหลักความเป็นธรรม แม้แนวคิดดังกล่าวจะแตกต่างกับแนวคิดของต่างประเทศในเชิงรายละเอียดก็ตาม แต่ก็ก็จะเห็นได้ว่าเป็นความคิดในทำนองเดียวกัน จึงอาจถือได้ว่าหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันมีลักษณะเช่นเดียวกับหลักกฎหมายทั่วไปที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้รับการรับรองไว้เมื่อนานมาแล้วและได้นำมาปรับใช้จนปราศจากข้อสงสัย แต่หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายฝรั่งเศสที่มีความเป็นสมัยใหม่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่ยังพบในระบบกฎหมายไทยและน่าจะต้องใช้ระยะเวลาในการที่ระบบกฎหมายไทยจะพัฒนาไปได้ถึงจุดนั้น

8. ยิ่งไปกว่านั้น การพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในไทยก็ยังเป็นเรื่องที่ค่อนข้างมีอุปสรรค เนื่องจากบุคคลผู้ใช้กฎหมายไม่ได้มีความเข้าใจอย่างถ่องแท้ในเรื่องแนวคิดของกฎหมายปกครอง ทำให้ไม่เข้าใจว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ในกฎหมายปกครองคือสิ่งใดกันแน่ ยิ่งไปกว่านั้นในระบบกฎหมายไทยเองยังไม่ได้มีธรรมเนียมการอ้างอิงหลักกฎหมายอื่นๆ เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ(รวมทั้งแนวคิดตามกฎหมายมหาชนอื่นๆ) กฎหมายแพ่ง กฎหมายระหว่างประเทศ เข้ามาพิจารณา ร่วมในการพิจารณาคดีปกครอง เหตุผลอีกประการหนึ่งที่สำคัญคือ เมื่อมีคดีเข้ามาสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองไทยแล้ว ศาลจะเน้นไปทางผลสัมฤทธิ์ของคดีเป็นสำคัญ กล่าวคือการนำเอาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้ แต่มิได้มีการอ้างอิงหลักการและทฤษฎีของกฎหมายมหาชนมาเขียนไว้ในคำพิพากษาอันจะนำไปสู่การพัฒนาของหลักกฎหมายทั่วไปมากกว่าไว้ด้วย

9. อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดได้ใช้ถ้อยคำ “หลักกฎหมายทั่วไป” ไว้ในคดีหมายเลขแดง พ.34/2550 ซึ่งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกากำหนดให้ผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมสวิตซ์ไฟฟ้าต้องเป็นไปตามมาตรฐาน พ.ศ. 2547 โดยวางหลักว่า การกำหนดกฎหมายโดยให้เนื้อหาสาระของ



กฎหมายขึ้นอยู่กับภาษา การตีความ หรือความเห็นของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเจ้าหน้าที่แต่ละคนอาจแปลภาษา ตีความ หรือให้ความเห็นแก่ผู้สอบถามหรือผู้ขอคำปรึกษาในแต่ละรายการแตกต่างกันไปตามอัตวิสัยของผู้ถามและผู้ตอบแต่ละคน ซึ่งอาจมีพื้นฐานความรู้และประสบการณ์ที่แตกต่างกันได้ ทำให้กฎหมายขาดความแน่ชัดในทางภาวะวิสัยที่จะให้ผู้ประกอบกิจการแต่ละรายยึดถือและปฏิบัติตามได้อย่างเสมอเหมือนกัน กรณีจึงเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า การกำหนดกฎหมายให้ประชาชนหรือบุคคลกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตาม หากผู้ใดฝ่าฝืนผู้นั้นจะต้องได้รับโทษ จะต้องมีความชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนหรือกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องเข้าใจได้ และจะต้องมีการประกาศกฎหมายนั้นให้ประชาชนหรือกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องได้รับทราบโดยทั่วกัน

10. ดังนั้น ตุลาการศาลปกครองจึงถือเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองไทย โดยอาจใช้วิธีศึกษาจากหลักกฎหมายทั่วไปของฝรั่งเศสแล้วนำมาวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมในการนำมาปรับใช้ในกฎหมายไทย (เนื่องจากหลักกฎหมายทั่วไปในบางเรื่องในกฎหมายฝรั่งเศสไม่สามารถนำมาใช้ในระบบกฎหมายไทยได้ในขณะนี้ เนื่องจากแนวคิดพื้นฐานแตกต่างกัน เช่น ความชัดเจนของหลักการมีส่วนร่วมในบริการสาธารณะที่เท่าเทียมกัน) ตัวอย่างในกรณีนี้ก็เช่น หลักในเรื่องความเท่าเทียมกัน สิทธิในการต่อสู้คดี การมีช่องทางในการบรรเทาทุกข์แก่ผู้เดือดร้อนเสียหาย หลักที่ว่ากฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง หลักในเรื่องอำนาจบังคับบัญชาที่ลดหลั่นลงมา ฯลฯ หรืออาจจะนำมาจากการสังเคราะห์ในกฎหมายภายในประเทศในเรื่องต่างๆ ทั้งนี้จะต้องพิจารณาตามความเหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบันด้วย

# วิวัฒนาการของหลักนิติรัฐโดยสังเขป: กรณีประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส\*

พรสันต์ เลียงบุญเลิศชัย\*\*

## 1. ความเบื้องต้น

หลักนิติรัฐ (Legal State) ถือเป็นแนวคิดทฤษฎีทางนิติศาสตร์ที่สำคัญยิ่งในประเทศที่มีระบอบการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตย สำหรับประเทศไทยเองได้ตระหนักรับรู้หลักการดังกล่าวโดยได้มีการบัญญัติอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกโดยเลือกใช้คำว่า “นิติธรรม” (Rule of Law) ไว้ใน ส่วนคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2517 และรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2549 ตามลำดับ จนกระทั่งคำว่า “นิติธรรม” นั้นได้มาปรากฏอยู่ในส่วน “เนื้อหา” ของรัฐธรรมนูญ หาชใช้เพียงแค่ส่วนของคำปรารภเช่นเดิมไม่ ในมาตรา 3 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน อันสะท้อนให้เห็นว่าแนวคิดทฤษฎีนี้หาใช่นามธรรมที่ล่องลอย ไม่มีตัวบทกฎหมายใดมารองรับ หากแต่เป็นหลักการที่ได้รับการรับรองในระดับรัฐธรรมนูญ (Constitutional Value) อันส่งผลให้รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติตาม

อย่างไรก็ดี ในสังคมไทยที่ผ่านมา ได้มีการหยิบยกหลักนิติรัฐขึ้นมา กล่าวถึงอย่างกว้างขวางและบ่อยครั้ง ทั้งจากนักการเมืองก็ดี นักวิชาการก็ดี หรือแม้กระทั่งประชาชนบุคคลทั่วไปก็ดี ด้วยความเข้าใจที่ถูกต้อง ผิดพลาด

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 9 ตุลาคม 2554

\*\* คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

คลาดเคลื่อนบ้าง ผู้เขียนจึงเห็นว่าอาจเป็นการตีหากเราจะได้ทราบถึงวิวัฒนาการของแนวคิดดังกล่าวซึ่งมีจุดกำเนิดมาจากต่างประเทศ เพราะอย่างน้อยก็สามารถทำให้เราได้เข้าใจว่าโดยแท้จริงแล้ว “หลักนิติรัฐ” มีที่มาที่ไปอย่างไร? มีความหมายเช่นไร? อันนำไปสู่ความเข้าใจที่ถูกต้องในท้ายที่สุดนั่นเอง

## 2. วิวัฒนาการของหลักนิติรัฐในประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส โดยสังเขป

หลักนิติรัฐถือกำเนิดขึ้นมาในประเทศเยอรมันโดยในหมู่ของนักวิชาการทางด้านกฎหมายในประเทศเยอรมันเองก็ยังมีถกเถียงกันอยู่พอสมควรว่าใครเป็นผู้นำเอาความคิดว่าด้วย “รัฐที่อยู่ภายใต้ตัวบทกฎหมาย” หรือ “Rechtsstaat” มาอธิบายขยายความจนเป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายเป็นคนแรก บ้างก็กล่าวว่าสองคนแรกที่น่าเอาหลักการดังกล่าวมาพูดถึงคือ Robert von Mohl<sup>1</sup> และ Friedrich Julius Stahl<sup>2</sup> บ้างก็กล่าวว่าเป็นนักปรัชญาผู้โด่งดังอย่าง Immanuel Kant ที่ได้กล่าวถึงหลักนิติรัฐไว้ในงานเขียนของท่าน<sup>3</sup> แต่ไม่ว่าจะเป็นผู้ใดที่ได้อธิบายหลักการดังกล่าวขึ้นก่อนหรือหลัง แต่วัตถุประสงค์ของนักวิชาการทั้งสามต่างก็มีวัตถุประสงค์เดียวกันนั่นก็คือ การควบคุมมิให้ผู้ปกครองรัฐใช้อำนาจไปตามอำเภอใจตามอำเภอใจอันเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้โดยไม่มีเหตุมีผลอันควร ทั้งนี้แนวความคิดว่าด้วยหลักนิติรัฐได้รับอิทธิพลมาจากความคิดด้านเสรีนิยมภายหลังจากที่ได้เกิดจากปฏิวัติครั้งใหญ่ขึ้น ณ ประเทศฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 1789<sup>4</sup>

<sup>1</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม”, นิติรัฐ นิติธรรม, หน้า 321.

<sup>2</sup> Alain Laquière, État De Droit and National Sovereignty in France, 261 the Rule of Law History, Theory and Criticism. Vol 80 (2007).

<sup>3</sup> Maria Luisa Fernandez Esteban, the Rule of Law in the European Constitution 81 (Kluwe Law International, 1999).

<sup>4</sup> กมลชัย รัตนสากววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, กรุงเทพฯ (โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย: 2544) หน้า 106.

หากสืบสาวราวเรื่องแล้วจะเห็นว่า ในยุคหนึ่งราวช่วงศตวรรษที่ 18 หลักนิติรัฐมีความเชื่อมโยงกับแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติที่ว่าด้วยเรื่อง “สิทธิธรรมชาติ” (Natural Rights) อันหมายถึง เมื่อคนเราเกิดมาเป็นมนุษย์แล้วฉันใด เราย่อมต้องมีสิทธิต่างๆ ติดตัวมาตามธรรมชาติ เช่น สิทธิในชีวิตและร่างกายของเรา เป็นต้น ต่อมาจึงได้มีการคิดและตีความถึงสิทธิธรรมชาติดังกล่าวนี้ โดยนักวิชาการต่างๆ มีการคิดถึงหลักเหตุและผลว่าเมื่อเราเกิดเป็นมนุษย์แล้วเราพึงต้องมีสิทธิในเรื่องใดๆ บ้าง อันนำไปสู่การพัฒนาไปเป็นหลักสิทธิมนุษยชน (Human Rights) สิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) และขยายรวมถึงสิทธิในทางทรัพย์สินด้วย ดังนั้น หากผู้ปกครองซึ่งในเวลาดังกล่าวคือพระมหากษัตริย์ จะใช้อำนาจไปในทางการปกครองเหนือตัวประชาชนและทรัพย์สินแล้ว จะต้องผูกพันกับตัวบทกฎหมายและสามารถถูกตรวจสอบโดยศาลได้<sup>5</sup> แต่เมื่อครั้นมาสู่ช่วงศตวรรษที่ 19 ความเข้าใจในหลักนิติรัฐมีอันต้องเบี่ยงเบนไปเมื่อสำนักความคิดทางกฎหมายแบบปฏิฐานนิยม (Legal Positivism) ได้เข้ามามีบทบาทสูง ส่งผลให้หลักนิติรัฐซึ่งแต่เดิมได้ตระหนักในตัวสารัตถะแห่งสิทธิตามธรรมชาติดีอันต้องเปลี่ยนไปให้ความสนใจในตัวบทกฎหมายเป็นหลักเสียมากกว่า กล่าวคือ ตามความคิดของสำนักความคิดทางกฎหมายแบบปฏิฐานนิยม หรือที่เรียกว่า “สำนักคิดที่ยึดถือเอาตัวบทกฎหมายที่ตราขึ้นโดยผู้มีอำนาจสูงสุดเป็นหลัก” กฎหมายที่ถูกตราขึ้นถือเป็นที่สุดและเป็นความยุติธรรมที่แท้จริง จึงนำไปสู่แนวความคิดที่ว่าสิทธิตามที่กฎหมายได้กำหนดขึ้นต่างหากเป็นสิทธิที่แท้จริงและจับต้องได้ แต่สิทธิธรรมชาติตามแนวคิดของสำนักความคิดทางกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ (School of Natural Law) เป็นสิ่งที่เป็นามธรรมอันจับต้องมิได้ ความเชื่อตามสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติว่าด้วยเรื่องกฎหมายธรรมชาติและสิทธิธรรมชาติต่างหากจะส่งผลต่อความแน่นอนของกฎหมาย (Legal Certainty)<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Maria Luisa Fernandez Esteban, *the Rule of Law in the European Constitution* 82 (Kluwe Law International, 1999).

<sup>6</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 324.

จากแนวคิดของสำนักคิดปฏิฐานนิยมข้างต้นจึงเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงหลักนิติรัฐในช่วงเวลาดังกล่าวที่เน้นไปในเชิงรูปแบบ (Formal Feature) เท่านั้น มิได้มีการมุ่งเน้นไปในเชิงเนื้อหา (Substantive Feature) อย่างสำนักคิดกฎหมายธรรมชาติที่มุ่งเน้นไปที่ตัวสิทธิของมนุษย์ การณ์นี้จึงนำไปสู่ภาวะความคลาดเคลื่อนไปของการควบคุมการใช้อำนาจรัฐในหลักนิติรัฐ กล่าวคือ แทนที่โดยระบบแล้วจะต้องเป็นการเน้นไปที่การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของตัวปัจเจกชนเป็นสิ่งสำคัญ แต่กลับไปยึดติดกับตัวกฎหมายที่มีได้มีการกล่าวถึงตัวเนื้อหาของสาระของมันเสียเลยว่าจะมีความยุติธรรมหรือไม่อย่างไรในความเป็นจริง<sup>7</sup> ดังนั้น หลักนิติรัฐของประเทศเยอรมันในยุคนี้จึงได้มีการเรียกขานกันเป็นภาษาเยอรมันว่า “Gesetzesstaat” (Statutory State)<sup>8</sup> แทนที่จะเป็น “Rechtsstaat” เหมือนที่เราเรียกขานกันในปัจจุบัน ทั้งนี้เนื่องจากคำว่า “Gesetz” หมายถึง กฎหมาย (กฎหมายที่ถูกต้อง)<sup>9</sup> ซึ่งมีความแตกต่างกับคำว่า “Recht” อยู่เพียงเล็กน้อยที่สามารถหมายถึง กฎหมาย หรือ “สิทธิ” ได้ด้วย จึงเป็นการสรุปได้ว่าในช่วงศตวรรษที่ 19 หลักนิติรัฐถูกเข้าใจและพัฒนาไปในทางด้านกรปกครองโดย “ตัวกฎหมาย” (Rule by Law) เท่านั้น มิได้เข้าไปดูเนื้อหาในตัวกฎหมายนั้นเลยว่ามีมุ่งเน้นไปในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนหรือไม่ มีความยุติธรรมหรือไม่

หลัก “นิติรัฐในเชิงรูปแบบ” ได้ถูกหยิบยกไปอ้างอิงและกล่าวถึงจากนักการเมืองและนักวิชาการต่างๆ มากมาย จนท้ายที่สุดแล้ว ในช่วงยุคสงครามโลกครั้งที่ 2 อันถือได้ว่าเป็นยุคเรืองอำนาจของพรรคนาซี (Nazi) โดย ณ เวลานั้นอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ (Adolf Hitler) ขึ้นครองอำนาจ ในยุคนี้เองฮิตเลอร์มีการใช้ตัวกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาในการเช่นฆ่าผู้คนเยี่ยงผักปลา<sup>10</sup> จึงนำไปสู่การถกเถียงกันในความหมายของหลักนิติรัฐอีกคราหนึ่งภายหลังจากเมื่อสิ้นสุด

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้าเดียวกัน.

<sup>8</sup> Michael Stolleis and Thomas Dunlop, A History of Public Law in Germany 1914-1945 353 (Oxford University Press, 2004).

<sup>9</sup> Id.

<sup>10</sup> Id.

สงครามโลกครั้งที่ 2 ไปแล้วว่ในแท้ที่จริงแล้ว “หลักนิติรัฐ” มีนัยเป็นเช่นไร นักกฎหมายบางท่านกล่าวว่ายุคที่ฮิตเลอร์ปกครองประเทศเยอรมันถือได้ว่าเป็นยุคของการใช้หลักนิติรัฐในการปกครองประเทศโดยแท้จริง<sup>11</sup> ในขณะที่นักวิชาการฝ่ายเสรีนิยมได้กล่าวโจมตีอย่างหนักหน่วงกลับแนวคิดข้างต้น จนส่งผลให้มีการหันเข้ามาให้ความสำคัญและตระหนักในส่วนเนื้อหาของเนื้อหาในตัวบทกฎหมายด้วย กล่าวคือ ในตัวเนื้อหาของกฎหมายเองจำต้องมีเนื้อความที่มีลักษณะของการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ประสิทธิภาพของกฎหมาย ยุติธรรม อันมีลักษณะของมิติในทางสังคม (Social Aspect)<sup>12</sup> และทางด้านของประชาธิปไตย (Democratic Aspect) มากขึ้น รัฐไม่สามารถที่จะใช้อำนาจตามอำเภอใจและไร้ขอบเขตได้อีกต่อไป โดยการควบคุมและกำกับดูแลของรัฐธรรมนูญ อันเป็นกฎเกณฑ์กติกาสูงสุดของประเทศ ซึ่งมีศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ในการตรวจสอบ<sup>13</sup>

อนึ่ง หลักการที่มีได้มุ่งเน้นแต่เพียงรูปแบบด้วยการยึดแนวคิดที่ว่าในตัวบทกฎหมายให้อำนาจและใช้บังคับอย่างเดียว หากแต่ต้องไปพิจารณาและคำนึงถึงเนื้อหาของตัวบทกฎหมายอันมีองค์การตุลาการเข้ามาปกป้องรักษามีให้รัฐเข้ามาล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนี้ มีนักวิชาการบางท่านให้คำจำกัดความว่าเป็น “หลักนิติรัฐประชาธิปไตย” (Democratic Rechtsstaat)<sup>14</sup> อันมีแนวคิด

<sup>11</sup> Id. at P.102.

<sup>12</sup> Werner Birkenmaier, the Rule of Law: “Rechtsstaat”-the Rule of Law in the Federal Republic of Germany-its Significance, Principles, and Harzards 61 (Konrad-Adenauer-Stiftung, 1997).

<sup>13</sup> Id. See Wolfgang Horn, the Rule of Law: Rule of Law and the Social State.

<sup>14</sup> Karlo Tuori นักวิชาการทางด้านกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัยเฮลซิงกิ (University Helsinki) ประเทศฟินแลนด์ ได้ทำการจำแนกแจกแจงหลักนิติรัฐ หรือ Rechtsstaat ออกเป็น 4 รูปแบบด้วยกันดังนี้ 1. นิติรัฐแบบเสรีนิยม (Liberal Rechtsstaat) 2. นิติรัฐเชิงรูปแบบ (Formal Rechtsstaat) 3. นิติรัฐเชิงเนื้อหา (Substantive Rechtsstaat) และ 4. นิติรัฐประชาธิปไตย (Democratic Rechtsstaat)

พื้นฐานที่เป็นกรอบในการปกครองประเทศอย่างน้อย 3 ประการดังต่อไปนี้<sup>15</sup>

1. ต้องยึดหลักรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) อันเป็นการกำหนดและสถาปนา “กฎหมายของบรรดากฎหมายทั้งปวง”
2. ต้องยึดหลักประชาธิปไตย และ
3. เคารพในสิทธิมนุษยชน (Human Rights)

ถึงแม้ว่าภายหลังจากที่มีการถกเถียงและนำไปสู่การนิยามหลักนิติรัฐใหม่ในประเทศเยอรมันแล้วก็ตาม หลักการดังกล่าวก็ยังถือได้ว่ายังไม่มีความชัดเจนเท่าใดนัก หากแต่หลักนิติรัฐกลับชัดเจนมากขึ้นผ่านการพิจารณาพิพากษารรคดีต่างๆ โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ (Bundesverfassungsgericht : Federal Constitutional Court) กล่าวคือ ศาลได้มีการอธิบายขยายความพร้อมวางหลักเกณฑ์ของหลักนิติรัฐไว้ในเนื้อหาของคำวินิจฉัยศาลในคดีต่างๆ ว่า ตามหลักนิติรัฐแล้วจำต้องยึดหลักการอะไรบ้างและจำต้องมีการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนดังต่อไปนี้เป็นอย่างน้อย<sup>16</sup>

1. หลักการปกครองโดยเสียงข้างมากตามระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย
2. หลักการตามกฎหมายเลือกตั้งที่มีการบัญญัติไว้
3. หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)
4. หลักการรับรองและคุ้มครองสิทธิในการโต้แย้ง (Right of Opposition)
5. หลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย
6. หลักความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของภาครัฐ (Lawfulness in administration)

<sup>15</sup> Maria Luisa Fernandez Esteban, the Rule of Law in the European Constitution 86 (Kluwe Law International, 1999).

<sup>16</sup> Werner Birkenmaier, the Rule of Law : “Rechtsstaat”- the Rule of Law in the Federal Republic of Germany-its Significance, Principles, and Harzards 61 (Konrad-Adenauer-Stiftung, 1997).

7. หลักสิทธิมนุษยชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักความเสมอภาค
8. หลักสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม
9. หลักการคุ้มครองประชาชนที่จะไม่ถูกจับกุมคุมขังโดยไม่ชอบด้วย

กฎหมาย

10. หลักไม่โทษ หากไม่มีกฎหมาย (No Punishment without Law)
11. หลักห้ามตรากฎหมายย้อนหลัง และ
12. หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยองค์การตุลาการ

(Right to a Court Hearing)

นอกจากประเทศเยอรมันที่ถือได้ว่าเป็น “ประเทศต้นแบบของหลักนิติรัฐ” ในภาคพื้นยุโรป ประเทศฝรั่งเศสเองก็เป็นประเทศหนึ่งที่ได้ตระหนักถึงหลักการทำนองเดียวกัน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลทางประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของประเทศตนเองก็ระบอบกษัตริย์ที่ใช้อำนาจไปตามอำเภอใจ อันเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน กอปรกับได้เห็นการเข้าครองอำนาจของฮิตเลอร์ในประเทศเยอรมันว่า แม้ตัวฮิตเลอร์เองจะเข้ามาสู่อำนาจด้วยกระบวนการทางประชาธิปไตยก็ตาม<sup>17</sup> แต่ในขณะเดียวกันกลับอาศัยวิถีทางของประชาชนดังกล่าวเช่นฆ่าประชาชนด้วยการตรากฎหมายต่างๆ มาเพื่อให้อำนาจในการดำเนินการ<sup>18</sup> ถือเป็นสิ่งที่ไม่อันตรายเป็นอย่างยิ่ง ฉะนั้น จึงเป็นการนำไปสู่การสร้างหลักนิติรัฐ (Etat De Droit) ขึ้นในประเทศฝรั่งเศสเฉกเช่นเดียวกัน

สำหรับประเทศฝรั่งเศสเองถึงแม้ว่าจะมิได้เป็นประเทศแรกที่ประดิษฐ์คิดค้นหลักหลักนิติรัฐอย่างประเทศเยอรมัน แต่หากเข้าไปศึกษาแล้วก็จะพบว่า มีแนวคิดในการควบคุมการใช้อำนาจของภาครัฐเช่นเดียวกันโดยไล่เรียงลำดับมาตั้งแต่การใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ลงมาจนกระทั่งเจ้าหน้าที่ของรัฐ กล่าวคือ การใช้อำนาจ หรือการกระทำใดๆ จำต้องถูกควบคุมโดยต้องอยู่บนพื้นฐานของการ

<sup>17</sup> จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “หลักนิติธรรม (the Rule of Law) กับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมในสังคมไทย”, นิติรัฐ นิติธรรม, หน้า 278.

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน หน้าเดียวกัน.



รับรองตามตัวบทกฎหมาย แนวคิดดังกล่าวถูกเรียกขานว่า Règne de la Loi<sup>19</sup> ซึ่งหากจะแปลเป็นภาษาไทยก็คงจะตรงกับคำว่า “การปกครองด้วยตัวบทกฎหมาย” นั่นเอง<sup>20</sup> หลัก Règne de la Loi นี้เกิดขึ้นมาจากการปฏิวัติครั้งใหญ่ในฝรั่งเศส (French Revolution) ในปี ค.ศ. 1789 โดยหลักการดังกล่าวมีสาระว่า กรณีพระมหากษัตริย์รวมตลอดไปจนถึงขุนนางและเจ้าหน้าที่ของรัฐใดๆ ก็ตาม หากจะมีการใช้อำนาจในทางปกครองหรือกระทำการใดๆ จะสามารถใช้อำนาจหรือกระทำได้ตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้เท่านั้น<sup>21</sup> ทั้งนี้ การใช้อำนาจและการกระทำการดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามกระบวนการ (Procedure) และเงื่อนไขที่กฎหมายที่กำหนดเอาไว้ด้วย<sup>22</sup> จากหลักการนี้เองนำไปสู่การสถาปนา 2 หลักการขึ้นอันได้แก่<sup>23</sup>

1. เป็นการสถาปนาการปกครองในรูปแบบ “ธรรมนุญธิปไตย” (Nomocracy) อันหมายถึง การปกครองโดยตัวบทกฎหมาย การกระทำใดๆ ของรัฐจะต้องเป็นไปตามกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาอันประกอบไปด้วยตัวแทนของประชาชน ทั้งนี้ มองว่ากฎหมายที่ถูกตราขึ้นเป็นการตราขึ้นโดยเจตจำนงค์ของประชาชน กฎหมายที่ออกมาจึงมีลักษณะที่มีเหตุผล (Ratio) การณ์นี้จึงส่งผลให้เป็นการรับรองและคุ้มครองในเสรีภาพของประชาชนนั่นเอง<sup>24</sup>

2. เป็นการสถาปนารูปแบบของการปกครองที่การกระทำของรัฐไม่สามารถกระทำได้ตามอำเภอใจ หากแต่ขึ้นอยู่กับประชาชนที่เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการตราตัวบทกฎหมาย ท้ายที่สุดแล้วแนวคิดนี้ถูกนำไปบัญญัติไว้ใน

<sup>19</sup> หลัก Règne de la Loi นี้เอง นักวิชาการในประเทศเบลเยียมท่านหนึ่งได้กล่าวว่าเป็นหลักที่เกิดขึ้นก่อนหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ของประเทศเยอรมันเสียอีก

<sup>20</sup> Maria Luisa Fernandez Esteban, *the Rule of Law in the European Constitution* 75 (Kluwe Law International, 1999).

<sup>21</sup> Id.

<sup>22</sup> Id.

<sup>23</sup> Id.

<sup>24</sup> Id.

ประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองอีกด้วย<sup>25</sup>

อย่างไรก็ดี หลักการนี้ต่อมาถูกเรียกเสียใหม่ว่าหลัก Etat Légal ซึ่งแปลเป็นภาษาไทยว่ารัฐที่ปกครองโดยตัวบทกฎหมาย<sup>26</sup> แต่กระนั้นก็ดี ความหมายของหลักการควบคุมการจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองนี้กลับถูกวิพากษ์วิจารณ์พอสมควร เนื่องมาจากเป็นการเน้นไปในส่วนที่เป็นแง่รูปแบบเสียมากกว่าที่จะเป็นเน้นไปในทางแง่ของเนื้อหา กล่าวอีกนัยหนึ่ง หลัก Etat Légal นี้ คือ หลักการที่ถือว่าตัวบทกฎหมายที่ออกมาโดยฝ่ายนิติบัญญัติเป็นใหญ่ ไม่ว่าจะมีความเป็นเช่นไรก็ตามที่ถือเป็นฐานอำนาจอันชอบธรรมให้กับทางฝ่ายบริหารในฐานะของผู้ปกครองประเทศในการที่จะปกครองประเทศได้<sup>27</sup> การมีความเชื่อทำนองนี้จึงส่งผลให้เกิดระบบของการปกครองผ่านตัวบทกฎหมาย (Rule by Law) โดยมิได้สนใจว่ากฎหมายจะเข้าไปรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่แต่อย่างใด จึงเป็นที่มาของการคิดและพัฒนาไปสู่หลักนิติรัฐในความหมายปัจจุบัน (Etat De Droit) ที่ประเทศฝรั่งเศสยึดถือและปฏิบัติอยู่ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 1<sup>28</sup>

หลักนิติรัฐในความหมายปัจจุบันของประเทศฝรั่งเศส หรือ Etat De Droit ถือได้ว่าเป็นแนวคิดเสริม (Supplement) หลัก Etat Légal ที่เกิดขึ้นในยุคสาธารณรัฐที่ 3 ที่ยึดถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) ให้มีความครอบคลุมมากขึ้นในการควบคุมการใช้อำนาจของผู้ปกครอง

<sup>25</sup> มาตรา 5 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 บัญญัติไว้ว่า “กฎหมายจะห้ามได้ก็แต่เฉพาะการกระทำที่ส่งผลร้ายต่อสังคมเท่านั้น สิ่งใดที่กฎหมายมิได้ห้ามไว้การนั้นจะถูกห้ามมิให้ทำไม่ได้ และไม่มีผู้ใดที่จะถูกบังคับให้จำต้องกระทำการใดๆ หากกฎหมายมิได้กำหนดไว้ให้ต้องกระทำ”

<sup>26</sup> Michel Rosenfeld, the Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy, 74 South Calif L. Rev. 1330 (2001).

<sup>27</sup> Laurent Pech, Rule of Law in France 16 (Peerenboom Publishing 2004).

<sup>28</sup> Id.

ที่อาจใช้ไปตามอำเภอใจได้<sup>29</sup> เป็นการจัดการสิทธิเสรีภาพของประชาชนผ่านตัวบทกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ซึ่งเป็นแต่เพียงการกล่าวอ้างว่าถูกต้องในแง่รูปแบบเท่านั้น แต่ในแง่เนื้อหาสาระกลับมองข้ามไปอย่างไม่บังควร กฎหมายแทนที่จะเข้ามาช่วยปกป้องรักษาประชาชนจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้ปกครองกลับเข้ามาทำร้ายประชาชนในฐานะของผู้ถูกปกครองเสียเอง ดังนั้นหลัก Etat De Droit จึงให้ความสำคัญไปที่ตัวเนื้อหาของตัวบทกฎหมายประกอบกับการตรากฎหมายด้วยว่าเนื้อหา มีลักษณะของการเข้าไปล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) ของประชาชนหรือไม่ หากปรากฏว่ามีลักษณะของการเข้าไปล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว การปกครองโดยใช้ตัวบทกฎหมายทำนองนี้ไม่ใช่การปกครองที่เป็นไปตามหลักนิติรัฐโดยแท้จริง ทั้งนี้เป็นไปตามการให้คำนิยามหลักนิติรัฐ (Etat De Droit) ผ่านงานเขียนของศาสตราจารย์ทางด้านกฎหมายอันเลื่องชื่อของประเทศฝรั่งเศส การ์เร่ เดอ มาลแบร์ (Carré de Malberg) อันมีใจความสำคัญว่า “หลักนิติรัฐ หมายถึง การปกครองที่รัฐยอมตนเองอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายและยอมปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของตัวบทกฎหมายอันมีบทบัญญัติอันเป็นการรับรองสิทธิเสรีภาพต่างๆ ของประชาชน”<sup>30</sup>

### 3. บทสรุป

จากพัฒนาการของหลักนิติรัฐทั้งในประเทศเยอรมันก็ดี หรือประเทศฝรั่งเศสก็ดี สะท้อนให้เห็นว่าแนวคิดนี้ในเบื้องต้นถือกำเนิดเกิดขึ้นเพื่อควบคุมวิธีการ (Method) หรือกระบวนการ (Procedure) ของการใช้อำนาจรัฐไม่ว่าจะด้วยเจตจำนงที่ดี หรือไม่ก็ตามที ให้อยู่บนพื้นฐานของความถูกต้องชอบธรรมผ่านรูปแบบของ “กฎหมาย” อันนำไปสู่หลัก “ความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย”

<sup>29</sup> See Georg Nolte, *European and US Constitutionalism (Science and Technology of Democracy)*, 174 (Council of Europe Publishing 2005).

<sup>30</sup> จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “หลักนิติธรรม (the Rule of Law) กับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมในสังคมไทย”, นิติรัฐ นิติธรรม, หน้า 278.

(Supremacy of Law) ที่ถือเป็นหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐาน (Fundamental Element) ทั้งนี้ก็เพื่อปฏิเสธการสร้างความชอบธรรมให้กับแนวคิดที่ว่า “จะกระทำด้วยวิธีการใดก็ได้ หากเป้าหมายของเราดีก็เพียงพอแล้ว” (the End justifies the Means)

ข้อสังเกตประการหนึ่งที่ได้จากการศึกษาที่มาที่ไปของหลักนิติรัฐของประเทศเยอรมันและฝรั่งเศสตามที่ได้กล่าวมาแล้วในช่วงต้นจะเห็นว่ามีความคล้ายคลึงกันในจุดหนึ่ง กล่าวคือ ก่อนที่ทั้งสองประเทศนี้จะกลายเป็น “นิติรัฐ” ที่แท้จริง (Rule of Law) อันมีวัตถุประสงค์หลักในการเข้าไปจำกัดการใช้อำนาจรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามวิถีของระบอบประชาธิปไตยจนทำให้หลายๆ ประเทศยึดถือเป็น “ประเทศต้นแบบ” ของหลักนิติรัฐเฉกเช่นทุกวันนี้ เขาได้ผ่านสภาวะการณ์หนึ่งๆ ที่เรียกว่า “การปกครองโดยตัวบทกฎหมาย” (Rule by Law) ซึ่งมีได้เข้าไปมุ่งพิจารณาเลยว่ากฎหมายจะมีเนื้อหาสาระเช่นไร มีการบังคับใช้อย่างเท่าเทียม (Equality) และจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากจนเกินกว่าเหตุหรือไม่สภาวะการณ์ดังกล่าวอาจส่งผลให้หลายๆ คนเข้าใจผิดคิดคลาดเคลื่อนไปว่า “นี่คือการปกครองโดยยึดหลักนิติรัฐ เพราะมีกฎหมายเป็นฐานอำนาจให้กระทำได้” อันเป็นแนวคิดที่ผิดและอันตรายเป็นอย่างมาก กล่าวคือ หากยึดถือแนวคิดดังกล่าวว่าเป็นหลักนิติรัฐแล้ว ก็คงจะมีได้แตกต่างจากรัฐตำรวจ (Polizeistaat) เสียเท่าใด เพียงแต่มีการปรับเปลี่ยนวิธีการ กระบวนการ หรือ “เครื่องมือ” ในการประหัตประหารผู้คนจากวิธีการใดๆ ก็ได้ มาสู่รูปแบบของ “ตัวบทกฎหมาย” เท่านั้น นี่คือประเด็นสำคัญที่ประเทศไทยซึ่งกำลังเริ่มสถาปนาหลักนิติรัฐต้องพึงระวัง หากเราไม่ไปสับสนหลงผิดและก้าวข้ามสภาวะการณ์ “การปกครองโดยตัวบทกฎหมาย” (Rule by Law) อันเป็นสาเหตุหนึ่งของการนำไปสู่ระบอบการปกครองแบบ “ประชาธิปไตยไม่เสรี” (Illiberal Democracy) ได้ ความหวังที่ประเทศไทยจะเป็น “นิติรัฐโดยแท้จริง” ตามที่ได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นก็คงไม่ใช่เรื่องยากมากนัก

กรณีศึกษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่ง  
 ทางการเมืองมีคำพิพากษาลงโทษจำคุก  
 พ.ต.ท.ดร.ทักษิณ ชินวัตร 2 ปี  
 ต่อมาศาลแพ่งพิพากษาให้การซื้อขายที่ดินที่รัชดาภิเษก  
 เป็นโมฆะกรณีนี้ จะขอรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ไม่ได้ \*

เฉลิมพล สุมนไพรหม\*\*

สืบเนื่องมาจากกรณีที่มีข่าวแพร่สะพัดไปทั่วโลกถึงกรณีที่พรรคเพื่อไทยจะ  
 ให้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองทำการรื้อฟื้นคดีที่ศาล  
 มีคำพิพากษาลงโทษจำคุกพันตำรวจโท ดร.ทักษิณ ชินวัตร เป็นเวลา 2 ปี ขึ้นมา  
 ใหม่ โดยอ้างเหตุการณ์ที่ศาลแพ่งมีคำพิพากษาให้นิติกรรมการซื้อขายที่ดินที่ถนน  
 รัชดาภิเษกแปลงพิพาท ระหว่างกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการ  
 เงิน ธนาคารแห่งประเทศไทย กระทรวงการคลัง กับคุณหญิงพจมาน ชินวัตร ให้  
 ตกเป็นโมฆะ ด้วยการกล่าวอ้างว่าเมื่อการซื้อขายที่ดินดังกล่าวตกเป็นโมฆะ  
 ย่อมต้องแสดงว่าไม่เคยมีการซื้อขายที่ดินถนนรัชดาภิเษกเกิดขึ้น

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 9 ตุลาคม 2554

\*\* นักศึกษาปริญญาเอก สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ประธานนักศึกษาโครงการ  
 ปรัชญาดุสิตบัณฑิตทางสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, นายกสมาคมปรัชญาดุสิต  
 บัณฑิตทางสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, อุปนายกสมาคมศิษย์เก่ามหาวิทยาลัย  
 รามคำแหง, ประธานนักศึกษาหลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน  
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ รุ่น 10

เรื่องเดิมมีอยู่ว่า นายวีระ สมความคิด เลขาธิการเครือข่ายประชาชนต้านคอร์รัปชัน ได้เป็นผู้นำเรื่องในคดีดังกล่าว เสนอต่อกองปราบปรามแต่ไม่เป็นผล ต่อมาภายหลังจากการทำรัฐประหาร ในวันที่ 19 กันยายน 2549 โดยคณะกรรมการปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และได้มีการออกประกาศฉบับที่ 30 ลงวันที่ 30 กันยายน 2549 แต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐขึ้น

ทำให้นายวีระ สมความคิด ได้มีโอกาสนำเรื่องดังกล่าวเสนอต่อคณะกรรมการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ หรือ “คตส.” ในที่สุด คตส. ได้รับเรื่องคดีนี้ไว้พิจารณา จากนั้นได้ทำการแต่งตั้งให้นายนวม ยิ้มแย้ม เป็นประธานผู้รับผิดชอบสำนวนคดีนี้ เพื่อทำการไต่สวน จนในที่สุดคณะกรรมการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ มีคำสั่งชี้มูลความผิด ว่า “พันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร และคุณหญิงพจมาน ชินวัตร เป็นผู้กระทำความผิดในคดีนี้โดยกล่าวหาว่า ในฐานะเป็นเจ้าพนักงานของรัฐร่วมกัน เป็นคู่สัญญาหรือมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับหน่วยงานของรัฐ ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นเจ้าพนักงานของรัฐซึ่งมีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบหรือดำเนินคดี และเป็นเจ้าพนักงานและสนับสนุนเจ้าพนักงานที่มีหน้าที่จัดการหรือดูแลกิจการใด เข้าไปมีส่วนได้เสียเพื่อประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น ซึ่งถือว่าได้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 100 (1) วรรค 3 ซึ่งต้องมีโทษตามมาตรา 122 ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 33, 83, 86, 91, 152 และ 157”

ซึ่งในที่สุดคณะกรรมการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ได้ส่งเรื่องไปยังสำนักงานอัยการสูงสุดแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เพื่อพิจารณาสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องต่อศาลศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองต่อไป ในที่สุดพนักงานอัยการสูงสุดแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้มีคำสั่งฟ้อง พันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร และคุณหญิงพจมาน ชินวัตร ต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในความผิดดังกล่าวข้างต้น ศาลได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาตามขั้นตอน

และนัดฟังคำพิพากษาในวันที่ 11 สิงหาคม 2551

สุดท้าย พันตำรวจโท ดร.ทักษิณ ชินวัตร และคุณหญิงพจมาน ชินวัตร ได้ตัดสินใจไม่ไปศาลเพื่อฟังคำพิพากษาโดยที่ทั้งสองได้ตัดสินใจเดินทางไปกรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ ด้วยเหตุนี้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจึงได้ออกหมายจับ พันตำรวจโท ดร.ทักษิณ ชินวัตร และคุณหญิงพจมาน ชินวัตร เพื่อจะนำตัวมาฟังคำพิพากษา

ในที่สุด เมื่อวันที่ 21 ตุลาคม 2551 เวลา 14.00 น. ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง โดยนายทองหล่อ โฉมงาม ผู้พิพากษาอาวุโส ในศาลฎีกาพร้อมองค์คณะ ออกนั่งบัลลังก์อ่านคำพิพากษา ลับหลังจำเลยทั้งสอง แล้วพิพากษาว่า พันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร จำเลยที่ 1 มีความผิดตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 100 (1) วรรค 3 และมาตรา 122 วรรค 1 ให้ลงโทษจำคุก 2 ปี ส่วนความผิดฐานอื่นและคำขออื่นนอกจากนี้ให้ยก และยกฟ้องโจทก์สำหรับจำเลยที่ 2 กาลเวลาได้ผ่านพ้นไปประมาณเกือบ 3 ปี นับแต่ศาลมีคำพิพากษา

ต่อมาเมื่อวันที่ 7 กันยายน 2554 พันเอก ดร.อภิวัฒน์ วิริยะชัย สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อของพรรคเพื่อไทย ได้ออกมาให้สัมภาษณ์ผู้สื่อข่าวที่อาคารรัฐสภาว่า “แม้ว่าศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง จะมีคำพิพากษาว่าการซื้อขายที่ดินรัชดาฯ นั้น เป็นการใช้อำนาจที่โดยมิชอบ แต่ปัจจุบันศาลแพ่งได้พิจารณาให้คู่สัญญาคืนเงิน คุณหญิงพจมาน ณ ป้อมเพ็ชร อดีตภรรยาของ พ.ต.ท.ทักษิณ เท่ากับว่าการซื้อขายที่ผ่านมานั้น เป็นโมฆะ เท่ากับว่าการซื้อขายยังไม่เกิดขึ้น ความผิดจึงไม่เกิดขึ้นเช่นกัน ดังนั้นศาลฎีกาต้องนำเรื่องดังกล่าวมาตัดสินใหม่ โดยไม่จำเป็นต้องมีผู้ยื่นเรื่อง ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าศาลฎีกาจะนำเรื่องดังกล่าวมาพิจารณาเมื่อใด”<sup>1</sup>

ซึ่งในวันเดียวกัน ร.ต.อ. ดร.เฉลิม อยู่บำรุง ได้ออกมาแถลงข่าวกับสื่อมวลชนเช่นเดียวกัน ความว่า “ร.ต.อ.เฉลิม อยู่บำรุง รองนายกรัฐมนตรี กล่าวถึงกรณี พ.อ.อภิวัฒน์ ระบุว่า ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่ง

<sup>1</sup> ที่มา: หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจ ฉบับวันศุกร์ที่ 9 กันยายน 2554

ทางการเมืองควรตัดสินคดีที่ตินรัชดาฯ ใหม่ว่า กรณีที่ศาลฎีกาตัดสินจำคุก พ.ต.ท.ทักษิณ 2 ปีนั้นไม่ใช่คดีทุจริต เพียงแต่เป็นการทำผิดกฎหมายรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่กฎหมายอาญา ทั้งนี้ ต่อมาศาลแพ่งตัดสินใจว่าสัญญาการซื้อขายที่ดินระหว่าง คุณหญิงพจมานกับกองทุนฟื้นฟูฯ เป็นโมฆะตั้งแต่นั้น

ดังนั้น เท่ากับว่าไม่มีการซื้อขาย ทุกอย่างต้องกลับไปสู่จุดเดิม และกองทุนฟื้นฟูฯ ต้องคืนเงินให้แก่คุณหญิงพจมานเมื่อเป็นแบบนี้ กรณีที่ศาลฎีกาสั่งจำคุก 2 ปีนั้นจะอย่างไร ตนกำลังคิดว่าจะทำอย่างไรต่อไป คดีนี้ต้องให้ความเป็นธรรมกับพ.ต.ท.ทักษิณ แต่เรื่องนี้เป็นเรื่องใหญ่ ต้องไปคิดกัน และยังไม่สามารถบอกได้ว่าศาลฎีกา จะพิจารณาคดีใหม่หรือไม่”<sup>2</sup>

ทันใดนั้นทางด้านพรรคฝ่ายค้าน โดยนายเทพไท เสนพงศ์ ส.ส. นครศรีธรรมราช พรรคประชาธิปัตย์ (ปชป.) กล่าวถึงกรณี ร.ต.อ.เฉลิม อยู่บำรุง รองนายกรัฐมนตรี และ พ.อ.อภิวัฒน์ วิริยะชัย ส.ส.บัญชีรายชื่อ พรรคเพื่อไทย ระบุสามารถรื้อคดีที่ตินรัชดาฯ ซึ่งศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ที่ตัดสินให้ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร อดีตนายกรัฐมนตรี มีโทษจำคุก 2 ปี ขึ้นมาตัดสินใหม่ โดยอ้างคำพิพากษาศาลแพ่งสั่งให้สัญญาซื้อขายเป็นโมฆะ เสมือนความผิดไม่เกิดขึ้นว่า ไม่เข้าใจว่าคนอย่าง ร.ต.อ.เฉลิม ที่บอกว่าอ่านกฎหมายรู้ ดูกฎหมายเป็น ถึงไม่เข้าใจถึงกระบวนการพิจารณาของศาล กรณีของ พ.ต.ท.ทักษิณนั้น มีความผิดตามกฎหมาย ป.ป.ช.มาตรา 100 ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับคดีของคุณหญิงพจมาน ณ ป้อมเพชร์ ที่มีความผิดตามประมวลกฎหมายแพ่ง ดังนั้น การที่ศาลแพ่งตัดสินให้คุณหญิงพจมานชนะคดีนั้น ไม่ได้หมายความว่าจะทำให้ความผิดของ พ.ต.ท.ทักษิณหลุดพ้นไปด้วย<sup>3</sup>

อีกทั้งยังมีนายสิทธิศักดิ์ วนะชกิจ โฆษกศาลยุติธรรม ได้ออกให้ข่าวเช่นกัน โดยวันต่อมา (8 ก.ย.) นายสิทธิศักดิ์ วนะชกิจ โฆษกศาลยุติธรรม กล่าวถึงกรณีที่ ร.ต.อ.เฉลิม อยู่บำรุง รองนายกรัฐมนตรี และ พ.อ.อภิวัฒน์ วิริยะชัย ส.ส.บัญชีรายชื่อ พรรคเพื่อไทย ให้สัมภาษณ์ถึงการรื้อฟื้นการพิจารณาคดีซื้อขายที่ดินย่าน

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกันกับ (1)

<sup>3</sup> ที่มา : หนังสือพิมพ์มติชนออนไลน์ ประจำวันศุกร์ที่ 9 กันยายน 2554



รัชดาภิเษกของ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร อดีตนายกรัฐมนตรี ต้องคำพิพากษาถึงที่สุด จำคุก 2 ปีของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองใหม่ ว่า กฎหมายมีบทบัญญัติให้สามารถรื้อฟื้นคดีใหม่ได้ ซึ่งมีหลักเกณฑ์บัญญัติไว้ใน พ.ร.บ.การรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526 โดยการรื้อฟื้นคดีอาญานั้นก็เคยมีให้เห็น เช่น กรณีการจับผู้ต้องหา หรือจำเลยผิดตัว เหมือนคดีฆ่า น.ส.เซอร์รี แอน ดันแคน หรือเรื่องพยานหลักฐานเท็จ ขณะที่คดีของ พ.ต.ท.ทักษิณ ซึ่งศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง มีคำพิพากษาก็เป็นคดีอาญาเช่นกัน ซึ่งหากฝ่ายผู้แพคดีจะยื่นคำร้องขอรื้อฟื้นคดีเพื่อพิจารณาใหม่ ก็ทำได้ถือเป็นสิทธิตามกฎหมาย ต้องการพิจารณาต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ใน พ.ร.บ.การรื้อฟื้นคดีอาญา บัญญัติ “จะบอกว่า คดีนี้รื้อฟื้นได้หรือไม่ ในฐานะที่เราเป็นศาลและต้องพิจารณาเรื่องที่อาจจะเข้ามา จึงคงตอบไม่ได้เพราะจะกลายเป็นการชี้ในสิ่งที่กำลังเป็นคดี ดังนั้น ถ้าจะมีการรื้อฟื้นคดีก็ต้องพิจารณาตามหลักที่มีกฎหมายบัญญัติ” โฆษกศาลยุติธรรม กล่าว<sup>4</sup>

และนายธนพิชฎ์ มุลพฤกษ์ อธิบดีอัยการฝ่ายคดีพิเศษ ในฐานะโฆษกสำนักงานอัยการสูงสุด เปิดเผยถึง กรณีที่ ร.ต.อ.เฉลิม อยู่บำรุง รองนายกรัฐมนตรี และ พ.อ.อภิวัฒน์ วิริยะชัย ส.ส.พรรคเพื่อไทย ออกมาเรียกร้องให้มีการรื้อฟื้นคดีที่ดินรัชดาภิเษก ที่ทำให้ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร อดีตนายกรัฐมนตรี ต้องโทษจำคุกว่า ในหลักการสามารถกระทำได้ แต่ภายใต้เงื่อนไขว่า ผู้ร้องหรือผู้ต้องโทษจะต้องมีพยานหลักฐานใหม่ที่นำเชื่อถือยื่นต่อศาล ว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการพิพากษา ซึ่งคดีดังกล่าวอยู่ในขอบเขตอำนาจของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ซึ่งมีอยู่ศาลเดียวเด็ดขาด ดังนั้นผู้ร้องต้องไปร้องต่อศาลดังกล่าว และเหตุผลที่กล่าวว่า ทำได้ เพราะมีคดีตัวอย่างเกิดขึ้นอย่างคดีของ น.ส.เซอร์รีแอน ดันแคน ที่ถูกรื้อมาใหม่ จนสามารถได้ตัวผู้กระทำความผิดตัวจริงในที่สุด ดังนั้นการรื้อคดีสามารถทำได้ แต่อยู่ที่ดุลพินิจของศาลว่าจะเห็นพ้องกับหลักฐานใหม่ที่ยื่นหรือไม่ นายธนพิชฎ์ กล่าวเพิ่มเติมถึงการยื่น

<sup>4</sup> ที่มา : หนังสือพิมพ์ผู้จัดการออนไลน์ ประจำวันพฤหัสบดีที่ 8 กันยายน 2554 คอลัมน์ข่าว อาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรม

คำร้องเพื่อจะรื้อฟื้นคดีใหม่นั้น มาตรฐานของศาลทุกศาลเหมือนกันหมด สามารถยื่นได้ทุกศาล แม้ว่าจะมีคำพิพากษาออกมาแล้วก็ตาม<sup>5</sup>

จากเนื้อหาสาระทั้งหมดข้างต้น เห็นว่า เหล่าบรรดานักการเมืองฝ่ายหนึ่ง ต่างก็ล้วนพยายามในทุกวิถีทางที่จะตีความกฎหมายเพื่อให้เป็นคุณแก่พวกพ้อง ฝ่ายตน คือ พรรคเพื่อไทย ให้มากที่สุด แม้จะเอาสี่ข้างเข้าตีความก็ตามที ส่วน นักการเมืองอีกฝ่ายที่มีความเห็นตรงข้าม คือ ฝ่ายพรรคประชาธิปัตย์ ได้ออกมา ตอบโต้ว่าการตีความกฎหมายดังกล่าวของนักการเมืองฝ่ายตรงข้ามนั้นไม่ถูกต้อง ไม่ชอบ แต่หาได้ให้เหตุผลในทางวิชาการแต่อย่างใดไม่ ทั้งๆ ที่พรรคการเมือง ทั้งสองฝ่ายต่างล้วนมีนักกฎหมายที่มีคุณภาพอยู่ในสังกัดพรรคทั้งสิ้น ที่กล่าวมานี้ จึงถือเป็นเรื่องแปลกที่นักกฎหมาย เวลามีปัญหากันเรื่องข้อกฎหมาย เหตุใดจึง ไม่ใช้เหตุและผล ตามหลักกฎหมายมาอธิบายความอย่างเป็นเหตุเป็นผลแทนการ โต้เถียงกันด้วยอารมณ์ และใช้อารมณ์อยู่เหนือเหตุผล อย่างที่เห็น

ผู้เขียนสมควรแล้วที่นักกฎหมายไทย โดยเฉพาะนักวิชาการทางด้าน กฎหมาย จะต้องออกมาให้ความเห็นในลักษณะ “ฟันธง” กับประเด็นปัญหาในเรื่อง ดังกล่าว คือ “กรณีพันตำรวจโท ดร.ทักษิณ ชินวัตร ถูกศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตัดสินลงโทษจำคุก 2 ปี โดยไม่รอการลงอาญาในข้อหา หรือฐานความผิดตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 100 (1) ซึ่งต้องรับโทษตาม บทบัญญัติในมาตรา 122 ซึ่งครั้งต่อมา กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทย กระทรวงการคลัง ได้ยื่นฟ้องคุณหญิง พงมาน ชินวัตร ในข้อหาหรือฐานความผิดเรื่องโมฆะกรรม ให้สัญญาซื้อขายที่ดิน รัชดาตกเป็นโมฆะ โดยมีคำขอท้ายฟ้องให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนการจดทะเบียน ซื้อขายที่ดินที่รัชดาภิเษก จำนวน 4 โฉนด รวมเนื้อที่ประมาณ 33 ไร่เศษ โดย อ้างเหตุในคำฟ้องว่าเมื่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พิพากษาว่าการซื้อขายที่ดินแปลงดังกล่าวเป็นความผิดและได้มีคำพิพากษา

<sup>5</sup> ที่มา : หนังสือพิมพ์ฐานเศรษฐกิจ ประจำวันเสาร์ที่ 10 กันยายน 2554

ลงโทษจำคุก พันตำรวจโท ดร.ทักษิณ ชินวัตร เป็นเวลา 2 ปี<sup>6</sup> และศาลแพ่งมีคำพิพากษาวานิติกรรมดังกล่าวเป็นโมฆะและมีคำสั่งให้คุณหญิงพจมานคืนที่ดินที่พิพาทจำนวน 4 แปลง ให้แก่ กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาาระบบสถาบันการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทย กระทรวงการคลัง และให้กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาาระบบสถาบันการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทย กระทรวงการคลัง คืนเงินค่าซื้อขายที่ดินพร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี<sup>7</sup> ว่า คดีนี้สามารถที่ยื่นคำร้องขอให้รื้อฟื้นคดีอาญาที่ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษแล้วขึ้นมาพิจารณาพิพากษาใหม่ได้หรือไม่

โดยความเห็นส่วนตัวของผู้เขียน ในฐานะนักวิชาการอิสระทางด้านกฎหมาย มีความเห็นว่าในกรณีดังกล่าวข้างต้นไม่สามารถที่ยื่นคำร้องขอให้รื้อฟื้นคดีอาญาที่ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษแล้วขึ้นมาพิจารณาพิพากษาใหม่ได้ เพราะเหตุว่าคดีที่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมีคำพิพากษาลงโทษจำคุก พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร 2 ปี โดยไม่รอการลงอาญาในข้อหาหรือฐานความผิดตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 โดยมีมูลความผิดจากการที่คุณหญิงพจมาน ชินวัตร ซื้อที่ดินที่รัชดาภิเษก จากกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาาระบบสถาบันการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทย กระทรวงการคลัง ซึ่งต่อมากองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาาระบบสถาบันการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทย กระทรวงการคลัง ได้ยื่นฟ้องคุณหญิงพจมาน ชินวัตร ต่อศาลแพ่งในข้อหาหรือฐานความผิดเรื่องโมฆะกรรม ให้สัญญาซื้อขายที่ดินรัชดาตกเป็นโมฆะ ซึ่งถือเป็นคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา ทำให้มีความชัดเจนในประเด็นปัญหาดังกล่าวแล้ว ประกอบกับด้วยเหตุผลทางด้านกฎหมายที่จะกล่าวต่อไป นี้ คือ

ประเด็นปัญหาแรก ที่ต้องวินิจฉัย คือ กรณีคดีที่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ที่พิพากษาลงโทษ จำคุก พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร

<sup>6</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง คดีทุจริตที่ดินรัชดาภิเษก

<sup>7</sup> คำพิพากษาศาลแพ่งในคดีหมายเลขดำที่ 5379/2552

2 ปี โดยไม่รอการลงอาญา นั้นเข้าองค์ประกอบตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526 ที่จะทำให้สามารถรื้อฟื้นคดีดังกล่าวขึ้นมาพิจารณาพิพากษาใหม่ได้หรือไม่ ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องพิจารณาเนื้อหาของของคดีดังกล่าวว่า

1. ในชั้นพิจารณาคดีนี้ ได้พบว่ามีพยานบุคคล ที่เป็นพยานสำคัญแห่งคดี รายใดบ้างที่พิสูจน์จนคดีถึงที่สุดแล้วได้ว่า พยานบุคคลรายนั้นได้เป็นผู้เบิกความเป็นเท็จต่อศาล<sup>8</sup>

กรณีตามประเด็นปัญหาในข้อนี้ จะต้องมีการฟ้องร้องพยานปากสำคัญที่ศาลใช้เป็นหลักในการพิจารณาพิพากษาในคดีที่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ที่พิพากษาลงโทษ จำคุก พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร 2 ปี ในความผิดฐานเบิกความเท็จต่อศาล และในคดีที่ฟ้องร้องพยานปากสำคัญดังกล่าวนั้นคดีต้องถึงที่สุดแล้ว

จากข้อเท็จจริงที่มีอยู่ทั้งหมดในคดีของ พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร คดีนี้แล้วทำให้ทราบว่า ในคดีอาญา ที่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ที่พิพากษาลงโทษ จำคุก พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร 2 ปี โดยไม่รอการลงอาญาในคดีที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตซื้อที่ดินที่รัชดาภิเษก ตามที่อัยการสูงสุด เป็นโจทก์ยื่นฟ้อง พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร เป็นจำเลยที่ 1 และคุณหญิงพจมาน ชินวัตร เป็นจำเลยที่ 2 ต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ในความผิดฐาน เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐร่วมกันเป็นคู่สัญญาหรือมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับหน่วยงานของรัฐ ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบ หรือดำเนินคดี และเป็นเจ้าพนักงานและสนับสนุนเจ้าพนักงาน มีหน้าที่จัดการหรือดูแลกิจการใด เข้าไปมีส่วนได้เสียเพื่อประโยชน์

<sup>8</sup> พระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526 มาตรา 5 บัญญัติว่า คดีใดที่ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้บุคคลใดต้องรับโทษอาญาในคดีนั้นแล้ว อาจมีการร้องขอให้รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาพิพากษาใหม่ได้ เมื่อปรากฏว่า (1) พยานบุคคลซึ่งศาลได้อาศัยเป็นหลักในการพิพากษาคดีอันถึงที่สุดนั้นได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดในภายหลังแสดงว่าคำเบิกความของพยานนั้นเป็นเท็จ หรือไม่ถูกต้องตรงกับความจริง

สำหรับตนเองหรือผู้อื่น ซึ่งเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 และเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา เมื่อวันที่ 21 มิถุนายน 2550 และศาลมีคำสั่งรับฟ้องเมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม 2550 นั้นไม่ปรากฏว่ามีพยานโจทก์รายใดเบิกความเท็จต่อศาล ทั้งนี้เพราะไม่ปรากฏว่ามีพยานในคดีดังกล่าวรายใดถูกฟ้องร้องต่อศาลฐานเบิกความเท็จต่อศาล เลยแม้แต่รายเดียว ในกรณีนี้ย่อมเป็นที่ประจักษ์ชัดแจ้งต่อสังคมโลกแล้วว่า ในคดีดังกล่าวในข้อนี้ไม่มีกรณีประเด็นปัญหาว่ามีพยานเท็จเบิกความต่อศาล เพราะฉะนั้นในประเด็นปัญหาที่ว่าจะให้มีการยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้รื้อฟื้นคดีนี้ขึ้นพิจารณาพิพากษาใหม่ โดยอาศัยเหตุตามพระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526 มาตรา 5 (1) ย่อมไม่ได้เป็นอันขาด เพราะขาดองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติด้วยเหตุนี้ จึงสามารถพิสูจน์ได้เลยว่า ในคดีที่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ที่มีคำพิพากษาลงโทษจำคุก พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร มีกำหนด 2 ปี ไม่สามารถที่จะยื่นคำร้องให้ศาลรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาพิพากษาใหม่ได้

2. ในชั้นพิจารณาคดีนี้ได้มีพยานหลักฐานต่างๆ ที่ไม่ใช่พยานบุคคล และศาลได้อาศัยพยานหลักฐานดังกล่าวประกอบในการพิจารณาและพิพากษาคดีอันถึงที่สุดดังกล่าว และในที่สุดพยานหลักฐานดังกล่าวนั้นได้ถูกศาลพิพากษาถึงที่สุดว่า เป็นพยานหลักฐานปลอม หรือเป็นพยานหลักฐานอันเป็นเท็จ หรือเป็นพยานหลักฐานที่ไม่มีความถูกต้องตรงกับความเป็นจริง<sup>9</sup>

เมื่อพิจารณาถึงพยานเอกสารและ/หรือวัตถุพยานในคดีอาญาในคดีของ พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร คดีนี้แล้วทำให้ทราบว่าพยานเอกสารและ/หรือวัตถุพยาน

<sup>9</sup> พระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526 มาตรา 5 บัญญัติว่า คดีใดที่ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้บุคคลใดต้องรับโทษอาญาในคดีนั้นแล้ว อาจมีการร้องขอให้รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาพิพากษาใหม่ได้ เมื่อปรากฏว่า (2) พยานหลักฐานอื่นนอกจากพยานบุคคลตาม (1) ซึ่งศาลได้อาศัยเป็นหลักในการพิจารณาพิพากษาคดีอันถึงที่สุดนั้น ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดในภายหลังแสดงว่าเป็นพยานหลักฐานปลอมหรือเป็นเท็จ หรือไม่ถูกต้องตรงกับความจริงหรือ

ล้วนเป็นพยานหลักฐานอันแท้จริงที่ศาลสามารถรับฟังได้ทั้งสิ้น เช่น สำเนาบัตรประจำตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐ ประเภตข้าราชการการเมือง ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี หนังสือให้ความยินยอมที่ พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร ได้จัดทำขึ้นเพื่อแสดงว่าให้ความยินยอมที่จะให้คุณหญิงพจมาน ชินวัตร ทำสัญญาซื้อขายที่ดินแปลงพิพาทในคดีนี้ และหนังสือสัญญาซื้อขายที่ดินแปลงพิพาทในคดีนี้ ตลอดจนโฉนดที่ดินแปลงพิพาทที่ทำการซื้อขายในคดีนี้ ฯลฯ เป็นต้น ประกอบกับในเรื่องที่เกี่ยวกับพยานเอกสารและ/หรือวัตถุพยานในคดีอาญาในคดีนี้ ยังไม่เคยมีการฟ้องร้องเป็นคดีสู่ศาลในเรื่องพยานหลักฐานปลอมหรือเป็นเท็จ จนศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าในคดีนี้มีการใช้พยานหลักฐานหรือวัตถุพยานในคดีอาญาปลอม หรือเป็นเท็จ หรือมีความไม่ถูกต้องตรงกันกับความเป็นจริงแต่อย่างใดทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้ จึงสามารถฟันธงได้เลยว่าในคดีที่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ที่มีคำพิพากษาลงโทษจำคุก พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร มีกำหนด 2 ปี ไม่สามารถที่ยื่นคำร้องให้ศาลรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาพิพากษาใหม่ได้

3. ปรากฏว่าได้พบพยานหลักฐานชิ้นใหม่ที่มีความสำคัญแก่คดีนี้อย่างยิ่ง ซึ่งหากได้นำมาสืบพิสูจน์ในคดีจนถึงที่สุดแล้ว พยานหลักฐานอันนั้นจะพิสูจน์ต่อศาลได้ว่าผู้ต้องรับโทษอาญานั้นไม่ได้เป็นผู้กระทำความผิด<sup>10</sup>

เมื่อพิจารณาถึงพยานหลักฐานตามที่กล่าวอ้างกันว่าคดีนี้ศาลแพ่งมีคำพิพากษาให้นิติกรรมการซื้อขายที่ดินที่ถนนรัชดาภิเษก ระหว่างกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทย กระทรวงการคลัง กับ คุณหญิงพจมาน ชินวัตร ให้ตกเป็นโมฆะ และเมื่อนิติกรรมตกเป็นโมฆะแล้วย่อมเท่ากับว่าไม่เคยมีการทำนิติกรรมจดทะเบียนซื้อขายที่ดินที่รัชดาภิเษกแปลงพิพาทกันมาก่อนเลยนั้น ในกรณีตามประเด็นปัญหานี้ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้อง

<sup>10</sup> พระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526 มาตรา 5 บัญญัติว่า คดีใดที่ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้บุคคลใดต้องรับโทษอาญาในคดีนั้นแล้ว อาจมีการร้องขอให้รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาพิพากษาใหม่ได้ เมื่อปรากฏว่า (3) มีพยานหลักฐานใหม่อันชัดแจ้งและสำคัญแก่คดีซึ่งถ้าได้นำมาสืบในคดีอันถึงที่สุดนั้น จะแสดงว่าบุคคลผู้ต้องรับโทษอาญาโดยคำพิพากษาถึงที่สุดนั้นไม่ได้กระทำความผิด

พิจารณาว่า คดีอาญาที่ พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร ถูกศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตัดสินลงโทษจำคุก 2 ปี นั้นเป็นเพราะมีสาเหตุใด และเหตุที่กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทย กระทรวงการคลัง ได้ยื่นฟ้องคุณหญิงพจมาน ชินวัตร ในข้อหาหรือฐานความผิดเรื่องโมฆะกรรม ให้สัญญาซื้อขายที่ดินรัชดาตกเป็นโมฆะ นั้นมีความเกี่ยวเนื่องหรือเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ที่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตัดสินลงโทษจำคุก 2 ปี หรือไม่

เมื่อพิจารณาสำนวนคดีที่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง มีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร 2 ปี กับสำนวนคดีที่ศาลแพ่งมีคำพิพากษาให้นิติกรรมการซื้อขายที่ดินที่รัชดาภิเษกแปลงพิพาทตกเป็นโมฆะนั้น แล้วเห็นว่าทั้งสองคดีถือเป็นคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญากล่าวคือ เหตุที่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมีคำพิพากษาให้จำคุก พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร เป็นเวลา 2 ปี นั้น เป็นเพราะเหตุทุจริตซื้อขายที่ดินที่รัชดาภิเษก โดยศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง มีความเห็นว่า พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร ขณะกระทำความผิดเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง มีตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรี ได้ลงลายมือชื่อในเอกสารให้ความยินยอมแก่คู่สมรส คือ คุณหญิงพจมาน ชินวัตร ให้ทำสัญญาซื้อขายที่ดินที่รัชดาภิเษกแปลงพิพาท ซึ่งมีคู่สัญญา คือ กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทย กระทรวงการคลัง ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่อยู่ในความกำกับดูแลของ พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร ในฐานะนายกรัฐมนตรี ศาลเห็นว่าเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 100 (1) วรรค 3 และมาตรา 122 วรรค 1 แล้วพิพากษาให้ลงโทษจำคุก พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร 2 ปี เมื่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พิพากษาว่ากรรมการซื้อขายที่ดินที่รัชดาภิเษกแปลงพิพาท ไม่ชอบด้วยกฎหมายจนเป็นเหตุให้มีการลงโทษจำคุก พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร 2 ปี ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทย กระทรวง

การคลังต้องยื่นฟ้อง คุณหญิงพจมาน ชินวัตร ต่อศาลแพ่งในข้อหาหรือฐานความผิด โฆษณากรรม ด้วยการกล่าวอ้างในฟ้องว่าสัญญาซื้อขายที่ดินที่รัชดาภิเษกตกเป็นโมฆะเพราะศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองพิพากษาว่าการซื้อขายที่ดินรัชดาภิเษกแปลงพิพาทไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงมาฟ้องให้ศาลแพ่ง มีคำพิพากษาหรือคำสั่งว่านิติกรรมดังกล่าวเป็นโมฆะและขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนการจดทะเบียนซื้อขายที่ดินที่รัชดาภิเษกแปลงพิพาทและให้คุณหญิงพจมาน ชินวัตร ส่งมอบการครอบครองที่ดินแปลงพิพาทดังกล่าวคืนให้กับกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทย กระทรวงการคลัง

จากบทสรุปข้อเท็จจริงทั้งหมดดังกล่าวข้างต้นของคดีอาญาที่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองพิพากษาให้จำคุก พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร 2 ปี กับคดีของศาลแพ่งในคดีหมายเลขดำที่ 5379/2552 ที่ศาลแพ่งมีคำพิพากษาให้นิติกรรมการจดทะเบียนซื้อขายที่ดินที่รัชดาภิเษกตกเป็นโมฆะและให้คุณหญิงพจมาน ชินวัตร ส่งมอบการครอบครองที่ดินแปลงพิพาทดังกล่าวคืนให้กับกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทย กระทรวงการคลัง และให้กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทย กระทรวงการคลัง คืนเงินค่าที่ดินพร้อมดอกเบี้ยวในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นคดีอาญาที่มีความเกี่ยวเนื่องกับคดีแพ่ง ทั้งนี้เพราะเหตุที่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองพิพากษาให้จำคุก พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร 2 ปี เพื่อความสมบูรณ์แห่งคดีจึงมีเหตุจำเป็นที่กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทย กระทรวงการคลัง ต้องยื่นฟ้องคุณหญิงพจมาน ชินวัตร เป็นคดีต่อศาลแพ่งดังกล่าวเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาว่านิติกรรมการซื้อขายที่ดินที่รัชดาภิเษกแปลงพิพาทตกเป็นโมฆะ เพื่อให้คดีทั้งสองคดีสำเร็จเสร็จลุล่วงไปด้วยดี เพราะเมื่อนิติกรรมการซื้อขายที่ดินแปลงพิพาทเป็นการกระทำนิติกรรมที่มีความผิดตามกฎหมายอาญาแล้ว นั่นคือ ความผิดในคดีอาญาสำเร็จเสร็จสิ้น เป็นไปตามองค์ประกอบของข้อกฎหมายครบถ้วนบริบูรณ์แล้ว ดังนั้นความผิดจึงสำเร็จบริบูรณ์



แล้วโดยปราศจากข้อสงสัย และเมื่อศาลแพ่งพิพากษาให้นิติกรรมการซื้อขายที่ดิน ตกเป็นโมฆะนั้น ก็เป็นไปเพื่อให้เป็นผลต่อเนื่องจากคดีอาญา จากการที่การดำเนินกิจกรรมจดทะเบียนซื้อขายที่ดินแปลงพิพาทนั้นเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อนิติกรรมเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ในส่วนคดีทางแพ่งจึงต้องพิพากษาให้นิติกรรมดังกล่าวตกเป็นโมฆะ

ดังนั้นในกรณีที่ศาลแพ่งมีคำพิพากษาให้นิติกรรมการจดทะเบียนซื้อขายที่ดินที่รัชดาภิเษกแปลงพิพาท อันเป็นที่ดินแปลงเดียวกันกับคดีที่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองพิพากษาให้จำคุก พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร 2 ปี กรณีจึงไม่ใช่เป็นเรื่องที่ปรากฏว่ามีพยานหลักฐานอันสำคัญแก่คดีนี้ขึ้นมาใหม่ ซึ่งพยานหลักฐานที่มีขึ้นมาใหม่นี้เมื่อนำเข้าสืบพิสูจน์ในศาลจนถึงที่สุดแล้วจะเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่า พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร ไม่ได้กระทำความผิดตามที่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองพิพากษา แต่อย่างใดไม่ ด้วยเหตุนี้จึงสามารถฟันธงได้เลยว่าในคดีที่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ที่มีคำพิพากษาลงโทษจำคุก พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร มีกำหนด 2 ปี ไม่สามารถที่จะยื่นคำร้องให้ศาลรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาพิพากษาใหม่ได้

ประเด็นปัญหาที่ต้องวินิจฉัยประการต่อมา คือ กรณีที่มีบุคคลบางคน บางกลุ่ม บางพวก โดยเฉพาะ พ.อ.ดร.อภิวัฒน์ วิริยะชัย สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร แบบบัญชีรายชื่อของพรรคเพื่อไทย ได้ออกมาให้สัมภาษณ์ผู้สื่อข่าวที่อาคารรัฐสภาว่า “แม้ว่าศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง จะมีคำพิพากษาว่าการซื้อขายที่ดินรัชดาภิเษก นั้นเป็นการใช้อำนาจที่โดยมิชอบ แต่ปัจจุบันศาลแพ่งได้พิจารณาให้คู่สัญญาคืนเงิน คุณหญิงพจมาน ณ ป้อมเพ็ชร อดีตภรรยาของ พ.ต.ท.ทักษิณ เท่ากับว่าการซื้อขายที่ผ่านมาเป็นโมฆะ เท่ากับว่าการซื้อขายยังไม่เกิดขึ้น ความผิดจึงไม่เกิดขึ้นเช่นกัน ดังนั้น ศาลฎีกาต้องนำเรื่องดังกล่าวมาตัดสินใหม่ โดยไม่จำเป็นต้องมีผู้ยื่นเรื่อง ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าศาลฎีกาจะนำเรื่องดังกล่าวมาพิจารณาเมื่อใด” ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องอธิบาย เพื่อชี้แจงถึงกรณีหากสามารถยื่นคำร้องเพื่อขอให้รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาพิพากษาใหม่ได้ แล้วใครจะต้องเป็นผู้จัดทำและยื่นคำร้อง

ในกรณีปัญหาว่าใครจะต้องเป็นผู้จัดทำและยื่นคำร้อง กฎหมายบัญญัติไว้  
อย่างชัดเจนแล้วว่า ผู้ที่ต้องรับโทษอาญาโดยคำพิพากษาถึงที่สุด นั้นเองเป็น  
บุคคลแรกที่สามารถเป็นผู้จัดทำและเป็นผู้ยื่นคำร้องขอให้รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณา  
พิพากษาใหม่<sup>11</sup> เห็นได้ชัดเจนแล้วว่ากฎหมายได้เขียนไว้อย่างชัดเจนโดยไม่ต้อง  
ตีความเลยว่าคนแรกที่สุดที่จะเป็นผู้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้รื้อฟื้นคดีขึ้น  
พิจารณาพิพากษาใหม่ได้ เมื่อในส่วนนี้เห็นได้ชัดว่าผู้ยื่นคำร้องต้องไม่ใช่ศาลฎีกาที่  
จะต้องเป็นผู้หยิบยกคดีขึ้นวินิจฉัยเองแต่อย่างใดไม่ ตามที่กล่าวอ้าง แต่ต้องเป็น  
ตัวผู้ที่ต้องรับโทษอาญาโดยคำพิพากษาถึงที่สุด นั้นเอง

หากเป็นกรณีที่ต้องรับโทษอาญาโดยคำพิพากษาถึงที่สุด นั้นเป็นผู้เยาว์  
หรือเป็นคนไร้ความสามารถ แล้วบุคคลผู้มีสิทธิจัดทำและยื่นคำร้องขอให้รื้อฟื้นคดี  
ขึ้นพิจารณาพิพากษาใหม่ได้นั้น ต้องเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาล<sup>12</sup>  
ในกรณีนี้กฎหมายได้เขียนไว้อย่างชัดเจนแล้วว่าผู้เยาว์หมายถึงบุคคลผู้ยังไม่ได้  
บรรลุนิติภาวะ คือ อายุยังไม่ถึง 20 ปีบริบูรณ์ หากเป็นผู้ต้องรับโทษอาญาด้วย  
คำพิพากษาถึงที่สุดนั้นจำเป็นจะต้องให้ผู้แทนโดยชอบธรรม นั้นหมายถึง บิดา  
มารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครอง ต้องเป็นผู้จัดทำและยื่นคำร้องขอให้รื้อฟื้น  
คดีขึ้นพิจารณาพิพากษาใหม่ หากเป็นบุคคลไร้ความสามารถ หมายถึง บุคคล  
ผู้วิกลจริตที่ศาลได้มีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้เป็นผู้ไร้ความสามารถ ซึ่งเมื่อศาลได้มี  
คำสั่งให้บุคคลผู้วิกลจริตใดเป็นบุคคลไร้ความสามารถแล้ว บุคคลนั้นจะต้องอยู่ใน  
ความอนุบาลของบุคคลที่ศาลมีคำสั่งแต่งตั้งให้เป็นผู้อนุบาล กล่าวโดยสรุปได้ว่า  
หากจะต้องยื่นคำร้องขอให้รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาพิพากษาใหม่ในกรณีที่ผู้ต้อง  
รับโทษอาญาโดยคำพิพากษาถึงที่สุดนั้นเป็นผู้เยาว์หรือเป็นผู้ไร้ความสามารถแล้ว  
ผู้มีสิทธิจัดทำและยื่นคำร้องต่อศาล คือ บิดา มารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือ

<sup>11</sup> พระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526 มาตรา 6 บัญญัติว่า  
บุคคลดังต่อไปนี้ผู้มีสิทธิยื่นคำร้อง (1) บุคคลผู้ต้องรับโทษอาญาโดยคำพิพากษาถึงที่สุด

<sup>12</sup> พระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526 มาตรา 6 บัญญัติว่า  
บุคคลดังต่อไปนี้ผู้มีสิทธิยื่นคำร้อง (2) ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาลในกรณีที่บุคคล  
ผู้ต้องรับโทษอาญาโดยคำพิพากษาถึงที่สุดนั้นเป็นผู้เยาว์ หรือคนไร้ความสามารถ

ผู้ปกครอง และ/หรือ บุคคลผู้ที่ศาลมีคำสั่งให้เป็นผู้อนุบาลในกรณีบุคคลไร้ความสามารถเป็นผู้รับโทษาอาญา ด้วยเหตุนี้จึงเห็นได้ชัดเจนว่า ในกรณีที่ผู้ที่ต้องรับโทษาอาญาโดยคำพิพากษาถึงที่สุด นั้นเป็นผู้เยาว์ หรือเป็นคนไร้ความสามารถ แล้วบุคคลผู้มีสิทธิจัดทำและยื่นคำร้องขอให้อัยการยื่นคำร้องขอพิจารณาพิพากษาใหม่ได้นั้นก็ไม่ใช่ศาลฎีกาที่จะต้องเป็นผู้หยิบยกคดีขึ้นวินิจฉัยเองแต่อย่างใดไม่อีกเช่นกันตามที่กล่าวอ้าง

และหากเป็นกรณีที่นิติบุคคลตกเป็นผู้ที่ต้องรับโทษาอาญาโดยคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว กฎหมายยังได้บัญญัติไว้ให้เห็นอย่างชัดเจนอีกว่า บุคคลผู้มีสิทธิจัดทำและยื่นคำร้องขอให้อัยการยื่นคำร้องขอพิจารณาพิพากษาใหม่ได้ในกรณีนี้จะต้องเป็นผู้จัดการหรือผู้แทนอื่นของนิติบุคคลผู้ต้องรับโทษาอาญาโดยคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วเท่านั้น<sup>13</sup> ไม่ใช่ศาลฎีกาที่จะต้องเป็นผู้หยิบยกคดีขึ้นวินิจฉัยเองแต่อย่างใดไม่อีกเช่นกัน

อีกทั้งหากเป็นกรณีที่ผู้ต้องรับโทษาอาญาโดยคำพิพากษาถึงที่สุดได้ถึงแก่ความตายไปเสียก่อนที่จะมีการยื่นคำร้องขอให้อัยการยื่นคำร้องขอพิจารณาพิพากษาใหม่ นั้นจะต้องเป็นผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน สามี หรือภรรยา ของบุคคลผู้ต้องรับโทษาอาญาโดยคำพิพากษาถึงที่สุดนั้นเท่านั้น<sup>14</sup> ในกรณีนี้ก็ไม่ใช่ศาลฎีกาที่จะต้องเป็นผู้หยิบยกคดีขึ้นวินิจฉัยเองแต่อย่างใดไม่

ตลอดจนกฎหมายยังได้บัญญัติไว้ต่อไปอีกว่า หากเป็นกรณีที่พนักงานอัยการมีความเห็นสมควร<sup>15</sup> หรือเป็นกรณีที่ตัวผู้ต้องรับโทษาอาญาโดยคำพิพากษา

<sup>13</sup> พระราชบัญญัติการร้องฟื้นคดีอาญาชั้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526 มาตรา 6 บัญญัติว่า บุคคลดังต่อไปนี้ไม่มีสิทธิยื่นคำร้อง (3) ผู้จัดการหรือผู้แทนอื่นของนิติบุคคลในกรณีที่นิติบุคคลนั้นต้องรับโทษาอาญาโดยคำพิพากษาถึงที่สุด

<sup>14</sup> พระราชบัญญัติการร้องฟื้นคดีอาญาชั้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526 มาตรา 6 บัญญัติว่า บุคคลดังต่อไปนี้ไม่มีสิทธิยื่นคำร้อง (4) ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน สามีหรือภรรยาของบุคคลผู้ต้องรับโทษาอาญาโดยคำพิพากษาถึงที่สุดซึ่งถึงแก่ความตายก่อนที่จะมีการยื่นคำร้อง หรือ

<sup>15</sup> พระราชบัญญัติการร้องฟื้นคดีอาญาชั้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526 มาตรา 6 บัญญัติว่า บุคคลดังต่อไปนี้ไม่มีสิทธิยื่นคำร้อง (5) พนักงานอัยการในกรณีที่พนักงานอัยการมิได้เป็นโจทก์ในคดีเดิม

ถึงที่สุดเอง หรือผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้อนุบาล ในกรณีผู้ต้องรับโทษอาญา เป็นผู้เยาว์ หรือผู้จัดการหรือผู้แทนอื่นของนิติบุคคลในกรณีผู้ต้องรับโทษอาญา เป็นนิติบุคคล หรือบุพการี ผู้สืบสันดาน สามีหรือภริยา ในกรณีผู้ต้องรับโทษอาญา ถึงแก่ความตายก่อนยื่นคำร้อง<sup>16</sup> พนักงานอัยการจึงเป็นผู้มีสิทธิ์ยื่นคำร้องขอให้ รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาพิพากษาใหม่ได้ เห็นได้ชัดเจนอีกว่านอกจากบุคคลทั้งหมดที่ กล่าวข้างต้นที่เป็นผู้มีสิทธิ์ยื่นคำร้องขอให้รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาพิพากษาใหม่ได้นั้น ยังมีพนักงานอัยการเข้าไปอีกด้วย หากใช้ศาลฎีกาที่จะต้องเป็นผู้หยิบยกคดีขึ้น วินิจฉัยเองแต่อย่างใดไม่

สรุปได้อย่างชัดเจนว่าในคดีอาญาที่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรง ตำแหน่งทางการเมืองได้มีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร 2 ปี ในข้อหาหรือฐานความผิดทุจริตการซื้อที่ดินที่รัชดาภิเษก ของคุณหญิงพจมาน ชินวัตร ที่ประมูลซื้อที่ดินจากกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทย กระทรวงการคลัง และต่อมากองทุนเพื่อการฟื้นฟูและ พัฒนาระบบสถาบันการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทย กระทรวงการคลัง ได้ยื่นฟ้อง คุณหญิงพจมาน ชินวัตร ต่อศาลแพ่งและศาลแพ่งมีคำพิพากษาให้นิติกรรมการ ซื้อขายที่ดินที่รัชดาภิเษกแปลงพิพาทดังกล่าวตกเป็นโมฆะในกรณีนี้จึงไม่อาจที่จะ ยื่นคำร้องขอหรือฟื้นคดีขึ้นพิจารณาพิพากษาใหม่ได้ และหากเป็นในกรณีที่สามารย ยื่นคำร้องขอหรือฟื้นคดีขึ้นพิจารณาพิพากษาใหม่ได้ ศาลฎีกาหรือศาลไหนๆ ก็ไม่อาจ ที่จะหยิบยกคดีขึ้นมาพิจารณาเองได้แต่อย่างใดทั้งสิ้น



<sup>16</sup> พระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526 มาตรา 7 บัญญัติว่า ภายใต้งบบังคับมาตรา 6 (5) พนักงานอัยการจะยื่นคำร้องเมื่อเห็นสมควรหรือเมื่อบุคคล ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 6 (1) (2) (3) หรือ (4) ร้องขอก็ได้ และเพื่อประโยชน์ในการรวบรวม พยานหลักฐานให้พนักงานอัยการมีอำนาจเช่นเดียวกับพนักงานสอบสวนตามประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

## บทบาทของฝ่ายตุลาการในการสรรหา ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ\*

พิภพ ภู่อึ้ง\*\*

วิกฤตการณ์ทางการเมืองในช่วงปี พ.ศ. 2548 - 2549 มีการกล่าวอ้างถึงปัญหาแทรกแซงในกระบวนการคัดสรรผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระต่าง ๆ จนนำไปสู่การล้มล้างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) และได้มีการดำเนินการให้มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) ที่มีผลบังคับใช้ เมื่อวันที่ 24 สิงหาคม 2550 ซึ่งพยายามแก้ไขปัญหาต่างๆ ที่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำรัฐธรรมนูญ เห็นว่า เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติและการบังคับใช้ของรัฐธรรมนูญฉบับก่อน โดยจะเห็นผลได้จากการที่รัฐธรรมนูญมีการแยกหมวดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญไว้โดยเฉพาะอย่างชัดเจน คือ ส่วนที่ 1 องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และส่วนที่ 2 องค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย องค์กรอัยการ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และ สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ยึดหลักนิติรัฐเป็นหลักการสำคัญในการปกครองประเทศนั้น นอกจากจะให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 20 พฤศจิกายน 2554

\*\* ศ.บ., ศศ.ม., น.บ., น.บ.ท.

ของประชาชนแล้ว จะต้องสร้างกลไกหรือเครื่องมือเพื่อควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐในขณะเดียวกัน ทั้งนี้ เพื่อมิให้องค์กรของรัฐซึ่งมีอำนาจปกครองหรืออำนาจมหาชนใช้อำนาจที่ตนมีอยู่อย่างอำเภอใจหรือใช้ในทางที่มีขอบ (Abuse of Power) รัฐธรรมนูญของไทยจึงได้ออกแบบกลไกต่าง ๆ เพื่อใช้ในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐให้สามารถดำเนินการควบคุมอย่างครอบคลุมในกิจกรรมของรัฐในทุกๆ ด้าน มีองค์กรควบคุมที่อิสระ และสามารถสร้างสมดุลระหว่างความจำเป็นในการใช้อำนาจรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีของประชาชนได้ ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) จึงให้ความสำคัญอย่างมากกับองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ โดยให้มีอำนาจหน้าที่อย่างกว้างขวาง ครอบคลุม และเพิ่มขึ้นจากเดิมที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) ในหลายๆ กรณี และการใช้อำนาจตามกฎหมายขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญในหลายครั้งได้ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างทางการเมืองหรือทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง เช่น คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง หรือการวินิจฉัยให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองพ้นจากตำแหน่ง เป็นต้น

สำหรับการสรรหาบุคคลมาทำหน้าที่ในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) กำหนดให้มีคณะกรรมการสรรหาขึ้นมาทำหน้าที่ดังกล่าว โดยรูปแบบและกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) นั้น ได้ปรับเปลี่ยนหลักการสำคัญไปจากเดิมที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) 2 ประการ คือ

1. ลดองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหา และลดสัดส่วนของนักการเมืองหรือของตัวแทนจากพรรคการเมือง คงเหลือเพียงประธานสภาผู้แทนราษฎร และผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร และตัดส่วนของตัวแทนนักวิชาการออกไปทั้งหมด แต่ไปเพิ่มจำนวนของฝ่ายตุลาการในองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหา ซึ่งได้แก่ ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด หรือผู้พิพากษาในศาลฎีกา หรือตุลาการใน

ศาลปกครองสูงสุด รวมไปถึงบุคคลที่ซึ่งที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา หรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการ ในศาลปกครองสูงสุดเลือก ที่แม้จะมีการกำหนดเงื่อนไขไว้ในรัฐธรรมนูญว่า ต้องมิใช่ผู้พิพากษาหรือตุลาการ และต้องไม่เป็นกรรมการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นในขณะเดียวกัน

2. ลดาอำนาจของวุฒิสภาจากเดิมมีอำนาจในการพิจารณาคัดเลือกตัวบุคคลที่เหมาะสมและสมควรเป็นกรรมการในองค์กรอิสระ แต่ในปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) วุฒิสภามีหน้าที่เพียงให้ความเห็นชอบบุคคลที่คณะกรรมการสรรหาส่งรายชื่อมาให้พิจารณาเท่านั้น กรณีวุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบทั้งหมดหรือบางส่วน แต่หากคณะกรรมการสรรหามีมติยืนยันด้วยคะแนนเอกฉันท์หรือคะแนนไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 แล้วแต่กรณี ผลก็เป็นไปตามมติของคณะกรรมการสรรหา

เมื่อวิเคราะห์การกำหนดสัดส่วน องค์ประกอบและจำนวนของกรรมการสรรหา ในกระบวนการสรรหาบุคคลดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) จะพบว่า ฝ่ายตุลาการมีสัดส่วนในองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นตัวบุคคล (ตามตำแหน่ง) โดยตรง ได้แก่ ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด ผู้พิพากษาศาลฎีกาหรือตุลาการศาลปกครองสูงสุด หรือบุคคลที่มาจากผลการดำเนินการของฝ่ายตุลาการ ได้แก่ บุคคลที่ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาคัดเลือก หรือบุคคลที่ที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดคัดเลือก และหากพิจารณารายละเอียดขององค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาแล้ว จะประกอบด้วยกลุ่มหลักเพียง 3 กลุ่ม ดังนี้

1. กลุ่มตุลาการ ได้แก่ ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด ผู้พิพากษาศาลฎีกาหรือตุลาการศาลปกครองสูงสุด
2. กลุ่มการเมือง ได้แก่ ประธานสภาผู้แทนราษฎร และผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร
3. กลุ่มอื่น ๆ ได้แก่ บุคคลอื่นที่มิใช่ผู้พิพากษาหรือตุลาการ และมีได้เป็นกรรมการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นในขณะเดียวกัน ทั้งนี้

กลุ่มบุคคลอื่นเช่นว่านี้ ก็เป็นบุคคลที่ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาคัดเลือกเช่นกัน

นอกจากนั้น หากพิจารณาบทบาทของฝ่ายตุลาการทางอ้อมในการสรรหาบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) จะพบว่า ฝ่ายตุลาการเข้าไปมีส่วนสำคัญในองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาองค์กรอื่นๆ ด้วย ทั้งการที่ฝ่ายตุลาการเข้าไปร่วมเป็นคณะกรรมการสรรหาสมาชิกวุฒิสภา (ในส่วนของสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการสรรหา จำนวนไม่เกิน 74 คน) โดยวุฒิสภานั้น เป็นองค์กรที่ต้องทำหน้าที่พิจารณาให้ความเห็นชอบรายชื่อผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระที่คณะกรรมการสรรหาเสนอมาก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ ให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งต่อไป และรวมถึงการที่ฝ่ายตุลาการเข้าไปดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอีก จำนวน 5 คน ในจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมด 9 คน (รวมประธานศาลรัฐธรรมนูญ 1 คน) นอกจากนี้ ฝ่ายตุลาการยังเป็นคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเพื่อคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิเข้าดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เหลืออีกจำนวน 4 คน ยิ่งทำให้เห็นบทบาทของฝ่ายตุลาการในกระบวนการสรรหาชัดเจนมากยิ่งขึ้นและนอกเหนือจากการที่ฝ่ายตุลาการมีบทบาทและสัดส่วนในคณะกรรมการสรรหาบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระเพิ่มขึ้นอย่างมาก ทั้งเป็นผู้สรรหาด้วยตนเองในทางตรง และเป็นผู้ที่ลงคะแนนคัดเลือกบุคคลในที่ประชุมใหญ่ของตน ซึ่งถือว่าเป็นทางอ้อม ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) ยังกำหนดให้ฝ่ายตุลาการมีบทบาทในการทำหน้าที่แทนผู้มีหน้าที่โดยตรงหรืออ้อมช่องว่างในกรณีต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญด้วย ดังนี้

1. กรณีคณะกรรมการสรรหาคณะกรรมการเลือกตั้งไม่สามารถสรรหาผู้มีคุณสมบัติครบถ้วนและสมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้งได้ตามกำหนดเวลา 30 วันหรือไม่ครบจำนวน 3 คน ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาสรรหาจนครบจำนวน (นอกเหนือจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาได้สิทธิสรรหาแล้ว 2 คน) ภายในเวลา 15 วัน
2. กรณีการสรรหาผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปราม



การทุจริตแห่งชาติ และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน รวมทั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ หากคณะกรรมการสรรหาไม่อาจดำเนินการได้ภายในกำหนดไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ ก็ให้สิทธิที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาจำนวน 3 คน และให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจำนวน 2 คน เป็นกรรมการสรรหาเพื่อดำเนินการแทน

3. กรณีฝ่ายตุลาการโดยประธานศาลฎีกาและประธานศาลปกครองสูงสุดสามารถร่วมกันแต่งตั้งบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามเช่นเดียวกับกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ทำหน้าที่เป็นกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นการชั่วคราวได้ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภามีจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เข้าชื่อร้องขอต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองว่า กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ผู้ใดร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่งผลให้กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติผู้ถูกกล่าวหา จะปฏิบัติหน้าที่ในระหว่างนั้นมิได้ จนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองให้ยกคำร้องดังกล่าว และในระหว่างนั้น หากมีกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเหลืออยู่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติทั้งหมด ให้ประธานศาลฎีกาและประธานศาลปกครองสูงสุดร่วมกันแต่งตั้งบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามเช่นเดียวกับกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ทำหน้าที่เป็นกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นการชั่วคราว โดยให้ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งอยู่ในตำแหน่งได้จนกว่ากรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติที่ตนดำรงตำแหน่งแทนจะปฏิบัติหน้าที่ได้ หรือจนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองว่าผู้นั้นกระทำความผิด ทั้งนี้เป็นไปตาม มาตรา 249 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550)

# การดำเนินการเพื่อปฏิบัติตามคำสั่งคุ้มครอง ชั่วคราวของศาลโลกในคดีปราสาทพระวิหาร\*

ดร.สุวัจน์ชัย แสงสุขเอี่ยม\*\*

## 1. คำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลโลก

ตามที่กัมพูชาได้ยื่นขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ซึ่งต่อไปเรียกว่า “ศาลโลก”) ตีความคำพิพากษาคดีปราสาทพระวิหารที่ศาลโลกได้ตัดสินเมื่อวันที่ 15 มิ.ย. 2505 และพร้อมกันนี้กัมพูชาได้ยื่นคำร้องเร่งด่วนขอให้ศาลโลกกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เมื่อวันที่ 28 เม.ย. 2554 ต่อมาในวันที่ 18 ก.ค. 2554 ศาลโลกได้มีคำสั่งต่อคำร้องขอของกัมพูชาให้กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังนี้

(A) โดยเอกฉันท์ ยกคำขอของประเทศไทยที่ให้จำหน่ายคดีที่กัมพูชายื่นให้พิจารณาเมื่อวันที่ 28 เม.ย. 2554 ออกจากสารบบความของศาล

(B) กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังนี้

(1) โดยคะแนนเสียง 11 ต่อ 5 ทั้งสองฝ่ายต้องถอนกำลังทหารซึ่งปัจจุบันอยู่ในเขตปลอดทหารชั่วคราว (Provisional Demilitarized Zone: PDZ) ตามที่กำหนดในย่อหน้าที่ 62 ของคำสั่งนี้ในทันที และงดเว้นจากการวางกำลังทหารภายในเขตนั้น และจากกิจกรรมทางอาวุธใดๆ ที่มีมุ่งหมายไปที่เขตนั้น

(2) โดยคะแนนเสียง 15 ต่อ 1 ประเทศไทยจะต้องไม่ขัดขวางการเข้าถึงอย่างอิสระ (free access) ของกัมพูชาไปยังปราสาทพระวิหาร หรือการ

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 20 พฤศจิกายน 2554

\*\* กรรมการสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย และอดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและ  
สังคมแห่งชาติ

จัดส่งเสียงของกัมพูชาให้เจ้าหน้าที่ที่ไม่ใช่ทหารของตนในปราสาทพระวิหาร

(3) โดยคะแนนเสียง 15 ต่อ 1 ทั้งสองฝ่ายต้องดำเนินการร่วมมือกันต่อไปตามที่ทั้งสองฝ่ายได้เข้าร่วมในกรอบอาเซียน และโดยเฉพาะต้องอนุญาตให้คณะผู้สังเกตการณ์ที่แต่งตั้งโดยอาเซียนเข้าไปยังเขตปลอดทหารชั่วคราวดังกล่าวได้

(4) โดยคะแนนเสียง 15 ต่อ 1 ทั้งสองฝ่ายต้องงดเว้นจากการกระทำใดๆ ที่อาจทำให้ข้อพิพาทที่ปรากฏต่อศาลเลวร้ายลงหรือเกิดมากขึ้น หรือทำให้มันยากยิ่งขึ้นที่จะแก้ไข

(C) โดยคะแนนเสียง 15 ต่อ 1 ตัดสินว่าแต่ละฝ่ายต้องแจ้งต่อศาลถึงการปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวข้างต้น

(D) โดยคะแนนเสียง 15 ต่อ 1 ตัดสินว่าจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาต่อคำร้องขอสำหรับการตีความ ศาลยังคงอำนาจต่อไปในการพิจารณาเรื่องราวสาระที่ก่อให้เกิดคำสั่งครั้งนี้

## 2. ท่าทีและการดำเนินการของรัฐบาลไทยต่อคำสั่งศาลโลก

ในวันที่ 18 ก.ค. 2554 ภายหลังศาลโลกได้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าว นายกษิต ภิรมย์ รมต.กระทรวงการต่างประเทศในขณะนั้น ได้แถลงต่อผู้สื่อข่าวว่า ฝ่ายไทยเคารพคำสั่งของศาลและจะปฏิบัติตาม ทั้งนี้ ไทยมีความพอใจต่อคำสั่งดังกล่าวเพราะมีผลให้ทั้งสองฝ่ายต้องปฏิบัติตาม ไม่ใช่เฉพาะฝ่ายไทยฝ่ายเดียว และไทยกับกัมพูชาคงต้องมีการหารือกันภายในกรอบของคณะกรรมการชายแดนทั่วไปไทย-กัมพูชา (GBC)

ต่อมาในวันที่ 25 ก.ค. 2554 ได้มีการประชุมหารือระหว่างกระทรวงการต่างประเทศกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในเรื่องการดำเนินการของไทยกรณีศาลโลกออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว นายกษิต ภิรมย์ ได้แถลงต่อผู้สื่อข่าวว่า ข้อเสนอจากที่ประชุมจะได้นำเรียนต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาส่งมอบให้รัฐบาลชุดใหม่ต่อไป โดยแนวทางการปรับกำลังทหารนั้น ทั้งสองฝ่ายต่างมีกำลังในเขตปลอดทหารชั่วคราว (PDZ) ที่ศาลโลกได้กำหนด จึงจำเป็นต้องหารือกันว่า

ดำเนินการในเรื่องนี้อย่างไร รวมถึงรายละเอียดเกี่ยวกับการเข้าไปใน PDZ ของพลเรือนและเจ้าหน้าที่ตำรวจ อย่างไรก็ตามเป็นเรื่องที่รัฐบาลใหม่ต้องพิจารณาต่อไป

รัฐบาลชุดใหม่ที่มี น.ส. ยิ่งลักษณ์ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี ได้เข้ารับตำแหน่งเมื่อวันที่ 9 ส.ค. 2554 และคณะรัฐมนตรี (ครม.) ได้มีมติเมื่อวันที่ 16 ส.ค. 2554 ให้กระทรวงการต่างประเทศไปพิจารณารายละเอียดร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องสำหรับกรณีการที่กัมพูชาขอให้ตีความคำพิพากษาของศาลโลกในคดีปราสาทพระวิหารและคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าว ให้รอบคอบและรอบด้านก่อนนำเสนอ ครม.ต่อไป

ต่อมากระทรวงการต่างประเทศและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้ประชุมหารือในเรื่องดังกล่าวและได้เสนอให้สภาความมั่นคงแห่งชาติ (สมช.) พิจารณาโดยให้ความเห็นชอบเมื่อวันที่ 12 ต.ค. 2554 จากนั้นในวันที่ 18 ต.ค. 2554 ครม. ได้มีมติให้ความเห็นชอบตามที่ สมช. เสนอ ให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของศาลโลก พร้อมทั้งแนวทางในการดำเนินการเพื่อปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว รวมทั้งให้ความเห็นชอบท่าทีของไทยในการประสานกับกัมพูชาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามคำสั่งของศาลโลกต่อไป

ในวันเดียวกันนั้น นายสุรพงษ์ โตวิจักษณ์ชัยกุล รมต. กระทรวงการต่างประเทศ ได้เสนอวาระจรรยาเพื่อขอให้ ครม. ให้ความเห็นกรณีผู้บังคับบัญชาทหารสูงสุดและปลัดกระทรวงการต่างประเทศจะเดินทางไปหารือกับทางการกัมพูชาเพื่อหารือถึงกรอบการเจรจา GBC ในการดำเนินการตามคำสั่งศาลโลก ผู้สื่อข่าวได้รายงานว่ ครม. ได้มีความเห็นแบ่งออกเป็น 3 ฝ่ายในเรื่องนี้

ฝ่ายแรกเป็นส่วนของนายสุรพงษ์ โตวิจักษณ์ชัยกุล โดยมีความเห็นว่า ครม. ควรมีมติที่ชัดเจนในท่าทีที่มีต่อกรอบการเจรจา หรือดำเนินการนำเข้าสู่การพิจารณาให้ความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 ฝ่ายที่สองเป็นส่วนของนายวรวิจน์ เอื้ออภิญญกุล รมต. กระทรวงศึกษาธิการ นายปลอดประสพ สุรัสวดี รมต. กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี และนายต่อพงษ์ ไชยสาส์น รมช. กระทรวงสาธารณสุข โดยไม่เห็นด้วยกับการให้ ครม. มีมติตามที่กระทรวง

การต่างประเทศเสนอ แต่สนับสนุนให้นำเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา และฝ่ายที่สามเป็นส่วนหนึ่งของ น.ส. ยิ่งลักษณ์ ชินวัตร และนายเฉลิม อยู่บำรุง รองนายกรัฐมนตรี โดยมีความเห็นว่า ครม. ไม่ควรมีมติในเรื่องนี้ และไม่จำเป็นต้องนำเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 เนื่องจากเป็นเพียงการไปหาหรือเพื่อวางกรอบเจรจาเท่านั้น ไม่ได้เป็นการทำสนธิสัญญา

ผู้สื่อข่าวได้รายงานอีกว่า ระหว่างที่ ครม. ทั้ง 3 ฝ่ายกำลังถกเถียงกันในเรื่องดังกล่าว พล.อ.ยุทธศักดิ์ ศศิประภา รมต. กระทรวงกลาโหม ได้กล่าวว่าเกี่ยวกับเรื่องนี้ ผู้บัญชาการทหารสูงสุดได้ให้ความเห็นว่า หากไม่มีมติ ครม. ไม่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภา ก็จะไม่เดินทางเดินทางเจรจากับกัมพูชา จากนั้น น.ส.ยิ่งลักษณ์ ชินวัตร จึงได้สอบถามความเห็นของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งได้รับคำตอบว่า นายกรัฐมนตรีมีสิทธินำเรื่องเข้าหารือกับรัฐสภาเพื่อรับฟังความคิดเห็นโดยไม่มีการลงมติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 179 แต่กรณีการหาหรือกรอบเจรจา GBC นั้นไม่เข้าข่ายที่จะต้องนำเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา ในที่สุด น.ส.ยิ่งลักษณ์ ชินวัตร จึงได้ตัดสินใจว่า เรื่องนี้ไม่ต้องนำเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา และไม่จำเป็นต้องมีมติ ครม. เพื่อแสดงท่าทีและวางกรอบในการไปเจรจาทันที และขอให้ผู้ที่จะไปเจรจาทันทีไปเจรจาย่างสบายใจ หากใครไม่ยอมไปเจรจาก็ให้ รมต. กระทรวงตันสั่งกักตุนอาหารอีกครั้งหนึ่ง

ในวันที่ 21 ต.ค. 2554 นายธานี ทองภักดี ในฐานะโฆษกกระทรวงการต่างประเทศได้แถลงต่อผู้สื่อข่าวว่า โดยที่การปฏิบัติตามคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลโลกเป็นเรื่องการใช้อำนาจบริหารของรัฐบาลในการประสานกับฝ่ายกัมพูชาเพื่อปฏิบัติตามคำสั่งศาลโลก มิใช่เป็นเรื่องการจัดทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 จึงไม่ต้องเสนอให้รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบ อย่างไรก็ตามการปฏิบัติตามคำสั่งศาลโลกเป็นเรื่องสำคัญซึ่งรัฐบาลจะต้องพิจารณาดำเนินการอย่างรอบคอบ และรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติควรได้รับทราบและให้ความเห็นเกี่ยวกับการตัดสินใจในการดำเนินการของรัฐบาล ดังนั้น ส่วนราชการต่างๆ รวมถึงกระทรวงการต่างประเทศจึงเสนอให้รัฐบาลเสนอเรื่องเข้าสู่รัฐสภาเพื่อเปิดโอกาสให้รัฐสภาได้รับทราบและแสดงความคิดเห็นโดยไม่มีการลงมติตาม

## รัฐธรรมนูญ มาตรา 179

ในวันที่ 3 พ.ย. 2554 นายสุรพงษ์ โตวิจักษณ์ชัยกุล รมต. กระทรวงการต่างประเทศ ได้เปิดเผยต่อสื่อมวลชนว่า น.ส.ยิ่งลักษณ์ ชินวัตร นายกรัฐมนตรี ได้ลงนามในหนังสือส่งให้ประธานรัฐสภาเพื่อขอให้เปิดการประชุมร่วมกันของรัฐสภาตามที่ ครม. ได้ให้เปิดการอภิปรายทั่วไปโดยไม่มีการลงมติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 179 ต่อกรณีการปฏิบัติตามคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลโลก ซึ่งศาลโลกได้กำหนดให้ไทยและกัมพูчас่งรายงานการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว ภายในวันที่ 21 พ.ย. 2554 โดยที่ทางทหารในฐานะผู้ปฏิบัติมีความกังวลว่า การถอนทหารออกจากพื้นที่พิพาทอาจทำให้มีการกล่าวหาว่าเป็นต้นเหตุให้ประเทศเสียอธิปไตย และนำไปสู่การยื่นฟ้องดำเนินคดีการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามกฎหมายอาญา มาตรา 157 ได้ ที่ประชุม สมช. จึงมีความเห็นมายังรัฐบาลขอให้เปิดการประชุมร่วมกันของรัฐสภาดังกล่าวเพื่อป้องกันการฟ้องร้องที่จะมีขึ้นได้ในอนาคต โดยประธานรัฐสภาได้กำหนดให้มีการประชุมร่วมกันของรัฐสภาสำหรับเรื่องดังกล่าวในวันที่ 15 พ.ย. 2554

### 3. ผลกระทบที่สำคัญจากการปฏิบัติตามคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลโลก

ผลกระทบที่สำคัญจากการปฏิบัติตามคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลโลก สรุปได้ดังนี้

3.1 ในการปฏิบัติตามคำสั่งศาลข้อ (1) ไทยต้องถอนกำลังทหารทั้งหมดออกจากพื้นที่ที่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของไทยซึ่งไม่ได้เป็นพื้นที่พิพาทแต่อย่างใด คำสั่งศาลดังกล่าวเป็นการล่วงล้ำอำนาจอธิปไตยของไทย

เขตปลอดทหารชั่วคราว (PDZ) ที่ศาลกำหนดมีพื้นที่ประมาณ 17.8 ตร.กม. แต่พื้นที่พิพาทที่ทั้งสองฝ่ายอ้างสิทธิทับซ้อนกันมีพื้นที่เพียงประมาณ 4.6 ตร.กม. และพื้นที่ที่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของไทยซึ่งไม่ได้เป็นพื้นที่พิพาทแต่อย่างใด ภายใน PDZ มีพื้นที่ประมาณ 20% ของพื้นที่ PDZ ทั้งหมด หรือประมาณ 3.5 ตร.กม.

สำหรับคำสั่งศาลในข้อนี้ มีผู้พิพากษาถึง 5 คนซึ่งมีประธานศาลโลกรวมอยู่ด้วยที่มีความเห็นแย้ง โดยเหตุผลหลักที่ผู้พิพากษาทั้งห้าไม่เห็นด้วยกับคำสั่งศาลในข้อนี้พอสรุปได้ดังนี้ ประการที่หนึ่ง ศาลไม่มีอำนาจไปกำหนดเขตปลอดทหารดังกล่าวให้ล้ำเข้าไปในพื้นที่ที่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐซึ่งไม่ได้เป็นพื้นที่พิพาทแต่อย่างใด อันเป็นการล่วงล้ำอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นๆ โดยปราศจากความยินยอมของรัฐดังกล่าว หากจะมีการกำหนดเขตปลอดทหารก็ควรจำกัดอยู่เฉพาะพื้นที่ที่มีข้อพิพาทกันเท่านั้น ประการที่สอง ศาลกำหนดเขตปลอดทหารดังกล่าวเป็นรูปสี่เหลี่ยมที่ตำแหน่งของมุมทั้งสี่มีการกำหนดพิคัดที่แน่นอน โดยปราศจากการอธิบายให้เหตุผลว่าทำไมจึงต้องเป็นพิคัดดังกล่าว อีกทั้งยังเป็นการกำหนดในลักษณะที่ประดิษฐ์ขึ้น (artificial manner) โดยไม่ได้คำนึงถึงภูมิประเทศจริง รวมถึงความเป็นไปได้และความยากลำบากในการดำเนินการหรือการบังคับให้เป็นไปตามมาตรการดังกล่าวของแต่ละฝ่าย

สำหรับการถอนกำลังทหารของไทยออกจาก PDZ นั้น รัฐบาลทั้งชุดปัจจุบันและชุดที่แล้วได้อ้างว่าไม่ได้ทำให้ประเทศไทยสูญเสียอธิปไตยหรือเปลี่ยนแปลงอาณาเขตแต่อย่างใดเนื่องจากเป็นเพียงมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่เป็นที่ชัดเจนว่าคำสั่งศาลดังกล่าวเป็นการล่วงล้ำอำนาจอธิปไตยของไทย และมีประชาชนจำนวนมากรวมทั้งกลุ่มพันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตยไม่เห็นด้วยกับการถอนกำลังทหารดังกล่าว ดังนั้นหากมีการดำเนินการถอนทหารดังกล่าวคงจะมีประชาชนจำนวนมากในหลายจังหวัดออกมาประท้วงในเรื่องนี้ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมอย่างกว้างขวาง อีกทั้งมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ไทยจะต้องทำข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรกับกัมพูชาว่าการถอนกำลังทหารของทั้งสองฝ่ายออกจาก PDZ มีขั้นตอนและรายละเอียดการถอนกำลังทหารรวมทั้ง การตรวจสอบประห้วงกันอย่างไรเพื่อให้เกิดความชัดเจนและรอบคอบ

นอกจากนี้สำหรับ PDZ ที่ศาลกำหนดนั้น ศาลระบุอย่างชัดเจนในย่อหน้าที่ 61 ของคำสั่งศาลว่า ย่อมไม่กระทบต่อการดำเนินการทางปกครองตามปกติ ซึ่งรวมถึงการให้เจ้าหน้าที่ที่มีเชื้อทหารเข้าไปประจำการในส่วนที่จำเป็นต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนและทรัพย์สิน ดังนั้น ฝ่ายไทยควรต้องจัดให้มี

เจ้าหน้าที่เข้าไปประจำการในเขตดังกล่าวเพื่อดำเนินการต่างๆ ทางปกครอง และคอยสอดส่องดูแลความเคลื่อนไหวของฝ่ายกัมพูชาด้วย ทั้งนี้ มีความจำเป็นที่จะต้องจัดทำข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้เกิดความชัดเจนและยืนยันตรวจสอบกันได้ในเรื่องนี้ด้วยว่า เจ้าหน้าที่ที่มีใช้ทหารนั้นหมายรวมถึงเจ้าหน้าที่ในลักษณะใดบ้าง มีพื้นที่ประจำการที่ใดได้ และอนุญาตให้มีอาวุธแบบใดได้บ้าง ในการใช้เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในเขตดังกล่าว

### 3.2 ในการปฏิบัติตามคำสั่งศาลข้อ (1) ไทยต้องยอมให้ตลาด วัด และชุมชนของกัมพูชาที่อยู่ในพื้นที่พิพาทบริเวณเขาพระวิหารอยู่ต่อไป

เนื่องจากคำสั่งศาลดังกล่าวไม่ได้ให้ชุมชนที่อาศัยอยู่ใน PDZ ต้องออกไปด้วย ซึ่งบริเวณดังกล่าวมีเฉพาะชุมชนกัมพูชาเพียงฝ่ายเดียว ยิ่งไปกว่านั้นเกือบทั้งหมดเป็นครอบครัวของทหารกัมพูชา อีกทั้งเป็นการยากที่จะแยกแยะว่าบุคคลใดเป็นทหารหรือไม่หากอยู่ในชุดพลเรือน และยากที่ไทยจะป้องกันไม่ให้มีชาวกัมพูชาเข้ามาอาศัยเพิ่มขึ้นอีก หรือมีการก่อสร้างอะไรเพิ่มเติม อันเป็นการรุกร้าอธิปไตยของไทยในพื้นที่พิพาทดังกล่าว เพื่อให้มีหลักประกันที่จะป้องกันปัญหาดังกล่าว จึงมีความจำเป็นที่จะต้องจัดทำข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้เกิดความชัดเจนและยืนยันตรวจสอบกันได้ในเรื่องดังกล่าวด้วย

นอกจากนี้การที่ต้องยอมให้ตลาด วัด และชุมชนของกัมพูชาที่อยู่ในพื้นที่พิพาทบริเวณเขาพระวิหารอยู่ต่อไป รวมทั้งการให้เจ้าหน้าที่ของกัมพูชาที่มีใช้ทหารเข้าไปประจำการในส่วนที่จำเป็นต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน และทรัพย์สินของกัมพูชาในพื้นที่พิพาทดังกล่าว นั้น เป็นการปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ที่มีการประกาศพระราชกฤษฎีกาตามมาในปี พ.ศ. 2541 กำหนดให้ป่าเขาพระวิหารเป็นอุทยานแห่งชาติ ซึ่งพื้นที่ PDZ อยู่ภายในบริเวณอุทยานแห่งชาติดังกล่าว

ทั้งนี้ตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ห้ามมิให้ผู้ใดยึดถือหรือครอบครองที่ดิน ก่อสร้าง แผ้วถาง หรือเผาป่า เก็บหา นำออกไป ทำด้วยประการใดๆ ให้เป็นอันตรายหรือทำให้เสื่อมสภาพซึ่งไม้ แร่หรือทรัพยากรธรรมชาติอื่น ปิดหรือทำให้เกิดขวางกั้นทางน้ำหรือทางบก เป็นต้น ดังนั้นการปล่อย



ให้ชุมชนและเจ้าหน้าที่กัมพูชากระทำการดังกล่าวในพื้นที่อุทยานแห่งชาติ จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย รัฐบาลจึงต้องพิจารณาดำเนินการแก้ไข ประเด็นข้อกฎหมายในเรื่องนี้ดังกล่าวนี้ด้วย

3.3 ในการปฏิบัติตามคำสั่งศาลข้อ (2) ไทยต้องยอมไม่ขัดขวางการเข้าถึงอย่างอิสระของกัมพูชาไปยังปราสาทพระวิหาร หรือการจัดส่งเสบียงของ กัมพูชาให้เจ้าหน้าที่ที่ไม่ใช่ทหารของตนในปราสาทพระวิหาร ซึ่งกัมพูชาอาจใช้ เส้นทางเข้าถึงไปยังปราสาทพระวิหารที่เป็นการรुक้าอธิปไตยของไทยในพื้นที่ พิพาทได้

เนื่องจากปัจจุบันมีทางเข้าถึงปราสาทพระวิหารได้ถึง 3 ทาง คือ ทางบันได ทางขึ้นใหญ่ทางทิศเหนือ ทางบันไดทางขึ้นทางทิศตะวันออกเฉียงใต้ และ ทางถนนทางทิศตะวันตกจากบ้านโกมุยในฝั่งกัมพูชาที่กัมพูชาได้สร้างรูก้าผ่าน พื้นที่พิพาท 4.6 กม. ขึ้นไปยังปราสาทพระวิหาร

สำหรับบันไดทางขึ้นทางทิศตะวันออกเฉียงใต้ซึ่งมีความสูงชันมากนั้น เดิมเป็น บันไดหินขนาดเล็กและมีหลายส่วนที่ชำรุดเสียหาย แต่ปัจจุบันกัมพูชาได้สร้าง บันไดไม้คร่อมบนบันไดหินดังกล่าว เพื่อให้นักท่องเที่ยวใช้เป็นเส้นทางเดินขึ้น ไปเยี่ยมชมปราสาทพระวิหาร สำหรับบันไดทางขึ้นใหญ่ทางทิศเหนือและถนนทางทิศ ตะวันตกจากบ้านโกมุย หากกัมพูชาจะใช้ผ่านขึ้นไปยังปราสาทพระวิหารจะต้อง ผ่านพื้นที่พิพาท 4.6 กม. ดังนั้น ไทยจึงไม่ควรให้กัมพูชาผ่านไปยังปราสาทพระวิหาร โดยใช้สองเส้นทางนี้

ไทยควรต้องเจรจาตกลงกับกัมพูชาให้กัมพูชาใช้เฉพาะบันไดทางขึ้นทาง ทิศตะวันออกเฉียงใต้ดังกล่าวเพื่อขึ้นไปยังปราสาทพระวิหารเท่านั้น ส่วนทางขึ้นอื่น ควรใช้ได้เฉพาะเมื่อมีเหตุผลจำเป็นอันไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ทั้งนี้ตามเงื่อนไข ที่ทั้งไทยและกัมพูชาจะได้ตกลงกัน แต่ทางที่ดีที่สุดควรให้กัมพูชาใช้ทางขึ้นเฉพาะ ทางบันไดทางทิศตะวันออกเฉียงใต้ดังกล่าวเท่านั้น ทั้งนี้ข้อสรุปจากการเจรจาดังกล่าว จำเป็นต้องทำเป็นข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้เกิดความชัดเจนและยืนยัน ตรวจสอบกันได้

### 3.4 ในการปฏิบัติตามคำสั่งศาลข้อ (3) ไทยต้องอนุญาตให้คณะผู้สังเกตการณ์ที่แต่งตั้งโดยอาเซียนเข้าไปยังเขตปลอดทหารชั่วคราวดังกล่าวได้

ทั้งนี้คำสั่งศาลไม่ได้กำหนดว่า คณะผู้สังเกตการณ์จะต้องเข้าไปในเขตปลอดทหารชั่วคราวในทันทีหรือก่อนที่จะมีการถอนกำลังทหารออกจาก PDZ แต่ปรากฏว่า นายฮุน เซน นายกรัฐมนตรีกัมพูชา กลับออกมาแถลงยืนยันว่า ทหารกัมพูชาจะถอนออกจากเขตดังกล่าวก็ต่อเมื่อคณะผู้สังเกตการณ์ได้เข้าไปในเขตดังกล่าวก่อน การกระทำดังกล่าวของนายฮุน เซน จึงเป็นการไม่เหมาะสมและไม่สอดคล้องกับคำสั่งศาล เพราะศาลสั่งตามข้อ (1) ให้ถอนกำลังทหารทั้งสองฝ่ายออกจากเขตปลอดทหารชั่วคราวในทันที แต่ไม่ได้สั่งตามข้อ (3) ว่าคณะผู้สังเกตการณ์ต้องเข้าไปยังเขตดังกล่าวในทันทีหรือก่อนที่จะมีการถอนกำลังทหารของทั้งสองฝ่าย

อย่างไรก็ตามก่อนที่จะศาลโลกจะมีคำสั่งดังกล่าว ในการประชุมอย่างไม่เป็นทางการของรัฐมนตรีต่างประเทศอาเซียนที่ประเทศอินโดนีเซีย เมื่อวันที่ 22 ก.พ. 2554 ไทยและกัมพูชาได้ให้คำมั่นต่อกันและต่ออาเซียนที่จะไม่ให้เกิดการปะทะกันอีก และเพื่อให้ความมั่นใจต่อกัน ต่ออาเซียน และต่อประชาคมโลก ทั้งสองประเทศได้เชิญรัฐบาลอินโดนีเซียให้ส่งคณะผู้สังเกตการณ์ไปในพื้นที่บริเวณชายแดนไทย-กัมพูชา ฝั่งละ 15 คน โดยอินโดนีเซียจะได้มีหนังสือถึงไทยและกัมพูชาเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจหน้าที่ของคณะผู้สังเกตการณ์อินโดนีเซีย (TOR)

แต่หลังจากนั้นไทยและกัมพูชาก็ยังไม่สามารถตกลงเงื่อนไขการส่งคณะผู้สังเกตการณ์อินโดนีเซียไปในพื้นที่ดังกล่าวได้ เนื่องจากไทยยืนยันว่า คณะผู้สังเกตการณ์อินโดนีเซียจะเข้าไปปฏิบัติหน้าที่ได้ก็ต่อเมื่อกองกำลังกัมพูชาต้องถอนออกจากปราสาทพระวิหาร วัดแก้วสิกขาคีรีสรวารา ชุมชน และตลาดก่อน ทั้งนี้หากคณะผู้สังเกตการณ์อินโดนีเซียเข้าไปโดยที่ยังมีกองกำลังกัมพูชาอยู่ในพื้นที่ดังกล่าวเท่ากับเป็นการยอมรับการกระทำดังกล่าวของกัมพูชา อีกทั้งยังเป็นการยอมรับการสูญเสียอธิปไตยและบูรณภาพเหนือดินแดนไทย แต่กัมพูชาปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามที่ไทยยืนยัน ดังนั้นคณะผู้สังเกตการณ์อินโดนีเซียจึงยังไม่สามารถเขาปฏิบัติหน้าที่ได้

แต่เมื่อศาลโลกมีคำสั่งตามข้อ (1) ให้ทั้งสองฝ่ายถอนฝ่ายถอนกำลังทหารออกจาก PDZ การส่งคณะผู้สังเกตการณ์อินโดนีเซียเข้าไปปฏิบัติหน้าที่จึงไม่อาจจะมีปัญหาอีกต่อไป ยกเว้นในกรณีที่นายฮุน เซน ยังคงยืนยันว่า ทหารกัมพูชาจะถอนออกจากเขตดังกล่าวก็ต่อเมื่อคณะผู้สังเกตการณ์ได้เข้าไปในเขตดังกล่าวก่อน อย่างไรก็ตามคงต้องรอให้มีการตกลงในรายละเอียดและการลงนามรับรอง TOR ดังกล่าวเสร็จสิ้นสมบูรณ์ก่อน

**3.5 ในการปฏิบัติตามคำสั่งศาลข้อ (4) กัมพูชาอาจอ้างว่าการคัดค้านแผนบริหารจัดการปราสาทพระวิหารที่กัมพูชาเสนอต่อคณะกรรมการมรดกโลกโดยฝ่ายไทยนั้น เป็นการกระทำที่ข้อพิพาทเลวร้ายลงหรือเกิดมากขึ้น**

เนื่องจากคำสั่งศาลข้อนี้ให้ไทยต้องงดเว้นจากการกระทำใดๆ ที่อาจทำให้ข้อพิพาทที่ปรากฏต่อศาลเลวร้ายลงหรือเกิดมากขึ้น หรือทำให้มันยากยิ่งขึ้นที่จะแก้ไข ดังนั้นหากไทยยังคงดำเนินการคัดค้านแผนบริหารจัดการปราสาทพระวิหารของกัมพูชาต่อไป ไทยจำเป็นต้องทำความเข้าใจกับประเทศต่างๆ ว่า การดำเนินการดังกล่าวเป็นไปด้วยเจตนาอันบริสุทธิ์ที่จะปกป้องอธิปไตยของไทยเนื่องจากแผนบริหารจัดการดังกล่าวกัมพูชามีการกำหนดเขตกันชน (Buffer zone) ที่ไม่ชัดเจนซึ่งอาจรุกล้ำเข้ามาในเขตไทย รวมทั้งต้องเรียกร้องอย่างเป็นทางการให้คณะกรรมการมรดกโลกชะลอการพิจารณาอนุมัติแผนบริหารจัดการดังกล่าวไว้ก่อนจนกว่าศาลโลกจะมีคำตัดสินเกี่ยวกับการตีความคำพิพากษาศาลฎีกาปราสาทพระวิหารที่ศาลโลกได้ตัดสิน เมื่อวันที่ 15 มิ.ย. 2505 ตามที่กัมพูชาร้องขอ

#### **4. การดำเนินการเพื่อให้การปฏิบัติตามคำสั่งของศาลโลกเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ**

ตามที่กล่าวมาแล้วในข้อ 2 รัฐบาลได้ดำเนินการให้ประธานรัฐสภาเปิดการประชุมร่วมกันของรัฐสภาเพื่อให้มีการอภิปรายทั่วไปโดยไม่มีการลงมติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 179 ต่อกรณีการปฏิบัติตามคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลโลก แต่การดำเนินการดังกล่าวเป็นเพียงการเปิดโอกาสให้รัฐสภาได้รับทราบและแสดงความคิดเห็นในเรื่องดังกล่าวโดยไม่มีการลงมติใดๆ ทั้งนี้ รัฐบาลได้อ้างว่า

มิใช่เป็นเรื่องการจัดทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 จึงไม่ต้องเสนอให้รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบ

แต่หากพิจารณาให้รอบคอบและถี่ถ้วนแล้ว จะเห็นว่าในการปฏิบัติตามคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลโลกนั้น มีความจำเป็นอย่างยิ่งและหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องทำข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรกับกัมพูชาในหลายเรื่อง ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 3 เพื่อให้เกิดความชัดเจนและยืนยันตรวจสอบกันได้อันจะเป็นการป้องกันปัญหาความขัดแย้งที่อาจมีขึ้น

ยิ่งไปกว่านั้นคำสั่งศาลข้อ (1) ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 3.1 เป็นคำสั่งที่ล่วงล้ำอำนาจอธิปไตยของไทย เนื่องจากมีการกำหนด PDZ ให้รวมถึงพื้นที่ที่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของไทยซึ่งไม่ได้เป็นพื้นที่พิพาทแต่อย่างใด อีกทั้งมีประชาชนจำนวนมากรวมทั้งกลุ่มพันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตยไม่เห็นด้วยกับการถอนกำลังทหารดังกล่าว ดังนั้นหากมีการดำเนินการถอนทหารดังกล่าวคงจะมีประชาชนจำนวนมากในหลายจังหวัดออกมาประท้วงในเรื่องนี้ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมอย่างกว้างขวาง

ดังนั้นการปฏิบัติตามคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลโลก จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งและหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่รัฐบาลจะต้องจัดทำหนังสือสัญญาเพื่อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรกับกัมพูชา ซึ่งหนังสือสัญญาดังกล่าวมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมอย่างกว้างขวาง จึงเข้าองค์ประกอบของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

นอกจากนั้น ก่อนดำเนินการเพื่อจัดทำหนังสือสัญญาดังกล่าว ครม. ต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน รวมทั้งต้องชี้แจงและเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วย ตามที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสาม และเมื่อลงนามในหนังสือสัญญาดังกล่าวแล้ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น และในกรณีที่มีการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม ครม. ต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็ว

เหมาะสม และเป็นธรรม ตามที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสี่

การประชุมร่วมกันของรัฐสภาที่มีขึ้นในวันที่ 15 พ.ย. 2554 เพื่อให้มีการอภิปรายทั่วไปโดยไม่มีการลงมติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 179 ต่อกรณีการปฏิบัติตามคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลโลกนั้น จึงไม่น่าจะมีประโยชน์ด้วยเหตุผลที่กล่าวข้างต้น ดังนั้นรัฐบาลจึงควรต้องดำเนินการให้มีการประชุมร่วมกันของรัฐสภาเพื่อชี้แจงและเสนอกรอบการเจรจากับกัมพูชาในการปฏิบัติตามคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลโลกเพื่อขอความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสามก่อน

นอกจากนี้ศาลโลกได้กำหนดให้ไทยต้องส่งข้อสังเกตที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Written Observation) ให้ศาลภายในวันที่ 21 พ.ย. 2554 สำหรับการพิจารณาคำร้องที่กัมพูชาร้องขอให้ศาลโลกตีความคำพิพากษาศาลติปราสาทพระวิหาร ซึ่งในเรื่องนี้กระทรวงการต่างประเทศได้แถลงต่อสื่อมวลชนว่า หลังจากศาลได้มีคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราว นายวิรัช พลาศรัย ตัวแทน (agent) ฝ่ายไทย ได้ร่วมหารือกับที่ปรึกษากฎหมายของไทยที่กรุงปารีส ในเรื่องการจัดทำร่างข้อสังเกตดังกล่าวแล้ว สำหรับเรื่องนี้รัฐบาลไม่ควรปล่อยให้กระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้รับผิดชอบต่อผู้คดีนี้แต่เพียงฝ่ายเดียว ควรให้ผู้ที่มีความรู้และความเชี่ยวชาญในด้านต่างๆ ที่เกี่ยวข้องจากภาคส่วนต่างๆ ได้เข้ามามีส่วนร่วมในการช่วยดำเนินการต่อผู้คดีด้วย โดยอาจตั้งเป็นรูปของคณะกรรมการกลาง นอกจากนี้กระทรวงการต่างประเทศควรแปลเอกสารทั้งหมดที่เกี่ยวกับคำสั่งศาลโลกเมื่อวันที่ 18 ก.ค. นี้ เพื่อเผยแพร่ให้ประชาชนทั่วไปได้รับทราบข้อมูล

# ปาฐกถาในงานสัมมนาวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 10 ปีศาลปกครอง เรื่อง “บทบาทของนักกฎหมายและตุลาการ ในยุคแห่งนิติปรัชญาศตวรรษที่ 20”\*

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์

ท่านประธานศาลปกครองสูงสุด ท่านอดีตประธานศาลปกครองสูงสุด  
ท่านตุลาการ ท่าน Professor ผู้ทรงคุณวุฒิ และท่านผู้มีเกียรติทั้งหลาย

ก่อนอื่น ผมต้องขอขอบคุณศาลปกครองที่ให้เกียรติผมมาพูดในวันนี้ ;  
และในโอกาสแรกนี้ ผมต้องขอแสดงความยินดีที่ศาลปกครองได้ปฏิบัติหน้าที่และ  
แก้ปัญหาให้ประเทศมาเป็นเวลาครบ 10 ปีแล้ว และ ในอนาคตอีก 10 ปีข้างหน้า  
นั้น ผมก็เชื่อว่า ศาลปกครองคงจะต้องก้าวหน้าและแก้ปัญหาให้ประเทศมากกว่า  
สิ่งที่ผ่านมาแล้ว เพราะในขณะนี้ ทุกคนก็มองเห็นแล้วว่า ประเทศของเรานั้น  
เต็มไปด้วยปัญหาที่เกิดมาจากการบริหาร ที่ไม่มีกฎหมายที่เป็นระบบ

ผมได้เลือก “หัวข้อ” ที่จะมาพูดในวันนี้ ให้ตรงกับปัญหาของประเทศ  
ในปัจจุบัน เพราะว่าประเทศของเราขณะนี้ แตกแยก และมีความคิดเห็นในทาง  
กฎหมายหลากหลายที่ขัดแย้งกันเอง ; หัวข้อที่จะมาพูดในวันนี้ ก็คือ “บทบาท  
ของนักกฎหมายและตุลาการในยุคแห่งนิติปรัชญาศตวรรษที่ 20” คือ นิติปรัชญา  
เมื่อ 100 ปีที่ผ่านมา และในขณะนี้ เรากำลังเริ่มต้นศตวรรษที่ 21

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 20 พฤศจิกายน 2554

ผมอยากจะเรียนว่า สิ่งที่เราเคยเรียนกันมาเรื่อง “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” สมัยมองเตสกีเออ สมัย (โทมัส) ฮอบบ์ สมัย (จอห์น) ล็อก นั้นได้ผ่านพ้นไปกว่า 250 ปีมาแล้ว และขณะนี้เป็นระยะแห่งนิติปรัชญาในยุคศตวรรษที่ 20 ; ผมจะไม่อยากจะทำวาทะถึงชื่ออะไรว่า นักปรัชญาในยุคศตวรรษที่ 20 เหล่านี้มีใครบ้าง ชื่ออะไร มีทั้งเยอรมัน อังกฤษ สหรัฐอเมริกา แต่ผมอยากจะเอาสิ่งที่เรารู้ ๆ กันอยู่มาพูด คือ เรารู้ว่า ในปัจจุบันนี้ นักกฎหมายของเราถูกเรียกว่าเป็น social engineer คือ วิศวกรสังคม

ปัญหามีว่า วิศวกรสังคมของเราในเมืองไทย ทำหน้าที่ได้ “ดี” หรือเปล่า ทำหน้าที่ได้ถึง “มาตรฐาน” ที่จะแก้ปัญหาให้ประเทศ ทั้งในขณะนี้และในอนาคตได้หรือไม่

ผมอยากจะเรียนว่า บทบาทของนักกฎหมายในฐานะที่เป็น “วิศวกรสังคม” นั้น มีบทบาทสำคัญอยู่ 2 ประการ บทบาทแรก ก็คือ การ Design กฎหมาย หรือการออกแบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะใช้บังคับเป็น “กฎเกณฑ์” ในสังคมของเรา รวมทั้งการกำหนด “การจัดรูปแบบองค์กรบริหารของรัฐ” ให้เป็นองค์กรที่ดีมีประสิทธิภาพ ข้อนี้คือบทบาทแรกที่สำคัญมาก ต่อมา บทบาทที่ 2 ก็คือ บทบาทในฐานะตุลาการหรือผู้พิพากษา เพราะตุลาการนั้นเป็นผู้ที่จะต้องใช้กฎหมาย คือนำตัวบทกฎหมายมาใช้บังคับในการชี้ขาดคดีและตัดสินข้อพิพาท ; แนนอนนะครับ ถ้าตัวบทกฎหมายดี ก็ลดปัญหาไปได้มาก แต่อย่างไรเสีย ก็เป็นเพียงแต่ลดปัญหาแต่ไม่สามารถแก้ปัญหาได้ทั้งหมด ตุลาการยังจะต้อง “ตีความ” กฎหมาย ในกรณีที่ถ้อยคำในตัวบทกฎหมายมีปัญหา ; แต่แม้ว่าตุลาการตีความแล้ว ก็ยังไม่สามารถแก้ปัญหาได้ทั้งหมด นักกฎหมายในฐานะตุลาการ ก็จะต้อง “อุดช่องว่าง” ของกฎหมายด้วย

ตรงนี้แหละครับ ที่เป็น “จุดอ่อนของตุลาการ” ของเรา ผมอยากจะเรียนว่าเมื่อเราพูดถึงบทบาทของตุลาการ เรามักจะคิดถึงเรื่อง “การตีความกฎหมาย” แต่เราไม่ได้คิดถึงเรื่อง “การอุดช่องว่างของกฎหมาย” และเราก็มักจะคิดว่า “การตีความกฎหมาย” ก็เหมือนกับ “การอุดช่องว่างของกฎหมาย” ซึ่งอันที่จริงแล้ว ไม่เหมือนกัน ; การอุดช่องว่างของกฎหมาย คือ การนำเอา

**“กฎเกณฑ์” ที่ตั้งคมรู้ และยอมรับกันอยู่** อันเป็นเจตนารมณ์ที่ซ่อนอยู่เบื้องหลัง ถ้อยคำของบทกฎหมาย แต่บทกฎหมายไม่ได้เขียนออกมาให้ชัดเจน **มาใช้ในการชี้ขาดคดี** เช่น หลักเรื่องนิติกรรมอำพราง หลักเรื่องการใช้สิทธิโดยสุจริต ที่ผู้ที่กระทำความผิดกฎหมายมักจะอาศัยประโยชน์จากการที่ทำเป็นไม่รู้ **“กฎเกณฑ์”** เหล่านี้ เพื่อหลบหลีกบทกฎหมาย โดยอ้างว่า บทกฎหมายไม่ได้เขียนไว้

ไม่มีประเทศใดในโลก ที่จะเขียนกฎหมายแล้วแก้ปัญหาได้ทุกอย่าง ตลกาการ ไม่ว่าจะเป็นตลกาการของศาลปกครอง ของศาลรัฐธรรมนูญ หรือแม้ของ ศาลยุติธรรมเอง ก็ยังจะต้องทำหน้าที่ **“ตีความกฎหมาย”** และ **“อุดช่องว่างของกฎหมาย”**

**เหตุผลอีกประการหนึ่ง** ที่ทำให้ผมเลือกหัวข้อ **“บทบาทของนักกฎหมาย และตุลาการในยุคแห่งนิติปรัชญาศตวรรษที่ 20”** นี้มาพูด ก็คือ ในขณะที่ผมกำลังนั่งนึกว่า จะเอา **“หัวข้อ”** อะไรมาพูดในวันนี้ ก็บังเอิญมีคำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องยุบพรรคประชาธิปัตย์ คือ คำวินิจฉัยที่ 15 / 2554 ซึ่งเป็น **คำวินิจฉัยที่ถูกนักวิชาการวิพากษ์วิจารณ์** อย่างมากมาย ซึ่งทำให้ผมนึกถึง **บทบาทของนักกฎหมายในฐานะที่เป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการ ที่ใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดี**

กฎหมายไม่ใช่ เรื่องของ **“การแบ่งแยกอำนาจ”** เป็น อำนาจนิติบัญญัติ - อำนาจบริหาร - อำนาจตุลาการ **เพื่อความเป็นประชาธิปไตย** อย่งง่าย ๆ ตามที่เข้าใจกัน ; เช่นคิดว่า เมื่อตนเองได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแล้ว ก็เข้ามาใช้อำนาจนิติบัญญัติ เขียนกฎหมายได้ตามใจชอบโดยอ้างว่า ตนได้รับเลือกตั้งขึ้นมาแล้ว จะเขียนอะไรก็ได้ หรือเมื่อเป็นตุลาการแล้ว ก็วินิจฉัยชี้ขาดคดีได้ตามอำเภอใจโดยคิดว่าตนเองมีฐานะเป็นอิสระ จะชี้ขาดโดยอธิบายเหตุผลอะไร ๆ ก็ได้

มองเตสกีเออตายไปแล้วตั้ง 250 ปี คือ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1755 ; และในปัจจุบันนี้ การเขียนกฎหมายได้กลายเป็นเทคนิคทางวิชาการ ที่ต้องการการศึกษาวิจัยทางกฎหมายเปรียบเทียบ เพื่อออกแบกกฎหมาย โดยมี **“ความมุ่งหมาย”** ที่ทำให้การบริหารประเทศมีประสิทธิภาพ เพื่อประโยชน์ส่วนรวม ; และ การชี้ขาด



และตัดสินคดีของตุลาการก็เหมือนกัน ผู้พิพากษาหรือตุลาการที่ซื่อสัตย์ ก็ต้องคำนึงถึงพฤติกรรมของมนุษย์ในทางสังคมวิทยาและนึกถึงความสุจริตหรือไม่สุจริตของผู้กระทำด้วย

เมื่อเรารู้ว่า “บทบาท” ของนักกฎหมายและตุลาการตามนิติปรัชญาในยุคศตวรรษที่ 20 ในฐานะที่เป็น **social engineer** มีอยู่ 2 บทบาท ; ต่อไปนี้เราลองมาทบทวนดูสิว่า **สภาพการณ์ในปัจจุบันนี้** ขณะที่คนไทยเราแตกแยกกันเป็นฝักเป็นฝ่าย และเรายังหาทางออกเพื่อแก้ปัญหากันยังไม่ได้ สภาพการณ์นี้เกิดมาจากเหตุอะไรบ้าง และเราลองมาดูสิว่า **บทบาทของนักกฎหมายไทย** ในฐานะเป็น **social engineer** นักกฎหมายและตุลาการของเราได้ทำอะไรไปบ้าง

ผมขอเริ่มต้นด้วยการพิจารณา “**บทบาทของนักกฎหมายในการร่างกฎหมาย**” ว่า นักกฎหมายของเราในด้านการร่างกฎหมายในปัจจุบัน มีความสำเร็จมากน้อยเพียงใด ; ผมจะพูดอย่างสั้นๆ โดยจะพูดถึงการเขียนหรือการออกแบบ “**รัฐธรรมนูญ**” ของเรา ; และวันนี้ **เรามีโอกาสที่เราได้มี ท่าน professor จากต่างประเทศ** หลายท่านมาร่วมฟังอยู่ด้วย และมีแปลให้ท่านได้เข้าใจไปพร้อมกัน ; ท่าน professor เหล่านี้ ก็จะได้รับรู้ “**ปัญหาของระบบสถาบันการเมือง**” ของเราด้วย

ผมอยากจะบอก “**ความเห็นของผม**” ให้ท่านผู้มีเกียรติได้ทราบเสียตั้งแต่ในตอนต้นนี้เลย ว่าตามความเห็นผม **บทบาทของนักกฎหมายในการออกแบบกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งการออกแบบกฎหมายสูงสุดของประเทศ** คือ “**รัฐธรรมนูญ**” นั้น **ประสบความสำเร็จโดยสิ้นเชิง** และขอให้ท่านลองพิจารณา “**เหตุผล**” ของผมที่จะกล่าวต่อไปนี้ ดูว่า มีความสมเหตุสมผล พอหรือไม่

ท่านที่ได้เคยอ่านบทความของผม คงจะรู้แล้วว่า ผมได้บอกว่า ประเทศไทยเป็นประเทศเดียวในโลก ที่ใช้ “**ระบบสถาบันการเมือง - form of government**” เป็นระบบผูกขาดอำนาจรัฐ โดยพรรคการเมืองนายทุน ; ท่าน professor จากต่างประเทศ อาจจะไม่ทราบก็ได้ว่า มีระบบนี้อยู่ในโลก เพราะระบบนี้ไม่เคยมีในประเทศของเขา และไม่มีอยู่ในตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ

รัฐธรรมนูญของประเทศไทย มีบทบัญญัติอยู่ 3 บทบัญญัติ ที่ไม่มีในรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญของ “ประเทศที่พัฒนาแล้ว” ; **ประการแรก** ก็คือ บทบัญญัติที่บังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมืองในประเทศในยุโรปไม่มี และประเทศในเอเชียก็ไม่มี เพราะเขาถือว่า “เสรีภาพทางการเมือง” หมายรวมถึง เสรีภาพที่บุคคลจะสมัครรับเลือกตั้งได้โดยอิสระด้วย ; **ประการที่สอง** ก็คือ เรามีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้ “พรรคการเมือง” มีอำนาจให้ ส.ส. พ้นจากสมาชิกภาพของ ส.ส.ได้ ตรงนี้ก็เหมือนกันครับ ที่รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ไม่มี ; รัฐธรรมนูญของเราบัญญัติให้ สมาชิกภาพของ ส.ส. ของเราต้องสิ้นสุดลงไปพร้อมกันถ้าหากผู้ที่เป็น “ส.ส.” นั้น ต้องพ้นจากการเป็นสมาชิกของพรรคการเมือง นี่คือ บทบัญญัติข้อที่ 2 ที่แปลกประหลาดมาก ; บทบัญญัติประการที่สาม ก็คือว่า เรามีบทบัญญัติบังคับไว้ว่า นายกรัฐมนตรีต้องมาจากการเลือกตั้งเท่านั้น จะเป็นบุคคลอื่นไม่ได้แม้ว่า ส.ส. ฝ่ายข้างมากจะเลือกและเห็นด้วยก็ตาม ; บทบัญญัตินี้ก็แปลก ผมไม่เคยพบในรัฐธรรมนูญของประเทศที่พัฒนาแล้ว

**ท่านทราบหรือไม่ว่า บทบัญญัติ 3 บทบัญญัตินี้ ก่อให้เกิด “อะไร” ขึ้นในประเทศไทย และทำไมประเทศอื่น เขาจึงไม่มีบทบัญญัตินี้**

สามบทบัญญัตินี้ เป็นบทบัญญัติที่ทำให้เกิด “ระบบผูกขาดอำนาจรัฐหรือระบบเผด็จการ โดยพรรคการเมืองนายทุนในระบบรัฐสภา” ไม่ว่า การผูกขาดอำนาจนั้นจะเป็นการผูกขาดอำนาจรัฐโดยพรรคการเมืองนายทุนเพียงพรรคเดียวที่คุมเสียงข้างมากในสภา หรือจะเป็นพรรคการเมืองนายทุนหลายพรรคที่จับกลุ่มรวมกัน เป็นเสียงข้างมาก ก็ตาม

สามมาตรานี้ ทำให้บรรดานายทุนทั้งหลาย “ร่วมทุน” กันจัดตั้งพรรคการเมือง แล้วใช้อิทธิพลทางการเงินซื้อเสียงในการเลือกตั้งภายใต้สภาพสังคมของคนไทยที่ยังไม่พัฒนาและยากจน เข้ามาผูกขาดอำนาจรัฐ ; ดังนั้น ตรงนี้แหละครับ คือ ตัวสาเหตุสำคัญ ; ผลของการที่เราออกแบบรัฐธรรมนูญที่เป็นฉบับเดียวในโลกนี้ ทำให้นายทุนทั้งหลายทั้งนายทุนท้องถิ่นและนายทุนระดับชาติของเรา รวมทุนกันตั้งพรรคการเมือง และแข่งขันกัน เพื่อที่จะได้ชนะการเลือกตั้งและเข้ามาคุมเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรในระบบรัฐสภา เพื่อเข้ามาเป็นรัฐบาล ;

เพราะเราทราบกันอยู่แล้วว่า ใน “ระบบรัฐสภา” นั้น พรรคการเมืองหรือกลุ่มการเมืองใดที่คุมเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร พรรคการเมืองหรือกลุ่มการเมืองนั้น ย่อมเป็น “รัฐบาล”

ตรงนี้นะครับ ที่ระบบรัฐสภา - parliamentary system แตกต่างกับ “ระบบประธานาธิบดี” ที่มีการแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารและองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ออกจากกันและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน และก็แตกต่างกับ “ระบบสังคมนิยมของประเทศคอมมิวนิสต์” เช่น ประเทศจีน ซึ่งเขาใช้ระบบที่มีการ screen หรือคัดสรรตัวบุคคลที่จะ “ผู้นำทางการเมือง” โดยระบบพรรคคอมมิวนิสต์ ; แล้วหลังจากนั้น เขาจึงจะมอบหมายให้บุคคลที่พรรคคอมมิวนิสต์ได้คัดสรรแล้ว เข้ามาดำรงตำแหน่งบริหารสูงสุดในรัฐธรรมนูญ คือ เป็นประธานาธิบดี และเป็นนายกรัฐมนตรี ฯลฯ

แต่ระบบตามรัฐธรรมนูญของเรา ฉบับเดียวในโลกนี้ ทำให้ “อำนาจรัฐ” ของเราตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของ “นายทุน” ที่เป็นเจ้าของพรรคการเมือง

ท่านอาจจะไม่ได้สังเกตว่า “ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมืองนายทุน” ประเทศเดียวในโลกของเรานี้ เกิดขึ้นอย่างไร และ ตั้งแต่เมื่อไร ทั้ง ๆ ที่ “เหตุการณ์” นี้ เป็นเหตุการณ์ที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง และเป็นเหตุการณ์ที่ได้ทำให้ “ลักษณะ” ของปัญหาการเมืองของเรา เปลี่ยนแปลงไปจากที่เคยเป็นมา และไม่เหมือนเดิมอีกต่อไป ; ซึ่งก็แปลกอีกเหมือนกัน ก็คือ การเปลี่ยนแปลงนี้เป็น “การเปลี่ยนแปลง” โดยที่เราคอนไทยไม่รู้ตัว ; แต่ในที่นี้ ผมคงไม่บอกว่าทำไมเราถึง “ไม่รู้ตัว” เพราะเป็นเรื่องยาว

ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมืองนายทุนของเรานี้ เกิดขึ้นโดย “สมบูรณแบบ” ตั้งแต่ ปี พ.ศ. 2535 ; ที่ผมใช้คำว่า “สมบูรณแบบ” ก็เพราะว่าเรามีบทบัญญัติที่เป็นเงื่อนไขของ “ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมือง” บางส่วนมาก่อนแล้ว คือ บทบัญญัติเรื่องการบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรค และบทบัญญัติว่าด้วย “อำนาจของพรรคการเมือง” ; แต่เรามาเติมบทบัญญัติประการที่สาม คือ บทบัญญัติที่กำหนดให้ “นายกรัฐมนตรีต้องมาจาก ส.ส.” เท่านั้น อันเป็นบทบัญญัติประการสุดท้าย ที่ทำให้ ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมืองนายทุนของเรา

“สมบูรณครบถ้วน” ในปี พ.ศ. 2535 ด้วยการแก้ไขรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 ฉบับที่ 4 ในเดือนกันยายน 2535 ในสมัยที่ท่านอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี

ผมขอให้เราลองมาทบทวนดู “สภาพปัญหาการเมือง” ของเราหลังจากที่เราแก้ไขรัฐธรรมนูญ ในปี พ.ศ. 2535 จนถึงปัจจุบัน ; เราดูสิว่า อะไรเกิดขึ้นในระบบสถาบันการเมืองของเรา

เราก็จะเห็นว่า **พรรคการเมืองนายทุนของเรา** ในระยะแรกนั้น จะเป็น **“พรรคการเมือง ของนายทุนท้องถิ่น”** ที่เป็นพรรคระดับกลาง พรรคการเมืองเหล่านี้ ต่างแย่งกันจับขั้วกันเอง เพื่อที่จะคุมเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร แล้วก็เข้ามาเป็น **“รัฐบาล”** เพื่อแสวงหาประโยชน์ส่วนตัว ; พรรคการเมืองของนายทุนท้องถิ่นที่แย่งกันจับขั้วกันนี้ ต่างก็สลับกันมาเป็น **“นายกรัฐมนตรี”** ; จนกระทั่งนายทุนระดับชาติมองเห็นโอกาสและรวมทุนกันตั้ง **“พรรคการเมืองของนายทุนระดับชาติ”** ขึ้น ตั้งแต่การเลือกตั้ง พ.ศ. 2542 ; นายทุนระดับชาติใช้เงินทุนจำนวนมาก ซื้อทั้ง “ผู้สมัคร ส.ส. ก่อนการเลือกตั้ง” ซื้อทั้ง “ส.ส. ที่ได้รับเลือกตั้งแล้ว” และซื้อ **“พรรคการเมืองทั้งพรรค”** เพื่อให้พรรคการเมืองของตนได้เข้ามาเป็นรัฐบาล และ **“ผูกขาดรัฐ”** โดยพรรคการเมืองเพียงพรรคเดียว คือ เป็นทั้งรัฐบาลฝ่ายบริหาร และคุมเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร ; ซึ่งผมคงไม่ต้องเอ่ยชื่อของพรรคการเมืองนายทุนระดับชาติพรรคนี้ ท่านผู้ฟังนึก ๆ ดู ก็คงจำได้

นี่ คือ **ต้นเหตุของการคอร์รัปชั่นครั้งมหโฬาร** มีทั้งคอร์รัปชั่นทางตรงและทางอ้อม คอร์รัปชั่นทั้งในทางบริหาร และคอร์รัปชั่นทั้งในทางนโยบาย ด้วยการแก้ไขกฎหมายเพื่อประโยชน์ของกิจการตนเอง เช่น **การแปรรูปรัฐวิสาหกิจ** ที่เป็นการผูกขาดของกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะ และกิจการในระบบสาธารณูปโภค ให้แก่เอกชน คือ ตนเองและพรรคพวก และการขายกิจการที่เป็นความมั่นคงของชาติ ให้แก่ต่างชาติ

ผมเห็นว่า ถ้าเราไม่ยกเลิก **“ระบบผูกขาดอำนาจรัฐ โดยพรรคการเมืองนายทุนในระบบรัฐสภา”** เราก็ไม่สามารถแก้ปัญหาคอร์รัปชั่นและไม่สามารถแก้ปัญหาการเมืองของเราได้

ปัจจุบันนี้ พ.ศ. 2554 การเมืองของเราก็กลับมาสู่ที่เดิม คือ “นายทุน” ก็ยังคงเป็นเจ้าของพรรคการเมือง และเป็น “การผูกขาดอำนาจรัฐ” โดยพรรคการเมืองนายทุน ก็เป็นการผูกขาดอำนาจรัฐโดยพรรคการเมืองของนายทุนระดับชาติเพียงพรรคเดียว ; และการพยายามปรองดองหากมี ก็จะเป็นการ “ปรองดอง” ในระหว่งนายทุนเจ้าของพรรคการเมืองด้วยกัน ซึ่งต่างก็ต้องการที่จะรักษา “ระบบเผด็จการ โดยพรรคการเมืองนายทุน” นี้ไว้ เพื่อการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรของส่วนรวมให้แก่พรรคพวกของตนต่อไป ภายใต้ระบบการบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมือง

เท่าที่กล่าวมา เป็นการพิจารณาในด้านบทบาทประการแรก คือ “บทบาทของนักกฎหมายในการออกแบบกฎหมาย” โดยนำเอาการร่างกฎหมายที่สำคัญที่สุดของประเทศ คือ การออกแบบ “รัฐธรรมนูญ” ของประเทศมาพิจารณา และผมก็ขอพูดสรุปอย่างสั้น ๆ ตรงนี้ ว่า นักกฎหมายไทยในฐานะที่เป็นผู้ที่ Design รัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดนั้น ได้ประสบความสำเร็จอย่างสิ้นเชิง

หลักการของระบอบประชาธิปไตย ที่เป็นหลักสากล ที่ผมเชื่อว่าทุกท่านรู้จักกันดี ก็คือ “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ต้องมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ได้ตามมโนธรรม - conscious ของตนเอง โดยต้องไม่อยู่ภายใต้อำนาจติและการมอบหมายใดๆ” นี้ คือ หลักประชาธิปไตย

แต่สิ่งที่แปลกสำหรับประเทศไทย ก็คือ ท่านจะพบว่า ไม่มี “นักวิชาการ” คนใด และ “นักการเมือง” คนใดของเราพูดว่า เราไม่ใช่นักประชาธิปไตย ; และยิ่งกว่านั้น นักการเมืองของเรายังพยายามที่จะกลบเกลื่อนและหลอกคนไทย โดยพูดให้ได้ยินทุก ๆ วัน ว่า ระบอบของเราเป็น “ระบอบประชาธิปไตย” ; ซึ่งความจริงระบอบของเราไม่ใช่ระบอบประชาธิปไตย แต่เป็น “ระบอบเผด็จการโดยพรรคการเมืองนายทุนในระบบรัฐสภา” ซึ่งเป็นประเทศเดียวในโลก

ข้อเท็จจริงที่ผมยกมากล่าวนี้ เป็นการแสดงให้เห็นถึงความล้มเหลวของนักกฎหมายไทย ในฐานะที่เป็น social engineer ในด้านออกแบบรัฐธรรมนูญ

ซึ่งนอกจากการออกแบบ “รัฐธรรมนูญ” แล้ว บทกฎหมายอื่นๆ ที่ “นักกฎหมายของเรา” ออกแบบ ก็มีข้อเท็จจริงหลายประการที่แสดงให้เห็นว่า นักกฎหมายของเราไม่ประสบความสำเร็จและออกแบบผิดพลาด ; ผมขอยก “ตัวอย่าง” สักตัวอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่ซับซ้อนเกินไป

เราจะจำได้ว่า เมื่อปีก่อนเราไม่สามารถแต่งตั้ง “ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ” ได้เป็นเวลานานเกือบปี แต่ทำไม เราจึงไม่มีนักกฎหมาย ไม่ว่าจะป็นอาจารย์กฎหมายในมหาวิทยาลัยหรือเป็นเจ้าของหน้าที่ในส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง สนใจที่จะทำการวิเคราะห์ดูบ้างว่า ทำไมประเทศไทยเราจึงมี “ปัญหา” นี้ และทำไมประเทศอื่น เขาจึงไม่มีปัญหาเหมือนของเรา

สำหรับผม ผมมีความเห็นว่า การที่เราไม่สามารถแต่งตั้ง “ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ” ได้เป็นเวลาเกือบปีนั้น ก็เพราะ “โครงสร้างการบริหารตำรวจ” และ “กระบวนการแต่งตั้ง (ผู้ดำรงตำแหน่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ)” ตามกฎหมายของเรานั้น ไม่เหมือนกับประเทศอื่นในโลก และมีความผิดพลาด และทำให้นักการเมืองของเราต้องการที่จะอยู่เบื้องหลังของการคัดเลือก “ตัวบุคคล” ที่จะมาเป็นผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ

ก่อนอื่น เรามาพิจารณาดูว่า ทำไม “การบริหารตำรวจ” ของเรา จึงผิดพลาด ; ผมขอเรียนอย่างสั้น ๆ และง่าย ๆ ว่า เท่าที่ผมศึกษามา ไม่มีประเทศใดไหนในโลก ที่ “ผู้บัญชาการตำรวจ” ของเขานั้น จะมีอำนาจและสามารถควบคุมการแต่งตั้งตำรวจได้ทั่วประเทศ เหมือนกับประเทศไทย ; ท่าน Professor จากต่างประเทศที่หนึ่งพึ่งอยู่ในที่นี้ ท่านคงทราบดีว่า “ตำรวจท้องถิ่น” ในประเทศของท่านเหล่านั้นนั้น ขึ้นอยู่กับท้องถิ่น คือ กระจายกันขึ้นอยู่กับนายกเทศมนตรี และ “การบริหารตำรวจท้องถิ่น” ของเขา จะแยกออกจากการบริหาร “ตำรวจส่วนกลางในระดับชาติ” โดยมีการแบ่งเขตอำนาจ - jurisdiction ทั้งในด้านเขตพื้นที่ และในด้านความสำคัญของประเภทคดี ; ตำรวจระดับชาติหรือตำรวจส่วนกลางของเขาที่เรารู้จักกันอยู่ ก็เช่น ตำรวจ FBI ของสหรัฐอเมริกา หรือตำรวจสก็อตแลนด์ ยาร์ด ของอังกฤษ ฯลฯ

ท่านลองตั้งคำถามดูว่า เมื่อ “ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ” ของเรามีอำนาจอย่างกว้างขวาง คือ สามารถควบคุมและกำกับงานตำรวจได้ทั่วประเทศ คือ มีอำนาจไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม จะแต่งตั้งใครให้ดำรงตำแหน่งใดก็ได้ จะโยกย้ายใครก็ได้ ฯลฯ “ผล” ที่ตามมา คืออะไร

คำตอบ ก็คือ เมื่อผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติของเรามีอำนาจมาก ผลที่ตามมา ก็คือ “กระบวนการแต่งตั้งผู้ที่จะดำรงตำแหน่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ” ย่อมมีความสำคัญ และแน่นอน “นักการเมือง” ก็ต้องการมีอำนาจในการเลือก “ตัวบุคคล” ที่จะมาดำรงตำแหน่งนี้ เพราะถ้าสามารถมีอิทธิพลเหนือ “ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ” ได้ ก็จะสามารถควบคุมการแต่งตั้งโยกย้ายตำรวจได้ทั่วประเทศ ซึ่งก็จะมีหมายความต่อไปว่า การใดที่เป็น “อำนาจหน้าที่” ของตำรวจแล้ว ก็อาจถูกแทรกแซงได้; ดังนั้น บทบาทตราของกฎหมายที่กำหนด “กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ” จึงมีความสำคัญ และเป็น “จุดหมาย” ของนักการเมืองที่จะสงวนอำนาจนี้ไว้

ถ้า “ระบบการบริหารตำรวจ” ของเรา ยังอยู่ในสภาพเช่นนี้ ผมก็คิดว่า เราคงไม่สามารถพัฒนาระบบตำรวจได้ และเราก็คงไม่สามารถแก้ไขบทกฎหมายเพื่อแยก “ตำรวจท้องถิ่น” ที่เราเรียกว่า ตำรวจภูธร ให้กระจายออกไปเป็นอำนาจของ mayor หรือนายกเทศมนตรีตามระบบสากลได้ เพราะนักการเมืองของเรา คงไม่ยอม และตำรวจเองก็คงไม่ยอมสูญเสีย “อำนาจ” ที่ตนเคยมี

เรื่องระบบการบริหารตำรวจนี้ ผมเพียงยกเป็น “ตัวอย่าง” ให้ท่านได้เห็น ว่า นักกฎหมายของเราในฐานะที่เป็น social engineer ได้ล้มเหลวในบทบาทประการแรก คือ บทบาทในการออกแบบกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกแบบ “รัฐธรรมนูญ” หรือเป็น “กฎหมายธรรมดา” ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติต่างๆ ที่เป็นพื้นฐานของการบริหารประเทศ ; และแน่นอน ยังมีพระราชบัญญัติต่างๆ อีกเป็นอันมาก ที่สามารถยกมาพูดได้

ต่อไปนี้ เราลองมาดูบทบาทประการที่สอง คือ “บทบาทของนักกฎหมาย” ของเราในการนำตัวบทกฎหมายมาบังคับใช้ดูบ้าง ; นักกฎหมายประเภทนี้ ก็ได้แก่ ตุลาการหรือผู้พิพากษา

เมื่อสักครู่นี้ ผมเรียนแล้วนะครับว่า นักกฎหมายที่เป็น social engineer ในฐานะตุลาการหรือผู้พิพากษา ต้องทำหน้าที่ “ตีความกฎหมาย” และต้องทำหน้าที่ “อุดช่องว่างของกฎหมาย” ซึ่งทั้งสองเรื่องนี้ ไม่เหมือนกัน ; และนอกจากนั้น เราต้องไม่ลืมว่า “กฎหมายมหาชน” ซึ่งได้แก่ กฎหมายปกครอง และกฎหมายรัฐธรรมนูญ นั้น ไม่ใช่ “กฎหมายอาญา” และ หลักกฎหมายของกฎหมายมหาชน ก็จะแตกต่างกับหลักกฎหมายของกฎหมายอาญา ; ซึ่งผมคิดว่า ความแตกต่างของหลักกฎหมายเหล่านี้ ท่านผู้ฟังย่อมทราบดีอยู่แล้ว

ผมได้กล่าวแล้วนะครับว่า เมื่อเร็วๆ นี้ เรามี “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ” ในคดีที่มีการร้องขอให้ยุบพรรคประชาธิปัตย์ ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยที่ก่อให้เกิดปฏิกิริยาอย่างมากจากนักวิชาการในวงกรมหาวิทยาลัยจำนวนมาก และอันที่จริง คำวินิจฉัยนี้ก็ไม่ใช่เป็นเรื่องแรก ที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดปฏิกิริยาจากวงการวิชาการเช่นนี้ ; ถ้าท่านย้อนกลับไป ท่านก็จะจำได้นะครับ เรามีคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญที่ยัง “คาใจ” กันอยู่หลายเรื่อง

ในปี พ.ศ. 2542 เรามีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ตีความคำว่า “ความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลง เมื่อต้องคำพิพากษาจำคุก” ตุลาการของเราแต่ละคน ต่างก็ตีความแตกต่างกันไป ; ตุลาการบางท่าน ก็มีความเห็นว่า คำว่า “คำพิพากษา” ในที่นี้ ต้องหมายถึงเฉพาะที่เป็น “คำพิพากษาที่ถึงที่สุด” เท่านั้น ตุลาการบางท่าน ก็เห็นว่า ต้องหมายถึง คำพิพากษาที่ลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดโดยต้องไม่มีการรอลงอาญา” เท่านั้น ; ทั้ง ๆ ที่ “ถ้อยคำ” ในตัวบทรัฐธรรมนูญ ก็เขียนไว้อย่างชัดเจน และมีถ้อยคำในบทมาตราอื่นที่สามารถเทียบเคียงกันได้ ; สำหรับผม คำคำนี้ ตีความได้อย่างง่าย ตรงไปตรงมา คือ เขียนอย่างไรก็หมายความว่าอย่างไร ไม่ต้องไปตีความด้วยการเพิ่มเติมถ้อยคำอะไรขึ้นมาด้วยตนเอง ; แต่ปรากฏว่า ในคดีนี้ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องลงมติกันและนับเสียงข้างมากในการชี้ขาด ; และยิ่งกว่านั้น ในการลงมติเอง ก็ยังมี “ปัญหา” ว่า จะตั้งประเด็นเพื่อลงมติดังนั้น อย่างไร จึงจะได้เสียงข้างมากอย่างถูกต้อง และประเด็นเรื่องการตั้งประเด็นในการลงมติในคดีนี้ วงการวิชาการก็ยังคงสงสัยกันว่า การตั้งประเด็นในการลงมติของศาลรัฐธรรมนูญในคดีดังกล่าว ถูกต้องหรือไม่ ; แต่ในที่นี่ ผมคงไม่ย้อนลงไปว่า



คำวินิจฉัยในคดีนี้เป็นอย่างไร มีปัญหาอย่างไร แต่หวังว่า ท่านที่สนใจในปัญหา กฎหมาย คงจะพอจำได้บ้าง

อีกคดีหนึ่ง คือ คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ เรื่องการแสดงทรัพย์สินของนักการเมือง ในปี พ.ศ. 2544 ซึ่งทุกท่านรู้จักกันดีในชื่อว่า “คดีชุกหุน”; ในคดีนี้ มีการกล่าวหาว่า อดีตนายกรัฐมนตรียึดโอนหุ้น ให้แก่ แม่บ้าน คนขับรถ คนรับใช้ ยามรักษาความปลอดภัย ฯลฯ เพื่อหลีกเลี่ยงการยื่นบัญชีแสดงทรัพย์สินต่อคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ; ในคดีนี้ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของเรา จำนวน 15 คน โดยเสียงข้างมาก 8 ต่อ 7 เสียง ก็บอกเราว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการถูกต้อง และอดีตนายกรัฐมนตรีไม่มีความผิด ทั้ง ๆ ที่ ดูจะอธิบายได้ยาก ว่า ทำไมอยู่ดี ๆ อดีตนายกรัฐมนตรีนี้นี้ จึงจะโอนหุ้นจำนวนมากและมีราคาสูง ให้แก่แม่บ้าน และคนขับรถ ฯลฯ ถ้าไม่ใช่เพื่อหลีกเลี่ยงการยื่นบัญชีแสดงทรัพย์สินต่อคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

คดีเหล่านี้ เป็นคดีที่มี “คำวินิจฉัยที่ขัดต่อสามัญสำนึก” และคำวินิจฉัยของศาลในลักษณะนี้ ก็เกิดขึ้นซ้ำแล้วซ้ำอีก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในคดีที่ผู้ถูกฟ้องเป็น “นักการเมือง” ที่มีตำแหน่งบริหารระดับสูง คือ เป็นนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี ; และที่สำคัญ ก็คือ คำวินิจฉัยที่นำมายกเป็น “ตัวอย่าง” นี้ เป็นคำวินิจฉัยของ “ศาลรัฐธรรมนูญ” ซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจสูงสุดของประเทศ และมี “ตุลาการ” ที่ได้คัดสรรมาจากผู้พิพากษาของศาลอื่น ฯลฯ หลายขั้นตอน จนน่าจะสันนิษฐานว่า ตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญ เป็น “ตุลาการ” ที่ดีที่สุดของประเทศ

จากข้อเท็จจริงเหล่านี้ ทำให้ผมจำต้องมีความเห็นว่า “ผู้พิพากษาหรือตุลาการ” ในฐานะที่เป็น social engineer ในด้านการบังคับใช้กฎหมายของเราก็ก้มเหลวในการปฏิบัติหน้าที่ต่อสังคม เช่นเดียวกับนักกฎหมายอื่น ๆ ในบทบาทแรกว่าด้วยการเขียนและออกแบบกฎหมาย ; ความล้มเหลวของนักกฎหมายของเราในการทำหน้าที่เป็น social engineer ทำให้เรามีสำนวนที่พูดกันโดยทั่ว ๆ ไป นักกฎหมายของเรา เป็นนักกฎหมายแบบ “ศรีธนญชัย” ที่เล่นกลในถ้อยคำ ; และ

ผมก็เชื่อว่า คำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลในลักษณะนี้ ก็คงจะมีต่อไปในอนาคต ถ้าเราไม่แก้ “ระบบกฎหมาย” ที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรม

ในโอกาสที่ผมเป็นGuest speaker ในวันนี้ ผมก็ขอเสนอ “ปัญหาของนักกฎหมายไทย” ในฐานะที่เป็นวิศวกรสังคม social engineer ในศตวรรษที่ 20 เพื่อให้ท่านผู้เกี่ยวข้องได้รับทราบไว้ทั้ง 2 บทบาท เพื่อที่ท่านผู้เกี่ยวข้องหากมีเวลาจะได้นำไป “คิด” และแก้ไขต่อไป

ผมคิดว่า “ปัญหาการเมืองของประเทศ” ในปัจจุบันเกือบทั้งหมด เกิดมาจากนักกฎหมายของเราเองทั้งสิ้น ไม่ว่าจะจะเป็นนักกฎหมายที่มีบทบาทในการเขียนออกแบกฎหมาย หรือเป็นนักกฎหมายที่เป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการที่มีบทบาทในการชี้ขาดคดี

เมื่อสักครู่นี้ ท่านประธานศาลปกครองสูงสุดได้พูดถึงเรื่อง “นิติรัฐ” หรือรัฐที่อยู่ภายใต้กฎหมาย ; และเราก็ทราบอยู่แล้วว่า กฎหมายสูงสุดของรัฐ ก็คือ “รัฐธรรมนูญ”

นิติรัฐ คืออะไร ; นิติรัฐ คือ “State Order” หรือการจัดระเบียบรัฐโดยกฎหมาย ซึ่งได้แก่ รัฐธรรมนูญ ; ในปัจจุบันนี้ โลกเรากำลังจะไปสู่ “World Order” ที่เราเรียกว่า การจัดระเบียบโลก ; เราจะเห็นว่า World Order ของเราปัจจุบันนี้ มี 2 ด้าน คือ ด้านหนึ่ง คือ World Order ในทางการเมือง ได้แก่สหประชาชาติ หรือ UN และอีกด้านหนึ่ง คือ World Order ในทางการค้า ได้แก่ WTO หรือ องค์การการค้าโลก

สหประชาชาติ UN มีการจัดองค์กร คือ มีคณะมนตรีความมั่นคง มีสมัชชาใหญ่ มีศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และองค์กรต่าง ๆ อีกมากมาย ฯลฯ ; “องค์การการค้าโลก WTO มีการจัดองค์กร คือ มีสภา - general council , มีคณะผู้บริหาร - ministerial conference และที่สำคัญก็คือ WTO มีองค์กรรับเรื่องร้องเรียนเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดแก้ปัญหาคัดแย้งระหว่างประเทศต่าง ๆ - “DSB panels” และมีองค์กรในระดับอุทธรณ์ - Appellate Body เป็นคณะกรรมการชี้ขาด ฯลฯ ; **ต่อไปในอนาคต** โลกเรากำลังเริ่มพูดถึง **World Order ในทางการเงิน** คือ องค์กรในการจัดระบบการเงิน ซึ่งอาจจะเกิดขึ้นในเวลาต่อไป

เพราะโลกเรากำลังประสบ “ปัญหา” จากบรรดากองทุน hedge funds ทั้งหลาย ที่เคลื่อนย้ายเงินทุนไปทั่วโลกเพื่อแสวงหากำไร และ สร้างความปั่นป่วนต่อเศรษฐกิจของโลกโดยไม่มีกฎเกณฑ์ควบคุม

เป็นที่น่าสงสัยว่า ประเทศไทยเรายังหา “State Order” หรือหา “รัฐธรรมนูญ” ของเราเองไม่พบ ; เราจะเขียนรัฐธรรมนูญทั้งที่ นักกฎหมายที่เป็นวิศวกรสังคม social engineer ของเรา ก็ยังอุตสาหุ่ไปเขียน “ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมืองนายทุน ในระบบรัฐสภา” ที่นักกฎหมายทั่วโลกเขาไม่ใช้กัน จนกระทั่งเกิดการคอร์รัปชันกันอย่างมโหฬาร และทำให้บรรดานายทุนของเราต่างแข่งขันกันแจกเงินซื้อเสียงในการเลือกตั้ง และใช้นโยบาย populist policy ลดแลกแจกแถม เอาใจประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียง เพื่อเข้ามาผูกขาดอำนาจรัฐและแสวงหาประโยชน์ส่วนตัว จนคนไทยต้องแตกแยกกันเป็นจังหวัดเป็นภาค ; แต่ “นักกฎหมาย” ของเรา ดูเหมือนว่ายังไม่รู้ตัวว่า ตนเองกำลังทำอะไร และมีหน้าที่และบทบาทต่อสังคม อย่างไร

ในขณะที่ โลกไปถึงขั้นที่พัฒนา World Order กันแล้ว ดังเราจะเห็นได้จากกรณีเหตุการณ์ในอิรักก็ดี ในอิหร่านก็ดี ในเกาหลีเหนือก็ดี หรือหลังสุดนี้ก็มีลิเบีย ; โลกของเรามีตำรวจโลก มีกองกำลังขององค์กรโลก เข้าไปในประเทศเหล่านี้ เพื่อแก้ปัญหาและรักษาสถานการณ์ให้โลก แต่ในประเทศไทยเรา เรายังทะเลาะกัน นายทุนต่างคนต่างอยากได้อำนาจ และนักกฎหมายไม่รู้แม้แต่ว่าจะเขียน State Order ให้คนไทยอย่างไร

แน่นอนครับ ถ้าเราตายไปอีกหลาย ๆ ปี และเมื่อมนุษย์เราออกนอกโลก สิ่งที่จะเกิดขึ้นตามมา ก็คือ “Universe Order” หรือ การจัดระเบียบ “จักรวาล” ; ผมเชื่อว่าท่านผู้ฟัง คงได้ดูภาพยนตร์เรื่อง Star Wars มาแล้ว ท่านก็จะเห็นว่าเขามีการประชุม “สภาผู้แทนแห่งจักรวาล” โดยมีมนุษย์รูปร่างแปลก ๆ มานั่งประชุมกัน ตรงนี้อาจจะเกิดขึ้นอีกสัก 500 ปี ก็ได้เนอะครับ

ที่ผมยกตัวอย่าง “นิติรัฐ - นิติโลก - นิติจักรวาล” ก็เพื่อที่จะให้ท่านระลึกว่า แม่นิติรัฐ คือ การออกแบบ “รัฐธรรมนูญ” ซึ่งเป็นระบบสถาบันการเมืองของประเทศเราเอง เรายังหาไม่เจอเลย แต่เราอยากจะไปยุ่งกับปัญหาของโลก

ประเทศที่พัฒนาแล้ว เขามานระยะเวลาของ “การสร้างระบบสถาบันการเมือง” ที่มีความสมดุลซึ่งกันและกัน มานานนับร้อยปีแล้วครับ แต่เราเป็นประเทศเดียวในโลก ที่ใช้ “ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมืองนายทุน ในระบบรัฐสภา” และถ้าหากเราไม่แก้ปัญหาและไม่ยกเลิกระบบนี้ เราก็อ่าคิดว่าเราจะไปแก้ปัญหอย่างอื่นเลยนะครับ เพราะการแก้ปัญหอย่างอื่น ต้องอาศัยอำนาจรัฐจาก “สถาบันการเมือง” ทั้งสิ้น

ขอบคุณครับ.

๘๘๘๘๘๘๘๘๘๘

# ความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิด\*

ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์\*\*

## 1. ความนำ

หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของบุคคล โดยหลักการสามารถแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ ความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐาน “ความผิด” (Fault) ซึ่งเป็นไปตามหลัก “ไม่มีความรับผิด ถ้าปราศจากความผิด” (Liability as a result of fault) และความรับผิดที่ไม่อยู่บนพื้นฐานของความผิด (without fault) ซึ่งตามหลักกฎหมายแพ่งเรียกว่า ความรับผิดโดยเด็ดขาด (Strict liability) หรือในทางกฎหมายปกครองที่เรียกกันว่า ความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิด (La responsabilité sana faute)

ความรับผิดโดยปราศจากความผิดหรือความรับผิดเด็ดขาด หมายความว่า ความรับผิดของบุคคลที่จะต้องชดใช้ความเสียหายในการกระทำของตนที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น แม้ว่าการกระทำนั้นจะไม่ใช่ความผิดหรือไม่ได้เจตนาหรือประมาทเลินเล่อ กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดหรือไม่ ถ้าได้การกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นก็ต้องรับผิด ฉะนั้น ความรับผิดเด็ดขาดหรือความรับผิดโดยปราศจากความผิด โจทก์หรือผู้ฟ้องคดีเพียงแต่พิสูจน์ว่าตนได้รับความเสียหายตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด โดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดของบุคคลนั้น เมื่อพิสูจน์ความเสียหายตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้ว จำเลยก็จะรับผิดชดใช้ความเสียหาย จะพิสูจน์ตนเองไม่ผิด

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 4 ธันวาคม 2554

\*\* นบ. นม, นบท, ป.บัณฑิตกฎหมายมหาชน (ธรรมศาสตร์)

ไม่ได้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายจะกำหนดให้พิสูจน์ความผิดเฉพาะเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดกรณีเรียกว่า ข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย (présomption légale de faute)<sup>1</sup>

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย บัญญัติความผิดเด็ดขาดหรือความรับผิดโดยปราศจากความผิด เช่น ความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์หรือวัตถุสิ่งของ ได้แก่ ความรับผิดในการกระทำของสัตว์ (มาตรา 433) ความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง (มาตรา 436) ความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากสิ่งตกลงจาก (มาตรา 436) ความรับผิดอันเกิดจากยานพาหนะ (มาตรา 437) ความรับผิดอันเกิดจากการกระทำของบุคคลอื่น (มาตรา 425/427)

ความรับผิดของรัฐที่อยู่บนพื้นฐานความผิดหรือความรับผิดของรัฐฐานละเมิด มีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับความรับผิดของบุคคลฐานละเมิดตามกฎหมายแพ่ง ส่วนหลักความรับผิดโดยปราศจากความผิด จะตรงกันข้ามกับความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานความผิด ในบทความนี้จะไม่ถึงกล่าวหรืออธิบายความรับผิดความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานความผิดหรือความรับผิดฐาน “ละเมิด” แต่กล่าวเฉพาะแต่ความรับผิดโดยปราศจากความผิด

## 2. ความรับผิดเด็ดขาดของรัฐตามกฎหมายเยอรมัน<sup>2</sup>

ความรับผิดของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมันโดยทั่วไปแล้วตั้งอยู่บนรากฐานทางความคิดที่สำคัญสองฐานความคิด ประการแรก เป็นความรับผิดของรัฐสำหรับการกระทำของข้าราชการในตำแหน่งซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น (ความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครอง) ประการที่สอง เป็นความรับผิดชดใช้ค่าทดแทนความเสียหายให้แก่ปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการที่

<sup>1</sup> ไพบูลย์ ปุณณพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 7, กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2538. หน้า 3.

<sup>2</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “รายงานการวิจัย เรื่อง ความรับผิดของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน” เสนอ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พฤษภาคม 2547, หน้า VII, 91-93.

จะต้องอุทิศประโยชน์ของตนเพื่อประโยชน์สาธารณะ ความรับผิดชอบที่กล่าวมานี้จะเป็นความรับผิดชอบตามหลักกฎหมายมหาชนก็ต่อเมื่อรัฐได้กระทำการในแดนของกฎหมายมหาชนเท่านั้น หากรัฐกระทำการในระบบกฎหมายเอกชน รัฐย่อมต้องรับผิดชอบตามหลักเกณฑ์เดียวกับเอกชนทั่วไป

ความรับผิดชอบทางละเมิดของรัฐตามกฎหมายปกครองจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการกระทำนั้นเป็นการกระทำในแดนของกฎหมายมหาชนทั้งนี้โดยข้าราชการได้ละเมิดหน้าที่ตามตำแหน่งที่ได้รับการกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองบุคคลที่สาม และข้าราชการผู้นั้นกระทำละเมิดโดยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และการกระทำดังกล่าวเป็นสาเหตุก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น อย่างไรก็ตามรัฐจะเข้ามารับผิดชอบแทนข้าราชการของตนในกรณีที่มีการละเมิดเกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อ ก็ต่อเมื่อบุคคลผู้ได้รับความเสียหายไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากบุคคลอื่นใดได้ทั้งนี้ตามมาตรา 839 (1) และ (2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง

สำหรับความรับผิดชอบของรัฐอันเนื่องมาจากการที่ปัจเจกชนได้รับความเสียหายเป็นพิเศษจากการที่ต้องสละประโยชน์ส่วนตนเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น การถูกเวนคืนนั้น จะเป็นกรณีที่รัฐรับผิดชอบสำหรับการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะกรณีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยทั่วไปแล้วเป็นเรื่องที่รัฐต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบทางละเมิด อย่างไรก็ตามศาลเยอรมันได้ขยายหลักความรับผิดชอบของรัฐในกรณีนี้ไปยังการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยนอกจากความรับผิดชอบสำหรับการกระทำละเมิดและความรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนความเสียหายแก่ปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหายเป็นพิเศษจากการกระทำของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว ระบบกฎหมายเยอรมันยังยอมรับให้ปัจเจกชนมีสิทธิเรียกร้องให้รับปฏิบัติการขจัดความเสียหายที่เกิดแก่ตนด้วย สิทธิเรียกร้องกรณีนี้ต่างจากความรับผิดชอบที่ได้กล่าวมาตรงที่ปัจเจกชนไม่ได้มุ่งเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนหรือค่าทดแทนความเสียหาย แต่เรียกร้องให้รัฐกระทำการหรืองดเว้นการการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้สิทธิของตนซึ่งได้รับผลกระทบจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลับฟื้นคืนดี

ในระบบกฎหมายเยอรมันยังมีการอภิปรายกันถึงความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดตามกฎหมายมหาชนอีกด้วยว่าจะมีได้หรือไม่ ความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดตามกฎหมายมหาชน หมายถึง ความรับผิดชอบของรัฐในการชดเชยค่าเสียหายสำหรับความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นจากสภาพการณ์อันตรายเป็นพิเศษที่ฝ่ายปกครองได้ก่อให้เกิดขึ้น Ernst Forsthoff ซึ่งเป็นผู้เปิดประเด็นดังกล่าวขึ้นในช่วง ค.ศ. 1950 ถึง 1960 เห็นว่าความรับผิดชอบดังกล่าวมีได้ เช่น กรณีที่ตำรวจติดตามจับกุมคนร้ายและเกิดการยิงต่อสู้กัน กระสุนปืนของเจ้าหน้าที่ตำรวจพลาดไปถูกบุคคลที่สามซึ่งเข้ามาในบริเวณที่มีการยิงต่อสู้กันโดยบังเอิญ เหตุผลที่ Forsthoff เรียกร้องให้ยอมรับข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดตามกฎหมายมหาชนก็เนื่องจากสำหรับ Forsthoff กรณีที่กล่าวมานี้เป็นกรณีที่บุคคลที่สามผู้เสียหายไม่อาจเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบได้ไม่ว่าจะโดยอาศัยหลักเรื่องการเวนคืน หรือหลักการล่วงล้ำสิทธิอื่นใดที่ทำให้เกิดความเสียหายเป็นพิเศษ เนื่องจากการเวนคืนหรือการล่วงล้ำสิทธิอื่นใดที่ทำให้เกิดความเสียหายเป็นพิเศษจะต้องเป็นกรณีที่รัฐมุ่งประสงค์ตั้งใจเช่นนั้นซึ่งกรณีตามตัวอย่างนี้ไม่ใช่เป็นกรณีที่ตำรวจตั้งใจจะยิงบุคคลที่สามกรณีนี้เป็นกรณีที่ Forsthoff เห็นว่ามีช่องว่างเกิดขึ้นในระบบความรับผิดชอบของรัฐ และต้องการอุดช่องว่างดังกล่าวโดยอาศัยข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบโดยเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาแนวคำพิพากษาของศาลในช่วงเวลาต่อมาแล้วจะเห็นได้ว่าศาลเยอรมันไม่ได้ใช้หลักความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดของรัฐตามกฎหมายมหาชนตามที่ Forsthoff เสนอโดยพิพากษาให้รัฐรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสถานการณ์อันตรายเป็นพิเศษซึ่งเป็นผลมาจากการใช้อำนาจมหาชน แต่ได้สร้างข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบสำหรับการกระทำเสมือนการเวนคืนและขยายความรับผิดชอบของรัฐสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสิทธิอื่นใดที่ไม่ใช่สิทธิในทรัพย์สินเป็นพิเศษออกไปให้ครอบคลุมถึงการกระทำของรัฐที่ไม่ได้เกิดขึ้นโดยประสงค์จงใจด้วย เช่น กรณีที่สัญญาณไฟจราจรบริเวณสี่แยกซึ่งเป็นสัญญาณไฟอัตโนมัติเกิดบกพร่องและแสดงสัญญาณไฟเขียวทุกด้านทำให้รถยนต์ที่แล่นมาชนกันกลางสี่แยก เช่นนี้รัฐต้องรับผิดชอบชดเชยค่าทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้ขับขี่รถยนต์นั้น เพราะกรณีนี้เป็นกรณีที่รัฐล่วงล้ำสิทธิในทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นใด เช่น สิทธิในร่างกาย และทำให้เกิดความเสียหายขึ้น



โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแม้จะไม่ประสงค์จูงใจก็ตาม (รัฐไม่มีอำนาจให้สัญญาผูกพันกัน) ทั้งนี้ตามหลักความรับผิดชอบสำหรับการกระทำเสมือนการเวนคืน และตามหลักความรับผิดชอบสำหรับการกระทำเสมือนการล่งล้ำสิทธิอื่นใดที่ทำให้ผู้ทรงสิทธิเสียหายเป็นพิเศษ โดยการสร้างสถาบันความรับผิดชอบขึ้นมาจากหลักการเวนคืนและการล่งล้ำสิทธิอื่นใดที่ทำให้ผู้ทรงสิทธิเสียหายเป็นพิเศษ เช่นนี้ จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องสร้างหลักความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดตามกฎหมายมหาชนขึ้นอีกดังที่ Forsthoff เสนอ

ในปัจจุบันนี้เราอาจกล่าวได้ว่าความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดตามกฎหมายมหาชนที่มีลักษณะทั่วไปยังไม่มีในระบบกฎหมายเยอรมัน มีแต่ความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดตามกฎหมายมหาชนเฉพาะเรื่อง ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดให้รัฐต้องชดใช้ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการก่อสถานการณ์อันตรายพิเศษขึ้น เช่น ความรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากเครื่องบินทหาร ความรับผิดชอบบางส่วนของมลรัฐและสหพันธ์สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากโรงงานปฏิกรณ์ปรมาณู รวมตลอดถึงความรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการบังคับใช้มาตรการทางอาญาโดยไม่ถูกต้อง เช่น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการพิพากษาลงโทษหรือจับกุมคุมขังบุคคลที่ไม่มีความผิด เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า ความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิดของประเทศเยอรมันมีเพียงข้อเสนอของนักนิติศาสตร์เท่านั้น แต่ในระบบศาลปกครองเยอรมันยังไม่เป็นที่ยอมรับ ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสที่สภาแห่งรัฐได้พัฒนาหลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดของฝ่ายปกครองมายาวนานดังจะกล่าวในหัวข้อต่อไป

### 3. ความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดของฝ่ายปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศส

สภาแห่งรัฐประเทศฝรั่งเศสได้พัฒนาหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ โดยแบ่งออกเป็น “ความรับผิดชอบของรัฐโดยมีการกระทำผิด” (La responsabilité pour faute) อันเกิดจากการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐให้แก่

ประชาชนซึ่งมีหลักเกณฑ์ความรับผิดหลักภาระการพิสูจน์ความผิดเช่นเดียวกับหลักกฎหมายแพ่งว่าความผิดรับผิดทางละเมิด และ“ความรับผิดของรัฐโดยปราศจากการกระทำความผิด” (La responsabilité sans faute) ซึ่งเป็นความรับผิดที่มีทฤษฎีความรับผิดโดยเฉพาะ แยกต่างหากจากความรับผิดโดยเด็ดขาดตามหลักกฎหมายแพ่ง และมีขอบเขตเงื่อนไขความรับผิดที่ค่อนข้างเคร่งครัด

สภาแห่งรัฐได้เริ่มวางหลัก “ความรับผิดของรัฐโดยปราศจากการกระทำความผิด” (La responsabilité sans faute) ปี ค.ศ. 1895 ในคดี C.E, 21 juin 1895, CAMES เกี่ยวกับเรื่องความรับผิดของรัฐในกรณีที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นมิได้เกิดจากความผิดของผู้ใดเลย กล่าวคือ ผู้เสียหายไม่ได้มีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายนั้นขึ้น ขณะเดียวกันความเสียหายก็ไม่ได้เกิดจากความบกพร่องของหน่วยงาน ซึ่งตามหลักกฎหมายแพ่งนั้น ผู้เสียหายไม่มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนจากหน่วยงาน แต่เมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นสืบเนื่องมาจากบริการสาธารณะ หลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้นั้นไม่จำเป็นต้องเป็นหลักกฎหมายแพ่ง ดังนั้น เมื่อความเสียหายดังกล่าวเกิดจากกิจกรรมหนึ่งในการป้องกันประเทศ ตุลาการผู้แถลงคดีโรมีเออ (Romieu) จึงเสนอว่า “เป็นหน้าที่ของตุลาการศาลปกครองที่จะพิจารณาคดีโดยใช้จิตสำนึกของศาลที่สอดคล้องกับหลักความเป็นธรรม ในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ที่มีต่อกันระหว่างรัฐกับเจ้าหน้าที่ในการดำเนินบริการสาธารณะ โดยเฉพาะรัฐ จำต้องเป็นหลักประกันในแก่เจ้าหน้าที่ของตนต่อความเสียหายที่บุคคลนั้นอาจได้รับจากการปฏิบัติหน้าที่ ดังนั้น หากอุบัติเหตุเกิดขึ้นในขณะปฏิบัติหน้าที่โดยที่เจ้าหน้าที่ไม่มีความผิด หน่วยงานจำต้องรับผิดชอบและชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เจ้าหน้าที่ดังกล่าว”<sup>3</sup>

ทฤษฎีพื้นฐานของความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิดมี 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีเสี่ยงภัยพิเศษและเพื่อสังคม (Théorie du risqué spécial et socialisé)

<sup>3</sup> บุบผา อัครพิมาน (แปลสรุปและเรียบเรียง), คำวินิจฉัยและข้อสังเกตในคดีเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส, ศูนย์ศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, [http://www.admincourt.go.th/00\\_web/09\\_academic/document/foreign1.pdf](http://www.admincourt.go.th/00_web/09_academic/document/foreign1.pdf) . หน้า 7

และทฤษฎีความเสมอภาคของบุคคลต่อภาระสาธารณะ (Théorie de l'égalité des citoyens devant les charges publiques) แต่หลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดอ้างอิงอยู่กับทฤษฎีความเสี่ยงภัยเพียงอย่างเดียว<sup>4</sup> ซึ่งทั้งสองทฤษฎีมีขอบเขตความรับผิดและเงื่อนไขของความรับผิดที่แตกต่างกัน ดังนี้

### 3.1 ความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิดตามฐานทฤษฎีเสี่ยงภัยพิเศษและเพื่อสังคม

สภาแห่งรัฐได้พัฒนาหลักกฎหมายความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิดตามทฤษฎีเสี่ยงภัยพิเศษและเพื่อสังคม (Théorie du risqué spécial et socialisé) ขึ้นเป็นลำดับแรก โดยตามทฤษฎีนี้ รัฐจะต้องรับผิดชอบต่อเอกชนในกรณีที่รัฐมีภาระหน้าที่บางลักษณะที่มีความเสี่ยงภัยหรืออันตรายโดยสภาพ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายเป็นกรณีพิเศษแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือกลุ่มหนึ่งกลุ่มใด ความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งตัวบุคคลผู้กระทำการกิจกรรมนั้นเองและตัวบุคคลภายนอก<sup>5</sup> และเมื่อได้เกิดความเสียหายขึ้นแม้โดยที่รัฐมิได้กระทำความผิดใดๆ ก็ควรต้องให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายนั้น กล่าวอีกนัยคือ กรณีที่ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง ฝ่ายปกครองใช้วิธีการหรือเครื่องมือที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของการดำเนินการนั้นอันเป็นวิธีการหรือเครื่องมือที่อาจก่อให้เกิดอันตรายโดยสภาพ หากราษฎรได้รับความเสียหายจากวิธีการหรือเครื่องมือนั้น ฝ่ายปกครองต้องรับผิด ทั้งนี้โดยที่ผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ ผู้เสียหายมีหน้าที่พิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผลหรือความเสียหายที่ได้รับเท่านั้น ฝ่ายปกครองจะอ้างเหตุเพื่อหลุดพ้นจากความรับผิดได้เพียงแต่ว่าความเสียหายนั้นผู้เสียหายก่อขึ้นเองหรือ

<sup>4</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, รายงานวิจัยเรื่อง หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เสนอต่อ สำนักงานศาลปกครอง, ตุลาคม 2545. หน้า 272.

<sup>5</sup> วรวิมล ทวาทศิน. “กฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสกับระบบกฎหมายจารีตประเพณี” ใน คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง สำนักฝึกอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543. หน้า 593.

เป็นเหตุสุดวิสัย<sup>6</sup>

ความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิดตามฐานทฤษฎีเสี่ยงภัยพิเศษและเพื่อสังคม ได้แก่กรณีต่อไปนี้<sup>7</sup>

1) ความเสี่ยงภัยเนื่องจากสภาพการทำงาน เช่น การทำงานหลอมเหล็กเพื่อการผลิตอาวุธ

2) ความเสี่ยงภัยอันเกิดจากการครอบครองและใช้วัตถุระเบิดหรือการดำเนินกิจกรรมที่เสี่ยงภัย เช่น การเก็บรักษาวัตถุระเบิดในคลังใกล้กับเขตที่อยู่อาศัยของประชาชน การให้บริการจำหน่ายก๊าซหุงต้มตามท่อเข้าไปในอาคารบ้านเรือนประชาชนแล้วเกิดระเบิดขึ้น เป็นต้น

คดี C.E., 28 mars.1919, Renault - Desroziers ข้อเท็จจริงในคดีนี้ คลังเก็บระเบิดและวัตถุอันตรายของทหารได้เกิดระเบิดขึ้น ทำให้มีผู้เสียชีวิตและผู้บาดเจ็บจำนวนมาก นอกจากนี้ ผลของการระเบิดยังทำให้ทรัพย์สินของเอกชนเสียหายเป็นจำนวนมากด้วย ปรากฏว่า ราชการทหารได้เก็บวัตถุระเบิดในคลังดังกล่าวโดยมิได้มีมาตรการรักษาความปลอดภัยที่เพียงพอเพื่อป้องกันอันตราย อันอาจเกิดขึ้นแก่ผู้อาศัยข้างเคียงเมื่อเกิดอุบัติเหตุดังกล่าวขึ้น ผู้เสียหายทั้งหลายจึงฟ้องเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่ตนได้รับจากราชการทหารต่อสภาแห่งรัฐ สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่า การเก็บวัตถุระเบิดและวัตถุอันตรายในคลังเก็บอาวุธดังกล่าวซึ่งตั้งอยู่ในเขตที่อยู่อาศัยของประชาชน เป็นการกระทำเพื่อความสะดวกและรวดเร็วในการกระจายแจกจ่ายอาวุธไปยังท้องถิ่นห่างไกล การดำเนินการนี้เป็นความจำเป็นในทางการทหารขณะเดียวกันการดำเนินการดังกล่าวทำให้เกิดอุบัติเหตุอันทำให้เกิดความเสียหายขึ้น โดยมิได้เกิดจากสงคราม

<sup>6</sup> วิษณุ วรรณภู, ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศิลป์, ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป, ตำราตามโครงการพัฒนาตำรานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ตุลาคม 2551, หน้า 74.

<sup>7</sup> รายการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ, วารสารวิชาการศาลปกครอง ฉบับพิเศษ, (1 ตุลาคม 2552), หน้า 296-297.

รัฐต้องรับผิดชอบแม้ความเสียหายดังกล่าวจะเกิดขึ้นโดยรัฐไม่มีความผิดก็ตาม<sup>8</sup>

สำหรับความรับผิดจากทรัพย์สินที่อันตรายโดยสภาพหรือวัตถุอันตราย แนวโน้มของสภาแห่งรัฐที่ตัดสินใจไปแล้วเกี่ยวกับศาลยุติธรรมคือ การนำหลักความรับผิดตามหลักข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย (la présomption de responsabilité) เมื่อเป็นกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นจากอุบัติเหตุของเครื่องจักรกล รวมถึงวัตถุอันตรายตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1384 (ซึ่งเป็นที่มาของ มาตรา 437 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย) มาปรับใช้เป็นการสร้างหลักการขึ้นใหม่คือ หลักความรับผิดที่เกิดจากวัตถุ (une responsabilité du fait des choses)<sup>9</sup>

### 3) ความเสี่ยงภัยอันเกิดจากการใช้อาวุธปืนของเจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือใช้อาวุธอันตราย เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง

คดี C.E. Ass, 24 juin.1949, Consorts Lecomte ข้อเท็จจริง ในคดีนี้ เมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 1945 เวลาประมาณ 5 ทุ่ม ที่มณฑลระหว่าง ถนนแวร์ซายส์และถนนเอ็กลเซลแมนส์ เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ล้อมจับกุมรถยนต์ คันหนึ่งซึ่งฝ่าฝืนสัญญาณให้หยุดรถของเจ้าหน้าที่ตำรวจ และพุ่งเข้าชนเพื่อ ฝ่าด่านตรวจ ตำรวจนายหนึ่งได้ยิงปืนเพื่อสกัดคนขับรถคันดังกล่าว กระสุนปืน กระเด็นถูกทางเท้าและแอลบไปถูกนายเลอคอนต์ (Lecomte) ซึ่งยืนอยู่หน้าบาร์ เสียชีวิต สภาแห่งรัฐได้พิจารณาแล้วเห็นว่า สำหรับคำฟ้องโต้แย้งเมืองปารีส นั้น จากสถานการณ์และข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เมืองปารีสไม่ต้องรับผิดในอุบัติเหตุที่เกิดขึ้น เพราะความรับผิดในการชดเชยค่าเสียหายเป็นหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น การที่ ศาลชั้นต้นไม่รับคำฟ้องที่เมืองปารีสเป็นผู้ถูกฟ้องคดีจึงชอบแล้ว ส่วนคำฟ้องโต้แย้ง รัฐนั้น สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า แม้ว่าโดยหลัก บริการสาธารณะเกี่ยวกับการรักษา ความสงบเรียบร้อยจะต้องรับผิดในความเสียหาย ก็ต่อเมื่อ ความเสียหายนั้นเกิด จากการกระทำผิดที่มีลักษณะร้ายแรงของเจ้าหน้าที่ของตนในการปฏิบัติหน้าที่ แต่ฝ่ายปกครองต้องรับผิดแม้จะไม่มี การกระทำความผิดในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำ

<sup>8</sup> บุษผา อัครพิมาน, เรื่องเดียวกัน, หน้า 13

<sup>9</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 273.

หน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยได้ใช้อาวุธหรือเครื่องมือใดๆ ที่มีลักษณะก่อให้เกิดความเสี่ยงภัยเป็นพิเศษต่อบุคคลหรือทรัพย์สินและความเสียหายที่เกิดขึ้นมีมากเกินกว่าที่เอกชนจะรับไว้ได้เองเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของบริการสาธารณะ นอกจากนี้ ยังปรากฏว่าอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นมิได้เกิดจากความประมาทของผู้ตาย แม้ความตายของนาย Lecomte จะมีได้เกิดจากความผิดร้ายแรงของเจ้าหน้าที่ แต่รัฐก็ต้องรับผิด ในอุบัติเหตุดังกล่าว แต่จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสำนวนศาลยังไม่อาจกำหนดจำนวนความเสียหายให้ได้ จึงสั่งให้ส่งเรื่องไปยังกระทรวงมหาดไทยเพื่อพิจารณากำหนดจำนวนความเสียหาย<sup>10</sup>

ความเสี่ยงภัยอันเกิดจากการใช้อาวุธปืนของเจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือใช้อาวุธอันตรายนี้ แม้จะมีการฟ้องร้องคดีต่อศาลยุติธรรม ศาลยุติธรรมก็พิพากษาให้รัฐรับผิดโดยปราศจากความผิดตามหลักความรับผิดของฝ่ายปกครองตามที่สภาแห่งรัฐได้พิพากษา เช่น คำพิพากษา Civ. 1re 10 juin 1986, cons. Pourcel : ตำรวจใช้อาวุธปืนในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ โดยอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จนเป็นเหตุให้มีผู้เสียชีวิต<sup>11</sup>

4) ความเสี่ยงภัยอันเกิดจากการใช้วิธีการที่อันตราย เช่น การบังคับให้ประชาชนต้องรับวัคซีนตามที่กฎหมายบัญญัติบังคับและเกิดความเสียหายแก่บุคคลจากการได้รับวัคซีนนั้น เช่น ฝ่ายปกครองต้องรับผิดในกรณีที่มีผู้เสียชีวิตติดเชื้อ HIV จากการรับถ่ายเลือดจากโรงพยาบาลของรัฐ (คดี CE Ass 13 juillet 1967 Département de la Moselle) หรือ กรณีการให้การบำบัดอบรมศึกษาแก่เยาวชนที่ต้องโทษคดีอาญาในสถานที่ที่อาจก่อให้เกิดความเสี่ยงภัยขึ้นแก่ผู้อาศัยใกล้เคียง อันเป็นผลจากการหลบหนีโดยง่ายของเยาวชน (คดี C.E. 3 Février 1956, Thouzellier และคดี C.E. 19 Décembre 1969, Établissement) หรือ กรณี

<sup>10</sup> เรื่องเดิม, หน้า 22.

<sup>11</sup> เจตน์ สถาวรศิลป์พร, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐ ที่มีใช้เกิดจากการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายฝรั่งเศส : ความรับผิดอันเนื่องมาจากการกระทำในกระบวนการยุติธรรม” ใน [http://www.admincourt.go.th/00\\_web/09\\_academic/document/03\\_technical\\_papers/190352\\_02.pdf](http://www.admincourt.go.th/00_web/09_academic/document/03_technical_papers/190352_02.pdf) , หน้า 5.

การทดลองให้ผู้ป่วยซึ่งอยู่ระหว่างการบำบัดในโรงพยาบาลโรคจิตออกไปใช้ชีวิตนอกโรงพยาบาลปะปนกับประชาชน (คดี C.E. 13 Juillet 1967, Département de la Moselle)<sup>12</sup>

คดี C.E. Ass, 10 avr 1992, Epoux V, ในคดีนี้ นาง V. ผู้ฟ้องคดีได้เข้าไปคลอดบุตรในโรงพยาบาลของรัฐซึ่งเป็นผู้ถูกฟ้องคดี โดยคณะแพทย์ได้ใช้วิธีการทำคลอดโดยการผ่าตัดตมยาสลบ วิธีการดังกล่าวทำให้ผู้ฟ้องคดีต้องรับเคราะห์จากกระบวนการแพทย์หลายประการ เพียงการทำคลอดโดยวิธีผ่าตัดก็มีความเสี่ยงต่อความดันและระบบการเดินของหัวใจของคนไข้แล้ว และการตมยาสลบก็มีผลต่อความดันของคนไข้เช่นเดียวกัน เมื่อมีการให้ยาแก่คนไข้เกินขนาดก่อนทำการผ่าตัด ทำให้ในครึ่งชั่วโมงต่อมา คนไข้เกิดอาการความดันต่ำ หัวใจเต้นผิดปกติ และมีอาการคลื่นไส้อาเจียร และต่อมายังคงมีการให้คนไข้ตมยาสลบ ทำให้ความดันของคนไข้ลดต่ำเป็นครั้งที่สอง เมื่อผ่าตัดทำคลอดเสร็จแล้ว ความดันของคนไข้ได้ลดต่ำลงอีก แพทย์ได้รักษาตามวิธีการทางการแพทย์แล้ว แต่ไม่ดีขึ้นกลับทรุดลงจนเป็นเหตุให้หัวใจหยุดเต้นไปชั่วขณะ จึงได้ทำการเคลื่อนย้ายคนไข้ไปยังอีกโรงพยาบาลหนึ่งเพื่อทำการรักษาและคนไข้ฟื้นคืนอันตราย แต่ผลจากการหยุดเต้นของหัวใจไปเป็นเวลาครึ่งชั่วโมงทำให้มีผลต่อการทำงานของสมอง และทำให้คนไข้มีอาการโคม่าหลายวัน จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากโรงพยาบาลแรก

สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยกลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งตัดสินโดยอ้างหลักเดิมเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในกิจการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลที่ว่า ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการรักษาพยาบาลเฉพาะความเสียหายที่เกิดจากความผิดร้ายแรงเท่านั้น ดังนั้น ศาลปกครองชั้นต้นจึงพิพากษายกฟ้อง แต่สภาแห่งรัฐวินิจฉัยให้โรงพยาบาลต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการรักษาพยาบาล โดยความเสียหายไม่จำเป็นต้องเกิดจากความผิดร้ายแรงของโรงพยาบาล<sup>13</sup>

<sup>12</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 273.

<sup>13</sup> บุปผา อัครพิมาน, เรื่องเดียวกัน, หน้า 30.

คดี **Bianchi** ลงวันที่ 9 เมษายน 1993 ของสภาแห่งรัฐโดยที่ประชุมใหญ่ วินิจฉัยว่า แม้ฝ่ายปกครองจะไม่ได้กระทำความผิด แต่เมื่อปรากฏว่าการรักษาพยาบาลโดยวิธีนั้นมีความเสี่ยง และต่อมาได้ก่อให้เกิดความเสียหายที่มีลักษณะพิเศษ หากปรากฏว่าความเสียหายเป็นผลโดยตรงจากการรักษาพยาบาลดังกล่าว โดยคนไข้ไม่ได้มีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายนั้น และความเสียหายนั้นเกิดขึ้นตามความคาดหมาย และมีลักษณะที่รุนแรงโรงพยาบาลต้องรับผิดชอบของความเสียหายที่เกิดแก่คนไข้ของตน<sup>14</sup>

5) ความเสี่ยงภัยอันเกิดจากการปฏิบัติงานในหน้าที่ หรือ อุบัติเหตุจากการทำงานที่เกิดขึ้นกับเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครอง เช่น ครูที่กำลังตั้งครุภัณฑ์ ได้รับมอบหมายให้สอนหนังสือในโรงเรียนที่กำลังมีโรคหัดระบาด เป็นเหตุให้ทารกเกิดมาพิการ (คดี C.E. 6 Novembre 1968, Dame Saulze)<sup>15</sup> เป็นต้น

ความเสี่ยงภัยอันเกิดจากการปฏิบัติงานในหน้าที่นี้แม้จะมีการฟ้องร้องคดีต่อศาลยุติธรรม ศาลยุติธรรมก็พิพากษาให้รัฐรับผิดโดยปราศจากความผิดตามหลักความรับผิดของฝ่ายปกครองเช่นกัน คดีสำคัญที่เป็นรากฐานอ้างอิงคือคดี Dr. Giry (Civ. 2e 23 novembre 1956) คดีนี้มีข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า นายแพทย์ Giry ได้เข้าร่วมปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญากับเจ้าหน้าที่ตำรวจ ตามคำร้องขอของเจ้าหน้าที่ตำรวจ และได้รับบาดเจ็บจากการระเบิด ศาลฎีกา (la Cour de cassation) พิพากษาวางหลักว่าในกรณีนอกเหนือจากที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ ศาลยุติธรรมย่อมมีอำนาจในการพิจารณาคดีที่เรียกร้องความรับผิดของรัฐได้ ทั้งนี้โดยการนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดขององค์กรฝ่ายปกครอง (les règles de la responsabilité de la puissance publique) มาใช้ในการพิจารณาคดีโดยเทียบเคียง โดยใช้หลักความรับผิดโดยไม่จำเป็นต้องมีความผิดเกิดขึ้นที่ถูกสร้างขึ้นมาจากคำพิพากษาบรรทัดฐานของสภาแห่งรัฐเพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เข้าร่วมปฏิบัติการ

<sup>14</sup> เรื่องเดิม, หน้า 30-31.

<sup>15</sup> สุรพล นิตไกรพจน์ และคณะ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 273.



ดำเนินบริการสาธารณะกับองค์กรฝ่ายปกครอง<sup>16</sup>

อย่างไรก็ตาม ต่อมาได้มีการตรารัฐบัญญัติเกี่ยวกับอุบัติเหตุจากการทำงาน ลงวันที่ 1898 กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีหลักประกันต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นบำนาญในเหตุตกแทนเพราะความพิการ หรือหลักประกันอื่นตามกฎหมายทั่วไปว่าด้วยอุบัติเหตุจากการทำงาน อันเป็นการยกเลิกหลักการความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ในเสี่ยงภัยจากการทำงาน แต่หลักความรับผิดชอบนี้ยังใช้อยู่กับกรณีอาสาสมัคร โดยเฉพาะกับพลเมืองผู้ที่เข้าไปช่วยเหลือผู้ประสบอุบัติเหตุที่กระทำการช่วยเหลือผู้ที่ตกอยู่ในระหว่างอันตรายด้วย (คดี C.E. 16 Novembre 1946, Commune de St - Priest - la - Plaine)<sup>17</sup>

#### 6) ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเป็นการชั่วคราวและเป็นอาสาสมัคร

ในการจัดทำบริการสาธารณะ หากเจ้าหน้าที่ประจำได้รับบาดเจ็บหรือได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติ สภาแห่งรัฐได้วางหลักไว้ว่าหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น แม้ว่าความเสียหายนั้นเกิดขึ้นกับเจ้าหน้าที่ประเภทชั่วคราวหรือกับอาสาสมัคร อันเนื่องมาจากการทำงานปกติในกิจการที่เสี่ยงภัยให้แก่หน่วยงานของรัฐกลับมิได้รับความคุ้มครองหรือสิทธิประโยชน์เช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่ประจำ<sup>18</sup> ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับอาสาสมัครที่ได้รับบาดเจ็บจากการปฏิบัติงานที่ตนรับอาสา แม้ว่าฝ่ายปกครองจะไม่ได้กระทำความผิด

คดี C.E. Ass, 22 nor.1946, Commune de St - Priest - la - Plaine, ในคดีนี้ เทศบาลเมือง St.-Priest-la-Plaine ได้จัดงานขึ้นและรับสมัครอาสาสมัครเพื่อทำหน้าที่จุดดอกไม้ไฟ ต่อมา อาสาสมัครสองคนได้รับบาดเจ็บใน

<sup>16</sup> เจตน์ สถาวรศีลพร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

<sup>17</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 272.

<sup>18</sup> รายการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ, หน้า 299

ขณะทำงานดังกล่าว เพราะดอกไม้ไฟระเบิดก่อนเวลา โดยอาสาสมัครดังกล่าว มิได้ประมาท ดังนั้น ความเสียหายที่ได้รับเกิดจากการที่อาสาสมัครเข้าร่วมจัดทำ บริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและเป็นงานที่ เขาได้รับมอบหมายจากนายกเทศมนตรีให้จัดทำ เทศบาลจึงต้องรับผิดชอบสำหรับ ความเสียหายที่เกิดขึ้นและเทศบาลมิได้โต้แย้งคำสั่งของสภาจังหวัดที่ตนต้องชดใช้ ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่า เทศบาลต้องรับผิดชอบ ในความเสียหายทั้งหมด ดังนั้น คำสั่งของจังหวัดที่ให้เทศบาลรับผิดชอบเพียงสองในสาม ของความเสียหายจึงไม่ชอบ เมื่อเทศบาลมิได้โต้แย้งจำนวนค่าเสียหายที่กำหนดโดย สภาจังหวัด ดังนั้น จึงให้คงจำนวนค่าเสียหายดังกล่าวไว้ และให้เทศบาลชดใช้ให้แก่ ผู้เสียหายทั้งจำนวน รวมดอกเบี้ยนับแต่วันที่ผู้เสียหายได้นำคดีไปฟ้องร้องยัง สภาจังหวัด และให้เทศบาลรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมในการดำเนิน คดีทั้งหมด<sup>19</sup>

ความรับผิดชอบของรัฐกรณีอาสาสมัครที่ช่วยรัฐในการดำเนินการบริการ สาธารณะจะต้องมีเงื่อนไข 5 ประการ แยกเป็นเงื่อนไขเชิงบวก 3 ประการ และ เงื่อนไขเชิงลบ 2 ประการ ดังนี้<sup>20</sup>

เงื่อนไขเชิงบวก 3 ประการ ได้แก่

ประการแรก การปฏิบัติหน้าที่ของอาสาสมัครผู้เสียหายต้องอยู่ใน ฐานะผู้ปฏิบัติงานร่วมกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ มิใช่เป็นเพียงผู้ที่เข้าร่วมในกิจกรรม ของรัฐ เช่น ผู้สมัครเข้าแข่งขันเกมส์กีฬาของเทศบาล หรือคนที่มาดูการจุดพลุ และดอกไม้ไฟ

ประการที่สอง งานในหน้าที่ที่อาสาสมัครผู้เสียหายปฏิบัติดังกล่าว ต้องเป็นส่วนหนึ่งของกิจกรรมการให้บริการสาธารณะของรัฐ

ประการที่สาม การปฏิบัติงานของอาสาสมัครผู้เสียหายต้องเป็นงาน ใดๆอย่างหนึ่งที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมอบหมายให้ปฏิบัติทั้งโดยชัดแจ้งหรือ

<sup>19</sup> บุปผล อัครพิมาน, เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

<sup>20</sup> รายการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ, หน้า 299-300.

โดยปริยายหรือเป็นงานป้องกันภัยสาธารณะที่มีมาฉุกเฉินที่เจ้าหน้าที่ของรัฐสั่งให้ปฏิบัติ

เงื่อนไขเชิงลบ 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก บุคคลผู้เสียหายนั้นต้องไม่ได้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทใดๆ

ประการที่สอง ความเสียหายที่บุคคลดังกล่าวได้รับต้องมีได้เกิดจากความประมาทเลินเล่อหรือเจตนาของตนเอง ทั้งนี้ต้องมีใช้เป็นเรื่องเหตุสุดวิสัย

### 3.2 ความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิดตามฐานทฤษฎีความเสมอภาคของบุคคลต่อภาระสาธารณะ

ความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิดตามทฤษฎีความเสมอภาคของบุคคลต่อภาระสาธารณะ (Théorie de l'égalité des citoyens devant les charges publiques) สภาแห่งรัฐได้พัฒนาขึ้นภายหลังทฤษฎีทฤษฎีเสียภัยพิเศษและเพื่อสังคม โดยทฤษฎีความเสมอภาคของบุคคลต่อภาระสาธารณะมีรากฐานจากหลักความเสมอภาคซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไป มีสาระสำคัญว่า ในกรณีที่การให้บริการสาธารณะของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นประโยชน์แก่ประชาชนทั่วไป ได้ก่อให้เกิดภาระหนักหน่วงหรือเกิดความเสียหายพิเศษแก่บุคคลหรือกลุ่มบุคคลจำนวนหนึ่ง และการให้บริการสาธารณะนั้นเป็นหน้าที่ที่รัฐต้องปฏิบัติและการปฏิบัติงานดังกล่าวไม่ปรากฏความผิดพลาดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ทว่าได้เกิดความไม่เสมอภาคในการได้รับบริการสาธารณะระหว่างประชาชนด้วยกัน ดังนั้น ผู้ที่ได้รับภาระเกินสมควรกว่าบุคคลทั่วไปจะต้องได้รับการเยียวยาแก้ไขจากรัฐ<sup>21</sup>

ความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิดตามทฤษฎีความเสมอภาคของบุคคลต่อภาระสาธารณะนี้ โดยมากจะเป็นความรับผิดในกรณีที่รัฐมีอำนาจกระทำการได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ผลของการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิด

<sup>21</sup> รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ, หน้า 297.

ภาวะสาธารณะที่ไม่เสมอภาคต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลทำให้ได้รับความเสียหาย พิเศษ ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วางหลักความรับผิดโดยปราศจากความผิดตามทฤษฎีนี้ไว้ 6 กรณี ได้แก่

### 1) ความรับผิดอันเกิดจากการตรากฎหมาย (Responsabilité du fait des lois)

ตามปกติการตรากฎหมายถือเป็นการประกาศเจตจำนงขององค์กร อำนาจอธิปไตยซึ่งสามารถทำได้โดยอิสระและไม่อาจสร้างความรับผิดด้วยประการ ใดๆ ให้แก่รัฐได้ แต่เมื่อกฎหมายมีผลบังคับใช้ ผลของกฎหมายอาจก่อให้เกิด ความเสียหายเป็นการเฉพาะต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใดได้ ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้รับทราบล่วงหน้า ในกรณีนี้สภาแห่งรัฐมีความเห็นว่าผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการบังคับใช้รัฐบัญญัติโดยฝ่ายปกครองนั้น สมควรที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายตามหลักความเสมอภาคเบื้องต้นภาวะสาธารณะของประชาชน อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าเฉพาะแต่ความเสียหายที่มีลักษณะผิดปกติเท่านั้น ที่ศาลจะรับพิจารณาให้ และจะต้องปรากฏด้วยว่ารัฐบัญญัติฉบับนั้นไม่มีบทบัญญัติ ห้ามความรับผิดของรัฐไว้ล่วงหน้า<sup>22</sup>

**คดี C.E. Ass, 14 jen.1938, Société anonyme des produits laitiers “La Fleurette”** คดีนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติได้ออกรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 29 มิถุนายน 1934 เกี่ยวกับการปกป้องผลิตภัณฑ์นม โดยห้ามมิให้ผลิต นำเสนอขาย หรือจำหน่าย ส่งออกหรือนำเข้า ซึ่งผลิตภัณฑ์ “ครีมเทียม” ที่มีได้ทำจากนม โดยมีผู้บริโภคกลุ่มเดียวกับผู้บริโภคนม ซึ่งกฎหมายฉบับนี้เป็นประโยชน์ต่ออุตสาหกรรม นม แต่ทำให้บริษัทของผู้ฟ้องคดีไม่อาจผลิตสินค้าที่มีชื่อว่า “การ์ติน” ต่อไปได้ เพราะสินค้านี้ดังกล่าวเข้าลักษณะตามนิยามที่กฎหมายฉบับนี้กำหนดไว้ แต่ไม่ปรากฏว่าผลิตภัณฑ์ดังกล่าวจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพอนามัยของประชาชน เมื่อพิจารณาเนื้อหาของกฎหมายหรือในกระบวนการบัญญัติกฎหมาย และ สถานการณ์อื่นๆ ของเรื่องนี้ ไม่ปรากฏว่า ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องการให้ผู้เสียหาย

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 297-298.

ต้องรับภาระ ที่โดยปกติเขาไม่จำเป็นต้องรับ และภาระนี้ถูกสร้างขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของรัฐจะต้องรับภาระนี้ จากเหตุผลดังกล่าว บริษัท La Fleurette จึงมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากรัฐเพื่อความเสียหายที่ตนได้รับจากผลของกฎหมายฉบับข้างต้น แต่จากสำนวนการสอบสวนศาลไม่สามารถกำหนดจำนวนความเสียหายให้ได้ จึงให้ผู้ฟ้องคดีไปยังกระทรวงเกษตร เพื่อให้กระทรวงเกษตรเป็นผู้กำหนดจำนวนความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับ<sup>23</sup>

ก่อนคดีนี้ สภาแห่งรัฐเคยวางหลักว่ารัฐ ไม่ต้องรับผิดโดยสิ้นเชิงจากการกระทำทางนิติบัญญัติ ซึ่งคดีที่วางหลัก คือ คดี ดูชาเออเล็ต (C.E. 11 มกราคม 1838, Duchâtelet) ซึ่งมีกฎหมายออกมาห้ามการผลิตยาสูบปลอม วัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการผูกขาดการเก็บภาษีสรรพสามิต แต่ไม่ได้เพื่อพิทักษ์สุขภาพอนามัยของประชาชนจากยาสูบปลอมแต่อย่างใด และต่อมาได้มีคดีโมโรค (C.E. 5 กุมภาพันธ์ 1875, Moroge) เดินตามแนวนี้นี้ โดยคดีนี้เป็นกรณีมีกฎหมายออกมาเพื่อประโยชน์ของรัฐในการผูกขาดการเก็บภาษีไม้ขีดไฟ สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยไว้ชัดเจนว่ารัฐไม่อาจรับผิดในผลของกฎหมายที่ออกมาเพื่อประโยชน์สาธารณะด้วยการห้ามดำเนินการในอุตสาหกรรมบางประเภท เว้นแต่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้รัฐต้องรับผิด สำหรับฝ่ายวิชาการ ก็ได้สนับสนุนแนวคำวินิจฉัยเดิมดังกล่าว โดยอ้างเหตุผลความมีลักษณะทั่วไปของการกระทำทางนิติบัญญัติและอำนาจอธิปไตยของฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น ลาแฟร์รีเออร์ (Laferrière) ได้กล่าวว่า “กฎหมาย (รัฐบัญญัติ) เป็นการกระทำของอำนาจอธิปไตยและลักษณะของอำนาจอธิปไตย คือ การบังคับได้กับทุกคนโดยไม่มีผู้ใดสามารถร้องขอค่าชดเชยจากการนั้น เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติแต่เพียงผู้เดียวที่สามารถจะกำหนดให้จ่ายค่าเสียหายได้ เมื่อได้พิจารณาจากลักษณะและความหนักเบาของความเสียหาย รวมทั้งความจำเป็นและฐานะทางการคลังของรัฐ” เหตุการณ์ข้างต้นเกิดขึ้นในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสยังอยู่ในระบอบรัฐไม่ต้องรับผิด (irresponsabilité de l'Etat) แต่หลักรัฐไม่ต้องรับผิดค่อยๆ ลดบทบาทลงเรื่อยๆ คดี La Fleurette เป็นคดีกลับหลักเดิม

<sup>23</sup> บุปผา อัครพิมาน, เรื่องเดียวกัน, หน้า 24.

และวางหลักเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐเสียใหม่ โดยสภาแห่งรัฐพิพากษาให้รัฐรับผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายกำหนดให้รัฐรับผิดอีกต่อไป<sup>24</sup>

## 2) ความรับผิดอันเกิดจากการทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศ (Responsabilité du fait des conventions internationales)

สภาแห่งรัฐได้ปรับใช้หลักความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิดจากการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐฝรั่งเศสกับรัฐต่างประเทศอื่นๆ ภายใต้เงื่อนไข 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก ต้องไม่ปรากฏว่าสนธิสัญญานั้นเองหรือรัฐบัญญัติซึ่งอนุวัติการตามสนธิสัญญานั้น มีข้อความบัญญัติห้ามไม่ให้มีการชดเชยค่าสินไหมทดแทน และประการที่สอง ความเสียหายที่เอกชนได้รับนั้นจะต้องมีความรุนแรงและมีลักษณะพิเศษ<sup>25</sup>

นอกจากนี้ ความรับผิดดังกล่าวจะต้องไม่เข้าข่ายข้อจำกัดอีก 2 ประการ คือ ประการแรก สนธิสัญญานั้นต้องมีการลงนามผูกพันตามสนธิสัญญาและมีการดำเนินการให้สนธิสัญญามีสภาพบังคับเป็นกฎหมายภายในของรัฐเรียบร้อยแล้ว และ ประการที่สอง ความรับผิดของรัฐจะต้องเกิดจากความเสียหายอันเป็นผลโดยตรงจากกฎหมายซึ่งรองรับบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาโดยเฉพาะเท่านั้น มิใช่เกิดจากตัวสนธิสัญญาเอง

**คดี C.E. Ass, 30 mars 1966, Cie.Gén.d'énergie radio - électrique,** ในคดีนี้ บริษัท Compagnie générale d'énergie radioélectrique เป็นเจ้าของสถานีวิทยุกระจายเสียง "Poste parisien" ซึ่งถูกเยอรมันเข้ายึดครองในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองภายหลังสงคราม บริษัทฯ จึงฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐฝรั่งเศส ในความเสียหายที่เขาได้รับเพราะไม่สามารถเข้าครอบครองและ

<sup>24</sup> เรื่องเดิม, หน้า 24-25

<sup>25</sup> รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์ค่าพิพาทภาคตีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ, หน้า 298.

ดำเนินกิจการวิทยุกระจายเสียงได้ ซึ่งเหตุที่ผู้ฟ้องคดีอ้างนั้นมีสองประการ

ประการแรก ผู้ฟ้องคดีอ้างรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 30 เมษายน 1946 ที่กำหนดให้รัฐฝรั่งเศสต้องรับผิดชอบในค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการเข้ายึดและครอบครองทรัพย์สินของเอกชนเพื่อนำมาใช้เป็นที่อยู่หรือที่ตั้งค่ายของทหารเยอรมัน ซึ่งประเด็นนี้ศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นไม่เข้าองค์ประกอบที่กฎหมายฉบับนี้กำหนดไว้

ประการที่สอง ผู้ฟ้องคดีอ้าง อนุสัญญาระหว่างประเทศ (Convention de La Haye) ลงวันที่ 18 ตุลาคม 1907 เกี่ยวกับกฎหมายและจารีตประเพณีในการสงคราม ซึ่งกำหนดว่า กิจการต่างๆ ในพื้นที่ที่มีสงคราม (.....) ซึ่งเกี่ยวข้องกับ การส่งข้อมูล ข่าวสาร (.....) แม้จะเป็นของเอกชนก็อาจถูกยึดได้ แต่เอกชนจะต้องได้รับการชดใช้ตามอนุสัญญาฉบับนี้ ผู้ฟ้องคดีจึงอยู่ในสถานะเจ้าหน้าที่ของเยอรมัน แต่รัฐบาลฝรั่งเศสได้ลงนามในข้อตกลงสองฉบับซึ่งมีเนื้อหาทำให้สิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายต้องล่าช้าออกไป ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากรัฐบาลฝรั่งเศส เพื่อความเสียหายที่ตนต้องรับภาระสาหัสมากกว่าพลเมืองคนอื่น

สภาแห่งรัฐ วางหลักว่า ความรับผิดชอบของรัฐอาจมีขึ้นบนฐานพิจารณาของความรับผิดชอบในภาระสาธารณะที่พลเมืองต้องมีย่างเท่าเทียมกัน โดยรัฐจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากอนุสัญญาที่ทำระหว่างฝรั่งเศสกับรัฐต่างประเทศและได้มีการให้สัตยาบันซึ่งทำให้อนุสัญญาเข้ามาในระบบกฎหมายภายในแล้ว ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขสองประการ ประการแรก ต้องไม่ปรากฏว่า อนุสัญญานั้นเองหรือกฎหมายฉบับใดๆ ได้กำหนดไม่ให้มีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน และ ประการที่สอง ความเสียหายที่ได้รับนั้นจะต้องรุนแรงและมีลักษณะพิเศษ ซึ่งข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีนี้ ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ฟ้องคดีมีลักษณะทั่วไปคือ ผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศฝรั่งเศสทุกคนล้วนได้รับความเสียหายในลักษณะเดียวกับผู้ฟ้องคดี ความเสียหายที่ได้รับจึงไม่มีลักษณะเฉพาะและพิเศษที่รัฐจะต้องรับผิดชอบพิพาทกษายกฟ้อง<sup>26</sup>

<sup>26</sup> บุปผา อัครพิมาน, เรื่องเดียวกัน, หน้า 16.

3) ความรับผิดอันเกิดจากการออก “กฎ” ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Responsabilité du fait des règlements légaux) เช่น เทศบาลมีประกาศเทศบัญญัติห้ามขายของและห้ามคนเดินเท้าในบริเวณที่เป็นแหล่งท่องเที่ยวและค้าขาย เพื่อสงวนทางเดินให้แก่คนขี่ล่อเดินล่อเท่านั้น เป็นเหตุให้พ่อค้าขายของที่ระลึกซึ่งตามปกติขายสินค้าอยู่ในเส้นทางเดินเท้าหมดโอกาสค้าขาย สภาแห่งรัฐพิพากษาให้ฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่พ่อค้า<sup>27</sup>

4) ความรับผิดอันเกิดจากการที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งศาล (Responsabilité du fait des l'inexécution des decisions de justice)

ในบางกรณีและบางสถานการณ์ รัฐบาลปฏิเสธไม่บังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลได้ หากการใช้ดุลพินิจนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของสังคม การใช้ดุลพินิจเช่นนี้เป็นการกระทำที่ปราศจากความผิด แต่การกระทำดังกล่าวทำให้สิทธิในทรัพย์สินของเอกชนเสียหาย เอกชนจึงมีสิทธิได้รับการเยียวยาจากฝ่ายปกครองตามกฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคของบุคคลต่อภาระสาธารณะ สภาแห่งรัฐมีอำนาจสั่งให้หน่วยงานที่รับผิดชอบพิจารณาจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้ผู้ฟ้องคดีในจำนวนที่เหมาะสมได้<sup>28</sup> เช่น ฝ่ายปกครองปฏิเสธไม่ยอมปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลที่ให้ขับไล่กลุ่มผู้ประท้วงที่ยึดโรงงานออกจากโรงงาน ด้วยเหตุเพื่อป้องกันความวุ่นวายและรักษาความสงบเรียบร้อย (คดี C.E. 21 Juillet 1989, Consorts Hautbuis)<sup>29</sup>

คดี C.E., 30 nov.1923, Couitéas, ในคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีเป็นเจ้าของที่ดินในตูนิเซียที่ถูกประชาชนในพื้นที่จำนวนหนึ่งบุกรุกและเข้าครอบครองที่ดินของตน และศาลยุติธรรมได้มีคำพิพากษาแล้วว่าที่ดินเป็นของผู้ฟ้องคดีและให้ขับไล่

<sup>27</sup> รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ, หน้า 298.

<sup>28</sup> เรื่องเดิม, หน้า 298-299.

<sup>29</sup> สุรพล นิตไกรพจน์ และคณะ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 274.



ผู้บุกรุกออกจากพื้นที่ แต่รัฐบาลฝรั่งเศสซึ่งมีหน้าที่ในการดำเนินการตามคำพิพากษา ปฏิเสธไม่บังคับตามคำพิพากษาให้ ด้วยเหตุผลที่ว่า การบังคับตามคำพิพากษา ต้องใช้กำลังเข้าดำเนินการ ซึ่งการใช้กำลังอาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในบ้านเมือง เพราะผู้ครอบครองที่ดินเข้าใจว่าตนมีความชอบธรรมในการครอบครองที่ดินดังกล่าว เพราะได้ครอบครองที่ดินนั้นมาเป็นเวลาช้านานแล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องคดีต่อสภาแห่งรัฐสภาแห่งรัฐได้พิจารณาแล้วเห็นว่า จากสถานการณ์ที่เกิดขึ้น การที่รัฐบาลฝรั่งเศสปฏิเสธไม่บังคับตามคำพิพากษาให้ นั้น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม และเพื่อความปลอดภัยสาธารณะที่รัฐบาลฝรั่งเศสมีหน้าที่ต่อประเทศที่อยู่ในความคุ้มครอง อย่างไรก็ตาม ประชาชนก็มีสิทธิโดยชอบธรรมที่จะได้รับความคุ้มครองจากรัฐ โดยหากตนเป็นผู้ชนะคดี ก็มีสิทธิที่จะเชื่อถือว่ารัฐจะบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษา ตามข้อเท็จจริงในคดีนี้ รัฐบาลมีหน้าที่กำหนดเงื่อนไขการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษา และปฏิเสธที่จะใช้กำลังบังคับ หากเห็นว่าการใช้กำลังบังคับจะทำให้เกิดอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของสังคม ซึ่งความเสียหายที่เกิดจากการปฏิเสธดังกล่าวไม่อาจผลักให้เป็นภาระของผู้ฟ้องคดี แต่เป็นหน้าที่ของศาลที่จะกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบหากพ้นขอบเขตนี้ไป ผู้ต้องรับผิดชอบคือฝ่ายปกครอง

สภาแห่งรัฐจึงวินิจฉัยว่า การปฏิเสธใช้กำลังเข้าบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาของฝ่ายปกครอง เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของสังคม แต่การกระทำดังกล่าวทำให้สิทธิในทรัพย์สินของเอกชนเสียหาย เอกชนจึงมีสิทธิได้รับการเยียวยาจากฝ่ายปกครอง การที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธไม่ชดเชยค่าเสียหาย จึงเป็นการปฏิเสธโดยไม่ชอบ สภาแห่งรัฐจึงสั่งให้ส่งเรื่องดังกล่าวกลับไปให้หน่วยงานที่รับผิดชอบพิจารณาจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดีในจำนวนที่เหมาะสมโดยคำนึงถึงสถานการณ์ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย<sup>30</sup>

<sup>30</sup> บุปผา อัครพิมาน, เรื่องเดียวกัน, หน้า 27.

ความรับผิดอันเกิดจากการที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจไม่ปฏิบัติตาม คำพิพากษาหรือคำสั่งศาล นำมาปรับใช้แก่กรณีฝ่ายปกครองปฏิเสธการดำเนินการ ตามกฎหมายต่อผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย (คือ กรณีการละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตาม กฎหมาย) เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยด้วย เช่น การที่ฝ่าย ปกครองปฏิเสธที่จะดำเนินการฟ้องร้องคดีให้รื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างโดยขัดต่อ กฎหมายว่าด้วยผังเมือง สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า แม้การปฏิเสธจะชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายเป็นพิเศษและไม่ปกติแก่เจ้าของอาคารข้างเคียงได้ จึงให้ฝ่ายปกครองจ่ายค่าเสียหาย (คดี C.E. 20 Mars 1974, Navarra)<sup>31</sup>

#### 5) ความรับผิดในกรณีมีความเสียหายอันเกิดจากงานโยธา สาธารณะ (La responsabilité poue dommages permants de travaux publics)

กรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการจัดการงานโยธาสาธารณะต่างๆ เช่น การก่อสร้างถนน หรือก่อสร้างอาคารสาธารณะของรัฐ ความเสียหายนั้น มิได้เกิดขึ้นจากการกระทำผิดของฝ่ายปกครอง หากแต่การกระทำตามปกติ ของฝ่ายปกครองอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด เช่น มีมลพิษ ทางเสียงหรือทุกขภาวะทางทัศนียภาพต่อบริเวณใกล้เคียงกับการก่อสร้าง กรณี เช่นนี้ฝ่ายผู้เสียหายอาจเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองรับผิดได้ และสภาแห่งรัฐจะใช้ ทฤษฎีเรื่องความรับผิดในกรณีเกิดความไม่เสมอภาคเพื่อภาระสาธารณะระหว่าง ประชาชนมาปรับแก้คดี<sup>32</sup>

6) ความรับผิดในมาตรการทางเศรษฐกิจหรือสังคมที่ใช้บังคับกับ กิจการเอกชน เพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น กรณีที่ผู้ตรวจแรงงานได้ปฏิเสธที่จะ อนุญาตให้บริษัทหนึ่งเลิกจ้างลูกจ้างส่วนหนึ่ง ทั้งนี้เพื่อมิให้เกิดปัญหาทางสังคม ตามมา รัฐจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่บริษัทเอกชนจากการไม่เลิกจ้าง

<sup>31</sup> สุรพล นิตไกรพจน์ และคณะ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 274.

<sup>32</sup> รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ, หน้า 299.

ดังกล่าว แม้คำสั่งปฏิเสธไม่เลิกจ้างจะชอบด้วยกฎหมายก็ตาม (คดี C.E. 27 Nov 1947, Société Boulenger)<sup>33</sup>

### 3.3 เงื่อนไขการเยียวยาขาดใช้ความเสียหาย

การชดเชยใช้ค่าเสียหาย (La réparation du dommage) ในคดีความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในกฎหมายปกครองจะมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากคดีแพ่งทั่วไป 2 ประการ คือ มีการแบ่งแยกระหว่างการเยียวยาความเสียหายตามความเป็นจริง (La réparation en nature) ซึ่งได้แก่การทำให้สิ่งดังกล่าวกลับคืนสู่สภาพเดิมก่อนที่จะได้รับความเสียหาย กับการชดเชยค่าสินไหมทดแทน (l'indemnisation) ซึ่งได้แก่ การจ่ายเงินให้แก่ผู้เสียหายตามจำนวนความเสียหายที่ได้รับ<sup>34</sup>

สำหรับเงื่อนไขการเยียวยาขาดใช้ความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายในความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด มีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับความรับผิดที่อยู่บนฐานความผิดหรือความผิดฐานละเมิด ซึ่งมีเงื่อนไขของความเสียหาย 3 ประการ คือ<sup>35</sup>

**ประการแรก** ลักษณะของความเสียหาย ความเสียหายที่จะได้รับการเยียวยาทางแพ่งต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน (être certain) เป็นปัจจุบัน (être actuel) และเป็นความเสียหายโดยตรง (direct)

1) ความเสียหายที่แน่นอนต้องเป็นรูปธรรมและคำนวณเป็นเงินได้ เช่น ความเสียหายทางวัตถุ ได้แก่ ความเสียหายแก่เงิน ทรัพย์สินถูกทำลาย รายได้ลดลง หรือคุณค่าของสิ่งของหรือวัตถุลดลง หรือเกิดความเสียหายแก่ร่างกาย ได้แก่ การได้รับอันตรายแก่กายหรือชีวิต แต่นับแต่ปี ค.ศ. 1961 เป็นต้นมา สภาแห่งรัฐได้ยอมรับว่าความเสียหายทางจิตใจ อันได้แก่ ความโศกเศร้าเสียใจ เพราะสูญเสียบุคคลอันเป็นที่รัก ความเสียใจอันเกิดจากการสูญเสียความงามหรือ

<sup>33</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 274.

<sup>34</sup> เรื่องเดิม, หน้า 276.

<sup>35</sup> รายการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ, หน้า 300-302.

เสียโฉมอัตลักษณ์ และการเสื่อมเสียเกียรติยศชื่อเสียง สามารถเยียวยาให้ชดใช้เป็นเงินได้เสมือนความเสียหายที่เป็นรูปธรรม

2) ความเสียหายที่รัฐต้องรับผิดชอบมีเฉพาะความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว (être actuel) แต่สภาแห่งรัฐเห็นว่าความเสียหายอาจเกิดจากการสูญเสียความเป็นไปได้บางอย่างที่อาจมีขึ้นในอนาคตก็ได้ เช่น สูญเสียโอกาสสำคัญที่จะได้รับคัดเลือกในการสอบแข่งขันเพื่อบรรจุเข้าทำงานหรือสูญเสียโอกาสที่จะได้รับประโยชน์ทางการบางอย่าง เป็นต้น

3) ความเสียหายต้องเป็นความเสียหายแก่ประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมาย ความเสียหายแก่ทารกอันเกิดจากการทำแท้งโดยสมัครใจของมารดาไม่อาจเรียกร้องเอาจากรัฐได้ และความเสียหายต้องเกิดแก่บุคคลหรือผู้ที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้ ตัวอย่างเช่น สามีหรือภรรยาซึ่งมิได้สมรสตามกฎหมายหรือบุตรนอกสมรสของผู้เสียหาย ศาลถือว่าได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

**ประการที่สอง** ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นต้องมีกฎหมายรับรองคุ้มครองให้

หากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายของผู้เสียหาย หรือเป็นกรณีที่มีกฎหมายรองรับ สภาแห่งรัฐไม่วินิจฉัยให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย เช่น การเข้าใช้พื้นที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วเกิดความเสียหายจากการใช้พื้นที่ หรือการเข้าไปในสถานที่ที่ไฟไหม้ซึ่งมีป้ายสัญญาณเตือนห้ามเข้า แต่ผู้เสียหายฝ่าฝืนป้ายสัญญาณเพื่อความปลอดภัยแล้วเกิดอันตรายได้รับบาดเจ็บ เป็นต้น

**ประการที่สาม** มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและความเสียหาย ความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายโดยตรง (être direct) จากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยตรง หรือการกระทำของฝ่ายปกครองก่อให้เกิดความเสียหายนั้นโดยตรง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำของรัฐกับความเสียหาย (La lien de causalité) และความสัมพันธ์ต้องเป็นความสัมพันธ์อย่างแคบและชัดเจนแน่นอน

ในบางกรณีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับความเสียหายอาจไม่แน่นอนชัดเจน แต่สภาแห่งรัฐอาจพิพากษาให้รัฐยังคงต้องรับผิดชอบในความเสียหายได้ โดยอาศัยทฤษฎีว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผล อย่างใดอย่างหนึ่งใน 2 ทฤษฎี คือ

1) ทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุหรือทฤษฎีเงื่อนไข (Théorie de l'équivalence des conditions) ตามทฤษฎีนี้ถือว่า หากการกระทำนั้นเป็นหนึ่ง ในสาเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหาย ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น เพราะ หากมีการกระทำนั้น ความเสียหายจะไม่เกิดขึ้น แม้จะมีเหตุอื่นที่มีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วยก็ตาม ต้องถือว่าทุกๆ เหตุมีความสำคัญเท่าเทียมกัน<sup>36</sup>

ในการพิจารณาของสภาแห่งรัฐตามทฤษฎีนี้ จะพิจารณาซึ่งนำหน้าที่สุด สาเหตุทุกสาเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหาย แล้วเลือกสาเหตุที่มีน้ำหนักมากที่สุด ที่เป็นเงื่อนไขของความเสียหาย ในกรณีเช่นนี้ หากการกระทำอันเป็นเงื่อนไขที่มีน้ำหนักมากที่สุดนั้นเป็นของรัฐ ศาลจะพิพากษาให้รัฐเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหาย

2) ทฤษฎีเหมาะสม (Théorie de la causalité adéquate) ตามทฤษฎีนี้ถือว่า ในบรรดาเหตุทั้งหลายที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น ในแง่ความรับผิดชอบของผู้กระทำใดๆ แล้ว เฉพาะแต่เหตุที่ตามปกติย่อมก่อให้เกิดผลเช่นนั้นเท่านั้นที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบ<sup>37</sup>

ในการพิจารณาของสภาแห่งรัฐตามทฤษฎีนี้ ศาลจะพิพากษาว่าการกระทำใดในบรรดาการกระทำทั้งหมดที่ก่อให้เกิดความเสียหายเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดกับผลมากที่สุด ในกรณีการกระทำของรัฐใกล้ชิดกับผล คือความเสียหายที่เกิดขึ้นมากที่สุด สภาแห่งรัฐจะพิพากษาให้รัฐเป็นผู้รับผิดชอบความเสียหายนั้น

แต่เงื่อนไขความเสียหาย กรณีความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิดเนื่องจากเสียงภัยพิเศษและเพื่อสังคมหรือเนื่องจากความเสมอภาค

<sup>36</sup> ศนันทกรณ์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวร ได้, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2550, หน้า 79.

<sup>37</sup> ไพจิตร บุญญพันธ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 37.

ของบุคคลต่อภาวะสาธารณสุข จะต้องมีความเสียหายลักษณะพิเศษ<sup>38</sup> หรือ ความเสียหายอันเป็นผิดปกติทั่วไป ที่แตกต่างจากความเสียหายทั่วไปที่บุคคลทั่วไป ได้รับด้วย

#### 3.4 ข้อยกเว้นความรับผิดรัฐตามทฤษฎีสถานการณ์พิเศษ (La théorie des circonstances exceptionnelles)

ในเหตุการณ์บางอย่างที่มีความสำคัญและกระทบต่อประโยชน์ สาธารณะอย่างมาก หากฝ่ายปกครองซึ่งจะเข้ามาแก้ไขปัญหามันต้องปฏิบัติตามตัวบท กฎหมายอย่างเคร่งครัดก็จะทำให้ฝ่ายปกครองไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ เพื่อให้ การทำหน้าที่ฝ่ายปกครองมีประสิทธิภาพและประสบผลสำเร็จ ฝ่ายปกครองจึง ต้องเลือกตัดสินใจที่จะดำเนินการบางอย่างที่มีผลเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ทฤษฎี ว่าด้วยสถานการณ์พิเศษ (la théorie des circonstances exceptionnelles) จึงเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อรองรับการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่ฝ่าฝืนกฎหมาย จุดเริ่มต้นของทฤษฎีมาจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 ที่ ฝ่ายปกครองต้องกำหนดมาตรการบางอย่างเกินไปจากอำนาจตามปกติของตน เพื่อต่อสู้และรับมือกับสถานการณ์ดังกล่าว ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินจึงเป็น ข้อยกเว้นของหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง<sup>39</sup>

ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินนี้เกิดจากการ “ยอมรับ” ของ สภาแห่งรัฐ ในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่เกินกรอบที่กฎหมายกำหนด คือ คำพิพากษา ลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1918 คดี Heyriès ที่เกี่ยวข้องกับกรณีที่ ฝ่ายปกครองออกรัฐกฤษฎีกาเพื่อระงับการบังคับใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมาย บางประการที่เกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยข้าราชการเนื่องจากอยู่ในสถานการณ์ สงคราม และคำพิพากษา ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1919 คดี Doles et Laurent ที่ฝ่ายปกครองออกกฎหมายห้ามผู้หญิงเข้าไปในสถานบริการบางแห่ง ซึ่งในคดีหลังนี้

<sup>38</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, เรื่องเดียวกัน. หน้า 275.

<sup>39</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2553, หน้า 318.

ศาลปกครองสูงสุดก็ได้ให้เหตุผลไว้อย่างชัดเจนในคำพิพากษาว่า อำนาจของตำรวจในการรักษาความสงบเรียบร้อยสาธารณะและความปลอดภัยจะแตกต่างกันระหว่างในยามสงบกับในยามสงคราม ซึ่งในยามสงครามจะต้องมีมาตรการที่เข้มงวดกว่าเพื่อให้การรักษาความสงบเรียบร้อยสาธารณะและความปลอดภัยได้ผลเต็มที่<sup>40</sup>

พื้นฐานความคิดของทฤษฎีสถานการณ์พิเศษ มาจากหลักการที่สำคัญประการหนึ่งที่กำหนดหน้าที่ของฝ่ายปกครองให้ต้องดูแลรักษาให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นภายในรัฐและให้บริการสาธารณะต่างๆ ดำเนินไปตามปกติ ซึ่งภารกิจรักษาความสงบเรียบร้อยเป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐที่ละเว้นไม่ได้ (Negative function of state)<sup>41</sup> ภายใต้สถานการณ์ร้ายแรงเช่นนั้น การที่จะให้ฝ่ายปกครองเคารพกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายเคร่งครัดเหมือนภาวะปกติก็คงจะไม่ได้ เพราะในสถานการณ์เหล่านั้นความจำเป็นย่อมเป็นกฎหมาย (Nécessité fait loi)<sup>42</sup> ดังนั้นหากการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายอาจจะมีผลทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจรักษาความสงบเรียบร้อยของส่วนรวมได้ ฝ่ายปกครองอาจระงับการปฏิบัติตามกฎหมายไว้ได้ชั่วคราว ผลก็คือ ยกเว้นอำนาจบังคับใช้ของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายปกติ และเริ่มการบังคับใช้ของหลักเกณฑ์ทางกฎหมายพิเศษกับการกระทำทางปกครองนั้น<sup>43</sup> การกระทำของฝ่ายปกครองภายใต้สถานการณ์พิเศษ การกระทำนั้นอาจถูกถือว่าเป็นชอบด้วยกฎหมาย (คือเป็น *Légalité d'exception*) ก็ได้<sup>44</sup>

<sup>40</sup> เรื่องเดิม, หน้า 318.

<sup>41</sup> สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2550. หน้า 126-127.

<sup>42</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย*, ใน *คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา*, 2543, หน้า 118-119.

<sup>43</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 83-84.

<sup>44</sup> วิษณุ วารัญญ, *ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์ และเจตน สดาวรรศิลป์*, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 57.

การกระทำของฝ่ายปกครองในสถานการณ์พิเศษที่จะถูกถือว่าเป็นชอบด้วยกฎหมาย จึงต้องมีองค์ประกอบสามประการ กล่าวคือ

- 1) จะต้องมิใช่ข้อเท็จจริงอันจัดว่าเป็นสถานการณ์พิเศษเกิดขึ้นจริง เช่น ภาวะสงคราม ภัยพิบัติธรรมชาติ โรคระบาด จลาจลจุ่นวาย ในอาณาบริเวณกว้างและเป็นเวลานานจนทำให้การบริการสาธารณะสะดุดลง เป็นต้น
- 2) สถานการณ์เช่นว่านั้น เมื่อเกิดขึ้นแล้วทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจปฏิบัติตามหลักความชอบด้วยกฎหมายได้ดังเช่นสถานการณ์ปกติ
- 3) ประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้มาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในสถานการณ์ยกเว้นดังกล่าวนี้ ต้องคุ้มค่าเพียงพอ เช่น ทำไปเพื่อความมั่นคงของชาติหรือเพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ<sup>45</sup>

ทฤษฎีสถานการณ์พิเศษที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการ นอกเหนือกรอบความชอบด้วยกฎหมายนี้ เป็นกรณีที่ข้อเท็จจริงอันเป็นสถานการณ์พิเศษทำให้ถือว่าการกระทำของฝ่ายปกครองชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดรองรับ ซึ่งต่างจากกรณีการประกาศกฎอัยการศึกและการบริหารประเทศในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งเป็นกรณีที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดอำนาจหน้าที่และรายละเอียดการใช้อำนาจเอาไว้<sup>46</sup>

อย่างไรก็ตาม สถานการณ์พิเศษนั้นมีผลเพียงทำให้การกระทำที่ในสถานการณ์ปกติอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายถูกถือว่าเป็นชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่มิได้หมายความว่าความกระทำของฝ่ายปกครองในสถานการณ์พิเศษจะไม่ถูกตรวจสอบโดยศาล โดยปกติศาลจะตรวจสอบว่ามีข้อเท็จจริงอันถือว่าเป็นสถานการณ์พิเศษตามที่กล่าวอ้างหรือไม่ สถานการณ์พิเศษนั้นยังคงดำรงอยู่ในขณะที่มีการกระทำทางปกครองที่ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาปัญหาความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และ

<sup>45</sup> ปิยะบุตร แสงกนกกุล, บทวิเคราะห์ พ.ร.ก.การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548, ใน <http://www.pub-law.net/publaw/view.asp?PublawIDs=886>

<sup>46</sup> วิษณุ วรรณุญ, ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์ และเจตน์ สดวารศิลป์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 59.



ที่สำคัญคือศาลจะตรวจสอบว่ามาตรการที่ฝ่ายปกครองกระทำลงไปนั้นพอสมควรแก่เหตุในสถานการณ์พิเศษนั้นหรือไม่<sup>47</sup>

สำหรับในกรณีสถานการณ์พิเศษในเรื่อง “วิกฤติการณ์” เช่น การจลาจล การจัดการภัยพิบัติธรรมชาติ ศาลจะตรวจสอบการกระทำทางปกครองภายใต้หลักพื้นฐานสำคัญสองประการคือ ประการแรก เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ กล่าวคือ การกระทำในขณะที่มีวิกฤติการณ์นั้นต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองวิกฤติการณ์คือการระงับหรือทำให้วิกฤติการณ์นั้นสิ้นสุดลง และประการที่สอง วิธีการที่นำมาใช้ซึ่งจะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ดังกล่าว<sup>48</sup>

ในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐทางปกครอง ทฤษฎีสถานการณ์พิเศษมีผลต่อความรับผิดชอบของรัฐ กล่าวคือ การกระทำบางอย่างถ้ากระทำในสถานการณ์ปกติ อาจจะเป็นความผิดได้ แต่ถ้าเป็นกรณีสถานการณ์พิเศษอาจทำให้การกระทำที่เป็นความผิดถูกถือว่าไม่ผิด ทำให้ฝ่ายปกครองหลุดพ้นจากความรับผิดได้<sup>49</sup> กล่าวคือ กรณีการฟ้องร้องให้รัฐรับผิดเนื่องจากการกระทำความผิดในสถานการณ์พิเศษ รัฐอาจหลุดพ้นความรับผิดเพราะการกระทำของรัฐดังกล่าวถูกถือว่าชอบด้วยกฎหมายคือไม่มีความผิดนั่นเอง แต่บางกรณีการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่ได้กระทำในสถานการณ์พิเศษ แม้จะไม่เป็นความผิดแต่ก็ก่อให้เกิดความรับผิดทางปกครองโดยที่หลักความเสี่ยงภัยได้ สำหรับเรื่องเขตอำนาจศาล ตามกฎหมายฝรั่งเศส กรณีการกระทำที่กระทบต่อทรัพย์สินหรือเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน คดีอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม หากเป็นการกระทำในสถานการณ์พิเศษถือว่าเป็นเพียงความผิดธรรมดา คดีอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง (สภาแห่งรัฐ) (คำพิพากษาศาลชั้นต้น คดี 27 Mars 1952, Dame de la Murette)<sup>50</sup>

<sup>47</sup> เรื่องเดิม, หน้า 60.

<sup>48</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 85.

<sup>49</sup> เรื่องเดิม, หน้า 85.

<sup>50</sup> เรื่องเดิม, หน้า 85.

#### 4. ความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิดตามกฎหมายไทย

ตามระบบกฎหมายปกครองไทยซึ่งส่วนมากได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส รวมทั้งหลักกฎหมายความรับผิดของฝ่ายปกครอง โดยที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติคดีที่อยู่เขตอำนาจศาลปกครองในกรณีความรับผิดของฝ่ายปกครองไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) โดยแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีความรับผิดฐานละเมิด อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือการละเลยการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า กับกรณีความรับผิดอย่างอื่น ซึ่งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) บัญญัติเพียงว่าคดีละเมิดและคดีความรับผิดอย่างอื่นที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง มิได้บัญญัติถึงเนื้อสาระของหลักเกณฑ์ความรับผิด การขาดใช้ความเสียหาย จึงพบว่าศาลปกครองไทยได้ใช้บัญญัติความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาเป็นหลักเกณฑ์การพิจารณา สำหรับความรับผิดอย่างอื่นนั้นเท่าที่ปรากฏเป็นคดีที่คำพิพากษาศาลปกครองเผยแพร่จะมีแต่คดีความรับผิดในกรณีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ซึ่งถือว่าเป็นความรับผิดโดยปราศจากความผิดเช่นกัน เนื่องจากการเวนคืนเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่รัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนแก่ผู้ถูกเวนคืน<sup>51</sup> ดังเช่นคดี

- การปรับลดเงินค่าทดแทนการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.168/2549)
- การเริ่มนับระยะเวลาใช้สิทธิอุทธรณ์เงินค่าทดแทน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.194/2549)
- การกำหนดหลักเกณฑ์ในการจ่ายเงินค่าทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้ครอบครองที่ดินที่ถูกเวนคืน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.198-อ.200/2549)

<sup>51</sup> ชาญชัย แสงวงศ์ดี, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 6, กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2550, หน้า 152.

- การพิจารณากำหนดจำนวนเงินค่าทดแทนที่ดินที่ถูกเวนคืน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.29/2549, อ.269/2549)
- การกำหนดเงินค่าทดแทนในกรณีที่ถูกเวนคืนได้รับความเสียหายจากการที่ต้องออกจากอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนตามบทบัญญัติมาตรา 21 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.49/2550)
- การกำหนดเงินค่าทดแทนในกรณีที่มีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์บางส่วน และส่วนที่เหลือมีราคาลดลง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.155/2550)
- การนำราคาซื้อขายกันตามปกติในท้องตลาดของอสังหาริมทรัพย์ที่จะต้องเวนคืนตามนัยมาตรา 21 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 มาพิจารณากำหนดเงินค่าทดแทนการเวนคืน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.171/2550)
- การพิจารณากำหนดเงินค่าทดแทนการใช้ที่ดินให้กับเจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่นตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง 114 แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.290/2550)
- การพิจารณาคำอุทธรณ์ขอเพิ่มเงินค่าทดแทนที่ดินที่ถูกเวนคืนสำหรับที่ดินซึ่งมีสภาพและทำเลที่ตั้งใกล้เคียงกัน เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ต้องใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาอุทธรณ์อย่างเท่าเทียมกัน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.307/2550)
- การพิจารณาหลักเกณฑ์ค่าทดแทนตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 กำหนดไว้ มีราคาแตกต่างกัน หน่วยงานทางปกครองต้องพิจารณาใช้ราคาที่สูงกว่าเป็นเกณฑ์ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.352/2551)
- การกำหนดค่าทดแทนที่ดินส่วนที่เหลืออันมีราคาลดลง เมื่อมีการเวนคืนที่ดินเพียงบางส่วนและที่ดินส่วนที่เหลือใช้ประโยชน์ได้จำกัด อันทำให้ที่ดินส่วนที่เหลือมีมูลค่าลดลง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.430/2551)

ส่วนความรับผิดอย่างอื่น ในกรณีความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิด ยังไม่มีปรากฏคำพิพากษาศาลปกครองที่เผยแพร่แต่อย่างใด จึงไม่อาจจะยืนยันได้ว่า ศาลปกครองจะพิจารณาพิพากษาในกรณีความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิดตามแนวหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสหรือไม่ แต่ผู้เขียนเห็นว่า หากมีการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิด แนวโน้มที่ศาลปกครองไทยจะเดินตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสว่าด้วย หลักความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิดมีอยู่มาก เพราะหลักความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิดตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเป็นหลักกฎหมายทั่วไป แม้จะมีได้มีบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ศาลปกครองไทยสามารถนำมาปรับใช้ในคดีได้อีกทั้งในการร่างกฎหมายนี้ผู้ร่างได้กำหนดความรับผิดอย่างอื่นตามแนวคิดของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส โดยปล่อยให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณาว่ากรณีอื่นใดบ้างที่จะเป็นกรณีความรับผิดอย่างอื่นนอกจากความรับผิดทางละเมิด<sup>52</sup> ดังนั้น การที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) บัญญัติให้ความรับผิดอย่างอื่น เป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง จึงเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลปกครองพัฒนาหลักกฎหมายความรับผิดโดยปราศจากความผิดของฝ่ายปกครองนั่นเอง

## 5. บทส่งท้าย

การฟ้องรัฐให้รับผิด ทั้งความรับผิดในกรณีกระทำความผิด และความรับผิดโดยปราศจากความผิด จะต้องพิจารณาเงื่อนไขของความรับผิดทั้งสองกรณีให้รอบครอบ ทำการรวบรวมข้อเท็จจริงทั้งหมดที่พอเพียงจะให้เห็นว่ารัฐได้กระทำความผิด หรือ ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายเป็นพิเศษจากการกระทำของรัฐแม้รัฐจะไม่ได้กระทำความผิด ดังนั้น กรณีภัยพิบัติธรรมชาติ น้ำท่วมช่วงเดือนกันยายน ตุลาคม และพฤศจิกายน (มีไซ้เดือนพฤศจิกายน) พ.ศ. 2554 หากจะฟ้องให้รัฐรับผิดในกรณีที่เห็นว่าการบริหารจัดการน้ำของรัฐได้แก่ให้เกิดความเสียหายแก่

<sup>52</sup> เรื่องเดิม, หน้า 152.

ผู้ฟ้องคดี จะต้องมีข้อเท็จจริงที่รับว่า ถ้าฟ้องฐานละเมิด จะต้องได้ความจริงว่ารัฐได้กระทำความผิดอย่างไร ได้แก่ การคาดการณ์ปริมาณน้ำผิดพลาด การให้ข้อมูลเกี่ยวกับทางไหล ทิศทางของน้ำ ปริมาณน้ำ การให้คำมั่นที่ไม่ถูกต้อง เช่น ผู้เสียหายที่นำรถไปจอดที่สนามบินดอนเมือง ที่รัฐมนตรีให้คำมั่นว่าน้ำไม่ท่วมแน่นอน หรือการแจ้งไม่เตือนให้ป้องกันล่วงหน้าพอสมควร หรือ การให้คำมั่นสัญญาจนประชาชนหลงเชื่อ แต่ผลไม่เป็นไปตามคำให้มั่นๆ เช่น การป้องกันน้ำท่วมในเขตนิคมอุตสาหกรรมต่างๆ หรือปกปิดข้อมูลความจริงที่ควรแจ้ง หรือผันน้ำไม่เป็นไปตามระบบที่ควรจะเป็นหรือปล่อยปะละเลยให้ประชาชนทำลายระบบการจัดการน้ำ ประตุระบายน้ำหรือแนวกันกั้นน้ำ หรือผู้ที่บริหารจัดการน้ำไม่มีความรู้เกี่ยวกับระบบน้ำและระบบชลประทาน เป็นต้น ถึงแม้จะพิสูจน์ความผิดของรัฐได้ แต่ถ้ารัฐสามารถพิสูจน์ได้ว่า ภัยพิบัติธรรมชาติที่ประสบนี้เป็นภัยร้ายแรงเกินกว่าคาดหมาย โดยที่รัฐได้ใช้กำลังเจ้าหน้าที่และเครื่องมือในการบริหารจัดการอย่างเต็มที่แล้ว แต่ไม่สามารถป้องกัน ก็อาจจะเข้าทฤษฎีสถานการณ์พิเศษ ซึ่งมีผลทำให้รัฐมีอำนาจพิเศษและอาจทำให้การกระทำบางอย่างซึ่งปกติถือว่าผิดกฎหมายหลายเป็นชอบด้วยกฎหมาย และหากเป็นเหตุสุดวิสัยก็ทำให้รัฐพ้นผิดไปได้ แต่ถ้าฟ้องให้รัฐรับผิดชอบอื่นหรือความรับผิดโดยปราศจากความผิด ก็ต้องพิสูจน์ว่า การที่ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายนั้นเป็นการกระทำของรัฐที่ทำให้ตนต้องรับภาระสาธารณะ (รองรับน้ำท่วม) เกินกว่าปกติของบุคคลทั่วไปหรือรับภาระแทนประชาชนอื่นเพื่อให้ประชาชนหรือท้องถิ่นมีความปลอดภัยไม่กระทบต่อเศรษฐกิจอันก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมในภาระสาธารณะ ซึ่งรัฐต้องรับผิดแม้จะพิสูจน์ว่าตนไม่ได้กระทำความผิดก็ตาม แต่รัฐอาจจะหลุดความรับผิดก็ได้ ถ้าพิสูจน์ได้ว่าเป็นเหตุวิสัยเกินกว่ากำลังความสามารถของรัฐที่จะรับได้ อาจทำให้รัฐหลุดพ้นความรับผิดหรือรับผิดชดใช้ค่าเสียหายในสัดส่วนที่น้อยลงก็ได้ รวมทั้งจะต้องพิสูจน์ความเสียหายที่รับว่าเกิดจากผลการกระทำของรัฐ ซึ่งตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินในคดีละเมิดจะพิจารณาว่า ผลเสียหายเช่นนั้นเป็นผลโดยตรงจากการกระทำนั้นหรือไม่ กล่าวอีกนัยคือ ถ้าผู้กระทำพิจารณาว่าผลเสียหายนั้นเป็นผลธรรมดาซึ่งย่อมเกิดขึ้นได้โดยไม่ไกลกว่าเหตุ ไม่ไกลกว่าความรู้สึกของคนธรรมดาสามัญต่างๆ ไปจะคาดเห็น

ได้หรือไม่ กล่าวโดยสรุปศาลไทยถือหลักความเสียหายต้องเป็นผลโดยตรงของการกระทำและไม่ไกลกว่าเหตุ หมายความว่า “ผลโดยตรง” คือ ผลที่เกิดจากการกระทำของจำเลยโดยตรง และคำว่า “ไม่ไกลกว่าเหตุ” คือ ไม่มีเหตุใดมาสอดแทรกทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลขาดตอนลง<sup>53</sup> ซึ่งในกรณีเหตุภัยพิบัติธรรมชาติน้ำท่วมครั้งนี้ อาจมีปัญหาว่าน้ำที่ท่วมนั้นเป็นผลจากการกระทำของรัฐโดยตรงหรือไม่ เพราะโดยหลักน้ำท่วมเป็นภัยธรรมชาติ มิใช่เกิดจากการกระทำของรัฐ แต่ถ้าการกระทำของรัฐมีผลทำให้น้ำท่วมนานกว่าเดิมหรือการผันน้ำจากการกระทำของรัฐเข้าในเขตบางพื้นน้ำท่วมจากที่คาดว่าจะไม่ท่วม ดังนี้พอที่จะรับฟังได้ว่าเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของรัฐ ซึ่งจะต้องรอกการพิสูจน์และการตัดสินของศาลต่อไป

แต่ในการฟ้องคดีก็จะต้องได้ความว่าการบริหารจัดการน้ำดังกล่าวฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามกฎหมายใดในดำเนินการ ซึ่งถ้าใช้อำนาจตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 พระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พ.ศ. 2485 พระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 ก็ถือว่าเป็นการใช้อำนาจปกครอง แต่การฟ้องจะเข้ากรณีใช้อำนาจกฎหมายหรือละเลยหน้าที่ไม่ดำเนินการตามพระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พ.ศ. 2485 พระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 เพื่อป้องกันภัยพิบัติธรรมชาติตามสมควรหรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับยานหลักฐาน ซึ่งถ้ามีการฟ้องกรณีนี้ก็จะเปิดโอกาสให้ศาลปกครองไทยได้พัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐต่อไปด้วย



<sup>53</sup> สุมาลี วงษ์วิฑิต, กฎหมายว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 5, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546, หน้า 94-95.

# การดำเนินการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญของ ครม. และ GBC กรณีการปฏิบัติตามคำสั่งศาลโลก\*

ดร.สุวัณชัย แสงสุขเยี่ยม\*\*

## 1. คำสั่งศาลโลกที่เกินขอบเขตอำนาจศาลและล่วงล้ำอำนาจอธิปไตยของไทย

ตามที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ซึ่งต่อไปเรียกว่า “ศาลโลก”) ได้มีคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ก่อนการพิจารณาตีความคำพิพากษาคดีปราสาทพระวิหารเมื่อวันที่ 18 ก.ค. 2554 โดยสั่งให้ไทยและกัมพูชาถอนกำลังทหารออกจากเขตปลอดทหารชั่วคราว (Provisional Demilitarized Zone : PDZ) ตามที่ศาลได้กำหนด

รวมทั้งให้ไทยจะต้องไม่ขัดขวางการเข้าถึงอย่างอิสระของกัมพูชาไปยังปราสาทพระวิหาร ให้ทั้งสองฝ่ายต้องดำเนินการร่วมมือกันต่อไปตามในกรอบอาเซียนรวมทั้งต้องอนุญาตให้คณะผู้สังเกตการณ์เข้าไปยัง PDZ และให้ทั้งสองฝ่ายต้องงดเว้นจากการกระทำใดๆ ที่อาจทำให้ข้อพิพาทนั้นเกิดมากขึ้น ตลอดจนให้แต่ละฝ่ายต้องแจ้งต่อศาลถึงการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว

คำสั่งที่ศาลโลกให้ไทยและกัมพูชาถอนกำลังทหารออกจาก PDZ ซึ่งครอบคลุมพื้นที่ที่นอกเหนือจากพื้นที่พิพาทที่ทั้งสองฝ่ายอ้างสิทธิทับซ้อนกัน

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 15 มกราคม 2555

\*\* กรรมการสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย และอดีตนายกสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

โดยเฉพาะอย่างยิ่งพื้นที่ที่อยู่ภายใต้อธิปไตยของแต่ละฝ่ายซึ่งไม่ได้เป็นพื้นที่พิพาท แต่อย่างใดนั้น เป็นคำสั่งที่เกินขอบเขตอำนาจของศาลโลกและเป็นการล่วงล้ำอำนาจอธิปไตยของทั้งไทยและกัมพูชา ดังที่ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อย 5 คนซึ่งมีประธานศาลโลกรวมอยู่ด้วยได้ให้ความเห็นแย้งไว้

คำสั่งของศาลโลกในครั้งนี้นับเป็นครั้งแรกที่มีการกำหนดเขตปลอดทหารชั่วคราวล้ำเข้าไปในดินแดนภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐคูร์ณี โดยที่ดินแดนนั้น ไม่ได้เป็นพื้นที่ที่มีปัญหาข้อพิพาทแต่อย่างใด

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐทุกรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจอิสระ ไม่มีอำนาจโดยเหนืออำนาจอธิปไตยของรัฐ และไม่มีหน่วยงานใดที่อยู่เหนือกว่ารัฐอีก รัฐจึงไม่อยู่ภายใต้กฎข้อบังคับใดๆ นอกจากสิ่งนั้นรัฐยินยอมที่จะปฏิบัติเอง

สิ่งใดที่รัฐไม่ได้ให้ความยินยอม จึงไม่สามารถที่จะผูกพันรัฐนั้นได้ แม้กระทั่งศาลโลกก็ไม่มีอำนาจพิจารณาตัดสินคดีระหว่างรัฐคูร์ณีใด นอกจากรัฐคูร์ณีนั้นได้ให้ความยินยอมรับอำนาจศาล ดังที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลโลก มาตรา 36

ไทยยอมรับอำนาจศาลโลกในคดีปราสาทพระวิหารก็เฉพาะสิ่งที่เป็นข้อพิพาทกับกัมพูชา ศาลโลกจึงไม่มีอำนาจสั่งไทยให้ทำในสิ่งที่ไม่ใช่ข้อพิพาทดังกล่าว ในกรณีนี้คือ การสั่งให้ไทยถอนกำลังทหารออกจากพื้นที่ที่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของไทยซึ่งไม่ได้เป็นพื้นที่พิพาทกับกัมพูชาแต่อย่างใด

ไทยจึงมีสิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลในส่วนที่เป็นการการล่วงล้ำอำนาจอธิปไตยของไทย และควรต้องแย้งต่อศาลโลก อาจมีผู้โต้แย้งได้ว่า คำพิพากษา (Judgment) ของศาลโลกถือเป็นที่สุดและอุทธรณ์ไม่ได้ตามธรรมนูญศาลโลก มาตรา 60 แต่ในกรณีนี้เป็นแค่คำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (Indication of Provisional Measures) ไม่ใช่คำพิพากษา

ไทยจึงมีสิทธิโต้แย้งคำสั่งศาลได้สำหรับส่วนที่เกินขอบเขตอำนาจศาล ยิ่งไปกว่านั้นก็มีกรณีตัวอย่างมาแล้วในอดีตหลายคดีที่รัฐคูร์ณีไม่ปฏิบัติตามคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลโลก



## 2. ประเด็นที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการของ ค.ร.ม. และ GBC

ค.ร.ม. ทั้งชุดปัจจุบันและชุดที่แล้วไม่ได้โต้แย้งและยอมรับที่จะปฏิบัติตามคำสั่งศาลโลก โดยไม่มีการพิจารณาประเด็นคำสั่งศาลในส่วนที่เป็นการการล่วงล้ำอำนาจอธิปไตยของไทยแต่อย่างใด ทั้งนี้ ค.ร.ม. ชุดปัจจุบันได้มีมติเมื่อวันที่ 18 ต.ค. 2554 ให้ความเห็นชอบให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของศาลโลก ต่อมาที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาได้มีการเปิดการอภิปรายทั่วไปเมื่อวันที่ 15 พ.ย. 2554 ตามที่ ค.ร.ม. เสนอ เพื่อรับฟังความคิดเห็นในเรื่องดังกล่าวโดยไม่มีการลงมติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 179

ในการประชุมดังกล่าวได้มีการอภิปรายอย่างกว้างขวางในประเด็นต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นที่ว่าเรื่องนี้ต้องให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 หรือไม่ ซึ่ง ค.ร.ม. เห็นว่าไม่เข้าข่ายมาตรา 190 แต่สมาชิกรัฐสภาหลายคนเห็นตรงข้าม แต่เนื่องจากเป็นการประชุมโดยไม่มีการลงมติ จึงไม่มีข้อสรุปใดๆ

ในวันที่ 16 พ.ย. 2554 พล.อ. ยุทธศักดิ์ ศศิประภา ร.ม.ว. กระทรวงกลาโหม ได้แถลงต่อสื่อมวลชนว่า ไทยพร้อมเจรจาโดยจะนำกรอบการเจรจาที่ได้จากการประชุมดังกล่าวไปหารือกับกัมพูชาในการประชุมคณะกรรมการชายแดนทั่วไป ไทย - กัมพูชา (GBC) ที่จะจัดให้มีขึ้น เพื่อให้ได้ข้อยุติใน 5 ข้อดังนี้ ข้อ 1 การปรับกำลัง ข้อ 2 การปฏิบัติต่อผู้สังเกตการณ์ ข้อ 3 การจัดจุดตรวจ ข้อ 4 การดำเนินการต่อเจ้าหน้าที่ยูเนสโก ข้อ 5 การดำเนินการต่อประชาชนที่วัดแก้วสิขาภิรมย์

ต่อมาในวันที่ 21 ธ.ค. 2554 หลังเสร็จสิ้นการประชุม GBC ฝ่ายไทยและกัมพูชาได้ออกแถลงการณ์ร่วมโดยมีส่วนที่สำคัญพอสรุปได้ว่า ทั้งสองฝ่ายเห็นชอบที่จะปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลโลก โดยต้องโปร่งใส เสมอภาค และชัดเจนแน่นอน ภายใต้การตรวจสอบของผู้สังเกตการณ์ร่วมสามฝ่าย ไทย กัมพูชา และอินโดนีเซีย พร้อมทั้งตั้งคณะทำงานร่วมไทย - กัมพูชาเพื่อหารือรายละเอียดการปฏิบัติตามคำสั่งศาลโลกใน PDZ ที่ยังไม่ได้มีข้อยุติ (ซึ่งเดิม

มีทั้งสิ้น 5 ข้อตามที่กล่าวแล้วข้างต้น)

การที่ ค.ร.ม. เคารพคำสั่งศาลโลกและดำเนินการเพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีอยู่ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาตินั้นเป็นเรื่องที่มีเหตุผลรับฟังได้ เพราะการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลอาจทำให้เกิดทัศนคติที่ไม่ดีต่อไทย ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อ การพิจารณาคดีของศาลโลกและต่อความเชื่อถือและความร่วมมือของนานาประเทศ

แต่การดำเนินการของ ค.ร.ม. รวมทั้ง GBC ในเรื่องนี้ต้องเป็นไปอย่างถูกต้องตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งต้องเป็นไปด้วยความรอบคอบ

โดยที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 77 บัญญัติให้รัฐต้องพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งอธิปไตยและบูรณภาพแห่งเขตอำนาจรัฐ ดังนั้นการดำเนินการเพื่อปฏิบัติตามคำสั่งศาลโลกในส่วนที่ล่วงเกินขอบเขตอำนาจศาลและเป็นการล่วงล้ำอำนาจอธิปไตยของไทยดังกล่าว ค.ร.ม. และ GBC จึงต้องพิจารณาดำเนินการให้ถูกต้องเพื่อให้ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญในมาตรานี้ แต่ที่ผ่านมาได้มีการดำเนินการโดยไม่มีการพิจารณาในประเด็นดังกล่าวแต่อย่างใด

ยิ่งไปกว่านั้นรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 บัญญัติให้หนังสือสัญญาใดที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา โดยก่อนดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญาดังกล่าว ค.ร.ม. ต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และต้องเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบ

สำหรับการปฏิบัติตามคำสั่งศาลโลกนั้น เป็นเรื่องที่มีความจำเป็นและหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่ไทยและกัมพูชาจะต้องจัดทำข้อตกลงร่วมกันเป็นลายลักษณ์อักษร ในรายละเอียดที่ทั้งสองฝ่ายต้องปฏิบัติเพื่อให้เกิดความชัดเจนและยืนยันตรวจสอบกันได้ อันจะเป็นการป้องกันปัญหาความขัดแย้งที่อาจมีขึ้น

ข้อตกลงร่วมดังกล่าวไม่ว่าจะมีชื่อเรียกว่าอะไร ย่อมเข้าข่ายหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 ทั้งนี้เพราะหนังสือสัญญาดังกล่าวถึงแม้ว่าจะไม่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยตามที่ ค.ร.ม. กล่าวอ้าง แต่ย่อมมีผลกระทบอย่าง

แน่นอนต่อความมั่นคงทางสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง เนื่องจาก มีประชาชนจำนวนมากในหลายจังหวัดรวมทั้งกลุ่มพันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตยไม่เห็นด้วยกับการถอนกำลังทหารออกจาก PDZ

การที่ ค.ร.ม. ให้ GBC จัดการประชุมเพื่อปฏิบัติตามคำสั่งศาลโลก และ GBC ได้มีการออกแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวแล้วข้างต้น ซึ่งการประชุม GBC นั้น ถือได้ว่าเป็นการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 ยิ่งไปกว่านั้นแถลงการณ์ร่วมของ GBC น่าจะเข้าข่ายหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 อีกด้วย

แต่ ค.ร.ม. ยังไม่มีการให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน รวมทั้งไม่มีการเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบแต่อย่างใด จึงเป็นการดำเนินการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 อย่างชัดเจน

นอกจากนี้การปฏิบัติตามคำสั่งของศาลโลกโดยต้องยินยอมอย่างเป็นทางการให้ตลาด วัด และชุมชนของกัมพูชาที่อยู่ในพื้นที่พิพาทบริเวณเขาพระวิหาร อยู่ต่อไปได้ รวมทั้งการให้เจ้าหน้าที่ของกัมพูชาที่มีเชื้อทหารเข้าไปประจำการในพื้นที่พิพาทดังกล่าวนั้น เป็นการปฏิบัติที่ขัดต่อพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ที่มีการประกาศพระราชกฤษฎีกาตามมาในปี พ.ศ. 2541 กำหนดให้ป่าเขาพระวิหาร ในท้องที่ ต.เสาชงชัย ต.ภูผามอก อ.กันทรลักษ์ จ.ศรีสะเกษ เป็นอุทยานแห่งชาติ ซึ่งมีพื้นที่ครอบคลุมพื้นที่พิพาทรวมทั้ง PDZ บางส่วนด้วย

จึงขอเรียกร้องให้ ค.ร.ม. และ GBC ดำเนินการในเรื่องนี้ให้ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง และหากยังตั้งต้นที่จะดำเนินการต่อไปโดยไม่แก้ไขให้ถูกต้อง ขอให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาได้ร่วมกันเสนอเรื่องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรคหก ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องการดำเนินการของ ครม. และ GBC ดังกล่าวที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยเร็วด้วย

# เหตุที่ต้องยกเลิก MOU 2544 ว่าด้วยพื้นที่อ้างสิทธิทับซ้อนทางทะเลไทย-กัมพูชา\*

ดร.สุวัณชัย แสงสุขเอี่ยม\*\*

## 1. ความเป็นมา

ตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ไหล่ทวีปของรัฐชายฝั่งประกอบด้วย พื้นดินท้องทะเลและดินใต้ผิวดินของบริเวณใต้ทะเล ซึ่งขยายเลยทะเลอาณาเขตออกไปตลอดแนวทอดยาวตามธรรมชาติของดินแดนจนถึงริมнокของขอบทวีป หรือจนถึงระยะ 200 ไมล์ทะเลจากเส้นฐานซึ่งใช้วัดความกว้างของทะเลอาณาเขตในกรณีที่ริมнокของขอบทวีปขยายไปไม่ถึงระยะนั้น รัฐชายฝั่งมีสิทธิอธิปไตยในการสำรวจและแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในไหล่ทวีปของตน และผู้ใดจะดำเนินการเหล่านี้ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐชายฝั่งนั้นก่อน

กัมพูชาและไทยได้ประกาศกำหนดเขตไหล่ทวีปของตนในอ่าวไทยเมื่อปี 2515 และ 2516 ตามลำดับ การประกาศอ้างสิทธิเขตไหล่ทวีปของทั้งสองฝ่ายทำให้เกิดพื้นที่อ้างสิทธิทับซ้อนทางทะเลประมาณ 26,000 ตร.กม. ทั้งสองฝ่ายได้มีการเจรจาเรื่องเขตแดนทางทะเลหลายครั้งเริ่มตั้งแต่ปี 2513 จนในที่สุดเมื่อวันที่ 18 มิ.ย. 2544 ในสมัยรัฐบาล พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ทั้งสองฝ่ายได้มีการลงนามรับรองบันทึกความเข้าใจไทย-กัมพูชา ว่าด้วยพื้นที่อ้างสิทธิทับซ้อนทางทะเลในไหล่ทวีป ซึ่งต่อไปเรียกว่า “MOU 2544”

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 29 มกราคม 2555

\*\* ประธานกรรมการธุรกิจประมงและอุตสาหกรรมต่อเนื่อง สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย

MOU 2544 เป็นบันทึกความเข้าใจที่กำหนดกรอบและกลไกในการเจรจาเพื่อหาข้อสรุปเรื่องการปักปันเขตแดน (delimitation) ทางทะเลในพื้นที่อ้างสิทธิทับซ้อนส่วนบนที่อยู่เหนือเส้นละติจูด 11 องศาเหนือ โดยมีพื้นที่ประมาณ 10,000 ตร.กม. ซึ่งต่อไปเรียกพื้นที่ส่วนนี้ว่า “พื้นที่ทับซ้อนส่วนบน” และเรื่องการพัฒนาร่วมทรัพยากรปิโตรเลียมสำหรับพื้นที่อ้างสิทธิทับซ้อนส่วนล่างที่อยู่ใต้เส้นละติจูด 11 องศาเหนือ ในลักษณะพื้นที่พัฒนาร่วม (Joint Development Area : JDA) โดยมีพื้นที่ประมาณ 16,000 ตร.กม. ซึ่งต่อไปเรียกพื้นที่ส่วนนี้ว่า “พื้นที่ทับซ้อนส่วนล่าง” โดยต้องดำเนินการทั้งสองเรื่องในลักษณะที่ไม่แบ่งแยกออกจากกัน (indivisible package) และให้มีคณะกรรมการร่วมด้านเทคนิค (Joint Technical Committee: JTC) ดำเนินการพิจารณาและเจรจาร่วมกันในเรื่องนี้ ทั้งนี้ ได้ตกลงกันว่า MOU 2544 และการดำเนินการทั้งหมดตาม MOU 2544 จะไม่กระทบต่อการอ้างสิทธิทางทะเลของแต่ละฝ่าย

ไทยและกัมพูชาได้มีการเจรจาและดำเนินการตาม MOU 2544 ตั้งแต่หลังการลงนามรับรองเมื่อปี 2544 แต่จนถึงปัจจุบันยังไม่สามารถตกลงหาข้อสรุปใดๆ ได้ โดยเมื่อวันที่ 10 พ.ย. 2552 ค.ร.ม. ในสมัยรัฐบาลนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ ได้มีมติเห็นชอบในหลักการให้ยกเลิก MOU 2544 และให้นำเรื่องเสนอต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบ โดยให้กระทรวงการต่างประเทศพิจารณาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างรอบคอบ ซึ่งมีเหตุผลให้ยกเลิกเนื่องจากการที่รัฐบาลกัมพูชาแต่งตั้ง พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร เป็นที่ปรึกษาด้านเศรษฐกิจ จะส่งผลกระทบต่อเจรจาภายใต้ MOU 2544 ทั้งนี้เพราะ พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตรเกี่ยวข้องโดยตรงในการผลักดันให้จัดทำ MOU 2544 และรับรู้เท่าที่ในการเจรจาของฝ่ายไทย รัฐบาลไทยจึงไม่อาจดำเนินการเจรจาภายใต้ MOU 2544 ได้อีก แต่จนถึงปัจจุบัน MOU 2544 ยังไม่ถูกยกเลิกอย่างเป็นทางการแต่อย่างใด

ต่อมารัฐบาล น.ส. ยิ่งลักษณ์ ชินวัตร ได้เข้ารับตำแหน่งเมื่อวันที่ 9 ส.ค. 2554 และมีท่าทีชัดเจนว่าจะไม่ยกเลิก MOU 2544 ยิ่งไปกว่านั้นยังจะเร่งเจรจากับกัมพูชาเพื่อร่วมกันพัฒนาแหล่งปิโตรเลียมในพื้นที่อ้างสิทธิทับซ้อนดังกล่าว และเมื่อวันที่ 3 ต.ค. 2554 ที่ประชุมกระทรวงการต่างประเทศซึ่งมี

นายสุรพงษ์ โตวิจักษณ์ชัยกุล ร.ม.ว. การต่างประเทศ เป็นประธาน ได้มีความเห็นว่า หลักการของ MOU 2544 ยังมีประโยชน์อยู่ และจะเสนอเรื่องนี้ให้ ค.ร.ม. พิจารณา ล่าสุดเมื่อวันที่ 29 ธ.ค. 2554 นายสุรพงษ์ โตวิจักษณ์ชัยกุล และ นายพิชัย นริพทะพันธุ์ ร.ม.ว. กระทรวงพลังงาน ได้เยือนกัมพูชาอย่างเป็นทางการ โดยทั้งสองได้แถลงต่อสื่อมวลชนว่า ฝ่ายกัมพูชาต้องการเร่งรัดการเจรจาเพื่อแบ่งปันผลประโยชน์ในพื้นที่อ่างลธิทับซ้อนทางทะเลตาม MOU 2544 ให้เสร็จโดยเร็วภายในหนึ่งปีครึ่ง โดยทั้งสองเห็นด้วยกับการเร่งรัดการเจรจาดังกล่าว แต่ต้องรอเสนอเรื่องให้ ค.ร.ม. พิจารณาก่อน

อย่างไรก็ดี ในขณะนี้ประชาชนไทยจำนวนมากไม่เห็นด้วยกับการเจรจาตามกรอบ MOU 2544 เนื่องจากเห็นว่าไทยเสียเปรียบอย่างมาก รวมทั้งมีข้อสงสัยและห่วงใยในเรื่องผลประโยชน์ทับซ้อนที่อาจมีของนักการเมือง ทั้งฝ่ายไทยและฝ่ายกัมพูชา รวมทั้งของ พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ด้วย

## 2. เหตุผลที่ต้องยกเลิก MOU 2544

จากข้อมูล ข้อเท็จจริง และหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เห็นว่า MOU 2544 เป็นบันทึกความเข้าใจที่ทำให้ไทยเสียเปรียบในการเจรจากับกัมพูชาอย่างมาก รวมทั้งอาจมีการดำเนินการที่มีผลประโยชน์ทับซ้อนของนักการเมือง ทั้งฝ่ายไทยและฝ่ายกัมพูชาเข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งยากแก่การตรวจสอบ จึงเห็นควรต้องยกเลิก MOU 2544 ด้วยเหตุผลสำคัญดังนี้

2.1 เส้นเขตไหล่ทวีปที่กัมพูชาอ้างสิทธิละเมิดอนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1958 ซึ่งกัมพูชาเป็นภาคีอย่างร้ายแรง จึงควรต้องให้กัมพูชาปรับเส้นเขตไหล่ทวีปทั้งหมดของตนให้เป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเสียก่อน

แต่ MOU 2544 กลับกำหนดกรอบให้มีการเจรจาปรับเส้นเขตไหล่ทวีปเฉพาะในส่วนพื้นที่ทับซ้อนส่วนบนเท่านั้นซึ่งมีพื้นที่เพียงประมาณ 10,000 ตร.กม. แต่พื้นที่ทับซ้อนส่วนล่างซึ่งมีพื้นที่ถึงประมาณ 16,000 ตร.กม. ไม่ต้องมีการเจรจา

ปรับเส้นเขตไหล่ทวีปแต่อย่างใดโดยให้ใช้เป็นพื้นที่พัฒนาร่วม

เส้นเขตไหล่ทวีปที่กัมพูชาอ้างสิทธิซึ่งเกี่ยวข้องกับไทยแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่มีฝั่งทะเลประชิดกับไทย และส่วนที่มีฝั่งทะเลตรงข้ามกับไทย ในการกำหนดเส้นเขตไหล่ทวีปนั้นต้องอิงอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศนั้นเป็นภาคี จารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักทั่วไปของกฎหมายที่ถูกละเมิดรับ โดยอารยประเทศ เป็นต้น

กัมพูชาและไทยเป็นภาคีของอนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1958 เมื่อปี 2503 และ 2511 ตามลำดับ ทั้งสองฝ่ายจึงมีข้อผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาดังกล่าวซึ่งบัญญัติว่า หากไม่มีการตกลงกันหรือมีพฤติการณ์พิเศษ สำหรับไหล่ทวีปของรัฐชายฝั่งที่มีฝั่งทะเลอยู่ประชิดกันให้ใช้หลักระยะห่างเท่ากัน (The principle of equidistance) จากจุดที่ใกล้ที่สุดของเส้นฐานซึ่งใช้วัดความกว้างของทะเลอาณาเขตของแต่ละรัฐ

แต่กัมพูชากลับกำหนดตามใจชอบโดยลากเส้นเขตไหล่ทวีปของตนจากฝั่งที่ตำแหน่งซึ่งอ้างว่าเป็นหลักเขตแดนทางบกไทย-กัมพูชา หลักสุดท้ายที่มาจ दरิมทะเล ตรงออกไปยังประมาณกลางขอบนอกด้านตะวันออกของเกาะกูดซึ่งเป็นของไทย จากนั้นจึงลากเส้นเขตไหล่ทวีปเริ่มต้นใหม่จากขอบนอกด้านตะวันตกของเกาะกูดในระดับและทิศทางเดียวกัน ตรงออกไปทางทิศตะวันตกจนถึงกึ่งกลางอ่าวไทย การกระทำลักษณะนี้เป็นการละเมิดอนุสัญญาเจนีวาอย่างร้ายแรง ซึ่งไม่มีอารยประเทศใดทำกัน

นอกจากนี้การกำหนดเส้นเขตไหล่ทวีปในส่วนที่มีฝั่งทะเลตรงข้ามกับไทยถึงแม้กัมพูชาจะใช้เส้นมัธยะ (Median line) ตามอนุสัญญาเจนีวา แต่เส้นฐานตรงที่ใช้วัดความกว้างของทะเลอาณาเขตซึ่งใช้เป็นเส้นอ้างอิงในการกำหนดเส้นเขตไหล่ทวีปของกัมพูชานั้น ไม่เป็นไปตามอนุสัญญาเจนีวา เนื่องจากกัมพูชาใช้หินกัสโรเวีย (Kusrovie) และหินคอนดอร์ (Condor) ซึ่งไม่ใช่เกาะแต่เป็นโขดหินที่ไผ่พันน้ำเฉพาะเมื่อน้ำทะเลลดและอยู่ห่างจากฝั่งมาก เป็นจุดฐานของเส้นฐานตรงดังกล่าว ยิ่งไปกว่านั้นกัมพูชายังไม่พิจารณาให้ผล (effect) ต่อเกาะใดๆ ของไทย การกระทำดังกล่าวมีผลทำให้เส้นเขตไหล่ทวีปที่กัมพูชาอ้างสิทธิขยายกว้าง

ออกไปกว่าที่ควรจะเป็นอย่างมาก โดยเป็นการขยายกินพื้นที่เข้ามาในฝั่งไทย

2.2 กรอบในการเจรจาตาม MOU 2544 ทำให้กัมพูชาไม่ต้องปรับเส้นเขตไหล่ทวีปที่ตนอ้างสิทธิในพื้นที่ทับซ้อนส่วนล่างให้เป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งยังสามารถใช้การปรับเส้นเขตไหล่ทวีปที่ตนอ้างสิทธิในพื้นที่ทับซ้อนส่วนบนซึ่งกัมพูชาแทบจะไม่ได้พื้นที่เลยในส่วนนี้มาใช้เจรจาต่อรองได้

จากรายละเอียดการเจรจาระหว่างไทยกับกัมพูชาในเรื่องพื้นที่อ้างสิทธิทับซ้อนในไหล่ทวีปใน 3 ครั้งที่สำคัญ คือ เมื่อวันที่ 2 - 5 ธ.ค. 2513, 14 มี.ค. 2535 และ 27 - 28 เม.ย. 2538 พอสรุปได้ว่า กัมพูชาไม่ทำที่ชัดเจนมาตลอดว่าต้องการให้พื้นที่อ้างสิทธิทับซ้อนในไหล่ทวีปทั้งหมดเป็นพื้นที่พัฒนาร่วม โดยให้แบ่งผลประโยชน์ฝ่ายละเท่ากัน และไม่สนใจที่จะปรับปรุงเส้นเขตไหล่ทวีปที่ตนอ้างสิทธิให้เป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ส่วนไทยมีท่าทีว่าเขตไหล่ทวีปที่กัมพูชาอ้างสิทธิไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ กัมพูชาต้องปรับเส้นเขตไหล่ทวีปของตนให้ถูกต้องตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศจนเหลือพื้นที่ทับซ้อนที่แท้จริงที่สมเหตุผลและมีพื้นที่น้อยที่สุด แล้วจึงค่อยมาพิจารณาพื้นที่นั้นเพื่อทำเป็นพื้นที่พัฒนาร่วม ท่าทีของไทยดังกล่าวถือได้ว่าเป็นท่าทีที่ถูกต้องและเหมาะสม รวมทั้งสอดคล้องกับท่าทีการเจรจาเขตแดนทางทะเลของไทยที่ผ่านมากับประเทศเพื่อนบ้านอื่นๆ

นอกจากนี้กัมพูชามีความต้องการที่จะให้ดำเนินการตกลงทำเป็นพื้นที่พัฒนาร่วมให้เร็วที่สุดเพื่อการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรปิโตรเลียมในพื้นที่ดังกล่าว อันจะเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของตนอย่างสำคัญยิ่ง ในขณะที่ไทยไม่มีความจำเป็นที่ต้องรีบเร่งในเรื่องดังกล่าวอย่างเช่นกัมพูชา ความต้องการในการรีบเร่งที่แตกต่างกันนี้ทำให้ไทยอยู่ในฐานะที่เหนือกว่ากัมพูชาในการเจรจาก่อนการจัดทำ MOU 2544

แต่ MOU 2544 กลับกำหนดกรอบในการเจรจาที่ต่างไปจากท่าทีเดิมของไทยดังกล่าวอย่างสิ้นเชิง โดยกำหนดกรอบให้เจรจาปรับเส้นเขตไหล่ทวีปให้เป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเฉพาะในส่วนพื้นที่ทับซ้อนส่วนบนเท่านั้น แต่



พื้นที่ทับซ้อนส่วนล่างไม่ต้องมีการเจรจาปรับเส้นเขตไหล่ทวีปแต่อย่างใด โดยให้ใช้เป็นพื้นที่พัฒนาร่วม นอกจากนี้ ยังกำหนดให้การดำเนินการสำหรับพื้นที่ทับซ้อนทั้งสองส่วนมีลักษณะที่ไม่แบ่งแยกออกจากกัน

แต่ตามข้อเท็จจริงพื้นที่ทับซ้อนส่วนบนนั้น กัมพูชากำหนดเส้นเขตไหล่ทวีปตามใจชอบ ในขณะที่ไทยมีการกำหนดที่มีความสอดคล้องตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศมากกว่ากัมพูชาอย่างมีนัยสำคัญในบริเวณพื้นที่ทับซ้อนทั้งส่วนบนและล่าง ดังนั้น หากกำหนดให้ถูกต้องตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว กัมพูชาแทบจะไม่ได้พื้นที่อะไรเลยในบริเวณพื้นที่ทับซ้อนส่วนบน และพื้นที่อ้างสิทธิทับซ้อนที่แท้จริงในบริเวณพื้นที่ทับซ้อนส่วนล่างจะเหลือน้อยลงจากเดิมอย่างมากในทางที่เป็นคุณต่อไทย

ดังนั้น การผูกประเด็นเจรจาให้พื้นที่ทับซ้อนทั้งสองส่วนแยกต่างหากหากหากันมิได้ มีผลที่เป็นคุณต่อกัมพูชามากกว่าไทย โดยก่อนจัดทำ MOU 2544 กัมพูชาอยู่ในฐานะที่ไม่สามารถต่อรองอะไรได้มาก เพราะกัมพูชากำหนดเส้นเขตไหล่ทวีปของตนโดยไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศใดๆ แต่เมื่อจัดทำ MOU 2544 แล้ว พื้นที่ทับซ้อนส่วนล่างไม่มีประเด็นที่จะต้องอ้างอิงหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้อีกต่อไป ในขณะที่พื้นที่ทับซ้อนส่วนบนเป็นส่วนที่กัมพูชาแทบจะไม่ได้พื้นที่อะไรเลยอยู่แล้วหากกำหนดตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ แต่กัมพูชากลับสามารถใช้การเจรจาในพื้นที่ทับซ้อนส่วนบนมาเป็นประโยชน์สำหรับการเจรจาต่อรองกับไทยในพื้นที่ทับซ้อนส่วนล่างได้

**2.3 แหล่งปิโตรเลียมในพื้นที่อ้างสิทธิทับซ้อนในไหล่ทวีปไทย - กัมพูชา**  
มีการกระจายตัวอยู่ไม่สม่ำเสมอ และค่อนข้างเป็นไปได้อย่างมากว่าส่วนใหญ่อยู่ที่ด้านตะวันตกของพื้นที่ดังกล่าวซึ่งอยู่ใกล้ฝั่งไทย

มีการคาดการณ์ที่น่าเชื่อถือได้ในทางธรณีวิทยาว่า แหล่งทรัพยากรปิโตรเลียมที่มีศักยภาพนั้นอยู่ที่บริเวณตะวันออกของแอ่งปัตตานี (Pattani Trough) ซึ่งต่อจากน่านน้ำไทยออกไปในพื้นที่อ้างสิทธิทับซ้อนในไหล่ทวีปไทย - กัมพูชา และค่อนข้างเป็นไปได้อย่างมากว่า ทรัพยากรปิโตรเลียมในพื้นที่อ้างสิทธิทับซ้อนนั้น มีการกระจายตัวอยู่ไม่สม่ำเสมอโดยส่วนใหญ่อยู่ที่ด้าน

ตะวันตกของพื้นที่ดังกล่าวซึ่งอยู่ใกล้ฝั่งไทย

จากรายงานการสำรวจด้านธรณีวิทยา (Fact Sheet 2010-3015) ของสหรัฐอเมริกา (USGS) เมื่อเดือน มิ.ย. 2553 ซึ่งได้ให้ข้อมูลการประเมินบริเวณที่มีน้ำมันและแก๊สซึ่งยังไม่ค้นพบภายในเขตเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ได้มีการแสดงรูปตำแหน่งของแอ่ง (Basin) ที่มีการสะสมตัวของน้ำมันและแก๊สรวม 23 แห่ง สำหรับในอ่าวไทยนั้นมีแอ่งดังกล่าวอยู่จำนวน 3 แอ่ง คือ แอ่งซีโนโซอิกไทย (Thai Cenozoic Basin) อยู่ด้านเหนือของอ่าวไทย แอ่งไทย (Thai Basin) อยู่ด้านตะวันตกของอ่าวไทยโดยมีแอ่งปัตตานีเป็นแอ่งย่อย และแอ่งมาเลย์ (Malay Basin) อยู่ทางด้านใต้ของอ่าวไทย โดยพื้นที่อ่างลธิทับซ้อนในทะเลทวีปไทย - กัมพูชา มีแอ่งที่มีการสะสมตัวของน้ำมันและแก๊สอยู่ส่วนใหญ่ในด้านที่ใกล้ฝั่งไทย ด้วยเหตุนี้กัมพูชาจึงต้องการตกลงให้พื้นที่อ่างลธิทับซ้อนดังกล่าวทั้งหมดหรือมากที่สุดเป็นพื้นที่พัฒนาร่วม โดยไม่ต้องการแบ่งเขตทางทะเลกับไทย MOU 2544 จึงตอบสนองความต้องการดังกล่าวของกัมพูชาได้อย่างดียิ่ง แต่กลับทำให้ไทยต้องเสียเปรียบอย่างมากในการเจรจาต่อรอง

#### 2.4 ผลประโยชน์ทับซ้อนของนักรการเมืองทั้งฝ่ายไทยและกัมพูชาในพื้นที่พัฒนาร่วมที่ยากแก่การตรวจสอบ

หากพิจารณาการจัดทำ MOU 2544 จะพบว่ามีภาระรับอย่างมาก รัฐบาล พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ซึ่งเข้ารับตำแหน่งเมื่อวันที่ 17 ก.พ. 2544 ได้จัดให้มีการเจรจาอย่างไม่เป็นทางการของเจ้าหน้าที่ระดับอาวุโสของไทยและกัมพูชาที่เสียมราฐเมื่อวันที่ 21 เม.ย. 2544 ซึ่งสามารถกำหนดแนวทางจนนำไปสู่การจัดทำ MOU 2544

ในวันที่ 4 มิ.ย. 2544 ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย ร.ม.ว. การต่างประเทศของไทยในขณะนั้น และ นายชก อัน รัฐมนตรีอาวุโส และประธานการปิโตรเลียมแห่งชาติกัมพูชา ได้ร่วมลงนามเบื้องต้นใน MOU 2544 โดยทั้งสองฝ่ายตกลงที่จะเสนอบันทึกความเข้าใจดังกล่าวให้รัฐบาลของทั้งสองฝ่ายพิจารณาให้ความเห็นชอบ

ต่อมาได้มีการลงนามรับรองอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 18 มิ.ย. 2544 ณ กรุงพนมเปญ ในระหว่างการเยือนกัมพูชาอย่างเป็นทางการของ

พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร นายกรัฐมนตรีในขณะนั้น จะเห็นว่ามีการใช้เวลาเพียงแค่ประมาณ 4 เดือนในการจัดทำ MOU 2544 อันบ่งบอกถึงความรีบเร่งในการจัดทำ MOU 2544 ซึ่งมีความเป็นไปได้สูงในการมีผลประโยชน์ทับซ้อนของนักการเมืองทั้งฝ่ายไทยและกัมพูชาเข้ามาเกี่ยวข้อง

ยิ่งไปกว่านั้นหากดูที่แผนที่แนบท้าย MOU 2544 ซึ่งแสดงถึงการแบ่งพื้นที่ทับซ้อนส่วนบนและส่วนล่าง จะเห็นว่ามีการระบุเส้นละติจูดผิดจาก “องศาเหนือ (oN)” เป็น “องศาตะวันออก (oE)” อันเป็นการยืนยันถึงความรีบเร่งในการจัดทำ MOU 2544

นอกจากนี้เมื่อพรรคเพื่อไทยนำโดย น.ส. ยิ่งลักษณ์ ชินวัตร น้องสาวของ พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ขณะการเลือกตั้ง สมเด็จฯ ฮุน เซน นายกรัฐมนตรีของ กัมพูชาซึ่งเคยแต่งตั้งพ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร เป็นที่ปรึกษาส่วนตัวและที่ปรึกษาด้านเศรษฐกิจของรัฐบาลกัมพูชาเมื่อปี 2552 ได้ออกมาแสดงความยินดีอย่างออกหน้าจนผิดสังเกต ในขณะที่รัฐบาล น.ส. ยิ่งลักษณ์ ชินวัตร ได้มีท่าทีชัดเจนตั้งแต่เข้ารับตำแหน่งว่าจะไม่ยกเลิก MOU 2544 ยิ่งไปกว่านั้นยังจะเร่งเจรจากับ กัมพูชาเพื่อร่วมกันพัฒนาแหล่งปิโตรเลียมในพื้นที่อ้างสิทธิทับซ้อนดังกล่าว

ถึงแม้ข้อตกลงสุดท้ายที่ได้จากการเจรจาของ JTC ตาม MOU 2544 จะต้องเสนอรัฐสภาให้ความเห็นชอบตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 แต่รัฐบาล น.ส. ยิ่งลักษณ์ ชินวัตร มีเสียงสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสนับสนุนอย่างน้อยถึง 300 เสียง และมีฐานเสียงสนับสนุนจากสมาชิกวุฒิสภาโดยเฉพาะอย่างยิ่งสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการเลือกตั้งอีกจำนวนหนึ่ง จึงเป็นเรื่องไม่ยากที่จะได้เสียงเกิน 325 เสียง ซึ่งเกินกึ่งหนึ่งของเสียงทั้งหมดในรัฐสภาสำหรับการให้ความเห็นชอบข้อตกลงดังกล่าว ส่งผลให้การตรวจสอบเรื่องดังกล่าวเป็นไปได้ยากยิ่ง

สำหรับการยกเลิก MOU 2544 นั้น ไทยอาจดำเนินการโดยการหยุดเจรจาตาม MOU 2544 ซึ่งก็เสมือนเป็นการยกเลิก MOU 2544 โดยปริยายเนื่องจากการยกเลิก MOU 2544 อย่างเป็นทางการอาจไม่สามารถทำได้ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อกัมพูชาเห็นท่าทีอย่างชัดเจนว่าไทยหยุดการเจรจากัมพูชาก็จะเริ่มเข้ามาเจรจากับไทยใหม่เนื่องจากกัมพูชาเองมีความต้องการอย่าง

มากที่สุดจะแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรปิโตรเลียมในพื้นที่ดังกล่าว เมื่อถึงเวลานั้นแล้ว ไทยควรเสนอให้มีการปักปันเขตแดนทางทะเลตลอดแนวกับกัมพูชา

หากการเจรจาปักปันเขตแดนดังกล่าวไม่ประสบผลสำเร็จภายใน 1-2 ปี ก็ควรตกลงกับกัมพูชาให้ยื่นเรื่องให้ศาลโลก หรือศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ เพื่อตัดสินกำหนดเส้นเขตแดนทางทะเล ศาลอาจใช้เวลาประมาณ 2-3 ปี ในการตัดสิน รวมเวลาการเจรจาและให้ศาลตัดสินแล้วไม่น่าจะเกิน 5 ปี ซึ่งเป็นระยะเวลาที่ไม่ยาวนานนัก ทั้งนี้ คำตัดสินของศาลโลกในคดีต่างๆ เกี่ยวกับเขตแดนทางทะเลที่ผ่านมา มีความยุติธรรมและเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป รวมทั้งคำวินิจฉัยจากคดีดังกล่าวยังถูกใช้เป็นบรรทัดฐานในการเจรจาแบ่งเขตทางทะเลระหว่างรัฐชายฝั่งอย่างกว้างขวางอีกด้วย

๘๘๘๘๘๘๘๘

## “The USA Impeachment Overview : ระบบการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่ง ของสหรัฐอเมริกา”\*

ปณิษฐ์ ปทุมวัฒน์ \*\*

### ความนำ

ระบบการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งเริ่มมีมาตั้งแต่ในสมัยกรีกโบราณ เรียกว่า “eisangelia”<sup>1</sup> ต่อมาระบบรัฐธรรมนูญอังกฤษได้นำมาปรับใช้เป็นกระบวนการกล่าวหาบุคคลที่ใช้อำนาจไปในทางทุจริตประพฤติมิชอบ หรือกระทำการขัดต่อผลประโยชน์ของประเทศชาติ โดยรัฐสภาของอังกฤษได้นำมาบังคับใช้และปฏิบัติติดต่อกันมาจนกลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่อีกด้านหนึ่งในหลาย ๆ ด้านของรัฐสภา อันประกอบด้วย สภาขุนนางและสภาสามัญที่จะต้องปฏิบัติ และหลักการดังกล่าวนี้ในภายหลังได้แพร่หลายไปยังประเทศต่าง ๆ อีกหลายประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น สำหรับที่มาของระบบการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งของประเทศอังกฤษ

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 29 มกราคม 2555

\*\* น.บ., ร.บ., น.บ.ท. นิตกร กลุ่มงานพัฒนากฎหมาย สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา

<sup>1</sup> ฌัววัฒน์ ศรีปัดดา, “ความเป็นไปได้ในการนำหลักการในระบบอิมพีชเมนต์ของประเทศสหรัฐอเมริกามาปรับใช้กับการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”, (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 32.

อันถือได้ว่าเป็น “แบบฉบับ” ของหลักการดังกล่าวนี้ ได้เกิดขึ้นในสมัยที่พระมหากษัตริย์ของประเทศอังกฤษมีพระราชอำนาจมากในการแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ใดก็ได้ที่ทำหน้าที่ในการบริหารหรือปกครองประเทศ<sup>2</sup> กล่าวคือ พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจ ในการปกครองพร้อมทั้งแต่งตั้งรัฐมนตรีเป็นที่ปรึกษาของพระองค์ได้โดยไม่ต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาและขึ้นอยู่กับพระมหากษัตริย์เท่านั้น ซึ่งปรากฏการณ์ดังกล่าวทำให้สมาชิกรัฐสภาเกิดความไม่พอใจและเกิดความขัดแย้งขึ้น รัฐสภาโดยสภาสามัญได้ใช้อำนาจฟ้องร้องกล่าวโทษรัฐมนตรีที่ประพฤติผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ต่อสภาขุนนางเพื่อพิจารณาโทษ และเมื่อสภาขุนนางได้พิจารณาแล้วได้มีการพิพากษาลงโทษปรับและจำคุก **พร้อมทั้งถอดออกจากตำแหน่งหน้าที่และตัดผลประโยชน์ที่จะได้รับด้วย...** ซึ่งวิธีการเช่นนี้ เรียกว่า “อิมพีชเมนต์” (Impeachment)<sup>3</sup>

อย่างไรก็ดี แม้ประเทศอังกฤษจะเป็นดินแดนซึ่งให้กำเนิดแนวคิดเกี่ยวกับหลักการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งหรือที่เรียกกันอย่างแพร่หลายว่า “ระบบอิมพีชเมนต์” ก็ตาม แต่บ่อยครั้งผู้คนมักเข้าใจว่า ดินแดนซึ่งเป็นถิ่นกำเนิดของระบบอิมพีชเมนต์นั้น น่าจะได้แก่ “สหรัฐอเมริกา” อันเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน ทั้งนี้ อาจด้วยสาเหตุว่า ระบบอิมพีชเมนต์ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกานั้นมีการวางรูปแบบกระบวนการที่ดีและมีการดำเนินงานที่ทรงประสิทธิภาพ ทั้งปรากฏว่ามีการดำเนินกระบวนการอยู่บ่อยครั้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อผู้ถูกกล่าวหาเป็นบุคคล

<sup>2</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ระบบการตรวจสอบทุจริตของผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง (Impeachment)”, พิมพ์ครั้งแรก, (กรุงเทพฯ : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538), หน้า 33.

<sup>3</sup> “... การต่อสู้ระหว่างรัฐสภากับพระมหากษัตริย์นั้นเป็นการต่อสู้เพื่อที่จะลดทอนอำนาจของพระมหากษัตริย์ โดยการถอดถอนรัฐมนตรีผู้ซึ่งก่อกวนอำนาจสมบูรณ์อาญาสิทธิราชย์ โดยทั่วไปรัฐสภาจะใช้กระบวนการอิมพีชเมนต์ก็ต่อเมื่อรัฐสภาเห็นว่า การกระทำของรัฐมนตรีผู้นั้นมีพฤติกรรมที่ทำลายระบบรัฐสภา...” ดูเพิ่มเติม ฌ็องน์ ศรีปีดลา, *อั้งแล้วในเชิงอรรถ* ที่ 1, หน้า 32-33.

ผู้ดำรงตำแหน่งสูงสุดทางฝ่ายบริหารของสหพันธรัฐที่ยิ่งใหญ่ของโลก คือ ประธานาธิบดี ดังนั้น ระบบการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งของสหรัฐอเมริกา จึงมีความน่าสนใจและมีรายละเอียดกระบวนการที่น่าศึกษา ทั้งนี้ อาจใช้เป็นองค์ความรู้เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับระบบการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งของประเทศไทยในปัจจุบันได้เป็นอย่างดี

ในโอกาสนี้ จึงขอเสนอบทความวิชาการ เรื่อง “The USA Impeachment Overview : ระบบการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งของสหรัฐอเมริกา” โดยเสนอข้อมูลเกี่ยวกับความหมาย เจตนารมณ์และลักษณะสำคัญของระบบอิมพีชเมนต์ในทางสากล ตลอดจนรายละเอียดเกี่ยวกับแนวคิดและกระบวนการวิธีการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งของสหรัฐอเมริกา (Impeachment) เพื่อเป็นกรณีศึกษาและทำความเข้าใจสำหรับท่านผู้อ่านโดยเฉพาะ

#### ความหมายของระบบอิมพีชเมนต์<sup>4</sup>

โดยทั่วไปแล้วระบบอิมพีชเมนต์ (Impeachment) ที่ได้มีการปรับใช้ในนานาประเทศนั้น หมายถึง การไต่สวนเพื่อการถอดถอนออกจากตำแหน่ง โดยเป็นกระบวนการซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติใช้เพื่อการควบคุมการบริหารและการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและผู้ดำรงตำแหน่งการบริหารระดับสูง หรือการฟ้องร้องกล่าวโทษเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารระดับสูงของรัฐบาล โดยสภาผู้แทนราษฎรหรือโดยสภาสูง (วุฒิสภา) หรืออาจหมายถึงกลไกที่ใช้ในควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร โดยเปิดโอกาสให้มีการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองให้พ้นจากตำแหน่งก่อนวาระการดำรงตำแหน่ง เพราะเหตุว่า หากปล่อยให้บุคคลนั้นดำรงตำแหน่งต่อไปจะก่อให้เกิดความเสียหายหรืออันตรายต่อประเทศชาติและประชาชน

<sup>4</sup> โปรดดูเพิ่มเติมใน กิตติพงษ์ เกียรติวัชรชัย, “การถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองโดยประชาชน”, (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 41.

หากพิจารณาทฤษฎีกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักการจำกัดตนเองของรัฐ และหลักนิติรัฐแล้ว ล้วนแต่สนับสนุนให้ “องค์กรทางการเมือง” ทำหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐหรือตรวจสอบฝ่ายบริหารว่ามีความชอบธรรมหรือไม่ ทั้งนี้ ด้วยแนวความคิดที่ว่า “เพื่อให้อำนาจสามารถยับยั้งอำนาจด้วยกันได้และเพื่อให้แต่ละอำนาจอยู่ในกรอบของกฎหมายที่ได้มีการกำหนดไว้” ดังนั้น หากบุคคลใดใช้อำนาจรัฐไปในทางมิชอบ หรือไม่ปฏิบัติตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว องค์กรทางการเมืองย่อมมีสิทธิและสามารถขับบุคคลผู้นั้น ออกจากตำแหน่งได้<sup>5</sup>

จึงอาจกล่าวได้ว่า “ระบบอิมพีชเมนต์” เป็นกลไกและมาตรการสำคัญที่ใช้สำหรับลงโทษผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำความผิด โดยจะใช้วิธีการขับออกจากตำแหน่งผ่าน “องค์กรทางการเมือง” กล่าวคือ องค์กรทางการเมืองจะเป็นผู้ตัดสินใจในการขับบุคคลเช่นว่านั้นออกจากตำแหน่งหากมีเหตุอันควร<sup>6</sup> ซึ่งแนวคิดดังกล่าวเป็นที่นิยมอย่างมากและใช้กันอย่างแพร่หลายไปยังประเทศอื่น ๆ เช่น สหรัฐอเมริกา กลุ่มประเทศยุโรป กลุ่มประเทศเอเชีย รวมถึงประเทศไทยของเรา<sup>7</sup>

<sup>5</sup> เฟ็งอ้วง, หน้า 26.

<sup>6</sup> เฟ็งอ้วง, หน้าเดียวกัน.

<sup>7</sup> อย่างไรก็ตาม ในกรณีของประเทศไทยนั้น บทบัญญัติในมาตรา 271 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติให้กระบวนการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งสามารถเกิดขึ้นได้ ทั้งจาก “องค์กรทางการเมือง” กล่าวคือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร (หรือสมาชิกวุฒิสภาเฉพาะการร้องขอให้ถอดถอนสมาชิกวุฒิสภาด้วยกัน) ใช้สิทธิเข้าชื่อร้องขอต่อประธานวุฒิสภาเพื่อให้วุฒิสภามีมติถอดถอนบุคคลตามมาตรา 270 ออกจากตำแหน่ง.

และจาก “ภาคประชาชน” คือ ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าสองหมื่นคนสามารถใช้สิทธิเข้าชื่อร้องขอต่อประธานวุฒิสภาเพื่อให้วุฒิสภามีมติถอดถอนบุคคลตามมาตรา 270 ออกจากตำแหน่งได้เช่นกัน ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าระบบการถอดถอนบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงออกจากตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญของไทยเป็นระบบที่ “ภาคประชาชน” มีส่วนร่วมในการเริ่มกระบวนการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่ง



## เจตนาธรรมและลักษณะสำคัญของระบบอิมพีชเมนต์

การควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่ง หรือวิธีการอิมพีชเมนต์ (Impeachment) เป็นวิธีการ “ควบคุมการใช้อำนาจรัฐ” เพื่อประกันความชอบธรรมและความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินการภายใต้ขอบเขตอำนาจหน้าที่ซึ่งได้มีการกำหนดไว้ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ โดยมุ่งหมายที่จะควบคุม “การกระทำ” เฉพาะการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของ “บุคคล” ที่ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในตำแหน่งต่าง ๆ โดยหากบุคคลเช่นว่านั้นมีได้กระทำการตามอำนาจหน้าที่ซึ่งได้รับมอบหมาย ก็อาจถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งนั้นได้ ทั้งนี้ การควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยการถอดถอนออกจากตำแหน่ง เป็นวิธีการที่มุ่งควบคุมผู้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐในด้านตัวบุคคลเป็นสำคัญ โดยส่วนใหญ่่มักจะมุ่งควบคุมหัวหน้าฝ่ายบริหาร และรัฐมนตรี แต่ขอบเขตในด้านตัวบุคคลนี้อาจครอบคลุมถึงตำแหน่งอื่น ๆ ได้ ตามแต่ที่รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศจะกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ<sup>8</sup> และหากศึกษาประวัติศาสตร์ในการบังคับใช้ระบบอิมพีชเมนต์ซึ่งได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของหลายประเทศนั้น ล้วนแล้วแต่ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดย “วิธีการพิเศษ” เป็นการเฉพาะ โดยไม่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติ โดยมีความมุ่งหมาย ดังต่อไปนี้<sup>9</sup>

---

ได้เช่นเดียวกับ “องค์กรทางการเมือง” ดังกล่าว แต่ยังไม่ถึงกับสามารถลงคะแนนเสียงถอดถอนบุคคลได้ ดังเช่นระบบการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองโดยประชาชน หรือที่เรียกว่า ระบบรีคอลล์ (Recall) ซึ่งใช้ในกรณีการถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่น คณะผู้บริหารท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญมาตรา 285 .

<sup>8</sup> ดูเพิ่มเติม ผนวฒน์ ศรีปัดดา, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1*, หน้า 31.

<sup>9</sup> ออมร จันทรสุมบุรณ์, “กฎหมายปกครอง”, (กรุงเทพฯ : บริษัทรุ่งศิลป์การพิมพ์, 2520) หน้า 97. *อ้างถึงใน/ดูเพิ่มเติม* กานดา สิริฤทธิภักดี, “การนำ “ระบบอิมพีชเมนต์” มาใช้ในประเทศไทย”, (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 190-191.

1. เพื่อให้เกิดความแน่นอนในการดำเนินคดีต่อบุคคลผู้มีอำนาจในทางบริหารในขณะนั้น (ซึ่งบุคคลดังกล่าวอาจจะกลับมาใช้อำนาจในการบริหารอีก)
2. เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความขัดแย้งหรือข้อพิพาทเกี่ยวกับประเด็นปัญหาในทางการเมือง และ
3. เพื่อประโยชน์ของผู้ต้องหาในคดี ในอันที่จะได้รับการพิจารณาและพิพากษาจากองค์กรที่สามารถพิจารณาปัญหาได้ทุกด้าน

นอกจากนี้ ระบบการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่ง (Impeachment) ซึ่งได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของหลายประเทศโดยมีรูปแบบและกระบวนการบังคับใช้แตกต่างกันออกไปนั้น ไม่ว่าจะมีการบังคับใช้ในรูปแบบใดก็ตาม **ระบบการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งจะมีลักษณะพิเศษ<sup>10</sup>** กล่าวคือ

1. เป็นระบบการควบคุมโดยเฉพาะผู้ดำรงตำแหน่งในฝ่ายบริหารเป็นหลัก
2. เป็นการควบคุมฝ่ายบริหารในด้านตัวบุคคล โดยการถอดถอนออกจากตำแหน่ง อันเนื่องมาจากการกระทำความผิดอันก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงขณะดำรงตำแหน่ง
3. เป็นกระบวนการควบคุมทางการเมือง แยกออกจากกระบวนการควบคุมทางศาลยุติธรรม
4. องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นหลักประกันความเป็นอิสระในการปฏิบัติงาน
5. เป็นระบบที่มีบทบัญญัติกำหนด “วิธีพิจารณา” และ “กลไก” ไว้โดยชัดแจ้งเพื่อให้มีการดำเนินงานที่รวดเร็วและยืนยันความถูกต้องของข้อมูลที่รัดกุม
6. องค์กรตรวจสอบจะต้องมีหน่วยงานบริหารที่มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติงาน

<sup>10</sup> กานดา สิริสุทธิภักดิ์, *เพ็ญอ้าง*, หน้า 37-38.

## ระบบอิมพีชเมนต์กับแนวคิดในการร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกามีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยระบบประธานาธิบดี (presidential system) นับแต่การประกาศใช้รัฐธรรมนูญ เมื่อปี ค.ศ. 1789 ซึ่งมีพัฒนาการมาจากความต้องการที่จะเป็นอิสระแยกจากจักรวรรดิอังกฤษ โดยจะพบว่า ในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญได้มีการวางโครงสร้างรัฐธรรมนูญจากประสบการณ์ และปัญหาที่เกิดขึ้นในระหว่างที่อยู่ภายใต้การปกครองของประเทศอังกฤษ ประกอบกับอิทธิพลทางความคิดของนักปราชญ์ที่มีชื่อเสียง ได้แก่ จอห์น ล็อก และมองเตสกีเออ โดยนำแนวคิดของหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการดุลและคานอำนาจ รวมถึงหลักการคุ้มครองและรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมาบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย<sup>11</sup>

นอกจากนี้ หากพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา จะพบว่า “การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ” เป็นหัวใจสำคัญของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ จากประสบการณ์ในการเป็นดินแดนภายใต้อาณานิคม ทำให้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญในขณะนั้นได้มองเห็นข้อบกพร่องของการปกครองระบอบรัฐสภาของอังกฤษในยุคนั้น และการใช้พระราชอำนาจตามแต่พระราชหฤทัย การใช้อำนาจของรัฐสภาในการตรากฎหมายที่ไม่เป็นธรรม ตลอดจนความต้องการของผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้สหพันธรัฐมีผู้นำที่เข้มแข็งและสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้ เหล่านี้จึงได้เป็นที่มาของการจัดระบบการปกครองที่มีการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจอย่างเป็นระบบ โดยอาศัยรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่ได้จัดทำขึ้นเป็นเครื่องมือเพื่อประโยชน์ในการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว<sup>12</sup>

อย่างไรก็ดี แม้ว่าหลักการของระบบอิมพีชเมนต์ของสหรัฐอเมริกาจะแตกต่างจากประเทศอังกฤษอยู่บ้าง โดยมีได้มีขอบเขตการตัดสินและลงโทษทางอาญาที่กว้างขวางดังเช่นระบบที่ใช้ในประเทศอังกฤษ แต่ความมุ่งหมายโดย

<sup>11</sup> ผนวฒน์ ศรีปีดลา, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1*, หน้า 38.

<sup>12</sup> เพ็งอ้าง, หน้า 39

พื้นฐานในการบังคับใช้ก็คือการมุ่งควบคุมการใช้อำนาจรัฐเช่นกัน โดยการนำหลักการของระบบดังกล่าวมาใช้ในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาขึ้นอยู่กับพื้นฐานของความเห็นที่ว่า การไต่สวนฟ้องร้องเพื่อถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งนั้นเป็นเรื่องที่เกิดจากการกระทำอันมิชอบของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรืออาจกล่าวได้ว่าเกิดจากการใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือฝ่าฝืนขอบเขตที่ได้รับมอบหมายจากมหาชน ดังนั้น กระบวนการอิมพีชเมนต์จึงเป็น “เรื่องที่เกี่ยวข้องในทางการเมือง” มิใช่ “เรื่องในทางตุลาการ” เนื่องจากความเสียหายเกิดขึ้นกับสังคมโดยตรง และผลของคำตัดสินลงโทษจำกัดเพียงการถอดถอนออกจากตำแหน่งเท่านั้น มิใช่เป็นการลงโทษทางอาญา ซึ่งฐานความผิดที่กล่าวหาโดยรัฐสภานั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นความผิดในทางอาญาเสมอไป

### ระบบการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งของสหรัฐอเมริกา<sup>13</sup>

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาได้กำหนดหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่ง (Impeachment) ไว้เป็นหลักการสำคัญ โดยองค์กรหลักที่เกี่ยวข้องในกระบวนการดังกล่าวนี้ได้แก่องค์กรทางการเมือง ฝ่ายนิติบัญญัติทั้ง 2 องค์กร กล่าวคือ สภาผู้แทนราษฎร (House of Representatives) เป็นองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาและเสนอข้อกล่าวหาบุคคลต่อวุฒิสภา และวุฒิสภา (Senate) จะเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาและลงมติตัดสินอันถือเป็นข้อยุติและมีผลให้บุคคลผู้ถูกกล่าวหาถูกถอดถอนออกจากตำแหน่ง โดยมีกระบวนการและรายละเอียดดังนี้

<sup>13</sup> ดูเพิ่มเติม ฌ็อง-ฌัก ลูว์ซ็อง, *อ่าวแล้วในเชิงอรรถที่ 1*, หน้า 42 - 68 และโปรดดู T.J. Halstead, “An Overview of the Impeachment Process” (Congressional Research Service; The Library of Congress), April 20, 2005. และ Elizabeth B. Bazan and Anna C. Henning, “Impeachment: An Overview of Constitutional Provisions, Procedure, and Practice” (Congressional Research Service; The Library of Congress), October 14, 2009.

### 1) บุคคลผู้ถูกกล่าวหา

ผู้ที่จะถูกกล่าวหาเพื่อถอดถอนออกจากตำแหน่งได้นั้น รัฐธรรมนูญกำหนดให้กระทำได้เฉพาะแต่ ประธานาธิบดี (President) รองประธานาธิบดี (Vice President) และเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนของรัฐ (Civil Officers)<sup>14</sup> ทั้งหมด

โดยในทางปฏิบัติได้มีการตีความขอบเขตของการบังคับใช้วิธีการอิมพีชเมนต์กับบุคคลผู้ถูกกล่าวหาประเภท “เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนของรัฐ”<sup>15</sup> ครอบคลุมเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนทั้งหมดซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยฝ่ายบริหาร รวมถึงผู้พิพากษา (judge) ด้วย (ซึ่งส่วนใหญ่ผู้ที่ถูกฟ้องร้อง ถอดถอนมักจะเป็นผู้พิพากษา) ทั้งนี้ มีได้หมายความรวมถึง ทหาร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภา ซึ่งมีปรากฏเป็นแนวคำพิพากษาในคดีของวุฒิสมาชิกวิลเลียม เบลานท์ (William Blount) ในปี ค.ศ. 1797 ซึ่งเป็นคดีอิมพีชเมนต์คดีแรกในประวัติศาสตร์ โดยผู้ถูกกล่าวหาโต้แย้งว่าตนซึ่งดำรงตำแหน่งสมาชิกรัฐสภาไม่ใช่ “เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนของรัฐ” ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอันจะถูกถอดถอนด้วยกระบวนการอิมพีชเมนต์ได้ ซึ่งวุฒิสภาเห็นด้วยกับข้อโต้แย้งดังกล่าวและมีมติว่าวุฒิสภาไม่มีอำนาจในการพิจารณา (ought not to hold jurisdiction) ให้ยกข้อกล่าวหาเสีย จากนั้นจึงเป็นแนวบรรทัดฐานในการพิจารณาว่า สมาชิกรัฐสภาไม่อาจถูกกล่าวหาในกรณีอิมพีชเมนต์ได้ ทั้งนี้ เพราะสมาชิกรัฐสภาอาจถูกถอดได้โดยวิธีการเฉพาะซึ่งแต่ละสภาสสามารถลงโทษสมาชิกที่ประพฤติตนขัดต่อความสงบเรียบร้อยโดยพิจารณาลงมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ขั้วสมาชิก

<sup>14</sup> United State constitution: Article II, Section 4; “The President, Vice President and all civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors.”

<sup>15</sup> ดูเพิ่มเติม Elizabeth B. Bazan and Anna C. Henning, “Impeachment: An Overview of Constitutional Provisions, Procedure, and Practice” (Congressional Research Service; The Library of Congress), October 14, 2009, pp. 17-18.

นอกจากการดำรงตำแหน่งได้”<sup>16</sup>

โดยรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกากำหนดให้การดำเนินกระบวนการอิมพีชเมนต์ เป็นวิธีเดียวที่สามารถควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจโดยมิชอบของฝ่ายบริหารและเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นรายบุคคลได้ และการดำเนินกระบวนการพิจารณาก่อนที่จะกล่าวหาและพิจารณาเพื่อขับออกจากตำแหน่งโดยรัฐสภานั้น ต้องปรากฏว่าผู้ดำรงตำแหน่งในฝ่ายบริหารและเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดขณะดำรงตำแหน่งตามฐานความผิดที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดยจำกัดฐานความผิดที่เป็นเหตุกล่าวหาสำหรับความผิดตามกระบวนการอิมพีชเมนต์ด้วยกัน 3 ฐานความผิด คือ ความผิดฐานทรยศต่อประเทศ (treason) ความผิดฐานรับสินบน (bribery) และความผิดอาญาระดับสูงและประพฤติมิชอบ (high crime and misdemeanors)<sup>17</sup>

## 2) สภาผู้แทนราษฎร (House of Representatives) : องค์กรผู้กล่าวหา

รัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แบ่งอำนาจในการฟ้องร้องและพิจารณาตัดสินของรัฐสภาในกรณีอิมพีชเมนต์ออกเป็น 2 ส่วน โดยกำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรที่มีอำนาจกล่าวโทษ และวุฒิสภาเป็นองค์กรที่มีอำนาจที่จะพิจารณาและตัดสิน ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงภาวะที่องค์กรเดียวกันทำหน้าที่เป็นทั้งผู้กล่าวโทษและตัดสินในขณะเดียวกัน ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ถูกกล่าวหาได้ โดยกำหนดให้ “สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจที่จะยื่นข้อกล่าวหาเพื่อถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งแต่เพียงองค์กรเดียว”<sup>18</sup> และทำได้เพียง

<sup>16</sup> United State constitution: Article I, Section 5, clause 2 ; “Each House may determine the rules of its proceedings, punish its members for disorderly behavior, and, with the concurrence of two thirds, expel a member.”

<sup>17</sup> United State constitution: Article II, Section 4.

<sup>18</sup> United State constitution: Article I, Section 2, clause 5 ; “The House of Representatives ...shall have the sole Power of Impeachment.”

ไต่สวนข้อเท็จจริงที่อ้างเป็นพยานหลักฐานในขั้นต้นว่า ผู้ที่ถูกกล่าวหา นั้นได้กระทำความผิดมีมูลตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้หรือไม่

### 3) การดำเนินกระบวนการพิจารณาอิมพีชเมนต์ในชั้นสภาผู้แทนราษฎร

ดังที่ได้นำเสนอแล้วว่า สภาผู้แทนราษฎร เป็นผู้เริ่มกระบวนการกล่าวหาต่อวุฒิสภาว่ามีการกระทำตามข้อกล่าวหาจริงหรือไม่ โดยกระบวนการพิจารณาข้อกล่าวหาของสภาผู้แทนราษฎร มีลำดับขั้นตอนดังต่อไปนี้

(1) การดำเนินกระบวนการถอดถอนจะเริ่มต้นขึ้นเมื่อมีการแจ้งว่าเกิดความผิดอันเป็นฐานความผิดในกรณีอิมพีชเมนต์ขึ้น ซึ่งการแจ้งข้อกล่าวหา นั้นโดยปกติจะมาจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรคนใดคนหนึ่งแจ้งต่อสภาผู้แทนราษฎร หรือได้รับข้อมูลจากการทำงานของ *อัยการอิสระ (independent counsel)* ซึ่งพบข้อเท็จจริงที่อาจเป็นเหตุให้ถอดถอนได้

(2) ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรมอบหมายให้คณะกรรมการการยุติธรรม (The Judiciary Committee) พิจารณาและลงมติในเบื้องต้นว่าข้อมูลที่ได้รับมานั้นเพียงพอที่จะดำเนินการสืบสวนต่อไปหรือไม่ หากคณะกรรมการการยุติธรรมลงมติเห็นชอบว่าข้อมูลที่ได้รับในเบื้องต้นนั้นมีความเป็นไปได้ที่จะนำไปสู่กระบวนการถอดถอน ก็จะส่งความเห็นไปให้สภาผู้แทนราษฎรลงมติเห็นชอบในการดำเนินการไต่สวนเพื่อดำเนินกระบวนการถอดถอนต่อไป

(3) หากที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรมิมีมติให้ดำเนินการไต่สวนเพื่อดำเนินการถอดถอน คณะกรรมการการยุติธรรมจะทำการไต่สวนข้อเท็จจริง โดยการเรียกผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องมาให้ข้อมูล ซึ่งการไต่สวนนั้นจะต้องกระทำโดยเปิดเผย ยกเว้นกรณีที่มีการเปิดเผยข้อมูลนั้นจะเป็นอันตรายต่อประเทศ เป็นที่เสื่อมเสียต่อการบังคับใช้กฎหมาย อาจเป็นที่เสื่อมเสียชื่อเสียงของบุคคล หรือขัดต่อกฎหมาย หรือข้อบังคับของสภาผู้แทนราษฎร

(4) หลังจากดำเนินกระบวนการพิจารณาสืบสวนสอบสวนข้อเท็จจริงเสร็จเรียบร้อยแล้ว หากเห็นว่าเพียงพอที่จะเสนอข้อกล่าวหาเพื่อถอดถอนได้ คณะกรรมการการยุติธรรมจะทำความเห็นเกี่ยวกับข้อกล่าวหา โดยเสนอเป็น **คำฟ้อง** เป็นรายชื่อ เรียกว่า “Articles of Impeachment” พร้อมทั้ง **คำแนะนำ**

(Recommendations) ในข้อกล่าวหาแต่ละข้อด้วย และส่งให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณา ซึ่งข้อเสนอแนะของคณะกรรมการยุติธรรมนี้ไม่ผูกพันต่อสภาผู้แทนราษฎรว่าจะต้องมีความเห็นหรือมีมติในทำนองเดียวกันกับที่คณะกรรมการเสนอแนะ<sup>19</sup>

(5) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะได้รับเอกสารเกี่ยวกับข้อกล่าวหาเพื่อนำไปพิจารณา และสามารถอภิปรายตามข้อกล่าวหาก่อนที่จะทำการลงมติได้ โดยที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรจะทำการลงมติเห็นชอบตามข้อกล่าวหาดังกล่าวโดย “มติเสียงข้างมาก” ซึ่งการลงมตินั้นจะลงมติรวมกันทุกข้อกล่าวหาหรือจะแยกลงมติแต่ละข้อกล่าวหาก็ได้ ข้อกล่าวหาใดที่ผ่านความเห็นชอบอาจถูกแก้ไขได้ แต่จะเพิ่มบทความผิดมากกว่าที่คณะกรรมการยุติธรรมสรุปมาได้ เพราะแต่ละข้อกล่าวหาได้มีการดำเนินการสืบสวนข้อเท็จจริงทั้งการรับฟังพยานหลักฐานในชั้นกรรมการแล้ว

(6) หลังจากลงมติแล้ว สภาผู้แทนราษฎรจะส่งคำฟ้องข้อกล่าวหาเพื่อถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่ง เรียกว่า “The Bill of Impeachment” ไปยังวุฒิสภา เพื่อทำการพิจารณาและตัดสินต่อไป

#### 4) วุฒิสภา (senate) : องค์กรผู้ทำหน้าที่พิจารณาและตัดสิน

รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกากำหนดให้วุฒิสภา (Senate) มีอำนาจพิจารณาข้อกล่าวหาให้ถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งตามที่สภาผู้แทนราษฎรได้กล่าวหาฟ้องร้องแต่เพียงองค์กรเดียว ซึ่งการตัดสินในกรณีนี้มีพิขเมนตันี้ กระทำโดยสมาชิกวุฒิสภาลงคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของสมาชิกวุฒิสภาที่มาประชุม<sup>20</sup>

<sup>19</sup> โปรตดู T.J. Halstead, “An Overview of the Impeachment Process” (Congressional Research Service; The Library of Congress), April 20, 2005, p. 3.

<sup>20</sup> United State constitution: Article I, Section 3, clause 6 and 7 ; “The Senate shall have the sole Power to try all Impeachments. When sitting for



ซึ่งมีข้อพิจารณาว่า รัฐธรรมนูญกำหนดให้วุฒิสภาเป็นองค์กรพิจารณาตัดสินคดี อิมพีชเมนต์ ไม่ใช่ศาลสูงสุด (Supreme Court) ด้วยแนวคิดที่ว่า การดำเนินกระบวนการพิจารณานี้จะต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นอิสระของการตัดสิน และวุฒิสภาเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาและตัดสินคดีดังกล่าวได้อย่างเหมาะสม มีความเป็นอิสระอย่างเพียงพอ ทั้งยังเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ถ่วงดุลการใช้อำนาจขององค์กรผู้กล่าวหา คือ สมาชิกวุฒิสภาได้ ซึ่งหากมอบอำนาจดังกล่าวให้แก่ฝ่ายตุลาการ โดยเฉพาะศาลสูงจะทำให้ศาลต้องปฏิบัติงานมากขึ้น และการที่ผู้พิพากษานั้นไม่ได้มาจากการเลือกตั้ง จะมีผลให้ประชาชนขาดความเชื่อถือในการที่จะมอบอำนาจนี้ให้แก่ฝ่ายตุลาการ

นอกจากนั้น การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลยุติธรรมมีกฎเกณฑ์ที่ตายตัวและเข้มงวดหลายประการ กระบวนการดังกล่าวจึงไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับกระบวนการอิมพีชเมนต์ ซึ่งจะต้องประกอบด้วยผู้พิจารณาและตัดสินที่มีดุลพินิจอย่างกว้างขวาง เพื่อที่จะกระทำการชี้ขาดบุคคลที่ได้รับการไว้วางใจให้ปฏิบัติหน้าที่ของรัฐ จึงสมควรมอบหมายภาระหน้าที่นี้ให้แก่คนกลุ่มน้อย (องค์กรคณะศาล) และกระบวนการพิจารณาฟ้องร้องเพื่อถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งนั้นมุ่งผลเฉพาะการออกจากตำแหน่งของผู้ที่ดำรงตำแหน่งเท่านั้น ไม่มีผลให้การลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดยุติลง ผู้กระทำความผิดยังอาจถูกฟ้องร้องและอาจต้องได้รับโทษตามกฎหมายได้หากการกระทำนั้นเป็นความผิดในทางแพ่งหรืออาญาได้อยู่ จึงไม่เป็นการสมควรที่จะให้องค์กรเดิมที่มีอำนาจในฐานะองค์กรผู้พิจารณา มีอำนาจตัดสินในอีกคดีหนึ่งไปพร้อมกัน

---

*that Purpose, they shall be on Oath or Affirmation. When the President of the United States is tried, the Chief Justice shall preside: And no Person shall be convicted without the Concurrence of two thirds of the Members present. ”*

*“Judgment in Cases of Impeachment shall not extend further than to removal from Office, and disqualification to hold and enjoy any Office of honor, Trust or Profit under the United States: but the Party convicted shall nevertheless be liable and subject to Indictment, Trial, Judgment and Punishment, according to Law.”.*

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาที่อาจถูกตรวจสอบตามกระบวนการอิมพีชเมนต์ได้เช่นกัน ซึ่งอาจจะทำให้การพิจารณาและตัดสินขาดความยุติธรรมได้และผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาอาจไม่สะดวกที่จะพิจารณาถอดถอนผู้เป็นประธานาธิบดีได้ เนื่องจากประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งผู้พิพากษาให้เข้าดำรงตำแหน่ง

### 5) การพิจารณาและตัดสินในชั้นวุฒิสภา

วุฒิสภาเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาและตัดสินวินิจฉัยถอดถอนตามที่รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาได้กำหนดไว้ โดยเมื่อสภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาข้อมูลและพยานหลักฐานและลงมติให้เสนอข้อกล่าวหาต่อไปแล้ว จะเข้าสู่ขั้นตอนการพิจารณาและตัดสินของวุฒิสภา ดังต่อไปนี้

(1) สภาผู้แทนราษฎรจะมีการแต่งตั้งคณะบุคคล เรียกว่า “managers” ทำหน้าที่เสมือนพนักงานอัยการในนามของสภาผู้แทนราษฎรปฏิบัติหน้าที่กล่าวหาฟ้องร้องตามข้อกล่าวหา และแสดงพยานหลักฐานต่อวุฒิสภาดังเช่นการดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบมีข้อพิพาท

(2) กระบวนการพิจารณาถอดถอนของวุฒิสภาเริ่มต้นขึ้น โดยสมาชิกวุฒิสภาจะต้องสาบานตน และเริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณาซึ่งต้องกระทำโดยเปิดเผย โดยมีประธานวุฒิสภาเป็นประธานในการพิจารณา เว้นแต่กรณีที่ถูกกล่าวหาในตำแหน่งประธานาธิบดี ผู้ที่จะทำหน้าที่ประธานในการพิจารณา ได้แก่ ประธานศาลสูงสุด (The Chief Justice)<sup>21</sup>

(3) เปิดโอกาสให้ทั้งฝ่ายผู้กล่าวหาโดย Managers และฝ่ายผู้ถูกกล่าวหา กล่าวอ้างและคัดค้านพร้อมทั้งอ้างพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้ออ้างของฝ่ายตน โดยมีลักษณะเช่นเดียวกับการพิจารณาในศาลยุติธรรม ทั้งนี้ผู้ถูกกล่าวหา มีสิทธิแต่งตั้งผู้แทนหรือทนายความได้ โดยการพิจารณานี้เป็นไปโดยเปิดเผย ซึ่งประชาชนสามารถเข้าฟังการพิจารณาได้

<sup>21</sup>

United State constitution: Article I, Section 3, clause 6.

โดยในการพิจารณานี้ เพื่อความสะดวกในการดำเนินการ วุฒิสภาได้อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญกำหนดข้อบังคับการประชุมเกี่ยวกับการดำเนินการพิจารณาถอดถอนขึ้น เรียกว่า “Rules of Procedure and Practice in The Senate when sitting on impeachment trials” โดยในข้อบังคับข้อที่ 11 ได้ให้อำนาจประธานที่ประชุมวุฒิสภาตามความเห็นของวุฒิสภา แต่งตั้งคณะกรรมการของวุฒิสภาขึ้นคณะหนึ่ง เพื่อทำหน้าที่รับฟังพยานหลักฐานและคำให้การของพยานแทนวุฒิสภาทั้งหมด และมีหน้าที่รายงานต่อวุฒิสภาเพื่อให้วุฒิสภาตัดสินต่อไป แต่ไม่ได้กำหนดให้วุฒิสภานำรายงานที่คณะกรรมการสรุปมาเป็นหลักในการพิจารณา และยังเปิดโอกาสให้วุฒิสภาสามารถรับฟังพยานหลักฐานเพิ่มเติมได้อีกด้วย

(4) เมื่อวุฒิสภาได้รับรายงานสรุปสำนวนการไต่สวนพยานหลักฐานจากคณะกรรมการวุฒิสภาแล้ว จะเริ่มการพิจารณาโดยผู้ถูกกล่าวหาหรือทนายความของคู่ความมีสิทธิเข้ารับฟังการพิจารณาของวุฒิสภาได้ นอกจากนี้ยังเปิดโอกาสให้คู่ความสามารถซักถามพยานบุคคล และคู่ความฝ่ายตรงข้ามมีสิทธิถามค้านพยานบุคคลนั้นได้ โดยวุฒิสภามีอำนาจเรียกพยานมาในชั้นพิจารณาและซักถามพยานเพิ่มเติมได้อีกเช่นกัน

ทั้งนี้ กระบวนพิจารณาของวุฒิสภาจะต้องกระทำโดยเปิดเผย เว้นแต่กรณี การลงมติตัดสินของวุฒิสภาแต่ละข้อกล่าวหา จึงจะกระทำเป็นการลับ

(5) วุฒิสภาจะดำเนินการลงมติตัดสินโดยก่อนการลงมตินั้น สมาชิกวุฒิสภาสามารถอภิปรายในข้อกล่าวหาได้ โดยการลงมติของวุฒิสภาจะต้องลงมติเป็นการลับแยกแต่ละข้อกล่าวหา การตัดสินจะตัดสินทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย โดยพิจารณาว่า มีข้อเท็จจริงตามข้อกล่าวหาหรือไม่ และการกระทำนั้นเป็นความผิดตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดว่าเป็นเหตุให้ถอดถอนหรือไม่อีกประการหนึ่ง มติในการการตัดสินว่าบุคคลมีความผิดในแต่ละข้อกล่าวหา นั้น ต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของสมาชิกวุฒิสภาที่เข้าประชุมขณะนั้น

โดยวุฒิสภาจะต้องพิจารณาลงมติในข้อกล่าวหาเป็นรายข้อ หากข้อกล่าวหาใด “แม้เพียงข้อเดียว” ได้รับการลงมติ (be convicted on one

or more of the articles against him or her) ว่ามีความผิดจริง ผู้ถูกกล่าวหาที่จะต้องถูกถอดถอนโดยผลของกฎหมายทันที โดยไม่ต้องมีการลงมติออกเสียงอย่างเป็นทางการว่าให้ถอดถอนบุคคลผู้ถูกกล่าวหาออกจากตำแหน่งอีก อย่างไรก็ตาม การตัดสินเพิ่มเติมให้บุคคลดังกล่าวพ้นจากคุณสมบัติที่จะดำรงตำแหน่งในหน่วยงานใดๆ ของรัฐ วุฒิสภาจะต้องมีมติโดยเสียงข้างมาก<sup>22</sup>

### 6) ผลทางกฎหมายของคำตัดสินในคดีอิมพีชเมนต์

รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกากำหนดให้ผลของคำวินิจฉัยในคดีอิมพีชเมนต์ต้องมีขอบเขตไม่เกินไปกว่าการถอดถอนออกจากตำแหน่ง และขาดจากคุณสมบัติที่จะดำรงตำแหน่งหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐ โดยผู้ถูกตัดสินว่ากระทำผิดนั้นยังอาจถูกฟ้องร้อง และเข้าสู่กระบวนการพิจารณาพิพากษาและลงโทษตามกฎหมายอื่นได้<sup>23</sup>

อนึ่ง ผลของคำตัดสินตามกระบวนการอิมพีชเมนต์ของวุฒิสภานั้น ประธานาธิบดีไม่สามารถใช้อำนาจในฐานะประธานาธิบดีในการลดหย่อนหรืออภัยโทษ (power to grant Reprieves and Pardons for Offenses against the United States) ได้<sup>24</sup> อันแสดงถึงการมอบอำนาจอย่างเด็ดขาดในการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งของวุฒิสภานั้นเอง

นอกจากนี้รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้มีการอุทธรณ์ในกระบวนการอิมพีชเมนต์ได้ แต่ได้ให้อำนาจแก่วุฒิสภาเป็นองค์กรที่มีอำนาจเพียงหนึ่งเดียวในการพิจารณาและตัดสินในระบบการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่ง จึงอาจถือได้ว่ากระบวนการอิมพีชเมนต์นั้นสิ้นสุดลงและถือเป็นอันยุติในขั้นตอนการพิจารณาตัดสินของวุฒิสภาเท่านั้น

<sup>22</sup> โปรดดู T.J. Halstead, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 20*, หน้า 5-6.

<sup>23</sup> United State constitution: Article I, Section 3, clause 7.

<sup>24</sup> United State constitution: Article II, Section 2, clause 1

## ความส่งท้าย

หลักการควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งหรือวิธีการ **อิมพีชเมนต์ (impeachment)** เป็นวิธีการควบคุมการใช้อำนาจรัฐเพื่อประกันความชอบธรรมและความชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยมุ่งควบคุม “การกระทำ” ของ “บุคคล” ที่ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นวิธีการที่มุ่งหมายควบคุมในด้านตัวบุคคลเป็นสำคัญ โดยส่วนใหญ่จะมุ่งควบคุมหัวหน้าฝ่ายบริหารและรัฐมนตรี แต่การควบคุมนี้อาจครอบคลุมถึงบุคคลที่ดำรงตำแหน่งอื่น ๆ ได้ แล้วแต่จะกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศนั้น ๆ

กระบวนการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งหรือ “อิมพีชเมนต์” ของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ถือได้ว่าเป็นกลไกที่สำคัญประการหนึ่งของการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งมีความสอดคล้องกับหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ แม้จะเป็นกระบวนการควบคุมทางการเมือง แต่ก็มีลักษณะคล้ายคลึงกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของฝ่ายตุลาการภายใต้หลักการที่แยกองค์กรผู้ฟ้องร้องออกจากองค์กรที่มีอำนาจตัดสินชี้ขาด ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้องค์กรเดียวกันทำหน้าที่ตลอดทั้งกระบวนการ และมีการกำหนดรายละเอียดการพิจารณาตัดสินโดย “วุฒิสภา” ซึ่งเป็นองค์กรชี้ขาดไว้อย่างชัดเจน

อย่างไรก็ดี มีข้อควรพิจารณาซึ่งเป็นที่ถกเถียงกันอย่างกว้างขวางประการหนึ่งว่า หากบุคคลผู้ถูกกล่าวหาได้พ้นจากตำแหน่งไปเสียก่อนที่กระบวนการพิจารณาถอดถอนจะเสร็จสิ้นลงนั้น องค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาจะต้องยุติการดำเนินการหรือไม่ ซึ่งปัญหาในกรณีดังกล่าวนี้ รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาหรือแม้แต่ของประเทศไทยเองก็ได้วางหลักการไว้อย่างชัดเจน แต่หากพิจารณาจากแนวทางปฏิบัติของสหรัฐอเมริกาแล้วจะพบว่า ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาลาออก (Resign) ก่อนกระบวนการพิจารณาการถอดถอนเสร็จสิ้นลง การดำเนินการก็มักจะยุติเสียเป็นส่วนใหญ่แต่ก็มีใช้ทั้งหมด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า “แม้เป็นทางปฏิบัติของสหรัฐอเมริกาซึ่งได้ชื่อว่าเป็นดินแดนที่มีระบบอิมพีชเมนต์ที่มีประสิทธิภาพและได้รับการยอมรับอย่างสูงในวงการวิชาการ ก็ไม่อาจที่จะนำมายึดถือเทียบเคียงหรือ

อนุโลมใช้กับระบบการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งในประเทศอื่น ๆ ซึ่งอาจมี  
เหตุผลและบริบทในการบังคับใช้ระบบดังกล่าวแตกต่างกันไปตามเจตนารมณ์ของ  
รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของแต่ละประเทศได้” ดังนั้น เพื่อให้ไม่ให้เกิดปัญหาใน  
ทางปฏิบัติ การกำหนดหลักการในประเด็นดังกล่าวเพิ่มเติมไว้ในรัฐธรรมนูญของ  
แต่ละประเทศให้มีความชัดเจนก็น่าจะเป็นทางออกที่ดีสำหรับระบบการควบคุม  
และตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ



## สิทธิของชนชาวไทย\*

ภาคภูมิ อนุศาสตร์\*\*

การปกครองในระบอบประชาธิปไตย สิทธิและเสรีภาพเป็นสิ่งที่สำคัญอย่างยิ่งในการพิจารณาในทางเนื้อหาว่ารัฐชาติใดนั้นเป็นประชาธิปไตยหรือไม่ มากน้อยเพียงใด โดยกฎหมายที่รับรองในเรื่องนี้คือกฎหมายรัฐธรรมนูญสำหรับประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ซึ่งในทางการเมืองการปกครองการมีส่วนร่วมทางการเมืองเป็นประเด็นที่สำคัญยิ่งต่อพัฒนาการทางการเมืองของแต่ละประเทศ ยิ่งประชาชนมีส่วนร่วมทางการเมืองมากก็ยิ่งจะทำให้พัฒนาการทางการเมืองของประเทศนั้นๆ สูงขึ้นตามไปด้วย ทั้งนี้การมีส่วนร่วมทางการเมืองก็มีระดับต่างๆ กันไป เช่น การติดตามข่าวสารทางการเมือง การสนับสนุนพรรคการเมืองต่างๆ หรืออาจถึงขั้นเป็นสมาชิกพรรคการเมืองที่ตนนิยม เป็นต้น ทั้งหมดล้วนเป็นกิจกรรมในการมีส่วนร่วมทางการเมืองทั้งสิ้น

ดังนั้นการส่งเสริมหรือสนับสนุนให้ชนชาวไทยทุกหมู่เหล่าได้เข้ามามีส่วนร่วมทางการเมืองก็ถือเป็นสิทธิประการหนึ่งที่รัฐจะละเลยมิได้ หากแต่ในห้วงที่มีการนำเสนอร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...) พ.ศ. .... ฉบับ “เพื่อไทย” มาตรา 291/3 (2) สิทธิของชนชาวไทย<sup>1</sup> ที่กำหนดให้ผู้ที่เข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำเป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัคร

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2555

\*\* นักวิชาการอิสระ

<sup>1</sup> มติชนรายวัน, วันที่ 7 กุมภาพันธ์ 2555, หน้า 2

รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ นั้น ในทัศนะของข้าพเจ้าเห็นว่าขัดต่อความเสมอภาค จริงอยู่ที่บุคคลผู้เป็นข้าราชการอาจถูกจำกัดสิทธิได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่ไม่ใช่กรณีนี้ อันเนื่องด้วยว่าการร่างรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องให้ผู้ส่วนได้เสียในสังคมไทยทุกภาคส่วนได้มีส่วนร่วมในเวทีแห่งการร่างรัฐธรรมนูญนี้ ส่วนผู้ใดจะได้ผ่านเข้าสู่สภาร่างฯ หรือไม่นั้น ก็ให้เป็นไปตามกระบวนการเลือกตั้ง (ซึ่งควรปลอดจากการแทรกแซงจากผู้มีอิทธิพลทางการเมือง (ถ้าเป็นไปได้)) เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่ามิชนชาวไทยที่อยู่ในข่ายถูกตัดสิทธิการมีส่วนร่วมทางการเมืองอยู่อย่างน้อยที่สุดประมาณ  $1.48^2$  ล้านคน เฉพาะฝ่ายพลเรือนและยังไม่รวมถึงข้าราชการส่วนท้องถิ่น ซึ่งผู้ที่มีความสนใจทางการเมืองกลุ่มนี้เป็นผู้ที่มั่งคั่งวิญญูและคุณวิญญูไม่น้อยไปกว่ากลุ่มอื่นๆ ในสังคมการเมืองไทย แต่กลับถูกปิดกั้นมิให้ใช้สิทธิทางการเมืองนี้

สมควรอย่างยิ่งที่จะต้องมีการทบทวนในประเด็นนี้ร่วมกัน รวมถึงร่างฯ ในมาตรา 291/3 (1)<sup>3</sup> ด้วย เพราะเวทีนี้เป็นเวทีที่จะสร้างความเห็นร่วมของชนชาวไทยทุกคนอย่างแท้จริง ในการกำหนดโครงสร้าง กฎเกณฑ์ และความสัมพันธ์ ในทางการเมืองการปกครอง ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ไม่ควรอย่างยิ่งที่จะมีการปิดกั้นใด ๆ นอกเหนือจากความเป็นพลเมืองไทย ไม่ว่าจะเป็นเพศ การศึกษา อาชีพ สถานะทางสังคม สถานะทางเศรษฐกิจ ในอันที่จะสร้างคัมภีร์ในทางการเมืองการปกครองที่เป็น Thai Version อันเป็นที่ยอมรับและเทิดไว้ นำไปสู่ความสมานฉันท์อันพึงปรารถนาของชนชาวไทยทุกหมู่เหล่า แต่เท่าที่ประมวลได้ชนชาวไทยเรามีวัฒนธรรมทางการเมืองที่น่าแปลกอยู่อย่างหนึ่งคือ เราส่วนใหญ่ไม่เคารพ (Respect) การตัดสินใจของตนเอง และในบางกรณีก็ใช้สิทธิเกินส่วนในการตัดสินใจของผู้อื่นซึ่งเป็นเสียงส่วนใหญ่ด้วย ซึ่งเป็นสิ่งที่ควรจะต้องแก้ไขไปพร้อมกันกับการแก้ไขลายลักษณ์อักษรที่เรายกให้เป็นอุดมคติในทางการเมืองการปกครองที่เรียกว่า “รัฐธรรมนูญ” ก็จะเป็นการดีอย่างยิ่ง

<sup>2</sup> [www.ocsc.go.th/ocsccms/uploads/File/P01\\_P06\(1\).pdf](http://www.ocsc.go.th/ocsccms/uploads/File/P01_P06(1).pdf) (ค้นเมื่อวันที่ 7 กุมภาพันธ์ 2555) ไกล่เคียง

<sup>3</sup> อ้างแล้ว 1



# บทความวิชาการ ชุด “อนุสัญญาสหประชาชาติ ว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 : United Nations Convention against Corruption 2003”\*

ปณิธีร์ ปทุมวัฒน์\*\*

## ตอนที่ 1 บทบัญญัติทั่วไปและพันธกรณีในการกำหนดมาตรการ ป้องกันการทุจริตของภาคี

### ความนำ

หลายทศวรรษที่ผ่านมา ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกต่างตระหนักถึงผลร้ายที่เกิดขึ้นจากปัญหาการทุจริตมากยิ่งขึ้น เพราะผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการทุจริตนั้น ได้ส่งผลกระทบต่ออย่างใหญ่หลวงหลายประการ เช่น การก่อให้เกิดภาวะการถดถอยของการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ ปัญหาสังคมที่เพิ่มมากยิ่งขึ้นเพราะขาดปัจจัยในการแก้ปัญหา การเกิดปัญหาการเลือกปฏิบัติและให้อภิสิทธิ์แก่บุคคลที่เอื้อผลประโยชน์ในภาครัฐ นอกจากนี้ การทุจริตยังถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมอันเป็นปฏิปักษ์ต่อหลักธรรมาภิบาล หลักการบริหารจัดการบ้านเมืองที่ดี หลักนิติรัฐและหลัก

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2555

\*\* น.บ. (ธรรมศาสตร์), ร.บ. (ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศฯ มสธ.), ร.บ. (ทฤษฎีและเทคนิคทางรัฐศาสตร์ มสธ.), น.บ.ท. นิตกรกลุ่มงานพัฒนากฎหมาย สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา

นิติธรรมอันเป็นหลักการสำคัญของการปกครองระบอบประชาธิปไตย ดังนั้นสังคมโลกจึงได้สร้างเครื่องมือเพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริตร่วมกันขึ้น เพราะต่างตระหนักดีว่าการแก้ไขปัญหาการทุจริตนั้น ไม่สามารถกระทำได้โดยลำพัง จึงได้เกิดความร่วมมือในการต่อต้านการทุจริตระหว่างประเทศขึ้น ทั้งในระดับภูมิภาคและในระดับนานาชาติ

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อที่ประชุมสมัชชาแห่งสหประชาชาติได้ตระหนักถึงความรุนแรงของปัญหาและภัยคุกคามอันเกิดจากการทุจริตที่ส่งผลต่อเสถียรภาพและความมั่นคงของสังคม จึงได้ตั้งคณะทำงานเฉพาะกิจขึ้น เพื่อการเจรจาจัดทำ “อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต” และในคราวประชุมสมัชชาแห่งสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 31 ตุลาคม 2546 ที่ประชุมได้มีมติที่ 58/4 เปิดการลงนามในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต และอนุสัญญาดังกล่าวก็ได้มีผลใช้บังคับนับแต่วันที่ 14 ธันวาคม 2548 เป็นต้นมา

เป้าหมายสุดท้ายของอนุสัญญานี้คือ ประเทศสมาชิกสหประชาชาติได้ให้สัตยาบัน

อนุสัญญานี้ยังทั่วถึงครอบคลุมทั่วทุกภูมิภาคของโลก เพื่อให้เกิดการประสานความร่วมมือระหว่างกัน อันจะทำให้การป้องกันและปราบปรามการทุจริตทั้งระดับภายในประเทศและในระดับสากลเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ณ โอกาสนี้ จึงขอเสนอบทความชุด “อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 : United Nations Convention against Corruption 2003” ตอนที่ 1 บทบัญญัติทั่วไปและพันธกรณีในการกำหนดมาตรการป้องกันการทุจริตของภาคี เพื่อให้ท่านผู้อ่านได้ทราบถึงสาระสำคัญโดยภาพรวมของอนุสัญญานี้ดังกล่าว ตลอดจนรายละเอียดของอนุสัญญานี้ในหมวด 1 ซึ่งว่าด้วยบทบัญญัติทั่วไป และในหมวด 2 ซึ่งว่าด้วยมาตรการป้องกันการทุจริตดังกล่าวจะได้นำเสนอต่อไป

## สาระสำคัญของอนุสัญญา

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 มีข้อบทแบ่งออกเป็น 8 หมวด โดยแต่ละหมวดมีสาระสำคัญดังนี้<sup>1</sup>

### หมวด 1 บทบัญญัติทั่วไป

กล่าวถึง ความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญา บทนิยาม ขอบเขตการใช้บังคับของอนุสัญญา และหลักการเคารพอธิปไตยแห่งรัฐ

### หมวด 2 มาตรการป้องกันการทุจริต

กล่าวถึง พันธกรณีของรัฐภาคีที่จะต้องจัดทำนโยบายป้องกันการทุจริตที่มีประสิทธิภาพ การกำหนดมาตรการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งในภาครัฐและเอกชน ตั้งแต่การจัดตั้งองค์กรพิเศษเพื่อการต่อต้านการทุจริต นโยบายและแนวทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในการส่งเสริมธรรมาภิบาล หลักนิติธรรม ความโปร่งใสตรวจสอบได้

### หมวด 3 ความผิดทางอาญาและการบังคับใช้กฎหมาย

กำหนดให้การกระทำบางอย่างที่ไม่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายภายในของรัฐภาคีเป็นความผิดทางอาญา เพื่อให้ครอบคลุมการทุจริตได้อย่างกว้างขวางมากยิ่งขึ้น ซึ่งการกระทำผิดอาญาบางประการภายใต้ข้อบทแห่งอนุสัญญานี้ กำหนดให้รัฐภาคีต้องกำหนดให้เป็นฐานความผิดเพิ่มเติม

### หมวด 4 ความร่วมมือระหว่างประเทศ

กำหนดให้รัฐภาคีกำหนดรูปแบบความร่วมมือทางกฎหมายระหว่างกันในการรวบรวมและนำส่งพยานหลักฐาน การส่งผู้ร้ายข้ามแดน การติดตาม आयัด ยึด และริบทรัพย์สินที่ได้จากการทุจริต

---

<sup>1</sup> โปรตดู สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, สรุปสาระสำคัญของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 United Nations Convention against Corruption UNCAC ฉบับผู้บริหาร, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : ป.ป.ช., 2551), หน้า 12 - 13.

### หมวด 5 การติดตามทรัพย์สินคืน

กล่าวถึง ความร่วมมือและการให้ความช่วยเหลือระหว่างรัฐภาคีในการคืนทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดให้แก่รัฐภาคีที่ร้องขอ ตลอดจนพิจารณาถึงผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียของผู้เสียหายและเจ้าของโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด

### หมวด 6 ความช่วยเหลือทางวิชาการและการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร

กล่าวถึง มาตรการในการฝึกอบรม วิจัย และการแลกเปลี่ยนข้อมูลรวมทั้งการให้ความช่วยเหลือแลกเปลี่ยนประสบการณ์ระหว่างรัฐภาคีและองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

### หมวด 7 กลไกในการปฏิบัติตามอนุสัญญา

กำหนดให้มีที่ประชุมใหญ่ของรัฐภาคีอนุสัญญา การประชุมของรัฐภาคีรวมทั้งบทบาทหน้าที่ของฝ่ายเลขานุการในที่ประชุมใหญ่ของรัฐภาคี

### หมวด 8 บทบัญญัติสุดท้าย

กล่าวถึง การปฏิบัติตามอนุสัญญา การระงับข้อพิพาท การลงนาม การให้สัตยาบัน การยอมรับ การให้ความเห็นชอบ และการภาคยานุวัติ การมีผลใช้บังคับ การแก้ไขเพิ่มเติม การบอกเลิก ผู้เก็บรักษาและภาษาที่ใช้ในการจัดทำอนุสัญญา

## หมวด 1

### บทบัญญัติทั่วไป (General provisions)

#### ความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญา<sup>2</sup>

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 ได้กำหนดความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญาไว้ดังต่อไปนี้

<sup>2</sup> United Nations Convention against Corruption 2003 : Article 1 Statement of purpose.

1. ส่งเสริมและเสริมสร้างมาตรการในการป้องกันและต่อต้านการทุจริตให้มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากยิ่งขึ้น
2. ส่งเสริม อำนวยความสะดวก และสนับสนุนความร่วมมือระหว่างประเทศและความช่วยเหลือทางวิชาการในการป้องกันและการต่อต้านการทุจริต รวมทั้งการติดตามทรัพย์สินจากการกระทำความผิดกลับคืน
3. ส่งเสริมความมีคุณธรรม การตรวจสอบได้ และการบริหารกิจการบ้านเมืองและทรัพย์สินของรัฐอย่างเหมาะสม

### บทนิยามที่ใช้บังคับแก่นุสัณญญา<sup>3</sup>

“บทนิยาม” ซึ่งถือเป็นข้อบทที่มีความสำคัญยิ่ง ได้มีการกำหนดไว้ในบทบัญญัติทั่วไปของอนุสัณญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 เพื่อให้เป็นไปตามความมุ่งประสงค์แห่งอนุสัณญญาฯ ดังต่อไปนี้

“เจ้าหน้าที่ของรัฐ” มีความหมายรวมถึง

1. บุคคลใด ๆ ซึ่งดำรงตำแหน่งด้านนิติบัญญัติ บริหาร ปกครอง หรือตุลาการ ของรัฐภาคี ไม่ว่าจะโดยการแต่งตั้งหรือการเลือกตั้ง ไม่ว่าจะถาวรหรือชั่วคราว ไม่ว่าจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ โดยไม่คำนึงถึงระดับอาวุโสของบุคคลนั้น
2. บุคคลอื่นใด ซึ่งปฏิบัติงานที่เกี่ยวกับหน้าที่ราชการ รวมถึงการปฏิบัติหน้าที่สำหรับหน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ หรือให้บริการสาธารณะตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้น และตามที่ใช้บังคับตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องของรัฐภาคีนั้น
3. บุคคลอื่นใด ซึ่งกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้นกำหนดให้เป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ”

อย่างไรก็ตามเพื่อความมุ่งประสงค์ของมาตรการพิเศษบางประการในหมวด 2 ของอนุสัณญญา “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” อาจหมายถึง บุคคลใด ๆ ซึ่งปฏิบัติงานเกี่ยวกับหน้าที่ราชการ หรือให้บริการสาธารณะตามที่ระบุไว้ในกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้น และตามที่รัฐภาคีได้มีการบังคับใช้ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

<sup>3</sup> United Nations Convention against Corruption 2003 : Article 2 Use of terms.

**“เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ”** หมายถึง บุคคลใด ๆ ซึ่งดำรงตำแหน่ง ด้านนิติบัญญัติ บริหาร ปกครอง หรือตุลาการ ของรัฐต่างประเทศ ไม่ว่าจะโดยการเลือกตั้งหรือแต่งตั้ง และบุคคลใด ๆ ซึ่งปฏิบัติงานเกี่ยวกับหน้าที่ราชการให้แก่รัฐต่างประเทศ รวมทั้งการปฏิบัติหน้าที่สำหรับหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ

**“เจ้าหน้าที่ขององค์การภาครัฐระหว่างประเทศ”** หมายถึง เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนระหว่างประเทศ หรือบุคคลใดซึ่งได้รับมอบอำนาจจากองค์การภาครัฐระหว่างประเทศนั้น ให้ปฏิบัติหน้าที่ในนามขององค์การระหว่างประเทศดังกล่าว

**“ทรัพย์สิน”** หมายถึง สินทรัพย์ทุกประเภท ไม่ว่าจะมืรูปร่างหรือไม่รูปร่าง อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ จับต้องได้หรือจับต้องไม่ได้ และเอกสารหรือตราสารทางกฎหมายที่เป็นหลักฐานกรรมสิทธิ์หรือผลประโยชน์ในสินทรัพย์ เช่นว่านั้น

**“ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดทางอาญา”** หมายถึง ทรัพย์สินใดๆ ที่เกิดจากหรือได้รับมาทั้งโดยทางตรงและโดยทางอ้อมจากการกระทำความผิด

**“การอายัด”** หรือ **“การยึด”** หมายถึง การห้ามโอน เปลี่ยนสภาพ จำหน่ายจ่ายโอน หรือเคลื่อนย้ายทรัพย์สินเป็นการชั่วคราว หรือการเก็บรักษา หรือควบคุมทรัพย์สินเป็นการชั่วคราวตามคำสั่งที่ออกโดยศาลหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอื่น

**“การริบทรัพย์สิน”** ซึ่งรวมถึงการริบโดยเฉพาะเจาะจงตัวทรัพย์สินในกรณีที่ใช้บังคับได้หมายถึง การบังคับเอาทรัพย์สินไปอย่างถาวรโดยคำสั่งศาลหรือโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอื่น

**“ความผิดมูลฐาน”** หมายถึง ความผิดใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุก่อให้เกิดทรัพย์สินที่อาจกลายเป็นมูลฐานของความผิดตามที่ได้กำหนดไว้ใน ข้อ 23 ของอนุสัญญาซึ่งว่าด้วยการฟอกทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดอาญา (Laundering of proceeds of crime)

“การจัดส่งภายใต้การควบคุม” หมายถึง วิธีการที่อนุญาตให้นำของผิดกฎหมายหรือต้องสงสัยออกไปจาก ผ่าน หรือเข้าไปในอาณาเขตของรัฐใดรัฐหนึ่งหรือหลายรัฐ โดยการรับรู้และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเพื่อการสืบสวนสอบสวน และเพื่อการระบุตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องในการกระทำ ความผิดนั้น

#### ขอบเขตการใช้บังคับของอนุสัญญาและหลักการเคาเพอริปไตยแห่งรัฐ

อนุสัญญานี้มีขอบเขตการใช้บังคับแก่การป้องกัน การสืบสวนสอบสวน การฟ้องร้องดำเนินคดีเกี่ยวกับการทุจริต การอายัด การยึด การริบทรัพย์สิน และการส่งทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดที่ได้กำหนดไว้ตามอนุสัญญานี้ โดยความผิดนั้นไม่จำเป็นต้องก่อให้เกิดความเสียหายหรือเป็นภัยแก่ทรัพย์สินของรัฐ เว้นแต่อนุสัญญานี้จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น<sup>4</sup>

ทั้งนี้ รัฐภาคีต้องยึดหลักความเสมอภาคแห่งอธิปไตยและบูรณภาพแห่งดินแดนของรัฐ หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่น และต้องไม่ดำเนินการในอาณาเขตของรัฐอื่นซึ่งกฎหมายภายในของรัฐเช่นว่านั้นสงวนขอบเขตอำนาจหน้าที่ไว้เฉพาะแก่เจ้าหน้าที่ของตน<sup>5</sup>

<sup>4</sup> United Nations Convention against Corruption 2003 : **Article 3 Scope of application.**

<sup>5</sup> United Nations Convention against Corruption 2003 : **Article 4 Protection of sovereignty.**

## หมวด 2

### มาตรการป้องกันการทุจริต (Preventive measures)

การกำหนดนโยบายและแนวปฏิบัติเชิงป้องกันเพื่อต่อต้านการทุจริต<sup>6</sup>

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 ได้วางเป้าหมายหลักสำหรับการป้องกันการทุจริตและวิธีการเพื่อบรรลุเป้าหมายดังกล่าว โดยให้สอดคล้องกับกฎหมายภายในของรัฐภาคี ทั้งนี้ โดยให้รัฐภาคีกำหนดนโยบายและมาตรการในการต่อต้านการทุจริต ดังนี้

1. รัฐภาคีต้องพัฒนาและปฏิบัติตาม ตลอดจนคงไว้ซึ่งนโยบายการประสานงานในการต่อต้านการทุจริตอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งส่งเสริมการมีส่วนร่วมของสังคมและสะท้อนหลักการของหลักนิติธรรม การบริหารจัดการกิจการบ้านเมือง และทรัพย์สินของรัฐอย่างเหมาะสม ความซื่อสัตย์สุจริต ความโปร่งใสและตรวจสอบได้ ทั้งนี้ โดยให้เป็นไปตามหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายของรัฐภาคีนั้น

2. รัฐภาคีต้องพยายามจัดให้มีและส่งเสริมแนวปฏิบัติในการป้องกันการทุจริต

3. รัฐภาคีต้องพยายามประเมิน “เครื่องมือทางกฎหมาย” และมาตรการทางบริหารที่เกี่ยวข้องเป็นระยะ เพื่อพิจารณาว่าเพียงพอต่อการป้องกันและต่อต้านการทุจริตหรือไม่

ทั้งนี้ นอกจากการดำเนินงานภายในของแต่ละประเทศแล้ว รัฐภาคียังต้องประสานความร่วมมือทั้งระหว่างรัฐภาคีด้วยกันเอง และองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องทั้งในระดับภูมิภาคและระดับสากลในการส่งเสริมและพัฒนามาตรการต่าง ๆ ข้างต้นตามความเหมาะสมและเป็นไปตามหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายของตน ความร่วมมือดังกล่าวนี้อาจรวมถึงการมีส่วนร่วมใน

<sup>6</sup> United Nations Convention against Corruption 2003 : Article 5 Preventive anti-corruption policies and practices.



แผนการดำเนินงานและโครงการระหว่างประเทศซึ่งมุ่งป้องกันการทุจริต

### การกำหนดให้มีองค์กรเพื่อการต่อต้านการทุจริตเชิงป้องกัน<sup>7</sup>

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 ได้กำหนดให้รัฐภาคีจัดตั้งหรือคงไว้ซึ่งองค์กรที่มีหน้าที่ในการป้องกันและต่อต้านการทุจริตตามหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายภายในที่มีความเป็นอิสระและได้รับการสนับสนุนทรัพยากรสำหรับการดำเนินงานอย่างเพียงพอ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการดำเนินงานตามนโยบายและแนวปฏิบัติเชิงป้องกันเพื่อต่อต้านการทุจริตตามที่ได้เสนอข้างต้น

นอกจากภารกิจตามแนวนโยบายและแนวปฏิบัตินั้น องค์กรเพื่อการต่อต้านการทุจริตเชิงป้องกันยังมีการกึ่งในการดูแลและประสานการดำเนินงานตามนโยบายดังกล่าว ตลอดจนจัดทำและเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับการป้องกันการทุจริต โดยให้รัฐภาคีแจ้งชื่อและที่อยู่ขององค์กรดังกล่าวให้เลขาธิการสหประชาชาติทราบด้วย

### การดำเนินการในภาครัฐ<sup>8</sup>

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการในภาครัฐนั้น อนุสัญญาฯ ได้กำหนดให้รัฐภาคีพยายามดำเนินการในภาครัฐไว้หลายประการด้วยกัน ทั้งนี้ โดยให้เป็นไปตามหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายภายในของรัฐภาคี ดังต่อไปนี้

1. ส่งเสริมระบบการสรรหาแต่งตั้ง การจ้างงาน การดำรงสถานภาพ การเลื่อนระดับและการเกษียณอายุของเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนของรัฐอย่างเหมาะสม ทั้งนี้ อาจรวมถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่น ๆ ซึ่งไม่ได้มาจากการเลือกตั้งด้วย
2. จัดให้มีมาตรการทางนิติบัญญัติและทางบริหารซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการที่เหมาะสมเกี่ยวกับการสมัครรับเลือกตั้งของบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งในภาครัฐ

<sup>7</sup> United Nations Convention against Corruption 2003 : Article 6 Preventive anti-corruption body or bodies.

<sup>8</sup> United Nations Convention against Corruption 2003 : Article 7 Public sector.

3. ดำเนินมาตรการทางนิติบัญญัติและทางบริหารที่เหมาะสมเพื่อความโปร่งใสในการสนับสนุนทางการเงินให้แก่บุคคลผู้สมัครรับเลือกตั้งและพรรคการเมือง

4. ส่งเสริมสนับสนุนระบบเพื่อความโปร่งใสตรวจสอบได้ และการป้องกันการขัดกันแห่งผลประโยชน์ (Conflict of Interest)

การดำเนินการในภาคีรัฐตามทีอนุสัญญาฯ ได้กำหนดให้รัฐภาคีพยายามดำเนินการนี้ เป็นส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดหลักการกว้าง ๆ ในการปฏิบัติงานของภาคีรัฐเพื่อการป้องกันและปราบปรามการทุจริต แต่หลักการสำคัญที่ได้มีการกำหนดไว้ในข้อนี้ คือ “หลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์” หรือ “Conflict of Interest” ซึ่งถือเป็นมูลเหตุสำคัญของปัญหาการทุจริตคอร์รัปชัน เพราะอาจมีการใช้ตำแหน่งหน้าที่เข้าไปจัดการเอื้อประโยชน์แก่กลุ่มธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับผู้ใช้อำนาจ และขัดแย้งกับผลประโยชน์ของรัฐได้

### ประมวลจริยธรรมสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐ<sup>9</sup>

อนุสัญญาฯ กำหนดให้รัฐภาคีต้องดำเนินการอย่างจริงจังโดยสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายภายในของตน ในการส่งเสริมค่านิยมความมีคุณธรรม ความซื่อสัตย์สุจริต และความรับผิดชอบในหมู่เจ้าหน้าที่ของรัฐ

โดยเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติตามความในอนุสัญญาเกี่ยวกับประมวลจริยธรรมนี้ รัฐภาคีต้องพิจารณาถึงแนวคิดริเริ่มที่เกี่ยวข้องขององค์การระหว่างประเทศระดับภูมิภาค ระดับระหว่างภูมิภาคและในระดับพหุภาคีร่วมด้วย เช่น *ประมวลจริยธรรมระหว่างประเทศของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (International Code of Conduct for Public officials)* ซึ่งแนบท้ายเป็นภาคผนวกในข้อหมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ที่ 51/59 เมื่อวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1996

<sup>9</sup> United Nations Convention against Corruption 2003 : Article 8 Codes of conduct for public officials.

นอกจากนี้ รัฐภาคีต้องพยายามดำเนินการภายใต้หลักการพื้นฐานของกฎหมายภายในแห่งรัฐ ในการจัดให้มีเรื่องดังต่อไปนี้

1. ประมวลจริยธรรมหรือมาตรฐานทางคุณธรรมและจริยธรรมในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐให้มีความถูกต้องเหมาะสมอย่างเต็มภาคภูมิ
2. มาตรการและระบบที่อำนวยความสะดวกแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการรายงานการกระทำการทุจริตที่พบในการปฏิบัติหน้าที่
3. มาตรการและระบบที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจัดทำคำแถลงต่อเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง นอกจากประการอื่นแล้วให้รวมถึงกิจกรรมนอกเหนือจากการทำงาน การลงทุน สินทรัพย์ และของขวัญหรือผลประโยชน์ ซึ่งอาจก่อให้เกิดการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ
4. การพิจารณามาตรการทางวินัยหรือมาตรการอื่นใดมาใช้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมหรือมาตรฐานทางคุณธรรมและจริยธรรมซึ่งได้จัดทำขึ้นตามขอบทของอนุสัญญาฯ

#### การจัดซื้อจัดจ้างและการจัดการการคลังภาครัฐ<sup>10</sup>

อนุสัญญาฯ ได้กำหนดหลักการในเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างและการจัดการการคลังภาครัฐไว้ในข้อ 9 ซึ่งได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับการตรวจสอบการเงินของหน่วยงานภาครัฐ โดยกำหนดให้รัฐภาคีต้องดำเนินการอย่างจริงจังอย่างสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายภายใน ดังต่อไปนี้

1. ดำเนินขั้นตอนที่จำเป็นในการจัดทำระบบการจัดซื้อจัดจ้างที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ รวมทั้งระบบการป้องกันการทุจริตบนพื้นฐานของความโปร่งใส การแข่งขัน และหลักเกณฑ์ในการตัดสินใจ
2. ดำเนินมาตรการที่เหมาะสมเพื่อความโปร่งใสและตรวจสอบได้ในการจัดการการคลังภาครัฐ

<sup>10</sup> United Nations Convention against Corruption 2003 : Article 9 Public procurement and management of public finances.

3. ดำเนินมาตรการทางแพ่งและทางปกครองเท่าที่จำเป็นเพื่อรักษา สมุดบัญชี บันทึก รายงานการเงิน หรือเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องกับรายจ่ายและรายรับ ของรัฐให้ครบถ้วนและสมบูรณ์ และเพื่อป้องกันการปลอมแปลงเอกสารดังกล่าว

#### การรายงานต่อสาธารณะ<sup>11</sup>

หลักการรายงานต่อสาธารณะนี้ ถือเป็นหลักการที่รับรอง “สิทธิได้รู้” ของ สาธารณชน ซึ่งได้กำหนดให้รัฐภาคีต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นทั้งปวงตาม หลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายภายใน เพื่อส่งเสริมความโปร่งใสและตรวจสอบ ได้ในการบริหารงานภาครัฐ กระบวนการปฏิบัติงานและตัดสินใจในส่วนที่เกี่ยวข้อง องค์กรของรัฐ

#### มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการเข้ารับหน้าที่ฝ่ายตุลาการและอัยการ<sup>12</sup>

กำหนดให้รัฐภาคีต้องดำเนินการอย่างจริงจัง ในการดำเนินมาตรการเพื่อ เสริมสร้างความมีคุณธรรมและป้องกันการทุจริตในส่วนของผู้ดำรงตำแหน่งฝ่าย ตุลาการ โดยมาตรการเช่นนี้อาจรวมถึงกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความประพฤติของ ตุลาการ ทั้งนี้ โดยให้เป็นไปตามหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายของรัฐนั้น ภายใต้อิทธิพลของความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการและบทบาทที่สำคัญของตุลาการในการ ต่อต้านการทุจริต และรัฐภาคีที่ฝ่ายอัยการมิได้เป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายตุลาการ แต่มีความเป็นอิสระเช่นเดียวกับฝ่ายตุลาการย่อมอาจนำมาตรการดังกล่าว ข้างต้นนี้มาใช้แก่ฝ่ายอัยการได้เช่นกัน

#### มาตรการที่เกี่ยวข้องกับภาคเอกชน<sup>13</sup>

ในส่วนของการต่อต้านการทุจริตในภาคเอกชนนั้น อนุสัญญาสหประชาชาติ ว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 ได้กำหนดหลักการกว้าง ๆ เกี่ยวกับการ

<sup>11</sup> United Nations Convention against Corruption 2003 : Article 10 Public reporting.

<sup>12</sup> United Nations Convention against Corruption 2003 : Article 11 Measures relating to the judiciary and prosecution services.

<sup>13</sup> United Nations Convention against Corruption 2003 : Article 12 Private sector.

ดำเนินธุรกิจให้ถูกต้องตามกฎหมายและสามารถตรวจสอบได้โดยเน้นย้ำการป้องกัน “การขัดกันแห่งผลประโยชน์” ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งแม้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งพ้นจากหน้าที่แล้วก็ต้องอยู่ภายใต้หลักดังกล่าวนี้ด้วย

ทั้งนี้ อนุสัญญาฯ ได้กำหนดให้รัฐภาคีต้องดำเนินการอย่างจริงจังในการดำเนินมาตรการป้องกันการทุจริตที่เกี่ยวข้องกับภาคเอกชน เพิ่มมาตรฐานทางบัญชี และการตรวจสอบบัญชีในภาคเอกชน และกำหนดบทลงโทษทั้งทางแพ่ง ทางอาญา และทางปกครองที่มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และมีผลเป็นการห้ามปรามยับยั้ง สำหรับการไม่ปฏิบัติตามมาตรการดังกล่าว

#### การมีส่วนร่วมของภาคส่วนทางสังคมในการป้องกันการทุจริต<sup>14</sup>

กำหนดให้รัฐภาคีต้องดำเนินการอย่างจริงจังในการดำเนินมาตรการที่เหมาะสมตามหลักการพื้นฐานทางกฎหมายภายใน เพื่อส่งเสริมการมีส่วนร่วมอย่างแท้จริงของบุคคล และภาคส่วนต่าง ๆ นอกจากภาครัฐ เช่น ประชาสังคม องค์กรเอกชน และองค์กรระดับชุมชนท้องถิ่นในการป้องกันและต่อต้านการทุจริต ตลอดจนเพื่อให้สาธารณชนเพิ่มความตระหนักเกี่ยวกับสาเหตุและความร้ายแรงของการทุจริต

นอกจากนี้ อนุสัญญาฯ ได้กำหนดให้รัฐภาคีดำเนินการอย่างเหมาะสม เพื่อให้หน่วยงานต่อต้านการทุจริตเป็นที่รู้จักของสาธารณชนและให้ประชาชนสามารถเข้าถึงหน่วยงานนั้นได้ เพื่อประโยชน์ในการรายงานการกระทำความผิดที่อนุสัญญานี้กำหนดขึ้น

#### มาตรการป้องกันการฟอกเงิน<sup>15</sup>

มาตรการที่สำคัญอีกอย่างที่กำหนดในอนุสัญญานี้ คือ เรื่องการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน โดยกำหนดให้มีการจัดตั้งหน่วยงานในการป้องกันและ

<sup>14</sup> United Nations Convention against Corruption 2003 : Article 13 Participation of society.

<sup>15</sup> United Nations Convention against Corruption 2003 : Article 14 Measures to prevent money-laundering.

ปราบปรามการฟอกเงิน โดยกำหนดอำนาจหน้าที่ และดำเนินการต่างๆ ตามอนุสัญญานี้ ซึ่งได้กำหนดหลักการให้รัฐภาคีนำไปปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายภายในต่อไป ดังต่อไปนี้

1. รัฐภาคีต้องจัดให้มีระบบควบคุมดูแลอย่างทั่วถึงสำหรับธนาคาร สถาบันการเงินซึ่งมีโซ่นาการ บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ให้บริการในการโอนเงินหรือมูลค่า และหน่วยงานอื่น ๆ ที่อาจเกิดการฟอกเงินได้ ทั้งนี้ เพื่อยับยั้งและสืบเสาะการฟอกเงินทุกรูปแบบ

2. รัฐภาคีต้องรับรองได้ว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เจ้าหน้าที่ผู้ออกข้อบังคับ เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย และเจ้าหน้าที่อื่นที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการฟอกเงินรวมถึงเจ้าพนักงานในการยุติธรรม มีความสามารถในการให้ความร่วมมือและแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารในระดับประเทศและระหว่างประเทศได้ ภายใต้ขอบเขตที่กำหนดโดยกฎหมายภายในได้

3. ให้รัฐภาคีพิจารณาจัดตั้งหน่วยข่าวกรองทางการเงินเพื่อเป็นศูนย์กลางแห่งชาติในการรวบรวม วิเคราะห์ และเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับการฟอกเงินที่อาจเกิดขึ้น

4. ให้รัฐภาคีพิจารณาดำเนินมาตรการในการสืบเสาะและควบคุมดูแลการเคลื่อนย้ายเงินสดและตราสารซึ่งข้ามพรมแดนของตนโดยไม่เป็นการขัดขวางการเคลื่อนย้ายทุนอันชอบด้วยกฎหมาย

5. ให้รัฐภาคีพิจารณาดำเนินการกำหนดให้สถาบันการเงินและผู้ส่งเงินระบุข้อมูลสำคัญเกี่ยวกับผู้โอนในแบบการโอนเงินและในการส่งข้อความที่เกี่ยวข้องทางอิเล็กทรอนิกส์ และเก็บรักษาข้อมูลดังกล่าวไว้ตลอดวงจรการจ่ายเงิน และเพิ่มการตรวจสอบการโอนเงินซึ่งมีข้อมูลเกี่ยวกับผู้โอนเงินที่ไม่สมบูรณ์

6. ให้รัฐภาคีนำแนวคิดริเริ่มขององค์การต่อต้านการฟอกเงินระดับภูมิภาค ระหว่างภูมิภาคและระดับพหุภาคีมาใช้เป็นแนวทางในการกำหนดข้อบังคับและระบบการควบคุมดูแลเกี่ยวกับการป้องกันการฟอกเงินตามอนุสัญญานี้ เท่าที่ไม่ขัดต่อข้อบทอื่นของอนุสัญญา

7. ให้รัฐภาคีพยายามพัฒนาและส่งเสริมความร่วมมือเพื่อต่อต้านการฟอกเงินระหว่างเจ้าพนักงานในการยุติธรรม ผู้บังคับใช้กฎหมาย และผู้ควบคุมดูแลด้านการเงินทั้งในระดับทวีภาคี ระดับอนุภูมิภาค ระดับภูมิภาคและระดับโลก

ในการดำเนินการตามข้อบทเกี่ยวกับการฟอกเงินนี้ รัฐภาคีจะกำหนดมูลฐานความผิดอย่างครอบคลุมรวมถึงมูลฐานความผิดทางอาญาที่กำหนดขึ้นตามอนุสัญญาฯ โดยอนุสัญญาได้

ให้คำจำกัดความของความผิดมูลฐานว่า เป็นความผิดใด ๆ ซึ่งผลจากการกระทำดังกล่าวทำให้เกิดรายได้ที่อาจจะนำไปฟอกเงินได้ โดยการฟอกเงินตามอนุสัญญาฯนี้ หมายถึง การแปลงหรือโอนย้ายทรัพย์สินทั้งที่ทราบว่าเป็นรายได้จากการกระทำความผิด โดยมีวัตถุประสงค์ในการปกปิดหรืออำพรางที่มาโดยผิดกฎหมายของทรัพย์สิน หรือช่วยเหลือบุคคลใดที่เกี่ยวข้องกับความผิดในการหลบหนีผลทางอาญาจากการกระทำของบุคคลนั้น หรือ การปกปิด อำพราง ลักษณะที่แท้จริง ที่มาแหล่งที่ตั้ง การจำหน่าย การเคลื่อนที่ หรือการเป็นเจ้าของ หรือการได้สิทธิซึ่งทรัพย์สิน ทั้งที่ทราบว่าเป็นทรัพย์สินดังกล่าวเป็นรายได้จากการกระทำความผิด

## ความส่งท้าย

อาจกล่าวได้ว่า “อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003” เป็นความพยายามของสังคมโลกในการส่งเสริมและเสริมสร้างมาตรการในการป้องกันและต่อต้านการทุจริตให้มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากยิ่งขึ้น เพราะตระหนักดีว่าปัญหาการทุจริตนั้นเป็นบ่อเกิดของปัญหาสำคัญในสังคมมนุษย์หลายประการ และการทำให้ปัญหาการทุจริตหมดไปจากประเทศใดประเทศหนึ่งนั้นมิอาจกระทำได้โดยปราศจากความร่วมมือในระดับสากล

อนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญา บทนิยาม ขอบเขตการใช้บังคับของอนุสัญญาไว้ ซึ่งอยู่ภายใต้หลักการเคารพอธิปไตยแห่งรัฐ





# บทสรุปรายงานวิจัย เรื่อง แนวทางปรับปรุง กฎหมายเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง\*

ผศ. ณรงค์เดช สรุโฆษิต\*\*

## 1. ระเบียบวิธีวิจัย

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญปัญหา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 ได้จำแนกการสิ้นสุดลงของพรรคการเมืองออกเป็น 3 ลักษณะอันได้แก่ (1) การสิ้นสุดสภาพพรรคการเมือง ซึ่งเป็นกรณีที่พรรคการเมืองมิได้ดำเนินการตามเงื่อนไขเกี่ยวกับการดำรงสถานะพรรคการเมือง เช่น การไม่ส่งผู้สมัครเข้ารับเลือกตั้งเป็น ส.ส. ในการเลือกตั้งทั่วไป สองครั้งติดต่อกันหรือเป็นเวลาแปดปีติดต่อกัน หรือไม่มีการเรียกประชุมใหญ่พรรคการเมืองหรือไม่มีการดำเนินกิจกรรมใดทางการเมืองเป็นระยะเวลาติดต่อกันหนึ่งปี โดยมีได้มีเหตุอันสมควร (2) การเลิกพรรคการเมือง ซึ่งเป็นกรณีที่มีเหตุต้องเลิกพรรคตามข้อบังคับพรรคการเมืองหรือมีการคว่ำรวมพรรคการเมือง และ (3) การยุบพรรคการเมือง ซึ่งโดยหลักจะเป็นกรณีที่พรรคการเมืองกระทำความผิดกฎหมายร้ายแรงเช่น กระทำการล้มล้างการปกครองหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อประชาธิปไตย โดยกฎหมายพรรคการเมืองได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับเหตุ

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2555 และวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2555

\*\* ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กระบวนการ และผลทางกฎหมายของการสิ้นสุดลงของพรรคการเมืองทั้ง 3 ลักษณะไว้เป็นการเฉพาะ

ในทางทฤษฎีนั้น การสิ้นสุดลงของพรรคการเมืองในลักษณะที่ (1) และ (3) จัดว่าอยู่ในกลุ่มเดียวกันคือ เป็นการใช้อำนาจอรัฐทำให้สถานะความเป็นพรรคการเมืองสิ้นสุดลงโดยที่สมาชิกพรรคการเมืองดังกล่าวมิได้สมัครใจ ดังเช่นที่เรียกกันในตำราของต่างประเทศว่า Forced Closure หรือ Involuntary Dissolution ซึ่งในงานวิจัยฉบับนี้ หากมิได้ระบุไว้เป็นอย่างอื่นตามบริบทของแต่ละเรื่อง โดยทั่วไป จะเรียกการสิ้นสุดลงของพรรคการเมืองในลักษณะที่ (1) และ (3) รวมกันว่า การยุบพรรคการเมือง เช่นที่ใช้ชื่อในงานวิจัยฉบับนี้ว่า **แนวทางปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง** เพื่อให้สั้น กระชับ และสะดวกแก่การอธิบาย ส่วนการสิ้นสุดลงของพรรคการเมืองในลักษณะที่ (2) ซึ่งเรียกกันว่า Voluntary Closure/ Dissolution นั้น เป็นกรณีที่เกิดขึ้นโดยความสมัครใจ ทั้งที่กำหนดไว้ล่วงหน้าในข้อบังคับพรรค โดยระบุเกี่ยวกับเหตุแห่งการเลิกพรรคการเมืองหรือที่สมาชิกพรรคมาประชุมใหญ่ร่วมกันตกลงใจควบรวมกับพรรคการเมืองอื่น

ปัญหาก็คือ เมื่อพิจารณาบทบาทหน้าที่ของพรรคการเมืองในทางทฤษฎีที่เป็นจุดเชื่อมโยงระหว่างผู้แทนและประชาชนที่มีอุดมการณ์ทางการเมืองร่วมกันผ่านกระบวนการเลือกตั้งเข้าสู่อำนาจรัฐ เพื่อผลักดันอุดมการณ์ดังกล่าวให้สัมฤทธิ์ผล ตลอดจนบทบาทหน้าที่ของพรรคการเมืองไทยในความเป็นจริง ซึ่งส่วนใหญ่เป็นเพียงการรวมกลุ่มของผู้มีผลประโยชน์ร่วมกันทางการเมือง เพื่อให้ชนะการเลือกตั้งเป็น ส.ส. และเป็นรัฐบาล สะท้อนลักษณะของพรรคการเมืองไทยที่ตกอยู่ภายใต้การครอบงำของชนชั้นนำในพรรคและทุนทางการเมือง ส่งผลให้พรรคการเมืองไทยไม่อาจพัฒนาไปถึงสภาพที่พึงประสงค์ตามทฤษฎีพรรคการเมืองดังกล่าวได้ สาเหตุหลักประการหนึ่งก็คือ การขาดกลไกที่เสริมสร้างความเป็นประชาธิปไตยในพรรคการเมือง และความไม่ต่อเนื่องของการพัฒนาประชาธิปไตยในพรรคการเมือง ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากการที่กฎหมายเปิดช่องให้พรรคการเมืองถูกยุบหรือสิ้นสภาพได้ง่ายจนเกินไป ยิ่งไปกว่านั้น หากเป็นพรรคการเมืองที่ก่อตั้งขึ้นโดยกลุ่มบุคคลที่มีอุดมการณ์ทางการเมืองร่วมกันและมีโครงสร้างและการ

บริหารงานภายในเป็นประชาธิปไตยอยู่บ้างแล้วซึ่งแม้จะมีเป็นส่วนน้อย การยุบพรรคการเมืองก็ยิ่งถือเป็นมาตรการที่กระทบต่อเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมือง และดำเนินกิจกรรมทางการเมืองของสมาชิกคนอื่น ๆ ที่สังกัดพรรคการเมืองนั้น อย่างรุนแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากการยุบพรรคเป็นผลมาจากกระทำผิดกฎหมาย เลือกตั้งหรือกฎหมายพรรคการเมืองโดยกรรมการหรือสมาชิกพรรคเพียงบางคน

ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องศึกษาในเบื้องต้นว่า หลักเกณฑ์การยุบพรรค และการสิ้นสภาพพรรคการเมือง ทั้งที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน และในกฎหมายพรรคการเมือง และที่เป็นผลจากการตีความโดยศาลรัฐธรรมนูญ เป็นหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมและเอื้อต่อการพัฒนาพรรคการเมืองไทยหรือไม่ และเป็นหลักเกณฑ์ที่ละเมิดเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองและดำเนินกิจกรรมทางการเมืองของประชาชนหรือไม่ เนื่องจาก ไม่เพียงแต่เฉพาะรัฐธรรมนูญไทย นับตั้งแต่ฉบับ พ.ศ. 2489 เป็นต้นมาจนถึงฉบับปัจจุบันได้รับรองเสรีภาพดังกล่าวไว้เท่านั้น หากแต่ยังมีการรับรองเสรีภาพดังกล่าวไว้ในตราสารด้านสิทธิมนุษยชน ระหว่างประเทศหลายฉบับที่ประเทศไทยเป็นภาคีอีกด้วย อาทิ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ฉะนั้น การพิจารณาขอบเขตการคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าวจึงจำกัดอยู่ภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญไทยเพียงอย่างเดียวไม่ได้ หากแต่ต้องขยายให้ครอบคลุมถึงพันธกรณีระหว่างประเทศที่ผูกพันประเทศไทยด้วย เพราะแม้หลักเกณฑ์การยุบพรรคการเมืองบางข้อเป็นบทบัญญัติระดับรัฐธรรมนูญ แต่ก็อาจถือเป็นกรณีที่ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศได้<sup>1</sup>

นอกจากนั้น กระบวนการพิจารณาให้พรรคการเมืองสิ้นสภาพและการยุบพรรคการเมือง ทั้งในชั้นคณะกรรมการการเลือกตั้ง และในชั้นศาลรัฐธรรมนูญ ก็เกิดปัญหาทางปฏิบัติ จนนำไปสู่ข้อสงสัยว่า มีหลักเกณฑ์และวิธีการที่ประกันความเป็นธรรมให้แก่พรรคการเมือง กรรมการบริหารและสมาชิกพรรคการเมือง มากน้อยเพียงไร สอดคล้องกับสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมที่

<sup>1</sup> นอกจากนั้น โปรดดู รัฐธรรมนูญ 2550, ม. 257 ; และบทที่ 2 หัวข้อ 2.2 ในหน้าที่ 41.

รัฐธรรมนูญและกติการะหว่างประเทศดังกล่าวรับรองไว้หรือไม่ ไม่เพียงเท่านั้น ผลทางกฎหมายของยุบพรรคการเมืองทั้งที่มีต่อพรรคการเมืองเช่น การห้ามใช้ชื่อ หรือสัญลักษณ์ของพรรคการเมืองที่ถูกยุบไปแบบเด็ดขาดถาวรตลอดไปโดยไม่มี การจำแนกตามระดับความร้ายแรงของมูลเหตุแห่งการยุบพรรค และผลที่มีต่อ กรรมการบริหารพรรคการเมืองเช่น การถูกห้ามจัดตั้งพรรคการเมืองใหม่และเป็น กรรมการบริหารพรรคการเมืองใหม่ หรือถูกตัดสิทธิเลือกตั้งเป็นเวลา 5 ปี ก็มี แกมมุมข้อพิจารณาทางกฎหมายหลายประการที่ต้องศึกษาวิเคราะห์โดยละเอียด ยิ่งไปกว่านั้น สมควรพิจารณาต่อไปอีกว่า มาตรการทางเลือกอื่น ๆ เช่น การเลิก หรือลดเงินอุดหนุนพรรคการเมืองที่พรรคการเมืองนั้นพึงได้รับ การสั่งให้ พรรคการเมืองยุติการดำเนินการที่ขัดต่อกฎหมาย หรือการให้กรรมการบริหารพรรค ที่มีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิดพ้นจากตำแหน่ง ให้ถูกตัดสิทธิเลือกตั้งและสิทธิ ทางการเมืองอื่น ให้รับผิดทางแพ่งหรือถูกดำเนินคดีอาญา มีความเหมาะสมหรือไม่ เพียงไรที่จะนำมาใช้ทดแทนการทำให้พรรคการเมืองสิ้นสภาพหรือการยุบ พรรคการเมือง

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

(1) เพื่อศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับเหตุ กระบวนการ และผลของ การยุบพรรคและการสิ้นสภาพพรรคการเมืองตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และกฎหมายพรรคการเมือง ตลอดจนคำพิพากษา คำวินิจฉัย และคำสั่งของศาล คณะกรรมการการเลือกตั้ง และองค์กรอื่น ๆ เช่น คณะกรรมการกฤษฎีกา

(2) เพื่อศึกษาขอบเขตการคุ้มครองเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมือง และดำเนินกิจกรรมทางการเมือง และสิทธิเสรีภาพอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ตามที่รับรอง ไว้ในรัฐธรรมนูญและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทาง การเมือง ซึ่งมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยในฐานะภาคีนับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2540 และ สนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ ที่ผูกพันประเทศไทย

(3) เพื่อศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับเหตุ กระบวนการ และผลของ การยุบพรรคและการสิ้นสภาพพรรคการเมือง และขอบเขตการคุ้มครองเสรีภาพใน การจัดตั้งพรรคการเมืองและดำเนินกิจกรรมทางการเมืองและสิทธิเสรีภาพอื่น ๆ ที่

เกี่ยวข้อง ตลอดจนมาตรการทางเลือกอื่น ๆ ที่อาจนำมาใช้แทนการทำให้ความเป็นพรรคการเมืองสิ้นสุดลงตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายของต่างประเทศอันได้แก่ เยอรมนี สเปน ตุรกี และเกาหลีใต้ ตลอดจน สนธิสัญญาระหว่างประเทศที่แม้ประเทศไทยมิได้เป็นภาคีแต่ก็เป็นรากฐานสำคัญของหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนสากล อันได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป

(4) เพื่อศึกษาปัญหาทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติอันเป็นผลมาจากการใช้และการตีความกฎหมายเกี่ยวกับเหตุ กระบวนการ และผลของการยุบพรรคหรือการสิ้นสภาพพรรคการเมืองที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน และเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว

### 1.3 สมมุติฐาน

หลักกฎหมายเกี่ยวกับเหตุ กระบวนการ และผลของการยุบพรรคและการสิ้นสภาพพรรคการเมืองที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ส่วนใหญ่มีลักษณะเป็นการละเมิดเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองและดำเนินกิจกรรมทางการเมืองและสิทธิเสรีภาพอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องมากเกินไปจนสมควร อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันประเทศไทย

### 1.4 ขอบเขตการศึกษาวิจัย

งานวิจัยนี้จะศึกษาถึงปัญหาของการยุบพรรคการเมืองไทยในภาพรวมและปัญหาเกี่ยวกับเหตุแห่งการสิ้นสภาพพรรคการเมืองและเหตุแห่งการยุบพรรคการเมืองที่มีประเด็นถกเถียงกันมากอยู่ ณ ปัจจุบัน อันได้แก่ เหตุการกระทำผิดกฎหมายเลือกตั้ง และเหตุเกี่ยวกับรายงานการดำเนินกิจการและรายงานการใช้จ่ายเงินสนับสนุนพรรคการเมือง โดยเน้นทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายพรรคการเมืองของประเทศ เยอรมนี สเปน และเกาหลีใต้ รวมทั้งหลักเกณฑ์การคุ้มครองเสรีภาพทางการเมืองของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่ประเทศไทยเป็นภาคี

อนึ่ง งานวิจัยในลำดับถัดไป จะศึกษาถึงปัญหาเกี่ยวกับเหตุแห่งการยุบพรรคการเมืองของไทยในเหตุอื่น ๆ กระบวนการและผลของการยุบพรรคการเมือง

ตลอดจนมาตรการทางเลือกอื่นที่อาจนำมาใช้ทดแทนการทำให้ความเป็นพรรคการเมืองสิ้นสุดลง

### 1.5 ระเบียบวิธีศึกษาวิจัย

(1) วิจัยเอกสารทางนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ ที่เกี่ยวกับพรรคการเมือง การมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน การพัฒนาการเมืองไทย และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพทางการเมือง โดยอาศัยการเปรียบเทียบกฎหมายและการวิเคราะห์กฎหมายในเชิงสังคมวิทยา ควบคู่ไปกับการวิเคราะห์บทบัญญัติแห่งกฎหมาย

(2) วิจัยภาคสนามโดยการสัมภาษณ์และประชุมกลุ่มย่อย

### 1.6 ขั้นตอนการศึกษาวิจัย

(1) รวบรวมเอกสารและศึกษาวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องทั้งในภาษาไทย และภาษาอังกฤษ

(2) วิเคราะห์ข้อมูลและจัดทำรายงานวิจัย (ระยะที่หนึ่ง) เพื่อนำไปใช้ประกอบการสัมภาษณ์และการประชุมกลุ่มย่อย

(3) เก็บข้อมูลโดยการสัมภาษณ์และประชุมกลุ่มย่อย อาทิ กรรมการการเลือกตั้ง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ผู้บริหารและกรรมการพรรคการเมือง ผู้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญและกฎหมายพรรคการเมือง นักการเมือง นักวิชาการที่เชี่ยวชาญด้านพรรคการเมืองและสิทธิทางการเมือง ตลอดจนบุคคลที่แสดงความคิดเห็นต่อที่สาธารณะในประเด็นที่เกี่ยวข้อง

(4) จัดการประชุมทางวิชาการ เพื่อนำเสนอผลการศึกษาวิจัย

(5) ปรับปรุงรายงานวิจัย

(6) จัดส่งผลงานและจัดพิมพ์เผยแพร่

### 1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

(1) ได้รับทราบหลักกฎหมายเกี่ยวกับเหตุ กระบวนการ และผลของการยุบพรรคและการสิ้นสุดพรรคการเมืองของประเทศไทยและของต่างประเทศ และขอบเขตการคุ้มครองเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองและดำเนินกิจกรรม

ทางการเมืองและสิทธิเสรีภาพอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ตามที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญไทย รัฐธรรมนูญต่างประเทศ และสนธิสัญญาระหว่างประเทศทั้งที่ประเทศไทยเป็นภาคี และมีได้เป็นภาคี ตลอดจนมาตรการทางเลือกอื่นที่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ ในการควบคุมการดำเนินการที่ไม่ถูกต้องของพรรคการเมืองได้โดยไม่ต้องยุบพรรคหรือทำให้พรรคการเมืองสิ้นสภาพไป

(2) ได้รับความบปัญหาทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติอันเป็นผล มาจากการใช้และการตีความกฎหมายเกี่ยวกับเหตุ กระทบการ และผลของการ ยุบพรรคและการสิ้นสภาพพรรคการเมืองที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

(3) ได้รับความบแนวทางแก้ไขปัญหอันเกิดจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับ เหตุ กระทบการ และผลของการยุบพรรคและการสิ้นสภาพพรรคการเมืองที่ เป็นอยู่ ณ ปัจจุบัน อันเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับบริบทการเมืองไทย และไม่เป็น อุปสรรคต่อการพัฒนาระบบพรรคการเมืองไทย อีกทั้งไม่ละเมิดเสรีภาพในการ จัดตั้งพรรคการเมืองและดำเนินกิจกรรมทางการเมืองและสิทธิเสรีภาพอื่นจน เกินสมควร

(4) มีหลักการที่จะนำไปกำหนดเป็นบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ กฎหมาย ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธี พิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ และระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง เฉพาะใน ส่วนที่เกี่ยวข้องกับการยุบพรรคและการสิ้นสภาพพรรคการเมือง เพื่อนำไปใช้ในการ ปรับปรุงรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และกฎต่าง ๆ ดังกล่าวต่อไป

## 1.8 หลักเกณฑ์การคัดเลือกประเทศต้นแบบการศึกษา

การศึกษาวิจัยโดยวิธีการเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศและนำมา เป็นแนวทางปรับปรุงกฎหมายไทย โดยทั่วไป มักจะเลือกศึกษากฎหมายอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และเยอรมัน ซึ่งเป็นประเทศต้นแบบสกุลกฎหมายหลัก ของโลก หรือไม่ก็ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายญี่ปุ่น แคนาดา และออสเตรเลีย ซึ่งเป็นประเทศอุตสาหกรรมชั้นนำและมีระบบกฎหมายที่ก้าวหน้าไม่ด้อยกว่า ประเทศต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้น อย่างไรก็ตาม ในการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมาย

ต่างประเทศเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมืองนั้นจำเป็นจะต้องจำกัดการศึกษาไว้แต่เฉพาะกฎหมายของประเทศที่สามารถเทียบเคียงกันได้กับกฎหมายพรรคการเมืองไทย เพื่อให้งานวิจัยฉบับนี้ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดทั้งในทางวิชาการและทางปฏิบัติ โดยผู้วิจัยอาศัยหลักเกณฑ์ต่อไปนี้ในการคัดเลือกประเทศต้นแบบการศึกษา

### 1.8.1 การมีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับพรรคการเมือง

การควบคุมการดำเนินการของพรรคการเมืองโดยรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายจำแนกได้เป็น 3 ลักษณะใหญ่ ๆ อันได้แก่<sup>2</sup>

- (1) การจัดตั้งและการสิ้นสุดลงของพรรคการเมือง
- (2) การทำหน้าที่ของพรรคการเมืองในการเลือกตั้ง เช่น การคัดเลือกผู้แทนของพรรคเพื่อส่งลงสมัครรับเลือกตั้ง การส่งบัญชีรายชื่อผู้สมัครในการเลือกตั้งแบบสัดส่วน การหาเสียงเลือกตั้ง ฯลฯ และ
- (3) การเงินของพรรคการเมือง และการให้ความสนับสนุนทางการเงินและอื่น ๆ แก่พรรคการเมืองโดยรัฐ เพื่อลดทอนโอกาสทุจริตของบรรดานักการเมือง และเพื่อให้ระบบการเมืองโดยรวมเกิดความโปร่งใสและตรวจสอบได้มากยิ่งขึ้น

หลายประเทศควบคุมพรรคการเมืองเฉพาะในลักษณะที่ 2 ผ่านกฎหมายเลือกตั้ง (Electoral Law) หรือกฎหมายว่าด้วยการหาเสียงเลือกตั้ง (Election Campaign Law) ในขณะที่ประเทศพัฒนาแล้ว (Developed Countries) ส่วนมากมักจะควบคุมทั้งลักษณะที่ 2 และ 3 โดยอาศัยทั้งกฎหมายเลือกตั้ง กฎหมายว่าด้วยการหาเสียงเลือกตั้ง และกฎหมายเกี่ยวกับการเงินของพรรคการเมืองหรือการสนับสนุนพรรคการเมืองโดยรัฐ แต่กระนั้นก็ดี ยังมีอีกหลายประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่เคยเผชิญปัญหาที่มาจากพรรคการเมือง หรือประเทศประชาธิปไตยเกิดใหม่ (New Democracies) จะควบคุมทั้ง 3 ลักษณะ

<sup>2</sup> Biezen, Ingrid van (2008). 'Party Regulation and Constitutionalization: A Comparative Overview', ใน Per Nordlund and Ben Reilly (eds.), *Political Parties and Democracy in Conflict-Prone Societies: Regulation, Engineering and Democratic Development*, (Tokyo: UN University Press, 2008), น. 25 - 47.



โดยมีกฎหมายว่าด้วยพรรคการเมืองเป็นการเฉพะ (Comprehensive Political Parties Laws) ดังเช่นสเปน โปรตุเกส รัสเซีย โรมานีเย ตุรกี เกาหลีใต้ ยูเครน อาร์เจนติน่า ฯลฯ ซึ่งการควบคุมพรรคการเมืองทั้ง 3 ลักษณะเช่นนี้มีแนวโน้มเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ

ด้วยเหตุที่กฎหมายพรรคการเมืองไทยจัดอยู่ในกลุ่มที่ว่ามานี้ ดังนั้น งานวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาเฉพะกฎหมายของประเทศที่ควบคุมพรรคการเมืองทั้ง 3 ลักษณะเป็นหลัก

### 1.8.2 การกำหนดให้พรรคการเมืองต้องจดทะเบียนหรือจดทะเบียนจัดตั้ง

ในประเทศประชาธิปไตยดั้งเดิม เช่น อังกฤษ อเมริกา ฝรั่งเศส และเยอรมัน การรวมตัวกันจัดตั้งพรรคการเมืองเป็นสิทธิตามธรรมชาติของบุคคล (Natural Rights) ไม่จำเป็นต้องอาศัยการรับรองจากรัฐ<sup>3</sup> ก็สามารถเข้าสู่กระบวนการสร้างเจตจำนงทางการเมืองของประชาชนได้ และหากกลุ่มที่เรียกว่าพรรคการเมืองนี้ต้องการมีสถานะนิติบุคคลเพื่อให้มีสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ตามกฎหมาย ก็มักจะไปจดทะเบียนจัดตั้งในรูปสมาคม (Association) ในทางตรงกันข้าม ประเทศประชาธิปไตยหลายประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่เคยเผชิญวิกฤติการณ์ทางการเมืองอันเป็นผลมาจากพฤติกรรมของพรรคการเมือง เช่น สเปน โปรตุเกส ตุรกี เกาหลีใต้ หรือเป็นประเทศประชาธิปไตยเกิดใหม่ในยุโรปตะวันออก อาทิ รัสเซีย โรมานีเย อาร์เมเนีย ฯลฯ ซึ่งมุ่งหมายจะสถาปนาระบบหลายพรรคการเมือง (Multi-party System) ให้เกิดขึ้นและดำรงอยู่อย่างมั่นคง ภายหลังจากที่ตกอยู่ภายใต้ระบบการเมืองพรรคเดียว คือ พรรคคอมมิวนิสต์ มานานกว่าครึ่งศตวรรษ การรวมตัวกันของบุคคลเพื่อจัดตั้งพรรคการเมืองในกลุ่มประเทศเหล่านี้จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายรองรับ เพื่อประโยชน์ทั้งในด้านการควบคุมและในด้านการส่งเสริม

<sup>3</sup> อันที่จริง นักกฎหมายสำนักปฏิฐานนิยม (Positivism) อาจโต้แย้งได้ว่า เสรีภาพในการรวมกลุ่มเป็นเสรีภาพที่รับรองโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร คือ รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว ดังนั้น การรวมกลุ่มของบุคคลในแต่ละครั้ง ไม่ว่าเป็นการถาวรหรือชั่วคราว ก็ไม่จำเป็นต้องขออนุญาตหรือต้องได้รับการรับรองจากรัฐอีก

พรรคการเมือง ดังนั้น การรวมกลุ่มจัดตั้ง “พรรคการเมือง” จึงถูกบังคับให้ต้องจดทะเบียนหรือจดทะเบียนกับภาครัฐก่อน จึงจะมีสถานะนิติบุคคล “พรรคการเมือง” และจึงจะสามารถเข้าสู่กระบวนการสร้างเจตจำนงทางการเมืองของประชาชนผ่านการเลือกตั้งได้ ซึ่งประเทศไทยก็จัดอยู่ในกลุ่มที่ว่านี้ด้วย

จริงอยู่ที่ระบบกฎหมายของอังกฤษ นิวซีแลนด์ แคนาดา และอีกหลายประเทศ ยอมรับว่า การรวมตัวกันจัดตั้งพรรคการเมืองเป็นสิทธิตามธรรมชาติของบุคคล และไม่จำเป็นต้องอาศัยการรับรองจากรัฐ แต่ด้วยความซับซ้อนของระบบการเลือกตั้งโดยเฉพาะการเลือกตั้งแบบสัดส่วนหรือบัญชีรายชื่อ (Proportional Representation/ Party List) ความจำเป็นที่จะต้องควบคุมการเงินของพรรคการเมืองให้เกิดความโปร่งใส และการให้การสนับสนุนแก่พรรคการเมืองโดยรัฐ ก็เป็นสาเหตุให้ประเทศเหล่านั้นกำหนดให้พรรคการเมืองต้องจดทะเบียนขึ้นทะเบียน หรือจดทะเบียนกับภาครัฐก่อน จึงจะเข้าร่วมกระบวนการเลือกตั้งในนาม “พรรคการเมือง” ได้ แม้ว่าประเทศเหล่านี้จะมีได้บังคับให้พรรคการเมืองต้องจดทะเบียนเพื่อให้มีสถานะเป็นนิติบุคคล “พรรคการเมือง” ก่อนการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองอื่น ๆ ก็ตาม

ตัวอย่างเช่น อังกฤษบังคับให้พรรคการเมืองต้องจดทะเบียนกับคณะกรรมการการเลือกตั้ง มิเช่นนั้น ไม่สามารถใช้คำว่า “พรรค” ในการหาเสียงเลือกตั้งได้ และย่อมไม่ได้รับการจัดสรรเวลาออกอากาศวิทยุและโทรทัศน์ที่จัดให้แก่พรรคการเมือง<sup>4</sup> ฯลฯ หรือหลังจากที่นิวซีแลนด์ได้นำการเลือกตั้งระบบผสมแบบสัดส่วน (Mixed Member Proportional - MMP) มาใช้ จึงจำเป็นต้องกำหนดเงื่อนไขให้พรรคการเมืองต้องจดทะเบียนกับคณะกรรมการเลือกตั้งก่อนที่จะส่งสมาชิกลงแข่งขันในนามของพรรค (Party Vote) หรือการเลือกตั้งแบบสัดส่วนได้ มิเช่นนั้น แม้พรรคการเมืองจะสามารถส่งสมาชิกลงสมัครเลือกตั้งได้ แต่ก็จำกัดไว้เฉพาะการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้ง (Constituency Candidate -

<sup>4</sup> United Kingdom: Political Parties, Elections and Referendums Act 2000, §22 และ §37 (1); และโปรดดู Bradley and Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, (London : Longman, 14 edition, 2007), น. 162 - 163.น

Electorate Vote) เท่านั้น<sup>5</sup>

ด้วยเหตุที่กฎหมายพรรคการเมืองไทยกำหนดเงื่อนไขให้พรรคการเมือง ต้องจัดแจ้งการจัดตั้งกับนายทะเบียนพรรคการเมืองโดยความเห็นชอบของ กกต. ก่อนที่จะมีสถานะนิติบุคคลและสามารถดำเนินกิจกรรมใด ๆ ในนามพรรคการเมืองนั้นได้ งานวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาแต่เฉพาะกฎหมายของประเทศที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายไทยในขณะนี้

### 1.8.3 การมีบทบัญญัติและคดีเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง

ในบรรดาหลาย ๆ ประเทศที่มีกฎหมายพรรคการเมืองเป็นการเฉพาะ มักจะบัญญัติเกี่ยวกับเหตุ กระบวนการ และผลของการยุบพรรคการเมืองไว้ในกฎหมายด้วย บางประเทศ เช่น เซด (Chad) บัญญัติเหตุยุบพรรคการเมืองไว้กว้าง ๆ คือ เมื่อกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายพรรคการเมือง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอาจร้องขอให้ศาลสั่งยุบพรรคการเมืองได้<sup>6</sup> คล้ายคลึงกับกฎหมายของเอริเทีย (Eritrea)<sup>7</sup> แต่ทั้งนี้ ส่วนใหญ่มักจะบัญญัติเหตุเพิกถอนออกจากทะเบียนเหตุยกเลิกการจดทะเบียน หรือเหตุยุบพรรคการเมืองกระบวนการพิจารณาวินิจฉัย และผลที่สืบเนื่องตามมาไว้อย่างละเอียด และที่สำคัญการมีตัวอย่างคดีที่ศาลตัดสินยุบหรือไม่ยุบพรรคการเมืองย่อมช่วยให้เข้าใจแนวทางการปรับใช้ตัวบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีได้ดียิ่งขึ้น

งานวิจัยนี้จึงมุ่งศึกษาแต่เฉพาะกฎหมายของ (ก) ประเทศที่บัญญัติเกี่ยวกับเหตุ กระบวนการ และผลของการยุบพรรคการเมืองโดยละเอียด

<sup>5</sup> **New Zealand:** Electoral Act 1993 No. 87, §62, §143, §146, และ §166; และโปรดดู Andrew Geddis, “The Unsettled Legal Status of Political Parties in New Zealand,” *New Zealand Journal of Public and International Law*, (Vol. 3 June 2005), น. 105.

<sup>6</sup> **Chad:** Act No. 45 of 14 December 1994 on charter of political parties, art. 37, art. 39 - 40.

<sup>7</sup> **Eritrea:** Proclamation on the Formation of Political Parties and Organizations No. 2001, art. 17.

และที่มี (ข) คดีตัวอย่าง ดังเช่นที่ปรากฏในกฎหมายพรรคการเมืองและคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญของไทย

#### 1.8.4 การเป็นต้นแบบในการจัดทำร่างกฎหมายพรรคการเมืองไทย

พรรคการเมืองเป็นสิ่งที่ประเทศไทยรับสืบทอดมาจากประเทศตะวันตกเช่นเดียวกับการปกครองระบอบประชาธิปไตย และกฎหมายพรรคการเมืองไทยก็เป็นผลจากการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายพรรคการเมืองของต่างประเทศ กล่าวโดยเฉพาะเจาะจงก็คือ เยอรมนี ตุรกี และเกาหลีใต้ ความข้อนี้ ปรากฏชัดในบันทึกความเห็นของศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ในฐานะเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาในการพิจารณาตรวจร่างพระราชบัญญัติพรรคการเมืองที่เสนอโดยกระทรวงมหาดไทย ซึ่งต่อมาถูกตราขึ้นเป็นพระราชบัญญัติพรรคการเมือง พ.ศ. 2511<sup>8</sup> นอกจากนี้ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. .... โดยคณะกรรมการธิการของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งผู้วิจัยร่วมเป็นอนุกรรมการด้วย ก็ได้มีการแจกจ่ายกฎหมายพรรคการเมืองของอังกฤษ เยอรมนี และเกาหลีใต้ให้แก่กรรมการและอนุกรรมการเพื่อใช้ประกอบการพิจารณา

งานวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาที่กฎหมายของประเทศซึ่งใช้เป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายพรรคการเมืองไทย

#### 1.8.5 ประวัติศาสตร์และบริบททางการเมือง

แม้งานวิจัยฉบับนี้จะศึกษาหลักนิติศาสตร์เพื่อเสนอแนะแนวทางปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมืองโดยอาศัยวิธีการวิเคราะห์กฎหมายในเชิงกฎหมาย (Normative Analysis of Law) เป็นหลัก แต่ในการศึกษาก็จำเป็นต้องอาศัยองค์ความรู้ในศาสตร์สาขาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ทั้งประวัติศาสตร์ รัฐศาสตร์ สังคมวิทยา หรือแม้แต่เศรษฐศาสตร์การเมือง กล่าวอีกนัยหนึ่ง อาศัย

<sup>8</sup> หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายพระราชบัญญัติพรรคการเมือง พ.ศ. 2511, (กรุงเทพฯ : โอเดียนสโตร์, 2512), น. 88 - 91.

วิธีการวิเคราะห์กฎหมายเชิงประวัติศาสตร์และสังคมวิทยาควบคู่กันไปด้วย (Historical and Sociological Study of Law) ทั้งนี้ เพื่อให้ข้อเสนอด่าง ๆ สอดคล้องกับประวัติศาสตร์ สภาพสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองไทยให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เพราะที่ผ่านมา ปรากฏชัดแล้วว่า การศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศเพื่อจัดทำร่างกฎหมายไทยหลายฉบับ ไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมไทย จึงไม่เพียงแต่มีได้แก้ไขปัญหา หากแต่กลับยิ่งบ่มเพาะปัญหาโดยเฉพาะที่เป็นผลมาจากความแตกต่างเหลื่อมล้ำระหว่างประเทศต้นแบบและประเทศไทย ทั้งในระบอบกฎหมายและวัฒนธรรมทางกฎหมาย การเมือง เศรษฐกิจ และสังคม

ในการนี้ หากวิเคราะห์เฉพาะประเด็นการยุบพรรคการเมือง จะพบว่า เหตุผลหลักของการกำหนดให้มีการยุบพรรคการเมืองก็คือ พรรคการเมือง เป็นภัยอันตรายคุกคามระบอบการเมืองการปกครองนั้น ๆ เสียเอง เช่นที่อดอล์ฟ ฮิตเลอร์ใช้พรรคนาซี (Nazi Party) หรือที่เบนนิโต มุสโสลินีใช้พรรคฟาสซิสต์ แห่งชาติ (National Fascist Party) เป็นเครื่องมือเข้าสู่อำนาจการเมืองผ่านการเลือกตั้ง จากนั้น จึงค่อย ๆ สถาปนาระบอบเผด็จการขึ้น<sup>9</sup> จาร์รี หรือสภาพ ปัญหาปัจจุบันในรัสเซียและสเปนที่กำลังเผชิญกับปัญหากลุ่มแบ่งแยกดินแดนแคว้น Chechen และแคว้น Basque โดยลำดับ ซึ่งมีการใช้พรรคการเมืองเคลื่อนไหว เสนอข้อเรียกร้องทางการเมืองอย่างเปิดเผย ไปพร้อม ๆ กับการก่อการร้าย ยุครุน และประเทศในยุโรปตะวันออกอื่น ๆ หลายประเทศที่กลุ่มผู้ฝักใฝ่ลัทธิคอมมิวนิสต์ พยายามรื้อฟื้นพรรคคอมมิวนิสต์เดิม<sup>10</sup> เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ ประเทศที่จะนำกฎหมาย เกี่ยวกับการยุบพรรคการเมืองมาศึกษาก็น่าจะมีประสบการณ์หรือกำลังเผชิญอยู่กับภัยคุกคามจากพรรคการเมือง สมดังคำกล่าวที่ว่า กฎหมายย่อมมีขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการหรือแก้ไข้ปัญหาของสังคม

<sup>9</sup> Gregory H. Fox, and Georg Nolte, "Intolerant Democracies," *Harvard International Law Journal* (Vol. 36 Winter, 1995) น. 10 - 11.

<sup>10</sup> Alexei Trochev, "Ukraine: Constitutional Court Invalidates Ban on Communist Party," *International Journal of Constitutional Law*, (Vol. 1, July, 2003).

อย่างไรก็ดี หากคำนึงแต่เฉพาะกรณีของประเทศที่เผชิญกับปัญหาพรรคการเมือง และมีการใช้มาตรการยุบพรรคการเมืองเป็นเครื่องมือขจัดปัญหาดังกล่าวแต่เพียงด้านเดียว โดยไม่พิจารณาถึงระดับพัฒนาการของประชาธิปไตย ซึ่งให้น้ำหนักความสำคัญแก่พรรคการเมืองในฐานะสื่อกลางระหว่างรัฐกับประชาชน ตลอดจนความหลากหลายทางการเมืองอันเป็นหัวใจหลักของประชาธิปไตยที่จะธำรงรักษาไว้ได้ก็แต่เฉพาะภายใต้บริบทการเมืองและการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการรวมกลุ่ม และเสรีภาพของพรรคการเมืองเท่านั้น มิเช่นนั้นแล้ว จะกลายเป็นว่า ไปนำกฎหมายของประเทศที่ปกครองภายใต้ระบอบอำนาจนิยม (Authoritarian Regime) มาเป็นต้นแบบในการศึกษาเพื่อปรับปรุงกฎหมายไทย อันอาจเป็นการถอยหลังเข้าคลอง ซึ่งมีใช่เป้าประสงค์ของงานวิจัยฉบับนี้ที่มุ่งหมายให้กฎหมายเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมืองของไทยสอดคล้องกับหลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตย

ดังนั้น การคัดเลือกประเทศโดยอาศัยหลักเกณฑ์ประวัติศาสตร์และบริบททางการเมืองของประเทศนั้น ๆ จึงต้องพิจารณาจากสองปัจจัย คือ (ก) เผชิญหรือเคยเผชิญกับปัญหากระบวนการเมืองที่พรรคการเมืองเป็นต้นเหตุ และใช้มาตรการยุบพรรคการเมืองเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว และ (ข) เป็นประเทศที่ได้รับการยอมรับระดับสากลว่าปกครองในระบอบประชาธิปไตยเต็มรูปแบบ ในกรณีนี้ผู้วิจัยจะอาศัยดัชนีชี้วัดการเคารพหลักนิติรัฐของปี ค.ศ. 2008 ในโครงการตัวชี้วัดธรรมาภิบาลระดับโลกของธนาคารโลก (The Worldwide Governance Indicators project - WGI)<sup>11</sup> และดัชนีชี้วัดความเป็นประชาธิปไตย ค.ศ. 2008

<sup>11</sup> โครงการตัวชี้วัดธรรมาภิบาลระดับโลกของธนาคารโลกนี้สำรวจข้อมูล 202 ประเทศทั่วโลก ระหว่างปี ค.ศ. 1996 - 2008 โดยอาศัยเกณฑ์ 6 ข้อ ได้แก่ (ก) ความสำคัญและความรับผิดชอบต่อประชาชน (ข) ความมั่นคงทางการเมืองและการปราศจากการใช้ความรุนแรง (ค) ประสิทธิภาพของรัฐบาล (ง) คุณภาพของระบบควบคุมกำกับของภาครัฐ (จ) การเคารพหลักนิติรัฐ และ (ฉ) การควบคุมการคอร์รัปชัน โปรดดู <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.asp> เข้าถึงข้อมูล ณ วันที่ 30 มกราคม 2553

(Democracy Index 2008) ของวารสาร The Economist<sup>12</sup> เป็นฐานในการประเมิน โดยมุ่งศึกษากฎหมายของประเทศที่ได้คะแนนในระดับสูงกว่าหรือเท่ากับประเทศไทยทั้งสองดัชนี กล่าวคือ ดัชนีชี้วัดการเคารพหลักนิติรัฐต้องไม่น้อยกว่าร้อยละ 54 และดัชนีชี้วัดความเป็นประชาธิปไตยต้องได้ระดับ Full Democracy หรือระดับ Flawed Democracy ที่มีคะแนนไม่ต่ำกว่า 6.81 จากคะแนนเต็ม 10.00

### 1.8.6 ความสะดวกในการเข้าถึงข้อมูล

อนึ่ง แม้ว่าบางประเทศเช่น โปรตุเกส หรือโรมาเนีย จะมีลักษณะหลายอย่างเข้าหลักเกณฑ์การคัดเลือกประเทศต้นแบบการศึกษาเช่น มีกฎหมายพรรคการเมือง พรรคการเมืองต้องจดทะเบียน มีบทบัญญัติและคดีเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมืองที่หลากหลาย แต่ด้วยความที่มีเอกสารในภาษาไทยและภาษาอังกฤษน้อยเกินไป ทำให้ไม่สามารถศึกษาให้ครบถ้วนทุกมิติที่จำเป็นต้องใช้ประกอบการวิเคราะห์ได้ ดังนั้น ความยากง่ายในการเข้าถึงข้อมูลก็เป็นอีกหนึ่งเหตุปัจจัยในการเลือกกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ขึ้นมาเป็นต้นแบบการศึกษา

จากการพิเคราะห์ตามหลักเกณฑ์ต่างๆ ข้างต้น พบว่ามีเพียงเกาหลีใต้ประเทศเดียวที่ครบทุกหลักเกณฑ์ ปัจจัยการพิจารณาชี้ขาดต่อมาคือ เรื่องความยากง่ายในการเข้าถึงข้อมูลที่เป็นภาษาไทยหรือภาษาอังกฤษ และพิจารณาคัดเลือกประเทศที่เข้าหลักเกณฑ์มากที่สุด คือ 5 ข้อ ได้แก่ เยอรมนี สเปน และตุรกี ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเลือกศึกษากฎหมายพรรคการเมืองและคดียุบพรรคการเมืองของ 4 ประเทศนี้ เพื่อใช้เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย ทั้งในมิติเหตุแห่งการยุบพรรคการเมือง กระบวนการยุบพรรคการเมือง และผลของการ

<sup>12</sup> ดัชนีชี้วัดความเป็นประชาธิปไตยของวารสาร The Economist สืบจาก 167 ประเทศทั่วโลก โดยใช้เกณฑ์ (1) การเลือกตั้งที่เสรีและเป็นธรรม (2) ความมั่นคงปลอดภัยของผู้มีสิทธิเลือกตั้ง (3) อิทธิพลของต่างชาติที่มีต่อรัฐบาล และ (4) ความสามารถของข้าราชการในการแปลงนโยบายสู่การปฏิบัติ จากนั้น จึงประมวลผลแบ่งเป็น 4 ระดับจากมากไปหาน้อยได้แก่ Full Democracy, Flawed Democracy, Hybrid Regime, และ Authoritarian Regime ตามลำดับ โปรดดู <http://www.economist.com> เข้าถึงข้อมูล ณ วันที่ 30 มกราคม 2553

ยุบพรรคการเมือง รวมทั้งมาตรการทางเลือกอื่น ๆ เพื่อใช้ทดแทนการยุบพรรคการเมือง ส่วนประเทศอื่น ๆ นอกเหนือจากนั้น อาจนำกฎหมายพรรคการเมือง และคดียุบพรรคการเมืองของประเทศเหล่านั้นมาวิเคราะห์เปรียบเทียบเป็นเรื่อง ๆ ไป เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการยุบพรรคการเมือง

อนึ่ง ประเทศเยอรมนี แม้ไม่มีหลักเกณฑ์การบังคับให้พรรคการเมืองต้องจดทะเบียนหรือจดทะเบียนการจัดตั้งเป็นนิติบุคคล “พรรคการเมือง” แต่กฎหมายพรรคการเมืองเยอรมันก็มีจุดเด่นตรงที่เป็นต้นแบบของกฎหมายพรรคการเมืองฉบับต่าง ๆ ค่อนโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในประเด็นที่ว่าด้วยการยุบพรรคการเมืองและหลักประชาธิปไตยซึ่งพร้อมที่จะป้องกันตนเอง (Militant Democracy)<sup>13</sup> สเปนนั้น แม้ไม่มีข้อมูลยืนยันได้ว่าเป็นต้นแบบในการจัดทำร่างกฎหมายพรรคการเมืองฉบับหนึ่งฉบับใดของไทยหรือไม่ แต่สเปนก็เพิ่งจะปรับปรุงเหตุยุบพรรคในกฎหมายพรรคการเมือง เมื่อปี ค.ศ. 2002 ให้ตอบสนองต่อการก่อการร้ายที่เพิ่มมากขึ้นโดยมีพรรคการเมืองเคลื่อนไหวอยู่หน้าฉากประสานกับกลุ่มก่อการร้ายหรือขบวนการแบ่งแยกดินแดน<sup>14</sup> จึงมีความน่าสนใจในตัวเองอยู่ไม่น้อย และสำหรับตุรกีนั้น แม้จะมีค่าดัชนีชี้วัดความเป็นประชาธิปไตยต่ำกว่าประเทศไทยคือ มีอยู่ที่ 5.69 จัดอยู่ระดับ Hybrid regime แต่ก็มีดัชนีชี้วัดการเคารพหลักนิติรัฐสูงกว่าของไทยร้อยละ 2 แต่ที่น่าสนใจกว่านั้นก็คือ ตุรกีมีคดีเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมืองจำนวนมากขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญ และคดีสำคัญ ๆ ก็มีการเสนอคำร้องต่อไปยังศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ซึ่งมักจะตัดสินให้ตุรกีแพ้คดีจนเป็นเหตุให้ตุรกีต้องแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและกฎหมายพรรคการเมืองในประเด็นนี้โดยเฉพาะเลยทีเดียว<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Andras Sajó, “From Militant Democracy to the Preventive State?,” *Cardozo Law Review*, Vol. 27, No. 5 (April 2006) น. 2262.

<sup>14</sup> Victor Ferreres Comella, “The New Regulation of Political Parties in Spain, and the Decision to Outlaw Batasuna,” ใน András Sajó (ed.), *Militant Democracy*, (Utrecht: Boom Eleven International, 2004) น. 133 - 134.

<sup>15</sup> *Opinion on the Constitutional and Legal Provisions Relevant to the*



## 2. สภาพปัญหาของการยุบพรรคการเมืองไทย

นับแต่การประกาศใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 ต่อเนื่องถึงพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 จวบจนปัจจุบัน มีพรรคการเมืองที่ถูกยุบหรือถูกประกาศให้สิ้นสภาพไปแล้วจำนวนรวมทั้งสิ้น 123 พรรคบทสรุปรายงานวิจัยเรื่อง แนวทางปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับ<sup>16</sup> นำมาซึ่งข้อวิจารณ์และปัญหาหลายประการ ซึ่งในงานวิจัยนี้ได้จำแนกปัญหาออกได้เป็น 3 กลุ่มใหญ่ ๆ อันได้แก่

### 2.1 ปัญหาในระบบพรรคการเมืองและระบบการเมืองไทย

การยุบพรรคการเมืองนำมาซึ่งปัญหาในระบบพรรคการเมืองและการเมืองไทย 5 ประการ กล่าวคือ

**ประการแรก** เป็นการลดทอนความหลากหลายทางการเมือง (Political Pluralism) ในสังคมไทย ซึ่งสวนทางกับหลักการอันเป็นที่ยอมรับระดับสากลในรัฐประชาธิปไตยทั้งหลายที่มุ่งรักษาความหลากหลายในสังคม

**ประการที่สอง** เป็นการลดโอกาสในการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน เพราะรัฐธรรมนูญไทยมีเงื่อนไขบังคับให้ผู้สมัคร ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมือง การยุบพรรคการเมืองจึงเท่ากับเป็นการปิดโอกาสที่ประชาชนจะมีส่วนร่วมทางการเมืองโดยตรงในฐานะผู้สมัคร ส.ส. ของพรรคการเมืองที่มีอุดมการณ์และเจตนารมณ์ทางการเมืองตรงกันกับประชาชนผู้นั้น

---

**Prohibition of Political Parties in Turkey**, adopted by the Venice Commission at its 78<sup>th</sup> Plenary Session (13 - 14 March 2009) [CDL-AD (2009) 006] §54; และ Yusuf Sevki Hakyemez และ Birol Akgun, “Limitations on the Freedom of Political Parties in Turkey and the Jurisdiction of the European Court of Human Rights,” *Mediterranean Politics*, Vol. 7 No. 2 (Summer 2002) น. 54 - 68.

<sup>16</sup> ข้อมูล ณ วันที่ 19 ตุลาคม 2553 ; ส่วนพรรคการเมืองที่ถูกยุบไปด้วยความสมัครใจหรือการยุบไปควบรวมกับพรรคการเมืองอื่น แต่เพราะด้วยเทคนิคทางกฎหมายจึงต้องอาศัยกระบวนการยุบพรรคการเมือง จำนวน 12 พรรคนั้น อยู่นอกเหนือขอบเขตเนื้อหาของงานวิจัยนี้

**ประการที่สาม** เป็นการทำลายตัวกลางเชื่อมโยงระหว่างรัฐกับประชาชน (Political Linkage) อันเป็นหน้าที่สำคัญของพรรคการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีการยุบพรรคการเมืองที่มีสมาชิกพรรคเป็น ส.ส.ซึ่งกำลังทำหน้าที่ตัวกลางเชื่อมระหว่างรัฐกับประชาชนในระบบการเมืองอย่างเป็นทางการ

**ประการต่อมา** เป็นการทำลายโอกาสที่พรรคการเมืองไทยจะพัฒนาไปสู่การเป็นสถาบันในระบบการเมือง กล่าวคือ ในประเทศประชาธิปไตยที่ระบบพรรคการเมืองเข้มแข็ง พรรคการเมืองจะเป็นสถาบันในระบบการเมืองที่แยกออกจากตัวบุคคลผู้เป็นแกนนำของพรรคการเมืองทั้งในทางกฎหมายและในทางปฏิบัติ ซึ่งต่างจากกรณีของไทยในหลายพรรคการเมือง แต่ทั้งนี้ พรรคการเมืองต่าง ๆ ไม่ว่าจะมีจุดกำเนิดอย่างไร และไม่ว่าสภาพข้อเท็จจริง ณ ปัจจุบันเกี่ยวกับการบริหารงานของพรรคการเมืองนั้น ๆ จะเป็นเช่นไร ก็ล้วนแล้วแต่มีโอกาสดังกล่าวที่จะพัฒนาไปสู่สถานะการเป็น “สถาบัน” ได้ ซึ่งกฎหมายพรรคการเมืองปัจจุบันก็กำหนดมาตรการหลายอย่างที่จะส่งเสริมให้พรรคการเมืองพัฒนาไปสู่จุดนั้นได้ ภายใต้สภาพการณ์ที่ว่า พรรคการเมืองต้องสามารถดำรงอยู่ได้อย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลาที่ยาวนานพอสมควรที่จะให้เกิดการพัฒนาตนเอง ดังนั้น การยุบพรรคการเมือง โดยเฉพาะพรรคที่ได้รับการยอมรับจากประชาชนให้มีผู้แทนในสภา เพียงเพราะเหตุกระทำความผิดกฎหมายหรือไม่ทำหน้าที่บางอย่าง เท่ากับเป็นการทำลายโอกาสที่พรรคการเมืองไทยจะพัฒนาไปสู่การเป็นสถาบัน ซึ่งไม่เป็นผลดีต่อระบบการเมืองไทยในระยะยาว

**ประการสุดท้าย** เป็นชนวนบ่มเพาะปัญหาความขัดแย้งทางการเมือง ในสังคมไทยในระยะที่ผ่านมาให้ลุกลามบานปลายยิ่งขึ้น เนื่องจาก ผู้มีอำนาจทางการเมืองไทยทุกฝ่ายต่างพยายามใช้กลไกการยุบพรรคการเมืองเป็นเครื่องมือกำจัดศัตรูคู่แข่งทางการเมือง โดยอาศัยช่องทางที่กฎหมายไทยกำหนดเหตุแห่งการยุบพรรคการเมืองไว้อย่างกว้างขวางมาก และปราศจากกลไกทางวิธีพิจารณาที่ประกันมิให้มีการยุบพรรคการเมืองได้โดยง่าย การยุบพรรคการเมืองของไทยจึงกลายเป็นเครื่องมือสลายการรวมกลุ่มของนักการเมืองในพรรคการเมืองขนาดใหญ่ เป็นกลไกเปลี่ยนแปลงการจับขั้วทางการเมืองเพื่อจัดตั้งรัฐบาล และถูกใช้เป็นอาวุธเพื่อการตอบโต้ทางการเมือง

การใ้กฎหมายเป็นเครื่องมือกำจัตุ้รทางการเมืองนี้เองเป็นหนึ่งในหลายสาเหตุที่ทำให้ปัญหาความขัดแย้งแบ่งเป็นฝักฝ่าย สีเหลือง - แดง ในสังคมไทย ยิ่งลุกลามบานปลายมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความผิดปกติหลายอย่างเกี่ยวกับการดำเนินคดีขบพรรคการเมืองที่ผ่านมา บางกรณีก็ดำเนินการอย่างรวดเร็วและไม่เคร่งครัดในเรื่องข้อบกพร่องทางวิธิพิจารณามากนัก แต่บางกรณีกลับเป็นตรงกันข้าม ทั้งนี้ แม้ว่าการดำเนินการต่าง ๆ จะกระทำโดยสุจริตและถูกต้องตามกฎหมาย แต่ก็ทำให้สาธารณชนโดยเฉพาะที่อยู่ในขั้วตรงกันข้ามกับพรรคการเมืองที่ถูกดำเนินคดีเกิดความเคลือบแคลงสงสัยในความสุจริตและเที่ยงธรรมของนายทะเบียน กกต. และศาลรัฐธรรมนูญ

## 2.2 ปัญหาความขบด้วยรัฐธรรมนูญและการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ไทยเป็นภาคี

เหตุขบและสั้สภาพพรรคการเมือง กระบวนการ และผลของการขบพรรคการเมืองตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายพรรคการเมืองไทยนั้น มีปัญหาในเชิงหลักการ ทั้งจากมุมมองในมิติรัฐศาสตร์ที่เกี่ยวกับระบบพรรคการเมืองและระบบการเมืองไทย และจากมุมมองในมิตินิติศาสตร์ทั้งในประเด็นปัญหาความขบด้วยรัฐธรรมนูญและความสอดคล้องกับหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และจากมุมมองในมิติตความเหมาะสมของนิตินโยบาย (Legal Policy) ดังนี้

### 2.2.1 ปัญหาในเชิงหลักการ ได้แก่

(1) เหตุแห่งการสั้สภาพพรรคการเมือง ได้แก่ (ก) เหตุที่ไม่สามารถดำเนินการจัตุ้รหาสมาชิกได้ไม่น้อยกว่า 5,000 คน กระจายไปในทุกภาค และจัตุ้รตั้งสาขาพรรคในทุกภาค 4 ภาค 4 สาขา ภายในเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่นายทะเบียนรับจัตุ้รจัตุ้รตั้งพรรคการเมือง (ข) เหตุที่มีจำนวนสมาชิกเหลือไม่ถึงห้าพันคน เป็นระยะเวลาติดต่อกันหนึ่งปี และ (ค) ไม่มีการเรียกประชุมใหญ่พรรคการเมือง หรือไม่มีการดำเนินกิจกรรมใดทางการเมืองเป็นระยะเวลาติดต่อกันหนึ่งปี โดยมีได้มีเหตุอันสมควรอันจะอ้างได้ตามกฎหมาย

(2) เหตุแห่งการยุบพรรคการเมือง ได้แก่ (ก) เหตุที่ไม่ยื่นรายงานการดำเนินกิจการของพรรคการเมืองภายในกำหนดเวลาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร และ (ข) การไม่ยื่นรายงานการใช้จ่ายเงินสนับสนุนของพรรคการเมือง หรือยื่นรายงานที่ไม่ถูกต้องตามความเป็นจริง หรือใช้จ่ายเงินที่ได้รับสนับสนุนจากกองทุนเพื่อการพัฒนาพรรคการเมืองโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย และ (ค) กระทำการฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย ทั้งในเรื่องการรับคนต่างด้าวเข้าเป็นสมาชิกหรือปล่อยให้อยู่เกี่ยวกับกิจการของพรรค การที่พรรคการเมืองเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการเลือกตั้งและการได้มาซึ่ง ส.ว. การที่พรรคการเมืองรับบริจาครู้ว่าได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และการรับบริจาครู้ว่าผิดกฎหมายพรรคการเมือง ใส่ความว่าบุคคลหรือพรรคการเมืองอื่นกระทำความผิดกฎหมายพรรคการเมือง โดยปราศจากมูลความจริง ตลอดจนข้อห้ามอื่น ๆ ตามกฎหมายเลือกตั้ง

ส่วนเหตุยุบพรรคการเมืองเพราะสมาชิกหรือกรรมการบริหารพรรคการเมืองกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา หรือระเบียบหรือประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งมีผลทำให้การเลือกตั้งมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรมนั้น แม้เป็นกรณีที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 237 วรรคสอง ก็ตาม แต่ผู้วิจัยก็เห็นว่า เป็นหลักการที่ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมหรือหลักนิติรัฐ และหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ จึงจัดไว้ในกลุ่มที่มีปัญหาในเชิงหลักการนี้ด้วย

(3) ผลของการยุบพรรคการเมือง ได้แก่ กรณีการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง ทั้งตามมาตรา 237 วรรคสองของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้กรรมการบริหารพรรคทั้งคณะต้องถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งไปพร้อมกับการยุบพรรค หรือกรณีตามมาตรา 98 ของกฎหมายพรรคการเมืองที่กรรมการบริหารพรรคการเมืองอาจถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง

## 2.2.2 ปัญหาคากการใ้และการตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

เหตุแห่งการยุบพรรคการเมืองตามทีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 68 ซึ่งได้รับการขยายความโดยมาตรา 94 (1) (3) และ (4) นั้น เป็นเหตุแห่งการยุบพรรคการเมืองทีสอดคล้องกับหลักการยุบพรรคการเมืองทีได้รับการยอมรับในประเทศประชาธิปไตยดั้งเดิมทั้งหลายและสอดคล้องกับหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ อย่งไรก็ดี ด้วยความทีถ้อยคำทีบัญญัติเป็นกฎหมายมีลักษณะกว้างขวาง ไม่เฉพาะเจาะจง จึงเคยเกิดกรณีทีมีการตีความแบบขยายความ ส่งผลให้หลายฝ่าย โดยเฉพาะนักวิชาการ เห็นว่า เป็นการตีความทีไม่สอดคล้องกับหลักนิติรัฐ หลักการตีความรัฐธรรมนูญและขัดกับหลักตรรกะรวมทั้งยังมีผลเป็นการลดรอนสิทธิมนุษยชนตามพันธกรณีทีประเทศไทยเป็นภาคี นอกจากนี้ การประเมินสภาพข้อเท็จจริงเกี่ยวกับ “ความร้ายแรง” ของพฤติกรรมหรือการกระทำของพรรคการเมือง กรรมการบริหาร หรือสมาชิกพรรคอันเป็นเหตุให้สั่งยุบพรรคต่างๆ ในคดีทีผ่านๆ มา ก็ยังต้องด้วยข้อสงสัยว่า เป็นไปตามมาตรฐานในศาลของประเทศประชาธิปไตยดั้งเดิมและศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหรือไม่

ยิ่งไปกว่านั้น การดำเนินการต่างๆ เกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง นับตั้งแต่ขั้นตอนของนายทะเบียน กกต. และศาลรัฐธรรมนูญ ทีผ่านมา ก็มีข้อเท็จจริงทีบ่งชี้ว่า มิได้เคารพต่อสิทธิทีจะนำคดีไปสู่ศาล และสิทธิทีได้รับการพิจารณาอย่างเป็นทางการของผู้ได้รับผลกระทบจากการยุบพรรคการเมือง เช่นเดียวกันกับผลทางกฎหมายของการยุบพรรคการเมืองใน บางประการก็ไม่น่าจะเป็นการตีความและปรับใช้กฎหมายอย่างถูกต้องเหมาะสม

## 2.3 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมและยุบพรรคการเมือง

### 2.3.1 การขาดมาตรการทีเหมาะสมในการควบคุมพรรคการเมืองหรือการไม่นำมาตรการทีมีอยู่แล้วมาใช้บังคับ

รัฐธรรมนูญและกฎหมายพรรคการเมืองฉบับปัจจุบันได้กำหนดมาตรการอื่น ๆ นอกเหนือจากการยุบพรรคการเมือง ซึ่งรัฐอาจนำมาใช้เพื่อควบคุมการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองและกิจการภายในของพรรคการเมือง รวมทั้งพฤติกรรมของหัวหน้า กรรมการบริหาร และสมาชิกพรรคการเมืองให้ถูกต้องตามกฎหมาย สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย และเป็นไปตามรัฐธรรมนูญไว้หลายประการ อาทิ การสั่งให้มติดหรือข้อบังคับพรรคการเมืองเป็นอันยกเลิกไป การสั่งการให้พรรคการเมืองหรือบุคคลใด ๆ เลิกการกระทำเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจโดยวิถีทางนอกรัฐธรรมนูญ การสั่งให้ระงับหรือจัดการแก้ไขการกระทำที่ฝ่าฝืนนโยบายหรือข้อบังคับพรรคการเมือง การสั่งให้หัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคทั้งคณะหรือบางคนพ้นจากตำแหน่ง ฯลฯ แต่ที่ผ่านมา องค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายกลับมิได้พิจารณาปรับใช้มาตรการดังกล่าว แทนการยุบพรรคการเมือง ทั้ง ๆ ที่เห็นได้ชัดว่า มาตรการเหล่านี้ มีผลกระทบต่อเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองและดำเนินกิจกรรมทางการเมืองของสมาชิกพรรคการเมือง และสิทธิเสรีภาพของกรรมการบริหารพรรคการเมือง น้อยกว่าการยุบพรรคการเมืองและการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคทั้งคณะ แต่ทั้งนี้ ปัญหาส่วนหนึ่งเป็นเพราะกฎหมายพรรคการเมืองไทยไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้

### 2.3.2 การขาดมาตรการทางกฎหมายที่จะทำให้การยุบพรรคการเมืองเกิดสภาพบังคับที่แท้จริง

ข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสังคมการเมืองไทยในระยะสาม - สี่ปีมานี้ ชี้ชัดแล้วว่า การยุบพรรคการเมืองมิได้ส่งผลในทางปฏิบัติสมดังเจตนาของ “ผู้มีอำนาจ” ที่ต้องการสลายขั้วพรรคการเมืองเดิมที่เป็นปฏิปักษ์เลย หัวหน้าเงาของพรรคการเมืองยังคงสั่งการ ตัดสินใจว่าพรรคจะเข้าร่วมรัฐบาลกับพรรคการเมืองใดหรือไม่ กำหนดตัวบุคคลที่จะเป็นรัฐมนตรีในสัดส่วนของพรรค และตัดสินใจในเรื่องสำคัญ ๆ ของพรรค แม้ว่าผู้วิจัยจะไม่เห็นด้วยกับการยุบพรรคการเมืองแทบทุกคดีที่ผ่านมา แต่ก็ตระหนักว่า สภาพข้อเท็จจริงนี้สะท้อนช่องโหว่ของกฎหมายไทยที่มีอาจทำให้การยุบพรรคการเมืองเกิดสภาพบังคับที่แท้จริง

### 3. ข้อเสนอแนะ

ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะเพื่อแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น ดังต่อไปนี้

**3.1 มาตรการเฉพาะหน้า : ติความและใช้บังคับกฎหมายให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญและหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ**

ในเบื้องต้น การใช้และการตีความกฎหมายของนายทะเบียน กกด. และศาลรัฐธรรมนูญ ต้องเคารพหลักเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองและดำเนินกิจกรรมทางการเมือง สิทธิในการฟ้องร้องคดีต่อศาล สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การยุบพรรคการเมืองตามรัฐธรรมนูญมาตรา 237 วรรคสอง

**3.2 มาตรการระยะยาว : แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง**

#### 3.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (2550)

(1) ปรับปรุงความในมาตรา 68 วรรคสี่ โดยกำหนดให้กรรมการบริหารพรรคการเมืองและสมาชิกพรรคการเมือง*ผู้ซึ่งเป็นสาเหตุให้มีการยุบพรรคการเมืองดังกล่าว*ถูกต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือดำรงตำแหน่งใด ๆ ในพรรคการเมืองเป็นเวลาห้าปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมืองนั้น

(2) ยกเลิกความในมาตรา 237 วรรคสอง การยุบพรรคการเมือง เพราะผู้สมัครเลือกตั้ง ส.ส. ในนามของพรรคกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายเลือกตั้ง

(3) เพิ่มบทบัญญัติใหม่ในหมวด 10 ศาล ส่วนที่ 2 ศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอื่นที่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ

(4) ปรับปรุงมาตรา 216 วรรคแรก โดยกำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ถือเสียข้างมาก “เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติเป็นอย่างอื่น” จากเดิมที่ระบุว่า “เว้นแต่จะมีบัญญัติเป็นอย่างอื่นในรัฐธรรมนูญนี้”

## 3.2.2 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง

พ.ศ. 2550

## ตารางที่ 7 ข้อเสนอการแก้ไขกฎหมายพรรคการเมือง

## 3.2.3 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้ง

<p>(1) อำนาจของนายทะเบียนพรรคการเมืองและคณะกรรมการการเลือกตั้ง</p>	<p>- ปรับปรุงมาตรา 91 วรรคสอง มาตรา 93 วรรคสอง และมาตรา 95 โดยกำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นองค์กรหลักในการพิจารณาการสิ้นสภาพพรรคการเมืองและการเสนอคำร้องเพื่อยุบพรรคการเมือง ส่วนนายทะเบียนพรรคการเมืองให้เป็นองค์กรรอง มีอำนาจหน้าที่ควบคุมพรรคการเมืองในเรื่องอื่น ๆ ทัวไป ทั้งนี้ เมื่อมีการร้องเรียนหรือนายทะเบียนพบเหตุต้องสงสัยว่า มีพรรคการเมืองเข้าข่ายต้องสิ้นสภาพหรือต้องด้วยเหตุยุบพรรคการเมือง ให้นายทะเบียนเสนอเรื่องต่อ กกต. เพื่อพิจารณา</p> <p>กล่าวอีกนัยหนึ่ง อำนาจในการวินิจฉัยให้พรรคการเมืองสิ้นสภาพไปก็ตี อำนาจในการเสนอคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญก็ตี เป็นอำนาจของ กกต. มิใช่ อำนาจร่วมกัน (Co-decision) ของนายทะเบียนและ กกต. ดังเช่นที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน</p>
<p>(2) เหตุแห่งการสิ้นสภาพพรรคการเมือง</p>	<p>- ยกเลิกเหตุสิ้นสภาพพรรคการเมืองตาม มาตรา 91 (1) เพราะไม่สามารถหาสมาชิกได้ครบ 5,000 คน หรือมีสาขาพรรคครบทุกภาค</p> <p>- ลดจำนวนสมาชิกขั้นต่ำอันเป็นเหตุสิ้นสภาพตามมาตรา 91 (2) ให้เหลือ 15 คนดังเช่นกฎหมายพรรคการเมือง 2541</p>



ตารางที่ 7 ข้อเสนอการแก้ไขกฎหมายพรครการเมือง (ต่อ)

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ปรับปรุงเหตุสิ้นสุดสภาพตามมาตรา 91 (4) การไม่เรียกประชุมใหญ่หรือไม่ดำเนินกิจกรรมทางการเมือง โดยขยายระยะเวลาออกไปเป็นสองปี</li> </ul>
<p>(3) การพิจารณาให้พรครการเมืองสิ้นสุดสภาพ</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ปรับปรุงมาตรา 91 โดยเพิ่มหลักการใหม่ได้แก่                         <ul style="list-style-type: none"> <li>(ก) ห้ามมิให้นายทะเบียนประกาศให้พรครการเมืองสิ้นสุดสภาพในช่วงเวลา 90 วันก่อนวันที่สภาผู้แทนราษฎรครบวาระ หรือนับแต่วันที่มีการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร ไปจนถึงวันเลือกตั้ง</li> <li>(ข) ให้การประกาศว่าพรครการเมืองสิ้นสุดสภาพ ความเป็นพรครการเมืองมีผลตั้งแต่วันที่นายทะเบียนออกประกาศเป็นต้นไป</li> <li>(ค) ให้สมาชิกของพรครการเมืองที่ถูกประกาศให้สิ้นสุดสภาพไป จำนวนไม่น้อยกว่า 15 คน สามารถร้องคัดค้านต่อศาลรัฐธรรมนูญได้</li> </ul> </li> </ul>
<p>(4) เหตุแห่งการยุบพรครการเมือง</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ยกเลิกเหตุยุบพรครการเมืองตามมาตรา 93 กรณีรายงานการดำเนินกิจการของพรครการเมือง และกรณีการใช้จ่ายและรายงานการใช้จ่ายเงินสนับสนุนของพรครการเมือง</li> <li>- ปรับปรุงเหตุเหตุยุบพรครการเมืองตามมาตรา 94 (1) โดยตัดข้อความตอนท้ายที่ว่า “หรือกระทำการตามที่รัฐธรรมนูญให้ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจโดยวิธีการดังกล่าว” ออกไป</li> <li>- ปรับปรุงเหตุยุบพรครการเมืองตามมาตรา 94 (2) การยุบพรครเพราะฝ่าฝืนกฎหมายเลือกตั้ง</li> </ul>

## ตารางที่ 7 ข้อเสนอการแก้ไขกฎหมายพรรคการเมือง (ต่อ)

	<p>โดยเพิ่มองค์ประกอบเรื่องความร้ายแรงและผลกระทบในวงกว้าง ได้แก่ (ก) พฤติกรรมการฝ่าฝืนกฎหมายต้องร้ายแรง และ (ข) ส่งผลกระทบต่อความสุจริตและเที่ยงธรรมของการเลือกตั้งอย่างกว้างขวาง</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ปรับปรุงเหตุยุบพรรคการเมืองตามมาตรา 94 (3) “กระทำการอันอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ” โดยตัดคำว่า “อันอาจ” ออกไป</li> <li>- ปรับปรุงเหตุยุบพรรคการเมืองตามมาตรา 94 (4) โดยตัดคำว่า “อันอาจ” ออกไป สำหรับกรณีภัยต่อความมั่นคงของรัฐทั้งภายในและภายนอกราชอาณาจักร และโดยการเพิ่มองค์ประกอบเรื่องความร้ายแรงในกรณีกระทำการขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน</li> <li>- ยกเลิกเหตุยุบพรรคการเมืองตามมาตรา 94 (5) ทั้งอนุมาตรา</li> <li>- ยกเลิกเหตุยุบพรรคการเมืองตามมาตรา 104 วรรคสาม</li> </ul>
<p>(5) ผลของการสิ้นสภาพพรรคการเมือง</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ปรับปรุงมาตรา 97 ใหม่ โดยกำหนดให้หัวหน้าและกรรมการบริหารพรรคการเมืองซึ่งปล่อยปละละเลย มิได้ดำเนินการตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด อันเป็นเหตุให้พรรคการเมืองดังกล่าวต้องสิ้นสภาพไป จะจัดแจ้งจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่หรือเป็นกรรมการบริหารพรรคการเมืองไม่ได้ ภายในกำหนด 5 ปีนับแต่วันที่พรรคการเมืองนั้นสิ้นสภาพไป</li> </ul>

ตารางที่ 7 ข้อเสนอการแก้ไขกฎหมายพรรคการเมือง (ต่อ)

<p>(6) ผลของการยุบพรรคการเมือง</p>	<p>- ปรับปรุงมาตรา 98 ใหม่ โดยกำหนดให้หัวหน้าและกรรมการบริหารพรรคการเมือง<b>ซึ่งเป็นสาเหตุให้พรรคการเมืองนั้นถูกยุบไป</b> ต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือดำรงตำแหน่งใด ๆ ในพรรคการเมืองเป็นเวลาห้าปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมืองนั้น</p> <p>- เพิ่มหลักการใหม่ ห้ามการจัดตั้งพรรคการเมืองแทนที่ (Substitute Organization) พรรคการเมืองที่ถูกยุบไป ทั้งนี้ เฉพาะกรณีพรรคการเมืองที่ถูกยุบไปเพราะเหตุกระทำการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตย และเหตุกระทำการอันเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐทั้งภายในและภายนอกราชอาณาจักรเท่านั้น</p> <p>ในกรณีที่มีเหตุดังกล่าว ให้ กกต. เสนอเรื่องผ่านอัยการสูงสุดเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมืองแทนที่นั้นได้เลย โดยไม่ต้องรอให้มีพฤติการณ์การกระทำความผิดอื่น ๆ ขึ้นใหม่</p>
<p>(7) การควบคุมพรรคการเมือง</p>	<p>- ปรับปรุงกฎหมายพรรคการเมืองในประเด็นการใช้อำนาจรัฐควบคุมกิจการของพรรคการเมืองใหม่เสียทั้งหมด โดยเพิ่มมาตรการการลด และงดการจัดสรรเงินสนับสนุน การกำหนดให้กรรมการบริหารพรรคต้องรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมต่อ กกต. และต่อพรรคการเมือง และการขยายเหตุในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำสั่งให้หัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคการเมืองต้องพ้นจากตำแหน่ง</p>

### สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550

(1) ยกเลิกความในมาตรา 103 วรรคสอง เพื่อให้สอดคล้องกับการยกเลิกบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 237 วรรคสอง และกฎหมายพรรคการเมืองมาตรา 94 (2)

(2) ยกเลิกความในมาตรา 140 วรรคสี่ ซึ่งกำหนดให้การใส่ความหรือกลั่นแกล้งผู้สมัคร ส.ส. ถือเป็นการกระทำที่อาจเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐอันเป็นหนึ่งในเหตุยุบพรรคการเมืองตามกฎหมายพรรคการเมือง

(3) ยกเลิกความในมาตรา 144 วรรคสอง ซึ่งกำหนดเหตุยุบพรรคการเมืองอันเนื่องมาจากการเรียกหรือรับผลประโยชน์เพื่อลงสมัครหรือไม่ลงสมัครรับเลือกตั้ง หรือการส่งสมาชิกลงสมัครเพื่อประโยชน์ของผู้อื่นหรือพรรคการเมืองอื่นในการหลีกเลี่ยงหลักเกณฑ์คะแนนเสียงขั้นต่ำร้อยละ 20 ในกรณีที่มีผู้สมัครรายเดียว

(4) ปรับปรุงความในมาตรา 163 บทเฉพาะกาลซึ่งให้ถือว่าผู้ถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งตามกฎหมายเดิมเป็นผู้ถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งตามกฎหมายฉบับนี้ด้วย โดยตัดข้อความว่า “หรือประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 เรื่อง การแก้ไขประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 15 ลงวันที่ 21 กันยายน พุทธศักราช 2549” ออกไป

### 3.2.4 กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

(1) กำหนดให้มีหมวดหมู่ว่าด้วยการพิจารณาคดีเกี่ยวกับพรรคการเมืองเป็นการเฉพาะ ซึ่งคดียุบพรรคการเมืองจะเป็นหนึ่งในประเภทคดีย่อย

(2) บัญญัติรับรองสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมและสิทธิในการต่อสู้คดีของผู้ที่จะได้รับผลกระทบโดยตรงจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งในกรณีคดียุบพรรคการเมือง ต้องไม่จำกัดแต่เฉพาะนิติบุคคล

พรรคการเมือง หากแต่ให้สิทธิแก่บุคคลที่เข้าข่ายถูกห้ามดำรงตำแหน่งต่าง ๆ อันเนื่องมาจากการที่ศาลสั่งยุบพรรคการเมืองด้วย

(3) บัญญัติรับรองหลักการ การวินิจฉัยสั่งยุบพรรคการเมือง ต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า สองในสามของจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งหมดที่เป็นองค์คณะพิจารณาวินิจฉัยคดีดังกล่าว

๐๘๓๗๐๘๗๐๘

## จงทำรัฐธรรมนูญให้เป็นรัฐธรรมนูญ\*

ดร.พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย\*\*

ตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน ประเทศไทยประกาศใช้รัฐธรรมนูญไปแล้วทั้งสิ้น 18 ฉบับ หากคำนวณแบบหยาบๆ อาจพอสรุปได้ว่า รัฐธรรมนูญไทยฉบับหนึ่งๆ จะมีอายุการใช้งานเพียงแค่ประมาณ 4 ปี ซึ่งถือได้ว่าสั้นมากหากเปรียบเทียบกับ รัฐธรรมนูญของนานาอารยประเทศ อาทิ รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกามีอายุการบังคับใช้อย่างยาวนานถึง 222 ปี รัฐธรรมนูญประเทศนอร์เวย์ 196 ปี รัฐธรรมนูญประเทศออสเตรเลีย 109 ปี รัฐธรรมนูญประเทศเยอรมนี 61 ปี รัฐธรรมนูญประเทศเดนมาร์ก 57 ปี รัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส 52 ปี หรือรัฐธรรมนูญประเทศสวีเดน อายุประมาณ 35 ปี เป็นต้น

จากข้อมูลข้างต้นนำไปสู่ “คำถามยอดนิยม” ที่ในแง่มุมหนึ่งสะท้อนให้เห็นถึง “ความล้มเหลวของรัฐธรรมนูญไทย” ว่าเหตุใดประเทศไทยจึงมีรัฐธรรมนูญมากมายหลายฉบับอันส่งผลให้อายุการบังคับใช้สั้นลงตามไปด้วย และสิ่งใดจะสามารถช่วยในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้

สำหรับผู้เขียน เห็นว่า สาเหตุสำคัญที่ส่งกระทบต่อเสถียรภาพของรัฐธรรมนูญไทยคือ “ความไม่เป็นรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญไทย” นั่นเอง

ตามหลักการการประเมินค่ารัฐธรรมนูญแต่ละฉบับว่ามีความชอบธรรม (Legitimacy) ประสบความสำเร็จเพียงพอในการที่จะสถาปนาความเป็นรัฐธรรมนูญในตัวเองได้นั้น อาจพิจารณาได้ด้วยปัจจัยหลัก 3 ประการดังต่อไปนี้

\* เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) วันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2555

\*\* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

## 1. มาตรฐานทางด้านรูปแบบของรัฐธรรมนูญ

โดยทั่วไป ประเทศต่างๆ มีพิกจะมีปัญหาหน้กต่อการกำหนดมาตรฐานรัฐธรรมนูญของตนเองให้สอดคล้องต้องกันกับมาตรฐานในเชิงรูปแบบ (Formal Standard) กล่าวคือ รัฐธรรมนูญฉบับใดๆ จะถือได้ว่าต้องด้วยมาตรฐานทางด้านรูปแบบอันนำไปสู่ความเป็นรัฐธรรมนูญต้องแสดงให้เห็นถึงความชัดเจนในการตราขึ้นโดยผ่านกระบวนการในระบอบประชาธิปไตย อันหมายถึงการมีส่วนร่วมของประชาชน ไม่ว่าจะโดยทางตรง หรือโดยทางอ้อม

การประเมินค่าในประเด็นนี้ ต้องตั้งคำถามว่า รัฐธรรมนูญมีการตราขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนหรือไม่ ถูกร่างและประกาศใช้ด้วยกระบวนการที่มีจุดเกาะเกี่ยว หรือเชื่อมโยงกับประชาชนหรือไม่ เช่น มีการตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญที่เปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามีส่วนร่วมในการร่างรัฐธรรมนูญ มีการทำประชามติ ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ กระบวนการตรารัฐธรรมนูญผ่านการพิจารณาและให้ความเห็นชอบโดยรัฐสภาอันประกอบไปด้วยตัวแทนของประชาชน ฯลฯ เป็นต้น

## 2. มาตรฐานทางด้านเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ

ประเด็นนี้ถือเป็นหลักการที่พัฒนาขึ้นบนพื้นฐานของแนวคิดทฤษฎีทางด้านการเมืองการปกครองที่รู้จักกันในวงการนิติศาสตร์ว่า “กฎหมายธรรมชาติ” (Natural Law) โดยมาตรฐานนี้เรียกร้องให้รัฐธรรมนูญทุกฉบับต้องสถาปนาโครงสร้างทางการเมือง อันประกอบไปด้วยอำนาจทางการปกครองควบคู่ไปกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ซึ่งทั้งหมดมีความสัมพันธ์กันอย่างยัวยวดอันนำไปสู่การให้เหตุผลว่า เหตุใดรัฐธรรมนูญจึงมีผลผูกพันให้ประชาชนต้องให้ความเคารพและปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของผู้ปกครองในแง่มุมหนึ่ง และด้วยเหตุใดผู้ปกครองจึงสามารถเข้ามาปกครองประชาชนได้ในอีกแง่มุมหนึ่ง

การประเมินด้วยมาตรวัดทางด้านเนื้อหา (Substantive Standard) พิเคราะห์ด้วยการตั้งคำถามในทำนองว่า รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีบทบัญญัติที่รับรอง

คุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือไม่อย่างไร เช่น มีการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการนับถือศาสนาหรือไม่ มีการรับรองเสรีภาพในทางแสดงความคิดเห็นหรือไม่ ฯลฯ เป็นต้น

ทั้งนี้ มาตรฐานด้านเนื้อหาไม่ได้มีนัยเพียงแต่การกำหนดไว้ซึ่งบทบัญญัติในการรับรองและคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพใดๆ เท่านั้น หากแต่จำต้องไปพิจารณาในมิติทางรูปธรรมด้วยว่าในทางปฏิบัติแล้วใช้บังคับได้จริงหรือไม่

หากนำมาตรฐานดังกล่าวมาพิจารณากับรัฐธรรมนูญไทยจะพบว่า แม้จะปรากฏซึ่งบทบัญญัติในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ก็ เป็นเพียงแค่นามธรรมอันจับต้องมิได้เท่านั้น เพราะไม่สามารถนำมาบังคับใช้ได้จริง อันเป็นการเข้าตำรา “สร้างวิมานในอากาศ”

เช่น การที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันให้สิทธิกับประชาชนในการรวบรวมรายชื่อจำนวน 10,000 รายชื่อ ในการเข้าชื่อเสนอร่างกฎหมาย ซึ่งลดจำนวนจากเดิมที่รัฐธรรมนูญฉบับ 40 กำหนดไว้ให้ต้องรวบรวมรายชื่อถึง 50,000 รายชื่อ อันถือได้ว่าเป็นเจตนาที่ดี แต่คำถามคือกลไกทำนองนี้เป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนได้ใช้สิทธิของตนเองจริง หรือไม่คำตอบคือ ไม่เลย

ปัญหาที่เกิดขึ้นมิได้อยู่ที่ตัวจำนวนของประชาชนในการรวบรวมรายชื่อเสนอร่างกฎหมายแต่ประการใด หากแต่เกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้ “ส่งไม้ต่อ” ให้กับรัฐสภาในการดำเนินการพิจารณาเพื่อตราออกมาเป็นกฎหมายเพื่อใช้บังคับต่อไป เพราะข้อเท็จจริงปรากฏว่าร่างกฎหมายดังกล่าวถูก “แช่แข็ง” อยู่ในชั้นตอนนี้ หรือหากมีการดำเนินการพิจารณาจริงก็อาจประสบกับปัญหาที่เนื้อหาของร่างกฎหมายถูกแปรเปลี่ยนไปจนในบางครั้งถือได้ว่า “ผิดฝาผิดตัว”

นี่จึงเป็นประเด็นที่ควรมาถกเถียงกันอย่างจริงจังในการวางกลไกของการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ



### 3. มาตรฐานทางด้านความศักดิ์สิทธิ์ของรัฐธรรมนุญ

ประเด็นนี้ถือว่าเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่มีความสำคัญมาก หากรัฐธรรมนุญใดขาดไปซึ่งความศักดิ์สิทธิ์แล้วก็จะย่อมจะไร้ประสิทธิภาพและเสถียรภาพ ไม่สามารถทำหน้าที่ในฐานะของกฎหมายแม่บทของประเทศในการเข้าไปกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยโครงสร้างอำนาจหน้าที่ของสถาบันทางการเมืองต่างๆ รวมตลอดไปถึงการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้

ผลคือ การไม่ยอมรับนับถือของผู้คนในสังคมต่อรัฐธรรมนุญ ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐธรรมนุญโดยตรง

สำหรับการสถาปนาความศักดิ์สิทธิ์ของรัฐธรรมนุญไม่สามารถเกิดขึ้นได้เพียงเพราะมีกระบวนการร่างและตราขึ้นตามระบอบประชาธิปไตย หรือมีบทบัญญัติอันสะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดทางด้านการเมืองอันกล่าวถึงความสัมพันธ์และอำนาจหน้าที่ระหว่างผู้ปกครองและประชาชนที่ดีเท่านั้น

หากแต่สามารถเกิดขึ้นด้วยการที่รัฐธรรมนุญสามารถ “ลงหลักปักฐาน” ในสังคมได้

การลงหลักปักฐาน (Embeddedness) ของรัฐธรรมนุญในสังคมสามารถเกิดขึ้นได้หากปรากฏข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

1. รัฐธรรมนุญต้องได้รับการสนับสนุนและยอมรับจากสาธารณชน ประชาชนจะต้องมองว่ารัฐธรรมนุญเป็นเอกสารทางการเมือง หรือกฎหมายฉบับหนึ่งที่เป็นศูนย์กลางของการประพฤติปฏิบัติทางสังคม ไม่ว่าจะเป็นการจัดระเบียบอนุญาต ยอมรับนับถือ มอบให้ แต่ในขณะที่เดียวกันก็จำกัดจัดแจงซึ่งการใช้อำนาจทางการเมืองต่างๆ รับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ ถูกตราขึ้นตามระบอบประชาธิปไตยอันสะท้อนให้เห็นว่าเป็นเจตจำนงของประชาชนโดยแท้จริง ฯลฯ เพราะหากปราศจากการสนับสนุนและการยอมรับตามที่ได้กล่าวมาในข้างต้นก็คงจะกล่าวไม่ได้ว่ามีกฎหมายที่เรียกว่ารัฐธรรมนุญเกิดขึ้นในสังคมเป็นแน่

2. ผู้นำของประเทศรวมถึงนักการเมืองต้องให้ความเคารพและปฏิบัติตาม

รัฐธรรมนูญอย่างจำกัดครั้งเคร่ง หากเพิกเฉยต่อบทบัญญัติก็จะเป็นการแสดงให้เห็นต่อสาธารณชนว่ารัฐธรรมนูญนั้นไม่มีความสำคัญใดๆ ในทางกลับกัน หากมีการให้ความเคารพและปฏิบัติตามก็จะเป็นการสร้างบรรทัดฐานทางสังคมด้วยการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวนั่นเอง กรณีนี้เช่นประเทศสหรัฐที่นักการเมืองและประชาชนต่างตระหนักและปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญอย่างยิ่ง

ผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่ถูกเรียกขานกันว่า “ผู้ก่อร่างสร้างประเทศ” (Founding Father) ให้ความสำคัญต่อการปฏิบัติตนเองอย่างเคร่งครัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอันทำให้นักการเมืองและประชาชนต่างตระหนักและให้ความสำคัญต่อรัฐธรรมนูญเฉกเช่นเดียวกันกับผู้นำของประเทศ

อย่างไรก็ดี หากพิเคราะห์ถึงบริบททางด้านการเมืองการปกครองของสหรัฐแล้วจะพบว่ามีความผิดแผกแตกต่างกับประเทศไทยมากพอสมควร

กล่าวคือ สหรัฐนับตั้งแต่ประกาศตัวเป็นอิสรภาพอันนำไปสู่การร่างรัฐธรรมนูญ อยู่บนพื้นฐานความคิดทางการเมืองแบบเสรีประชาธิปไตยที่เน้นไปทางด้านการจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง (Limited Government) ซึ่งถือเป็นหลักประกันสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในขณะที่ของประเทศไทยกลับยังคงอยู่บนพื้นฐานแนวคิดทางการเมืองแบบอนุรักษนิยมที่เน้นไปในเรื่องการใช้อำนาจของภาครัฐอยู่มากพอสมควร จึงเป็นการหนีไม่พ้นที่การเมืองไทยจะขัดแย้งกับแนวคิดเสรีประชาธิปไตยที่สถิตย์อยู่ในรัฐธรรมนูญอันนำไปสู่การปฏิเสศและต่อต้านการบังคับใช้อ้อยู่เสมอ

เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วทางออกสำหรับปัญหาดังกล่าวก็คือ ผู้ที่เกี่ยวข้องอย่างผู้นำของประเทศ นักการเมืองและประชาชนทุกคนต้องปรับเปลี่ยนแนวคิดให้สอดคล้องกับหลักการของรัฐธรรมนูญและปฏิบัติตาม

หากนักการเมืองไม่ปฏิบัติตามจึงเป็นหน้าที่ของภาคประชาชนที่จะร่วมกันกดดันให้บุคคลเหล่านี้ต้องให้ความเคารพและปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญในท้ายที่สุด

กรณีนี้จึงเป็นการสะท้อนให้เห็นว่า การปฏิบัติตามและกดดันให้ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการจะเป็นนิจะนำไปสู่การวางบรรทัดฐานในการบังคับใช้ที่เป็นการ

สถาปนาความศักดิ์สิทธิ์ของรัฐธรรมนุญได้ในท้ายที่สุด

3. รัฐธรรมนุญต้องได้รับการเคารพนับถือมาอย่างยาวนาน กล่าวอีกนัยหนึ่ง สังคมใดให้ความสำคัญต่อบัญญัติของรัฐธรรมนุญโดยการปฏิบัติตามอย่างเป็นนิจแล้วไซ้ ถือได้ว่าสังคมนั้นได้สถาปนาการลงหลักปักฐานของรัฐธรรมนุญแล้ว อันส่งผลให้ประชาชนทุกคนปฏิบัติตามกันจนกระทั่งเป็นจารีตประเพณี (Tradition) ไป

ตรงกันข้าม หากสังคมไม่เคยตระหนักต่อความสำคัญของรัฐธรรมนุญ นักการเมืองหรือแม้กระทั่งประชาชนเพิกเฉยต่อกฎเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ กระทำการใดๆ อันเป็นการละเมิดต่อบัญญัติของรัฐธรรมนุญอยู่เสมอ กรณีก็ย่อมเป็นการสร้างบรรทัดฐานของการละเมิดเพิกเฉยต่อการให้ความเคารพต่อรัฐธรรมนุญจนกระทั่งส่งผลให้รัฐธรรมนุญขาดความศักดิ์สิทธิ์ไปโดยปริยาย

อนึ่ง การสร้างจารีตประเพณีทางสังคมว่าด้วยเรื่องการปฏิบัติตามรัฐธรรมนุญมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับการสนับสนุนของสาธารณชนตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

กล่าวคือ หากประชาชนให้การยอมรับว่ารัฐธรรมนุญนั้นมีองค์ประกอบพื้นฐานเป็นไปตามมาตรฐานทั้งทางด้านรูปแบบและเนื้อหาแล้ว กรณีจึงส่งผลให้รัฐธรรมนุญดังกล่าวมีความชอบธรรมขึ้น

อย่างไรก็ตาม การสร้างจารีตประเพณีดังกล่าวมานี้ยังมีอาจปรากฏขึ้นได้ในสังคมไทย ทั้งนี้เนื่องจากหากพิจารณาจากประวัติศาสตร์และวิวัฒนาการของรัฐธรรมนุญแล้วจะพบว่า ค่อนข้างมีปัญหาว่าทั้งทางด้านกระบวนการตราและเนื้อหายังไม่เป็นไปตามหลักการของระบอบประชาธิปไตย ฉะนั้น จึงนำไปสู่การต่อต้านจากประชาชนเนื่องจากพวกเขาเห็นว่ารัฐธรรมนุญขาดความชอบธรรม

4. จำต้องมีองค์กรต่างๆ ในการรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ ได้แก่ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และที่มีความสำคัญมากที่สุดก็คือ องค์กรตุลาการ เพราะมีหน้าที่สำคัญในการสำรวจตรวจสอบการกระทำทางฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารว่าชอบด้วยรัฐธรรมนุญหรือไม่อย่างไร

หน้าที่ดังกล่าวของศาลจะสถาปนาความศักดิ์สิทธิ์และคุณค่าให้กับรัฐธรรมนูญผ่านคำวินิจฉัยที่ถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม บรรลุเป้าประสงค์ หรือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในการจำกัดอำนาจรัฐและรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยทั่วกัน

ตามที่ได้หยิบยกหลักการในการตรวจสอบและประเมินรัฐธรรมนูญว่าเป็นความเป็นรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากนำมาพิจารณากับสังคมไทยที่มีการใช้รัฐธรรมนูญไปมากมายถึง 18 ฉบับ ก็พบว่านอกจากปัจจัยทางด้านการเมืองทั้งในแง่ของการทำรัฐประหารก็ดี การประสานประโยชน์ของชนชั้นนำก็ดี

ปัจจัยที่สำคัญมากส่วนหนึ่งคือ รัฐธรรมนูญไทยของเราที่ผ่านมาไม่มีความเป็นรัฐธรรมนูญเพราะขาดความศักดิ์สิทธิ์อันมีผลมาจากการที่ไม่สามารถที่จะ “ตอกเสาเข็มทางรัฐธรรมนูญ” ได้ ทั้งนี้เนื่องมาจากปัญหาของการที่รัฐธรรมนูญของไทยไม่สามารถสร้างความเคารพนับถือ ความเชื่อมั่นศรัทธากับประชาชนอันนำไปสู่การลงหลักปักฐานในสังคม

หากผู้ที่เกี่ยวข้องไม่หันมาตระหนักและถกเถียงจนนำไปสู่การปฏิบัติและแก้ไขในปัญหาที่ผู้เขียนได้หยิบยกขึ้นมาอย่างจริงจังแล้ว รัฐธรรมนูญไทยก็คงจะเป็นเพียง “กฎหมายที่อ่อนปวกเปียก” (Soft Law) ฉบับหนึ่งที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อรอวันฉีกและเปลี่ยนแปลงต่อไปเรื่อย

ในเมื่อกฎหมายแม่บทยังไม่สามารถที่จะอยู่ได้อย่างดำรงคงทนและบังคับใช้ได้ อย่างมีประสิทธิภาพแล้ว จะไปนับประสาอะไรกับกฎหมายลูกเยอะเยอะมากมายที่ถูกถ่วงละเมิดไปในปัจจุบัน

