



# รวมบทความ ทางวิชาการ

เล่ม ๓

(เอกสารอิเล็กทรอนิกส์)

รวมเล่มเผยแพร่ กันยายน ๒๕๖๖

- บทความทางวิชาการ
- การบรรยายทางวิชาการ
- บทวิเคราะห์คดีและ  
คำวินิจฉัยที่สำคัญ

จัดทำโดย

สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

## คำนำ

สำนักงานศาลปกครอง โดยสำนักวิจัยและวิชาการ มีภารกิจด้านการเผยแพร่เอกสารวิชาการที่เป็นข้อมูลองค์ความรู้ทางวิชาการกฎหมายปกครองและกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง รวมทั้งงานศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศในรูปแบบของบทความทางวิชาการ คำแปล (ตลอดความและเรียนเรียง) การบรรยายทางวิชาการต่างประเทศ บทวิเคราะห์คดีและคำวินิจฉัยที่สำคัญ และข้อมูลวิชาการอื่น ๆ เพื่อสนับสนุนข้อมูลความรู้ทางวิชาการแก่ตุลาการศาลปกครอง พนักงานคดีปกครอง รวมทั้งหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ และบุคคลภายนอกที่สนใจ

ในการนี้ สำนักงานศาลปกครองจะนำเสนอความสำคัญของการรวบรวมผลงานทางวิชาการทุกประเภทที่กล่าวข้างต้น ซึ่งเห็นว่ามีความสำคัญ น่าสนใจ และมีเนื้อหาที่จะเป็นองค์ความรู้และเป็นประโยชน์ ต่อการปฏิบัติงานในกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง นำมาจัดทำรวมเล่มในรูปแบบ PDF เพื่อเผยแพร่แก่ผู้สนใจ โดยดำเนินการเผยแพร่ทุก ๒ เดือน สลับกันระหว่างรวมเล่มบทความทางวิชาการ กับรวมเล่มข่าวคดีพิพากษา และกฎหมายต่างประเทศ ทั้งนี้ ในปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๖๖ (ตุลาคม ๒๕๖๕ ถึงกันยายน ๒๕๖๖) ได้จัดทำรวมเล่มบทความทางวิชาการ จำนวน ๓ เล่ม โดยเอกสารรวมบทความวิชาการ เล่ม ๑ เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ได้เผยแพร่ไปแล้วเมื่อเดือนมกราคม ๒๕๖๖ และเอกสารรวมบทความวิชาการ เล่ม ๒ เกี่ยวกับศาลปกครองกับสิ่งแวดล้อม ได้เผยแพร่ไปแล้วเมื่อเดือนพฤษภาคม ๒๕๖๖

ด้วยเหตุที่ปัจจุบันประเทศไทยเป็นศูนย์กลางทางวิชาการที่มีชื่อเสียงระดับนานาชาติ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับประชาชนมีความหลากหลายและมีประเด็นข้อพิพาทที่ซับซ้อนมากขึ้น รวมทั้งมีการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเป็นจำนวนมากยิ่งขึ้น ซึ่งประเทศไทยดังกล่าวมีมุ่งมั่นที่จะเป็นศูนย์กลางทางวิชาการที่เกี่ยวกับคดีปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทยต่าง ๆ ที่มีความน่าสนใจ ทั้งข้อความคิดพื้นฐาน เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง และองค์ความรู้ทางวิชาการด้านกฎหมายสารบัญยุติและกฎหมายวิธีสบัญญติที่มีความสำคัญต่อการวางแผนหลักกฎหมายปกครองและการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครองจึงได้คัดเลือกบทความทางวิชาการ คำแปลการบรรยายทางวิชาการต่างประเทศ บทวิเคราะห์คดีและคำวินิจฉัยที่สำคัญทางกฎหมายและวิธีพิจารณาคดี ซึ่งจะช่วยให้ผู้อ่านสามารถเข้าใจและนำไปใช้ได้จริง ทั้งนี้ เพื่ออำนวยความสะดวกในการศึกษาค้นคว้าและอ้างอิง

สำนักงานศาลปกครองหวังเป็นอย่างยิ่งว่า เอกสารวิชาการรวมบทความทางวิชาการ (เอกสารอิเล็กทรอนิกส์) เล่ม ๓ นี้ จะเป็นองค์ความรู้เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางปกครองและเป็นประโยชน์ ต่อการปฏิบัติหน้าที่ราชการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตลอดจนเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาค้นคว้าของผู้สนใจต่อไป

(นางสมฤติ อัญญสิริ)

เลขานุการสำนักงานศาลปกครอง

กันยายน ๒๕๖๖

## สารบัญ

หน้า

### ๑. บทความทางวิชาการ

- ๑.๑ ประวัติศาสตร์กระบวนการยุติธรรมทางปกครองของประเทศไทย  
โดย ถิรศักดิ์ อ้อสิทธิสมบูรณ์ ๒
- ๑.๒ ที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองไทย : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีองค์คณะที่ประชุมใหญ่  
ในศาลปกครองเยอรมัน  
โดย นรินทร์ อธิสาร ๑๗
- ๑.๓ ความท้าทายในการพิจารณาคดีที่ยึดโยงองค์ความรู้เฉพาะทาง : ศึกษาความสำเร็จ  
และกระบวนการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วม (Concurrent Expert  
Evidence)  
โดย นัชชา อักษรพันธ์ ๓๔
- ๑.๔ คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางในระบบกฎหมายไทย  
โดย นิติกร ชัยวิเศษ ๕๕
- ๑.๕ ปัญหาการเสียค่าธรรมเนียมศาลในคดีฟ้องขอให้ศาลาเพิกถอนหรือบังคับ  
ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง  
โดย นพรัตน์ อุดมโ祚มงคล ๕๓
- ๑.๖ เครื่องข่ายออนไลน์ : ความท้าทายและโอกาสในการใช้อำนาจรัฐ  
โดย ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์ ๑๐๔
- ๑.๗ ข้อพิจารณาเกี่ยวกับระบบprocrology ข่ายสายสัมพันธ์ของการไฟฟ้าฝ่ายผลิต  
แห่งประเทศไทยในคดีปกครอง  
โดย รัชดาพร นิมพงษ์ศักดิ์ ๑๑๗
- ๑.๘ หลักกฎหมายว่าด้วยโทษปรับทางปกครองหรือการปรับเป็นพินัย  
ในระบบกฎหมายเยอรมัน : วิเคราะห์เปรียบเทียบกับร่างพระราชบัญญัติ  
ว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ....  
โดย วันรัฐ งามนิยม ๑๓๗
- ๑.๙ การใช้ดุลพินิจไม่ตรวจข้อสอบด้วยเหตุข้อสันนิษฐานเด็ดขาดว่าผู้เข้าสอบทุจริต  
การสอบศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมัน  
โดย วิชชา เนตรหัสนัยน์ ๑๗๖

**๒. การบรรยายทางวิชาการ**

๒.๑ หลักการระวังไว้ก่อนในกฎหมายสิ่งแวดล้อม (Le principe de précaution en droit de l'environnement)

โดย Prof. Wanda MASTOR

ถอดความและเรียบเรียงโดย อภิญญา แก้วกำเนิด

๒๐๐

**๓. บทวิเคราะห์คดีและคำนิจฉัยที่สำคัญ**

๓.๑ ข้อสังเกตเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของศาลปกครองที่กำหนดคำบังคับให้การเพิกถอน  
คำสั่งลงโทษทางวินัยมีผลไปในอนาคต : กรณีศึกษาเปรียบเทียบประเทศไทยและสเปน  
(คاضิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๗๖๔/๒๕๕๘)

โดย rome ทีปะปาล

๒๑๒

๓.๒ ระบบบคุณธรรมและความเสมอภาคในการพิจารณาคดีเลือกข้าราชการ  
เพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ (คاضิพากษาศาลปกครองสูงสุด  
ที่ อป. ๕๗/๒๕๖๑)

โดย วิชญ์พาส พิมพ์อักษร

๒๓๕

# ๑. บทความทางวิชาการ

## ประวัติศาสตร์กระบวนการกฎหมายติธรรมทางปกครองของประเทศไทยรัชกาลปัจจุบัน\*

ดร.ศักดิ์ ช้อสิทธิ์มูรண\*\*\*

### บทนำ

แม้ว่าวิชานิติศาสตร์จะมี “กฎหมาย” เป็นวัตถุของการศึกษา แต่การศึกษากฎหมายอาจทำได้หลายแบบ ซึ่งในทางตำราแบ่งการศึกษากฎหมายเป็น ๓ แขนงใหญ่<sup>๑</sup> ได้แก่ หนึ่ง วิชานิติศาสตร์โดยแท้ (Legal Science Proper) ที่ว่าด้วยการศึกษาเพื่อให้รู้กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน (Content of Positive Law) และปรับใช้กฎหมายดังกล่าวได้อย่างถูกต้องตามหลักนิติวิธี (Juristic Method) อันสอดคล้องกับภูมิหลังของระบบกฎหมาย สอง วิชานิติศาสตร์ทางข้อเท็จจริง (Legal Science of Facts) เป็นการศึกษากฎหมายในฐานะที่เป็นเหตุการณ์หนึ่งในสังคม โดยกรณีอาจแบ่งเป็นวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย ซึ่งเป็นการศึกษาข้อเท็จจริงเพื่อทราบถึงความเป็นมาและการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายในอดีต กับวิชาสังคมวิทยากฎหมายที่ศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับข้อเท็จจริงที่มีอยู่ในสังคมว่าเป็นเหตุเป็นผลซึ่งกันและกันอย่างไร<sup>๒</sup> สาม วิชานิติศาสตร์ทางคุณค่า (Legal Science of Value) ซึ่งแบ่งออกเป็นวิชานิติบัญญัติ กับวิชากฎหมายเปรียบเทียบ<sup>๓</sup>

อนึ่ง นานาประเทศมักเลือกใช้กฎหมายเปรียบเทียบเมื่อต้องการตรากฎหมายเรื่องใหม่ ๆ เพื่อปรับใช้ในสังคม อย่างไรก็ได้ การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ (Comparative Law Study) มิใช่การศึกษากฎหมายต่างประเทศ (Foreign Law Study) ในลักษณะของการทำความเข้าใจเพียงโครงสร้างทั่วไปของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน (Positive Law) ของประเทศต้นทางเท่านั้น หากแต่จะต้องพิจารณาถึงพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ สังคม วัฒนธรรม ตลอดจนบ่อเกิดของกฎหมายประเภทอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวคิดพิพากษาของศาล (Jurisprudence) และความเห็นของนักวิชาการ (Doctrine) ควบคู่กันไปอีกด้วย มิฉะนั้นแล้ว กรณีอาจส่งผลให้ผู้ศึกษาได้รับข้อมูลที่ไม่ครบถ้วน จนทำให้เกิดความคลาดเคลื่อนในการประเมินคุณค่าของเรื่องอันเป็นวัตถุแห่งการเปรียบเทียบ

\* เมยแพร์ครั้งแรกในอินทราเน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนพฤษภาคม ๒๕๖๔

\*\* บทความนี้ดัดแปลงมาจากส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ระดับดุษฎีบัณฑิตที่อยู่ระหว่างการจัดทำของผู้เขียน เรื่อง Notion et contentieux des contrats de la commande publique, perspective comparée France/Thaïlande, Université Toulouse 1 Capitole

\*\*\* น.บ. (ธรรมศาสตร์), Master 2 Droit public fondamental, Diplôme d'études du droit de l'Union européenne (mention bien), Diplôme en droit européen – santé et produits de santé (mention assez bien), Université Toulouse 1 Capitole, พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน ๑ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

<sup>๑</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติบรัชญา (กิตติศักดิ์ ปรกติ ผู้แก้ไขเพิ่มเติม, พิมพ์ครั้งที่ ๑๕, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๕๖๐) ๑๑-๖๔.

<sup>๒</sup> วิชาสังคมวิทยากฎหมายอาศัยวิธีการรวบรวมข้อมูลและทำสถิติ (Empirical Method) ดังนั้น วิธีการศึกษาจึงอาจแบ่งได้เป็น ๒ แนว คือ หนึ่ง พิจารณาว่าข้อเท็จจริงใดเป็นเหตุที่ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องตรากฎหมายขึ้นใหม่ กับ สอง พิจารณาว่ากฎหมายที่ตราออกมาแล้วส่งผลกระทบอย่างไรต่อสังคมบ้าง

<sup>๓</sup> วิชากฎหมายเปรียบเทียบอาจแบ่งเป็นการศึกษาความเหมือนและความแตกต่างในระดับของระบบกฎหมาย (Macrocomparison) หรือในระดับของสถาบันทางกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่ง (Microcomparison) ดู Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Introduction to comparative law* (Tony Weir tr, 3 rd edn, Clarendon Press, 1998) 4-5.

เป็นที่ยอมรับกันว่า กฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของไทยได้รับอิทธิพลส่วนใหญ่มาจากระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส โดยบทบัญญัติหลายมาตราในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ ล้วนแต่นำมาจากประมวลกฎหมายศาลปกครองซึ่งต้นและศาลปกครองซึ่งอุทธรณ์ (Code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel) ของฝรั่งเศสที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น อย่างไรก็ได้ แม้กิจการจะพยายามอธิบาย “กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง” แบบกว้างสัยให้ได้มากที่สุดเพียงใดก็ตาม ข้อกล่าวอ้างเกี่ยวกับการเปรียบเทียบเรื่องดังกล่าวกลับมุ่งไปที่หลักการของระบบศาลคู่ (le principe de la dualité de jurisdictions) เป็นสำคัญกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ความไม่เข้าใจระบบบริหารงานแผ่นดินของศาลยุติธรรม และความจำเป็นทางเทคนิคที่จะต้องมีตุลาการศาลปกครองซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายมาชนจึงเป็นข้อกล่าวอ้างสองประการ สำหรับการตัดสินใจเลือกใช้ระบบศาลคู่ อย่างไรก็ได้ การกล่าวอ้างดังกล่าวข้างต้นจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อข้อเท็จจริงมีระบบกฎหมายสองรูปแบบที่เปิดช่องให้นำมาเปรียบเทียบกันได้เท่านั้น

คำถามที่เกิดขึ้นจึงมีว่า ประเทศที่เป็นแม่แบบให้กับกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง แก่นaarayประเทศอย่างฝรั่งเศสนั้น มีอะไรเป็นจุดเริ่มต้นทางความคิดในการพัฒนาระบบศาลคู่จนประสบความสำเร็จดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ในบทความฉบับนี้จึงเป็นการอธิบายให้เห็นถึงประวัติศาสตร์กระบวนการยุติธรรมทางปกครองของฝรั่งเศสในฐานะการศึกษาวิชานิติศาสตร์ทางข้อเท็จจริง โดยกรณีสมควรที่จะทำความเข้าใจประวัติศาสตร์ภายนอกระบบเก่า (l'Ancien Régime) เป็นเบื้องต้น (ส่วนที่ ๑) ก่อนที่จะลงรายละเอียดเกี่ยวกับพัฒนาการและบริบทในปัจจุบันของกระบวนการยุติธรรมทางปกครองภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง (ส่วนที่ ๒)

## ส่วนที่ ๑ ร่องรอยของการยุติธรรมทางปกครองภายใต้ระบบเก่า

คำว่า “ระบบเก่า” ในที่นี้ หมายความถึงช่วงเวลา ก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศส (la Révolution française) ในปี ค.ศ. ๑๗๘๙ ซึ่งในขณะนั้นยังคงอยู่ภายใต้การปกครองระบอบสมบูรณ์แบบสิทธิราชย์

จากภาษิตคลาสตินที่ว่า “ความยุติธรรมทั้งปวงล้วนมาจากพระราชา” (toute justice émane du roi)<sup>๑</sup> นั้น พระมหากษัตริย์ในฐานะรัฐธิปัตย์จึงเป็นบ่อเกิดของความยุติธรรม ซึ่งการใช้อำนาจดังกล่าว ความเกี่ยวพันกับการดำรงไว้ซึ่งความสงบสุขภายในราชอาณาจักรอีกด้วย อย่างไรก็ได้ เมื่อข้อพิพาทมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น กรณีจึงเป็นการพัฒนาสิ่ยที่พระมหากษัตริย์สามารถตัดสินคดีทุกเรื่องได้ด้วยพระองค์เอง เพราะฉะนั้น จึงต้องมีการจัดหาเจ้าหน้าที่มาใช้อำนาจดังกล่าวแทนพระองค์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของการอำนวยความยุติธรรมแบบปกติทั่วไป (๑.๑) หรือการจัดตั้งเป็นศาลชำนัญพิเศษ (๑.๒)

<sup>๑</sup> ประธาน พงษ์สุวรรณ, หลักการพื้นฐานและประวัติการยกร่างระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครอง สูงสุด ว่าด้วยยุทธศาสตร์ การจ่ายจำนวน การโอนคดีฯ พ.ศ. ๒๕๔๔ (เอกสารประกอบการบรรยายโครงการ “พัฒนาตน พัฒนางานจากความรู้และประสบการณ์...สู่เวทีนานา”, สำนักวิจัยและวิชาการ, ๒๕๔๒)

<sup>๒</sup> Sébastien Platon, ‘L’argument de droit comparé dans les débats relatifs à la dualité de juridictions’ in Fabrice Melleray (dir.) *L’argument de droit comparé en droit administratif français* (Bruylant 2007) 342-349.

<sup>๓</sup> Henri Roland et Laurent Boyer, *Adages du droit français* (Litèc 1999) 886-892.

### ๑.๑ ความสำคัญขององค์กรตุลาการ : ข้อพิจารณาที่ว่าไปทางประวัติศาสตร์

มีข้อสังเกตว่า “ความยุติธรรม” ภายใต้ระบบเก่าจะมีขอบเขตตามความหมายอย่างกว้างกล่าวคือ นอกจากจะเป็นเรื่องของการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่ความแล้ว กรณียังหมายความรวมถึงการดำเนินการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมอีกด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ความยุติธรรมในอดีตเป็นไปตามหลักการบริหารงานแผ่นดินที่ครอบคลุมทั้งอำนาจทางปกครองและอำนาจตุลาการ ด้วยเหตุนี้ การใช้อำนาจในนามของความยุติธรรมแทนพระมหากษัตริย์จึงเป็นประเด็นที่มีความละเอียดอ่อนเป็นอย่างยิ่ง

Jean-Pierre Royer แบ่งประวัติศาสตร์เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมของฝรั่งเศสออกเป็น ๔ ช่วงสำคัญ โดยในยุคที่เรียกว่า การอำนาจความยุติธรรมของพระมหากษัตริย์ (*la justice du roi*) นั้น ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ภายในราชอาณาจักรมีการจัดตั้งศาลขึ้นหลายประเภทโดยมิได้อยู่ในรูปของการรวมศูนย์อำนาจ ถึงแม้ว่าพระองค์จะมีพระราชอำนาจในการทุกประภาก็ตาม<sup>๗</sup> ในกรณี กระบวนการยุติธรรมแบบพระราชนา (la justice concédée) จึงไม่มีสถานะเป็นศาลหลวง (*les juridictions non royales*) อีกต่อไป หากแต่เป็นทรัพย์มีราคา (*un bien patrimonial*) ที่พระมหากษัตริย์พระราชนาให้แก่ปัจเจกบุคคลโดยไม่มีกำหนดเวลาสืบสุด (*à titre perpétuel*)<sup>๘</sup> ซึ่งในที่นี้จะกล่าวถึงศาลสำคัญ ๒ ประเภท ได้แก่

ศาลขุนนาง (*les juridictions seigneuriales*) หมายถึง อำนาจตุลาการตามกฎหมายที่ว่าไปของผู้ครองนครที่มีมาตั้งแต่ยุคกลาง (*le Moyen Âge*) ในฐานะเจ้าศักดินา โดยกรณีจะเป็นการใช้อำนาจเหนือตัวบุคคลทุกรายที่อาศัยอยู่ในดินแดนนั้น ๆ

สำหรับศาลศาสนาจักร (*les juridictions ecclésiastiques*) นั้น เริ่มมีโครงสร้างเป็นลำดับชั้น และมีการจัดองค์กรคล้ายกับฝ่ายตุลาการมากขึ้นตั้งแต่ช่วงการปฏิรูปของพระสันตปาปาเกรgoriusที่ ๗ (*la réforme grégorienne*) ในช่วงปลายศตวรรษที่ ๑๐ เป็นต้นมา นอกจากนี้ เนื่องจากศาลหลวงในขณะนั้นมีบทบาททางสังคมน้อยลง กรณีจึงส่งผลให้ศาลศาสนาจักรสามารถขยายเขตอำนาจออกไปได้จนถึงช่วงปลายศตวรรษที่ ๑๓ ซึ่งในทางวิชาการแบ่งออกเป็น ๒ ประเภท ได้แก่ หนึ่ง เขตอำนาจที่พิจารณาจากคุณสมบัติของบุคคล (*ratione personae*) กล่าวในรายละเอียด คือ คดีพิพาท (ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา)<sup>๙</sup> อันเกิดกับผู้ที่เป็นบาทหลวง (*des clercs*) ภายใต้เงื่อนไขบางประการ<sup>๑๐</sup> หรือผู้ที่ได้รับ

<sup>๗</sup> Jean-Pierre Royer, ‘Histoire de la justice (France)’ in Loïc Cadet (dir.) *Dictionnaire de la justice* (PUF 2004) 584 et s.

<sup>๘</sup> Philippe Sueur, *Histoire du droit public français XVe – XVIIIe siècle. Tome II Affirmation et crise de l’État sous l’Ancien Régime* (PUF 2007) 163.

<sup>๙</sup> ดู Philippe Sueur, *ibid* ; Bernard Barbiche, *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne (XVIe – XVIIIe siècle)* (PUF 2012) 47-56 ; Olivier Guillot et alii, *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale : 2. Des temps féodaux aux temps de l'État* (A. Colin 1998) 203 et s ; Marie-Bertrand Bruguière et alii, *Introduction à l'histoire des institutions françaises* (Privat 1990) 98-100, 151-152.

<sup>๑๐</sup> หากเป็นคดีอาญาแล้ว บาทหลวงจะได้สิทธิพิเศษ “โดยสัมบูรณ์” ในการถูกดำเนินคดีภายใต้กฎหมายของศาลศาสนาจักรเสมอ ดังที่เป็นไปตามภาษาอิตาลีว่า “โบสถ์กลัวสภาพของการเลือดตกยางออก” (*l'Eglise a horreur du sang*) กล่าวคือ ศาลของศาสนาจักรจะไม่สั่งลงโทษบาทหลวงที่กระทำการผิดในลักษณะที่เป็นการกระทำต่อร่างกายที่มีผลถึงขั้นเลือดออก เพราะฉะนั้น การจำกัดลดชีวิตจึงถือเป็นโทษที่มีความรุนแรงที่สุด ดู Olivier Guillot et alii, *ibid* 214-215.

<sup>๑๑</sup> ทั้งนี้ เป็นไปตามหลัก *privilegium fori ecclesiastici*

ทุกข์เหวนา (*des individus dans la misère*)<sup>๑๒</sup> ส่อง เขตอำนาจที่พิจารณาจากเนื้อหาแห่งคดี (*ratione materiae*) หมายถึง การที่ชาวคริสต์กระทำการความผิดอันกระทบต่อความเชื่อทางศาสนา เช่น การเป็นแม่เมด หรือการประพฤตินัยของคนนอกริต เป็นต้น<sup>๑๓</sup> นอกจากนี้ ศาลศาสนจักรยังมีเขตอำนาจในการระงับข้อพิพาท เกี่ยวกับการแต่งงานภายใต้พิธีสถาบัน คดีเกี่ยวกับทรัพย์ของศาสนจักร คดีเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพินัยกรรม คดีเกี่ยวกับสัญญาที่มีการสถาบันตน คดีล้มเมิดเกี่ยวกับการดูหมิ่นศาสนា หรือการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรม อันดีของประชาชนอีกด้วย

กล่าวโดยสรุป องค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการในดินแดนฝรั่งเศสในช่วงต้นของระบบเก่า เป็นการแบ่งอำนาจระหว่างศาลหลวง ศาลขุนนาง และศาลศาสนจักร

ในส่วนของศาลหลวง (*la justice royale ordinaire*) จะให้นิยามได้ว่าเป็นการใช้อำนาจตุลาการโดยผู้พิพากษาอาชีพ ซึ่งกระทำในพระประมาภิริยพระมหาภัตตริยภัยในองค์กรที่จัดตั้งขึ้น<sup>๑๔</sup> และมีศาล Parlement วินิจฉัยคดีพิพาทในชั้นภูมิ และต่อมาในช่วงปลายศตวรรษที่ ๑๘ ก็กำหนดให้ศาล Parlement แยกออกจาก Curia regis ซึ่งมีนักวิเคราะห์กันว่า สาเหตุสำคัญ ๒ ประการที่จำเป็น สำหรับการสร้างลักษณะเฉพาะให้กับ Curia in parlamento คือ พัฒนาการของวิชาаницิตศาสตร์ที่เพิ่มระดับ ของความซับซ้อน และการเพิ่มขึ้นของจำนวนคดีพิพาท<sup>๑๕</sup>

ด้วยความที่ศาล Parlement กลายเป็นศาลที่เก่าแก่ที่สุดในราชอาณาจักร กรณี จึงมีแนวคิดที่จะขยายศาลดังกล่าวไปในเขตต่างจังหวัดด้วยเช่นกัน อนึ่ง Romuald Szramkiewich และ Jacques Bouineau ตั้งข้อสังเกตไว้อย่างน่าสนใจว่า การจัดตั้งศาล Parlement ในต่างจังหวัดนั้น ถ้ามีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะให้ประชาชนสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้สะดวกมากขึ้นแล้ว กรณีก็ น่าจะมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะรักษาความเป็นเอกราชหนึ่งเดียวของระบบให้ครอบคลุมทั่วราชอาณาจักร<sup>๑๖</sup>

หลังจากที่จัดตั้งองค์กรและแบ่งโครงสร้างภายในเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ศาล Parlement จึงเริ่มจำกัดเขตอำนาจศาลขุนนางและศาลศาสนจักรด้วยมาตรการทางกฎหมาย ๓ รูปแบบ ดังต่อไปนี้<sup>๑๗</sup>

หนึ่ง การใช้เทคนิคกระบวนการยื่นอุทธรณ์ (*l'appel*) หมายความว่า ผู้ฟ้องคดี สามารถอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลขุนนางโดยอ้างเรื่องความบกพร่องของคำพิพากษา สำหรับสาเหตุ ที่ศาลหลวงมีอำนาจจับอุทธรณ์คำพิพากษาดังกล่าวได้นั้น เนื่องจากพระมหาภัตตริย์มีสถานะเปรียบเสมือน เจ้าศักดินาชั้นสูงสุด (*un suzerain suprême*) ซึ่งขุนนางอื่น ๆ ในราชอาณาจักรจะอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่า อนึ่ง ศาล Parlement ได้เริ่มใช้กระบวนการยื่นอุทธรณ์ (*l'appel comme d'abus*) กับคำพิพากษา ของศาลศาสนจักรตั้งแต่ช่วงปลายศตวรรษที่ ๑๕ ด้วยเช่นกัน

<sup>๑๒</sup> ตัวอย่างของ *miserabiles personae* เช่น คนยากจน แม่หม้าย ผู้เยาว์ และเด็กกำพร้า

<sup>๑๓</sup> โดยที่ข้อพิพาทมีลักษณะคล้ายคลึงกับศาลที่พิจารณาความผิดวินัย (*la jurisdiction disciplinaire*) ศาลศาสนจักรซึ่งมีการตั้งศาลให้ทราบ (*l'inquisitio hereticae pravitatis*) เพื่อเปิดช่องให้สามารถใช้วิธีพิจารณาแบบพิเศษได้

<sup>๑๔</sup> Philippe Sueur (n 8) 195 et s.

<sup>๑๕</sup> Olivier Guillot et alii (n 9) 221 et s.

<sup>๑๖</sup> Romuald Szramkiewich et Jacques Bouineau, *Histoire des institutions, 1750-1914 : droit et sociétés en France de la fin de l'Ancien Régime à la Première guerre mondiale* (Litec, 1998) 46.

<sup>๑๗</sup> Jean Hilaire, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux : Xle – XIXe siècles* (Dalloz 1997) 126-127.

สอง การใช้มาตรการป้องกัน (*la prévention*) ก่อร้ายคือ ศาลหลวงสามารถมีอำนาจ เคียงคู่กับศาลชั้นนำและศาลศาสนจักรได้ ๒ กรณี คือ เมื่อศาลชั้นนำละเลยล่าช้าในกระบวนการพิจารณาคดีอาญา กับเมื่อกรณีเป็นไปตามหลักความมาก่อนของศาลหลวง (*la primauté de la justice royale*) ซึ่งส่งผลให้คดีเกี่ยวกับผู้ที่ได้รับทุกข์เหตุนา (*des miserables personae*) สามารถอยู่ในเขตอำนาจของศาลหลวงได้<sup>๑๗</sup>

สาม การมีสถานะเป็นคดีหลวง (*les cas royaux*) ก่อร้ายคือ การให้คดีแพ่งหรือคดีอาญา บางประเภทที่มีลักษณะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมอยู่ในเขตอำนาจของศาลหลวง เช่น การมิ่นพระบรมเดชานุภาพ (*le crime de lèse-majesté*) การปลอมแปลงตราประทับหรือจดหมาย ของทางราชการ การปลอมแปลงเงินตรา การกระทำที่ขัดต่อความสงบสุขของบ้านเมือง หรือการพกพาอาวุธ เป็นต้น นอกจากนี้ ตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่ ๑๙ เป็นต้นมา ข้อความคิดว่าด้วยคดีหลวงยังขยายไปถึงกรณี ของข้อพิพาทเกี่ยวกับการทำสัญญาที่มีการลงตราประทับของพระมหากษัตริย์ต่อหน้าโนتاเรี๊ยว หรือ (*un notaire royal*) และกระทบต่อสิทธิในการตราภูมายของพระมหากษัตริย์ อนึ่ง ข้อความคิดว่าด้วย คดีหลวงถูกนำไปแปลงเป็นทุณภ្លីว่าด้วยคดีสิทธิพิเศษ (*la théorie des cas privilégiés*) เพื่อลดเขตอำนาจ ศาลศาสนจักรโดยการอ้างเรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม<sup>๑๘</sup>

### ๑.๒ ความจำเป็นของการจัดให้มีกระบวนการยุติธรรมทางปกครองสถานะพิเศษ

อันที่จริงแล้ว ถึงแม้ว่าบรรดาข้อพิพาทระหว่างเอกชนในฝรั่งเศสจะอยู่ในเขตอำนาจ ของศาล Parlement ก็ตาม ฝ่ายกษัตริย์มีการจัดตั้งกระบวนการยุติธรรมทางปกครองขึ้นเป็นพิเศษเคียงคู่กับ ศาลยุติธรรมอีกด้วย ทั้งนี้ เพื่อรับข้อพิพาทบางลักษณะที่มีความเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย สำหรับ เหตุผลสนับสนุนที่สำคัญแบ่งได้เป็น ๓ ประการ<sup>๑๙</sup> ได้แก่ หนึ่ง ความหลากหลายของศาลที่มีสถานะพิเศษ เป็นรถทางกฎหมายที่มีมาตั้งแต่ยุคกลาง สอง ความไม่ชัดเจนของการแบ่งอำนาจหน้าที่ระหว่างฝ่ายปกครอง กับศาล และ สาม ความไม่ไว้วางใจศาลยุติธรรม ซึ่งในกรณีหลังนี้อาจแบ่งได้เป็นเรื่องการใช้อำนาจทางการเมือง ของผู้พิพากษาศาลยุติธรรม กับความสามารถในการข้อหาหรือตกลงเป็นรถของตำแหน่งผู้พิพากษา

โดยหลักแล้ว ศาล Parlement เป็นศาลชั้นสูงสุดที่ตัดสินคดีซึ่งมาจากการอุทธรณ์ คำพิพากษา อย่างไรก็ได้ การฟ้องตรงอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่คดีพิพาทมีเนื้หาเกี่ยวโยงกับพระมหากษัตริย์ โดยตรง หรือมีเหตุตามหลัก *committimus*<sup>๒๐</sup> แม้กระนั้นก็ตาม นักวิชาการมีความเห็นว่าการใช้อำนาจ บางลักษณะของศาล Parlement เป็นการกระทำการครอบอำนาจตุลาการ (*les compétences extrajudiciaires*) ดังที่ Bernard Barbiche กล่าวไว้ว่า “ข้อเรียกร้องต่อศาลชั้นสูงสุดเกี่ยวกับเรื่องทางการเมืองตั้งอยู่บน กรอบความคิดแบบโบราณที่ว่า แต่เดิมพระมหากษัตริย์ทรงมีสิทธิที่ปรึกษาอย่างความเห็นใจกับ การบริหารราชการแผ่นดิน ดังนั้น เมื่อศาล Parlement พัฒนามาจากองค์กรที่เรียกว่า *Curia regis* แล้ว

<sup>๑๗</sup> Olivier Guillot et alii (n 9) 208-209.

<sup>๑๘</sup> Olivier Guillot et alii (n 9) 210-211, 217-218.

<sup>๑๙</sup> ดู Jean Hilaire, ‘Ancien Régime’ in Loïc Cadet (dir.) *Dictionnaire de la justice* (PUF 2004) 34-40 ; ‘Parlement’ ibid 962-964 ; François Saint-Bonnet et Yves Sassier, *Histoire des institutions avant 1789* (Montchrestien 2011) 398-401 ; Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789* (PUF 2002) 20-21 ; François Burdeau, *Histoire du droit administratif* (PUF 1995) 33-34.

<sup>๒๐</sup> Olivier Guillot et alii (n 9) 229.

บรรดาผู้พิพากษาจึงมีสถานะเป็นที่ปรึกษาของพระมหากษัตริย์ด้วยในเวลาเดียวกัน อาศัยเหตุดังกล่าว ศาล Parlement จึงมีความชอบธรรมที่จะมีบทบาททางการเมืองฝ่ายการให้ความเห็นแก่สถาบันพระมหากษัตริย์ ซึ่งถือเป็นภารกิจดั้งเดิมในฐานะสภานาที่ปรึกษา”<sup>๒๒</sup>

จากแนวคิดข้างต้น ศาล Parlement จึงใช้อำนาจในลักษณะทั่วไปเป็นอย่างมาก กล่าวคือ นอกจากเรื่องกระบวนการแต่งตั้งข้าราชการฝ่ายดูแลความสงบเรียบร้อยทั่วไป หรือการควบคุม การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแล้ว ศาล Parlement ยังมีอำนาจทางนิติบัญญัติอีกด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การตรา arrêts de règlements และ droit d'enregistrement et de remontrance

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า “ความยุติธรรม” ในยุคโบราณจะต้องตีความอย่างกว้าง (*lato sensu*) ดังนั้น อำนาจตุลาการในระบบเก่า (Ancien Régime) หรือก่อนการปฏิวัติในปี ค.ศ. ๑๗๘๙ จึงมีได้ จำกัดอยู่เฉพาะแต่การระงับข้อพิพาทระหว่างคู่ความเท่านั้น หากแต่ยังหมายความรวมถึงการรักษา ความสงบเรียบร้อยภายในสังคมอีกด้วย อาศัยเหตุดังกล่าว ศาล Parlement จึงมีความชอบธรรมในการตรา arrêts de règlements ซึ่งให้คำนิยามได้ว่าเป็นการแก้ปัญหาในลักษณะสาธารณะฝ่ายภูมิภาคที่กำหนด ความประพฤติของบุคคลอันมีผลบังคับเป็นการทั่วไป อนึ่ง การตรา arrêts de règlements ในระยะเริ่มแรก จะเกิดขึ้นเฉพาะกรณีที่ไม่สามารถหากฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือจารีตประเพณีมาปรับใช้กับเรื่องที่เกิดขึ้นได้ เท่านั้น แต่ศาล Parlement ในเวลาต่อมากลับนำมาตราการดังกล่าวมาปรับใช้กับสถานการณ์อื่น ๆ นอกเหนือจาก ครอบความเป็นข้อพิพาทระหว่างคู่ความอีกด้วย ตัวอย่างเช่น การวางแผนเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพ การรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม การออกข้อกำหนดเกี่ยวกับการสัญจร หรือการเปิดให้บริการ ของคณะกรรมการสัตว์เรือน เป็นต้น<sup>๒๓</sup>

ในส่วนของ droit d'enregistrement et de remontrance นั้น ศาล Parlement ใช้เป็นเครื่องมือในการตอบโต้กระบวนการตรวจสอบกฎหมายในระบบสมบูรณ์สิทธิราชย์ ทั้ง ๆ ที่วัตถุประสงค์ แรกเริ่มของ droit d'enregistrement เป็นเพียงการรับรอง (acte de reconnaissance) กฎหมายเท่านั้น กล่าวในรายละเอียด คือ ศาล Parlement มีบทบาทเพียงการเก็บรักษาต้นฉบับของกฎหมายที่ตราโดย ฝ่ายนิติบัญญัติ การนำมายเผยแพร่ ตลอดจนการทำซ้ำใหม่แทนต้นฉบับเดิมที่สูญหายไป อันที่จริงแล้ว กระบวนการตรวจสอบ จดบันทึก และเผยแพร่องศาตร์ Parlement เป็นเพียงการควบคุม “รูปแบบ และวิธีการร่างกฎหมาย เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นเอกสารต้นฉบับที่แท้จริง และการให้ความเชื่อมั่น ในเรื่องกระบวนการประกาศเผยแพร่กฎหมายเท่านั้น”<sup>๒๔</sup>

อย่างไรก็ได้ ดังแต่ช่วงทศวรรษที่ ๑๓๕๐ เป็นต้นมา ศาล Parlement เริ่มใช้อำนาจ เกินกว่าการอบรมดังเดิมตามที่กล่าวมาข้างต้น โดยนักวิชาการเรียกรวมว่า droit de remontrance ในความหมาย อย่างกว้าง ในการนี้ ศาล Parlement สามารถที่จะปฏิเสธการจดบันทึกกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือแนะนำให้มีการแก้ไขเนื้อหาและจดบันทึกไว้เฉพาะแต่ส่วนสำคัญเท่านั้น หรือจัดทำข้อสังเกต ตลอดจน ข้อสงวนเกี่ยวกับกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติในเรื่องนั้น ๆ ก็ได้

<sup>๒๒</sup> Bernard Barbiche (n 9) 107-108.

<sup>๒๓</sup> Olivier Guillot et alii (n 9) 231-232 ; Marie-Berdanette Bruguière et alii (n 9) 214.

<sup>๒๔</sup> Olivier Guillot et alii (n 9) 233.

อาศัยเหตุดังกล่าว กรณีจึงทำให้กฎหมายหลายฉบับของฝ่ายนิติบัญญัติในระบบสมบูรณณาญาสิทธิราชย์ไม่มีผลใช้บังคับ เนื่องจากศาล Parlement ไม่รับจบันทึกลงในสารบบ ซึ่งการกระทำเช่นนี้เรียกได้ว่าเป็นการแทรกแซงกิจการของรัฐโดยฝ่ายตุลาการ<sup>๒๕</sup>

นอกจากปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางการเมืองของศาลยุติธรรมแล้ว กรณียังพบปัญหาเกี่ยวกับการซื้อขายหรือตกเป็นมรดกของตำแหน่งผู้พิพากษาศาลยุติธรรมอีกด้วย อันที่จริงแล้ว ผู้พิพากษาเป็นตำแหน่งที่มีเอกลักษณ์และได้รับค่าตอบแทน โดยในอดีต คำว่า “office” หมายถึง งานราชการส่วนหนึ่งที่พระมหากษัตริย์ทรงมอบให้ข้าราชการบริพารเป็นผู้กระทำการภายในกรอบของตำแหน่งหน้าที่<sup>๒๖</sup> ต่อมา ในปี ค.ศ. ๑๔๖๗ ซึ่งตรงกับรัชสมัยของพระเจ้าหลุยส์ที่ ๑๖ มีการตรา Règlement (ordonnance) ที่ว่างหลักว่าด้วยการที่เจ้าหน้าที่ไม่อาจถูกสั่งโยกย้ายหรือถอดถอน นอกจากนี้ ตำแหน่งของเจ้าหน้าที่จะว่างลงได้ก็ต่อเมื่อมีสาเหตุจากความไม่สอดคล้องกับสภาพเดิมของตำแหน่ง การถูกริบ หรือการที่เจ้าหน้าที่ถึงแก่ความตายเท่านั้น

ในทางปฏิบัติ ความคงอยู่ต่อลดไปของตำแหน่งเจ้าหน้าที่ขยายความไปถึงความสามารถในการนำตำแหน่งที่ดำรงอยู่ไปแสวงหากำไรได้อีกด้วย ซึ่งกรณีเป็นไปตามหลัก *resignation in favorem* ของกฎหมายศาสนาจกร (le droit canonique) ที่เปิดช่องให้ผู้มีสมณศักดิ์ (un bénéfice ecclésiastique) สามารถกำหนดตัวผู้สืบทอดตำแหน่ง โดยให้บุคคลดังกล่าวชำระค่าตอบแทน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การซื้อขายหรือตกเป็นมรดกของตำแหน่ง หมายถึง การปล่อยให้ปัจเจกบุคคลสามารถทำการซื้อขาย หรือโอนตำแหน่งหน้าที่ได้โดยอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ<sup>๒๗</sup> นั่นเอง การซื้อขายหรือตกเป็นมรดกของตำแหน่งเกิดขึ้นในครั้งเศส เป็นครั้งแรกในช่วงศตวรรษที่ ๑๔ เพื่อตอบสนองความต้องการของเจ้าหน้าที่ผู้ประสงค์จะโอนตำแหน่งของตนให้แก่ผู้สืบสานดานหรือนำไปขายให้กับบุคคลภายนอก ต่อมา แนวปฏิบัติดังกล่าวกลายเป็นที่แพร่หลายอย่างรวดเร็วเนื่องจากราชสำนักต้องการเงินเข้าห้องพระคลัง โดยเฉพาะตั้งแต่ช่วงสมัยของพระเจ้าชาลส์ที่ ๔ เป็นต้นมา นอกจากนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่า หากกรณีเป็นตำแหน่งที่ให้สิทธิประโยชน์มากเป็นพิเศษแล้ว เช่น การได้รับศักดินา การได้สิทธิประโยชน์ทางศาลหรือทางภาษี การซื้อขายตำแหน่งดังกล่าวย่อมสร้างกำไรให้แก่ผู้ขายได้ดีกว่าตำแหน่งทั่วไป

เมื่อตำแหน่งหน้าที่กลายเป็นวัตถุแห่งการซื้อขายหรือการตกเป็นมรดกแก่ทายาทแล้ว สถาบันการณ์ดังกล่าวจึงขยายวงมาถึงตำแหน่งเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมด้วย ถึงแม้ว่ากฎหมายในระยะแรกจะกำหนดห้ามไว้ก็ตาม<sup>๒๘</sup> แม้กระนั้นก็ต้องรู้ยังคงส่วนอำนาจในการตรวจสอบเงื่อนไขบังคับก่อนของกระบวนการดังกล่าวอยู่ในบางประเด็น เช่น คุณสมบัติเรื่องอายุ องค์ความรู้ทางนิติศาสตร์ หรือประสบการณ์ในชั้นศาล อนั่นเอง แม้ด้วยสถานะของพระมหากษัตริย์ที่ทรงมีพระราชอำนาจในการเพิกถอนการซื้อขายตำแหน่งก็ตาม แต่กรณีเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติเนื่องจากพระคลังมหาสมบัติไม่มีเงินคงคลังเพียงพอที่จะนำไปชำระราคาในมูลค่าของตำแหน่งดังกล่าว

<sup>๒๕</sup> แม้ศาล Parlement จะทำ droit de remontrance ไม่รับจบันทึกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติก็ตาม พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจที่จะออกพระราชหัตถเลขา (les lettres de jussion) เพื่อให้มีการจดบันทึกกฎหมายในทันทีโดยปราศจากการแก้ไขใด ๆ ก็ได้ ดู Philippe Sueur (n 8) 83-86.

<sup>๒๖</sup> Mireille Jean, ‘Offices’ in Lucien Bély (dir.) *Dictionnaire de l’Ancien Régime* (PUF 2010) 920.

<sup>๒๗</sup> Sylvain Soleil, ‘Vénalité des charges’ in Loïc Cadet (dir.) *Dictionnaire de la justice* (PUF 2004) 1323.

<sup>๒๘</sup> Bernard Barbiche (n 9) 79-81.

ส่วนที่ ๒ การปรับปรุงเพื่อนำไปสู่กระบวนการยุติธรรมทางปกครองสมัยใหม่

การปฏิรูปฝรั่งเศสในปี ค.ศ. ๑๗๙๒ ทำให้ระบบสมบูรณ์มาถูกสิทธิราชย์อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นศูนย์รวมอำนาจสืบสุดลง แต่กระบวนการยุติธรรมทางปกครองของฝรั่งเศสยังคงรักษาเอกลักษณ์เฉพาะตัวบางประการไว้จนถึงปัจจุบัน กล่าวโดยย่อ คือ การริเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการกิจทางปกครองจากระบบส่วนอำนาจชั้นขาด (*la justice retenue*) ที่กำหนดให้ผู้บังคับบัญชาสูงสุดของฝ่ายบริหารเป็นผู้ตัดสินปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองด้วยกันหรือฝ่ายปกครองกับประชาชน (๒.๑) จากนั้นจึงเปลี่ยนระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นแบบมอบอำนาจชั้นขาด (*la justice déléguée*) ที่ให้คำวินิจฉัยของสถาแห่งรัฐ (*le Conseil d'État*) มีสถานะเป็นที่สุด (*l'autorité de la chose jugée*) ในเวลาต่อมา (๒.๒)

๒.๑ ระบบส่วนอำนวยชี้ขาด (*la justice retenue*) : การระงับข้อพิพาทภายในฝ่ายปกครอง

ศาลอุติธรรมในฝรั่งเศสมีได้มีเขตอำนาจในการระงับข้อพิพาททางปกครองมาตั้งแต่ในช่วงของการปกครองแบบระบบเก่า (*l'Ancien Régime*)<sup>๑๙</sup> เพียงแต่การมีสถานะเป็นองค์กรตุลาการแยกเป็นเอกเทศจากศาลอุติธรรมเป็นผลิตผลที่เกิดขึ้นอย่างค่อยเป็นค่อยไปภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศส เป็นต้นมา อนึ่ง เพื่อเป็นการจัดโครงสร้างภารกิจระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายตุลาการให้เป็นระบบมากยิ่งขึ้น นักปฏิวัติในยุคหนึ่งจึงออกมาตรการทางกฎหมายที่สำคัญ ๒ ประการ ได้แก่

หนึ่ง การพัฒนาแนวคิดแบบฝรั่งเศสว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจ (*la conception française de la séparation des pouvoirs*) ซึ่งมีความแตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับการถ่วงดุลระหว่างอำนาจจือปีตี้ตามแนวคิดว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจแบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา เนื่องจากกรณีจะเป็นการขัดหรือแย้งกับแนวคิดว่าด้วยชาติ (*le concept de nation*)<sup>๗๐</sup> โดยนักปฏิวัติได้ตีความขยายหลักการแบ่งแยกอำนาจไปจนถึงประเด็นเรื่องการแบ่งแยกระหว่างฝ่ายปกครองกับศาลมติธรรมด้วย<sup>๗๑</sup> ทั้งนี้ หนึ่งในวัตถุประสงค์สำคัญ คือ ความต้องการที่จะจัดความสันติภาพระหว่างอำนาจของฝ่ายปกครอง กับอำนาจดุลการ อนึ่ง ในทางวิชาการเห็นว่า บทกฎหมายสำคัญ ๒ ฉบับที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ คือ รัฐบัญญัติ ว่าด้วยโครงสร้างของศาลมติธรรม ลงวันที่ ๑๖-๒๔ สิงหาคม ค.ศ. ๑๗๘๐ และรัฐกฤษฎีกา ฉบับที่ ๑๖

<sup>๒๙</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การแยกดีปกรองออกจากศาลยุติธรรมไม่ใช่การตอกผลึกทางความคิดของนักกฎหมายฝรั่งเศสในช่วงศตวรรษที่ ๑๙ ดู Pierre Legendre, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours* (PUF 1968) 277 et s ; Danièle Lochak, *La justice administrative*, (Montchrestien 1998) 9 et s.

<sup>๓๐</sup> นักวิชาการในฝรั่งเศสอธิบายว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจประกอบด้วย ๒ หลักย่ออย ได้แก่ หลักความเป็นอิสระ (le principe d'indépendance) ของอำนาจอธิปไตยแต่ละประเภท กับหลักความพิเศษ (le principe de spécialisation) ที่เรียกร้อให อำนาจอธิปไตยแต่ละประเภทดำเนินการอยู่เฉพาะแต่ในบริบทอำนาจของตนเท่านั้น จากคำอธิบายดังกล่าว จึงส่งผลให ความรับผิดทางการเมืองของรัฐบาลต่อรัฐสภา (la responsabilité politique du gouvernement devant le parlement) และการที่รัฐบาลประกาศยุบสภา (le droit de dissolution fait par le gouvernement) เป็นเรื่องต้องห้าม ดู Michel Troper, ‘The development of the notion of separation of powers’ (1992) 1 Israel Law Review 1, 2-3 ; สำหรับทวิเคราะห์แนวคิดว่าด้วยชาติ ดู Élisabeth Zoller, *Introduction au droit public* (Dalloz 2013) 207 et s.

<sup>๓๙</sup> สาร่างรัฐธรรมนูญ (L'assemblée Constituante) ยืนยันว่า แนวคิดว่าตัวยการแบ่งแยกการกิจทางปกครองกับศาลยุติธรรม (la séparation des fonctions administratives et judiciaires) เคยเกิดขึ้นในฝรั่งเศสมาตั้งแต่การปกครองในยุคระบอบเก่าแล้ว โดยปรากฏใน l'édit de Saint-Germain-en-Laye เมื่อปี ค.ศ. ๑๖๔๑ ดู Francis Paul-Benoit, ‘Juridiction judiciaire et juridiction administrative’ (1964) I.1838 La semaine juridique.

fructidor an III (๒ กันยายน ค.ศ. ๑๗๙๕) โดยเป้าประสงค์สุดท้ายของกฎหมายดังกล่าวอาจสรุปสาระสำคัญได้ว่า “ศาลเป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากธิปไตยเป็นการเฉพาะ ดังนั้น ศาลจึงเป็นองค์กรเดียวที่สามารถใช้อำนาจตุลาการและจะต้องใช้อำนาจดังกล่าวให้ครบถ้วนอีกด้วย อย่างไรก็ต้องมีอำนาจตุลาการเช่นว่านี้หมายเฉพาะถึงการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการปรับใช้กฎหมายเพ่งเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ คดีพิพาทที่จะต้องนำกฎหมายปกครองมาใช้บังคับจึงไม่อยู่ภายใต้กรอบการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการ”<sup>๓๔</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การระงับข้อพิพาททางปกครองยังคงอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายปกครองด้วยกันเอง โดยศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีประเภทดังกล่าว<sup>๓๕</sup>

อันที่จริงแล้ว หลักการแบ่งแยกฝ่ายปกครองออกจากศาลยุติธรรมก่อให้เกิดผลที่สำคัญ ๒ ประการ คือ หนึ่ง การยืนยันสิทธิของประชาชนในการฟ้องว่าฝ่ายปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายสอง หลักการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่จะจัดอุปสรรคอันจะเกิดขึ้นหากมีการจัดตั้งหน่วยงานทางปกครองประเภทใหม่<sup>๓๖</sup> หรืออาจกล่าวได้ว่า เหตุผลพื้นฐานทางการเมืองที่ทำให้เกิดกระบวนการยุติธรรมทางปกครองในฝรั่งเศส คือ การเปิดโอกาสให้ปัจเจกบุคคลสามารถทำคำฟ้องโดยไม่ต้องผ่านการตัดสินใจใช้อำนาจของฝ่ายปกครองกับการให้กระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าวเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นภายใต้การปกครอง<sup>๓๗</sup>

สอง การปฏิรูประบบกฎหมายในช่วง l'an III หรือ ค.ศ. ๑๗๙๕ จึงเริ่มต้นด้วยการยกเลิกศาลชำนาญพิเศษ (des tribunaux d'exception) ที่มีมาตั้งแต่ยุคระบบอุบเบก แล้วแทนที่ด้วยสถาบันที่จัดตั้งขึ้นใหม่ภายใต้การเมืองเพื่อรับผิดชอบงานคดี (le contentieux administratif) เป็นการเฉพาะแต่กำหนดให้สถาบันดังกล่าว แยกออกจากภารกิจด้านการบริหารงานแผ่นดินทั่วไป (l'administration active)<sup>๓๘</sup> โดยรัฐธรรมนูญฉบับที่ ๒๒ frimaire an VIII (๓ ธันวาคม ค.ศ. ๑๗๙๘) บัญญัติให้ระบบสภารัฐ (le Conseil d'Etat) กลับมาใช้ใหม่<sup>๓๙</sup> ดังที่มาตรา ๔๒ ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวกำหนดไว้ว่า “สภารัฐ

<sup>๓๔</sup> Julien Laferrière, ‘Les raisons de la proclamation de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire par l’Assemblée Constituante’ in Mélanges Paul Negulesco (Monitorul oficial si imprimariile statului 1935) 441.

<sup>๓๕</sup> นักวิชาการบางกลุ่มให้ข้อสังเกตว่า หลักการแบ่งแยกฝ่ายปกครองออกจากศาลยุติธรรมที่ปรากฏในรัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๑๖-๒๔ สิงหาคม ค.ศ. ๑๗๙๐ เป็นเพียงการห้ามให้ศาลยุติธรรมใช้อำนาจหรือกระทำการเหมือนฝ่ายปกครองเท่านั้น แต่กรณีมิได้มีความประสงค์ที่จะห้ามศาลในการพิพากษาฝ่ายปกครอง ดู Pierre Delvolvé, ‘Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire’ in Mélanges René Chapus (Montchrestien 1992) 135-137.

<sup>๓๖</sup> Jean-Louis Mestre, ‘Administration, justice et droit administratif’ (2002) 2 Annales historiques de la Révolution française 61, 63.

<sup>๓๗</sup> Katia Weidenfeld, *Histoire du droit administratif : Du XIV<sup>e</sup> siècle à nos jours* (Economica 2010) 7 ; Francis-Paul Bénôt, ‘Les fondements de la justice administrative’ in Mélanges Marcel Waline (LGDJ 1974) 290-291.

<sup>๓๘</sup> Jacques Caillose, ‘Justice administrative’ in Loïc Cadet (dir.) *Dictionnaire de la justice* (PUF 2004) 725.

<sup>๓๙</sup> อันที่จริงแล้ว จุดกำเนิดของสภารัฐของฝรั่งเศสอาจย้อนไปได้ถึงสภาราชที่บริการของพระมหาจัตุริย์ (le Conseil du roi) ซึ่งตั้งขึ้นตั้งแต่ในยุคระบบอุบเบก แล้ว ดู Yves Robineau et Didier Truchet, *Le Conseil d'Etat* (PUF 2002) 5 et s.

มีอำนาจในการจัดเตรียมร่างรัฐบัญญัติและกฎหมายของฝ่ายปกครอง ตลอดจนมีอำนาจในการระงับข้อพิพาททางปกครอง”<sup>๓๙</sup>

ในขณะเดียวกันมีการจัดตั้งสถาบันขึ้นอีก ๒ ประเภท ได้แก่ สภาพจังหวัด (*les conseils de préfecture*) และรัฐมนตรีผู้เป็นตุลาการตัดสินคดี<sup>๔๐</sup>

สภาพจังหวัดตั้งขึ้นโดยรัฐบัญญัติ 28 pluviôse An VIII (๗ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๑๘๐๐) ซึ่งมีผู้ว่าราชการจังหวัด (*le préfet*) เป็นประธาน โดยวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้ คือ การให้หลักประกันเกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาททางปกครองรูปแบบใหม่แก่ประชาชน และเป็นหลักประกันที่เคารพหลักการแบ่งแยกระหว่างฝ่ายปกครองกับศาลยุติธรรม กล่าวคือ ศาลจังหวัดในฐานะผู้ตัดสินคดีพิพาท มีสถานะเป็นคนกลางที่มิได้เป็นคู่กรณีกับประชาชนโดยตรง นอกจากนี้ ยังเป็นการทำให้คดีพิพาทได้รับการพิจารณาโดยสภาพจังหวัดในฐานะที่เป็นองค์กรกลุ่มอีกด้วย<sup>๔๑</sup> อย่างไรก็ได้ เขตอำนาจของสภาพจังหวัดจะมีเท่าที่กฎหมายกำหนด (*la compétence d'attribution*) เท่านั้น

ในขณะเดียวกัน รัฐธรรมนูญยังบัญญัติให้ยกเลิกแนวปฏิบัติว่าด้วยความเป็นองค์กรกลุ่มของรัฐมนตรี (*la collégialité ministérielle*) โดยลดเหลือเพียงอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีแต่ละตำแหน่งภายในกระบวนการจัดตั้งของตนแทน ทั้งในส่วนที่เป็นอำนาจทางปกครองและอำนาจตุลาการ<sup>๔๒</sup> ซึ่งวิธีการดังกล่าวเรียกว่าเป็นจุดเริ่มต้นของทฤษฎีว่าด้วยการให้รัฐมนตรีเป็นตุลาการตัดสินคดีในเบื้องต้น (*la théorie du ministre-juge*)<sup>๔๓</sup> ด้วยเหตุนี้ ผลทางกฎหมายที่ตามมา คือ รัฐมนตรีจึงเป็นตุลาการชั้นต้นที่มีอำนาจ

<sup>๓๙</sup> ในปี ค.ศ. ๑๘๐๖ มีการจัดตั้งคณะกรรมการฝ่ายคดี (*une Commission du contentieux*) ขึ้นภายในสภาพแห่งรัฐเพื่อรับผิดชอบการทำสำนวนคดีพิพาท ซึ่งกรณีถือเป็นการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่อย่างชัดเจนระหว่างแผนกร่างกฎหมายและแผนกคดีปกครอง

<sup>๔๐</sup> หรือที่เรียกว่าระบบรัฐมนตรี-ตุลาการ (*le ministre-juge*)

<sup>๔๑</sup> ถึงแม้ว่าทั้งสภาพแห่งรัฐและสภาพจังหวัดจะเป็นสถาบันใหม่ที่จัดตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ระงับข้อพิพาททางปกครองเหมือนกันก็ตาม แต่ลักษณะของการกิจกรรมมีความแตกต่างกันอยู่ในบางกรณี กล่าวคือ ข้อวินิจฉัยของสภาพแห่งรัฐจะมีผลบังคับก็ต่อเมื่อได้รับการยืนยันจากผู้บังคับบัญชาสูงสุดของฝ่ายบริหาร ในขณะที่ข้อวินิจฉัยของสภาพจังหวัดจะมีสถานะคล้ายกับคำพิพากษาของศาลมากกว่า นอกจากนี้ สภาพจังหวัดจะมีอำนาจหน้าที่เฉพาะการวินิจฉัยซึ่งขาดคดีข้อพิพาทเท่านั้น ส่วนบทบาทการให้คำปรึกษาหารือของสภาพจังหวัดเพิ่มเติมในภายหลังและมิได้กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติ 28 pluviôse An VIII ตั้งแต่แรก ดู Jean-Jacques Clère, ‘Genèse des tribunaux administratifs français (1800-1953)’ in Éric Gojoso (dir.) *Les conseils de préfecture (an VIII-1953)* (LGDJ (Poitiers), 2005) 46-51.

<sup>๔๒</sup> ความยุ่งยากประการหนึ่งภายหลังการปฏิวัติ (*la période post-révolutionnaire*) ในระยะต้น คือ ความสับสนระหว่างการใช้อำนาจทางปกครองกับการใช้อำนาจตุลาการ ซึ่งในบางครั้งเกิดความยุ่งยากในการแบ่งประเภทการกระทำต่าง ๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับการฟ้องคดีปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการร้องทุกข์ การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง การขอให้พิจารณาใหม่ หรือการฟ้องคดี ดู Jean-Jacques Clère, *ibid* 44-47.

<sup>๔๓</sup> René Chapus ยืนยันความชอบธรรมของทฤษฎีว่าด้วยการให้รัฐมนตรีเป็นตุลาการตัดสินคดีในเบื้องต้น โดยให้คำอธิบายว่า “ระบบดังกล่าวมิได้ชัดหรือยังต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจแต่อย่างใด อันที่จริงแล้วหนังสืออิทธิวิญญาณแห่งกฎหมาย (*l'Esprit des lois*) เขียนไว้ว่า องค์กรตุลาการในฐานะที่จะต้องมีความเป็นอิสระและแยกออกจากองค์กรส่วนอื่นนั้น มีอำนาจตัดสินคดีพิพากษาท่วงปัจเจกบุคคลกับการลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาในการนี้ จึงไม่น่าแปลกใจหากกรณีจะไม่มีการแบ่งแยกระหว่างฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่บริหารงานแผ่นดินกับฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่วินิจฉัยซึ่งขาดคดีพิพากษา อันที่จริงแล้ว การควบคุมตรวจสอบการกระทำการของฝ่ายปกครองถือเป็นการเติมเต็มอำนาจในการบริหารงานแผ่นดินนั่นเอง” ดู René Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1 (Montchrestien 2001) 748.

พิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับกระทรงที่ตันดำรงตำแหน่งอยู่ และสภาพแห่งรัฐก็จะไม่รับคำฟ้องดังกล่าว ไว้พิจารณาหากกรณีไม่ยื่นเรื่องให้รัฐมนตรีพิจารณา ก่อน ระบบดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงบทบาทอภินัยหนึ่ง ของสภาพแห่งรัฐในฐานะศาลชั้นอุทธรณ์ อย่างไรก็ได้ ต้องไม่ลืมว่าคำวินิจฉัยของสภาพแห่งรัฐจะมีผลใช้บังคับ ก็ต่อเมื่อหัวหน้าสูงสุดของฝ่ายบริหารให้ความเห็นชอบ ซึ่งเป็นไปตามหลักการของระบบส่วนอำนาจชี้ขาด

กล่าวโดยสรุป รัฐมนตรีจะมีอำนาจทั่วไปในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทในขั้นต้น ยกเว้นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของสภาพจังหวัดหรือการฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง ซึ่งสภาพแห่งรัฐมีอำนาจวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวโดยตรง ทั้งนี้ ตามการตีความรัฐบัญญัติว่าด้วยโครงสร้าง ของศาลยุติธรรม ลงวันที่ ๑๖-๒๔ สิงหาคม ค.ศ. ๑๙๘๐

## ๒.๒ ระบบมอบอำนาจชี้ขาด (*la justice déléguée*) การทำให้มีคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญ และ ความเป็นระบบศาลคู่

การที่จะเรียกสถาบันหนึ่งภายใต้รัฐว่าเป็นฝ่ายตุลาการได้นั้น องค์กรดังกล่าวจะต้องมี อำนาจตัดสินชี้ขาดคดีพิพาท โดยผลิตผลที่จะเรียกว่าเป็นการกระทำการทางตุลาการก็จะต้องปรากฏ ความมีผลบังคับของคำพิพากษา (*l'autorité de la chose jugée*) นอกจากนี้ กรณียังมีลักษณะอื่น ๆ อีกบางประการที่จะทำให้การอำนาจความยุติธรรมเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพเพิ่มมากขึ้น<sup>๔๗</sup>

การก่อตัวของกฎหมายปกครองรั่งเศสม้ายใหม่เริ่มเป็นรูปธรรมในช่วงภายหลัง การปฏิวัติมาจนถึงยุคของโนโปเลียน ต่อมา ในช่วงปี ค.ศ. ๑๘๑๕ จนถึงปลายยุคจักรวรรดิที่ ๒ (*le Second Empire*) ในปี ค.ศ. ๑๘๗๐ ถือเป็นยุคของการทำให้กฎหมายปกครองเริ่มมีตำแหน่งแห่งที่อย่างชัดเจน (*l'individualisation plus élaborée du droit administratif*) และมีการเชื่อมโยงความสัมพันธ์ระหว่าง อำนาจทางปกครองกับเรื่องสิทธิและกฎหมาย (*l'affectation des relations du pouvoir administratif avec les droits et la loi*)<sup>๔๘</sup> สำหรับในยุคสาธารณรัฐที่ ๓ ระหว่างช่วงปี ค.ศ. ๑๘๗๐-๑๙๔๐ นั้น นักวิชาการมีความเห็นว่าสถานการณ์ที่ปรากฏถือเป็นวัฏจักรพัฒนาการของกฎหมายปกครองรั่งเศสรอบที่ ๒ อันก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงสำคัญ ๒ ประการ

ประการที่หนึ่ง การแปรสภาพกระบวนการยุติธรรมทางปกครองจากระบบส่วนอำนาจชี้ขาด (*la justice retenue*) มาเป็นระบบมอบอำนาจชี้ขาด (*la justice déléguée*) โดยกระบวนการดังกล่าว เกิดขึ้นโดยรัฐบัญญัติ Dufaure ว่าด้วยการปรับโครงสร้างสภาพแห่งรัฐ ลงวันที่ ๒๔ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๗๒ ในการนี้ มาตรา ๘ ของรัฐบัญญัติฉบับดังกล่าวกำหนดไว้ว่า “สภาพแห่งรัฐมีอำนาจเด็ดขาดในเรื่องการวินิจฉัย คดีปกครอง และเรื่องการฟ้องเพื่อขอให้เพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง”<sup>๔๙</sup> เพราะฉะนั้น คำพิพากษา

<sup>๔๗</sup> Jacques Chevallier, ‘Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle’ in Mélanges Michel Stassinopoulos (LGDJ 1947) 284 et s.

<sup>๔๘</sup> François Burdeau, *Histoire du droit administratif* (PUF 1995) 27.

<sup>๔๙</sup> กรณีเคยมีความพยายามที่จะเปลี่ยนกระบวนการยุติธรรมทางปกครองให้เป็นระบบมอบอำนาจชี้ขาด มาก่อนแล้ว โดยรายละเอียดปรากฏอยู่ในมาตรา ๖ แห่งรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (*loi organique*) ลงวันที่ ๓ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๔๘ แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวถูกยกเลิกเนื่องจากการรัฐประหารในปี ค.ศ. ๑๙๕๑

ของสถาแห่งรัฐจึงถือเป็นที่สุด<sup>๔๖</sup> โดยผลทางกฎหมายที่ตามมาคือ นอกจากจะเป็นการแยกระหว่างศาลปกครอง กับศาลยุติธรรมอย่างแท้จริงแล้ว<sup>๔๗</sup> กรณียังเป็นการแยกสถานะระหว่างศาลปกครองกับฝ่ายปกครอง โดยสภาพอีกด้วย

อย่างไรก็ดี แนวปฏิบัติว่าด้วยการให้รัฐมนตรีเป็นตุลาการตัดสินคดียังคงปรับใช้อยู่ในขณะนี้ ซึ่งนักวิชาการมีความเห็นว่าระบบดังกล่าวมิได้ให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนเท่าที่ควร เนื่องจากฝ่ายปกครองมีสถานะเป็นห้องคุ้งรัฐและผู้ตัดสินคดีในเวลาเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ ในช่วงต้นสาธารณรัฐที่ ๓ (ค.ศ. ๑๙๗๐ - ค.ศ. ๑๙๘๐) สถาแห่งรัฐจึงเริ่มเปิดช่องให้ผู้พ้องคดีสามารถยื่นคำฟ้องต่อสถาแห่งรัฐโดยตรง หากกรณีเป็นคดีเกี่ยวกับการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การอุทธรณ์ไปยังรัฐมนตรี เกี่ยวกับคดีพิพากษาในเรื่องดังกล่าวจึงไม่เป็นระบบการอุทธรณ์ภาคบังคับอีกต่อไป<sup>๔๘</sup>

ต่อมา ตุลาการศาลปกครองมีคำพิพากษา ๒ เรื่องที่เป็นการยกเลิกทุษฎีการให้รัฐมนตรี เป็นตุลาการตัดสินคดีในเบื้องต้นได้อย่างชัดเจนมากขึ้น ในคำพิพากษาสถาแห่งรัฐ คดี Bougard ลงวันที่ ๒๔ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๘๑ ตุลาการผู้แพลงคดี Gomel อธิบายไว้อย่างชัดเจนว่า การใช้อำนาจ ของผู้ว่าราชการจังหวัดมีลักษณะเหมือนกับรัฐมนตรีตามหลักการแบ่งอำนาจ (la déconcentration) เพราะฉะนั้น การแทรกแซงของรัฐมนตรีจึงมีลักษณะเสมือนฝ่ายปกครองมากกว่าการตัดสินคดีโดยตุลาการ สำหรับคำพิพากษาสถาแห่งรัฐ คดี Ville de Cannes ลงวันที่ ๒๘ เมษายน ค.ศ. ๑๙๘๒ นั้น ศาลปกครอง ยืนยันว่า การยื่นเรื่องให้รัฐมนตรีพิจารณาไม่สถาพเป็นพียงการอุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครอง ผู้ออกนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น ท้ายที่สุด แนวปฏิบัติว่าด้วยการให้รัฐมนตรีเป็นตุลาการตัดสินคดีในเบื้องต้น ถูกยกเลิกไปโดยคำพิพากษาสถาแห่งรัฐ Cadot ลงวันที่ ๑๓ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๘๔ โดยตุลาการผู้แพลงคดี Jagerschmidt กล่าวไว้ว่า สถาแห่งรัฐมีสถานะเป็นศาลสำหรับกรณีทั่วไป (juge de droit commun) ของการฟ้องคดีปกครอง

หลังจากนั้น ระบบการฟ้องคดีปกครองในฝรั่งเศสก็ได้รับการพัฒนาเป็นลำดับมาอย่างต่อเนื่อง โดยในส่วนที่เกี่ยวกับสถาแห่งรัฐนั้น การปฏิรูปโดย Pointcaré ซึ่งเป็นประธานาธิบดีในขณะนั้น กำหนดให้ ยกเลิกการตั้งผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นประธานสถาฯ และให้อำนาจของสถาแห่งรัฐจังหวัดขยายครอบคลุมพื้นที่ หลายจังหวัด (une compétence interdépartementale) นับตั้งแต่วันที่ ๖ กันยายน ค.ศ. ๑๙๒๖ อย่างไรก็ดี สถาแห่งรัฐยังคงมีอำนาจเท่าที่กฎหมายกำหนด (la compétence d'attribution) เท่านั้น อนึ่ง โดยที่สถาแห่งรัฐกลับเป็นศาลชั้นต้นสำหรับกรณีทั่วไปดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ปัญหาใหญ่ที่ตามมา อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ คือ การที่คดีคงค้างมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น ด้วยเหตุนี้ การปฏิรูปวิธีพิจารณาคดีปกครอง ครั้งใหญ่จึงเกิดขึ้นในปี ค.ศ. ๑๙๕๓ โดยการเปลี่ยนสถานะของสถาแห่งรัฐเป็นศาลปกครองชั้นต้น (des tribunaux administratifs) และสถาแห่งรัฐกลับเป็นศาลชั้นอุทธรณ์ ความเปลี่ยนแปลงดังกล่าว

<sup>๔๖</sup> Olivier Gohin กล่าวไว้ว่า “กรณีดังกล่าวถือเป็นวิวัฒนาการในเชิงหลักการเท่านั้น เนื่องจาก ในทางปฏิบัติพบว่า ผู้บังคับบัญชาสูงสุดของฝ่ายบริหารก็จะมีข้อสั่งการตามความเห็นของสถาแห่งรัฐอยู่แล้ว” ดู Olivier Gohin et Florian Poulet, *Contentieux administratif* (LexisNexis 2017) 44.

<sup>๔๗</sup> Jacques Caillose (n 36) 725-726.

<sup>๔๘</sup> คำพิพากษาสถาแห่งรัฐ คดี Commune de Neung ลงวันที่ ๔ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๗๒ และคำพิพากษาสถาแห่งรัฐ คดี Commune de Liévin ลงวันที่ ๑๓ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๘๓

ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่สำคัญ ๒ ประการ คือ หนึ่ง การเปลี่ยนชื่อจากສภាពัจหวัดเป็นศาลปกครองชั้นต้น เป็นการสร้างหลักประกันความเป็นอิสระจากผู้ว่าราชการจังหวัด และ สอง คำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้น ย่อมได้ประโยชน์จากหลักความมีผลบังคับของคำพิพากษา

ประการที่สอง การทำให้หลักความเป็นอิสระของตุลาการและเขตอำนาจของศาลปกครอง มีคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญ<sup>๔๙</sup> แนวคิดดังกล่าวเป็นผลสืบเนื่องมาจากหลักนิติรัฐที่เรียกร้องให้การกระทำ ทั้งหลายในสังคมอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย โดยมีองค์กรตุลาการเป็นผู้ควบคุมกำกับให้หลักการดังกล่าว เกิดขึ้นจริงเป็นรูปธรรม อนึ่ง เป็นที่ยอมรับกันว่า การที่กระบวนการใช้อำนาจตุลาการจะมีประสิทธิภาพ อย่างแท้จริงนั้น องค์กรที่เรียกว่าศาลจะต้องประกอบไปด้วยลักษณะพื้นฐาน ๒ ประการ คือ ความเป็นกลาง (*l'impartialité*) และความเป็นอิสระ (*l'indépendance*)<sup>๕๐</sup> โดยความเป็นอิสระ หมายถึง ความสามารถในการต้านทานแรงกดดันอันเกิดจากข้ออำนาจทั้งหลาย<sup>๕๑</sup> ส่วนความเป็นกลาง หมายถึง การยึดมั่นในความถูกต้อง ชอบธรรม (*l'intégrité*) ภายใต้เจตใจของผู้พิพากษา

การที่ผู้พิพากษาจะ “เป็นกลาง” ได้นั้น กรณีอาจเกิดจาก หนึ่ง คุณภาพส่วนตนของผู้พิพากษา (des qualités personnelles du juge) ในฐานะที่เป็นองค์ประกอบหนึ่งขององค์คณะพิจารณาดี โดยผู้พิพากษาพึงหลีกเลี่ยงที่จะให้ความเห็นส่วนตนเกี่ยวกับคดีในที่สาธารณะก่อนที่จะมีการอ่านคำพิพากษา อย่างเป็นทางการ นอกจากนี้ การใช้คุณลักษณะของผู้พิพากษาจะต้องไม่โน้มเอียงไปยังคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ความไม่เป็นกลางจะเกิดขึ้นเมื่อผู้พิพากษา “มีคำวินิจฉัยที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานขององค์ประกอบ อันนอกเหนือไปจากการกิจหน้าที่ของตน” เช่น ประโยชน์ส่วนตนในคดีพิพาท หรือมีความสัมพันธ์ กับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นพิเศษ เป็นต้น<sup>๕๒</sup> สอง สภាជวบความเป็นกลางอาจเพิ่มขึ้นได้จากการจัดโครงสร้าง องค์กรและการดำเนินงานของกระบวนการยุติธรรม (*l'organisation et le fonctionnement de la justice*) ตัวอย่างเช่น การจัดองค์คณะ การแบ่งแยกระหว่างกระบวนการยุติธรรมและแผนกคดีปกครอง หรือการห้าม ผู้พิพากษาวินิจฉัยข้อพิพาทสองครั้งในข้อเท็จจริงเดียวกัน เป็นต้น

ในทางกลับกัน ผู้พิพากษาจะ “เป็นอิสระ” ก็ต่อเมื่อสามารถตัดสินคดีพิพาทได้โดยปราศจาก อิทธิพลภายนอกได้ ๆ ที่มีได้มีความเกี่ยวพันกับกระบวนการพิจารณา ซึ่งคำว่า “อิทธิพลภายนอก” ในที่นี้ อาจเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ รัฐบาล สื่อมวลชน ผู้เขียวชาญ หรือแม้กระทั่งคู่กรณีในข้อพิพาทที่เป็นได้ เพราะฉะนั้น ข้อความคิดว่าด้วยความเป็นอิสระจึงเป็นหลักประกันภัยนอกรั้วสถาบันและภารกิจ

<sup>๔๙</sup> ดู Michel Fromont, ‘La justice administrative en Europe : convergences’ in Mélanges René Chapus (Montchrestien 1992) 197-208.

<sup>๕๐</sup> Jean-Marc Sauvé, ‘Un juge indépendant et impartial’ in Mélanges Jean-Paul Costa (Dalloz 2011) 539 et s.

<sup>๕๑</sup> หลักความเป็นอิสระมีลักษณะจำเป็น (คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เรื่อง Indépendance des magistrats หมายเลข 70-40 DC ลงวันที่ ๙ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๗๗๐) และมิอาจแยกออกจาก (คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เรื่อง statut de la magistrature หมายเลข 94-355 DC ลงวันที่ ๑๐ มกราคม ค.ศ. ๑๙๙๕) กระบวนการใช้อำนาจตุลาการได้ ดู Jorge Mendes Constant, ‘La justice et la conception française de la séparation des pouvoirs’ (2006) 334 Cahiers français 19, 21.

<sup>๕๒</sup> Natalie Fricero, ‘Impartialité’ in Loïc Cadet (dir.) *Dictionnaire de la justice* (PUF 2004) 607-608.

ของผู้พิพากษา กล่าวโดยละเอียดคือ ความเป็นอิสระอันเกี่ยวกับสถานะของผู้พิพากษาแสดงออกผ่านทางหลักการไม่โยกย้ายถอดถอน (le principe d'inamovibilité) ทั้งนี้ การโยกย้าย เลื่อนตำแหน่ง ตลอดจนการลงโทษทางวินัยของผู้พิพากษาจะอยู่ในความรับผิดชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (le Conseil supérieur de la magistrature : CSM)<sup>๔๗</sup> นอกจากนี้ การสร้างหาผู้ที่มีความเหมาะสม จะดำเนินการตามที่ได้ระบุไว้ในกฎหมาย<sup>๔๘</sup> ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันการแทรกแซงจากฝ่ายเมือง

สำหรับมิติในเชิงโครงสร้างอาจเสริมหลักประภันความเป็นอิสระของศาลได้จากการกำหนดรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญหรือจากแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญ<sup>๔๙</sup> ปัจจุบัน มาตรา ๖๔ ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. ๑๙๕๘ บัญญัติให้หลักประกันความเป็นอิสระแก่องค์กรตุลาการ (l'autorité judiciaire) ไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ได้ คณะกรรมการรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยไว้ว่า ถ้อยคำที่ปรากฏในมาตราดังกล่าวของรัฐธรรมนูญมีความหมายเฉพาะถึงผู้พิพากษาศาลยุติธรรม (des magistrats du siège) และอัยการ (des magistrats du parquet) เท่านั้น<sup>๕๐</sup> โดยไม่รวมถึงบุคลากรของศาลปกครอง (des membres des juridictions administratives) ตลอดจนผู้พิพากษาระดับ (des magistrats non professionnels)<sup>๕๑</sup>

แต่ท้ายที่สุด คณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญก็มีคำวินิจฉัยรับรองความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครองและสถานะของศาลปกครอง<sup>๕๒</sup> โดยคณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับรองหลักความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครองไว้ในคำวินิจฉัย เรื่อง Validation législative หมายเลข 80-119 DC ลงวันที่ ๒๒ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๘๐<sup>๕๓</sup> อย่างไรก็ได้ มีข้อสังเกตว่า การรับรองในเรื่องนี้มิได้ตั้งอยู่บนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. ๑๙๕๘ เช่นกรณีของศาลยุติธรรม หากแต่เป็นการอ้าง “หลักการพื้นฐาน อันรับรองโดยกฎหมายของสาธารณรัฐ” (un principe fondamental reconnus par les lois de la République)<sup>๕๔</sup>

<sup>๔๗</sup> Pierre Avril et Jean Gicquel, ‘Conseil supérieur de la magistrature’ in Loïc Cadet (dir.) *Dictionnaire de la justice* (PUF 2004) 218-219.

<sup>๔๘</sup> Nicolas Molfessis, ‘Constitutionnalisation’ in Loïc Cadet (dir.) *Dictionnaire de la justice* (PUF 2004) 222 et s.

<sup>๔๙</sup> คำวินิจฉัยของคณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญ เรื่อง Garde à vue หมายเลข 93-326 DC ลงวันที่ ๑๖ สิงหาคม ค.ศ. ๑๙๘๓ ; คำวินิจฉัยของคณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญ เรื่อง Évolutions de la criminalité หมายเลข 2004-492 DC ลงวันที่ ๒ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๐๔ (GDCC)

<sup>๕๐</sup> คำวินิจฉัยของคณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญ หมายเลข 2006-545 DC ลงวันที่ ๒๘ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๖

<sup>๕๑</sup> Olivier Gohin, *Droit constitutionnel* (LexisNexis 2019) 1240-1242 ; Louis Favoreu, ‘Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel ?’ in *Mélanges Jean-Marie Auby* (Dalloz 1992) 113-115.

<sup>๕๒</sup> Ferdinand Mélin-Soucramanien et Pierre Pactet, *Droit constitutionnel* (Dalloz 2020) 595.

<sup>๕๓</sup> “qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement ; qu'ainsi il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence”.

สำหรับการรับรองให้ศาลปกครองมีสถานะทางรัฐธรรมนูญ (*la constitutionnalisation de la juridiction administrative*) นั้น คำวินิจฉัยของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ เรื่อง Conseil de la concurrence หมายเลข 86-224 DC ลงวันที่ ๒๓ มกราคม ค.ศ. ๑๙๘๗ อ้างถึงแนวคิดแบบฝรั่งเศสว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจ (*la conception française de la séparation des pouvoirs*)<sup>๖๐</sup>

อย่างไรก็ได้ นักวิชาการตั้งข้อสังเกตไว้ว่า เขตอำนาจของศาลปกครองมีได้เป็นแบบ “สัมบูรณ์” โดยถูกจำกัดไว้เฉพาะกรณีของการเพิกถอนและการแก้ไขกฎหมายคำสั่งที่ออกโดยหน่วยงานทางปกครอง (*l'annulation et la réformation des décisions prises par des autorités administratives*) เท่านั้น<sup>๖๑</sup>

## บทสรุป

นักวิชาการด้านกฎหมายเปรียบเทียบต่างมีความเห็นไปในทิศทางเดียวกันว่า กฎหมายปกครอง เปรียบเทียบมีความยุ่งยากซับซ้อนกว่าการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบในสาขาอื่น เพราะหลักกฎหมายปกครอง เป็นเรื่องที่แยกออกจากสถาบันหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้ยาก<sup>๖๒</sup> ทั้งนี้ ดังที่ John S. Bell ได้เขียนอธิบาย ไว้อย่างชัดเจนว่า “เป็นไปไม่ได้เลยที่นักกฎหมายปกครองจะตั้งข้อสันนิษฐานว่า ประเทศทั้งหลายใช้กฎหมาย เป็นเครื่องมือในการบริหารงานแผ่นดินในลักษณะเดียวกันอย่างเป็นเอกภาพ เนื่องจากกฎหมายปกครอง มีความใกล้ชิดกับสถาบันในระดับชาติ แนวปฏิบัติ ตลอดจนคุณค่าทางรัฐธรรมนูญและรูปแบบการบริหารงานแผ่นดิน เพราะฉะนั้น การเปรียบเทียบกฎหมายปกครองจะต้องพิจารณาประกอบบริบทที่นั้น ๆ เพื่อให้แน่ใจว่าจะได้รับ ข้อมูลที่ครบถ้วนรอบด้าน ซึ่งกรณีหมายความรวมถึงรายละเอียดอันเป็นลักษณะเฉพาะของประเทศ ที่นำมาศึกษาด้วย”<sup>๖๓</sup>

<sup>๖๐</sup> “Considérant que les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle ; que, néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle”.

<sup>๖๑</sup> Serge Velle, ‘La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs’ (1989) *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 767, 767-770.

<sup>๖๒</sup> Jacques Ziller, ‘Public law’ in Jans M. Smits (ed) *Elgar encyclopedia of comparative law* (Edward Elgar 2006) 607.

<sup>๖๓</sup> John S. Bell, ‘Comparative Administrative Law’ in Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds) *The Oxford handbook of comparative law* (Oxford University Press 2008) 1260.

---

การศึกษากฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางปกครองโดยเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายฝรั่งเศสจึงจำเป็นที่จะต้องย้อนไปพิจารณาถึงรากฐานความเป็นมาของสถาบัน โดยผ่านการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของวิชานิติศาสตร์ทางข้อเท็จจริง (Legal Science of Facts) มีฉะนั้นแล้วผู้ศึกษาจะไม่อาจเข้าใจได้เลยว่า ประเทศเหตุใดประเทศฝรั่งเศสจึงให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้ดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาททางปกครองเสียเอง ซึ่งถ้าหากพิจารณาอย่างผิวเผินก็อาจจะเข้าใจผิดได้ว่า ประเทศฝรั่งเศสมิได้枉โครงสร้างขององค์กรที่ใช้งานจากอธิปไตยตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ

---

# ที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองไทย : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีองค์คณะที่ประชุมใหญ่ ในศาลปกครองเยอรมัน\*

นรินทร์ อธิสาร\*\*

## ๑. ความทั่วไป

ในประเทศไทยมีคำกล่าวที่ว่า “ต่อหน้าศาลและในทะเลหลวง บุคคลก็เหมือนอยู่ในพระทัยของพระเจ้า” (Vor Gericht und auf hoher See ist man in Gottes Hand)<sup>๑</sup> อันมีความหมายว่า บุคคลผู้เป็นคดีในศาลย่อมตกลงอยู่ในสถานการณ์อันตรายเหมือนอยู่กลางทะเล<sup>๒</sup> ประโยชน์ดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความไม่แน่นอนของการดำเนินคดีในศาลและความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นกับคู่กรณีในการดำเนินคดีในศาลซึ่งเปรียบเสมือนกับชะตาของบุคคลที่ตกลงอยู่ในมือหรือการกำหนดของพระเจ้าซึ่งไม่มีความแน่นอนใด ๆ เลย หรืออีกนัยหนึ่ง คือ ในการพิจารณาพิพากษาของศาล บุคคลไม่สามารถคาดหมายได้ว่าจะไร้จะเกิดขึ้นแต่อย่างไรก็ตาม คำกล่าวนี้หากเกิดขึ้นจริงในรัฐได้ในปัจจุบันย่อมแสดงให้เห็นโดยนัยถึงความล้มเหลวของระบบกฎหมาย โดยเฉพาะในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาคดีของรัฐนั้น ๆ ได้

ในมุมมองของกฎหมายวิธีพิจารณาความ (Prozessrecht) ความไม่แน่นอนของการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาโดยศาล รวมไปถึงแนวคำพิพากษาของศาลที่ไม่มีความแน่นอนนั้น ย่อมส่งผลกระทบต่อความเชื่อถือ ความเชื่อมั่น และความไว้วางใจของประชาชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะบุคคลย่อมไม่สามารถคาดหมายได้ว่าผลท้ายที่สุดของข้อพิพาทของตนที่มีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเดียวกันหรือใกล้เคียงกับคดีพิพาทอื่นที่เคยเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลจะได้รับการพิจารณาพิพากษาที่เหมือนหรือใกล้เคียงกันกลไกหรือมาตรฐานการในทางกฎหมายประการหนึ่งที่ช่วยให้เกิดความมั่นใจ ได้แก่ การสร้างความเป็นเอกภาพของคำพิพากษา (Einheit der Rechtsprechung) สำหรับระบบกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเยอรมันแล้วนั้น เครื่องมือที่สำคัญที่ทำหน้าที่ (Funktion) ในส่วนนี้ ได้แก่ “องค์คณะที่ประชุมใหญ่” (Großer Senat)

บทความนี้จะได้นำเสนอถึงข้อความคิดเบื้องต้นที่เกี่ยวข้อง บทบัญญัติของกฎหมาย และองค์ประกอบของที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองเยอรมัน โดยเปรียบเทียบกับที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองในระบบกฎหมายไทย หวังเป็นอย่างยิ่งว่าบทความนี้จะก่อให้เกิดการพัฒนาวิธีพิจารณาคดีปกครองไทยในแง่รุ่มของปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยที่เกี่ยวข้องกับที่ประชุมใหญ่ของตุลาการศาลปกครอง เพื่อที่จะสร้างความเป็นเอกภาพให้เกิดขึ้นกับแนวคำพิพากษาของศาลปกครองไทยต่อไป

\* เมย์แพร์คัรริงแรกในอินทราเน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนมิถุนายน ๒๕๖๐

\*\* พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ รักษาการในตำแหน่ง ผู้อำนวยการกลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน ๒ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

<sup>๑</sup> Römische Juristenweisheit : Vor Gericht und auf hoher See sind wir allein in Gottes Hand. (Coram iudice et in alto mare in manu dei soli sumus.) [online] Available from : <http://www.anwaltskanzlei-moeller.de/mediation-faq.pdf> [๑๐ เมษายน ๒๕๖๐]

<sup>๒</sup> Rolf-Bernhard Essig, Woher kommt der Spruch “vor Gericht und auf hoher See ist man in Gottes Hand?”, [online] Available from : <http://www.swr.de/blog/1000antworten/antwort/20903/woher-kommt-der-spruch-vor-gericht-und-auf-hoher-see-ist-man-in-gottes-hand/> [๑๐ เมษายน ๒๕๖๐]

## ๒. องค์คณะที่ประชุมใหญ่<sup>๓</sup> (Großer Senat) ในกฎหมายวิธีพิจารณาดีปกรองเยอรมัน

### ๒.๑ ข้อความคิดในทางทฤษฎี

การจัดให้มีองค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองเยอรมันมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ ประการแรก คือ การประกันความเป็นเอกภาพของคำวินิจฉัยของศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐ (Die institutionelle Absicherung einer einheitlichen Rechtsprechung) อันถือเป็นหลักการตามรัฐธรรมนูญ (Verfassungs-postulat) บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้องค์กรตุลาการมีหน้าที่ในการรักษาไว้ซึ่งความเป็นเอกภาพ ดังกล่าว ซึ่งความผูกพันตามแนวคำพิพากษา (แบบสัมพทธ์) ที่กำหนดหน้าที่ให้องค์กรตุลาการมีหน้าที่ ในการยืนคำร้องหากเป็นกรณีที่มีความเห็นต่างไปจากแนวคำพิพากษาเดิมนี้ ไม่เป็นการขัดหรือแย้ง กับหลักประกันความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ (Die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit) แต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น ความเป็นเอกภาพของคำพิพากษาของศาล (Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung) ถือเป็นข้อกำหนด (Gebot) ของหลักความมั่นคงในทางกฎหมาย (Rechtssicherheit) และหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) นอกจากนั้น ยังเป็นไปตามหลักความเสมอภาคในการใช้กฎหมาย อันเป็นส่วนหนึ่งของหลักความเสมอภาคอีกด้วย<sup>๔</sup>

### ๒.๒ บทบัญญัติของกฎหมาย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาดีปกรอง (Verwaltungsgerichtsordnung-VwGO) มีบทบัญญัติที่กำหนดถึง “องค์คณะที่ประชุมใหญ่” (Großer Senat) ของศาลปกครองเยอรมันไว้ใน ๒ มาตรา ได้แก่ มาตรา ๑๑ ที่บัญญัติถึงองค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐ (Bundesverwaltungsgericht) และมาตรา ๑๒ ที่บัญญัติถึงองค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Oberverwaltungsgericht/Verwaltungsgerichtshof) ดังนี้

มาตรา ๑๑<sup>๕</sup> แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาดีปกรอง

<sup>๓</sup> เหตุที่ใช้คำนี้เนื่องจากที่ประชุมใหญ่ในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาดีปกรองเยอรมันมีความแตกต่างไปจากที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองไทย โดยอยู่ในรูปแบบขององค์คณะเฉพาะ ไม่ใช่ที่ประชุมของตุลาการในศาลปกครองทั้งหมด (รายละเอียดโปรดดูหัวข้อ ๒.๒ และหัวข้อ ๒.๓)

<sup>๔</sup> Kronisch in : Sodan, Helge/Ziekow, Jan, Verwaltungsgerichtsordnung Großkommentar, 3. Aufl., 2010, § 11 Rn. 9.

<sup>๕</sup> Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)

§ 11

(1) Bei dem Bundesverwaltungsgericht wird ein Großer Senat gebildet.

(2) Der Große Senat entscheidet, wenn ein Senat in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Senats oder des Großen Senats abweichen will.

(3) Eine Vorlage an den Großen Senat ist nur zulässig, wenn der Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, auf Anfrage des erkennenden Senats erklärt hat, daß er an seiner Rechtsauffassung festhält. Kann der Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, wegen einer Änderung des Geschäftsverteilungsplanes mit der Rechtsfrage nicht mehr befaßt werden, tritt der Senat an seine Stelle, der nach dem Geschäftsverteilungsplan für den Fall, in dem abweichend entschieden wurde, nunmehr zuständig wäre. Über die Anfrage und die Antwort entscheidet der jeweilige Senat durch Beschuß in der für Urteile erforderlichen Besetzung. (มีต่อหน้าถัดไป)

(๑) ให้จัดให้มีองค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐจำนวนหนึ่งองค์คณะ

(๒) องค์คณะที่ประชุมใหญ่ในนิจฉัยในกรณีที่องค์คณะผู้รับผิดชอบคดีจะนิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายแตกต่างไปจากคำวินิจฉัยขององค์คณะอื่นหรือจะนิจฉัยแตกต่างไปจากคำวินิจฉัยขององค์คณะที่ประชุมใหญ่ที่เคยนิจฉัยไว้

(๓) การส่งเรื่องให้องค์คณะที่ประชุมใหญ่พิจารณาจะสามารถกระทำได้ เมื่อองค์คณะผู้รับผิดชอบคดีเห็นว่าจะนิจฉัยต่างไปจากคำวินิจฉัยของตน โดยคำขอขององค์คณะผู้รับผิดชอบคดีจะต้องแสดงให้เห็นว่า องค์คณะผู้รับผิดชอบคดีจะยืนยันตามความเห็นทางกฎหมายของตนเอง กรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงองค์คณะตามแผนการแบ่งงานคดีของศาล ให้องค์คณะผู้รับผิดชอบคดี (ใหม่) มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการในเรื่องดังกล่าวแทนองค์คณะผู้รับผิดชอบคดี (เดิม) การมีคำขอและคำตอบสำหรับคำขอขององค์คณะให้ทำเป็นคำสั่งขององค์คณะในการทำคำพิพากษา

(๔) องค์คณะผู้รับผิดชอบคดีสามารถยื่นคำขอให้องค์คณะที่ประชุมใหญ่ในนิจฉัยปัญหาพื้นฐานที่มีความสำคัญได้ หากเห็นว่ากรณีดังกล่าวมีความจำเป็นในการที่จะสร้างหลักกฎหมายหรือการสร้างหลักประกันความเป็นเอกเทศของคำพิพากษา

(๕) องค์คณะที่ประชุมใหญ่ ประกอบด้วย ประธานศาลปกครองและตุลาการศาลปกครองจากองค์คณะในชั้นภูมิภาคองค์คณะละหนึ่งคน ทั้งนี้ ไม่รวมถึงองค์คณะที่ประธานศาลปกครองเป็นหัวหน้าองค์คณะในกรณีที่องค์คณะอื่นที่ไม่ใช่องค์คณะในชั้นภูมิภาคยื่นคำร้องหรือจะนิจฉัยแตกต่างไปจากคำวินิจฉัยเดิมของตน ให้ตุลาการหนึ่งคนในองค์คณะนั้นเป็นองค์ประกอบขององค์คณะที่ประชุมใหญ่ด้วย ในกรณีที่ประธานศาลปกครองไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้ตุลาการศาลปกครองที่อยู่ในองค์คณะเดียวกับประธานศาลปกครองปฏิบัติหน้าที่แทน

(๖) สมาชิกและตัวแทนขององค์คณะที่ประชุมใหญ่จะกำหนดโดยที่ประชุมของตัวแทนตุลาการ (Präsidium) ในการกำหนดแบ่งงานประจำปี กรณีดังกล่าวใช้บังคับกับสมาชิกขององค์คณะอื่นที่ไม่ใช่องค์คณะในชั้นภูมิภาคตามที่กำหนดไว้ในวรรคห้า ประโยคที่สอง และตัวแทนขององค์คณะดังกล่าวด้วย

---

(ต่อจากเชิงอรรถที่ ๕)

(4) Der erkennende Senat kann eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung dem Großen Senat zur Entscheidung vorlegen, wenn das nach seiner Auffassung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist.

(5) Der Große Senat besteht aus dem Präsidenten und einem Richter der Revisionssenate, in denen der Präsident nicht den Vorsitz führt. Legt ein anderer als ein Revisionssenat vor oder soll von dessen Entscheidung abgewichen werden, ist auch ein Mitglied dieses Senats im Großen Senat vertreten. Bei einer Verhinderung des Präsidenten tritt ein Richter des Senats, dem er angehört, an seine Stelle.

(6) Die Mitglieder und die Vertreter werden durch das Präsidium für ein Geschäftsjahr bestellt. Das gilt auch für das Mitglied eines anderen Senats nach Absatz 5 Satz 2 und für seinen Vertreter. Den Vorsitz im Großen Senat führt der Präsident, bei Verhinderung das dienstälteste Mitglied. Bei Stimmengleichheit gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.

(7) Der Große Senat entscheidet nur über die Rechtsfrage. Er kann ohne mündliche Verhandlung entscheiden. Seine Entscheidung ist in der vorliegenden Sache für den erkennenden Senat bindend.

ให้ประธานศาลปกครองทำหน้าที่เป็นหัวหน้าองค์คณะที่ประชุมใหญ่ ในกรณีที่ประธานศาลปกครองไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้สมาชิกขององค์คณะที่ประชุมใหญ่ที่มีอายุงานมากที่สุดปฏิบัติหน้าที่แทนกรณีที่มีเสียงเท่ากัน ให้หัวหน้าองค์คณะที่ประชุมใหญ่มีสิทธิออกเสียงซึ่งขาดอีกหนึ่งเสียง

(๗) องค์คณะที่ประชุมใหญ่วินิจฉัยเฉพาะปัญหาข้อกฎหมาย และสามารถวินิจฉัยได้โดยไม่ต้องนั่งพิจารณาคดี คำวินิจฉัยขององค์คณะที่ประชุมใหญ่มีผลผูกพันต่องค์คณะผู้รับผิดชอบคดีในทางข้อเท็จจริงของคดีนั้น ๆ

มาตรา ๑๒<sup>๖</sup> แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง

(๑) บทบัญญัติมาตรา ๑๑ แห่งประมวลกฎหมายนี้ ใช้บังคับกับศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ด้วยโดยอนุโลม หากเป็นกรณีที่จะต้องวินิจฉัยให้เป็นที่ยุติชี้ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายของมลรัฐ โดยให้ถือว่าองค์คณะชั้นอุทธรณ์หมายถึงองค์คณะชั้นฎากรในบทบัญญัติตั้งกล่าว

(๒) กรณีที่ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ศาลได้ประกอบด้วยองค์คณะชั้นอุทธรณ์เพียงสององค์คณะ ให้องค์คณะที่ประชุมใหญ่ คือ องค์คณะรวมของห้องสององค์คณะตั้งกล่าว

(๓) กฎหมายในระดับรัฐบัญญัติของมลรัฐอาจกำหนดให้องค์ประกอบขององค์คณะที่ประชุมใหญ่แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในมาตรานี้ได้

### ๒.๓ องค์ประกอบขององค์คณะที่ประชุมใหญ่

มาตรา ๑๑ วรรคท้า<sup>๗</sup> แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง กำหนดถึงองค์ประกอบขององค์คณะที่ประชุมใหญ่ ซึ่งไม่ได้ประกอบไปด้วยตุลาการศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐทุกคน หากแต่ประกอบไปด้วย ประธานศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐ (Präsident des Bundesverwaltungsgerichts) และตุลาการประจำองค์คณะซึ่งเป็นตัวแทนขององค์คณะในศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐ บทบัญญัติในส่วนนี้ เป็นไปตามหลักตัวแทนขององค์กรในภาพรวม (Das Prinzip der Gesamtrepräsentation)<sup>๘</sup> นั่นหมายถึงว่า องค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐประกอบไปด้วยตัวแทนของตุลาการในศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐ ไม่ได้ประกอบไปด้วยตุลาการประจำศาลนั้นทั้งหมด<sup>๙</sup>

<sup>๖</sup> Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)

§ 12

(1) Die Vorschriften des § 11 gelten für das Oberverwaltungsgericht entsprechend, soweit es über eine Frage des Landesrechts endgültig entscheidet. An die Stelle der Revisionssenate treten die nach diesem Gesetz gebildeten Berufungssenate.

(2) Besteht ein Oberverwaltungsgericht nur aus zwei Berufungssenaten, so treten an die Stelle des Großen Senats die Vereinigten Senate.

(3) Durch Landesgesetz kann eine abweichende Zusammensetzung des Großen Senats bestimmt werden.

<sup>๗</sup> โปรดดูทัวร์ช้อ ๒.๒

<sup>๘</sup> Gersdorf in : Posser/Wolff, Beck'scher Online-Kommentar VwGO, § 11 Rn. 9.

<sup>๙</sup> ปัจจุบันศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐมีผู้ตุลาการทั้งสิ้น ๕๕ คน [online] Available from : [http://www.bverwg.de/bundesverwaltungsgericht/rechtsprechung/organisation/organisation\\_des\\_gerichts.php](http://www.bverwg.de/bundesverwaltungsgericht/rechtsprechung/organisation/organisation_des_gerichts.php) [๒๐ พฤษภาคม ๒๕๖๐]

จากบทบัญญัติตามตรา ๑๑ วรรคห้า ข้างต้นนี้ องค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐจึงแบ่งออกเป็น ๒ กรณี โดยพิจารณาจากลักษณะขององค์คณะที่รับผิดชอบคดี ดังนี้

กรณีที่หนึ่ง กรณีที่องค์คณะผู้รับผิดชอบคดีเป็นองค์คณะในชั้นฎีกา (Revisionsssenate)<sup>๑๐</sup> องค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐในกรณีนี้จะประกอบด้วย ประธานศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐ และตุลาการจากองค์คณะในชั้นฎีกา (Richter der Revisionsssenate) องค์คณะจะหนึ่งคน เว้นแต่องค์คณะที่ประธานศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐประจำอยู่<sup>๑๑</sup>

กรณีที่สอง กรณีที่องค์คณะผู้รับผิดชอบคดีเป็นองค์คณะอื่นที่ไม่ใช่องค์คณะในชั้นฎีกา องค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐในกรณีนี้จะประกอบด้วย ประธานศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐ และตุลาการจากองค์คณะในชั้นฎีกา (Richter der Revisionsssenate) องค์คณะจะหนึ่งคน เว้นแต่องค์คณะที่ประธานศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐประจำอยู่ และตุลาการที่มาจากการคณะผู้รับผิดชอบคดี

ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นองค์คณะที่ประชุมใหญ่ในกรณีใด กฎหมายกำหนดให้ประธานศาลปกครองทำหน้าที่เป็นหัวหน้าองค์คณะที่ประชุมใหญ่ และหากมีกรณีที่ประธานศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ก็ให้ตุลาการศาลปกครองที่มีอาชญากรรมที่สุดในองค์คณะที่ประชุมใหญ่ ทำหน้าที่ดังกล่าวแทน ทั้งนี้ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๑ วรรคหก แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง

สำหรับกรณีขององค์คณะที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์นั้น มาตรา ๑๒ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง กำหนดให้นำบทบัญญัติตามตรา ๑๑ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลม ทั้งนี้ ในวรรคสองของมาตรา ๑๒ นี้ กำหนดถึงกรณีที่มีองค์คณะชั้นอุทธรณ์เพียงสององค์คณะ องค์คณะที่ประชุมใหญ่ในกรณีนี้ คือ องค์คณะรวมของทั้งสององค์คณะ ดังกล่าว นอกจากนั้น ผลกระทบสามารถออกกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติกำหนดองค์ประกอบขององค์คณะที่ประชุมใหญ่ไว้เป็นอย่างอื่นได้

## ๒.๔ ประเภทของการพิจารณาโดยองค์คณะที่ประชุมใหญ่

ระบบกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเยื่อมันกำหนดให้องค์คณะผู้รับผิดชอบคดียื่นคำขอให้องค์คณะที่ประชุมใหญ่พิจารณาปัญหาข้อกฎหมายได้ใน ๒ กรณี คือ

### ๒.๔.๑ คำขอกรณีมีความเห็นต่างไปจากกับคำพิพากษาเดิม (Die Divergenzvorlage)

คำขอกรณีที่องค์คณะผู้รับผิดชอบคดีมีความเห็นและจะวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายของสหพันธ์รัฐให้แตกต่างไปจากคำวินิจฉัยขององค์คณะอื่นหรือแตกต่างไปจากคำวินิจฉัยขององค์คณะที่ประชุมใหญ่ โดยมาตรา ๑๑ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง กำหนดให้เป็นหน้าที่ (Verpflichtung) ขององค์คณะดังกล่าวในการที่จะมีคำขอให้องค์คณะที่ประชุมใหญ่วินิจฉัยกรณีดังกล่าวนี้อาจเรียกว่าเป็นคำขอเชิงบังคับ (obligatorische Vorlage)<sup>๑๒</sup> เนื่องจากเมื่อมีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้น องค์คณะผู้รับผิดชอบคดีไม่อาจดำเนินการให้เป็นอย่างอื่นได้นอกจากการมีคำขอให้องค์คณะที่ประชุมใหญ่วินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมาย ทั้งนี้ เนื่องไปที่สำคัญของการมีคำขอในกรณีนี้ ได้แก่ องค์คณะ

<sup>๑๐</sup> ศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐในฐานะที่เป็นศาลปกครองสูงสุด (ในชั้นฎีกา) จะมีการจัดองค์คณะในชั้นฎีกาที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาการอุทธรณ์โดยแบ่งคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และองค์คณะอื่น เช่น องค์คณะวินัย หรือองค์คณะเกี่ยวกับทหาร เป็นต้น

<sup>๑๑</sup> Gersdorf in : Posser/Wolff, Beck'scher Online-Kommentar VwGO, § 11 Rn. 2.

ผู้รับผิดชอบคดีจะวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายให้แตกต่างไปจากคำวินิจฉัยเดิมและต้องยืนยันไปในคำขอ ด้วยว่าจะยึดถือความเห็นในทางกฎหมาย (Rechtsauffassung) ดังกล่าวของตนเอง คำขอตามมาตรฐานนี้ ให้ถือว่าตกไปหากปรากฏว่า องค์คณะผู้รับผิดชอบคดีได้วินิจฉัยในประเด็นปัญหาข้อกฎหมายในคำวินิจฉัยใหม่ ที่สอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยเดิม หรือกรณีที่มีความเปลี่ยนแปลงฐานในทางกฎหมายที่ก่อให้เกิดความข้อบกพร่อง โดยปราศจากข้อสงสัย หรือมีเหตุผลที่สนับสนุนว่าสามารถวินิจฉัยให้แตกต่างออกไปได้ นอกจากนั้น คำขอ ดังกล่าว yang ตกไปหากปรากฏว่า องค์คณะร่วมของศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์รัฐ (Der Gemeinsame Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes)<sup>๑๒</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesverfassungsgericht-BVerfG) หรือศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (Der Europäische Gerichtshof (EuGH)) ได้มีคำวินิจฉัยในประเด็นปัญหา ข้อกฎหมายดังกล่าวแล้ว<sup>๑๓</sup>

#### ๒.๔.๒ คำขอกรณีที่เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญ (Die Grundsatzvorlage)

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองได้กำหนดถึงอำนาจขององค์คณะ ที่ประชุมใหญ่ในการที่จะวินิจฉัยคำขอขององค์คณะผู้รับผิดชอบคดีในกรณีที่เกี่ยวกับหลักการพื้นฐาน ที่สำคัญ (Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung) เอาไว้ในมาตรา ๑๑ วรรคสี่ การยื่นคำขอ ขององค์คณะในกรณีที่ถือว่าเป็นการยื่นคำขอแบบทางเลือก (fakultative Vorlage) ในกรณีที่องค์คณะ ผู้รับผิดชอบคดีพิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อเป็นการสร้างหลักกฎหมาย (Fortbildung des Rechts) หรือเป็นการรักษาไว้ซึ่งความเป็นเอกภาพของคำวินิจฉัยของศาล (Sicherung einer einheitlichen Rechtssprechung) การยื่นคำขอกรณีที่เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญนี้ หากพิจารณาเบริ่ยบเทียบกับ การยื่นคำขอกรณีมีความเห็นต่างไปจากคำพิพากษาเดิม (Die Divergenzvorlage) แล้ว ถือว่าคำขอ ในกรณีนี้เป็นกรณีของวิธีพิจารณาแบบทั่วไป ทั้งนี้ เมื่อมีคำขอเกิดขึ้นแล้ว กฎหมายบังคับให้ดำเนิน วิธีพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาต่อไป ประเด็นปัญหาว่า ปัญหาข้อกฎหมายเป็นประเด็นปัญหา ที่เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญหรือไม่นั้น อยู่ในอำนาจพิจารณาขององค์คณะผู้รับผิดชอบคดีที่จะวินิจฉัย องค์คณะที่ประชุมใหญ่ต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยดังกล่าวและตรวจสอบแต่เพียงประเด็นสำคัญสำหรับ การวินิจฉัยของตนเท่านั้น ปัญหาข้อกฎหมายที่จะถือได้ว่าเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญ ได้แก่ ปัญหาที่มี ความสำคัญมากกว่าการวินิจฉัยในปัญหาที่เป็นรูปธรรมในเฉพาะคดีนั้น ๆ นอกจากนั้น ประเด็นปัญหา ที่ขัดแย้งกันต้องเกี่ยวกับกฎหมายทั้งในรูปแบบและในทางเนื้อหา อันมีความเกี่ยวข้องกับคำวินิจฉัย ขององค์คณะหลาย ๆ องค์คณะที่ควรจะมีคำตอบในประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอย่างเป็นเอกภาพ<sup>๑๔</sup>

<sup>๑๒</sup> องค์คณะร่วมของศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์รัฐ (Der Gemeinsame Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes) เป็นองค์คณะร่วมของศาลสูงสุดในระดับสหพันธ์รัฐทั้ง ๕ ศาล โดยเป็นองค์คณะร่วมของศาลยุติธรรม แห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesgerichtshof) ศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesverwaltungsgericht) ศาลภาษีแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesfinanzhof) ศาลแรงงานแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesarbeitsgericht) และศาลสังคมแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundessozialgericht) ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายที่มีความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกับศาลตั้งแต่สองศาลขึ้นไป เพื่อรักษาไว้ซึ่งความเป็น เอกภาพของคำวินิจฉัยของศาล ทั้งนี้ ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการรักษาไว้ซึ่งความเป็นเอกภาพของคำวินิจฉัยของศาลสูงสุด แห่งสหพันธ์รัฐ (Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes (RsprEinhG))

<sup>๑๓</sup> Gersdorf in : Posser/Wolff, Beck'scher Online-Kommentar VwGO, § 11 Rn. 4.

<sup>๑๔</sup> เพิ่งถ่าง, § 11 Rn. 5.

## ๒.๕ ขั้นตอนของการพิจารณาโดยองค์คณะที่ประชุมใหญ่<sup>๑๕</sup>

การร้องขอให้องค์คณะที่ประชุมใหญ่พิจารณาปัญหาข้อกฎหมายนั้น จะสามารถกระทำได้ภายหลังจากรับฟังคู่กรณีทุกฝ่ายแล้วโดยต้องทำเป็นคำสั่ง (Beschluss) ขององค์คณะผู้รับผิดชอบคดี การมีคำร้องดังกล่าวสามารถกระทำได้ เมื่อปรากฏว่าได้มีการยื่นขอให้องค์คณะที่ประชุมใหญ่พิจารณา วินิจฉัยประเด็นปัญหาข้อกฎหมายเดียวกันแล้ว องค์คณะผู้รับผิดชอบคดีสามารถเพิกถอนคำสั่งขอให้องค์คณะที่ประชุมใหญ่พิจารณาปัญหาข้อกฎหมาย (Vorlagebeschluss) นี้ได้เสมอ หากปรากฏว่าเงื่อนไขในการยื่นขอให้องค์คณะที่ประชุมใหญ่พิจารณาบัน្តหมัดไป ทั้งนี้ โดยองค์คณะผู้มีคำขอได้ขอเพิกถอนคำขอของตน หรือโดยองค์คณะที่ประชุมใหญ่พิจารณาแล้วเห็นว่าการยื่นคำขอันสืบสุดลง

ในการพิจารณาขององค์คณะที่ประชุมใหญ่นั้น โดยหลักแล้วจะต้องผูกพันตามคำขอขององค์คณะผู้รับผิดชอบคดีและต้องวินิจฉัยในปัญหาข้อกฎหมายที่ได้ยื่นเข้ามา หากไม่ปรากฏว่าเงื่อนไขในการยื่นคำขอดังกล่าวมีข้อบกพร่องอย่างชัดแจ้ง คู่กรณีในคดีที่องค์คณะผู้รับผิดชอบคดีมีคำขอให้องค์คณะที่ประชุมใหญ่วินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายมีสิทธิที่จะได้รับการรับฟัง (Anspruch auf rechtliches Gehör) จากองค์คณะที่ประชุมใหญ่เช่นกัน องค์คณะที่ประชุมใหญ่วินิจฉัยเฉพาะปัญหาข้อกฎหมายที่ได้มีการยื่นคำขอเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุผลของประโยชน์ในการสร้างหลักกฎหมาย องค์คณะที่ประชุมใหญ่สามารถวินิจฉัยโดยการให้คำตอบulatory คำตอบที่แตกต่างออกไปจากคำวินิจฉัยของตนได้ การวินิจฉัยขององค์คณะที่ประชุมใหญ่ทำในรูปแบบของคำสั่ง โดยองค์คณะผู้รับผิดชอบคดีจะต้องผูกพันตามคำสั่งดังกล่าว ในกรณีที่เสียงในองค์คณะที่ประชุมใหญ่มีจำนวนเท่ากัน กฎหมายกำหนดให้หัวหน้าองค์คณะมีสิทธิออกเสียงซึ่งขาดได้อีกหนึ่งเสียง

## ๓. ที่ประชุมใหญ่ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองไทย

ที่ประชุมใหญ่ของศาลในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยหากเปรียบเทียบกับองค์คณะของที่ประชุมใหญ่ในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเยอรมันแล้ว มีข้อแตกต่างที่สำคัญที่เห็นได้อย่างชัดแจ้ง คือ อำนาจหน้าที่ของที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองไทยที่ไม่ได้มีหน้าที่แต่เพียงการพิจารณาวินิจฉัยคดีเท่านั้น หากแต่มีบทบาทในการกำหนดกฎหมายที่ในทางกฎหมายหลายประการ<sup>๑๖</sup> หรืออภินัยหนึ่ง คือ ที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองไทยโดยเฉพาะที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดนั้น นอกจากจะทำหน้าที่ในการใช้อำนาจตุลาการแล้ว ยังทำหน้าที่ในการออกกฎหมาย<sup>๑๗</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายวิธีพิจารณาคดี<sup>๑๘</sup> ซึ่งโดยแท้จริงแล้วควรเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากกฎหมาย

<sup>๑๕</sup> เพื่ออ้าง, § 11 Rn. 6 ff.

<sup>๑๖</sup> อำนาจหน้าที่ในลักษณะดังกล่าวของที่ประชุมใหญ่ตุลาการนั้นก็ปรากฏในส่วนของศาลยุติธรรม เช่นกัน เช่น การกำหนดกฎหมายในการไก่เลี้ยงตามมาตรา ๒๐ ทวิ วรรคสาม การออกข้อกำหนดเกี่ยวกับการฟ้องคดี การสืบพยาน และการรับฟังพยานหลักฐานการวินิจฉัยคดีตามมาตรา ๓๔/๑ วรรคหนึ่ง หรือการกำหนดหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนดการยื่นและส่งคำคู่ความและเอกสารรวมทั้งการแจ้งคำสั่งของศาลหรือข้อความทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อเทคโนโลยีสารสนเทศอื่นได้ตามมาตรา ๖๙ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นต้น

<sup>๑๗</sup> ตัวอย่างของอำนาจหน้าที่ในการออกกฎหมายของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เช่น กรณีตามมาตรา ๖ มาตรา ๔๔ มาตรา ๖๖ มาตรา ๗๐ มาตรา ๗๕/๑ มาตรา ๗๕/๒ และมาตรา ๗๕/๔ แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

<sup>๑๘</sup> ระบุของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓

วิธีพิจารณาความเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อสิทธิหน้าที่ของคู่ความในคดีและอาจมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจได้ แต่อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในการออกกฎหมายของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดนั้น ไม่ใช่ประเด็นที่จะต้องพิจารณาในบทความนี้ จึงจะไม่กล่าวถึงในรายละเอียดของประเด็นปัญหาดังกล่าว

### ๓.๑ บทบัญญัติของกฎหมาย

กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองไทยมีบทบัญญัติที่กำหนดถึงอำนาจหน้าที่ของที่ประชุมใหญ่ของตุลาการในศาลปกครองที่เป็นการใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาвинิจฉัยคดีเอาไว้ตามลำดับ ดังนี้

#### ๓.๑.๑ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๗

มาตรา ๖๘ ถ้าประธานศาลปกครองสูงสุดเห็นสมควรจะให้มีการวินิจฉัยปัญหาหรือคดีโดยที่ประชุมใหญ่ก็ได้ หรือมีกฎหมายหรือระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดให้วินิจฉัยปัญหาได้ หรือคดีโดยที่ประชุมใหญ่ก็ให้วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่

ภายใต้บังคับมาตรา ๖๓<sup>๑๙</sup> ที่ประชุมใหญ่นี้ให้ประกอบด้วยตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทุกคนที่อยู่ปฏิบัติหน้าที่ แต่ต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และให้ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นประธานที่ประชุมใหญ่

คำวินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่ให้เป็นไปตามเสียงข้างมาก และถ้ามีคะแนนเสียงเท่ากันให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงขึ้นขาด

#### ๓.๑.๒ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๗

ข้อ ๙๔ ในคดีที่มีลักษณะหนึ่งลักษณะใดดังต่อไปนี้ อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นจะให้มีการวินิจฉัยปัญหาหรือคดีโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นนั้นก็ได้

- (๑) คดีที่เกี่ยวข้องกับประชาชนเป็นจำนวนมากหรือประโยชน์สาธารณะที่สำคัญ
- (๒) คดีที่มีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญ
- (๓) คดีที่อาจมีผลเป็นการกลับหรือแก้ไขแนวคำพิพากษาเดิมของศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุด
- (๔) คดีที่มีทุนทรัพย์สูง

<sup>๑๙</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๗

มาตรา ๖๓ ตุลาการศาลปกครองในองค์คณะพิจารณาพิพากษาหรือผู้แต่งคดีปกครองอาจถูกคัดค้านได้ตามเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง รวมทั้งเหตุอื่นใดอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาดีเสียความยุติธรรม

การขอถอนตัวจากคดี การยื่นคำคัดค้าน การพิจารณาคำคัดค้าน การสั่งให้ผู้ถูกคัดค้านงดการปฏิบัติหน้าที่ และการสั่งให้ผู้อื่นเข้าปฏิบัติหน้าที่แทน ให้เป็นไปตามที่กำหนดในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

การสั่งให้ตุลาการศาลปกครองถูกคัดค้านด้วยการพิจารณาย่อมไม่กระทบกระเทือนถึงการกระทำใด ๆ ของตุลาการศาลปกครองผู้ถูกคัดค้านที่ได้กระทำไปแล้ว

ที่ประชุมให้ญี่ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นให้ประกอบด้วยตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นนั้นทุกคนที่อยู่ปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งมีเชื้อที่ถูกคัดค้านหรือต้องถอนตัวเพราะมีเหตุอันอาจถูกคัดค้าน ตามมาตรา ๖๓ แต่ต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นนั้น และให้อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นเป็นประธานที่ประชุมใหญ่

คำวินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่ให้เป็นไปตามเสียงข้างมาก ถ้ามีคะแนนเสียงเท่ากันให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มน้ำอึกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

จากบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดถึง “ที่ประชุมใหญ่” ในศาลปกครองของไทยปรากฏอยู่ในกฎหมาย ๒ ฉบับ คือ

๑. มาตรา ๖๘ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เป็นกฎหมายระดับ “พระราชบัญญัติ” ที่กำหนดถึง “ที่ประชุมใหญ่” ของ “ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด” โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

๑.๑ โดยที่ไว้ไปแล้ว ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยว่า ปัญหาใดหรือคดีใดสมควรที่จะได้รับการวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ก็ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมาย (ในระดับพระราชบัญญัติ) หรือระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดกำหนดให้มีการวินิจฉัยปัญหาใดหรือคดีใดโดยที่ประชุมใหญ่

๑.๒ องค์ประกอบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ประกอบด้วย ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทุกคนที่อยู่ปฏิบัติหน้าที่ ยกเว้นตุลาการศาลปกครองสูงสุด ที่ถูกคัดค้าน โดยกฎหมายกำหนดองค์ประชุมของที่ประชุมใหญ่ไว้ว่า ต้องมีตุลาการศาลปกครองสูงสุด ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และกำหนดให้ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นประธานที่ประชุมใหญ่

๑.๓ คำวินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่ กฎหมายกำหนดให้วินิจฉัยไปตามเสียงข้างมาก และหากมีคะแนนเสียงเท่ากันประธานศาลปกครองสูงสุดสามารถออกเสียงชี้ขาดได้อีกหนึ่งเสียง

๒. ข้อ ๙๔ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ เป็น “กฎหมายลำดับรอง” ที่กำหนดถึง “การประชุมใหญ่” ของ “ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น” โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

๒.๑ อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยว่า ปัญหาหรือคดีใดสมควรที่จะได้รับการวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นก็ได้

๒.๒ คดีที่จะสามารถเข้าสู่การพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ได้ต้องมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้ ๑) คดีที่เกี่ยวข้องกับประชาชนเป็นจำนวนมากหรือประโยชน์สาธารณะที่สำคัญ ๒) คดีที่มีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญ ๓) คดีที่อาจมีผลเป็นการกลับหรือแก้ไขแนวคำพิพากษาเดิมของศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุด หรือ ๔) คดีที่มีทุนทรัพย์สูง

๒.๓ องค์ประกอบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น ประกอบด้วยตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นนั้นทุกคนที่อยู่ปฏิบัติหน้าที่ซึ่งมีเชื้อพื้นที่ถูกคัดค้านหรือต้องถอนตัว เพราะมีเหตุอันอาจถูกคัดค้าน ตามมาตรา ๖๓ โดยต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นนั้นถึงจะถือว่าเป็นองค์ประชุม และให้อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นเป็นประธานที่ประชุมใหญ่

๒.๔ คำวินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นให้เป็นไปตามเสียงข้างมาก ถ้ามีคะแนนเสียงเท่ากันให้ประธานในที่ประชุม (อธิบดีศาลปกครองชั้นต้น) ออกเสียงชี้ขาดได้อีกหนึ่งเสียง

### ๓.๙ ข้อสังเกตและประเด็นปัญหา

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองในการทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการเพื่อพิจารณาวินิจฉัยแล้วจะเห็นได้ว่า มีประเด็นที่น่าพิจารณาดังต่อไปนี้

#### ๓.๙.๑ ประเด็นเกี่ยวกับฐานที่มาในทางกฎหมาย

ในระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยได้กำหนดถึงประเภทของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองในกรณีของการใช้อำนาจตุลาการไว้ ๒ กรณี คือ ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น โดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด มีมาตรา ๖๘ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ กำหนดเอาไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ในส่วนของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นนั้น ก็ได้มีการกำหนดเอาไว้ในข้อ ๙๔ แห่งระบุเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓

ในที่นี้เห็นว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติเอาไว้แต่เฉพาะ “ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด” เท่านั้น โดยไม่ได้บัญญัติถึง “ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น” เอาไว้แต่อย่างใด กรณีจึงมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า การที่ระบุเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ ได้กำหนดถึงที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นนี้สามารถกระทำการได้หรือไม่ และมีความเหมาะสมหรือไม่ สำหรับประเด็นปัญหาแรกนี้ในที่นี้จะไม่หยิบยกขึ้นมากล่าวถึงเนื่องจากหากพิจารณาถึงบทบัญญัติ มาตรา ๔๕<sup>๒๐</sup> แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ก็ได้กำหนดเอาไว้อย่างกว้างถึงอำนาจของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดในการออกหลักเกณฑ์และวิธีการในการพิจารณาคดี ซึ่งในที่นี้ก็อาจถือเอาได้ว่า แม้กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติจะไม่ได้กำหนดถึงที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นเอาไว้ แต่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดก็สามารถไปกำหนดหลักเกณฑ์ของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นไว้ในระบุเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้ โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๔๕ ข้างต้น

<sup>๒๐</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

มาตรา ๔๕ การดำเนินการทั้งปวงเกี่ยวกับการฟ้อง การร้อง伸冤 การเรียกบุคคล หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาเป็นคู่กรณีในคดี การดำเนินกระบวนการพิจารณา การรับฟังพยานหลักฐาน และการพิพากษาคดีปกครอง นอกจากที่บัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัตินี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยระบุเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

แต่อย่างไรก็ตาม เห็นว่า ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลได้ก็ตามที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาข้อพิพาทเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในกฎหมายวิธีสบัญญติหรือกฎหมายวิธีพิจารณาความดังนั้น การกำหนดกฎหมายและเงื่อนไขของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นไว้ในระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดอาจจะไม่มีความเหมาะสมเท่าใดนัก แต่ควรที่จะกำหนดไว้ให้ครบถ้วนสมบูรณ์ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ซึ่งในที่นี้ คือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ย่อมจะมีความเหมาะสมกว่า ทั้งนี้ หากพิจารณาเบรียบเทียบกับบทบัญญัติมาตรา ๑๔๐ (๒)<sup>๑๑</sup> ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้กำหนดถึงการวินิจฉัยปัญหาได้โดยที่ประชุมใหญ่ในชั้นศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาเอาไว้อย่างครบถ้วน เช่นกัน

<sup>๑๑</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา ๑๔๐ การทำคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ให้ดำเนินตามข้อบังคับต่อไปนี้

(๑) ศาลจะต้องประกอบครบถ้วนตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยเขตอำนาจศาล และอำนาจผู้พิพากษา

(๒) ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา ๑๓ ถ้าคำพิพากษาหรือคำสั่งจะต้องทำโดยผู้พิพากษาหลายคน คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นจะต้องบังคับตามความเห็นของฝ่ายข้างมาก จำนวนผู้พิพากษาฝ่ายข้างมากนั้น ในศาลชั้นต้น หรือศาลอุทธรณ์ต้องไม่น้อยกว่าสองคน และในศาลฎีกามีน้อยกว่าสามคน ในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ ถ้าผู้พิพากษาคนใดมีความเห็นแย้งกับผู้พิพากษานั้นเขียนใจความแห่งความเห็นแย้งของตนกลับไว้ในสำนวน และจะแสดงเหตุผลแห่งข้อแย้งไว้ด้วยก็ได้

ในศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา ถ้าอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ หรือประธานศาลฎีกา เลี้ยวแต่กรนีเห็นสมควรจะให้มีการวินิจฉัยปัญหาได้โดยที่ประชุมใหญ่ก็ได้ หรือถ้ามีกฎหมายกำหนดให้วินิจฉัยปัญหาได้ หรือคดีเรื่องใด โดยที่ประชุมใหญ่ ก็ให้วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่

ภายใต้บังคับแห่งมาตรา ๑๓ ที่ประชุมใหญ่นั้น สำหรับศาลอุทธรณ์ให้ประกอบด้วยอย่างน้อยผู้พิพากษาหัวหน้าคณานิตไม่น้อยกว่า ๑๐ คน สำหรับศาลฎีกาก็ให้ประกอบด้วยผู้พิพากษาทุกคนซึ่งอยู่ปัจจุบันนี้ที่ แต่ต้องไม่น้อยกว่ากึ่งจำนวนผู้พิพากษาแห่งศาลนั้น และให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ หรือประธานศาลฎีกา เลี้ยวแต่กรนีหรือผู้ทำการแทน เป็นประธาน

คำวินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่ให้เป็นไปตามเสียงข้างมาก และถ้ามีคะแนนเสียงเท่ากันให้ประธานแห่งที่ประชุมออกเสียงเพิ่มอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงข้าง

ในคดีซึ่งที่ประชุมใหญ่ได้วินิจฉัยปัญหาแล้ว คำพิพากษาหรือคำสั่งที่ต้องเป็นไปตามคำวินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่ และต้องระบุไว้ด้วยว่าปัญหาข้อใดได้รับการวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ ผู้พิพากษาที่เข้าประชุมแม้มิใช่เป็นผู้นั้นพิจารณา ก็ให้มีอำนาจพิพากษาหรือทำการคำสั่งในคดีนั้นได้ และเฉพาะในศาลอุทธรณ์ให้ทำการคำสั่งได้ด้วย

(๓) การอ่านคำพิพากษาหรือคำสั่ง ให้อ่านข้อความทั้งหมดในศาลโดยเปิดเผย ตามเวลาที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายนี้ ต่อหน้าคู่ความทั้งสองฝ่าย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในกรณีเช่นว่านี้ ให้ศาลจดลงไว้ในคำพิพากษาหรือคำสั่ง หรือในรายงานซึ่งการอ่านนั้น และให้คู่ความที่มาศาลลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ

ถ้าคู่ความไม่มาศาล ศาลจะงดการอ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งก็ได้ ในกรณีเช่นว่านี้ ให้ศาลจดแจ้งไว้ในรายงาน และให้ถือว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้อ่านตามกฎหมายแล้ว

เมื่อศาลมีคำพิพากษาคดี หรือที่ได้รับคำสั่งจากศาลสูงให้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งได้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งตามบทบัญญัติในมาตราหนึ่งใด ให้ถือว่าวันนั้นเป็นวันที่พิพากษาหรือมีคำสั่งคดีนั้น

### ๓.๒.๒ ประเด็นเกี่ยวกับเงื่อนไขในการริเริ่มให้วินิจฉัยปัญหาโดยที่ประชุมใหญ่

เงื่อนไขในการริเริ่มเพื่อให้ที่ประชุมใหญ่ตัดสินใจดำเนินการในศาลปกครองซึ่งต้นวินิจฉัยปัญหาได้คดีใดนั้น ตามข้อ ๘๔ วรรคหนึ่ง<sup>๑๒</sup> แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตัดสินใจดำเนินการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ นั้น มีกรณีที่น่าสนใจว่าได้กำหนดเงื่อนไขในเรื่องของลักษณะของคดีที่อธิบดีศาลปกครองซึ่งต้นจะให้มีการวินิจฉัยปัญหาโดยที่ประชุมใหญ่ตัดสินใจดำเนินการในศาลปกครองซึ่งต้น เอาไว้ ๔ ประเภท คือ ๑) คดีที่เกี่ยวข้องกับประชาชนเป็นจำนวนมากหรือประโยชน์สาธารณะที่สำคัญ ๒) คดีที่มีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญ ๓) คดีที่อาจมีผลเป็นการกลับหรือแก้ไขแนวคำพิพากษาเดิมของศาลปกครองซึ่งต้นหรือศาลปกครองสูงสุด หรือ ๔) คดีที่มีทุนทรัพย์สูง

การกำหนดลักษณะหรือประเภทของคดีดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่ดีในการช่วยกำกับดูแลพินิจของอธิบดีศาลปกครองซึ่งต้นในการเสนอปัญหาให้ที่ประชุมใหญ่ตัดสินใจดำเนินการในศาลปกครองซึ่งต้น เพื่อวินิจฉัย แต่อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่สมควรพิจารณาว่า ลักษณะหรือประเภทของคดีที่กำหนดไว้ ในข้อ ๘๔ วรรคหนึ่ง ข้างต้นมีความเหมาะสมหรือไม่ ในที่นี้เห็นว่า ลักษณะของคดีที่อธิบดีศาลปกครองซึ่งต้น สามารถใช้ดุลพินิจให้วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ตัดสินใจดำเนินการในศาลปกครองซึ่งต้นนั้นรวมมีเพียง ๒ กรณี คือ กรณีคดีที่มีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญ และกรณีคดีที่อาจมีผลเป็นการกลับหรือแก้ไขแนวคำพิพากษาเดิมของศาลปกครองซึ่งต้นหรือศาลปกครองสูงสุด ตามข้อ ๘๔ วรรคหนึ่ง (๒) และ (๓) แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตัดสินใจดำเนินการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ ในส่วนของลักษณะคดีที่เกี่ยวข้องกับประชาชนจำนวนมากหรือประโยชน์สาธารณะที่สำคัญ หรือคดีที่มีทุนทรัพย์สูงนั้น ไม่ควรกำหนดให้สามารถนำเข้าพิจารณาวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ตัดสินใจดำเนินการในศาลปกครองสูงสุดได้ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

(๑) คดีที่โดยปกติเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองซึ่งต้น ตามที่กฎหมายกำหนดอยู่แล้ว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ศาลปกครองซึ่งต้นโดยองค์คณะผู้รับผิดชอบคดี มีอำนาจเต็มในการพิจารณาพิพากษาคดีที่มีลักษณะดังกล่าวตามกฎหมาย และ

(๒) หากปรากฏว่าคดีใดเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับประชาชนเป็นจำนวนมาก หรือประโยชน์สาธารณะที่สำคัญหรือเป็นคดีที่มีทุนทรัพย์สูง และต้องการความละเอียดรอบคอบในการพิจารณา วินิจฉัยคดีก็สามารถกำหนดให้คดีนี้พิจารณาพิพากษาโดยองค์คณะพิเศษของศาลปกครองซึ่งต้นนั้น ๆ ได้ โดยไม่จำต้องกำหนดให้เป็นการเพิ่มภาระแก่ที่ประชุมใหญ่ตัดสินใจดำเนินการในศาลปกครองซึ่งต้นในการที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัยแต่อย่างใด

ดังนั้น จึงควรแก้ไขกฎหมายโดยการกำหนดให้ลักษณะของคดีที่สามารถเสนอให้มีการวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ตัดสินใจดำเนินการในศาลปกครองซึ่งต้นเฉพาะกรณีที่เป็นคดีที่มีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญ และกรณีคดีที่อาจมีผลเป็นการกลับหรือแก้ไขแนวคำพิพากษาเดิมของศาลปกครองซึ่งต้นหรือศาลปกครองสูงสุดเท่านั้น กรณีดังกล่าวอย่างแสดงให้เห็นถึงความสำคัญและหน้าที่ที่สำคัญของที่ประชุมใหญ่ตัดสินใจดำเนินการในศาลปกครองซึ่งต้นที่ควรมีบทบาทในการสร้างหลักกฎหมายและบทบาทในการรักษาความเป็นเอกภาพของคำวินิจฉัยของศาลตน เพื่อสร้างความเชื่อถือและไว้วางใจในองค์กรศาลและเป็นการสร้างความมั่นคงแห่งสิทธิของประชาชนในท้ายที่สุดนั่นเอง

<sup>๑๒</sup> โปรดดูหัวข้อ ๓.๑.๒

เงื่อนไขในการริเริ่มเพื่อให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด วินิจฉัยปัญหาใดคดีใดนั้น หากพิจารณาตามมาตรา ๖๘ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ แล้วเห็นได้ว่า กฎหมายไม่ได้กำหนดถึงรายละเอียดเงื่อนไขเอาไว้แต่อย่างใด หากแต่กำหนดให้อยู่ในดุลพินิจของประธานศาลปกครองสูงสุดในการที่จะพิจารณา “เห็นสมควร” ให้มีการวินิจฉัยปัญหาใดหรือคดีใดโดยที่ประชุมใหญ่ “กีดี” ซึ่งเหมือนกับกรณีของศาลอุทธรณ์และศาลฎีกา ในระบบศาลยุติธรรมในคดีแพ่งที่ไม่ได้มีการกำหนดเงื่อนไขรายละเอียดดังกล่าวไว้ เช่น กัน<sup>๒๓</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม ด้วยข้อจำกัดในเรื่องข้อมูลเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของประธานศาลปกครองสูงสุดในการเสนอให้มีการวินิจฉัยปัญหาโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่า ในการพิจารณาของประธานศาลปกครองสูงสุดในกรณีดังกล่าวมีเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไร แต่หากพิจารณาถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้วอาจมีความเป็นไปได้ใน ๓ กรณี คือ

๑. ประธานศาลปกครองสูงสุดใช้ดุลพินิจของตนเองในการวินิจฉัยว่าคดีใดสมควรมีการวินิจฉัยปัญหาโดยที่ประชุมใหญ่ตามมาตรา ๖๘ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

๒. ประธานศาลปกครองสูงสุดใช้ดุลพินิจของตนเองในการวินิจฉัยว่าคดีใดสมควรมีการวินิจฉัยปัญหาโดยที่ประชุมใหญ่ตามมาตรา ๖๘ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยอาศัยเกณฑ์ตามข้อ ๙๔ วรรคหนึ่ง (๑) ถึง (๔) แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๗

๓. ประธานศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าคดีใดสมควรมีการวินิจฉัยปัญหาโดยที่ประชุมใหญ่ตามมาตรา ๖๘ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ประกอบกับข้อ ๙๔ วรรคหนึ่ง (๑) ถึง (๔) ประกอบกับ ๑๖<sup>๒๔</sup> แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๗

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดในคดีที่มีการวินิจฉัยประเด็นปัญหาโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่มีการเผยแพร่ ไม่ปรากฏว่าได้มีการระบุถึงเหตุผลที่ประธานศาลปกครองสูงสุด นำประเด็นปัญหาในคดีนั้น ๆ เข้าสู่การพิจารณาโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด กรณีดังกล่าวถือว่าเป็นช่องว่างในทางกฎหมายที่ไม่ได้กำหนดให้ต้องมีการแสดงเหตุผลดังกล่าวไว้ นอกจากนั้น กรณีดังกล่าวยังส่งผลให้ข้อพิจารณาในทางวิชาการที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยประเด็นปัญหาโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไม่ได้รับการพิจารณาได้อย่างเต็มที่ ดังนั้น ในส่วนนี้หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในส่วนของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองกำหนดให้มีการแสดงให้เห็นถึงเหตุผลในการเสนอให้ที่ประชุมใหญ่วินิจฉัยปัญหาไว้ด้วย

<sup>๒๓</sup> โปรดดูเชิงอรรถที่ ๒๑

<sup>๒๔</sup> ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๗

ข้อ ๑๖ นอกจากวิธีพิจารณาคดีปกครองในศาลปกครองสูงสุดที่กำหนดไว้โดยเฉพาะในภาคนี้ ให้นำวิธีพิจารณาคดีปกครองในศาลปกครองขึ้นต้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม

### ๓.๒.๓ ประเด็นเกี่ยวกับลักษณะของปัญหาที่เสนอให้ที่ประชุมใหญ่พิจารณา

การกำหนดภารกิจของที่ประชุมใหญ่ในการวินิจฉัยปัญหาได้ในคดีใดนั้น ควรคำนึงถึงความสำคัญและแสดงให้เห็นถึงภารกิจที่ชัดเจนของที่ประชุมใหญ่สองประการดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ในส่วนขององค์คณะที่ประชุมใหญ่ในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปักครองเยอร์มัน ได้แก่ การสร้างความเป็นเอกภาพของคำวินิจฉัยของศาลปกครองและการสร้างหรือพัฒนาหลักกฎหมายที่มีความสำคัญ

ดังนั้น ลักษณะของปัญหาที่ควรเสนอให้ที่ประชุมใหญ่ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปักครองของไทยควรมีการกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งว่า ต้องเป็นปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น หากเป็นประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงย่อมสมควรที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาวินิจฉัยขององค์คณะผู้รับผิดชอบคดี การกำหนดให้มีความชัดเจนดังกล่าวจากจะเป็นการแสดงถึงความสำคัญของที่ประชุมใหญ่แล้วยังเป็นการแบ่งอำนาจหน้าที่ที่ชัดเจนให้เกิดขึ้นระหว่างการใช้อำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยคดีที่โดยหลักแล้วอยู่ที่องค์คณะผู้รับผิดชอบคดีในฐานะองค์กรตุลาการในการพิจารณาวินิจฉัยคดี การพิจารณาวินิจฉัยประเด็นปัญหาได้ในคดีโดยที่ประชุมใหญ่จึงถือเป็นข้อยกเว้นที่จำเป็นอย่างยิ่ง อันเป็นไปตามหลักประกันสิทธิในการมีตุลาการตามกฎหมายของคู่กรณีในคดีนั้น ๆ อีกทั้งยังเป็นการคุ้มครองอำนาจในการพิจารณาพิพากษาขององค์คณะผู้รับผิดชอบคดีนั้นเอง นอกจากนั้น การกำหนดให้ที่ประชุมใหญ่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเฉพาะประเด็นปัญหาข้อกฎหมายนั้น ย่อมเป็นการคัดกรองและลดภาระในส่วนของจำนวนของเรื่องหรือประเด็นปัญหาที่จะเข้าสู่การพิจารณาวินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่อีกด้วย

### ๓.๒.๔ ประเด็นเกี่ยวกับผู้ริเริ่มให้วินิจฉัยปัญหาโดยที่ประชุมใหญ่

ผู้ริเริ่มให้มีการวินิจฉัยปัญหาโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองกฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรือประธานศาลปกครองสูงสุดแล้วแต่กรณีเท่านั้น โดยศาลปกครองสูงสุดได้เคยวินิจฉัยถึงกรณีดังกล่าวไว้ว่า การมีคำขอให้ประธานศาลปกครองสูงสุดนำเสนอที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเพื่อพิจารณา เนื่องจากการจะให้มีการวินิจฉัยคดีโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เป็นอำนาจของประธานศาลปกครองสูงสุดโดยเฉพาะคดีที่จะวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้มีอยู่เพียงกรณีเดียวเท่านั้น คือ ประธานศาลปกครองสูงสุดเห็นสมควรจะให้มีการวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่คู่กรณีไม่มีสิทธิขอให้นำปัญหารือคดีได้เข้าวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา ๖๙ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปักครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๐๗/๒๕๔๘ และที่ ๔๑๘/๒๕๔๘)

แต่อย่างไรก็ตาม ในที่นี้เห็นว่า ข้อกำหนดให้ประธานศาลปกครองสูงสุด หรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นมีคุณพินิจเห็นสมควรจะให้มีการวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองไทย ในปัจจุบันเป็นผลสืบเนื่องจากลักษณะของคดีหรือปัญหาที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ดังนั้น หากมีการแก้ไขกฎหมายให้ที่ประชุมใหญ่ในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปักครองของไทย (เฉพาะในส่วนของการวินิจฉัยประเด็นปัญหาในคดี) ให้จำกัดเฉพาะกรณีปัญหาข้อกฎหมายดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว ควรมีการแก้ไขให้ผู้ที่มีอำนาจจาริเริ่มเสนอประเด็นปัญหาในคดีได้ให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยเป็นองค์คณะผู้รับผิดชอบคดีเท่านั้น และหากมีการแก้ไขในส่วนของเงื่อนไขในการวินิจฉัยให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองวินิจฉัยเฉพาะคดีที่มีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับหลักกฎหมายปักครองที่สำคัญ และกรณีคดีที่อาจมีผลเป็นการกลับหรือแก้ไขแนวทางพิพากษาเดิมของศาลปกครองแล้ว ก็ย่อมแสดงถึงเหตุผลที่เพิ่มมากขึ้นในการให้องค์คณะผู้รับผิดชอบคดีเป็นผู้มีอำนาจจาริเริ่มกระบวนการดังกล่าว

นอกจากนี้ ควรกำหนดให้เป็นหน้าที่ขององค์คณะในกรณีคดีที่อาจมีผล เป็นการกลับหรือแก้ไขแนวคำพิพากษาเดิมของศาลปกครองที่จะต้องยื่นให้ที่ประชุมใหญ่พิจารณาโดยที่ประชุมใหญ่สามารถพิจารณาข้อบังคับได้ว่าการที่องค์คณะเสนอปัญหาให้ที่ประชุมใหญ่พิจารณานั้น เป็นการเสนอที่ครบถ้วนถูกต้องตามเงื่อนไขหรือไม่ โดยในการพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ควรทำในรูปแบบของคำสั่งของที่ประชุมใหญ่

### **๓.๒.๕ ประเด็นเกี่ยวกับองค์ประกอบของที่ประชุมใหญ่**

ปัจจุบันกฎหมายกำหนดให้องค์ประกอบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นและที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดกำหนดให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการประกอบไปด้วย ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นทุกคนที่อยู่ปฏิบัติหน้าที่ซึ่งมิใช่ผู้ที่ถูกคัดค้านหรือต้องถอนตัวเพราเมที่มีเหตุอันอาจถูกคัดค้านในกรณีของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในที่ประชุมใหญ่ของตุลาการผู้แต่งคดีนั้น ในปัจจุบันมีข้อพิจารณาว่า ในกรณีของตุลาการผู้แต่งคดีในศาลปกครองสูงสุดที่สามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้หรือไม่ และเฉพาะตุลาการผู้แต่งคดีที่เป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุดด้วยหรือไม่ที่จะสามารถเข้าร่วมที่ประชุมใหญ่ดังกล่าวได้ หรือหมายรวมถึงตุลาการผู้แต่งคดีที่ได้รับการแต่งตั้งจากตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นด้วย ในประเด็นปัญหาดังกล่าวหากพิจารณาถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดและในศาลปกครองชั้นต้นตามมาตรา ๖๘ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และข้อ ๙๔ วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ ตามลำดับ จะเห็นได้ว่า ตุลาการศาลปกครองที่จะเข้าร่วมประชุมใหญ่ได้ต้องเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุดในกรณีของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดหรือเป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้นในศาลปกครองชั้นต้นนั้น ๆ

แต่อย่างไรก็ตาม ข้อ ๑๒ วรรคสองและวรรคหก<sup>๒๕</sup> แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการ

<sup>๒๕</sup> ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. ๒๕๔๔

ข้อ ๑๒ การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองคนหนึ่งหรือหลายคนเป็นตุลาการผู้แต่งคดีในศาลปกครองสูงสุด หรือในศาลปกครองชั้นต้นศาลใด ให้ประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นนั้น แล้วแต่กรณี ประกาศแต่งตั้งเป็นระยะเวลาแน่นอน

ตุลาการผู้แต่งคดีในศาลปกครองสูงสุด โดยปกติให้แต่งตั้งจากตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งอาจเป็นผู้ดำเนินคดีแห่งรองประธานศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด หรือจะแต่งตั้งจากตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นผู้ดำเนินคดีแห่งหนึ่งแห่งหนึ่งได้ก็ได้

ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นคนหนึ่งอาจได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการผู้แต่งคดีในศาลปกครองสูงสุด และในศาลปกครองชั้นต้นในขณะเดียวกันได้

ในคดีปกของ การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกของ และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกของแทน พ.ศ. ๒๕๔๕ กำหนดถึงบทบาทของตุลาการผู้แสวงคดีเอาไว้โดยกำหนดให้ตุลาการผู้แสวงคดีในคดีใดอาจเข้าร่วมประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดหรือศาลปกครองขั้นต้นแล้วแต่กรณี โดยไม่มีสิทธิออกเสียงในการวินิจฉัยคดีนั้น จากบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองขั้นต้นสามารถถึงบทบาทของตุลาการผู้แสวงคดีได้ตามลำดับ ดังนี้

๑. ในกรณีของที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองขั้นต้นที่ประกอบด้วยตุลาการศาลปกครองขั้นต้นทุกคนในศาลมั้น ๆ ตุลาการศาลปกครองขั้นต้นที่ทำหน้าที่เป็นตุลาการผู้แสวงคดีในคดีนั้นสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในที่ประชุมใหญ่ได้ แต่ไม่มีสิทธิออกเสียงในการวินิจฉัยคดีนั้น

๒. ในกรณีของที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุดที่ประกอบด้วย ตุลาการศาลปกครองสูงสุดทุกคน ตุลาการผู้แสวงคดีในศาลปกครองสูงสุดไม่ว่าจะเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุดหรือตุลาการศาลปกครองขั้นต้นที่ทำหน้าที่เป็นตุลาการผู้แสวงคดีในคดีนั้น สามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในที่ประชุมใหญ่ได้ แต่ไม่มีสิทธิออกเสียงในการวินิจฉัยคดีนั้น

กรณีจึงมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า เหตุใดจึงกำหนดบทบาทของตุลาการผู้แสวงคดีเอาไว้เช่นนั้น เนื่องจากในที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลมั้น ๆ ควรที่จะมีส่วนร่วมในการวินิจฉัยในประเด็นปัญหาที่เข้าสู่การพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ ในส่วนของที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุดนั้น หากตุลาการผู้แสวงคดีในศาลปกครองสูงสุดที่มาจากการศาลปกครองขั้นต้นย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่า อาจเป็นด้วยเหตุผลที่ว่าตุลาการผู้แสวงคดีที่มาจากตุลาการศาลปกครองขั้นต้นดังกล่าวไม่ได้เป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด ทั้งนี้ หากพิจารณาถึงบทบัญญัติตามตรา ๕๘ วรรคหนึ่ง<sup>๒๒</sup> แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง

(ต่อจากเชิงอรรถที่ ๒๕)

การแต่งตั้งตุลาการผู้แสวงคดีในศาลปกครองสูงสุดจากตุลาการในศาลปกครองขั้นต้นได ประธานศาลปกครองสูงสุดจะแต่งตั้งได้หลังจากได้หารือกับอธิบดีศาลปกครองขั้นต้นนั้นแล้ว

ตุลาการผู้แสวงคดีในศาลปกครองขั้นต้น โดยปกติให้แต่งตั้งจากตุลาการในศาลปกครองขั้นต้นซึ่งอาจเป็นผู้ดำรงตำแหน่งอธิบดีศาลปกครองขั้นต้น รองอธิบดีศาลปกครองขั้นต้น หรือตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองขั้นต้นก็ได้

ในระหว่างที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการผู้แสวงคดีในคดี ตุลาการศาลปกครองผู้นั้นจะทำหน้าที่ได้ ๑ ในองค์คณะเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีเดียวกันนั้นไม่ได้ แต่อาจเข้าร่วมประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดหรือศาลปกครองขั้นต้น แล้วแต่กรณี โดยไม่มีสิทธิออกเสียงในการวินิจฉัยคดีนั้น

วรรคเจ็ด (ยกเลิก)

ในกรณีที่มีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงได้ตามที่กล่าวในข้อ ๗ วรรคสอง ทำให้ตุลาการผู้แสวงคดีไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้ตุลาการผู้แสวงคดีซึ่งประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองขั้นต้นกำหนด เป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่แทน และให้ตุลาการผู้แสวงคดีซึ่งเข้ามาแทนที่มีอำนาจหน้าที่เข่นเดียวกับตุลาการผู้แสวงคดีเดิม

<sup>๒๒</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกของ พ.ศ. ๒๕๔๒

มาตรา ๕๘ ก่อนวันนั่งพิจารณาคดี ให้ตุลาการเจ้าของสำนวนส่งมอบสำนวนคดีให้ผู้แสวงคดีปกของพิจารณา และให้ผู้แสวงคดีปกของจัดทำสรุปข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และความเห็นของตนในการวินิจฉัยคดีนั้นเสนอต่อองค์คณะพิจารณาพิพากษา และให้ม้าชี้แจงด้วยว่าจต่อองค์คณะพิจารณาพิพากษาในวันนั่งพิจารณาคดีนั้น และให้มีสิทธิอยู่ร่วมในการพิจารณาและในการประชุมปรึกษาเพื่อพิพากษาคดีนั้นได้ แต่ไม่มีสิทธิออกเสียงในการวินิจฉัยคดีนั้น

ในการนั่งพิจารณาคดีได ถ้าผู้แสวงคดีปกของเห็นว่าขอเท็จจริงในการพิจารณาคดีเปลี่ยนแปลงไปให้ผู้แสวงคดีปกของจัดทำสรุปข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และความเห็นของตนขึ้นใหม่เสนอต่อองค์คณะพิจารณาพิพากษา เพื่อพิจารณาต่อไป

(มีต่อหน้าถัดไป)

ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ก็ได้บัญญัติถึงบทบาทของตุลาการผู้แกลงคดีที่มีสิทธิอยู่ร่วมในการพิจารณาและในการประชุมปรึกษาเพื่อพิพากษาคดีได้ แต่ไม่มีสิทธิออกเสียงในการวินิจฉัยคดีนั้น เช่นกัน

กล่าวโดยสรุปคือ ปัจจุบันนี้โดยหลักแล้ว กฎหมายกำหนดให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดประกอบด้วยตุลาการศาลปกครองชั้นต้นทุกคน และตุลาการศาลปกครองสูงสุดทุกคน แล้วแต่กรณี โดยตุลาการผู้แกลงคดีนั้น ๆ จะเข้าร่วมประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองได้ โดยไม่มีสิทธิออกเสียงในการวินิจฉัยคดีนั้น ซึ่งในที่นี้เห็นว่า ตุลาการผู้แกลงคดีควรมีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองด้วย หากแต่ตุลาการผู้แกลงคดีนั้นจะต้องเป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้นหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดในศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุดที่มีการประชุมใหญ่นั้น แล้วแต่กรณี เนื่องจากที่ประชุมใหญ่ย่อมมีข้อความคิดและหลักการที่ต้องการความคิดเห็นของตุลาการในศาลนั้นทุกคน อันแตกต่างไปจากการพิจารณาวินิจฉัยคดีโดยองค์คณะนั้นเอง

แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงปัจจัยในด้านของความคล่องตัวและความรวดเร็วในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองประกอบกับหลักการและข้อความคิดที่ได้เสนอไว้ในบทความนี้แล้ว ควรกำหนดหลักการและข้อความคิดที่สำคัญเกี่ยวกับที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองไทย ไปในทำนองเดียวกันกับหลักตัวแทนขององค์กรในภาพรวม (Das Prinzip der Gesamtrepräsentation) ที่ปรากฏในวิธีพิจารณาคดีปกครองเยอรมัน ดังนั้น เพื่อเป็นการปรับเปลี่ยนรูปแบบของที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองไทยให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว จึงเห็นสมควรให้มีการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับที่ประชุมใหญ่ในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองไทย ดังต่อไปนี้

๑. ให้เปลี่ยนชื่อจากที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น หรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เป็นองค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองชั้นต้นหรือองค์คณะที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณี

๒. ให้องค์ประกอบขององค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครอง มีดังนี้

๒.๑ องค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองชั้นต้น มี ๒ กรณี คือ

- กรณีศาลปกครองชั้นต้นที่มีจำนวนตุลาการไม่เกิน ๑๕ คน

ให้องค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองชั้นต้นประกอบไปด้วยตุลาการศาลปกครองชั้นต้นในศาลปกครองชั้นต้นนั้นทุกคน

- กรณีศาลปกครองชั้นต้นที่มีจำนวนตุลาการเกิน ๑๕ คนขึ้นไป

ให้องค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองชั้นต้นประกอบไปด้วย อธิบดีศาลปกครองชั้นต้น รองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น ตุลาการหัวหน้าแผนกในศาลปกครองชั้นต้น และตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้น

(ต่อจากเชิงอรรถที่ ๒๖)

ให้อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรือประธานศาลปกครองสูงสุดแต่งตั้งผู้แกลงคดีปกครองจากตุลาการศาลปกครองคนหนึ่งในศาลนั้นที่มีเชี่ยวชาญในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น

ผู้แกลงคดีปกครองในศาลปกครองสูงสุดอาจแต่งตั้งจากตุลาการศาลปกครองชั้นต้นก็ได้

การแต่งตั้งและการปฏิบัติหน้าที่ของผู้แกลงคดีปกครองให้เป็นไปตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับคดีที่กำหนดในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

๒.๒ องค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุดให้ประกอบด้วย ประธานศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานแผนกคดีในศาลปกครองสูงสุด และตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด

สำหรับข้อพิจารณาที่เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของตุลาการผู้แสลงคดี ในองค์คณะที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองนั้น สามารถพิจารณาได้ตามลำดับ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง เมื่อมีการปรับให้ที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองเป็นองค์คณะที่ประชุมใหญ่ตามหลักการว่าด้วยหลักตัวแทนขององค์กรในภาพรวมแล้ว องค์คณะที่ประชุมใหญ่ไม่จำเป็นต้องมีตุลาการผู้แสลงคดีเข้ามามีส่วนร่วม เพราะบทบาทอำนวยานาจหน้าที่ของตุลาการผู้แสลงคดีไม่ใช่ตุลาการที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดี หากแต่ทำหน้าที่ในการให้ความเห็นเพื่อประโยชน์ในทางวิชาการ เท่านั้น อีกทั้งหากพิจารณาถึงองค์ประกอบขององค์คณะที่ประชุมใหญ่ในกรณีนี้แล้ว จะเห็นได้ว่าตุลาการศาลปกครองทุกคนไม่ได้เข้ามามีส่วนร่วมทุกคนเช่นกัน

ประการที่สอง ตุลาการผู้แสลงคดีก็มีฐานะเป็นตุลาการศาลปกครองเช่นกัน จึงสมควรมีส่วนร่วมในองค์คณะที่ประชุมใหญ่ด้วย ทั้งนี้ โดยตามจำนวนที่เป็นไปตามอัตราส่วนที่จะไปกำหนดไว้ในรายละเอียดต่อไป

ประการที่สาม ตุลาการผู้แสลงคดีในคดีนั้น ๆ อาจเข้าร่วมประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองได้ โดยไม่มีสิทธิออกเสียงในการวินิจฉัยคดีนั้น

ในที่นี้เห็นว่า ควรถือตามความเห็นประการที่หนึ่ง เนื่องจากเป็นการกำหนดองค์ประกอบขององค์คณะที่ประชุมใหญ่ อันเป็นไปตามหลักการสำคัญอันได้แก่หลักตัวแทนขององค์กรในภาพรวมดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

#### ๔. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาคดีของไทยไม่ว่าจะเป็นวิธีพิจารณาความแพ่งหรือวิธีพิจารณาคดีปกครองต่างกำหนดให้ที่ประชุมใหญ่ของผู้พิพากษาหรือตุลาการประจำศาลนั้นทุกคนมีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาได้ในคดีใด โดยกำหนดให้การริเริ่มกระบวนการวินิจฉัยปัญหาโดยที่ประชุมใหญ่อยู่ในดุลพินิจของผู้บริหารศาล ซึ่งในกรณีของวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้น กำหนดให้เป็นดุลพินิจของประธานศาลปกครองสูงสุด หรืออธิบดีศาลปกครองขึ้นต้น แล้วแต่กรณี ซึ่งโดยแท้จริงแล้วควรเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์คณะผู้รับผิดชอบคดีในการมีความเห็นและเสนอประเด็นปัญหาให้วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครอง ดังนั้น จึงเห็นสมควรปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครอง เพื่อดำเนินการจัดให้มี “องค์คณะที่ประชุมใหญ่” ในศาลปกครองไทยให้เกิดผลอย่างเป็นรูปธรรม เห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

๔.๑ ให้ยกเลิกความในมาตรา ๖๘ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา ๖๘ กรณีที่องค์คณะในศาลปกครองขึ้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุดเห็นสมควรจะให้มีการวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่สำคัญในคดีใด จะเสนอให้มีการวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวโดยองค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองขึ้นต้นหรือในศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณีได้

องค์คณะในศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุดต้องเสนอให้มีการวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายในคดีโดยองค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองชั้นต้นหรือในศาลปกครองสูงสุดแล้วแต่กรณี หากเป็นกรณีดังต่อไปนี้

(๑) คดีในศาลปกครองชั้นต้นที่อาจมีผลเป็นการกลับหรือแก้ไขแนวคำวินิจฉัยเดิมขององค์คณะในศาลปกครองชั้นต้นนั้น องค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองชั้นต้นนั้น หรือองค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณี

(๒) คดีในศาลปกครองสูงสุดที่อาจมีผลเป็นการกลับหรือแก้ไขแนวคำพิพากษาเดิมขององค์คณะในศาลปกครองสูงสุด หรือองค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุด

ความในวรรคสองให้ใช้บังคับกับกรณีที่อาจมีผลเป็นการกลับหรือแก้ไขแนวคำวินิจฉัยเดิมของที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณีด้วยโดยอนุโลม

การเสนอให้มีการวินิจฉัยปัญหาโดยองค์คณะที่ประชุมใหญ่ตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง องค์คณะต้องแสดงให้เห็นถึงประเด็นปัญหา และเหตุผลประกอบประเด็นปัญหาดังกล่าว

ภายใต้บังคับมาตรา ๖๓ ให้องค์คณะที่ประชุมใหญ่เมืองค์ประกอบ ดังต่อไปนี้

(๑) องค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองชั้นต้น

(ก) กรณีศาลปกครองชั้นต้นที่มีตุลาการไม่เกิน ๑๕ คน ให้องค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองชั้นต้นนั้น ประกอบด้วยตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นที่อยู่ปฏิบัติหน้าที่ในศาลปกครองชั้นต้นนั้นทุกคน

(ข) กรณีศาลปกครองชั้นต้นที่มีตุลาการเกินกว่า ๑๕ คน ให้องค์คณะที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองชั้นต้นนั้น ประกอบด้วย อธิบดีศาลปกครองชั้นต้น รองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น ตุลาการหัวหน้าแผนกในศาลปกครองชั้นต้น และตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้น

(๒) องค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุดประกอบด้วย ประธานศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานแผนกคดีในศาลปกครองสูงสุด และตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด

องค์คณะที่ประชุมใหญ่ตามวรรคสามต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกตามองค์ประกอบขององค์คณะที่ประชุมใหญ่ และให้อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรือประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นหัวหน้าองค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองชั้นต้นหรือองค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณี

คำวินิจฉัยขององค์คณะที่ประชุมใหญ่ให้เป็นไปตามเสียงข้างมาก และถ้ามีคะแนนเสียงเท่ากันให้หัวหน้าองค์คณะที่ประชุมใหญ่ออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงขี้ขาด

คำวินิจฉัยขององค์คณะที่ประชุมใหญ่ให้ทำเป็นคำสั่งและมีผลผูกพันองค์คณะในคดีนั้น

ให้นำความในมาตรานี้ใช้บังคับกับกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้องค์คณะที่ประชุมใหญ่พิจารณาวินิจฉัยปัญหาที่เกี่ยวกับคดีด้วยโดยอนุโลม”

๔.๒ ให้เพิ่มบทบัญญัติมาตรา ๖๘/๑ เพื่อกำหนดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ทำหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนด อันไม่ใช่อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาอนุจันย์คดี เพื่อให้เกิดความชัดเจนขึ้นกว่าเดิม ดังนี้

มาตรา ๖๘/๑ ภายใต้บังคับมาตรา ๖๘ กรณีที่มีกฎหมายหรือระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดกำหนดให้ดำเนินการโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดให้ที่ประชุมใหญ่นั้นประกอบไปด้วย ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทุกคนที่อยู่ปฏิบัติหน้าที่ แต่ต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และให้ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นประธานในที่ประชุมใหญ่

มติของที่ประชุมใหญ่ให้เป็นไปตามเสียงข้างมาก และถ้ามีคะแนนเสียงเท่ากันให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงขึ้นขาด

ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรองรับกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทำหน้าที่อื่นอันไม่ใช่หน้าที่ในการพิจารณาอนุจันย์ประเด็นปัญหาในคดีพิพาทซึ่งกำหนดไว้ในบทบัญญัติมาตรา ๖๘ (ใหม่) ให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น

๕.๓ ให้ยกเลิกข้อ ๙๔ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ เนื่องจากได้มีการบัญญัติถึงท่องค์คณะที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติตาม ๔.๑ แล้ว และให้ยกเลิกความในข้อ ๑๒ วรรคหก แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวนการโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. ๒๕๔๔ โดยให้ตัดถ้อยคำของบทบัญญัติดังกล่าวออก ดังนี้

“ในระหว่างที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการผู้ແຄลงคดีในคดีใด ตุลาการศาลปกครองผู้นั้นจะทำหน้าที่ได้ ๑ ในองค์คณะเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีเดียวกันนั้นไม่ได้ ๒ ต่ออาจเช้าร่วมประชุมประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดหรือศาลปกครองชั้นต้น แล้วแต่กรณี โดยไม่มีสิทธิออกเสียงในการอนุจันย์คดีนั้น”

เนื่องจาก องค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองไม่จำต้องประกอบด้วยตุลาการศาลปกครองนั้น ๆ ทุกคนตามบทบัญญัติของกฎหมายปัจจุบัน หากแต่เป็นตัวแทนของศาลปกครองที่ได้รับภารกิจและอำนาจหน้าที่ดังกล่าวเท่านั้น

ทั้งนี้ ข้อเสนอในการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการอนุจันย์คดีโดยองค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองไทยที่ปรากฏในที่ความนี้ มุ่งประสงค์เพื่อให้การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองเป็นไปด้วยความรวดเร็ว และเป็นการให้ความสำคัญกับภารกิจขององค์คณะที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองในการสร้างความเชื่อถือและไว้วางใจให้เกิดขึ้นกับประชาชน โดยการรักษาไว้ซึ่งความเป็นเอกภาพของคำวินิจฉัยของศาลปกครองโดยไม่ละทิ้งบทบาทในการพัฒนาหลักกฎหมาย อันเป็นภารกิจที่สำคัญประการหนึ่งของศาลปกครองอีกด้วย

**ความท้าทายในการพิจารณาคดีที่ยึดโยงองค์ความรู้เฉพาะทาง : ศึกษาความสำเร็จ  
และกระบวนการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วม (Concurrent Expert Evidence)\***

นักษา อัษฎรพันธ์\*\*

### ความนำ

การพิจารณาคดีของศาลต้องอาศัยข้อเท็จจริงที่ได้จากพยานหลักฐานประกอบกับข้อกฎหมายในการพิพากษาคดีเป็นสำคัญ โดยศาลจะปฏิเสธการรับฟังพยานหลักฐานและอาศัยเพียงความรู้สึกนึกคิดของตนเองมาใช้ในการพิจารณาคดีไม่ได้ หากศาลพิจารณาและพิพากษาคดีโดยไม่รับฟังพยานหลักฐานย่อมเป็นการพิพากษาคดีตามอำเภอใจซึ่งขัดกับรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม<sup>๑</sup> เพราะฉะนั้น พยานหลักฐานจึงเป็นสิ่งสำคัญที่ศาลต้องรับฟังและนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีเพื่อให้เกิดความยุติธรรมอย่างสูงสุด

หากพิจารณาบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ แล้ว จะเห็นได้ว่าวิธีพิจารณาคดีปกครองให้ความสำคัญกับการรับฟังพยานหลักฐานอย่างมาก เช่นกัน เมื่อได้จากมาตรา ๗๕ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ที่กำหนดให้คู่กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียหรืออาจถูกกระทบจากผลแห่งคดี อาจมีคำขอให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีใหม่สำหรับคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองที่เสร็จเด็ดขาดไปแล้ว เมื่อปรากฏว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองดังกล่าวทำขึ้นโดยที่ศาลปกครองฟังข้อเท็จจริงมิพลดາดหรือมิพยานหลักฐานใหม่ อันอาจทำให้ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นยุติแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ บทบัญญัติดังกล่าวจะหันหน้าให้เห็นได้ว่า การรับฟังพยานหลักฐานเป็นขั้นตอนสำคัญที่ส่งผลต่อความชอบธรรมหรือการเป็นที่สุดของคำพิพากษาของคดีนั้น ๆ ทั้งยังส่งผลต่อความเชื่อมั่นในระบบกระบวนการยุติธรรมในองค์รวม จนถึงขั้นที่กฎหมายต้องเปิดช่องให้มีการดำเนินการเพื่อแก้ไขลบล้างข้อบกพร่องนั้น

ทั้งนี้ มีข้อพิจารณาว่าการรับฟังพยานหลักฐานเพื่อนำมาใช้ในการวินิจฉัยตัดสินคดีในปัจจุบันนั้นปรากฏความท้าทายอย่างต่อเนื่อง เมื่อข้อพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกันหรือระหว่างเอกชนกับหน่วยงานทางปกครองที่ความซับซ้อนมากขึ้นตามการขยายตัวทางเศรษฐกิจและสังคมประกอบกับความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์เทคโนโลยี ในหลายครั้งประเด็นแห่งคดีที่ขึ้นสู่ศาลเป็นประเด็นที่ต้องรับฟังข้อเท็จจริงทางเทคนิคที่เกี่ยวเนื่องยึดโยงกับองค์ความรู้เฉพาะทาง อาทิ ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมศาลต้องรับฟังพยานหลักฐานซึ่งยึดโยงกับการวิเคราะห์ผลกระทบทางวิทยาศาสตร์เพื่อวินิจฉัยว่ามีภัยต่อสิ่งแวดล้อมหรือไม่ หรือในกรณีคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแล (Regulator) ละเลยต่อหน้าที่ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติในการตรวจสอบควบรวมกิจการในลักษณะที่ก่อให้เกิดการผูกขาดตลาด อันเป็นกรณีพิพาทที่ศาลต้องรับฟังข้อเท็จจริงทางเทคนิค

\* เมย์แพร์ครั้งแรกในอินทรานีตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนกุมภาพันธ์ ๒๕๖๖

\*\* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ ๑) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการกลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน ๓ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

<sup>๑</sup> ความเห็นส่วนต้นของนายนันทร์ เมฆไตรรัตน์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยที่ ๑๖/๒๕๖๓ [https://www.constitutionalcourt.or.th/occ\\_web/ewt\\_dl\\_link.php?nid=12187](https://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=12187) สืบค้นเมื่อวันที่ ๓๑ ตุลาคม ๒๕๖๕

ตามหลักเศรษฐศาสตร์เพื่อประกอบการวินิจฉัยว่า การใช้คุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแลอนุญาตให้ควบรวมกิจการเป็นไปโดยชอบแล้วหรือไม่ เป็นต้น การพัฒนาระบบการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญให้ตอบสนองต่อความซับซ้อนของคดีพิพาทจึงเป็นเรื่องที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อกระบวนการพิจารณาคดีของศาล เพื่อให้การวินิจฉัยซึ่งขาดตัดสินคดีของศาลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและตรงตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

บทความฉบับนี้จึงมุ่งที่จะศึกษาหัวรับบทการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญแบบดังเดิม กล่าวคือ การตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญตามที่คู่ความเสนอขอ (Parties-appointed Expert) และการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญโดยการเริ่มของศาล (Court-appointed Expert) อันเป็นรูปแบบการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญที่มีการปรับใช้อยู่ในประเทศไทย ฯ อย่างแพร่หลาย โดยมุ่งเปรียบเทียบจุดเด่นและจุดด้อยในแต่ละของการตอบสนองต่อหลักความเป็นกลางของพยานและข้อพิจารณาเรื่องประสิทธิภาพหรือคุณภาพของคำเบิกความที่ได้จากการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญในระบบต่าง ๆ พร้อมทั้งนำเสนอระบบการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญที่มีการปรับใช้แบบเบิกความร่วม (Concurrent Expert Evidence) อันเป็นวิธีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการพัฒนาขึ้นเพื่อแก้จุดอ่อนของระบบการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบดังเดิม เพื่อเป็นแนวทางให้ศาลปกครองพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการนำมาปรับใช้กับการพิจารณาคดีของศาลปกครองในอนาคต โดยหัวข้อศึกษาวิเคราะห์ในบทความฉบับนี้จะครอบคลุมเนื้อหาดังต่อไปนี้ ๑. ความเป็นมาและพัฒนาการของข้อความคิดเกี่ยวกับระบบการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ ๒. นวัตกรรมทางกฎหมายในการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วม และ ๓. การปรับใช้ระบบการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วมในการพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทย

### **๑. ความเป็นมาและพัฒนาการของข้อความคิดเกี่ยวกับระบบการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ**

คำพิพากษา คือ ผลผลิตของการนำบทัญญัติแห่งกฎหมายมาปรับใช้ในการพิจารณา วินิจฉัยข้อเท็จจริงที่ตุลาการรับฟังเป็นที่ยุติ โดยตุลาการมีหน้าที่ใช้คุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานให้แม่นยำ ตรงต่อความเป็นจริง แต่ในทางปฏิบัติแล้ว หากประเด็นแห่งคดีเกี่ยวพันกับข้อเท็จจริงที่มีความซับซ้อน เกินกว่าที่บุคคลธรรมดายังไม่มีความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษในศาสตร์เฉพาะทางจะทำความเข้าใจได้ด้วยตนเอง กรณีย่อมเป็นการยากที่ตุลาการจะเข้าใจข้อเท็จจริงทางเทคนิคได้อย่างกระจ่างแจ้งและอาจเกิดความเสี่ยง ที่จะซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานต่าง ๆ โดยคด้าเดคลื่อนไปจากความเป็นจริง ส่งผลให้การปรับบทกฎหมาย แก่ประเด็นพิพาททางเทคนิคนั้นไม่อาจทำได้โดยง่าย เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ระบบการพิจารณาคดี จึงถูกออกแบบขึ้นเพื่อเปิดช่องให้ตั้ง “พยานผู้เชี่ยวชาญ” มาถ่ายทอดองค์ความรู้ที่เกี่ยวข้องกับองค์ความรู้เฉพาะทางให้แก่ตุลาการ เพื่อสนับสนุนการตีความหรือการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของคดี

การนำคำเบิกความของพยานผู้เชี่ยวชาญมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยคดีถูกพัฒนาขึ้น ทั้งในระบบกฎหมายจารีตประเพณีและระบบกฎหมายภาคพื้นที่วีปุโรป โดยระบบกฎหมายอังกฤษมีพัฒนาการในเรื่องนี้ตั้งแต่ช่วงคริสต์ศตวรรษที่ ๑๘<sup>๖</sup> โดยผู้พิพากษาในคดี David v. Edinburgh Magistrates ได้อธิบายหน้าที่ของพยานผู้เชี่ยวชาญไว้ว่า “พยานผู้เชี่ยวชาญมีหน้าที่นำเสนอให้ผู้พิพากษาหรือคณะลูกขุนทราบถึงหลักเกณฑ์ทางวิทยาศาสตร์ที่จำเป็นแก่การตรวจสอบความถูกต้องแม่นยำของข้อสรุปที่พยานผู้เชี่ยวชาญเบิกความ

<sup>๖</sup> Wayne Cochrance, ‘Expert Evidence the View From The Bench’ 1 [https://www.courts.qld.gov.au/\\_data/assets/pdf\\_file/0007/583459/lc-sp-wc-expert-evidence-the-view-from-the-bench-201511.pdf](https://www.courts.qld.gov.au/_data/assets/pdf_file/0007/583459/lc-sp-wc-expert-evidence-the-view-from-the-bench-201511.pdf) สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๒ พฤษภาคม ๒๕๖๕.

เพื่อให้ผู้พิพากษาหรือคณะกรรมการชุดพินิจของตนในการนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวไปปรับกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏ<sup>๗๑</sup> จึงกล่าวได้ว่า วัตถุประสงค์ของการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ คือ การให้พยานผู้เชี่ยวชาญนำเสนอหลักเกณฑ์อันเป็น “ข้อเท็จจริงทั่วไป” (General Truth) ซึ่งมีรากฐานมาจากประสบการณ์ในด้านเฉพาะทางของพยานผู้เชี่ยวชาญ เพื่อเป็นฐานในการพิจารณาของผู้พิพากษาหรือคณะกรรมการชุดพินิจของตนต่อไป หลักการดังกล่าว สอดคล้องกับธรรมเนียมที่ปรากฏในกฎหมายฝรั่งเศสเกี่ยวกับการรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญเป็นภาษาละตินว่า “dictum expertorum nusquam transit in rem judicatum”<sup>๗๒</sup> ซึ่งหมายความว่าคำเบิกความของพยานผู้เชี่ยวชาญไม่มีผลโดยตรงเป็นคำชี้ขาดทางกฎหมาย ดังนั้น บทบาทของพยานผู้เชี่ยวชาญย่อมไม่ทับซ้อนหรือแทนที่ ตุลาการผู้ตัดสินคดี เพราะผลทางกฎหมายของคำเบิกความของพยานผู้เชี่ยวชาญเป็นเพียงพยานหลักฐาน ขึ้นหนึ่งที่ศาลจำเป็นต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักการรับฟังเช่นกัน

เมื่อการรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญในการพิจารณาคดีไม่กระบวนการทบทวนหน้าที่ของตุลาการ หรือผู้พิพากษา อีกทั้งยังเป็นประโยชน์ต่อการดำเนินกระบวนการยุติธรรมแล้ว ประเทศต่าง ๆ จึงเร่งพัฒนา กระบวนการวิธีพิจารณาคดีให้รองรับกับการนำพยานผู้เชี่ยวชาญเข้ามาเบิกความเพื่อสนับสนุนการพิจารณาคดี ของศาลให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

### ๑.๑ อิทธิพลของระบบกฎหมายที่มีต่อรูปแบบการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญแบบดั้งเดิม

พัฒนาการของกฎหมายย่อมมีที่มาที่ไปซึ่งอิงจากแนวคิดหรือหลักการบางประการ ที่เกิดขึ้นในประวัติศาสตร์ สำหรับพยานผู้เชี่ยวชาญในระบบวิธีพิจารณาคดีก็ได้รับอิทธิพลจากข้อความคิด เกี่ยวกับการแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดีซึ่งศาลต่าง ๆ อาจเลือกยึดถือแตกต่างกันในแต่ละศาล กล่าวคือ ศาลอาจเลือกให้โครงสร้างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีของตนยึดถือหลักการแสวงหาข้อเท็จจริงด้วยระบบกล่าวหา (Accusatorial or Adversary System) หรือระบบไต่สวน (Inquisitorial System) ก็ได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อลักษณะของระบบการแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดีมีแนวคิดที่แตกต่างกันระหว่างระบบกล่าวหา และระบบไต่สวน อิทธิพลของแนวคิดเกี่ยวกับการแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดีย่อมส่งผลต่อโครงสร้าง ของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีว่าด้วยพยานผู้เชี่ยวชาญ<sup>๗๓</sup> ในกรณี รูปแบบการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญที่ยึดโยง กับลักษณะการแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดีซึ่งมักถูกเรียกว่าเป็นการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญแบบดั้งเดิมนั้น สามารถแบ่งได้เป็น ๒ ประเภท ได้แก่ ๑) การตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญโดยการเสนอชื่อของคู่ความ (Parties-appointed expert) ซึ่งเป็นวิธีที่ใช้แพร่หลายในประเทศในกลุ่มกฎหมายจาริตประเพณี (Common law) และ ๒) การตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญโดยการริเริ่มของศาล (Court-appointed expert) ซึ่งเป็นวิธีที่แพร่หลาย ในกลุ่มประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป<sup>๗๔</sup>

<sup>๗๑</sup> เพิ่งอ้าง ๑.

<sup>๗๒</sup> Deirdre Dwyer, *The Judicial Assessment of Expert Evidence* (Cambridge University Press 2008) 74.

<sup>๗๓</sup> เพิ่งอ้าง ๑๙๔.

<sup>๗๔</sup> Ioannis Lianos, ‘Observation of Ioannis Lianos’ (Quantification of damages workshop, Brussels, 26 January 2010) 2.

<sup>๗๕</sup> Carmen Vazquez, ‘From Institutional to Epistemic Authority : Rethinking Court-Appointed Experts’ in Jordi Ferrer Beltran and Carmen Vazquez (eds), *Evidential Legal Reasoning: Crossing Civil and Common Law Traditions* (Cambridge University Press 2022) 217.

### ๑.๑.๑ อิทธิพลของระบบกล่าวหาที่มีต่อโครงสร้างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีว่าด้วยพยานผู้เชี่ยวชาญ

ประเทศในกลุ่มกฎหมายเจริญประเพณี อาทิ สหราชอาณาจักร เครือรัฐ ออสเตรเลีย สหรัฐอเมริกาฯลฯ มีรากฐานการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีด้วยระบบกล่าวหา ซึ่งเป็นระบบที่มุ่งเน้นให้คู่ความทั้งสองฝ่ายมีโอกาสนำเสนอพยานหลักฐานเพื่อประกอบการพิจารณาคดีอย่างเต็มที่ และเท่าเทียมกัน<sup>๙</sup> อีกทั้งยังเปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายโต้แย้งทำลายน้ำหนักพยานหลักฐานของอีกฝ่ายได้โดยการถามค้าน (Cross-examination) ในการนี้ ศาลจึงเป็นเพียงผู้กำกับดูแลให้การเสนอข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานของคู่ความอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมาย และศาลต้องพอใจอยู่แต่เฉพาะกับข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายกล่าวอ้างหรือนำสืบเท่านั้น ศาลจะตรวจสอบหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานอื่นนอกเหนือจากที่คู่ความกล่าวอ้างไม่ได้<sup>๑๐</sup> ผู้พิพากษาอาจถูกคู่ความหรือพยานได้แก่ในกรณีที่จำเป็น เมื่อข้อเท็จจริงที่ปรากฏในศาลนั้นถูกละเอียไปหรือไม่ชัดเจนเท่านั้น<sup>๑๑</sup> กล่าวคือ ผู้พิพากษาในระบบกล่าวหา อาจขอให้พยานอธิบายสิ่งที่ตนได้เบิกความไว้แล้วให้ชัดเจนขึ้น แต่ไม่สามารถซักพยานในลักษณะของการถามค้าน (Cross-examination) พยาน<sup>๑๒</sup>

แนวคิดเกี่ยวกับการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญของกลุ่มประเทศดังกล่าวจึงได้รับอิทธิพลจากบทบาทเชิงรุกของคู่ความอันเป็นจุดเด่นของระบบกล่าวหา ส่งผลให้การตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญในประเทศที่ใช้ระบบกล่าวหาจึงมักอยู่ในรูปของการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญตามที่คู่ความแต่ละฝ่ายเสนอข้อ และหลีกเลี่ยงการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญโดยการริเริ่มของศาล เนื่องจากการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญโดยการริเริ่มของศาลย่อมขัดต่อหลักการพื้นฐานของการพิจารณาคดีในระบบกล่าวหาที่กำหนดให้คู่ความมีหน้าที่ต้องดำเนินการตรวจสอบหาข้อเท็จจริง ซึ่งรวมถึงการตรวจสอบพยานผู้เชี่ยวชาญด้วย<sup>๑๓</sup> นอกจากนี้ การตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญในลักษณะดังกล่าวมักจะใช้คู่กับบทบัญญัติที่ตัดสิทธิไม่ให้คู่ความใช้อำนาจถกเถียงค้านพยานผู้เชี่ยวชาญของศาล หากไม่ได้รับอนุญาต<sup>๑๔</sup> อันอาจถือได้ว่าเป็นการทำลายคุณค่าของระบบกล่าวหาที่เน้นการตรวจสอบความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานต่าง ๆ ผ่านกระบวนการการถามค้าน

### ๑.๑.๒ อิทธิพลของระบบปฏิส่วนที่มีต่อโครงสร้างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีว่าด้วยพยานผู้เชี่ยวชาญ

การพิจารณาคดีในระบบปฏิส่วน เป็นรูปแบบที่ใช้ในกลุ่มประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ราชอาณาจักรสเปน เป็นต้น โดยระบบดังกล่าวมีรากฐานมาจากกฎหมายโรมัน (Roman Canon Law) ที่มุ่งเน้นให้ผู้พิพากษามีหน้าที่ตรวจสอบความยุติธรรม<sup>๑๕</sup>

<sup>๙</sup> Donald Gifford, *Understanding the Australian Legal System* (1<sup>st</sup> edn, Routledge-Cavendish 1997) 93.

<sup>๑๐</sup> วราภรณ์ วิศรุตพิชญ์, ‘การพิจารณาทางปกครองและการพิจารณาคดีตามระบบปฏิส่วน’, ใน นันทวัฒนา จริยาภรณ์ : รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส ครบ ๖๐ ปี ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรรมานันท์, (อมรินทร์ พริ้นติ้ง แอนด์พับลิชิ่ง ๒๕๖๑) ๕๙๙.

<sup>๑๑</sup> Bernard Cairns, *Australian Civil Procedure* (6<sup>th</sup> edn, Lawbook.co 2005) 41.

<sup>๑๒</sup> Botany Bay Council v Rethmann Australia Environmental Service Pty Ltd [2004] NSWCA 414.

<sup>๑๓</sup> Bernard Cairns (เชิงอรรถ ๑๐) ๔๕๖.

<sup>๑๔</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>๑๕</sup> Deirdre Dwyer (เชิงอรรถ ๔) ๑๘๙.

กล่าวคือ ผู้พิพากษาหรือตุลาการสามารถตรวจสอบและแสวงหาข้อเท็จจริงของเรื่องที่จะนำบทบัญญัติ แห่งกฎหมายมาใช้บังคับ โดยไม่จำต้องผูกพันอยู่กับข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานที่คุณภาพน้ำเสียบไว้เท่านั้น แต่ศาลอาจแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเพิ่มเติมได้ตามที่เห็นสมควร<sup>๑๕</sup> หลักการดังกล่าวส่งผลให้ระบบการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญของกลุ่มประเทศภาคพื้นทวีปยุโรปพัฒนาไปสู่รูปแบบของการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญ โดยการเริ่มของศาล หรือการใช้ผู้เชี่ยวชาญประจำศาล (In-house expert) เนื่องจากเป็นรูปแบบการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญที่ลดปัญหาเรื่องความไม่เป็นกลางของพยานผู้เชี่ยวชาญ และสอดคล้องกับบทบาทเชิงรุกของผู้พิพากษา หรือตุลาการในระบบไต่สวน<sup>๑๖</sup>

### ๑.๒ ปัญหาที่ปรากฏในกระบวนการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบดั้งเดิม

แม้การนำพยานผู้เชี่ยวชาญเข้ามายield เป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาคดีจะได้รับการยอมรับมากขึ้นเรื่อยๆ ทั้งในลักษณะของการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญตามการเสนอขอของคุณภาพ และในลักษณะของการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญตามการคัดเลือกโดยศาล อย่างไรก็ตาม การสืบพยานในรูปแบบดั้งเดิมทั้งสองลักษณะยังมีจุดอ่อนที่ปรากฏเด่นชัดอยู่ ๒ ประการ คือ ประการแรก ปัญหาเกี่ยวกับเรื่องความเป็นกลางของพยานผู้เชี่ยวชาญ และประการที่สอง ปัญหาเรื่องประสิทธิภาพในการเบิกความของพยานผู้เชี่ยวชาญ โดยปัญหาทั้งสองประการปรากฏทั้งในประเทศที่ใช้ระบบกล่าวหาและประเทศที่ใช้ระบบไต่สวนในการพิจารณาคดี แต่รายละเอียดหรือลักษณะของการเกิดปัญหาดังกล่าวจะต่างกันออกเป็นมาตรฐานรูปแบบของการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญประกอบกับวิธีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญที่ใช้ในประเทศนั้น ๆ

#### ๑.๒.๑ ปัญหาเกี่ยวกับความเป็นกลางของพยานผู้เชี่ยวชาญ

ในทางทฤษฎี พยานผู้เชี่ยวชาญมีหน้าที่ในการสนับสนุนการพิจารณาคดี ผ่านการนำเสนอองค์ความรู้เฉพาะทางต่อศาลอย่างเป็นกลาง ปราศจากอคติ และวางตัวเป็นอิสระ หลายประเทศจึงมีบทบัญญัติกำหนดให้พยานผู้เชี่ยวชาญมีหน้าที่ให้ความเห็นตามความรู้เฉพาะทางอย่างปราศจากอคติต่อศาล โดยกำหนดให้หน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่ซึ่งต้องอยู่เหนือกว่าหน้าที่อื่น (Overriding Duty) ที่พยานผู้เชี่ยวชาญอาจมีต่อคุณภาพหรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง<sup>๑๗</sup> แต่ในทางปฏิบัติแล้ว หากผู้พิพากษาไม่ได้มีองค์ความรู้ในศาสตร์เฉพาะทางที่เกี่ยวข้องกับความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญมาก่อนแล้ว ผู้พิพากษาก็ไม่สามารถรู้ได้ในทันทีว่าพยานผู้เชี่ยวชาญได้ให้ความเห็นอย่างเป็นกลางหรือไม่<sup>๑๘</sup> นักวิชาการเคยตั้งข้อสังเกตไว้ว่า อคติของผู้เชี่ยวชาญที่ประนอยู่ในการเบิกความหรือการทำงานพยานผู้เชี่ยวชาญ (Expert Report) โดยที่ผู้เชี่ยวชาญรู้ตัวหรือไม่รู้ตัวก็ตาม อาจเกิดขึ้นได้จากสาเหตุสามประการ<sup>๑๙</sup> คือ ๑) ความเกี่ยวข้อง

<sup>๑๕</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ (เชิงอรรถ ๙) ๕๙๙.

<sup>๑๖</sup> Ioannis Lianos (เชิงอรรถ ๙) ๒.

<sup>๑๗</sup> Part 33.2 and Part 35.3 of United Kingdom Civil Procedure Rules,

‘An Expert must help the court to achieve the overriding objective by giving objective, unbiased opinion on matters within his expertise’ ... ‘This duty overrides any obligation to the person from whom he has received instructions or by whom he is paid.’

<sup>๑๘</sup> Ioannis Lianos (เชิงอรรถ ๙) ๒.

<sup>๑๙</sup> Deidre Dwyer, ‘The Causes and Manifestations of Bias in Civil Expert Evidence’ (2007)

ด้านผลประโยชน์ส่วนตัว (Personal Interest) ยกตัวอย่างย่าง เช่น ในกรณีที่การวินิจฉัยประเด็นแห่งคดี ต้องอาศัยองค์ความรู้ของผู้เชี่ยวชาญเพื่อประกอบการพิจารณาว่าผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นแพทย์ได้ปฏิบัติหน้าที่ ต่ำกว่ามาตรฐานของวิชาชีพหรือไม่ พยานผู้เชี่ยวชาญในคดีที่เป็นบุคลากรในวิชาชีพเดียวกันอาจมีแนวโน้ม ที่จะแสดงเห็นใจและไม่กล้าที่จะให้ความเห็นในลักษณะโจนติเพื่อนร่วมอาชีพ หรือในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญ ได้ติดต่อแลกเปลี่ยนข้อมูลกับคู่ความฝ่ายที่เสนอตั้งตนเป็นพยานแล้ว ผู้เชี่ยวชาญอาจเกิดความรู้สึกร่วมกับ ข้อต่อสู้ของคู่ความ<sup>๒๐</sup> ๒) ความเกี่ยวข้องด้านผลประโยชน์ทางการเงิน (Financial Interest) เช่น ในกรณีที่ พยานผู้เชี่ยวชาญถือหุ้นของบริษัทซึ่งเป็นคู่ความในคดี หรือในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญต้องการสร้างอาชีพรับเป็น พยานผู้เชี่ยวชาญในศาล โดยสร้างประวัติว่า ตนมักนำเสนอข้อมูลที่เป็นผลดีแก่คู่ความฝ่ายที่เสนอขอตน ให้แก่ศาล<sup>๒๑</sup> และ ๓) ความเกี่ยวข้องด้านผลประโยชน์ในเชิงวิชาการ (Intellectual Interest) เช่น เมื่อประเด็น ในศาสดรที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาแห่งคดีมีทฤษฎีจากหลายสำนักความคิด (School of thought) ที่สามารถ ยกมาใช้เป็นฐานในการพิจารณาได้ กรณีก็อาจเกิดเหตุการณ์ที่พยานผู้เชี่ยวชาญมุ่งสนับสนุนแนวคิด ของสำนักความคิดใดเป็นการเฉพาะและจะใจเลี่ยงไม่แจ้งให้ศาลทราบถึงความเป็นไปได้อื่น ๆ ตามทฤษฎี ของสำนักความคิดต่าง ๆ ในศาสดรนั้น<sup>๒๒</sup> เป็นต้น ลักษณะของเหตุที่ก่อให้เกิดอคติในหมู่พยานผู้เชี่ยวชาญตามที่ กล่าวไปแล้วข้างต้นอาจปรากฏในการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญแบบดั้งเดิมทั้งสองประเภท แต่รายละเอียดของปัญหา ที่พบเป็นประจำนั้นแตกต่างกันเนื่องด้วยความแตกต่างเชิงโครงสร้างการพิจารณาคดีของกลุ่มประเทศ ในระบบกฎหมายเจ้าตัวประเทศซึ่งใช้ระบบกล่าวหาและกลุ่มประเทศในระบบกฎหมายภาคพื้นทวีปยุโรป ซึ่งใช้ระบบไต่สวน

### ๑.๒.๑.๑ ลักษณะปัญหาเกี่ยวกับความเป็นกลางที่ปรากฏในการใช้ พยานผู้เชี่ยวชาญตามการเสนอชื่อของคู่ความ

การมีอคติหรือไม่เป็นกลาง (Bias) ของผู้เชี่ยวชาญเป็นปัญหา ที่ปรากฏบ่อยครั้ง โดยเฉพาะในระบบการพิจารณาคดีแบบกล่าวหาที่ใช้ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย เจ้าตัวประเทศ ที่เน้นการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญตามการเสนอชื่อของคู่ความเป็นหลัก โดยในปี ค.ศ. ๑๙๘๙ เครื่อข้อมูลอสเตรเลียได้จัดการศึกษาเชิงประจักษ์ (Empirical Study) เพื่อสำรวจปัญหาที่ผู้พิพากษาพบเจอ เมื่อมีการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญในคดี ผลปรากฏว่าผู้พิพากษาร้อยละ ๓๕ เห็นว่าปัญหาที่ร้ายแรงที่สุด ของการนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาใช้ประกอบการพิจารณาคดี คือ ปัญหารื่องความไม่เป็นกลาง<sup>๒๓</sup> โดยสภาพ ของการพิจารณาคดีตามระบบกล่าวหาหนึ่ง คู่ความฝ่ายที่นำพยานผู้เชี่ยวชาญเข้าเป็นความจะต้องแบกรับภาระ ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เพื่อตอบแทนพยานผู้เชี่ยวชาญของตน อันที่จริงแล้ว ถึงแม้ค่าตอบแทนของพยานผู้เชี่ยวชาญ ดังกล่าวจะไม่ได้ขึ้นอยู่กับผลแพ้ชนะแห่งคดีก็ตาม แต่พยานผู้เชี่ยวชาญในระบบดังกล่าวก็มีแนวโน้ม ที่จะปฏิบัติหน้าที่แบบ “มือปืนรับจ้าง” ที่ให้ความเห็นแก่ในแต่ที่เป็นประโยชน์ต่อคู่ความฝ่ายที่แต่งตั้งตน

<sup>๒๐</sup> เพิ่งอ้าง ๒๒๐ ย่อหน้า ๔.๓.

<sup>๒๑</sup> เพิ่งอ้าง ๒๒๐ ย่อหน้า ๔.๗.

<sup>๒๒</sup> เพิ่งอ้าง ๒๒๐ ย่อหน้า ๔.๓๒.

<sup>๒๓</sup> Ian Freckleton, Pransuna Reddy & Hugh Selby, *Australian judicial perspective on expert evidence: an empirical study* (Australian Institution of Judicial Administration Incorporated 1999) 37.

มากกว่าที่จะปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นกลางเพื่อช่วยเหลือศาลในการค้นหาความจริง<sup>๒๔</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ พยานผู้เชี่ยวชาญมีแรงจูงใจให้เกิดอคติจากความเกี่ยวข้องด้านผลประโยชน์ทางการเงิน และละเมิดหลักการวางแผนตัวเป็นกลางเพื่อสร้างชื่อเสียงสำหรับการรับเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญเพื่อหาเลี้ยงชีพ ในส่วนของสหราชอาณาจักรซึ่งใช้ระบบกล่าวหาที่มีการศึกษาความเป็นไปได้ในการปฏิรูปบทบัญญัติในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยพยานผู้เชี่ยวชาญ เพื่อแก้ปัญหาเรื่องความไม่เป็นกลางด้วยเช่นกัน โดย Lord Woolf ซึ่งเป็นผู้พิพากษาที่มีบทบาทสำคัญในการผลักดันการปฏิรูปกฎหมายในส่วนดังกล่าวได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า “ปัญหาส่วนมากเกี่ยวกับพยานผู้เชี่ยวชาญเกิดขึ้นเพราะผู้เชี่ยวชาญมักถูกจ้างเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของทีมงานของคู่ความตั้งแต่ในชั้นการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อสืบคดี จนนั้นจึงเปลี่ยนบทบาทมาเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญในศาลผ่านการเสนอชื่อของคู่ความในเวลาต่อมา แต่ผู้พิพากษากลับคาดหวังว่าพยานผู้เชี่ยวชาญจะวงศ์ตัวเป็นกลางและให้ความเห็นอย่างปราศจากความลำเอียง”<sup>๒๕</sup> จึงอาจกล่าวได้ว่าอคติตั้งกล่าวที่ปรากฏในการพิจารณาคดีตามระบบกล่าวหาเกิดขึ้นมาจากความเกี่ยวข้องด้านผลประโยชน์ส่วนตัวของผู้เชี่ยวชาญที่เคยทำงานร่วมกับทีมทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อน

### ๑.๒.๑.๒ ลักษณะปัญหาเกี่ยวกับความเป็นกลางที่ปรากฏในการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญตามการริเริ่มของศาล

เมื่อพิจารณารูปแบบการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญตามการริเริ่มของศาล อันเป็นรูปแบบที่แพร่หลายในกลุ่มประเทศภาคพื้นทวีปยุโรปแล้ว จะเห็นได้ว่าที่มาของปัญหาระดับความเป็นกลางของพยานผู้เชี่ยวชาญไม่ได้มาจากมิติเรื่องความสมัพนธ์ระหว่างคู่ความและพยานผู้เชี่ยวชาญในลักษณะที่ปรากฏในประเทศที่ใช้ระบบกล่าวหา เพราะผู้ที่เลือกพยานผู้เชี่ยวชาญคือศาล แต่การให้ศาลเป็นผู้เลือกพยานผู้เชี่ยวชาญโดยเฉพาะกันมาซึ่งข้อกังวลว่าศาลจะทราบได้อย่างไรว่าผู้เชี่ยวชาญที่เลือกมาเป็นผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางอย่างแท้จริง (A Genuine Neutral) โดยสามารถนำเสนอบทบัญญัติและหลัก (mainstream) ของศาสตร์สาขานั้น และไม่ใช่ผู้ที่มีอคติจากความเกี่ยวข้องทางผลประโยชน์ในเชิงวิชาการ ต่อสันกัดความคิดใจจนมุ่งเผยแพร่แนวคิดทฤษฎีที่สุดโต่ง อาจกล่าวได้ว่าการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญตามการริเริ่มของศาลมีจุดอ่อนจากเหตุที่ว่าระบบดังกล่าวตั้งอยู่บนข้อสันนิษฐานว่าศาสตร์ต่าง ๆ มี “ความจริงเพียงหนึ่งเดียวในเชิงวิทยาศาสตร์” ซึ่งผู้เชี่ยวชาญที่เป็นกลางสามารถค้นพบและนำเสนอต่อศาลได้ ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้ว เนื้อหาเชิงพัฒนาการของบางศาสตร์อาจมีข้อความคิดหลากหลายกระแสที่ศาลมีควรนำมาพิจารณาประกอบกัน อันจะเห็นได้จากสำนักความคิดต่าง ๆ ของสาขาเศรษฐศาสตร์<sup>๒๖</sup> ยกตัวอย่างเช่น การตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญในคดีพิพาทเกี่ยวกับการผูกขาดการแข่งขันทางการค้า แต่ข้อพิพาทนั้นเกี่ยวนেื่องกับประเด็นที่ยังไม่มีข้อสรุปอันเป็นฉันหมายในสาขาเศรษฐศาสตร์ เช่นนี้แล้ว หากศาลแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญเพียงรายเดียวในคดี และไม่มีพยานผู้เชี่ยวชาญรายอื่นที่คอยหัวงดงามต้องการถูกต้องครบถ้วนของข้อมูลเฉพาะทางด้านเศรษฐศาสตร์ ศาลคงไม่อาจทราบได้ว่าพยานผู้เชี่ยวชาญรายเดียวในคดีนั้นได้นำเสนอองค์ความรู้และคำตอบที่เป็นไปได้ทั้งหมดแล้วหรือไม่ ระบบดังกล่าวยังมีข้อจำกัดว่าศาลอาจมีข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับผลแห่งคดีอยู่แล้ว

<sup>๒๔</sup> Eric Baskind, ‘The Expert witness in England and Wales: The end of the “Hire Gun”? An English Perspective’ (2001) 15 International review of Law, Computers & Technology 229.

<sup>๒๕</sup> Harry Woolf, *Access to Justice: Interim report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, (Lord Chancellor’s Department 1995) chapter 23, para 5.

<sup>๒๖</sup> Ioannis Lianos (เชิงอรรถ ๖) ๑๐.

จึงเลือกแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญคนใดคนหนึ่งจากบัญชีรายชื่อพยานผู้เชี่ยวชาญ โดยเลือกเห็นได้ว่า พยานผู้เชี่ยวชาญรายนั้นจะมีแนวคิดโน้มเอียงไปทางด้านใดด้านหนึ่งที่ตรงกับผลแห่งคดีที่ศาลคาดไว้ อาศัยเหตุตั้งกล่าว เขตปักรองตนเองในราชอาณาจักรสเปนทั้งแคว้นคาตาลันและแคว้นบาเลนเซียซึ่งใช้รูปแบบการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญโดยการริเริ่มของศาลจึงมุ่งแก้จุดอ่อนดังกล่าวโดยการใช้อุปกรณ์ซอฟต์แวร์ มาสุ่มเลือกพยานผู้เชี่ยวชาญจากบัญชีรายชื่อพยานผู้เชี่ยวชาญที่ขึ้นทะเบียนในศาสตร์สาขาว่าด้วย <sup>๒๓</sup> โดยมุ่งหวังว่าการนำวิทยาการคอมพิวเตอร์มาใช้ในขั้นตอนการเลือกพยานผู้เชี่ยวชาญจะช่วยรักษาความเชื่อมั่นของประชาชนว่าพยานผู้เชี่ยวชาญในคดีต่าง ๆ ปราศจากเหตุที่อาจก่อให้เกิดอคติ และระบบการเลือกพยานผู้เชี่ยวชาญก็ไม่มีอคติแห่งอยู่

### ๑.๒.๒ ปัญหาเรื่องประสิทธิภาพในการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ

การนำพยานผู้เชี่ยวชาญเข้ามาประกอบการพิจารณาคดีจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคดีพิพากษานี้มีประเด็นแห่งคดีที่เกี่ยวเนื่องกับเรื่องที่บุคคลทั่วไปซึ่งปราศจากการเรียนรู้หรือประสบการณ์ ในศาสตร์สาขาวิชาเฉพาะทางไม่อาจคิดพิเคราะห์ให้เกิดข้อสรุปได้ด้วยตนเอง <sup>๒๔</sup> จะเห็นได้ว่าเมื่อคดีพิพากษานี้ ยุ่งยากซับซ้อนเกินกว่าความเข้าใจของคนธรรมดា ศาลจึงต้องมีการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญ อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาสนับสนุนการพิจารณาคดีของศาล เนื้อหาสาระทางเทคนิคที่พยานผู้เชี่ยวชาญนำเสนอ ก็อาจจะต่อการทำความเข้าใจ ทั้งนี้ อาจเกิดขึ้นจากการใช้ศัพท์ทางเทคนิคเฉพาะทางหรืออาจเป็นพระราชนมายาดีที่มีมากจนยากแก่การจำจับใจความสำคัญ ปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญในลักษณะดังกล่าวจึงเป็นปัญหาสำคัญที่พบได้ในทุกระบบทก្មາមาย

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าปัญหาด้านประสิทธิภาพของการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ ด้วยขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของประเทศในกลุ่มภูมายาจารีตประเพณีนั้นจะพบได้มาก เป็นพิเศษเมื่อเปรียบเทียบกับอีกรอบหนึ่ง เนื่องจากการนำเสนอความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญที่เข้ามาในคดีจากการเสนอขอของคู่ความต่อศาลนั้นจะต้องผ่านกระบวนการถามค้าน ซึ่งเป็นขั้นตอนดังเดิมที่ใช้ตรวจสอบพยานหลักฐานในระบบภูมายา Common Law กล่าวในรายละเอียดคือ พยานผู้เชี่ยวชาญ ตามการเสนอขอของคู่ความฝ่ายหนึ่งจะถูกตั้งคำถามโดยทนายความของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง อนึ่ง ผู้พิพากษา Steven Rares แห่งศาล Federal Court of Australia ของเครือรัฐออสเตรเลียได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า ขั้นตอนการถามค้านพยานผู้เชี่ยวชาญนั้นมีข้อเสีย คือ ศาลไม่มีโอกาสได้พิจารณาความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญ ในลักษณะที่พยานผู้เชี่ยวชาญรู้สึกไม่กดดัน และพยายามใจว่าตนกำลังให้ความเห็นต่อศาลเพื่อสนับสนุน การวินิจฉัยคดี เพราะเมื่อทนายความอีกฝ่ายถามค้านโجمตีความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญหรือขอให้พยานผู้เชี่ยวชาญตอบในประเด็นที่คลาดเคลื่อนจากข้อเท็จจริงที่พยานผู้เชี่ยวชาญใช้เป็นฐานในการพิจารณาแล้ว พยานผู้เชี่ยวชาญมักรู้สึกวิตกกังวลว่าความเห็นของตนจะถูกนำไปตีความให้ไม่ตรงกับเจตนาของตน โดยทนายความของอีกฝ่าย <sup>๒๕</sup> การกระทำในลักษณะดังกล่าวส่งผลให้พยานผู้เชี่ยวชาญมีความรู้สึกเป็นลบ

<sup>๒๓</sup> Carmen Vazquez (เชิงอรรถ ๗) ๒๓๒.

<sup>๒๔</sup> Adrian A S Zuckerman and others, *Zuckerman on Australian Civil Procedure* (LexisNexis Butterworths 2018) Para 21.19.

<sup>๒๕</sup> Steven Rares, judge of the Federal Court of Australia, ‘Using the “Hot Tub” : How Concurrent Expert Evidence Aids Understanding Issues’ (the Judicial Conference of Australia Colloquium, 12 October 2013) [https://www.fedcourt.gov.au/digital-law-library/judges-speeches/justice-rares/rares-j-20131012#\\_ftn1a](https://www.fedcourt.gov.au/digital-law-library/judges-speeches/justice-rares/rares-j-20131012#_ftn1a) สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๘ พฤษภาคม ๒๕๖๕.

จนไม่่อยากเข้ามาเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญในศาลอีก<sup>๓๐</sup> ผลการศึกษาเชิงประจักษ์ซึ่งจัดทำในปี ค.ศ. ๑๙๙๙ เพื่อสำรวจปัญหาที่ผู้พิพากษาพบเมื่อมีการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญในคดีของเครือรัฐอสเตรเลียระบุว่า ผู้พิพากษาร้อยละ ๓๕ เห็นว่าปัญหาที่ร้ายแรงที่สุด คือ ปัญหาระบบที่มีประสิทธิภาพในการนำเสนอองค์ความรู้ของพยานผู้เชี่ยวชาญที่ไม่ได้เท่าที่ควร ซึ่งอาจเกิดขึ้นในขั้นตอนการถาม และการถามค้านที่ดำเนินการได้ไม่ดีพอ และอาจเกิดขึ้นจากการใช้คำอธิบายหรืออธิบายที่ยากต่อการเข้าใจ<sup>๓๑</sup> ยิ่งไปกว่านั้น หากในคดี มีพยานผู้เชี่ยวชาญจากคู่ความทั้งสองฝ่าย การสืบพยานผู้เชี่ยวชาญที่ต้องผ่านขั้นตอนการถามและการถามค้าน ในศาลย่อมใช้เวลานานกว่าที่จะนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญรายแรกจบ เมื่อมีการทิ้งช่วงไปนานก่อนที่จะกลับมา นำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญรายที่สองจากคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม บริบทของประเด็นเฉพาะทางที่พยานผู้เชี่ยวชาญ รายที่สองเป็นความอาจไม่ได้ต่อเนื่องเชื่อมโยงกับคำเบิกความของพยานผู้เชี่ยวชาญรายแรกแล้วก็เป็นได้<sup>๓๒</sup> ลักษณะกระบวนการคดี เช่นนี้ย่อมสร้างความยุ่งยากแก่ศาลในการชั่งน้ำหนักการรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญ ในคดี

## ๒. นวัตกรรมทางกฎหมาย : ระบบการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วม (Concurrent Experts Evidence)

ตามปัญหาเกี่ยวกับการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น ในปัจจุบันประเทศไทยฯ ได้พัฒนาวิธีพิจารณาคดีว่าด้วยพยานผู้เชี่ยวชาญไปในทิศทางที่ยึดหยุ่นมากขึ้น ทั้งนี้ อาจด้วยเหตุที่ว่า การออกแบบโครงสร้างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีว่าด้วยพยานผู้เชี่ยวชาญตามอิทธิพลจากข้อความคิด ของระบบกล่าวหา หรือข้อความคิดของระบบไต่สวน ซึ่งเห็นได้ชัดว่าการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญตามรูปแบบ ดังเดิมต่างก็มีข้อกพร่อง ส่งผลให้มีการศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการดำเนินกระบวนการคดีว่าด้วย พยานผู้เชี่ยวชาญอย่างหลากหลายมากขึ้นทั้งในแง่ของรูปแบบของการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญและในแง่ ของวิธีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ

ในแง่ของรูปแบบการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญ หลายประเทศเริ่มเปิดรับรูปแบบการตั้ง พยานผู้เชี่ยวชาญโดยไม่ยึดติดกับรูปแบบดั้งเดิมซึ่งเป็นไปตามอิทธิพลของระบบกล่าวหา (ซึ่งมักจะตั้ง ผู้เชี่ยวชาญตามการเสนอขอของคู่ความ) หรือระบบไต่สวน (ซึ่งมักจะตั้งผู้เชี่ยวชาญโดยการเริ่มของศาล) อีกต่อไป ยกตัวอย่างเช่น กรณีของเครือรัฐอสเตรเลียที่ใช้ระบบกล่าวหาในการตรวจสอบหาข้อเท็จจริงแห่งคดี “ได้แก้ไขระเบียบวิธีพิจารณาคดีของตนเพื่อเพิ่มบทบัญญัติให้ศาลมีดุลพินิจในการเลือกแต่ตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญ ตามการเริ่มของศาลได้”<sup>๓๓</sup> หรือกรณีของสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งประกาศตีที่ศาลรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญ ตามการเสนอขอของคู่ความ (une expertise amiable) แม้รูปแบบการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญในลักษณะ ดังกล่าวจะถือเป็นเรื่องใหม่ในประเทศไทยที่ปกติแล้วจะใช้รูปแบบการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญโดยการเริ่มของศาล (une expertise judiciaire)<sup>๓๔</sup> หรือกรณีของสหราชอาณาจักรที่มีการօกระเบียบและแนวปฏิบัติสำหรับ

<sup>๓๐</sup> เพียงว้าง.

<sup>๓๑</sup> Ian Freckleton, Pransuna Reddy & Hugh Selby, *Australian judicial perspective on expert evidence: an empirical study* (Australian Institution of Judicial Administration Incorporated 1999) 37.

<sup>๓๒</sup> Steven Rares (เชิงอรรถ ๒๘).

<sup>๓๓</sup> Federal Court Rule 2011 (Cth) r 23.01 (1).

<sup>๓๔</sup> โปรดดู <https://www.reedsmith.com/en/perspectives/2020/10/the-evidentiary-value-of-party-appointed-expert-reports-under-french-law>.

กระบวนการวิธีพิจารณาคดีแพ่งที่ให้ศาลมีดุลพินิจในการกำหนดให้คู่ความร่วมกันเสนอชื่อพยานผู้เชี่ยวชาญรายเดียว (Single Joint Expert) <sup>๓๕</sup> เป็นต้น

ในแง่ของวิธีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ หนึ่งในความพยายามเกี่ยวกับการออกแบบระบบการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญที่ประสบความสำเร็จ คือ การคิดคันรูปแบบการสืบพยานแบบเบิกความร่วม (Concurrent Expert Evidence หรือที่เรียกว่าย่างไม่เป็นทางการว่า Hot-tubbing Procedure) ที่กำหนดให้พยานผู้เชี่ยวชาญหลาย ๆ รายในคดีเดียวกันนำเสนอข้อมูลของข้อคิดเห็นพร้อมกันในคราวเดียว ซึ่งต่างจากรูปแบบการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเดิมที่กำหนดลำดับขั้นตอนการสืบพยานแต่ละรายแยกกันเป็นรายคนในศาล รูปแบบการสืบพยานแบบเบิกความร่วมดังกล่าวพัฒนาขึ้นในเครือรัฐออสเตรเลียในช่วงคริสต์ทศวรรษ ๑๙๗๐ โดยคณะกรรมการซึ่งขาดด้านการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศไทยออสเตรเลีย (Australia Competition Tribunal)<sup>๓๖</sup> และมีการรับรองให้นำไปใช้กับการพิจารณาคดีอื่น ๆ อย่างเป็นทางการในช่วงคริสต์ทศวรรษ ๒๐๐๐ เมื่อเครือรัฐออสเตรเลียปฏิรูปกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันทั้งประเทศด้วยการประกาศใช้ The Uniform Civil Procedure Rules<sup>๓๗</sup> ต่อมา วิธีการสืบพยานในลักษณะดังกล่าวได้รับความสนใจในระดับสากล จนมีการนำไปใช้กับระบบกระบวนการยุติธรรมของประเทศไทยกลุ่ม Common Law เช่น สหราชอาณาจักร<sup>๓๘</sup> สาธารณรัฐสิงคโปร์<sup>๓๙</sup> และเขตปกครองพิเศษฮ่องกง เป็นต้น ทั้งยังมีการนำไปปรับใช้ในชั้นอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ การพิจารณาไต่สวนขององค์กรกำกับดูแล (Regulatory Board) ตลอดจนองค์กรที่มีอำนาจกิ่งตุลาการต่าง ๆ<sup>๔๐</sup>

### ๒.๑ ขั้นตอนการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วม

กระบวนการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วม คือ กระบวนการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญที่มุ่งเปิดโอกาสให้พยานผู้เชี่ยวชาญสามารถอภิปรายความเห็นของตนและเสวนายกับความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญรายอื่น ๆ โดยตรง (ไม่จำต้องรอตอบโต้ในขั้นตอนการถามค้านตามการพิจารณาคดีในระบบกล่าวหา) เพื่อหาข้อสรุปของปัญหาข้อเท็จจริงร่วมกันระหว่างพยานผู้เชี่ยวชาญในประเด็นต่าง ๆ อันจะเป็นประโยชน์ต่อศาลในการตีกรอบประเด็นพิพาทลงมาให้เหลือเพียงประเด็นที่พยานผู้เชี่ยวชาญไม่อาจหาข้อสรุปร่วมกันได้ ทั้งนี้ แม้จะเป็นกรณีที่พยานผู้เชี่ยวชาญจะให้ความเห็นขัดแย้งกันทั้งหมดศาลก็ยังได้ประโยชน์จากการสืบพยานรูปแบบดังกล่าว เพราะกรณีเป็นการช่วยให้ศาลเห็นถึงความเห็นที่แตกต่างกันจากหลายแห่งมุ่ง ซึ่งความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญที่ผ่านการสืบพยานแบบเบิกความร่วมนั้น เป็นความเห็นที่ถูกต้องโดยย่างเข้มข้นมาแล้วจากการเสวนากลุ่มของพยานผู้เชี่ยวชาญ<sup>๔๑</sup>

<sup>๓๕</sup> โปรดดู [https://www.judiciary.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part35/pd\\_part35#7.1](https://www.judiciary.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part35/pd_part35#7.1).

<sup>๓๖</sup> Gary Edmond, ‘Secrets of the Hot Tub : Expert Witnesses, Concurrent Evidence and Judge-led Law Reform in Australia’ (2018) Civil Justice Quarterly, vol. 27, 51 – 82.

<sup>๓๗</sup> Peter Garling, ‘Reflection on concurrent expert evidence’ (2011) The Journal of the NSW Bar Association, 12-15.

<sup>๓๘</sup> โปรดดู [https://www.judiciary.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part35/pd\\_part35#11.1](https://www.judiciary.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part35/pd_part35#11.1).

<sup>๓๙</sup> โปรดดู <https://www.judiciary.gov.sg/civil/concurrent-expert-evidence-procedure>

<sup>๔๐</sup> โปรดดู <https://steps-centre.org/pathways-methods-vignettes/methods-vignettes-concurrent-evidence/>

<sup>๔๑</sup> Peter McClellan, ‘New Method with experts-Concurrent Evidence’ (2010) 3 J. Ct. Innovation 264 [https://law.pace.edu/school-of-law/sites/pace.edu.school-of-law/files/IJEA/jciMcClellan\\_New%20Methods%20with%20Experts%203-9\\_cropped.pdf](https://law.pace.edu/school-of-law/sites/pace.edu.school-of-law/files/IJEA/jciMcClellan_New%20Methods%20with%20Experts%203-9_cropped.pdf) สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๗ พฤษภาคม ๒๕๖๕.

ขั้นตอนการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วม อาจมีรายละเอียดคล้ายๆ กันกับไปขึ้นอยู่กับแนวทางของศาลแต่ละประเทศ ตัวอย่างเช่น ในรัฐ New South Wales แห่งเครือรัฐออสเตรเลีย การสืบพยานผู้เชี่ยวชาญนั้นอยู่ภายใต้บังคับของ The Uniform Civil Procedure Rules 2005 Part 31 Division 2<sup>๑๖</sup> ประกอบกับ The Supreme Court of New South Wales Practice Note 11 (Joint Conference of Expert Witnesses) ซึ่งขั้นตอนการสืบพยานในรูปแบบดังกล่าวอาจแบ่งออกได้เป็น ๗ ขั้นตอน<sup>๑๗</sup> ตามลำดับดังต่อไปนี้

๑) ระบุประเด็นแห่งคดีที่จำเป็นต้องมีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญเพื่อประกอบการพิจารณาคดี

๒) ให้พยานผู้เชี่ยวชาญแต่ละรายจัดทำรายงานส่วนบุคคล (Individual Expert Report)

๓) จัดให้มีการประชุมระหว่างพยานผู้เชี่ยวชาญแบบไม่จำต้องมีหมายความเข้าร่วมกันได้<sup>๑๘</sup>

เพื่อวางแผนการจัดทำรายงานร่วมของผู้เชี่ยวชาญ (Joint Report) ที่ต้องครอบคลุมเนื้อหาทั้งในประเด็นที่พยานผู้เชี่ยวชาญเห็นตรงกัน และในประเด็นที่ผู้เชี่ยวชาญเห็นต่างกัน พร้อมอธิบายเหตุผลโดยประมาณที่พยานผู้เชี่ยวชาญเห็นต่างกันในประเด็นนั้น ๆ ทั้งนี้ เนื้อหาการประชุมในชั้นนี้อาจยกขั้นกล่าวอ้างในการพิจารณาคดี หากไม่ได้รับความยินยอมจากคู่ความฝ่ายที่ได้รับผลกระทบ<sup>๑๙</sup>

๔) จัดทำรายงานร่วมของพยานผู้เชี่ยวชาญ (Joint Expert Report)

๕) นัดให้พยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความพร้อมกันในศาล

๖) ให้โอกาสพยานผู้เชี่ยวชาญเบิกความอธิบายความเห็นของตนในประเด็นต่าง ๆ และอนุญาตให้พยานผู้เชี่ยวชาญแต่ละคนแสดงทัศนะหรือตั้งคำถามต่อคำเบิกความของพยานผู้เชี่ยวชาญรายอื่น ๆ ได้

๗) ดำเนินกระบวนการค้านพยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งในขั้นนี้คู่ความมักจะตระเตรียมและเสนอหัวข้อประเด็นที่ต้องการค้านต่อศาลก่อนที่จะเริ่มทำการค้าน

สำหรับสหราชอาณาจักรนั้น รูปแบบการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วมถูกนำมาใช้เป็นครั้งแรกเมื่อ Civil Procedure Rules Part 35 และ Practice Direction of CPR Part 35<sup>๒๐</sup> มีผลใช้บังคับโดยอาจกล่าวได้ว่าการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญในระบบศาลของสหราชอาณาจักร

<sup>๑๖</sup> โปรดดู <http://legislation.nsw.gov.au/html/inforce/currents/sl-2005-0418>

<sup>๑๗</sup> Rachel Pepper, ‘Hot-tubbing: The Use of Concurrent Expert Evidence In The Land and Environment Court of New South Wales and Beyond’ 13-15 <[https://lec.nsw.gov.au/documents/speeches-and-papers/PepperJ%20Alaska%20Bar%20Convention%20-%20Hot-tubbing%20or%20Concurrent%20Evidence%20paper\(Final\)%20140515.pdf](https://lec.nsw.gov.au/documents/speeches-and-papers/PepperJ%20Alaska%20Bar%20Convention%20-%20Hot-tubbing%20or%20Concurrent%20Evidence%20paper(Final)%20140515.pdf)> สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๙ พฤษภาคม ๒๕๖๔.

<sup>๑๘</sup> Rules 31.24 (2) of the Uniform Civil Procedure Rules 2005

‘The court may direct that the conference be held—(a) with or without the attendance of the party affected or their legal representative...’

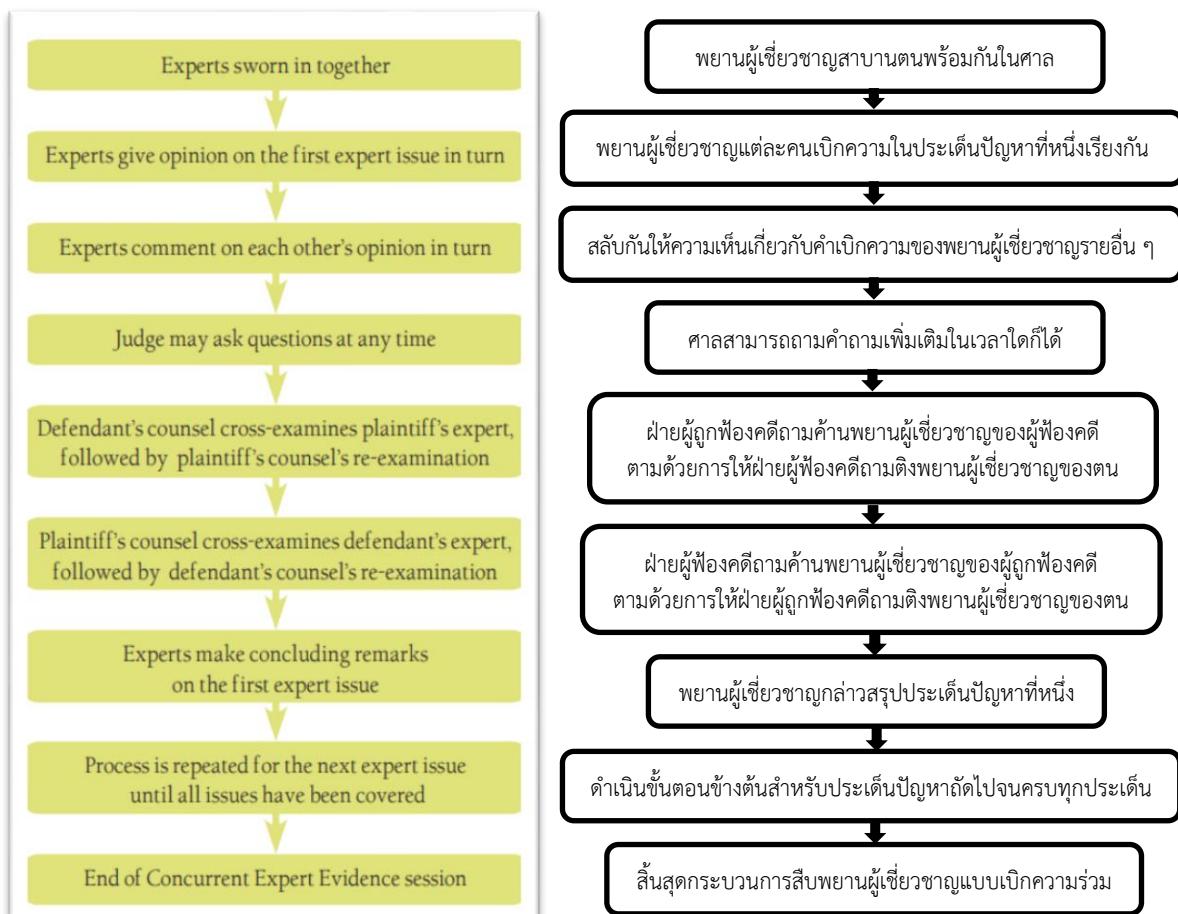
<sup>๑๙</sup> Rules 31.24 (5) of the Uniform Civil Procedure Rules 2005

‘Unless the parties affected agree, the content of the conference between the expert witnesses must not be referred to at any hearing.’

<sup>๒๐</sup> โปรดดู [http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part35/pd\\_part35#11.1](http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part35/pd_part35#11.1)

ได้รับอิทธิพลจากพัฒนาการทางกฎหมายของเครือรัฐอสเตรเลีย<sup>๔๗</sup> ส่งผลให้ขั้นตอนและรายละเอียดของการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วมของศาลในสหราชอาณาจักรมีความคล้ายคลึงกับขั้นตอนที่ใช้อยู่ในเครือรัฐอสเตรเลีย

ในส่วนของประเทศไทยรัฐสิงคโปร์ ศาลชั้นต้น (State Courts or Subordinate Courts) ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้นำการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วมมาใช้เข่นกัน โดยเผยแพร่รายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการดังกล่าวไว้ที่หน้าเว็บไซต์ของศาล<sup>๔๘</sup> ซึ่งสามารถสรุปขั้นตอนการสืบพยานแบบเบิกความร่วมอ กมาเป็นแผนผังได้ดังนี้<sup>๔๙</sup>



<sup>๔๗</sup> Peter Jackson, Lord Justice of Court of Appeal, ‘Concurrent Expert Evidence – a gift from Australia’ (The London Conference of Commercial Bar Association of Victoria, 29 June 2026) <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/06/lj-jackson-concurrent-expert-evidence.pdf>>

<sup>๔๘</sup> โปรดดู <https://www.judiciary.gov.sg/civil/concurrent-expert-evidence-procedure>

<sup>๔๙</sup> โปรดดู [https://www.judiciary.gov.sg/docs/default-source/civil-docs/concurrent\\_expert\\_evidence.pdf](https://www.judiciary.gov.sg/docs/default-source/civil-docs/concurrent_expert_evidence.pdf)

## ๒.๒ ประโยชน์ที่ได้จากการใช้วิธีสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วม

ตามที่ได้กล่าวไปในขั้นตอนว่าวิธีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วมถูกคิดค้นขึ้นในเครือรัฐออสเตรเลีย ประโยชน์ของการใช้รูปแบบการสืบพยานดังกล่าวปรากฏอย่างชัดเจนในคดี *Coonawarra Penola Wine Industry Assoc Inc v Geographical Indications Committee [2001] AATA 884* ซึ่งเป็นคดีพิพาทที่ผู้ผลิตไวน์ฟ้องต่อคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ทางปกครอง (The Administrative Appeals Tribunal) จากเหตุที่คณะกรรมการสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ปฏิเสธคำขออนุญาตใช้สถานะ “สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์” (Geographical Indication) กับไวน์ของตนที่ผลิตในเขตพื้นที่ทางใต้ของเครือรัฐออสเตรเลียที่เรียกว่า “Coonawarra” ซึ่งมีชื่อเสียงเรื่องการเพาะปลูกองุ่นเพื่อผลิตไวน์ ในคดีดังกล่าว คณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ทางปกครองคิดว่าต้องใช้เวลาประมาณหกเดือนในการพิจารณาคดีนั้น ระยะเวลาพิจารณาคดีกลับลดลงเหลือเพียงห้าสปดาห์เท่านั้น เมื่อมีการนำวิธีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วมมาใช้ในคดี<sup>๕๐</sup> ด้วยเหตุนี้ จึงกล่าวได้ว่าวิธีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วม มีจุดแข็งที่สำคัญ คือ ช่วยลดระยะเวลาการพิจารณาคดีได้ เมื่อเทียบกับการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบดั้งเดิม ที่ใช้ในเครือรัฐออสเตรเลีย

ในส่วนของสหราชอาณาจักรนั้นพบว่า มีการนำวิธีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วมไปปรับใช้ในคดีหมายเลขแพทช์กัน โดยหนึ่งในคดีสำคัญที่มีการนำวิธีการสืบพยานในรูปแบบข้างต้นไปใช้ คือ คดี *Streetmap.EU Ltd v Google Inc., Google Ireland Limited and Google UK Limited [2016] EWHC 253 (Ch)* ซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า ในคดีดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติอังกฤษที่ให้บริการเว็บไซต์แผนที่ออนไลน์ที่เรียกว่า “Streetmap” กล่าวหาว่า บริษัท Google ซึ่งเป็นผู้ผลิตเครื่องมือค้นหาหรือ “Search Engine” ที่แพร่หลายที่สุดในอินเทอร์เน็ตได้จัดวางเครื่องมือแผนที่ออนไลน์ของบริษัทตนเองที่เรียกว่า “Google Map” ไว้เป็นตัวเลือกแนะนำสำหรับการค้นหา ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องบริษัท Google ในความผิดฐานมีพฤติกรรมที่ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบ (Abuse of Dominant Position) อันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าของทั้งสหราชอาณาจักรและสหภาพยุโรป การสืบพยานผู้เชี่ยวชาญในคดีนี้ใช้พยานผู้เชี่ยวชาญด้านเศรษฐศาสตร์สองราย ซึ่งเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญจากฝ่ายผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีมาเบิกความร่วมกัน<sup>๕๑</sup> ซึ่งผู้พิพากษาได้ให้ความเห็นไว้ว่า หากใช้วิธีการสืบพยานแบบดั้งเดิมอาจต้องใช้เวลาถึงสองวันในการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ แต่คดีนี้กลับใช้เวลาเพียงหนึ่งวัน<sup>๕๒</sup> และแม้พยานผู้เชี่ยวชาญจะยังมีประเด็นที่ต้องการสอบถามในบางส่วน แต่กระบวนการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วม ก็นำไปสู่การแลกเปลี่ยนความเห็นกันอย่างสร้างสรรค์ (Constructive Exchange) และทำให้พยานผู้เชี่ยวชาญตกลงได้และเห็นตรงกันในบางส่วน<sup>๕๓</sup>

<sup>๕๐</sup> Garry Downes, ‘Problem with expert evidence – are single or court-appointed experts the answer?’ (2006) 15.4 Journal of Judicial Administration 187-188.

<sup>๕๑</sup> Civil Justice Council’s Civil Litigation Review Working Group, ‘Concurrent Expert Evidence and ‘Hot-tubbing’ In English Litigation Since the ‘Jackson Reforms : A Legal and Empirical Study’ (Submitted to Civil Justice Council 2016) 42.

<sup>๕๒</sup> เพิ่งอ้าง ๔๔.

<sup>๕๓</sup> เพิ่งอ้าง ๔๕.

กล่าวโดยสรุป ข้อดีของการใช้วิธีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วมอาจสรุปอ กมาได้ ๕ ประการ ๕ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง วิธีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญในรูปแบบดังกล่าวช่วยลดระยะเวลาในการสืบพยาน ประการที่สอง วิธีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญในรูปแบบดังกล่าวช่วยให้ศาลมองเห็นประเด็นพิพาทได้ชัดเจนยิ่งขึ้น เนื่องจากการสืบพยานในลักษณะดังกล่าวจะช่วยตัดประเด็นที่พยานผู้เชี่ยวชาญเห็นตรงกันออก โดยเหลือไว้เพียงประเด็นที่พยานผู้เชี่ยวชาญเห็นต่างกันและพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องหรือส่งผลต่อการตีความที่ต่างกันของพยานผู้เชี่ยวชาญก็จะถูกนำมารถกเดียงกันอย่างเป็นระบบโดยศาลจะได้รับฟังเหตุผลกระบวนการคิดของพยานผู้เชี่ยวชาญแต่ละรายในเรื่องดังกล่าว ประการที่สาม วิธีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญในรูปแบบดังกล่าวช่วยลดความเสี่ยงที่พยานผู้เชี่ยวชาญจะเบิกความแบบมุ่งให้ผู้ฟัง สับสน (Obfuscate) เนื่องจากในรูปแบบการสืบพยานที่พยานผู้เชี่ยวชาญแซมหน้ากัน ผู้เชี่ยวชาญรายอื่นย่อมพร้อมที่จะเปิดโปงผู้เชี่ยวชาญรายที่เบิกความผิดเพี้ยนไปจากหลักวิชาได้ทันที ประการที่สี่ วิธีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญในรูปแบบดังกล่าวจะช่วยให้ศาลมีความคุ้มครองในการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญได้ดีขึ้น เพราะศาลเป็นผู้ควบคุมการนำเสนอแลกเปลี่ยนความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญเอง และลดบทบาทของทนายความในการถามนำ ประการที่ห้า วิธีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญในรูปแบบดังกล่าวช่วยเปิดโอกาสให้พยานผู้เชี่ยวชาญสามารถให้ความเห็นของตนต่อประเด็นต่าง ๆ ด้วยคำพูดของตัวเองอย่างเป็นอิสระยิ่งขึ้น

### ๓. การปรับใช้ระบบการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วมในการพิจารณาคดีปกครองของไทย

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ประกอบกับระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ กำหนดให้ศาลปกครองนำระบบໄต่สวนมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลจึงมีบทบาทและอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อพิจารณาและวินิจฉัยซึ่งขาดประเด็นแห่งคดีในส่วนของการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญเพื่อประกอบการพิจารณาคดีนั้น บทบัญญัติมาตรา ๕๕ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ให้อำนาจศาลในการดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงจากพยานผู้เชี่ยวชาญ โดยบัญญัติไว้ว่า “ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลปกครอง อาจตรวจสอบและแสวงหาข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสม ในกรณี ศาลปกครองจะรับฟังพยานบุคคลพยานเอกสาร พยานผู้เชี่ยวชาญ หรือพยานหลักฐานอื่นนอกเหนือจากพยานหลักฐานของคู่กรณีได้ตามที่เห็นสมควร” โดยการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงจากพยานผู้เชี่ยวชาญนั้นต้องพิจารณาข้อ ๕๕ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ ที่กำหนดไว้ว่า “เมื่อศาลเห็นสมควรหรือคู่กรณีมีคำขอ ศาลอาจมีคำสั่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญเพื่อศึกษาตรวจสอบ หรือวิเคราะห์ในเรื่องใด ๆ เกี่ยวกับคดี อันมิใช่เป็นการวินิจฉัยข้อกฎหมาย แล้วให้ทำรายงานหรือให้ถ้อยคำต่อศาลได้ โดยรายงานหรือบันทึกการให้ถ้อยคำของพยานผู้เชี่ยวชาญ ให้ส่งสำเนาให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเพื่อทำข้อสังเกตเสนอต่อศาลภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด และศาลอาจมีคำสั่งให้พยานผู้เชี่ยวชาญมาให้ถ้อยคำต่อศาลประกอบรายงานของตนได้ โดยศาลต้องแจ้งกำหนดการให้ถ้อยคำของพยานผู้เชี่ยวชาญให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องทราบล่วงหน้าเพื่อเปิดโอกาสให้คู่กรณีคัดค้านหรือขึ้นงข้อเท็จจริงได้” นอกจากนี้ในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ตุลาการเจ้าของสำนวนสามารถพิจารณาข้อ ๖ วรรคสอง ของคำแนะนำของประธานศาลปกครองสูงสุดในการดำเนินคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เพื่อเป็นแนวทาง

ในการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญในคดีได้ โดยข้อ ๖ วรรคสอง ของคำแนะนำของประธานศาลปกครองสูงสุด ในการดำเนิน คดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม กำหนดว่า “การพิจารณาตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญ ศาลพึงคำนึงถึง ความเป็นกลาง ความรู้ ประสบการณ์ และประวัติการทำงานของพยานผู้เชี่ยวชาญ ความเป็นที่ยอมรับ ของหลักการและทฤษฎีที่พยานผู้เชี่ยวชาญเสนอ รวมทั้งประโยชน์ส่วนได้เสียของพยานผู้เชี่ยวชาญดังกล่าว” ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าหลักการที่ปรากฏในคำแนะนำของประธานศาลปกครองสูงสุดในการดำเนินคดีปกครอง เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมในเรื่องดังกล่าวมีลักษณะเป็นการวางแผนข้อพิจารณาที่เป็นการทั่วไป ศาลปกครอง จึงสามารถปรับใช้หลักการดังกล่าวเพื่อเป็นแนวทางในการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญในคดีอื่น ๆ ได้เช่นกัน

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๗ และระเบียบที่เกี่ยวข้องแล้วย่อมเห็นได้ว่า ด้วยอำนาจตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ การนำวิธีสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วมมาปรับใช้ ในศาลปกครองย่อมไม่ขัดต่อระเบียบที่มีอยู่แต่อย่างใด เนื่องจากอำนาจตามข้อ ๕๕ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ ครอบคลุมการดำเนินการ ตามขั้นตอนการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วมตามที่ได้อธิบายไว้ข้างต้นนี้ กล่าวคือ เมื่อตุลาการ เจ้าของสำนวนเรียกให้พยานผู้เชี่ยวชาญจัดทำรายงาน (Expert Report) เพื่อกำหนดว่าประเด็นทางเทคนิคใดบ้าง ที่พยานผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นตรงกันหรือต่างกัน ในขั้นตอนต่อไป ตุลาการเจ้าของสำนวนก็สามารถใช้อำนาจ เรียกได้ส่วนพยานผู้เชี่ยวชาญทุกรายพร้อมกันในคราวเดียวได้ เพื่อให้พยานผู้เชี่ยวชาญได้ชี้แจงถูกเลียง ให้กระจงว่าความเห็นที่แตกต่างกันระหว่างผู้เชี่ยวชาญแต่ละรายนั้นเกิดขึ้นจากการอ้างอิงพยานหลักฐาน ขึ้นได้หรือเกิดจากการตีความทฤษฎีใด โดยให้พยานผู้เชี่ยวชาญให้ถ้อยคำพร้อมกันแบบไปเรียงประเด็นพิพาท ทีละประเด็นเพื่อให้ง่ายต่อการพิจารณา ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าบทบัญญัติดังกล่าวเปิดช่องให้ตุลาการเจ้าของสำนวน มีดุลพินิจในการเลือกใช้วิธีการแสดงหัวข้อเท็จจริงผ่านเอกสารรายงานที่พยานผู้เชี่ยวชาญจัดทำขึ้นโดยไม่เรียกพยานผู้เชี่ยวชาญ มาไต่สวน หรือใช้วิธีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วมหรือรูปแบบอื่นใด

อนึ่ง ศาลปกครองได้ใช้อำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าวแล้วในคดีที่มีลักษณะเป็นข้อพิพาท ที่อิงข้อเท็จจริงในสาขาเฉพาะทาง ยกตัวอย่างเช่น คดีพิพาทด้านโรคਮนาคม<sup>๕๕</sup> คดีพิพาทด้านการก่อสร้าง งานโยธา<sup>๕๖</sup> คดีพิพาทด้านสิ่งแวดล้อม<sup>๕๗</sup> คดีพิพาทด้านสุขอนามัย<sup>๕๘</sup> และคดีพิพาทด้านที่ดิน<sup>๕๙</sup> เป็นต้น แต่เมื่อพิจารณาข้อมูลสิทธิ์เกี่ยวกับคดีที่มีการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญแล้วจะพบว่าศาลปกครองมักตั้งพยาน ผู้เชี่ยวชาญในลักษณะดังเดิม กล่าวคือ ศาลจะเป็นผู้เลือกพยานผู้เชี่ยวชาญ (ซึ่งมักจะเป็นบุคลากรของ หน่วยงานทางปกครอง) และแสดงหัวข้อเท็จจริงจากพยานผู้เชี่ยวชาญรายดังกล่าวผ่านรายงานซึ่งพยาน ผู้เชี่ยวชาญจัดทำเพื่อชี้แจงต่อศาล โดยไม่ปรากฏว่ามีการใช้วิธีแสดงหัวข้อเท็จจริงด้วยการตั้งพยาน

<sup>๕๕</sup> ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๐๗/๒๕๖๔

<sup>๕๖</sup> ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๗๖/๒๕๕๗

<sup>๕๗</sup> ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๗๓๐-๗๔๘/๒๕๕๗

<sup>๕๘</sup> ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๑๔๙/๒๕๕๘

<sup>๕๙</sup> ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลปกครองอุดรธานี คดีหมายเลขแดงที่ ๗๙/๒๕๕๘

ผู้เชี่ยวชาญจากหลายฝ่ายเพื่อมาประชุมร่วมกันก่อนการจัดทำรายงานร่วมของพยานผู้เชี่ยวชาญ (Joint Expert Report) หรือใช้วิธีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วมแต่อย่างใด<sup>๖๐</sup>

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การที่ศาลปกครองจะใช้ดุลพินิจเลือกใช้วิธีการแสวงหาข้อเท็จจริง แห่งคดีในลักษณะใดนั้นต้องคำนึงถึงการตอบสนองต่อความซับซ้อนและลักษณะเฉพาะของคดีในศาสตร์ต่าง ๆ เป็นสำคัญ ดังนั้น แนวทางที่ศาลปกครองเคยใช้เพื่อการแสวงหาข้อเท็จจริงจากพยานผู้เชี่ยวชาญอาจไม่เพียงพอ ต่อการอำนวยความสะดวกยุติธรรมในคดีพิพาทที่มีความซับซ้อนมากขึ้น โดยเฉพาะในด้านการกำกับดูแล การแข่งขันทางการค้า เช่น คดีที่ฟ้องขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในเชิงเนื้อหาของคำสั่งอนุญาตให้ควบรวมกิจการ<sup>๖๑</sup> โดยในปัจจุบันองค์กรและประเทศต่าง ๆ ให้ความสนใจในการพัฒนารูปแบบการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญด้านเศรษฐศาสตร์ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นสำหรับการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า<sup>๖๒</sup> และรายงานหรือข้อแนะนำระดับนานาชาติหลายฉบับได้ยกยอแบบการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วมขึ้นมาเป็นต้นแบบของการพัฒนาระบวนพิจารณาคดีว่าด้วยพยานผู้เชี่ยวชาญ<sup>๖๓</sup>

นอกจากนี้ ผู้เขียนเชื่อว่าการปรับใช้วิธีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วม ในคดีปกครองจะเป็นประโยชน์ต่อศาลปกครองโดยไม่จำกัดเพียงคดีพิพาทเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าเท่านั้น เนื่องจากวิธีการสืบพยานในลักษณะดังกล่าวเป็นผลลัพธ์ของการทดลองลึกจากปัญหาที่ปรากฏในกระบวนการแสวงหาข้อเท็จจริงจากพยานผู้เชี่ยวชาญ จนเกิดเป็นวิธีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญที่มุ่งแก้ปัญหาทั้งในประเด็นเรื่องประสิทธิภาพการให้ถ้อยคำของพยานผู้เชี่ยวชาญและในประเด็นเรื่องความเป็นกลางของพยานผู้เชี่ยวชาญ กล่าวคือ แม้ศาลปกครองจะใช้ระบบไต่สวนอันทำให้ไม่พบอุปสรรคในการต้องนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญด้วยการถามค้าน ซึ่งมักส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพการนำเสนอข้อมูลจากพยานผู้เชี่ยวชาญแต่หากมีการปรับใช้วิธีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแบบเบิกความร่วมในการพิจารณาคดีปกครอง การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลปกครองก็สามารถพัฒนาขึ้นได้ เพราะวิธีการดังกล่าวจะช่วยให้ตุลาการเจ้าของสำนวนกำหนดประเด็นพิพาทในทางข้อเท็จจริงเชิงเทคนิคได้ง่ายขึ้น อีกทั้งยังช่วยลดปัญหารืออกติดที่แฝงอยู่ในความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญได้ เนื่องจากพยานผู้เชี่ยวชาญจากหลายฝ่ายย่อมติตรวจสอบความถูกต้องของความเห็นของฝ่ายตรงข้ามระหว่างที่เบิกความ หรือตุลาการเจ้าของสำนวนอาจใช้ดุลพินิจตั้งผู้เชี่ยวชาญตามที่ศาลเห็นสมควรเพื่อให้เบิกความร่วมกับพยานผู้เชี่ยวชาญตามการเสนอชื่อของคู่กรณี เพื่อให้ง่ายต่อการซึ่งน้ำหนักการรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญก็ได้

<sup>๖๐</sup> โปรดดู ขันดรันด์ สาระนันท์, คู่มือการปฏิบัติงานกรณีศาลปกครองมีคำสั่งแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญของศาลปกครอง (ฉบับปรับปรุงพฤษภาคม ๒๕๖๔) (สำนักงานศาลปกครองนគสวารค์ ๒๕๖๔).

<sup>๖๑</sup> โปรดดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๗๖๙/๒๕๖๕ ซึ่งเป็นคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ที่ ๘๓/๒๕๖๓ ที่มีมติอนุญาตให้ควบรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ซี.พี.เรทල ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัด.

<sup>๖๒</sup> Claus-Dieter Ehlermann, Mel Marquis, European Competition Law Annual 2009 : The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Case [https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/18457/Marquis\\_2011\\_RulesThatGovernRules.pdf?isAllowed=y&sequence=1](https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/18457/Marquis_2011_RulesThatGovernRules.pdf?isAllowed=y&sequence=1) สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๐ ธันวาคม ๒๕๖๕.

<sup>๖๓</sup> OECD, Competition Primer for ASEAN Judges <<https://www.asean-competition.org/read-publication-competition-primers-for-asean-judges>> สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๐ ธันวาคม ๒๕๖๕.

## บทสรุป

ในปัจจุบัน ศالمีแนวโน้มที่ต้องพิจารณาคดีที่ยึดโยงองค์ความรู้ทางเทคนิคหรือศาสตร์เฉพาะทาง เพิ่มขึ้นตามการพัฒนาของเศรษฐกิจ สังคม และเทคโนโลยี เช่นนี้ การพัฒนาระบบการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ ให้ตอบสนองต่อความซับซ้อนของคดีพิพาทจึงเป็นเรื่องที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อกระบวนการพิจารณาคดี ของศาล เพราะการวินิจฉัยซึ่งขัดตัดสินคดีได้อย่างตรงตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ เกิดความเชื่อมั่นต่อองค์กรตุลาการ จากการศึกษาถึงปัญหาที่ปรากฏในการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญทั้งในลักษณะ ของพยานผู้เชี่ยวชาญที่ตั้งขึ้นตามการเสนอขอโดยคู่ความและในลักษณะที่ตั้งขึ้นตามการริเริ่มของศาล พพบว่าปัญหาหลักที่พบในการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญ คือ ปัญหารeligion ความเป็นกลางของพยานผู้เชี่ยวชาญ และปัญหาเรื่องของประสิทธิภาพในการนำเสนอสืบและการถ่ายทอดความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญในศาล โดยศาลของประเทศไทยต่าง ๆ ได้มีการสำรวจและศึกษาวิเคราะห์ปัญหาที่พบในระบบกระบวนการพิจารณาคดี ของตนก่อนจะปฏิรูประบบการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญให้รวดเร็ว ตรงประเด็น และตอบสนองต่อการนำไปใช้พิจารณา เพื่อประกอบการวินิจฉัยคดีมากขึ้น อันจะเห็นได้จากผลผลิตจากประเทศเครือรัฐอสเตรเลียที่มีการพัฒนา วิธีการสืบพยานแบบเบิกความร่วมขึ้นมาเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว ในกรณีของศาลปกครองของประเทศไทย หากศาลปกครองเล็งเห็นความสำคัญและต้องการปรับปรุงพัฒนาวิธีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญให้มีประสิทธิภาพ ยิ่งขึ้น ศาลปกครองสามารถปรับใช้วิธีการสืบพยานแบบเบิกความร่วมในการพิจารณาคดีได้โดยอาศัยอำนาจ ตามข้อ ๔๕ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๗ จึงเป็นที่น่าสนใจว่า เมื่อคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองมีความซับซ้อน มากขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ รูปแบบการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญในคดีปกครองของประเทศไทยนั้นจะมีการพัฒนา เพื่อให้ตอบสนองต่อความซับซ้อนของคดีหรือไม่ อย่างไร ในอนาคต

---

## คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางในระบบกฎหมายไทย\*

นิติกร ชัยวิเศษ\*\*

### ๑. ข้อความเบื้องต้น

คำสั่งทางปกครองเป็นหนึ่งในเครื่องมือของฝ่ายปกครองที่มีความสำคัญในการดำเนินกิจการทางปกครองของฝ่ายปกครอง ที่ทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นนามธรรมได้รับการปรับบทและนำมาบังคับใช้กับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีและเฉพาะราย และในมุมมองของผู้รับคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครอง ยังมีความสำคัญต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่อาจได้รับสิทธิหรือได้รับภาระจากคำสั่งทางปกครอง นอกเหนือนี้ คำสั่งทางปกครองยังมีความสำคัญในการควบคุมการกระทำการของฝ่ายปกครอง เนื่องจากเป็นวัตถุที่ทากอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองได้ การพิจารณาและจัดให้การกระทำใดของฝ่ายปกครองเป็นคำสั่งทางปกครองจึงมีความสำคัญยิ่งต่อการคุ้มครองสิทธิของประชาชน

โดยทั่วไปแล้ว คำสั่งทางปกครองจะมีผลต่อบุคคลเฉพาะรายและเฉพาะกรณี กล่าวคือ จะมีผลต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แม้ว่าในคำสั่งนั้นจะกล่าวถึงบุคคลหลายคนก็ตาม แต่ผลทางกฎหมายจะเกิดขึ้นกับบุคคลนั้นโดยไม่เกี่ยวโยงกับบุคคลอื่น เช่น การอนุมัติปริญญาบัตรให้นักศึกษาในรุ่นเดียวกัน หรือคำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการหลายรายในคราวเดียว กัน ซึ่งมีผลต่อบุคคลแต่ละรายแยกออกจากกัน การโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งถังกล่าวก็ต้องกระทำโดยแยกออกจากกัน อย่างไรก็ได้ มีคำสั่งทางปกครองอีกประเภทหนึ่งที่เรียกว่า คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางหรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลต่อบุคคลที่สาม คำสั่งทางปกครองประเภทนี้มีบุคคลผู้รับคำสั่งหลายคน แต่ผู้รับคำสั่งแต่ละคนจะได้รับผลของคำสั่งแตกต่างกัน โดยบุคคลหนึ่งจะได้รับประโยชน์จากการออกคำสั่งนั้น จะต้องพิจารณาจากบุคคลที่ได้รับประโยชน์ จำกัดเดียว กัน และข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุแห่งการออกคำสั่งนั้นจะต้องพิจารณาจากบุคคลที่ได้รับประโยชน์และบุคคลที่ได้รับภาระในลักษณะที่เกี่ยวโยงกัน ซึ่งมีความน่าสนใจในทางกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองว่ามีวิธีการในการจัดการกับนิติสัมพันธ์ในลักษณะสามเส้านี้อย่างไร และกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยมีเครื่องมือเพียงพอหรือไม่ในการอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่คู่กรณีในคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางนี้

### ๒. ข้อความคิดว่าด้วยคำสั่งทางปกครอง

#### ๒.๑ ความหมายของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองถือเป็นรูปแบบการกระทำการของฝ่ายปกครองที่มีความเก่าแก่ ซึ่งเป็นเครื่องมือที่ฝ่ายปกครองใช้ในการสั่งให้กระทำการ สั่งห้ามกระทำการ สั่งอนุญาต สั่งอนุมัติให้ หรือสั่งปฏิเสธ ที่เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์หรือมีผลยืนยันข้อเท็จจริง โดยจะเห็นได้ว่า การสั่งการในรูปแบบของคำสั่งทางปกครองนี้

\* เพยแพร์ครั้งแรกในอินทรานีตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนธันวาคม ๒๕๖๓

\*\* เจ้าหน้าที่ศาลปกครองชำนาญการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน ๒ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้อำนาจหนีอฝ่ายเดียวและบังคับการได้เอง ต่างจากเอกชนที่จะต้องร้องต่อศาลเสียก่อน จึงจะบังคับตามสิทธิของตนได้<sup>๑</sup>

ในระบบกฎหมายไทย คำสั่งทางปกครองได้ถูกนิยามไว้ในมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ โดยคำสั่งทางปกครอง หมายถึง การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปเลี่ยนแปลง โอน สงวน ระบับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการภาครหือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึง การออกกฎหมาย

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าคำสั่งทางปกครองมีองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญ ๕ ประการ ดังนี้<sup>๒</sup>

ประการแรก คำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเจ้าหน้าที่ ในความหมายของมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการ อย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐ หรือไม่เกิดตาม ซึ่งตามคำนิยามดังกล่าว เจ้าหน้าที่อาจเป็นข้าราชการ บุคลากรของรัฐวิสาหกิจ รวมถึงเอกชน ก็อาจเป็นเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครองได้ ถ้าหากได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐ

ประการที่สอง คำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง การจะจัดให้ การกระทำได้เป็นคำสั่งทางปกครอง นอกจากจะต้องพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจมหาชน ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนแล้ว ยังจะต้องพิจารณาว่าเป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือไม่อีกด้วย ซึ่งการใช้อำนาจจะต้องมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจหนีอ เป็นการกำหนดกฎหมายที่ฝ่ายเดียวโดยฝ่ายปกครอง ซึ่งทำให้พิจารณาได้ว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ที่เป็นการกระทำในขอบเขตของกฎหมายเอกชน การเข้าทำสัญญา กับเอกชน ย่อมไม่ใช่การใช้อำนาจทางปกครอง จึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง<sup>๓</sup> นอกจากนี้ แม้การกระทำ บางประการของเจ้าหน้าที่จะเป็นการใช้อำนาจหนีอ แต่ก็อาจจะไม่ใช่การใช้อำนาจทางปกครองก็ได้ เช่น การใช้อำนาจทางตุลาการ การใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ หรือการกระทำทางการเมืองของรัฐบาล การกระทำเหล่านี้ แม้จะเป็นการใช้อำนาจหนีอ แต่ก็มิใช่การใช้อำนาจทางปกครองอันจะจัดให้เป็นคำสั่ง ทางปกครองได้

ประการที่สาม คำสั่งทางปกครองต้องมีความมุ่งหมายในการกำหนดกฎหมายที่ ก่อตั้ง หรือเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ ความมุ่งหมายในการกำหนดกฎหมายที่ก่อตั้ง หรือเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ คือ มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย มิใชem>มุ่งต่อผลในทางข้อเท็จจริง เช่น การที่เจ้าหน้าที่สั่งให้บุคคลรื้ออาคาร ที่ก่อสร้างโดยผิดกฎหมาย ย่อมเป็นการกำหนดกฎหมายที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายเพื่อก่อตั้งนิติสัมพันธ์

<sup>๑</sup> Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 13. Auflage, (München : C.H. Beck, 2017), § 45, Rn. 2 – 3.

<sup>๒</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง : ภาคที่ว้าปี, พิมพ์ครั้งที่ ๑, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, ๒๕๕๔), น. ๑๒๘ – ๑๓๘.

<sup>๓</sup> Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, (München : C.H. Beck, 2011), § 9, Rn. 12.

อันก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลผู้รับคำสั่ง ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครอง ส่วนการที่เจ้าหน้าที่เข้ารือถอนอาคารนั้นเอง เมื่อผู้รับคำสั่งไม่ปฏิบัติตาม เป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางข้อเท็จจริง คือ มุ่งต่อการที่อาคารนั้นถูกรื้อถอน นอกจากนี้ การกระทำที่เป็นการตระเตรียมการ แม้จะมีผลทางกฎหมายอยู่เบื้องต้น แต่หากยังไม่ถึงขั้นก่อตั้ง หรือเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์อันเป็นความมุ่งหมายในชั้นสุดท้ายแล้ว ยังถือไม่ได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง<sup>๙</sup>

ประการที่สี่ คำสั่งทางปกครองจะต้องมีผลเฉพาะกรณี ตามนิยามคำสั่งทางปกครอง ข้างต้นไม่รวมถึงการออกกฎหมาย ซึ่งกฎหมายดำเนินมาตรา ๕ ดังกล่าว หมายถึง บทบัญญัติที่มีผลบังคับ เป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ในเมื่อคำสั่งทางปกครอง ไม่รวมถึงกฎหมายที่มีผลใช้บังคับทั่วไป ย่อมเข้าใจได้ว่าคำสั่งทางปกครองจะต้องมีผลเฉพาะกรณี ทำให้สามารถแยกแยะระหว่างกฎหมายและคำสั่งทางปกครองออกจากกันได้อย่างชัดเจน

ประการที่ห้า คำสั่งทางปกครองต้องมีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง เนื่องจากคำสั่งทางปกครองแตกต่างจากคำสั่งภายในฝ่ายปกครองธรรมดा คำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งที่มีผลก่อตั้ง หรือเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์อันเกี่ยวข้องกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล คำสั่งภายในฝ่ายปกครองที่สั่งระหว่างเจ้าหน้าที่ด้วยกันเองโดยทั่วไปย่อมไม่กระทบสิทธิหรือหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ด้วยกันเอง จึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง เนื่องจากไม่มีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง เช่น ผู้บังคับบัญชาสั่งการไปยังผู้ใต้บังคับบัญชาไปปฏิบัติการงานอย่างหนึ่งอย่างใดอันอยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ของตน เช่น การสั่งให้ร่างหนังสือ การสั่งให้ทำความสะอาด เห็นการสั่งให้ทำงานผล หรือสั่งให้ออกคำสั่งทางปกครอง กรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า มิได้กระทบสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชาอันเป็นการก่อตั้งหรือเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์แต่อย่างใด เพราะเป็นหน้าที่ราชการที่ผู้ใต้บังคับบัญชาจะต้องปฏิบัติอยู่แล้ว แต่หากผู้บังคับบัญชาสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาออกจากราชการ ย่อมจะเห็นได้ว่าคำสั่งดังกล่าวกระทบสิทธิของผู้ใต้บังคับบัญชาแล้ว เนื่องจากเป็นการระงับนิติสัมพันธ์ที่ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยระบอบข้าราชการพลเรือน ทำให้ผู้นั้นไม่มีสถานะเป็นข้าราชการ ไม่ได้รับเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่ง คำสั่งได้ออกจากราชการนี้ย่อมเป็นคำสั่งที่มีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง และเป็นคำสั่งทางปกครอง

จากการแยกแยะองค์ประกอบดังกล่าว จะเห็นได้ว่า คำสั่งทางปกครองมีภารกิจนอกเหนือไปจากการเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองอีก ๔ ประการ คือ<sup>๑๐</sup>

ประการแรก ภารกิจในการปรับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรม ให้มีผลบังคับในทางรูปธรรม กล่าวคือ คำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำที่มีผลเฉพาะกรณีและเฉพาะราย ซึ่งก่อนที่เจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งทางปกครองเพื่อใช้บังคับแก่กรณีได้ เจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริง และข้อกฎหมาย และปรับบทกฎหมายว่าใช้บังคับกรณีนี้ได้หรือไม่ เช่น การตีความคำว่า “สภาพอันไม่เหมาะสมสมหรือไม่ปลอดภัย” ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร หรือการตีความคำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ตามกฎหมายว่าด้วยสถานบริการ ซึ่งการตีความและออกคำสั่งของเจ้าหน้าที่จะทำให้บทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรมและไม่ชัดเจน เกิดความชัดเจน และแนนอนมากขึ้น

<sup>๙</sup> Ibid, § 9, Rn. 6 – 9.

<sup>๑๐</sup> วรเจตน์ ภาครัตน์, กฎหมายปกครอง : ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๑, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, ๒๕๕๔), น. ๑๗๒ – ๑๗๔ ; Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, (München : C.H. Beck, 2011), § 9, Rn. 37 – 39.

ประการที่สอง การกิจในการพิจารณาทางปกครองหรือกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง กระบวนการค้นหาข้อเท็จจริงต่าง ๆ ใน การพิจารณาทางปกครองย่อมจะต้องเป็นไปเพื่อการออกคำสั่งทางปกครองอันเป็นจุดหมายปลายทางของกระบวนการพิจารณา เมื่อมีคำสั่งทางปกครองออกมาแล้ว การพิจารณาทางปกครองเรื่องนั้นจะต้องยุติลง

ประการที่สาม การกิจในการบังคับทางปกครอง ด้วยเหตุที่ฝ่ายปกครองสามารถบังคับการตามคำสั่งทางปกครองได้เอง แต่การบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง โดยทั่วไปจะต้องมีคำสั่งทางปกครองที่กำหนดหน้าที่ให้บุคคลกระทำการหรือด่วนกระทำการประกันตัวอยู่ก่อน คำสั่งทางปกครองจึงเป็นฐานอำนาจของเจ้าหน้าที่ในการบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองต่อไป

ประการที่สี่ การกิจในกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง คำสั่งทางปกครองจะเป็นวัตถุแห่งคดีในการพิจารณาและพิพากษาคดีของศาล รวมถึงการกำหนดคำบังคับในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น เพื่อยุติความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้รับคำสั่งทางปกครอง

## ๒.๒ ประเภทของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองอาจจำแนกได้หลายประเภท ซึ่งขึ้นอยู่กับมุ่งมองในการพิจารณา ว่าจะใช้งานใดเป็นสาระสำคัญในการพิจารณา ซึ่งอาจแบ่งแยกได้ ๓ ประเภทใหญ่ ดังนี้<sup>๖</sup>

### ๒.๒.๑ การแบ่งแยกโดยใช้การกำหนดกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่

(๑) คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการสั่งการกำหนดหน้าที่

คำสั่งทางปกครองในรูปแบบนี้จะนำเอาสิทธิหรือหน้าที่ที่ปรากฏอยู่ตามกฎหมายมาปรับบทเป็นรายกรณีให้มีความเฉพาะเจาะจงมากขึ้น เช่น คำสั่งเรียกให้สำrage ภัยที่กำหนดจำนวนแน่นอน

(๒) คำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการก่อตั้งสิทธิโดยตรง

เนื้อหาของคำสั่งทางปกครองประเภทนี้จะมีเนื้อหาเป็นการก่อตั้งสิทธิเบลี่ยนแบล็งหรือระบุนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่ เช่น คำสั่งแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการ เป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ระหว่างส่วนราชการกับข้าราชการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน หรือคำสั่งให้สัญชาติแก่บุคคลที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคลดังกล่าวในฐานะพลเมืองของรัฐ คำสั่งทางปกครองประเภทนี้จะไม่กำหนดข้อบัญญัติหรือข้อห้าม อีกทั้งมีผลทางกฎหมายโดยตรง ดังนั้น คำสั่งทางปกครองประเภทนี้จึงไม่จำต้องบังคับการในทางข้อเท็จจริงให้เป็นไปตามคำสั่ง<sup>๗</sup>

(๓) คำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการยืนยันสิทธิ

คำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการยืนยันสิทธิแตกต่างจากคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการก่อตั้งสิทธิ การยืนยันสิทธิเป็นเพียงการยืนยันว่ามีนิติสัมพันธ์ยังคงมีอยู่ด้วยสิทธิหรือหน้าที่ มีหรือไม่มีอยู่เท่านั้น มิได้เป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ใดขึ้นมาใหม่ เช่น คำสั่งยืนยันว่าบุคคลมีสัญชาติ

<sup>๖</sup> เพียงอ้าง, น. ๑๓๘ – ๑๔๔.

<sup>๗</sup> Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 13. Auflage, (München : C.H. Beck, 2017),

## ๒.๒.๒ การแบ่งแยกโดยใช้กระบวนการ ขั้นตอน และรูปแบบ

### (๑) คำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการร้องขอ

คำสั่งทางปกครองประเภทนี้ โดยทั่วไปจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ จึงกำหนดให้ออกชนิดต้องมาร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองให้ออกคำสั่งทางปกครอง และหน่วยงานทางปกครองไม่มีอำนาจออกคำสั่งดังกล่าวโดยปราศจากคำขอของออกชน

### (๒) คำสั่งทางปกครองที่ต้องการความยินยอม

แม้ว่าโดยทั่วไปแล้วการออกคำสั่งทางปกครองจะเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของเจ้าหน้าที่ แต่ก็มีคำสั่งทางปกครองบางประเภทที่ต้องการความยินยอมจากผู้รับคำสั่ง ซึ่งก็คือคำสั่งบรรจุบุคคลให้เข้ารับราชการ ที่บุคคลดังกล่าวจะต้องให้ความยินยอมในการบรรจุตนเข้ารับราชการ แต่ทั้งนี้ ความยินยอมของบุคคลดังกล่าวไม่อาจทำให้การบรรจุบุคคลเข้ารับราชการถูกกฎหมายเป็นสัญญาไปได้เนื่องจากอำนาจในการกำหนดเงื่อนไขของคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งยังคงเป็นอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง<sup>๗</sup>

### (๓) คำสั่งทางปกครองที่ต้องทำตามแบบ

ตามมาตรา ๓๔ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๘ กำหนดว่าคำสั่งทางปกครองจะทำเป็นหนังสือ หรือว่าจ่า หรือการสื่อความรูปแบบอื่นก็ได้ แต่ในกฎหมายบางฉบับอาจกำหนดแบบในการทำคำสั่งทางปกครองไว้โดยเฉพาะ เช่น การแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญระดับสูงตามมาตรา ๕๗ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ ที่ต้องกระทำการในรูปแบบของพระบรมราชโองการโปรดเกล้าแต่งตั้ง โดยมีรัฐมนตรีรับสนองพระบรมราชโองการ

## ๒.๒.๓ การแบ่งแยกโดยใช้การให้ประโยชน์หรือสร้างภาระเป็นเกณฑ์

### (๑) คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์

คำสั่งทางปกครองจะให้ประโยชน์หรือไม่ จะต้องพิจารณาจากมุ่งมองของผู้รับคำสั่งทางปกครองเป็นสำคัญ<sup>๘</sup> โดยปกติจะเป็นการให้สิทธิ เช่น การอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร การให้ใบอนุญาตขับขี่ หรือประโยชน์อย่างอื่น เช่น การให้ทุนการศึกษา การให้เงินสนับสนุนโครงการ

### (๒) คำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระ

คำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระเป็นคำสั่งที่สร้างผลร้ายต่อผู้รับคำสั่ง ซึ่งผู้รับคำสั่งจะต้องกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือยินยอมให้ผู้อื่นกระทำการ หรือเป็นคำสั่งที่มีผลเป็นการจำกัดหรือระงับสิทธิของผู้รับคำสั่ง เช่น คำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร หรือคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตการทำงาน และรวมถึงคำสั่งปฏิเสธการออกคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ด้วย

### (๓) คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์และสร้างภาระพร้อมกัน

คำสั่งทางปกครองประเภทนี้ได้สองรูปแบบ รูปแบบแรก คือ คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับต่อบุคคลคนเดียว แต่ในคำสั่งนั้นมีทั้งส่วนที่ให้ประโยชน์และสร้างภาระ เช่น ผู้รับคำสั่งของอนุญาตสร้างอาคารสิบชั้น แต่ในคำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารอนุญาตให้สร้างได้ไม่เกินห้าชั้น จะเห็นได้ว่าคำสั่งทางปกครองส่วนที่อนุญาตให้สร้างอาคารนั้นให้ประโยชน์ แต่ในขณะเดียวกันการอนุญาต

<sup>๗</sup> โปรดดู Ibid, § 45, Rn. 49; Wallerath, Maximilian, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, (Berlin : Erich Schmidt Verlag, 2009), § 9, Rn. 7.

<sup>๘</sup> Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, (München : C.H. Beck, 2016), Rn. 686.

ให้สร้างเพียงห้าขั้นก็สร้างภาระ เนื่องจากปฏิเสธสิทธิในการก่อสร้างอาคารสิบชั้นให้เหลือเพียงห้าชั้นเท่านั้น ส่วนรูปแบบที่สอง คือ คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ต่อบุคคลหนึ่งคน แต่สร้างภาระให้กับบุคคลอื่นหนึ่งคนหรือหลายคนในขณะเดียวกัน หรือในทางกลับกันเป็นคำสั่งที่สร้างภาระแก่บุคคลหนึ่ง แต่ให้ประโยชน์กับอีกบุคคลหนึ่ง เช่น คำสั่งอนุญาตให้สร้างโรงงาน แต่การสร้างโรงงานเกิดผลกระทบต่อบุคคลหนึ่ง ข้างเคียง หรือคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ ในกรณีที่มีบุคคลหลายคนสมัครเข้ามาดำเนินการตั้งก่อจัด แต่ส่วนราชการสามารถแต่งตั้งข้าราชการได้เพียงรายเดียว ซึ่งคำสั่งแต่งตั้งผู้ที่ได้รับคัดเลือกเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์ผู้นั้น แต่ก็ปฏิเสธสิทธิของผู้สมัครรายอื่นทั้งหมด คำสั่งทางปกครองในรูปแบบที่สองนี้มีข้อเรียกแตกต่างกันไป ในทางวิชาการ ไม่ว่าจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง (Verwaltungsakt mit Doppelwirkung)<sup>๑๐</sup> หรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลต่อบุคคลที่สาม (Verwaltungsakt mit Drittirkung)<sup>๑๑</sup> ซึ่งคำสั่งทางปกครองประเภทหลังนี้อาจเป็นหลักใหญ่ใจความอันเป็นหัวใจของบทความขึ้นนี้ เนื่องจากเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความยุ่งยากในการจัดการอย่างยิ่งในกรณีคำสั่งทางปกครองมีความไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยหากเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในส่วนที่ให้ประโยชน์แก่บุคคลหนึ่ง บุคคลที่เคยได้รับผลกระทบจากการคำสั่งตั้งก่อจัดย่อมพ้อใจ แต่ผู้ที่เคยได้รับประโยชน์แต่เดิมก็จะไม่พอใจ ในการพิจารณาออกคำสั่ง หรือการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองประเภทนี้จึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงอย่างรอบด้าน

### ๓. คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง

#### ๓.๑ ข้อพิจารณาในแห่งถ้อยคำ

คำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่บุคคลหนึ่ง แต่ก่อภาระกับอีกบุคคลหนึ่ง มีคำที่ใช้เรียกคำสั่งทางปกครองประเภทนี้สองคำ ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง ซึ่งแปลมาจากคำว่า Verwaltungsakt mit Doppelwirkung ในภาษาเยอรมัน กับอีกคำหนึ่ง คือ คำสั่งทางปกครองที่มีผลต่อบุคคลที่สาม (Verwaltungsakt mit Drittirkung) ในวงการวิชาการเห็นว่า คำสั่งทางปกครองประเภทนี้ควรเรียกว่า คำสั่งทางปกครองที่มีผลต่อบุคคลที่สามมากกว่า เพราะคำว่า Doppelwirkung ในภาษาเยอรมันนั้น สืบถึงการเกิดผลสองด้านของคำสั่งทางปกครองต่อบุคคลคนเดียวกัน ไม่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่สาม<sup>๑๒</sup> อีกทั้ง คำสั่นนักภาระต่อบุคคลที่สาม การโต้แย้งคำสั่นนี้จะเกิดจากบุคคลที่สาม และการคุ้มครองสิทธิ์จะเป็นไปเพื่อบุคคลที่สาม<sup>๑๓</sup> หรือเป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองภาระแก่ผู้รับคำสั่งเสียเอง แต่เป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลที่สาม ซึ่งการพิจารณาจะต้องมีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้องเสมอ ไม่ว่าจะเป็นในฐานะผู้รับคำสั่ง หรือในฐานะผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครอง<sup>๑๔</sup> สำหรับความหมายในภาษาไทย ผู้เขียนเห็นว่า

<sup>๑๐</sup> Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 13. Auflage, (München : C.H. Beck, 2017), § 46, Rn. 18.

<sup>๑๑</sup> Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, (München : C.H. Beck, 2011), § 9, Rn. 50.

<sup>๑๒</sup> Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Auflage, (München : C.H. Beck, 2018), § 50, Rn. 8.

<sup>๑๓</sup> Hoppe in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Auflage, (München : C.H. Beck, 2019), § 80a, Rn. 1.

<sup>๑๔</sup> Schoch in : Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung : VwGO, 38. EL Januar 2020, § 80a, Rn. 12.

คำว่า คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางก็ได้ หรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลต่อบุคคลที่สามก็ได้ สามารถใช้เรียก คำสั่งทางปกครองประเภทนี้ได้ทั้งสิ้น เนื่องจาก คำว่า “ทาง” ในภาษาไทยกินความรวมไปถึงคำว่า ข้าง ฝ่าย ในลักษณะที่แยกออกจากกัน<sup>๑๕</sup> เช่น ทางผู้ได้รับคัดเลือก ทางผู้ไม่ได้รับคัดเลือก ฯลฯ ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางก็สามารถแปลความได้ว่า เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลต่อบุคคลสองฝ่าย หรืออีกนัยหนึ่ง เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลต่อบุคคลที่สามด้วย ส่วนผลที่เกิดแก่บุคคลที่สามจะสร้างภาระหรือให้ประโยชน์ก็ได้ ส่วนคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการให้ประโยชน์และก่อภาระต่อบุคคลคนเดียวกันอาจเรียกในภาษาไทย ด้วยคำว่า “คำสั่งทางปกครองที่มีผลผสม” ซึ่งแปลมาจากคำว่า Verwaltungsakt mit Mischwirkung ในภาษาเยอรมัน<sup>๑๖</sup>

### ๓.๒ สถานการณ์ที่คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางเกิดขึ้น

โดยทั่วไปแล้ว คำสั่งทางปกครองที่มีผลทางเดียวจะมีบุคคลเพียงสองฝ่ายที่จะต้องผูกพัน กับการกำหนดกฎหมายในคำสั่งทางปกครอง คือ ฝ่ายปกครอง และผู้รับคำสั่งทางปกครอง<sup>๑๗</sup> แต่ในคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางมีบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้องสามฝ่าย คือ ฝ่ายปกครอง ผู้รับคำสั่งทางปกครอง และบุคคลที่สามที่ถูกกระทบสิทธิโดยคำสั่งทางปกครอง<sup>๑๘</sup> ซึ่งนิติสัมพันธ์สามเส้าเช่นนี้จะเกิดขึ้นได้ ในสถานการณ์ที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปแข่งขันกันร้องขอคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาอย่างเดียวกัน ต่อฝ่ายปกครอง แต่ฝ่ายปกครองไม่อาจออกคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาอย่างเดียวกันให้บุคคลทั้งสอง หรือทั้งหมด และการที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง จะก่อให้เกิดผลร้าย ต่ออีกบุคคลหนึ่งทันที<sup>๑๙</sup> หรือเป็นกรณีที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปมีผลประโยชน์ที่ประทับนันในนิติสัมพันธ์ หลายฝ่าย และจะต้องมีฝ่ายหนึ่งจะได้รับประโยชน์หรือภาระจากการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง<sup>๒๐</sup> สำหรับ ตัวอย่างของสถานการณ์ที่มีการแข่งขันหรือที่สิทธิของบุคคลประทับนัน และคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง จะเกิดขึ้นได้ มี ๖ ประเภท ดังนี้<sup>๒๑</sup>

<sup>๑๕</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ จากเว็บไซต์ <https://dictionary.orst.go.th/> สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๑ พฤษภาคม ๒๕๖๓.

<sup>๑๖</sup> Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Auflage, (München : C.H. Beck, 2018), § 50, Rn. 10.

<sup>๑๗</sup> Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, (München : C.H. Beck, 2011), § 11, Rn. 6.

<sup>๑๘</sup> Bumke in : Hoffmann – Riem/Schmidt Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts Band II, (München : C.H. Beck, 2008, § 35, Rn. 60).

<sup>๑๙</sup> Huber, Peter – Michael, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, (Tübingen : Mohr Siebeck, 1991), S. 30 – 34.

<sup>๒๐</sup> Schmidt Aßmann, Eberhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Auflage, (Heidelberg : Springer, 2004), 6. Kapitel, Rn. 110.

<sup>๒๑</sup> Huber, Peter – Michael, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, (Tübingen : Mohr Siebeck, 1991), S. 35 – 37.

(๑) การวินิจฉัยของฝ่ายปกครองในขอบเขตของกฎหมายว่าด้วยการศึกษาและการประกอบอาชีพ

คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางในขอบเขตของกฎหมายเหล่านี้เกิดขึ้นได้จาก การตัดสินใจคัดเลือกผู้สมัคร และจำนวนตำแหน่งที่รับสมัครนั้นมีจำกัด ส่งผลให้การตัดสินใจของฝ่ายปกครอง เป็นการปฏิเสธผู้ที่ไม่ได้รับคัดเลือกโดยปริยาย หรือกรณีการรับสมัครนักเรียนหรือนักศึกษาเข้าศึกษา ในสถานศึกษา และสถานศึกษารับผู้เรียนโดยจำกัดจำนวน การประกาศผลผู้มีสิทธิเข้าศึกษาย่อมเป็นการปฏิเสธ ผู้สมัครรายอื่นที่ไม่ได้ถูกประกาศว่ามีสิทธิเข้าศึกษา<sup>๑๒</sup>

(๒) การวินิจฉัยของฝ่ายปกครองในขอบเขตของกฎหมายว่าด้วยข้อมูลข่าวสาร

คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางในขอบเขตของกฎหมายว่าด้วยข้อมูลข่าวสาร เกิดขึ้นได้ในกรณีที่มีสื่อมวลชนต้องการเข้าถึงข้อมูลบางประการ แต่เมื่อเพียงสื่อมวลชนเจ้าเดียวที่จะได้ไป หรือเป็นกรณีที่บุคคลร้องขอให้มีการเปิดเผยข้อมูลของบุคคลหรือนิติบุคคลอีกคนหนึ่ง และฝ่ายปกครอง มีคำสั่งให้เปิดเผยหรือไม่เปิดเผย<sup>๑๓</sup>

(๓) การวินิจฉัยของฝ่ายปกครองในขอบเขตของการสนับสนุนทางการเงิน หรือประโยชน์อย่างอื่นแก่เอกชน

คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางในขอบเขตของการให้เงินหรือทรัพย์สิน หรือประโยชน์อย่างอื่นแก่เอกชนนี้เกิดขึ้นได้บ่อยครั้ง เช่น การแข่งขันกันเพื่อให้ได้รับเงินสนับสนุนโรงเรียน ของเอกชน การแข่งขันกันเพื่อให้ได้รับเงินสนับสนุนการลงทุน การแข่งขันกันเพื่อให้ได้รับทุนการศึกษา<sup>๑๔</sup> หรือการแข่งขันกันเพื่อเข้าทำประโยชน์ในที่ดินที่รัฐจัดสรร<sup>๑๕</sup>

(๔) การวินิจฉัยของฝ่ายปกครองในขอบเขตของกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง หรือกฎหมายเกี่ยวกับการให้สัมปทานหรือให้ส่วนประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติ

คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางกรณีนี้เกิดขึ้นได้ในกรณีที่ฝ่ายปกครองประกาศ หาเอกชนมาทำสัญญาเพื่อดำเนินกิจการทางปกครองไม่ว่าจะเป็นการซื้อ การจ้างทำของ สัญญาสัมปทาน หรือสัญญาประเภทอื่น ๆ<sup>๑๖</sup> ซึ่งปกติจะมีเอกชนหลายรายเข้ามาเสนอราคาสินค้าและบริการ หรือเสนอ ผลประโยชน์ตอบแทน แต่จะมีเพียงเอกชนรายเดียวที่ชนะการประกวดราคา ซึ่งการประกาศรายชื่อผู้ชนะ การประกวดราคา มีผลกระทบต่อเอกชนที่ถูกตัดสิทธิเพราะขาดคุณสมบัติหรือแพ้การประกวดราคา

(๕) การวินิจฉัยของฝ่ายปกครองในขอบเขตของกฎหมายข้าราชการ

คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางในขอบเขตของกฎหมายข้าราชการเกิดขึ้นได้ เมื่อฝ่ายปกครองสรุหารหาบุคคลเข้ามาดำเนินการตามตำแหน่งข้าราชการด้วยวิธีการสอบแข่งขันหรือการสอบคัดเลือก โดยเปิดโอกาสให้บุคคลหลายคนเข้ามาสมัครสอบหรือสมัครรับคัดเลือก หรือเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองสรุหาร แผ่นดินและการบังคับใช้กฎหมายที่ ศค ๗๒/๒๕๕๒

<sup>๑๒</sup> ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๘๙๙/๒๕๖๐

<sup>๑๓</sup> ตัวอย่าง คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร สาขาสังคม การบริหารราชการ แผ่นดินและการบังคับใช้กฎหมายที่ ศค ๗๒/๒๕๕๒

<sup>๑๔</sup> ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๗๓/๒๕๕๗

<sup>๑๕</sup> ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๕๒/๒๕๖๐

<sup>๑๖</sup> ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๔๔/๒๕๖๓ ; คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๑๙/๒๕๖๐

ข้าราชการด้วยกันเองเพื่อไปดำเนินการตามหนังสือที่ได้รับ ให้ข้าราชการเข้าแข่งขันกันเพื่อเข้าสู่ตำแหน่งนั้น และโดยสภาพของเรื่องที่ตำแหน่งข้าราชการมีจำนวนจำกัด ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจแต่งตั้งให้ทุกคนดำรงตำแหน่งที่ตนสมควรได้ การประกาศผลการคัดเลือกหรือคำสั่งแต่งตั้งผู้ที่ได้รับคัดเลือก จึงมีผลกระทบต่อผู้ที่ไม่ได้รับคัดเลือกโดยอัตโนมัติ<sup>๒๗</sup>

(๖) การวินิจฉัยของฝ่ายปกครองในขอบเขตของกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง และควบคุมอาคาร

ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร ผู้ที่จะก่อสร้างอาคารจะต้องขอใบอนุญาต ก่อสร้างอาคารเสียก่อน อย่างไรก็ได้ คำสั่งอนุญาตให้สร้างอาคารอาจมีผลกระทบต่อเพื่อนบ้านที่อยู่ติดกับ เขตก่อสร้างได้ เช่นกัน เช่น คำสั่งอนุญาตให้สร้างอาคารสูง ทึ้งที่ในบริเวณดังกล่าวเป็นเขตห้ามสร้างอาคารสูง และความสูงของอาคารนั้นบดบังแสงและลมที่เพื่อนบ้านจะได้รับ ในกรณีนี้มิใช่การที่ผู้ขอใบอนุญาต ก่อสร้างอาคารและเพื่อนบ้านแข่งขันกันขอใบอนุญาตก่อสร้าง แต่เป็นกรณีที่สิทธิของผู้ขอใบอนุญาต และเพื่อนบ้านประทับกัน และต้องการให้ออกฝ่ายไม่ได้รับในสิ่งที่ฝ่ายนั้นร้องขอ โดยเพื่อนบ้านต้องการให้เพิกถอน คำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร ส่วนผู้ขอใบอนุญาตต้องการให้คำสั่งอนุญาตนี้มีผลอยู่ต่อไป<sup>๒๘</sup>

การแบ่งแยกสถานการณ์ที่คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางอาจเกิดขึ้นได้ ข้างต้นเป็นเพียงการยกตัวอย่างเท่านั้น อาจมีสถานการณ์อื่น ๆ อีกมาก ที่คำสั่งทางปกครองประเภทนี้ เกิดขึ้นได้

### ๓.๓ ลักษณะและผลทางกฎหมาย

ลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางจะต้องเป็นคำสั่งที่กำหนดกฎหมายที่เกี่ยวกับนิติสัมพันธ์อันเป็นเป้าหมายของผู้ที่ได้รับผลจากคำสั่งทางปกครองนั้นทุกคน<sup>๒๙</sup> หรือเป็นคำสั่งที่กำหนดกฎหมายที่ในนิติสัมพันธ์ที่สิทธิของบุคคลสองคนประทับกัน โดยการให้ประโยชน์และการสร้างภาระจะเป็น เงื่อนไขของกันและกันเสมอ ผู้ที่ได้รับประโยชน์จะมีผลประโยชน์ต่อการที่คำสั่งทางปกครองนั้นดำรงอยู่ แต่ผู้ที่ได้รับภาระจะมีผลประโยชน์จากการที่คำสั่งทางปกครองนั้นถูกลบล้างไป<sup>๓๐</sup> เช่น คำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ ให้ดำรงตำแหน่งจะมีผลกระทบต่อผู้สมควรรายอื่นก็ต่อเมื่อผู้สมควรที่ไม่ได้รับคัดเลือกนั้นได้เข้าร่วมกระบวนการ คัดเลือกในตำแหน่งที่มีการแต่งตั้งนั้น มิใช่ตำแหน่งอื่น หรือคำสั่งให้ทุนการศึกษา ผู้ที่จะถือได้ว่าเป็น บุคคลที่สามที่ได้รับผลกระทบดังกล่าว จะต้องเป็นผู้ที่สมควรเข้ารับคัดเลือกเพื่อรับทุนการศึกษาในกรณีเดียวกัน กับผู้ได้รับทุน สองกรณีข้างต้นเป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางเกิดขึ้นในสถานการณ์ที่มีการแข่งขัน ส่วนกรณีที่สิทธิของบุคคลประทับกัน ก็เช่น ในคำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร สิทธิของผู้ได้รับอนุญาต

<sup>๒๗</sup> ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๔๗๗/๒๕๖๐

<sup>๒๘</sup> ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๑๙๙/๒๕๖๑ ; คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๙๙/๒๕๖๒ ; นอกจากนี้อีกexample การก่อสร้างอาคาร สิทธิของเพื่อนบ้านอาจประทับกันได้จากการอนุญาตให้ประกอบกิจการ บางประการ เช่น การอนุญาตให้ประกอบกิจการโรงพิมพ์ ทำให้มีเสียงดังรบกวนเพื่อนบ้าน โปรดดู คำพิพากษา ศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๓๙/๒๕๖๓

<sup>๒๙</sup> Vgl. Huber, Peter – Michael, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, (Tübingen : Mohr Siebeck, 1991), S. 42.

<sup>๓๐</sup> Windthorst in : Gärditz, Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Auflage, (Köln : Carl Heymanns, 2018), § 80a, Rn. 9.

จะประทับสิทธิของเพื่อนบ้านที่อยู่ใกล้เคียง และบุคคลทั้งสองไม่ต้องการให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับคำสั่งทางปกครองตามที่แต่ละฝ่ายมุ่งหวัง แต่ทั้งนี้ แม้ว่าบุคคลหลายคนจะเข้าร่วมในการพิจารณาทางปกครอง ที่มีการแข่งขันกัน หากในท้ายที่สุดคำสั่งทางปกครองที่ออกมายังคงมีได้กำหนดกฎหมายที่เกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเหล่านั้นในลักษณะที่การให้ประโยชน์และสร้างภาระเป็นเงื่อนไขของกันและกันแล้ว ยังถือไม่ได้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง เช่น ในการคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการ มีการประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิเข้าสอบและมีการประกาศรายชื่อผู้ขาดคุณสมบัติเข้าสอบซึ่งการประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิเข้าสอบบยังไม่เป็นการสร้างภาระแก่ผู้ที่ขาดคุณสมบัติเข้าสอบ เพราะยังคงสามารถเพิ่มชื่อบุคคลที่มีข้อโต้แย้งเข้าไปในรายชื่อผู้มีสิทธิเข้าสอบได้โดยไม่มีผลกระทบต่อผู้ที่มีสิทธิเข้าสอบตามประกาศเดิม<sup>(๗๑)</sup> คำสั่งดังกล่าวจึงมีเพียงประกาศรายชื่อผู้ขาดคุณสมบัติเท่านั้นที่สร้างภาระต่อผู้มีรายชื่ออยู่ในประกาศดังกล่าว

นอกจากนี้ คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางอาจเกิดขึ้นในรูปแบบของคำวินิจฉัยอุทธรณ์ด้วยก็ได้<sup>(๗๒)</sup> เช่น กรณีของคำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร ซึ่งถูกอุทธรณ์โดยเพื่อนบ้าน และผู้มีอำนาจพิจารนาอุทธรณ์เห็นว่าคำสั่งอนุญาตดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงให้เพิกถอนคำสั่นนี้เสีย ทำให้ผู้ที่เคยได้รับอนุญาตไม่อาจสร้างอาคารต่อไปได้ ในกรณีนี้ผู้ที่เคยได้รับประโยชน์กลับกลายมาเป็นผู้รับภาระจากคำวินิจฉัยอุทธรณ์ แต่เพื่อนบ้านกลับกลายเป็นผู้ได้ประโยชน์เสียเอง ดังนั้น หากจะจำแนกคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางโดยอาศัยหลักการข้างต้น สามารถจำแนกได้สองประเภท ดังนี้

(๑) คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางที่มีผลเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งแต่สร้างภาระแก่บุคคลที่สาม

(๒) คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางที่มีผลเป็นการสร้างภาระแก่ผู้รับคำสั่งแต่ให้ประโยชน์แก่บุคคลที่สาม

ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางเกิดขึ้นได้โดยไม่จำต้องเกิดจากเจตนาโดยขัดแย้งของฝ่ายปกครองที่จะต้องระบุว่าให้มีผลต่อสถานภาพแห่งสิทธิของบุคคลที่สามด้วยรวมถึงไม่จำต้องแจ้งให้บุคคลที่สามได้ทราบ<sup>(๗๓)</sup> ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง จึงเกิดขึ้นเมื่อได้มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองไปยังบุคคลที่เป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองตามมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๘

<sup>(๗๑)</sup> โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.บ. ๑/๒๕๖๑

<sup>(๗๒)</sup> Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 14. Auflage, (München : C.H. Beck, 2013),

§ 50, Rn. 19.

<sup>(๗๓)</sup> Falkenbach in : Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 49. Edition Stand: 01.10.2020,

§ 50, Rn. 4.1; Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 14. Auflage, (München : C.H. Beck, 2013),

§ 50, Rn. 13 ; นอกจากนี้ บุคคลที่สามที่ไม่ได้เข้าร่วมการพิจารณาทางปกครองยังไม่เป็นคู่กรณีที่อยู่ในบังคับที่จะต้องอุทธรณ์

คำสั่งทางปกครองอีกด้วย โปรดดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๒๓/๒๕๕๗ ; คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๙๖/๒๕๕๗ ;

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๓/๒๕๖๐

### ๓.๔ การเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง<sup>๓๔</sup>

ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติเรื่องการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ไว้โดยเฉพาะ ก็ต้องใช้หลักเกณฑ์ในมาตรา ๔๙ – มาตรา ๕๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๗ ในฐานะที่เป็นกฎหมายกลางที่ใช้บังคับเกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหลักเกณฑ์ ในมาตรา ๔๙ – มาตรา ๕๓ นี้ เป็นการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนอกกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ คำสั่งทางปกครอง<sup>๓๕</sup> และโดยที่พระราชบัญญัตินี้มิได้กล่าวถึงการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ที่มีผลสองทางไว้แต่อย่างใด จึงต้องใช้หลักเกณฑ์อย่างเดียวกับการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง โดยทั่วไป

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๗ ได้แบ่งแยกหลักเกณฑ์ การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง โดยใช้ความชอบด้วยกฎหมายและการสร้างภาระหรือการให้ประโยชน์ เป็นเกณฑ์ กล่าวคือ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระ คำสั่งทางปกครอง ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะ เป็นการสร้างภาระ และคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ คำสั่งทางปกครอง แต่ละประเภทดังกล่าวจะมีหลักเกณฑ์การยกเลิกหรือเพิกถอนแตกต่างกันไป จึงมีข้อพิจารณาว่า คำสั่งทางปกครอง ที่มีทั้งส่วนที่สร้างภาระและให้ประโยชน์ การใช้หลักเกณฑ์การเพิกถอนจะใช้หลักเกณฑ์ของคำสั่งทางปกครอง ประเภทใดในการยกเลิกหรือเพิกถอน

การตอบคำถามข้างต้น จะต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่า ผู้ใดเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครอง โดยตรงในส่วนที่ให้ประโยชน์หรือสร้างภาระ ในกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองโดยตรงเป็นผู้ได้รับประโยชน์ แต่บุคคลที่สามเป็นผู้ได้รับภาระ เช่น ผู้รับคำสั่งทางปกครองโดยตรงเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ก่อสร้าง แต่เพื่อบ้าน เป็นผู้รับภาระ ย่อมจะต้องใช้หลักเกณฑ์การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ เนื่องจากการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวจะเป็นการลบล้างคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ไปด้วย<sup>๓๖</sup> แต่ในกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองโดยตรงเป็นผู้รับภาระ แต่บุคคลที่สามได้รับประโยชน์ ในข้อนี้ยังมีความเห็นเป็นสองฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่า จะต้องพิจารณาจากมุมมองของผู้รับคำสั่งทางปกครอง โดยตรงเท่านั้น ซึ่งจะต้องใช้หลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระ<sup>๓๗</sup> แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า จะต้องพิจารณาเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์เสมอ<sup>๓๘</sup>

<sup>๓๔</sup> วรเจตน์ ภาครัตน์, กฎหมายปกครอง : ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๑, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, ๒๕๕๕), น. ๒๔๙ – ๒๖๖.

<sup>๓๕</sup> เพิงข้าง, น. ๑๐๔, ๒๔๗.

<sup>๓๖</sup> เพิงข้าง, น. ๒๕๐.

<sup>๓๗</sup> Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, (Berlin : De Gruyter, 2010), § 24, Rn. 12.

<sup>๓๘</sup> Kopp, Ferdinand, Die Bestandskraft von Verwaltungsakten, Deutsches Verwaltungsblatt, 1983, S. 392 (399) zitiert nach Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 14. Auflage, (München : C.H. Beck, 2013), § 50, Rn. 73.

### **๓.๔.๑ การเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองนอกกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์**

#### **๓.๔.๑.๑ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย**

ตามมาตรา ๔๙ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ บัญญัติว่า เจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาอาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในมาตรา ๔๙ – มาตรา ๕๓ ไม่ว่าจะพ้นกำหนดการให้อุทธรณ์หรือต้องย้ายมาแล้วหรือไม่ และได้กำหนดระยะเวลาการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ไว้ด้วยว่าจะต้องกระทำภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ สำหรับการเพิกถอน เว้นแต่คำสั่งทางปกครองได้กระทำขึ้นเพื่อการแสดงข้อความ อันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อเท็จจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง หรือข่มขู่ หรือซักจุ่งโดยการให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์ อันได้อันมิชอบด้วยกฎหมาย

#### **(๑) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะ**

**เป็นการสร้างภาระ**

ตามมาตรา ๕๐ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ บัญญัติว่า การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจถูกเพิกถอน ทั้งหมดหรือบางส่วน โดยให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลัง หรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งก็ได้ โดยการจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระนื้อยูในดุลพินิจ ของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งนั้นเองว่าจะเพิกถอนหรือไม่ เนื่องจากถ้อยคำของมาตรา ๕๐ นี้ ใช้คำว่า “เจ้าหน้าที่ อาจเพิกถอน” มาตรานี้จึงมิใช่บทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ที่จะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้กับเจ้าหน้าที่<sup>๓๙</sup> ตามมาตรา ๕๐ ดังกล่าวจะเห็นได้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีลักษณะเป็นการสร้างภาระไม่ได้มีหลักเกณฑ์การเพิกถอนอย่างเคร่งครัดแต่อย่างใด แต่หากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แล้ว จะมีหลักเกณฑ์การเพิกถอนที่ซับซ้อนมากขึ้น

#### **(๒) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะ**

**เป็นการให้ประโยชน์**

คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์จะมีได้สองประเภท คือ ประเภทแรกจะเป็นการให้ประโยชน์เป็นเงินหรือทรัพย์สิน หรือประโยชน์อย่างอื่นอันแบ่งแยกได้ เช่น คำสั่งที่ให้ผู้รับคำสั่งได้รับเงินครั้งเดียวหรือต่อเนื่องกันไปหลายคราว หรือคำสั่งที่ยกเว้นการชำระเงิน เช่น คำสั่งยกเว้นค่าธรรมเนียมการศึกษา ประเภทที่สองจะเป็นการให้ประโยชน์ในลักษณะที่ไม่อาจแบ่งแยกได้ เช่น คำสั่งก่อตั้งสิทธิหรือยื่นยันสิทธิต่าง ๆ อาทิ คำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้าง คำสั่งบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการ

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ เป็นเงินหรือทรัพย์สิน หรือประโยชน์อย่างอื่นอันแบ่งแยกได้ นั้น มาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ บัญญัติให้เจ้าหน้าที่จะต้องคำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว หากผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์จากเงินหรือทรัพย์สินที่ได้จากการเพิกถอนไม่อาจแก้ไขได้

<sup>๓๙</sup> วรเจตน์ ภาครัตน์, กฎหมายปกครอง : ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๑, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, ๒๕๕๔), น. ๒๕๑.

ย่อมถือว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต เจ้าหน้าที่ไม่อาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้<sup>๔๐</sup> แต่ในมาตราเดียวกันนี้ก็ได้บัญญัติถึงกรณีที่ผู้รับคำสั่งไม่อ้างอ้างความเชื่อโดยสุจริตได้สามกรณี คือ กรณีผู้รับคำสั่งแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปิดข้อเท็จจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง หรือข่มขู่ หรือซักจุ่งใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นได้อันมิชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองให้ข้อความไม่ถูกต้องครบถ้วนในสาระสำคัญ หรือกรณีผู้รับคำสั่งทางปกครองรู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองขณะที่ได้รับคำสั่ง หรือความไม่รู้นั้นเป็นไปโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

สำหรับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์อันไม่อาจแบ่งแยกได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา ๕๒ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัตริราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งใช้หลักเกณฑ์ความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครอง เช่นเดียวกัน กับมาตรา ๕๑ และหากเจ้าหน้าที่ตัดสินใจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว และผู้รับคำสั่งมีความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น ผู้รับคำสั่งมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง แต่ค่าทดแทนความเสียหายต้องไม่สูงไปกว่าประโยชน์ที่จะได้รับจากคำสั่งทางปกครองนั้น

ในการชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ต่าง ๆ ประกอบการพิจารณาว่าจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางนั้นหรือไม่ นอกจากจะต้องคำนึงถึงทั้งความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองและประโยชน์สาธารณะแล้ว ยังจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของบุคคลที่สาม อันจะเกิดจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวด้วย<sup>๔๑</sup>

### ๓.๔.๑.๒ การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

(๑) การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะ เป็นการสร้างภาระ

มาตรา ๕๓ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัตริราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ บัญญัติให้การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะ เป็นการสร้างภาระอาจถูกยกเลิกโดยให้มีผลนับแต่ยกเลิกหรือให้มีผลไปในอนาคตได้ ทั้งนี้ จะต้องคำนึงถึง ประโยชน์ของบุคคลภายนอกประกอบด้วย

แต่คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะ เป็นการสร้างภาระไม่อาจถูกยกเลิกได้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะต้องทำคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาที่ทำองเดียวกันอีก หรือการยกเลิกไม่อาจกระทำได้ เพราะเหตุอื่น

(๒) การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะ เป็นการให้ประโยชน์

คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะ เป็นการให้ประโยชน์จะถูกยกเลิกได้ก็ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงเป็นไปตามที่มาตรา ๕๓ วรรคสองและวรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัตริราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ กำหนดเท่านั้น โดยจะแบ่งออกเป็นกรณี การยกเลิกโดยให้มีผลนับแต่ยกเลิกหรือให้มีผลไปในอนาคตและการยกเลิกโดยให้มีผลย้อนหลัง

<sup>๔๐</sup> เพิ่งอ้าง, น. ๒๕๔.

<sup>๔๑</sup> Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrensrecht, 4. Auflage, (Köln : Carl Heymanns, 1995),

การยกเลิกโดยให้มีผลนับแต่ยกเลิกหรือให้มีผลไปในอนาคต จะต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้ยกเลิกได้หรือมีข้อสงวนสิทธิในการยกเลิกในคำสั่งนั้นเอง หรือคำสั่งทางปกครองนั้นมีข้อกำหนดให้ผู้รับคำสั่งต้องปฏิบัติ แต่ไม่มีการปฏิบัติภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือข้อเท็จจริงและพฤติกรรมเปลี่ยนแปลงไป หากมีข้อเท็จจริงและพฤติกรรมเข่นนั้นในขณะที่ทำคำสั่งทางปกครองแล้ว เจ้าหน้าที่คงจะไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้น และหากไม่ยกเลิกจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะได้ หรือบทกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งหากมีบทกฎหมายเข่นนั้นในขณะที่ทำคำสั่งทางปกครองแล้ว เจ้าหน้าที่คงจะไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้น แต่การยกเลิกในกรณีนี้ให้ทำได้ก็ต่อเมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองยังไม่ได้ใช้ประโยชน์หรือยังไม่ได้รับประโยชน์จากการคำสั่งทางปกครอง และหากไม่ยกเลิกจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ และกรณีสุดท้ายเป็นกรณีที่อาจเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ หรือประชาชน อันจำเป็นต้องป้องกันหรือขัดเหตุดังกล่าว เจ้าหน้าที่อาจยกเลิกคำสั่งทางปกครองได้

การยกเลิกโดยให้มีผลย้อนหลังจะใช้บังคับกับคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์เป็นเงินหรือทรัพย์สิน หรือประโยชน์อย่างอื่นอันแบ่งแยกได้เท่านั้น โดยเจ้าหน้าที่อาจยกเลิกคำสั่งทางปกครองได้หากผู้รับคำสั่งทางปกครองมิได้ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้าในอันที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง หรือเป็นกรณีผู้รับประโยชน์มิได้ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้าในอันที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไขของคำสั่งทางปกครอง

#### **๓.๔.๒ การเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองในกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์**

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองได้ถูกบัญญัติไว้ในส่วนที่ ๕ แห่งพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ โดยหากไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดเป็นอย่างอื่น ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ไม่พอใจในคำสั่งทางปกครองจะต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเสียก่อน จึงจะนำคำสั่งทางปกครองไปฟ้องคดีต่อศาลได้ ซึ่งเป็นระบบการอุทธรณ์แบบบังคับ<sup>๔๖</sup>

ในเบื้องต้นมีประเดิมที่ต้องพิจารณาว่าการเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองในกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์อยู่ในบังคับที่ต้องปฏิบัติตาม มาตรา ๔๙ – มาตรา ๕๓ แห่งพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ที่จะต้องดำเนินถึง หลักความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งในความคุ้มครองของคำสั่งทางปกครอง รวมถึงเงื่อนไขของการอุทธรณ์ ในการเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ทั้งนี้ ขอบอำนาจของผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ถูกกำหนดไว้ในมาตรา ๔๖ แห่งพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ โดยผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์สามารถทบทวนได้ทั้งข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครอง และอาจมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปทางใด ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่ม หรือลดภาระ หรือจะใช้ดุลพินิจแทนในเรื่องของความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครองหรือมีข้อกำหนดอย่างไรก็ได้ จากถ้อยคำในบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าอำนาจของผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจทบทวนคำสั่งทางปกครองในทุกมิติ ขอบเขตอำนาจของผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ย่อมไม่เป็นปัญหา หากผู้รับคำสั่งทางปกครองโดยตรงเป็นผู้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นเอง ซึ่งเท่ากับผู้รับคำสั่งทางปกครอง

<sup>๔๖</sup> ศุภรัตน์ สิงห์สุวงศ์, การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง, น. ๒, จากเว็บไซต์ <http://web.krisdika.go.th/data/outsitedata/outsite16/file/15Feb17-1.pdf> สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๙ พฤษภาคม ๒๕๖๓.

ยอมรับความเสี่ยงที่คำสั่งทางปกครองจะถูกเปลี่ยนแปลงไปในทางใดทางหนึ่งไม่ว่าจะเป็นผลดีหรือผลร้าย<sup>๔๓</sup> แต่ก็ยังคงมีความเห็นในทางวิชาการอยู่สองฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ขอบoundary ของผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ตามมาตรา ๔๖ ดังกล่าว เป็นอำนาจการบทวนคำสั่งของผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ทุกมิติ ซึ่งไม่ผูกพันต่อมาตรา ๔๙ – มาตรา ๕๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๗<sup>๔๔</sup> แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ต้องผูกพันต่อมาตรา ๔๙ – มาตรา ๕๓ ด้วยในการพิจารณาอุทธรณ์<sup>๔๕</sup> ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นฝ่ายแรก โดยเห็นว่า มาตรา ๔๙ – มาตรา ๕๓ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่มี “ดุลพินิจ” ที่จะเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองด้วยตนเอง ซึ่งมิใช่ การเพิกถอนหรือยกเลิกในกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ที่จะต้องมีคำขอของผู้รับคำสั่งทางปกครอง และผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มี “หน้าที่” ที่จะต้องพิจารณาและมี “หน้าที่” เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หากคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>๔๖</sup> อีกทั้งมาตรา ๔๖ ยังได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ใน การพิจารณาอุทธรณ์เจ้าหน้าที่อาจลดหรือเพิ่มภาระก็ได้ โดยมิได้กำหนดเงื่อนไขว่าการลดหรือเพิ่มภาระในคำสั่งทางปกครองจะต้องคำนึงถึงความชอบด้วยกฎหมายและลักษณะการให้ประযุชน์หรือสร้างภาระของคำสั่งทางปกครองดังเช่นหลักเกณฑ์การเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองในมาตรา ๔๙ – มาตรา ๕๓ นอกจากนี้ ผู้อุทธรณ์ยังไม่อาจอ้างความเข้อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ เนื่องจากผู้อุทธรณ์ก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นเอง หลักเกณฑ์ในมาตรา ๔๙ – มาตรา ๕๓ จึงไม่นำมาใช้บังคับในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง แต่จะมีกรณีที่เป็นปัญหา คือ กรณีที่การพิจารณาทางปกครองมีลักษณะเป็นการแข่งขันกัน และคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางถูกอุทธรณ์โดยบุคคลที่สามที่ได้รับภาระจากคำสั่งให้ประยุชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองโดยตรง และอีกกรณีหนึ่ง คือ คำสั่งทางปกครองถูกอุทธรณ์โดยบุคคลที่สามที่ได้รับภาระจากคำสั่งทางปกครองที่ให้ประยุชน์แก่ผู้รับคำสั่งแต่บุคคลที่สามนั้นไม่ได้เข้าร่วมการพิจารณาทางปกครองแต่แรก

กรณีแรก คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางที่ถูกอุทธรณ์โดยบุคคลที่สามที่เข้าร่วมการพิจารณาทางปกครองนี้จะเกิดขึ้นในกรณีที่มีบุคคลหลายคนเข้าร่วมการพิจารณาทางปกครอง ในลักษณะที่มีประยุชน์ได้เสียเชื่อมโยงกัน เช่น มีบุคคลเป็นผู้ยื่นคำขอ และมีผู้คัดค้านคำขอเข้ามาร่วมกระบวนการพิจารณาด้วย หรือจะเป็นกรณีที่ผู้เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาทุกคนเป็นผู้ยื่นคำขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง แต่มีผู้ยื่นคำขอเพียงคนเดียวที่จะได้คำสั่งทางปกครอง ในกรณีนี้ย่อมต้องพิจารณาว่าผู้ยื่นคำขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง หรือผู้คัดค้านคำขอดังกล่าวก็ได้ เป็นคู่กรณีตามคำนิยามในมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๗ เมื่อบุคคลดังกล่าวเป็นคู่กรณีแล้ว ย่อมเป็น

<sup>๔๓</sup> เพิงจ้าง, น. ๑๕; Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 7. Auflage, (München : C.H. Beck, 2016), § 93, Rn. 14.

<sup>๔๔</sup> ความเห็นของ ศ.วรวเขต ภาครัตน์ ในการประชุมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ครั้งที่ ๒ (๑๖/๒๕๕๑) ๑๐/๒๕๕๑ วันที่ ๑๗ มีนาคม ๒๕๕๑ (เรื่องสรุปที่ ๓๑/๒๕๕๑) ย้ำใน ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงศ์, ระยะเวลาการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประยุชน์, (เมษายน ๒๕๕๑), น. ๕ – ๖, สืบคันเมื่อวันที่ ๑๘ พฤษภาคม ๒๕๕๑ จากเว็บไซต์ <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=194>.

<sup>๔๕</sup> โปรดดู ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนาศนต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพฯ : จิรรัชการพิมพ์, ๒๕๔๐), น. ๓๙๓.

<sup>๔๖</sup> Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrensrecht, 4. Auflage, (Köln : Carl Heymanns, 1995), § 61, Rn. 5 – 6.

ผู้มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทำต่อสถานภาพแห่งสิทธิของตนตามมาตรา ๔๔ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ซึ่งกรณีนี้เทียบเคียงได้กับกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองเป็นผู้อุทธรณ์คำสั่ง เนื่องจากการที่บุคคลที่สามอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง ผู้รับคำสั่งที่ได้รับประโยชน์ย่อมไม่อาจคาดหมายได้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ตนจะมีความคงอยู่ตลอดไป ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จึงมีอำนาจในการเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองทั้งหมดหรือบางส่วนโดยไม่ผูกพันต่อหลักเกณฑ์ตามมาตรา ๔๙ - ๕๓ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน แต่ทั้งนี้ คำอุทธรณ์ของบุคคลที่สามจะต้องเป็นคำอุทธรณ์ที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์รับไว้พิจารณาได้ กล่าวคือ คำอุทธรณ์เป็นหนังสือที่ยื่นโดยผู้มีสิทธิอุทธรณ์และไม่ใช่คำอุทธรณ์ที่ยื่นเมื่อพ้นระยะเวลาอุทธรณ์ และต้องระบุข้อโต้แย้งและข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่อ้างอิงประกอบด้วยตามที่กำหนดในมาตรา ๔๔ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน<sup>๔๔</sup>

กรณีที่สอง กรณีที่บุคคลที่สามที่ไม่ได้เข้าร่วมการพิจารณาทางปกครองมาแต่แรกแต่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้ยื่นคำขอ ในกรณีนี้ คำอธิบายในทางตำราและแนวคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า บุคคลที่สามที่ไม่ได้เข้ามาในการพิจารณาทางปกครองและไม่ได้รับเงินคำสั่งทางปกครองไม่ใช่คู่กรณีอันจะอยู่ในบังคับของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙<sup>๔๕</sup> และสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้โดยตรง<sup>๔๖</sup> แต่ทั้งนี้ มิได้หมายความว่าบุคคลที่สามจะอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ได้เลย เนื่องจาก การพิจารณาทางปกครองในฝ่ายปกครองยังไม่สิ้นสุด บุคคลที่สามย่อมอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทำต่อตนเองได้<sup>๔๗</sup> อย่างไรก็ได้ ผู้เขียนเห็นว่า การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองของบุคคลที่สามจะต้องอยู่ภายในระยะเวลาขั้นสูงของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง คือ หนึ่งปี โดยเทียบเคียงจากมาตรา ๔๐ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ด้วย เนื่องจากคำสั่งทางปกครองออกโดยที่บุคคลที่สามไม่ได้เข้าร่วมการพิจารณาทางปกครอง ย่อมไม่มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองแก่บุคคลที่สามโดยสภาพการเริ่มนับระยะเวลาการอุทธรณ์จึงไม่เริ่มนับเมื่อมีการแจ้งคำสั่งทางปกครองไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครองแต่จะเริ่มนับเมื่อบุคคลที่สามรู้หรือควรรู้ว่าตนได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแล้ว<sup>๔๘</sup> แต่หากบุคคลที่สามไม่อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองและใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาล บุคคลที่สามจะต้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นต่อศาลภายในระยะเวลาการฟ้องคดี อย่างไรก็ได้ การนับระยะเวลาการฟ้องคดียังคง

<sup>๔๔</sup> Vgl. Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, (Berlin : De Gruyter, 2010), § 24, Rn. 40 – 42.

<sup>๔๕</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์รัตนศาสดา, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพฯ : จิรัชการพิมพ์, ๒๕๔๐), น. ๓๙๐.

<sup>๔๖</sup> ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงศ์, การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง, น. ๖, จากเว็บไซต์ <http://web.krisdika.go.th/data/outsitedata/outsite16/file/15Feb17-1.pdf> สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๙ พฤษภาคม ๒๕๖๓ ; คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๒๓/๒๕๔๗ ; คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๙๖/๒๕๔๗ ; คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๓/๒๕๖๐

<sup>๔๗</sup> บรรจิด สิงค์เนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ ๖, (กรุงเทพฯ : วิญญาณ, ๒๕๖๑), น. ๑๖๘.

<sup>๔๘</sup> เช่น กรณีคำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้าง บุคคลที่สามควรรู้ว่าตนได้รับผลกระทบเมื่อได้มีการเริ่มก่อสร้างอันมีผลกระทำต่อตน โปรดดู Soden/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 7. Auflage, (München : C.H. Beck, 2016), § 92, Rn. 8; แต่กรณีจะแตกต่างไปหากบุคคลที่สามได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองและสิทธิการอุทธรณ์คำสั่งนั้นบุคคลที่สามย่อมจะต้องอุทธรณ์ภายในระยะเวลาอุทธรณ์ตามปกติ

มีแนวคิดพิพากษาและคำสั่งศาลปกครองสูงสุดแบ่งออกเป็นสองแนวทาง แนวทางที่หนึ่ง เห็นว่า ระยะเวลาการฟ้องคดีเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางที่ผู้ออกคำสั่งไม่อาจแจ้งผลให้ผู้เกี่ยวข้องทราบ เป็นรายบุคคลได้ ผู้ออกคำสั่งไม่ต้องแจ้งสิทธิการฟ้องคดีและระยะเวลาการฟ้องคดีไม่ขยายไปเป็นหนึ่งปี ตามมาตรา ๕๐ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ผู้ฟ้องคดี จึงต้องฟ้องคดีภายในเก้าสิบวันนับแต่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา ๔๙ แห่งพระราชบัญญัติ เดียวกัน<sup>๕๒</sup> ส่วนแนวทางที่สอง เห็นว่า หากไม่มีการแจ้งสิทธิการฟ้องคดีโดยแจ้งคำสั่งทางปกครองแก่บุคคลที่สาม ระยะเวลาการฟ้องคดีย่อมขยายจากเก้าสิบวันไปเป็นหนึ่งปีตามมาตรา ๕๐ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒<sup>๕๓</sup> ผู้เขียนเห็นว่า การนับระยะเวลาการฟ้องคดีควรพิจารณาว่า บุคคลที่สามได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองและได้รับแจ้งสิทธิการฟ้องคดีหรือไม่ หากบุคคลที่สามได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองและได้รับแจ้งสิทธิการฟ้องคดี บุคคลที่สามย่อมรู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดีเมื่อันนั้น และจะต้องฟ้องคดีภายในเก้าสิบวันนับแต่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองตามมาตรา ๔๙ แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่หากได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองแต่ไม่ได้รับแจ้งสิทธิการฟ้องคดี ระยะเวลาการฟ้องคดีย่อมขยายไปเป็นหนึ่งปีตามมาตรา ๕๐ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน แต่ในกรณีที่บุคคลที่สามไม่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองเลย ระยะเวลาการฟ้องคดีควรเริ่มนับเมื่อบุคคลที่สามรู้หรือควรรู้ว่าตนได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแล้ว และต้องฟ้องคดีภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดี โดยเทียบเคียงระยะเวลาขั้นสูงตามมาตรา ๕๐ ดังกล่าว

หากมีการอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางโดยบุคคลที่สาม ต่อผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ก็ได้ หรือต่อศาลมีคดี ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์หรือศาลมีคดีจะต้องเรียกผู้รับคำสั่งทางปกครองเข้ามาให้ข้อเท็จจริงและโต้แย้งตามมาตรา ๓๐ แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ หรือบทบัญญัติว่าด้วยการร้องฟ้องอดตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมจะรู้ถึงความไม่満ใจของคำสั่งทางปกครองนั้น จึงไม่อาจยกความสูญเสียขึ้นอ้างเพื่อมีการเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองได้ ทั้งนี้ การตรวจสอบและการเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางเนื่องจากการอุทธรณ์ของบุคคลที่สามทั้งสองกรณี จะต้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองบุคคลที่สามเท่านั้น ซึ่งอาจจะเป็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเนื่องจากคำสั่งทางปกครองละเมิดสิทธิของบุคคลที่สาม หรือเป็นการยกเลิกคำสั่งทางปกครองเนื่องจากคำสั่งทางปกครอง มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมอันกระทบกระเทือนสิทธิของบุคคลที่สาม<sup>๕๔</sup> เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็ เพราะว่า เมื่อบุคคลที่สาม อุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง บุคคลที่สามจะกลایเป็นผู้ดัดค้านคำขอให้ออกคำสั่งทางปกครองแรก และเป็นผู้ยื่นคำขอให้มีการออกคำสั่งเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองแรก ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ จึงต้องพิจารณาว่าบุคคลที่สามมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือความไม่เหมาะสม

<sup>๕๒</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๒๓/๒๕๔๒

<sup>๕๓</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๔/๒๕๔๒

<sup>๕๔</sup> Vgl. Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 18. Auflage, (München : C.H. Beck, 2012), § 68, Rn. 9 ; Vgl. Glaser in : Gärditz, Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Auflage, (Köln : Carl Heymanns, 2018), § 68, Rn. 65.

Vgl. Rennert in : Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Auflage, (München : C.H. Beck, 2019), § 68, Rn. 16.

ของคำสั่งทางปกครองในส่วนใดบ้าง ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จึงไม่อาจหยິบยกเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือความไม่เหมาะสมอื่น ๆ ที่ไม่เป็นประโยชน์แก่การคุ้มครองบุคคลที่สามมาเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองได้<sup>๔๔</sup>

### ๓.๕ ผลของการเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง

การเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางย่อมมีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิของผู้รับคำสั่งทางปกครองและบุคคลที่สามที่ได้รับผลจากคำสั่งทางปกครองเนื่องจากการเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่งที่ทำให้คำสั่งทางปกครองเดิมลึกลับไปทั้งหมดหรือบางส่วน และอาจถูกโต้แย้งต่อไปได้<sup>๔๕</sup> เมื่อมีการเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางทั้งหมดย่อมจะทำให้ผู้ที่เคยได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางเดิมกลับมาเป็นผู้ได้รับภาระจากคำสั่งเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว และผู้ที่เคยได้รับภาระก็จะกลับมาเป็นผู้ได้รับประโยชน์ เช่น เจ้าหน้าที่เพิกถอนคำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารผู้ที่เคยได้รับอนุญาตให้สร้างอาคารย่อมได้รับภาระจากคำสั่งดังกล่าว และเพื่อบันผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งอนุญาตย่อมกลับมาเป็นผู้ได้รับประโยชน์ หรือกรณีการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ ย่อมสร้างภาระแก่ผู้ที่ได้รับแต่งตั้ง และก่อประโยชน์ให้แก่ข้าราชการรายอื่นที่แข่งขันกันเข้าสู่ตำแหน่งนั้น เนื่องจากการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งย่อมทำให้ตำแหน่งว่างลง และผู้อื่นมีโอกาสเข้าสู่ตำแหน่งนั้นได้

ทั้งนี้ พึงมีข้อสังเกตว่า การเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางในบางกรณีอาจมีผลกระทบต่อผู้ที่ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองนั้นอย่างรุนแรงได้ เช่น การเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการโดยให้มีผลย้อนหลัง ที่มีผลให้ข้าราชการที่ได้รับแต่งตั้งต้องกลับไปดำรงตำแหน่งเดิมที่เคยดำรงอยู่ก่อน<sup>๔๖</sup> หรือการเพิกถอนคำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารที่อาจมีผลให้อาคารที่ก่อสร้างเสร็จแล้วต้องถูกรื้อถอนไปทั้งหมด ซึ่งในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยยังมีได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการดำเนินสิทธิหรือประโยชน์ของบุคคลที่สามและข้อยกเว้นที่จะไม่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางไว้แต่อย่างใด

ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางถูกเพิกถอนหรือยกเลิกโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่นักกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่เคยได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองที่ถูกกลบล้างไปย่อมจะต้องอยู่ภายใต้การบังคับของมาตรการ ๔๔ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ประกอบมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ที่จะต้องอุทธรณ์คำสั่ง

<sup>๔๔</sup> Vgl. Soden/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 7. Auflage, (München : C.H. Beck, 2016), § 93, Rn. 12.

<sup>๔๕</sup> Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, (Berlin : De Gruyter, 2010), § 22, Rn. 26

<sup>๔๖</sup> Ibid, § 24, Rn. 39 ; วรเจตน์ ภาครัตน์, กฎหมายปกครอง : ภาคที่ว่าไป, พิมพ์ครั้งที่ ๑, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, ๒๕๔๔), น. ๒๕๐.

<sup>๔๗</sup> คำสั่งศาลปกครองกลางที่ ๑๓๓๙/๒๕๔๖ ; โปรดดู นิติกร ชัยวิเศษ, “ความไม่เหมาะสมในการนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาใช้บังคับการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ”, วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ ๔๘ ฉบับที่ ๒, (มิถุนายน ๒๕๖๒), น. ๒๔๘ (๒๕๖ – ๒๕๗).

เพิกถอนหรือยกเลิกดังกล่าวเสียก่อน จึงจะสามารถนำคำสั่งเพิกถอนหรือยกเลิกมาฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ต่อไปได้ แต่ถ้าหากคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางถูกเพิกถอนหรือยกเลิกในกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่เคยได้รับประโยชน์ย่อมไม่อาจอุทธรณ์คำวินิจฉัยอุทธรณ์ข้ออ้างได้<sup>๔๙</sup> และสามารถนำคำวินิจฉัยอุทธรณ์ไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ทันที เพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนเฉพาะคำวินิจฉัยอุทธรณ์และทำให้คำสั่งทางปกครองเดิมกลับมาฟ้องคดีเดิม<sup>๕๐</sup>

#### ๔. การพิจารณาคดีของศาลปกครองเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง

##### ๔.๑ เงื่อนไขการฟ้องคดี

เงื่อนไขการฟ้องคดีในส่วนนี้จะกล่าวถึงสิทธิการฟ้องคดีของผู้ฟ้องคดี ซึ่งตามมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ กำหนดว่า ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้จากการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และการบรรเทาความเดือดร้อนหรือเสียหายนั้นต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๓๒ ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ซึ่งผู้เดือดร้อนหรือเสียหายที่จะมีสิทธิฟ้องคดีเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางก็คือผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือบุคคลที่สามนั่นเอง แต่ผู้ใดจะเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีย่อมขึ้นอยู่กับว่าผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งทางปกครองอันเป็นที่สุดในฝ่ายปกครอง ตามที่จะได้อธิบายดังต่อไปนี้

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นว่า การจะฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้นั้น จะต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นภายในฝ่ายปกครองให้เสร็จสิ้นเสียก่อน จึงจะสามารถนำคำสั่งทางปกครองไปฟ้องต่อศาลปกครองได้ ซึ่งเป็นไปตามที่มาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติว่า หากมีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการในการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายໄວ่โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องดังกล่าวจะต้องมีการดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดเสียก่อน และได้มีการสั่งการตามกฎหมายดังกล่าว หรือมิได้มีการสั่งการในเวลาอันสมควร หรือภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด

ในกรณีที่บุคคลที่สามที่ไม่ว่าจะเป็นนั้นหรือไม่ ได้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง แต่สร้างภาระแก่ตน ผลของคำวินิจฉัยอุทธรณ์ มีได้สองแนวทาง ได้แก่ คำวินิจฉัยอุทธรณ์ที่ยืนยันคำสั่งทางปกครองเดิม และคำวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองชั้นต้นทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งในกรณีที่คำวินิจฉัยอุทธรณ์ได้ยืนยันคำสั่งทางปกครองเดิม ผู้ที่เดือดร้อนหรือเสียหาย และมีสิทธิฟ้องคดี คือ บุคคลที่สามที่ได้รับภาระจากคำสั่งทางปกครองชั้นต้นและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ที่ยืนยันคำสั่งทางปกครองดังกล่าว แต่หากคำวินิจฉัยอุทธรณ์ มีผลให้เพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองชั้นต้น และมีผลเป็นการปลดเปลื้องภาระของบุคคลที่สาม แต่สร้างภาระต่อผู้ที่เคยได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองชั้นต้น ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำวินิจฉัยอุทธรณ์ และมีสิทธิฟ้องคดี คือ ผู้รับคำสั่งทางปกครองโดยตรงที่เคยได้ประโยชน์จากคำสั่ง

<sup>๔๙</sup> โปรดดู ขัยวัฒน์ วงศ์วัฒนาศน์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพฯ : จิรรัชการพิมพ์, ๒๕๔๐), น. ๓๘๘.

<sup>๕๐</sup> ผลของการเพิกถอนคำสั่งยกเว้นหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง โปรดดู วราพร วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ ๑, (กรุงเทพฯ : วิญญาณ, ๒๕๑๒), น. ๑๙๕ ; คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๑๔/๒๕๔๘

ทางปกครองชั้นต้น มีบุคคลที่สาม เช่น บุคคลที่สามอุทธรณ์คำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร เนื่องจากเห็นว่า การอนุญาตให้ก่อสร้างนั้นกระทบกระเทือนต่อกรรมสิทธิ์ในที่ดินของตน และผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่า การอนุญาตนั้นกระทบต่อบุคคลที่สามจริง จึงให้เพิกถอนการอนุญาตนั้นบางส่วน ทำให้บุคคลที่สามไม่ได้รับผลกระทบจากการก่อสร้างนั้นอีกต่อไป แต่ผู้ที่ได้รับอนุญาตต้องรับภาระจากการที่ไม่อาจสร้างอาคารได้ตามรูปแบบเดิม และเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำวินิจฉัยอุทธรณ์

#### ๔.๒ วัตถุแห่งคดี

วัตถุแห่งคดีในคดีฟ้องเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางจะขึ้นอยู่กับว่า มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองหรือไม่ เนื่องจากมีบางกรณีที่ไม่จำต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อน เช่น กรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นที่สุด<sup>๖๑</sup> หรือเป็นกรณีที่บุคคลที่สามผู้ได้รับผลกระทบสามารถฟ้องคดีต่อศาลได้โดยตรง เนื่องจากบุคคลที่สามไม่ได้เข้ามาในการพิจารณาทางปกครอง จึงไม่อยู่ในฐานะคู่กรณี อันจะอยู่ภายใต้บังคับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

ในกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง วัตถุแห่งคดีย่อมจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ แต่หากมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง วัตถุแห่งคดีที่เป็นคำวินิจฉัยอุทธรณ์ อาจแบ่งออกได้สองประเภท คือ คำวินิจฉัยอุทธรณ์ที่ยืนยันคำสั่งทางปกครองชั้นต้น กับคำวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองชั้นต้นทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ที่ยืนยันคำสั่งทางปกครองชั้นต้นจะเป็นวัตถุแห่งคดีรวมกับคำสั่งทางปกครองชั้นต้น และผู้ฟ้องคดีก็คือบุคคลที่สามที่ได้รับผลกระทบมาตั้งแต่แรก แต่ในกรณีที่คำวินิจฉัยอุทธรณ์เพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองชั้นต้นทั้งหมดหรือบางส่วน วัตถุแห่งคดีจะมีแต่คำวินิจฉัยอุทธรณ์เท่านั้น เนื่องจากผู้ฟ้องคดีในกรณีนี้ คือ ผู้รับคำสั่งทางปกครองชั้นต้นที่เคยได้ประโยชน์ และต้องการให้คำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนหรือยกเลิกไปกลับมาเมื่อผลดังเดิม<sup>๖๒</sup>

#### ๔.๓ คำขอของผู้ฟ้องคดี

ในนิติสัมพันธ์อันเกี่ยวเนื่องกับคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางที่การให้ประโยชน์ และการสร้างภาระเป็นเงื่อนไขเชิงกันและกัน ผู้ฟ้องคดีย่อมต้องร้องขอให้ศาลมีเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองแต่สร้างภาระแก่ผู้ฟ้องคดี หรือในทางกลับกัน ผู้ฟ้องคดีจะต้องร้องขอให้ศาลมีเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระแก่ตัวเอง แต่ให้ประโยชน์แก่บุคคลที่สาม และเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ตัว<sup>๖๓</sup> เช่น ในกรณีการแข่งขันกันเข้าสู่ตำแหน่งข้าราชการ ผู้ที่ไม่ได้รับคัดเลือกย่อมจะร้องขอให้ศาลมีเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งผู้ที่ได้รับคัดเลือก และเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองแต่งตั้งตนเองในตำแหน่งนั้น ผู้ฟ้องคดีไม่อาจเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองกำหนดตำแหน่งเดียวกันขึ้นมา

<sup>๖๑</sup> ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงศ์, การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง, น. ๖, จากเว็บไซต์ <http://web.krisdika.go.th/data/outsitedata/outsite16/file/15Feb17-1.pdf> สืบคันเมื่อวันที่ ๑๘ พฤษภาคม ๒๕๖๓

<sup>๖๒</sup> โปรดดู มาโนนิตย์ วงศ์เสรี, การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ศึกษาเบรียบเทียบระบบกฎหมายไทย และระบบกฎหมายเยอรมัน, (กรุงเทพฯ : สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๖๑), น. ๑๐๗.

<sup>๖๓</sup> Huber, Peter – Michael, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, (Tübingen : Mohr Siebeck, 1991), S. 472.

ให้ผู้ฟ้องคดีโดยเฉพาะเจาะจงได้ เนื่องจากฝ่ายปกครองของก็ต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดจำนวนตำแหน่งที่มีจำนวนจำกัด<sup>๖๔</sup>

#### ๔.๔ การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองและการขอรับเท่าทุกข์ชั่วคราว

การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองและการขอรับเท่าทุกข์ชั่วคราวเป็นวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๖๖ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๔ ประกอบบทบัญญัติในหมวด ๕ ส่วนที่ ๑ และส่วนที่ ๒ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษามีไว้เพื่อคุ้มครองผู้ฟ้องคดีในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล โดยจะคุ้มครองผู้ฟ้องคดีจากการผลบังคับของคำสั่งทางปกครองหรือคุ้มครองผู้ฟ้องคดีโดยการกำหนดกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือคุ้มครองสภาพแห่งข้อเท็จจริงไว้จนกว่าการพิจารณาคดีจะเสร็จสิ้น ทั้งนี้ เพื่อมิให้หลักประกันการคุ้มครองสิทธิโดยศาลถูกละเมิดได้จากการบังคับการของฝ่ายปกครองจนไม่อาจแก้ไขได้ในภายหลัง<sup>๖๕</sup> อย่างไรก็ได้ กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยมิได้กำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางไว้ จึงต้องใช้หลักเกณฑ์เดียวกับคำสั่งทางปกครองโดยทั่วไป

##### ๔.๔.๑ การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง

ตามข้อ ๖๙ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ กำหนดว่า การฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น แต่ผู้ฟ้องคดีอาจยื่นคำขอต่อศาล เพื่อให้ศาลมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เพื่อชลอหรือระงับการบังคับตามผลของคำสั่งทางปกครองได้ การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองตามคำสั่งของศาลปกครองนี้แตกต่างจากการทุเลาการบังคับทางปกครองตามมาตรา ๖๓/๒ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ โดยการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองตามคำสั่งศาลจะเป็นการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลบังคับไปเป็นการชั่วคราวในระหว่างที่คำสั่งทุเลาการบังคับยังคงมีผลอยู่<sup>๖๖</sup> ซึ่งใช้บังคับได้กับคำสั่งทางปกครองทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นคำสั่งก่อตั้งสิทธิหรือระงับสิทธิ<sup>๖๗</sup> หรือคำสั่งให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ หรือคำสั่งให้ส่งมอบเงินหรือทรัพย์สิน ส่วนการทุเลาการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

<sup>๖๔</sup> เช่น ตำแหน่งหัวหน้าส่วนราชการ มีได้ส่วนราชการละ ๑ ตำแหน่ง ตามที่กำหนดในหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร ๑๐๐๘/ว ๒ ลงวันที่ ๑๙ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๘

<sup>๖๕</sup> Vgl. Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 11 Auflage, (München : C.H. Beck, 2019), § 31, Rn. 1 – 2.

<sup>๖๖</sup> อันยพร พึงพุ่มแก้ว, “การทุเลาการบังคับตามกฎหมายคือคำสั่งทางปกครอง”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๕), น. ๘๐.

<sup>๖๗</sup> เช่น คำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งยกเลิกการประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ เมื่อมีการทุเลาการบังคับตามคำสั่งยกเลิกการประกาศรายชื่อดังกล่าว ย่อมต้องถือว่าการประกาศรายชื่อดังกล่าวยังคงมีผลบังคับอยู่ และผู้ที่มีสิทธิเข้ารับการศึกษาอบรมตามประกาศรายชื่อนั้นยังคงมีสิทธิเข้ารับการศึกษาอบรมต่อไป โปรดดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. ๑๕๐/๒๕๕๘

พ.ศ. ๒๕๓๙ จะเป็นการทุเลาการใช้มาตราการบังคับทางปกครองในคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำการงดเว้นกระทำการ หรือคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ส่งมอบเงินหรือทรัพย์สินเท่านั้น<sup>๗๔</sup>

สำหรับเงื่อนไขในการพิจารณาว่าศาลจะสั่งให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ได้ถูกกำหนดไว้ในข้อ ๗๒ วรรคสาม แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ โดยมีเงื่อนไขทั้งสี่ตามประการ ดังนี้ เงื่อนไขประการแรก คือ ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า คำสั่งทางปกครองน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย เงื่อนไขประการที่สอง คือ หากให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลใช้บังคับต่อไปจะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไข ในภายหลัง และเงื่อนไขประการที่สาม คือ การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นไม่เป็นอุปสรรค แก่การบริหารงานของรัฐหรือบริการสาธารณะ

การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางเกิดขึ้นได้ เช่นเดียวกับ คำสั่งทางปกครองโดยทั่วไป เช่น การทุเลาการบังคับตามคำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร<sup>๗๕</sup> เนื่องจาก ศาลพิจารณาคำขอของเพื่อนบ้านที่เป็นผู้ฟ้องคดีแล้ว เห็นว่า คำสั่งอนุญาตนั้นน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากแบบที่ยื่นขออนุญาตนั้นผิดแบบ ทำให้อาคารไม่มีความมั่นคงปลอดภัย และหากให้การก่อสร้าง ตามคำสั่งดังกล่าวดำเนินการต่อไปอาจทำให้อาคารพังทลายลงมาทับบ้านของผู้ฟ้องคดีจนเสียหายทั้งหมด และการทุเลาการบังคับตามคำสั่งอนุญาตดังกล่าวไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐหรือบริการสาธารณะ แต่ทั้งนี้ การที่กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองมิได้กล่าวถึงวิธีการในการจัดการคำสั่งทางปกครอง ที่กำหนดกฎหมายที่ในนิติสมัยพัฒนามาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยเฉพาะ อาจทำให้สิทธิหรือประโยชน์ของผู้ที่ได้รับประโยชน์ จำกัดคำสั่งทางปกครองถูกมองข้ามไปได้โดยง่าย โดยจากการนี้การทุเลาตามคำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารข้างต้น หากผู้ที่ได้รับอนุญาตได้จัดเตรียมวัสดุอุปกรณ์ และได้ใช้จ่ายเงินลงทุนสำหรับการก่อสร้างไปจนหมดสิ้นแล้ว การทุเลาการบังคับตามคำสั่งอนุญาตให้สร้างอาคารย่อมเกิดผลกระทบต่อผู้ที่ได้รับอนุญาตอย่างร้ายแรง เพราะไม่อาจแสวงประโยชน์จากการที่ยังก่อสร้างไม่แล้วเสร็จได้ ดังนั้น ผู้ที่ได้รับประโยชน์จากการคำสั่ง อนุญาตจึงมีสิทธิหรือประโยชน์ที่จะให้คำสั่งดังกล่าวมีผลบังคับต่อไปไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าเพื่อนบ้านผู้ที่ต้องการ ให้รับการก่อสร้างเลย<sup>๗๖</sup> แต่ข้อ ๗๒ วรรคสาม แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มิได้กำหนดให้ศาลต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ที่ได้รับ ประโยชน์จากการคำสั่งทางปกครองเลย

<sup>๗๔</sup> ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, หลักที่ไว้ใน การบังคับทางปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, น. ๓ – ๕ จากเว็บไซต์ <https://www.krisdika.go.th/data/outsitedata16/file/31-8-63-3.pdf> สืบคันเมื่อวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน ๒๕๖๓.

<sup>๗๕</sup> ตัวอย่าง โปรดดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๒๐/๒๕๖๐

<sup>๗๖</sup> Vgl. Hoppe in : Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Auflage, (München : C.H. Beck, 2019), § 80a, Rn. ; Vgl. Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Auflagen, (München : C.H. Beck, 2008), Rn. 796.

#### ๔.๔.๒ การบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

การบรรเทาทุกข์ชั่วคราวถูกกำหนดไว้ในข้อ ๗๕ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ การบรรเทาทุกข์ชั่วคราว เป็นการกำหนดมาตรการอื่น ๆ โดยคำสั่งศาล อันมิใช่การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง แต่เป็น การกำหนดกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำ<sup>(๑)</sup> ในเบื้องต้นมีปัญหาที่จะต้องอภิปรายว่า หากผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง จะสามารถร้องขอให้ศาลมีกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวเพิ่มเติมจากการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้หรือไม่

ตามแนวคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด ได้มีความเห็นแบ่งออกเป็นสองแนวทาง โดยแนวทางที่หนึ่ง เห็นว่า การบรรเทาทุกข์ชั่วคราวจะใช้กับคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองไม่ได้ เนื่องจากมีหลักเกณฑ์และวิธีการที่คุ้มครองเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะแล้ว คือ การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองตามข้อ ๖๙ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วย วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓<sup>(๒)</sup> ส่วนแนวทางที่สอง เห็นว่า การบรรเทาทุกข์ชั่วคราวใช้กับคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ เนื่องจากการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวเป็นกรณีที่ออกหน่อยไปจากข้อ ๖๙ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ ที่ศาลอากำหนดวิธีการหรือมาตรการใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวได้<sup>(๓)</sup>

หากพิจารณาถ้อยคำในข้อ ๗๕ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ ที่กำหนดว่า “นอกจากรณีที่กล่าวไว้ในข้อ ๖๙ ผู้ฟ้องคดีอาจยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา หรือคุ้มครองอาจยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดวิธีการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอในระหว่างการพิจารณาเพื่อบังคับตามคำพิพากษาได้” ซึ่งคำว่า “นอกจากรณีที่กล่าวไว้ในข้อ ๖๙ ผู้ฟ้องคดีอาจยื่นคำขอ...” ย่อมตีความได้ว่า ผู้ฟ้องคดีอาจยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวเพิ่มเติมนอกหน่อยไปจากการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดไว้ในข้อ ๖๙ ได้<sup>(๔)</sup>

สำหรับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาของศาลว่าจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวหรือไม่ มีสองประการ ได้แก่ ประการแรก คำฟ้องต้องมีมูลและมีเหตุผลเพียงพอที่จะนำมาตราการหรือวิธีการคุ้มครองตามที่ขอมาก็ได้ โดยต้องให้เป็นที่พอใจของศาลว่า ผู้ถูกฟ้องคดีตั้งใจจะกระทำข้าหื่นหรือกระทำต่อไปซึ่งการละเมิด การผิดสัญญาหรือการกระทำที่ถูกฟ้องร้อง หรือผู้ฟ้องคดีจะได้รับความเสียหายต่อเนื่องไปจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดี และประการที่สอง จะต้องคำนึงถึงความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และปัญหาอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้น

<sup>(๑)</sup> สายทิพย์ จำล, ความเหมือนและความแตกต่างระหว่างการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองกับการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว, น. ๓๕, จากเว็บไซต์ <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act341.pdf> สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๕ พฤษภาคม ๒๕๖๓

<sup>(๒)</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๕๕/๒๕๔๔ ; คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๐๐ – ๔๐๑/๒๕๔๕ ; คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๐/๒๕๔๙

<sup>(๓)</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๒๗๐ – ๒๗๑/๒๕๔๕ ; คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๑๔/๒๕๔๖ ; คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๘๗/๒๕๔๖ ; คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. ๑/๒๕๔๗

<sup>(๔)</sup> อันยพร พึงพุ่มแก้ว, “การทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๕), น. ๙๖.

แก่การบริหารงานของรัฐ<sup>๗๕</sup> เหตุผลที่อาจจันนำไปใช้ในการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว เช่น สถานศึกษา ปฏิเสธไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษา แต่ผู้ฟ้องคดีจะมีอายุเกินเกณฑ์ที่สถานศึกษาจะรับเข้าศึกษาในระหว่าง การพิจารณาคดี อันเป็นความเสียหายอันไม่อาจแก้ไขได้ จึงขอให้ศาลสั่งให้สถานศึกษารับผู้ฟ้องคดี เข้าศึกษาไปพลงก่อน<sup>๗๖</sup> แต่ทั้งนี้ การกำหนดมาตรการหรือวิธีการในการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวจะต้องไม่มีผล เป็นการทำให้การพิจารณาคดีไร้ประโยชน์ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการ บรรเทาทุกข์ชั่วคราวจะต้องไม่มีผลเป็นการแทนที่คำพิพากษาในบันปลาย เช่น คำขอของผู้ฟ้องคดีที่ขอให้ ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวมีลักษณะเดียวกับคำขอท้ายฟ้อง<sup>๗๗</sup>

ในคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางก็อาจมีกรณีที่ศาลมีกำหนดมาตรการ หรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวได้ในกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่เป็นผู้ได้ประโยชน์ ได้ดำเนินการ ใช้ประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองนั้นหรือจะใช้ประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองนั้นต่อไป<sup>๗๘</sup> เช่น กรณีคำสั่ง อนุญาตให้เข้าแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ที่แม้ศาลจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการบรรเทาทุกข์ ชั่วคราวโดยมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองแล้วก็ตาม แต่ผู้รับประโยชน์จากคำสั่งดังกล่าว อาจไม่สนใจการทุเลาการบังคับนั้นและเข้าแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งการที่ทรัพยากรธรรมชาติ ถูกใช้ไปแล้ว ย่อมไม่อาจแก้ไขได้ในภายหลัง กรณีนี้ศาลมีคำสั่งห้ามให้ผู้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครอง ใช้ประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองได้ หรือกรณีคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการเปิดเผยข้อมูลของบุคคลที่สาม ต่อผู้ขอข้อมูลไปแล้ว ผู้ฟ้องคดีที่ถูกเปิดเผยข้อมูลอาจขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามให้มีการเปิดเผยหรือใช้ข้อมูลนั้นต่อได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีอาจร้องขอให้ศาลมีกำหนดมาตรการ หรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว นอกจากนี้อีกจุดการบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้ด้วย

จากการนี้ที่กล่าวมาข้างต้น มาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว อาจแบ่งออกเป็นมาตรการหรือวิธีการที่กำหนดให้คู่กรณีดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งไปพลงก่อน เพื่อบรรเทาทุกข์แก่ผู้ฟ้องคดี และมาตรการหรือวิธีการที่กำหนดห้ามมิให้คู่กรณีดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อรักษาสิทธิของผู้ฟ้องคดีไว้ก่อน<sup>๗๙</sup>

#### ๔.๕ การร้องสอด

การพิจารณาคดีเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง ผลแห่งคำพิพากษา ย่อมกระทบต่อผู้ที่ได้รับประโยชน์และผู้ที่ได้รับภาระจากคำสั่งทางปกครองนั้นโดยตรงอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่กรณี จึงต้องให้ผู้ที่ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองนั้นเข้ามามีส่วนร่วม ในกระบวนการพิจารณาของศาลโดยวิธีการร้องสอดด้วย

การร้องสอดถูกกำหนดไว้ในข้อ ๗๘ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการ ในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ ซึ่งข้อ ๗๘ กำหนดให้นำมาตรา ๕๗ และมาตรา ๕๘ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาบังคับใช้โดยอนุโน้ม ตามมาตรา ๕๗ แห่งประมวล

<sup>๗๕</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. ๑/๒๕๕๗

<sup>๗๖</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๐๑/๒๕๕๖

<sup>๗๗</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. ๑/๒๕๕๗

<sup>๗๘</sup> Vgl. Hoppe in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Auflage, (München : C.H.

Beck, 2019), § 80a, Rn. 10.

<sup>๗๙</sup> Vgl. Ibid, § 123, Rn. 18.

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ผู้ร้องสอดจะต้องเป็นบุคคลภายนอก กล่าวคือ มีใช้ผู้ฟ้องคดีหรือผู้ถูกฟ้องคดีในคดีนั้น<sup>๔๐</sup> การร้องสอดตามมาตรา ๕๗ ดังกล่าวมี ๓ กรณี ได้แก่ กรณีที่หนึ่ง ตามมาตรา ๕๗ (๑) เป็นการร้องสอดด้วยความสมัครใจเข้ามาเป็นคู่ความฝ่ายที่สามโดยสิทธิของตนเอง กรณีที่สอง ตามมาตรา ๕๗ (๒) เป็นการร้องสอดด้วยความสมัครใจโดยเข้าร่วมเป็นผู้ฟ้องคดีหรือผู้ถูกฟ้องคดี หรือเข้าแทนที่ผู้ฟ้องคดีหรือผู้ถูกฟ้องคดีเนื่องจากผู้ร้องสอดมีส่วนได้เสียในผลแห่งคดี กรณีที่สาม ตามมาตรา ๕๗ (๓) เป็นการร้องสอดเนื่องจากศาลมีหมายเรียกเข้ามาในคดีเนื่องจากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคำขอ หรือมีกฎหมายบังคับให้ยกบุคคลภายนอกเข้ามาในคดี หรือเป็นกรณีที่ศาลเห็นสมควรเรียกเข้ามาในคดี<sup>๔๑</sup> ซึ่งในคดีปักครองเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง ผู้ที่ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองจะต้องร้องสอดเข้ามาเป็นคู่กรณีฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดี หรือเข้ามาเป็นคู่กรณีฝ่ายที่สามในฐานะผู้ร้องสอด เนื่องจากหากศาลปักครองมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดี ย่อมกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ร้องสอดด้วย<sup>๔๒</sup>

การร้องสอดตามข้อ ๗๘ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปักครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ ประกอบมาตรา ๕๗ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ผู้ร้องสอดจะต้องยื่นคำขอเป็นผู้ร้องสอดเข้ามาในคดีในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลปกครองชั้นต้น ไม่อาจร้องสอดเข้ามาในการพิจารณาอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดได้<sup>๔๓</sup>

อย่างไรก็ดี แม้ผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางจะไม่ได้ยื่นคำร้องต่อศาลมขอเข้ามาเป็นผู้ร้องสอด แต่ศาลมีอำนาจออกหมายเรียกให้ผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองเข้ามาเป็นคู่กรณีได้ตามข้อ ๗๘ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปักครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ ประกอบมาตรา ๕๗ (๓) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพื่อให้โอกาสผู้ได้รับประโยชน์ในการปกป้องสิทธิของตน<sup>๔๔</sup> อย่างไรก็ดี แนวทางปฏิบัติของศาลปกครองในการเรียกผู้ได้รับประโยชน์เข้ามาเป็นผู้ร้องสอดยังคงไม่แน่นอน เนื่องจากมีบางกรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นไม่เรียกผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองเข้ามาในคดี<sup>๔๕</sup> ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทุกฝ่าย ศาลปกครองสูงสุดควรมีคำพิพากษาหรือคำสั่งวางแผนทางให้มีการเรียกผู้ที่ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางเข้ามาในคดีทุกกรณี

ในส่วนของผลของการเป็นผู้ร้องสอดถูกกำหนดไว้ในมาตรา ๕๘ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยหากเป็นการร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความฝ่ายที่สามในฐานะผู้ร้องสอดเองตามมาตรา ๕๗ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ผู้ร้องสอดจะมีสิทธิเมื่อมีคำสั่งของหัวหน้าที่ปรึกษาที่มีอำนาจออกหมายเรียกให้ผู้ร้องสอดเข้ามาในคดี หรือคัดค้านพยานหลักฐานเดิม แต่หากผู้ร้องสอดได้เข้าร่วมกับ

<sup>๔๐</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๗๖๙/๒๕๕๑

<sup>๔๑</sup> โปรดดู วิถี ปานะบุตร, “ร้องสอด”, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ ๑ ฉบับที่ ๔, ๒๕๑๖, น. ๕๒ (๕๕ – ๖๖); นัตร รัตนพัฒนีย์, “ผู้ร้องสอด”, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ ๓ ฉบับที่ ๔, ๒๕๑๘, น. ๓๙ (๔๐ – ๔๔).

<sup>๔๒</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๖๕ – ๔๖๖/๒๕๖๓; คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๓๙/๒๕๖๓

<sup>๔๓</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๘๙/๒๕๔๙

<sup>๔๔</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๒๕๗/๒๕๕๐

<sup>๔๕</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๘๙/๒๕๔๙; คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๖๒๘/๒๕๑๑; คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๙๖/๒๕๖๓

ฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีจะไม่อาจใช้สิทธิของตนขัดกับสิทธิของผู้ถูกฟ้องคดีเดิมได้ และท้ายที่สุด ผู้ร้องสองด้วยต้องผูกพันต่อคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลในคดีนั้นด้วย

#### ๔.๖ การกำหนดคำบังคับของศาล

คดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง ผู้ฟ้องคดีย่อมจะต้องขอให้ศาลมีคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งตามมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติไว้ว่า ในคดีที่ฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ศาลปกครองมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งนั้น จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองมีเพียงอำนาจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง แต่ไม่มีอำนาจพิพากษาและกำหนดคำบังคับให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้ฟ้องคดีแทนที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองเดิมได้ เนื่องจากอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองเป็นอำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้ดุลพินิจ<sup>๗๖</sup> แต่ทั้งนี้ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการทำคำสั่งทางปกครองใหม่ ฝ่ายปกครองจะต้องยึดถือคำพิพากษาของศาลด้วย โดยหากคำสั่งทางปกครองนั้นมีการใช้ดุลพินิจผิดพลาด ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจใหม่ให้ชอบด้วยกฎหมาย<sup>๗๗</sup>

#### ๕. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางถือเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่งที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองของไทย เนื่องจากเป็นนิติสัมพันธ์สามฝ่ายที่มีความซับซ้อนอย่างยิ่ง การที่จะจัดสรรผลประโยชน์ระหว่างฝ่ายปกครอง ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ได้รับประโยชน์ และบุคคลที่สามที่ได้รับผลกระทบจากการคำสั่งทางปกครอง ต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายปกครองหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง สิทธิของบุคคลที่สามที่ถูกกระทบกระเทือน และประสิทธิภาพในการบริหารงานของรัฐหรือการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง

ทั้งนี้ ในระบบกฎหมายปกครองไทยยังมิได้มีการกล่าวถึงคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง ไว้โดยชัดแจ้งในบทบัญญัติของกฎหมาย ทำให้เกิดประเด็นที่ยังต้องมีการอภิปรายต่อไปว่า ใน การเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางงานอกรอบนานาด้านอย่างไร ซึ่งจากการวิเคราะห์กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน พบว่า เจ้าหน้าที่จะต้องผูกพันต่อหลักเกณฑ์ว่าด้วยการดำเนินถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เสมอ ซึ่งการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องผูกพันต่อหลักเกณฑ์ดังกล่าวอย่างเคร่งครัดอาจทำให้สิทธิของบุคคลที่สามที่ถูกกระทบกระเทือนโดยคำสั่งทางปกครองไม่ได้รับการเยียวยาอย่างเหมาะสม

<sup>๗๖</sup> โปรดดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๗๐๒/๒๕๔๒ ; คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๐๑/๒๕๔๔ ; คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. ๑๘๗/๒๕๖๑

<sup>๗๗</sup> Vgl. Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 11 Auflage, (München : C.H. Beck, 2019), § 26, Rn. 24 ; โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๕๓/๒๕๔๔

เพราะหากเจ้าหน้าที่เพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางโดยมิได้คำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่ง คำสั่งเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองนั้นอาจถูกผู้ที่เคยได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองเดิมโต้แย้ง และถูกเพิกถอนโดยศาลปกครอง และจะทำให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นต้องมีความรับผิดทางวินัยหรือละเมิดตามมา นอกจากนี้ การเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางในกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ ยังมีประเด็นปัญหาต่อไปว่าผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะต้องผูกพันต่อหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๔๙ – มาตรา ๕๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๘ หรือไม่ เพียงใด ซึ่งในทางวิชาการยังมีความเห็นเป็นสองฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไม่ต้องผูกพันต่อหลักเกณฑ์ดังกล่าว ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะต้องผูกพันต่อหลักเกณฑ์ดังกล่าวด้วย และในประเด็นนี้ ยังมิได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองที่กล่าวถึงโดยตรง ดังนั้น ประเด็นนี้จึงเป็นเรื่องที่ฝ่ายวิชาการควรศึกษาและพัฒนาต่อไปเพื่อหาข้อสรุปสำหรับนำไปปฏิบัติให้ถูกต้องเหมาะสม

นอกจากนี้ ในกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยมิได้กล่าวถึงการพิจารณาคดีเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางไว้เป็นการเฉพาะ ทำให้มีความไม่ชัดเจนในเรื่องของการทุเลา การบังคับตามคำสั่งทางปกครองและการกำหนดมาตรการหรือวิธีการบรรเทาทุกข์ช่วยร้าวในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง ศาลปกครองจะกำหนดให้มีการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไปพร้อมกับมาตรการหรือวิธีการบรรเทาทุกข์ช่วยร้าวได้หรือไม่ และยังมีประเด็นปัญหารือการซึ่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีกับผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าในการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองและการกำหนดมาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์ช่วยร้าว ศาลจะต้องคำนึงถึงสิทธิหรือประโยชน์ของผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองมากน้อยเพียงใด คงแต่เพียงกำหนดให้ศาลมีคำนึงถึงสิทธิหรือประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีกับการบริหารงานของรัฐหรือบริการสาธารณะเท่านั้น ทั้งที่ฝ่ายผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ตี ฝ่ายผู้ฟ้องคดีก็ตี ต่างก็เป็นผู้ทรงสิทธิในระบบกฎหมายที่ควรได้รับการคุ้มครองสิทธิตัวยกันทั้งคู่

สำหรับแนวทางการพัฒนาวิธีการในการจัดการนิติสัมพันธ์สามฝ่ายในคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง เราอาจศึกษาตัวอย่างได้จากสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ในรัฐบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาเรื่องทางปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz) ได้บัญญัติไว้ในมาตรา ๕๐ โดยให้อำนาจเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองในการเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางได้ ถ้าหากบุคคลที่สามที่ได้รับภาระจากการคำสั่งทางปกครองนั้นได้อุทธรณ์หรือฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้ว โดยไม่ต้องผูกพันต่อความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น รวมถึงได้กำหนดวิธีการจัดการนิติสัมพันธ์สามฝ่ายในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลไว้ด้วย โดยบัญญัติไว้ในมาตรา ๘๐a แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung) โดยในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางถูกโต้แย้งโดยบุคคลที่สาม มาตรدادังกล่าวให้สิทธิผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองในการร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองให้คำสั่งทางปกครองมีผลบังคับทันทีได้ (Sofortige Vollziehung) รวมถึงยังให้สิทธิบุคคลที่สามในการร้องขอให้ระงับการมีผลบังคับทันทีนั้น และขอให้หน่วยงานทางปกครองกำหนดมาตรการคุ้มครองสิทธิของตนได้ด้วย หากที่กล่าวไปข้างต้นจะเห็นได้ว่า แม้ประเทศที่เป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทยก็ได้เลือกเห็น

ความสำคัญและความซับซ้อนของคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางว่าแตกต่างจากคำสั่งทางปกครองโดยทั่วไป จนถึงขนาดกำหนดบทบัญญัติตามแก้ไขปัจหาเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองประภานี้โดยเฉพาะ และยังได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการในการจัดการนิติสัมพันธ์ในคำสั่งทางปกครองนี้ไว้ในกฎหมายว่าด้วย วิธีพิจารณาคดีปกครองให้สอดรับกันด้วย จึงเป็นข้ออันควรนำมาพิจารณาว่า ประเทศไทยควรมีบทบัญญัติ สำหรับจัดการนิติสัมพันธ์สามเส้าในคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางด้วยหรือไม่ อย่างไร

---

**ปัญหาการเสียค่าธรรมเนียมศาลในคดีฟ้องขอให้ศาลาเพิกถอนหรือบังคับตาม  
คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง \***

นพรัตน์ อุดมโขคงคล \*\*

เมื่อมาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ บัญญัติว่า “ในสัญญา ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้ วิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา” จึงเป็นกรณีที่กฎหมายเปิดช่องให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองได้ ด้วยเหตุนี้ คดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ทั้งในศาลยุติธรรม และศาลปกครอง และกฎหมายยังบัญญัติให้ศาลเมืองทابห์ในการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการเอาไว้ หลากหลายกรณี เช่น การขอให้ศาลมีสั่งกำหนดคดีเพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทำอนุญาโตตุลาการ ตามมาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ การขอให้ศาลมีสั่งอนุญาโตตุลาการ ตามมาตรา ๑๙ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ หรือการคัดค้านคำชี้ขาดตามมาตรา ๔๐ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ เป็นต้น

โดยหลักการทั่วไป การฟ้องคดีต่อศาลซึ่งแม้จะถือเป็นการใช้บริการสาธารณะเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐรูปแบบหนึ่ง แต่บุคคลผู้ที่ฟ้องคดีต่อศาลก็อาจจำต้องชำระค่าใช้บริการ บางส่วน ซึ่งขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของกฎหมายของแต่ละประเทศว่าได้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่าง “การฟ้องคดี” และ “การเสียค่าธรรมเนียม” ไว้บนความสัมพันธ์ทางกฎหมาย เช่นใด สำหรับค่าธรรมเนียมศาลในคดีพิพาท เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมนั้น โดยหลักการทั่วไปแล้ว มาตรา ๑๕๐ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้บัญญัติหลักการเสียค่าธรรมเนียมศาล โดยแยกระหว่างคดีที่มีคำขอให้ปลดเปลื้องทุกข้ออันอาจคำนวนเป็นราคาเงินได้ ให้โจทก์เสียค่าขึ้นศาล ในศาลชั้นต้นตามจำนวนทุนทรัพย์ที่เรียกร้องหรือราคานทรัพย์สินที่พิพาท (คดีที่มีทุนทรัพย์) กับคำฟ้อง หรือคำร้องขอในคดีที่ขอให้ปลดเปลื้องทุกข้อไม่อาจคำนวนเป็นราคาเงินได้ (คดีไม่มีทุนทรัพย์) ซึ่งยังต้องเสียค่าธรรมเนียมการยื่นคำฟ้องหรือคำร้องขอในอัตรา ๒๐๐ บาท ต่อเรื่อง และเมื่อพิจารณาจากค่าธรรมเนียมศาล ตามทุนทรัพย์ในอัตราที่ระบุไว้ในตาราง ๑ ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตามตาราง ๑ (๑) (ข) กำหนดอัตราการเสียค่าธรรมเนียมศาลในคดีที่มีการร้องขอให้ศาลาเพิกถอนหรือบังคับตามคำชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการทั้งในและต่างประเทศไว้ ทำให้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการร้องขอให้ศาลาเพิกถอน หรือบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นคดีพิพาทที่มีทุนทรัพย์และโจทก์ต้องเสียค่าธรรมเนียม ศาลในอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้ สำหรับคดีพิพาทอื่นที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕

\* เมยแพร่รังส์แรกในอินทราเน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนมิถุนายน ๒๕๖๕

\*\* น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, DEA en Histoire de la Science Juridique Européenne, Université Robert Schumann (Strasbourg III) ประเทศฝรั่งเศส, Master II in Organizzazione e Funzionamento della Pubblica Amministrazione, Università degli Studi "La Sapienza" ประเทศอิตาลี, Dottorato di Ricerca in diritto pubblico, Università degli Studi "Tor Vergata" ประเทศอิตาลี พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

บัญญัติไว้ หากมิใช่คดีพิพาทที่มีทุนทรัพย์ก็จะต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล เช่นกันตามอัตราที่ระบุในตาราง ๑ (๒) ในอัตราเรื่องละ ๒๐๐ บาท แต่สำหรับคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองนั้น แม้จะมีลักษณะของคดีพิพาทเช่นเดียวกับคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม แต่เมื่อมาตรา ๔๕ วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๘ บัญญัติเป็นหลักการว่า การฟ้องคดีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล เว้นแต่การฟ้องคดีขอให้สั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินอันสืบเนื่องจากคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) หรือ (๔) ให้เสียค่าธรรมเนียมศาลตามทุนทรัพย์ในอัตราตามที่ระบุไว้ในตาราง ๑ ห้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สำหรับคดีที่มีคำขอให้ปลดเปลืองทุกข้ออ้างอิงคำพิจารณาเป็นราคางานได้ ทำให้คดีพิพาทบางประเภทที่แม้จะมีผลต่อทรัพย์สินของผู้ฟ้องคดีอันอาจจำคำนวนเป็นเงินได้ แต่มิใช่คดีพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) หรือ (๔) เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินใหม่ทดแทน ซึ่งศาลปกครองกำหนดให้เป็นคดีพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) และคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ที่ศาลปกครองกำหนดให้เป็นคดีพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๖) เป็นต้น กล้ายเป็นคดีพิพาทที่ไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล ซึ่งเมื่อพิจารณาตามหลักการของการกำหนดค่าธรรมเนียมศาลที่ต้องการจะยกเว้นค่าธรรมเนียมการใช้บริการศาลໄວะเป็นรายกรณี เช่น กรณีที่บุคคลไม่มีทรัพย์สินเพียงพอ หรือเป็นคดีพิพาทที่เกี่ยวกับประโยชน์ส่วนรวม เป็นต้น โดยไม่รวมถึงคดีพิพาทที่โจทก์หรือผู้ฟ้องคดีฟ้องร้องเพื่อประโยชน์ส่วนตัว ซึ่งการฟ้องคดีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการไม่ว่าคดีนั้นจะอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง ต่างก็เป็นคดีพิพาทที่สืบเนื่องมาจากการโட္ထာงสิทธิหน้าที่ตามสัญญาทั้งสิ้น อันเป็นสิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับประโยชน์ส่วนตัวโดยแท้ กรณีจึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาวิเคราะห์หลักการกำหนดค่าธรรมเนียมศาลที่เป็นธรรม และไม่สร้างภาระแก่ทั้งประชาชนผู้ใช้บริการ รวมทั้งไม่เป็นภาระต่อศาล ซึ่งจะทำให้การกำหนดค่าธรรมเนียมศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการกำหนดค่าธรรมเนียมศาลอย่างมีประสิทธิภาพ

## ๑. แนวคิดเกี่ยวกับการเสียค่าธรรมเนียมศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

เมื่อปัญหาที่จะศึกษาในกรณีนี้เป็นปัญหาการเสียค่าธรรมเนียมศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งมีหลักกฎหมายสำคัญที่จะต้องพิจารณาสองประการด้วยกัน คือ หนึ่ง ข้อความคิดว่าด้วยการเสียค่าธรรมเนียมศาล และสอง ลักษณะทางกฎหมายของคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่จะต้องนำมายังศาล แต่คดีพิพาทในลักษณะดังกล่าวนั้น ถือเป็นคดีพิพาทที่จะต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล หรือไม่ โดยจะยกตัวอย่างการเสียค่าธรรมเนียมศาลในระบบกฎหมายอิตาลีเปรียบเทียบประกอบเพื่อให้เห็นถึงความชัดเจนของหลักกฎหมายทั้งสองประการข้างต้น

<sup>๑</sup> โดยหลัก ค่าธรรมเนียมศาลคิดจากการได้ประโยชน์จากการฟ้องคดี สำหรับการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น หน่วยงานของรัฐได้ประโยชน์ในฐานะคู่สัญญาจากการชนะคดี จึงต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล อันเป็นไปตามหลักการทั่วไปดังกล่าว ส่วนการต่อสู้คดีของหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะจากการจัดทำบริการสาธารณะ เป็นเรื่องที่หน่วยงานของรัฐกำหนดงบประมาณจากกระทรวงการคลังได้ ซึ่งเป็นคนละส่วนกับการเสียค่าธรรมเนียมศาล – ความเห็นผู้จัดทำบทความ

### ๑.๑ ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมศาล

เมื่ออำนาจในการพิพากษาของรัฐแต่เพียงผู้เดียว รัฐทรงไว้ว่าซึ่งเอกสารสิทธิ์ในการจัดกระบวนการยุติธรรมไว้ให้บริการแก่ประชาชน โดยรัฐจะจัดตั้งศาลและบัญญัติวิธีการพิจารณาคดีทั้งปวงโดยผ่านกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ทำให้เอกชนไม่อาจจะยุติข้อพิพาทด้วยกันเอง ตามอำเภอใจ แต่บุคคลจะต้องอาศัยศาลที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐในการระงับข้อพิพาท อย่างไรก็ได้ รัฐทั้งหลายในระบบนิติรัฐจะต้องไม่สร้างภาระเกินสมควรในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมให้เกิดขึ้นกับประชาชนซึ่งการกำหนด “ค่าธรรมเนียมศาล” ถือเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งที่อาจเป็นอุปสรรคทำให้ประชาชนไม่อาจเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้ และเมื่อกระบวนการยุติธรรมถือเป็นบริการสาธารณะ (Public Service) ที่รัฐจะต้องอำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชน การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมที่มีประสิทธิภาพจึงเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน การกำหนดค่าธรรมเนียมศาลในอัตราที่สูงเกินสมควรจะเป็นการกีดกันและปิดกั้นโอกาสของประชาชนในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม และอาจทำให้มีผู้เข้าใจว่าการเข้าถึงความยุติธรรมเป็นเรื่องของธุรกิจบริการมากกว่าที่จะเป็นเรื่องสิทธิเสรีภาพและบริการสาธารณะซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐในทางตรงกันข้าม หากไม่มีการกำหนดค่าธรรมเนียมศาลหรือกำหนดไว้ต่ำจนเกินไปอาจจะทำให้ความต้องการที่จะใช้บริการศาลสูงเกินกว่าทรัพยากรที่มีอยู่ เป็นภาระค่าใช้จ่ายของภาครัฐ หรือเป็นภาระเกินสมควรแก่ประชาชนผู้เสียภาษี แต่ไม่ได้ใช้บริการด้านความยุติธรรมด้วย จึงมีการกำหนดค่าธรรมเนียมศาลให้มีความเหมาะสม โดยใช้เครื่องมือทางกฎหมายหลายประการด้วยกัน เช่น การยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลให้แก่บุคคลที่ไม่มีทรัพย์สินเพียงพอในการดำเนินคดี การยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลในคดีพิพาทที่เป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม เป็นต้น

แนวคิดพื้นฐานในการพิจารณาถึงความเหมาะสมของค่าธรรมเนียมศาลในปัจจุบันนี้<sup>๒</sup> ตั้งอยู่บนพื้นฐานหลักเหตุผลที่แตกต่างกันหลายประการ และนำไปสู่ผลลัพธ์ที่แตกต่างกันในการจัดสรรสวัสดิการด้านกระบวนการยุติธรรมให้กับประชาชน ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็นกรอบแนวคิด ๓ ประการ ได้แก่

(๑) กรอบแนวคิดทางด้านสิทธิมนุษยชน เป็นการมุ่งเน้นการเข้าถึงความยุติธรรมโดยมองว่า รัฐมีหน้าที่ดูแลสวัสดิการของประชาชน และสวัสดิการที่สำคัญประการหนึ่งคือ การอำนวยความยุติธรรม ซึ่งองค์กรที่ทำหน้าที่ในการอำนวยความยุติธรรม คือ องค์กรตุลาการที่เป็นกลางและอิสระ เป็นหลักการที่รองรับไว้ในรัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศรวมทั้งประเทศไทย เมื่อพิจารณาในแง่นี้แล้ว ค่าธรรมเนียมศาลจึงไม่ควรเป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงความยุติธรรม

(๒) กรอบแนวคิดทางด้านบัญชี เป็นแนวคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานว่าการดำเนินการภาครัฐซึ่งรวมถึงบริการสาธารณะด้านกระบวนการยุติธรรม ควรที่จะมีการดำเนินการแบบธุรกิจเอกชน และเน้นผลกำไรในทางบัญชีเป็นสำคัญ ดังนั้น ค่าธรรมเนียมตามแนวคิดนี้จะถูกกำหนดในระดับที่นำไปสู่กำไรที่มากที่สุดหรือขาดทุนน้อยที่สุด

(๓) กรอบแนวคิดทางด้านเศรษฐศาสตร์ เป็นแนวคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า กระบวนการยุติธรรมเป็นสถาบันทางสังคม (Social Institution)<sup>๓</sup> ที่มีหน้าที่ในการจัดสรรสินค้าสาธารณะ

<sup>๒</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, โครงการวิเคราะห์ระบบค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่าย ด้วยวิธีการทางเศรษฐศาสตร์, เสนอต่อสถาบันวิจัยและพัฒนาพิพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม, น. ๒-๑ ถึง ๒-๙

<sup>๓</sup> R. Lee, The American Courts as Public Goods: Who Should Pay the Costs of Litigation (Catholic University Law Review, 1995).

(Public Goods) ให้กับประชาชน<sup>๔</sup> โดยที่สินค้าสาธารณะนั้น หมายถึง สินค้าและบริการที่ประชาชน มีความจำเป็นต้องใช้ แต่สินค้าและบริการดังกล่าวมีคุณลักษณะบางประการที่ทำให้การทำงานโดยระบบตลาด หรือโดยธุรกิจภาคเอกชน ไม่สามารถที่จะตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนได้อย่างเหมาะสม<sup>๕</sup> เนื่องจากการให้บริการด้านการยุติธรรมมีต้นทุนผลดีและผลเสียทางสังคม ภาครัฐจึงมีหน้าที่ปรับสมดุล ให้ความต้องการในการใช้บริการ (อุปสงค์) และความสามารถในการรองรับการบริการ (อุปทาน) มีความสอดคล้อง กับผลประโยชน์ทางสังคมมากยิ่งขึ้น ค่าธรรมเนียมศาลตามกรอบแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์จึงมีบทบาท ในการกำหนดจุดที่เหมาะสมของการให้บริการทางด้านกระบวนการยุติธรรม

ผลลัพธ์ทางสังคมของทั้งสองกรณีได้ในสองมิติ<sup>๖</sup> คือ มิติของการเข้าถึงบริการด้านกระบวนการยุติธรรม และมิติด้านภาระทางด้านงบประมาณ ดังนี้

- กรอบแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชนจะให้การเข้าถึงการให้บริการในระดับที่สูง แต่ภาระค่าใช้จ่ายของภาครัฐจะอยู่ในระดับที่สูงเช่นเดียวกัน
- กรอบแนวคิดด้านบัญชีจะทำให้การเข้าถึงบริการอยู่ในระดับต่ำ แต่ภาครัฐ จะได้รับกำไรมากที่สุด และ

● กรอบแนวคิดด้านเศรษฐศาสตร์จะให้ผลลัพธ์ในระดับปานกลาง โดยจะทำให้ การเข้าถึงบริการและรายจ่ายทางด้านงบประมาณที่เกิดขึ้นอยู่ในระดับกึ่งกลางระหว่างสองแนวคิดข้างต้น

ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าธรรมเนียมศาลจึงขึ้นอยู่กับนโยบายของประเทศนั้น ๆ ในการกำหนดวัตถุประสงค์ของเสียค่าธรรมเนียมศาล เช่น กรณีประเทศที่มีทรัพยากรหรืองบประมาณ ของประเทศสูงอยู่แล้วหรือเป็นประเทศที่ร่ำรวย ย่อมสามารถกำหนดนโยบายการเสียค่าธรรมเนียมศาล ในระดับที่ต่ำหรือไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลเลย หรือการกำหนดลักษณะของคดีพิพาทที่จะต้อง เสียค่าธรรมเนียมศาล เป็นต้น

## ๑.๒ หลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าธรรมเนียมศาล : กระบวนการยุติธรรมเป็นการสร้าง ความเป็นธรรมให้กับสังคม

ในการกำหนดดุลยภาพของค่าธรรมเนียมศาลจากมุมมองทั้งสามประการข้างต้น จะต้องทำให้ค่าธรรมเนียมศาลสามารถสะท้อนต้นทุนในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งจะทำให้มีเป็นภาระ ทางงบประมาณจนเกินสมควร ซึ่งจะทำให้สามารถกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมศาลที่เหมาะสมกับงบประมาณ ด้านกระบวนการยุติธรรมของประเทศได้ และเมื่อพิจารณาตามกรอบแนวคิดที่ว่า กระบวนการยุติธรรม เป็นการสร้างความเป็นธรรมให้กับสังคมแล้ว ในคดีพิพาทที่เป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม ค่าธรรมเนียมศาล ย่อมจะต้องไม่เป็นอุปสรรคแก่การฟ้องคดี ในทางกลับกัน คดีพิพาทที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัว การฟ้องคดี ต้องกำหนดให้มีการเสียค่าธรรมเนียมศาลในอัตราที่ต้องรับภาระค่าธรรมเนียมมากกว่าการฟ้องคดี เพื่อประโยชน์ส่วนรวม หรือกรณีที่สถานะทางทรัพย์สินของบุคคลเป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

<sup>๔</sup> S. Ware, Is Adjudication a Public Good? : Overcrowded Courts and the Private-Sector Alternative of Arbitration (Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol. 14, 2013).

<sup>๕</sup> H. Varian, Microeconomic Analysis (W. W. Norton & Company, 1992).

<sup>๖</sup> การวิเคราะห์ผลลัพธ์ทางสังคมใน ๒ มิติข้างต้น มีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการเก็บ ค่าฤชาธรรมเนียม (โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ ๒.๕.๑)

ทำให้ต้องกำหนดค่าธรรมเนียมในอัตราที่ต่ำหรือยกเว้นค่าธรรมเนียมศาล เพื่อสร้างความเป็นธรรมตามกรณีซึ่งมีกรอบการพิจารณา ดังนี้

(๑) ต้นทุนของภาครัฐที่ใช้ในกระบวนการยุติธรรม ในฐานะที่ค่าธรรมเนียมศาล ทำหน้าที่สะท้อนถึงต้นทุนทั้งหมดที่ภาครัฐใช้ในกระบวนการยุติธรรม การคิดค่าธรรมเนียมที่เหมาะสม สำหรับหน้าที่จะต้องสะท้อนต้นทุนที่เกิดขึ้นจริงอย่างใกล้เคียงมากที่สุด

(๒) ผลกระทบทางสังคมทั้งหมด หมายความรวมถึง (๑) ผลกระทบต่อภาครัฐ ซึ่งเป็นรายจ่ายของภาครัฐในการให้บริการสำหรับกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวข้อง และ (๒) ผลกระทบต่อสังคม หรือผลกระทบอ้อมที่เกิดขึ้นกับกลุ่มอื่นนอกเหนือจากผู้ที่มีส่วนในคดีและภาครัฐ โดยจะพิจารณาถึงผลกระทบทางอ้อมที่เกิดขึ้น ได้แก่ จำนวนคดีที่มาสู่ศาล (ปัญหาคดีล้านศาล) อุปทานของวิชาชีพบริการด้านกฎหมาย ปัญหาภาระงานของบุคลากรศาล ความแม่นยำในการพิจารณาคดี ความชัดเจนในตัวบทกฎหมาย ความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรม และปัญหาความล่าช้าในกระบวนการยุติธรรม เป็นต้น

(๓) การยกเว้นค่าธรรมเนียมศาล เป็นอีกประเด็นหนึ่งที่สำคัญอ่อนไหวเนื่องจาก ประสิทธิภาพ คือ การจัดสรรการบริการอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (Equity) หมายถึง ผู้ที่ขาดแคลนทุนทรัพย์ จะต้องได้รับการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมเช่นเดียวกัน ดังนั้น หากกลไกการยื่นขอยกเว้นค่าธรรมเนียมศาล มีประสิทธิภาพในการคัดกรองผู้ที่สมควรที่จะได้รับการยกเว้นค่าธรรมเนียม ก็จะตอบสนองต่อความต้องการ ทางด้านการจัดสรรการบริการอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมได้ และทำให้การกำหนดค่าธรรมเนียม สามารถมุ่งเน้นที่ประสิทธิภาพในการให้บริการสังคมเพียงอย่างเดียว

## ๒. ลักษณะทางกฎหมายของคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ

เมื่อได้พิจารณาหลักกฎหมายว่าด้วยการกำหนดค่าธรรมเนียมศาลไปข้างต้นแล้ว ในกรณีที่จะวิเคราะห์ต่อไปได้ว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการจะต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลหรือไม่นั้น จะต้องศึกษาให้ทราบถึงลักษณะทางกฎหมายของคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเสียก่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ลักษณะทางกฎหมายของการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการว่าเป็นการฟ้องคดีเพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือประโยชน์ส่วนรวม เพื่อนำลักษณะคดีพิพาทดังกล่าวมาพิจารณาประกอบกับหลักเกณฑ์ การกำหนดค่าธรรมเนียมศาล

### ๒.๑ ทฤษฎีที่อธิบายลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการ

#### (๑) ทฤษฎีอำนาจดิน (Territorial or Jurisdictional Theory)<sup>๗</sup>

แม้ว่าการอนุญาโตตุลาการมิที่มาจากการตกลงกันของคู่กรณีก็ตาม แต่ความสมบูรณ์ ของข้อตกลงดังกล่าวหรือคำชี้ขาดและอำนาจของคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งการบังคับตามคำชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่กับกฎหมายของประเทศที่ได้มีการทำคำชี้ขาด อีกทั้งการอำนาจยุติธรรม ก็เป็นอำนาจที่ศาลสามารถใช้ได้แต่เพียงองค์กรเดียวเท่านั้น และเหตุผลที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการให้บุคคลสามารถท ระงับข้อพิพาทกันเองโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นเจตกรรมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้คณะอนุญาโตตุลาการ ทำหน้าที่ “คล้ายคลึงกับศาล” (Court-like Function) โดยความแตกต่างระหว่างคณะอนุญาโตตุลาการ และศาลนี้เพียงประการเดียว คือ คณะอนุญาโตตุลาการแต่งตั้งขึ้นโดยคู่กรณี แต่ศาลได้รับการสถาปนาอำนาจ

<sup>๗</sup> Han Ping, The role of the court in arbitration : a comparative study of the Chinese law and the laws of the UK, PhD thesis, University of Glasgow 2007, P. 22-36 อ้างใน <https://theses.gla.ac.uk/1304/>

โดยรัฐ เมื่อการอนุญาโตตุลาการมีลักษณะคล้ายคลึงกับศาลแล้ว ผลิตผลที่เกิดขึ้นจากการกระบวนการการอนุญาโตตุลาการ จึงคล้ายคลึงกับคำพิพากษาของศาล ซึ่งทฤษฎีนี้จำกัดความเป็นอิสระและเอกเทศของการอนุญาโตตุลาการ และให้น้ำหนักไปที่อำนาจของรัฐผ่านกฎหมายของรัฐที่ส่งผลให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายของประเทศนั้น ๆ

### (๒) ทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory)<sup>๗๖</sup>

ทฤษฎีนี้จะเน้นไปที่ลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะเป็นสัญญาซึ่งสามารถอธิบายผ่านลักษณะเฉพาะทางสัญญาของการอนุญาโตตุลาการได้ ๕ ประการ ดังนี้

๑) การระงับข้อพิพาทเกิดขึ้นจากข้อตกลงของคู่กรณี ดังนั้น หากไม่มีข้อตกลงย่อมไม่มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ

๒) รูปแบบ กระบวนการ และขั้นตอนที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการอยู่ภายใต้การตัดสินใจของคู่กรณี กฎหมายเพียงกำหนดกระบวนการขั้นตอนเอาไว้ให้ดำเนินการหากคู่กรณีไม่อาจตกลงกันได้

๓) การที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีสภาพบังคับเกิดจากผลผูกพันของการตกลงกันของคู่สัญญา อนุญาโตตุลาการที่ทำคำชี้ขาดนั้นจึงมีลักษณะเป็นตัวแทนของคู่กรณี

๔) คู่กรณีแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ตามสัญญาในการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งกระบวนการดังกล่าวมีลักษณะที่แตกต่างไปจากการบังคับตามคำพิพากษาของศาล โดยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงการปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น

๕) ลักษณะสำคัญของการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากการตกลงกันของคู่สัญญา มิได้เกิดจากอำนาจรัฐ

จากทฤษฎีดังกล่าวถือว่าถูกกฎหมายของรัฐเป็นเพียงการสร้างกรอบสำหรับการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ศาลมิใช่ผู้บังคับตามสัญญา แต่ศาลจะไม่บังคับตามคำชี้ขาด หากคำชี้ขาดนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

### (๓) ทฤษฎีผสม (Mixed Theory)<sup>๗๗</sup>

ทฤษฎีนี้เห็นว่า การอนุญาโตตุลาการมีลักษณะของห้องทดลองทฤษฎีข้างต้นประกอบกันโดยที่การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการไม่อาจจะอยู่เหนือระบบกฎหมาย และจะต้องมีกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับความสมบูรณ์และการบังคับตามคำชี้ขาดของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เมื่ออนุญาโตตุลาการมีมาจากการตกลง การกำหนดตัวบุคคลที่เป็นอนุญาโตตุลาการและกระบวนการขั้นตอนการอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงกันไว้เป็นสำคัญ อันมีผลทำให้ลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการมีทั้งลักษณะของอำนาจรัฐและสัญญาประปันกันอยู่ ซึ่งทั้งผลผูกพันของสัญญาและการปฏิบัติตามข้อสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการกับอำนาจศาลในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในกรณีที่มีการดำเนินกระบวนการการอนุญาโตตุลาการขัดต่อหลักความเสมอภาค หรือกรณีที่คำชี้ขาดขัดต่อความสงบเรียบร้อย เป็นต้น ขณะอนุญาโตตุลาการจะต้องสร้างสมดุลให้เกิดขึ้นระหว่าง “เจตนาของคู่สัญญา” และ “กฎหมาย” เช่น การที่คู่สัญญากำหนดให้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งมีผลใช้บังคับกับกรณีพิพาท หรือหากไม่มีการกำหนดเอาไว้ก็ให้เป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

<sup>๗๖</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>๗๗</sup> เรื่องเดียวกัน

### (๔) ทฤษฎีความเป็นอิสระของระบบกฎหมาย (Autonomous Legal Order Theory)<sup>๑๐</sup>

ทฤษฎีนี้ปฏิเสธทฤษฎีที่ว่าด้วยอำนาจเจริญ ทฤษฎีสัญญา หรือทฤษฎีสม โดยเห็นว่า การอนุญาโตตุลาการเป็นระบบที่เป็นอิสระและเป็นอิสระ ทฤษฎีพิจารณาการอนุญาโตตุลาการในมุมมอง ที่แตกต่างจากไปจากสามทฤษฎีข้างต้นซึ่งมีจุดร่วมที่เหมือนกัน คือ ลักษณะของการอนุญาโตตุลาการ ที่จะต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย และสิทธิของคู่กรณีในการจัดให้มีการอนุญาโตตุลาการ และการกำหนด กระบวนการขั้นตอนโดยคู่กรณีจะถูกจำกัดโดยกฎหมาย แต่สำหรับทฤษฎีความเป็นอิสระของระบบกฎหมาย เป็นการพิจารณาลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการที่ว่า แรกเริ่มเดิมที่ การอนุญาโตตุลาการได้รับ การพัฒนามาจากกลุ่มพ่อค้านักธุรกิจ ซึ่งพัฒนาการดังกล่าวไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกฎหมายแต่อย่างใด กฎหมายเพียงแต่ยอมรับการอนุญาโตตุลาการในภายหลัง ซึ่งลักษณะของการอนุญาโตตุลาการไม่ได้ มีลักษณะที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายที่เป็นอำนาจเจริญหรือสัญญา แต่เป็นประเพณีปฏิบัติทางการค้าต่างหาก ที่สร้างระบบอนุญาโตตุลาการขึ้นมา และด้วยเหตุผลดังกล่าว ความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และการรับคัดตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้รับการยอมรับจากนักธุรกิจทั่วโลกถึงผลผูกพัน เพื่อให้ การค้าเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ทฤษฎีนี้จึงมองว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นระบบที่ไม่ผูกอยู่กับอำนาจเจริญ และคู่กรณีอำนาจจะอย่างอิสระในการกำหนดเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ

### (๕) ทฤษฎีว่าด้วยลักษณะของข้อตกลงตามปกติทั่วไป (Conventional Arrangement Theory)<sup>๑๑</sup>

ทฤษฎีนี้อธิบายว่า ในฐานะที่การอนุญาโตตุลาการเป็นสถาบันทางสังคมประเภทหนึ่ง ซึ่งอยู่ภายใต้ความสัมพันธ์กับศาลและฝ่ายนิติบัญญัติในลักษณะที่ข้อตกลงร่วมกันของบุคคลจึงต้อง สันนิษฐานก่อนว่าสถาบันดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายแล้ว ซึ่งแสดงให้เห็นว่าคุณค่าของเสรีภาพยิ่งใหญ่มาก การจำกัดเสรีภาพย่อมไม่มีความชอบธรรม หากการจำกัดเสรีภาพนั้นตั้งอยู่บนสมมุติฐานที่ว่าการอนุญาโตตุลาการ ข้อผลและถูกใช้ไปในทางไม่ชอบ ซึ่งทฤษฎีนี้เห็นว่าเสรีภาพในการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการย่อมต้องได้รับ การคุ้มครองในฐานที่เป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ทัดเทียมกับสิทธิในการได้รับการพิจารณาจากองค์กร ตุลาการ และศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป (ECHR) ได้winningในคดี Tabbane v. Switzerland<sup>๑๒</sup> ลงวันที่ ๒๔ มีนาคม ๒๕๕๙ ว่า การที่คู่สัญญาตกลงกันในสัญญานอนุญาโตตุลาการว่า ให้คำชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณีและห้ามมิให้คู่กรณีได้ยังคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ต่อศาล สามารถกระทำได้ เนื่องจากศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปเห็นว่า บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิเสรีภาพ ตามกฎหมายที่จะสละสิทธิบางประการของตนที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย หากเป็นการสละสิทธิ โดยความสมควรใจและโดยชัดแจ้งและไม่ขัดต่อกฎหมายย่อมถือว่าการสละสิทธินั้นสมบูรณ์ เนื่องจาก การเข้าถึงองค์กรตุลาการอันเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามมาตรา ๖ แห่งอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป มิได้จำกัดเฉพาะการเข้าถึงองค์กรตุลาการ (ศาล) ที่รัฐจัดตั้งขึ้นเพียงอย่างเดียว แต่รวมถึงกระบวนการยุติธรรม ที่จัดตั้งขึ้นโดยคู่กรณีโดยอาศัยเสรีภาพในการแสดงเจตนา ดังนั้น เมื่อเจตนาไม่ได้ยังคำชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการต่อศาลเกิดขึ้นโดยไม่มีพฤติกรรมที่แสดงให้เห็นว่าเกิดจากการบังคับข่มขืนใจ

<sup>๑๐</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>๑๑</sup> Jan Paulsson, Arbitration in Three Dimensions (2010). อ้างใน <https://theses.gla.ac.uk/1304/>

<sup>๑๒</sup> ECHR, Tabbane v. Switzerland (application no. 41069/12), Judgment of 24 March 2016.

การแสดงเจตนาเช่นว่านั้นย่อมมีผลผูกพัน กล่าวอีกนัยหนึ่ง สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมไม่ว่าโดยการอนุญาโตตุลาการหรือโดยศาล ถือเป็นการให้หลักประกันที่เท่าเทียมกัน เมื่อคู่กรณีแสดงความจำงล่วงหน้าโดยชอบในอันที่จะஸະสິທີໂດຍແຍ້ງຄັດຄຳນຳຂໍາດຂອງອນຸພາໂຕຕຸລາກາຣຕາມທີ່ກຸ່ມາຍເປີດຊ່ອງໄວ້ ຍ່ອມໄມ່ອາຈົ້າໄດ້ວ່າແກ່ນສາຮະຂອງສິທີໃນກາຣເຂົ້າຖຶກຮຽນກາຣຍຸຕິຮຽມຂອງບຸຄຄລ ຖຸກລດທອນລົງແຕ່ອ່າງໄດ້

## ๒.๒ การอนุญาโตตุลาກາຣໃນສູນະທີ່ເປັ້ນເພີ່ງເຄື່ອງມືໃນກາຣອໍານວຍຄວາມຍຸຕິຮຽມ

ເມື່ອພິຈາറນາທຖະກິງເກີ່ວກັບລັກຂະນະທາງກຸ່ມາຍຂອງອນຸພາໂຕຕຸລາກາຣຂ້າງຕົ້ນແລ້ວ ຈະເຫັນໄດ້ວ່າ “ກາຣອນຸພາໂຕຕຸລາກາຣ” ເປັ້ນເພີ່ງ “ເຄື່ອງມືໃນກາຣອໍານວຍຄວາມຍຸຕິຮຽມ” ປະເທດໜີ່ທີ່ໄດ້ຮັບກາຣສາປານຫຼືຈັດຕັ້ງຂຶ້ນໂດຍອາສີຍເຈຕນາຮມ່ນຂອງຄູ່ສັນພາເປັ້ນສຳຄັນ ໂດຍທີ່ຮູ້ເປັ້ນຜູ້ຮັບຮອງໃຫ້ອນຸພາໂຕຕຸລາກາຣທຳນາທີ່ “ຄລ້າຍຄລິ້ງກັບສາລ” (Court-like Function) ດັ່ງນັ້ນ ລຳພັງກາຣກລ່າວອ້າງສົງຄົງພິພາທເກີ່ວກັບອນຸພາໂຕຕຸລາກາຣແຕ່ເພີ່ງຍ່ອງເດີວົງຍັງໄມ່ອາຈະຕອບຄຳດາມໄດ້ວ່າຄົດພິພາທດັ່ງກ່າວສົມຄວຣທີ່ຈະຕ້ອງເສີຍຄ່າຮຽມເນື່ອມສາລຫຼືໄມ່ ແຕ່ຈະຕ້ອງພິຈາറນາໃນນີ້ຫາຂອງຂໍ້ພິພາທນີ້ ๆ ໃນຮາຍລະເອີ້ດວ່າ ຂໍ້ພິພາທນີ້ເປັ້ນກາຣພິພາທກັນທີ່ຈະຕ້ອງເສີຍຄ່າຮຽມເນື່ອມສາລຕາມຫັກເກີນທີ່ກໍາທັນໄວ້ຫຼືໄມ່

## ๓. ພັດທະນາທີ່ກໍາທັນດຳຄ່າຮຽມເນື່ອມສາລໃນຄົດພິພາທເກີ່ວກັບອນຸພາໂຕຕຸລາກາຣຂອງໄທ

### ๓.๑ ສາລຍຸຕິຮຽມ

#### (๑) ພັດທະນາຄ່າຄຸ້ມືສາລ

ບັນທຶກຫັກກາຣແລະເຫຼຸດຜົນຂອງຄົນກາຣກຸ່ມາຍກົງທີ່ກໍາທັນ ໄດ້ກ່າວສົງຄວາມໄມ່ເໝາະສົມຂອງຮະບບຄ່າຄຸ້ມືສາລເນື່ອກ່າວສົງຄວາມແພ່ງເຂົ້າໄວ້ຫລາຍປະເທັນແລະນຳມາສູ່ກາຣອອກພະຮາບບັນຍຸຕິແກ້ໄຂເພີ່ມເຕີມປະມາລກຸ່ມາຍວິທີພິຈາറນາຄວາມແພ່ງເຂົ້າໄວ້ຫລາຍປະເທັນ (ฉบັບທີ່ ๒๕) ເພື່ອປັບປຸງຮະບບຄ່າຄຸ້ມືສາລ ໂດຍມີສາຮະສຳຄັນດັ່ງນີ້<sup>๓๓</sup>

- ຄ່າໃຊ້ຈ່າຍທີ່ຄູ່ຄວາມເສີຍໄປເນື່ອງຈາກກາຣດຳເນີນຄົດຕາມຄວາມເປັ້ນຈິງນີ້ ຍັງໄມ່ມີກຸ່ມາຍກໍາທັນໃຫ້ຄົດໃຫ້ຮັບກາຣຊື່ ຈຶ່ງໄດ້ມີກາຣດຳເນີນຄົດຄ່າຄຸ້ມືສາລເນື່ອໃຫ້ຄົດຄຸມຄົງຄ່າໃຊ້ຈ່າຍດັ່ງກ່າວໄວ້ ໂດຍໃຫ້ຄູ່ຄວາມທີ່ໜະຄົດມີສິທີທີ່ຈະໄດ້ຮັບ “ຄ່າໃຊ້ຈ່າຍໃນກາຣດຳເນີນຄົດ” ອັນເປັ້ນຜລສືບເນື່ອຈາກກາຣເປັ້ນຄວາມດ້ວຍ

- ກາຣມີອັຕຣາຂັ້ນສູງຂອງຄ່າໜັ້ນສາລໄໝເກີນ ๒๐๐,๐๐๐ ບາທ ທຳໄທ້ເກີດປັບປຸງຫາກາຣຝ້ອງຮັກຄົດເຮັກຄ່າເສີຍຫາຍສູງກ່າວຄວາມເປັ້ນຈິງ ຈຶ່ງໄດ້ປັບປຸງອັຕຣາຄ່າໜັ້ນສາລໂດຍຕັດເພດານຮາຄາ (cap) ເມື່ອທຸນທຽບເກີນ ๕๐ ລ້ານບາທເກີນໄປ ໃຫ້ຄົດອັຕຣາຮ້ອຍລະ ๐.๑

- ຄ່າຮຽມເນື່ອງໆ ມີກາຣດຳເນີນໄວ້ສິ່ງ ๑ ປະເທດ ໃນອັຕຣາທີ່ຄ່ອນຂັ້ນຕໍ່າ ທຳໄທ້ເກີດຄວາມໄມ່ສະດວກແກ່ຄູ່ຄວາມ ເຈົ້າພັກງານສາລ ແລະສາລໃນກາຣຈັດເກັບ ຈຶ່ງໄດ້ຕັດທອນໃຫ້ເໜືອເພີ່ງ ๓ ປະເທດ

<sup>๓๓</sup> ສຳນັກງານຄົນກາຣກຸ່ມາຍກົງທີ່ກໍາທັນ. (๒๕๔๘). “ບັນທຶກຫັກກາຣແລະເຫຼຸດຜົນປະກອບຮ່າງພະຮາບບັນຍຸຕິແກ້ໄຂເພີ່ມເຕີມປະມາລກຸ່ມາຍວິທີພິຈາറນາຄວາມແພ່ງ (ฉบັບທີ່ ..) ພ.ສ. .... (ແກ້ໄຂເພີ່ມເຕີມຄ່າໜັ້ນສາລແລະຄ່າໃຊ້ຈ່າຍອື່ນ ໆ)”. ນ. ๒ (ອ້າງໃນ ນັດລ ເຢັງເຈີ້ຍ “ຮະບບຄ່າຄຸ້ມືສາລໃນກາຣດຳເນີນຄົດແພ່ງ” ວິທະນິພົບຮັບຜົນພາບສົມທິດ ຄະນິຕິສາສຕ່ຣມ ມາວິທາລັ້ງຮຽມສາສຕ່ຣມ, ๒๕๔๒)

• อัตราที่กำหนดไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น การเปลี่ยนแปลงของอัตราค่าเงิน เป็นต้น จึงมีการปรับปรุงให้สอดคล้องมากยิ่งขึ้น

• คุ้มครองที่จะขอดำเนินคดีอย่างค่อนขานาได้จะต้องเป็นคนยากจนที่ไม่สามารถเสียค่าธรรมเนียมศาลได้เท่านั้น จึงปรับปรุงการใช้ถ้อยคำเรียกการขอดำเนินคดีอย่างค่อนขานาเสียใหม่ว่า การขอยกเว้นค่าธรรมเนียมศาล ทั้งนี้ เพื่อผ่อนคลายหลักเกณฑ์ที่เคร่งครัดเกินไป

• กฎหมายเดิมมีการจำกัดเฉพาะบุคคลธรรมดาน่าหันที่มีสิทธิอยู่ในเว้นค่าธรรมเนียมศาล จึงได้มีการปรับปรุงโดยให้สิทธิแก่นิติบุคคล โดยเฉพาะองค์กรไม่แสวงหาผลกำไร ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณะประโยชน์

#### (๒) อัตราค่าธรรมเนียมศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ

บุคคลใดจะฟ้องคดีต่อศาลแพ่งที่มีเขตอำนาจได้ก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของตนในทางแพ่ง หรือบุคคลใดต้องการใช้สิทธิทางศาล ทั้งนี้ ตามมาตรา ๕๕ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จะเห็นได้ว่า การฟ้องคดีแพ่งเป็นเรื่องที่เอกชนได้รับความเดือดร้อนเกี่ยวกับบุคคล ไม่เกี่ยวกับประชาชนหรือสังคมโดยรวมแต่ประการใด การดำเนินคดีแพ่งทุกประเภทจึงต้องเสียค่าธรรมเนียม ได้แก่ ค่าธรรมเนียมศาลและค่าธรรมเนียมอื่น เช่น ค่าป่วยการ ค่าพาหนะตามอัตราที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดไว้ เพราะถือว่าผู้ฟ้องคดี หรือโจทก์ใช้บริการจากศาลซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนตนในการฟ้องคดี ซึ่งมาตรา ๑๕๐ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้บัญญัติหลักการเสียค่าธรรมเนียมศาลโดยแยกระหว่างคดีที่มีคำขอให้ปลดปล่อยทุกข์ที่อาจคำนวณเป็นราคางานได้ ให้โจทก์เสียค่าเข็นศาลในศาลชั้นต้น ตามจำนวนทุนทรัพย์ที่เรียกร้องหรือราคาทรัพย์สินที่พิพาท (คดีที่มีทุนทรัพย์) กับคำฟ้องหรือคำร้องขอในคดีที่ขอให้ปลดปล่อยทุกข์ที่ไม่อาจคำนวณเป็นราคางานได้ (คดีไม่มีทุนทรัพย์) ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลแพ่งโจทก์ต้องเสียค่าใช้จ่ายหักลดที่เกี่ยวกับการดำเนินคดี แม้แต่การฟ้องขอปลดปล่อยทุกข์ที่ไม่อาจคำนวณเป็นราคางานได้ การยื่นคำร้องคำขอต่าง ๆ การขอให้ศาลาไปเผยแพร่สืบพยานนอกราช ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมที่ต้องเสียไว้อย่างชัดเจน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค ๑ ลักษณะที่ ๖ หมวด ๓ ส่วนที่ ๑ และตารางท้ายประมวลกฎหมายดังกล่าว

### ๓.๒ ศาลปกครอง

#### ๓.๒.๑ ประวัติความเป็นมาเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมศาล<sup>๑๕</sup>

เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ บัญญัติให้จัดตั้งศาลปกครองขึ้น คณะกรรมการได้จัดทำและเสนอร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. .... ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมศาลปกครองไว้ในมาตรา ๓๙ วรรคสี่ ว่า “การฟ้องคดีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล เว้นแต่ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ให้เสียค่าธรรมเนียมศาล ในอัตราอย่างหนึ่งของทุนทรัพย์ แต่ไม่เกินหนึ่งแสนบาท” ซึ่งคณะกรรมการได้ร่วมกันอภิปรายแสดงความเห็นประเดิมดังกล่าวและสรุปว่า การฟ้องคดีปกครอง แม้ค่าความฝ่ายหนึ่งจะเป็นหน่วยงานของรัฐ แต่ถ้าคดีนั้นเป็นคดีที่มีการเรียกร้องค่าเสียหายและคำพิพากษาไม่เกี่ยวกับประชาชนทั่วไป ดังเช่นคดีพิพาท

<sup>๑๕</sup> นวกร คำดี, การเสียค่าธรรมเนียมศาลปกครอง : ศึกษากรณีการร้องขอให้ศาลบังคับตามหรือเพิกถอนคำข้อความของอนุญาโตตุลาการ, รายงานการศึกษาส่วนบุคคล หลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับสูง รุ่นที่ ๑๒ สำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๖๐, ๑๔-๑๖.

เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น จะต้องเสียค่าธรรมเนียมในอัตราร้อยละ ๑ ของทุนทรัพย์ โดยครมี การจำกัดเพดานของค่าธรรมเนียมดังกล่าวไว้ไม่เกิน ๑๐๐,๐๐๐ บาท ร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ได้เข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร โดยเรียงลำดับเลขมาตราจากมาตรา ๓๙ เป็นมาตรา ๔๕ โดยไม่มี การแก้ไขเนื้อหา ต่อมา จึงเข้าสู่การพิจารณาของวุฒิสภา ในการพิจารณาของคณะกรรมการบริการวิสามัญ (วุฒิสภา) ได้อภิปรายในประเด็นเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมศาล ดังนี้

(๑) โดยหลักแล้ว การฟ้องคดีปกครองไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล เว้นแต่ เป็นการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ที่จะต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล แต่เนื่องจากการฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำล้มเหลวหรือความรับผิดชอบย่างอื่น ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน เป็นคดีที่มีคำขอให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน ในลักษณะเดียวกัน กรณีจึงควรกำหนดให้การฟ้องคดีดังกล่าวต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลด้วย

(๒) ในส่วนอัตราค่าธรรมเนียมศาล มีประเด็นที่อภิปรายหลากหลาย ดังเช่น

(๒.๑) การกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมศาลนั้น ควรให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการ ในศาลปกครองเป็นผู้อธิบายและกำหนด

(๒.๒) การกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมศาลนั้น ควรกำหนดให้มีความสอดคล้อง กับอัตราค่าธรรมเนียมศาลในการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมในอัตราร้อยละ ๒.๕ ของทุนทรัพย์แต่ไม่เกิน ๒๐๐,๐๐๐ บาท

(๒.๓) ส่วนหนึ่งเห็นว่าการฟ้องคดีปกครองนั้นไม่ควรเสียค่าธรรมเนียมศาล แต่หากต้องเสียก็ควรกำหนดในอัตราที่ต่ำเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน

(๒.๔) ค่าธรรมเนียมศาลในศาลปกครอง คณะกรรมการบริการฯ เห็นว่า อัตราควรเป็นร้อยละ ๒.๕ ของจำนวนทุนทรัพย์แต่ไม่เกิน ๒๐๐,๐๐๐ บาท เช่นเดียวกับศาลยุติธรรม หากศาลยุติธรรมปรับปรุงค่าธรรมเนียมศาลเมื่อใดก็ให้ปรับปรุงค่าธรรมเนียมในศาลปกครองให้สอดคล้องกัน ต่อไป

คณะกรรมการบริการวิสามัญ (วุฒิสภา) มีมติให้แก้ไขอัตราค่าธรรมเนียมศาล ให้มีความสอดคล้องกับค่าธรรมเนียมการฟ้องคดีของศาลยุติธรรม<sup>๑๕</sup> กล่าวคือ การฟ้องคดีปกครอง ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) และ (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ให้เสียค่าธรรมเนียมศาล ในอัตราร้อยละ ๒.๕ ของทุนทรัพย์แต่ไม่เกิน ๒๐๐,๐๐๐ บาท ดังนั้น มาตรา ๔๕ วรรคสี่ จึงแก้ไขเป็น การฟ้องคดีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลเว้นแต่การฟ้องคดีขอให้สั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน อันสืบเนื่องจากคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) หรือ (๔) ให้เสียค่าธรรมเนียมศาลในอัตราร้อยละ ๒.๕ ของทุนทรัพย์ แต่ไม่เกิน ๒๐๐,๐๐๐ บาท

วุฒิสภาได้พิจารณาบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวในวาระที่ ๒ เมื่อวันที่ ๒๕ มิถุนายน ๒๕๖๒ สรุปความเห็นได้ว่า คดีเกี่ยวกับสัญญาซึ่งมีรัฐเข้าไปเกี่ยวข้องนั้นมีอยู่ด้วยกัน ๒ ลักษณะ โดยส่วนหนึ่งเป็น “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง และอีกส่วนหนึ่งเป็น “สัญญาทั่วไป” ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม ดังนั้น หากคดีหนึ่ง เสียค่าธรรมเนียมอย่างหนึ่ง แต่อีกคดีหนึ่งเสียค่าธรรมเนียมต่างก็จะไม่เหมาะสม จึงควร

<sup>๑๕</sup> อ้างใน นวกร คำดี, การเสียค่าธรรมเนียมศาลปกครอง : ศึกษากรณีการร้องขอให้ศาลบังคับตาม หรือเพิกถอนคำข้อของอนุญาโตตุลาการ, รายงานการศึกษาส่วนบุคคล หลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับสูง รุ่นที่ ๑๗ สำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๖๐, ๑๕.

กำหนดให้เป็นอัตราเดียวกันหรือมาตราฐานเดียวกันทั้งหมด นอกจากนี้ การกำหนดให้เสียค่าธรรมเนียมศาล ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการกลั่นแกล้งยื่นฟ้องคดีต่อ กันได้อีกด้วย รวมทั้ง หากมีฝ่ายใดชนะคดี กกฎหมายยังบัญญัติให้ศาลคืนค่าธรรมเนียมให้ตามส่วนแห่งการชนะคดีอยู่แล้ว สำหรับการพิจารณาในระหว่าง ๓ ไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมแต่อย่างใด บทบัญญัติตามที่ ๔๕ วรรคสี่ จึงเป็นไปตามมติคณะกรรมการวิสามัญฯ วุฒิสภา ดังที่กล่าวมาแล้ว

ต่อมา พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๔๕ วรรคสี่ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๘ บัญญัติว่า “การฟ้องคดีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล เว้นแต่การฟ้องคดีขอให้ศาลมีสั่งให้ใช้เงิน หรือส่งมอบทรัพย์สินอันสืบเนื่องจากคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) หรือ (๔) ให้เสียค่าธรรมเนียมศาลตามทุนทรัพย์ ในอัตราตามที่ระบุไว้ในตาราง ๑ ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สำหรับคดีที่มีคำขอให้ปลดเปลี่ยนทุกชั้น คำนวนเป็นราคาเงินได้” จะเห็นได้ว่า กฎหมายวางหลักไว้ว่า การฟ้องคดีปกครองไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล แต่ถ้าเป็นการฟ้องขอให้ศาลมีสั่งให้มีการใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินอันสืบเนื่องมาจากคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำล้มเหลวหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีจะต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล ซึ่งค่าธรรมเนียมศาลถือเป็นเงื่อนไข การฟ้องคดี หากผู้ฟ้องคดีไม่เสียหรือเสียไม่ครบถ้วนถูกต้อง ศาลจะสั่งรับคำฟ้องไว้พิจารณาไม่ได้ แต่ศาลมีสั่งให้ผู้ฟ้องคดีนำเงินค่าธรรมเนียมศาลมาชำระต่อศาลภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด หากผู้ฟ้องคดีไม่ปฏิบัติตามศาลมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ทั้งนี้ ตามข้อ ๓๗ วรรคสอง ของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓

### ๓.๒.๒ แนวทางการใช้และการตีความของศาลปกครองไทยในปัจจุบัน

(๑) คดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

โดยทั่วไปแล้ว กรณีข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาอาจกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งกรณีที่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่เนื่องจากคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการนั้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการบัญญัติให้ต้องยื่นคำร้อง (คำฟ้อง) ต่อศาลที่มีเขตอำนาจ เช่น มาตรา ๔๐ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๔ กำหนดให้การคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอาจทำได้โดยการขอให้ศาลมีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาด จึงทำให้คดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเป็นคดีพิพาทที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๖) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ตัวอย่างเช่น กรณีที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการวิทยุโทรทัศน์ ระบบ ยู เอฟ อันมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว การที่ผู้ร้องได้เสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการขอให้อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา จึงเป็นกรณีที่ผู้ร้องเสนอให้ระงับข้อพิพาทด้วยวิธีทางอนุญาโตตุลาการตามมาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ และเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๖) แห่งพระราชบัญญัติ

จัดตั้งศาลปกครองฯ ประกอบมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ<sup>๑๖</sup> หรือกรณีที่ศาลปกครองสูงสุด วินิจฉัยว่า การฟ้องคดีเพื่อขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการ เป็นการดำเนินการตามมาตรา ๔๑ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ ซึ่งเป็นอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา ๕ วรรคหนึ่ง (๖) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ<sup>๑๗</sup> เป็นต้น

(๒) สัญญาทางปกครองในฐานะที่เป็นจุดกำเนิดของข้อพิพาทเกี่ยวกับ อนุญาโตตุลาการที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

เมื่อการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นโดยอาศัย “เจตนากรณ์ ของคู่สัญญา” เป็นฐานในการระงับข้อพิพาทที่เกิดจาก “สัญญา” แสดงให้เห็นว่าการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ประกอบด้วยสัญญา ๒ สัญญาด้วยกัน ไม่ว่าสัญญาทั้งสองจะรวมกันเป็นสัญญาเดียว หรือแยกเป็นอิสระ จากกันก็ตาม<sup>๑๘</sup> คือ สัญญาหลักที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา และสัญญาประกอบ คือ สัญญา

<sup>๑๖</sup> ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ว่า การที่ผู้ร้องได้เสนอข้อพิพาทในฐานผู้เรียกร้องต่อสถาบัน อนุญาโตตุลาการ สำนักrangleงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม ขอให้ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับ การปฏิบัติตามสัญญา เป็นกรณีที่ผู้ร้องเสนอให้ระงับข้อพิพาทด้วยวิธีทางอนุญาโตตุลาการ ตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ และเมื่อผู้ร้องดำเนินการตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนแล้ว จึงมีหนังสือแจ้งการตั้งอนุญาโตตุลาการ ฝ่ายตนเพื่อให้ผู้คัดค้านดำเนินการตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายผู้คัดค้านภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง แต่ผู้คัดค้านมิได้ ดำเนินการตามวิธีการที่กำหนดໄ้ จึงเป็นกรณีที่ผู้คัดค้านไม่ประสงค์ที่จะใช้สิทธิตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตน ดังนั้น ผู้ร้องจึงมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ คือ ศาลปกครอง เนื่องจากข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาเป็นข้อพิพาท เกี่ยวกับสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการวิทยุโทรทัศน์ ระบบ ยู เอช เอฟ อันมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา ๓ และเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตาม มาตรา ๕ วรรคหนึ่ง (๖) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ประกอบมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ (คำสั่ง ศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๘๕/๒๕๕๐)

<sup>๑๗</sup> ในส่วนการฟ้องคดีเพื่อขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะกรรมการนั้น เป็นการดำเนินการ ตามมาตรา ๔๑ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ ซึ่งเป็นอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา ๕ วรรคหนึ่ง (๖) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ คดีจึงมิได้มีลักษณะเป็นการฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษา ให้ใช้เงินหรือส่วนของทรัพย์สิน ยังจะทำให้เป็นคดีที่มีทุนทรัพย์ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๕ วรรคหนึ่ง (๓) หรือ (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งฯ นอกจากนี้ ในขั้นพิจารณาของคณะกรรมการ คู่กรณีที่ยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการ จำต้องชำระค่าใช้จ่ายในการพิจารณาคดีแล้วขั้นหนึ่ง ดังนั้น การที่กำหนดให้คู่กรณีต้องชำระค่าธรรมเนียมศาลในการฟ้องคดี เพื่อขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะกรรมการ นอกจากจะไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติในมาตรา ๔๕ วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันแล้ว ยังเป็นการสร้างภาระให้แก่คู่กรณีที่นำคดีมาฟ้องศาลอีกด้วย อย่างไรก็ตาม เมื่อคดีนี้ ศาลปกครองได้วินิจฉัยให้ผู้ร้องของคดีแล้ว ศาลจึงต้องสั่งให้คืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดแก่ผู้ร้อง ทั้งนี้ ตามมาตรา ๗๗/๑ แห่งพระราชบัญญัติข้างต้น ที่ศาลปกครองขึ้นต้นพิพากษาให้ผู้คัดค้านทั้งสองร่วมกันหรือแทนกันชำระเงินจำนวน ๗๙๗,๑๙๐ บาท ให้แก่ผู้ร้อง โดยให้ชำระให้แล้วเสร็จภายใน ๖๐ วัน นับแต่วันที่คดีถึงที่สุด และให้คืนค่าธรรมเนียมศาล ทั้งหมดจำนวน ๓,๙๙๖ บาท แก่ผู้ร้องนั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วยบางส่วน พิพากษาแก้เป็นให้บังคับตามคำชี้ขาด ของคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาทหมายเลขคดีที่ ๔/๒๕๕๐ ข้อพิพาทหมายเลขคดีที่ ๔๔/๒๕๕๑ ลงวันที่ ๗ กรกฎาคม ๒๕๕๑ และคืนค่าธรรมเนียมศาลในชั้นอนุทธรณ์ทั้งหมดแก่ผู้ร้อง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๗/๒๕๖๐)

<sup>๑๘</sup> เมื่อข้อกำหนดในสัญญาจ้างก่อสร้างครุระบายน้ำในเขตเทศบาลของคู่สัญญากำหนดให้การระงับข้อพิพาท เกี่ยวกับสัญญาจ้างโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการตกลงระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอาจกระทำได้โดยกำหนดໄว้ เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักหรือทำเป็นสัญญาแยกต่างหากก็ได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๙๒๐/๒๕๔๘)

ให้มีการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาหลักโดยวิธีอ่อนนุญาโตตุลาการ กรณีจึงต้องพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่า จะถือเอาสัญญาใดเป็นสัญญาที่กำหนดขึ้นมาเดียวกับอำนาจพิจารณาพิพากรของศาล แต่เนื่องจากข้อตกลงหรือสัญญานี้เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการไม่ได้แสดงให้เห็นถึงลักษณะของคดีพิพาทว่าเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจของศาลใด ดังนั้น การพิจารณาว่าคดีพิพาทจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพาขากของศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง ควรจะต้องพิจารณาจากสัญญาหลักที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาเป็นสำคัญ และแม้ว่าสัญญานี้จะมีผลต่อการดำเนินคดีต่อ “ศาลยุติธรรม” ก็ตาม แต่หากว่าคดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ตามสัญญาทางปกครองแล้ว คู่กรณีชอบที่จะยื่นคำร้องต่อศาลปกครองได้<sup>๑๗</sup> ด้วยเหตุนี้ คดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพาขากของศาลปกครองจึงมีเนื้อหาสาระที่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอย่างชัดเจน

(๓) แนวคิดวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับการเสียค่าธรรมเนียมศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพาขากของศาลปกครอง

แม้ว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพาขากของศาลปกครองจะมีเนื้อหาสาระที่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอย่างชัดเจนก็ตาม แต่ศาลปกครองสูงสุดโดยมติที่ประชุมใหญ่ได้วินิจฉัยโดยใช้และตีความมาตรา ๔๕ วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๘ ที่บัญญัติว่า “การฟ้องคดีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล เว้นแต่การฟ้องคดีขอให้สั่งให้ใช้เงินหรือสั่งมอบทรัพย์สินอันสืบเนื่องจากคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) หรือ (๔) ให้เสียค่าธรรมเนียมศาลตามทุนทรัพย์ในอัตราราทีระบุไว้ในตาราง ๑ ห้ายປະມາລ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สำหรับคดีที่มีค่าขอให้ปลดเปลือกทุกข้ออ้างคำนวนเป็นราคางานได้” ซึ่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับการดำเนินการก่อสร้างผิดรูปแบบอันเป็นการปฏิบัติผิดสัญญา (คำพิพาขากศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๕๒/๒๕๖๑) คดีพิพาทเกี่ยวกับการไม่ชำระค่าการงานตามสัญญาจ้างเหมาชุดลอกคลอง (คำพิพาขากศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๐๗๘/๒๕๖๑) คดีพิพาทเกี่ยวกับการชำระเงินค่าจ้างตามสัญญาจ้างเหมา ก่อสร้างถนน (คำพิพาขากศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๗๓๘/๒๕๖๑) หรือคดีพิพาทเกี่ยวกับการให้หักเงิน

<sup>๑๗</sup> รายได้บังคับแห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๔ จึงได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับศาลที่มีเขตอำนาจไว้ในมาตรา ๙ ว่า ให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางหรือศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศภาค หรือศาลที่มีการพิจารณาขั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพาขากของคดีที่ได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้น เป็นศาลมีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้ และตามมาตรา ๔๕ วรรคสอง บัญญัติว่า การอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพาขากของศาล ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้อุทธรณ์ต่อศาลฎีกาหรือศาลปกครองสูงสุดแล้วแต่กรณี จากบทบัญญัติตามมาตรา ๙ และมาตรา ๔๕ วรรคสอง แสดงให้เห็นว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๔ มุ่งประสงค์ให้พิจารณาลักษณะเนื้อหาแห่งประเด็นข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาว่าเป็นคดีแพ่งหรือคดีปกครอง โดยมิอาจพิจารณาข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ แยกออกต่างหากเป็นอีกส่วนหนึ่ง หากข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทใดมีลักษณะเป็นคดีแพ่ง ศาลที่มีเขตอำนาจจ่ายมได้แก่ ศาลยุติธรรม แต่หากข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทใดมีลักษณะเป็นคดีปกครอง ศาลที่มีเขตอำนาจจ่ายมได้แก่ ศาลปกครอง เมื่อข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญานี้เป็นข้อพิพาทนั้นเกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างคุรุราชบาน้ำในเขตเทศบาล อันมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ศาลปกครองจึงเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีนี้ มิใช่ศาลยุติธรรมตามมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๔ แม้ข้อกำหนดในสัญญาจ้างจะได้กำหนดว่าในกรณีสัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตน คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีสิทธิร้องขอต่อศาลแพ่ง เพื่อแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการก็ตาม (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๒๐/๒๕๔๘)

ค่าจ้างเพื่อคืนให้แก่ส่วนราชการ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๗๒/๒๕๖๔) เป็นดังนี้ ซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสิ้น แต่ศาลปกครองสูงสุดในคดีดังกล่าวได้วินิจฉัยว่า “คดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการมิใช่คดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) หรือ (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปีกรอง พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่เป็นคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๖) แห่งพระราชบัญญัติตั้งแต่ศาลมีผลบังคับใช้ คู่กรณีจึงไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล” แสดงให้เห็นว่า ในการตีความบทบัญญัติเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมศาล ศาลปกครองสูงสุดได้ให้ความสำคัญกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะจะไปที่ถ้อยคำว่า “คดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) หรือ (๔)” เป็นหลัก

### ๓.๒.๓ ตัวอย่างการเก็บค่าธรรมเนียมศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในระบบกฎหมายอิตาลี

เดิมการเสียค่าธรรมเนียมศาลในประเทศอิตาลีเป็นเรื่องที่แต่ละศาลสามารถบริหารจัดการได้เอง จนกระทั่งในปี ค.ศ. ๒๐๐๒ มีการประกาศใช้รัฐกฤษฎีกាជับบบที่ ๒๘/๒๐๐๒ ลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาวันที่ ๑๒ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๐๒ ว่าด้วยตารางการเสียค่าธรรมเนียมศาล โดยให้ใช้บังคับกับศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลภาษีอากร ทั้งนี้ ตารางการเสียค่าธรรมเนียมศาล (Tabella contributo unificato) เป็นค่าขึ้นศาลที่เรียกเก็บโดยอาศัยฐานของการจัดเก็บค่าอาการแสตมป์ (ซึ่งปัจจุบันได้ยกเลิกไป) ค่าใช้ทรัพยากรของศาล และค่าบริการในกระบวนการยุติธรรมร่วมกับจำนวนทุนทรัพย์ของคดีพิพาท

ตารางการเสียค่าธรรมเนียมศาลนี้กำหนดอัตราการเสียค่าธรรมเนียมศาลสำหรับการพิจารณาคดีแพ่ง (ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา) คดีปกครอง (ศาลปกครอง) และคดีภาษีอากร (ศาลภาษีอากร) ซึ่งแต่ละศาลจะมีช่องทางให้คู่กรณีสามารถคำนวณค่าธรรมเนียมศาลที่ต้องเสียตามจำนวนทุนทรัพย์ของคดีที่ยื่นฟ้อง อย่างไรก็ตาม ศาลอาจมีการกำหนดหลักเกณฑ์การขอยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลไว้ในกฎหมายของศาลนั้น ๆ

สำหรับอัตราการเสียค่าธรรมเนียมศาลที่ใช้บังคับในปัจจุบันมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐกฤษฎีกាជับบบที่ ๓๓๒/๒๐๑๔ ซึ่งกำหนดอัตราการเสียค่าธรรมเนียมศาลไว้ ดังนี้

#### คดีแพ่ง – ศาลชั้นต้น

ทุนทรัพย์ของคดีพิพาท	อัตราค่าธรรมเนียมศาล
ทุนทรัพย์ตั้งแต่ ๐ ถึง ๑,๑๐๐ ยูโร	๔๘ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๑,๑๐๐ ถึง ๕,๒๐๐ ยูโร	๘๘ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๕,๒๐๐ ยูโร ถึง ๒๖,๐๐๐ ยูโร	๒๓๗ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๒๖,๐๐๐ ถึง ๕๒,๐๐๐ ยูโร	๔๑๘ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๕๒,๐๐๐ ยูโร ถึง ๒๖๐,๐๐๐ ยูโร	๗๕๘ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๒๖๐,๐๐๐ ยูโร ถึง ๕๒๐,๐๐๐ ยูโร	๑,๒๑๔ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๕๒๐,๐๐๐ ยูโร ขึ้นไป	๑,๖๙๖ ยูโร

### คดีแพ่ง – ศาลอุทธรณ์

ทุนทรัพย์ของคดีพิพาท	อัตราค่าธรรมเนียมศาล
ทุนทรัพย์ตั้งแต่ ๐ ถึง ๑,๑๐๐ ยูโร	๖๔ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๑,๑๐๐ ถึง ๕,๒๐๐ ยูโร	๑๙๗ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๕,๒๐๐ ยูโร ถึง ๒๖,๐๐๐ ยูโร	๓๕๕.๕๐ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๒๖,๐๐๐ ยูโร ถึง ๕๒,๐๐๐ ยูโร	๗๗๗ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๕๒,๐๐๐ ยูโร ถึง ๒๖๐,๐๐๐ ยูโร	๑,๓๓๘.๕๐ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๒๖๐,๐๐๐ ยูโร ถึง ๕๒๐,๐๐๐ ยูโร	๑,๘๑๑ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๕๒๐,๐๐๐ ยูโร ขึ้นไป	๒,๕๒๙ ยูโร

### คดีแพ่ง – ศาลฎีกา

ทุนทรัพย์ของคดีพิพาท	อัตราค่าธรรมเนียมศาล
ทุนทรัพย์ตั้งแต่ ๐ ถึง ๑,๑๐๐ ยูโร	๙๖ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๑,๑๐๐ ถึง ๕,๒๐๐ ยูโร	๑๙๖ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๕,๒๐๐ ยูโร ถึง ๒๖,๐๐๐ ยูโร	๔๗๔ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๒๖,๐๐๐ ยูโร ถึง ๕๒,๐๐๐ ยูโร	๑,๐๓๖ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๕๒,๐๐๐ ยูโร ถึง ๒๖๐,๐๐๐ ยูโร	๑,๕๑๘ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๒๖๐,๐๐๐ ยูโร ถึง ๕๒๐,๐๐๐ ยูโร	๒,๔๒๘ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๕๒๐,๐๐๐ ยูโร ขึ้นไป	๓,๓๗๒ ยูโร

### คดีภาษีอากร – ศาลภาษีอากรจังหวัด และภูมิภาค

ทุนทรัพย์ของคดีพิพาท	อัตราค่าธรรมเนียมศาล
ทุนทรัพย์ตั้งแต่ ๐ ถึง ๒,๕๕๒.๒๘ ยูโร	๓๐ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๒,๕๕๒.๒๘ ยูโร ถึง ๕,๐๐๐ ยูโร	๖๐ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๕,๐๐๐ ยูโร ถึง ๒๕,๐๐๐ ยูโร	๑๒๐ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๒๕,๐๐๐ ยูโร ถึง ๗๕,๐๐๐ ยูโร	๒๕๐ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๗๕,๐๐๐ ยูโร ถึง ๒๐๐,๐๐๐ ยูโร	๕๐๐ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๒๐๐,๐๐๐ ยูโร ขึ้นไป	๑,๕๐๐ ยูโร

### คดีปกครอง - ศาลปกครองชั้นต้น / ศาลปกครองสูงสุด

คดีปกครองโดยทั่วไปต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลในอัตรา ๖๕๐ ยูโร ยกเว้นคดีตามมาตรา ๒๕ ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งเป็นคดีที่องโดยแต่งคำสั่งปฏิเสธอิเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของราชการที่ต้องปฏิบัติตามข้อบังคับของสหภาพยุโรปว่าด้วยการเข้าถึงข้อมูลด้านสิ่งแวดล้อม<sup>๑๐</sup> ไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล

นอกจากนี้ ให้ใช้บังคับตารางการเสียค่าธรรมเนียมสำหรับคดีดังต่อไปนี้

### คดีปกครองเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณณะ การจัดซื้อจัดจ้างและการบริการ คำสั่งของหน่วยงานอิสระ (Lavori pubblici, forniture e servizi, provvedimenti autorità indipendenti)

ทุนทรัพย์	ค่าธรรมเนียม ศาลปกครองชั้นต้น	ค่าธรรมเนียม ศาลปกครองสูงสุด
ทุนทรัพย์ตั้งแต่ ๐ ถึง ๒๐๐,๐๐๐ ยูโร	๒,๐๐๐ ยูโร	๓,๐๐๐ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๒๐๐,๐๐๐ ยูโร ถึง ๑,๐๐๐,๐๐๐ ยูโร	๔,๐๐๐ ยูโร	๖,๐๐๐ ยูโร
ทุนทรัพย์เกิน ๑,๐๐๐,๐๐๐ ยูโร ขึ้นไป	๖,๐๐๐ ยูโร	๘,๐๐๐ ยูโร

### คดีปกครองตามที่กฎหมายกำหนด

ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด	ค่าธรรมเนียม
คดีเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของราชการ ตามมาตรา ๑๑ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ricorsi in materia di accesso ai documenti amministrativi secondo l'art. 116 del D.Lgs n.104/2010)	๓๐๐ ยูโร
คดีฟ้องกรณีหน่วยงานละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรตามมาตรา ๑๗ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ricorsi avverso il silenzio secondo l'art. 117 del D.Lgs n.104/2010)	๓๐๐ ยูโร
คดีฟ้องเกี่ยวกับการใช้สิทธิในการขอสัญชาติหรืออภิมิลำเนา (ricorsi aventi ad oggetto il diritto di cittadinanza, diritto di residenza)	๓๐๐ ยูโร
คดีฟ้องเกี่ยวกับการใช้สิทธิพำนักอาศัยในประเทศหรือสิทธิเดินทางเข้าประเทศ (ricorsi aventi ad oggetto il diritto di soggiorno o il diritto di ingresso nel territorio dello Stato)	๓๐๐ ยูโร
คดีร้องขอให้ศาลมีคำบังคับหรือขอให้บังคับคดีตามคำพิพากษา (ricorsi di esecuzione della sentenza o ottemperanza del giudicato)	๓๐๐ ยูโร

สำหรับคดีพิพากษาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองนั้น ภายใต้รัฐกฤษฎีกาเลขที่ ๕๐ ลงวันที่ ๑๘ เมษายน ๒๐๑๖ หรือประมวลกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง<sup>๑๑</sup> ประกูณมาตรฐานสำคัญ ๒ มาตรา คือ มาตรา ๒๐๙ (อนุญาโตตุลาการ) และมาตรา ๒๑๐ (สถาบันอนุญาโตตุลาการ การขึ้นทะเบียน

<sup>๑๐</sup> I ricorsi previsti dall'articolo 25 della legge 7 agosto 1990, n. 241 avverso il diniego di accesso alle informazioni di cui al D. Lgs n. 195/2005, di attuazione della direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale

<sup>๑๑</sup> Decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016 - Codice dei contratti pubblici

อนุญาโตตุลาการ และบัญชีรายชื่อเลขานุการ) โดยกำหนดสาระสำคัญไว้ว่า ในสัญญาทางปกครอง คู่กรณีสามารถกำหนดวิธีการประนอมข้อพิพาทได้เสมอ (รวมถึงวิธีอนุญาโตตุลาการ) และกระบวนการโดยไม่แห้งคัดค้านและการเพิกถอนคำข้ามให้เป็นไปตามระบบอนุญาโตตุลาการปกติ โดยให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอิตาลี มาตรา ๘๑๕ และมาตราที่เกี่ยวข้องซึ่งระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองโดยส่วนใหญ่แล้วจะคล้ายคลึงกับระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางแพ่ง แต่จะมีเงื่อนไขพิเศษบางประการที่แตกต่างออกไปจากอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางแพ่ง<sup>๒๒</sup>

เมื่อพิจารณาประเภทคดีที่กำหนดในตารางการเสียค่าธรรมเนียมศาลข้างต้น คดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองจึงต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลใน ๒ ลักษณะ กล่าวคือ

ประการแรก หากเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ประเภทที่พิพาทกันในเรื่องงานโยธาสาธารณณะ การจัดซื้อจัดจ้างและการบริการ ต้องคำนวนทุนทรัพย์ตามตารางการเสียค่าธรรมเนียมศาลสำหรับคดีปกครองเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณณะ การจัดซื้อจัดจ้างและการบริการ คำสั่งของหน่วยงานอิสระ

ประการที่สอง หากเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ประเภทอื่นนอกเหนือจากที่กล่าวในประการแรก ย่อมถือเป็นคดีปกครองทั่วไปที่จะต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล ในอัตรา ๖๕๐ ยูโร

#### ๔. การเสียค่าธรรมเนียมศาลตามลักษณะคดีพิพาท

เมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดค่าธรรมเนียมศาล จะเห็นได้ว่า ค่าธรรมเนียมศาลเป็นรายจ่ายที่ผู้ใช้บริการพึงจ่ายเพื่อเป็นค่าตอบแทนการรับบริการหรือการใช้ทรัพยากรของรัฐ ในกระบวนการยุติธรรม ดังนั้น แบบมาตรฐานสำหรับค่าธรรมเนียมศาลควรครอบคลุมค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่เกิดขึ้นจริง โดยผู้ที่ใช้ทรัพยากรศาลมากกว่าครัวต้องรับภาระค่าใช้จ่ายมากกว่า ในทางตรงข้ามผู้ที่ใช้ทรัพยากรศาลน้อยกว่าครัวรับภาระค่าใช้จ่ายที่น้อยกว่า นอกจากนี้ การนำคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม ย่อมก่อให้เกิดผลดีหรือผลเสียทางสังคม ผู้ที่นำคดีดังกล่าวเข้าสู่ศาลควรได้รับการลดหย่อนหรือคิดค่าธรรมเนียมศาลเพิ่มเพื่อให้สะท้อนถึงผลดีหรือผลเสียทางสังคมตามแต่กรณี กล่าวคือ คดีที่เป็นไปเพื่อผลประโยชน์ทางทรัพย์สินส่วนตัว ซึ่งก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อส่วนรวมน้อยด้วยต้องแบกรับค่าธรรมเนียมศาลที่มากกว่าคดีที่ฟ้องเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ประกอบกับเมื่อพิจารณาการเสียค่าธรรมเนียมศาลในระบบกฎหมายอิตาลีแล้ว เห็นได้ว่า วัตถุประสงค์ของการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมศาลเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในบริการสาธารณะด้านกระบวนการยุติธรรม ทำให้คดีพิพาททุกคดีต้องกำหนดให้มีทุนทรัพย์ เพื่อนำมาคำนวนอัตราส่วนร้อยละในการเสียค่าธรรมเนียมศาล

##### ๔.๑ การเสียค่าธรรมเนียมศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

เมื่อพิจารณาประเภทของคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสามารถจำแนกได้เป็น

<sup>๒๒</sup> Claudio Mellone, Schemi Schede di diritto processuale civile, VI Edizione, Gruppo Editoriale Esselibri – Simone, Napoli, 2008 pp. 235-246.

(๑) ประเภทคดีพิพาทเกี่ยวกับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองขั้นต้นตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ได้แก่ การขอให้ศาลสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ (มาตรา ๑๕) การขอให้ศาลมีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตน (มาตรา ๑๖) การขอให้ศาลมั่นใจยังถึงการสื้นสุดของการเป็นอนุญาโตตุลาการ (มาตรา ๑๗) การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ (มาตรา ๑๘) การขอให้ศาลมั่นใจยึดปัจจหาเกี่ยวกับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (มาตรา ๑๙) การขอให้ศาลมีหมายเรียกเพื่อการแสวงหาข้อเท็จจริง (มาตรา ๓๓) การคัดค้านคำชี้ขาด (มาตรา ๔๐) การขอให้บังคับตามคำชี้ขาด (มาตรา ๔๑) การขอให้ศาลมีคำสั่งเรื่องค่าธรรมเนียม (มาตรา ๔๒)

(๒) ประเภทคดีพิพาทเกี่ยวกับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองสูงสุดตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ กรณีการอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาตามมาตรา ๔๕ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕

เมื่อพิจารณาจากประเภทของคดีพิพาทดังกล่าวข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า คดีพิพาทที่ผู้ห้องคดีเรียกร้องเอาทรัพย์สินหรือสิทธิเรียกร้องที่สามารถดำเนินเป็นทรัพย์สินได้อย่างชัดเจน ได้แก่ การคัดค้านคำชี้ขาดตามมาตรา ๔๐ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ และการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา ๔๑ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ส่วนคดีพิพาทประเภทอื่น มีลักษณะเป็นคดีพิพาทที่เป็นเพียงกระบวนการขั้นตอนที่จะนำไปสู่การทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ท่านนั้น ซึ่งอาจยังถือไม่ได้ว่าคดีพิพาทดังกล่าวเป็นคดีพิพาทที่มีทุนทรัพย์

**๔.๒ การใช้และตีความบทบัญญัติมาตรา ๔๕ วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๗ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๘**

เมื่อพิจารณาจากประวัติศาสตร์ความเป็นมาในการร่างบทบัญญัติมาตรา ๔๕ วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๗ แล้ว จะเห็นว่า ผู้ร่างกฎหมาย (วุฒิสภา) ได้พิจารณาบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวกับค่าธรรมเนียมศาลในคดีสัญญาทางปกครอง ในวาระที่ ๒ เมื่อวันที่ ๒๕ มิถุนายน ๒๕๔๗ สรุปความเห็นได้ว่า คดีเกี่ยวกับสัญญาซึ่งมีรัฐเข้าไปเกี่ยวข้องนั้น มีอยู่ด้วยกัน ๒ ลักษณะ โดยส่วนหนึ่งเป็น “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง และอีกส่วนหนึ่งเป็น “สัญญาทั่วไป” ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม ดังนั้น หากคดีหนึ่งเสียค่าธรรมเนียมอย่างหนึ่ง แต่อีกคดีหนึ่งเสียค่าธรรมเนียมต่างก็ออกไปซึ่งอาจไม่เหมาะสม จึงควรกำหนดให้เป็นอัตราหรือมาตรฐานเดียวกันทั้งหมด ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเจตนารณรงค์ของผู้ร่างกฎหมาย ที่ไม่ต้องการสร้างความแตกต่างระหว่างคดีที่มีลักษณะเดียวกันที่สามารถอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษา ของทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ดังนั้น ในคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาทั้งในศาลยุติธรรมและศาลปกครองและมีลักษณะของคดีพิพาทคล้ายคลึงกัน จึงสามารถสรุปได้ว่า ข้อความคิดของบทบัญญัติมาตรา ๔๕ วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๗ ต้องการที่จะให้คดีปกครองที่มีทุนทรัพย์เสียค่าธรรมเนียมศาลเช่นเดียวกับคดีพิพาทที่มีทุนทรัพย์ ในศาลยุติธรรม ด้วยเหตุนี้ การแปลถ้อยคำของบทบัญญัติตั้งกล่าวประกอบกับเจตนารณรงค์ของกฎหมาย จึงควรให้ความสำคัญกับการใช้และการตีความถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปของการเสียค่าธรรมเนียมศาล ที่ปรากฏในมาตรา ๔๕ วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๗ ว่า

“การฟ้องคดีที่ขอให้สั่งให้เข้าเงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน หรือคดีที่มีคำขอให้ปลดปล่อยทุกข้ออันอาจคำนวน เป็นราคาเงินได้ ให้เสียค่าธรรมเนียมศาลตามทุนทรัพย์ในอัตราตามที่ระบุไว้ในตาราง ๑ ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง” โดยที่หลักการทั่วไปที่บัญญัติว่า “การฟ้องคดีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล” ก็ยังคงใช้ได้ กับคดีปกครองที่ไม่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือสิทธิเรียกร้องอันอาจคำนวนเป็นราคาเงินได้

นอกเหนือจากการพิจารณาเจตนากรณ์ของกฎหมายแล้ว การใช้และการตีความกฎหมายต้องคำนึงถึงระบบกฎหมายที่ต้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน มิเช่นนั้นการใช้และการตีความกฎหมาย จะก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ดังนั้น คดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เช่นใดที่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลในศาลยุติธรรม พึงต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลเช่นนั้นในศาลปกครองด้วย

อีกทั้ง การใช้และการตีความบทบัญญัติตามมาตรา ๔๕ วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยให้ความสำคัญกับมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) หรือ (๔) ก่อนข้อความคิดพื้นฐานของการเสียค่าธรรมเนียมศาลย่อมไม่เหมาะสม เนื่องจากบทบัญญัติตามมาตรา ๙ เป็นเพียงบทบัญญัติเกี่ยวกับประเทศไทยที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเท่านั้น (เขตอำนาจศาลตามประเทศไทย) ไม่ใช่บทบัญญัติเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมศาลแต่อย่างใด ดังนั้น การใช้และการตีความบทบัญญัติ เกี่ยวกับค่าธรรมเนียมศาลต้องพิจารณาเป็นบทบัญญัติที่เป็นเอกเทศแยกต่างหากจากประเทศไทยได้ โดยพิจารณาหลักการพื้นฐานที่เป็นสาระสำคัญของการเสียค่าธรรมเนียมศาลที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า การเสียค่าธรรมเนียมศาลถือเป็นการสร้างความเป็นธรรมตามกระบวนการยุติธรรมประเพณenhing ผู้ที่จะได้ประโยชน์จากการบวนการยุติธรรมย่อมต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในกระบวนการยุติธรรมที่มากตามไปด้วย

#### **๔.๓ ประเภทของคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ “ที่ควร” เสียค่าธรรมเนียมศาล**

เมื่อคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เป็นคดีพิพาทที่มีสาระสำคัญของเนื้อหาแห่งคดีเกี่ยวกับ “การตோแย้งสิทธิหน้าที่ตามสัญญา” เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับการดำเนินการก่อสร้างผิดรูปแบบอันเป็นการปฏิบัติผิดสัญญา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๙๒/๒๕๖๑) คดีพิพาทเกี่ยวกับการไม่ชำระค่าการงานตามสัญญาจ้างเหมาชุดลอกคล่อง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๐๗/๒๕๖๑) คดีพิพาทเกี่ยวกับการชำระเงินค่าจ้างตามสัญญาจ้างเหมา ก่อสร้างถนน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๑๘/๒๕๖๑) หรือคดีพิพาทเกี่ยวกับการให้หักเงินค่าจ้างเพื่อคืนให้แก่ ส่วนราชการ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๑๙/๒๕๖๑) เป็นต้น ซึ่งคดีดังกล่าวเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสิ้น และเมื่อพิจารณาจากประเภทของคดีพิพาทดังกล่าวข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า คดีพิพาทที่ผู้ฟ้องคดีเรียกร้องเอาทรัพย์สินหรือสิทธิเรียกร้องที่สามารถคำนวนเป็นราคาเงินได้ อย่างชัดเจน ได้แก่ การคดค้านำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา ๔๐ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ และการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติ ฉบับเดียวกัน ดังนั้น การคดค้าน (เพิกถอน) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือการขอให้บังคับตามคำชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการก็คือ การฟ้องคดีเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ตามสัญญาทางปกครอง จึงต้องถือว่าคดีพิพาทดังกล่าวเป็นคดีพิพาทที่มีทุนทรัพย์ที่จะต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล

#### ๕. บทสรุป

บทบัญญัติว่าด้วยค่าธรรมเนียมศาลเป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะเจาะจง และครอบคลุมทั้งมิติของการเข้าถึงบริการด้านกระบวนการยุติธรรม และมิติทางด้านภาระด้านงบประมาณ ยังเป็นค่าใช้จ่ายในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการเสียค่าธรรมเนียมศาล ในคดีที่ฟ้องต่อศาลปกครองตามมาตรา ๔๕ วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๘ ก็มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกัน ประกอบกับเจตนารณ์ของการร่างกฎหมาย และการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมศาลที่ยึดตามโครงสร้างของการคิดค่าธรรมเนียมศาลในคดีแพ่งเป็นสำคัญ กล่าวคือ การแบ่งแยกระหว่างคดีที่มีทุนทรัพย์ออกจากคดีที่ไม่มีทุนทรัพย์ ดังนั้น การวินิจฉัยหรือตีความ เกี่ยวกับการเสียค่าธรรมเนียมศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษา ของศาลปกครองจึงต้องพิจารณาการใช้และตีความการเสียค่าธรรมเนียมศาลของคดีลักษณะเดียวกัน ในศาลยุติธรรมประกอบด้วย

---

## บรรณานุกรม

นฤดล เยงเจริญ, ระบบค่าฤชาธรรมเนียมในการดำเนินคดีแพ่ง. วิทยานิพนธ์ปริญญา  
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๒.

นวกร คำดี, การเลี่ยค่าธรรมเนียมศาลปกครอง : ศึกษากรณีการร้องขอให้ศาลบังคับตาม  
หรือเพิกถอนคำข้อความของอนุญาโตตุลาการ, รายงานการศึกษาส่วนบุคคล หลักสูตรพนักงานคดีปกครอง  
ระดับสูง รุ่นที่ ๑๒ ประจำปี ๒๕๖๐.

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, โครงการวิเคราะห์ระบบค่าฤชาธรรมเนียม  
และค่าชี้น้ำเงินด้วยวิธีการทางเศรษฐศาสตร์, เสนอต่อสถาบันวิจัยและพัฒนารัฐพัฒนศักดิ์ สำนักงาน  
ศาลยุติธรรม”.

บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, เอกสารประกอบการสัมมนา โครงการฝึกอบรมตุลาการประจำ  
ศาลปกครองชั้นต้นผู้เข้ารับตำแหน่งใหม่ รุ่นที่ ๑ เรื่อง ล้ม拿起ดีปกของตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง : คดีพิพาท  
เกี่ยวกับลัญญาทางปกครอง และล้ม拿起ดีปกของเรื่องต่าง ๆ : คดีพิพาทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท  
โดยอนุญาโตตุลาการ, กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๖๒.

ราชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕, กรุงเทพฯ :  
นิติธรรม, ๒๕๕๘

## ภาษาต่างประเทศ

Claudio Mellone, Schemi Schede di diritto processuale civile, VI Edizione, Gruppo  
Editoriale EsseLibri – Simone, Napoli, 2008

Han Ping, The role of the court in arbitration : a comparative study of the Chinese  
law and the laws of the UK, PhD thesis, University of Glasgow 2007

H. Varian, Microeconomic Analysis (W. W. Norton & Company, 1992).

Jan Paulsson, Arbitration in Three Dimensions (2010).

รายงานประจำปี พ.ศ. ๒๕๖๕ ของสถาแห่งรัฐ เรื่อง  
เครือข่ายออนไลน์ : ความท้าทายและโอกาสในการใช้อำนาจรัฐ\*  
(Les réseaux sociaux : enjeux et opportunités pour la puissance publique)

ปาลีรัฐ ครีวะรณพฤกษ์\*\*

## คำนำ

รายงานประจำปี พ.ศ. ๒๕๖๕ ของสถาแห่งรัฐฉบับนี้ถือเป็นเอกสารอีกฉบับที่แสดงให้เห็นถึง ความสนใจอันมีมาเป็นเวลายาวนานของสถาแห่งรัฐในประเด็นดิจิทัล ดังปรากฏผ่านการเผยแพร่รายงานประจำปี พ.ศ. ๒๕๕๐ เรื่อง “อินเทอร์เน็ตและเครือข่ายดิจิทัล”<sup>๑</sup> อันถือเป็นรายงานประจำปีฉบับแรก ที่สถาแห่งรัฐศึกษาในหัวข้อดังกล่าว เรื่อยมาจนถึงการจัดทำรายงานประจำปี พ.ศ. ๒๕๕๗ และ พ.ศ. ๒๕๕๖ เรื่อง “ดิจิทัลและสิทธิข้อมูลฐาน”<sup>๒</sup> และ “แพลตฟอร์มดิจิทัลกับการใช้บริการผ่านระบบอุเบอร์ (« ubérisation ») ทางเศรษฐกิจ”<sup>๓</sup> ตามลำดับ รวมถึงการจัดสร้างรายงานการศึกษา เรื่อง “ปัญหาประดิษฐ์ : ศักยภาพและความเสี่ยง แก่ภาคประชาชน”<sup>๔</sup> ซึ่งเป็นรายงานการศึกษาฉบับล่าสุดในหัวข้อนี้ที่ดำเนินการแล้วเสร็จตามการสั่งการ ของนายกรัฐมนตรี

รายงานประจำปีและรายงานการศึกษาทั้ง ๔ ฉบับดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ได้รับการกำหนด หัวข้อการศึกษาที่เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยรั่งเศรษฐกิจช่วงเวลาหนึ่ง อันเป็นไป เพื่อเติมเต็มภารกิจของสถาแห่งรัฐที่มีทั้งภารกิจด้านการให้คำปรึกษากฎหมาย ภารกิจด้านการตัดสิน คดีพิพาท ภารกิจด้านการศึกษาและจัดทำข้อเสนอแนะ ตลอดจนภารกิจในฐานะผู้เชี่ยวชาญกฎหมาย ในสาขาต่าง ๆ จึงอาจกล่าวได้ว่าการจัดทำรายงานประจำปีและรายงานการศึกษาทั้งหลายเหล่านี้ถือเป็น ภารกิจสำคัญของสถาแห่งรัฐในการให้ความกระจ่างในประเด็นทางกฎหมายเพื่อสนับสนุนภารกิจของรัฐ ในสังคมประชาธิปไตย

\* เมยแพร์ครั้งแรกในอินทรานีตสำนักกวิจัยและวิชาการ เดือนกันยายน ๒๕๖๖

\*\* น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.ม. กฎหมายเอกชนและธุรกิจ จากมหาวิทยาลัยเดียวกัน, Master 2 Droits fondamentaux และ Doctorat en droit public : mention très honorable จากมหาวิทยาลัย Auvergne แห่งประเทศไทย, พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

<sup>๑</sup> « Internet et les réseaux numériques »

<sup>๒</sup> « Le numérique et les droits fondamentaux »

<sup>๓</sup> « Les plateformes numériques et l' « ubérisation » de l'économie » ทั้งนี้ « ubérisation » หรือ uberization (ภาษาอังกฤษ) หมายถึง การที่แอปพลิเคชันเข้ามาแทนที่คนกลางในการเชื่อมต่อความประสงค์ของผู้ให้บริการ และผู้รับบริการ แต่เนื่องจากคำอธิบายนี้ค่อนข้างยาว จึงขอใช้ “การใช้บริการผ่านระบบอุเบอร์”

<sup>๔</sup> « L'intelligence artificielle, ses potentialités et ses risques pour l'action publique »

ประเด็นเกี่ยวกับเครือข่ายออนไลน์ถือเป็นประเด็นที่เป็นที่ยอมรับถึงความสำคัญเป็นต้นมา ตรวจสอบศตวรรษ และยังถือเป็นประเด็นที่อยู่ในความสนใจของประเทศทั่วโลก จึงมีความจำเป็นที่สถาบันแห่งรัฐในนามของประเทศร่วมแสดงความต้องการทำการศึกษาค้นคว้าให้ลึกซึ้งเพื่อตอบคำถามทั้งหลายก่อนที่จะดำเนินการยกร่างกฎหมายหรือออกกฎหมายที่ทางกฎหมายเป็นลำดับต่อไป

**การศึกษาเกี่ยวกับเครือข่ายออนไลน์ :** ความท้าทายและโอกาสในการใช้งานจัดทำกฎหมาย จึงเริ่มจาก การตั้งคำถามที่ว่าเครือข่ายออนไลน์คืออะไร ? เทคโนโลยีรูปแบบใดที่จะตอบสนองเครือข่ายออนไลน์ได้ดีที่สุด ? ศักยภาพและความเสี่ยงของเครือข่ายออนไลน์คืออะไร ? ทั้งนี้ ประเด็นคำถามทั้งหลายเหล่านี้ต้องอยู่บนความเข้าใจตรงกันที่ว่า เครือข่ายออนไลน์ก็เช่นเดียวกับเทคโนโลยี ซึ่งก็คือสามารถส่งผลให้เกิดนวัตกรรม เช่นเดียวกับส่งผลให้เกิดสิ่งแวดล้อมทั้งหลาย จึงเป็นการเหมาะสมที่จะหยิบยกหัวข้อนี้มาศึกษาให้ล่องแท้ เพื่อที่จะป้องกันภัยนตรายทั้งหลายเป็นการล่วงหน้า ทั้งนี้ บรรดาธุรกิจของสหภาพยุโรปมีความเข้าใจ ตรงกันในประเด็นดังที่กล่าวมานี้ อันนำมาสู่การที่รัฐสภาจัดทำกฎหมาย ๒ ฉบับ คือ กฎหมายตลาดดิจิทัล (Digital Market Act) และกฎหมายบริการดิจิทัล (Digital Service Act) โดยกฎหมายตลาดดิจิทัล เป็นกฎหมายที่วางแผนและจัดสรรงานที่มีอิทธิพลอย่างมาก โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ธุรกิจต่างๆ ดำเนินไป ด้วยความเป็นธรรมและมีลักษณะเป็นการแข่งขันอย่างสมบูรณ์ กฎหมายทั้งสองฉบับจึงได้วางหลักเกี่ยวกับ รูปแบบใหม่ในการควบคุมกำกับดูแล พร้อมทั้งจัดตั้งให้มีระบบอุตสาหกรรมเพื่อตรวจสอบและอนุญาต ในการเปิดแพลตฟอร์มดิจิทัล สำหรับกฎหมายบริการดิจิทัลนั้น ก็มีวัตถุประสงค์เพื่อเฝ้าระวังและตรวจสอบ ให้การดำเนินธุกรรมดิจิทัลเต็มไปด้วยความโปร่งใส โดยมีคณะกรรมการอธิการยุโรปเป็นองค์กรกำกับดูแลเพื่อเป็น หลักประกันในการขับเคลื่อนธุกรรมดิจิทัลที่มีความสามารถรับกับผู้เข้าสู่ธุกรรมนี้

ประเทศร่วมแสดงความต้องการที่จะร่วมมือกันในการเตรียมการเพื่อขับเคลื่อนให้การบังคับใช้กฎหมาย ทั้งสองฉบับดังที่กล่าวมาข้างต้นดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ จึงนำมาสู่ความจำเป็นที่สถาบันแห่งรัฐต้องจัดทำ รายงานการศึกษาฉบับนี้พร้อมทั้งจัดทำข้อเสนอจำนวน ๑๗ ข้อ เพื่อนำเสนอในตอนท้ายของรายงานฉบับนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้รัฐบาลตระหนักรถึงความจำเป็นและความสำคัญในการเตรียมการและยกร่างกฎหมาย สำคัญที่มีเนื้อหาสาระเชื่อมโยงกับกฎหมายตลาดดิจิทัลและกฎหมายบริการดิจิทัล อันเป็นกรอบกฎหมาย ของสหภาพยุโรปทั้งสองฉบับเกี่ยวกับเครือข่ายดิจิทัล ดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้น

## บทวิเคราะห์

การประมาณเชิงสถิติใน พ.ศ. ๒๕๖๕ ระบุว่าประชากรทั่วโลก roughly ๖๐ เข้าใช้เครือข่าย ออนไลน์ (ถือเป็นผู้ใช้บริการจำนวนราว ๔.๒ พันล้านคน) และใช้เวลาอย่างละประมาณ ๑๕๕ นาทีต่อคน ต่อวัน เครือข่ายออนไลน์จึงกลายมาเป็นช่องทางหลักที่สำคัญอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะก่อให้เกิดผลกระทบ ทั้งแบกและแบ่ง อันนำมาสู่ข้อพิจารณาถึงบทบาทของภาครัฐในเครือข่ายออนไลน์ แม้ว่าเครือข่าย ออนไลน์จะเป็นเครือข่ายเพื่อติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลธรรมชาติทั้งสองฝ่ายก็ตาม

รายงานฉบับนี้จัดทำขึ้นภายหลังจากสหภาพยุโรปตรากฎหมายจำนวน ๒ ฉบับ คือ กฎหมายตลาดดิจิทัลและกฎหมายบริการดิจิทัล อันเป็นกฎหมายสองฉบับที่วางแผนไว้ ตลอดจนกฎหมายที่ ทั้งหลายเกี่ยวกับตลาดดิจิทัลและบริการดิจิทัลซึ่งประกาศในแพลตฟอร์มทุกประเภททั่วทั้งทวีปยุโรป โดยรายงาน ฉบับนี้มุ่งเน้นนำเสนอถึงบทบาทของรัฐที่เกี่ยวข้องกับตลาดดิจิทัลและบริการดิจิทัล แม้ว่าทั้งตลาดดิจิทัล และบริการดิจิทัลจะเป็นดินแดนที่เอกชนเป็นผู้มีบทบาทหลักก็ตาม อนึ่ง รายงานฉบับนี้ได้ให้ความกระจ่าง ของนิยาม “เครือข่ายออนไลน์ (le réseau social)” รวมทั้งกรอบทางกฎหมายที่นำมาปรับใช้ ดังปรากฏใน

ส่วนที่ ๑ และจะนำเสนอถึงข้อดีข้อเสียของเครือข่ายออนไลน์ อันนำไปสู่บทบาทของฝ่ายปกครองในส่วนที่ ๒ และปิดท้ายในส่วนที่ ๓ ด้วยการกล่าวถึงข้อเสนอที่ภาครัฐพึงตระหนักและดำเนินการเพื่อสร้างสมดุลแก่การเข้าใช้เครือข่าย

ดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้นว่า ส่วนที่ ๑ นั้น เป็นการศึกษาข้อมูลทั้งหลายเพื่อนำไปสู่การกำหนดนิยามของ “เครือข่ายออนไลน์” ซึ่งในเบื้องต้นนั้น สถาแห่งรัฐได้สำรวจพื้นที่ออนไลน์ที่ใช้สนทนาระบบที่มีลักษณะแตกต่างและมีความหลากหลายเป็นอย่างยิ่ง โดยพื้นที่ดังกล่าวอาจมีลักษณะเป็นพื้นที่เปิดกว้างสำหรับทุกคนหรือจำกัดผู้ใช้บริการเพียงบางรายหรือเพียงบางกลุ่ม อาจเป็นการใช้เพื่อการประกอบอาชีพหรือเพื่อความบันเทิง อาจเป็นการแลกเปลี่ยนข้อมูลหรือเป็นการสนทนาร้อตตอบ ซึ่งลักษณะเหล่านี้เป็นไปตามการออกแบบพื้นที่ออนไลน์หรือแพลตฟอร์มแต่ละประเภทให้สอดคล้องกับความต้องการ อันส่งผลให้เกิดสื่อที่มีลักษณะเป็นโซเชียลมีเดียหรือสื่อสังคม (les médias sociaux) และกระดานข้อความ อีกทั้งพัฒนาการทางเทคโนโลยีในปัจจุบันยังส่งผลให้แพลตฟอร์มออนไลน์มีลักษณะผสมผสาน ดังที่พบในแพลตฟอร์มที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นตลาดการค้า (le market place) หรือแพลตฟอร์มที่มีลักษณะเป็นการแลกเปลี่ยนบริการที่เปิดโอกาสให้ผู้ใช้งานพูดคุยสนทนาแลกเปลี่ยนความคุ้ปด้วย จากความข้างต้นจึงแสดงให้เห็นถึงความยากลำบากในการกำหนดนิยามของ “เครือข่ายออนไลน์” ซึ่งท้ายสุดเห็นว่า ควรกำหนดนิยามในเชิงความหมายโดยกว้าง (une définition large) เพื่อจะได้สอดคล้องกับนิยามที่ปรากฏในกฎหมายตลาดดิจิทัลของสหภาพยุโรป ที่อาจถือเป็นกฎหมายที่ทางกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรกที่ให้คำจำกัดความของ “เครือข่ายออนไลน์” ว่าหมายถึง “แพลตฟอร์มที่เปิดให้ผู้ใช้บริการติดต่อ แบ่งปัน ค้นพบ และสื่อสารระหว่างผู้ใช้บริการทั้งหลาย โดยดำเนินการผ่านอุปกรณ์ต่าง ๆ เช่น การแชท (le chat) หรือการสนทนา การประกาศหรือการแจ้ง วิดีโอคันفرنس และการให้คำแนะนำหรือการให้ข้อสังเกต”

เพื่อเป็นการให้ความกระจ่างแก่บุคคลทั้งหลายอันเป็นการเสริมสร้างระบบนิเวศทางดิจิทัลที่ดีรายงานของสถาแห่งรัฐความiyar ๓๒๔ หน้าฉบับนี้ จึงนำเสนอในส่วนของเนื้อหาโดยแบ่งออกเป็น ๓ บท กล่าวคือ บทที่หนึ่ง ปรากฏการณ์เครือข่ายออนไลน์ในยุคที่ถือเป็นยุคทองในการแลกเปลี่ยนทางความคิด บทที่สอง เครือข่ายออนไลน์ในมุมมองทางเทคนิคอันอยู่ภายใต้กรอบทางกฎหมาย และบทที่สาม เครือข่ายออนไลน์กับการใช้งานให้เหมาะสมและเป็นการสร้างโอกาส ทั้งนี้ รายงานฉบับนี้ยังได้นำเสนอทสรุปในตอนท้าย โดยเน้นย้ำถึงความมุ่งมั่นของประเทศไทยในการปรับตัวและปรับเปลี่ยนกฎหมายที่เกี่ยวกับเครือข่ายดิจิทัลให้ทันสมัยและสอดคล้องกับกฎหมายของสหภาพยุโรปทั้ง ๒ ฉบับ ซึ่งก็คือกฎหมายตลาดดิจิทัลและกฎหมายบริการดิจิทัล

ดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้นว่าเนื้อหาส่วนที่ ๑ จะนำเสนอถึงการอบรมทางกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับเครือข่ายออนไลน์ ซึ่งการศึกษาค้นคว้าในประเด็นนี้อยู่บนหลักคิดที่ว่า ลำพังกฎหมายเฉพาะเพียงสาขาเดียว ย่อมไม่อาจนำมาปรับใช้กับเครือข่ายดิจิทัล แต่จะต้องใช้กฎหมายเฉพาะหลากหลายสาขาอันสอดคล้องกับลักษณะของเครือข่ายดิจิทัลที่ประกอบด้วยหลายองค์ประกอบและเกี่ยวข้องกับหลากหลายสาขา เช่น กฎหมายโทรศัพท์ สำหรับวิศวกรที่ดำเนินการวางแผนเครือข่าย ข้อมูลส่วนบุคคล ระบบอัลกอริทึม (l'algorithme) หรือขั้นตอนวิธี และปัญญาประดิษฐ์ (l'intelligence artificielle) กฎหมายการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายพาณิชย์ ในฐานะผู้ประกอบการที่เข้าแข่งขันในตลาด กฎหมายลัญญาและกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค สำหรับผู้ใช้บริการที่มีสถานะเอกชนและปัจเจกบุคคล เพื่อเป็นการตกลงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของผู้บริการและผู้ใช้บริการ ยิ่งไปกว่านั้น การทำงานของเครือข่ายดิจิทัลยังต้องดำเนินไปควบคู่กับการแลกเปลี่ยนข้อมูล

อันอยู่ภายใต้การตรวจสอบต่อสิทธิทั้งหลายซึ่งคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออก (la liberté d'expression) สิทธิส่วนบุคคล (la vie privée) ความสงบเรียบร้อย (l'ordre public) ความมั่นคงภายใน ศรัทธาและความเชื่อ คุณค่าของประชาชน (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผู้เยาว์)

อนึ่ง ไม่ว่าจะมีการแบ่งประเภทของกฎหมายเกี่ยวกับเครือข่ายไว้อย่างไร ก็เป็นที่ยอมรับ เป็นการทั่วไปว่ากฎหมายเกี่ยวกับเครือข่ายจะต้องมีลักษณะร่วมกัน คือ เสรีภาพในการประกอบกิจการ (la liberté d'entreprendre) เสรีภาพในการแสดงออก การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลและการคุ้มครอง ความสงบเรียบร้อย ดังนั้น รายงานการศึกษาฉบับนี้จึงเห็นว่า การพิจารณากรอบทางกฎหมายเกี่ยวกับ เครือข่ายดิจิทัลจะต้องประกอบด้วยกฎหมายทั้งกฎหมายจำนวน ๓ กลุ่ม ซึ่งมีเนื้อหาสาระและผลกระทบ ที่สัมพันธ์กัน กล่าวคือ กลุ่มที่หนึ่ง กฎหมายดิจิทัล ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่วางแผนกรอบเกี่ยวกับโครงสร้างเฉพาะ ของระบบดิจิทัล กลุ่มที่สอง กฎหมายเกี่ยวกับแพลตฟอร์ม (le droit des plateformes) เป็นกฎหมายเฉพาะ ซึ่งมีเนื้อหาเฉพาะทางครอบคลุมการใช้เครือข่ายดิจิทัลเพื่อเป็นสื่อกลางในการติดต่อสื่อสารทางเศรษฐกิจ โดยกฎหมายกลุ่มที่ ๒ นี้ จะต้องนำเนื้อหาของกฎหมายของสหภาพยุโรปทั้ง ๒ ฉบับ คือ กฎหมายตลาดดิจิทัล และกฎหมายบริการดิจิทัล มาบรรจุไว้เป็นเนื้อหาสาระด้วย กลุ่มที่สาม กฎหมายที่มีอยู่แล้วซึ่งมีเนื้อหา สาระเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของเอกชนในสังคมกับเครือข่ายดิจิทัล อันเป็นความสัมพันธ์ที่กฎหมายจะต้อง รับรองและคุ้มครองเป็นการทั่วไป กฎหมายส่วนที่ ๓ นี้ จึงหมายถึงกฎหมายที่เนื้อหาสาระเป็นการกำหนดโดย หากมีการละเมิดบรรดากฎหมายหรือข้อความคิดเห็นทั้งหลายที่กฎหมายรับรองและคุ้มครอง อันได้แก่ เสรีภาพ ในการแสดงออก กฎหมายอาญา กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายโจรกรรม กฎหมายการแข่งขันทางการค้า กฎหมายคุ้มครองข้อมูล個人資料 ซึ่งกฎหมายในกลุ่มที่ ๓ นี้จะต้องแก้ไขเพิ่มเติมให้สอดรับ กับลักษณะของเครือข่ายดิจิทัล ท้ายสุด กฎหมายทั้ง ๓ กลุ่มนี้มีเนื้อหาสาระและผลกระทบที่สัมพันธ์กันนี้ จะนำไปสู่การผลักดันและขับเคลื่อนเครือข่ายดิจิทัลที่มีประสิทธิภาพในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป อีกทั้ง ยังเป็นการเติมเต็มกฎหมายของสหภาพยุโรปหลายฉบับที่อยู่ในระหว่างการดำเนินการเพื่อให้มีผลบังคับใช้ เช่น กฎหมายปัญญาประดิษฐ์ กฎหมายเสรีภาพของสื่อมวลชน กฎหมายข้อมูล กฎหมายคุ้มครองความเป็นส่วนตัว ทางอิเล็กทรอนิกส์

**สำหรับส่วนที่ ๒** ของรายงานฉบับนี้กล่าวถึงอัตลักษณ์ของความท้าทาย (les défis) และกระแสสังคมอันเป็นผลจากการใช้เครือข่ายดิจิทัล เพื่อมุ่งสู่การแสวงหาคำตอบว่าเหตุใดจึงยังคงมีความจำเป็น ที่ฝ่ายปกครองต้องเข้ามาแทรกแซงหรือควบคุมกำกับเครือข่ายดิจิทัล

รายงานฉบับนี้พบว่าความท้าทายในการใช้เครือข่ายดิจิทัลมีทั้งสิ้น ๖ ประการ กล่าวคือ

ความท้าทายประการที่หนึ่ง คือ ความท้าทายเชิงนโยบายเศรษฐกิจที่เป็นเอกสาร ทั้งในระดับประเทศและในระดับสหภาพยุโรป เนื่องจากเครือข่ายดิจิทัลอันเป็นผลพวงมาจากเทคโนโลยีนั้น มีบทบาทที่สูงมากเชิงเศรษฐกิจ ทั้งในแง่รูปแบบหรือลักษณะการใช้เครือข่ายดิจิทัล หรือในแง่ปริมาณข้อมูล มหาศาลอันเป็นข้อมูลส่วนบุคคล หรือในแง่ความสามารถในการก้าวผ่านข้อจำกัดการแข่งขันทั้งในแง่กฎหมาย และเวลา เพื่อนำเสนอกฎหมายที่ข้อตกลงทั้งหลายในลักษณะไร้พรอมแคน ตลอดจนดำเนินการทุกวิถีทาง ให้มีผลบังคับใช้ (อันหมายความถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับภาษีอากร) ซึ่งประเด็นเหล่านี้ถือเป็นประเด็นที่ค่อนข้าง อ่อนไหวสำหรับประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป การครองตลาดของสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐประชาชนจีน ก็นับเป็นปัจจัยสำคัญที่นำมาสู่การพิจารณาถึงการวางแผนยุทธศาสตร์ที่มีความเป็นเอกเทศของผู้ประกอบการ ทั้งหลายตลอดจนรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป อีกทั้งยังเป็นการวางแผนถึงทางเลือกใหม่ทางเทคนิคให้แก่

ผู้บริโภค ดังเช่นตัวอย่างของเทคโนโลยีการประมวลผลระบบคลาวด์ (cloud) ที่ใช้ในกลุ่มประเทศสมาชิก สหภาพยุโรป

**ความท้าทายประการที่สอง** คือ ความท้าทายในมุมมองประชาธิปไตย อันสอดคล้องกับ ลักษณะของเครือข่ายดิจิทัลที่เปิดกว้างแก่ประชาชนทุกคนในการแสดงออกทางความคิด อันหมายความ รวมถึงการจัดหาอุปกรณ์ที่เหมาะสมและมีลักษณะเป็นการสนับสนุนการเลือกตั้ง แต่ก็ต้องคำนึงด้วยว่า สภากรณ์ดังกล่าวอาจนำมาซึ่งความเสี่ยงหลายประการ เช่น การให้ข้อมูลบิดเบือนหรือข้อมูลอันเป็นเท็จ การครอบจำกความคิด หรือการเป็นชนวนก่อความไม่สงบ

**ความท้าทายประการที่สาม** คือ ความท้าทายในการยอมรับว่าเครือข่ายดิจิทัลนำมาซึ่งสังคม รูปแบบใหม่ที่เรียกว่า สังคมออนไลน์ ซึ่งหากมองในเชิงบวกก็ถือว่าเป็นสังคมที่เปิดกว้างให้ปัจเจกชน แลกเปลี่ยนกันอย่างเสรี ควบคู่ไปกับการรับฟังทุกฝ่ายไม่ว่าในฐานะปัจเจกบุคคลหรือในฐานะเสียงส่วนน้อย แต่หากมองในเชิงลบก็จะพบว่าเครือข่ายดิจิทัลอันนำมาซึ่งสังคมออนไลน์นั้น มีลักษณะเป็นสังคมรูปแบบใหม่ ที่แยกส่วนและไม่มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียว ทำให้ยากต่อการบริหารจัดการ จึงไม่เป็นที่น่าแปลกใจ ที่พบว่ามีการก่อตั้งกลุ่มตามความชอบและความสนใจโดยอิสระที่ไม่จำต้องขึ้นตรงต่อกัน ซึ่งแต่ละกลุ่ม ก็จะเรียกร้องเสรีภาพในการแสดงความเห็นผ่านการนำเสนอข่าวที่มีความเป็นอิสระและไม่อุญญาติ การตรวจสอบหรือทบทวนข้อเท็จจริง อันนำมาซึ่งความยากในการบริหารจัดการสภากรณ์ดังกล่าว เนื่องจากมีลักษณะที่แตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับการเผยแพร่ข่าวผ่านสื่อพิมพ์ดังที่เคยเป็นมาในอดีต

**ความท้าทายประการที่สี่** คือ ความท้าทายในบริบทที่เกี่ยวข้องกับอัตลักษณ์ และความเป็นส่วนตัวของปัจเจกบุคคลในสังคม ซึ่งเป็นบริบทที่พึงพิจารณาเสมอเนื่องจาก “มนุษย์เป็นสัตว์สังคม” ทั้งนี้ เป็นที่แน่นอนว่า ข้อความคิดเกี่ยวกับกับอัตลักษณ์และความเป็นส่วนตัวของปัจเจกบุคคลในสังคม ออนไลน์ย่อมมีความแตกต่างไม่มากก็น้อยจากข้อความคิดเดียวกันที่ปรากฏในสังคมรูปแบบดั้งเดิม เนื่องจากสภาวะของเครือข่ายออนไลน์อันส่งผลให้ความเป็นส่วนตัวของปัจเจกบุคคลลดthonลง ตัวอย่าง ในกรณีนี้ เช่น การเผยแพร่ภาพถ่าย การปิดเผยแพร่ข้อมูลอย่างหรือความชอบความนิยม ตลอดจนการปรับร่องรอย ทางดิจิทัลของปัจเจกชน

**ความท้าทายประการที่ห้า** คือ ความท้าทายในการเผยแพร่หน้ากับสภาพเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลง ไปจากเดิมอย่างสิ้นเชิงอันเป็นผลมาจากการเครือข่ายดิจิทัล ซึ่งส่งผลต่อมากถึงข้อพิจารณาเกี่ยวกับสภาพแวดล้อม เชิงเศรษฐกิจในลักษณะที่เป็นการขยายตัว ตลอดจนเพิ่มช่องทางในการโฆษณาและนำเสนอข้อมูล เป็นการเพิ่มเติม อันนำมาซึ่งการเกิดขึ้นของอาชีพใหม่ ๆ เช่น อินฟลูเอนเซอร์หรือกลุ่มคนที่มีอิทธิพลต่อความคิด และการตัดสินใจของกลุ่มเป้าหมาย นักสร้างคอนเทนต์หรือผู้สร้างสรรค์และผลิตสื่อดิจิทัล ซึ่งอาจเรียก ในภาพรวมว่าเป็น “ผู้ทำงานผ่านการคลิก” ทั้งนี้ รายงานการศึกษาฉบับนี้พบว่า ผู้ใช้บริการเครือข่ายออนไลน์ ได้ให้ความสำคัญกับสภาพแวดล้อม โดยกำหนดเป้าหมายในการลดปริมาณก้าวเรือนกระจกให้ได้ร้อยละ ๗ ในปี ค.ศ. ๒๐๔๐

**ความท้าทายประการที่หก (ประการสุดท้าย)** คือ ความท้าทายในการเตรียมการเพื่อเผยแพร่หน้า กับภัยนตรายรูปแบบใหม่อันเป็นผลมาจากการเครือข่ายดิจิทัล โดยเฉพาะอย่างยิ่งภัยนตรายที่จะเกิดกับผู้เยาว์ เช่น โรคติดเชื้อ ภาวะติดเกมส์ สื่อสารมาก การคุกคามทางเพศออนไลน์ ความวิตกกังวล ภาวะโดดเดี่ยว ตลอดจนภัยนตรายทั้งหลายที่ส่งผลกระทบต่อความสงบสุขของสังคม เช่น การสื่อสารเสียงซึ่งเสียง การหลอกลวงฉ้อฉล การแก้แค้นและผูกใจเจ็บ

นอกเหนือจากความท้าทายทั้งหมดดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้น เครื่อข่ายออนไลน์ยังถือเป็นโอกาสหรือช่องทางที่ฝ่ายปกครองอาจเลือกใช้ในการนำเสนอนโยบายต่าง ๆ ให้ประชาชนได้รับทราบทั้งนี้ เครื่อข่ายออนไลน์ถือเป็นช่องทางที่ทันสมัย คล่องตัว และสื่อสารตรงไปสู่กลุ่มเป้าหมายได้เป็นอย่างดี กับทั้งอาจถือเป็นทางเลือกที่น่าสนใจอันที่จะแสดงให้เห็นถึงความมุ่งมั่นของฝ่ายปกครองในการพัฒนาตนให้ทันสมัยยิ่งขึ้น การนำเครื่อข่ายดิจิทัลมาใช้เพื่อเป็นช่องทางในการสื่อสารกับประชาชนจึงต้องผ่านการคิดวิเคราะห์และทบทวนนโยบายอย่างรอบคอบ

เมื่อได้ทำการวิเคราะห์ถึงความท้าทายทั้งหมดจนโอกาสที่จะได้รับจากเครื่อข่ายดิจิทัลแล้ว ในตอนท้ายของส่วนที่ ๒ ได้นำเสนอถึงกลไกอัตโนมัติที่ใช้ควบคุมแพลตฟอร์ม อันมีลักษณะเป็นเครื่องมือทางเทคนิคที่ต้องประกอบไปด้วยความเชี่ยวชาญอย่างยิ่ง เพื่อใช้ในการวิเคราะห์และควบคุมข้อมูลอันเป็นขั้นตอนที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการ รายงานฉบับนี้ได้กล่าวถึงบทบาทของตุลาการศาลปกครองที่เข้ามาเกี่ยวข้องในส่วนที่เป็นการออกกฎหมายทางกฎหมายของฝ่ายบริหารที่มีเนื้หาสาระเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงออก ทั้งนี้ ประเทศฟรنسเศสให้ความสำคัญกับการป้องกันและต่อต้านการกระทำความผิดอาญาทางเครือข่ายดิจิทัล โดยทุกภาคส่วนยอมรับถึงความสำคัญของการดำเนินการนี้

สืบเนื่องจากฝ่ายปกครองต้องพิจารณาถึงบทบาทของตนที่มีต่อเครือข่ายดิจิทัล อีกทั้ง เมื่อผนวกกับเนื้หาสาระของกฎหมายสหภาพยูโรปทั้ง ๒ ฉบับ คือ กฎหมายตลาดดิจิทัลและกฎหมายบริการดิจิทัล จึงส่งผลให้รายงานการศึกษาฉบับนี้พบว่า กฎหมายทางกฎหมายของสหภาพยูโรปทั้ง ๒ ฉบับ ได้นำเสนอข้อความคิดเกี่ยวกับการวางแผนกรอบทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเครือข่ายดิจิทัลว่าจะต้องอยู่บนพื้นฐานของตรรกะเรื่องความได้สัดส่วน (la proportionnalité ซึ่งก็คือการที่กฎหมายนั้นจะไม่ได้มีลักษณะสมมาตรแต่มุ่งคุ้มครองบางกรณียิ่งไปกว่าอีกกรณี) ความรับผิดชอบ (la responsabilisation) ของผู้อยู่ในเครือข่ายดิจิทัล และการกำกับดูแล (une supervision) ที่เข้มงวดจากคณะกรรมการธุรกิจยูโรปซึ่งถือเป็นแพลตฟอร์มที่มีขนาดใหญ่ที่สุด ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายสหภาพยูโรปทั้ง ๒ ฉบับ ยังเสนอให้มีกลไกการตรวจสอบกฎหมายที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานการประเมินเหตุการณ์ในอนาคตที่จะเกิดขึ้นกับผู้อยู่ในเครือข่ายดิจิทัลอีกด้วย หลักการดังกล่าวจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่ว่า “สิ่งใดที่นองระบบดิจิทัลถือว่าชอบด้วยกฎหมาย ก็จะเป็นสิ่งที่ระบบดิจิทัลถือว่าชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกัน และหากสิ่งใดที่นองระบบดิจิทัลถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะเป็นสิ่งที่ระบบดิจิทัลถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกัน” ดังนั้น กฎหมายทางกฎหมายที่จะบังคับใช้ในอนาคตจึงควรมีเนื้หาสาระที่เป็นการต่อต้านการกระทำทั้งหลายที่ผิดกฎหมาย มุ่งเน้นให้มีการปฏิบัติการหรือการดำเนินงานที่สุจริตและโปร่งใส ยับยั้งการสร้างกฎหมายหรือเงื่อนไขเพิ่มเติมที่ไม่เป็นธรรมจากแพลตฟอร์มขนาดใหญ่ เพื่อเป็นการสร้างความสมดุลและเป็นหลักประกันในการรับรองเสรีภาพในการแสดงออก เปิดโอกาสให้มีการวิเคราะห์วิจัย ตลอดจนตรวจสอบทางบัญชีของผู้ประกอบการอันมีวัตถุประสงค์ในการจัดหรือลดถอนการผูกขาดทางการค้า สนับสนุนการตลาดที่เป็นธรรม ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการตรากฎหมายทางกฎหมายภายในของบรรดารัฐสมาชิกก็ต้องคำนึงถึงกรอบทั้งหลายที่ปรากฏในกฎหมายสหภาพยูโรปทั้ง ๒ ฉบับ คือ กฎหมายตลาดดิจิทัลและกฎหมายบริการดิจิทัล ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

สำหรับในส่วนที่ ๓ ของรายงานการศึกษาฉบับนี้ เป็นการนำข้อมูลที่ได้จากส่วนที่ ๑ และส่วนที่ ๒ มาจัดทำเป็นข้อเสนอเพื่อมุ่งที่จะตอบคำถามถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายทางกฎหมายของสหภาพยูโรปและกฎหมายภายในของบรรดารัฐสมาชิกก็ต้องคำนึงถึงกรอบทั้งหลายที่ปรากฏในกฎหมายสหภาพยูโรปและกฎหมายภายในของบรรดารัฐสมาชิกก็ต้องคำนึงถึงกรอบทั้งหลายที่ปรากฏในกฎหมายสหภาพยูโรปทั้ง ๒ ฉบับ คือ กฎหมายตลาดดิจิทัลและกฎหมายบริการดิจิทัล ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เหล่านี้มีได้เป็นการนำเสนอประเด็นใหม่ทางกฎหมายแต่อย่างใด แต่เป็นการจัดทำโดยคำนึงถึงเนื้หาสาระ

ข้อความคิด ตลอดจนกรอบทางกฎหมายที่ปรากฏในกฎหมายสหภาพยุโรปทั้ง ๒ ฉบับ (คือ กฎหมายตลาดดิจิทัลและกฎหมายบริการดิจิทัล) ซึ่งสถาแห่งรัฐเห็นว่า มีถ้อยคำที่เอื้อต่อการตีความโดยกว้าง โดยข้อเสนอของสถาแห่งรัฐมีทั้งสิ้น ๑๗ ข้อเพื่อมุ่งตอบสนองวัตถุประสงค์หลักรวมทั้งสิ้น ๓ ด้าน คือ ด้านที่หนึ่ง การสร้างความสมดุลโดยเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ใช้บริการ ด้านที่สอง จัดให้มีมาตรฐานหรือเครื่องมือเพื่อให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการดำเนินการจัดการหรือควบคุมและสร้างความเข้าใจที่ถูกต้องให้แก่ผู้ใช้บริการ เครื่อข่ายดิจิทัล โดยไม่ละเลยที่จะปกป้องคุ้มครองอำนาจของบุคคล แล้วด้านที่สาม วิสัยทัศน์ในอนาคต

การสร้างความสมดุลโดยเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ใช้บริการอันเป็นวัตถุประสงค์หลักด้านที่หนึ่งนี้ หมายถึงการดำเนินการใด ๆ เพื่อเป็นแนวทางให้ฝ่ายปกครองนำกฎหมายที่ทางกฎหมายของสหภาพยุโรป มาปรับใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ อันหมายความรวมถึงการดำเนินการใด ๆ เพื่อให้ศาลภายในนำกฎหมายที่ทางกฎหมายเหล่านี้มาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยมีวัตถุประสงค์ในการสร้างสมดุลให้มีการดำเนินถึงประโยชน์ของผู้ใช้บริการมากยิ่งขึ้น วัตถุประสงค์หลักด้านที่หนึ่งนี้ยังครอบคลุมถึงการสร้างความมั่นใจ และสนับสนุนให้มีการใช้เครื่องมืออันเป็นหลักประกันความเป็นอิสระและดำรงรักษาความมีประสิทธิภาพ ของสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมืองแห่งสหภาพยุโรป ทั้งนี้ สถาแห่งรัฐเห็นว่าเนื้อหาสาระของกฎหมายที่ทางกฎหมายของสหภาพยุโรปมีความครอบคลุมสอดคล้องกับวัตถุประสงค์หลักด้านที่หนึ่งแล้ว คงเหลือเพียง การดำเนินการให้เป็นรูปธรรมที่ยังคงไม่ปรากฏให้เห็นเป็นที่ประจักษ์

การสร้างสมดุลโดยเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ใช้บริการอาจเริ่มต้นตั้งแต่ชั้นการเข้าทำสัญญา โดยสัญญาเหล่านี้เป็นสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับแพลตฟอร์มซึ่งโดยหลักแล้วจะเอื้อประโยชน์อย่างยิ่งให้กับแพลตฟอร์ม จึงมีความจำเป็นที่จะต้องผลักดันตั้งแต่ในชั้นทำสัญญาอันถือเป็นขั้นแรกเริ่มในการเข้าสู่เครือข่ายดิจิทัล โดยให้การตกลงทำสัญญาระหว่างผู้ใช้บริการและแพลตฟอร์มต้องดำเนินถึงผู้ใช้บริการให้มากขึ้น อีกทั้งจะต้องทราบถึงสถานการณ์ที่แท้จริงของผู้ใช้บริการแต่ละรายเพื่อที่น้ำไปสู่การทำหนดในข้อสัญญา ที่เหมาะสม ในกรณี สถาแห่งรัฐจึงเห็นว่ารัฐบาลควรมีนโยบายที่ชัดเจนในเรื่องนี้ เพื่อที่จะเป็นการสนับสนุนให้สมาคมในนามของผู้ใช้บริการมีอำนาจในการต่อรองมากยิ่งขึ้น หรืออย่างน้อยก็ควรมีกฎหมายที่ทางกฎหมายที่วางแผนเกี่ยวกับการตรวจสอบอายุขันต่างของผู้ใช้บริการควบคู่ไปกับการตรวจสอบความถูกต้องทางอัตโนมัติ ทั้งนี้ เพื่อการคุ้มครองความปลอดภัยและการต่อต้านการแสดงผลลัพธ์แก้ลับบนโลกออนไลน์

การสนับสนุนมาตรการทั้งหลายเพื่อให้ผู้ใช้บริการคุ้นเคยและมีความชำนาญในการใช้งาน อุปกรณ์ดิจิทัล กับทั้งการให้การสนับสนุนข้อมูลที่เอื้อประโยชน์กับการใช้งานแพลตฟอร์ม ก็ถือเป็นการดำเนินการอีกสองประการที่เป็นการเติมเต็มวัตถุประสงค์หลักด้านที่หนึ่ง เช่นเดียวกับการจัดให้มีระบบเครือข่ายทางเลือกและการสนับสนุนให้มีการสร้างสังคมดิจิทัลในระดับทวีปยุโรป

วัตถุประสงค์หลักด้านที่สอง เป็นการให้คำแนะนำเพื่อให้เกิดการพัฒนาและปรับโครงสร้างฝ่ายปกครองให้สอดรับกับบทบาทของเครือข่ายดิจิทัล ซึ่งจะต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับกรอบทางกฎหมายที่กฎหมายที่ทางกฎหมายของสหภาพยุโรปทั้งสองฉบับกำหนดไว้ อันนำมาสู่การหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการจัดให้มีมาตรฐานหรือเครื่องมือเพื่อให้ตนมีอำนาจในการดำเนินการจัดการหรือควบคุม ตลอดจนสร้างความเข้าใจที่ถูกต้องให้แก่ผู้ใช้บริการเครือข่ายดิจิทัลโดยไม่ละเลยที่จะปกป้องคุ้มครองอำนาจของบุคคล แล้วด้านที่สาม วิสัยทัศน์ในอนาคต ซึ่งการขับเคลื่อนให้บรรลุวัตถุประสงค์หลักด้านที่สองนี้จะต้องดำเนินการภายใต้ความร่วมมือระหว่างคณะกรรมการยุโรปและรัฐสมาชิก ตลอดจนความร่วมมือระหว่างภาคส่วนทั้งหลายที่เกี่ยวข้อง อันสอดคล้องกับลักษณะของกฎหมายเครือข่ายดิจิทัลที่สถาแห่งรัฐได้นำเสนอไปในส่วนที่ ๑ ของรายงานการศึกษาฉบับนี้ ที่ว่ากฎหมายเฉพาะเพียงสาขาเดียวຍ่อไม่อาจนำมาปรับใช้กับเครือข่ายดิจิทัล แต่จะต้องใช้กฎหมายเฉพาะ

หากหากทุกสาขา อันสอดคล้องกับลักษณะของเครือข่ายดิจิทัลที่เกี่ยวข้องและประกอบด้วยศาสตร์ หากหากทุกสาขา ซึ่งลักษณะดังกล่าวเนื่องที่ส่งผลให้ต้องมีการออกกฎหมายที่มีความหลากหลาย เพื่อให้ครอบคลุมในทุกภาคส่วน

จึงอาจแบ่งการออกกฎหมายที่ทางกฎหมายเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ด้านที่สอง ออกเป็น ๓ ขั้นตอน กล่าวคือ ขั้นตอนที่ ๑ ประเทศสมาชิกจะต้องจัดให้มีความร่วมมืออันเป็นภารกิจระหว่างกระทรวง (un service interministériel) ซึ่งทำหน้าที่วิเคราะห์และให้ความกระจ่างแก่ปัญหาทั้งหลายที่เกิดขึ้นจากการใช้เครือข่ายดิจิทัล กับทั้งมีภารกิจในการติดตามการปรับใช้กฎหมายทั้งหลายที่เกี่ยวข้องอันเข้มต่อ กับการดำเนินการตามขั้นตอนที่ ๒ ซึ่งก็คือ การออกกฎหมายที่มีผลใช้บังคับกับผู้ประกอบการแพลตฟอร์มดิจิทัล โดยสถาแห่งรัฐอ่านวิความสะดวกในการให้คำแนะนำผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง ซึ่งการดำเนินการตามขั้นตอนนี้เป็นการปูพื้นฐานเพื่อนำไปสู่การดำเนินการตามขั้นตอนที่ ๓ ซึ่งก็คือการวางแผนยุทธ์เชิงนโยบายเพื่อเป็นการป้องกันความเสี่ยง ตลอดจนต่อต้านพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม และเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่นำเสนอผ่านเครือข่ายดิจิทัล เพื่อเป็นการเสริมสร้างประสิทธิภาพในการรักษาความสงบเรียบร้อยของฝ่ายปกครอง ตลอดจนการพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นไปด้วยความยุติธรรมขององค์กรศาล โดยอาจมีการออกกฎหมายที่ทางกฎหมายภายใต้การเพิ่มเติมตามความเหมาะสม

เพื่อให้การดำเนินการตามวัตถุประสงค์ด้านที่สองเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น สถาแห่งรัฐจึงเสนอให้มีการจัดอบรมและแนะนำเพื่อเป็นการให้ข้อมูล กับทั้งสนับสนุนให้มีการจัดตั้งองค์กรที่มีภารกิจเทียบเคียงกับสถาบันขั้นสูงว่าด้วยการวิจัยเพื่อการป้องกันประเทศ (l’Institution des Hautes Études de Défense Nationale) แต่ให้สถาบันที่จัดตั้งขึ้นใหม่นี้ดำเนินภารกิจเกี่ยวกับด้านเครือข่ายดิจิทัล เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ สถาบันนี้จะต้องกำหนดนิยามของข้อความคิดเห็นทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับการใช้งานเครือข่ายดิจิทัลให้มีความชัดเจนอีกประการหนึ่งเป็นการเพิ่มเติมด้วย ข้อคำนึงประการสุดท้ายในประเด็นนี้ ก็คือ จะต้องทราบก่อนว่าการใช้งานเครือข่ายดิจิทัลอาจเป็นปัจจัยสำคัญในการสร้างปรากฏการณ์ที่ไม่คาดคิดทางสังคม ซึ่งมีความจำเป็นที่จะต้องให้ผู้ใช้บริการเครือข่ายดิจิทัลทราบถึงข้อตระหนักระบการนี้ และในขณะเดียวกัน ฝ่ายปกครองก็จะต้องเท่าทันต่อสภาวะการณ์ทั้งหลายที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้น เพื่อที่จะบริหารจัดการการดำเนินการของตนให้เหมาะสม

สำหรับข้อเสนอด้านที่ ๓ วิสัยทัศน์ในอนาคตนั้น เป็นข้อเสนอที่อาจต้องใช้เวลานาน เพื่อดำเนินการให้บรรลุเป้าหมาย โดยสถาแห่งรัฐเห็นว่าฝ่ายปกครองควรเริ่มผลักดันให้มีการศึกษาวิเคราะห์ ตลอดจนทราบก็จะวิจัตนาการของสังคมที่เกี่ยวข้องกับเครือข่ายดิจิทัล ทั้งนี้ ปัจจุบันมีการดำเนินการบางส่วนที่เกี่ยวกับการโฆษณาที่เจาะกลุ่มเป้าหมาย (la publicité ciblée) ตลอดจนการวางแผนกฎหมายที่ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับกระดานสนทนาส่วนบุคคลหรือการรับส่งข้อมูลส่วนบุคคล (la messagerie privée) แต่สำหรับการดำเนินการเกี่ยวกับเมตาเวิร์ส (le métavers) หรือจักรวาลณณมิติ นั้น ยังคงอยู่ในช่วงเริ่มต้น แต่เป็นประเด็นที่ควรให้ความสำคัญเนื่องจากยังคงปรากฏประเด็นปัญหาทั้งทางกฎหมาย ทางเศรษฐกิจ และทางสังคมซึ่งจะขัดเจนขึ้นตามเวลาที่ผ่านไป สถาแห่งรัฐจึงเล็งเห็นถึงความสำคัญที่ประเทศไทยต้องดำเนินการอย่างต่อเนื่อง

<sup>๕</sup> หมายถึง เทคโนโลยีที่สามารถเชื่อมต่อทุกการสื่อสารบนโลกออนไลน์ ให้รวมกันเป็นหนึ่งเดียว, โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติม ที่ [online] Available from : <https://www.bbc.com/thai/international-58946076> [๑๔ มิถุนายน ๒๕๖๖] – หมายเหตุจากผู้สรุปความและเรียบเรียง

จะทำการศึกษาและผลักดันในประเด็นสิทธิมนุษยชนในยุคดิจิทัล (*les droits de l'homme de l'ère du numérique*) ร่วมกับประเทศไทยทั้งหลายของสหภาพยูโรป

ความที่นำเสนอมามีบทวิเคราะห์จึงนำมาสู่ข้อสรุปที่ว่า หนทางแก้ปัญหาอันมีสาเหตุมาจากการใช้งานเครือข่ายดิจิทัลย่อมไม่อาจเกิดขึ้นโดยปฏิภาริย์ แต่จะสำเร็จได้ด้วยการดำเนินการอันเป็นผลมาจากการร่วมมือจากหลายภาคส่วน กับทั้งการตระหนักรถึงความรับผิดชอบของทุกฝ่ายในการผลักดันให้สังคมเครือข่ายดิจิทัลเป็นสังคมที่นำอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายที่เป็นธรรม

อนึ่ง ในตอนท้าย สถาแห่งรัฐได้แนบรายการข้อเสนอแนะจากการศึกษาวิเคราะห์ จัดทำรายงานประจำปีฉบับนี้ โดยข้อเสนอเหล่านี้มีทั้งสิ้น ๓๙ ข้อ และอาจแบ่งออกเป็น ๓ กลุ่ม คือ กลุ่มที่ ๑ การสร้างความสมดุลโดยเอื้อประโยชน์ให้กับผู้ใช้งานเครือข่ายดิจิทัล ดังปรากฏเป็นข้อเสนอลำดับที่ ๑-๑๐ ซึ่งจำแนกตามแต่ละประเด็นโดยละเอียด กลุ่มที่ ๒ การเสริมสร้างเครื่องมือให้กับผู้ฝ่ายปกครองโดยเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ใช้งานเครือข่ายดิจิทัล ดังปรากฏเป็นข้อเสนอลำดับที่ ๑๑-๑๖ ซึ่งจำแนกตามภารกิจที่ฝ่ายปกครอง พึงกระทำ และกลุ่มที่ ๓ วิสัยทัศน์ในอนาคต ปรากฏเพียงข้อเสนอลำดับที่ ๑๗ ข้อเดียวเท่านั้น

ข้อเสนอกลุ่มที่ ๑ การสร้างความสมดุลโดยเอื้อประโยชน์ให้กับผู้ใช้งานเครือข่ายดิจิทัล อาจแบ่งออกเป็น ๑๐ ประเด็น กล่าวคือ

๑.๑ ข้อเสนอลำดับที่ ๑ การสร้างสมดุลด้านความสัมพันธ์ของคู่สัญญา – เป้าหมายของการสร้างสมดุลด้านความสัมพันธ์ของคู่สัญญาคือ การสร้างกลุ่มเพื่อให้มีอำนาจต่อรอง (*une négociation collective*) ไม่ว่าจะเป็นการต่อรองเกี่ยวกับเงื่อนไขทั่วไปในการทำสัญญาหรือผู้ใช้บริการกับแพลตฟอร์ม ตลอดจนการต่อรองกับภาครัฐในการดำเนินการควบคุมกำกับการใช้งานเครือข่ายดิจิทัล

สถาแห่งรัฐเห็นว่าการดำเนินการเพื่อให้บรรลุเป้าหมายนี้จะต้องมี ๔ ขั้นตอน คือ (๑) การระบุอัตลักษณ์ของสมาคมและกลุ่มบุคคลซึ่งมีภารกิจในการต่อรองดังกล่าว (๒) การสร้างเครือข่ายในระดับต่าง ๆ จนถึงระดับคณะกรรมการธุรกิจยูโรป เพื่อใช้เป็นเวทีในการเจรจาต่อรอง ตลอดจนรับฟังข้อดีข้อเสีย หรือข้อขัดข้องที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้งานเครือข่ายดิจิทัล (๓) ดำเนินการให้มีการออกกฎหมาย มาตรฐานภายหลังการเจรจาตามขั้นตอนที่ (๒) แล้วเสร็จ เพื่อที่ประเทศสมาชิกทั้งหลายจะอยู่ภายใต้ นโยบายหรือกรอบเดียวกันในเรื่องเครือข่ายดิจิทัล และ (๔) ศึกษาและให้ความสำคัญ ตลอดจนประชาสัมพันธ์ให้ผู้ใช้บริการทราบถึง “สิทธิในการมีส่วนร่วม (*le droit à la participation*)” ที่ตนหรือผู้แทนอาจใช้ในการพัฒนา เครือข่ายดิจิทัลให้เป็นไปตามแนวทางที่พึงประสงค์

๑.๒ ข้อเสนอลำดับที่ ๒ การสร้างสมดุลเพื่อความปลอดภัยผ่านการกำหนดอัตลักษณ์ และอายุของผู้ใช้บริการ

ข้อเสนอประการนี้ยังหมายความถึงการมีระบบรองเรียนที่เหมาะสมเพื่อเป็นการแก้ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดอัตลักษณ์และบุคคลที่เกี่ยวข้องเพื่อวัตถุประสงค์คุ้มครองผู้เยาว์ การตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงของเครือข่ายดิจิทัล ตลอดจนการสร้างความเชื่อมั่นในการแลกเปลี่ยนข้อมูลผ่านเครือข่ายทางสังคม อนึ่ง กฎหมายสหภาพยูโรปว่าด้วยบริการดิจิทัลก็ได้กล่าวถึงระบบการร้องเรียนนี้ว่าถือเป็นภารกิจที่ต้องดำเนินการในระดับสหภาพยูโรป

๑.๓ ข้อเสนอลำดับที่ ๓ การสร้างสมดุลทางขอบเขตที่ชัดเจนของการเชื่อมต่อในเครือข่ายดิจิทัล

จุดประสงค์ของการสร้างสมดุลทางขอบเขตที่ชัดเจนของการเชื่อมต่อในเครือข่ายดิจิทัลคือ การให้ผู้ใช้บริการสามารถจัดการหรือปรับแต่งแพลตฟอร์มตามความต้องการของตน ควรจัดให้มี

ตารางแสดงข้อมูลรายละเอียดแพลตฟอร์มทั้งหลายเพื่อให้ผู้บริโภคทราบข้อมูลอันจะนำไปสู่การตัดสินใจอย่างเหมาะสม ตลอดจนต้องดำเนินการควบคู่ไปกับการคำนึงถึงสิทธิทั้งหลายของผู้ใช้บริการ

#### ๑.๔ ข้อเสนอลำดับที่ ๔ การสร้างสมดุลด้านการสื่อสารประชาสัมพันธ์ให้ผู้ใช้บริการทราบถึงการใช้งานเครือข่ายดิจิทัล

ข้อเสนอลำดับที่ ๔ หมายถึง การจัดให้มีช่องทางหรือวิธีการที่หลากหลายในการเผยแพร่ข้อมูลเพื่อประชาสัมพันธ์ให้แก่ผู้ใช้บริการเครือข่าย เช่น การบอกรถึงชนิดของแพลตฟอร์ม คะแนนความน่าเชื่อถือของแพลตฟอร์ม ตลอดจนการประชาสัมพันธ์ผ่านข้อความสั้นเพื่อดึงดูดความสนใจ (le flash)

#### ๑.๕ ข้อเสนอลำดับที่ ๕ การสร้างสมดุลด้านการให้ข้อมูลแก่ผู้ใช้บริการเกี่ยวกับกระบวนการในการแจ้งเตือนและการให้คำแนะนำในระหว่างการใช้บริการ

ข้อเสนอลำดับที่ ๕ มุ่งเน้นการสร้างสมดุลในด้านนี้สอดรับกับความตระหนักรถึงความแตกต่างของแพลตฟอร์มอันนำมาสู่ความจำเป็นที่แตกต่างกันในการจัดให้มีการแจ้งเตือนและการให้คำแนะนำระหว่างการใช้บริการ เพื่อมุ่งคุ้มครองสิทธิของประชาชนให้ดียิ่งขึ้น การสร้างสมดุลด้านนี้ยังหมายความรวมถึงการพัฒนาแอปพลิเคชันที่สามารถดาวน์โหลดได้ผ่านสมาร์ทโฟน

#### ๑.๖ ข้อเสนอลำดับที่ ๖ การสร้างสมดุลด้านการเข้าถึงและรับรู้ข้อมูล อันนำไปต่อยอดสูงการจัดทำรายงานการศึกษาวิจัย

การดำเนินการตามข้อเสนอลำดับที่ ๖ เป็นไปโดยได้รับความร่วมมือจากองค์กรมหาชนทั้งหลายที่มีภารกิจด้านดิจิทัล ซึ่งควบคู่ไปกับนโยบายด้านการเข้าถึงข้อมูลที่มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับความที่ปรากฏในกฎหมายของสหภาพยุโรปเรื่องบริการดิจิทัล

#### ๑.๗ ข้อเสนอลำดับที่ ๗ การสร้างสมดุลให้มีกฎเกณฑ์กฎหมายที่เข้าใจง่ายและเข้าถึงง่าย

ประเทศไทยร่วมศรัทธาในการดำเนินการภายใต้ชัดเจนเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการสร้างสมดุลในด้านนี้ ซึ่งก็คือการรวมกฎเกณฑ์ทางกฎหมายภายในและกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของสหภาพยุโรปที่มีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับเครือข่ายดิจิทัลให้เป็นหมวดหมู่ เพื่อให้ผู้ใช้บริการและทุกภาคส่วนที่อยู่ในระบบเครือข่ายดิจิทัลรับทราบข้อมูล ทั้งที่เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายและแนวปฏิบัติทั้งหลายที่เกี่ยวข้อง โดยอาจพัฒนาต่อไปถึงการรวมเป็นประมวลกฎหมาย

#### ๑.๘ ข้อเสนอลำดับที่ ๘ การสร้างสมดุลในการชี้นำให้ผู้ใช้บริการเข้าถึงเนื้อหาสาระข้อมูลที่มีคุณภาพ

ข้อเสนอลำดับที่ ๘ เป็นข้อเสนอเพื่อความต่อเนื่องกับการสร้างสมดุลผ่านการระบุชนิดของแพลตฟอร์ม เพื่อให้ผู้ใช้บริการได้รับข้อมูลที่เชื่อถือได้ มีคุณภาพและตรวจสอบได้ โดยเป็นการเพิ่มบทบาทให้แก่สถาบันระดับชาติต้านสารสนเทศ (le Conseil national du numérique)<sup>๙</sup> ในการจัดเตรียมข้อมูลและประเด็นทั้งหลายที่ประชาชนพึงทราบในฐานะผู้ใช้บริการเครือข่ายดิจิทัล

<sup>๙</sup> สถาบันระดับชาติต้านสารสนเทศมีสถานะเป็นองค์กรให้คำปรึกษาที่มีความเป็นอิสระ โดยมีภาระหน้าที่ในการทบทวนความสัมพันธ์ทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับระบบดิจิทัล สมาชิกของสถาบันแต่งตั้งโดยนายกรัฐมนตรี มีวาระ ๒ ปี และอาจแบ่งได้เป็น ๒ กลุ่มคือ กลุ่มที่ ๑ มาจากหลากหลายสาขาอาชีพ ไม่ว่าจะเป็นสังคมศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ ปรัชญา จิตวิทยา มนุษยศาสตร์ ประชาสัมพันธ์ หมายความ หรือนักหนังสือพิมพ์ กับกลุ่มที่ ๒ ตัวแทนจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จากการเสนอข้อโดยประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ปัจจุบันสถาบันระดับชาติต้านสารสนเทศเผยแพร่ผลงานในรูปแบบรายงานการศึกษาและรวมความเห็น (l'avis) ผ่าน [www.service-public.fr](http://www.service-public.fr), โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติม ที่ [online] Available from : <http://cnnumerique.fr> [๒๒ มิถุนายน ๒๕๖๖]

### ๑.๙ ข้อเสนอลำดับที่ ๙ การสร้างสมดุลผ่านการฝึกอบรมและการให้ความรู้

เป้าหมายของการสร้างสมดุลผ่านการฝึกอบรมและการให้ความรู้คือ การให้ประชาชนทั้งหลายมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเครื่องข่ายดิจิทัล โดยอาจเป็นการเผยแพร่วิธีทัศน์ทางการศึกษาเพื่อเป็นการแนะนำให้ข้อมูล ตลอดจนตระหนักรู้เกี่ยวกับภัยที่อาจเกิดขึ้นในฐานะผู้ใช้งานเครื่องข่ายดิจิทัล

### ๑.๑๐ ข้อเสนอลำดับที่ ๑๐ การสร้างสมดุลโดยร่างไว้ชั่วคราว

ข้อเสนอลำดับสุดท้ายในกลุ่มที่ ๑ นี้ เป็นไปในทางเดียวกับคละทำงานของสหภาพยูโรปที่ศึกษาเรื่องประชาคมดิจิทัล อันมุ่งหมายให้ฝ่ายปกครองใช้สังคมดิจิทัลและกระแสสังคม เป็นทางเลือกหนึ่งในการดำเนินการของฝ่ายปกครอง ผ่านการสนับสนุนให้ฝ่ายปกครองและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนำเสนองานเลือกในการยื่นฟ้องคดีผ่านสื่อดิจิทัลให้แก่ประชาชน โดยอาจเริ่มจากการให้คำแนะนำประชาชนผ่านระบบออนไลน์ การรับแจ้งเรื่องร้องเรียนผ่านระบบออนไลน์ การแลกเปลี่ยนเอกสารทั้งหลายแล้วพัฒนาระบบที่รื่นเริงขึ้นตอนการฟ้องคดีผ่านสื่อดิจิทัล โดยการดำเนินการตามข้อเสนอนี้จะต้องควบคู่ไปกับความชัดเจนทางกฎหมายที่จะจัดให้มีเครื่องข่ายดิจิทัลที่เป็นเอกเทศของสหภาพยูโรป

ข้อเสนอในกลุ่มที่ ๒ การเสริมสร้างเครื่องมือให้กับฝ่ายปกครองโดยเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ใช้งานเครื่องข่ายดิจิทัล อาจแบ่งออกเป็น ๖ ประเด็น กล่าวคือ

### ๒.๑ ข้อเสนอลำดับที่ ๑๑ การนำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของสหภาพยูโรปมาบังคับใช้

กรณีนี้หมายความถึงการเตรียมความพร้อมโดยเร่งด่วนที่จะนำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของสหภาพยูโรปมาปรับใช้ให้สอดคล้องกับกฎหมายภายใน โดยจัดให้มีคณะกรรมการที่ไม่เป็นทางการดำเนินการดังกล่าว ทั้งนี้ สถาแห่งรัฐถึงเห็นถึงความจำเป็นในการจัดตั้งคณะกรรมการบริหาร (le comité) เพื่อسانต่อบรรดาโนบายและกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของสหภาพยูโรป

### ๒.๒ ข้อเสนอลำดับที่ ๑๒ การอนุมัติและปฏิรูปองค์กรฝ่ายปกครอง

ประเทศฝรั่งเศสควรจัดให้มีการประสานงานระหว่างกระทรวงเพื่อแลกเปลี่ยนผู้เชี่ยวชาญ ตลอดจนผู้เชี่ยวชาญที่มีภาระหน้าที่ให้คำปรึกษาด้านดิจิทัล โดยอาจมีการแบ่งประเภทหรือระดับของผู้เชี่ยวชาญให้สอดคล้องกับภารกิจที่แตกต่างกันของแต่ละหน่วยงาน ทั้งนี้ จะต้องมีการดำเนินการที่สอดประสานอย่างมีประสิทธิภาพระหว่างเครื่องมือทางเทคนิค เครื่องมือของฝ่ายปกครอง และเครื่องมือทางกฎหมาย เพื่อที่จะบริหารจัดการข้อมูลส่วนบุคคลได้อย่างมีประสิทธิภาพตามแนวทางแบบมืออาชีพ

สถาแห่งรัฐเห็นว่าการสร้างเครื่องข่ายดิจิทัลระดับชาติก็เป็นเครื่องมือสำคัญที่จะทำให้ข้อเสนอนี้ดำเนินไปอย่างลุล่วง รวมทั้งการรวบรวมและเป็นหลักประกันให้ประชาชนทราบถึงภาระหน้าที่ขององค์กรหรือหน่วยงานทั้งหลายที่เกี่ยวข้อง และทบทวนภารกิจขององค์กรหรือหน่วยงานดังกล่าวไปในคราวเดียวกัน

### ๒.๓ ข้อเสนอลำดับที่ ๑๓ การต่อต้านพฤติกรรมไม่เหมาะสมและเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย

การต่อต้านพฤติกรรมไม่เหมาะสมและเนื้อหาที่ผิดกฎหมายจะต้องเริ่มจากการกำหนดคำนิยามและวางแผนโครงสร้างกลยุทธ์เพื่อดำเนินการดังกล่าว จัดให้มีเครื่องมือทางเทคนิคเพื่อเฝ้าระวังเหตุที่จะเกิดขึ้น กับทั้งจัดให้มีเครื่องมือเพื่อลบโฆษณาหรือลบข้อมูลที่ไม่เหมาะสม อาทิ ห้องเย็นความมีการจัดทำสื่อประชาสัมพันธ์ ให้แก่กลุ่มประชาบางเพื่อให้ทราบถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้เครื่องข่ายดิจิทัล

#### ๒.๔ ข้อเสนอลำดับที่ ๑๔ การพัฒนาวัฒนธรรมดิจิทัล

ข้อเสนอลำดับที่ ๑๔ มุ่งให้ประเทศไทยจัดให้มีการฝึกอบรมที่ต่อเนื่องเพื่อให้ประชาชนเข้าใจเกี่ยวกับวัฒนธรรมดิจิทัล โดยมีสถานบันชั้นสูงว่าด้วยการวิจัยเพื่อการป้องกันประเทศเป็นต้นแบบในการดำเนินการ ทั้งนี้ การพัฒนาวัฒนธรรมดิจิทัลยังหมายความรวมถึงการสร้างโอกาสและจัดหลักสูตรประกาศนียบัตรสำหรับผู้เชี่ยวชาญด้านระบบอัลกอริทึมหรือขั้นตอนวิธี

๒.๕ ข้อเสนอลำดับที่ ๑๕ การสร้างความแข็งแกร่งผ่านการให้คำแนะนำแก่ผู้ประกอบการภาครัฐและภาคเอกชนในประเด็นการนำข้อมูลกลับมาใช้ให้เป็นประโยชน์

การดำเนินการให้ข้อเสนอนี้บรรลุผลจะต้องมีการให้ความชัดเจนด้านแนวคิด หากจะมีการนำข้อมูลกลับมาใช้ให้เป็นประโยชน์ โดยจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย (le règlement général sur la protection des données) ซึ่งกำหนดโดยคณะกรรมการระดับชาติด้านข้อมูลข่าวสารและเสรีภาพ (la Commission nationale de l'informatique et libertés) พร้อมทั้งปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเหล่านั้นให้มีประสิทธิภาพในการใช้งานมากยิ่งขึ้น

๒.๖ ข้อเสนอลำดับที่ ๑๖ ฝ่ายปกครองควรเสริมสร้างแนวคิดเพื่อให้ใช้เครือข่ายดิจิทัลเชิงสร้างสรรค์

การเสริมสร้างแนวคิดเพื่อให้ใช้เครือข่ายดิจิทัลเชิงสร้างสรรค์อาจดำเนินการผ่านการจัดให้มีช่องทางการร้องเรียนต่อผู้จัดการระบบ (community manager) เพื่อให้ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองและประชาชนเป็นไปอย่างราบรื่นและทันเหตุการณ์ การปรับปรุงเครือข่ายภายในให้มีประสิทธิภาพก็เป็นอีกวิธีการหนึ่งที่ส่งผลให้บรรลุตามข้อเสนอลำดับที่ ๑๖ เนื่องจากทัศนคติเชิงสร้างสรรค์ที่เกิดขึ้นจากการใช้งานเครือข่ายภายในย่อมส่งผลโดยตรงต่อการจูงใจให้บุคคลภายนอกมีทัศนคติในทำนองเดียวกัน

ข้อเสนออุดมที่ ๓ วิสัยทัศน์ในอนาคต ปรากฏในข้อเสนอลำดับสุดท้ายหรือ ๓.๑ ข้อเสนอลำดับที่ ๑๗ ซึ่งเป็นข้อเสนอเกี่ยวกับการวางแผนเกี่ยวกับเครือข่ายดิจิทัลสำหรับอนาคต โดยสภาพแห่งรัฐก็เน้นย้ำการวางแผนงานในอนาคตที่เกี่ยวข้องกับการโซเชียลมีเดีย ฯ ฯ การส่งข้อความส่วนบุคคล และจักรวาลนิวนิเมติคหรือ metaverse รวมทั้งกระตุ้นให้ประเทศไทยอื่นที่มีความสนใจในประเด็นดังกล่าวให้ความร่วมมือและผลักดันให้มีการจัดทำกฎหมายดิจิทัล (une chart des droits fondamentaux à l'ère du numérique) ในระดับสหภาพยุโรป

บทส่งท้าย อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาสาระที่ปรากฏในรายงานการศึกษาฉบับนี้มีเพียง ๕ สาขากฎหมายพื้นฐาน อนึ่งได้แก่ เสรีภาพในการประกอบกิจการ (la liberté d'entreprendre) เสรีภาพในการแสดงออกและการสื่อสาร (la liberté d'expression et de communication) กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล กับทั้งการคุ้มครองความปลอดภัยสาธารณะ ทั้งนี้ ความสัมพันธ์บนเครือข่ายดิจิทัลเริ่มต้นจากการเข้าเป็นคู่สัญญาระหว่างผู้ใช้บริการกับแพลตฟอร์ม โดยแพลตฟอร์มเป็นผู้นำเสนอบริการตลอดจนข้อมูลทั้งหลาย ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวอาจพิจารณาแยกส่วนเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายเฉพาะทางที่เกี่ยวข้อง เช่น กรณีที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงออก กรณีที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่ห้ามการแสดงข้อมูลผิดกฎหมาย กรณีที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งที่ห้ามกฎหมาย เช่น ข้อความลามกอนาจาร ข้อความดูหมิ่น人格羞辱 ข้อความดูถูกทางเพศ ฯ ฯ ทั้งนี้ ระบบปฏิบัติการของแพลตฟอร์มก็ต้องอยู่ภายใต้หลักการของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการบริหารจัดการข้อมูล ตลอดจนการใช้ระบบอัลกอริทึม (l'algorithme) หรือขั้นตอนวิธีกับทั้งจะต้องคำนึงถึงกฎหมายสิ่งแวดล้อม ตลอดจนกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

แม้ว่าความที่ปรากฏในรายงานฉบับนี้อาจไม่ได้กล่าวถึงทุกมุมมองในการใช้เครือข่ายตลอดจนกฎหมายทางกฎหมายทุกฉบับที่นำมาปรับใช้กับเครือข่ายดิจิทัลก็ตาม แต่ก็กล่าวได้ว่าการแบ่งประเภทข้อพิจารณาเกี่ยวกับเครือข่ายดิจิทัลอาจกระทำได้เป็น ๒ ภาคส่วน คือ จากมุมมองแพลตฟอร์มและจากมุมมองผู้ใช้บริการ โดยถือว่าผู้ใช้บริการเป็นเป้าหมายที่ให้ความสำคัญเป็นอันดับแรก ซึ่งเครือข่ายดิจิทัลควรให้ความรับผิดชอบหากเกิดกรณีหรือพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมหรือผิดกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการดูหมิ่น การหมิ่นประมาท การคุกคาม หรือการญี่ปุ่นเอาเงินโดยอ้างว่าจะเปิดเผยความลับ ซึ่งความผิดดังกล่าวอาจเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรืออาจเป็นความผิดตามรัฐบัญญัติ ค.ศ. ๑๘๘๑<sup>๗</sup> ตลอดจนอาจเป็นความรับผิดทางสัญญาหากปรากฏชัดว่ามีการกระทำที่ไม่ควรพ่อข้อตกลงในสัญญา ตลอดจนอาจเป็นความรับผิดในทางวิชาชีพ ความรับผิดทางวินัยของเจ้าหน้าที่รัฐ หรือความรับผิดตามประมวลกฎหมายเดือกตั้ง โดยผู้ใช้บริการอาจต้องรับผิดในบางกรณีและอาจต้องรับผิดในฐานละอินฟลูเอนเซอร์ หรือผู้มีอิทธิพลต่อความคิดและการตัดสินใจเชื้อเชิญให้ลงทุนเพื่อที่จะฉ้อโกงในภายหลัง สำหรับแพลตฟอร์มนั้น จะต้องดำเนินการโดยเคราะห์อกกฎหมายที่มารฐานากับสัญญา และต้องดำเนินการด้วยความสุจริต กับทั้งไม่เป็นการละเมิดต่อชีวิตส่วนตัวของผู้ใช้บริการ (นโยบาย e-privacy) ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล กฎหมายห้ามเผยแพร่ข้อมูลผิดกฎหมายและศีลธรรม ตลอดจนเคารพกฎหมายลิขสิทธิ์ ไม่กระทำการใดที่เป็นการซักจุ่นให้หลงเชื่อ

<sup>๗</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วยเสรีภาพของสื่อพิมพ์ (Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse) – หมายเหตุจากผู้ถอดความและเรียบเรียง

## ข้อพิจารณาเกี่ยวกับระบบโครงข่ายสายส่งไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยในคดีปักครอง\*

รัชดาพร นิมพ์พงษ์คั้กตี้\*\*

ไฟฟ้าเป็นพลังงานรูปแบบหนึ่งที่มีความสำคัญในทุกขณะของการดำเนินชีวิตของมนุษย์ ในความเป็นจริงแล้ว พลังงานประเภทต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นพลังงานที่เกิดจากกลไกในร่างกายมนุษย์เอง หรือพลังงานที่เกิดจากภายนอกตัวมนุษย์ที่ได้ถูกคิดค้นและพัฒนาขึ้นมาใช้ให้เกิดประโยชน์ เช่น พลังงานลม พลังงานแสงอาทิตย์ พลังงานน้ำ พลังงานไฮโดรเลี่ยน พลังงานนิวเคลียร์ พลังงานชีวมวล และพลังงานไฟฟ้า พลังงานเหล่านี้ล้วนถือเป็นปัจจัยสำคัญในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจของประเทศไทย หากมองการเจริญเติบโต ของประเทศไทยในระดับมหภาค หน้าที่สำคัญของรัฐในส่วนที่เกี่ยวข้องกับพลังงาน คือ การที่รัฐต้องจัดทำให้พลังงาน มาให้ประชาชนในประเทศไทยใช้อย่างพอเพียงและต่อเนื่อง ซึ่งการจัดทำและการจัดให้มีใช้อย่างต่อเนื่องที่ ในกระบวนการสำรวจและผลิตโดยการดำเนินการบริหารควบคุมของรัฐบาลตั้งแต่ขั้นต้นน้ำ กลางน้ำ และปลายน้ำเพื่อจัดทำและนำมาซึ่งพลังงานเพื่อให้ประชาชนในประเทศไทยใช้ในชีวิตประจำวันเป็นเรื่องที่ ไม่สามารถหลีกเลี่ยงการบันทอนสภาพความเป็นอยู่แบบสมดุลตั้งเดิมของธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมได้ ดังเช่นที่มีการกล่าวกันว่า ความเจริญทางเศรษฐกิจมักจะส่วนทางกับการรักษาคงอยู่ไว้ซึ่งสภาพแวดล้อมที่ดี เช่น เมื่อต้องมีการนำพลังงานไฮโดรเลี่ยนมาใช้ รัฐจำเป็นต้องมีการอนุญาตให้บริษัทเอกชนที่มีความสามารถ 在ในการดำเนินการเข้ามาสำรวจพื้นที่ พื้นน้ำ ชุดเจาะ ผลิต และพัฒนาไฮโดรเลี่ยนที่คันพับนั้นเนื่องจาก ขั้นตอนการสำรวจต้องใช้เทคโนโลยีและเงินลงทุนสูงและความเสี่ยงในการค้นพบ ในขั้นตอนเหล่านี้ จำเป็นต้องมีการรับภาระสิ่งแวดล้อมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ หรือเมื่อประชาราษฎรของประเทศไทยจำนวนมากขึ้น ทำให้เขตชุมชนต้องขยายออกไป ผลกระทบมาคือ การตัดถนน สร้างสะพาน ทางด่วน รถไฟฟ้า คลองสาธารณะ และสิ่งที่เพิ่มเติมจากนั้น คือ การที่รัฐต้องจัดให้มีสาธารณูปโภคพื้นฐาน ดังตัวอย่างด้านพลังงานไฟฟ้า เช่น การผลิตไฟฟ้าจากศูนย์กลางแล้วจ่ายผ่านสายส่งไฟฟ้าที่เดินสายเป็นระยะทางต่าง ๆ ไปตามบ้านเรือน ชุมชน โรงงาน จึงต้องมีการจัดให้มีพื้นที่การวางแนวสายไฟฟ้าเพื่อเชื่อมโยงเครือข่าย ในกรณีนี้มักจะมีประเด็น เรื่องปัญหาข้อพิพาททางปกครอง เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐในการเวนคืนที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง สิทธิในเขตทาง การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม การคำนวณเงินค่าทดแทน หรือการที่ที่ดินนั้นตั้งอยู่ในเขตพื้นที่ คุ้มครอง พื้นที่อนุรักษ์ พื้นที่ชุมชน พื้นที่นิคมอุตสาหกรรม เช่น ข้อพิพาทที่ขึ้นสู่ศาลปกครองเกี่ยวกับ การชดใช้เงินค่าทดแทนที่ดินที่ถูกถอนสิทธิจากการวางโครงข่ายไฟฟ้า การจำกัดสิทธิในที่ดินเพื่อดำเนินกิจการไฟฟ้า การกำหนดค่าทดแทนไม่เป็นธรรม การคัดค้านดำเนินการที่ตั้งเสาสายส่งไฟฟ้า การจ่ายเงินค่าทดแทนเพิ่มขึ้น และรับชื้อที่ดินส่วนที่เหลือ การขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าเสียหายจากการขยายเขตเดินสายไฟฟ้าแรงสูง<sup>๑</sup> การขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายค่าทดแทนจากการเข้าทำการปักเสาด้วยไฟฟ้าแรงสูง และการก่อสร้าง หรือทั้งพื้นที่จังหวัด

\* เผยแพร่ครั้งแรกในอินทรานีตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนกรกฎาคม ๒๕๖๖

\*\* พนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มศึกษากฎหมายพันธุ์ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

๑ คำว่า “เขตเดินสายไฟฟ้า” มีความสำคัญเกี่ยวนเอื่องกับคำว่า “สายส่งไฟฟ้า” เนื่องจากการส่งไฟฟ้า โดยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยเป็นการส่งไฟฟาระยะทางไกล จึงจำเป็นต้องกำหนดเป็นเขตเดินสายไฟฟ้า เพื่อให้มี ความมั่นคง ความปลอดภัย ในการส่งไฟฟ้าจากแหล่งผลิตไปยังจังหวัดต่าง ๆ และเพื่อป้องกันอุบัติภัยทางไฟฟ้า หรืออันตราย จากกระแสไฟฟ้าต่อชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน และเพื่อป้องกันปัญหาไฟฟ้าขัดข้อง เช่น ไฟฟ้าดับเป็นบริเวณกว้าง หรือทั้งพื้นที่จังหวัด

แนวسا Yas ส่างไฟฟ้าแรงสูงผ่านที่ดินผู้ฟ้องคดี โดยตัวอย่างข้อพิพาทส่วนใหญ่เหล่านี้ ผู้ฟ้องคดีฟ้องต่อศาลปกครอง โดยอาศัยอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๗<sup>๑</sup> และลักษณะคดีส่วนใหญ่เป็นคดีที่ฟ้องเรียกค่าทดแทนกรณีผู้ฟ้องคดี ถูกถอนสิทธิจากการปักเสาสายส่างไฟฟ้าแรงสูงและการวางเส้าไฟฟ้าแรงสูงพาดผ่านที่ดินของผู้ฟ้องคดี โดยหน่วยงานทางปกครองที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง ในเรื่องนี้ คือ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) ที่มีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้า ฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑ ในการผลิตไฟฟ้า การก่อสร้างสายส่างไฟฟ้า และการเข้าไปใช้ที่ดิน ของประชาชนเพื่อปักหรือตั้งเสาส่างไฟฟ้า ซึ่งพิจารณาได้ว่าในอดีตที่ผ่านมา บทบัญญัติที่ศาลมามาใช้ ประกอบการพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับแนวปฏิบัติเรื่องการปักหรือตั้งเสาส่างไฟฟ้าและการพาดสายส่าง กับการหลักเลี่ยงผลกระทบโดยกำหนดเขตระบบโครงข่ายไฟฟ้า คือ มาตรา ๒๘ แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้า ฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑<sup>๒</sup> และในส่วนของอำนาจในการส่งและจำหน่ายพลังงานไฟฟ้า

<sup>๑</sup> มาตรา ๙ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้ (...)

(๓) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลย ต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

<sup>๒</sup> มาตรา ๓ การสร้างและบำรุงรักษา

มาตรา ๒๘ เพื่อประโยชน์ในการสำรวจเพื่อหาแหล่งพลังงานตามมาตรา ๖ (๒) หรือเพื่อหอสถานที่ สำหรับใช้ในกิจกรรมตามมาตรา ๙ (๔) หรือเพื่อสร้างและบำรุงรักษาระบบไฟฟ้า ให้พนักงานหรือลูกจ้างมีอำนาจที่จะใช้สอย หรือเข้าครอบครองสังหาริมทรัพย์ในความครอบครองของบุคคลใด ๆ ซึ่งมิใช่เทศสถานเป็นการชั่วคราวภายใต้เงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(๑) การใช้สอยหรือเข้าครอบครองนั้นเป็นการจำเป็นสำหรับการสำรวจระบบไฟฟ้า หรือการป้องกัน อันตราย หรือความเสียหายที่จะเกิดแก่ระบบไฟฟ้า การสำรวจเพื่อหาแหล่งพลังงาน ตามมาตรา ๖ (๒) หรือเพื่อหอสถานที่ สำหรับใช้ในกิจกรรมตามมาตรา ๙ (๔) หรือการบำรุงรักษาระบบไฟฟ้า

(๒) ได้แจ้งหรือประกาศให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสังหาริมทรัพย์หรือผู้ทรงสิทธิ์อื่นทราบล่วงหน้า ดังต่อไปนี้

(ก) ในการสำรวจระบบไฟฟ้า หรือการป้องกันอันตราย หรือความเสียหายที่จะเกิดแก่ระบบไฟฟ้า หรือการบำรุงรักษาระบบไฟฟ้า ให้แจ้งเป็นหนังสือให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสังหาริมทรัพย์หรือผู้ทรงสิทธิ์อื่นทราบ ล่วงหน้าเป็นการเฉพาะรายภายในเวลาอันสมควร แต่ไม่น้อยกว่าสามวัน

(ข) ในการสำรวจทั่วไปเพื่อเลือกแนวหรือที่ตั้งระบบไฟฟ้าหรือเพื่อหาแหล่งพลังงานตามมาตรา ๖ (๒) หรือเพื่อหอสถานที่สำหรับใช้ในกิจกรรมตามมาตรา ๙ (๔) ที่เหมาะสม ให้ประกาศกำหนดเขตสำรวจไว้ ณ ที่ว่าการอำเภอ หรือกิ่งอำเภอหรือสำนักงานเขต และที่ทำการตำบลหรือแขวงซึ่งสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ และในราชกิจจานุเบกษา ก่อนวันสำรวจไม่น้อยกว่าสามสิบวัน

(ค) ในการสำรวจเฉพาะแห่งภายหลังที่เลือกแนวหรือที่ตั้งระบบไฟฟ้า หรือหาแหล่งพลังงาน ตามมาตรา ๖ (๒) หรือหอสถานที่สำหรับใช้ในกิจกรรมตามมาตรา ๙ (๔) ที่เหมาะสมได้แล้ว หากเจ้าของหรือผู้ครอบครอง อสังหาริมทรัพย์หรือผู้ทรงสิทธิ์อื่นมีด้วยอัคัยภูมิในเขตตำบลหรือแขวงที่กำลังสำรวจอยู่ และเป็นกรณีที่จะต้องสำรวจโดยเร่งด่วน ให้ประกาศกำหนดเขตสำรวจไว้ ณ ที่ว่าการอำเภอหรือกิ่งอำเภอหรือสำนักงานเขต ที่ทำการตำบลหรือแขวง และที่ทำการ ผู้ใหญ่บ้าน ซึ่งสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ ก่อนวันสำรวจไม่น้อยกว่าสามสิบวัน

ในการปฏิบัติตามมาตรานี้ให้พนักงานหรือลูกจ้างแสดงบัตรประจำตัวเมื่อบุคคลผู้เกี่ยวข้องขอ ถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองสังหาริมทรัพย์หรือผู้ทรงสิทธิ์อื่น เนื่องจากการกระทำการของพนักงานหรือลูกจ้าง บุคคลนั้นย่อมเรียกค่าทดแทนจาก กฟผ. ได้ และถ้าไม่สามารถถกกลกัน ในจำนวนค่าทดแทน ให้คำน้ำมาตรา ๓๐ และมาตรา ๓๐ ทวิ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย คือ มาตรา ๒๙ แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑<sup>๔</sup>

### ๑. การเชื่อมโยงพลังงานระหว่างประเทศเพื่อความมั่นคงด้านพลังงาน

ความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจโลกที่พุ่งสูงขึ้นประกอบกับการลงทุนในโครงการก่อสร้างต่าง ๆ เกิดขึ้นอย่างไม่หยุดยั้ง ซึ่งดำเนินไปทั่วโลกพร้อมกับการแสดงออกของตัวแทนภาคประชาชนในการประชุมระดับนานาชาติเกี่ยวกับความมั่นคงด้านพลังงาน โดยต่างเห็นพ้องกันว่าปริมาณเชื้อเพลิงฟอสซิลลดลงอย่างเห็นได้ชัด ทำให้หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนมีบทบาทในเชิงความคิดที่ว่าเราต้องมีการตระเตรียมพลังงานทดแทนรูปแบบอื่น ๆ เพื่อสำรองไว้ให้คนรุ่นปัจจุบันและอนาคต ซึ่งประเทศไทยก็อยู่ในสถานการณ์ดังกล่าวเช่นเดียวกัน โดยรัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำพัฒนาการมาให้ประชาชนภายใต้ประเทศมีใช้อย่างพอเพียง และต่อเนื่อง ดังจะเห็นได้จากการอนุมัติโครงการความร่วมมือด้านพลังงานระหว่างประเทศในเรื่องการเชื่อมโยงระบบสายส่งไฟฟ้าจากต่างประเทศ ทำให้นับแต่ปลายปี พ.ศ. ๒๕๔๘ เป็นต้นไป ประเทศสมาชิกอาเซียนจะต้องปฏิบัติตามความตกลงระหว่างประเทศ เพื่อบรรลุผลร่วมกันในเรื่องเกี่ยวกับการวางแผนรายส่วนไฟฟ้า เพื่อเชื่อมโยงเครือข่ายระหว่างประเทศที่จำเป็นต้องได้รับการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งในแบบทุกพื้นที่จะเป็นการเชื่อมโยงโครงข่ายสายส่งไฟฟ้าบริเวณแนวเขตชายแดนหรือแนวเขตชายฝั่งทะเล และในแผนปฏิบัติการระบบโครงข่ายไฟฟ้าอาเซียน (ASEAN Power Grid) จะได้มีการวางแผนระบบโครงข่ายเส้นใยแก้วนำแสง (Optic Fiber) คู่ไประบบโครงข่ายไฟฟ้าซึ่งเชื่อมโยงประเทศในกลุ่มอาเซียนเข้าด้วยกัน โดยโครงข่ายเส้นใยแก้วนำแสงนี้สามารถรับส่งผ่านข้อมูลข้ามพรมแดนระหว่างประเทศด้วยความเร็วสูง รักษาความจำเป็นต้องดำเนินการให้เป็นผลตามบทบัญญัติแห่งความตกลงระหว่างประเทศโดยการตราภูมายภายในประเทศหรือปรับแก้ภูมายภายในประเทศ เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีความตกลงเกี่ยวกับแผนปฏิบัติการระบบโครงข่ายไฟฟ้าอาเซียน เนื่องจากกิจการพลังงานมีความสำคัญต่อโครงสร้างด้านสังคม เศรษฐกิจ และสิ่งแวดล้อมของประเทศไทย ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องปรับโครงสร้างการบริหารกิจการพลังงานโดยแยกงานนโยบาย งานกำกับดูแล และการประกอบกิจการพลังงานออกจากกัน เพื่อเปิดโอกาสให้ภาคเอกชน ชุมชน และประชาชนมีส่วนร่วมและมีบทบาทมากขึ้น เพื่อให้การประกอบกิจการพลังงานเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ มีความมั่นคง มีปริมาณเพียงพอและทั่วถึงในราคาน้ำที่เป็นธรรมและมีคุณภาพที่ได้มาตรฐาน ตอบสนองต่อความต้องการภายในประเทศและต่อการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนในด้านสังคม

<sup>๔</sup> มาตรา ๒๙ ในการส่งและการจำหน่ายพลังงานไฟฟ้า ให้ กฟผ. มีอำนาจ

(๑) เดินสายส่งไฟฟ้าหรือสายจำหน่ายไฟฟ้าไปตั้ง หนึ่ง ตามหรือข้ามพื้นดินของบุคคลใด บักหรือตั้งสถานีไฟฟ้ายื่อยหรืออุปกรณ์อื่น ลงในหรือบนพื้นดินของบุคคลใดซึ่งมิใช่เป็นที่ตั้งโรงเรือน

(๒) ประกาศกำหนดเขตเดินสายไฟฟ้าเพื่อประโยชน์แห่งความปลอดภัยในการส่งพลังงานไฟฟ้าโดยประกาศไว้ ณ ที่ว่าการอำเภอแห่งท้องที่ซึ่งมีเดินนั้นตั้งอยู่ และจัดทำเครื่องหมายแสดงไว้ในที่ที่ประกาศกำหนดเขตหนึ่นตามสมควร

(๓) รื้อถอนโรงเรือนหรือทำลายสิ่งอื่นที่สร้างขึ้นหรือทำขึ้น หรือทำลาย หรือตัดฟัน ตัดตัน กิ่ง หรือรากของต้นไม้หรือพืชผลในเขตเดินสายไฟฟ้า

ก่อนที่จะดำเนินการตาม (๑) หรือ (๓) ให้ กฟผ. แจ้งเป็นหนังสือให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องทราบ เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นอาจยื่นคำร้องแสดงเหตุที่ไม่สมควรทำเช่นนั้น ไปยังคณะกรรมการเพื่อวินิจฉัยภายในกำหนดสามสิบวันนับตั้งแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้ง คำวินิจฉัยของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด

เศรษฐกิจ และสิ่งแวดล้อม อันสอดคล้องกับหลักปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียง จึงจำเป็นต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานขึ้นเพื่อกำกับดูแลกิจการพลังงาน โดยกำหนดให้มีหน้าที่ป้องกันการใช้อำนาจผูกขาดโดยมิชอบ ให้การคุ้มครองผู้ใช้พลังงานและผู้ได้รับผลกระทบจากการประกอบกิจการพลังงาน และเพื่อให้คณะกรรมการสามารถปฏิบัติงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ<sup>๕</sup> จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. ๒๕๕๐ เพื่อจัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานขึ้นเป็นหน่วยงานของรัฐ มีฐานะเป็นนิติบุคคล ทำหน้าที่เป็นสำนักงานเลขานุการของคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) โดยมีอำนาจอนุมัติให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยซึ่งเป็นผู้รับใบอนุญาตที่จำเป็นต้องเข้าไปในที่ดินของประชาชนเพื่อสำรวจ ประกาศกำหนดเขตระบบโครงข่ายไฟฟ้าและวางแผนระบบโครงข่ายไฟฟ้าในที่ดินของประชาชน การแก้ไขและบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. ๒๕๕๐ ในครั้งนี้ เป็นผลให้การดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยในการเข้าไปใช้ที่ดินของราชภูมิเพื่อปักหรือตั้งเสาส่งไฟฟ้าตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑ ยุติลงนับแต่ปี พ.ศ. ๒๕๕๐ เป็นต้นไป

ดังนั้น ในการดำเนินงานเกี่ยวกับการวางแผนระบบโครงข่ายไฟฟ้าในปัจจุบัน การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑ เพื่อการก่อสร้างสายส่งไฟฟ้าเดิมก่อนมีการตราพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงานฯ และอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. ๒๕๕๐ เพื่อการก่อสร้างสายส่งไฟฟ้าใหม่ ซึ่งถือว่าเป็นการเข้าไปจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของราชภูมิผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินและทรัพย์สิน การจัดระบบโครงข่ายไฟฟ้า จึงเป็นเรื่องพื้นฐานที่มีความสำคัญก่อนที่จะพิจารณาในประเด็นอื่นที่เกี่ยวข้องต่อไป

## ๒. การบริหารจัดการระบบโครงข่ายไฟฟ้า

ระบบโครงข่ายไฟฟ้าที่สามารถตอบสนองต่อการบริหารจัดการด้านไฟฟ้าได้อย่างมีประสิทธิภาพ ครอบคลุมทั้งระบบโครงข่ายในขั้นตอนต้นน้ำ กลางน้ำ และปลายน้ำ โดยในทุกขั้นตอนจำต้องมีข้อมูลพื้นฐานในเชิงวิศวกรรม เชิงเศรษฐศาสตร์ และเชิงสิ่งแวดล้อมประกอบการพิจารณา โดยการจัดการระบบโครงข่ายไฟฟ้าที่กล่าวถึงข้างต้น ได้แก่ :

๑. ระบบผลิตไฟฟ้า (Generation) เช่น โรงไฟฟ้า
๒. ระบบส่งไฟฟ้า (Transmission) เช่น สายส่ง เสาส่ง สถานีไฟฟ้าแรงสูง
๓. ระบบจำหน่ายไฟฟ้า (Distribution) เช่น สายจำหน่าย สถานีไฟฟ้าย่อย

เมื่อประเทศไทยมีความร่วมมือระหว่างประเทศในการพัฒนาโครงข่ายไฟฟ้าข้ามประเทศ จำต้องมีข้อมูลในเชิงกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ร่วมด้วย เพื่อประโยชน์ในการใช้ทรัพยากรพลังงานไฟฟ้า ให้เกิดประโยชน์สูงสุด ส่วนในเรื่องการจ่ายกำลังไฟฟ้าในประเทศไทยในปัจจุบันนี้ มีการดำเนินการผลิตและส่งกำลังไฟฟ้าโดย ๓ รัฐวิสาหกิจ คือ ๑) การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) (Electricity Generating Authority of Thailand) (EGAT) ๒) การไฟฟ้านครหลวง (กฟน.) (Metropolitan Electricity Authority) (MEA) และ ๓) การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (กฟภ.) (Provincial Electricity Authority) (PEA)

<sup>๕</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. ๒๕๕๐

ทั้งนี้ หน่วยงานที่ทำหน้าที่หลัก คือ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ที่มีหน้าที่ในการจัดหาแหล่งพลังงานและผลิตกำลังไฟฟ้าให้เพียงพอและต่อเนื่อง จัดส่งไฟฟ้าไปทั่วประเทศ ขายไฟฟ้าให้กับการไฟฟ้านครหลวงและการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค จัดซื้อหรือขายไฟฟ้าให้กับประเทศเพื่อนบ้าน และดูแลควบคุมโรงจักรไฟฟ้า<sup>๗</sup> และเขื่อน (ในส่วนการผลิตพลังงานไฟฟ้า) โดยในบทความนี้จะกล่าวถึง ประเด็นปัญหาของการดำเนินการของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับแนวปฏิบัติเรื่อง การปักหรือตั้งเสาส่งไฟฟ้าและการพาดสายส่งกับการหลักเลี่ยงผลกระทบโดยกำหนดเขตระบบโครงข่ายไฟฟ้า เพื่อให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑ และพระราชบัญญัติ การประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. ๒๕๔๐ ซึ่งประเด็นปัญหาเหล่านี้ส่วนใหญ่เป็นข้อพิพาทที่ขึ้นสู่ศาลปกครอง โดยจากข้อมูลของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยได้ระบุถึงข้อพิจารณาในการดำเนินการปักเสา สายส่งไฟฟ้าแรงสูงและกำหนดจุดวางเสาสายส่งไฟฟ้าแรงสูงมีแนวปฏิบัติ<sup>๘</sup> ในการพิจารณา คือ

๑. เรื่องงบประมาณ (เช่น ประเทศไทยยังไม่มีการวางแผนรายไฟฟ้าแรงสูงลงอุโมงค์ แทนการปักเสาและวางแผนเส้นทางพื้นดิน เนื่องจากงบประมาณการดำเนินการได้พื้นดินจะแพงกว่าบนดิน ประมาณ ๑๐-๒๐ เท่า)

๒. เรื่องหลักเกณฑ์การกำหนดแนวสายส่ง จัดพิจารณาถึง

ผลกระทบต่อชุมชนและสังคม

ก. หลักเลี่ยงการวางแผนรายไฟฟ้าผ่านไปในที่ชุมชน หรือพื้นที่ที่ได้รับการพัฒนาแล้ว

ข. หลักเลี่ยงการวางแผนรายไฟฟ้าเข้าไปใกล้กับโบราณสถาน หรือสิ่งก่อสร้าง ที่เป็นศูนย์รวมจิตใจของประชาชน

ค. หลักเลี่ยงการวางแผนรายไฟฟ้าขนาดใหญ่ใกล้กับถนน เพื่อบรรเทาผลกระทบ การใช้ประโยชน์ของที่ดิน

ง. หลักเลี่ยงการกำหนดแนวสายส่งไฟฟ้าในบริเวณที่ตั้งโรงเรือน

จ. หากมีความจำเป็นที่จะต้องวางแผนรายไฟฟ้าผ่านบริเวณที่มีทั้งที่นา ที่ไร่ และที่สวน ให้พิจารณากำหนดแนวสายส่งไฟฟ้าให้ผ่านที่สวนให้น้อยที่สุด

ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

ก. ห้ามกำหนดแนวสายส่งไฟฟ้าผ่านพื้นที่ต่อไปนี้

- เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า

- เขตอุทยานแห่งชาติ

<sup>๗</sup> โรงจักรไฟฟ้าที่ดำเนินการโดยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยมี ๕ รูปแบบ คือ โรงจักรไฟฟ้า พลังงานน้ำ โรงจักรไฟฟ้าพลังไอน้ำ โรงจักรไฟฟ้ากังหันก๊าซและดีเซล โรงจักรไฟฟ้าพลังความร้อนร่วม และโรงจักรไฟฟ้า พลังงานทดแทน

<sup>๘</sup> เอกสารการประชุมกิจกรรมวิชาการเกี่ยวกับความมั่นคงทางพลังงาน เรื่อง ระบบเชื่อมโยงไฟฟ้า อาเซียน (ASEAN Power Grid) : ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม วันที่ ๑ ธันวาคม ๒๕๕๗ ณ สำนักงานศาลปกครอง ; และวิญญาณ ฤกษ์ศิริพั้ย, รัฐชาติรักษ์, แนวทางการพัฒนาการเชื่อมโยงระบบส่งไฟฟ้าในภูมิภาคอาเซียน, วารสารราย ๔ เดือน ปีที่ ๕๙ ฉบับที่ ๒ พฤษภาคม-สิงหาคม ๒๕๕๘

- พื้นที่คุณภาพลุ่มน้ำชั้น ๑ เอ๊
- พื้นที่ป่าชายเลน

“พื้นที่ลุ่มน้ำชั้นที่ ๑ หมายถึง พื้นที่ภายในลุ่มน้ำที่ควรจะต้องส่วนรักษาไว้เป็นต้นน้ำลำธารโดยเฉพาะซึ่งมีองค์ประกอบรวมกัน ดังนี้

๑. เป็นพื้นที่สูงหรือบริเวณที่อยู่ต่อนบนของลุ่มน้ำที่จำเป็นต้องอนุรักษ์ไว้เป็นต้นน้ำลำธาร เนื่องจากมีลักษณะและคุณสมบัติที่อาจมีผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมจากการเปลี่ยนแปลงการใช้ที่ดินได้่ายและรุนแรง

๒. ส่วนมากเป็นเทือกเขาที่เต็มไปด้วยหุบเขา หน้าผา ยอดเขาแหลม และ/หรือร่องน้ำจำนวนมากซึ่งปกคลุมหรือเคยปกคลุมด้วยป่าดงดิบ ป่าดิบเขา หรือป่าสนเขา และ/หรือป่าชนิดอื่น ๆ

๓. ส่วนใหญ่มีความลาดชันโดยเฉลี่ยของพื้นที่ตั้งแต่ ๖๐% ขึ้นไป

๔. มีลักษณะทางธรณีวิทยาที่ประกอบด้วยหินซึ่งให้กำเนิดต้นที่จ่ายต่อการพังทลาย

มาตรการการใช้ที่ดินในลุ่มน้ำชั้นที่ ๑ นั้น จำแนกออกเป็น ๒ ชั้น คือ ๑ เอ และ ๑ บี ดังนี้  
มาตรการการใช้ที่ดินในพื้นที่ลุ่มน้ำชั้น ๑ เอ

(๑) ห้ามมิให้มีการเปลี่ยนแปลงลักษณะพื้นที่ป่าไม้เป็นรูปแบบอื่นอย่างเด็ดขาด ทั้งนี้ เพื่อรักษาไว้เป็นพื้นที่ต้นน้ำลำธารอย่างแท้จริง

(๒) ให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องบำรุงรักษาป่าธรรมชาติที่มีอยู่ และรับการอนุญาตทำไม้โดยเด็ดขาด และให้ดำเนินการป้องกันการลักลอบตัดไม้ทำลายป่าอย่างเข้มงวด การขันการเปลี่ยนแปลงการใช้ที่ดินใด ๆ ที่เกิดขึ้นในพื้นที่ลุ่มน้ำ ๑ เอ ภายหลังปี พ.ศ. ๒๕๗๕ กำหนดให้ใช้มาตรการ ดังนี้

(๓) บริเวณพื้นที่ใดที่ได้กำหนดเป็นลุ่มน้ำชั้นที่ ๑ เอ ไว้แล้ว หากภายหลังการสำรวจพบว่าเป็นที่กร้าง ว่างเปล่าหรือป่าเสื่อมโรม ให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการปลูกป่าทดแทนต่อไป

(๔) บริเวณใดที่มีรายภูมิอาศัยอยู่ดังเดิมอย่างเป็นการถาวรสแล้ว ให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการจัดที่ทำกินให้เป็นการถาวร เพื่อมิให้มีการโยกย้ายและทำลายป่าให้ขยายขอบเขตออกไปอีก

มาตรการการใช้ที่ดินในพื้นที่ลุ่มน้ำชั้น ๑ บี

(๑) พื้นที่ใดที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงสภาพเพื่อประกอบการกิจกรรมรูปแบบต่าง ๆ ไปแล้ว ให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องร่วมกันพิจารณาดำเนินการกำหนดการใช้ที่ดินให้สอดคล้องกับนโยบายของรัฐ ทั้งทางด้านสังคม เศรษฐกิจ และสิ่งแวดล้อม

(๒) บริเวณใดที่ได้รับการพัฒนาเพื่อเป็นแหล่งพักผ่อนหย่อนใจในรูปแบบต่าง ๆ ไปแล้ว หากจะมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงใด จะต้องดำเนินการวางแผนการใช้ที่ดินให้สอดคล้องกับสภาพธรรมชาติในลักษณะที่เอื้ออำนวยต่อการรักษาดุลยภาพของลักษณะทางนิเวศวิทยาและการอนุรักษ์ธรรมชาติ

(๓) บริเวณพื้นที่ใดที่ไม่เหมาะสมต่อการเกษตรหรือการพัฒนาในรูปแบบอื่น ๆ ให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการปลูกป่าฟื้นฟูสภาพต้นน้ำลำธารอย่างเรียบด่วน

(๔) ในกรณีที่ต้องมีการก่อสร้างถนนผ่านเข้าไปในพื้นที่ลุ่มน้ำชั้นนี้ หรือการทำเหมืองแร่ หน่วยงานที่รับผิดชอบในโครงการจะต้องดำเนินการควบคุมการชำระพังทลายของดินที่เกิดขึ้นในบริเวณโครงการเนื่องจาก การปฏิบัติงานในระหว่างดำเนินการและภัยหลังเสร็จสิ้นโครงการ มิให้ลงสู่แหล่งน้ำ ทำให้เกิดอันตรายแก่สัตว์น้ำ และไม่สามารถนำมาอุปโภคบริโภคได้

(๕) ในกรณีที่ส่วนราชการใดมีความจำเป็นต้องใช้ที่ดินอย่างหลักเลี้ยงไม่ได้ในโครงการที่มีความสำคัญต่อเศรษฐกิจและความมั่นคงของชาติแล้ว ให้ส่วนราชการเจ้าของโครงการตักกล่าวนำโครงการนั้นเสนอต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของโครงการเสนอต่อคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ เพื่อพิจารณาต่อไป

(กองยุทธศาสตร์และแผนงาน สำนักงานคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ <https://spd.onep.go.th>)

ข. หลักเลี้ยงการกำหนดแนวทางสายส่งไฟฟ้าผ่านพื้นที่ต่อไปนี้

- เขตวนอุทยาน
- พื้นที่ป่าอนุรักษ์เพิ่มเติม (ป่า C)
- พื้นที่คุณภาพลุ่มน้ำชั้น ๑ บี๊

๓. เรื่องหลักเกณฑ์ด้านวิศวกรรม จะพิจารณาถึง

๓.๑ แนวทางสายส่งไฟฟ้าควรจะเป็นแนวตรงอาจมีจุดเปลี่ยนแนว (PI) น้อยที่สุด <sup>๑๐</sup> เพื่อให้มีระยะที่สั้นที่สุด

๓.๒ แนวทางสายส่งไฟฟ้าที่ผ่านภูมิประเทศที่เป็นภูเขา อาจมีจุดเปลี่ยนแนวได้ตามความเหมาะสมและไม่ควรวางแผนสายส่งไฟฟ้าผ่านยอดเขา เพื่อลดเสียงรบกวนและฟ้าผ่า

๓.๓ แนวทางสายส่งไฟฟ้าที่ข้ามทางรถยนต์ ทางรถไฟ แม่น้ำ คลอง มุตตัดระหว่างแนวทางสายส่งไฟฟ้ากับทางรถยนต์ ทางรถไฟ แม่น้ำ คลอง ไม่น้อยกว่า ๔๕ องศา

๓.๔ หลักเลี้ยงการวางแผนสายส่งไฟฟ้าใกล้ทางแยกใหญ่ เพื่อป้องกันปัญหาที่อาจจะต้องย้ายสายส่งไฟฟ้าเมื่อมีการปรับปรุงหรือพัฒนาทางแยกในอนาคต

๓.๕ หลักเลี้ยงการวางแผนสายส่งไฟฟ้าผ่านพื้นที่มีลักษณะดินอ่อน

๓.๖ หลักเลี้ยงการวางแผนสายส่งไฟฟ้าใกล้สันมับน

๓.๗ หลักเลี้ยงการวางแผนสายสิ่งไฟฟ้าใกล้ทะเล

๓.๘ หลักเลี้ยงการวางแผนสายส่งไฟฟ้าขวางกับแนวทางสายไฟฟ้าเลข ๑๙๒ เป็นระยะทางยาว ๆ

๓.๙ ระยะระหว่าง PI ที่มีระยะสั้น ๆ ควรพิจารณาให้มีระยะที่เหมาะสมกับระยะของ Span

๓.๑๐ ห้ามกำหนดตำแหน่ง PI ในภูมิประเทศที่ไม่เหมาะสมต่อตำแหน่งที่ตั้งเสา เช่น หุบเขาทางน้ำไหลหรือที่ลุ่ม

๓.๑๑ PI ควรห่างจาก Right of Way <sup>๑๑</sup> ของทางรถยนต์ ทางรถไฟ หรือคลองชลประทาน ไม่น้อยกว่า ๒๐ เมตร

๓.๑๒ PI ควรห่างจากตลิ่งของแม่น้ำหรือคลองธรรมชาติไม่น้อยกว่า ๕๐ เมตร

๓.๑๓ ให้มีการออกแบบทางวิศวกรรมเพื่อลดผลกระทบที่มีต่อสังคมและสิ่งแวดล้อม

๔. เรื่องหลักเกณฑ์ทางเศรษฐศาสตร์

แนวทางสายส่งไฟฟ้าควรเป็นแนวเส้นตรงและมีระยะทางสั้น เพื่อประหยัดค่าใช้จ่ายในการลงทุนและลดความสูญเสียในระบบส่งไฟฟ้า

**๓. ข้อกำหนดและการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับระบบโครงข่ายไฟฟ้า**

ข้อกำหนดที่เป็นแนวปฏิบัติพื้นฐานของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นเรื่องงบประมาณ หลักเกณฑ์การกำหนดแนวทางสายส่ง หลักเกณฑ์ด้านวิศวกรรม และหลักเกณฑ์ทางเศรษฐศาสตร์ ดังที่กล่าวไว้ในหัวข้อก่อนหน้านี้ พิจารณาได้ว่าเป็นประโยชน์ต่อประชาชนที่จะได้ทราบล่วงหน้าในส่วนที่

<sup>๙</sup> โปรดดูเชิงอรรถที่ ๘

<sup>๑๐</sup> PI ย่อมาจาก Point of Intersection หมายถึง จุดแนวเปลี่ยนหรือจุดสกัด ซึ่งเป็นจุดที่เส้นสัมผัสสองเส้นตัดกัน

<sup>๑๑</sup> Right of Way (ROW) หมายถึง การกำหนดพื้นที่เขตทางสำหรับถนนหรือทางรถไฟที่ได้หรือจะเห็นคืน ส่วนในกรณีระบบส่งไฟฟ้า ROW นักใช้ในความหมายว่า เขตเดินสายไฟฟ้า

เกี่ยวกับการเวนคืนที่ดิน สิทธิในเขตทาง ค่าทดแทนที่ควรได้รับ และเป็นประโยชน์ต่อศาลในการพิจารณาข้อมูลเทคนิคเฉพาะทางเพื่อประกอบการใช้คุลปินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเบื้องต้น โดยข้อพิพาทส่วนใหญ่จะเกี่ยวกับการอุทธรณ์ค่าทดแทนที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง อนึ่ง ข้อพิพาทที่ไม่เกี่ยวกับกับเรื่องการก่อสร้างแนวย사이ส่งไฟฟ้าแรงสูงที่เคยมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง คือ เรื่องการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการในการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๑๒ เช่น กรณีที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยประกาศกำหนดเขตสายไฟฟ้าและสายส่งไฟฟ้า โดยปิดประกาศไว้ ณ สถานที่ราชการ แต่มิได้แจ้งเป็นหนังสือให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินที่อยู่ในเขตสายส่งไฟฟ้าพادผ่านทราบ เนื่องจากไม่ทราบว่าผู้ใดเป็นเจ้าของที่ดินซึ่งอยู่ในเขตสายส่งไฟฟ้าพادผ่าน ประกาศดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งที่มีข้อความหรือความหมายไม่ชัดเจนเพียงพอที่ผู้ฟ้องคดีจะทราบว่าสิทธิของตนถูกกระทบหรือไม่ เมื่อต่อมาการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบเพื่อสำรวจและจ่ายเงินค่าทดแทน โดยผู้ฟ้องคดีได้รับหนังสือดังกล่าวเมื่อวันที่ ๒๐ พฤษภาคม ๒๕๕๐ และได้อุทธรณ์คำสั่งในวันที่ ๑๙ ธันวาคม ๒๕๕๐ ซึ่งการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยได้มีคำสั่งไม่รับคำอุทธรณ์ไว้พิจารณา จึงเป็นการอุทธรณ์ภายในกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งตามมาตรา ๒๙ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑ และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้นแล้ว กรณีจึงถือว่าผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการในการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนฟ้องคดีตามมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แล้ว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๔๔/๒๕๕๗) ซึ่งตามตัวอย่างคดีข้างต้นนี้ เป็นประเด็นปัญหาเรื่องขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง นอกเหนือจากการเดือนปัญหาเรื่องการอุทธรณ์ค่าทดแทนที่ดินและสิ่งปลูกสร้างที่มีการปักเสาไฟฟ้า และ/หรือที่ถูกแนวย사이ส่งไฟฟ้าพادผ่าน ที่เป็นประเด็นปัญหาหรือคดีพิพาทที่เข้าสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเป็นจำนวนมาก ในช่วงที่ศาลปกครองจัดตั้งขึ้นใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และในช่วงเวลาหลายปีต่อมา มีประเด็นปัญหานิ่มฟ้องและคำร้องขอที่มีลักษณะหลากหลายออกไป เช่น

- หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(เช่น ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดี (การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย) มีประกาศกำหนดเขตเดินสายไฟฟ้า สายส่งไฟฟ้า ตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑ ลงวันที่ ๒๙ พฤษภาคม ๒๕๕๑ ซึ่งที่ดินของผู้ฟ้องคดีถูกเขตเดินสายไฟฟ้า สายส่งไฟฟ้าดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดี มีหนังสือถึงผู้ฟ้องคดีเพื่อนำสำรวจทรัพย์สินโดย นาย ว. ได้นำผังแนวที่สำรวจแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบ แต่ผู้ฟ้องคดีไม่เห็นด้วย เนื่องจากแนวที่สร้าง (สีแดง) เป็นการอ้อมเข้าหาที่ดินของผู้ฟ้องคดีโดยไม่จำเป็น และเห็นว่าแนวที่สร้าง (สีน้ำเงิน) ควรจะเป็นแนวก่อสร้างที่ดีที่สุด เพราะระยะสั้นที่สุด และมีการรองรับสิทธิที่ดินของโรงไฟฟ้าเพียงรายเดียว ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งด้วยว่าຈ้างซื้อนาย ว. ได้รับทราบข้อโต้แย้งและจะนำไปหารือกับผู้บังคับบัญชา จำนวนผู้ถูกฟ้องคดีก็ไม่ได้ติดต่อผู้ฟ้องคดีอีก ต่อมา ผู้ฟ้องคดีตรวจสอบว่ามีการตอกหมุดกำหนดแนวเขตเดินสายไฟฟ้า สายส่งไฟฟ้า ในเขตที่ดินของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสือต่อแย้งการรองรับสิทธิต่อประธานกรรมการกำกับกิจการพลังงาน ต่อมา สำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานมีหนังสือแจ้งไม่รับพิจารณา คำร้องอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณา เนื่องจากเป็นการอุทธรณ์ที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลา ๓๐ วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้ง และมีหนังสือชี้แจงเหตุผลการกำหนดแนวเขตระบบโครงข่ายไฟฟ้า ผู้ฟ้องคดีไม่เห็นด้วย จึงฟ้องคดีต่อศาลขอให้ยกเลิกการกำหนดแนวเขตระบบโครงข่ายไฟฟ้า และห้ามมิให้รอนสิทธิการครอบครอง

ที่ดินของผู้ฟ้องคดี กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมาย คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๗๔/๒๕๕๖)

- ขอให้เพิกถอนประกาศกำหนดเขตระบบโครงข่ายไฟฟ้าที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๗๖๙/๒๕๖๒)

- ขอให้จ่ายเงินค่าทดแทนเพิ่มขึ้นกรณีที่ดินถูกเขตระบบโครงข่ายไฟฟ้าพาดผ่าน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๗๓๓/๒๕๖๓)

- ขอให้เพิกถอนประกาศกำหนดเขตระบบโครงข่ายไฟฟ้า (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๗๖๙/๒๕๖๒)

- ขอให้เพิกถอนประกาศกำหนดเขตระบบโครงข่ายไฟฟ้าและให้กำหนดแนวเขตใหม่ และเพิกถอนกรณีพิจารณาอุทธรณ์ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๔๓/๒๕๖๒)

- ขอให้เพิกถอนประกาศกำหนดเขตระบบโครงข่ายไฟฟ้า (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๖๐/๒๕๖๓)

- ขอให้เคลื่อนย้ายโครงการเขตระบบโครงข่ายไฟฟ้า (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๗๒/๒๕๕๕)

- ขอให้จ่ายเงินค่าทดแทนที่ดินในเขตระบบโครงข่ายไฟฟ้าเพิ่มขึ้น (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๗๘/๒๕๖๓)

- การฟ้องขอให้ปรับเปลี่ยนแนวเขตระบบโครงข่ายไฟฟ้า (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. ๗๙/๒๕๖๕)

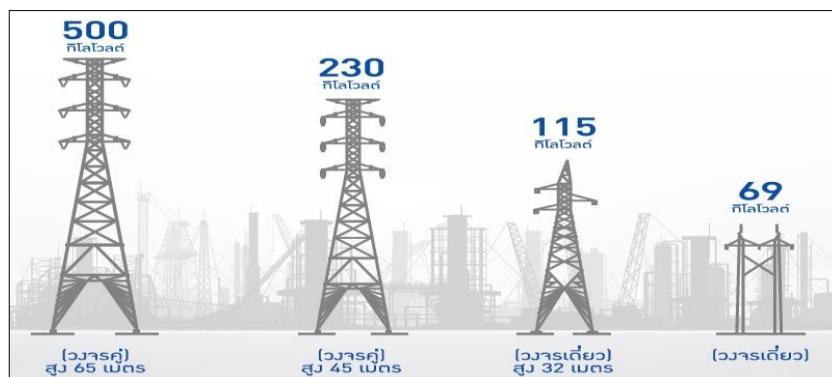
- การฟ้องขอให้พิจารณาบทวนเปลี่ยนแปลงการกำหนดแนวเขตระบบโครงข่ายไฟฟ้า (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คพ. ๙/๒๕๖๒)

การพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับการปักเสาสายส่งไฟฟ้าแรงสูงและการวางเสาไฟฟ้าแรงสูง พาดผ่านที่ดินนั้น ศาลจะมีแนวทางการพิจารณาตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบอ้างอื่น ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎหมาย คำสั่ง ทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น และข้อพิพาทข้างต้นเป็นข้อพิพาทที่ศาลพิจารณาในแนวทางเดียวกับเรื่อง การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งศาลเห็นว่าเป็นความรับผิดโดยปราศจากความผิดเนื่องจากการเวนคืน เป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย เพื่อวัตถุประสงค์เป็นการบริการสาธารณะและเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวม และการใช้ดุลพินิจของศาลเป็นไปตามหลักการของกฎหมายมหาชน ทำให้มีองค์ประกอบ เรื่องการชั่นนำหน้ากระหว่างผลประโยชน์ของรัฐและเอกชนอย่างเป็นธรรมเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย

กรณีของประเทศไทย ตามข้อกำหนดหลักของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยในเรื่อง การปักเสาสายส่งไฟฟ้าแรงสูงและการวางเสาสายส่งไฟฟ้าแรงสูงพาดผ่านบริเวณพื้นที่บ้านเรือนและชุมชน หากในกรณีที่จำเป็นและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้จากหลักเกณฑ์ต่าง ๆ สีหลักเกณฑ์ คือ ผลกระทบต่อชุมชน และสังคม ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหลักเกณฑ์ด้านวิศวกรรม และหลักเกณฑ์ด้านเศรษฐศาสตร์ข้างต้น เป็นผลให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยมีข้อกำหนดในการดำเนินการปักเสาสายส่งไฟฟ้าแรงสูง โดยแบ่งขนาดความแรงของกระแสไฟฟ้าแรงสูงเป็น ๔ ระดับ คือ ระบบโครงข่ายไฟฟ้า ๖๙ กิโลโวลต์ (KV), ๑๑๕ กิโลโวลต์ (KV), ๒๓๐ กิโลโวลต์ (KV) และ ๕๐๐ กิโลโวลต์ (KV) ตามลำดับ

ปัจจุบัน มีการใช้งานระบบโครงข่ายไฟฟ้า ๖๙ กิโลโวลต์อยู่น้อยมาก โดยส่วนใหญ่จะเป็นการดำเนินการก่อสร้างและวางเสาไฟฟ้าเพื่อส่งกระแสไฟฟ้าขนาด ๑๑๕, ๒๓๐ และ ๔๐๐ กิโลโวลต์ ไปตามเส้นทางพาดผ่านที่ดินบนบก และกระทรวงพลังงานคาดการณ์ว่าความต้องการใช้ไฟฟ้าสูงสุด ในช่วงฤดูร้อน ปี พ.ศ. ๒๕๖๖ จะมีค่าสูงสุดในรอบ ๓ ปีที่ผ่านมา<sup>๑๒</sup> ประกอบกับการขยายตัวของชุมชนเมือง ทำให้ต้องเตรียมการในส่วนของระบบโครงข่ายไฟฟ้าที่มีระดับแรงดันไฟฟ้ามากกว่า ๔๐๐ กิโลโวลต์ อนึ่ง เมื่อการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยจารณาแล้วเห็นว่า มีความจำเป็นต้องวางแผนรายส่วนไฟฟ้า และปักเสาส่งไฟฟ้า (ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของระบบส่งไฟฟ้า หรือที่เรียกว่า Transmission) ผ่านไปในที่ชุมชน การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยจำเป็นต้องคำนึงถึงเรื่องสายส่งไฟฟ้ากับการหลีกเลี่ยงผลกระทบซึ่งเป็นข้อกำหนดในเขตระบบโครงข่ายไฟฟ้า อีกทั้งต้องคำนึงถึงเรื่องเขตเดินสายไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตฯ มีความกว้างไม่เท่ากันในแต่ละภาคแต่ละพื้นที่ โดยกำหนดตามความจำเป็นที่ใช้งานจริงเพื่อมีให้เป็นการรองสิทธิ ประชาชนเกินสมควรแก่เหตุ เช่น พื้นที่เป็นทุ่งนา เป็นสวนยางพารา พื้นที่ผ่านแนวพื้นป่า พื้นที่มีต้นไม้สูง พื้นที่ผ่านหมู่บ้านชุมชน พื้นที่ผ่านข้ามแนวถนน พื้นที่ในภาคเหนือ ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ ภาคตะวันตก ภาคกลาง ภาคใต้ ซึ่งแต่ละพื้นที่ก่อสร้างมีภูมิประเทศที่ไม่เหมือนกัน อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดที่เป็นมาตรฐานกำหนดให้เขตเดินสายส่วนไฟฟ้ามีความกว้างได้ข้างละไม่เกิน ๔๐ เมตร (จากกึ่งกลางแนวสายรวม ๒ ข้าง ๘๐ เมตร) ทั้งนี้ ในยุคปัจจุบันที่ความเจริญเติบโตของชุมชนเมืองมีการขยายตัวอย่างรวดเร็ว ดังเช่นพื้นที่ในอดีตที่เป็นทุ่งนามีการเปลี่ยนแปลงเป็นหมู่บ้านชุมชนที่มีความเจริญอย่างฉบับพลัน ทำให้ แนวสายส่วนไฟฟ้าที่มีการก่อสร้างติดตั้งไว้เดิมในพื้นที่บริเวณนั้นยังคงมีความกว้างของแนวสายส่วนไฟฟ้า ตามข้อกำหนดความกว้างสำหรับพื้นที่เป็นทุ่งนา แม้ว่าในสภาพความเป็นจริงพื้นที่บริเวณนั้นได้เป็นหมู่บ้าน ชุมชนไปแล้ว

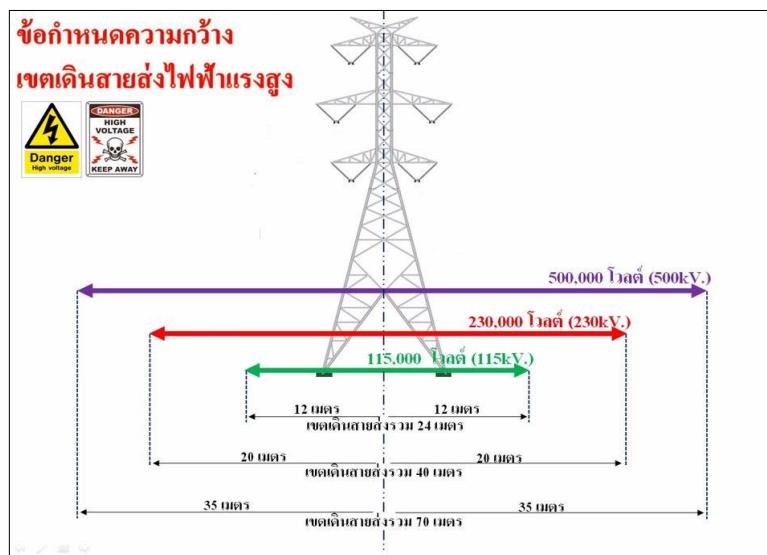
#### ประเภทของเสาส่งไฟฟ้าแรงสูงของไทย<sup>๑๓</sup>



<sup>๑๒</sup> ข่าวเศรษฐกิจ [kmc.exim.go.th/detail/economy-news/20230322133144](http://kmc.exim.go.th/detail/economy-news/20230322133144) สืบค้นเมื่อวันที่ ๙ พฤษภาคม ๒๕๖๖

<sup>๑๓</sup> ระบบส่วนไฟฟ้า [www.egat.co.th](http://www.egat.co.th)

### ความกว้างเขตเดินสายส่งไฟฟ้าแรงสูงของไทย<sup>๑๔</sup>



นอกจากนี้ ตามที่รัฐบาลกำหนดแผนพัฒนากำลังผลิตไฟฟ้าของประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๕๘-๒๕๗๙ โดยให้ความสำคัญในสามประเด็น คือ ด้านความมั่นคงทางพลังงาน (Security) ด้านเศรษฐกิจ (Economy) และด้านสิ่งแวดล้อม (Ecology)<sup>๑๕</sup> ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาในด้านความมั่นคงทางพลังงานที่มีวัตถุประสงค์สำคัญ คือ เพื่อให้ประเทศไทยอยู่ในสภาพที่มีพลังงานอย่างเพียงพอต่อความต้องการใช้พลังงานของคนในประเทศ และเพื่อให้การจัดหา จัดให้มี และจัดให้ใช้พลังงานโดยภาครัฐเป็นไปอย่างมีเสถียรภาพในทุกปัจจัยที่เกี่ยวข้องแล้ว ปัจจัยสำคัญหลัก ๆ เช่น (๑) ระบบผลิตไฟฟ้า ระบบส่งไฟฟ้า และระบบจำหน่ายไฟฟ้า มีความมั่นคงรายพื้นที่ สร้างสมดุลระบบไฟฟ้าตามรายภูมิภาค (๒) มีการพิจารณาระบบไฟฟ้าเพื่อความมั่นคงในระดับที่เหมาะสม เพื่อรับกรณ์เกิดเหตุวิกฤตด้านพลังงาน รวมถึงมีการเพิ่มความยืดหยุ่นของระบบไฟฟ้า (grid flexibility) และ (๓) พัฒนาระบบโครงข่ายไฟฟ้าสามารถทึก (smart grid) รองรับแนวโน้มการเปลี่ยนแปลงของผู้ใช้ไฟฟ้า แบบ prosumer ทั้งนี้ แผนพัฒนาดังกล่าวจะดำเนินควบคู่กับโครงการต่าง ๆ ดังนี้

- โครงการพัฒนาระบบส่งไฟฟ้าเพื่อสนับสนุนความต้องการใช้ไฟฟ้าที่เพิ่มขึ้น
- โครงการพัฒนาระบบส่งไฟฟ้าเพื่อเสริมความมั่นคงระบบไฟฟ้า
- โครงการปรับปรุงและขยายระบบส่งไฟฟ้าที่เสื่อมสภาพตามอายุการใช้งาน
- โครงการระบบส่งไฟฟ้าเพื่อรับรองรับการเชื่อมต่อโรงไฟฟ้า
- โครงการซื้อขายของระบบส่งไฟฟ้าระหว่างประเทศแบบระบบต่อระบบ (grid to grid)
- โครงการพัฒนาระบบไฟฟ้าตามแผนแม่บทการพัฒนาระบบโครงข่ายไฟฟ้าสามารถทึก (smart grid) ของประเทศไทย

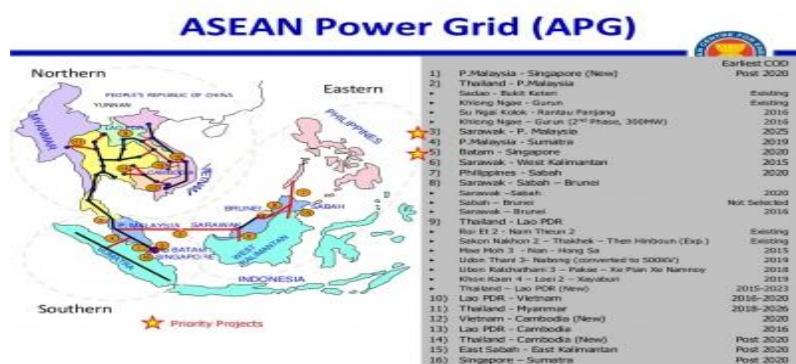
<sup>๑๔</sup> ประกาศการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย เรื่อง ข้อกำหนดเพื่อความปลอดภัยในเขตเดินสายไฟฟ้า, อ้างใน <https://www.reic.or.th/Activities/Documents/10> สืบคันเมื่อวันที่ ๒๐ มกราคม ๒๕๖๖

<sup>๑๕</sup> แผนพัฒนากำลังผลิตไฟฟ้าของประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๕๘ - ๒๕๗๙ (PDP2015) กระทรวงพลังงาน, อ้างใน [https://data.opendevlopmentmekong.net>law\\_record](https://data.opendevlopmentmekong.net>law_record) สืบคันเมื่อวันที่ ๒๐ มกราคม ๒๕๖๖

การพัฒนาระบบโครงสร้างสายส่งไฟฟ้าของประเทศไทยต้องมีการผสมผสานวิชาการด้านวิศวกรรมศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สิ่งแวดล้อมให้เป็นไปอย่างสมดุลและมีธรรมาภิบาล เพื่อให้การเกิดข้อพิพาทที่จะมาสู่ศาลมีจำนวนลดน้อยลง เช่น ประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับค่าทดแทน การจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม การทำประชาพิจารณ์ การขอให้เบี่ยงเส้นทาง เป็นต้น

#### ๔. การเข้มโยงโครงข่ายระบบไฟฟ้าระหว่างประเทศ : แนวทางของประเทศไทยและประเทศมาเลเซีย

ประเด็นพิจารณาเรื่องการเข้มโยงโครงข่ายระบบไฟฟ้าระหว่างประเทศเป็นเรื่องที่มีความสำคัญในยุคแห่งการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานทางเศรษฐกิจและยกระดับคุณภาพชีวิตของผู้คนในบริเวณหนึ่ง ๆ การรวมตัวกันของระบบพลังงานไฟฟ้าในภูมิภาคหนึ่งจะส่งผลให้เกิดความมั่นคงทางพลังงานไฟฟ้าในภูมิภาคนั้น และแผ่ขยายไปท่องเที่ยวที่อาจเป็นประเทศเพื่อนบ้านอาณาเขตติดกัน การมีศักยภาพเช่นนี้ทำให้การจัดสรรการใช้ทรัพยากรถังงานไฟฟ้าในบริเวณหนึ่ง เกิดประโยชน์สูงสุด ไม่ว่าจะเป็นการผลิตไฟฟ้าให้เพียงพอต่อการใช้งาน การจัดหารายได้จากการรับซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าในราคาที่เหมาะสมเพื่อนำไปจำหน่ายแก่ผู้ใช้ไฟฟ้าอีกด้วย ดังเช่นในปัจจุบันมีโครงการการเข้มโยงระบบไฟฟ้าในอาเซียน (ASEAN Power Grid) (APG) ที่ไทยกำลังดำเนินการอยู่ร่วมกับประเทศต่าง ๆ ในอาเซียน<sup>๑๖</sup>



เมื่อพิจารณาโครงการที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยได้ดำเนินการและจะดำเนินการเพื่อเสริมความมั่นคงระบบไฟฟ้าเพื่อให้รองรับ ASEAN Power Grid (APG) กล่าวคือ ๑) โครงการปรับปรุงระบบส่งไฟฟ้าบริเวณภาคตะวันตกและภาคใต้ ๒) โครงการปรับปรุงระบบส่งไฟฟ้าบริเวณภาคตะวันออกเฉียงเหนือภาคเหนือตอนล่าง ภาคกลาง และกรุงเทพมหานคร ๓) โครงการปรับปรุงระบบส่งไฟฟ้าบริเวณภาคเหนือตอนบน และ ๔) โครงการปรับปรุงระบบส่งไฟฟ้าบริเวณภาคตะวันตกและภาคใต้ ระยะที่ ๒ จึงเป็นที่คาดการณ์ได้ว่า ตลอดระยะเวลาดำเนินโครงการเหล่านี้ จะเกิดปัญหาข้อพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพาทคดีของศาลปกครองในเรื่องการกำหนดค่าทดแทน เรื่องการเงินคืน เรื่องมลพิษทางสิ่งแวดล้อม เรื่องการจัดทำประชาพิจารณ์ เรื่องการจัดทำการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม (EIA) เป็นต้น

<sup>๑๖</sup> เป็นการเข้มโยงสายเคเบิลในทะเล (Sea Cable) และสายเคเบิลบนบก ในลักษณะ Interconnection ในกลุ่มประเทศอาเซียนทั้งหมดเพื่อวัตถุประสงค์ทางเศรษฐศาสตร์ ความปลอดภัย ความพร้อมต่อการแลกเปลี่ยนพลังงานในอนาคต ลดต้นทุนการสร้างโรงไฟฟ้าในการจ่ายกระแสไฟฟ้าของประเทศไทยมากขึ้น, อ้างใน <https://energythai.com/2009/asean-power-grid/> สืบคันเมื่อวันที่ ๒๐ มกราคม ๒๕๖๖

### กรณีตัวอย่าง : โครงการระบบส่งไฟฟ้าของมาเลเซีย

เมื่อประเทศไทยมีการวางแผนการต้องเชื่อมต่อสายส่งพลังงานไฟฟ้าระหว่างประเทศ จึงขอกล่าวถึงรูปแบบการจัดการของประเทศเพื่อนบ้านของไทยที่เกี่ยวข้องกับโครงการ คือ ประเทศมาเลเซีย ซึ่งเป็นประเทศที่ดำเนินกิจกรรมการระบบส่งไฟฟ้าเชื่อมต่อกับไทยที่ใกล้ชิดกับไทยมากที่สุดและมีภูมิประเทศติดกัน โดยมาเลเซียมีบริษัทไฟฟ้าดูแลผูกขาดการผลิตและส่งไฟฟ้าในเขตการปกครอง ๓ พื้นที่ คือ<sup>(๗)</sup>

๑. คาบสมุทรมาเลเซีย โดยบริษัท Tenaga Nasional Berhad (TNB) และบริษัทเอกชนรายย่อย

๒. รัฐซา拉วัค (ด้านทิศตะวันออก) โดยบริษัท Syarikat SESCO Berhad

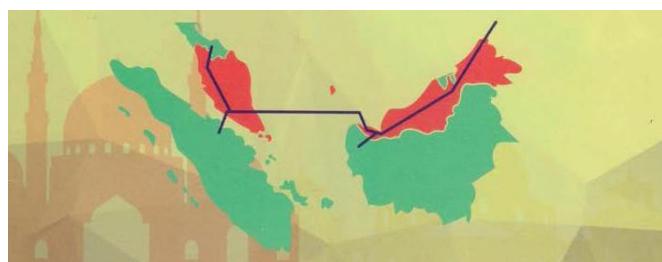
๓. รัฐซาบาร์ (ด้านทิศตะวันออก) โดยบริษัทไฟฟ้า Sabah Sdn Berhad (SESB) ซึ่งมี TNB

ถือหุ้นร้อยละ ๘๐



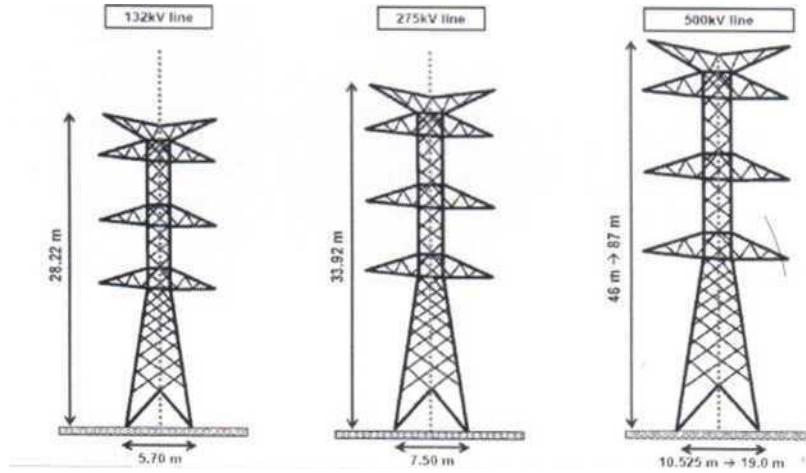
ที่มา : site.google.com

มาเลเซียมีระบบสายส่งไฟฟ้าอยู่ ๓ ระบบในทั้งสามรัฐข้างต้น โดยสายส่งไฟฟ้าขนาดใหญ่ที่สุดอยู่ที่คาบสมุทรมาเลเซีย ซึ่งเป็นสายส่งที่เชื่อมต่อไปยังประเทศไทยและสิงคโปร์



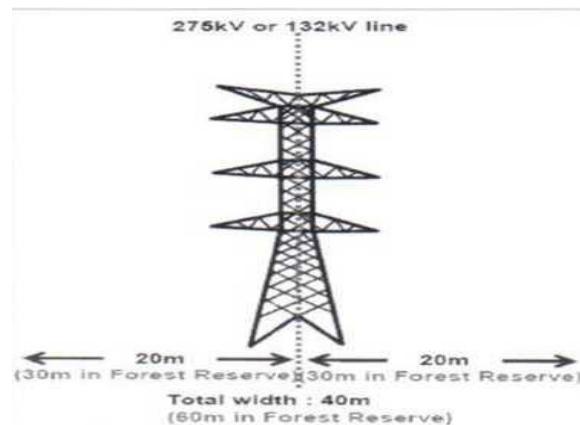
<sup>(๗)</sup> รู้จักไฟฟ้าอาเซียน, การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย, หน้า ๑๓, อ้างใน www.thaigov.go.th สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๐ มกราคม ๒๕๖๖

### ขนาดมาตรฐานของเสาสายส่งไฟฟ้าแรงสูงของ Tenaga Nasional Berhad (TNB) (มาเลเซีย)



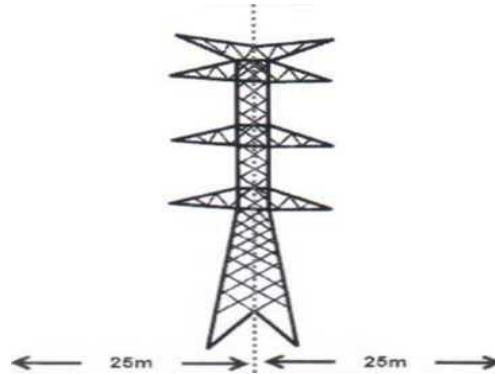
มาเลเซียกำหนดเสาสายส่งไฟฟ้าแรงสูงขนาด ๑๓๒ กิโลโวลต์ให้มีความสูงที่ ๒๘.๒๒ เมตร และฐานเสากว้าง ๕.๗๐ เมตร ส่วนเสาสายส่งไฟฟ้าแรงสูงขนาด ๒๗๕ กิโลโวลต์ให้มีความสูงที่ ๓๕.๓๒ เมตร และฐานเสากว้าง ๗.๕๐ เมตร และเสาสายส่งไฟฟ้าแรงสูงขนาด ๕๐๐ กิโลโวลต์ให้มีความสูงที่ระหว่าง ๔๖ ถึง ๔๗ เมตร และฐานเสากว้างระหว่าง ๑๐.๕๒๕ ถึง ๑๙.๐ เมตร

### ข้อกำหนดเรื่องแนวสายส่ง / แนวปฏิบัติ / การสำรวจพื้นที่ของสายส่งไฟฟ้าแรงสูง ขนาด ๒๗๕ กิโลโวลต์ หรือ ๑๓๒ กิโลโวลต์ (มาเลเซีย)



สำหรับเสาสายส่งไฟฟ้าแรงสูงขนาด ๒๗๕ กิโลโวลต์หรือขนาด ๑๓๒ กิโลโวลต์ บริเวณพื้นที่ที่ตั้งเสาไฟฟ้าและพื้นที่โดยรอบโคนเสาไฟฟ้าภายในระยะห่างจากแนวขาเส้าไฟฟ้า ๒๐.๐๐ เมตร (ด้านละ ๒๐.๐๐ เมตร จากแนวศูนย์กลางของเสาสายส่งไฟฟ้า) ไม่่อนุญาตให้ปลูกต้นไม้ยืนต้นหรือพืชผล และหากเสาสายส่งไฟฟ้าได้ตั้งอยู่ในบริเวณพื้นที่ป่าสงวน (Forest Reserve) พื้นที่โดยรอบโคนเสาไฟฟ้าภายในระยะห่างจากแนวขาเส้าไฟฟ้าจะเพิ่มขึ้นเป็น ๓๐.๐๐ เมตร (ด้านละ ๓๐.๐๐ เมตร จากแนวศูนย์กลางของเสาสายส่งไฟฟ้า) ที่ไม่่อนุญาตให้ปลูกต้นไม้ยืนต้นหรือพืชผล

ข้อกำหนดเรื่องแนวสายส่ง / แนวปฏิบัติ / การสำรวจพื้นที่ของสายส่งไฟฟ้าแรงสูง  
ขนาด ๕๐๐ กิโลโวลต์ 500 kV line



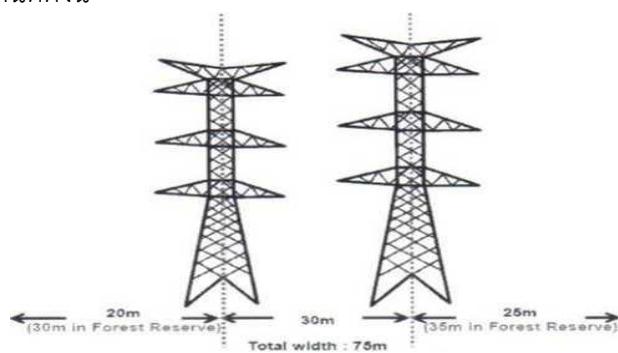
(35 m in Forest Reserve) (35 m in Forest Reserve)  
Total width : 50 m  
(70 m in Forest Reserve)

กรณีดังภาพ คือ เสาสายส่งไฟฟ้าแรงสูงขนาด ๕๐๐ กิโลโวลต์ ที่มีข้อกำหนดส่วนหนึ่งคล้ายคลึงกับที่กล่าวไปในส่วนเสาสายส่งไฟฟ้าแรงสูงขนาด ๒๗๕ กิโลโวลต์ หรือขนาด ๓๓๒ กิโลโวลต์ แต่ได้เพิ่มบริเวณพื้นที่ที่ตั้งเสาไฟฟ้าและพื้นที่โดยรอบโคนเสาไฟฟ้าภายในระยะห่างจากแนวขาเส้าไฟฟ้า ๒๕.๐๐ เมตร (ด้านละ ๒๕.๐๐ เมตรจากแนวศูนย์กลางของเสาสายส่งไฟฟ้า) ส่วนในบริเวณที่เป็นป่าสงวนจะเป็นพื้นที่ที่ต้องกันไว้ ๓๕.๐๐ เมตร

ในกรณีที่จำเป็นต้องปักเสาสายส่งไฟฟ้าแรงสูงคู่ขานกันไปสองแนว ระหว่างเสาสายส่งไฟฟ้าแรงสูงขนาด ๒๗๕ กิโลโวลต์ หรือ ๓๓๒ กิโลโวลต์ และเสาสายส่งไฟฟ้าแรงสูงขนาด ๕๐๐ กิโลโวลต์ ซึ่งพิจารณาได้ว่า ต้องมีความระมัดระวังในการดำเนินงานตลอดอายุการใช้งานของเสาสายส่งไฟฟ้าแรงสูง รวมถึงความปลอดภัยในชีวิต สุขภาพอนามัย และทรัพย์สินของประชาชนที่อาศัยหรือสัญจรบริเวณนั้น ๆ

275 kV or 132 kV line      500 kV line

ประเทศไทยมาเลเซีย มีข้อกำหนดดังนี้



ในบริเวณด้านที่ปักเสาสำหรับเสาสายส่งไฟฟ้าแรงสูงขนาด ๒๗๕ กิโลโวัลต์ หรือขนาด ๑๓๒ กิโลโวัลต์ ข้อกำหนดเป็นไปตามที่ก่อสร้างไว้ก่อนหน้านี้ และเช่นเดียวกับในบริเวณด้านที่ปักเสาสำหรับเสาสายส่งไฟฟ้าแรงสูงขนาด ๕๐๐ กิโลโวัลต์ที่ได้ก่อสร้างไว้แล้ว ส่วนในบริเวณพื้นที่ระหว่างเสาสายส่งไฟฟ้าที่มีขนาดความแรงของกระแสไฟฟ้าต่างกัน จะต้องมีบริเวณพื้นที่ระหว่างโคนเสาไฟฟ้าภายในระยะห่างจากแนวขาเสาไฟฟ้า ๓๐.๐๐ เมตร และหากเสาสายส่งไฟฟ้าเหล่านี้ตั้งอยู่ในบริเวณพื้นที่ป่าสงวน (Forest Reserve) พื้นที่ห่างระหว่างโคนเสาไฟฟ้าจะกำหนดไว้ เช่นเดิม (คือ ๓๐.๐๐ เมตร) ที่ไม่อนุญาตให้ปลูกต้นไม้ยืนต้น หรือพืชผล

ข้อกำหนดต่าง ๆ ตามแนวทางของประเทศไทยและประเทศมาเลเซียมีส่วนแตกต่างกัน พอกล่าวในเรื่องบริเวณพื้นที่ระหว่างโคนเสาไฟฟ้าที่ต้องไม่อนุญาตให้ปลูกต้นไม้ยืนต้นหรือพืชผล และกฎหมายของไทยไม่กำหนดไว้อย่างเคร่งครัดในส่วนของพื้นที่เขตป่าสงวน หรือแบ่งประเภทพื้นที่ การใช้ประโยชน์ต่าง ๆ ประเด็นนี้ทำให้มีปัญหาในส่วนเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าทดแทนหรือค่าเสียหาย โดยเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินอันเนื่องมาจาก การปักเสาและการวางแนวสายส่งไฟฟ้า หากผ่าน ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการอนุสิทธิ์ และโดยที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยเป็นรัฐวิสาหกิจด้านกิจการพลังงาน ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงพลังงาน จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ การใช้อำนาจของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยในการ Wenคืนที่ดินของประชาชนจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองเกี่ยวกับการปักเสาสายส่งไฟฟ้าและการวางเสาสายส่งไฟฟ้า หากผ่านมา มีประเด็นปัญหาในคำฟ้องที่ผู้ฟ้องคดียกขึ้นมาเป็นประเด็นในข้อพิพาทเพิ่มมากขึ้น คือ เรื่องสิ่งแวดล้อมและความปลดภัยในชีวิตและร่างกายซึ่งถือเป็นสิทธิธรรมชาติอย่างหนึ่งตามหลักกฎหมายสากล เนื่องจากเห็นว่า การอยู่อาศัยใกล้เสาสายส่งไฟฟ้าแรงสูง หรือแนวเขตระบบโครงข่ายไฟฟ้า จะทำให้เกิดสนามแม่เหล็กส่งผลให้ผู้อยู่อาศัยในบริเวณดังกล่าวเป็นโรคมะเร็งหรือเป็นหมันได้ ซึ่งในประเด็นนี้ แนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองอาจจำเป็นต้องเชิญพยานผู้เชี่ยวชาญในด้านที่เกี่ยวข้องมาให้ความเห็น ประกอบดุลพินิจและชี้น้ำหนักพยานหลักฐานในคดีพิพาท โดยแนะนำปฏิบัติที่ผ่านมาของศาลปกครอง มีการศึกษาถึงผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมด้านคดีปกครองเกี่ยวกับไฟฟ้าและสรุปความเห็นโดยมีข้อสังเกตดังนี้<sup>๑๔</sup>

“(๑) หากยังมีปัญหาการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ว่าความเสียหายเกิดขึ้นจากสิ่งที่อ้างหรือไม่ ในปัจจุบันศาลไทยยังไม่กำหนดค่าเสียหายได้ แต่ศาลในบางประเทศ เช่น ศาลญี่ปุ่น ถ้ายังพิสูจน์ไม่ได้ชัดเจน ศาลอาจจะสงวนคำพิพากษาได้ ถ้าต่อมมาพิสูจน์ได้ว่าเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นสืบเนื่องจากเหตุแห่งการฟ้องคดีดังกล่าว

<sup>๑๔</sup> ผลสรุปจากการสัมมนาแลกเปลี่ยนความคิดเห็น เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับน้ำมันและก๊าซธรรมชาติ โดยคณะทำงานกลุ่มที่สอง รับผิดชอบคดีปกครองเกี่ยวกับไฟฟ้า บันทึกในรายงานผลโครงการพัฒนาคุณภาพการศาลปกครอง ด้านสิ่งแวดล้อม (Green Judge) พลังงานกับปัญหาสิ่งแวดล้อม จัดทำโดยคณะกรรมการด้านวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายสิ่งแวดล้อม, ศาลปกครอง, พ.ศ. ๒๕๕๕ หน้า ๖๐.

(๒) คดีปกครองเกี่ยวกับไฟฟ้า ยังเป็นการฟ้องเพื่อประโภชน์ของปัจเจกบุคคล ซึ่งในอนาคตประเทศไทยจะต้องประสบปัญหาที่เกิดจากการผลิตไฟฟ้าอย่างไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้และอาจจะมีการฟ้องคดีเพื่อประโภชน์สาธารณะที่เกี่ยวกับโรงไฟฟ้ามากขึ้น ดังนั้น หากศาลปกครองมีองค์ความรู้ในการชั้งนำหน้าระหว่างผลประโยชน์ของรัฐและเอกชนในประเด็นเกี่ยวกับพลังงานไฟฟ้าอย่างชัดเจนแล้ว ก็จะทำให้การทำงานของศาลปกครองเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น”

เมื่อพิจารณาเรื่องโครงข่ายระบบไฟฟ้าในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดเสาส่งไฟฟ้าแรงสูง ของไทยและมาเลเซียตั้งแต่ข้างต้น ประเด็นที่อาจเกี่ยวข้องที่เห็นควรพิจารณาเพิ่มเติม คือ เรื่องการได้มาซึ่งที่ดินซึ่งกฎหมายของมาเลเซียกำหนดให้การได้มาซึ่งที่ดินเพื่อการปักและวางเสาส่งไฟฟ้าแรงสูงต้องคำนึงถึงกฎหมายสามฉบับ คือ

๑. National Land Code 1965 (ประมวลกฎหมายที่ดินแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๘)

๒. Land Acquisition Act 1960 (พระราชบัญญัติการจัดซื้อที่ดิน พ.ศ. ๒๕๐๓)

๓. Electricity Supply Act 1990 (พระราชบัญญัติการจัดหาไฟฟ้า พ.ศ. ๒๕๓๓)

กฎหมายมาเลเซียกำหนดให้การจัดหาที่ดินเพื่อการปักและวางเสาสายส่งไฟฟ้าแรงสูง ทำได้ผ่านสองช่องทาง คือ

๑) การได้มาซึ่งการเข้าถือสิทธิ (Procurement land through acquisition)

ซึ่งการจ่ายค่าทดแทนจะคำนึงถึงมูลค่าตลาด (Market Value) และค่าเสียหาย รวมถึง การได้รับบาดเจ็บอันตราย (Damages including injurious affection)

๒) การได้มาทางการทำสัญญาเกี่ยวกับสิทธิเหนือทรัพย์สิน (Procurement land through Wayleave Procedures)

ซึ่งสิทธิและการครอบครองจะเป็นไปตามมาตรา ๑๐ มาตรา ๑๑ มาตรา ๑๒ มาตรา ๑๕ และมาตรา ๑๖ ของพระราชบัญญัติการจัดหาไฟฟ้า พ.ศ. ๒๕๓๓ และที่ดินที่ถูกใช้ในการปักเสา และวางเสาสายส่งไฟฟ้านั้น จะยังคงเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินเช่นเดิมในลักษณะเป็นสิทธิเหนือทรัพย์สิน ทั้งนี้ มาตราที่กล่าวมาได้กำหนดในเรื่องดังต่อไปนี้

- อำนาจในการมีสิทธิเข้าไปในที่ดินที่ไม่ได้อยู่ในการครอบครองของรัฐและมีอำนาจในการดำเนินการตามขั้นตอนเพื่อติดตั้งอุปกรณ์ไฟฟ้าได ๆ และเพื่อกระทำการใด ๆ ที่จำเป็น เพื่อให้มั่นใจ ว่าการติดตั้งนั้นมีความปลอดภัยและมีประสิทธิภาพ

- จ่ายค่าทดแทนให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ในส่วนที่เป็นค่าเสียหาย ค่าเดือดร้อน รำคาญ หรือค่าการถูกตัดสิทธิ

ทั้งหมดนี้หน่วยงานการไฟฟ้าของมาเลเซียจะกระทำการโดยแจ้งเป็นหนังสือล่วงหน้า ให้แก่เจ้าของที่ดินและกำหนดให้ชัดเจนลงในหนังสือที่แจ้งว่าจะกระทำการใด ๆ บ้างในที่ดินนั้น

ในขณะเดียวกัน หน่วยงานรับผิดชอบหลักเกี่ยวกับการวางแผนระบบโครงข่ายไฟฟ้าของมาเลเซีย คือ Tenaga Nasional Berhad (TNB) (การไฟฟ้าแห่งชาติมาเลเซีย) มีหลักพื้นฐานของแนวปฏิบัติ เช่น<sup>๑๙</sup>

<sup>๑๙</sup> สรุปข้อมูลในเอกสาร “General Information on TNB’s Transmission Route Selection, TENAGA NASIONAL” ได้รับจาก TENAGA NASIONAL Berhad แห่งประเทศไทยในโอกาสที่ศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครองโดยคณะกรรมการด้านวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายสิ่งแวดล้อมเดินทางไปศึกษาดูงานทางวิชาการเกี่ยวกับความมั่นคงทางพลังงาน หัวข้อ “ระบบเชื่อมโยงไฟฟ้าอาเซียน (ASEAN Power Grid) : ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม” ที่ประเทศไทย เมื่อวันที่ ๒๒ ธันวาคม ๒๕๕๗

### ๑. Current Grid System (ระบบโครงข่ายในปัจจุบัน)

การไฟฟ้าแห่งชาติตามาเลเซียจะพิจารณาถึงโรงไฟฟ้าหลักที่ใช้งานอยู่ในพื้นที่ต่าง ๆ ในประเทศที่มีการใช้งานอยู่ในขณะนี้ / บริมาณความต้องการใช้ไฟฟ้าในบริเวณพื้นที่หนึ่ง ๆ (Supply / Demand Balance by Area) (โดยเฉพาะอย่างยิ่งพื้นที่ส่วนกลาง ชุมชน เนื่องจากอาจมีความจำเป็นต้องมีการพัฒนาส่งกำลังไฟฟ้าจากพื้นที่อื่นมาให้) / ประเภทและขนาดของเสาส่งไฟฟ้าแรงสูง / Right of Way (ROW) ลิฟธีนิเขตทาง / ข้อกำหนดในเขตพื้นที่ เช่น เขตป่าสงวน เขตลุ่มน้ำ เขตเมือง

### ๒. Supply / Demand Balance (by Area) (ความสมดุลของอุปทานอุปสงค์ (ในพื้นที่))

โดยพิจารณาสถิติการใช้พลังงานไฟฟ้าในแต่ละพื้นที่ควบคู่กับการมีโรงไฟฟ้าหลัก (Major Power Station) รวมถึงโรงไฟฟ้าพลังน้ำ (Hydro Power Plant) ประกอบด้วย

### ๓. Information about Transmission Tower and ROW Requirement (ข้อมูลเกี่ยวกับเสาสายส่งไฟฟ้าและข้อกำหนดเรื่องสิทธิในเขตทาง)

โดยพิจารณาความสมดุลการใช้งาน ประเภท ขนาด และเสาสายส่งให้สอดคล้อง กับอุปทานอุปสงค์ในพื้นที่นั้น

### ๔. Route Selection Challenges (ปัญหาในสถานการณ์การเลือกเส้นทาง)

โดยพิจารณาการเมืองภาคประชาชน เช่น การประท้วงคัดค้านโครงการหรือการเดินขบวน ทำให้โครงการมีความล่าช้าและค่าใช้จ่ายโครงการสูงขึ้นเนื่องจากอาจต้องเปลี่ยนแปลงแผนออกแบบเส้นทางที่ได้ร่างไว้แล้ว ค่าทดแทนที่ติดที่มีมูลค่าเปลี่ยนแปลงไปในทางสูงขึ้น และการเบี่ยงเส้นทางซึ่งต้องมีการรับฟังความเห็น การอนุมัติ การเปลี่ยนงบประมาณ จากนั้นจะมีการพิจารณาไปยังเรื่องเศรษฐศาสตร์ คือ ปัจจุบันประชาชนจำนวนมากมีการเรียกร้องให้ดำเนินการระบบสายไฟฟ้าใต้ดิน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเขตพื้นที่เมืองเพื่อความสวยงามของทศนิยภาพที่ไม่ต้องมีเสาไฟฟ้าตั้งๆ ที่สูง ทำให้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการนี้เพิ่มสูงขึ้นมากกว่าระบบสายไฟฟ้าที่อยู่บนเสา ทั้งนี้ ทางเลือกอีกข้อคือการออกแบบเสาไฟฟ้าแรงสูงชนิด Monopole และสุดท้ายคือ การพิจารณาเรื่องทางเทคนิคเนื่องจากความยากในการเลือกกำหนดแนวเขตที่จะทำการก่อสร้าง การต้องเบี่ยงเส้นทางด้วยเหตุผลทางเทคนิค หรือข้อกฎหมายสำหรับพื้นที่นั้น มีความไม่สมบูรณ์ในข้อมูลตำแหน่งที่ตั้ง และปัญหาในข้อมูลตัวเลขที่ถูกต้องเพื่อออกแบบเสาและสายส่งไฟฟ้าให้เหมาะสมกับผืนดินราบและผืนดินยกตัวเนื่องจากสภาพพื้นที่ไม่ในปั๊บดังการสำรวจ

### ๕. General Concept for Transmission Lines Route Selection (แนวคิดทั่วไปสำหรับการคัดเลือกเส้นทางวางแผนสายส่งไฟฟ้า)

โดยพิจารณาเรื่องพื้นที่ที่มีการพัฒนาแล้ว และการคำนึงถึงระยะห่างความปลอดภัยจากสิ่งก่อสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกทั้งของเอกชนและของรัฐ โบราณสถาน ความชัดเจ้นทางสังคม และสิ่งแวดล้อม ลดการสำรวจผ่านเขตพื้นที่ป่าสงวน การใช้ระบบสารสนเทศภูมิศาสตร์ (Geographic Information System) (GIS) เข้ามาช่วยวิเคราะห์เส้นทาง เป็นต้น

### ๖. Route Selection Process (ขั้นตอนการคัดเลือกเส้นทาง)

๖.๑ พิจารณาข้อบ่งชี้เส้นทางวางแผนสายส่งในเบื้องต้น (Preliminary Route Identification) เช่น ผู้วางแผนระบบเส้นทางเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องมีเส้นทางใหม่เพิ่มขึ้น และเป็นการเชื่อมโยงระบบจากจุดหนึ่งไปยังอีกจุดหนึ่ง

๖.๒ พิจารณาข้อมูลที่ได้รับมา (Data Acquisition) เช่น ภูมิสารสนเทศเชิงพื้นที่ (geospatial) จากหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง และการใช้ระบบสารสนเทศภูมิศาสตร์ (Geographic Information System (GIS)) เป็นข้อมูลประกอบ

๖.๓ วิเคราะห์เส้นทาง (Route Analysis) เช่น โดยการใช้ระบบสารสนเทศภูมิศาสตร์ (GIS) และการวิเคราะห์บนฐานค่าตัวแปรลำดับชั้นต่าง ๆ เช่น มีถนนตัดผ่าน มีการใช้ที่ดิน ขอบเขตชายแดน เรื่องอุทกศาสตร์ ระดับความสูงของตำแหน่งทางภูมิศาสตร์ และฐานรูปจำลอง

๖.๔ ทางเลือกเส้นทางที่หลากหลาย (Multiple Route Option) เช่น โดยการให้ระบบสารสนเทศภูมิศาสตร์ (GIS) จำลองเส้นทางอื่น ๆ ขึ้นมาให้พิจารณา

๖.๕ การยืนยันตำแหน่งที่ตั้ง (Site Verification) เช่น เพื่อกำหนดเส้นทางที่เป็นไปได้ และเส้นทางที่คัดเลือกจะได้รับการบทวนตรวจสอบอีกครั้ง โดยหากเส้นทางนั้นไม่เหมาะสมจะมีการพิจารณาเรื่องการเบี่ยงเส้นทาง

๖.๖ เส้นทางที่เลือกท้ายสุด (Finalizing Route) จะเป็นการเลือกเส้นทางที่พิจารณาแล้ว เห็นว่ามีความเหมาะสมมากที่สุด แต่อย่างไรก็ตาม เส้นทางที่กล่าวว่านี้อาจได้รับการบทวนอีกครั้ง หากวิศวกรเห็นว่าไม่เป็นไปตามข้อกำหนดที่ตั้งไว้

๖.๗ งานสำรวจ (Survey Work) เช่น ทำการสำรวจชุมชนแบบธรรมดาก่อนสำรวจทางอากาศ และมีการทำเครื่องหมายบนพื้นดินและเครื่องหมายแบบถาวร

๖.๘ รายงานการศึกษารายละเอียด (Detail Study Report) เช่น ข้อมูลโดยรวม เกี่ยวกับแผนงาน แผนผัง และการสำรวจเพื่อการเตรียมการ และข้อมูลเอกสารที่ดินที่ใช้ในการวางแผนเส้นทาง

#### ๗. Samples of Survey Data (ตัวอย่างข้อมูลการสำรวจ)

โดยใช้การสำรวจแบบระบบตรวจจับแสงและวัดระยะทางอากาศ (LIDAR Airborne) (Light Detection and Ranging) และสำรวจแบบลักษณะภูมิประเทศใต้น้ำ (Bathymetric Survey) และการกำหนดจุดวางเสาไฟฟ้าโดยใช้โปรแกรม PLS CADD

### ๕. บทสรุป

ประเด็นพิจารณาเรื่องการเขื่อมโยงโครงข่ายระบบไฟฟ้าระหว่างประเทศไทยเป็นเรื่องที่มีความสำคัญโดยที่ข้อพิพาทเกี่ยวกับการกำหนดค่าทดแทนที่ดินและทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการใช้งานจริง ของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑ เป็นข้อพิพาทด้วยลักษณะหนึ่งที่ประชาชนฟ้องคดีต่อศาลปกครองเป็นจำนวนมาก ทั้งนี้ ในหลายคดีมีลักษณะ องค์ประกอบในคำฟ้อง ข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย ที่แตกต่างกันไปในรายละเอียด และการประกาศกำหนดเขต ระบบโครงข่ายไฟฟ้าเพื่อให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยสามารถเข้าไปในที่ดินของประชาชนเพื่อก่อสร้าง ปักเสา วางสายส่งไฟฟ้า ในที่ดินที่ประกาศเป็นเขตระบบโครงข่ายไฟฟ้านั้นมีลักษณะเพื่อ “ประโยชน์มหาชน” หรือ “ประโยชน์สาธารณะ” (Public Interest) หรือ “ประโยชน์ส่วนรวม” (General Interest) เข้ามาเกี่ยวข้อง อีกทั้งความแตกต่างของการใช้ที่ดินประเภทที่เป็นที่ส่วน ที่นา ที่ตั้งบ้านเรือน ชุมชน ที่ป่าสงวน ฯลฯ การทำประโยชน์ในที่ดินเหล่านี้มีความแตกต่างกันในทางเศรษฐกิจ ส่งผลกระทบต่อการคำนวณอัตราการจ่าย ค่าทดแทน แต่อย่างไรก็ตาม รัฐควรมีการคำนึงในข้อสังเกตเกี่ยวกับความเป็นธรรมที่ว่า เมื่อมีการวางแผนเขต ระบบโครงข่ายไฟฟ้าบนที่ดินบริเวณใดแล้ว ที่ดินบริเวณนั้นจะถูกจำกัดสิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดิน ตลอดไป โดยไม่คำนึงถึงผู้มีกรรมสิทธิ์ครอบครองรายใหม่หรือทายาทผู้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ถูกถอนสิทธิ

โดยเขตระบบโครงข่ายไฟฟ้าพาดผ่าน เม้าว่าจะได้รับประโยชน์จากการสาธารณูปโภคไฟฟ้าที่รัฐดำเนินการส่งกระแสไฟฟ้ามาให้ใช้ในบริเวณนั้นซึ่งส่วนใหญ่จะต้องได้รับผลกระทบในการรื้อย้ายอาคารโรงเรือน และสิ่งปลูกสร้าง ต้นไม้ และต้องยอมรับสภาพในการเข้าตรวจสอบ ซ่อมแซม บำรุงรักษาระบบไฟฟ้าตามระยะเวลาโดยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย องค์ประกอบเหล่านี้ทำให้การที่รัฐใช้งานอาจมีอยู่ตามกฎหมาย ไปกระทบสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลครัวได้รับการพิจารณาให้สอดคล้องกับหลักธรรมาภิบาล ในเรื่องการกำหนดค่าทดแทนในอัตราที่สมเหตุสมผลและยอมรับได้ ภายใต้หลักการผสานเรื่องสิทธิและหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ กฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการโครงข่ายพลังงาน เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างรัฐและเอกชนในกิจการสาธารณูปโภคที่นี่ ผู้เขียนได้ยกร่องรอยการวิเคราะห์เกี่ยวกับการปักเสาและวางระบบโครงข่ายไฟฟ้าของประเทศไทยเชีย ซึ่งเป็นประเทศเพื่อนบ้านที่มีอาณาเขตติดต่อกับประเทศไทยและมีความตกลงร่วมกันในการวางแผนโครงข่ายไฟฟ้าซึ่งถือได้ว่า มีการจัดการที่ดีและมีการคัดค้านจากประชาชนเป็นส่วนน้อย โดยผู้เขียนเห็นว่า ข้อพิจารณาเกี่ยวกับระบบโครงข่ายสายส่งไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย รวมถึงการแสดงรายละเอียดในขั้นตอนเกี่ยวกับการวางแผนหลักวิศวกรรมศาสตร์ หลักเศรษฐศาสตร์ และหลักสิ่งแวดล้อมของประเทศไทยเพื่อนบ้านที่ได้ยกขึ้นมาประกอบข้อพิจารณาข้างต้นนี้ อาจเป็นประโยชน์ในการพิจารณาคดีในระบบไต่สวนของศาลปกครองไทย ผู้ครอบครองที่ดินที่มีสายส่งไฟฟ้าแรงสูงพาดผ่าน และบุคคลอื่นใดที่สนใจในเรื่องข้างต้น

---

หลักกฎหมายว่าด้วยโทษปรับทางปกครองหรือการปรับเป็นพินัยในระบบกฎหมายเยอรมัน :

วิเคราะห์เปรียบเทียบกับร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... \*

วันที่ ๒๖ พฤษภาคม \*\*

## ภาค ๑

หลักการพื้นฐานว่าด้วยการกระทำที่ขัดต่อภูมิธรรม (Ordnungswidrigkeit)

และการปรับเป็นพินัย/ค่าปรับ (Geldbuße) ในระบบกฎหมายเยอรมัน :

ประวัติความเป็นมาและสถานะทางกฎหมาย<sup>๑</sup>

### ความเป็นต้น

การกระทำผิดต่อบทกฎหมายนั้น ไม่ใช่ทุกการกระทำผิดต้องสมควรถูกลงโทษอาญา เพราะการกระทำบางประการไม่ใช่อาญากรรม แต่ยังคงสมควรถูกดำเนิน จึงมีแนวคิดให้การกระทำที่ไม่ได้ร้ายแรง อันสมควรลงโทษอาญา ให้ลงโทษโดยการปรับที่ไม่ใช่การปรับทางอาญา กฎหมายหลักอันเป็นกฎหมายกลาง ในเรื่องนี้ คือ รัฐบัญญัติว่าด้วยการกระทำที่ขัดต่อภูมิธรรม (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) โดยให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้ออกคำสั่งลงโทษปรับได้เอง แต่ยังเปิดช่องทางให้มีการโต้แย้งคำสั่งไปสู่องค์กรตุลาการได้

พัฒนาการในประเทศไทยนั้น ได้มีการร่างกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ชื่อว่า “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ....” ซึ่งจัดทำโดยคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย (ฉบับที่ลงเผยแพร่เพื่อรับฟังความคิดเห็นของสาธารณะ)<sup>๒</sup> โดยในรายงานสรุปผลรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับ ร่างพระราชบัญญัตินี้<sup>๓</sup> ระบุว่าได้นำหลักการมาจากประเทศเยอรมัน โดยมีสาระสำคัญว่า กำหนดให้เป็น กฎหมายกลางในการพิจารณาและกำหนดมาตรการในการลงโทษผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม กฎหมายที่ไม่ใช่ความผิดร้ายแรงและไม่กระทบโดยตรงต่อกฎหมายส่วนเรียบร้อยหรือความปลอดภัยของ

\* เผยแพร่ครั้งแรกในอินทราเน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนมีนาคม ๒๕๖๔

\*\* นิติศาสตรมหาบัณฑิต (Magister iuris, LL.M.) (summa cum laude) Universität Potsdam

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน), นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) และศิลปศาสตรบัณฑิต (รัฐเชี่ยวชาญ) (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ศิลปศาสตรบัณฑิต (รัฐศาสตร์) มหาวิทยาลัยรามคำแหง, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน ๒ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียนซึ่งเขียนขึ้นก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติ ว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ๒๕๖๔

<sup>๑</sup> บทความส่วนนี้ (ภาค ๑) ปรับปรุงเมื่อเดือนพฤษภาคม ๒๕๖๔ จากบทความเดิมของผู้เขียน ฉบับเดือนมกราคม ๒๕๖๔ (ฉบับเผยแพร่ในระบบอินทราเน็ตของสำนักงานศาลปกครอง) โดยมีการปรับปรุงทั้งในด้านเนื้อหา และชื่อบทความ ซึ่งในส่วนคำแปลของ Geldbuße เดิมผู้เขียนแปลโดยใช้ถ้อยคำตามร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับ เป็นพินัย พ.ศ. .... แต่บทความฉบับปรับปรุงนี้ ผู้เขียนเปลี่ยนเป็น “ค่าปรับ”.

<sup>๒</sup> ดู ชุมชน แสงศักดิ์, โทษทางปกครอง : กฎหมายเบรียบเทียบ, (กรุงเทพฯ : วิญญาณ, ๒๕๖๓), น. ๓๗๑.

<sup>๓</sup> “รายงานสรุปผลการรับฟังความคิดเห็นร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ....”, สำนักงานคณะกรรมการคุณภาพวิชาการ, สืบคันเมื่อวันที่ ๒๙ ตุลาคม ๒๕๖๔, จาก <https://www.krisdika.go.th/data/news/news14412.pdf>.

ประชาชน โดยมาตรา ๓๕ ของร่างพระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติว่า “ให้เปลี่ยนความผิดที่มีโทษปรับทางปกครองที่บัญญัตไว้ในกฎหมายทั้งปวงที่ยังใช้บังคับอยู่ในวันก่อนพ้นกำหนดเวลาดังกล่าว เป็นความผิดทางพินัยและเปลี่ยนอัตราโทษปรับทางปกครอง เป็นอัตราค่าปรับเป็นพินัยตามร่างพระราชบัญญัตินี้”

บทความส่วนนี้ (ภาค ๑) เน้นอธิบายถึงพัฒนาการของรัฐบัญญัติว่าด้วยการกระทำที่ขัดต่อกฎระเบียบ (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) การวิเคราะห์ถึงสถานะทางกฎหมาย หลักกฎหมาย ที่จะนำมาปรับใช้ การดำเนินการปรับเป็นพินัย/ค่าปรับและวิธีพิจารณาที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ บทความส่วนนี้ เน้นอธิบายหลักการของเยรมัน ส่วนการวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... เปรียบเทียบกับระบบกฎหมายเยรมัน ผู้เขียนจะได้อธิบายในส่วนต่อไป (ภาค ๒ ของบทความ)

### ๑. คำศัพท์ที่เกี่ยวข้องเบื้องต้น

คำว่า “พินัย” นั้น พจนานุกรมกฎหมายของชุนสามารถพิเศษคดี (Gei. โปรดูปต์) ซึ่งตีพิมพ์ครั้งแรกเมื่อ พ.ศ. ๒๔๗๔ ได้ให้ความหมายไว้ว่า “เงินค่าปรับซึ่งกำหนดไว้ในคำพิพากษาไว้ให้ปรับเป็นของหลวง (ป. ก. อ. มาตรา ๑๗)”<sup>๔</sup> ซึ่งกฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทร์ ศก ๑๗๗ (พ.ศ. ๒๔๕๑) ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทยนั้น มาตรา ๑๗ บัญญัติว่า “โทษปรับนั้น ท่านหมายความว่า จำนวนเงินอันกำหนดไว้ในคำพิพากษา ให้ปรับเป็นพินัยหลวง”<sup>๕</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ ให้ความหมายของคำว่า “พินัยหลวง” ไว้ว่า “น. เงินค่าปรับเป็นของหลวง เช่น ปรับเป็นพินัยหลวง. แม่ค้าของ “พินัยหลวง” คือ พินัย” ซึ่งให้ความหมายของคำว่า “พินัย” ไว้ว่า “น. เงินค่าปรับที่จ่ายให้ทางราชการ. (ป., ส. วินย).” ใน “คลังศัพท์” ของนวารณ พันธุเมรา จัดให้คำว่าพินัยอยู่ในหมวด “เงินที่ต้องจ่ายเมื่อมีคดี” โดยให้หมายความว่า “เงินค่าปรับเป็นภาคหลวง”<sup>๖</sup> ข้อสังเกตของผู้เขียนข้างต้นนี้สอดคล้องกับบทความที่เกี่ยวข้อง กับร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... ซึ่งให้เหตุผลที่มาของคำว่า “พินัย” ว่าเป็นถ้อยคำที่เคยใช้ในกฎหมายตราสามดวง และในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๗๗ พระราชบัญญัติจัดવางการรถไฟและทางหลวง พุทธศักราช ๒๔๖๔ เป็นต้น<sup>๗</sup>

ในส่วนถ้อยคำภาษาไทยวันนี้ “Ordnungswidrigkeiten (Regulatory Offences)” มีการแปลเป็นภาษาไทยไว้หลายแบบ เช่น “ความผิดที่ฝ่าฝืนระเบียบ”<sup>๘</sup> “การกระทำผิดกฎหมายเบียบ/ความผิด

<sup>๔</sup> สามารถพิเศษคดี (Gei. โปรดูปต์), ชุน, พจนานุกรมกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ ๑ พ.ศ. ๒๔๗๔ (กรุงเทพฯ : วิญญาณ, ๒๕๖๓), น. ๒๔๘.

<sup>๕</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๒๔ ตอน ๙ วันที่ ๑ มิถุนายน ร.ศ. ๑๒๗ (พ.ศ. ๒๔๕๑), น. ๒๑๔.

<sup>๖</sup> นวารณ พันธุเมรา, คลังศัพท์, พิมพ์ครั้งที่ ๙ (กรุงเทพฯ : ออมรินทร์, ๒๕๖๓), น. ๘๔๖.

<sup>๗</sup> “ทำไม่ต้องปรับเป็นพินัย”, สำรองลักษณ์ ลาภนี, สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๙ ตุลาคม ๒๕๖๔, จาก <http://web.krisdika.go.th/data/activity/act303.pdf> : น. ๑๗. บทความนี้เผยแพร่ในเว็บไซต์ของสำนักงานคณะกรรมการคุณภาพการศึกษา เมื่อวันที่ ๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๔ ภายหลังจากการเผยแพร่บทความของผู้เขียน (ฉบับเดือนมกราคม ๒๕๖๔) ในระบบอินทราเน็ตของสำนักงานศลปกร.

<sup>๘</sup> คำแปลภาษาอังกฤษ จาก [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_owig/englisch\\_owig.html#p0013](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_owig/englisch_owig.html#p0013).

<sup>๙</sup> คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคที่ว้าไป, พิมพ์ครั้งที่ ๗ (กรุงเทพฯ : วิญญาณ, ๒๕๖๓), น. ๑๖๘.

ต่อภูมิธรรมเปียบ”<sup>๑๐</sup> “การกระทำผิดทางปกครอง”<sup>๑๑</sup> “โทษทางปกครอง/ความผิดทางปกครอง”<sup>๑๒</sup> เป็นต้น ส่วนคำว่า “Gelbuße (regulatory fine<sup>๑๓</sup>/monetary penalty<sup>๑๔</sup>)” มีการแปลไว้ว่าทั้งที่ตรงกับร่างพระราชบัญญัติ ว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... ของไทย คือ “พินัย”<sup>๑๕</sup> และการแปลแบบอื่น เช่น “โทษปรับทางปกครอง”<sup>๑๖</sup> “การลงโทษปรับในทางปกครอง”<sup>๑๗</sup> “ค่าปรับทางปกครอง”<sup>๑๘</sup> เป็นต้น คำแปลข้างต้นสามารถจัดกลุ่มได้ดังนี้

## Ordnungswidrigkeit

- กลุ่มที่มีคำว่า “ทางปกครอง”
  - การกระทำผิดทางปกครอง
  - โทษทางปกครอง
  - ความผิดทางปกครอง

### กลุ่มอื่น

- ความผิดที่ฝ่าฝืนระเบียบ
- การกระทำผิดกฎหมาย
- ความผิดต่อภูมิธรรม

## Gelbuße

- กลุ่มที่มีคำว่า “ทางปกครอง”
  - โทษปรับทางปกครอง
  - การลงโทษปรับในทางปกครอง
  - ค่าปรับทางปกครอง

### กลุ่มที่เรียกว่า พินัย

<sup>๑๐</sup> กลมลชัย รัตนสกาววงศ์, “กฎหมายและแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย”, ในการสัมมนา เรื่อง “หลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย”, จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, กรุงเทพฯ, ๒๕๖๐ : น. ๓-๔.

<sup>๑๑</sup> มนิตย์ วงศ์เสรี, “เกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครอง”, ในการสัมมนา เรื่อง “หลักเกณฑ์ การกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย”, จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, กรุงเทพฯ, ๒๕๖๐ : น. ๖ ; วนารี สิงห์โต, “หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการกระทำผิดทางปกครองและโทษทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน”, สืบคันเมื่อวันที่ ๒๔ ธันวาคม ๒๕๖๓, จาก <http://web.krisdika.go.th/data/activity/act303.pdf>.

<sup>๑๒</sup> สรุสิทธิ์ แสวงวิโรจนพัฒน์, วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาด้วยหลักกฎหมายอาญาเยอรมัน, (กรุงเทพฯ : เจริญรัฐการพิมพ์, ๒๕๕๘), น. ๕.

<sup>๑๓</sup> คำแปลภาษาอังกฤษ จาก [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_owig/englisch\\_owig.html#p0013](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_owig/englisch_owig.html#p0013).

<sup>๑๔</sup> คำแปลภาษาอังกฤษ จาก Daniel Ohana, “ADMINISTRATIVE PENALTIES IN THE “RECHTSSTAAT”: ON THE EMERGENCE OF THE “ORDNUNGSWIDRIGKEIT” SANCTIONING SYSTEM IN POST-WAR GERMANY”, The University of Toronto Law Journal, Vol. 64, No. 2, 243, p. 264 (2014).

<sup>๑๕</sup> คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๘, น. ๑๖๘.

<sup>๑๖</sup> กลมลชัย รัตนสกาววงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๘, น. ๒.

<sup>๑๗</sup> มนิตย์ วงศ์เสรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๐, น. ๕.

<sup>๑๘</sup> วรเจตน์ ภาครัตน์, วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน, (กรุงเทพฯ : วิญญาณ, ๒๕๔๙), น. ๑๗๑ และวนารี สิงห์สุวงษ์, “การนำบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับกับการบังคับชำระค่าปรับทางปกครองโดยอนุโญต”, สืบคันเมื่อวันที่ ๒๔ ธันวาคม ๒๕๖๓, จาก <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act13697.pdf>.

ในเบื้องต้นพิจารณาได้ว่า ถ้อยคำว่า “พินัย” เป็นถ้อยคำที่มีมานาน ไม่ใช่คำที่ประดิษฐ์ขึ้นมาใหม่ เพียงแต่ความหมายของถ้อยคำมีพัฒนาการตามยุคสมัย ซึ่งเดิมนั้น การปรับเปลี่ยนพินัยหลวงต้องทำโดยคำพิพากษา แต่ความหมายปัจจุบันตามพจนานุกรมนั้น พินัยมีนัยแต่เพียงว่าเป็นเงินค่าปรับที่จ่ายให้ทางราชการ ทั้งนี้ หากมีการตรากฎหมายโดยใช้ถ้อยคำว่า “พินัย” ย่อมต้องพิจารณาความหมายทางกฎหมายต่อไป

ผู้เขียนแปลคำว่า “Geldbuße” ว่า “ค่าปรับ”<sup>๑๙</sup> ส่วนคำว่า “Ordnungswidrigkeit” ผู้เขียนแปลว่า “การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายเบียบ” โดยผู้เขียนจะแปลความโดยไม่เสียรายด้วยคำว่า “-ทางปกครอง/-ทางอาญา” เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาในการการตีความถ้อยคำในเบื้องต้น อย่างไรก็ตาม ในบทความชี้นี้ เพื่อหลีกเลี่ยงความสับสนในทางถ้อยคำ ผู้เขียนจะคงถ้อยคำภาษาเยอรมันไว้บางส่วน

## ๒. พัฒนาการของรัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten

ในส่วนนี้เริ่มต้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองและภายหลังจากการก่อตั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี โดยวิเคราะห์ถึงกระบวนการในชั้นร่างรัฐบัญญัติว่าด้วยการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายเบียบ (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - ต่อไปเรียกว่า “รัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten”) โดยเริ่มจากช่วงก่อนและหลังการตรารัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten ฉบับปี ค.ศ. ๑๙๔๒ และฉบับปี ค.ศ. ๑๙๖๘ ตามด้วยการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องการยกเลิกหุ้นโทษ ทั้งนี้ จะพิจารณาเน้นไปเรื่องข้อความคิดเห็นฐานะและเขตอำนาจศาล การศึกษาในส่วนนี้เป็นส่วนหนึ่งของการตีความกฎหมายผ่านทางการศึกษาประวัติความเป็นมาของกฎหมาย (Historische Auslegung) ดังนี้

### ๒.๑ ยุคสมัยก่อนการตรารัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten<sup>๒๐</sup>

คำว่า “การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายเบียบ (Ordnungswidrigkeit)” บัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐบัญญัติว่าด้วยกฎหมายอาญาในอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ ฉบับปี ค.ศ. ๑๙๔๙ (Wirtschaftsstrafgesetz 1949)<sup>๒๑</sup> รัฐบัญญัติฉบับนี้ตราขึ้นใช้บังคับในเขตปกครองเยอรมันของฝ่ายสัมพันธมิตรตะวันตก (สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยเรียกเขตปกครองนี้ว่า “das Vereinigte Wirtschaftsgebiet (1947-1949)”) โดยตราขึ้นใช้บังคับก่อนการประชุมสภាឡาทุ่นราษฎรแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี

<sup>๑๙</sup> เดิมผู้เขียนใช้คำแปลว่า “พินัย หรือ ปรับเป็นพินัย” ตามร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... เพียงอย่างเดียว แต่เมื่อพิจารณาโดยละเอียดแล้ว เห็นว่า การใช้คำแปลจากถ้อยคำในร่างพระราชบัญญัติข้างต้นนั้น รูปคำน่าจะไม่ตรงกับรูปคำภาษาเยอรมันแบบตรงตัว อีกทั้งการใช้คำว่าพินัยก็ยังมีข้อพิจารณาต่อไปว่า พินัยควรมีความหมายว่าอย่างไร เพราะเป็นคำเก่าในภาษากฎหมายไทยที่ไม่ได้นำมาใช้บ่อยมาก และคำนี้อาจจะไม่ตรงตามลักษณะของ Geldbuße ในระดับที่แทนถ้อยคำนั้น ผู้เขียนจึงเปลี่ยนคำแปลให้ตรงตามความหมายที่คนไทยโดยทั่วไปเข้าใจได้ และใช้วิธีทับศัพท์ด้วยรูปคำศัพท์เยอรมันแทนการแปลตามถ้อยคำในร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... ซึ่งการใช้วิธีแปลคำโดยรูปคำเปลี่ยนแปลงมากกว่าหนึ่งแบบนั้น ผู้เขียนเห็นเป็นเครื่องตัวอย่างจากการใช้ “ถ้อยคำกลาง” ดู บรรจุเดิม สิงคโปร์, หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอ่านใจรัฐ พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพฯ : วิญญาณ, ๒๕๖๑), น. ๒๗.

<sup>๒๐</sup> รายละเอียดที่มาและวิวัฒนาการของกฎหมายดังแต่ยุคการยกเว่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. ๑๙๗๑ ดู คันน์ท ชัยชนะ, “มาตรการทางกฎหมายสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรงในประเทศเยอรมัน กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎหมายเบียบ (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) ตอนที่ ๑”, ใน วารสารกฎหมาย เล่ม ๑ ตอน ๒ เดือนเมษายน ๒๕๖๔, น. ๓๒.

<sup>๒๑</sup> Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebiets 1949, S. 193.

<sup>๒๒</sup> Vgl. Ulrich Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 6. Auflage 2013, Rn. 917 f.

ชุดแรก เจตกรรมณ์ของกฎหมายฉบับนี้มาจากการปฏิรูปแนวคิดในยุคของนาซีเยอรมันเรื่อง “Ordnungsstrafe” ซึ่งเป็นคำสั่งที่ฝ่ายปกครองลงโทษได้เองโดยไม่ต้องผ่านศาล โดยมาปรับใช้ให้สอดรับกับหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) เพื่อลดTHONความเป็น “รัฐต่ามกลาง (Polizeistaat)”<sup>๒๓</sup>

รัฐบัญญัติฉบับนี้เป็นการเริ่มแนวคิดในการแบ่งแยก Ordnungswidrigkeit ออกจาก การกระทำผิดทางอาญาในความหมายอย่างแคบ ได้รับอิทธิพลมาจาก Eberhard Schmidt ซึ่งเป็น นักกฎหมายอาญา<sup>๒๔</sup> (นำแนวคิดของ James Goldschmidt มาด้วยบางส่วน ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป)<sup>๒๕</sup> โดย Ordnungswidrigkeiten นั้น เป็นการลงโทษจากการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมาย เคียงคู่ไปกับ ความผิดอาญาประเทต่าง ๆ ได้แก่ Verbrechen (ความเป็นอาชญากรรม/ความผิดอาญา<sup>๒๖</sup> - ความผิด ที่มีโทษจำคุกตั้งแต่นึงปี) Vergehen (ความผิดที่มีโทษจำคุกต่ำกว่าหนึ่งปี หรือโทษปรับทางอาญา) และ Übertretung (ความผิดลหุโทษ เป็นความผิดทางอาญาที่ไม่มีในระบบกฎหมายเยอรมันแล้ว)<sup>๒๗</sup> ปัญหาที่ Eberhard Schmidt ซึ่งให้เห็นจากรัฐบัญญัติว่าด้วยกฎหมายอาญาในอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ ฉบับเก่า คือ การที่ไม่ได้แบ่งแยกว่าการกระทำใดเป็นในทางอาญา/การยุติธรรม (Justizdelikt) การกระทำใด เป็นในทางปกครอง (Verwaltungsdelikt) ออกจากกันให้ชัดเจน<sup>๒๘</sup>

ในหมวด ๑ (Erster Abschnitt) ของรัฐบัญญัติฉบับนี้บัญญัติถึงเรื่อง “การกระทำผิด ทางอาญาในอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ (Wirtschaftsstraftaten)” ส่วนในหมวด ๒ (Zweiter Abschnitt) บัญญัติถึงเรื่อง “การละเมิด (Zuwiderhandlungen)” ซึ่งนิยามไว้ว่า เป็นการกระทำที่สามารถเป็นการกระทำผิด ทางอาญาในอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ (Wirtschaftsstraftaten) หรือการกระทำที่ขัดต่อกฎระเบียบ (Ordnungswidrigkeiten) โดยการละเมิดที่จะเป็นการกระทำผิดอาญาในอาชญากรรมทางเศรษฐกิจนั้น กำหนดไว้เป็นกรณี (Einzelfall)<sup>๒๙</sup> ซึ่งในมาตรา ๖ วรรคสอง ได้บัญญัติไว้โดยสรุปได้ว่า ละเมิดผลประโยชน์ ของรัฐในการดำรงอยู่และการรักษาระบบเบียบทางเศรษฐกิจโดยรวมหรือในแต่ละพื้นที่ เช่น เป็นการทำให้ เสียประสิทธิภาพของระบบเบียบเศรษฐกิจที่ได้รับการคุ้มครองโดยรัฐ (die Leistungsfähigkeit der staatlich geschützten Wirtschaftsordnung zu beeinträchtigen) เป็นต้น หากไม่เข้าเงื่อนไขดังกล่าว นี้ การกระทำนั้นจะเป็นเพียง Ordnungswidrigkeit

<sup>๒๓</sup> See Daniel Ohana, “ADMINISTRATIVE PENALTIES IN THE “RECHTSSTAAT” : ON THE EMERGENCE OF THE “ORDNUNGSWIDRIGKEIT” SANCTIONING SYSTEM IN POST-WAR GERMANY”, The University of Toronto Law Journal, Vol. 64, No. 2, 243, p. 263 and 289 (2014).

<sup>๒๔</sup> Erik Kraatz, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2020, § 1 Rn. 16.

<sup>๒๕</sup> Eberhard Schmidt, Süddeutsche Juristen-Zeitung 1948, 225 (230).

<sup>๒๖</sup> คำแปลโดย คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๘, น. ๑๖๘.

<sup>๒๗</sup> Erik Kraatz, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2020, § 1 Rn. 16. มีการแปลคำศัพท์ทั้งสาม เป็นภาษาอังกฤษไว้ว่า “crimes (Verbrechen)” “delicts (Vergehen)” “contraventions (Übertretung)” see Daniel Ohana, “ADMINISTRATIVE PENALTIES IN THE “RECHTSSTAAT” : ON THE EMERGENCE OF THE “ORDNUNGSWIDRIGKEIT” SANCTIONING SYSTEM IN POST-WAR GERMANY”, The University of Toronto Law Journal, Vol. 64, No. 2, 243, p. 250 (2014).

<sup>๒๘</sup> Eberhard Schmidt, Süddeutsche Juristen-Zeitung 1948, 225 (230).

<sup>๒๙</sup> Diethelm Klesczwski, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2. Auflage 2016, Rn. 53 ff.

ในหมวด ๓ (Dritter Abschnitt) ของรัฐบัญญัติฉบับนี้บัญญัติเรื่อง Ordnungswidrigkeiten ว่า ให้ลงโทษโดยการปรับ (Geldbuße) และมีข้อสังเกตว่า มาตรา ๑๐๐ บัญญัติให้ทั้งการกระทำผิดทางอาญา ในอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ (Wirtschaftsstrafaten) และการกระทำที่ขัดต่อภาระเบียบ (Ordnungswidrigkeiten) อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม

#### ๒.๒ รัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten ฉบับปี ค.ศ. ๑๙๕๒

วันที่ ๒๘ มีนาคม ค.ศ. ๑๙๕๒ ได้มีการเสนอร่างรัฐบัญญัติว่าด้วยการกระทำที่ขัดต่อภาระเบียบต่อสภาพแวดล้อมราษฎรแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี<sup>๓๐</sup> แยกออกเป็นรัฐบัญญัติต่างหากจาก รัฐบัญญัติว่าด้วยกฎหมายอาญาในอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ

ผู้ร่างกฎหมายเห็นว่า สมควรให้มีการแยกการกระทำบางประเภทที่เป็น “ละเมิดต่อระบอบทางปกครอง” ออกจากกระทำการทำความผิดในทางอาญา ในเหตุผลของร่างกฎหมายระบุว่า เป็นการต่อยอดจากงานของ James Goldschmidt เรื่อง “Das Verwaltungsstrafrecht (1902)”<sup>๓๑</sup> โดย James Goldschmidt ได้ศึกษาทั้งในทางประวัติความเป็นมาของกฎหมายตั้งต้นย้อนกลับไปถึงยุคสมัยของ “Banngewalt der fränkischen Könige” (ราชคริสต์ศตวรรษที่ ๙) กล่าวคือ เป็นการใช้พระราชอำนาจ ของกษัตริย์ในฐานะผู้นำขององค์กรฝ่ายปกครองต่อข้าราชการบริพาร สิ่งเป็นข้อปฏิบัติและข้อห้ามปฏิบัติ หากฝ่าฝืนแล้ว พระองค์ออกเป็นคำสั่งลงโทษ “ค่าปรับ (Buße)”<sup>๓๒</sup> จากนั้น James Goldschmidt ได้อธิบาย เรื่องความพยายามในการแบ่งแยกระหว่าง “การรักษาและเบียบและรักษาความสงบเรียบร้อย (Ordnung und Polizei”<sup>๓๓</sup>) กับกฎหมายอาชญา/กฎหมายอาญา (Kriminalstrafrecht)<sup>๓๔</sup> โดยตำราในยุคปัจจุบัน ได้ยกตัวอย่างกฎหมายหลายฉบับในอดีตที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ เช่น กฎหมายในยุคของจักรพรรดิคาร์ลที่ ๕ แห่งจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ (Karl V.) ที่ชื่อว่า “Peinliche Gerichtordnung 1532” และชัดเจนยิ่งขึ้นในยุค การเกิดขึ้นของรัฐสมัยใหม่ เช่น ประมวลกฎหมายทั่วไปแห่งรัฐปรัสเซีย (Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten 1794) และในรัฐธรรมนูญฉบับแฟรงเฟิร์ต (Frankfurter Reichsverfassung 1848 – เป็นรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้บังคับใช้) เป็นต้น ซึ่งสรุปความได้ว่าเป็นการศึกษาถึงพัฒนาการแบ่งแยกระหว่าง โทษอาญาที่ต้องให้ศาลมีคำพิพากษาลงโทษกับโทษที่ฝ่ายปกครองลงโทษได้เอง<sup>๓๕</sup> James Goldschmidt ได้อธิบายถึงวัตถุประสงค์ของ Verwaltungsstrafrecht ว่า เป็นการกระทำผิดในทางปกครอง (Verwaltungsdelikt)

<sup>๓๐</sup> Bundestag Drucksache Nr. 1/2100, S. 1.

<sup>๓๑</sup> Bundestag Drucksache Nr. 1/2100, S. 14.

<sup>๓๒</sup> James Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902, S. 1 ff.

<sup>๓๓</sup> คำว่า “Polizei (เดิมสะกดว่า [Polizey])” นั้น จะมีการแปลในเบื้องต้นว่า “อำนาจตำรวจ” เพียงแต่ว่า คำว่า “Polizei” แรกเดิมที่พัฒนาจากแนวคิดของ “Polizeistaat (แปลในเบื้องต้นว่า “รัฐตำรวจ”)” จากยุครัฐสมบูรณ์แบบสิทธิราชย์ (Absolutismus) รัฐคุณไม่มีแนวคิดในการแบ่งแยกอำนาจระหว่าง แต่ยึดถือการใช้อำนาจเพื่อการรักษาและเบียบที่ดีของส่วนรวม (Zustand einer guten Ordnung des Gemeinwesens) โดยไม่มีการตรวจสอบ ต่อมาก็จะแนวคิดเรื่องตัวรัฐได้ปรับเปลี่ยน แนวคิดดังกล่าว ว่าการกิจของ การป้องกันภัยหรือการรักษาความสงบเรียบร้อยสาธารณะ (Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung) ซึ่งถูกตรวจสอบได้โดยศาล เป็นของ “Polizei” ซึ่งแปลในเบื้องต้นเป็นภาษาไทยได้ว่า “ตำรวจ” Vgl. Friedrich Schoch in: Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, Kap. 1 Rn. 3 ff.

<sup>๓๔</sup> James Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902, S. 70.

<sup>๓๕</sup> Siehe Erik Kraatz, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2020, § 1 Rn. 5 ff. ; Diethelm Klesczwski, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2. Auflage 2016, Rn. 53 ff.

อันเป็นความผิดระดับทุโธงที่ไม่ใช่โທษาญา เนื่องจากเป็นการกระทำที่ขัดต่อเพียงกฎหมายเบียบของฝ่ายปกครอง<sup>๓๒</sup>

ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่า การที่ James Goldschmidt เลือกใช้คำว่า “Verwaltungsstrafrecht” นั้น เมื่อพิจารณาแยกถ้อยคำจะประกอบไปด้วย “Verwaltung” ซึ่งแปลความได้ว่า “ฝ่ายปกครอง/การปกครอง” ส่วนคำว่า “Strafrecht” ในปัจจุบันความหมายทั่วไปแปลว่า “กฎหมายอาญา” โดยถ้อยคำว่า “Strafe” ในช่วงสมัยก่อนนั้น ยังคงมีปัญหาของการตีความว่าหมายถึงแต่เพียง “โທษาญา” เท่านั้น หรือหมายความรวมถึง การลงโทษอื่น ๆ ด้วย<sup>๓๓</sup> ถ้อยคำว่า “Verwaltungsstrafrecht” ในปัจจุบันไม่ปรากฏที่ใช้ในประเทศเยอรมนีแล้ว มีแต่เพียงในประเทศออสเตรียที่ใช้ถ้อยคำนี้ตามรัฐบัญญัติที่ชื่อว่า “Verwaltungsstrafgesetz (1991)” ซึ่งแปลได้ว่า “รัฐบัญญัติว่าด้วยการลงโทษทางปกครอง” การลงโทษตามรัฐบัญญัติของประเทศออสเตรียนี้ ไม่ถือว่าเป็นการลงโทษในทางอาญาแต่อย่างใด เป็นเพียงการลงโทษโดยหน่วยงานทางปกครอง<sup>๓๔</sup> เมื่อเปรียบเทียบกับร่างรัฐบัญญัติของเยอรมัน ได้เลือกใช้คำว่า “Ordnungswidrigkeiten” ดังนั้น หากพิจารณา ตามแนวทางของ James Goldschmidt แล้วนั้น ผู้เขียนเห็นว่าความผิดเหล่านี้ควรอยู่ในแผนกฎหมายปกครอง และเป็นข้อพิพาทที่ควรขึ้นสู่ศาลปกครอง โดย James Goldschmidt ได้อธิบายอย่างชัดแจ้งในงานวิชาการ ชื่อ “Die Deliktsobligationen des Verwaltungsrechts” ว่า เรื่อง Verwaltungsstrafrecht เป็นเรื่อง ในทางกฎหมายปกครองและอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง<sup>๓๕</sup> อย่างไรก็ตาม ผู้ร่างรัฐบัญญัติในยุค สมัยนั้น ยังคงมองว่าความผิดแต่ต่างไปจากความเห็นข้างต้น ดังจะได้อธิบายต่อไป

ร่างรัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten ฉบับนี้ แบ่งออกเป็นสามบรรพ (Buch) ได้แก่ บททั่วไป กระบวนการพิจารณา และบทเฉพาะกาล โดยเริ่มการกระทำความผิดในทางปกครองว่า “การกระทำที่ขัดต่อภูมิธรรมเบียบ (Ordnungswidrigkeiten)” ซึ่งให้ใช้ “การปรับ Geldbuße” แทนที่การลงโทษอาญา และเพื่อความชัดเจนของการแยกการกระทำความผิดทางอาญาออกจาก Ordnungswidrigkeit นั้น ร่างกฎหมายนี้ได้กำหนดบททั่วไปเกี่ยวกับ Ordnungswidrigkeit ไว้ด้วย<sup>๓๖</sup> มีข้อสังเกตว่า การให้นิยาม คำว่า “Ordnungswidrigkeit” ตามร่างกฎหมายฉบับนี้ ให้คำนิยามแต่เพียงการผูกติดกับ Geldbuße อันแตกต่างจากกฎหมายฉบับปัจจุบันที่บรรยายถึงรายละเอียดของโครงสร้างภายในของการกระทำที่ขัดต่อภูมิธรรมเบียบ (die innere Struktur der Ordnungswidrigkeit) ด้วย<sup>๓๗</sup>

<sup>๓๒</sup> Vgl. James Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902, S. 577.

<sup>๓๓</sup> เทียบจากคำแปลว่า “กฎหมายอาญาทางปกครอง” โดย คนนั้นที่ ชัยชนะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๙, น. ๓๖.

<sup>๓๔</sup> “Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht”. Oesterreich.gv.at-Redaktion, accessed 28 October 2021, from [https://www.oesterreich.gv.at/themen/dokumente\\_und\\_recht/strafrecht/1/Seite.2460102.html](https://www.oesterreich.gv.at/themen/dokumente_und_recht/strafrecht/1/Seite.2460102.html).

<sup>๓๕</sup> James Goldschmidt, Die Deliktsobligationen des Verwaltungsrechts : Bericht, erstattet der X. Versammlung der Deutschen Landesgruppe der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung zu ihrem zweiten Beratungsgegenstand “das Verwaltungsstrafrecht”, 1905, S. 22, 34, 37ff.

<sup>๓๖</sup> Bundestag Drucksache Nr. 1/2100, S. 14 f.

<sup>๓๗</sup> BeckOK OWiG/Gerhold, 27. Ed. 1.7.2020, OWiG Einleitung zum OWiG Rn. 17.

มีข้อสังเกตเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลตามหมายเหตุของร่างกฎหมายฉบับนี้ว่า กำหนดให้เป็นเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ไม่ใช่ศาลปกครอง โดยให้เหตุผล (ในช่วงปี ค.ศ. ๑๙๕๑) สรุปได้ว่า<sup>๔๒</sup>

๑. *Ordnungswidrigkeit* มีความใกล้ชิดกับการกระทำความผิดอาญา ไม่ว่าจะเป็นองค์ประกอบความรับผิดตามโครงการสร้างความรับผิดหรือการปรับใช้หลักกฎหมายอาญา

๒. เมื่อ *Ordnungswidrigkeit* มีความคล้ายคลึงกับการกระทำความผิดอาญา ศาลปกครองย่อมไม่คุ้นเคยกับการกระทำดังกล่าวนี้ หากให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษา หลักกฎหมายปกครองย่อมถูกนำมาปรับใช้และมีอิทธิพลต่อข้อความคิดว่าด้วย *Ordnungswidrigkeit* แนวคำพิพากษาหลักกฎหมายอาญาที่ไม่ได้นำมาปรับใช้ในระยะยาว กล่าวคือ หากการวินิจฉัยคดีอาญาทำโดยศาลยุติธรรมแต่การวินิจฉัยคดี *Ordnungswidrigkeit* ทำโดยศาลปกครองแล้วใช่ ก็อาจจะมีแนวคำพิพากษาที่ต่างกัน

๓. ร่างกฎหมายฉบับนี้นำกระบวนการที่คล้ายคลึงกับวิธีพิจารณาความอาญามาปรับใช้โดยเฉพาะอำนาจหน้าที่ของอัยการและการตรวจสอบว่าการกระทำนั้นผิดอาญาหรือผิดเพียงระดับ *Ordnungswidrigkeit*

๔. ศาลปกครองมีจำนวนศาลไม่เพียงพอที่จะตัดสินคดีเกี่ยวกับ *Geldbuße* ที่มีเป็นจำนวนมากได้ (ผู้เขียนเห็นว่า เหตุผลนี้ไม่อาจใช้ได้ในปัจจุบัน เพราะศาลปกครองมีตามพื้นที่ต่าง ๆ มากขึ้นแล้ว)

มีข้อสังเกตในขั้นพิจารณาของสภาพในวาระที่สองและสาม (วันที่ ๒๘ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๑๙๕๒)<sup>๔๓</sup> ว่า *Ordnungswidrigkeit* นั้น ไม่ใช่บทลงโทษสถานเบาสำหรับโทษอาญา แต่เป็นอีกเรื่องหนึ่งที่แยกออกจากกัน กล่าวคือ การกระทำหนึ่งที่อาจจะเข้าข่ายระหว่าง *Ordnungswidrigkeit* หรือการกระทำผิดทางอาญา จะต้องเป็นอย่างโดยย่างหนึ่งเท่านั้น<sup>๔๔</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วย *Ordnungswidrigkeiten* (ค.ศ. ๑๙๕๒) ผ่านความเห็นชอบของสภาและตราเข้าเมื่อวันที่ ๒๕ มีนาคม ค.ศ. ๑๙๕๒<sup>๔๕</sup>

บทนิยามได้บัญญัติไว้ในมาตรา ๑ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วย *Ordnungswidrigkeiten* (ค.ศ. ๑๙๕๒) โดยบัญญัติไว้ว่า [วรรคหนึ่ง] ถ้าการกระทำได้มีการปรับเท่านั้น การกระทำนั้น คือ การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายเป็นอย่างเดียว (Ist eine Handlung ausschließlich mit Geldbuße bedroht, so ist sie eine Ordnungswidrigkeit.) [วรรคสอง] ถ้าการกระทำได้มีโทษอาญาเท่านั้น การกระทำนั้น คือ การกระทำความผิดทางอาญา (Ist eine Handlung ausschließlich mit Strafe bedroht, so ist sie eine Straftat.) พิจารณาได้ว่าเป็นการบรรยายการกระทำผิด *Ordnungswidrigkeit* โดยผูกกับการปรับเท่านั้น

ในส่วนของวรรคสามนั้น บัญญัติถึงองค์ประกอบแบบผสม (Mischtatbestand)<sup>๔๖</sup> หมายถึง การกระทำความผิดใดที่อาจเป็นได้ทั้งการปรับแบบ *Geldbuße* หรือโทษอาญา หากเป็นกรณีเช่นนี้ ให้ปรับใช้ตามบทกฎหมายเฉพาะ (Spezialgesetzen) อันให้ผู้บังคับใช้กฎหมายวินิจฉัยเลือกปรับบทได้ว่า จะลงโทษอาญาหรือลงค่าปรับ โดยมีข้อสังเกตว่า กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้บัญญัติพร้อมน้าจัดเป็นกลุ่มกรณี (eine feste Kriterienkatalog) ในแบบมาตรา ๖ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยกฎหมายอาญาในอาชญากรรม

<sup>๔๒</sup> Bundestag Drucksache Nr. 1/2100, S. 20 f.

<sup>๔๓</sup> Plenarprotokoll Nr.: 01/196 vom 28.02.1952.

<sup>๔๔</sup> Plenarprotokoll Nr.: 01/196 vom 28.02.1952, S. 8457.

<sup>๔๕</sup> BGBl. I S. 177.

<sup>๔๖</sup> คำแปลโดย วนารี สิงห์โต, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๐.

ทางเศรษฐกิจ ฉบับปี ค.ศ. ๑๙๙๙ อีกต่อไป<sup>๔๗</sup> เมื่อมีโทษอาญาแล้ว ให้บังคับใช้กฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้น รัฐบัญญัติว่าด้วย *Ordnungswidrigkeiten* จะใช้บังคับก็ต่อเมื่อวินิจฉัยในเบื้องต้นแล้วว่า การกระทำนั้นไม่ใช่การกระทำที่มีความผิดทางอาญา

**๒.๓ รัฐบัญญัติว่าด้วยการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายเบียบ ฉบับปี ค.ศ. ๑๙๖๘ และการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง**

วันที่ ๘ มกราคม ค.ศ. ๑๙๖๗ ได้มีการเสนอร่างรัฐบัญญัติว่าด้วย *Ordnungswidrigkeiten* ฉบับใหม่ ต่อสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี<sup>๔๘</sup> ร่างฉบับนี้แก้ไขโดยยกเลิกกฎหมายเก่า ทั้งฉบับ

ในเหตุผลแนบท้ายร่างกฎหมายนี้ ได้อธิบายถึงพัฒนาการของ *Ordnungswidrigkeit* ว่าเป็นการแยกเรื่องการกระทำความผิดต่อระบบที่ออกจากกระทำความผิดทางอาญา ผู้ร่างได้ยกเหตุของความสำคัญในการแก้ไขกฎหมายไว้หลายประการ เช่น การปรับปรุงวิธีการณาเรื่องโทษปรับ (*Bußgeldverfahren*) การยกเลิกองค์ประกอบแบบผสม (*Mischtatbestand* ซึ่งยังคงหลงเหลืออยู่ตามกฎหมายเฉพาะที่ตราขึ้นมา ก่อน โดยเรียกว่า องค์ประกอบแบบผสมโดยแท้ (*ein echter Mischtatbestand*)<sup>๔๙</sup> การลดความยุ่งยากในการปรับบทกฎหมายอาญาที่นำมาใช้ในรัฐบัญญัติฉบับนี้ เป็นต้น<sup>๕๐</sup> การแก้ไขที่สำคัญคือ การบัญญัติองค์ประกอบความผิด *Ordnungswidrigkeit* อันต้องรับโทษปรับ *Geldbuße* จากเดิมที่บรรยายแต่เพียงการผูกกับการปรับเป็นพินัย เปลี่ยนเป็นการกำหนดรายละเอียดของโครงสร้างภายในของ *Ordnungswidrigkeit* ซึ่งจะได้อธิบายในบทต่อไป

รัฐบัญญัติว่าด้วย *Ordnungswidrigkeiten* ผ่านความเห็นชอบของสภาและตราขึ้น เมื่อวันที่ ๒๔ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๖๘<sup>๕๑</sup> จากนั้นได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา โดยยกเลิกความผิดหุ้นโทษ (*Übertretung*) และให้ความผิดเหล่านี้ที่ไม่ถึงระดับ “Vergehen” และไม่อาจบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ นั้น นำมาบัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วย *Ordnungswidrigkeiten* โดยเพิ่มเติมเป็น “ภาค ๓ (Dritter Teil)”<sup>๕๒</sup>

### ๓. หลักการพื้นฐานของการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายเบียบ (*Ordnungswidrigkeit*) และค่าปรับ (*Geldbuße*)

จากการศึกษาถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วย *Ordnungswidrigkeiten* มีข้อสังเกตว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นความพยายามที่จะสร้างการลงโทษที่แยกออกจากลงโทษอาญา เนื่องจากการลงโทษอาญาต้องใช้อำนาจศาล ส่วนการลงโทษที่เรียกว่า *Geldbuße* เป็นอำนาจของหน่วยงานฝ่ายปกครอง (*Verwaltungsbehörde*) โดยเปิดโอกาสให้ตัวแย้งคำสั่งต่อศาลยุติธรรม ในส่วนนี้จึงมีประเด็นว่า

<sup>๔๗</sup> Erik Kraatz, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2020, § 1 Rn. 17; Diethelm Klesczwski, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2. Auflage 2016, Rn. 67.

<sup>๔๘</sup> Bundestag Drucksache Nr. 5/1269, S. 1.

<sup>๔๙</sup> ตามร่างกฎหมายของรัฐบาลเห็นว่า คำว่า *Ordnungsunrecht*, *Polizeisunrecht* และ *Verwaltungsunrecht* มีความหมายอย่างเดียวกัน Siehe Bundestag Drucksache Nr. 5/1269, S. 22.

<sup>๕๐</sup> Erik Kraatz, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2020, § 4 Rn. 22 f.; วรนารี สิงห์โต, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๐.

<sup>๕๑</sup> Bundestag Drucksache Nr. 5/2100, S. 27 f.

<sup>๕๒</sup> BGBl. I S. 481.

<sup>๕๓</sup> Bundestag Drucksache Nr. 7/550, S. 342.

Ordnungswidrigkeit อยู่ในแคนกฏหมายได้ระหว่างกฎหมายมาชนในส่วนของกฎหมายปกครอง หรือกฎหมายอาญา ซึ่งมีประเด็นตามมาว่ากระบวนการได้มาซึ่งการปรับเป็นพินัยเป็นกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองหรือกระบวนการทางยุติธรรมอย่างวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งย่อมาส่งผลต่อการใช้และการตีความกฎหมาย

### ๓.๑ บททั่วไป

ในบทนี้จะศึกษาถึงสถานะทางกฎหมายของ Ordnungswidrigkeit อันมีผลทางกฎหมายคือ การลงโทษปรับ Geldbuße ซึ่งไม่ใช่การลงโทษอาญา ดังนี้

#### ๓.๑.๑ ตำแหน่งแห่งที่ในแคนกฏหมาย (Standort)

ในระบบกฎหมายเยอรมันมีคำสอนว่าด้วยการแบ่งแยกกฎหมายเอกชน และกฎหมายมาชน โดยมีทฤษฎีที่ใช้แบ่งแยกอยู่สามทฤษฎีสำคัญ คือ ทฤษฎีผลประโยชน์ (Interessentheorie) ทฤษฎีใช้อำนาจเหนือ (Subordinationstheorie) และทฤษฎีตัวการ (Zuordnungstheorie)<sup>๕๕</sup> ส่วนกฎหมายอาญาที่นั้น แม้จะเป็นกฎหมายมาชนในความหมายอย่างกว้าง (öffentliches Recht im weiteren Sinne)<sup>๕๖</sup> แต่ด้วยพัฒนาการของกฎหมายอาญาอันมีมาอย่างยาวนาน จึงมีหลักกฎหมายที่แยกออกจากเป็นอีกสาขาวิชา (ein verselbstständigtes Rechtsgebiet)<sup>๕๗</sup> หรือมีการอธิบายแยกเป็นสาขาวิชาที่สาม (das dritte Teilgebiet des Rechts)<sup>๕๘</sup> มีข้อพิจารณาว่า Ordnungswidrigkeit อยู่ในแคนกฏหมายใด ดังนี้

#### ๓.๑.๑.๑ กฎหมายมาชนในความหมายอย่างกว้าง

ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า Ordnungswidrigkeit อยู่ในแคนกฏหมายมาชน เพราะการออกคำสั่งปรับ Geldbuße มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือและเป็นการใช้อำนาจเหนือโดยฝ่ายปกครองซึ่งเป็นรัฐ ไม่ใช่การใช้อำนาจทางเอกชน โดย Ordnungswidrigkeiten และปรับ Geldbuße มีฐานะเป็น “มาตรการของฝ่ายปกครอง/ทางปกครอง (Verwaltungssanktionsrecht)”<sup>๕๙</sup> การใช้อำนาจเหนือ ก็เป็นลักษณะของกฎหมายอาญาเช่นกัน จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมาชนด้วยแต่เป็นกฎหมายมาชนในความหมายอย่างกว้าง หรือมีการกล่าวกันว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมาชนที่แยกเป็นแคนกฏหมายของตนเอง (als verselbstständigtes Teilgebiet) เป็นการที่รัฐใช้อำนาจลงโทษอาญา เหนือประชาชนตามหลักความสัมพันธ์ไม่เท่าเทียมกัน (Prinzip der Über - und Unterordnung)<sup>๖๐</sup> ส่วนกฎหมายมาชนในความหมายอย่างแคบ หมายถึง กฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง

<sup>๕๕</sup> Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage 2017, § 3 Rn. 10 ff.

<sup>๕๖</sup> Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage 2020, § 1 Rn. 6 f.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 49. Auflage 2019, Rn. 4.

<sup>๕๗</sup> Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage. 2020, § 1 Rn. 5.

<sup>๕๘</sup> Vgl. Bernd Heinrich, Strafrecht: Allgemeiner Teil, 6. Auflage 2019, Rn. 1.

<sup>๕๙</sup> Vgl. Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage 2017, § 20 Rn. 29; Christian Waldhoff, § 46 Vollstreckung und Sanktionen, in : Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrecht Band 3, 2006, § 46 Rn. 197.

<sup>๖๐</sup> Rudolf Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage 2019, § 2 Rn. 1 ; Jörg Eisele, in : Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage 2016, § 2 Rn. 58 ; Wolfgang Mitsch, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Auflage 2005, § 1 Rn. 1.

แต่กฎหมายสหภาพยูโรป กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายธรรมนูญศาล กฎหมายวิธีพิจารณาความเป็นกฎหมายมหาชนในความหมายอย่างกว้าง<sup>๖๐</sup>

อย่างไรก็ตาม มีความเห็นอีกฝ่ายเห็นว่า แม้ว่า *Ordnungswidrigkeit* นำหลักการอันใกล้เคียงกับกฎหมายอาญามาบัญญัติไว้ แต่พิจารณาได้ว่าเป็นกฎหมายมหาชนในความหมายอย่างแคบ เพราะ *Ordnungswidrigkeit* มีโครงสร้างความรับผิดแตกต่างจากกฎหมายอาญาที่ให้ลงโทษปรับ *Geldbuße* ไม่ใช่ให้ลงโทษอาญา เมื่อไม่ใช่การลงโทษอาญาจึงย่อมไม่ใช่กฎหมายอาญา<sup>๖๑</sup> ซึ่งเรื่องนี้เทียบได้กับกรณีของกฎหมายวินัยข้าราชการที่มានการทางวินัย (เทียบเคียงได้กับ “โทษทางวินัย” ในระบบกฎหมายไทย) ไม่ใช่การลงโทษอาญา แต่มានการทางวินัยอยู่ในเดนกฎหมายปกครอง<sup>๖๒</sup>

### ๓.๑.๒ กฎหมายอาญาในความหมายอย่างกว้าง

แม่กฎหมายอาญาจะเป็นกฎหมายมหาชนในความหมายอย่างกว้าง แต่กฎหมายอาญาที่มีพัฒนาการจนมีหลักกฎหมายเป็นของตนเอง เช่น คำสอนว่าด้วยการกระทำผิดอาญา เจตนาในทางอาญา การลงโทษอาญา เป็นต้น<sup>๖๓</sup> โทษหลักในระบบกฎหมายอาชญาณั้น ได้แก่ โทษจำคุก (*Freiheitsstrafe*) และโทษปรับทางอาญา (*Geldstrafe*) ซึ่งเงื่อนไขของ “การกระทำความผิดทางอาญา (Straftat)” อันนำไปสู่การลงโทษอาญาที่เป็นกฎหมายอาญาในความหมายอย่างแคบ (*Strafrecht im engeren Sinn*)<sup>๖๔</sup> ประกอบกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี เห็นว่า เฉพาะก็แต่การลงโทษเหล่านี้ที่เป็นโทษอาญาโดยแท้ ส่วนการลงโทษปรับจาก *Ordnungswidrigkeit* นั้น เป็นเพียงการลงโทษจากกรณีการกระทำที่ขัดต่อเรื่องกฎระเบียบท่องฝ่ายปกครอง ไม่ใช่การกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพของบุคคลอื่น<sup>๖๕</sup> อย่างไรก็ตาม ผลของ *Ordnungswidrigkeit* นั้น นำไปสู่การปรับ *Geldbuße* ซึ่งอยู่ในความหมายของการลงโทษโดยรัฐแบบหนึ่ง เพียงแต่ไม่ใช่การลงโทษอาญา โดยมีกฎหมายบัญญัติโครงสร้างการกระทำผิด *Ordnungswidrigkeit* แยกต่างหากจากการกระทำความผิดทางอาญา (*Straftat*) ดังนั้น *Ordnungswidrigkeit* จึงเป็นกฎหมายอาญาในความหมายอย่างกว้าง (*Strafrecht im weiteren Sinn*) หมายถึง กฎหมายที่เกี่ยวกับการลงโทษ โดยมีความใกล้เคียงกับกฎหมายอาญาอย่างมาก<sup>๖๖</sup>

<sup>๖๐</sup> Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage 2019, Rn. 11 ff.

<sup>๖๑</sup> Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage 2020, § 1 Rn. 6.

<sup>๖๒</sup> ดู วันรัฐ งามนิยม, “จาก “โทษทางวินัย (Disziplinarstrafe)” สู่ “มาตรการทางวินัย (Disziplinarmaßnahme)” : พัฒนาการของถ้อยคำในระบบกฎหมายเยอรมัน,” ใน วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๒๐ เล่มที่ ๔ เดือนตุลาคม-ธันวาคม ๒๕๖๓, น. ๔๓.

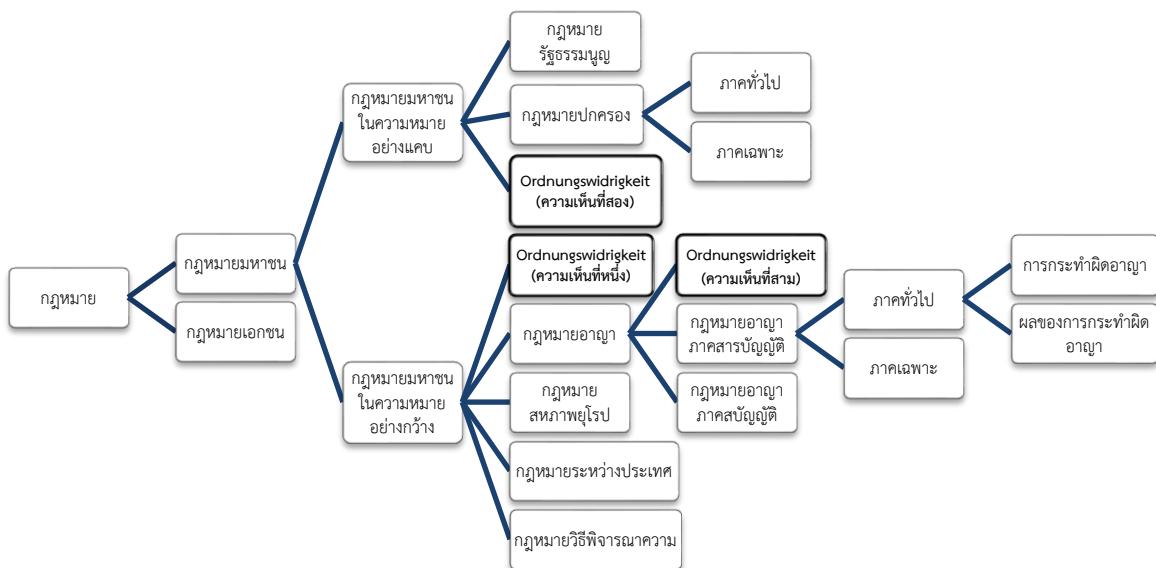
<sup>๖๓</sup> Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage 2020, § 1 Rn 5 ff.

<sup>๖๔</sup> Wolfgang Mitsch, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Auflage 2005, § 1 Rn. 2.

<sup>๖๕</sup> BVerfGE 9, 167 (171); 22, 49 (79).

<sup>๖๖</sup> Wolfgang Mitsch, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Auflage 2005, § 1 Rn. 5 ; Jens Bültel, Ordnungswidrigkeitenrecht, 6. Auflage 2020, § 1 Rn. 1; Diethelm Klesczewski, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2. Auflage 2016, Rn. 1.

**๓.๑.๓ ข้อสังเกต**  
**เมื่อพิจารณาจากคำอธิบายข้างต้น สถานะของ Ordnungswidrigkeit**  
**จัดเป็นแผนผังได้ ดังนี้**



ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมหาชนในความหมายอย่างกว้าง เพราะลักษณะของกฎหมายอาญาเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนทั้งสามทฤษฎีแล้ว ไม่ว่าจะเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายอาญาเข้าไปคุ้มครองก็ดี ไม่ว่า จะเป็นเรื่องการใช้อำนาจหนื้อต่อประชาชนในการลงโทษก็ดี หรือผู้ลงโทษโดยหลักเป็นศาลในฐานะรัฐก็ดี แต่กฎหมายอาญา มีพัฒนาการยawanan การเรียนการสอนและการจัดสาขาวิชาในมหาวิทยาลัยได้รับการจัดแยกเป็นสาขาที่สาม รวมถึงการจัดสอบข้อสอบของรัฐสำหรับนักกฎหมาย (Staatsexamen) ก็จัดให้กฎหมายอาญาแยกออกเป็นอีกสาขา ตัวอย่างเช่น มาตรา ๓ แห่งรัฐบัญญัติของมรรภบัณเดินบวรค ว่าด้วยการสอบของวิชาชีพนักกฎหมาย (Gesetz über die Juristenausbildung im Land Brandenburg) บัญญัติให้วิชาบังคับในมหาวิทยาลัยประกอบไปด้วย กฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา กฎหมายมหาชน และกฎหมายวิธีพิจารณาความ

ในส่วนของ Ordnungswidrigkeit พัฒนาขึ้นโดยนักกฎหมายอาญาภายหลังสังคมโลกครั้งที่สอง แม้จะนำแนวคิดจาก Verwaltungsstrafrecht มาปรับใช้ แต่โครงสร้างของกฎหมายนี้ได้ต้นแบบจากหลักกฎหมายอาญามาตั้งแต่ต้น つまりกฎหมายเกี่ยวกับ Ordnungswidrigkeit ส่วนใหญ่เขียนขึ้นโดยนักกฎหมายอาญา ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า หลักกฎหมายเกี่ยวกับ Ordnungswidrigkeit จึงไปในทิศทางตามแนวทางตำราของนักกฎหมายอาญาที่ว่า เป็นกฎหมายอาญาในความหมายอย่างกว้าง (ตามความเห็นที่สาม) เพราะแม่แบบและโครงสร้างของกฎหมายนำมาจากกฎหมายอาญา แต่ Ordnungswidrigkeit ไม่ใช่การลงโทษอาญา และไม่ใช่กฎหมายอาญาภาคเฉพาะ เพราะภาคทั่วไปของกฎหมายอาญาไม่นำมาใช้กับ Ordnungswidrigkeit โดยตรง แต่ด้วยความคล้ายและการได้รับอิทธิพลจากกฎหมายอาญา การปรับใช้ขึ้นต่อไป

ในทางกฎหมายอาญาโดยการเทียบเคียงกับกฎหมายปรับใช้กับ *Ordnungswidrigkeit*<sup>๖๗</sup> อีกทั้งตามมาตรา ๒๑ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วย *Ordnungswidrigkeit* บัญญัติไว้ว่า ในกรณีที่การกระทำในขณะเดียวกันเป็นทั้งความผิดทางอาญา (*Straftat*) และ *Ordnungswidrigkeit* นั้น ให้ใช้กฎหมายอาญา เว้นแต่การกระทำนั้นไม่มีบทลงโทษอาญา ดังนั้น เมื่อใช้คำอธิบายว่า “*Ordnungswidrigkeit* เป็นกฎหมายอาญาในความหมายอย่างกว้าง (ตามความเห็นที่สาม)” ก็ต้องยอมหมายความว่า “เป็นกฎหมายมหาชนในความหมายอย่างกว้าง (ตามความเห็นที่หนึ่ง)” ด้วย เพราะกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมหาชนในความหมายอย่างกว้างเช่นกัน

เมื่อ *Ordnungswidrigkeit* ไม่ส่งผลเป็นการลงโทษอาญา ย่อมไม่ใช่กฎหมายอาญาในความหมายอย่างแคบ แต่เรื่องปรับ *Geldbuße* ก็มีความคล้ายกับโทษปรับทางอาญา โดยมีลักษณะเป็นการลงโทษต่อการกระทำที่กฎหมายห้าม อย่างไรก็ตาม *Geldbuße* ไม่นำไปสู่การจำคุก หากไม่ชำระค่าปรับ เมื่อเปรียบเทียบกับโทษปรับทางอาญาแล้วนั้น หากไม่ชำระโทษปรับทางอาญา มาตรา ๔๓ แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ให้ใช้การจำคุกแทนโทษปรับทางอาญา (*Ersatzfreiheitsstrafe*) ดังนี้ *Ordnungswidrigkeit* จึงไม่ใช่กฎหมายอาญาในความหมายอย่างแคบ

### ๓.๑.๒ ลักษณะของการกำหนด *Ordnungswidrigkeit*

ลักษณะของการกำหนดการกระทำที่เป็น *Ordnungswidrigkeit* เพื่อแยกออกจาก การกระทำผิดทางอาญา แบ่งความเห็นออกได้เป็นสามทฤษฎี

#### ๓.๑.๒.๑ ทฤษฎีพิจารณาจากเนื้อหา (Die qualitative Theorie)

ทฤษฎีพิจารณาจากเนื้อหา (Die qualitative Theorie) เป็นทฤษฎี การจำแนก *Ordnungswidrigkeit* ออกจากกระทำการกระทำความผิดทางอาญาแบบดั้งเดิม กล่าวคือ กฎหมายอาญาคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย<sup>๖๘</sup>/นิติสมบัติ<sup>๖๙</sup> (*Rechtsgüter*) ส่วน *Ordnungswidrigkeit* เป็นเรื่องของการกระทบกับกฎระเบียบของฝ่ายปกครองหรือความสงบเรียบร้อยสาธารณะ (*öffentliche Ordnung*) แนวคิดนี้เป็นแนวคิดดั้งเดิมของ James Goldschmidt

อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีนี้ไม่ใช่ทฤษฎีหลักในปัจจุบัน เพราะกฎหมายอาญาในหลายกรณีมีการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายในด้านของ “ความสงบเรียบร้อยสาธารณะ (*öffentliche Ordnung*)” ด้วยเช่นกัน ตัวอย่างเช่น หมวด ๖ (6. Abschnitt) ในภาคเฉพาะ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ใช้ชื่อหัวเรื่องว่า “การต่อต้านอำนาจรัฐ (Widerstand gegen die Staatsgewalt)” ซึ่งมองได้ว่ามาจากคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายแล้วก็เป็นการคุ้มครองความสงบเรียบร้อยสาธารณะ (*öffentliche Ordnung*) ด้วย<sup>๗๐</sup>

#### ๓.๑.๒.๒ ทฤษฎีพิจารณาจากระดับความร้ายแรง (Die quantitative Theorie)

ทฤษฎีพิจารณาจากระดับความร้ายแรง (Die quantitative Theorie) เป็นการปฏิเสธเนื้อหาในเรื่องที่ว่ากฎหมายมุ่งคุ้มครองอะไร ซึ่งทฤษฎีนี้พิจารณาถึงระดับความร้ายแรงของการกระทำ กล่าวคือ เรื่องใดเป็นเรื่องร้ายแรงย่อมกำหนดโทษอาญา เรื่องใดไม่ร้ายแรงย่อมกำหนดโทษปรับเป็นพินัย

<sup>๖๗</sup> Vgl. Jens Bülte, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 6. Auflage 2020, § 1 Rn. 9.

<sup>๖๘</sup> คำแปลโดย คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๘, น. ๓๐.

<sup>๖๙</sup> คำแปลโดย สมยศ เชื้อไทย, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ ๑๓ (กรุงเทพฯ : วิญญาณ, ๒๕๖๒), น. ๓๕.

<sup>๗๐</sup> Jens Bülte, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 6. Auflage 2020, § 1 Rn. 37.

อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีนี้ผูกติดกับการกำหนดของฝ่ายนิติบัญญัติว่า การกระทำได้สมควรลงโทษอาญา การกระทำได้สมควรลงโทษปรับ Geldbuße ซึ่งบางเรื่องก็มีข้อสังเกตว่า การแบ่งแยกนั้นไม่อาจให้เหตุผลในเชิงระดับความรุนแรงได้อย่างชัดเจน เช่น มาตรา ๒๔๒ วรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติการจราจร (Straßenverkehrsgesetz - StVG) บัญญัติให้ผู้ขับขี่ที่มีระดับแอลกอฮอล์ในเลือด “ไม่เกิน ๑.๐% (อ่านว่า “Promille” แปลว่า “พันละ (Per mille)”) มีความผิด Ordnungswidrigkeit แต่มาตรา ๓๑๖ แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน บัญญัติให้ผู้ขับขี่ที่มีระดับแอลกอฮอล์ในเลือดตั้งแต่ ๑.๑% มีความผิดฐานขับขี่รถในขณะเมาสุรา (Trunkenheitsfahrt) กำหนดเป็นโทษอาญา<sup>๗๑</sup>

### ๓.๑.๒.๓ ทฤษฎีผสม (gemischt)

ทฤษฎีผสมเป็นทฤษฎีที่ใช้ในปัจจุบัน กล่าวคือ หากเป็นการกระทำความผิดที่ร้ายแรงมาก โดยเฉพาะการฝ่าฝืน การปล้น วางแผน โดยสภาพของเนื้อหาการกระทำย่อมต้องกำหนดเป็นโทษอาญา ไม่อาจกำหนดปรับเป็นพินัยได้ ประกอบกับเป็นเรื่องที่กระทบกับคุณธรรมทางกฎหมาย/นิติสมบัติด้วย นอกจากการกระทำที่ส่งผลข้างต้น ย่อมเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกำหนดว่า การกระทำได้สมควรลงโทษอาญา การกระทำได้สมควรปรับ Geldbuße ฝ่ายนิติบัญญัติต้องคำนึงถึง หลักทางรัฐธรรมนูญด้วย เช่น หลักความได้สัดส่วน หลักความชัดเจนแน่นอน เป็นต้น<sup>๗๒</sup> การกำหนดโทษอาญา ต้องเป็นมาตรการสุดท้ายอันจำเป็นอย่างยิ่ง (ultima ratio-Prinzip)<sup>๗๓</sup>

### ๓.๑.๓ โครงสร้างของรัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten

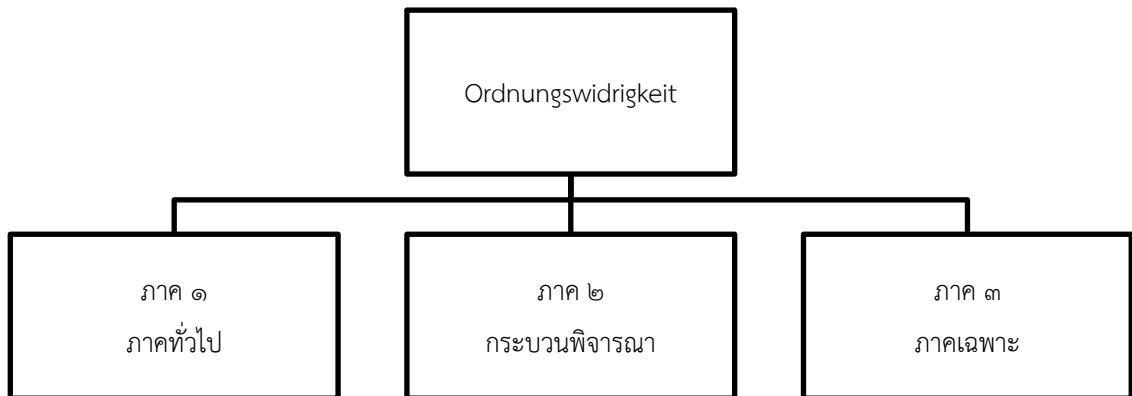
รัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten บัญญัติอحكามาเป็นสีภาก คือ ภาค ๑ บททั่วไป (1. Teil : Allgemeine Vorschriften) ภาค ๒ กระบวนการพิจารณาเรื่องปรับเป็นพินัย (2. Teil : Bußgeldverfahren) ภาค ๓ บทเฉพาะเรื่อง (Einzelne Ordnungswidrigkeiten) และภาค ๔ บทเฉพาะกาล (4. Teil : Schlußvorschriften) ซึ่งในทางต่อไป<sup>๗๔</sup> แบ่งโครงสร้างกฎหมายว่าด้วย Ordnungswidrigkeit เป็นสามส่วน คือ ภาค ๑ ภาคทั่วไป ว่าด้วยการบังคับใช้รัฐบัญญัติ เนื่องจากที่มาของ Ordnungswidrigkeit และผลทางกฎหมาย ภาค ๒ กฎหมายว่าด้วยกระบวนการพิจารณาของหน่วยงานเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ในการออกคำสั่งปรับ Geldbuße การโต้แย้งต่อศาลและวิธีพิจารณาคดีของศาล ภาค ๓ ภาคเฉพาะ ว่าด้วย Ordnungswidrigkeit ในแต่ละเรื่อง

<sup>๗๑</sup> Vgl. Diethelm Klesczwski, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2. Auflage 2016, Rn. 24 f.; Erik Kraatz, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2020, § 1 Rn. 32.

<sup>๗๒</sup> Vgl. Erik Kraatz, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2020, § 1 Rn. 33.

<sup>๗๓</sup> Jörg Eisele, in : Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage 2016, § 3 Rn. 10.

<sup>๗๔</sup> Vgl. Diethelm Klesczwski, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2. Auflage 2016, Rn. 2; Jens Bültje, Ordnungswidrigkeitenrecht, 6. Auflage 2020, § 1 Rn. 5.



พิจารณาได้ว่า รัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten ประกอบไปด้วย กฎหมายสารบัญว่าด้วยการกระทำและผลของการกระทำ และกฎหมายวิธีสบัญญัติว่าด้วยกระบวนการออกคำสั่ง ขั้นตอนการโต้แย้งคำสั่งและการดำเนินวิธีพิจารณาคดีของศาล

### ๓.๒ หลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไปของ Ordnungswidrigkeit ที่สำคัญประกอบไปด้วย ดังนี้

หลักการ “ไม่มีการลงโทษปรับโดยปราศจากกฎหมาย (Keine Ahndung ohne Gesetz)”

เป็นหลักการที่นำมาจากกฎหมายอาญาว่าด้วย “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (nullum crimen, nulla poena sine lege)” โดยมีข้อสังเกตว่า กฎหมาย (Gesetz) ต้องเป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ ไม่ว่าจะตราขึ้นโดยสภากองมลรัฐหรือสภาระดับสหพันธ์รัฐ ส่วนการตรากฎหมายบริหารบัญญัติหรือกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร (Rechtsverordnung) ต้องได้รับมอบอำนาจจากรัฐบัญญัติอย่างชัดแจ้ง<sup>๗๔</sup>

การตรากฎหมายเกี่ยวกับ Ordnungswidrigkeit ต้องเป็นไปตามหลักความชัดเจน แน่นอน (Bestimmtheitsgebot) กล่าวคือ ต้องบัญญัติโครงสร้างความรับผิดให้ชัดเจน ไม่กำหนดว่าห้ามกระทำอะไรบ้าง และบัญญัติผลทางกฎหมายให้ชัดเจนว่า มีการปรับเป็นพนิยและกำหนดอัตราปรับขั้นสูงสุดให้ชัดเจน<sup>๗๕</sup> นอกจากนี้ การปรับบทกฎหมายอันเป็นผลร้าย ได้แก่ การใช้กฎหมาย Jarvisit ประเพณี (Gewohnheitsrecht) การใช้กฎหมายย้อนหลัง (Rückwirkungsverbot) การตีความโดยการเทียบเคียง (Analogieverbot) เป็นการตีความที่ต้องห้าม ซึ่งคล้ายกับการนิย用ของกฎหมายอาญา<sup>๗๖</sup>

### ๓.๓ โครงสร้างความรับผิดจากการกระทำการกระทำความผิดกฎหมายเบียบ : บทตัดโครงสร้างความรับผิดที่แยกออกจากกฎหมายอาญา

โครงสร้างความรับผิด Ordnungswidrigkeit และโครงสร้างความรับผิดทางอาญา ในสองส่วนแรกนั้นมีความคล้ายกันมาก โดยประกอบไปด้วย ความครบองค์ประกอบทางกฎหมาย (Tatbestandsmäßigkeit) และความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) แต่ส่วนที่สามได้บัญญัติแตกต่างกัน

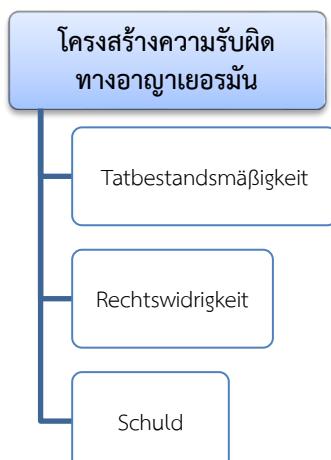
<sup>๗๔</sup> Vgl. Jens Bülte, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 6. Auflage 2020, § 2 Rn. 2 ff.

<sup>๗๕</sup> Vgl. Jens Bülte, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 6. Auflage 2020, § 2 Rn. 6 ff.

<sup>๗๖</sup> Vgl. Diethelm Klesczwski, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2. Auflage 2016, Rn. 87 ff.

โดยกฎหมายอาญากำหนดในส่วนนี้ไว้ว่า “ความชั่วร้าย<sup>๗๔</sup>/ความชั่ว<sup>๗๕</sup>/ความนำทำหนี้<sup>๗๖</sup> (Schuld)” ซึ่งศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร ให้ความหมายไว้ว่า “การทำหนี้ได้ของการกำหนดเจตจำนง”<sup>๗๗</sup>

ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่า ส่วนที่หมายถึง “การทำหนี้ได้” แปลความมาจากคำว่า “Vorwerfbarkeit”<sup>๗๘</sup> ผู้เขียนเห็นว่า มาจากการวางแผนหลักกฎหมายในคاضิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesgerichtshof – BGHSt 2, 194 (200 Rn. 15) – Bewußtsein der Rechtswidrigkeit) ความว่า “Strafe setzt Schuld voraus. Schuld ist Vorwerfbarkeit. (การลงโทษอาญาเป็นไปตามความชั่ว ความชั่ว คือ การทำหนี้ได้)” ใจความของความชั่วเป็นเรื่องของเหตุที่สมควรลงโทษ ไม่สมควรลงโทษ หรือสมควรได้รับการลดโทษ เรียกว่าเป็นความสามารถในการทำชั่ว (Schuldfähigkeit) เช่น กรณีผู้อายุ ไม่ถึงเกณฑ์ความสามารถในการทำชั่วย่อมไม่มีความสามารถในการทำชั่ว (schuldnarfähig)<sup>๗๙</sup> หรือกรณีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสภาพทางจิต เป็นต้น เทียบได้กับเรื่องเหตุยกเว้นโทษ เหตุลดโทษในกฎหมายอาญาไทย<sup>๘๐</sup>



ใจความสำคัญของ Ordnungswidrigkeit ปรากฏในมาตรา ๑ วรรคหนึ่ง ว่า การกระทำใดจะเป็นการกระทำผิดต่อกฎหมายเบียบ (Ordnungswidrigkeit) และถูกปรับ (Geldbuße) เมื่อครบเงื่อนไขดังนี้

๑. เป็นการกระทำครอบครองปะกอบทางกฎหมาย
๒. เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย (rechtswidrige Handlung) และ
๓. เป็นการกระทำที่ทำหนี้ได้ (vorwerfbare Handlung)

<sup>๗๔</sup> ถ้อยคำโดย หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา รศ. ๑๒๗, พิมพ์ครั้งที่ ๗ (กรุงเทพฯ : วิญญาณ, ๒๕๖๑), น. ๒๖. ผู้เขียนเห็นว่าแปลมาจากคำว่า “Schuld”.

<sup>๗๕</sup> คำแปลโดย คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๘, น. ๒๘๘.

<sup>๗๖</sup> คำแปลโดย สุรศิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๑, น. ๒๐.

<sup>๗๗</sup> คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๘, น. ๒๘๐.

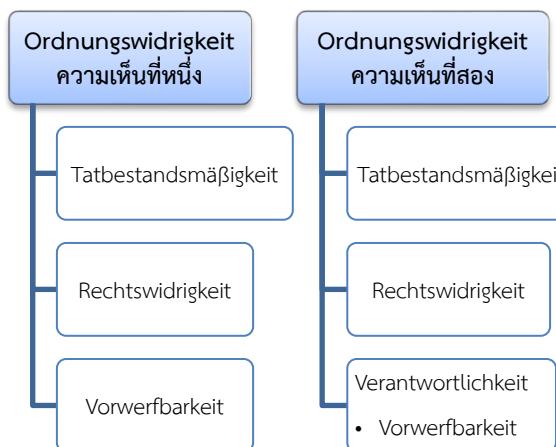
<sup>๗๘</sup> โปรดดู เพ็งอ้าง, น.๒๙๐ เชิงอรรถที่ ๑๕.

<sup>๗๙</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 49. Auflage 2019, Rn. 641.

<sup>๘๐</sup> คำอธิบายเรื่องความชั่วโดยปรับใช้กับกฎหมายอาญาไทย โปรดดู คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๘, น. ๒๘๗.

โครงสร้างความรับผิด *Ordnungswidrigkeit* กำหนดโครงสร้างในส่วนที่สาม แตกต่างจากโครงสร้างความรับผิดทางอาญาในทางถ้อยคำ พิจารณาตามมาตรา ๑ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วย *Ordnungswidrigkeiten* เรียกว่า “การทำหนี้ได้ (*Vorwerfbarkeit*)” เช่น ในเรื่องของผู้กระทำที่อายุไม่ถึง ๑๔ ปีบริบูรณ์ ไม่อาจทำหนี้ได้ จึงไม่เป็นความผิด *Ordnungswidrigkeit* โดยมีความเห็นว่าเป็นเจตนากรณ์ของผู้ร่างที่ต้องการให้ใช้ถ้อยคำที่แตกต่างจากกฎหมายอาญา<sup>๗๕</sup> โดยกำหนดให้ *Vorwerfbarkeit* เป็นโครงสร้างในส่วนที่สาม<sup>๗๖</sup> อย่างไรก็ตาม มีความเห็นอีกฝ่ายเห็นว่า หลักการว่าด้วยความชั่วนำมายังกับ *Ordnungswidrigkeit* ได้ด้วย<sup>๗๗</sup>

มีข้อสังเกตประการต่อมาว่า บางทำราชจัดให้ *Vorwerfbarkeit* จัดเป็นโครงสร้างย่อย อยู่ภายใต้องค์ประกอบ “ความรับผิดชอบ (*Verantwortlichkeit*)” แล้วให้ *Verantwortlichkeit* เป็นโครงสร้างในส่วนที่สาม ซึ่งเป็นไปตามซึ่งกันและกันของมาตรา ๑๒ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วย *Ordnungswidrigkeiten*<sup>๗๘</sup>



ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อมีการตรากฎหมายแยกออกจากกัน อีกทั้งใช้ถ้อยคำที่ต่างกัน ยอมมีเจตนากรณ์ว่าให้โครงสร้างความรับผิดของ *Ordnungswidrigkeit* แยกออกจากโครงสร้างความรับผิดทางอาญา อย่างไรก็ตาม แม้การใช้การตีความจะไม่ได้捺มาตราของกฎหมายอาญามาใช้โดยตรง แต่การตีความก็ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายอาญาอยู่ในเนื้อหา ตำราคำอธิบายเกี่ยวกับ *Ordnungswidrigkeit* ในปัจจุบัน ก็เขียนโดยนักกฎหมายอาญา จึงเป็นธรรมดายี่ห้อ *Ordnungswidrigkeit* จะมีความใกล้ชิดกับกฎหมายอาญามากกว่ากฎหมายปกครอง อันเป็นกฎหมายมหาชนในความหมายอย่างแคบ แต่กระนั้น ด้วยการบัญญัติถ้อยคำที่แตกต่างกันย่อมเลือกเห็นได้ว่า *Ordnungswidrigkeit* มีความเป็นกฎหมายเฉพาะที่สามารถพัฒนา

<sup>๗๕</sup> Vgl. Diethelm Klesczwski, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2. Auflage 2016, Rn. 320.

<sup>๗๖</sup> Kathi Gassner in : Gassner/Seith, *Ordnungswidrigkeitengesetz : Handkommentar*, 2. Auflage 2020, Einleitung Rn. 78; Erik Kraatz, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2020, § 4 Rn. 2.

<sup>๗๗</sup> Kindhäuser/Zimmermann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage 2020, § 1 Rn. 3 ; Wolfgang Mitsch, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2. Auflage 2005, § 10 Rn. 2.

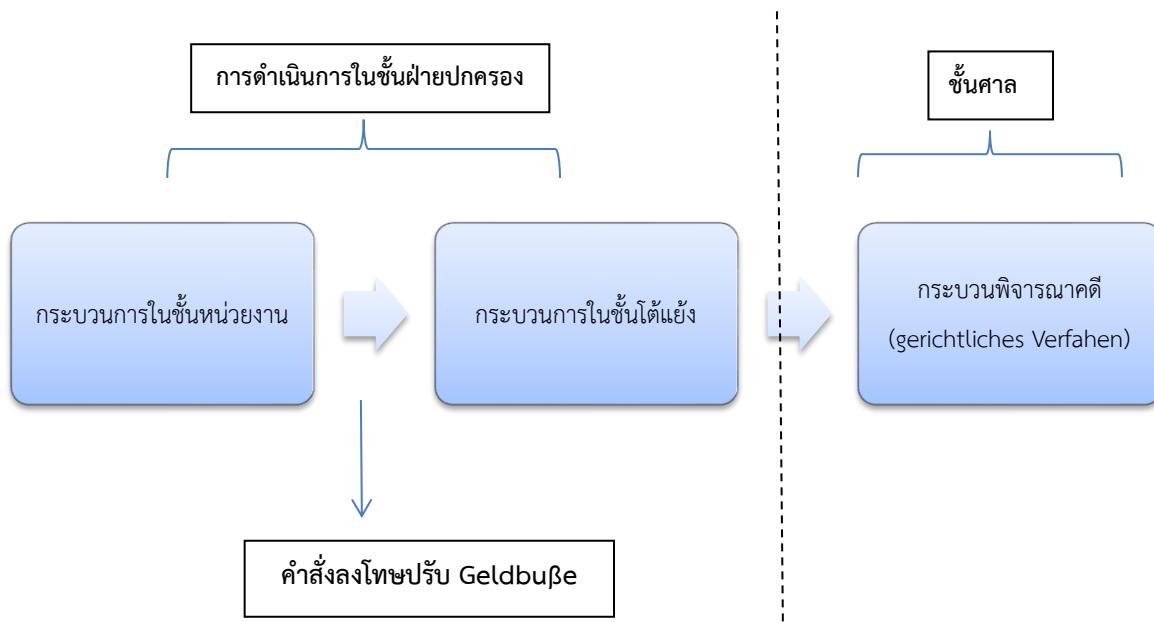
<sup>๗๘</sup> Jens Bülté, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 6. Auflage 2020, § 2 Rn. 52.

หลักกฎหมายของตนได้ อีกทั้งหลักการว่าด้วยความชี้ขาดของกฎหมายอาญาบางเรื่องก็ไม่มีปรากฏใน Vorwerfbarkeit ของ Ordnungswidrigkeit เช่น มาตรา ๒๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ว่าด้วยความสามารถในการทำซ่อมแซม (Verminderte Schuldfähigkeit) ไม่มีบทบัญญัติอันใกล้เคียงในรูปบัญญัติ ว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten<sup>๙๙</sup>

ผู้เขียนจึงเห็นว่า Ordnungswidrigkeit เป็นกฎหมายที่มีบทตัดโครงสร้างความรับผิด ที่แยกออกจากกฎหมายอาญา

### ๓.๔ ข้อพิจารณาเรื่องกระบวนการได้มาและการโต้แย้งคำสั่งลงโทษปรับ Geldbuße

การได้มาซึ่งคำสั่งลงโทษปรับ Geldbuße นั้น หลักการสำคัญ คือ เป็นการกระทำความผิด Ordnungswidrigkeit และกฎหมายบัญญัติชัดเจนว่าให้ลงโทษปรับ Geldbuße โดยในหลักการนั้น หน่วยงานฝ่ายปกครอง (Verwaltungsbehörde) เป็นผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งลงโทษปรับ หากมีการโต้แย้งคำสั่งจึงจะส่งเรื่องไปยังอัยการและศาลเป็นลำดับ แตกต่างจากวิธีพิจารณาความอาญาที่การลงโทษอาญา เป็นอำนาจของศาล



#### ๓.๔.๑ การดำเนินการในชั้นฝ่ายปกครอง : บทตัดกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง

การดำเนินการในชั้นฝ่ายปกครองของ Ordnungswidrigkeit นั้น แม้จะแบ่งคล้ายกับวิธีพิจารณาความอาญา แต่ก็เป็นการสมมตานกันระหว่างวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง (วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน) กับวิธีพิจารณาความอาญา<sup>๙๐</sup> โดยเริ่มจากการกระบวนการในชั้นหน่วยงาน

<sup>๙๙</sup> Wolfgang Mitsch, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Auflage 2005, § 10 Rn. 6.

<sup>๙๐</sup> Diethelm Klesczwski, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2. Auflage 2016, Rn. 683 ; Erik Kraatz, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2020, § 13 Rn. 2.

ซึ่งเทียบได้กับขั้นก่อนการฟ้องคดี (Vorverfahren) โดยมาตรา ๓๕ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten บัญญัติให้หน่วยงานฝ่ายปกครอง (Verwaltungsbehörde) เป็นผู้มีอำนาจในการสอบสวนการกระทำความผิด และออกคำสั่งลงโทษปรับ Geldbuße แม้รัฐบัญญัตินี้ไม่ได้ให้นิยามความหมายของคำว่า Verwaltungsbehörde ไว้ก็ตาม แต่พิจารณาได้ว่าเป็นการแบ่งแยกองค์กรผู้มีอำนาจลงโทษปรับ Geldbuße ออกจากอัยการและผู้พิพากษา<sup>๙๑</sup> การจัดโครงสร้างฝ่ายปกครองเป็นอำนาจของมลรัฐ (มาตรา ๘๔ ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือกฎหมายพื้นฐาน - Grundgesetz)<sup>๙๒</sup>

แม้การดำเนินการในขั้นฝ่ายปกครองเพื่อให้ได้มาซึ่งคำสั่งลงโทษปรับ Geldbuße จะพิจารณาได้ว่า เป็นการออกคำสั่งคล้ายกับคำสั่งทางปกครองก็ตาม เพราะคำสั่งลงโทษปรับ Geldbuße ครอบองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา ๓๕ วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติวิธิพิจารณาเรื่องทางปกครองหรือวิธิปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน (Verwaltungsverfahrensgesetz)<sup>๙๓</sup> ก็ตาม แต่มาตรา ๒ วรรคสอง บัญญัติไว้ชัดเจนว่า ไม่นำมาปรับใช้ทั้งกับเรื่องการสอบสวนทางอาญา (Strafverfolgung) และเรื่องการสอบสวนและการลงโทษจาก Ordnungswidrigkeit เหตุผลหนึ่งมองว่า กระบวนการเหล่านี้ ถูกบัญญัติเป็นการเฉพาะให้ใช้หลักการตามกฎหมายวิธิพิจารณาความอาญา<sup>๙๔</sup> โดยมาตรา ๔๖ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten บัญญัติเป็นหลักการว่า ทราบเท่าที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้ใช้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธิพิจารณาความอาญา และ Verwaltungsbehörde มีสิทธิและหน้าที่อย่างเช่น อัยการ เว้นแต่กฎหมายกำหนดเป็นอย่างอื่น

โดยสรุป แม้การดำเนินการเพื่อออกคำสั่งลงโทษปรับเป็นพินัยจะเป็นวิธิพิจารณาเรื่องทางปกครองแบบดั้งเดิม (ein klassisches Verwaltungsverfahren) ก็ตาม แต่ผู้ร่างกฎหมายได้บัญญัติตัดกฎหมายวิธิพิจารณาเรื่องทางปกครองไม่ให้นำมาบังคับใช้<sup>๙๕</sup> โดยให้นำกฎหมายวิธิพิจารณาความอาญา มาบังคับใช้แทนโดยอนุโลม

#### ๓.๔.๒ การโต้แย้งคำสั่งลงโทษปรับ Geldbuße : บทตัดอำนาจศาลปกครอง

เมื่อมีคำสั่งลงโทษปรับ Geldbuße ผู้ที่ได้รับคำสั่งลงโทษดังกล่าว มีสิทธิโต้แย้ง (Einspruch) ภายในสองสัปดาห์โดยทำเป็นหนังสือยื่นต่อหน่วยงานฝ่ายปกครอง (Verwaltungsbehörde) โดยมีผลเป็นการดังคับการตามคำสั่งดังกล่าวไปพลางก่อน (มาตรา ๖๗)<sup>๙๖</sup>

เมื่อมีการยื่นหนังสือข้างต้นต่อหน่วยงานฝ่ายปกครอง (Verwaltungsbehörde) แล้ว Verwaltungsbehörde จะทำการตรวจสอบเช่นไรต่าง ๆ และหากยังยืนยันคำสั่งตามเดิมนั้น Verwaltungsbehörde ต้องยื่นเรื่องต่ออัยการ เพื่อให้อัยการยื่นเรื่องต่อศาลชั้นต้น (Amtsgericht ซึ่งเทียบเคียงได้กับศาลแขวงในระบบกฎหมายไทย แต่มีข้อสังเกตว่าในร่างพระราชบัญญัติของไทยบัญญัติให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลจังหวัด)

<sup>๙๑</sup> Sebastian Seith in : Gassner/Seith, Ordnungswidrigkeitengesetz : Handkommentar, 2. Auflage 2020, § 35 Rn. 4.

<sup>๙๒</sup> Jens Bülte, Ordnungswidrigkeitenrecht, 6. Auflage 2020, § 3 Rn. 16.

<sup>๙๓</sup> Jens Bülte, Ordnungswidrigkeitenrecht, 6. Auflage 2020, § 3 Rn. 180 ; Diethelm Klesczwski, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2. Auflage 2016, Rn. 915.

<sup>๙๔</sup> Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz, 9. Auflage 2018, VwVfG § 2 Rn. 74 ff.

<sup>๙๕</sup> Kathi Gassner in : Gassner/Seith, Ordnungswidrigkeitengesetz : Handkommentar, 2. Auflage 2020, § 46 Rn. 4.

<sup>๙๖</sup> Vgl. Jens Bülte, Ordnungswidrigkeitenrecht, 6. Auflage 2020, § 3 Rn. 222.

ต่อไป เหตุที่ต้องยื่นต่อกาลยูติธรรมไม่ใช่ศาลปกครอง เนื่องจากรัฐบัญญัติว่าด้วย *Ordnungswidrigkeiten* บัญญัติตัดเขตอำนาจของศาลปกครอง โดยให้ฟ้องต่อ *Amtsgericht*<sup>๙๗</sup>

มีข้อสังเกตว่า คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (*Bundesverwaltungsgericht*) ลงวันที่ ๒๕ มีนาคม ค.ศ. ๑๙๖๖<sup>๙๘</sup> ซึ่งเป็นคำพิพากษาก่อนการใช้บังคับ รัฐบัญญัติว่าด้วย *Ordnungswidrigkeiten* ฉบับปี ค.ศ. ๑๙๖๔ วินิจฉัยว่า การดำเนินการในชั้นหน่วยงานเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการเตือน (Verwarnung) ลงโทษปรับ *Geldbuße* นั้น หลักการเดิมตามมาตรา ๒๒ แห่งรัฐบัญญัติการจราจร (*Straßenverkehrsgesetz - StVG*) ฉบับก่อนการแก้ไข ให้การโต้แย้งการเตือนให้จ่ายค่าธรรมเนียม (*gebührenpflichtige Verwarnung*) อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง โดยเป็นคำสั่งทางปกครอง (*Verwaltungsakt*) และรัฐบัญญัติว่าด้วย *Ordnungswidrigkeiten* ฉบับปี ค.ศ. ๑๙๕๒ ไม่ได้บัญญัติให้ *Verwarnung* เป็นส่วนหนึ่งของการออกคำสั่งปรับ (*Bußgeldverfahren*)<sup>๙๙</sup>

อย่างไรก็ตาม มาตรา ๖๒ แห่งรัฐบัญญัติฉบับปัจจุบัน บัญญัติชัดเจนว่า ให้ข้อโต้แย้งดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลยูติธรรม อันเป็นการเลิกหลักการเดิมตามรัฐบัญญัติการจราจร<sup>๑๐๐</sup> โดยมีตัวอย่างจากคำสั่งศาลปกครองชั้นสูง/ชั้นอุทธรณ์ (*Oberverwaltungsgericht*) แห่งนครแมดเบร์ค (Magdeburg) คลรัฐซัคเซิน-อันฮัลท์ (Sachsen-Anhalt) ซึ่งวินิจฉัยเรื่องเขตอำนาจไว้ว่า คำสั่งลงโทษปรับเป็นพินัย (*Bußgeldbescheid*) บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะตามรัฐบัญญัติระดับสหพันธ์ ("durch Bundesgesetz" ซึ่งในที่นี้ คือ รัฐบัญญัติว่าด้วย *Ordnungswidrigkeiten*) โดยบัญญัติให้การโต้แย้งคำสั่งลงโทษปรับ *Geldbuße* อยู่ในเขตอำนาจของศาลยูติธรรมระดับศาลชั้นต้น (*Amtsgericht*) ซึ่งเป็นศาลที่ตั้งอยู่ในเขตของหน่วยงานฝ่ายปกครอง (Bezirk die Verwaltungsbehörde ihren Sitz)<sup>๑๐๑</sup>

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า คำสั่งของศาลชั้นต้นได้วินิจฉัยโดยตั้งต้นจากการปรับบทเรื่องคดีปกครอง (หนทางสู่ศาลปกครอง - *Verwaltungsrechtsweg*) ตามมาตรา ๔๐ แห่งประมวลกฎหมายรายวิธีพิจารณาคดีปกครอง เป็นลำดับขั้นตอน กล่าวคือ ศาลได้วินิจฉัยว่า

๑. ข้อพิพาทนี้เป็นข้อพิพาทในทางกฎหมายมหาชน (eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit)

๒. ไม่ใช่เรื่องในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ (nichtverfassungsrechtlicher Art)

๓. อย่างไรก็ตาม มีรัฐบัญญัติระดับสหพันธ์บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่าให้อยู่ในอำนาจของศาลยูติธรรมระดับศาลชั้นต้น (die durch Bundesgesetz ausdrücklich den Amtsgerichten zur Entscheidung übertragen)

<sup>๙๗</sup> Vgl. *Diethelm Klesczwski*, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2. Auflage 2016, Rn. 683.

<sup>๙๘</sup> BVerwGE 24, 8 (Rn. 2 und 13).

<sup>๙๙</sup> Sebastian Seith in : Gassner/Seith, *Ordnungswidrigkeitengesetz : Handkommentar*, 2.

Auflage 2020, § 56 Rn. 2.

<sup>๑๐๐</sup> Erich Göhler, *OWIG*, 12. Auflage 1998, § 56 Rn. 37.

<sup>๑๐๑</sup> OVG Magdeburg Beschl. v. 31.3.2016 – 3 O 66/16, BeckRS 2016, 46942.

ผู้เขียนจึงเห็นว่า ลักษณะของ Ordnungswidrigkeiten และการปรับ Geldbuße เป็นคดีปกครองที่ศาลปกครองควรจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษา เพียงแต่ด้วยนิตินโยบายจึงกำหนดโดยอาศัยอำนาจของรัฐบัญญัติระดับสหพันธ์ บัญญัติตัดอำนาจศาลปกครองและให้คดีพิพากษาเกี่ยวกับ Ordnungswidrigkeiten ไปสู่ศาลยุติธรรม กล่าวคือ การที่ผู้ร่างกฎหมายกำหนดให้ข้อพิพาทดังกล่าวไปศาลยุติธรรมเป็นเรื่องนิตินโยบาย

### ๓.๕ ตัวอย่าง : ความผิดกรณีแจ้งย้ายที่อยู่อาศัยล่าช้ากว่าเวลาที่กำหนด

รัฐบัญญัติว่าด้วยการแจ้งทะเบียนราชภูมิแห่งสหพันธ์ (Bundesmeldegesetz) บัญญัติหน้าที่ของบุคคลที่พำนักอาศัยในสหพันธ์สาธารณะรัฐเยอรมนีว่า มีหน้าที่ต้องแจ้ง (Meldepflicht) ไม่ว่าจะเป็นการแจ้งย้ายเข้าที่อยู่อาศัย (Anmeldung) การแจ้งเปลี่ยนอยู่อาศัย (Ummeldung) หรือการแจ้งออกจากที่อยู่อาศัย (Abmeldung) เช่น มาตรา ๑๗ วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการแจ้งทะเบียนราชภูมิแห่งสหพันธ์ บัญญัติว่า ผู้ใดย้ายเข้าที่อยู่ ต้องแจ้งภายใน ๒ สัปดาห์ต่อหน่วยงานลงทะเบียน นับจากวันย้ายเข้าที่อยู่อาศัย (Wer eine Wohnung bezieht, hat sich innerhalb von zwei Wochen nach dem Einzug bei der Meldebehörde anzumelden.)

มาตรา ๔๔ วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการแจ้งทะเบียนราชภูมิแห่งสหพันธ์ บัญญัติว่า การแจ้งย้ายเข้าที่อยู่อาศัยไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นไปตามกำหนดเวลาโดยเจตนา (vorsätzlich) หรือโดยประมาท (fahrlässig) นั้น เป็นความผิด Ordnungswidrigkeit ซึ่ง มาตรา ๔๔ วรรคสาม บัญญัติว่า ความผิด Ordnungswidrigkeit นี้ สามารถปรับเป็น Geldbuße ได้สูงสุด ๑,๐๐๐ ยูโร

ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำความผิดกรณีแจ้งย้ายเข้าที่อยู่อาศัยล่าช้ากว่าเวลาที่กำหนด ไม่ได้กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมาย/นิติสมบัติแต่อย่างใด กล่าวคือ ไม่ได้กระทบกับสังคมหรือความสงบเรียบร้อยโดยรวม เพียงแต่เป็นการขัดต่อกฎระเบียบ ความผิดเช่นนี้จึงไม่อาจลงโทษด้วยโทษอาญาอันกระทบต่อสิทธิเสรีภาพอย่างร้ายแรงได้ หากกำหนดให้การลงโทษอันเนื่องมาจาก “ไปแจ้งล่าช้า ให้จำคุก” แล้วใชรั้ ย่อมไม่ได้สัดส่วน และผู้เขียนเห็นว่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความผิดเช่นนี้ จึงกำหนดเป็น Ordnungswidrigkeit

อย่างไรก็ตาม รัฐบัญญัติว่าด้วยการแจ้งทะเบียนราชภูมิแห่งสหพันธ์ บัญญัติแต่เพียงว่าการฝ่าฝืนไม่แจ้งในระยะเวลาเป็นความผิด Ordnungswidrigkeit ดังนั้น จึงต้องนำรัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten มาปรับใช้ในส่วนของการปรับ Geldbuße เช่น การที่มาตรา ๔๔ วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการแจ้งทะเบียนราชภูมิแห่งสหพันธ์ บัญญัติเรื่องผิด Ordnungswidrigkeit โดยเจตนา (vorsätzlich) หรือโดยประมาท (fahrlässig) นั้น เป็นไปตามมาตรา ๑๐ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeit ที่ว่า การกระทำใดจะผิด Ordnungswidrigkeit ได้ ต่อเมื่อการกระทำโดยเจตนา เว้นแต่กฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าให้การกระทำโดยประมาทผิด Ordnungswidrigkeit ด้วย เป็นต้น

ผู้เขียนจึงเห็นว่ารัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeit มีสถานะที่คล้ายกับกฎหมายอาญาภาคทั่วไปและคล้ายกับวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง (วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง) คือ หากกฎหมายไม่ได้บัญญัติเรื่องใดเป็นการเฉพาะ ให้นำหลักการในรัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeit มาปรับใช้

## ภาค ๒

### ข้อสังเกตต่อร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ....

#### เปรียบเทียบกับระบบกฎหมายเยอรมัน

#### ความเป็นองค์ต้น

ผู้เขียนได้อธิบายไว้ใน ภาค ๑ เกี่ยวกับหลักการพื้นฐานว่าด้วยการกระทำที่ขัดต่อกฎระเบียบ (Ordnungswidrigkeit) และการปรับเป็นพินัย/ค่าปรับ (Geldbuße) ในระบบกฎหมายเยอรมัน ในภาค ๒ นี้ ผู้เขียนมุ่งวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... ร่างพระราชบัญญัติตั้งกล่าวได้ระบุว่า นำกฎหมายของเยอรมันมาเป็นต้นแบบในการยกร่าง โดยมีบทความที่ผู้เขียนเห็นว่าเกี่ยวข้องกับร่างพระราชบัญญัติตั้งกล่าวโดยตรง ได้แก่ บทความของกรรมการร่างกฎหมายประจำ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง “ทำไมต้องปรับเป็นพินัย?” เมย์แพร์ในเว็บไซต์ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ ๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๔<sup>๑๐๒</sup> ในบทความดังกล่าวระบุว่า ได้นำผลการศึกษาระบบทกฎหมายประเทศเยอรมัน มาเป็นต้นแบบของร่างพระราชบัญญัติตั้งกล่าว และหลังจากการเปิดรับฟังความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... นั้น มีบทความที่ลงในสารกฤษฎีกาซึ่งมีสองตอน<sup>๑๐๓</sup> และผู้เขียนจะได้นำเสนอ ของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสงวงศ์ดี เรื่อง “โทษทางปกครอง : กฎหมายเปรียบเทียบ”<sup>๑๐๔</sup> มาประกอบการวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... ผู้เขียนแบ่งเนื้อหาของภาค ๒ ออกเป็น “ข้อสังเกตสี่ประการ” ดังนี้

#### ๑. ข้อสังเกตในด้านกฎหมายเปรียบเทียบ

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกາได้จัดทำร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... โดยเปิดรับฟังความคิดเห็นตั้งแต่วันที่ ๒๑ กรกฎาคม ๒๕๖๓ ถึงวันที่ ๗ สิงหาคม ๒๕๖๓<sup>๑๐๕</sup> ในบันทึกสำนักงานฯ ประกอบร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... ได้ระบุถึงที่มาของร่างพระราชบัญญัติตั้งกล่าวว่า

“... ทั้งนี้ โดยได้มีการศึกษาเปรียบเทียบกับแนวทางในต่างประเทศ โดยเฉพาะในประเทศไทยนี้ ที่มีการตรากฎหมายกลางขึ้นใช้บังคับกับการกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรงโดยลดขั้นตอนการพิจารณา และการกำหนดโทษให้เหมาะสมสมกับการกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรง โดยให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกำหนดค่าปรับ

<sup>๑๐๒</sup> ร่างลักษณ์ ลาพินี, “ทำไมต้องปรับเป็นพินัย”, จาก <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act13778.pdf>. สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๙ ตุลาคม ๒๕๖๔, บทความข้างต้นเผยแพร่ในเว็บไซต์ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ ๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๔ ภายหลังจากการเผยแพร่บทความเดิมของผู้เขียน (ฉบับเดือนมกราคม ๒๕๖๔) ในระบบอินทราเน็ตของสำนักงานศาลปกครอง

<sup>๑๐๓</sup> คันธ์ ชัยชนะ, “มาตรการทางกฎหมายสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรงในประเทศไทย กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) ตอนที่ ๑”, ใน วารสารกฤษฎีกา เล่ม ๑ ตอน ๒ เดือนเมษายน ๒๕๖๔, น. ๗๒ ; คันธ์ ชัยชนะ, “มาตรการทางกฎหมายสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรงในประเทศไทย กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) ตอนที่ ๒”, ใน วารสารกฤษฎีกา เล่ม ๑ ตอน ๓ เดือนกรกฎาคม ๒๕๖๔, น. ๑๗.

<sup>๑๐๔</sup> ชาญชัย แสงวงศ์ดี, โทษทางปกครอง : กฎหมายเปรียบเทียบ, (กรุงเทพฯ : วิญญาณ, ๒๕๖๓).

<sup>๑๐๕</sup> “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ....”, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, จาก <https://www.krisdika.go.th/data/comment/bill/bill241.pdf>. สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๙ ตุลาคม ๒๕๖๔

ที่ผู้กระทำความผิดต้องชำระ ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่ยินยอมชำระค่าปรับ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องฟ้องคดีต่อศาลอาญาต่อไป ในขณะที่ประเทศไทยรังสิเสมาไม่มีการตรากฎหมายกลางขึ้นใช้งบคับ แต่ได้ให้อำนาเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจจออกคำสั่งกำหนดโทษปรับทางปกครอง [ที่ถูกต้อง คือ โทษปรับทางปกครอง - ผู้เขียน] และถือว่าการออกคำสั่งกำหนดค่าปรับทางปกครองเป็นคำสั่งทางปกครอง หากผู้กระทำความผิดไม่ยินยอมชำระค่าปรับหรือเมื่อข้อโต้แย้งจะต้องยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อให้มีการเพิกถอนคำสั่ง ซึ่งคณะกรรมการพัฒนาภูมายได้ใช้แนวทางของประเทศไทยรัตน์เนื่องจากเห็นว่าจะทำให้มีหลักเกณฑ์กลางในการพิจารณาและกำหนดมาตรการในการลงโทษที่ชัดเจน เป็นธรรม และคุ้มครองสิทธิของประชาชนได้ดีกว่า"

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้จัดทำรายงานสรุปผลการรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... ในเดือนธันวาคม ๒๕๖๓<sup>๑๐๖</sup> ซึ่งในหัวข้อที่ ๓.๒ “ต่างประเทศแก้ปัญหานี้อย่างไร (ถ้ามี) และการดำเนินการดังกล่าวเหมาะสมสมกับสังคมไทยหรือไม่ อย่างไร” ได้ยกตัวอย่างมาทั้งสิ้น ๔ ประเทศ ได้แก่ ประเทศไทยเยอรมนี ประเทศโปรตุเกส ประเทศอิตาลี และประเทศฝรั่งเศส<sup>๑๐๗</sup> แต่โดยทั่วไปที่สุดได้ใช้กฎหมายของประเทศไทยเยอรมนีเป็นต้นแบบในการยกร่าง

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะเริ่มต้นจากการวิเคราะห์ผ่านทางหลักกฎหมายเบรียบเทียบโดยเบรียบเทียบทั้งในแง่ของการขยายประเทศที่ทำการศึกษาและขยายในแง่ของตำแหน่งคำอธิบายของนักกฎหมายเยอรมัน

### ๑.๑ หลักการว่าด้วยกฎหมายเบรียบเที่ยบ

การศึกษากฎหมายเบรียบเทียบเพื่อวิเคราะห์พัฒนากฎหมายนั้น มีวิธีการเลือกประเทศและแบ่ง “กลุ่มประเทศ” หลายวิธี ผู้เขียนเห็นว่า วิธีที่มักใช้แพร่หลายในประเทศไทยคือ การแบ่งระบบกฎหมายออกเป็นชีวิลลอร์ (Civil Law) เช่น กลุ่มประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป และคอมมอนลอร์ (Common Law) เช่น กลุ่มที่ได้รับอิทธิพลจากสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา<sup>๑๐๙</sup> อย่างไรก็ตาม เมื่อศึกษาในทางตรงกันข้าม เบรียบเทียบจะพบวิธีการและการแบ่งย่อยออกไปหลายแบบ

ในกลุ่มกฎหมายซีวิลลาร์หรือกฎหมายภาคพื้นทวีปยุโรป มีการแบ่งออกเป็นกลุ่มย่อย วิธีการประการหนึ่งที่ใช้แบ่ง คือ การแบ่งออกเป็นกลุ่ม The Romanistic Legal Family ภายใต้การนำของประเทศฝรั่งเศส และกลุ่ม The Germanic Legal Family ภายใต้การนำของประเทศเยอรมนี ซึ่งเป็นการแบ่งตามแนวคิดของ Konrad Zweigert และ Hein Kötz จากการวิเคราะห์พัฒนาการทางประวัติศาสตร์

๑๐๙ “รายงานสรุปผลการรับฟังความคิดเห็นร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพนัย พ.ศ. ....”, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, จาก <https://www.krisdika.go.th/data/news/news14412.pdf>. สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๘ ตุลาคม ๒๕๖๔

๑๐๗ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ในบันทึกสำนักงานฯ ประกอบร่างฉบับเปิดรับฟังความคิดเห็นตั้งแต่วันที่ ๒๑ กรกฎาคม ๒๕๖๓ ถึงวันที่ ๗ สิงหาคม ๒๕๖๓ ระบุตัวอย่างประเทศไทยที่ทำการศึกษาเบรียบเทียบมาแต่เพียงประเทศไทยอยู่ใน  
ระยะประเทศริบูน

๑๐๕ ตัวอย่างการแบ่งข้างต้น ดู กิตติศักดิ์ ประกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้ขันติรีในระบบชีวิลลอร์ และคอมมอนลอร์, พิมพ์ครั้งที่ ๖ (กรุงเทพ : วิญญาณชน, ๒๕๖๐) ; ชาญชัย แสงศักดิ์, อังวัลลั่ว เชิงอรรถที่ ๑๐๔, น. ๒๒๙.

ของกฎหมายที่แตกต่างกัน<sup>๑๐๙</sup> ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีการจัดกลุ่ม The Germanic Legal Family มีแนวคิดในเรื่องของภาษาที่ใช้ร่วมกัน คือ ภาษาเยอรมัน<sup>๑๑๐</sup>

### ๑.๑.๑ ข้อสังเกตต่อการขยายกฎหมายเยอรมันเป็นต้นแบบ

ดังที่ผู้เขียนได้เริ่มต้นอธิบายในบทความภาค ๑ ว่า แม้รัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten เริ่มตราขึ้นและใช้คำว่า Ordnungswidrigkeiten ซึ่งผู้เขียนแปลว่า “การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายเป็นปีบ” และคำว่า Geldbuße ซึ่งผู้เขียนแปลว่า “ค่าปรับ” (ตอบผู้เขียนจะใช้การหักค่าพัสดุภาษาเยอรมัน) ในยุคสมัยนี้ก็ตาม แต่แนวคิดเรื่องการเปลี่ยนโโทษบางประการที่เป็นเพียงการกระทำขัดต่อกฎหมายเป็นฝ่ายปกครองหรือการกระทำผิดในทางปกครอง (Verwaltungsdelikt) ที่ไม่ได้ถึงขนาดเป็นความผิดทางอาญาหรือการกระทำผิดในทางอาญา/การยุติธรรม (Justizdelikt) ว่าไม่ให้เป็นเรื่องความผิดตามกฎหมายอาญาซึ่น แนวคิดดังกล่าวนี้ ผู้มีอิทธิพลต่อแนวคิดในยุคต้นปี ค.ศ. ๑๙๐๐ คือ James Goldschmidt ซึ่งใช้คำว่า “Verwaltungsstrafrecht” โดยผู้เขียนแปลว่า “กฎหมายว่าด้วยการลงโทษทางปกครอง”<sup>๑๑๑</sup> จากการตีความเจตนาของ James Goldschmidt

อย่างไรก็ตาม ในการร่างรัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten ช่วงต้นปี ค.ศ. ๑๙๕๐ นั้น ได้รับอิทธิพลจาก Eberhard Schmidt ซึ่งแม้ว่าในเอกสารประกอบการร่างกฎหมายเยอรมัน จะระบุว่าได้รับอิทธิพลจาก James Goldschmidt ก็ตาม แต่รัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten ของประเทศเยอรมันนีก็ตราขึ้นภายใต้อิทธิพลของกฎหมายอาญามากกว่ากฎหมายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องทางสารบัญยุติคดี (องค์ประกอบความผิด) ทางวิธีสบัญญัติคดี และเขตอำนาจศาลเป็นของศาลยุติธรรม (ศาล Amtsgericht เพียงได้กับศาลแขวง)<sup>๑๑๒</sup> ผู้เขียนกล่าวโดยสรุปในขั้นนี้ได้ว่า ประเทศเยอรมันมีแนวคิดลดความผิดที่จะนำไปสู่โทษทางอาญาให้กลایเป็นความผิดที่ไม่เรียกว่าอาญา แต่ใช้โครงสร้างของกฎหมายอาญา เป็นต้นแบบ ซึ่งศาสตราจารย์พิเศษ ดร. ชาญชัย แสงศักดิ์ ให้ความเห็นว่า “ระบบกฎหมายของต่างประเทศ มีวิถีทางการทางนิตินโยบายไปในทางเดียวกัน คือ ลด-เลิก โทษอาญา เพื่อแก้ปัญหา ‘กฎหมายอาญาเพ้อ’”<sup>๑๑๓</sup> อีกทั้งในช่วงเริ่มต้นของการก่อตั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ผู้ร่างกฎหมายเยอรมันเห็นว่าศาลปกครอง ในขณะนั้นยังมีจำนวนน้อย จึงกำหนดให้ข้อพิพาทอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม และนับจากการตรา รัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten ฉบับปี ค.ศ. ๑๙๕๒ และกฎหมายฉบับต่อ ๆ มา เรื่องนี้จึงอยู่ในฝั่งค่อนไปทางกฎหมายอาญา<sup>๑๑๔</sup> และกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม

<sup>๑๐๙</sup> รายละเอียดปรากฏใน Chapter 5-13 ของ Konrad Zweigert and Hein Kötz, An Introduction to Comparative Law, trans by Tony Weir, Third Edition (Oxford: Oxford University Press, Reprinted 2011).

<sup>๑๑๐</sup> ตัวอย่างบทความที่อธิบายพัฒนาการของกฎหมายเบรเยินเทียบในกลุ่มประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมัน เช่น เยอรมัน สวิสเซอร์แลนด์ และออสเตรีย See Ingeborg Schwenzer, “Development of Comparative Law in Germany, Switzerland, and Austria”, in Mathias Reimann and Reinhart Zimmermann (Editor), The Oxford Handbook of Comparative Law, (2006), p. 69.

<sup>๑๑๑</sup> เทียบ จากคำแปลว่า “กฎหมายอาญาทางปกครอง” โดย คนนั้นที่ ชัยชนะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๐๓, น. ๗๖.

<sup>๑๑๒</sup> รายละเอียด ดู บทความ ภาค ๑ ข้อ ๒.๑ ยุคสมัยก่อนการตรา รัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten.

<sup>๑๑๓</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๐๔, น. ๓๓๖.

<sup>๑๑๔</sup> รายละเอียด ดู บทความ ภาค ๑ ข้อ ๓.๓.๑ ตำแหน่งแห่งที่ในเดนกฎหมาย (Standort).

มีข้อที่น่าพิจารณาประกอบต่อไปว่า ในช่วงของการตรากฎหมาย ประเทศไทยมี  
ยังไม่มีการตรารัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง (วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง) มีแต่เพียงกฎหมาย  
ที่บัญญัติในแต่ละมูลรัฐ ซึ่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองระดับสหพันธรัฐฯขึ้นในปี ค.ศ. ๑๙๗๖<sup>๑๑๕</sup>  
ผู้เขียนเห็นว่า กรณีดังกล่าวเป็นเหตุหนึ่งที่การร่างกฎหมายของเยอรมันใช้แนวทางของกฎหมายอาญา  
และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตั้งแต่ต้น เพราะ ณ ขณะที่ร่างกฎหมาย ไม่มีกฎหมายตั้งแบบว่าด้วย  
วิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองในระดับสหพันธรัฐ พัฒนาการดังกล่าวใกล้เคียงกับพัฒนาการของวิธีพิจารณา  
เรื่องทางวินัย (การดำเนินการทางวินัย) ของเยอรมัน ซึ่งเดิมใช้แนวทางของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา  
แต่ปัจจุบันใช้แนวทางของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง<sup>๑๑๖</sup>

### ๑.๑.๒ ข้อสังเกตต่อการไม่หยburyระบบกฎหมายอสเตรีย<sup>๑๑๗</sup>

การแบ่งกลุ่มประเทศที่มีกฎหมายจากเยอรมัน เช่น ประเทศสหพันธ์  
สาธารณรัฐเยอรมันและประเทศสาธารณรัฐอสเตรีย ทั้งสองประเทศนี้ใช้ภาษาเยอรมันเป็นภาษากองทางการ  
(ภาษาการ)<sup>๑๑๘</sup> แม้ทั้งสองประเทศจะไม่ใช่ประเทศเดียวกัน แต่ทั้งสองประเทศมีประวัติศาสตร์ร่วมกัน  
มาอย่างยาวนาน วัฒนธรรมก็มีความคล้ายคลึงกัน รวมถึงวัฒนธรรมด้านกฎหมายด้วย ผู้เขียนจึงเห็นว่า  
หากนำระบบกฎหมายของอสเตรียมาร่วมศึกษาด้วย ก็จะได้มีข้อมูลเบรียบเทียบในการร่างกฎหมายของไทย  
มากขึ้น

<sup>๑๑๕</sup> BGBl. 1976 I, S. 1253. รายละเอียดเกี่ยวกับพัฒนาการของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง Siehe Schönenbroicher, in : Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), VwVfG : Großkommentar, 2. Auflage 2019, §1 Rn. 9ff.

<sup>๑๑๖</sup> รายละเอียด ดู วันรัฐ ตามนิยม, “จาก “โทษทางวินัย (Disziplinarstrafe)” สู่ “มาตรการทางวินัย (Disziplinarmahnung)” : พัฒนาการของถ้อยคำในระบบกฎหมายเยอรมัน”, ใน วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๒๐ ฉบับที่ ๔ (ตุลาคม-ธันวาคม) ๒๕๖๓, น. ๔๒-๔๖.

<sup>๑๑๗</sup> ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ในบทความของ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงศ์, “ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับการทำหนี้โทษ  
ทางปกครองในการตรากฎหมาย”, ในการสัมมนา เรื่อง “หลักเกณฑ์การทำหนี้โทษทางปกครองในการตรากฎหมาย”,  
จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการคุณวีดีกา, กรุงเทพ, ๒๕๖๐ : น. ๔๓ ได้มีการศึกษาระบบทุกประการของอสเตรียด้วย  
แต่ในร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพนัย พ.ศ. .... ไม่ปรากฏการกล่าวถึงระบบกฎหมายอสเตรียแต่อย่างใด

<sup>๑๑๘</sup> ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีของประเทศที่มีรูปแบบของรัฐเป็นแบบสาธารณรัฐ ควรใช้คำว่า “รัฐการ”  
ผู้เขียนเทียบกับแนวทางการแปลถ้อยคำจากตัวอย่างการใช้คำว่า “ข้ารัฐการ” (ข้าราชการ) “รัฐการ” (ราชการ) ดู ไฟโรจน์ ชัยนาม,  
“โรงเรียนข้ารัฐการพลเรือนฝรั่งเศส”, ใน ๑๐๐ ปี ชาติกาล ศาสตราจารย์ไฟโรจน์ ชัยนาม : หนังสือที่ระลึกเนื่อในงานรัฐกิจ  
ศาสตราจารย์ไฟโรจน์ ชัยนาม, (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๔), น.๑๗ ; นันทวัฒน์ บรรمانันท์,  
กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส : ข้อคิดเพื่อการปรับปรุงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไทย, (กรุงเทพฯ : สถาบัน  
นโยบายศึกษา, ๒๕๔๑), น. ๑๖๖-๑๖๗. และนันทวัฒน์ บรรمانันท์, หลักกฎหมายปกครองเที่ยวกับบริการสาธารณะ,  
(กรุงเทพฯ : วิญญาณ, ๒๕๖๐), น. ๑๐๑ ; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครองเบรียบเทียบ : ความรับผิดชอบของรัฐในระบบ  
กฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และอังกฤษ, (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๕), น. ๒๐-๒๑ ; ชาญชัย แสงศักดิ์,  
ความรับผิดชอบของรัฐ : ความรับผิดทางละเมิดและความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด, (กรุงเทพฯ : วิญญาณ, ๒๕๖๓),  
น. ๖๖. เรื่องเดียวกัน วันรัฐ ตามนิยม, “จาก “โทษทางวินัย (Disziplinarstrafe)” สู่ “มาตรการทางวินัย (Disziplinarmahnung)” :  
พัฒนาการของถ้อยคำในระบบกฎหมายเยอรมัน,” ใน วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๒๐ ฉบับที่ ๔ (ตุลาคม-ธันวาคม)  
๒๕๖๓, น. ๔๓ เขิงอรรถที่ ๑๐๒

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า หากพิจารณาเริ่มต้นจากการของ James Goldschmidt ซึ่งใช้คำว่า “Verwaltungsstrafrecht” นั้น แม้ถ้อยคำว่า Verwaltungsstrafrecht จะไม่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมันแล้วก็ตาม แต่หากศึกษาประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมันเป็นภาษาของทางการ เช่นเดียวกัน อีกประเทศหนึ่ง คือ สาธารณรัฐอสเตรีย คำว่า Verwaltungsstrafrecht ปรากฏใน Verwaltungsstrafgesetz (1991)<sup>๑๗</sup> ซึ่งแปลได้ว่า “รัฐบัญญัติว่าด้วยการลงโทษทางปกครอง” กฎหมายฉบับนี้ผู้เขียนเห็นว่า มีหลักการ ที่คล้ายคลึงกับของประเทศไทยอยู่ในเรื่องของการลงโทษทางปกครอง ที่จะนำไปสู่โทษทางอาญาให้น้อยลง และโครงสร้างของกฎหมาย แต่ความแตกต่างที่สำคัญ คือ ประเทศไทยอสเตรียกำหนดให้เรื่องการลงโทษ ทางปกครองเป็นเรื่องในแผนกฎหมายปกครอง พิจารณาได้จากมาตรา ๒๔ แห่ง Verwaltungsstrafgesetz บัญญัติให้นำวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง (วิธีปฏิบัตรราชการทางปกครอง) มาใช้เป็นบทกฎหมายทั่วไป ตราบเท่าที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น (leges speciales)<sup>๑๘</sup> และมาตรา ๓๗ ถึง ๕๒ แห่งรัฐบัญญัติ วิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz) บัญญัติให้ข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงโทษ ทางปกครอง (Verwaltungsstrafsachen) อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง<sup>๑๙</sup> โดยศาตราจารย์พิเศษ ดร. ชาญชัย แสงศักดิ์ เห็นว่า กรณีของประเทศไทยเป็น “ประเทศที่ยังคงยึดมั่นในอารีตประเพณี ในการให้อำนาจในการลงโทษทางปกครองแก่ฝ่ายปกครอง”<sup>๒๐</sup>

อย่างไรก็ตาม รายงานสรุปผลการรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... ในเดือนธันวาคม ๒๕๖๓ ระบุว่า ได้ทำการศึกษาทั้งสิ้น ๔ ประเทศ ได้แก่ ประเทศไทยเยอรมันี ประเทศโปรตุเกส ประเทศอิตาลี และประเทศฝรั่งเศส โดยไม่ได้ยกตัวอย่างของประเทศอสเตรีย ทั้งนี้ Erich Göhler ให้ข้อสังเกตว่า ประเทศกรีซ ประเทศอิตาลี ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศโปรตุเกส ตรากฎหมายที่ถ้อยคำแทบทะรังกันกับกฎหมายเยอรมัน (“dort ist unser OWiG in weiten Teilen fast wörtlich übernommen”)<sup>๑๒๒</sup> สอดคล้องกับรายงานสรุปผลการรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... ในเดือนธันวาคม ๒๕๖๓ และบทความของกรรมการร่างกฎหมายประจำสำนักงานคณะกรรมการคุณธรรมวิชาการ ที่เห็นว่า ประเทศโปรตุเกส และประเทศอิตาลีนำแนวคิดมาจากการเยอรมัน<sup>๑๒๓</sup>

กรณีนี้ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. ชาลซ์ย แสวงศักดิ์ ให้ความเห็นว่า

“ในปัจจุบัน ผู้ที่จะถูกดำเนินการเกี่ยวกับโทษทางปกครองก็ได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครองอยู่แล้ว กรณีจึงน่าจะไม่มีเหตุผลความจำเป็นใดที่จะเปลี่ยนสาขาของกฎหมายจากกฎหมายปกครองให้กลายไปเป็นกฎหมายอาญา เพียงเพื่อให้เป็นไปตามแนวทางของกฎหมาย

<sup>167</sup> Hengstschläger/Leeb, Verwaltungsverfahrensrecht, (Österreich) 6. Auflage 2018, Rn. 774.

©100 Grabenwarter/Fister, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, (Österreich) 6.

Auflage 2019, S. 212 und 290.

๑๒๑ ชาญชัย แสงวงศ์กิตติ์ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๐๔. น. ๔๙.

๑๒๒ Erich Göhler, OWIG, 12. Auflage 1998, Einl. Bn. 11.

๑๒๓ “รายงานสรุปผลการรับฟังความคิดเห็นร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพนัย พ.ศ. ....”, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๙ ตุลาคม ๒๕๖๔, จาก <https://www.krisdika.go.th/data/news/news14412.pdf> : น. ๔ ; สำเร็จลักษณ์ ลาพินี, “ทำไม่ต้องปรับเป็นพนัย”, สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๙ ตุลาคม ๒๕๖๔, จาก <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act13778.pdf> : น. ๔-๕.

ของสหพันธ์สาธารณะรัฐเยอรมันเพียงประเทศเดียว ทั้ง ๆ ที่ระบบกฎหมายไทยได้นำแนวทางของระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและที่ถือว่าโทษทางปกครองเป็นเรื่องของกฎหมายปกครองมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติต่าง ๆ มาตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๕ แล้ว”<sup>๑๒๔</sup>

### ๑.๒ ข้อสังเกตต่อแนวคิดของนักกฎหมายเยอรมัน

เมื่อพิจารณาจากงานทางวิชาการของนักกฎหมายเยอรมัน นับแต่การตราพระราชบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน ผู้เขียนได้สำรวจงานทางวิชาการที่ตีพิมพ์ในเยอรมันนีพบว่า ส่วนใหญ่แต่ต่ำเป็นนักกฎหมายอาชญา แต่ในช่วงหลังมีตำราที่อธิบายกฎหมายโดยใช้หลักทางปกครอง และกฎหมายปกครองมากขึ้น

#### ๑.๒.๑ แนวคิดในงานวิชาการของนักกฎหมายอาชญา

งานเขียนของนักกฎหมายอาชญา มีทั้งในคำอธิบายกฎหมายอาชญาภาคทั่วไป (Strafrecht Allgemeiner Teil) และคำอธิบายกฎหมาย Ordnungswidrigkeiten โดยในกรณีของคำอธิบายกฎหมายอาชญาภาคทั่วไป ผู้เขียนของกตัวอย่างงานของ Klaus Roxin (ปัจจุบันมี Luis Greco เป็นผู้แต่งร่วม) ซึ่งเป็นนักกฎหมายอาชญาที่ตำราได้รับการอ้างอิงมาก รวมถึงการอ้างอิงในตำราของนักกฎหมายไทย Klaus Roxin เห็นว่า กฎหมายอาชญาประกอบไปด้วยบทบัญญัติทางกฎหมายที่ส่งผลทางกฎหมายเป็นการลงโทษตามมาตรการทางอาชญา ไม่ว่าจะเป็นโทษหลัก (Hauptstrafe) เช่น โทษจำคุกและโทษปรับทางอาชญา หรือโทษข้างเคียง (Nebenstrafe) เช่น โทษกักขังและโทษริบทรัพย์ และเห็นว่ากฎหมายอาชญาเป็นกฎหมายมหาชนในความหมายอย่างกว้าง ส่วนกฎหมาย Ordnungswidrigkeit เป็นกฎหมายที่แม้จะเหมือนหรือคล้ายกฎหมายอาชญา ก็ตาม แต่ไม่ใช่กฎหมายอาชญาเพระมาตรา ๑ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten บัญญัติองค์ประกอบทางกฎหมายว่า “ลงโทษปรับเป็น Geldbuße”<sup>๑๒๖</sup>

ส่วนคำอธิบายกฎหมาย Ordnungswidrigkeiten นั้น ส่วนใหญ่เขียนโดยนักกฎหมายอาชญา เช่น Wolfgang Mitsch ศาสตราจารย์สาขาวิชากฎหมายอาชญาแห่งมหาวิทยาลัย Potsdam เห็นว่า กฎหมาย Ordnungswidrigkeiten เป็นกฎหมายมหาชน ซึ่งกฎหมายอาชญาที่เป็นกฎหมายมหาชนด้วยพิจารณาต่อได้ว่า กฎหมาย Ordnungswidrigkeiten เป็นกฎหมายอาชญาในความหมายอย่างกว้างว่าด้วยการลงโทษ แต่ไม่ใช่กฎหมายอาชญาในความหมายอย่างแคบว่าด้วยการลงโทษทางอาชญา (Kriminalstrafrecht)<sup>๑๒๗</sup> ข้อพิจารณาที่สำคัญอยู่ที่ว่า ความแตกต่างระหว่างองค์ประกอบ Ordnungswidrigkeiten กับองค์ประกอบความรับผิดทางอาชญา นั้น องค์ประกอบ Ordnungswidrigkeiten ไม่นำบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาชญา มาปรับใช้โดยตรง รวมถึงการไม่นำมาตรการในทางกฎหมายอาชญามาปรับใช้ ส่วนวิธีการหรือขั้นตอนในการดำเนินคดี มีทั้งที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะและการนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาปรับใช้อย่างไรก็ตาม องค์ประกอบ Ordnungswidrigkeiten ในแห่งเนื้อหาที่มีการนำเรื่องทางอาชญามาปรับใช้อย่างเรื่อง การทำหนี้ได้ (Vorwerfbarkeit) นั้น ได้นำเรื่องความชั่ว (Schuld) ในกฎหมายอาชญามาปรับใช้<sup>๑๒๘</sup>

<sup>๑๒๔</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๐๔, น. ๓๓๙.

<sup>๑๒๕</sup> เช่น สุรศิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์, วิเคราะห์คำพิพากษาศาลมีการด้วยหลักกฎหมายอาชญาเยอรมัน, (กรุงเทพฯ : เจริญรัฐการพิมพ์, ๒๕๔๘), น. ๒๕.

<sup>๑๒๖</sup> Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage 2020, § 1 Rn. 1f. und 6.

<sup>๑๒๗</sup> Wolfgang Mitsch, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Auflage 2005, § 1 Rn. 1ff.

<sup>๑๒๘</sup> Wolfgang Mitsch, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Auflage 2005, § 3 Rn. 1ff.

ผู้เขียนเห็นว่าคำอธิบายของ Wolfgang Mitsch เป็นการอธิบายไปในทางกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา ส่วนตัวของ Jens Bülte (รับช่วงเขียนตำราต่อจาก Joachim Bohnert) ก็เห็นไปทางเดียวกันว่า Ordnungswidrigkeiten เป็นเรื่องที่ใกล้ชิดกับกฎหมายอาญาในความหมายอย่างกว้าง<sup>๑๒๙</sup>

อย่างไรก็ตาม ตำราคำอธิบายกฎหมาย Ordnungswidrigkeiten ของ Diethelm Klesczewski นักกฎหมายอาญาที่เขียนตำรากฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แม้จะอธิบายว่าองค์ประกอบความรับผิด Ordnungswidrigkeiten จะคล้ายกับองค์ประกอบความรับผิดทางอาญา ก็ตาม<sup>๑๓๐</sup> แต่ก็ได้อธิบายในส่วนของการพิจารณาการออกคำสั่งปรับในชั้นเจ้าหน้าที่ว่า แม้จะใช้วิธีพิจารณาความอาญาเป็นพื้นฐาน แต่การพิจารณาการออกคำสั่งก็เป็นการผสมผสานกันระหว่างวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง (วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง) และวิธีพิจารณาความอาญา<sup>๑๓๑</sup>

#### ๑.๒.๒ แนวคิดในงานวิชาการที่นำมุมองกฎหมายปกครองมาประกอบการอธิบาย คำอธิบายกฎหมาย Ordnungswidrigkeit อีกกลุ่มนึงได้นำแนวคิด

ในการปกครองและกฎหมายปกครองมาอธิบาย แตกต่างจากการอธิบายโดยนักกฎหมายอาญา โดยส่วนใหญ่ (ดังที่ผู้เขียนอธิบายไว้ในหัวข้อ ๑.๒.๑)

Kathi Gassner ซึ่งเป็นผู้เขียนตำราและผู้สอนวิชากฎหมายว่าด้วยการกระทำที่ขัดต่อกฎระเบียบ (Ordnungswidrigkeitenrecht) และกฎหมายปกครอง เป็นผู้บรรยายในวิทยาลัยการปกครอง (Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung) ตำราเล่มดังกล่าวตีพิมพ์เมื่อปลายปีค.ศ. ๒๐๒๑ โดย Kathi Gassner เขียนอธิบายในมุมมองของหน่วยงานฝ่ายปกครอง (Perspektive der Verwaltungsbehörde)<sup>๑๓๒</sup> ว่า แม้ Ordnungswidrigkeitenrecht เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายมหาชนในความหมายอย่างกว้างซึ่งรวมถึงกฎหมายอาญา ก็ตาม แต่ความผิดทางอาญา (Straftaten) ต้องลงโทษโดยคำพิพากษาของศาล ส่วน Ordnungswidrigkeiten ในชั้นแรกลงโทษปรับโดยคำสั่งปรับของหน่วยงานฝ่ายปกครอง ดังนั้n Kathi Gassner จึงเห็นว่ากฎหมายว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten เป็นกฎหมายที่มีหลักกฎหมายเป็นเขตแดนของตนเอง แต่มีจุดเชื่อมโยงกันระหว่างกฎหมายอาญาและกฎหมายปกครอง<sup>๑๓๓</sup>

#### ๑.๓ สรุป

ในเชิงของกฎหมายเปรียบเทียบ ผู้เขียนเห็นว่า ที่มาของกฎหมาย Ordnungswidrigkeiten เยอร์มันมีที่มาที่ผูกติดกับประวัติศาสตร์ในขณะที่มีการตรากฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายฉบับแรกที่ตราขึ้นเกี่ยวกับ Ordnungswidrigkeiten เป็นยุคที่เพิ่งผ่านพ้นสมัยโลกครั้งที่ ๒ มาไม่นาน ประเทศเยอรมนีซึ่งเป็นฝ่ายที่แพ้สงครามและประทศถูกยึดครองโดยฝ่ายสัมพันธมิตร การจัดตั้งศาลปกครองยังไม่ทั่วถึงเท่ากับศาลาญติธรรม อีกทั้งร่างกฎหมายได้รับอิทธิพลจากนักกฎหมายอาญา โดยเฉพาะจาก Eberhard Schmidt ซึ่งเป็นธรรมดายที่กฎหมายซึ่งได้รับอิทธิพลจากกฎหมายอาญาดังนี้เริ่มต้น ย่อมได้รับการอธิบายและวางรากฐานโดยใช้หลักกฎหมายอาญา แม้ว่าองค์ประกอบของกฎหมายทั้งสองจะบัญญัติแตกต่างกันก็ตาม

<sup>๑๒๙</sup> Jens Bülte, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 6. Auflage 2020, S. 1.

<sup>๑๓๐</sup> Diethelm Klesczewski, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2. Auflage 2016, Rn. 1.

<sup>๑๓๑</sup> Diethelm Klesczewski, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2. Auflage 2016, Rn. 683.

<sup>๑๓๒</sup> Kathi Gassner, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2021, S. 5.

<sup>๑๓๓</sup> Kathi Gassner, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2021, S. 14. Rn. 5.

ซึ่งทำราชของนักกฎหมายอาญาอธิบายคล้ายกันว่า กฎหมาย *Ordnungswidrigkeiten* ไม่ใช่กฎหมายอาญา ภาคเฉพาะ แต่ก็มีลักษณะที่ใกล้เคียงกับกฎหมายอาญามากกว่ากฎหมายปกครอง

อย่างไรก็ตาม เมื่อเรื่อง *Ordnungswidrigkeiten* ใกล้ชิดกับผู้บังคับใช้กฎหมาย ซึ่งคือ หน่วยงานฝ่ายปกครอง การปฏิบัติการตามกฎหมายจึงมีลักษณะหรืออนุมองค์คล้ายกับกฎหมายปกครอง มุ่งมองดังกล่าวปราบถั่งในคำอธิบายของนักกฎหมายเยอรมันบางส่วน (โดยเฉพาะผู้บรรยายในวิทยาลัย การปกครอง) และปรากฏในระบบกฎหมายของประเทศออสเตรีย ซึ่งกรณีของประเทศออสเตรียสามารถสืบสานถึงถ้อยคำดังเดิมของ James Goldschmidt นักกฎหมายเยอรมัน คือ “*Verwaltungsstrafrecht*”

## ๒. ข้อสังเกตต่อการใช้ถ้อยคำว่า “ปรับเป็นพินัย”

ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... ตั้งต้นจากการใช้ถ้อยคำว่า “พินัย” ซึ่งเป็นถ้อยคำที่เมื่อพิจารณาในครั้งแรกจะเกิดความสงสัยว่าหมายความว่าอย่างไรและจะส่งผลในทางกฎหมายอย่างไร โดยผู้เขียนจะนำหลักด้านภาษาศาสตร์มาประกอบการวิเคราะห์

### ๒.๑ ข้อสังเกตในทางภาษาศาสตร์กับการเข้าถึงความหมาย

ผู้เขียนเห็นว่า การตีความบทกฎหมายในระบบชีวิลลอร์ ต้องเริ่มจาก “บทกฎหมาย ถ้อยคำอักษร” ซึ่งก็คือ การพิจารณาจากคำทางกฎหมาย อันเป็น “ปฐมบท” ในการใช้และการตีความกฎหมาย<sup>๑๓๔</sup> ซึ่งเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำว่า “พินัย” นั้น พบว่าเป็นถ้อยคำที่ไม่ใช่คำสามัญซึ่งคนไทยทั่วไปจะเข้าใจความหมายได้ทันที ต้องเปิดพจนานุกรมค้นหาความหมาย ตัวอย่างที่พบได้ คือ ในข้อสังเกตจากการรับฟังความคิดเห็นผ่านแบบสอบถามออนไลน์ว่า “พินัย” ไม่ใช่ถ้อยคำที่ใช้แพร่หลายในปัจจุบันอาจสับสนกับคำว่า “วินัย” ตามบาลีสันสกฤตที่ใช้ พ. แทน ว. ได้<sup>๑๓๕</sup> ในส่วนนี้ผู้เขียนจึงนำแนวทางของภาษาศาสตร์มาวิเคราะห์

ภาษาศาสตร์ (Linguistics) คือ การศึกษาภาษาด้วยวิชีวิทยาศาสตร์ เป็นการศึกษาเพื่อค้นหาคำอธิบายหรือคำตอบเกี่ยวกับภาษามนุษย์ทั้งภาษาพูด ภาษาเขียน และภาษาเมือง ซึ่งสาขาย่อยของภาษาศาสตร์ที่ผู้เขียนนำมาประกอบการศึกษา คือ ระบบความหมาย (Semantics) เป็นการศึกษาความหมายในภาษาความสัมพันธ์ระหว่างคำ วลี หรือประโยคกับวัตถุสิ่งของหรือสถานการณ์ที่รูปภาษาอ้างถึง<sup>๑๓๖</sup> วิธีการข้างต้นเป็นวิธีการหนึ่งที่ Klaus F. Röhl และ Hans Christian Röhl ใช้อธิบายในตำราคำสอนว่าด้วยกฎหมายทั่วไป (Allgemeine Rechtslehre)<sup>๑๓๗</sup>

<sup>๑๓๔</sup> ดู วรเจตน์ ภาควิชานั้น, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ ๓ (กรุงเทพฯ : วิญญาณ, ๒๕๖๔), น. ๔๗๒.

<sup>๑๓๕</sup> “รายงานสรุปผลการรับฟังความคิดเห็นร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ....”, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๙ ตุลาคม ๒๕๖๔, จาก <https://www.krisdika.go.th/data/news/news14412.pdf>, ตารางแนบท้าย น. ๕-๖.

<sup>๑๓๖</sup> ดู ชลธิชา บำรุงรักษ์ และ นันทนา รณเกียรติ, “ภาษาคืออะไร,” ใน ดีญ ศรีนราવัฒน์ (บรรณาธิการ), ภาษาและภาษาศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๖๓), น. ๑๐-๑๑.

<sup>๑๓๗</sup> Siehe Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Auflage 2008, S. 24.

เมื่อศึกษาถึงระบบความหมาย คำว่า “พินัย” อุปนัยในโครงสร้างภาษาจะระดับ “คำ”<sup>๑๓๔</sup> ซึ่งจากการพิจารณาผลการรับฟังความคิดเห็นประกอบการจัดทำร่างกฎหมายของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายพิจารณาปรับปรุง ให้ที่มาของถ้อยคำว่า “มาจากถ้อยคำที่เคยใช้ในกฎหมายตราสามดวงและกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ซึ่งหมายถึง “เงินค่าปรับที่ต้องชำระเป็นพินัยหลวง”<sup>๑๓๕</sup> และของกรรมการร่างกฎหมายประจำสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ให้เหตุผลว่า ถ้อยคำว่า “พินัย” ปรากฏในกฎหมายเก่า เช่น พระราชบัญญัติจัดการรถไฟแดงหางหลวง พุทธศักราช ๒๔๖๔ ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ ได้ให้ความหมายว่า หมายถึง “เงินค่าปรับที่จ่ายให้ทางราชการ” และเห็นว่าศาสตราจารย์พิเศษ ดร. คณิต ณ นคร เสนอในตำรากฎหมาย “กฎหมายอาญาภาคที่ไป” ใช้คำว่า “พินัย (Geldebuße)”<sup>๑๓๖</sup> นั้น ผู้เขียนเห็นว่า กรณีนี้เป็นการใช้ถ้อยคำในแบบความหมายตรง “Denotative meaning” หมายถึง ความหมายประจำของคำ เป็นความหมายที่ชี้บ่งสิ่งที่อ้างถึง<sup>๑๓๗</sup> ซึ่งเป็นการอ้างถึงกฎหมายเก่า และอ้างถึงความหมายในพจนานุกรม การค้นหาความหมายจากพจนานุกรมเป็นวิธีการหนึ่ง<sup>๑๓๘</sup> ในการค้นหาความหมายของถ้อยคำ ซึ่งกรณีนี้เรียกว่า “ความหมายอ้างถึง (Referential Meaning)” เป็นความหมายตรงตัวตามรูปภาษา<sup>๑๓๙</sup>

ผู้เขียนได้จัดทำข้อสังเกตของความหมายของคำว่า “พินัย”<sup>๑๔๐</sup> ว่า เป็นถ้อยคำโบราณ ซึ่งแม่ไม่ใช่คำที่ประดิษฐ์ขึ้นมาใหม่ แต่เมื่อใช้คำโบราณที่ปัจจุบันแทบจะไม่ใช้ในชีวิตประจำวันแล้ว (เว้นแต่คำว่า “พินัย/กรรม”) อาจจะก่อให้เกิดความสับสนต่อประชาชนและผู้บังคับใช้กฎหมาย โดย หม่อมราชวงศ์ เสนีย์ ปราโมช ได้ให้ข้อสังเกตต่อการใช้ถ้อยคำในการร่างกฎหมายไว้ข้อนึงว่า “กฎหมาย (โบราณ) ยังเขียนมากด้วยภาษา (แขก) ที่เราไม่เข้าใจ ความหมายยิ่งน้อยลง”<sup>๑๔๑</sup> ผู้เขียนจึงเห็นว่า หากใช้คำว่า “พินัย” ก็ย่อมต้องใช้เวลาanalyse ปีกว่าคำว่า “พินัย” จะกล้ายเป็นคำสามัญที่ไม่จำต้องอธิบายความ อาจต้องจัดหลักสูตรเรื่องปรับเป็นพินัยเป็นการเฉพาะเพื่อให้ทั้งประชาชนและเจ้าหน้าที่เข้าใจ

<sup>๑๓๔</sup> รายละเอียดเรื่อง “การศึกษาความหมายของภาษาในระดับต่าง ๆ” ดู บทที่ ๓ ของ ชัชวดี ศรลัมพ์, ภาษา กับ ความหมาย (Language and Meaning), พิมพ์ครั้งที่ ๓ (กรุงเทพฯ : จัดโดยสถาบันภาษาและศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ, ๒๕๖๒), น. ๔๗.

<sup>๑๓๕</sup> “รายงานสรุปผลการรับฟังความคิดเห็นร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ....”, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๙ ตุลาคม ๒๕๖๔, จาก <https://www.krisdika.go.th/data/news/news14412.pdf>, ตารางแนบท้าย น. ๕-๖.

<sup>๑๓๖</sup> ร่างลักษณ์ ลาพินี, “ทำไม่ต้องปรับเป็นพินัย”, สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๙ ตุลาคม ๒๕๖๔, จาก <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act13778.pdf> : น. ๑๗.

<sup>๑๓๗</sup> ชัชวดี ศรลัมพ์, ภาษา กับ ความหมาย (Language and Meaning), พิมพ์ครั้งที่ ๓ (กรุงเทพฯ : จัดโดยสถาบันภาษาและศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ, ๒๕๖๒), น. ๘๑.

<sup>๑๓๘</sup> ผู้เขียนเห็นว่า การใช้พจนานุกรมเป็นวิธีการหนึ่งในการค้นหาความหมาย แต่ไม่ใช่เพียงวิธีการเดียว ที่ใช้ค้นหาความหมายของถ้อยคำ

<sup>๑๓๙</sup> ดู จัลส์ไว จูญโยร์เจน์, ม.ล., ภาษาศาสตร์เบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ ๗ (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, ๒๕๖๐), น. ๑๗๗ ; สุปรียा วิลาวรณ, “โมดูลที่ ๗ : Semantics”, ใน คู่มือการศึกษาชุดวิชาภาษาศาสตร์เบื้องต้น = Introduction to linguistics, พิมพ์ครั้งที่ ๓ (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ๒๕๖๑), น. ๗-๖.

<sup>๑๔๐</sup> รายละเอียด ดู บทความ ภาค ๑ ข้อ ๑. คำศัพท์ที่เกี่ยวข้องเบื้องต้น

<sup>๑๔๑</sup> เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประชุมป้ำฐานภาษาและคำอธิบายของ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ เพื่อองอักษร, ๒๕๐๙), น. ๔๙๓-๔๕๔, อ้างใน ธรรมนิติย์ สุนันตฤกุล, การร่างกฎหมายเบื้องต้น : แบบของกฎหมาย, (กรุงเทพฯ : วิญญาณ, ๒๕๕๔), น. ๒๑๑.

ถึงคำว่าปรับเป็นพินัย แตกต่างจากคำว่า “ค่าปรับ” “โทษปรับ” ที่ประชาชนทั่วไปเข้าใจความหมายได้โดยไม่ต้องอธิบายความ

อย่างไรก็ตาม คำว่า “โทษปรับเป็นพินัย” เป็นทั้งชื่อร่างกฎหมายและถ้อยคำในร่างกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนจะวิเคราะห์ในส่วนต่อไป

#### ๒.๒ ข้อสังเกตต่อผลของการใช้คำว่าพินัยในร่างพระราชบัญญัติ

การพิจารณาผลการรับฟังความคิดเห็นประกอบการจัดทำร่างกฎหมายของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายพิจารณาปรับปรุง ให้ความเห็นต่อการใช้คำว่า “พินัย” ไว้ว่า

“เนื่องจากมาตรการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้เป็นมาตรการใหม่ที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องชำระเงินเป็นค่าปรับที่ไม่ใช้โทษอาญา จึงจำเป็นต้องใช้ชื่อใหม่มีความแตกต่างจากโทษอาญาที่เป็นโทษปรับสถานเดียว ซึ่งการใช้ชื่อ ‘ปรับ’ อย่างเดียวอาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นปรับทางอาญา หรือปรับทางแพ่ง และหากใช้ชื่อปรับทางปกครองตามที่กฎหมายหลายฉบับใช้อยู่อาจทำให้เข้าใจได้ว่า เป็นคำสั่งทางปกครองและอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง แต่กลไกตามพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลอาญา ประกอบกับการปรับเป็นพินัยเป็นถ้อยคำที่เคยใช้ในกฎหมายตราสามดวงและกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ซึ่งหมายถึง ‘เงินค่าปรับที่ต้องชำระเป็นพินัยหลวง’ ดังนั้น การใช้ชื่อ ‘ปรับเป็นพินัย’ สามารถทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นมาตรการหรือการกำหนดโทษอีกลักษณะหนึ่งที่ไม่ใช้โทษทางอาญา โทษทางแพ่ง หรือโทษทางวินัย จึงคงชื่อร่างไว้โดยไม่มีการแก้ไข”<sup>๑๔๖</sup>

ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... ฉบับรายงานสรุปผลการรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับพินัย พ.ศ. .... ในเดือนธันวาคม ๒๕๖๓ ได้ให้ความหมายของถ้อยคำไว้ในมาตรา ๓ ว่า

“ปรับเป็นพินัย” หมายความว่า สั่งให้ผู้กระทำความผิดทางพินัยต้องชำระค่าปรับเป็นพินัยไม่เกินที่กฎหมายกำหนด

“ความผิดทางพินัย” หมายความว่า การกระทำหรืองดเว้นการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย และกฎหมายนั้นบัญญัติให้ต้องชำระค่าปรับเป็นพินัย

ประกอบกับ มาตรา ๕ ของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติว่า “การปรับเป็นพินัย ตามกฎหมายทั้งปวง ให้ดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ให้ถือว่าการปรับเป็นพินัยหรือคำสั่งปรับเป็นพินัยเป็นการกระทำการปกครองหรือคำสั่งทางปกครอง การปรับเป็นพินัยไม่เป็นโทษอาญา”

บทความของกรรมการร่างกฎหมายประจำ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้สรุปหลักการของร่างที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายไว้ประการหนึ่งว่า “เป็นกฎหมายกลาง”<sup>๑๔๗</sup> ผู้เขียนจะได้ตั้งข้อสังเกต ดังนี้

<sup>๑๔๖</sup> “รายงานสรุปผลการรับฟังความคิดเห็นร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ....”, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, สืบคันเมื่อวันที่ ๒๙ ตุลาคม ๒๕๖๔, จาก <https://www.krisdika.go.th/data/news/news14412.pdf> ตารางแนบท้าย น. ๕-๖.

<sup>๑๔๗</sup> ธรรมลักษณ์ ลาภินี, “ทำไมต้องปรับเป็นพินัย”, สืบคันเมื่อวันที่ ๒๙ ตุลาคม ๒๕๖๔, จาก <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act13778.pdf> : น. ๑๗.

### ๒.๒.๑ การบลลังค์คำว่า “ไทยปรับทางปักษ์ขวา”

มาตรา ๓๕ วรคหนึ่ง แห่งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย

พ.ศ. .... บัญญัติว่า

“เมื่อพ้นกำหนดสามร้อยห้าสิบห้าวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ให้เปลี่ยนความผิดที่มีโทษปรับทางปักษ์ขวาที่บัญญัติไว้ในกฎหมายทั้งปวง ที่ยังใช้บังคับอยู่ในวันก่อนพ้นกำหนดเวลาดังกล่าว เป็นความผิดทางพินัยตามพระราชบัญญัตินี้ และให้อีกว่า อัตราโทษปรับทางปักษ์ขวาที่บัญญัติไว้ในกฎหมายดังกล่าวเป็นอัตราค่าปรับเป็นพินัยตามพระราชบัญญัตินี้ แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงโทษปรับทางปักษ์ขวาที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน และการปรับที่เป็นมาตรการในการบังคับทางปักษ์ขวา”

ผู้เขียนเห็นว่า มาตราดังกล่าวเป็นมาตราที่ชี้ให้เห็นว่า ร่างกฎหมายฉบับนี้ บลลังค์คำว่า “ไทยปรับทางปักษ์ขวา” ในระบบกฎหมายไทย เว้นแต่ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน และการปรับที่เป็นมาตรการในการบังคับทางปักษ์ขวา ซึ่งผลของการบลลังค์คำว่า “ไทยปรับทางปักษ์ขวา” และแทนที่ด้วยคำว่า “ปรับเป็นพินัย” ส่งผลถึงเรื่องของวิธีบัญญัติ ทั้งในชั้นเจ้าหน้าที่และในชั้นพิจารณาของศาลปักษ์ขวา ต้องเปลี่ยนมาใช้กระบวนการตามร่างพระราชบัญญัติ ข้างต้น<sup>๑๔๕</sup> เช่น หมวด ๗ บทกำหนดโทษ ส่วนที่ ๒ โทษทางปักษ์ขวา แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ๒๕๖๒ บัญญัติเรื่องระหว่างไทยปรับทางปักษ์ขวา และมาตรา ๙๐ วรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน บัญญัติว่า

“ในกรณีที่ผู้ถูกลงโทษปรับทางปักษ์ขวาไม่ยอมชำระค่าปรับทางปักษ์ขวา ให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับทางปักษ์ขวาตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปักษ์ขวาที่บังคับโดยอนุโลม และในกรณีที่ไม่มีเจ้าหน้าที่ดำเนินการบังคับตามคำสั่ง หรือมีแต่ไม่สามารถดำเนินการบังคับทางปักษ์ขวาได้ ให้คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญมีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลปักษ์ขวาเพื่อบังคับชำระค่าปรับ ในกรณีถ้าศาลปักษ์ขวาเห็นว่าคำสั่งให้ชำระค่าปรับนั้นชอบด้วยกฎหมาย ให้ศาลปักษ์ราษฎร์มีอำนาจพิพากษา และบังคับให้มีการยึดหรืออายัดทรัพย์สินขยายผลตลาดเพื่อชำระค่าปรับได้”

จากมาตราข้างต้นอาจจะเกิดปัญหาในการตีความกฎหมายได้ว่า ไทยปรับทางปักษ์ขวาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ๒๕๖๒ จะต้องเปลี่ยนเป็นโทษปรับเป็นพินัยส่วนกระบวนการในกรณีที่ผู้ถูกลงโทษปรับไม่ยอมชำระค่าปรับทางปักษ์ขวา จะต้องเปลี่ยนกระบวนการให้เป็นไปตามร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... หรือไม่ หรือจะต้องตีความผ่านข้อยกเว้นที่ “ไม่รวมถึงการปรับที่เป็นมาตรการในการบังคับทางปักษ์ขวา” เพราะเหตุที่มาตรา ๙๐ วรคสาม แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ๒๕๖๒ ที่บัญญัติ “ให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับทางปักษ์ขวาตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปักษ์ขวาที่บังคับโดยอนุโลม” ซึ่งหากตีความว่าต้องใช้กระบวนการตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปักษ์ขวาที่บังคับโดยอนุโลม หรือคำสั่งปรับเป็นพินัยเป็นการกระทำทางปักษ์ขวาหรือคำสั่งทางปักษ์ขวา จึงไม่นำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปักษ์ขวา พ.ศ. ๒๕๓๙ มาบังคับใช้ และเมื่อไม่ใช่คำสั่งทางปักษ์ขวา จึงไม่ใช่คดีปักษ์ขวาตามมาตรา ๙ วรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปักษ์ขวาและวิธีพิจารณาคดีปักษ์ขวา พ.ศ. ๒๕๔๒

<sup>๑๔๕</sup> ตัวอย่างของ “การนำเรื่องไทยทางปักษ์ขวาบัญญัติไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายต่าง ๆ” ดู รายงานชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๐๔, น. ๒๔๙-๓๑๗.

ย่อมหมายความว่า ศาลปกครองไม่มีเขตอำนาจอีกต่อไป กรณีข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการบัญญัติ กฎหมายยกเว้นเขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งเป็นกรณีการยกเว้นจากหลักทั่วไปด้วยเขตอำนาจ ศาลปกครอง เป็นเรื่องของ “นิตินโยบาย” คล้ายกับกรณีของมาตรา ๔ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๖ แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการ ในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. ๒๕๔๘ และมาตรา ๒๓ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคง ภายในราชอาณาจักร พ.ศ. ๒๕๔๑ ซึ่งศาสตราจารย์พิเศษ ดร. วรวจน์ วิศรุตพิชญ์ ให้ความเห็นว่า “คดีปกครอง ที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เนื่องจากกฎหมายห้ามมิให้ศาลปกครองรับไว้ พิจารณาพิพากษาด้วยเหตุทางนิตินโยบายบางประการ”<sup>๑๔๙</sup>

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. ชาญชัย แสงศักดิ์ ให้ข้อสังเกตกรณีข้างต้นไว้ว่า

“ขอบเขตการบังคับใช้ของร่างพระราชบัญญัตินี้ควรจำกัดอยู่แต่เพียง การเปลี่ยนโทษอาญาที่มีอยู่ในกฎหมายต่าง ๆ ในปัจจุบันให้เป็นโทษทางปกครองแทน ไม่ควรขยายไปใช้บังคับ กับโทษทางปกครองที่มีการบัญญัติไว้แล้วในกฎหมายจำนวน ๒๓ ฉบับ (ดังที่ระบุไว้ในร่างมาตรา ๒๓ ของร่างพระราชบัญญัตินี้) ซึ่งจะก่อให้เกิดความไม่สงบในการบังคับใช้กฎหมายเกินความจำเป็น อันเนื่องมาจากการกำหนดกลไกในการบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งให้ชำระค่าปรับ ...”<sup>๑๕๐</sup>

### ๒.๒.๒ การใช้คำว่า “ปรับเป็นพินัย” เป็นคำกลา

เมื่อลบล้างคำว่า “โทษปรับทางปกครอง” แล้ว คำว่า “ปรับเป็นพินัย” จึงเป็นคำกลาที่เป็นการกำหนดโทษอีกลักษณะหนึ่งที่ไม่ใช่โทษทางอาญา โทษทางแพ่ง หรือโทษทางวินัย ผู้เขียนจึงเห็นว่า เหตุผลประการหนึ่งที่เลือกใช้คำว่า “พินัย” อันเป็นคำเก่า ก็เพื่อก่อตั้งถ้อยคำที่แยกออกจากโทษประเภทอื่น

### ๒.๒.๓ การตั้งชื่อกฎหมายที่แตกต่างจากชื่อของกฎหมายเยอรมัน

มีข้อสังเกตในเรื่องของชื่อร่างกฎหมายว่า ในกรณีของประเทศเยอรมัน ใช้ชื่อกฎหมายว่า Gesetz über Ordnungswidrigkeiten ซึ่งแปลว่า รัฐบัญญัติว่าด้วยการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายเบียบ โดยคำว่า การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายเบียบ (Ordnungswidrigkeiten) เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายในส่วนเหตุ ส่วนร่างพระราชบัญญัติว่าด้วย “การปรับเป็นพินัย” พ.ศ. .... ใช้ชื่อกฎหมายที่ตั้งต้น จำกองค์ประกอบทางกฎหมายในส่วนผล

### ๓. ข้อสังเกตต่องค์ประกอบทางกฎหมายและการตีความกฎหมาย

ข้อสังเกตในส่วนนี้เป็นเรื่องของ “กฎหมายสารบัญญัติ” ซึ่งในกรณีของระบบกฎหมายเยอรมัน นั้น เดิมรัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten ฉบับปี ค.ศ. ๑๙๔๒ บัญญัติองค์ประกอบทางกฎหมาย ที่เป็นการบรรยายการกระทำผิด Ordnungswidrigkeit โดยผูกกับการปรับเท่านั้น แต่รัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten ฉบับปี ค.ศ. ๑๙๖๘ ได้บัญญัติองค์ประกอบที่แยกออกจากองค์ประกอบทางอาญา โดยไม่ได้บัญญัติให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญามาใช้โดยอนุโลม อย่างไรก็ตาม การตีความ

<sup>๑๔๙</sup> วรวจน์ วิศรุตพิชญ์, “ศาลปกครองกับการดำเนินคดีที่ต้องปรับ”, ใน วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๒๑ ฉบับที่ ๑ (มกราคม-มีนาคม) ๒๕๖๔, น. ๑๐๖-๑๐๗.

<sup>๑๕๐</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๐๔, น. ๓๓๔.

ตัวบทที่ใช้รีติความโดยนำวิธีคิดในทางกฎหมายอาญามาปรับใช้<sup>(๑๓)</sup> สำหรับร่างกฎหมายของไทย ผู้เขียนให้ข้อสังเกตเปรียบเทียบดังต่อไปนี้

### ๓.๑ “ผู้ได้กระทำความผิดทางพินัยต้องชำระค่าปรับเป็นพินัย” : การกำหนดองค์ประกอบโดยผูกกับการปรับเป็นพินัย

มาตรา ๖ แห่งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... บัญญัติว่า “ผู้ได้กระทำความผิดทางพินัยต้องชำระค่าปรับเป็นพินัยตามจำนวนเงินที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือศาลกำหนดตามวิธีการที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งต้องไม่เกินจำนวนสูงสุดที่กฎหมายซึ่งบัญญัติความผิดทางพินัยนั้นบัญญัติไว้ เว้นแต่พระราชบัญญัตินี้จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติข้างต้น ไม่ปรากฏว่า “กระทำความผิดทางพินัย” มีองค์ประกอบหรือโครงสร้างความรับผิดอย่างไร จึงต้องพิจารณาประกอบจากบทนิยามในมาตรา ๓ ว่า “ความผิดทางพินัย” หมายความว่า การกระทำหรือด่วนการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย และกฎหมายนั้นบัญญัติให้ต้องชำระค่าปรับเป็นพินัย เมื่อพิจารณาประกอบกันแล้วพิจารณาได้ว่า เป็นการบัญญัติองค์ประกอบความผิดทางพินัยโดยผูกติดกับ “ผลทางกฎหมาย” กล่าวคือ เป็นการกระทำหรือด่วนการกระทำที่มีกฎหมายบัญญัติว่า “ให้ต้องชำระค่าปรับเป็นพินัย” การบัญญัติเช่นนี้เป็นแนวทางของเยอร์มันตามกฎหมายฉบับเก่า คือ รัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten ฉบับปี ค.ศ. ๑๙๕๒ ว่า “[วรรคนี้] ถ้าการกระทำใดมีการปรับเป็นพินัยเท่านั้น การกระทำนั้น คือ การกระทำที่ขัดต่อภาระเบียบ (Ist eine Handlung ausschließlich mit Geldbuße bedroht, so ist sie eine Ordnungswidrigkeit.) [วรรสอง] ถ้าการกระทำใดมีโทษอาญาเท่านั้น การกระทำนั้น คือ การกระทำความผิดทางอาญา (Ist eine Handlung ausschließlich mit Strafe bedroht, so ist sie eine Straftat.)”

ซึ่งรัฐบัญญัติของเยอร์มันฉบับปัจจุบัน คือ รัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten ฉบับปี ค.ศ. ๑๙๘๘ บัญญัติองค์ประกอบไว้ว่า การกระทำใดจะเป็นการกระทำผิดต่อภาระเบียบ (Ordnungswidrigkeit) และถูกปรับ (Geldbuße) เมื่อครบเงื่อนไขดังนี้ ๑. เป็นการกระทำครอบองค์ประกอบทางกฎหมาย ๒. เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย (rechtswidrige Handlung) และ ๓. เป็นการกระทำที่ทำให้ (vorwerfbare Handlung) กล่าวคือ บัญญัติองค์ประกอบทางกฎหมายให้แตกต่างจากองค์ประกอบความรับผิดทางอาญา

### ๓.๒ การนำบทบัญญัติในภาค ๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญา มาใช้โดยอนุโลม บางประการ

มาตรา ๗ วรรคนี้ แห่งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... บัญญัติว่า “ให้นำบทบัญญัติในภาค ๑ บทบัญญัติทั่วไป ลักษณะ ๑ บทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดทั่วไป เฉพาะหมวด ๒ การใช้กฎหมายอาญา หมวด ๔ ความรับผิดในทางอาญา หมวด ๕ การพยายามกระทำการความผิด และหมวด ๖ ตัวการและผู้สนับสนุนแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาใช้บังคับแก่การปรับเป็นพินัย ตามพระราชบัญญัตินี้ด้วยโดยอนุโลม เว้นแต่พระราชบัญญัตินี้จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” ซึ่งในการพิจารณาผลการรับฟังความคิดเห็นประกอบการจัดทำร่างกฎหมายของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายพิจารณาปรับปรุงให้ความเห็นไว้ว่า

<sup>(๑๓)</sup> รายละเอียด ดู บทความ ภาค ๑ ข้อ ๒ พัฒนาการของรัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten  
Ordnungswidrigkeiten

“เนื่องจากหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำความผิดส่วนใหญ่ใช้หลักเกณฑ์เดียวกับที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา จึงกำหนดให้นำประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลมเพื่อให้ง่ายต่อการศึกษาทำความเข้าใจและไม่เกิดความสับสนแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐและบุคคลทั่วไป ส่วนหลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากประมวลกฎหมายอาญาซึ่งได้มีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้แล้ว ได้กำหนดยกเว้นไว้อย่างชัดเจนว่า มิให้อุปนุโลมหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับ”<sup>๑๕๒</sup>

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อเปรียบเทียบกับรัฐบัญญัติว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten ฉบับปี ค.ศ. ๑๙๖๘ นั้น กฎหมายของเยอรมันไม่ได้บัญญัติให้อุปนุโลมน้ำประมวลกฎหมายอาญามาใช้โดยตรง แต่ได้มีการนำหลักในกฎหมายอาญามาปรับใช้ในการตีความกฎหมาย เช่น กรณีขององค์ประกอบเรื่อง “การตำหนินี้ได้ (Vorwerfbarkeit)” ในกฎหมาย Ordnungswidrigkeiten แม้ใช้ถ้อยคำที่แตกต่าง จากองค์ประกอบความรับผิดทางอาญาว่า “ความชั่ว (Schuld)” ซึ่งเป็นเจตนามโนของผู้ร่างที่ต้องการให้ใช้ถ้อยคำที่แตกต่างจากกฎหมายอาญา ก็ตาม แต่ก็มีความเห็นอีกฝ่ายเห็นว่า หลักการว่าด้วยความชั่ว นำมาใช้กับ Ordnungswidrigkeit ได้<sup>๑๕๓</sup>

ในกรณีของร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพนัย พ.ศ. .... กำหนดครอบในการตีความกฎหมายว่า ให้ใช้หลักการตามประมวลกฎหมายอาญา โดยให้เหตุผลว่าเพื่อย่างต่อการศึกษาทำความเข้าใจและไม่เกิดความสับสนแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐและบุคคลทั่วไป นั้น ผู้เขียนเห็นว่า การบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญาโดยอนุโลมเช่นนี้ หลักการว่าด้วยการปรับเป็นพนัยจะกลایเป็นเพียงส่วนหนึ่ง ของหลักกฎหมายอาญา ไม่เกิดการพัฒนาหลักการใหม่ ๆ แยกออกจากกฎหมายอาญา เพราะต้องอ้างอิงตามแนวทางของประมวลกฎหมายอาญาเป็นพื้นฐาน กฎหมายหลายฉบับที่จะต้องเปลี่ยนไปตามหลักการปรับเป็นพนัยนั้น ก็ไม่ใช่กฎหมายทุกฉบับที่เป็นเรื่องการป้องปราการกระทำความผิดที่มีลักษณะในเชิงลงโทษ แต่เป็นเรื่องในทางปกครอง กล่าวคือ เป็นเรื่องของเจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะผู้บังคับใช้กฎหมายในแต่ละฉบับ ซึ่งโดยปกติ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่ใช่ตำรวจและอัยการ ปฏิบัติราชการตามหลักการในพระราชบัญญัติวิปธิบัตร ราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เป็นพื้นฐาน เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธิพิจารณาความอาญา ผู้เขียนเห็นว่า เป็นเรื่องที่ต้องวิเคราะห์และอัยการมีความชำนาญ ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐโดยทั่วไปที่จะมีความชำนาญในกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธิพิจารณาความอาญา โดยศาสตราจารย์พิเศษ ดร. คณิต ณ นคร ได้อธิบายในตารากฎหมายวิธิพิจารณาความอาญา เรื่อง “ประธานในคดี” ซึ่งในส่วน “พนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจและพนักงานสอบสวน รวมตลอดถึงพนักงานสอบสวนคดีพิเศษตามกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษ” เรียกรวมว่า “ตำรวจ” เป็นองค์เบื้องต้นของรัฐในการดำเนินคดีอาญา<sup>๑๕๔</sup> ทั้งนี้ ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาครีตัน ให้ข้อสังเกตว่า พระราชบัญญัติวิปธิบัตร ราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

<sup>๑๕๒</sup> “รายงานสรุปผลการรับฟังความคิดเห็นร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพนัย พ.ศ. ....”, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๙ ตุลาคม ๒๕๖๔, จาก <https://www.krisdika.go.th/data/news/news14412.pdf>, ตารางแนบท้าย น. ๑๒.

<sup>๑๕๓</sup> รายละเอียด ดู บทความ ภาค ๑ ข้อ ๓.๓ โครงการสร้างความรับผิดจากการกระทำความผิดกฎหมายเบียบ : บทตัดโครงสร้างความรับผิดที่แยกออกจากกฎหมายอาญา

<sup>๑๕๔</sup> คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธิพิจารณาความอาญา เล่ม ๑, พิมพ์ครั้งที่ ๑๐ (กรุงเทพฯ : วิญญาณ, ๒๕๖๔), น. ๑๔๑.

เป็นกฎหมายลูกผสมสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ<sup>๑๕๕</sup> ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติฯ ได้ด้วยการปรับเป็นพินัยมีลักษณะเป็นลูกผสมระหว่างสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ เช่นกัน

#### ๔. ข้อสังเกตต่อกฎหมายวิธีพิจารณาและเขตอำนาจศาล

ผู้เขียนมีข้อสังเกตต่อกฎหมายวิธีพิจารณาทั้งในชั้นเจ้าหน้าที่และในชั้นศาล และเขตอำนาจศาล อันเป็นข้อสังเกตสุดท้าย

##### ๔.๑ ข้อสังเกตต่อการไม่นำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัตรราชการทำปกรองมาใช้บังคับ

มาตรา ๕ แห่งร่างพระราชบัญญัติฯ ได้ด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... บัญญัติฯ ว่า “ไม่ให้ถือว่าการปรับเป็นพินัยหรือคำสั่งปรับเป็นพินัยเป็นการกระทำทางปกรองหรือคำสั่งทางปกรอง” ดังนั้น เมื่อไม่ให้ถือว่าเป็นการกระทำทางปกรองหรือคำสั่งทางปกรอง จึงไม่อาจนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัตรราชการทำปกรอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาใช้บังคับ ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อพิจารณาโดยรวมของร่างกฎหมายทั้งฉบับ เป็นเรื่องของเจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะฝ่ายปกรองผู้บังคับใช้กฎหมาย ดำเนินการพิจารณาเรื่องทางปกรอง เพื่อออกคำสั่ง เพียงแต่คำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่มีการปรับเป็นเงินที่เรียกว่า “ปรับเป็นพินัย” ข้อสังเกตนี้ผู้เขียนเห็นว่าคล้ายกับข้อสังเกตของนักกฎหมายเยอรมันที่บรรยายในวิทยาลัยการปกรองดังที่ผู้เขียนได้อธิบายไว้ว่าหัวต้นของบทความ และเมื่อพิจารณาเบรียบเทียบกับพัฒนาการทางกฎหมายเยอรมัน ย่อมเห็นได้ว่า ในกรณีของประเทศไทยมี ณ ขณะที่มีการตราฐานบัญญัติฯ ว่าด้วย Ordnungswidrigkeiten ยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกรองในระดับสพนรัฐ

แต่กรณีของระบบกฎหมายไทยนั้น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัตรราชการทำปกรอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ใช้บังคับเป็นเวลามากกว่าสิบปี เป็นกฎหมายที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีความคุ้นเคยจากการปฏิบัตรราชการตามกฎหมาย มีการวางแผนปฏิบัตรราชการทั้งจากคณะกรรมการวิธีปฏิบัตรราชการทำปกรอง และวางแผนหลักกฎหมายโดยศาลปกรอง เมื่อเบรียบเทียบกับกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หากไม่ใช่ตำราและอัยการ ก็จะไม่ได้บังคับใช้กฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยตรง เมื่อร่างพระราชบัญญัติฯ ได้บังคับใช้กฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยตั้งตัว ด้วยเช่นกัน ซึ่งก็อาจจะเกิดปัญหาในการต้องทำความเข้าใจทั้งกฎหมายวิธีปฏิบัตรราชการทำปกรอง และกฎหมายอาญาไปพร้อมกัน ทั้งที่โดยงานหลักของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นอาจจะไม่ได้ต้องข้องเกี่ยวกับกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

##### ๔.๒ ข้อสังเกตต่อเขตอำนาจศาลและวิธีพิจารณาคดี

###### ๔.๒.๑ การกำหนดเขตอำนาจศาล

มาตรา ๒๕ แห่งร่างพระราชบัญญัติฯ ได้ด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... กำหนดใจความสำคัญของเขตอำนาจศาลว่า ให้อัยการฟ้องต่อศาลจังหวัดและศาลอาญา (กรณีในเขตกรุงเทพมหานคร) ซึ่งเป็นการตัดเขตอำนาจของศาลปกรอง อันเป็นเรื่องในงานนิตินโยบายของผู้ร่างกฎหมาย และมาตรา ๒๙ บัญญัติห้ามอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลในปัญหาข้อเท็จจริงและจำนวนค่าปรับเป็นพินัย คำพิพากษาของศาลชั้นอุทธรณ์เป็นที่สุด ซึ่งหมายกรณีมีจำนวนเงินค่าปรับเป็นหลักแสนหลักล้านบาท เช่น มาตรา ๘๒ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ๒๕๖๒ กำหนดระหว่างปกรองไม่เกินหนึ่งล้านบาท

<sup>๑๕๕</sup> วรเจตน์ ภาครัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๓๔, น. ๑๘.

เป็นต้น ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อจะกำหนดว่าไทยปรับเป็นพินัยไม่ใช้โทษทางอาญา ก็ตาม แต่กรณีที่กำหนดอัตราปรับ เป็นพินัยจำนวนมาก อีกทั้งการบัญญัติตัดสิทธิเรื่องอุทธรณ์ปัญหาข้อเท็จจริงและจำนวนค่าปรับเป็นพินัย ก็ได้ การให้คดีสิ้นสุดที่ศาลอุทธรณ์ ก็ได้ ย่อมเป็นผลร้ายและไม่เป็นธรรมแก่ผู้รับคำสั่งเช่นเดียวกัน เมื่อเทียบกับ การฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เมื่อผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการโต้แย้งคำสั่งปรับเป็นพินัยแล้ว ย่อมสามารถนำคดี มาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นได้ และการอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดอุทธรณ์ปัญหาข้อเท็จจริง โดยไม่มี ข้อจำกัดเรื่อง “จำนวนค่าปรับเป็นพินัย”

#### ๔.๒.๒ การกำหนดให้วิธีพิจารณาคดีความผิดทางพินัยให้เป็นไปตามข้อบังคับ ของประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา

ในการพิจารณาผลการรับฟังความคิดเห็นประกอบการจัดทำร่างกฎหมาย ของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายพิจารณาปรับปรุง ให้ความเห็นว่า

“การกำหนดให้ประธานศาลฎีกามีอำนาจในการออกข้อบังคับตาม ร่างมาตรฐานนี้เป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาในของศาล ซึ่งไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเป็นไปตามหลักสากลในต่างประเทศที่ให้ศาลมีอำนาจในการกำหนดหลักเกณฑ์ (Court Rules) ได้ และระบบกฎหมายของไทยก็ยอมรับในเรื่องดังกล่าว ดังที่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายอื่น ๆ เช่น พระราชบัญญัติ วิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. ๒๕๔๘ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งมาตรฐานนี้ได้กำหนดกรอบในการออกข้อบังคับไว้แล้ว สำหรับภาระในการพิสูจน์เนื่องจากไม่ได้นำหลักเกณฑ์ในเรื่องพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้ ประกอบกับไม่ใช้โทษอาญา จึงไม่ใช่หลักการพิสูจน์จนสิ้นสุด”<sup>๑๕๒</sup>

ซึ่งมาตรา ๒๕ วรรคสาม แห่งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... บัญญัติว่า “ข้อบังคับตามวรรคสองต้องคำนึงถึงความสะดวก รวดเร็ว เป็นธรรมและไม่เป็นภาระ แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องจนเกินสมควร และจะกำหนดให้ศาลพิจารณาลับหลังจำเลยก็ได้ แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็น ประการใด จำเลยมีสิทธิตั้งบุคคลให้ม้าต่อสู้ดีแท้”

ผู้เขียนมีข้อสังเกตในเรื่องนี้ว่า ความเห็นข้างต้นไม่ได้ระบุว่า หลักสากลในต่างประเทศที่ให้ศาลมีอำนาจในการกำหนดหลักเกณฑ์ได้นั้น นำมาจากระบบทกฎหมาย ของประเทศใดบ้าง ซึ่งหากเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายเยอรมัน ในเรื่อง *Ordnungswidrigkeiten* กำหนดไว้ชัดเจนถึงกระบวนการในชั้นศาลว่าใช้หลักการตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นพื้นฐาน ไม่ได้ให้อำนาจศาลที่จะตรวจวิธีพิจารณาคดีขึ้นมาเอง

หากเทียบเคียงกรณีของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดนั้น มาตรา ๖ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติว่า “ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา ๔๕ มาตรา ๔๖ มาตรา ๖๖ มาตรา ๗๐ มาตรา ๗๕/๑ มาตรา ๗๕/๒ และมาตรา ๗๕/๔ ต้องส่งให้สภาพัฒนราษฎร ในวันที่ออกระเบียบดังกล่าว เพื่อให้สมาชิกสภาพัฒนราษฎรตรวจสอบได้ถ้าต่อมามีการเสนอญัตติ และสภาพัฒนราษฎร มีมติภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ส่งระเบียบดังกล่าวให้สภาพัฒนราษฎรด้วยคะแนนเสียง

<sup>๑๕๒</sup> “รายงานสรุปผลการรับฟังความคิดเห็นร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ....”, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๙ ตุลาคม ๒๕๖๔, จาก <https://www.krisdika.go.th/data/news/news14412.pdf>, ตารางแนบท้าย น. ๔๓-๔๔.

ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ให้ยกเลิกระเบียบได้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดำเนินการให้เป็นไปตามนั้น” เมื่อพิจารณามาตรา ๔๔ วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “การดำเนินการทั้งปวงเกี่ยวกับการฟ้อง การร้องสอด การเรียกบุคคล หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาเป็นคู่กรณีในคดี การดำเนินกระบวนการพิจารณา การรับฟังพยานหลักฐาน และการพิพากษาคดีปกครอง นอกจากที่บัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัตินี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนดโดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด” นั้น เป็นเรื่องของ การพิจารณาคดีของศาลปกครอง เมื่อที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมีมติเกี่ยวกับการอกรับระเบียบ ดังกล่าวแล้ว ต้องส่งให้สภาพัฒนาราษฎรในวันที่อกรับระเบียบดังกล่าว เพื่อให้สมาชิกสภาพัฒนาราษฎร ตรวจสอบได้ กรณีข้างต้นย่อมเป็นการอกรับวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีโอกาส เข้าตรวจสอบควบคุมได้ โดยที่สภาพัฒนาราษฎรมีที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน จึงย่อมสอดคล้อง กับหลักประชาธิปไตยด้วย

ข้อสังเกตประการต่อมาที่กล่าวว่า “ระบบกฎหมายของไทยก็ยอมรับในเรื่อง ดังกล่าว ดังที่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายอื่น ๆ เช่นพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. ๒๕๕๙ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. ๒๕๖๐” นั้น ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาว่าระบบกฎหมายของไทยยอมรับหลักการได้หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยเฉพาะใน มาตรา ๓ บัญญัติว่า “(วรรคหนึ่ง) อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะกรรมการรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (วรรคสอง) รัฐสภา คณะกรรมการรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม” และมาตรา ๔ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม” แต่มาตรา ๔ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันให้บังคับได้” ซึ่งการดำรงอยู่ของพระราชบัญญัติ ย่อมเป็นคนละประเด็นกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของพระราชบัญญัติ กล่าวคือ บทบัญญัติในพระราชบัญญัติ ที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หากไม่ได้มีการตรวจสอบโดยองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัย บทบัญญัติ ในพระราชบัญญัตินั้นก็ย่อมจะดำรงอยู่ต่อไป สาระประการหนึ่งของหลักนิติธรรม คือ “ต้องมีการควบคุม ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำการขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐที่มีผลกระทำต่อสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชน และมีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ที่จำกัดหรือให้อำนาจขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล”<sup>๑๕๗</sup> การตรวจสอบว่าบทบัญญัติ ในพระราชบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

ส่วนความเห็นที่ว่า “การกำหนดให้ประธานศาลฎีกามีอำนาจในการออก ข้อบังคับตามร่างมาตราชี้เป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาในของศาล ซึ่งไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชน” อีกทั้งการกำหนดว่า “จะกำหนดให้ศาลพิจารณาลับหลังจำเลยก็ได้” นั้น ผู้เขียนเห็นว่า โดยที่ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... ใช้หลักการตามกฎหมายอาญาและกฎหมาย

<sup>๑๕๗</sup> วราภรณ์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๔๘, น. ๑๓๓.

วิธีพิจารณาความอาญาเป็นพื้นฐาน<sup>๑๕๔</sup> การเปิดโอกาสให้ศาลพิจารณาลับหลังได้ย่อมาเป็นผลร้ายต่อผู้รับคำสั่ง ปรับเป็นพินัย กล่าวคือ มาตรฐานประกันความเป็นธรรมตามกระบวนการปรับเป็นพินัยมีมาตรฐานที่น้อยกว่า กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้มีแต่เพียงสิทธิในทางเนื้อหา แต่รวมถึง สิทธิในทางกฏหมายวิธีสบัญญติหรือกระบวนการยุติธรรมด้วย<sup>๑๕๕</sup>

#### ๔. บทสรุป

โดยสรุปจากข้อสังเกตสี่ประการของผู้เขียนนั้น ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... ใช้กฏหมายเยอร์มันเป็นต้นแบบในการร่างกฏหมาย แต่ในเนื้อหาของร่างกฏหมายก็มีประเด็น ที่แตกต่างจากกฏหมายเยอร์มันอยู่หลายประการ ทั้งในเรื่องกฏหมายสารบัญญัติที่นำรูปแบบของกฏหมาย เยอร์มันฉบับเก่ามาใช้ ทั้งในเรื่องกฏหมายวิธีสบัญญติที่กำหนดเขตอำนาจศาลจังหวัดเป็นศาลหลัก ในการพิจารณาคดีรวมถึงการให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีก้ากำหนดวิธีพิจารณาคดีได้เอง เป็นต้น ในแง่มุมของกฏหมาย เปรียบเทียบก็มีประเด็นของการไม่ได้นำระบบกฏหมายออสเตรียเข้ามาเปรียบเทียบในร่างพระราชบัญญัติ ฉบับเปิดให้รับฟังความคิดเห็น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า กรณีของประเทศออสเตรียมีความน่าสนใจทั้งในแง่มุม ของถ้อยคำที่ใช้ถ้อยคำภาษาเยอร์มันต้นฉบับ ทั้งในแง่มุมที่กำหนดให้เป็นเรื่องในทางกฏหมายปกครอง และอยู่ในอำนาจศาลปกครอง อาจจะกล่าวได้ว่า กฏหมายออสเตรียอยู่กึ่งกลางระหว่างประเทศเยอร์มัน ที่มีกฏหมายกลางที่ใกล้เคียงกับกฏหมายอาญาและประเทศฝรั่งเศสที่เป็นเรื่องในกฏหมายปกครอง ในทางตรงของเยอร์มันบางส่วนก็เห็นว่าเป็นเรื่องในทางการปกครอง แต่ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับ เป็นพินัย พ.ศ. .... นั้น ผู้เขียนเห็นว่า เป็นความพยายามที่จะสร้างสิ่งที่แทนที่คำว่า “โทษปรับทางปกครอง” ซึ่งต้องห้ามถ้อยคำที่ไม่มีรากคำศัพท์ว่า “-ทางปกครอง” เพื่อไม่ให้ผูกติดกับ “กฏหมายปกครอง” จึงใช้คำว่า “พินัย” อันเป็นถ้อยคำโบราณที่ในปัจจุบันไม่ใช่คำสามัญที่ประชาชนทั่วไปใช้ในชีวิตประจำวัน นอกจากนั้น ร่างพระราชบัญญัติตั้งกล่าวยังกำหนดให้กฏหมายอื่น ๆ ที่มีคำว่า “โทษทางปกครอง” ต้องเปลี่ยนเป็น “โทษทางพินัย” และใช้หลักการตามร่างพระราชบัญญัตินี้ อันเป็นการเปลี่ยนหลักกฏหมายปกครอง กลายเป็นหลักกฏหมายที่ใกล้ชิดกับหลักกฏหมายอาญา ซึ่งเปลี่ยนเขตอำนาจศาลปกครองเป็นศาลยุติธรรม

ผู้เขียนเห็นว่า การร่างกฏหมายเรื่องนี้ ไม่จำเป็นต้องใช้แนวทางของประเทศเดียวเป็นหลัก การเปรียบเทียบหลักกฏหมายย่อมสามารถนำหลักการของประเทศต่าง ๆ มาพิจารณาและปรับใช้ให้เข้ากับ ระบบกฏหมายไทย เช่น กำหนดให้เป็นกฏหมายกลางในการสลายความเป็นอาญา แต่ไม่จำต้องเปลี่ยนแปลง กฏหมายอื่น ๆ ให้เป็นไปตามกฏหมายกลางในทันทีทันใด ควรจะพิจารณากฏหมายเป็นรายฉบับว่า กฏหมายใดควรแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งเป็นเรื่องที่ควรให้รัฐสภาในฐานะฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้พิจารณาแก้ไขกฏหมาย เพราะกฏหมายแต่ละฉบับก็ย่อมมีเจตนาและลักษณะของกฏหมายเป็นของตนเอง เป็นต้น นั่นเอง

<sup>๑๕๔</sup> ตรงนี้ไม่ได้หมายความว่า ผู้เขียนเห็นด้วยกับการนำหลักกฏหมายอาญาและกฏหมายวิธีพิจารณา ความอาญามาเป็นต้นแบบในทุกประเด็น ผู้เขียนเห็นว่า ต้องพิจารณาเป็นรายกรณี เพียงแต่ผู้เขียนอธิบายความตามโครงสร้าง ของร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ....

<sup>๑๕๕</sup> ตัวอย่างการอธิบาย “หลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในกระบวนการพิจารณา” ดู บรรเจิด สิงค์เนติ, หลักกฏหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ, พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพฯ : วิญญาณ, ๒๕๖๑), น. ๑๒๒ ; “หลักการประกันการคุ้มครองสิทธิในทางศาล” ดู วรเจตน์ ภาครัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๓๔, น. ๒๘๕.

## การใช้ดุลพินิจไม่ตรวจสอบข้อสอบด้วยเหตุข้อสันนิษฐานเด็ดขาดว่าผู้เข้าสอบทุจริตการสอบ ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมัน\*

วิชชา เนตรหัสน์ยัน\*\*

### บทนำ

การสอบเป็นกระบวนการที่จัดขึ้นเพื่อประเมินความรู้ความสามารถของผู้เข้าสอบในด้านต่าง ๆ ตามที่ผู้ออกข้อสอบกำหนด ด้วยเหตุนี้ ผู้เข้าสอบจึงต้องใช้ความรู้ความสามารถของตนเองในการทำข้อสอบ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ผู้เข้าสอบต้องไม่ใช้สิ่งอำนวยความสะดวกหรือวิธีการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการเอาเปรียบผู้เข้าสอบรายอื่น และด้วยเหตุนี้ในการจัดการสอบแต่ละครั้ง ผู้จัดการสอบจึงต้องกำหนดมาตรการในการป้องกันการทุจริตการสอบ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันความเสมอภาคระหว่างผู้เข้าสอบด้วยกันเอง อย่างไรก็ตาม ในการกำหนดระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการสอบนั้น ผู้จัดการสอบยังต้องคำนึงถึงการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เข้าสอบไปพร้อมกันด้วย ระเบียบในการสอบที่มีผล เป็นการกำหนดโทษอย่างโดยอย่างหนึ่งแก่ผู้เข้าสอบ จึงต้องมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่ผู้เข้าสอบจะเข้าใจสิทธิหน้าที่ของตนในกระบวนการสอบได้ นอกจากนี้ การตีความระเบียบการสอบเหล่านั้น จะต้องอยู่ภายใต้หลักความ公正สมควรแก่เหตุ กล่าวคือ โทษที่ใช้ในการลงโทษผู้ที่มิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามระเบียบการสอบ จะต้องเป็นโทษที่เหมาะสมกับสิ่งที่ผู้เข้าสอบได้กระทำการไป

ปัญหาจึงอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ระเบียบการสอบได้กำหนดโทษของการไม่ปฏิบัติตามระเบียบการสอบข้อใดข้อหนึ่งในลักษณะที่เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีของการพกเครื่องมือสื่อสารเข้าไปในบริเวณห้องสอบ การไม่ขัดเส้นได้ท้ายคำตอบในแต่ละข้อ หรือการไม่ฝันกระดาษคำตอบให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่ระเบียบการสอบกำหนด ซึ่งในระเบียบการสอบส่วนใหญ่จะกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ “ถือว่า” เป็นการทุจริตการสอบ และทำให้ผู้เข้าสอบไม่ได้รับการตรวจข้อสอบในส่วนที่กำลังทำอยู่นั้น โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้เข้าสอบจะมีเจตนาที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีลักษณะเป็นการทุจริตการสอบหรือไม่ ซึ่งการกำหนดระเบียบการสอบที่มีลักษณะเด็ดขาดเช่นนี้ก็เป็นไปเพื่อกำหนดมาตรการสำหรับป้องกันการทุจริตการสอบไว้ล่วงหน้า (preventative) อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้ ก็คือ การกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันการทุจริตการสอบไว้ล่วงหน้าเช่นนี้ จะเป็นมาตรการที่กระทบเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เข้าสอบโดยพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ กล่าวคือ การลงโทษผู้ที่มิได้มีเจตนาที่จะฝ่าฝืนระเบียบการสอบ เช่น ผู้ที่พลั้งพลอนนำเครื่องมือสื่อสารเข้าไปในบริเวณห้องสอบเนื่องจากความเครียดหรือความกังวลที่สะสมมาระหว่างการเตรียมตัวสอบ โดยมิได้มีเจตนาทุจริตการสอบ ด้วยการพิจารณาไม่ตรวจสอบข้อสอบในส่วนนั้น เป็นมาตรการที่รุนแรงเกินไปหรือไม่มีอิทธิพลกับข้อสอบร่องที่ผู้เข้าสอบได้กระทำการไป และหากมาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่กระทบเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เข้าสอบเกินสมควร จะมีวิธีตีความระเบียบดังกล่าวเช่นใดให้เป็นไปในแนวทางที่เกิดความสมดุลระหว่างการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพและการคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างผู้เข้าสอบให้ได้มากที่สุด

\* เพย์แพรครั้งแรกในอินทรานีตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนสิงหาคม ๒๕๖๕

\*\* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, Master of Laws "Deutsches Recht" (LL.M.) (เกียรตินิยม) Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn สาขาวิชา分鐘法律, พนักงานคดีปกครอง ปฏิบัติการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน ๒ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ปัญหาในลักษณะดังกล่าวนี้ เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติและเป็นคดีพิพาทที่ขึ้นสู่ศาลปกครองของทั่วไทยและเยอรมันเป็นจำนวนมาก โดยคดีในลักษณะดังกล่าวที่เป็นที่สนใจและถูกกล่าวถึง เป็นอย่างมากในแวดวงวิชาการและในสื่อสังคมออนไลน์ ได้แก่ คดีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๔/๒๕๖๔ (คดี Airpods) อันเป็นคดีที่ผู้เข้าสอบได้ใส่หูฟัง Airpods เข้าไปในห้องสอบโดยไม่รู้ตัว<sup>๑</sup> หรือในกรณีที่มีนักเรียนกว่าพันรายไม่ได้รับการตรวจข้อสอบในรายวิชา GAT/PAT และวิชาสามัญ เนื่องจากมีได้รับใบอนุญาตสอบชุดที่ได้รับไว้ในกระดาษคำตอบ โดยนักเรียนผู้เข้าสอบได้ยืนยันว่า สาเหตุที่ตนมีได้รับบุข้อสอบชุดที่ได้รับไว้ในกระดาษคำตอบนั้น เนื่องจากอาจารย์ผู้คุมสอบประจำศูนย์สอบแห่งหนึ่งได้ยืนยันกับผู้เข้าสอบว่า ผู้เข้าสอบไม่จำเป็นต้องระบายนานาชุดข้อสอบไว้ในกระดาษคำตอบ แม้ในเวลาต่อมาที่ประชุมอธิการบดีแห่งประเทศไทย (ทปอ.) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ดูแลการจัดสอบดังกล่าว จะได้ออกประกาศเรื่อง การอนุโลมกรณีลืมผันชุดแบบทดสอบบนกระดาษคำตอบในการสอบ TCAS65 เพื่อแจ้งถึงมติให้อุปโภค นำกระดาษคำตอบที่ลืมระบายนานาชุดแบบทดสอบทั้งหมดมาดำเนินการตรวจให้คะแนนตามเลขชุดแบบทดสอบที่ได้ระบุไว้บนใบเข็นขึ้นชื่อผู้เข้าสอบก็ตาม แต่การที่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องได้ปฏิเสธที่จะตรวจสอบให้แก่ผู้เข้าสอบ ตั้งแต่ต้นนั้น ยอมละทิ้งให้เห็นถึงทศนคติของหน่วยงานทางปกครองที่ยังคงตีความระเบียบที่เกี่ยวข้อง กับการสอบโดยคำนึงถึงแต่เฉพาะการประกันความเสมอภาคของผู้เข้าสอบ โดยมิได้คำนึงถึงเสรีภาพของผู้เข้าสอบประกอบด้วยแต่อย่างใด

ด้วยเหตุนี้ ในบทความฉบับนี้ จึงจะได้ชี้ให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ ข้อสนับสนุน และข้อโต้แย้ง ของการใช้มาตรการเพื่อป้องกันการทุจริตการสอบในลักษณะที่สันนิษฐานการกระทำการทำความผิดไว้ก่อน (หัวข้อที่ ๑) จากนั้นจึงจะได้นำเสนอตัวอย่างของแนวคิดนิจัยของศาลปกครองเยอรมันและศาลปกครองไทยที่เกี่ยวข้อง (หัวข้อที่ ๒.) เพื่อที่จะนำไปใช้ในการวิเคราะห์แนวทางในการตีความระเบียบการสอบเพื่อสร้างสมดุลระหว่างการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพและความเสมอภาคระหว่างผู้เข้าสอบ และอุปสรรคที่อาจขึ้นได้จากการตีความระเบียบการสอบในลักษณะดังกล่าวต่อไป (หัวข้อที่ ๓.)

### ๑. มาตรการเพื่อป้องกันการทุจริตการสอบไว้ล่วงหน้า : วัตถุประสงค์ ข้อสนับสนุน และข้อโต้แย้ง

ในการออกแบบระบบระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการสอบในลักษณะที่เป็นมาตรการเพื่อป้องกันการทุจริตการสอบไว้ล่วงหน้า (preventative Maßnahme) นั้น มีวัตถุประสงค์ ข้อสนับสนุนในทางกฎหมาย และข้อโต้แย้งในทางกฎหมาย ดังต่อไปนี้

#### ๑.๑ วัตถุประสงค์

การสอบ (Prüfung) เป็นกระบวนการที่ผู้รับการทดสอบจะได้แสดงความสามารถ ของตนในรูปแบบที่แตกต่างกันออกໄไปตามที่ผู้ออกข้อสอบกำหนด ไม่ว่าจะเป็นการสอบข้อเขียน (schriftlich) การสอบปากเปล่า (mündlich) การสอบในเชิงปฏิบัติ (praktisch) หรือการสอบในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ (elektronisch)<sup>๒</sup> หากไม่ว่าจะเป็นการสอบในรูปแบบใดก็ตาม ผู้เข้าสอบจะได้รับการประเมินคุณภาพผลงาน และความสามารถของผู้เข้าสอบเอง (persönliche selbstständige Leistung) เท่านั้น ด้วยเหตุนี้ หากผู้เข้าสอบได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันมีลักษณะเป็นการแสดงให้คณะกรรมการสอบเห็นว่าการทำข้อสอบในครั้นนั้น เกิดจากความรู้ความสามารถของตน ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้ว ผู้เข้าสอบได้ทำข้อสอบนั้น ด้วยการแสวงหา

<sup>๑</sup> รายละเอียดของคดีดังกล่าวโปรดดูต่อไปในหัวข้อที่ ๒.๒.๓

<sup>๒</sup> Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl., München 2018, Rn. 7.

ประโยชน์อย่างโดยย่างหนึ่งโดยมีขอบจาระเบียบการสอบ (unerlaubte Vorteile) การกระทำดังกล่าว ย่อมเป็น “การกระทำที่มีลักษณะเป็นการทุจริตการสอบ” (Täuschungshandlung) โดยตัวอย่างของการกระทำ ที่มีลักษณะเป็นการทุจริตการสอบ ได้แก่ การใช้อุปกรณ์ช่วยเหลือต่าง ๆ ทั้งที่ในระเบียบการสอบมิได้อนุญาต ให้มีการใช้อุปกรณ์ช่วยเหลือดังกล่าว (unerlaubte Hilfe)<sup>๗๙</sup> การลอกเลียนวรรณกรรม (Plagiat) การที่ผู้เข้าสอบยังคงมือทำข้อสอบต่อไปทั้งที่หมดเวลาสอบแล้ว หรือแม้กระทั่งการที่ผู้เข้าสอบขอขยายระยะเวลาในการส่งรายงาน โดยอ้างว่าป่วยจนไม่สามารถทำรายงานได้ แต่กลับใช้เวลาที่ได้รับขยายในการทำรายงานไปด้วย<sup>๘๐</sup>

เพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันมีลักษณะเป็นการทุจริตการสอบดังที่กล่าวไว้ข้างต้น ในระเบียบการสอบฉบับต่าง ๆ จึงมักมีบทกำหนดโทษสำหรับการทุจริตการสอบที่แตกต่างกันไป ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับพฤติกรรมและความร้ายแรงในแต่ละกรณี อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในการทุจริตการสอบแต่ละครั้ง ผู้ที่มีเจตนาทุจริตในการสอบย่อมต้องวางแผนและดำเนินการตามแผนการของตนอย่างแนบเนียนที่สุด เท่าที่ทำได้ การจะแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์การทุจริตการสอบจึงกระทำได้ยาก ด้วยเหตุนี้ ในระเบียบการสอบจึงมักมีข้อกำหนดที่ “ให้อิสระ” การกระทำบางประการที่อาจนำไปสู่การทุจริตการสอบ เช่น การนำเครื่องมือสื่อสารเข้ามาในบริเวณห้องสอบ หรือการขีดเส้นใต้ที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด เป็นการทุจริตการสอบหรือกำหนดโทษสำหรับการกระทำในรูปแบบดังกล่าวในลักษณะที่เท่าเทียมกัน กับการทุจริตการสอบ โดยมิได้เปิดโอกาสให้ผู้ลูกกล่าวหาโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ ของตนแต่อย่างใด กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ แม้ผู้เข้าสอบจะได้นำเครื่องมือสื่อสารหรือขีดเส้นใต้ในลักษณะ ที่แตกต่างออกไปจากที่กำหนดไว้ในระเบียบการสอบโดยมิได้เจตนาที่จะทุจริตก็ตาม ผู้เข้าสอบรายงานนั้น ก็ย่อมได้รับโทษในลักษณะที่เท่าเทียมกันกับการทุจริตการสอบโดยมิอาจโต้แย้งได ๆ ได้

## ๑.๒ เหตุผลสนับสนุน : การประกันความเสมอภาคระหว่างผู้เข้าสอบ

การออกแบบระบบระเบียบการสอบเพื่อป้องกันการทุจริตไว้ล่วงหน้าดังที่กล่าวไว้ข้างต้นนี้ เป็นการออกแบบระบบระเบียบการสอบที่มี “การประกันความเสมอภาคระหว่างผู้เข้าสอบ” เป็นเหตุผลรองรับ โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี<sup>๘๑</sup> ได้มีการรับรองรับหลัก “การประกันความเสมอภาค ระหว่างบุคคล” (Grundsatz der Chancengleichheit) ไว้ในมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง โดยกำหนดให้ มนุษย์ทุกคนเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย<sup>๘๒</sup> และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็ได้มีการประกัน หลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา ๒๗<sup>๘๓</sup> เช่นเดียวกัน ซึ่งหลักความเสมอภาคเป็นหลักการที่ประกันสิทธิของราษฎร

<sup>๗๙</sup> Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl., München 2018, Rn. 223.

<sup>๘๐</sup> OVG Berl.-Brandbg. Beschl. v. 21.8.2017 – 5 M 23.17

<sup>๘๑</sup> หรือที่เรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (Grundgesetz, GG)

<sup>๘๒</sup> Art 3 Grundgesetz

(1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

<sup>๘๓</sup> มาตรา ๒๗ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอภาค

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

ที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ องค์กรของรัฐจะต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกัน ในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกัน<sup>๙๙</sup> เมื่อความเสมอภาค เป็นหลักการที่ผู้พนักงานของรัฐทุกองค์กรเข่นี้แล้ว หลักการดังกล่าวจึงมีผลใช้บังคับกับการใช้ดุลพินิจ ของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการสอบและการตรวจข้อสอบด้วยเช่นเดียวกัน ผลของการนำหลักความเสมอภาค มาใช้ในกระบวนการสอบและการตรวจข้อสอบนั้น ทำให้ต้องมีการกำหนดระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการทุจริต การสอบ เพื่อมิให้ผู้เข้าสอบรายได้รายหนึ่งเอารัดเอาเปรียบผู้เข้าสอบรายอื่นโดยการใช้อุปกรณ์ช่วยเหลือ หรือโดยอาศัยช่องว่างจากรulesที่เกี่ยวข้องกับการสอบได้ และเพื่อให้การป้องกันการเอารัดเอาเปรียบ ผู้เข้าสอบรายอื่นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุดนั้น ในบางกรณีจึงจำเป็นต้องมีการกำหนดมาตรการ เพื่อป้องกันการทุจริตการสอบไว้ล่วงหน้า (preventative Maßnahmen) โดยกำหนดให้การกระทำอย่างใด อย่างหนึ่งที่อาจนำไปสู่การทุจริตในการสอบได้ เป็นการกระทำที่ได้รับผลร้ายเทียบเคียงได้กับการทุจริต การสอบในทันที ซึ่งหากพิจารณาจากมุมมองของการคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างผู้เข้าสอบแล้ว การกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันการทุจริตการสอบไว้ล่วงหน้าเช่นนี้ ย่อมเป็นมาตรการที่สมเหตุสมผล และมีพื้นฐานทางกฎหมายรองรับตามสมควร

### ๑.๓ เหตุผลトイ胥ัง : การประกันเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เข้าสอบภายใต้ หลักความพอสมควรแก่เหตุ

แม้การออกแบบระเบียบการสอบเพื่อป้องกันการทุจริตไว้ล่วงหน้าจะเป็นมาตรการ ที่มีเหตุผลในด้านการส่งเสริมความเสมอภาคระหว่างผู้เข้าสอบมาเป็นเหตุผลรองรับดังที่กล่าวมาข้างต้นก็ตาม แต่การใช้ดุลพินิจพิจารณาไม่ตรวจสอบทั้งฉบับก็เป็นการใช้ดุลพินิจที่กระทบถึงเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ของผู้เข้าสอบ (Berufsfreiheit) การใช้ดุลพินิจในลักษณะดังกล่าวจึงมิใช้การใช้ดุลพินิจที่ฝ่ายปกครอง สามารถกระทำได้อย่างไร้ขอบเขต แต่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง<sup>๑๐๐</sup> และเป็นการตัดสินใจที่อยู่ภายใต้ เงื่อนไขและการอบรมข้อจำกัดในการแทรกแซงเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ (Grenzen für die Einschränkung) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อจำกัดจากหลักความพอสมควรแก่เหตุ (Verhältnismäßigkeits grundsatz) อันเป็น หลักการที่เรียกร้องให้การกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองที่กระทบถึงเสรีภาพของประชาชนจะต้อง เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ฝ่ายปกครองจะเข้าไปแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เท่าที่จำเป็นต่อการดำเนินกิจการของรัฐ เท่าที่ประโยชน์สาธารณะจะบรรลุผลเท่านั้น<sup>๑๐๑</sup> โดยในการตรวจสอบความชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุ

<sup>๙๙</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง,” (กรุงเทพฯ : วิญญาณ, ๒๕๖๕), น. ๖๘ และหลักความเสมอภาคในบริบทที่เกี่ยวข้องกับการเข้าทำงานในหน่วยงานของรัฐ โปรดดู บรรจิด สิงค์เนติ, “หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”, พิมพ์ครั้งที่ ๖, (กรุงเทพฯ : วิญญาณ, ๒๕๖๒), น. ๑๗๖-๑๗๗.

<sup>๑๐๐</sup> ผลของการนำหลักการประกันเสรีภาพในการประกอบอาชีพมาใช้ในการพิจารณาที่เกี่ยวข้อง กับกระบวนการสอบและการตรวจข้อสอบ โปรดดู วิชชา เนตรหัสนย์, อำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจ (แคนอิสราในกรณีจดหมาย) ในกระบวนการตรวจสอบอัตนัยของเนติบัณฑิตยสภา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๒๑๕๓/๒๕๔๔), วารสารวิชาการศาลปกครองปีที่ ๒๑ ฉบับที่ ๔ (ตุลาคม-ธันวาคม) ๒๕๖๔, น. ๓๙-๑๔๖.

<sup>๑๐๑</sup> Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl., München 2016, Rn. 229.

ของการกระทำทางปกครองนั้น สามารถกระทำได้ใน ๓ ขั้นตอน ดังต่อไปนี้<sup>๑๑</sup> ขั้นตอนที่หนึ่ง พิจารณาว่า มาตรการที่เลือกใช้นั้นมีความเหมาะสม (Geeignetheit, suitability) หรือไม่ กล่าวคือ เป็นขั้นตอน ที่ฝ่ายปกครองจะต้องตรวจสอบว่า วิธีการที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้นั้น เป็นมาตรการที่สามารถบรรลุ วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้จริงหรือไม่ ขั้นตอนที่สอง พิจารณาว่ามีความจำเป็น (Erforderlichkeit, necessity) ที่ฝ่ายปกครองจะต้องใช้มาตรการที่เลือกไว้หรือไม่ กล่าวคือ ในกรณีที่มีมาตรการให้ฝ่ายปกครอง เลือกใช้ได้หลายมาตรการนั้น จะต้องไม่มีวิธีการอื่นที่หากนำมาใช้แล้วจะกระทบสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน น้อยกว่า (milderes Mittel) แต่เป็นมาตรการที่ได้ผลเท่าเทียมกันกับวิธีการที่ฝ่ายปกครองได้เลือกไว้ (ebenso wirksames Mittel) และ ขั้นตอนที่สาม มาตรการที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้จะต้องเป็นมาตรการ ที่ได้สัดส่วน (Angemessenheit, balancing) กล่าวคือ ต้องมีการซึ่งน้ำหนักระหว่างความร้ายแรง ของผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (Schwere des Eingriffs) กับความจำเป็น และเร่งด่วนของเหตุผลที่ใช้ในการดำเนินการที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน (Gewicht und Dringlichkeit der rechtfertigenden Gründe) โดยการกระทำอย่างโดยย่างหนักของฝ่ายปกครอง จะเป็นการกระทำที่ไม่พอมีสมควรแก่เหตุก็ต่อเมื่อผลกระทบที่ปัจเจกบุคคลได้รับนั้น รุนแรงกว่าประโยชน์ ที่สาธารณะจะได้รับอย่างมีนัยยะสำคัญ (ersichtlich wesentlich schwerer wiegen)<sup>๑๒</sup> ด้วยเหตุนี้ การใช้ดุลพินิจในการตรวจข้อสอบที่ไม่ใช่มาตรการที่เหมาะสม (geeignet) ไม่ใช่มาตรการที่จำเป็น (erforderlich) หรือไม่ใช่มาตรการที่ได้สัดส่วน (angemessen) อย่างโดยย่างหนัก การใช้ดุลพินิจในการตรวจข้อสอบ เช่นว่านั้นย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุอันเป็นหลักการที่ได้รับการรับรองไว้ ในรัฐธรรมนูญ และด้วยเหตุนี้ คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยอาศัยฐานจากการใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อ บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญเช่นนี้ จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และอาจถูกเพิกถอนได้ โดยศาลปกครอง<sup>๑๓</sup>

## ๒. ตัวอย่างแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเยอรมันและศาลปกครองไทยที่เกี่ยวข้อง

### ๒.๑ แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเยอรมัน

จากการสำรวจแนวคำพิพากษาของศาลปกครองเยอรมันที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจ กำหนดโทษแก่ผู้ที่มิได้ปฏิบัติตามระเบียบการสอบนั้น จะพบว่า ในคดีประเทณนี้ศาลปกครองเยอรมัน ให้ความสำคัญกับการซึ่งน้ำหนักระหว่างการประกันความเสมอภาคระหว่างผู้เข้าสอบและการคุ้มครองเสรีภาพ

<sup>๑๑</sup> ในบางตำราอาจแบ่งเป็น ๔ ขั้นตอน โดยเพิ่มขั้นตอนของการหาความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์ และวิธีการ (Zweck- und Mittelprüfung) หรือการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของวัตถุประสงค์ (Legitimacy of the End) เป็นขั้นตอนแรก กล่าวคือ ตรวจสอบว่าวิธีการที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้นั้น นำไปสู่วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่ รายละเอียดเป็นไปตาม Detterbeck, Steffen, *ibid.*, Rn. 229 ff. ; Schlink, Bernhard, Proportionality (1), in : Rosenfeld, Michel and Sajó. András (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (London : Oxford University Press, 2013), p.720.

<sup>๑๒</sup> BVerfGE 44, 353 (373).

<sup>๑๓</sup> ในบริบทของกฎหมายไทย การใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจ ที่อาจถูกเพิกถอนได้โดยศาลปกครอง เนื่องจากเป็น “การใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ” ตามมาตรา ๘ วรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

ในการประกอบอาชีพของผู้เข้าสอบเป็นอย่างยิ่ง<sup>๑๔</sup> แต่จะให้น้ำหนักในการคุ้มครองคุณค่าแต่ละประการ แตกต่างกันออกໄไปในแต่ละกลุ่มคดี โดยสามารถแบ่งกลุ่มของคดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้คุลพินิจกำหนดโทษ แก่ผู้ที่มีได้ปฏิบัติตามระเบียบการสอบได้เป็น ๓ กลุ่ม ดังต่อไปนี้ กลุ่มที่หนึ่ง กรณีที่ผู้เข้าสอบนำอุปกรณ์ที่สามารถช่วยอำนวยความสะดวกในการสอบได้โดยสภาพ (generell geeignete Hilfsmittel) เข้าไปในบริเวณสถานที่สอบ และผู้เข้าสอบมีโอกาสใช้อุปกรณ์ดังกล่าวในการทุจริตการสอบได้ตลอดเวลา (หัวข้อ ๒.๑.๑) กลุ่มที่สอง กรณีนำอุปกรณ์สื่อสารเข้าไปในบริเวณสถานที่สอบ โดยไม่ปรากฏพยานหลักฐานว่า ผู้เข้าสอบจะสามารถนำอุปกรณ์ดังกล่าวมาใช้ประโยชน์ในการทุจริตการสอบได้จริงหรือไม่ (หัวข้อ ๒.๑.๒) และกลุ่มที่สาม กรณีที่คำตอบของผู้เข้าสอบเหมือนหรือคล้ายกับผู้เข้าสอบรายอื่นหรือข้อมูลที่ปรากฏในสื่อสิ่งพิมพ์หรือสื่อออนไลน์ (หัวข้อ ๒.๑.๓)

### ๒.๑.๑ กรณีที่นำอุปกรณ์ที่สามารถช่วยอำนวยความสะดวกในการสอบได้โดยสภาพ (generell geeignete Hilfsmittel) เข้าไปในบริเวณสถานที่สอบ และผู้เข้าสอบมีโอกาสใช้อุปกรณ์ดังกล่าวในการทุจริตการสอบได้ตลอดเวลา

ในกรณีที่คณะกรรมการสอบสามารถนำสืบได้อย่างชัดเจนว่า ผู้เข้าสอบมีเจตนาที่จะฝ่าฝืนระเบียบการสอบเพื่อประโยชน์ในการทุจริตการสอบแล้ว การที่คณะกรรมการสอบใช้คุลพินิจพิจารณาไม่ตرجุจัดให้เป็นการทุจริตการสอบแล้ว การสอบประการใดประการหนึ่งที่กำหนดไว้ล่วงหน้าเพื่อป้องกันการทุจริตการสอบ ก็ย่อมเป็นการใช้คุลพินิจเพื่อคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างผู้เข้าสอบที่ชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่ผู้เข้าสอบมีเจตนานำอุปกรณ์ที่สามารถช่วยอำนวยความสะดวกในการสอบได้โดยสภาพ (generell geeignete Hilfsmittel) เข้าไปในบริเวณสถานที่สอบ ในลักษณะที่ผู้เข้าสอบสามารถนำอุปกรณ์เช่นว่านั้นมาใช้ในการทุจริตการสอบได้ตลอดเวลา แม้ผู้เข้าสอบรายนั้นจะยังไม่ได้ใช้ประโยชน์จากอุปกรณ์ที่นำมาแก้ไข เช่น ในกรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมัลรัชนอร์ทไรน์-เวสท์فالีエン ลงวันที่ ๑๖ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๒๑<sup>๑๕</sup> ซึ่งคดีนี้คณะกรรมการสอบสามารถนำสืบข้อเท็จจริงได้อย่างชัดเจนว่า ผู้เข้าสอบได้นำโทรศัพท์มือถือเข้าไปในห้องสอบในสภาพที่เปิดเครื่องอยู่ และได้พยายามหยิบโทรศัพท์มือถือขึ้นมาดูอยู่หลายครั้ง หรือกรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นเมืองดีสเซลدورฟ์ (VG Düsseldorf) ลงวันที่ ๒๖ เมษายน ค.ศ. ๒๐๒๑<sup>๑๖</sup> อันเป็นกรณีที่คณะกรรมการสอบสามารถพิสูจน์ได้ชัดเจนว่า ผู้เข้าสอบมีเจตนาพกกล้องวิดีโອนขนาดเล็ก (Minikamera) เข้าไปในการสอบใบขับขี่ เพื่อประโยชน์ในการทุจริตการสอบ โดยไม่จำเป็นที่อุปกรณ์ช่วยเหลือที่นำเข้าไปนั้น จะต้องสามารถนำไปใช้ในการตอบคำถามข้อใดข้อหนึ่งได้โดยตรง เพียงแต่พิสูจน์ให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างสิ่งที่ผู้เข้าสอบนำเข้าไปกับวิชาที่สอบได้ก็เพียงพอแล้ว<sup>๑๗</sup> เช่น กรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นเมืองเมินซ์ (VG Mainz) ลงวันที่ ๑๑ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๒<sup>๑๘</sup> ซึ่งศาลปกครองวินิจฉัยว่า การที่ผู้เข้าสอบนำประมวลกฎหมายเข้าไปในการสอบวิชาณิติศาสตร์ระดับมัลรัชนอร์ท

<sup>๑๔</sup> หลักทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการซั่งน้ำหนักคุณค่าต่าง ๆ ที่ได้รับการคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญ โปรดดูต่อพงศ์ กิตติyan พงศ์, “ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน”, พิมพ์ครั้งที่ ๒, (กรุงเทพฯ : วิญญาณ, ๒๕๖๒), น. ๑๒๓-๑๖๐.

<sup>๑๕</sup> Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl., München 2018, Rn. 230.

<sup>๑๖</sup> VG Düsseldorf (6. Kammer), Urteil vom 26.04.2021-6 K 957/20, BeckRS 2021, 11533.

<sup>๑๗</sup> Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl., München 2018, Rn. 230.

<sup>๑๘</sup> VG Mainz, Urteil vom 11. 12. 2002-7 K 502/02, JuS 2003, 1239.

(Juristische Staatsprüfung) โดยได้ชี้ดีเขียนและทำสัญลักษณ์อักษรย่อไว้ในประมวลกฎหมายฉบับดังกล่าว<sup>๑๙</sup> ซึ่งแม้การทำสัญลักษณ์ในครั้งนี้จะมิได้มีผลให้ผู้เข้าสอบตอบคำถามได้ดีขึ้นก็ตาม<sup>๒๐</sup> ก็ถือเป็นกรณีที่ผู้เข้าสอบได้ฝ่าฝืนระเบียบการสอบโดยการนำอุปกรณ์ช่วยเหลือเข้าไปในบริเวณห้องสอบแล้ว

**๒.๑.๒ กรณีนำอุปกรณ์สื่อสารเข้าไปในบริเวณสถานที่สอบ โดยไม่ปรากฏพยานหลักฐานว่า ผู้เข้าสอบจะสามารถนำอุปกรณ์ดังกล่าวมาใช้ประโยชน์ในการทุจริตการสอบได้จริงหรือไม่**

ในทางตรงกันข้าม หากเป็นกรณีที่ผู้เข้าสอบหลีกเลี่นนำอุปกรณ์สื่อสารเข้าไปในบริเวณห้องสอบ แต่ไม่ปรากฏพยานหลักฐานว่า ผู้เข้าสอบรายนั้นมีเจตนาที่จะนำเครื่องมือสื่อสารเข้าไปในห้องสอบ ทั้งยังไม่ปรากฏพยานหลักฐานว่า ผู้เข้าสอบจะสามารถนำอุปกรณ์ดังกล่าวมาใช้ประโยชน์ในการทุจริตการสอบได้จริงหรือไม่ ศาลปกครองย่อมวินิจฉัยไปในแนวทางที่คุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เข้าสอบ โดยให้เหตุผลว่าการใช้ดุลพินิจไม่ตรวจสอบในกรณีดังกล่าว เป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างของคำพิพากษาที่ปรากฏข้อเท็จจริงในลักษณะดังกล่าว เช่น กรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นเมืองโคเบลนซ์ (VG Koblenz) ลงวันที่ ๑๕ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๒๐<sup>๒๑</sup> ซึ่งในคดีนี้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นนักศึกษามหาวิทยาลัยได้เข้าสอบโดยนำโทรศัพท์มือถือไว้ในกระเป๋าและได้วางกระเป๋าไว้ห่างจากไปจากที่นั่งสอบของผู้ฟ้องคดีประมาณ ๔๐ เมตร โดยผู้ฟ้องคดีได้ตั้งค่าโทรศัพท์มือถือไว้ใน “โหมดเครื่องบิน” (Flugmodus) แต่ก็ยังคงมีเสียงนาฬิกาปลุกดังขึ้นมาในระหว่างที่มีการสอบ กรรมการคุณสอบจึงได้บันทึกว่าผู้ฟ้องคดีพยายามทุจริตการสอบ (Täuschungsversuch) พร้อมทั้งมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีออกจากห้องสอบ จากนั้นผู้ฟ้องคดีก็ได้รับแจ้งว่า ผู้ฟ้องคดีได้รับการประเมินให้ได้คะแนนในระดับ “ไม่เพียงพอ” (nicht ausreichend)<sup>๒๒</sup> ด้วยเหตุที่ผู้ฟ้องคดีได้พยายามทุจริตการสอบด้วยการนำเครื่องมือสื่อสารเข้าไปในบริเวณห้องสอบโดยมิได้ปิดเครื่อง เพียงแต่ได้ตั้งค่าไว้ที่โหมดเครื่องบิน ซึ่งการกระทำในลักษณะเช่นนี้เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนระเบียบการสอบ โดยมิพักต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ว่า ผู้ฟ้องคดีจะได้วางโทรศัพท์มือถือห่างจากที่นั่งของตนมากน้อยเพียงใด เนื่องจากผู้ฟ้องคดียังสามารถใช้โทรศัพท์มือถือเครื่องดังกล่าวเชื่อมต่อกับเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์อีก ๑ เพื่อติดต่อกับบุคคลภายนอกได้ นอกจากนี้ เสียงนาฬิกาปลุกจากโทรศัพท์มือถือของผู้ฟ้องคดียังดังรบกวนสามารถมาอีกผู้เข้าสอบรายอื่น การประเมินผลให้ผู้ฟ้องคดีได้คะแนนในระดับ “ไม่เพียงพอ” (nicht ausreichend) จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบแล้ว และด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการสอบจึงยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี

<sup>๑๙</sup> ในบริบทของประเทศไทย ระเบียบการสอบมักอนุญาตให้นักศึกษาภูมายสามารถนำประมวลกฎหมายเข้าไปในห้องสอบได้ โดยอาจารย์ประจำวิชาหรือคณะกรรมการสอบมักกำหนดรายชื่อและรุ่นของประมวลกฎหมายที่สามารถใช้ในห้องสอบได้ไว้ล่วงหน้า และประมวลกฎหมายที่นำเข้าไปจะต้องไม่มีการซื้อขายสิ่งใด ๆ ลงเป็นทั้งสิ้น (หรือในระเบียบการสอบของมหาวิทยาลัยอนุโลมให้เน้นคำว่า “ทำสัญลักษณ์” บางประการที่ไม่มีผลกับการเพิ่มเติมเนื้อหาเข้าไปในประมวลกฎหมายได้)

<sup>๒๐</sup> เช่น ในกรณีตามคำพิพากษาฉบับนี้ ซึ่งผู้เข้าสอบได้เขียนอักษรย่อและวงกลมในส่วนที่มิได้ออกข้อสอบ แต่ก็ยังมีผลเป็นการทุจริตการสอบอยู่ดี

<sup>๒๑</sup> VG Koblenz (4. Kammer), Urteil vom 15.10.2020-4 K 116/20.KO, BeckRS 2015, 44533.

<sup>๒๒</sup> หมายถึง “ได้คะแนนในระดับที่ไม่ผ่านการทดสอบ”

ผู้พ้องคิดไม่เห็นด้วยกับผลการพิจารณาอุทธรณ์ จึงได้นำคดีมาฟ้องศาลปกครองโดยกล่าวอ้างว่า ผู้พ้องคิดมีนัดหมายที่สำคัญหนึ่งวันก่อนที่จะถึงวันสอบ จึงได้ตั้งนาฬิกาปลุกไว้เพื่อแจ้งเตือนนัดหมายดังกล่าว แต่ผู้พ้องคิดก็ลืมปิดการตั้งค่านาฬิกาปลุก เพียงแต่ได้ตั้งค่าไว้ในโหมดเครื่องบิน เสียงนาฬิกาปลุกจึงดังขึ้นในวันสอบ อย่างไรก็ตาม ผู้พ้องคิดมิได้มีเจตนาที่จะทุจริตการสอบแต่อย่างใด เนื่องจากการตั้งค่ามือถือไว้ที่โหมดเครื่องบินนั้น เป็นการตั้งค่าที่ปิดระบบการทำงานที่เกี่ยวข้องกับการเชื่อมต่อ กับเครื่องมือสื่อสารอื่นทั้งหมด ทั้งผู้พ้องคิดก็ไม่สามารถเชื่อมต่อโทรศัพท์มือถือกับอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ ประเภทนี้ เพื่อใช้เป็น “โพยอิเล็กทรอนิกส์” (elektronischer Spickzettel) ได้ เนื่องจากสัญญาณบลูทูธนั้น มีระยะเชื่อมต่อเพียงแค่ประมาณ ๑๐ เมตร เท่านั้น ส่วนข้อกล่าวอ้างที่ว่า เสียงนาฬิกาปลุกจากโทรศัพท์มือถือ ของผู้พ้องคิดดังรบกวนสมาชิกเข้าสอบรายอื่นนั้น ผู้พ้องคิดเห็นว่า กรรมการสอบสามารถจัดการกับเหตุการณ์ ที่เกิดขึ้นได้โดยไม่จำเป็นต้องทำให้เกิดเสียงดังรบกวนผู้เข้าสอบรายอื่นเกินสมควร เสียงดังรบกวนที่เกิดขึ้น ในห้องสอบจึงเกิดจากการกระทำการของกรรมการสอบด้วย ด้วยเหตุผลทั้งหมดนี้ ผู้พ้องคิดจึงเห็นว่า การใช้ดุลพินิจ ประเมินผลให้ผู้พ้องคิดได้คะแนนในระดับ “ไม่เพียงพอ” (nicht ausreichend) จึงเป็นการใช้ดุลพินิจ ที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคตามมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน ทั้งยังเป็นการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาด (ermessensfehlerhaft) และขัดต่อหลักความได้สัดส่วน (unverhältnismäßig) อีกด้วย

ศาลปกครองชั้นต้นเมืองโคเบลนซ์พิเคราะห์แล้วเห็นว่า ตามข้อ ๖ ของระเบียบ การสอบได้กำหนดห้ามให้นำเครื่องมือสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์เข้ามาในที่นั่งสอบ (an den Arbeitsplatz) และอนุญาตให้นำเครื่องมือดังกล่าวเข้ามากว่าไว้ในห้องสอบ (in den Prüfungsraum) “ในสภาพปิดไว้เพื่อมิให้ เครื่องมือสื่อสารดังกล่าวใช้งานได้” (in ausgeschaltetem Zustand) และได้กำหนดให้การกระทำที่ฝ่าฝืน ระเบียบดังกล่าวเป็นการพยายามทุจริตการสอบ และคณะกรรมการสอบสามารถประเมินผลคะแนนสอบ ให้อยู่ในระดับ “ไม่เพียงพอ” (nicht ausreichend) ได้ ด้วยเหตุนี้ เมื่อคำนึงถึงการตีความระเบียบการสอบ ภายใต้หลักการประกันเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (Berufsfreiheit) ตามมาตรา ๑๒ วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายพื้นฐาน ความเสมอภาคระหว่างผู้เข้าสอบ (Chancengleichheit) ตามมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน ประกอบกับหลักความชัดเจนแน่นอนและคาดหมายได้ของกฎหมายอันเป็นหลักการ อันมีมาจากการหลักนิติรัฐ (rechtsstaatliche Prinzipien der Rechtsklarheit und -vorhersehbarkeit) แล้ว ทำให้การตีความระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการสอบจะต้องกระทำการระมัดระวังอย่างยิ่ง เพราะถึงแม้ ผู้ออกแบบระเบียบการสอบจะต้องคำนึงถึงการกำหนดโทษแก่ผู้ทุจริตการสอบเพื่อประกันความเสมอภาค ระหว่างผู้เข้าสอบแล้ว ผู้ออกแบบระเบียบการสอบยังต้องคำนึงถึงการใช้ถ้อยคำในระเบียบการสอบที่ต้อง สามารถสร้างเส้นแบ่งระหว่างผู้ที่สอบผ่านและสอบไม่ผ่าน (Grenze zwischen dem Bestehen und dem Nichtbestehen einer Prüfung) ได้อย่างชัดเจน จากการตีความระเบียบการสอบโดยคำนึงถึงข้อเรียกร้อง ตามรัฐธรรมนูญดังที่กล่าวมาข้างต้น การกระทำที่จะเป็นการพยายามทุจริตการสอบตามระเบียบการสอบ ฉบับดังกล่าว จึงต้องเป็นการนำเครื่องมือสื่อสารเข้ามาในบริเวณห้องสอบในลักษณะที่เปิดไว้ในสภาพ ที่พร้อมใช้งานได้ (eingeschaltet) เท่านั้น แต่เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้พ้องคิดได้ตั้งค่ามือถือให้อยู่ใน โหมดเครื่องบิน (Flugmodus) การกระทำการของผู้พ้องคิดจึงมิได้เป็นการกระทำที่ขัดต่อระเบียบการสอบ ฉบับดังกล่าว โดยมิพักต้องคำนึงว่าในขณะที่สอบนั้น ผู้เข้าสอบจะสามารถเชื่อมต่อกับโทรศัพท์มือถือ ได้หรือไม่

ส่วนประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการ硼กวนผู้เข้าสอบรายอื่นนั้น ถึงแม้ว่าในระเบียบการสอบจะมีข้อกำหนดที่สามารถประเมินผลคะแนนให้ผู้เข้าสอบที่รับກวนผู้เข้าสอบรายอื่น ให้ได้คะแนนอยู่ในระดับ “ไม่เพียงพอ” (nicht ausreichend) ได้ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงหลักการคุ้มครองเสรีภาพทางอาชีพของผู้เข้าสอบแล้ว “การรบกวน” (Störung) ตามระเบียบการสอบฉบับนี้ ย่อมหมายความเฉพาะถึง พฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการการลงใจ (ein vorsätzliches Handeln) ให้เกิดเสียงรบกวนผู้เข้าสอบรายอื่น เท่านั้น แต่ในกรณีตามข้อเท็จจริง เสียงโทรศัพท์ที่ดังขึ้นเกิดจากความประมาทเลินเล่อ (Fahrlässigkeit) ของผู้ฟ้องคดี ทั้งเมื่อพิจารณาถึงการใช้ดุลพินิจภายในห้องสอบเดียวกันกับผู้เข้าสอบ เพื่อชดเชยเวลาที่เสียไป ด้วยเหตุนี้ การใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการสอบจึงขัดต่อหลักความจำเป็น (Gebot der Erforderlichkeit) อันเป็นหลักการที่ได้รับรองไว้ในระดับรัฐธรรมนูญ

#### **๒.๑.๓ กรณีที่คำตอบของผู้เข้าสอบเหมือนหรือคล้ายกับผู้เข้าสอบรายอื่น หรือข้อมูลที่ปรากฏในสื่อสิ่งพิมพ์หรือสื่อออนไลน์**

อีกรายศึกษาที่น่าสนใจ ก็คือ กรณีที่คำตอบของผู้เข้าสอบเหมือน หรือคล้ายกับผู้เข้าสอบรายอื่นหรือข้อมูลที่ปรากฏในสื่อสิ่งพิมพ์หรือสื่อออนไลน์ เช่น กรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นเมืองซาร์ลูยส์ (VG Saarlouis) ลงวันที่ ๖ เมษายน ค.ศ. ๒๐๒๐<sup>๒๓</sup> โดยในคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีได้คะแนนรายวิชากฎหมายว่าด้วยรัฐและรัฐธรรมนูญ (Staats- und Verfassungsrecht) ในระดับ “ไม่ผ่าน” (nicht bestanden) เนื่องจากคณะกรรมการสอบสงสัยว่า ผู้ฟ้องคดีได้พยายามทุจริตการสอบ (Täuschungsversuch) โดยเหตุผลที่คณะกรรมการสอบเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีพยายามทุจริตการสอบนั้น เนื่องจากคำตอบของผู้ฟ้องคดีในคำถามบางข้อตรงกันข้ามกับความตามเอกสารต่าง ๆ ที่ปรากฏในอินเทอร์เน็ต แบบคำต่อคำ (wörtliche Übereinstimmung) ทั้งที่เป็นข้อความขนาดยาวที่บุคคลทั่วไปไม่อาจท่องจำได้ และยังปรากฏข้อเท็จจริงต่อไปอีกว่า คำตอบของผู้ฟ้องคดีมีการสะกดคำผิดในจุดเดียวกันกับต้นฉบับ ที่ผู้ฟ้องคดีคัดลอกมา อย่างไรก็ตาม ผู้ฟ้องคดีก็ได้กล่าวอ้างว่า สาเหตุที่ตนสามารถตอบข้อสอบโดยใช้ ข้อความเหมือนที่ปรากฏในอินเทอร์เน็ตได้แบบคำต่อคำนั้น เนื่องจากในระหว่างที่ผู้ฟ้องคดีทบทวนบทเรียน เพื่อเตรียมตัวสอบ ผู้ฟ้องคดีได้พับบทความดังกล่าวบนอินเทอร์เน็ต และเห็นว่าบทความดังกล่าวเกี่ยวข้อง กับเนื้อหาในรายวิชากฎหมายว่าด้วยรัฐและรัฐธรรมนูญซึ่งผู้ฟ้องคดีคาดว่า อาจารย์ประจำรายวิชาน่าจะนำ เนื้อหาส่วนนี้ไปออกเป็นข้อสอบ ผู้ฟ้องคดีจึงหองจำข้อความจากบทความดังกล่าวแบบคำต่อคำ ทั้งนี้ สาเหตุ ที่ผู้ฟ้องคดีสามารถจำข้อความจากบทความดังกล่าวได้แบบคำต่อคำนั้น เนื่องจากผู้ฟ้องคดีมี “ความทรงจำ แบบภาพถ่าย” (fotografisches Gedächtnis) อันเป็นทักษะที่ผู้ฟ้องคดีได้ฝึกฝนในขณะที่ตนทำงานเป็นพิธีกร ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการสะกดคำผิดในจุดเดียวกันนั้น ผู้ฟ้องคดีได้กล่าวอ้างว่า ผู้ฟ้องคดีได้ใช้วิธีจำข้อความ จากต้นฉบับแบบคำต่อคำ จึงเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีจำจุดผิดพลาดที่อยู่ในต้นฉบับมาด้วย

<sup>๒๓</sup> VG Saarlouis (1. Kammer), Urteil vom 06.04.2020-1 K 112/19.

ศาลปกครองขึ้นต้นเมื่อชาร์หลุยส์พิเคราะห์แล้วเห็นว่า การพิสูจน์พยานหลักฐานในคดีที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตการสอบนั้น ศาลจะซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานโดยใช้ “หลักการพิสูจน์ข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานซึ่งเป็นที่ประจักษ์” (Grundsätzen des Anscheinsbeweises)<sup>๒๕</sup> โดยมีเงื่อนไขในการพิจารณา ๒ ประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง หลักฐานที่นำมาใช้ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น จะต้องมีพื้นฐานมาจากสิ่งที่เกิดตามปกติทั่วไป (typischer Sachverhalt) ซึ่งหากพิเคราะห์หลักฐานดังกล่าวโดยใช้ประสบการณ์แล้ว จะสามารถนำไปสู่ข้อสรุปได้ว่า ข้อเท็จจริงที่ต้องการพิสูจน์นั้นเกิดขึ้นจริง ประการที่สอง ต้องไม่มีพฤติกรรมใด ๆ ที่เบี่ยงเบนไปจากสิ่งที่เกิดขึ้นได้ตามปกติ และเป็นพฤติกรรมที่ทำให้ข้อสรุปเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม (atypisches Geschehen im Einzelfall) ได้ โดยหลักฐานที่ศาลปกครองใช้ในการนำมาสู่ข้อเท็จจริงที่ว่า ผู้ฟ้องคดีได้ทุจริตการสอบก็คือ การที่ผู้ฟ้องคดีสามารถท่องจำข้อมูลที่ตรงกันกับข้อสอบจากแหล่งข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตที่แตกต่างกันได้ถึง ๕ แหล่ง และเป็นข้อมูลที่ตรงกันกับคำรามเกินกว่าที่จะเป็นคำตอบที่สามารถเตรียมท่องจำไว้ได้ล่วงหน้า ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่า ในวันสอบผู้เข้าสอบมิได้เข้าสอบในทันที แต่ได้ไปดื่มกาแฟและถ่ายเอกสารที่ศูนย์จัดหางานเพื่อนำไปยืนยันกับคณะกรรมการสอบว่าตนจะเข้าสอบสาย เนื่องจากมีนัดกับแพทย์ โดยมีเจ้าหน้าที่ศูนย์จัดหางานเป็นพยานยืนยันว่า ผู้ฟ้องคดีได้ออกจากศูนย์จัดหางานตั้งแต่ ๐๙.๐๐ น. ซึ่งการเดินทางจากศูนย์จัดหางานไปยังสถานที่สอบนั้น ใช้เวลาอย่างมากที่สุดประมาณ ๑๕ นาที เท่านั้น แต่ผู้ฟ้องคดีกลับเดินทางไปถึงสถานที่สอบในเวลา ๐๙.๒๐ น. (เป็นเวลาที่การสอบเริ่มไปแล้ว ๔๐ นาที) และทำข้อสอบเสร็จในเวลา ๑๑.๔๕ น. ทั้งที่ผู้เข้าสอบส่วนใหญ่ใช้เวลาในการตอบจนหมดเวลาตามที่คณะกรรมการสอบกำหนดไว้ (ถึง ๑๒.๓๐ น.) ข้อเท็จจริงเหล่านี้ เป็นข้อเท็จจริงที่พิเคราะห์จากประสบการณ์แล้วสามารถนำไปสู่ข้อสรุปได้ว่า ผู้เข้าสอบได้กระทำการอย่างโดยย่างหนึ่งเพื่อให้ได้คำรามพร้อมตัวอย่างคำตอบในวันสอบ และได้ค้นข้อมูลที่ตรงกันกับคำรามและตัวอย่างคำตอบที่ได้มาหนึ่นทางอินเทอร์เน็ตเพื่อนำไปตอบข้อสอบ ด้วยเหตุนี้ ลำพังเพียงข้อกล่าวอ้างของผู้ฟ้องคดีที่ว่าตนมีความทรงจำแบบภาพถ่ายจึงไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะพิสูจน์ถึงพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนไปจากข้อสรุปตามปกติได้

#### ๒.๑.๔ หลักการที่ได้จากการแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเยอรมัน

เมื่อพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยของเยอรมันที่ได้ยกมาข้างต้นแล้ว พบร่วมในการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้คดีพินิจพิจารณาไม่ตรวจข้อสอบเนื่องจากผู้เข้าสอบไม่ปฏิบัติตามระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการสอบ ศาลเยอรมันจะเริ่มจากการนำหลักการที่ได้รับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญมาใช้ในการตีความระเบียบการสอบเสียก่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การตีความระเบียบการสอบโดยคำนึงถึง การสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างผู้เข้าสอบและเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เข้าสอบ เช่น ในกรณีของการตีความระเบียบการสอบที่ให้นำเครื่องมือสื่อสารเข้ามาในห้องสอบ

<sup>๒๕</sup> “หลักการสรุปข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานซึ่งเป็นที่ประจักษ์” (Grundsätzen des Anscheinsbeweises) เป็นหลักการซึ่งมีมาจากหลัก prima-facie evidence ในระบบกฎหมายคอมมอนลอร์ (เนื่องจากเป็นหลักการอันมีที่มาจำกคำว่า “prima-facie” ซึ่งเป็นภาษาละตินที่แปลว่า “จากการสังเกตได้ในครั้งแรก, on the first appearance” ในระบบกฎหมายเยอรมันจึงมีการเรียกหลักการดังกล่าวว่า “Beweis des ersten Anscheins” หรือที่แปลว่า “หลักฐานที่ชัดแจ้งตั้งแต่สังเกตในครั้งแรก” นั่นเอง) ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นหลักการในการพิสูจน์พยานหลักฐานบางประการโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ประจักษ์แก่ศาลว่า ในกรณีที่นำไปถ้าหากเกิดข้อเท็จจริงเข่นนี้แล้ว มีแนวโน้มสูงที่ข้อเท็จจริงดังกล่าวจะสามารถนำไปสู่ข้อสรุปอย่างโดยย่างหนึ่งได้ ในกรณีเช่นนี้ คู่กรณีที่ต้องการจะหักล้างข้อสรุปดังกล่าวจึงมีภาระการพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงข้อเท็จจริงที่แตกต่างออกไปจากสิ่งที่เกิดขึ้นได้โดยทั่วไป รายละเอียดโปรดดู Dawin, in : Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Werkstand : 42. EL Februar 2022, Rn. 74-67.

ในสภาพที่ปิดการใช้งาน หากตีความในทางกลับกัน การกระทำที่จะไม่เป็นไปตามระเบียบการสอบจึงต้องเป็นการนำโทรศัพท์มือถือเข้ามาในห้องสอบในสภาพที่ปิดได้พร้อมใช้งานเท่านั้น ในกรณีที่ผู้เข้าสอบตั้งค่ามือถือไว้ในโหมดเครื่องบิน<sup>๒๕</sup> ศาลเยอรมันจึงใช้การตีความระเบียบการสอบโดยเครื่องครัด เพื่อตัดความเชื่อมโยงระหว่างการกระทำของผู้ฟ้องคดีกับองค์ประกอบความผิดที่กำหนดไว้ในระเบียบการสอบตั้งแต่ต้น โดยมิต้องพิสูจน์พยานหลักฐานเพิ่มเติมว่าในขณะที่กำลังทำการสอบ ผู้เข้าสอบได้ใช้อุปกรณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง เชื่อมต่อกับโทรศัพท์มือถือหรือไม่ หรือแม้กระทั่งการตีความระเบียบการสอบที่ห้ามส่งเสียงรบกวนผู้อื่น ว่าต้องหมายถึงการรบกวนผู้อื่นโดยเจตนาเท่านั้น

เมื่อตีความระเบียบการสอบภายใต้หลักการที่รับรองตามรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลปกครองจะต้องแสวงหาข้อเท็จจริงและพิจารณาพยานหลักฐานภายใต้ “หลักการพิสูจน์ข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานซึ่งเป็นที่ประจักษ์” (Grundsätzen des Anscheinsbeweises) ผลจากการใช้หลักการดังกล่าวนั้น แม้พยานหลักฐานจะมิได้ประจักษ์ชัดเจนว่าผู้ฟ้องคดีมีเจตนาทุจริตการสอบก็ตาม<sup>๒๖</sup> แต่หากพิเคราะห์ถึงพฤติกรรมโดยรวมซึ่งให้เห็นว่า หากเป็นกรณีตามสถานการณ์ปกติแล้ว ผู้เข้าสอบได้กระทำการอย่างหนึ่งที่เป็นการทุจริตการสอบ เช่น กรณีที่คาด托ของผู้เข้าสอบเหมือนกับข้อความที่ปรากฏในแหล่งข้อมูลอื่นแบบคำต่อคำและผู้ฟ้องคดีเข้าห้องสอบสายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ในการนี้เข่นนี้ ภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่ต่างไปจากข้อสรุปตามปกติเช่นนี้ ย่อมตกเป็นของผู้เข้าสอบ

หลังจากที่ได้แสวงหาข้อเท็จจริงและพิจารณาพยานหลักฐานตามขั้นตอนที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว จึงจะเป็นขั้นตอนของการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ เป็นการพิจารณาว่าฝ่ายปกครองนำข้อเท็จจริงมาปรับใช้กับระเบียบการสอบได้ถูกต้องหรือไม่ และการกำหนดโทษของฝ่ายปกครองเป็นไปตามกรอบของระเบียบการสอบ กรอบของกฎหมาย และกรอบของรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การพิจารณาว่าโทษที่ฝ่ายปกครองใช้แก่ผู้เข้าสอบนั้น ชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่

กล่าวโดยสรุป คือ หลักการที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ มีบทบาทในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตการสอบในทุกขั้นตอน ตั้งแต่การตีความระเบียบการสอบ การแสวงหาและพิเคราะห์พยานหลักฐาน จนไปถึงขั้นตอนในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายเพื่อบรับใช้ข้อเท็จจริงเข้ากับองค์ประกอบทางกฎหมายของระเบียบการสอบเพื่อใช้ดุลพินิจไปในแนวทางใดแนวทางหนึ่งนั่นเอง

## ๒.๒ แนวคำนินจฉัยของศาลปกครองไทย

แนวคำนินจฉัยของศาลปกครองไทยที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจพิจารณาไม่ตรวจข้อสอบเนื่องจากผู้เข้าสอบไม่ปฏิบัติตามระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการสอบ มีทั้งที่วินิจฉัยไปในแนวทางที่ว่า การไม่ปฏิบัติตามระเบียบการสอบในลักษณะที่เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดว่าผู้เข้าสอบทุจริต การสอบนั้น ไม่เป็นเหตุให้คณะกรรมการสอบปฏิเสธการประเมินผลข้อสอบ และต้องประเมินผลคะแนนให้ผู้เข้าสอบตามความเป็นจริง และที่วินิจฉัยไปในแนวทางที่ว่า การไม่ปฏิบัติตามระเบียบการสอบในลักษณะดังกล่าว เป็นเหตุให้คณะกรรมการสอบปฏิเสธการประเมินผลข้อสอบได้ทั้งหมด และสามารถกำหนดโทษ

<sup>๒๕</sup> ทั้งนี้ ในทางเทคนิคยังเป็นที่ถกเถียงกันได้อีกไปว่า การตั้งค่าโทรศัพท์มือถือไว้ในโหมดเครื่องบินนั้น เป็นการปิดการเชื่อมต่อโทรศัพท์มือถือกับเครื่องมือสื่อสารอื่นที่มีผลเท่ากับการปิดโทรศัพท์มือถือหรือไม่

<sup>๒๖</sup> ดังกรณีศึกษาตามหัวข้อ ๒.๑.๑ ข้างต้น

ที่มีความรุนแรงเท่ากับการทุจริตการสอบได้ โดยมีรายละเอียดของคำวินิจฉัยที่มีความเห็นไปในแต่ละแนวทางดังต่อไปนี้

**๒.๒.๑ กรณีที่ศาลปกครองเห็นว่าการไม่ปฏิบัติตามระเบียบการสอบในลักษณะดังกล่าวไม่เป็นเหตุให้คณะกรรมการสอบปฏิเสธการประเมินผลข้อสอบ และต้องประเมินผลคุณภาพให้ผู้เข้าสอบตามความเป็นจริง**

กรณีที่ศาลปกครองเห็นว่าการไม่ปฏิบัติตามระเบียบการสอบในลักษณะดังกล่าว ไม่เป็นเหตุให้คณะกรรมการสอบปฏิเสธการประเมินผลข้อสอบ และต้องประเมินผลคุณภาพให้ผู้เข้าสอบตามความเป็นจริง เช่น กรณีที่ผู้เข้าสอบกรอกเลขประจำตัวสอบถูกต้อง แต่ระบยรหัสประจำตัวสอบไม่ถูกต้อง และเครื่องตรวจจรวจมาตรฐานคำตอบได้ตรวจสอบให้คะแนนข้อสอบฉบับดังกล่าวไว้แล้ว (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๗๙/๒๕๕๘) กรณีที่ผู้เข้าสอบลืมปิดโทรศัพท์มือถือ ทำให้เสียงนาฬิกาปลุกดังขึ้นระหว่างการสอบ แต่ผู้เข้าสอบได้นำโทรศัพท์มือถือของตนเองใส่ไว้ในกระเป๋าเสปาย และวางกระเป๋าเสปายจากบริเวณห้องสอบประมาณ ๒๕ เมตร (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๙๙๔/๒๕๖๑) และกรณีที่ผู้เข้าสอบสวมหูฟัง AirPods ตั้งแต่บริเวณรถไฟฟ้า จนกระทั่งเดินทางมาถึงบริเวณสนามสอบ และยังใส่หูฟังดังกล่าวต่อไปจนทำข้อสอบไปได้แล้ว ๓ ข้อ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๗/๒๕๖๔) โดยมีรายละเอียดและข้อสังเกตในแต่ละคดี ดังต่อไปนี้

**(๑) กรณีที่ผู้เข้าสอบกรอกเลขประจำตัวสอบถูกต้อง แต่ระบยรหัสประจำตัวสอบไม่ถูกต้อง และเครื่องตรวจจรวจมาตรฐานคำตอบได้ตรวจสอบให้คะแนนข้อสอบฉบับดังกล่าวไว้แล้ว (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๗๙/๒๕๕๘)**

คดีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๗๙/๒๕๕๘ เป็นคดีที่ศาลปกครองได้วางหลักการที่สำคัญเกี่ยวกับการซั่งนำหน้าระหว่างการประกันความเสมอภาคระหว่างผู้เข้าสอบและเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เข้าสอบ โดยในคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้สอบข้อเขียนภาค ก เพื่อบรรจุและแต่งตั้งในตำแหน่งรองผู้อำนวยการสถานศึกษาและผู้อำนวยการสถานศึกษา แต่ในการสอบในรายวิชาสมรรถนะทางการบริหารนั้น ผู้ฟ้องคดีระบยรหัสประจำตัวสอบไม่ถูกต้อง ทำให้เครื่องตรวจข้อสอบไม่สามารถประมวลผลคุณภาพให้ผู้ฟ้องคดีในรายวิชาดังกล่าวได้ และด้วยเหตุนี้ จึงทำให้คะแนนรวมของผู้ฟ้องคดีไม่ผ่านเกณฑ์ของการสอบข้อเขียนภาค ก ในเวลาต่อมา ผู้ฟ้องคดีจึงได้นำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองเพื่อขอให้ผู้ถูกฟ้องคดี (เลขอิเล็กทรอนิกส์) พิจารณาบทวนการตรวจข้อสอบโดยนำคะแนนสอบดังกล่าวรวมกับคะแนนในส่วนอื่น พร้อมทั้งขอให้ศาลเพิกถอนประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีเฉพาะส่วนที่ไม่ประกาศรายชื่อผู้ฟ้องคดีเป็นผู้สอบผ่านการคัดเลือกและเพิ่มข้อของผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่ผ่านการคัดเลือก

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า การกระทำที่จะมีผลให้การทดสอบความรู้ความสามารถต้องเสียไปจะต้องเป็นการกระทำที่ “กระบวนการต่อสาธารณะสำคัญของการทดสอบความรู้ความสามารถ”<sup>๒๗</sup> ถึงระดับที่เป็นการทุจริตการสอบ ลำพังเพียงข้อเท็จจริงที่ว่าผู้เข้าสอบระบยรหัสประจำตัวสอบไม่ตรงกับเลขรหัสประจำตัวสอบนั้น ยังมิใช่การกระทำที่ร้ายแรงถึงขนาดที่จะกระบวนการต่อสาธารณะสำคัญของการทดสอบความรู้ความสามารถในระดับเดียวกันกับการทุจริตการสอบ แต่เป็นเพียงการกระทำที่ก่อให้เกิดความไม่สงบดูถูกต่อผู้จัดการสอบในการตรวจข้อสอบเท่านั้น ทั้งการที่ผู้เข้าสอบระบยรหัส

<sup>๒๗</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๗๙/๒๕๕๘, หน้า ๑๔.

รหัสประจำตัวสอบไม่ตรงกับเลขรหัสประจำตัวสอบในครั้งนี้ ยังเกิดจากความผิดของผู้คุ้มสอบประกอบกันด้วย<sup>๒๕</sup> เนื่องจากผู้คุ้มสอบมีหน้าที่ที่จะต้องตรวจสอบการระบายน้ำที่ส่วนประจําตัวสอบ ให้ตรงกับเลขรหัสประจำตัวสอบ และตัวบุคคลที่เข้าสอบก่อนเก็บระยะเวลาคำตอบ<sup>๒๖</sup> นอกจากนี้ เครื่องตรวจระดับภาษาคำตอบก็ได้ตรวจให้คะแนน ในรายวิชาสมรรถนะทางการบริหารไว้แล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องนำคะแนนสอบในวิชาดังกล่าวมารวม ในการคำนวนคะแนน และประกาศรายชื่อผู้ฟ้องคดีเป็นผู้สอบผ่าน ภาค ก ให้ถูกต้องต่อไป

จากคำพิพากษาฉบับดังกล่าวจะเห็นได้ชัดว่า ถึงแม้ศาลปกครองจะมีได้ กล่าวถึงการคุ้มครองเสรีภาพทางอาชีพของผู้ฟ้องคดีโดยตรง แต่การที่ศาลปกครองได้พิจารณาคดีโดยคำนึงถึง ปัจจัยที่ว่าการกระทำของผู้เข้าสอบเป็นการกระทำที่กระทบต่อสาธารณะด้วยของการทดสอบความรู้ความสามารถ ในการดับที่ถึงขนาดเป็นการทุจริตการสอบหรือไม่นั้น ก็ยอมเป็นกรณีที่ศาลปกครองนำหลักความพอสมควร แก่เหตุมาปรับใช้โดยอ้อม การที่ศาลปกครองวินิจฉัยคดีไปในแนวทางเช่นนี้จึงย่อมส่งผลในการคุ้มครอง ถึงเสรีภาพทางอาชีพของผู้เข้าสอบไปด้วยในตัว กล่าวคือ ศาลปกครองเห็นว่าการทดสอบความรู้ความสามารถ เพื่อบรรจุและแต่งตั้งในตำแหน่งรองผู้อำนวยการสถานศึกษาและผู้อำนวยการสถานศึกษาเป็นการทดสอบ ความรู้ความสามารถที่มีผลกระทบต่อการเข้าสู่อาชีพในตำแหน่งรองผู้อำนวยการหรือผู้อำนวยการแล้วแต่กรณี แต่เมื่อกรณีตามคำพิพากษาฉบับนี้ปรากฏว่า ข้อผิดพลาดที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากความไม่รอบคอบของผู้เข้าสอบ ส่วนหนึ่งและความไม่รอบคอบของผู้คุ้มสอบอีกส่วนหนึ่งประกอบกัน ทั้งเครื่องตรวจระดับภาษาคำตอบ ก็ได้ตรวจให้คะแนนในรายวิชาดังกล่าวไว้แล้ว การแก้ไขข้อผิดพลาดที่เกิดขึ้นจึงสามารถกระทำได้ โดยการตรวจสอบชื่อและเลขประจำตัวสอบที่ถูกต้องเท่านั้น จึงไม่มีประเด็นปัญหาที่ต้องกังวลว่าจะมีผู้ที่อาศัยช่องว่างนี้ ในการเข้าไปแก้ไขคำตอบในส่วนอื่นที่นอกจากการระบายน้ำที่ส่วนประจําตัวสอบให้ถูกต้องหรือไม่ ส่วนเหตุผล ในเรื่องความสะดวกรวดเร็วในการตรวจข้อสอบนั้น ยังไม่มีหนังสือเพียงพอที่จะปฏิเสธการตรวจข้อสอบ ให้แก่ผู้เข้าสอบทั้งฉบับ เมื่อเทียบกับการคุ้มครองเสรีภาพทางอาชีพของผู้เข้าสอบ การใช้ดุลพินิจในการไม่นำ คะแนนในส่วนดังกล่าวไปรวมกับคะแนนในส่วนอื่นจึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วน และด้วยเหตุนี้จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

<sup>๒๕</sup> ในการพิจารณาประเด็นปัญหาดังกล่าว ศาลได้พิจารณาโดยเชื่อมโยงกับ “แนวปฏิบัติในการตรวจ กระดาษคำตอบและประมาณผลการสอบแข่งขันด้วยเครื่องจักร ตามหนังสือสำนักงาน ก.ค. ที่ ศธ ๑๕๐๔/๒ ๓ ลงวันที่ ๑๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๓” ซึ่งในข้อ ๒ ของแนวปฏิบัติดังกล่าว กำหนดให้ในกรณีที่กระดาษคำตอบไม่สามารถตรวจได้ อันเนื่องมาจากการระบายน้ำที่ส่วนประจําตัวสอบนั้น ยังไม่มีหนังสือเพียงพอที่จะปฏิเสธการตรวจข้อสอบ ให้แก่ผู้เข้าสอบทั้งฉบับ ให้แก่ผู้เข้าสอบทั้งฉบับ เมื่อเทียบกับการคุ้มครองเสรีภาพทางอาชีพของผู้เข้าสอบ การใช้ดุลพินิจในการไม่นำ คะแนนในส่วนดังกล่าวไปรวมกับคะแนนในส่วนอื่นจึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วน และด้วยเหตุนี้จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

<sup>๒๖</sup> แนวปฏิบัติการดำเนินการสอบ ภาค ก ลงวันที่ ๗ สิงหาคม ๒๕๕๒ กำหนดว่า คณะกรรมการกำกับ ห้องสอบมีหน้าที่ดังนี้ ข้อ ๒.๑๒ ตรวจสอบการลงทะเบียนห้องสอบ ห้องสอบทุกห้องเก็บกระดาษคำตอบ ทั้งนี้ ไม่ให้มีการเปลี่ยนแปลงห้องสอบและห้องประจําตัวของผู้เข้าสอบในทุกกรณี

นอกจากนี้ ถึงแม้ว่ากรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๗๙/๒๕๕๘ จะมีความคล้ายคลึงกับกรณีของการสอบ TCAS65 ดังที่ยกตัวอย่างไว้ข้างต้น<sup>๓๐</sup> ในส่วนที่ว่า ข้อผิดพลาดที่เกิดจากการระบยรหัสประจำตัวสอบนั้น เป็นผลมาจากการละเลยหน้าที่ในการตรวจสอบข้อมูลในกระดาษคำตอบให้ถูกต้องและสมบูรณ์ก็ตาม แต่ข้อแตกต่างระหว่างสองกรณีนี้อยู่ตรงที่ ในกรณี ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๗๙/๒๕๕๘ เครื่องตรวจกระดาษคำตอบยังสามารถตรวจสอบได้ และได้ตรวจสอบข้อสอบเป็นที่เรียบร้อยแล้ว แต่ในกรณีของการสอบ TCAS65 เนื่องจากผู้เข้าสอบไม่ได้ระบยหมายเลขชุดกระดาษคำตอบ เครื่องตรวจกระดาษคำตอบจึงไม่สามารถตรวจให้คะแนนได้ จึงเป็น ข้อที่น่าพิจารณาต่อไปว่า ข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันเช่นนี้ จะส่งผลต่อความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ชุดลพินิจในการตรวจข้อสอบหรือไม่ กล่าวคือ การที่มีผู้เข้าไปแก้ไขกระดาษคำตอบในกรณีที่ยังไม่มีการตรวจดังเช่นในกรณี ของการสอบ TCAS65 นั้น เป็นการเปิดช่องให้มีการทุจริตการสอบด้วยการระบยกระดาษคำตอบแทนกัน อันเป็นการกระทบต่อการคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างผู้เข้าสอบหรือไม่

ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าว ศาลปกครองได้มีโอกาสวินิจฉัยไว้ในกรณี ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๙/๒๕๕๐ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า การที่ผู้เข้าสอบ มิได้ระบยรหัสประจำตัวสอบ และเครื่องตรวจกระดาษคำตอบยังมิได้ตรวจคะแนนให้แก่ผู้เข้าสอบนั้น คณะกรรมการสอบสามารถใช้ชุดลพินิจในการไม่ตรวจให้คะแนนข้อสอบฉบับดังกล่าวได้ เนื่องจากเป็นความผิด ของผู้เข้าสอบที่มิได้ตรวจสอบความเรียบร้อยของกระดาษคำตอบให้ดีก่อนส่งกระดาษคำตอบ แม้กรรมการสอบ จะมีหน้าที่ที่จะต้องตรวจสอบการลงรหัสวิชาและรหัสประจำตัวของผู้เข้าสอบคัดเลือกทุกคนก่อนการเก็บ กระดาษคำตอบก็ตาม แต่มาตรการดังกล่าวก็เป็นเพียงหน้าที่ที่กำหนดไว้เพื่อให้เกิดความเรียบร้อย ในการจัดการสอบเท่านั้น ความบกพร่องของกรรมการควบคุมประจำห้องสอบดังกล่าวหากทำให้ผู้ฟ้องคดี หลุดพ้นความรับผิดแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบคดีดังกล่าวกับกรณีตามคำพิพากษา ศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๗๙/๒๕๕๘ แล้ว การที่กรรมการสอบไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการตรวจสอบความเรียบร้อย ของกระดาษคำตอบให้ดีก่อนส่งกระดาษคำตอบ มิได้ส่งผลกระทบต่อการดำเนินงานภายในของฝ่ายปกครอง เท่านั้น แต่ยังส่งผลกระทบต่อเสริ่งพินัยกรรมการสอบอย่างมาก ด้วย การวินิจฉัยคดีโดยใช้เหตุผล ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๗๙/๒๕๕๘ เป็นการวินิจฉัยคดีที่เหมาะสมแก่กรณีมากกว่า และข้อเท็จจริงที่ว่าเครื่องตรวจกระดาษคำตอบจะได้ตรวจให้คะแนนข้อสอบฉบับที่ยังมิได้ระบยรหัส ประจำตัวสอบไปแล้วหรือไม่นั้น ไม่ควรจะเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญถึงขนาดเปลี่ยนแปลงแนวการวินิจฉัย ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๗๙/๒๕๕๘ แต่อย่างใด เนื่องจากการป้องกันการทุจริตการสอบ โดยการที่จะมีผู้เข้าไปแก้ไขกระดาษคำตอบสามารถแก้ไขได้โดยการออกแบบกระบวนการในการเก็บรักษา ข้อสอบให้รัดกุมมากยิ่งขึ้นนั่นเอง

(๒) กรณีที่ผู้เข้าสอบลืมปิดโทรศัพท์มือถือ ทำให้เสียงนาฬิกาปลุกดังขึ้น ระหว่างการสอบ แต่ผู้เข้าสอบได้นำโทรศัพท์มือถือของตนใส่ไว้ในกระเป๋าเสื้อ และวางกระเป๋า เป้าหางจากบริเวณห้องสอบประมาณ ๒๕ เมตร (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๙๙๙/๒๕๖๑)

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฉบับดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้สมัคร สอบคดีเลือกเพื่อเข้าศึกษาในหลักสูตรแพทยศาสตรบัณฑิตซึ่งจัดขึ้นโดยผู้ฟ้องคดีที่ ๒ (กลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์ แห่งประเทศไทย (กสพท.)) ณ สนามสอบคณภาพแพทยศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ทั้งนี้ ในระเบียบการสอบ

<sup>๓๐</sup> รายละเอียดของกรณีศึกษาเป็นไปตามที่ปรากฏในบทนำของบทความฉบับนี้

ได้ระบุไว้ว่า อุปกรณ์ที่่อนญาตให้นำเข้าห้องสอบมีเพียงดินสอดำ 2B กบเหลาดินสอยางลบ ปากกา น้ำยาลบคำผิด และนาฬิกาข้อมือแบบเข็มเท่านั้น โดยผู้เข้าสอบห้ามพกกระดาษ ไม้บรรทัด เครื่องคิดเลข นาฬิกาดิจิตัล เครื่องบันทึกภาพ โทรศัพท์มือถือ และเครื่องมือสื่อสารทุกชนิด หากมีอุปกรณ์ในลักษณะดังกล่าว ผู้เข้าสอบจะต้องปิดเครื่องและวางไว้ในจุดที่คณะกรรมการกำหนด หากตรวจพบว่ามีเสียงหรือพบสัญญาณติดต่อ หรือไม่เป็นไปตามที่ระบุไว้ จะถือว่ามีเจตนาทุจริตและจะไม่พิจารณาให้คะแนนนอกจานี้ ข้อ ๒ ของข้อกำหนดที่ระบุไว้ที่ปักข้อสอบยังระบุไว้อีกว่า ผู้เข้าสอบห้ามพกเครื่องมือสื่อสารทุกชนิด หากนำติดตัวมาขอให้ปิดเครื่อง ถอดแบตเตอรี่ และวางไว้ในจุดที่คณะกรรมการกำหนด หากพบภายหลังว่า มีเสียงหรือสัญญาณติดต่อมา จะถือว่าเจตนาทุจริต โดยระหว่างเวลา ๑๕ นาฬิกา ถึง ๑๗ นาฬิกา ของวันสอบ ผู้ฟ้องคดีได้เข้าสอบในห้องสอบปรับอากาศที่มีกระจกกัน ทั้งยังได้ใส่โทรศัพท์มือถือไว้ในกระเป๋าและวางกระเป๋า เปิดดังกล่าวอยู่นอกห้องสอบในจุดที่คณะกรรมการสอบกำหนด ต่อมาในเวลาประมาณ ๑๖ นาฬิกา เจ้าหน้าที่ผู้คุมสอบได้ยินเสียงนาฬิกาปลุกโทรศัพท์มือถือจากบริเวณที่วางกระเป๋าของผู้เข้าสอบซึ่งวางอยู่ห่างจากประตูห้องสอบประมาณ ๒๕ เมตร ผู้คุมสอบจึงได้แจ้งให้กรรมการที่กองอำนวยการกลางทราบ จากนั้น กรรมการอำนวยการกลางได้ค้นหาที่มาของสัญญาณเสียงพบว่าเสียงดังมาจากการเป้าของผู้ฟ้องคดี เมื่อคณะกรรมการอำนวยการกลางได้เข้ามาตรวจสอบโทรศัพท์มือถือของผู้ฟ้องคดี ก็พบว่าเสียงนาฬิกาปลุกของโทรศัพท์มือถือของผู้ฟ้องคดีเป็นเสียงเดียวกันกับที่เจ้าหน้าที่ผู้คุมสอบได้ยิน แต่ไม่พบว่ามีการแจ้งเตือนสายที่ไม่ได้รับ (missed call) ที่โทรศัพท์มือถือเครื่องดังกล่าวแต่อย่างใด

ต่อมา คณะกรรมการจัดการสอบคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษาหลักสูตรแพทยศาสตรบัณฑิต ในการประชุมครั้งที่ ๒/๒๕๕๔ เมื่อวันที่ ๒๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๔ ได้มีมติไม่พิจารณา คะแนนสอบของผู้ฟ้องคดีในรายวิชาภาษาไทยและสังคมศึกษา โดยให้เหตุผลประกอบว่าผู้เข้าสอบได้ฝ่าฝืนระเบียบข้อปฏิบัติในการสอบคัดเลือก โดยการไม่ปิดโทรศัพท์และทำให้มีเสียงโทรศัพท์ดังระหว่างการสอบ ผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสือเพื่อขอให้พิจารณาทบทวนการไม่พิจารณาคณะวิชาภาษาไทยและสังคมศึกษา ของผู้ฟ้องคดี แต่ก็ไม่ได้รับแจ้งผลการพิจารณาแต่อย่างใด ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น พร้อมกับมีคำขอให้ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งทูลເการบังคับตามประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่ไม่พิจารณา คะแนนสอบวิชาภาษาไทยและสังคมศึกษาของผู้ฟ้องคดีไว้เป็นการชั่วคราว และขอให้ผู้ฟ้องคดีเข้าสัมภาษณ์ ตรวจร่างกาย โดยคณะหรือวิทยาลัยที่ผู้ฟ้องคดีมีคะแนนสอบติด ระหว่างวันที่ ๒ ถึงวันที่ ๑๐ มีนาคม ๒๕๕๔ ต่อไปด้วย ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นก็ได้มีคำสั่งทูลເการบังคับตามคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ตรวจพิจารณาคณะวิชาภาษาไทยและสังคมศึกษาให้กับผู้ฟ้องคดี และนำคะแนนที่ได้มาพิจารณาร่วมกับคะแนนในวิชาวิทยาศาสตร์ คณิตศาสตร์ และภาษาอังกฤษ เพื่อประกอบการพิจารณาคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษา ในหลักสูตรแพทยศาสตรบัณฑิตและทันตแพทยศาสตรบัณฑิต ปีการศึกษา ๒๕๕๔ ตามอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองต่อไป

ศาลปกครองชั้นต้นพิเคราะห์แล้วเห็นว่า จากข้อเท็จจริงกรณียื่นมื่นหนังสือให้รับฟังได้ว่า เสียงโทรศัพท์ที่ดังขึ้นเป็นเสียงจากโปรแกรมนาฬิกาปลุก และเมื่อนำสภาพห้องสอบและที่นั่งสอบของผู้ฟ้องคดีมาพิจารณาประกอบแล้วก็ยังเชื่อได้ว่า ผู้ฟ้องคดีไม่ได้ยินเสียงจากโทรศัพท์ของตน อีกทั้งแม้จะมีเสียงดังขึ้นหลายครั้ง แต่การสอบก็ยังดำเนินต่อไปได้ตามปกติ ข้อเท็จจริงทั้งหมดจึงเป็นหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่า เสียงจากเครื่องโทรศัพท์ของผู้ฟ้องคดีไม่ได้มีลักษณะเป็นการส่งสัญญาณอันจะส่งผลให้ผู้ฟ้องคดีได้รับประโยชน์จากการสอบโดยนิชอบ ทั้งไม่มีผลเป็นการรบกวนผู้เข้าสอบรายอื่น

แต่อย่างใด การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ นำข้อเท็จจริงดังกล่าวมาเป็นเหตุในการออกคำสั่งไม่พิจารณาคดีแทนสอบวิชาภาษาไทยและสังคมศึกษาของผู้ฟ้องคดีจึงเป็น “การใช้ดุลพินิจไม่สอดคล้องกับเจตนาرمณ์ของกฎหมายที่ประยุกต์ให้ใช้มาตรการดังกล่าวเพื่อให้การสอบเป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ติธรรมและเพื่อลังโหงผู้กระทำทุจริตในการสอบ”<sup>๓๓</sup> และเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิได้คำนึงถึงปัจจัยแวดล้อมอย่างรอบด้าน นอกจากนี้ แม้ในระเบียบการสอบจะได้กำหนดไว้ว่า “... หากพบภายหลังหรือมีเสียงหรือพบร่องรอยภัยชั่วคราว จะถือว่าเจตนาทุจริต” ก็ตาม แต่ถ้อยคำในลักษณะดังกล่าวนี้ ถือเป็นพึงข้อสันนิษฐานที่ไม่เด็ดขาดเท่านั้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงจำเป็นต้องเปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดีพิสูจน์ว่าการที่เกิดเสียงดังของมาจากโทรศัพท์มือถือของตนนั้น มิได้เกิดจากเจตนาทุจริตแต่อย่างใด เมื่อผู้ฟ้องคดีพิสูจน์ให้เห็นแล้วว่า ผู้ฟ้องคดีมิได้มีเจตนาในการทุจริตการสอบคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่ไม่พิจารณาคดีแทนสอบให้แก่ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุนี้ ศาลปกครองชั้นต้นจึงพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่ไม่พิจารณาให้คดีแทนสอบแก่ผู้ฟ้องคดี และให้คำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ มีผลใช้บังคับต่อไปจนกว่าคดีจะถึงที่สุด หรือศาลาปกครองสูงสุดจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ซึ่งศาลาปกครองสูงสุดได้ให้เหตุผลไปในทำนองเดียวกัน และได้พิพากษายืนคำพิพากษาของศาลาปกครองชั้นต้น

จะเห็นได้ว่าคดีตามคำพิพากษาศาลาปกครองสูงสุดที่ อ. ๙๙๔/๒๕๖๑ นี้ มีข้อเท็จจริงคดีตามคำพิพากษาศาลาปกครองชั้นต้นเมืองโคเบลนซ์ (VG Koblenz) ลงวันที่ ๑๕ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๒๐<sup>๓๔</sup> เป็นอย่างยิ่ง กล่าวคือ เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการนำเครื่องมือสื่อสารเข้าไปในบริเวณห้องสอบและเกิดเสียงดังขึ้นระหว่างการสอบเหมือนกัน ทั้งยังมีประเด็นวินิจฉัยคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ เป็นคดีที่มีประเด็นวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจไม่ตราจข้อสอบเนื่องจากเหตุผลที่ผู้เข้าสอบอาจใช้โทรศัพท์มือถือในการทุจริตการสอบและเสียงจากโทรศัพท์มือถือเป็นเสียงรบกวนผู้เข้าสอบรายอื่นเช่นเดียวกัน โดยเมื่อพิจารณาเหตุผลในการวินิจฉัยคดีของศาลาปกครองไทยในคดีนี้แล้ว จะพบว่า แม้ศาลาปกครองไทยจะมิได้วินิจฉัยคดีโดยกล่าวถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้โดยตรงดังเช่นในการวินิจฉัยคดีของศาลาปกครองเยอรมันก็ตาม แต่ศาลาปกครองก็ได้วินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งไม่พิจารณาตรวจสอบให้แก่ผู้ฟ้องคดีด้วยการคำนึงถึงสภาพแวดล้อมของการสอบและผลที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้เข้าสอบไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามระเบียบการสอบ และวินิจฉัยไปในแนวทางที่ว่าการจะใช้มาตรการลงโทษลักษณะดังกล่าว เป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และด้วยเหตุนี้ คำสั่งไม่พิจารณาตรวจสอบให้แก่ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากบริบทแวดล้อมแล้วเป็นที่ชัดเจนว่า ผู้เข้าสอบไม่อาจใช้ประโยชน์ได้ ๆ จากโทรศัพท์มือถือของตนได้ ไม่ว่าจะด้วยวิธีใด ๆ ก็ตาม

ส่วนประเด็นที่ว่าการที่เสียงจากโทรศัพท์มือถือดังขึ้นเป็นการรบกวนผู้เข้าสอบรายอื่นเป็นการกระทำที่ผิดระเบียบการสอบหรือไม่นั้น แม้เหตุผลที่ศาลาปกครองไทยนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีจะต่างกันจากศาลาปกครองเยอรมันที่wangหลักการไว้อย่างชัดเจนว่า การทำให้เกิดเสียงดังที่จะเป็นการผิดระเบียบการสอบต้องเป็นที่ผู้เข้าสอบเจตนาก่อให้เกิดเสียงดังก็ตาม แต่ศาลาปกครองไทยก็ได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการพิจารณาไม่ตราจข้อสอบด้วยเหตุผลดังกล่าวเช่นเดียวกัน โดยพิจารณาว่า การที่เสียงโทรศัพท์มือถือดังขึ้นนั้น มิใช่เหตุการณ์ที่ร้ายแรงถึงขนาดที่จะกระทบสาระสำคัญของการประเมินความสามารถโดยรวม

<sup>๓๓</sup> คำพิพากษาศาลาปกครองสูงสุดที่ อ. ๙๙๔/๒๕๖๑, หน้า ๓๓.

<sup>๓๔</sup> รายละเอียดของคดีโปรดดู หัวข้อ ๒.๑.๒ ข้างต้น

เนื่องจากโทรศัพท์มือถืออยู่ห่างจากบริเวณห้องสอบถึง ๒๕ เมตร ซึ่งวิธีการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการใช้คุลพินิจไม่ตรวจสอบข้อสอบในคดีนี้ เป็นการวินิจฉัยคดีโดยพิจารณาถึง “สาระสำคัญของการประเมินความรู้ความสามารถ” เป็นสำคัญ อันเป็นหลักการเดียวกันกับที่ศาลปกครองใช้ในคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๗๙/๒๕๕๘ นั้นเอง<sup>๓๓</sup>

(๓) กรณีที่ผู้เข้าสอบสวมหูฟัง AirPods ตั้งแต่บริเวณรถไฟฟ้า จนกระทั่งเดินทางมาถึงบริเวณสนามสอบ และยังใส่หูฟังดังกล่าวต่อไปจนทำข้อสอบไปได้แล้ว ๓ ข้อ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. ๔๗/๒๕๖๔)

ในคดีนี้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เข้าสอบในรายวิชาคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษา ในหลักสูตรแพทยศาสตรบัณฑิต หลักสูตรทันตแพทยศาสตรบัณฑิต หลักสูตรสัตวแพทยศาสตรบัณฑิต และหลักสูตรเภสัชศาสตรบัณฑิต ปีการศึกษา ๒๕๖๓ โดยก่อนที่จะเข้าสอบในครั้งนี้ กรรมการคุมสอบได้ตรวจร่างกายและได้ตรวจสอบกระเบากางเงงของผู้ฟ้องคดีแล้ว ไม่พบว่าผู้ฟ้องคดีได้นำอุปกรณ์สื่อสารเข้ามาในบริเวณห้องสอบ กรรมการคุมสอบจึงอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีเข้าห้องสอบได้ตามปกติ อย่างไรก็ตาม ทั้งผู้ฟ้องคดีไม่ทราบและกรรมการคุมสอบมิได้สังเกตว่า ผู้ฟ้องคดีลืมถอนหูฟังระบบลูทูฟ (หูฟัง AirPods) ที่ตนได้ใส่ไว้ในระหว่างเดินทางจากบ้านมายังสถานที่สอบ<sup>๓๔</sup> หลังจากเริ่มสอบไปได้ประมาณ ๓ นาที กรรมการคุมสอบได้สังเกตว่า ผู้ฟ้องคดีสวมหูฟัง AirPods อยู่ จึงได้รับหูฟังของผู้ฟ้องคดี โดยในระหว่างที่มีการรับหูฟัง กรรมการคุมสอบพบว่า แม้จะไม่ได้ยินเสียงใด ๆ ออกจากหูฟังดังกล่าว แต่ผู้ฟ้องคดีได้ทำข้อสอบไปแล้ว ๓ ข้อ กรรมการคุมสอบจึงได้แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีไปพบกองอำนวยการกลางภายหลังสอบรายวิชาดังกล่าวเสร็จ เพื่อบันทึกและสอบสวนเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติให้ตัดสิทธิผู้ฟ้องคดีในการตรวจให้คะแนนเฉพาะข้อสอบในส่วนที่พบรการกระทำผิด โดยให้เหตุผลประกอบว่า ผู้ฟ้องคดีได้ฝ่าฝืนระเบียบการสอบด้วยการนำอุปกรณ์สื่อสารติดตัวเข้าห้องสอบ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า ตนมิได้มีเจตนาทุจริตการสอบเพียงแต่หลงลืมอุปกรณ์ชุดหูฟังเข้าไปในห้องสอบ และผู้ฟ้องคดีไม่ได้ประโยชน์จากการกระทำดังกล่าว เนื่องจากขณะนั้นชุดหูฟังไม่ได้เชื่อมต่อกับโทรศัพท์มือถือแล้ว จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีเฉพาะส่วนที่ไม่ประกาศผลคะแนนสอบวิชาความถนัดแพทย์ในรายวิชาดังกล่าว และให้ผู้ถูกฟ้องคดีตรวจและประกาศผลการสอบดังกล่าวต่อไป

ศาลปกครองชั้นต้นพิเคราะห์แล้วเห็นว่า เมื่อผู้ฟ้องคดีได้นำอุปกรณ์สื่อสารอิเล็กทรอนิกส์เข้าไปในห้องสอบ และเมื่อผู้ฟ้องคดีมิได้เป็นผู้แจ้งถึงข้อบกพร่องดังกล่าว แต่กรรมการคุมสอบเป็นผู้พบเห็นด้วยตนเอง และเป็นการพบเห็นอุปกรณ์ดังกล่าวหลังจากที่มีการสอบไปแล้ว ๖ นาที ทั้งผู้ฟ้องคดีก็ได้ทำข้อสอบไปแล้ว ๓ ข้อ แม้ผู้ถูกฟ้องคดีจะยังไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของผู้ฟ้องคดีเช่นนี้เป็นการทุจริต การสอบก็ตาม แต่เมื่อข้อบกพร่องดังกล่าวเกิดจากผู้ฟ้องคดีเอง และผู้ฟ้องคดีก็ไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าตนยังมิได้รับประโยชน์จากการที่มีหูฟัง AirPods ติดตัวอยู่ระหว่างการสอบ การกระทำของผู้ฟ้องคดีจึงเป็น “การฝ่าฝืนข้อปฏิบัติที่กำหนดไว้ชัดแจ้งในการสอบที่อาจทำให้การสอบคัดเลือกครั้งนี้เป็นไปโดยไม่เป็นธรรม และอาจก่อให้เกิดการเอาเปรียบในการสอบได้”<sup>๓๕</sup> ด้วยเหตุนี้ การใช้คุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีในการไม่พิจารณาตรวจข้อสอบจึงเป็นการใช้คุลพินิจที่มีเหตุผลและเป็นการออกคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย

<sup>๓๓</sup> รายละเอียดเป็นตามหัวข้อ ๒.๒.๑ ข้างต้น

<sup>๓๔</sup> ทั้งนี้ ผู้ฟ้องคดีได้ปิดเพลงตั้งแต่เวลาที่ผู้ฟ้องคดีมาถึงสถานีสยามจนเดินทางถึงสถานที่สอบ ซึ่งอยู่ในบริเวณใกล้เคียงกัน จึงทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่รู้สึกว่าตนกำลังสวมหูฟัง AirPods อยู่ จนกระทั่งเวลาสอบ

<sup>๓๕</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. ๔๗/๒๕๖๔, หน้า ๑๖.

อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า การลงโทษผู้เข้าสอบโดยการไม่พิจารณาตรวจสอบข้อสอบนั้นจะต้อง “เป็นไปอย่างสมเหตุสมผลและต้องได้สัดส่วนกับระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำในแต่ละกรณี”<sup>๓๖</sup> ด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาบริบทแล้วมีต่าง ๆ กล่าวคือ ลักษณะของหูฟัง AirPods ที่มีขนาดยาวพื้นทูและมุมของผู้ฟังคงคดี ซึ่งผิดวินัยของผู้ที่ต้องการจะทูลวิติการสอบ และในวันสอบ ผู้ฟังคงคดีก็ได้สวมหน้ากากอนามัย อันเป็นสาเหตุที่ทำให้ผู้ฟังคงคดีไม่รู้สึกถึงความผิดปกติที่มีหูฟังติดอยู่ที่หูทั้งสองข้าง ทั้งผู้เข้าสอบก็ยังคงทำคะแนนสอบได้ดีในทุกรายวิชา (และเป็นคะแนนที่เพียงพอต่อการได้รับการคัดเลือกเพื่อเข้าศึกษาในวิทยาลัยแพทยศาสตร์พระมงกุฎเกล้า) แม้ผู้ฟังคงคดีจะได้ประสบกับเหตุการณ์ที่มีผลกระทบต่อจิตใจก็ตาม ซึ่งข้อเท็จจริงนี้เป็นเครื่องบ่งชี้ว่า ผู้ฟังคงคดีมีความรู้ความสามารถเพียงพอที่จะทำข้อสอบได้โดยไม่มีมูลเหตุใดๆ ที่จะต้องพึงพาอุปกรณ์ช่วยเหลือแต่อย่างใด กรณีจึงเชื่อได้ว่า ผู้ฟังคงคดีมีเจตนาในการทูลวิติการสอบและมีได้เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเอรัดเอาเบรียบผู้เข้าสอบรายอื่นแต่อย่างใด<sup>๓๗</sup> ด้วยเหตุนี้ การลงโทษผู้ฟังคงคดีเท่ากับผู้กระทำความผิดที่มีเจตนากระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนข้อปฏิบัติในการสอบและมีเจตนาเอาเบรียบผู้เข้าสอบคนอื่นอย่างชัดแจ้งจึงเป็น “การพิจารณาที่ไม่สมเหตุสมผลและเป็นการพิจารณาลงโทษผู้ฟังคงคดีโดยมิได้คำนึงถึงระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำ”<sup>๓๘</sup> และด้วยเหตุนี้ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากนี้ เมื่อการตรวจข้อสอบเป็น “การพิจารณาทางปกครอง” ตามนัยมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ หากผู้ถูกฟ้องคดีก็ทราบว่า ผู้ฟังคงคดีทุกวิธีหรือกระทำการที่ส่อไปในทางทุจริต ผู้ถูกฟ้องคดียอมมีหน้าที่ในการตรวจสอบข้อเท็จจริง จัดหาพยานหลักฐานต่าง ๆ รวมทั้งจัดหาพยานญูเขียวชาญเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าผู้ฟังคงคดีกระทำการตามที่มีข้อกล่าวหาตามมาตรา ๒๘ มาตรา ๒๙ และมาตรา ๓๗ แห่งพระราชบัญญัติตั้งกล่าว แต่ข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่า เจ้าหน้าที่ของกองอำนวยการกลางได้ดำเนินการเสาะหาพยานหลักฐานเพิ่มเติม หรือส่งหลักฐานไปให้พยานญูเขียวชาญตรวจสอบเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ ข้อกล่าวอ้างของผู้ถูกฟ้องคดีที่ว่า ผู้ฟังคงคดีมีโอกาสใช้หูฟัง AirPods ในการเชื่อมต่อกับเครื่องมือสื่อสารอื่นนอกจากโทรศัพท์มือถือของผู้ฟังคงคดี และด้วยเหตุนี้ การกระทำการของผู้ฟังคงคดีจึงเป็นการกระทำที่ “ส่อ” ไปในทางทุจริตนั้น จึงเป็นข้อกล่าวอ้างที่รับฟังไม่ได้เช่นเดียวกัน

เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลปกครองฉบับนี้ จะพบว่า คำพิพากษฉบับนี้ มีความแตกต่างจากข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๙๔๔/๒๕๑๑ ตรงที่ในกรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๙๔๔/๒๕๑๑ นั้น ข้อเท็จจริงปรากฏชัดว่า ผู้ฟังคงคดีไม่มีโอกาสใช้ประโยชน์จากโทรศัพท์มือถือที่ใส่ไว้อยู่ในกระเป๋าและวางไว้อยู่บริเวณนอกห้องสอบได้แต่ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๗๔/๒๕๑๔ นั้น หากพิจารณาตามทฤษฎี “หลักการพิสูจน์

<sup>๓๖</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๗/๒๕๑๔, หน้า ๒๘.

<sup>๓๗</sup> ในคำพิพากษาฉบับดังกล่าวได้มีการเบรียบเทียบการกระทำการของผู้ฟังคงคดี กับการกระทำการของผู้เข้าสอบรายอื่นที่โดนลงโทษตัดสิทธิในการตรวจให้คะแนน กล่าวคือ การไม่วางดินสอบทันทีที่หมดเวลาสอบและการเปิดข้อสอบอ่อนก่อนเริ่มจับเวลาทำข้อสอบ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่ากรณีดังกล่าวต่างจากการหลงลืมใส่หูฟังเข้าไปในห้องสอบเนื่องจากการไม่วางดินสอบทันทีที่หมดเวลาสอบและการเปิดข้อสอบอ่อนก่อนเริ่มจับเวลาทำข้อสอบนั้น เป็นการกระทำที่มีเจตนาฝ่าฝืนระเบียบการสอบและเป็นการกระทำที่เอรัดเอาเบรียบผู้เข้าสอบรายอื่นอย่างชัดแจ้ง

<sup>๓๘</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๗/๒๕๑๔, หน้า ๓๑.

ข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานซึ่งเป็นที่ประจักษ์” (Grundsätzen des Anscheinsbeweises)<sup>๓๙</sup> ดังเช่นที่ศาลปกครองยอมนับใช้ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตการสอบแล้ว จะพบว่า พฤติกรรมที่ผู้เข้าสอบสวมหมูฟังเข้าไปในห้องสอบย่อมเป็นพฤติกรรมที่ในกรณีที่นำไปแล้ว นำไปสู่ข้อสรุปได้ว่า ผู้ฟ้องคดีสามารถใช้หูฟังดังกล่าวในการทุจริตการสอบได้ตลอดเวลา แต่ผู้เข้าสอบก็ได้หักล้างข้อสรุปดังกล่าวด้วยพฤติกรรมแวดล้อมต่าง ๆ เช่น การที่คณะกรรมการคุมสอบได้นำหูฟังมาตรวจสอบในทันทีหลังจากที่ตรวจพบว่าผู้เข้าสอบแต่งตัวไม่ปราณีว่า หูฟังได้เชื่อมต่อกับอุปกรณ์สื่อสารได้ รวมถึงการพิเคราะห์จากลักษณะภายนอกของ AirPods แล้ว ก็จะพบว่าอุปกรณ์ดังกล่าวโดยเด่นเกินกว่าจะใช้ในการทุจริตการสอบได้<sup>๔๐</sup> ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าข้อเท็จจริงเหล่านี้เพียงพอที่จะหักล้างข้อสรุปว่าผู้ฟ้องคดีมีเจตนาที่จะใช้ AirPods เพื่อการทุจริตการสอบได้ ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครองสูงสุดจึงวินิจฉัยคดีไปในแนวทางที่แตกต่างจากศาลปกครองชั้นต้นในคดีเดียวกัน โดยเห็นว่าพฤติกรรมที่ว่าระเบียบการสอบกำหนดให้การนำอุปกรณ์สื่อสารเข้ามาในห้องสอบเป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นการทุจริตการสอบก็ตาม ก็ยังไม่เพียงพอต่อการลงโทษผู้ฟ้องคดีโดยการไม่ตรวจข้อสอบได้ หากไม่มีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะพิสูจน์ถึงเจตนาที่จะทุจริตการสอบได้

นอกจากนี้ คำพิพากษาฉบับนี้ยังเป็นการชี้ให้เห็นถึงความสำคัญของการนำสืบพยานหลักฐานในขั้นของการพิจารณาทางปกครองอีกด้วย เนื่องจากการจะใช้ดุลพินิจไปในทางที่กระทบสิทธิบุคคลใดบุคคลหนึ่งนั้น ต้องมีข้อเท็จจริงประกอบดุลพินิจที่ชัดเจนเพียงพอต่อการพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังจะเห็นได้จากการที่พระราชบัญญัติวิปธิราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๘ ได้กำหนดเครื่องมือให้แก่ฝ่ายปกครองในการตรวจสอบหาข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนการใช้ดุลพินิจของตน และหลักประกันสิทธิของคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครองที่จะได้รับฟังข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและトイ้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนรวมไปถึงสิทธิในการขอตรวจดูเอกสารหรือพยานหลักฐานเพื่อการトイ้แย้งหรือชี้แจงหรือป้องกันสิทธิของตนไว้ในส่วนที่ ๓ เรื่องการพิจารณา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา ๒๙ (๑) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวที่กำหนดหน้าที่ให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบหาพยานหลักฐานทุกอย่างที่เกี่ยวข้องและจำเป็นต่อการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเพื่อนำมาปรับใช้กับข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เมื่อการดำเนินการสอบเป็นการพิจารณาทางปกครองตามความหมายของมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิปธิราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๘ การดำเนินการสอบจึงเป็นการพิจารณาทางปกครองอย่างหนึ่งที่อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติในหมวด ๓ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว อีกด้วย ด้วยเหตุนี้ ในกรณีที่คณะกรรมการสอบประสังค์จะกำหนดโทษแก่ผู้เข้าสอบที่ทุจริตการสอบ จึงมีหน้าที่ที่จะต้องเก็บพยานหลักฐานในทันทีที่พบรหุจริตการสอบและเก็บพยานหลักฐานให้ครอบคลุมมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ เพื่อใช้ในการกำหนดดุลพินิจพิจารณาไม่ตรวจข้อสอบต่อไป

<sup>๓๙</sup> รายละเอียดเป็นไปตามข้อ ๒.๑.๓ ข้างต้น

<sup>๔๐</sup> อย่างไรก็ตาม สมควรตั้งข้อสังเกตต่อไปว่า การให้เหตุผลในทำนองที่ว่า ผู้ฟ้องคดีมีความรู้ความสามารถในการทำข้อสอบและมีแนวโน้มที่จะทำข้อสอบได้โดยไม่ต้องอาศัยความช่วยเหลือใด ๆ นั้น แม้ไม่ใช่เหตุผลที่จะชี้ให้เห็นว่า บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันมีลักษณะเป็นการทุจริตการสอบหรือไม่ก็ตาม เนื่องจากการที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งจะทุจริตการสอบนั้น เกิดจากเจตนาที่แตกต่างกันหลายประการ ไม่ว่าจะเกิดจากการที่ผู้เข้าสอบรู้ตัวอยู่แล้วว่าตนไม่มีความสามารถหรือความพร้อมพอก็จะทำข้อสอบให้ได้คะแนนในระดับที่ตนต้องการได้ หรือผู้เข้าสอบรู้ตัวว่าตนเองมีความรู้ความสามารถหรือมีความพร้อมพอก็จะทำข้อสอบให้ได้คะแนนในระดับที่ตนต้องการได้ แต่ต้องการเสริมสร้างความมั่นใจว่าตนได้คะแนนในระดับที่คาดหวังไว้อย่างแท้จริง แต่ศาลปกครองก็ได้ใช้เหตุผลดังกล่าวประกอบเหตุผลอื่น ๆ ดังที่กล่าวไว้ข้างต้น เพื่อเพิ่มน้ำหนักในการหักล้างข้อสันนิษฐานว่าผู้เข้าสอบมีเจตนาที่ทุจริตการสอบนั้นเอง

**๒.๒.๑ กรณีที่ศาลปกครองเห็นว่าการไม่ปฏิบัติตามระเบียบการสอบในลักษณะดังกล่าวเป็นเหตุให้คณะกรรมการสอบปฏิเสธการประเมินผลข้อสอบได้ทั้งหมด และสามารถกำหนดโทษที่มีความรุนแรงเท่ากับการทุจริตการสอบได้**

กรณีที่ศาลปกครองเห็นว่าการไม่ปฏิบัติตามระเบียบการสอบในลักษณะดังกล่าว เป็นเหตุให้คณะกรรมการสอบปฏิเสธการประเมินผลข้อสอบได้ทั้งหมด และสามารถกำหนดโทษที่มีความรุนแรงเท่ากับการทุจริตการสอบได้ เช่น กรณีการไม่ขึ้นเส้นใต้จบข้อของทุกข้อที่ตอบด้วยปากกา สีเดียวกันกับที่เขียนในสมุดคำตอบในการสอบคัดเลือกตุลาการศาลปกครอง (คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่บ. ๒๒๕/๒๕๖๓)

โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เข้าสอบคัดเลือกเป็นตุลาการประจำศาลปกครองชั้นต้น แต่ไม่ปรากฏรายชื่อว่าผู้ฟ้องคดีได้รับคัดเลือก ผู้ฟ้องคดีจึงได้ขอตรวจดูกระดาษคำตอบ โดยในการตรวจจะระดายคำตอบปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีได้รับการประเมินให้ได้คะแนน ๐ คะแนน ในข้อสอบทุกข้อ เนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่ได้ขึ้นเส้นใต้จบข้อของทุกข้อที่ตอบด้วยปากกาสีเดียวกัน กับที่เขียนในสมุดคำตอบ อย่างไรก็ตาม ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการขึ้นเส้นใต้บังคับ มีข้อเพื่อป้องกันการทุจริตการสอบ เมื่อไม่ปรากฏพฤติกรรมว่า ผู้ฟ้องคดีได้กระทำการใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการทุจริตการสอบ เป็นแต่เพียงความหลงลืมไม่รับทราบของผู้ฟ้องคดีในการขึ้นเส้นใต้ การหลงลืมดังกล่าว จึงไม่ใช่สาระสำคัญที่ทำให้การเขียนคำตอบข้อสอบของผู้ฟ้องคดีต้องเสียไปทั้งหมดแต่อย่างใด การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองไม่ตรวจระดายคำตอบของผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดี จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนประกาศผลการสอบ ในส่วนของผู้ฟ้องคดี และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ (คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง) โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ (คณะกรรมการสอบคัดเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นตุลาการประจำศาลปกครองชั้นต้น) ดำเนินการตรวจ สมุดคำตอบของผู้ฟ้องคดีต่อไป

ศาลปกครองกลางพิเคราะห์แล้วเห็นว่า การกำหนดระเบียบให้มีการขึ้นเส้นใต้จบ ในแต่ละข้อด้วยปากกาสีเดียวกันกับที่ใช้ในการตอบข้อสอบนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้เกิดการทุจริต การสอบด้วยการเติมข้อความต่อจากข้อความที่ผู้เข้าสอบได้เขียนไว้ ระเบียบในข้อดังกล่าวจึงเป็น “เงื่อนไข อันเป็นสาระสำคัญของการหนึ่งในการสอบข้อเขียนที่ผู้เข้ารับการทดสอบทุกคนย่อมต้องอยู่ภายใต้บังคับ ที่ต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด”<sup>๔๐</sup> หากผู้เข้าสอบรายได้รายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามระเบียบการสอบในข้อดังกล่าว ย่อมส่งผลให้กระดาษคำตอบของผู้เข้าสอบรายนั้นไม่ได้รับการตรวจให้คะแนน เมื่อผู้เข้าสอบมิได้ปฏิบัติตามระเบียบที่เป็นสาระสำคัญของการสอบในข้อดังกล่าว ก็ย่อมส่งผลทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับการพิจารณา ตรวจสอบความดีด้วยมาตรฐาน การที่ผู้ถูกฟ้องคดีประการผลการสอบโดยไม่ปรากฏชื่อของผู้ฟ้องคดี โดยให้เหตุผลว่า ผู้ฟ้องคดีไม่ได้ขึ้นเส้นใต้จบในแต่ละข้อด้วยปากกาสีเดียวกันกับที่ใช้ในการตอบข้อสอบ จึงเป็นการออกประการที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว

จากคำพิพากษาฉบับดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ศาลปกครองกลางมีความเห็น ไปในแนวทางที่ว่า ระเบียบการสอบในข้อที่กำหนดให้ผู้เข้าสอบต้องขึ้นเส้นใต้ด้วยปากกาสีเดียวกันกับที่ใช้ในการเขียนตอบข้อสอบนั้น เป็นข้อปฏิบัติที่เป็นสาระสำคัญของการสอบคัดเลือกตุลาการศาลปกครอง เนื่องจากเป็นมาตรการที่คณะกรรมการสอบนำมาใช้เพื่อป้องกันการทุจริตการสอบ อย่างไรก็ตาม ดังที่กล่าวไว้

<sup>๔๐</sup> คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ ๘/๒๕๖๓, หน้า ๘.

ข้างต้นแล้วว่า เหตุผลเพื่อป้องกันการทุจริตการสอบแต่เพียงอย่างเดียว yang ไม่เพียงพอต่อการที่จะทำให้ระเบียบการสอบในข้อดังกล่าวนั้นเป็นระเบียบการสอบที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ต้องเป็นมาตรการที่ป้องกันการทุจริตการสอบได้อย่าง “พsomคwรแก่เหตุ” อีกด้วย ด้วยเหตุนี้ จึงมีประเด็นดังพิจารณาต่อไปว่า การกำหนดให้ผู้เข้าสอบต้องขึดเส้นใต้ด้วยปากกาสีเดียวกันกับที่ใช้ในการเขียนตอบข้อสอบเป็นมาตรการที่ชอบด้วยหลักความ公正สมควรแก่เหตุหรือไม่

เมื่อพิจารณาจากเหตุผลที่ศาลปกครองได้ให้เงินคำพากษาแล้ว ระเบียบการสอบในลักษณะดังกล่าวเป็นสาระสำคัญของกระบวนการประเมินความรู้ความสามารถ เนื่องจากเป็นระเบียบที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการทุจริตการสอบด้วยการเติมข้อความเข้าไปในกระดาษคำตอบอย่างไรก็ตาม หากมีการเติมข้อความเข้าไป เช่นนั้นจริง วิญญาณทั่วไปย่อมสังเกตเห็นถึงความแตกต่างระหว่างลายมือของผู้เข้าสอบและลายมือของผู้ที่เติมข้อความเข้าไปได้ การเติมข้อความเข้าไปในกระดาษคำตอบด้วยลายมือของบุคคลอื่นย่อมเป็นไปได้ยาก หรือแม้การเติมข้อความด้วยลายมือของผู้ตรวจข้อสอบหรือผู้เข้าสอบเองก็ย่อมทำได้ก็ต่อเมื่อกระบวนการในการเก็บรักษาข้อสอบเกิดข้อกพร่องอย่างร้ายแรงเท่านั้น เมื่อพิจารณาในแง่มุมดังกล่าวแล้ว แม้การจัดเส้นใต้ท้ายคำตอบในทุกข้อจะเป็นมาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องกันมิให้บุคคลอื่นเติมข้อความเข้าไปในกระดาษคำตอบได้จริงก็ตาม แต่วิธีการที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันการทุจริตการสอบมากกว่า และกระทบเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เข้าสอบน้อยกว่า ก็คือ การพัฒนามาตรฐานในการเก็บรักษากระดาษคำตอบให้ปราศจากข้อสงสัยต่อสาธารณะนักมากยิ่งขึ้น

ด้วยเหตุนี้ เหตุผลที่เป็นไปได้มากกว่า คือ เหตุผลเพื่อป้องกันการทำสัญลักษณ์ผู้เข้าสอบและผู้ตรวจข้อสอบด้วยการนัดหมายการขีดเส้นใต้ในรูปแบบใดแบบหนึ่งไว้โดยเฉพาะเจาะจงอย่างไรก็ตาม มีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่า มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ชอบด้วยหลัก “ความจำเป็น” อันเป็นส่วนหนึ่งของหลักความพอดสมควรแก่เหตุหรือไม่ กล่าวคือ มีมาตรการอื่นที่สามารถป้องกันการทุจริต การสอบที่กระทำเสรีภาพในการประกอบอาชีพน้อยกว่าการลงโทษผู้ที่ไม่ขีดเส้นใต้ด้วยการพิจารณาไม่ตรวจสอบให้ครบถ้วนหรือไม่ และข้อเท็จจริงที่ว่า การสอบดังกล่าวเป็นการสอบเพื่อคัดเลือกตulaการศึกษาปกครองจะเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้การออกแบบประเมินการสอบเพื่อจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้มากกว่า การสอบคัดเลือกในรูปแบบอื่นหรือไม่นั้น เป็นประเด็นที่ศาลปกครองยังไม่ได้พิเคราะห์ให้เห็นอย่างชัดเจนในคดีนี้

๓. การตีความระเบียบการสอบให้สอดคล้องกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพและความเสมอภาค ระหว่างผู้เข้าสอบ

จากการศึกษาเปรียบเทียบหลักการทางทฤษฎีและแนวคำพิพากษาของศาลปกครองไทย และเยอรมันแล้ว ความสามารถกำหนดแนวทางในการตีความระเบียบการสอบให้สอดคล้องกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพและความสมอภาระระหว่างผู้เข้าสอบ พัฒนาทั้งอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นในการวินิจฉัยคดีตามแนวทางดังกล่าวได้ ดังต่อไปนี้

### ๓.๑ แนวทางการตีความที่เป็นไปได้

ถึงแม้จะเบี่ยงการสอบจะกำหนดให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นความผิดที่มีโทษรุนแรงเทียบเคียงกับการทุจริตการสอบก็ตาม แต่มิใช่ว่าการใช้คลิปนิจลงโทษผู้เข้าสอบโดยอาศัยฐานทางกฎหมายเช่นว่านั้นจะเป็นการลงโทษที่ชอบด้วยกฎหมายเสมอไป เพราะการใช้คลิปนิจที่เกี่ยวข้องกับ

การตรวจข้อสอบนั้น เป็นการใช้คุลพินิจที่ระบบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เข้าสอบเสมอ ด้วยเหตุนี้ การที่คณะกรรมการสอบปฏิเสธการตรวจข้อสอบให้แก่ผู้เข้าสอบที่ไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามระเบียบการสอบในลักษณะดังกล่าว โดยไม่แสวงหาข้อเท็จจริงเสียก่อนว่าผู้เข้าสอบรายนั้นได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันมีลักษณะเป็นการทุจริตการสอบ (หรืออย่างน้อยที่สุดเป็นการพยายามทุจริตการสอบ) หรือไม่นั้น เป็นการพิจารณาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยหลักการแสวงหาข้อเท็จจริงตามพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัตรราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๗ ที่กำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองต้องแสวงหาข้อเท็จจริงให้ครบถ้วน ก่อนที่จะใช้คุลพินิจไปในแนวทางใดแนวทางหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การใช้คุลพินิจไปในแนวทางที่มีผลกระทบต่อคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครองอย่างร้ายแรงดังเช่นในกรณีของการใช้คุลพินิจในการไม่ตรวจสอบข้อสอบทั้งฉบับ เช่นนี้ คณะกรรมการสอบจึงจำเป็นต้องแสวงหาพยานหลักฐานให้เห็นถึงเจตนาของผู้ฟ้องคดีที่จะทุจริตการสอบเสียก่อน จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การใช้คุลพินิจไม่ตรวจสอบด้วยเหตุที่ผู้เข้าสอบไม่ปฏิบัติตามระเบียบการสอบบางประการ แต่คณะกรรมการไม่อาจหาหลักฐานพิสูจน์ถึงเจตนาที่จะทุจริตการสอบได้นั้น เป็นการใช้คุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะพิจารณาจากแง่มุมของการคุ้มครองสิทธิในการประกอบอาชีพของผู้เข้าสอบ หรือในแง่มุมของการแสวงหาข้อเท็จจริงให้ครบถ้วนก่อนการใช้คุลพินิจก็ตาม

เมื่อพิเคราะห์ถึงแนวทางคำนิจฉัยของศาลปกครองไทยแล้ว จะเห็นได้ว่า ในคำพิพากษาศาลปกครองไทยส่วนใหญ่ได้วินิจฉัยคดีไปในแนวทางดังกล่าว เช่นเดียวกัน เพียงแต่มิได้กล่าวถึงหลักการหรือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยตรงดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลปกครองเยอรมัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ศาลปกครองในฐานของคกรของรัฐที่ผูกพันต่อหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน สามารถนำบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับคุลพินิจในการสอบได้โดยตรง และควรนำหลักการหรือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมาพิเคราะห์อย่างละเอียดเพื่อเสริมสร้างความเชื่อมั่นต่อประชาชนในผลของคำพิพากษามากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการไม่ปฏิบัติตามระเบียบการสอบนั้น การวิเคราะห์ที่ “ความเหมาะสม” (Geeignetheit, suitability)<sup>๔๖</sup> ของบทกำหนดโทษตามระเบียบการสอบและการใช้คุลพินิจลงโทษผู้เข้าสอบในแต่ละกรณี เนื่องจากในกรณีดังกล่าวฝ่ายปกครองมักจะสามารถกำหนดมาตรการที่กำหนดมาตรฐานไว้ได้ นั่นก็คือ การเพิ่มประสิทธิภาพของกระบวนการตรวจสอบโดยภาพรวมโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การสร้างความตระหนักรู้ให้แก่ผู้เข้าสอบให้ทราบถึงกฎหมายที่ต้องปฏิบัติ ที่จะใช้ในการสอบ และความเข้มงวดในการตรวจสอบสิ่งที่ผู้เข้าสอบนำเข้ามาในบริเวณห้องสอบ

### ๓.๒ อุปสรรคที่อาจเกิดขึ้น

ถึงแม้แนวทางการตีความในลักษณะที่กล่าวมาข้างต้นเป็นการตีความที่สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงสถานการณ์ปัจจุบันที่เทคโนโลยีมีความทันสมัยมากยิ่งขึ้นเรื่อยๆ และมีความจำเป็นในการจัดการสอบออนไลน์มากยิ่งขึ้นแล้ว ปัจจัยทั้งสองปัจจัยดังกล่าวเป็นสิ่งที่ทำให้การควบคุมกระบวนการสอบมิให้มีการทุจริตการสอบสามารถกระทำได้ยากยิ่งขึ้น และอาจทำให้มีผู้ที่อาศัยประโยชน์จากแนวคำนิจฉัยของศาลปกครองที่เป็นไปในแนวทางที่คุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพมากยิ่งขึ้น จึงมีประเด็นที่ควรพิจารณาต่อไปว่า การลงโทษผู้ที่มิได้

<sup>๔๖</sup> ในที่นี้หมายถึง หลัก “ความเหมาะสม” (Geeignetheit, suitability) ที่เป็นส่วนหนึ่งของหลักความพอสมควรแก่เหตุ

เจตนาทุจริตการสอบ แต่ประมาทดินแล่อ กระทำการบางประการที่ผิดระเบียบการสอบด้วยการตัดคะแนนบางส่วน สามารถกระทำได้หรือไม่ เนื่องจากมาตรการดังกล่าวมีส่วนช่วยส่งเสริมให้ผู้เข้าสอบมีส่วนในการระมัดระวังตนเองมิให้ฝ่าฝืนระเบียบการสอบ ทั้งยังเป็นมาตรการที่มิได้กระทบต่อเรื่องภาพในการประกอบอาชีพ ของผู้เข้าสอบจนเกินสมควรแก่เหตุดังเช่นในกรณีของการไม่ตรวจสอบห้องสอบทั้งฉบับอีกด้วย ซึ่งมาตรการดังกล่าวสามารถกระทำได้่ายกว่าในกรณีของการตรวจข้อสอบอัตโนมัติ เนื่องจากผู้ตรวจข้อสอบสามารถนำข้อเท็จจริงที่ว่าผู้เข้าสอบไม่ปฏิบัติตามระเบียบการสอบที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันการทุจริตการสอบ มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาตัดคะแนนบางส่วนได้ แต่ในกรณีของการสอบปรนัยนั้น มักมีการแบ่งสัดส่วนของคะแนนแต่ละข้อไว้อย่างชัดเจนแล้ว (ซึ่งโดยส่วนใหญ่ ก็คือ ๑ ข้อ ต่อ ๑ คะแนน) จึงมีปัญหาว่า การตัดคะแนนบางส่วนโดยที่จะระเบียบการสอบมิได้กำหนดสัดส่วนในการตัดคะแนนไว้ล่วงหน้า จะสามารถกระทำได้หรือไม่ หากพิจารณาในเบื้องหลังความชัดเจนและแน่นอนของกฎหมาย ซึ่งมาตรการในการตัดคะแนนบางส่วนนั้น ยังไม่ปรากฏทั้งในคำพิพากษาของศาลปกครองเยอร์มันและศาลปกครองไทย จึงเป็นสิ่งที่ศาลปกครองไทย สมควรพิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้และวางแผนหลักการที่ชัดเจนต่อไป

## สรุป

การใช้ดุลพินิจในการตรวจข้อสอบต้องคำนึงถึงการประกันความเสมอภาคระหว่างผู้เข้าสอบ ไปพร้อมกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เข้าสอบประกอบกันเสมอ แม้จะเกิดกรณีที่ผู้เข้าสอบปฏิบัติไม่เป็นไปตามระเบียบการสอบก็ตาม ด้วยเหตุนี้ หากการปฏิบัติไม่เป็นไปตามระเบียบยังไม่ถึงขั้นที่เป็นการเจตนาทุจริตการสอบ เช่น การหลบลีบนำอุปกรณ์ต้องห้ามเข้าไปในห้องสอบ การลีบระหว่างห้องสอบที่ได้รับลงใบในระยะเวลาคำตอบ การระบายเลขประจำตัวสอบผิดพลาด การลีบขีดเส้นトイไว้ท้ายคำตอบแต่ละข้อ การลงโทษผู้เข้าสอบรายนั้นด้วยการใช้ดุลพินิจไม่ตรวจสอบห้องสอบทั้งฉบับย่อมไม่ชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุ

อย่างไรก็ตาม หากไม่มีมาตรการลงโทษใด ๆ เลย ก็ย่อมเป็นการสนับสนุนให้ผู้เข้าสอบขาดความระมัดระวังในการปฏิบัติตามให้เป็นไปตามระเบียบการสอบ ซึ่งบางกรณีเป็นมาตรการที่กำหนดไว้ล่วงหน้าเพื่อป้องกันการทุจริตการสอบ (preventative) ด้วยเหตุนี้ มาตรการลงโทษที่เป็นไปได้สำหรับกรณีเช่นนี้ คือ การใช้ดุลพินิจตัดคะแนนของผู้เข้าสอบบางส่วน ซึ่งเป็นมาตรการที่สามารถปฏิบัติได้โดยไม่มีอุปสรรคมากนักในกรณีของการตรวจข้อสอบอัตโนมัติ เนื่องจากผู้ตรวจข้อสอบสามารถนำข้อเท็จจริงที่ว่าผู้เข้าสอบไม่ปฏิบัติตามระเบียบการสอบที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันการทุจริตการสอบมาเป็นเกณฑ์ประกอบในการให้คะแนนได้ แต่ในกรณีของการตรวจข้อสอบปรนัยซึ่งมีการกำหนดสัดส่วนการให้คะแนนในแต่ละข้อ ไว้ล่วงหน้าและควบคู่กับในกรณีของข้อสอบอัตโนมัติไม่สามารถนำหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับการสอบอัตโนมัติมาใช้ในการพิจารณาให้คะแนนได้ ด้วยเหตุนี้ การใช้มาตรการตัดคะแนนบางส่วนย่อมเป็นไปได้ยากกว่าในกรณีของข้อสอบอัตโนมัติ ซึ่งมาตรการในการตัดคะแนนบางส่วนนั้น ยังไม่ปรากฏทั้งในคำพิพากษาของศาลปกครองเยอร์มันและศาลปกครองไทย จึงเป็นสิ่งที่ศาลปกครองไทยสมควรพิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้และวางแผนหลักการที่ชัดเจนต่อไป

## ๒. การบรรยายทางวิชาการ

## หลักการระวังไว้ก่อนในกฎหมายสิ่งแวดล้อม\*

(Le principe de précaution en droit de l'environnement)

*Prof. Wanda MASTOR \*\**  
*Université Toulouse Capitole*

ก่อนที่ประเทศไทยร่างกฎหมายนำหลักการระวังไว้ก่อนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมมาใช้ในระบบกฎหมายภายในของฝรั่งเศส โดยเริ่มจากเป็นหลักการที่มีคุณค่าระดับกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ และตามด้วยหลักการที่มีคุณค่าระดับรัฐธรรมนูญนั้น หลักการระวังไว้ก่อนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมนี้เป็นเพียงหลักพื้นฐานตามกฎหมายระหว่างประเทศ จากที่เป็นเพียงหลักการชั้นนำที่ "สหราชอาณาจักร" ก่อตั้ง ๆ พัฒนาเป็นกฎหมายที่ศาลในประเทศไทยร่างกฎหมายที่มีผลผูกพันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ จนปัจจุบันกลายเป็นหลักกฎหมายที่ศาลในประเทศไทยร่างกฎหมายใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ดังนั้น เค้าโครงกระบวนการบรรยายจะตามรอยพัฒนาการทางกฎหมายที่น่าสนใจ เป็นพิเศษซึ่งในแห่งมุ่งหนึ่งจะเห็นว่า มีความ "ยืดหยุ่น" มาก กับการที่ประชามติโภคธรรมนักกฎหมายจำเป็นอย่างยิ่งขาดในการถือและโลกของเรา

เริ่มต้นความเป็นมาของพัฒนาการ หลักการระวังไว้ก่อนเป็นเพียงเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ที่ต้องพยายามทำให้สำเร็จ โดยบทบัญญัติกฎหมายระหว่างประเทศจะมีลักษณะเป็นเพียงการประกาศและไม่ได้บังคับ โดยความตระหนักรู้ที่จะให้มีผลบังคับค่อนข้างต่ำ แต่ก็มีการเพิ่มมากขึ้นจากการที่ประเทศต่าง ๆ นำหลักการนี้ไปใช้บังคับ โดยเมื่อปี ค.ศ. ๑๙๘๕ ประเทศไทยร่างกฎหมายได้ยกระดับคุณค่าทางกฎหมายโดยเปลี่ยนหลักการสหราชอาณาจักรที่ไม่มีผลผูกพันนี้ให้เป็นหลักการที่มีคุณค่าทางกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ จากนั้นในปี ค.ศ. ๒๐๐๕ จึงยกระดับการให้คุณค่าทางกฎหมายว่า หลักการระวังไว้ก่อนในกฎหมายสิ่งแวดล้อม เป็นหลักการที่มีค่าเป็นรัฐธรรมนูญ และตามหลักเหตุผลแล้ว หลักการระวังไว้ก่อนที่กล่าวเป็นกฎหมายซึ่งมีผลผูกพันกับกฎหมายเป็นเครื่องมือในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล และมีแนวโน้มที่หลักการนี้จะมีการขยายตัวไปใช้ในการต่อสู้ด้านศาลทั้งหลายมากขึ้น แต่หากพิจารณาเขตอำนาจศาลตามรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลที่จะขยายหลักการระวังไว้ก่อนมาใช้พิจารณาพิพากษาคดีพิพากษาคดีจะเป็นศาลปกครองยิ่งกว่า ศาลรัฐธรรมนูญ (คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ) เพราะศาลรัฐธรรมนูญมีขอบเขตอำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ดังนั้น จากเส้นทางแห่งพัฒนาการของหลักการนี้ เค้าโครงกระบวนการบรรยายจึงแบ่งเป็น ๓ ส่วนคือ **ส่วนแรก** พิจารณาหลักการระวังไว้ก่อนในฐานะ "คำประกาศเจตจำนง" จากนั้น **ส่วนที่สอง** พิจารณาหลักการระวังไว้ก่อนในลักษณะเป็นกฎหมายที่มีผลผูกพันบังคับ และ **ส่วนที่สาม** หลักการระวังไว้ก่อนในฐานะเป็นเครื่องมือในการพิจารณาพิพากษาคดี

\* เพย์แพร์คริปต์แกรนด์อินทราเน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนมีนาคม ๒๕๖๖

\*\* การบรรยายทางวิชาการ เมื่อวันพุธที่ ๘ รับวันเดือน ๒๕๖๕ ณ ห้องสัมมนา ๒ (แนวลาด) ชั้น B1 สำนักงานศาลปกครอง ถอดความและเรียบเรียงโดย นางสาวอภิญญา แก้วกำเหนิด พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ในเบื้องต้น จำเป็นต้องกล่าวถึงการให้คำนิยาม ด้วยการแยกความแตกต่างระหว่าง หลักการระวังไว้ก่อนกับหลักการอื่นที่ใกล้เคียง ได้แก่ หลักการป้องกันล่วงหน้า (Le principe de prévention) ซึ่งหลักการป้องกันล่วงหน้านี้เป็นทั้งหลักการลำดับแรกและเป็นทั้งส่วนเสริม ที่กล่าวว่าเป็นหลักการลำดับแรก เพราะในทางประวัติศาสตร์แล้ว การป้องกันมาก่อนการระวัง ตามกฎหมายฝรั่งเศสเช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศอื่น การกระทำเพื่อป้องกันนั้นเป็นเรื่องที่มีมานาน เช่นเดียวกับการลงโทษ และหลักป้องกันนี้ ก็เป็นเหตุผลประการหนึ่งของการดำรงอยู่ของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักกฎหมายว่าด้วยการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง (Le pouvoir de police administratif) โดยใช้มาตรการเชิงป้องกันต่าง ๆ ที่มีเป้าหมายเพื่อให้หลักประกันต่อสังคมในความสงบเรียบร้อย (L'ordre public) ความเป็นระเบียบเรียบร้อย (Le bon ordre) ความมั่นคง (La sûreté) ความปลอดภัย (La sécurité) และความสงบเรียบร้อยด้านสาธารณสุข (La salubrité publique) เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองมีหน้าที่ป้องกันความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นและผลที่ตามมาของความเสี่ยงนั้น ตามนัยนี้ มีตัวอย่างตามมาตรา ๙๗ ของกฎหมายเทศบาลฉบับเก่า ฉบับปี ค.ศ. ๑๘๘๔ ซึ่งปัจจุบันนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา L. 2212-2 ของประมวลกฎหมายที่ว่าไปว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งบัญญัติว่า

“การใช้อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยที่เป็นอำนาจของเทศบาลนั้น (...) การดูแล เพื่อป้องกัน โดยใช้ความระมัดระวังที่เหมาะสม และเพื่อรักษา (...) อุบัติเหตุต่าง ๆ และเพื่อป้องกันโรคระบาด ร้ายแรง เช่น การโกร และการระบาด แห่งใดแห่งหนึ่ง (...)"

จากที่กล่าวมา จะเห็นว่า “หลักการระวังไว้ก่อน” ตามกฎหมายเทศบาล ค.ศ. ๑๘๘๔ นั้น ไม่มีอะไรมากไปกว่า “ความไม่ประมาท” หรือ “หลักการใช้ความระมัดระวัง” ที่เราทุกคนควรต้องปฏิบัติตาม

การต้องใช้ความระมัดระวังโดยไม่ประมาท (La prudence) และการป้องกันล่วงหน้า (La prévention) ในกฎหมายสิ่งแวดล้อมได้กล่าวเป็น “หลักการระวังไว้ก่อน” ในช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ ๒๐ เมื่อเกิดกระแสแนวคิดการส่วนรักษาสิ่งแวดล้อม (La préservation de l'environnement) ปรากฏขึ้น ทั้งที่เป็นข้อกังวลหลักของสังคม ประชาชนทั่วไป และความกังวลของรัฐบาล นับแต่นั้นมาจึงมีการแยก ความแตกต่างระหว่างหลักการป้องกันล่วงหน้า (La prévention) และหลักการระวังไว้ก่อน (La précaution) ในกฎหมายสิ่งแวดล้อม โดยมีความแตกต่าง คือ หลักการป้องกันล่วงหน้าจะใช้กับความเสี่ยงที่พิสูจน์ได้ชัดแล้ว ขณะที่หลักการระวังไว้ก่อนซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำหรือการปฏิบัติอย่างรอบคอบ ไม่ประมาท จะใช้กับความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น เป็นความเสี่ยงที่ไม่ชัดเจน แต่อาจเกิดขึ้นได้

หลักการระวังไว้ก่อนมีวัตถุประสงค์เพื่อวางแผนการป้องกันความเสี่ยง เมื่อความรู้ทางวิทยาศาสตร์และทางเทคนิคยังไม่สามารถหาข้อสรุปได้อย่างชัดเจนแน่นอน ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ

ดังนั้น เราอาจกล่าวถึงหลักการระวังไว้ก่อนในมุมมองทางปรัชญา ซึ่งเกี่ยวโยงไปถึง ความไม่ประมาทและความรอบคอบ หากย้อนไปในสมัยกรีกโบราณ ต้องไม่ลืมว่าสำหรับนักปรัชญากรีก ความไม่ประมาทหรือความรอบคอบถือเป็นคุณธรรมสำคัญ (La vertus) ประการหนึ่ง แม้ว่าในหมู่นักปรัชญากรีก คุณลักษณะของคุณธรรมที่เป็นความรอบคอบไม่ประมาทนี้ จะเป็นคุณลักษณะที่มีความกำกับไม่ชัดเจน แน่นอน แต่ความจริงก็ยังคงมีอยู่ว่า จะต้องมีความรอบคอบ (คำพ้องความหมาย) เชื่อมโยงอยู่เสมอ และความรอบคอบความไม่ประมาทนี้เองก็ถูกกำหนดให้เป็นสิ่งแสดงถึงคุณธรรม อริสโตเติลได้หยิบยกถกกล่าว ของสocrateis และอธิบายในหนังสือชื่อ จริยธรรมนิโภมัค (Ethique à Nicomache) เพื่อแสดงให้เห็นว่า

เป็นไปเมื่อได้ที่จะมีคุณธรรมโดยปราศจากความรอบคอบ โดย “คุณธรรม” คือ ข้อกำหนดที่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่ถูกต้องเคร่งครัด แต่กฎเกณฑ์ที่ถูกต้องเคร่งครัดนั้น ก็คือ กฎเกณฑ์ที่เป็นไปตามความรอบคอบ คนในยุคกรีกโบราณ ความรอบคอบความไม่ประมาทจะอยู่เหนือการกระทำทั้งหมด (*praxis*) อริสโตเติลได้นิยาม “ความรอบคอบ ความไม่ประมาท” ไว้ในบรรพที่ ๖ ของหนังสือเรื่อง จริยธรรมนิโภมัค โดยอธิบายผ่านตัวอย่างของชายผู้สุขมุ่ろรอบคอบ (*phronimos*) ว่า : “วิธีหนึ่งที่เราจะเข้าใจธรรมชาติของความสุขมุ่รรอบคอบ คือ การพิจารณาว่าใครคือคนที่เราเรียกว่า เป็นคนสุขมุ่รรอบคอบ ไม่ประมาท” จากนั้น อริสโตเติลได้กล่าวถึง Pericles (รัชบุรุษ) และคนใดก็ตามที่มีเป็นคนเช่นเดียวกับ Pericles ว่าเป็น “คนสุขมุ่รรอบคอบ ที่มีเจตจำนงในการพิจารณาแยกแยะหรือมองเห็นว่า สิ่งใดเป็นสิ่งที่ดีสำหรับตนเองและเป็นสิ่งที่ดีสำหรับมนุษย์ โดยทั่วไปด้วย (...)” ตามที่อริสโตเติลได้อ้างถึงในผลงานก่อนหน้านี้ที่มีชื่อว่า Pythagoras, Parmenides หรือ Anaxagoras

การย้อนไปพิจารณาปรัชญากรีกโบราณก็เพื่อทำความเข้าใจแนวคิดเรื่องการระวังไว้ก่อน ให้ดียิ่งขึ้น และการบอกเล่าถึงปรัชญากรีกโบราณก็เป็นเพียงข้ออ้างเพื่อเตือนนักกฎหมายให้เห็นความสำคัญที่ไม่อาจลืมหลักปรัชญา ซึ่งหลักปรัชญาไม่ประโยชน์สำหรับการอธิบายพัฒนาการเปลี่ยนแปลงของหลักการระวังไว้ก่อน จากหลักการขึ้นนำที่ยอดเยี่ยมสายหูแต่ไม่มีค่าบังคับในฐานะเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ไปสู่กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลผูกพันบังคับ กล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักการระวังไว้ก่อน จำเป็นต้องมีการดำเนินการหรือมีการกระทำ หลักการระวังไว้ก่อนไม่ใช่เป็นการป้องกันเชิงรับ (อยู่เฉย ๆ ผ่านระวัง) แต่เป็นการระวังเชิงรุก มิฉะนั้น หลักการนี้จะไร้ประโยชน์ที่จะใช้ต่อสู้กับสถานการณ์ฉุกเฉิน ด้านสภาพภูมิอากาศและภัยพิบัติอื่น ๆ ที่กำลังทำให้โลกมนุษย์เสียหาย ดังจะได้กล่าวถึงเนื้อหาการบรรยายโดยเริ่มจากพัฒนาการที่ประชาคมโลกมีความตื่นตัวในระดับกฎหมายระหว่างประเทศ และได้ให้กำเนิดหลักการระวังไว้ก่อน ซึ่งในช่วงเวลานั้น หลักการนี้มีสถานะเป็นเพียงคำประกาศเท่านั้น และต่อมาก็มีความจำเป็นต้องทำให้หลักนี้มีผลผูกพันบังคับทางกฎหมาย

### **ส่วนที่หนึ่ง หลักการระวังไว้ก่อนในฐานะเป็นคำประกาศเจตจำนง**

ย้อนกลับไปเมื่อปี ค.ศ. ๑๙๗๒ ซึ่งเป็นปีที่ยานอวกาศอพอลโล ๑๗ ได้ถ่ายภาพโลกของเรา ซึ่งเป็นดาวเคราะห์ดวงหนึ่งเป็นภาพสีเป็นครั้งแรก หลังจากทศวรรษแห่งหายนะที่บีบบังคับให้ชาวโลกต้องตรำหนักถึงความจำเป็นในการปกป้องโลก เมื่อปี ค.ศ. ๑๙๖๒ ที่กรุงลอนדון เกิดหมอกควันที่เรียกว่า “ซุปถั่ว” (La soupe aux pois) มีผู้เสียชีวิตมากถึง ๗๕๐ คน ซึ่งเป็นผลมาจากการพิษทางอากาศ ในปี ค.ศ. ๑๙๖๖ เกิดเหตุการณ์กองขยะถ่านหินจากเหมืองถ่านหินที่เมือง Aberfan ประเทศเวลส์ พังถล่ม ฝังร่างเด็ก ๑๑ คน และผู้ใหญ่ ๒๘ คน และในปี ค.ศ. ๑๙๖๗ เรือบรรทุกน้ำมัน Torrey Canyon ได้ปล่อยน้ำมันหลายล้านลิตรลงในทะเลบริเวณช่องแคบอังกฤษ จนก้นอีกสองปี ในปี ค.ศ. ๑๙๖๙ เกิดน้ำมันรั่วไหลลงทะเลบริเวณน่านน้ำเมืองชานตา บาร์บารา รัฐแคลิฟอร์เนีย คร่าชีวิตนกทะเลไปประมาณ ๓,๕๐๐ ตัว ขณะที่ผู้คนในทวีปยุโรปต้องตกตะลึงกับการที่ปลาจำนวนมากตายในแม่น้ำไรน์มีสารพิษตกค้างอยู่ในตัวปลาและความแห้งแล้งได้ทำลายชาเยล (Sahel) ซึ่งเป็นเขตพื้นที่ร้อยต่อบริเวณกึ่งทะเลราย ในทะเลรายทะเลทรายที่แห้งทวีปแอฟริกาเป็นเนื้อและใต้ตั้งแต่มหาสมุทรแอตแลนติกไปจนทะเลแดง ทำให้เกิดความอดอยากรในหมู่คนที่ยากจนที่สุดในโลกในทวีปแอฟริกา นอกจากนี้ ชาวญี่ปุ่นต้องเผ้าโคกเสียใจและไว้อาลัยแก่ผู้เสียชีวิต ๒,๒๖๕ คน จากพิษสารปรอทที่บริษัทสารเคมีแห่งหนึ่งปล่อยสารพิษลงน้ำบริเวณอ่าวมินามาตะ

และก็เป็นประเทศสวีเดนที่เมื่อปี ค.ศ. ๑๙๗๒ ได้ร้องขอและได้รับอนุญาติจากสมัชชาสหประชาชาติ เพื่อจัดการประชุมสัมมนาเกี่ยวกับประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่เป็นความกังวลของสัมพันธ์ระหว่างสิ่งแวดล้อม สังคม และเศรษฐกิจ การเตรียมการสำหรับการประชุมสัมมนานี้มีอุปสรรคหลายประการ กล่าวคือ สหภาพโซเวียตค่วงบ้าตรเหตุการณ์นี้เนื่องจากประเทศเยอรมนีตะวันออกถูกกีดกันไม่ให้เข้าร่วม แต่ที่เป็นประเด็นความท้าทายที่ใหญ่กว่าก็คือ ความขัดแย้งระหว่างประเทศอุตสาหกรรมทางตอนเหนือ และประเทศกำลังพัฒนาทางตอนใต้ เมื่อนางอินทรารานี นายกรัฐมนตรีอินเดีย ได้ประกาศยืนในการประชุมสัมมนาครั้งนี้ และภายเป็นตัวแทนของประเทศกำลังพัฒนาที่ประกาศความวิตกกังวลของประเทศกำลังพัฒนาโดยมีคำกล่าวสุนทรพจน์ในการประชุมเมื่อวันที่ ๑๕ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๗๒ ว่า

“พวกเราไม่ประนีนาที่จะให้มีการทำลายสิ่งแวดล้อม แต่อย่างไรก็ได้ พวกเราจะไม่อ่าใจเมื่อเจ้ายเมยไปชี้ช่องถึงความยากจนข้นแค้นและน่าเศร้าของผู้คนจำนวนมาก และไม่ใช่ความยากจนและความต้องการหักหรือที่เป็นผู้ก่อมลพิษที่ใหญ่ที่สุด ?”

แต่ในที่สุด การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ก็ได้รับการตอบรับเป็นอย่างดี โดยมีประเทศสมาชิกขององค์การสหประชาชาติเข้าร่วมประชุม ๑๓๓ ประเทศ จากทั้งหมด ๑๓๒ ประเทศ การประชุมนี้มีความสำคัญอย่างมากต่อประวัติศาสตร์กฎหมายสิ่งแวดล้อม เพราะเป็นการเปิดศักราชใหม่ของความร่วมมือระดับโลกเกี่ยวกับปัญหาสิ่งแวดล้อม ซึ่งจากการประชุมนี้เอง ที่ให้กำเนิดแนวคิดการพัฒนาที่ยั่งยืน (Le développement durable) จนนำไปสู่การเกิดขึ้นของโครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติ

ปฏิญญาสตอกโฮล์มได้กำหนดให้ประเด็นปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมเป็นข้อกังวลระดับระหว่างประเทศ และเป็นจุดเริ่มต้นของการเจรจาระหว่างประเทศอุตสาหกรรมและประเทศกำลังพัฒนา เกี่ยวกับความเชื่อมโยงระหว่างความเติบโตทางเศรษฐกิจกับปัญหามลภาวะที่เกิดขึ้นเป็นส่วนรวมทั่วโลก (อากาศ น้ำ มหาสมุทร) และความเป็นอยู่ที่ดีของผู้คนทั่วโลก ปฏิญญาสตอกโฮล์มมีส่วนอย่างมากในการพัฒนากฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ และมรดกของปฏิญญาสตอกโฮล์มก็ยังคงดำเนินต่อมาและตกทอดมาถึงปฏิญญาเรือปี ค.ศ. ๑๙๘๒

ในเดือนมิถุนายน ค.ศ. ๑๙๘๒ ที่เมืองริโอเดจาเนโร ประเทศบราซิล มีการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา หรือที่เรียกว่าการประชุมสุดยอดดาวเคราะห์โลก (Le Sommet planète terre) ที่ประชุมได้ประกาศปฏิญญาซึ่งเป็นความก้าวหน้าในแนวคิดเรื่องสิทธิในสิ่งแวดล้อมและความรับผิดชอบของรัฐต่าง ๆ ในด้านสิ่งแวดล้อม ปฏิญญาเรือว่าด้วยสิ่งแวดล้อม และการพัฒนาถือเป็นพยานที่แสดงถึงข้อกังวลหลัก ๒ ประการที่เกิดขึ้นในช่วง ๒๐ ปีระหว่างการประชุมทั้งสองครั้งนี้ (ครั้งแรก การประชุมที่สตอกโฮล์ม และครั้งที่สอง การประชุมที่ริโอ) ได้แก่ ความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อม และข้อที่ว่าความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจในระยะยาวและความจำเป็นเพื่อการปกป้องสิ่งแวดล้อมเป็นเรื่องที่นับวันยิ่งจะต้องทำไปพร้อมกันมากยิ่งขึ้นเรื่อย ๆ

ตามหลักการข้อที่ ๑๕ ของปฏิญญาเรือปี ค.ศ. ๑๙๘๒ บัญญัติว่า “เพื่อปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม รัฐทั้งหลายจะต้องกำหนดและใช้มาตรการการระวังไว้ก่อนตามกำลังความสามารถของแต่ละประเทศในกรณีที่มีความเสี่ยงต่อความเสียหายร้ายแรงหรือเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายชนิดที่ไม่สามารถแก้ไขให้กลับฟื้นคืนตามเดิมได้ ก็เมื่อควรนำเอาเหตุที่วิทยาศาสตร์ไม่อาจพิสูจน์ผลได้อย่างชัดเจน มาเป็นเหตุผลในการที่จะยังไม่นำมาตรการที่มีประสิทธิภาพมาใช้เพื่อป้องกันความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อม” ดังนั้น

จึงเห็นได้ว่า มาตรการที่นำมาใช้นี้เป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและป้องกันความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อม หัวใจสำคัญของการระวังไว้ก่อน คือ ความจำเป็นในการใช้มาตรการที่มีประสิทธิภาพโดยเร็วที่สุดเพื่อคุ้มครองและป้องกันสิ่งแวดล้อม แม้จะเป็นกรณีที่มีความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์ก็ตาม ในทางกฎหมาย การระวังไว้ก่อน หมายความว่า มาตรการทั้งหลายเพื่อป้องกันความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อมจะต้องดำเนินการโดยเร็วที่สุดเมื่อเชิงบัญญัติความเสี่ยงต่อความเสียหายซึ่งยังไม่ทราบว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อมหรือไม่ กล่าวคือ แม้ในทางวิทยาศาสตร์จะยังพิสูจน์ไม่ได้ว่าจะเกิดความเสียหาย แต่เมื่อมีความเสี่ยงก็จะต้องใช้มาตรการเพื่อระวังไว้ก่อน

แม้ว่าคำประกาศหรือปฏิญญาจะห่วงประเทศไทยดังกล่าวจะมีลักษณะเชิงสัญลักษณ์ที่ชัดเจน แต่เนื้อหาของปฏิญญาไม่มีผลผูกพันบังคับ หลังจากนั้น แนวคิดหลักการระวังไว้ก่อนจึงพัฒนาและนำมาใช้เป็นการทั่วไปในลักษณะที่เป็นหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศ และหลักการนี้ก็ได้ถูกนำไปเป็นหลักการที่ทำให้มีการจัดทำอนุสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับที่เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายว่าด้วยทางน้ำระหว่างประเทศ ตัวอย่างอนุสัญญางานบับ เช่น อนุสัญญางานบับตอนปี ค.ศ. ๑๙๕๐ ว่าด้วยมลพิษจากไฮโดรคาร์บอน อนุสัญญาการ์ซีปี ค.ศ. ๑๙๕๒ เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมทางทะเลในมหาสมุทรแอตแลนติก หรืออนุสัญญายาเอลซิงกีปี ค.ศ. ๑๙๕๒ ว่าด้วยทางน้ำข้ามพรมแดนที่มีอาณาเขตติดกันหลายประเทศ และทะเลสาบระหว่างประเทศ

ดังนั้น จึงจำเป็นต้องรอเป็นเวลาหลายปี เพื่อที่หลักการระวังไว้ก่อนที่เป็นหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ จะพัฒนาอย่างเป็นหลักการในระบบกฎหมายมาช้านานภายใน โดยรัฐทั้งหลายนำเอาหลักการที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับเป็นกฎหมายมาช้านานภายในประเทศ ในช่วงทศวรรษที่ ๘๐ (ค.ศ. ๑๙๕๐) บางประเทศมีการตรากฎหมาย โดยนำหลักการระวังไว้ก่อนมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร จึงทำให้หลักการระวังไว้ก่อนที่เป็นเพียงการประกาศหลักการที่เป็นเจตจำนง ให้เป็นกฎหมายที่ทางกฎหมายที่มีสภาพบังคับ โดยประเทศฝรั่งเศสต่อรองตนถึงปี ค.ศ. ๑๙๕๕ จึงจะมีการนำหลักการนี้มาบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน

### **ส่วนที่สอง หลักการระวังไว้ก่อนในฐานะกฎหมายที่มีผลบังคับ**

การนำหลักการระวังไว้ก่อนมาบัญญัติในกฎหมายของฝรั่งเศสเกิดขึ้นเป็นผลมาจากการที่ประเทศฝรั่งเศสทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม จึงผูกพันจากการลงนามในสนธิสัญญาตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส สนธิสัญญาระหว่างประเทศมีลำดับชั้นหรือมีค่าทางกฎหมายสูงกว่ากฎหมายภายในที่เป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา ๕๕ ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน จากนั้นหลักการระวังไว้ก่อนจึงมีคุณค่าทางกฎหมายระดับรัฐบัญญัติหรือกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ เมื่อปี ค.ศ. ๑๙๕๕ และต่อมาจึงมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ หรือมีสถานะทางกฎหมายเป็นรัฐธรรมนูญ ในปี ค.ศ. ๒๐๐๕

โดยการพัฒนาสถานะหรือคุณค่าทางกฎหมายของหลักการระวังไว้ก่อนจากกฎหมายระดับรัฐบัญญัติมาเป็นรัฐธรรมนูญนั้น หลักการระวังไว้ก่อนได้รับการบัญญัติครั้งแรกในกฎหมายของฝรั่งเศสโดยกฎหมายฉบับลงวันที่ ๒ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๑๙๕๕ ว่าด้วยการเสริมสร้างการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา L. 200-1 แห่งประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม ที่มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๑๙ กันยายน ค.ศ. ๒๐๐๐ โดยมีเนื้อหาบัญญัติว่า

“หลักการระวังไว้ก่อน เป็นหลักที่นำมาใช้เมื่อไม่มีความชัดเจนแน่นอน โดยคำนึงถึงความรู้ทางวิทยาศาสตร์และทางเทคนิค ณ เวลาหนึ่ง จึงต้องมีรีรอที่จะนำมาตรการป้องกันที่มีประสิทธิภาพ และได้สัดส่วนมาใช้เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมในลักษณะที่ร้ายแรง และไม่สามารถแก้ไขให้กลับคืนสภาพเดิมด้วยค่าใช้จ่ายเพื่อการฟื้นฟูที่ยอมรับได้ (สมเหตุสมผล)”

แต่อย่างไรก็ดี คุณค่าทางกฎหมายระดับรัฐบัญญัติไม่ได้สร้างความแข็งแกร่งแก่หลักการระหว่างไว้ก่อนมากนัก ด้วยเหตุผลที่ว่า ตามมาตรา L. 110-1 ของประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม หลักการระหว่างไว้ก่อนนี้ใช้เฉพาะภายในกรอบของกฎหมายที่จะกำหนดขอบเขตการบังคับใช้หลักการนี้เท่านั้น แต่ก็ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะฉบับใดที่ตราขึ้นเพื่อกำหนดขอบเขตของหลักการ การนำหลักการนี้ไปใช้จึงขึ้นอยู่กับผู้พิพากษาตัดสินใจที่จะเป็นผู้ตัดความ ด้วยเหตุนี้ จึงถือเป็นข้อด้อยด้วยเหตุว่า หลักการระหว่างไว้ก่อนที่มีสถานะเป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัตินี้เป็นเพียง “เปลือกหัวใจ” ที่ก่อให้เกิดข้อโต้แย้ง ทำให้หลักการระหว่างไว้ก่อนพัฒนามาเป็นหลักการที่มีสถานะหรือมีค่าระดับรัฐธรรมนูญ ในปี ค.ศ. ๒๐๐๕

โดยที่กฎหมายรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ลงวันที่ ๑ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๐๕ ได้เพิ่มกฎหมายว่าด้วยสิ่งแวดล้อมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส หลักการระบุว่างไวก่อนจึงกล่าวเป็นหลักการตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย กฎบัตรฉบับนี้ได้บัญญัติกำหนดเนื้อหาข้อย่างที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนในระบบกฎหมายภายในของประเทศไทยฝรั่งเศส โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

มาตรา ๑ และมาตรา ๒ บัญญัติถึงสิทธิที่จะมีชีวิตอยู่ในสภาพแวดล้อมที่สมดุล และสภาพแวดล้อมที่ดีเหมาะสมต่อสุขภาพของบุคคล และถือเป็นหน้าที่ของทุกคนที่ต้องมีส่วนร่วมในการอนุรักษ์และปรับปรุงสิ่งแวดล้อม

ส่วนหลักการทางกฎหมายประการที่ ๔ เป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากฝ่ายนิติบัญญัติ คือ หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย เป็นการบัญญัติให้เป็นหน้าที่สำหรับทุกคนที่จะต้องมีส่วนร่วมในการเยียวยาแก้ไขหรือปรับปรุงซ่อมแซมความเสียหายที่ตนก่อให้เกิดแก้สิ่งแวดล้อม (มาตรา ๔)

นอกจากนี้ กฎบัตรสิ่งแวดล้อมยังได้บัญญัติให้ลักษณะการประสานระหว่างการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม กับการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม (มาตรา ๖) การสนับสนุนการศึกษาและการวิจัย โดยเป็นสิทธิและหน้าที่ ตามกฎบัตร (มาตรา ๔) เช่นเดียวกับการวิจัยและนวัตกรรมเพื่อการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม (มาตรา ๕) และมาตราสุดท้ายกำหนดให้กฎบัตรนี้เป็นเรื่องบันดาลใจในการดำเนินการของประเทศไทยร่วมกับประเทศดับสหภพยูโรป และการดำเนินกิจกรรมระหว่างประเทศอื่นระดับโลกของฝรั่งเศส (มาตรา ๑๐)

สำหรับหลักการระหว่างวิถีก่อนตามมาตรา ๔ ของกฎบัตรสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม บัญญัติว่า “ถึงแม้ว่าเมื่อพิจารณาถึงสภาพปัจจุบันของความรู้ทางวิทยาศาสตร์ จะยังไม่ปังเชื้อชาติเจนแนอน แต่หากเกิดความเสียหายขึ้นแล้วจะส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างร้ายแรง และเป็นความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขได้หรือหากแก้ไขได้ก็ต้องเสียค่าใช้จ่ายมหาศาล เช่นนี้ หน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของตนและใช้หลักการระหว่างวิถีก่อน โดยดำเนินการตามขั้นตอนการประเมินความเสี่ยง และนำมาตรการทั่วไปที่ได้สืดส่วนเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นมาไว้”

ความเป็นมาของการตราบทบัญญัติตามตรานี้ ระหว่างการประชุมพิจารณา ก่อนจะมีการประกาศใช้กฎหมาย มีการถกเถียงกันทั้งในแง่ มุ่งของหลักกฎหมายทางวิชาการ และในแง่ มุ่งการถกเถียงของสื่อมวลชน รวมทั้งการถกเถียงในรัฐสภา โดยการกำหนดเนื้อหา มาตราต่าง ๆ ของกฎหมายเกิดข้อโต้ถกเถียง และมีการต่อต้านมากที่สุด ซึ่งแสดงถึงความวิตก กังวลของหลายฝ่าย คือ เกรงว่า หลักการระหว่างไว้ก่อนจะเป็น อุปสรรคขัดขวาง การวิจัยทางวิทยาศาสตร์ และการพัฒนาเศรษฐกิจ โดยเกรงว่า จะเป็นการกำหนดให้ต้อง พิสูจน์ว่าไม่มีความเสี่ยง เลยหรือความเสี่ยง เป็นศูนย์ แต่อย่างไรก็ได้ ประเด็นนี้ นักกฎหมายสิงแวดล้อม Prof. Michel Prieur ได้อธิบายในลักษณะที่ “ตรากันข้าม” โดยกล่าวว่า จริง ๆ แล้ว “หลักการระหว่างไว้ก่อน จะช่วยกระตุ้น การวิจัยทางวิทยาศาสตร์ เพื่อที่จะให้ได้ความชัดเจน และลดความไม่แน่นอน” ต่างหาก ไม่ใช่ เป็นอุปสรรค

นอกจากนี้ การที่หลักการระหว่างไว้ก่อน เป็นที่ถกเถียงกันมาก ก็เป็น เพราะว่า เป็นการกลับ ภาระการพิสูจน์ ถ้าใช้หลักการระหว่างไว้ก่อน ภาระการพิสูจน์ จะขึ้นอยู่กับผู้ที่ขอดำเนินกิจกรรม เช่น ขอเปิดโรงงาน ขอสร้างอาคาร จะต้องพิสูจน์ว่า กิจกรรมหรือการดำเนินกิจการที่ขอนญาตันนี้จะไม่เกิด ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ทั้งผลที่ยังไม่มีการพิสูจน์อย่างชัดเจน กล่าวคือ ภาระการพิสูจน์จะไปอยู่ที่ ฝ่ายผู้ประกอบการ

กฎหมายร่ว่าด้วยสิ่งแวดล้อมปี ค.ศ. ๒๐๐๕ นอกจากจะปรับปรุงในแง่ของคุณค่าแล้ว ยังปรับเปลี่ยน ในแง่ เนื้อหาของหลักการระหว่างไว้ก่อนด้วย โดยนับจากนี้ไป หลักการระหว่างไว้ก่อนไม่เพียงแต่ จะมีผลผูกพัน ฝ่ายบริหารเท่านั้น แต่ยังมีผลผูกพัน ฝ่ายนิติบัญญัติ ที่จะต้องใช้ในการดำเนินการเพื่อคุ้มครอง สิ่งแวดล้อมด้วย เนื่องจากหลักการระหว่างไว้ก่อน ตามกฎหมายร่ว่าด้วยสิ่งแวดล้อม มีสถานะ เป็นหลักการ ที่เป็นหน้าที่ ตามรัฐธรรมนูญ จึงบังคับใช้กับ ฝ่ายนิติบัญญัติ ด้วย ซึ่งในประเด็นนี้ มีข้อพิจารณา ๒ ประการ คือ ประการแรก เกี่ยวกับกฎหมายร่ว่าด้วยสิ่งแวดล้อมโดยทั่วไป ซึ่งมีสถานะ เป็นรัฐธรรมนูญ และประการที่สอง เป็นเรื่องเกี่ยวกับ หลักการป้องกันไว้ก่อน โดยเฉพาะ

ประการแรก กฎหมายร่ว่าด้วยสิ่งแวดล้อม มีลำดับศักดิ์ทางกฎหมาย ในระดับรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับบทบัญญัติ ของรัฐธรรมนูญ ลายลักษณ์ อักษรของ พระรัตนโกสินทร์ ฉบับปี ค.ศ. ๑๙๔๘ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ เข้ามาเป็นส่วนหนึ่ง ของบทบัญญัติ รัฐธรรมนูญ โดยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ พระรัตนโกสินทร์ มีคำวินิจฉัยอย่างไม่ลังเล ตั้งแต่ คำวินิจฉัย ลงวันที่ ๒๘ เมษายน ค.ศ. ๒๐๐๕ ในคดีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมาย ประเภทควบคุม ก่อน ศาลวินิจฉัยว่า กฎหมายร่ว่าด้วยสิ่งแวดล้อม มีสถานะ เป็นบทบัญญัติ รัฐธรรมนูญ

ประการที่สอง มาตรา ๕ ของกฎหมายร่ว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ระบุ ให้บังคับกับเจ้าหน้าที่ ของรัฐ รวมถึง องค์กร ฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และองค์กร มหาชน ต่างๆ กำหนดให้มีหน้าที่ เป็น ๒ ระดับ คือ (๑) หน้าที่ ในการประเมิน ความเสี่ยง แม้ทั้งที่ เป็น ความเสี่ยง ที่ไม่ชัดเจน แน่นอน ก็ตาม และ (๒) หน้าที่ ในการกำหนด หรือออก มาตรการ ป้องกัน ที่ เป็น มาตรการ ชั่วคราว และได้ สัดส่วน เพื่อ ป้องกัน ความเสี่ยง ที่อาจเกิดขึ้น กับ สิ่งแวดล้อม

ดังนั้น หลักการตามมาตรา ๕ ของกฎหมายร่ว่าด้วยสิ่งแวดล้อม จึงไม่ บังคับกับ จ้าหน้าที่ ของรัฐ หรือเอกชน ซึ่ง ก็ เป็น ประเด็น ของ การวิพากษ์วิจารณ์

ข้อวิพากษ์วิจารณ์ อีก ประการ หนึ่ง เกี่ยวกับ บทบัญญัติตามมาตรา ๕ ของกฎหมายฉบับนี้ ก็คือ ตามมาตรา ๕ ไม่มี คำจำกัดความ ของ หลักการระหว่างไว้ก่อน ซึ่ง การไม่มีนิยาม ที่ชัดเจนนี้ เป็น สิ่ง ที่ เป็น ปัญหา โดยกฎหมายร่ว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ไม่ได้ ให้ ความหมาย ของ หลักการระหว่างไว้ก่อน และ กำหนด ขอบเขต ในการ อ้างอิง

นอกจากนี้ เกี่ยวกับประเด็นนี้ทำให้มีการวิจารณ์การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเพิ่มกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อมเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ) ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญควรกระทำเพื่อเพิ่มกฎหมาย (กฎบัตร) ที่มีเนื้อหาเป็นกฎหมายที่มีการบังคับเท่านั้น ไม่ใช่เพิ่มบทบัญญัติที่เป็นเพียงคำบรรยายหรือคำบรรณานา ซึ่งกฎหมายที่เป็นรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในลำดับชั้น หรือลำดับศักดิ์ของกฎหมาย บทบัญญัติรัฐธรรมนูญนั้นไม่อาจจะเป็นเพียงหลักการที่พร่อน 나오ย่างสวยงาม แต่เป็นหลักการที่คลุมเครือไม่ชัดเจน รัฐธรรมนูญควรจะกำหนดเฉพาะหลักการที่มีค่าเป็นรัฐธรรมนูญเฉพาะบทบัญญัติที่ชัดเจน ปราศจากความคลุมเครือ และมีผลบังคับ มีการกำหนดให้ดำเนินการ ขั้นนำสั่งการ หรือให้อำนาจ มิใช่นั้น หากนำเอกสารกฎหมายที่ “อ่อนปากเปียก” และไม่ชัดเจนมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่นนี้ รัฐธรรมนูญก็เปิดช่องให้ศาลใช้อำนาจตีความมากเกินไป ประเด็นนี้จะกล่าวถึงในส่วนที่สามต่อไป

### ส่วนที่สาม หลักการระหว่างไว้ก่อนในฐานะเป็นเครื่องมือในการพิจารณาพิพากษาคดี

จากการที่หลักการระหว่างไว้ก่อนมีสถานะทางกฎหมายในระดับกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือระดับรัฐบัญญัติก่อนที่จะมีสถานะหรือลำดับศักดิ์เป็นรัฐธรรมนูญ ก็เป็นเรื่องธรรมชาติที่ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสจะเป็นผู้ใช้และตีความมาก่อน และจริง ๆ แล้ว ศาลปกครองก็ยังคงเป็นผู้ใช้และตีความเพื่อป้องหลักการน้อยอยู่เช่นเดิม

ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด คดีสมาคมกรีนพิชฝรั่งเศส ลงวันที่ ๒๕ กันยายน ค.ศ. ๑๙๘๔<sup>๑</sup> ได้วินิจฉัยโดยใช้หลักการระหว่างไว้ก่อนสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งของกระทรวงเกษตรและการประมง ซึ่งกระทรวงได้มีคำสั่งอนุญาตให้จำหน่ายข้าวโพดตัดต่อหรือตัดแปลงพันธุกรรมหลายสายพันธุ์ ดังนั้น หลักการระหว่างไว้ก่อนนึงใช้สนับสนุนในกรณีที่มีคำขอให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งของฝ่ายปกครอง โดยใช้หลักนี้ เป็นเกณฑ์พิจารณาว่ามีลักษณะที่เป็นความเสี่ยงร้ายแรงหรือความเสี่ยงที่หากเกิดความเสียหายแล้ว จะไม่สามารถแก้ไขให้กลับคืนได้หากให้คำสั่งของฝ่ายปกครองมีผลบังคับ หากเป็นเช่นนั้นศาลก็จะสั่งทุเลาการบังคับหรือระงับการกระทำที่ถูกโต้แย้งทันที

นอกจากนี้ หลักการระหว่างไว้ก่อนยังอาจนำมาใช้เป็นพื้นฐานทางกฎหมายสำหรับการเพิกถอนคำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัดที่อนุญาตให้จัดเก็บอาหารสัตว์ในบริเวณใจกลางเขตเมือง ใกล้ที่อยู่อาศัย และใกล้หน่วยกักเก็บน้ำอุปโภคบริโภค ศาลปกครองชั้นต้นเมืองสตราสบูร์ก<sup>๒</sup> ได้พิจารณาและวินิจฉัยว่า เมื่อว่าจะไม่สามารถยืนยันหรือพิสูจน์ชัดเจนได้ว่าการเก็บอาหารสัตว์ใกล้ที่อยู่อาศัยและใกล้ที่กักเก็บน้ำจะไม่มีอันตรายโดยสิ้นเชิง แต่การจัดเก็บอาหารสัตว์ดังกล่าวก็อาจก่อให้เกิดความเสี่ยงร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อมในกรณีที่เกิดมลพิษโดยไม่ได้ตั้งใจ ดังนั้น ผู้ว่าราชการจังหวัดจึงลงมติห้ามต่อหลักการระหว่างไว้ก่อน ตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเมืองสตราสบูร์ก<sup>๓</sup> ลงวันที่ ๒๒ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๐๒<sup>๔</sup>

อีกด้วยที่ยังหนึ่งเป็นคำสั่งของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการปล่อยน้ำลงสู่แม่น้ำสำหรับการแข่งขันเรือแคนู-คายัค ศาลปกครองชั้นต้นเมืองตูลูสได้มีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครอง เนื่องจาก ละเมิดหลักการระหว่างไว้ก่อน เพราะเหตุว่า ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมยังไม่แน่นอนและมาตรการที่จะ

<sup>๑</sup> L'arrêt Association Greenpeace France du 25 septembre 1998

<sup>๒</sup> TA Strasbourg, 22 février 2002, Association de défense des intérêts des quartiers centre est de Strasbourg, concl. R. Collier, revue juridique de l'environnement, n° 2, 2002, p. 209

ดำเนินการเพื่อป้องกันมีต้นทุนสูง เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเมืองตูลูส ลงวันที่ ๒๐ เมษายน ค.ศ. ๒๐๐๐<sup>๑</sup>

สำหรับคำพิพากษาดีเทศบาลเมือง Annecy ลงวันที่ ๓ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๐๙ ศาลปกครองสูงสุด พิพากษายืนยันหลักการว่า สิทธิห้ามถ่ายทอดทั้งปวงที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยสิ่งแวดล้อมมีคุณค่า หรือสถานะทางกฎหมายที่มีผลผูกพันบังคับ

นอกจากนี้แล้ว ศาลปกครองฝรั่งเศสยังมีคำพิพากษาที่รับรองว่าสามารถหยิบยกหลักการ ระหว่างไว้ก่อนที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๕ ของกฎหมายว่าด้วยสิ่งแวดล้อม เพื่อโต้แย้งการกระทำที่ไม่เกี่ยวกับ การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในกิจกรรมด้านสิ่งแวดล้อม แต่เป็นกิจกรรมด้านอื่น เช่น การออกใบอนุญาต ที่เกี่ยวกับการวางแผนเมือง ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ ๑๙ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๐<sup>๒</sup> หรือการประกาศเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์เพื่อสาธารณะ ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ประชุมใหญ่) ลงวันที่ ๑๒ เมษายน ค.ศ. ๒๐๑๓<sup>๓</sup>

ต่อมา เมื่อปี ค.ศ. ๒๐๐๙ มีการเสนอคดีทางรัฐธรรมนูญ โดยฝ่ายค้านทั้งในสภาพัฒนาราชภูมิ และวุฒิสภาได้ร่วมกันยื่นคำร้องโดย援引ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายเกี่ยวกับการดัดแปลง พันธุกรรมพืช หรือพีซ GMO ซึ่งเป็นร่างกฎหมายที่ผ่านรัฐสภาแล้ว แต่ฝ่ายค้านซึ่งเป็นเสียงข้างน้อย ในรัฐสภาไม่เห็นด้วยกับร่างกฎหมายดังกล่าว จึงยื่นคำร้องโดย援引ร่างกฎหมายต่อคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ เป็นกรณีการควบคุมก่อนที่กฎหมายจะใช้บังคับ และเป็นครั้งแรกที่คณะกรรมการรัฐธรรมนูญได้พิจารณา วินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายโดยอาศัยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ใช้เป็นกรอบ ในการตรวจสอบคือ กฎหมายว่าด้วยสิ่งแวดล้อม นั่นคือ ตรวจสอบว่าร่างกฎหมายฉบับนี้ขัดต่อบทบัญญัติ มาตรา ๕ ของกฎหมายว่าด้วยสิ่งแวดล้อมหรือไม่ ในบริบทของคดีรัฐธรรมนูญดังนี้ คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ ได้มีคำวินิจฉัย เมื่อวันที่ ๑๙ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๐๙ ว่า บทบัญญัติบางมาตราของร่างกฎหมายเกี่ยวกับ การดัดแปลงพันธุกรรมฉบับนี้ที่บัญญัติเกี่ยวกับเงื่อนไขที่ต้องมีการขออนุญาต การเฝ้าระวังทางชีวภาพ ในพื้นที่เกษตรกรรม การควบคุมตรวจสอบผลกระทบจากการอนุญาตให้มีการแจจ่ายหรือการกระจาด เมล็ดพันธุ์ GMO ซึ่งเป็นภารกิจหน้าที่ของคณะกรรมการระดับสูงด้านเทคโนโลยีชีวภาพ (Le Haut conseil des biotechnologies) จากบทบัญญัติตามที่นี้ คณะกรรมการรัฐธรรมนูญเห็นว่า เป็นกรณีร่างกฎหมาย ฉบับนี้ไม่ขัดต่อหลักการระหว่างไว้ก่อนตามมาตรา ๕ ของกฎหมายว่าด้วยสิ่งแวดล้อมซึ่งมีสถานะเป็นรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการรัฐธรรมนูญเห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติได้เคราะห์ต่อมาตรา ๕ ของกฎหมายแล้ว ร่างกฎหมายจึงไม่ขัด ต่อรัฐธรรมนูญ

จากการควบคุมก่อน คือ ควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมาย ก็มีคำถามต่อมาว่า ประเทศฝรั่งเศส มีการควบคุมภายหลัง คือ การตรวจสอบบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับแล้วว่าขัดรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับ หลักการระหว่างไว้ก่อนหรือไม่ โดยที่ประเทศฝรั่งเศสเพิ่งจะยอมรับให้มีระบบควบคุมภายหลังเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๐ ตามมาตรา ๖๑-๑ ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการส่งประเด็นความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือที่เรียกว่าการส่งประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณา ก่อนเกี่ยวกับความชอบ

<sup>๑</sup> TA Toulouse, 20 avril 2000, Fédération du Tarn pour la pêche et la protection du milieu aquatique, revue juridique de l'environnement, n° 4, 2000, p. 645

<sup>๒</sup> CE, 19 juillet 2010, Association du quartier des Hauts de Choiseul, n° 328687

<sup>๓</sup> CE, Ass., 12 avril 2013, Association coordination interrégionale STOP THT, n° 342409.

ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลจะใช้ในคดี (ระบบ QPC) บทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตราหนึ่ง บัญญัติเงื่อนไขที่จะส่งประเด็นไปให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย จะต้องเป็นกรณีที่คุณภาพโดยไม่ได้แต่งตัวกฎหมาย ระดับรัฐบัญญัติที่ใช้คดีของตนนั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยเป็นการกระทบต่อ “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง” กรณีนี้ คณะกรรมการรัฐธรรมนูญมีประเด็นต้องวินิจฉัยว่า บทบัญญัติในกฎหมายว่าด้วยสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับหลักการระวังไว้ก่อนนี้ เป็นบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับ “สิทธิและเสรีภาพ” หรือไม่ ? ซึ่งคำตอบเกี่ยวกับประเด็นนี้ ต้องรอกว่าสามปีต่อมา ในปี ค.ศ. ๒๐๑๓ คณะกรรมการรัฐธรรมนูญจึงมีโอกาสวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นนี้ในคำวินิจฉัยคดีส่งประเด็นเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือคดี QPC เลขที่ 2013-346 QPC, Société Schuepbach Energy LLC ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับก้าชธรรมชาติจากชั้นหินตามคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ ๑๑ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๑๓ โดยคำวินิจฉัยคดีนี้ คณะกรรมการรัฐธรรมนูญหยิบยกมาตรา ๕ ของกฎหมายว่าด้วยสิ่งแวดล้อม เพื่อสนับสนุนการรับพิจารณาคดีส่งประเด็นเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย กรณีโดยไม่ได้แต่งตัวกฎหมายที่ถูกโต้แย้งได้บัญญัติหน้าที่ในการป้องกันล่วงหน้าและไม่ใช่หลักการระวังไว้ก่อน ดังนั้น ประเด็นที่โดยไม่ได้แต่งตัวกฎหมายขัดต่อหลักการระวังไว้ก่อน คณะกรรมการฯ จึงมีคำสั่งยกคำร้องที่ส่งประเด็นนี้ ซึ่งนักกฎหมายสิ่งแวดล้อมหลายท่านวิพากษ์วิจารณ์ว่า คณะกรรมการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยทางเลือกในมิติทางการเมืองมากกว่ากฎหมาย ในการที่คณะกรรมการฯ ไม่วินิจฉัยกำหนดให้หลักการระวังไว้ก่อนเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับ “สิทธิและเสรีภาพ” ที่สามารถใช้เป็นกรอบในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามคำร้องในระบบ QPC ดังคำกล่าววิพากษ์ของ Prof. Julien Bétaille ที่กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า<sup>๖</sup>

“หลักการระวังไว้ก่อนปรากฏขึ้นในลักษณะที่เป็นหัวสิทธิเสรีภาพและสิทธิเรียกร้องในมุมมองที่เป็นสิทธิและเสรีภาพ ก็คือ ก่อให้เกิดเสรีภาพในการดำรงชีวิตในสภาพแวดล้อมที่ดีต่อสุขภาพ ซึ่งสิทธิและเสรีภาพประการนี้ เรียกร้องห้ามต่อห้ามรัฐและเอกชนที่จะต้องละเว้นไม่กระทำการที่กระทบสิทธิในการดำรงชีวิตในสภาพแวดล้อมที่ดีต่อสุขภาพ และในมุมมองที่หลักการระวังไว้ก่อนเป็นสิทธิเรียกร้องด้วยนั้น ตามนัยอย่างกว้างของคำศัพท์ ก็อาจพิจารณาได้ว่าเป็นเอกสารสิทธิหรือสิทธิพิเศษที่ปัจเจกชนอาจเรียกร้องต่อรัฐ”

หากพิจารณาแนวคิดพิพากษาปัจจุบันที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นว่าศาลธรรมด้า ซึ่งก็คือศาลยุติธรรมและศาลปกครองเป็นผู้ที่ปรับใช้หลักการระวังไว้ก่อนในการพิพากษาคดี ส่วนคณะกรรมการรัฐธรรมนูญก็ใช้หลักนี้วินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญเช่นกัน แต่เฉพาะในคดีที่เป็นการควบคุมก่อนเท่านั้น คณะกรรมการฯ ยังไม่นำมาใช้ในคดีควบคุมภายหลัง ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว ขอบเขตของบทบัญญัติในกฎหมายว่าด้วยสิ่งแวดล้อมไม่ได้มีการนำมาใช้ในลักษณะที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน และจนถึงปี ค.ศ. ๒๐๒๒ นี้ คณะกรรมการรัฐธรรมนูญยังคงจำกัดขอบอำนาจและการใช้บทบัญญัติของกฎหมายสิ่งแวดล้อมมาเป็นกรอบแห่งรัฐธรรมนูญที่คณะกรรมการฯ จะนำไปใช้ควบคุมตรวจสอบกฎหมาย

<sup>๖</sup> Julien Bétaille, “Le principe de précaution, un droit garanti par la Constitution ?, Revue française de droit constitutionnel 2016/1 (N° 105), pages 29 à 60, <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2016-1-page-e29.htm>

โดยสรุปแล้ว ผู้ที่ถือว่าเป็นผู้ปกป้องหลักการระหว่างไว้ก่อนตามมาตรา ๕ ของกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อมในปัจจุบัน ก็คือ ศาลปกครอง แนวคำพิพากษาของศาลปกครองที่บังคับใช้หลักการตามมาตราต่าง ๆ ในกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อมปราการเป็นที่ประจักษ์ ซึ่งตรงกันข้ามกับคณะกรรมการรัฐธรรมนูญที่ยังคงนิ่งเฉียบต่อการวินิจฉัยโดยอาศัยหลักการระหว่างไว้ก่อน ทั้งที่เป็นหลักการที่มีคุณค่าระดับรัฐธรรมนูญ สิ่งที่น่าเสียดายคือ มุ่งมองของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ เช่นนี้ตอกย้ำให้เห็นว่า คณะกรรมการรัฐธรรมนูญเป็นเพียงสถาบันทางการเมืองที่พัฒนาหลักนิติศาสตร์เชิงกลยุทธ์และปกป้องผลประโยชน์เฉพาะเรื่องบางประการอย่างไรก็ตาม แท้ที่จริงแล้ว สิ่งเดียวที่ศาลไม่ไว้ศาลไหนต้องให้ความสนใจ คือ ประโยชน์สาธารณะ และจากการประชุม COP 27 ครั้งล่าสุดได้พิสูจน์ให้เห็นอีกรั้งว่า การปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม เป็นเรื่องเร่งด่วนอย่างยิ่งในยุคของเรานี้

---

๓. บทวิเคราะห์คดี  
และคำนิจฉัยที่สำคัญ

ข้อสังเกตเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของศาลปกครองที่กำหนดคำบังคับให้การเพิกถอน  
คำสั่งลงโทษทางวินัยมีผลไปในอนาคต : กรณีศึกษาเปรียบเทียบประเทศไทยและสเปน \*

(คاضิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ว. ๗๖๔/๒๕๕๘)

ໂຮມ ທີປະປາລ \*\*

ผู้ฟ้องคดีรับราชการเป็นปลัดเทศบาล สังกัดเทศบาลตำบลนาหว้าใหญ่ อำเภอปทุมราชวงศา  
จังหวัดอnamajเจริญ ในระหว่างที่ผู้ฟ้องคดีรับราชการอยู่นั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ (นายกเทศมนตรีตำบล  
ปทุมราชวงศา) ได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยผู้ฟ้องคดี ๒ (นายกเทศมนตรีตำบล  
ลงวันที่ ๓๑ สิงหาคม ๒๕๔๗ เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนผู้ฟ้องคดี กรณีถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัย  
และประพฤติไม่เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ราชการในข้อกล่าวหา คือ (๑) ไม่จัดทำร่างบประมาณ  
รายจ่ายประจำปีเสนอคณะกรรมการผู้บริหารท้องถิ่น (๒) ไม่เข้าร่วมประชุมสภาพเทศบาล (๓) ไม่ปฏิบัติตามระเบียบ  
กระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการรับเงิน การเบิกจ่ายเงิน การฝากเงิน การเก็บรักษาเงิน และการตรวจเงิน  
ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๑ และ (๔) มีพฤติกรรมไม่เหมาะสมที่จะปฏิบัติหน้าที่ราชการ  
ในตำแหน่งปลัดเทศบาล ซึ่งคณะกรรมการสอบสวนพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีกระทำผิดวินัย แต่การกระทำผิด  
วินัยดังกล่าวຍังไม่ถือให้เกิดความเสียหายแก่ทางราชการอย่างร้ายแรง ควรลงโทษลดขั้นเงินเดือน จำนวน  
๑ ขั้น และเนื่องจากผู้ฟ้องคดีกระทำผิดวินัยหลายข้อ คณะกรรมการสอบสวนจึงจัดทำรายงานการสอบสวน  
เสนอผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ เพื่อพิจารณา ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ พิจารณาแล้วเห็นพ้องด้วยกับความเห็น  
ของคณะกรรมการสอบสวน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จึงเสนอผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ (คณะกรรมการพนักงานเทศบาล  
จังหวัดอnamajเจริญ) เพื่อพิจารณา และคำสั่งที่สอง คำสั่งลงวันที่ ๑๙ ตุลาคม ๒๕๔๗ เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการ  
ดำเนินการทางวินัยผู้ฟ้องคดี กรณีถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัย หย่อนความสามารถในอันที่จะปฏิบัติหน้าที่  
ราชการ บกพร่องในหน้าที่ราชการและประพฤติไม่เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ราชการในข้อกล่าวหา  
ดังนี้ (๑) ยกยกเงินวันลoyerของพระ ปี พ.ศ. ๒๕๔๖ จำนวน ๒๗,๗๔๐ บาท (๒) ทุจริตเงินเดินทาง  
ไปทัศนศึกษา (๓) ใช้น้ำมันเชื้อเพลิงเกินความจำเป็น จนเกิดการรั่วไหลของงบประมาณด้านน้ำมันเชื้อเพลิง  
(๔) มากปฏิบัติงานสายเป็นประจำ ไม่อุทิศเวลาของตนให้แก่ทางราชการ และ (๕) ลงเวลาปฏิบัติราชการ  
ในวันเสาร์อันเป็นเท็จ แต่เบิกเงินค่าล่วงเวลา ซึ่งคณะกรรมการดำเนินการทางวินัยดังกล่าวประกอบด้วย  
บุคคลชุดเดียวกันกับคำสั่งลงวันที่ ๓๑ สิงหาคม ๒๕๔๗ คณะกรรมการสอบสวนพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดี  
กระทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหา เห็นควรลงโทษให้ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ จึงจัดทำรายงานผลการสอบสวน  
เสนอผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ เพื่อพิจารณา ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ พิจารณาแล้วเห็นพ้องด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการ  
ข้างต้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จึงเสนอผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ เพื่อพิจารณา ต่อมา คณะกรรมการพิจารณาดำเนินการ  
ทางวินัยและการให้ออกจากราชการเทศบาลได้ประชุมพิจารณาการดำเนินการทางวินัยรายผู้ฟ้องคดี เห็นครร

\* เผยแพร่ครั้งแรกในอินทรานีตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนมีนาคม ๒๕๖๔

\*\* น.บ. (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น.ม. (กฎหมายธุรกิจ) ภาควิชาภาษาอังกฤษ (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย),  
ประกาศนียบัตรขั้นสูงทางกฎหมายปกครอง (D.E.A. Derecho Administrativo) และปริญญาเอกทางกฎหมายปกครอง  
(เกียรตินิยมสูงสุด) Universidad Complutense de Madrid ประเทศสเปน, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มศึกษา  
กฎหมายมหาชน ๓ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ลงโทษไอลผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์และการรายงานให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ พิจารณา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ ได้พิจารณา การดำเนินการทางวินัยผู้ฟ้องคดีแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีกระทำผิดฐานทุจริตต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ จึงมีมติให้ลงโทษไอลผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์และการ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จึงได้มีคำสั่งลงวันที่ ๕ เมษายน ๒๕๔๙ ลงโทษไอลผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์และการ ผู้ฟ้องคดีที่ทราบคำสั่งดังกล่าวแล้วได้ยื่นหนังสืออุทธรณ์คำสั่งลงโทษ ทางวินัยของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ มีมติให้ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี เมื่อผู้ฟ้องคดีได้รับหนังสือแจ้งผลการพิจารณาอุทธรณ์แล้ว ไม่เห็นพ้องด้วยกับผลการพิจารณาอุทธรณ์ ดังกล่าว จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง

**ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยผู้ฟ้องคดี ลงวันที่ ๓๑ สิงหาคม ๒๕๔๗ และคำสั่งลงวันที่ ๑๘ ตุลาคม ๒๕๔๗ มีผู้ทำหน้าที่กรรมการสอบสวนเพียงสองคน คือ นาย พ. เป็นประธานกรรมการ และนาย ม. เป็นกรรมการและเลขานุการ ส่วนพันจ่าโท ค. เป็นผู้ช่วยเลขานุการ ดังนั้น พันจ่าโท ค. จึงมีฐานะเป็นเพียงผู้ช่วยเลขานุการคณะกรรมการสอบสวน ซึ่งการแต่งตั้งข้าราชการโดยมิได้ระบุให้เป็นกรรมการสอบสวนด้วย ย่อมทำให้บุคคลดังกล่าวไม่มีอำนาจหน้าที่ ในอันที่จะทำการสอบสวนได้ ดังนี้ คณะกรรมการสอบสวนตามคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จึงประกอบด้วย กรรมการที่มีอำนาจสอบสวนตามกฎหมายเพียงสองคนเท่านั้น อันเป็นการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน ที่มีจำนวนน้อยกว่าสามคนซึ่งไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในข้อ ๓๓ ของประกาศคณะกรรมการพนักงานเทศบาล จังหวัดอำนาจเจริญ เรื่อง หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการสอบสวน การลงโทษทางวินัย การให้อุทธรณ์ การอุทธรณ์ และการร้องทุกข์ ลงวันที่ ๑๓ ธันวาคม ๒๕๔๔ ส่งผลให้องค์ประกอบของคณะกรรมการสอบสวน ตามคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยของผู้ฟ้องคดีข้างต้นไม่ครบตามองค์ประกอบตามที่ กฎหมายกำหนดไว้ อันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อเป็นหลักประกันการให้ความเป็นธรรม แก่ผู้ถูกกล่าวหา ย่อมทำให้คำสั่งดังกล่าวข้างต้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีผลให้การสอบสวนทั้งหมดเสียไป ตามข้อ ๖๓ ของประกาศข้างต้น ด้วยเหตุนี้ เมื่อคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ลงวันที่ ๕ เมษายน ๒๕๔๙ ที่ลงโทษไอลผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์และการมีผลมาจากการสอบสวนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับโดยสั่งให้เพิกถอนได้ตามมาตรา ๓๒ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่การมีคำบังคับดังกล่าว จะให้มีผลตั้งแต่เมื่อได้หรือจะให้มีเงื่อนไขอย่างใดนั้น มาตรา ๓๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน บัญญัติว่า ในกรณีมีคำบังคับตามวรรคหนึ่ง (๑) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลัง หรือไม่ย้อนหลัง หรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี ดังนั้น เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมแก่ผู้ฟ้องคดีในอันที่จะได้รับการสอบสวน ทางวินัยโดยคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยที่มีองค์ประกอบที่ถูกต้องตามกฎหมาย และเพื่อประโยชน์ ในการปฏิบัติราชการด้านการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่จะดำเนินการทางวินัยแก่บุคลากร ที่ถูกร้องเรียนกล่าวหาว่าได้กระทำผิดวินัยเพื่อให้ได้ข้อยุติว่าบุคลากรที่ถูกร้องเรียนได้กระทำผิดวินัยตามที่ ถูกร้องเรียนกล่าวหาจริงหรือไม่ จึงเห็นควรกำหนดให้การเพิกถอนคำสั่งพิพากษามีผลไปในอนาคตเพื่อให้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ออกคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยเสียใหม่ให้ถูกต้องตามกฎหมาย กำหนดเงินการทางวินัยแก่ผู้ฟ้องคดีใหม่ให้เป็นไปตามกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย กฎ ระเบียบที่เกี่ยวข้อง และออกคำสั่งทางวินัยที่ถูกต้อง ที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ลงวันที่ ๕ เมษายน ๒๕๔๙ ที่ลงโทษไอลผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์และการให้มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่ ๕ เมษายน ๒๕๔๙**

ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ดำเนินการให้ผู้ฟ้องคดีกลับเข้ารับราชการ และดำเนินการเกี่ยวกับการเลื่อนขั้นเงินเดือน ให้แก่ผู้ฟ้องคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย กฎ ระเบียบที่เกี่ยวข้องภายใน ๖๐ วันนับแต่วันที่คำพิพากษาถึงที่สุด ทั้งนี้ ไม่ตัดสิทธิผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่จะดำเนินกระบวนการสอบสวนทางวินัยแก่ผู้ฟ้องคดีและวินิจฉัยสั่งการใหม่ ให้เป็นตามกฎหมาย กฎ ระเบียบที่เกี่ยวข้องต่อไป นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วยบางส่วน พิพากษา เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ลงวันที่ ๕ เมษายน ๒๕๔๙ ที่ลงโทษให้ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ ทั้งนี้ ให้การเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวมีผลตามคำพิพากษาเมื่อครบกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่มี คำพิพากษานี้ โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามนัย มาตรา ๖๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ สามารถออกคำสั่ง แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยเสียใหม่ให้เป็นไปตามกฎหมาย กฎ ระเบียบที่เกี่ยวข้อง และออกคำสั่งทางวินัยที่ถูกต้อง โดยให้คำสั่งดังกล่าวมีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่คำสั่งฉบับเดิมมีผลบังคับ คือ ตั้งแต่วันที่ ๕ เมษายน ๒๕๔๙

## บทนำ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฉบับนี้ มีประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับการกำหนดคำบังคับ ให้การเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยมีผลไปในอนาคต ซึ่งถือเป็นคุณพินิจของศาลที่อาจกำหนดให้คำบังคับ มีผลตั้งแต่เมื่อได้หรือจะให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัตไว้ในมาตรา ๗๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยในคำพิพากษาฉบับนี้ กำหนดให้คำบังคับมีผลเมื่อครบกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่มีคำพิพากษา ซึ่งเหตุผล ที่ศาลปกครองสูงสุดกำหนดให้คำบังคับมีผลในระยะเวลาดังกล่าวและมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทาง หรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษานั้น เป็นพระธรรมต้องการให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ออกคำสั่งแต่งตั้ง คณะกรรมการสอบสวนทางวินัยใหม่และดำเนินการทางวินัยอีกรัง ทำให้การดำเนินการทางวินัยครั้งใหม่นี้ เป็นไปตามกระบวนการที่ถูกต้อง ไม่ผิดรูปแบบตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย คำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกมาใหม่ ก็จะเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ผิดรูปแบบและไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีนี้ ก็ยังมีผลใช้บังคับไปอีกหนึ่งร้อยแปดสิบวัน ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวถือเป็นระยะเวลา อันสมควรที่หน่วยงานทางปกครองจะได้ดำเนินการทางวินัยครั้งใหม่จนออกคำสั่งลงโทษทางวินัยใหม่ ที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว จึงอาจสรุปได้ว่า คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในลักษณะนี้ เป็นการช่วยให้ หน่วยงานทางปกครองแก้ไขความบกพร่องในกระบวนการพิจารณาซึ่งเป็นความผิดพลาดทางรูปแบบที่ทำให้ คำสั่งลงโทษทางวินัยต้องถูกเพิกถอน และสามารถลงโทษทางวินัยแก่ผู้กระทำการผิดได้อย่างถูกต้อง

ทั้งนี้ การกำหนดคำบังคับให้การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองมีผลไปในอนาคตของ ศาลปกครองสูงสุดถือเป็นข้อยกเว้นหลักการเพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลัง ซึ่งถูกนำมาใช้ในกรณีที่ การเพิกถอนโดยมีผลย้อนหลังจะก่อให้เกิดผลกระทบมากเกินเหตุ<sup>๑</sup> การวินิจฉัยเช่นนี้สอดคล้องกับ แนวคำพิพากษาส่วนแห่งรัฐของประเทศไทยที่ได้พิพากษาให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยกำหนด วันที่ในอนาคตที่คำสั่งดังกล่าวต้องถูกเพิกถอน ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาส่วนแห่งรัฐ (ประชุมใหญ่) หมายเลขอคดี ๒๕๔๘๖ ลงวันที่ ๑๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๐๐๔ (เป็นการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนรัฐกฤษฎีกา

<sup>๑</sup> รายชื่ย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ ๑, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญาณ, ๒๕๖๒), น. ๓๑๙.

เกี่ยวกับหลักประกันการให้เงินช่วยเหลือคุณตกรุง ซึ่งสถาแห่งรัฐกำหนดให้การเพิกถอนมีผลเริ่มต้นไปในอนาคตในวันที่ ๑ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๐๔) คำพิพากษาสถาแห่งรัฐหมายเลขคดี ๒๙๔๖๑, ๒๙๐๗๒๓ และ ๒๙๐๗๖๖ ลงวันที่ ๑๖ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๐๘ (เป็นการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนรัฐกฤษฎีกาวรรอมกับคำสั่งทางปกครองที่คุณรัฐมนตรีปฏิเสธการอุทธรณ์โดยปริยาย ซึ่งสถาแห่งรัฐกำหนดให้การเพิกถอนมีผลเริ่มต้นไปในอนาคตในวันที่ ๑ มกราคม ค.ศ. ๒๐๐๙) เป็นต้น

การที่ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาให้การเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยมีผลในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่มีคำพิพากษา ทำให้คำสั่งลงโทษทางวินัยยังคงมีผลใช้บังคับ ผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจได้รับสิทธิประโยชน์ใด ๆ จากทางราชการ กรณีจึงต่างจากการเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยโดยใหม่มีผลนับแต่วันที่ทำการเพิกถอนในลักษณะนี้ ผู้ฟ้องคดีจะได้รับสิทธิประโยชน์จาก การรับราชการกลับคืนมา ด้วยเหตุนี้ แม้ว่าการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองใหม่มีผลไปในอนาคตจะเป็นประโยชน์แก่หน่วยงานทางปกครอง ทำให้หน่วยงานทางปกครองสามารถแก้ไขความบกพร่องในกระบวนการพิจารณาได้ แต่หากพิจารณาในอีกมุมมองหนึ่ง ความบกพร่องของกระบวนการพิจารณาในขั้นตอนที่สำคัญนั้น เป็นความผิดพลาดที่เกิดจากหน่วยงานทางปกครอง จึงเกิดคำถามตามมาว่า เป็นการสมควรหรือไม่ที่หน่วยงานทางปกครองไม่ต้องรับผิดชอบใด ๆ ในความไม่สมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองอันเกิดขึ้นจากความผิดพลาดของตน

บทวิเคราะห์คดีฉบับนี้ จะได้ศึกษาถึงการกำหนดคำบังคับในคำพิพากษาคดีปกครอง การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะและโมฆะในประเทศสเปนโดยศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครอง ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีปกครองแห่งราชอาณาจักรสเปนเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกมายังมีได้ดำเนินการทางวินัย และกรณีที่องค์กรตุลาการของประเทศสเปนสามารถออกคำบังคับให้การเพิกถอนมีผลไปในอนาคตได้ เพื่อนำเสนอข้อสังเกตและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับ การเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยที่บกพร่องในกระบวนการพิจารณา

### ๑. ลักษณะของคำบังคับในคำพิพากษาคดีปกครองของประเทศไทย

มาตรา ๗๑ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. ๑๙๙๘ (La Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de Jurisdiccional Contencioso Administrativa) ได้บัญญัติถึงลักษณะของคำบังคับ (fallo) ในคำพิพากษาที่ศาลมีอำนาจกำหนดได้ ดังนี้ :

“๑. ในกรณีที่ศาลออกคำพิพากษาที่ยอมรับการฟ้องคดี (ให้ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับ ดังนี้) :

a) สั่งว่าคำสั่งทางปกครองหรือกฎหมายไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือกฎหมายดังกล่าวทั้งหมดหรือบางส่วน หรือให้หยุดการกระทำหรือปรับปรุงแก้ไขการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีนั้น

b) ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้รับรองสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล หรือขอให้สิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลกลับคืนมา ให้ศาลมีอำนาจรับรองความเมื่อยล้ำของสิทธิหรือหน้าที่ดังกล่าว และออกมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้สิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลนั้นกลับคืนมา

c) ในกรณีที่มีมาตรการที่จำเป็นดังกล่าวคือการให้หน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามข้อตกลง ศาลมีอำนาจกำหนดระยะเวลาให้หน่วยงานทางปกครองปฏิบัติตามเพื่อให้คำบังคับที่ออกมานั้นล้มเหลว

d) หากคำพิพากษาเกี่ยวกับการชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทน ศาลต้องสั่งอย่างชัดแจ้งถึงสิทธิในการได้รับการชดใช้ และต้องระบุว่าผู้ใดมีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าเสียหาย อีกทั้งยังต้องระบุจำนวนเงินที่ต้องชดใช้ในจำนวนที่ศาลมีจารณาแล้วเห็นว่าเหมาะสม หรืออาจกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อพิจารณาค่าเสียหาย ซึ่งจะกำหนดจำนวนได้อย่างชัดเจนในขั้นการบังคับคดี

๒. ศาลไม่อาจพิจารณาออกกฎหมายใหม่ให้มาแทนที่กฎหมายที่ถูกเพิกถอน อีกทั้งไม่อาจพิจารณาพิพากษาในล่วนของอำนาจดูพินิจของฝ่ายปกครองในคำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอน”

จากเนื้อหาของมาตรา ๗๑.๑ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. ๑๙๘๘ ที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ศาลจะออกคำบังคับด้วยการสั่งให้เพิกถอนคำสั่งนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนเท่านั้น โดยที่ศาลไม่อาจกำหนดมาตรการอื่นใดนอกเหนือไปจากสั่งให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว และไม่มีเนื้อหาในส่วนของ “ข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา” ดังเช่นในคำพิพากษาคดีปกครองของประเทศไทย (สำหรับกรณีที่ศาลอาจกำหนดคำบังคับให้หน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามข้อตกลง ได้แก่ กรณีที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้รับรองสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล หรือขอให้สิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลลับคืนมา หรือให้ศาลสั่งรับรองความมือญของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลซึ่งศาลอาจกำหนดระยะเวลาให้ออกคำสั่งทางปกครองหรือระยะเวลาให้ดำเนินการตามที่กำหนดในคำบังคับได้)

ในส่วนของบทบัญญัติเกี่ยวกับการมีผลใช้บังคับ (efectos) ของคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง มาตรา ๗๒.๒ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. ๑๙๘๘ บัญญัติว่า “การเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้บังคับต่อผู้ได้รับผลกระทบจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง สำหรับคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎหมายมีผลเป็นการทันทีไปนับแต่วันที่ประกาศคำพิพากษา และเนื้อหาที่ถูกเพิกถอนลงในราชกิจจานุเบกษา นอกจากนี้ ต้องมีการประกาศคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองทันทีไปไว้ในราชกิจจานุเบกษาด้วย” อย่างไรก็ได้ บทบัญญัติตามานี้มีได้ระบุถึงวันที่คำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองมีผลใช้บังคับ อย่างเช่นในกรณีของคำพิพากษาให้เพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองทันทีไป

นอกจากนั้นแล้ว ในพระราชบัญญัติว่าด้วยศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. ๑๙๘๘ ไม่ปรากฏบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจกำหนดระยะเวลาให้การเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองมีผลไปในอนาคต ดังเช่นที่ปรากฏในบทบัญญัติตามาตรา ๗๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่ก็ไม่ปรากฏบทบัญญัติใดที่ห้ามมิให้ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดระยะเวลาให้การเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองมีผลไปในอนาคตด้วยเช่นกัน

**๒. การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะและโมฆียะในประเทศสเปนโดยศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครอง**

ในประเทศสเปน การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองในชั้นศาล ศาลจะต้องพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองที่หน่วยงานทางปกครองได้จัดทำขึ้นนั้น มีความบกพร่องเป็น “โมฆะ” (nulidad de pleno derecho) หรือ “โมฆียะ” (anulabilidad) ตามเหตุแห่งความเป็นโมฆะหรือโมฆียะที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิปธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๒๐๑๕ (Ley 39/2015,

de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) ซึ่งผู้พ้องคดีได้กล่าวอ้างได้ในคำฟ้องหรือไม่ ซึ่งผลทางกฎหมายในส่วนของวันเริ่มต้นการเพิกถอนจะแตกต่างกัน หลักการเรื่อง “โมฆะ” และ “โมฆียะ” ของคำสั่งทางปกครอง มีรายละเอียดดังนี้

### ๒.๑ ความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง

กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสเปนนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ได้บัญญัติ คำว่า nulidad de pleno derecho ซึ่งมีความหมายว่า “การลับล้างผลทางกฎหมายอย่างสิ้นเชิง” เพื่อแสดงถึง คำสั่งทางปกครองที่ถูกลบล้างผลทางกฎหมายอย่างสิ้นเชิงจนเสมือนว่าคำสั่งนั้นสูญเปล่าหรือที่เรียกว่าโมฆะ

#### ๒.๑.๑ ทฤษฎีที่ใช้กำหนดความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง

ศาสตราจารย์ราอูล โบกานเกรา เซียร์รา แห่งมหาวิทยาลัยคอมปูเตเนเซเดมาดริด (Universidad Complutense de Madrid) ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับทฤษฎีที่ใช้กำหนดความเป็นโมฆะ ของคำสั่งทางปกครองในกฎหมายสเปนไว้ว่า<sup>๑</sup> มีทฤษฎีสำคัญอยู่ ๒ ทฤษฎีที่นักกฎหมายปกครองของสเปน ใช้พิจารณา เพื่อว่างหลักเรื่องเหตุแห่งความเป็นโมฆะไว้ในประมวลกฎหมายปกครองของตน ได้แก่

(๑) ทฤษฎีการพิจารณาความร้ายแรงของการฝ่าฝืนกฎหมาย (Criterio de la gravedad de la infracción) เป็นทฤษฎีที่พิจารณาว่าการฝ่าฝืนกฎหมายนั้นมีความบกพร่องร้ายแรง ถึงขนาดที่ทำให้คำสั่งทางปกครองต้องถูกลบล้างผลทางกฎหมายอย่างสิ้นเชิง (โมฆะ) หรือเป็นเพียงคำสั่งทางปกครองที่ถูกลบล้างผลทางกฎหมายได้ (โมฆียะ) หากคำสั่งทางปกครองนั้นได้ถูกทำขึ้นโดยฝ่าฝืน หลักกฎหมายที่สำคัญ คำสั่นนั้นก็เป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ

(๒) ทฤษฎีการพิจารณาจากความความร้ายแรงของการกระทำที่ปรากฏ อย่างชัดเจน (Teoría de la evidencia) หลักการนี้ได้รับการพัฒนาในประเทศเยอรมนี ช่วงหลังสงครามโลก ครั้งที่ ๒ โดยมีหลักการว่า คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะนี้ นอกจากจะต้องมีความบกพร่องอย่างร้ายแรงแล้ว ความร้ายแรงนั้นยังต้องปรากฏให้เห็นได้อย่างชัดเจน (de forma manifiesta) อีกด้วย

กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฉบับแรกของสเปน คือ พระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๑๙๕๘ (Ley de 17 de julio de 1958 sobre Procedimiento Administrativo) ซึ่งออกมามีผลบังคับใช้ในเดือนกรกฎาคม ๑๙๕๘ แห่งพระราชบัญญัติตั้งแต่ก่อตั้ง โดยได้กำหนดกรณีต่าง ๆ คือ (๑) คำสั่งนั้นออกโดยองค์กร หรือเจ้าหน้าที่ซึ่งเห็นได้อย่างชัดแจ้งว่าไม่มีอำนาจ (๒) คำสั่งนั้นมีเนื้อหาให้กระทำในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ หรือเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอย่างแย่รุนแรง (๓) คำสั่งนั้นออกโดยข้ามขั้นตอน วิธีพิจารณาทั้งหมดตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ หรือในกรณีที่เป็นคำสั่งของคณะกรรมการ คำสั่งที่ออกมานั้น เป็นคำสั่งที่ออกโดยไม่ผ่านกระบวนการเพื่อให้ได้มาซึ่งมติ

อย่างไรก็ได้ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฉบับต่อมา คือ พระราชบัญญัติ ระเบียบบริหารราชการแผ่นดินและวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๑๙๙๒ (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) ซึ่งประกาศใช้เมื่อปี ค.ศ. ๑๙๙๒ และมีการแก้ไขครั้งสำคัญในปี ค.ศ. ๑๙๙๔ โดยได้เพิ่มเติม บทบัญญัติในเรื่องกรณีแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองขึ้นมาด้วยการใช้ทฤษฎีการพิจารณา

<sup>๑</sup> BOCANEGRA SIERRA, R., La teoría del acto administrativo, (Madrid : Iustel), 2005, p. 176.

จากความร้ายแรงของการกระทำที่ปรากฏอย่างชัดเจน โดยผู้ร่างกฎหมายได้เล็งเห็นแล้วว่าคำสั่งทางปกครอง ที่ประกอบด้วยกรณีต่าง ๆ ที่บัญญัติเพิ่มเติมขึ้นมาในกฎหมายฉบับนี้ ถือเป็นความเสียหายอย่างร้ายแรงมาก จนเห็นได้ชัดและเป็นโมฆะ ต้องลบล้างผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นอย่างสิ้นเชิง ซึ่งกรณีต่าง ๆ ในกฎหมายฉบับดังกล่าว ได้ถูกยกมาบัญญัติในมาตรา ๔๗.๑ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๒๐๑๕ ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับปัจจุบันทั้งหมด

#### **๒.๑.๒ เหตุแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง**

มาตรา ๔๗.๑ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๒๐๑๕ ได้แบ่งเหตุแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองออกเป็น ๗ กรณีดังต่อไปนี้

##### **(๑) คำสั่งที่ออกโดยกระบวนการโดยกระบวนการต่อสิทธิและเสรีภาพซึ่งได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ**

กรณีนี้เป็นบทบัญญัติในมาตรา ๔๗.๑ a) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๒๐๑๕ เพื่อว่างหลักประกันเรื่องสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ในมาตรา ๑๔ ถึง ๒๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. ๑๙๗๘ โดยคุ้มครองเรื่องต่าง ๆ อาทิ ความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย (มาตรา ๑๔) สิทธิในการมีชีวิตอยู่ (มาตรา ๑๕) เสรีภาพทางความคิด และการนับถือศาสนา (มาตรา ๑๖) สิทธิส่วนบุคคล (มาตรา ๑๗) สิทธิของบุคคลในเรื่องครอบครัว เกียรติยศ ซึ่งเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัว (มาตรา ๑๙) เสรีภาพในเชื้อชาติ (มาตรา ๑๙) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (มาตรา ๒๐) เสรีภาพในการชุมนุม (มาตรา ๒๑) สิทธิในการสมาคม (มาตรา ๒๒) สิทธิในการเข้าร่วมกิจกรรมสาธารณะ (มาตรา ๒๓) การได้รับความคุ้มครองจากการยุติธรรม (มาตรา ๒๔) การได้รับความคุ้มครองจากหลักไม่มีโทจะ ไม่มีภัยหมาย (มาตรา ๒๕) สิทธิในการรับการศึกษา และเสรีภาพในการเรียนการสอน รวมไปถึงเรื่องความเป็นอิสระของมหาวิทยาลัย (มาตรา ๒๗) เสรีภาพในการใช้สิทธินัดหยุดงาน (มาตรา ๒๘) และสิทธิในการยื่นข้อเสนอเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมาย (มาตรา ๒๙)

##### **(๒) คำสั่งที่ออกโดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจหน้าที่อย่างเห็นได้ชัด หรือเป็นการออกคำสั่นออกเบ็ดอำนาจ**

กรณีนี้เป็นบทบัญญัติในมาตรา ๔๗.๑ b) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๒๐๑๕ คณะกรรมการกฤษฎีกาสเปน (El Consejo de Estado) ได้วางกรอบ คำว่า “ไม่มีอำนาจหน้าที่อย่างเห็นได้ชัด” (manifiesta incompetencia) ไว้ว่า การไม่มีอำนาจหน้าที่นั้น จะต้องเห็นได้อย่างชัดเจนโดยบุคคลที่ว่าไป และระดับของความร้ายแรงจากผลที่ได้รับจากคำสั่นนั้น ต้องมีความร้ายแรงมากจนถึงจุดที่ไม่สามารถให้คำสั่นนั้นมีอยู่ได้เลย นอกจากนั้น คำพิพากษาของศาลฎีกา แผนกคดีปกครองยังได้วางหลักเอาไว้ว่า องค์กรหรือเจ้าหน้าที่นั้นต้องปราศจากอำนาจในการออกคำสั่ง เรื่องนั้นอย่างสิ้นเชิง (carezca de toda competencia) จึงจะสามารถเข้าเหตุแห่งความเป็นโมฆะในข้อนี้ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีปกครอง ลงวันที่ ๑๕ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๘๑ ลงวันที่ ๒๕ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๘๗ และลงวันที่ ๒๘ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๐๔ เป็นต้น) ยกตัวอย่างเช่น การออกคำสั่งในเรื่องที่เป็นอำนาจ ของฝ่ายนิติบัญญัติหรือตุลาการ

อย่างไรก็ตี หากการไม่มีอำนาจหน้าที่นั้น ไม่สามารถเห็นได้อย่างชัดแจ้ง หรือองค์กรหรือหน่วยงานนั้นมิได้ปราศจากอำนาจในการออกคำสั่งเรื่องนั้นอย่างสิ้นเชิง คำสั่งที่ออกมานั้น

ก็ไม่เป็นโมฆะ แต่ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆียะ (anulabilidad) และสามารถให้สัตยาบันได้ (คำพิพากษาศาลฎีกainterlocutorial ลงวันที่ ๑๓ มกราคม ค.ศ. ๒๐๐๔ และลงวันที่ ๕ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๑๐ เป็นต้น) ยกตัวอย่างเช่น กรณีของการใช้อำนาจข้ามลำดับชั้น (incompetencia jerárquica)

### (๓) คำสั่งให้กระทำการในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้

กรณีนี้เป็นบทบัญญัตินามตรา 47.1 c) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๒๐๑๕ ศาลฎีกainterlocutorial ได้วางหลักการที่ว่าไปเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งให้กระทำการในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ว่าหมายถึง คำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาซึ่งไม่สามารถทำให้สิ่งที่ต้องการนั้น เกิดเป็นรูปธรรมได้ นอกจากนี้ยังรวมไปถึงคำสั่งที่มีความขัดแย้งในตัวเองอย่างไร้เหตุผลโดยผิดไปจากกฎหมายชาติเป็นอย่างมาก หรือเป็นคำสั่งที่ไม่มีทางเกิดเป็นผลสำเร็จได้ (คำพิพากษาศาลฎีกainterlocutorial ลงวันที่ ๖ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๘๑ และลงวันที่ ๕ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๐๔ เป็นต้น)

### (๔) คำสั่งทางปกครองที่ลั่งให้กระทำการอันใดซึ่งเป็นความผิดทางอาญา หรือเป็นผลที่ตามมาจากการกระทำการกระทำผิดทางอาญา

กรณีนี้เป็นบทบัญญัตินามตรา 47.1 d) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๒๐๑๕ ซึ่งมีหลักการแตกต่างจากที่บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับก่อน ค.ศ. ๑๙๕๘ อยู่เล็กน้อย ตรงที่เหตุแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองในกฎหมายฉบับปัจจุบันนี้ ครอบคลุมไปถึง การกระทำผิดทางอาญาทุกประเภท รวมทั้งความผิดลหุโทษด้วย (infracción penal)

ในส่วนของประเด็นที่ว่า ในกรณีกระทำการกระทำความผิดทางอาญาด้วย จำเป็นหรือไม่ ที่ต้องมีคำชี้ขาดจากศาลอาญาว่าได้มีการกระทำการกระทำผิดทางอาญาจริงเสียก่อน จึงจะสามารถเข้าเหตุแห่งความเป็นโมฆะ เหตุนี้ได้ สำหรับคำตอบของคณาจารย์ คำพิพากษาศาลฎีกainterlocutorial ลงวันที่ ๒๖ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๐๔ ได้วินิจฉัยว่า หากศาลอาญาไม่ได้ตัดสินชี้ขาดว่า การกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา ก็ไม่สามารถยกเหตุ แห่งความเป็นโมฆะในข้อนี้ได้

### (๕) คำสั่นน้อกโดยข้ามขั้นตอนวิธีพิจารณาทั้งหมดที่กำหนดไว้ในกฎหมาย หรือในกรณีที่เป็นคำสั่งของคณะกรรมการ คำสั่งที่ออกมานั้นเป็นคำสั่งที่ออกมาโดยไม่ผ่านกระบวนการเพื่อให้ได้มาซึ่งมติ

กรณีนี้เป็นบทบัญญัตินามตรา 47.1 e) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๒๐๑๕ สามารถแบ่งแยกย่อยออกได้เป็น ๒ กรณีดังนี้

#### (๕.๑) คำสั่นน้อกโดยข้ามขั้นตอนวิธีพิจารณาทั้งหมดที่กฎหมายได้กำหนดไว้

การออกคำสั่งโดยข้ามขั้นตอนวิธีพิจารณาที่กฎหมายได้กำหนดไว้ นี้ จะเป็นโมฆะก็ต่อเมื่ออحكามาโดยข้ามขั้นตอนทั้งหมดที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย แต่ถ้าเป็นคำสั่งที่ออกมา โดยข้ามเพียงขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ คำสั่นนี้เป็นได้เพียงคำสั่งทางปกครอง ที่ถูกเพิกถอนได้ (โมฆียะ) เท่านั้น ไม่ถือว่าเป็นโมฆะ (คำพิพากษาศาลฎีกainterlocutorial ลงวันที่ ๑๖ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๑๐) อย่างไรก็ตี ศาลฎีกainterlocutorial ได้วางหลักเอาไว้ว่า หากเป็นการข้ามขั้นตอนที่สำคัญมาก ถึงขั้นที่ว่าหากข้ามขั้นตอนดังกล่าวไปแล้ว จะถือไม่ได้ว่าได้ดำเนินการตามขั้นตอนวิธีพิจารณาแล้ว คำสั่งที่ออกมานั้นก็ถือเป็นคำสั่งที่โมฆะ (คำพิพากษาศาลฎีกainterlocutorial ลงวันที่ ๑๗ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๐๐ และลงวันที่ ๓ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๐๖ เป็นต้น)

**(๔.๒) คำสั่งของคณะกรรมการที่ออกโดยไม่ผ่านกระบวนการเพื่อให้ได้มาซึ่งมติ**

กระบวนการเพื่อให้ได้มาซึ่งมติ คือ ขั้นตอนของการประชุมและตัดสินใจร่วมกันเพื่อให้ได้มาซึ่งมติร่วมกันของคณะกรรมการ โดยหลักการเรื่องนี้ได้ถูกบัญญัติไว้ใน มาตรา ๑๗ และมาตรา ๑๘ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ค.ศ. ๒๐๑๕ (Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) ซึ่งระบุถึงกระบวนการดังกล่าวว่า ต้องประกอบด้วยการแต่งตั้งคณะกรรมการ การเรียกกรรมการเข้ามาจังหวะองค์ประชุม การพิจารณาเนื้อหาการประชุม และการลงมติโดยอิสระ หากขาดขั้นตอนอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวมาแล้ว คำสั่งที่ออกมาก็ถือเป็นโมฆะ เช่น คำสั่งที่ออกมาจากกรรมการลงมติโดยไม่ครบองค์ประชุม หรือคำสั่งที่ออกโดยมีหนึ่งในคณะกรรมการซึ่งไม่มีคุณสมบัติเป็นกรรมการในชุดนั้น เป็นต้น

**(๖) ในกรณีที่การออกคำสั่นนั้นจำกัดด้วยภูมิภาคตามข้อกำหนดที่สำคัญอย่างยิ่งเพื่อให้ได้มาซึ่งคำสั่นนั้น แต่กลับออกคำสั่งโดยมิได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดดังกล่าว**

กรณีนี้เป็นบทบัญญัติในมาตรา 47.1 f) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๒๐๑๕ สำหรับเหตุแห่งความเป็นโมฆะเหตุนี้ เป็นกรณีที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ หรือข้อกำหนดบางอย่างเพื่อเป็นเงื่อนไขในการออกคำสั่นนั้น หากมิได้ปฏิบัติตาม คำสั่งที่ออกมาก็เป็นโมฆะ โดยข้อกำหนดนั้นต้องเป็น “ข้อกำหนดที่สำคัญอย่างยิ่ง” ซึ่งศาลฎีกาแผนกคดีปกครองได้วางหลักของคำนี้ไว้ว่า หมายถึง ข้อกำหนดที่มีผลต่อเงื่อนไขความเป็นอยู่ของคำสั่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องการเกิดขึ้นของคำสั่นนั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีปกครอง ลงวันที่ ๓๐ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๙) ยกตัวอย่างเช่น มีข้อกำหนดไว้ว่าข้าราชการในศาลจำเป็นต้องมีวุฒิ licenciado en derecho ซึ่งเป็นวุฒิปริญญาตรีควบโท ทางด้านกฎหมายของสเปน หากมีคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการในศาลกับบุคคลที่ไม่ได้จบ licenciado en derecho ก็ถือว่าไม่ได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่สำคัญอย่างยิ่ง คำสั่งดังกล่าวก็เป็นโมฆะ

**(๗) เหตุแห่งความเป็นโมฆะอื่นที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย**

กรณีนี้เป็นบทบัญญัติในมาตรา 47.1 g) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๒๐๑๕ เพื่อเปิดโอกาสให้นำบทบัญญัติในกฎหมายอื่น ๆ ที่บัญญัติเรื่องกรณีต่าง ๆ ที่ทำให้นิติกรรมเป็นโมฆะมาปรับใช้กับคำสั่งทางปกครองได้ ยกตัวอย่างเช่น ในมาตรา ๔ ของประมวลกฎหมายแพ่ง ค.ศ. ๒๐๐๐ (Código Civil) ได้วางหลักไว้เกี่ยวกับนิติกรรมที่มีเนื้อหาต้องห้ามโดยกฎหมาย หรือขัดต่อกฎหมายว่า ไม่สามารถมีผลใช้บังคับได้

## ๒.๒ ความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง

### ๒.๒.๑ ลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ

คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลใช้บังคับตามกฎหมายแต่คำสั่งดังกล่าวมีข้อบกพร่องบางประการ ทำให้หน่วยงานทางปกครองผู้ออกคำสั่นนั้นสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ แต่ไม่ถึงขั้นต้องลบล้างผลทางกฎหมายโดยสิ้นเชิง<sup>๗</sup> ทั้งนี้ การระงับผลทางกฎหมายดังกล่าวต้องกระทำภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ซึ่งหากผู้มีส่วนได้เสียเห็นว่าคำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะ ผู้มีส่วนได้เสียสามารถยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง (recurso de alzada) ได้ภายในกำหนด

<sup>๗</sup> BOCANEGRASIERRA, R., อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๒, p. 191.

ระยะเวลา ๑ เดือน นับแต่ได้มีการออกคำสั่งนั้น ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๗๒ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๒๐๑๕ หากไม่พولใจในคำวินิจฉัยอุทธรณ์หรือหน่วยงานทางปกครองนั้นโดยไม่ทำการวินิจฉัยอุทธรณ์นั้น ผู้มีส่วนได้เสียก็สามารถมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครองได้นอกจากนั้น หากหน่วยงานทางปกครองเห็นเองว่าคำสั่งที่ตนออกมานั้นเป็นโมฆะได้ ก็อาจดำเนินกระบวนการเพื่อเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะได้ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๐๗ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันที่กำหนดให้หน่วยงานทางปกครองทำการประกาศว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความเสียหายร้ายแรง (declaración de lesividad) ภายในระยะเวลา ๔ ปี นับแต่วันที่ได้ออกคำสั่ง ก่อนที่จะนำเรื่องดังกล่าวขึ้นเป็นคดีสู่ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครอง เพื่อพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

## ๒.๒.๒ เหตุแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง

มาตรา ๔๙ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๒๐๑๕ ได้แบ่งเหตุแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองออกเป็น ๓ กรณีดังต่อไปนี้

### (๑) หน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งโดยฝ่าฝืนกฎหมาย

มาตรา ๔๙.๑ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๒๐๑๕ บัญญัติว่า คำสั่งของหน่วยงานทางปกครองที่ได้ทำขึ้นโดยฝ่าฝืนกฎหมายได้ก็ตามสามารถถูกเพิกถอนได้ กรณีดังกล่าวเป็นกรณีของการฝ่าฝืนกฎหมายที่ไม่มีลักษณะร้ายแรงมากจนถึงขั้นที่คำสั่งทางปกครองดังกล่าวต้องตกเป็นโมฆะ ซึ่งหมายความว่า หากคำสั่งที่ออกมาโดยฝ่าฝืนกฎหมายซึ่งไม่เข้าเหตุแห่งความเป็นโมฆะ จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะในทุกรอบ

### (๒) หน่วยงานทางปกครองใช้อำนาจผิดเจตนากรณ์ของกฎหมาย

กรณีนี้เป็นบทบัญญัติในมาตรา ๔๙.๑ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๒๐๑๕ อย่างไรก็ได้ พระราชบัญญัติฉบับนี้มิได้มีบทบัญญัติให้อธิบายถึงลักษณะของการใช้อำนาจผิดเจตนากรณ์ของกฎหมายไว้ แต่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. ๑๙๘๙ ซึ่งได้อธิบายถึงประเด็นดังกล่าวไว้ในมาตรา ๗๐.๒ วรรคสอง โดยอธิบายไว้ว่า “การใช้อำนาจผิดเจตนากรณ์ของกฎหมาย หมายถึง การใช้อำนาจทางปกครองให้เกิดผลที่แตกต่างไปจากเจตนากรณ์ที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีปกครอง ลงวันที่ ๑๖ มีนาคม ค.ศ. ๑๙๘๙ ได้วางหลักกฎหมายเรื่ององค์ประกอบของการใช้อำนาจผิดเจตนากรณ์ของกฎหมาย อย่างละเอียดชัดเจน และถูกนำมาอ้างอิงไว้ในคำพิพากษาอีกหลายครั้ง จนกลายเป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากแนวคำพิพากษาของศาล ซึ่งมีเนื้อหาโดยสรุป ดังนี้

“การใช้อำนาจผิดเจตนากรณ์ของกฎหมายมีความเกี่ยวข้องกับการควบคุมการใช้อำนาจในการออกกฎหมาย การออกคำสั่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งจำเป็นต้องกระทำให้สอดคล้องกับเจตนากรณ์ของกฎหมาย ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๐๖.๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ทั้งนี้ บทบัญญัติมาตรา ๗๐.๒ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. ๑๙๘๙ ได้อธิบายไว้ว่า การใช้อำนาจผิดเจตนากรณ์ของกฎหมาย หมายถึง การใช้อำนาจทางปกครองให้เกิดผลที่แตกต่างไปจากเจตนากรณ์ตามที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะทางเนื้อหาและจากคำพิพากษาด่าง ๆ แล้ว สามารถจำแนกองค์ประกอบของการใช้อำนาจผิดเจตนากรณ์ของกฎหมายได้ ดังนี้ (๑) เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ซึ่งหมายความรวมถึงอำนาจทุกอย่างของหน่วยงานทางปกครองตามที่กฎหมายได้บัญญัติให้อำนาจไว้ (๒) การกระทำทางปกครองนั้น สามารถเป็นได้ทั้งการกระทำหรือการละเว้นการกระทำในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองมีหน้าที่ต้องกระทำการนั้น (๓) ถึงแม้ว่าพิจารณาเรื่องการใช้อำนาจผิดเจตนากรณ์ของกฎหมายนี้ จะต้องดูที่การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นหลักก็ตาม แต่ก็ต้องดูด้วยว่าผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจทางปกครองนั้น ได้ส่งผลเสียต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ (๔) การใช้อำนาจผิดเจตนากรณ์ของกฎหมายสามารถเกิดขึ้นร่วมกับเหตุอื่น ๆ ที่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นต้องเสียไป (๕) เป็นเรื่องยากที่จะทำการตรวจพิสูจน์โดยตรงว่ามีการใช้อำนาจผิดเจตนากรณ์ของกฎหมายหรือไม่ ดังนั้น คู่กรณีจึงต้องแสดงให้ศาลเห็นได้ว่า ได้กระทำการให้เกิดผลลัพธ์ที่แตกต่างจากที่บัญญัติของกฎหมายต้องการให้เป็น (๖) การตรวจสอบว่าผู้ใดใช้อำนาจผิดเจตนากรณ์ของกฎหมายนั้น ต้องคำนึงถึงเรื่องความสุจริตในกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย และคู่กรณีต้องมีข้อมูลที่ง่ายต่อการพิสูจน์ว่าได้มีการกระทำเช่นนั้นจริง

เมื่อพิจารณาถึงจุดกำหนดของคำสั่งทางปกครองแล้ว พบทดụ แห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากความไม่สอดคล้องกันอย่างเด่นชัดระหว่างผลทางกฎหมาย (fin objetivo) ซึ่งเป็นผลที่กฎหมายต้องการให้เป็น อันเป็นตัวตนที่แท้จริงและอยู่ภายใต้กฎหมายนั้น กับผลทางอัตโนมัติ (fin subjetivo) ซึ่งเป็นผลที่เกิดขึ้นจริงจากการใช้อำนาจตัดสินของหน่วยงานทางปกครอง และคู่กรณีที่กล่าวอ้างนั้นต้องนำสืบว่ามีการกระทำเช่นนั้นจริง”

### (๓) มีการกระทำผิดรูปแบบขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครอง

มาตรา ๔๘.๒ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๒๐๑๕ ได้วางหลักไว้ว่า คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือตามขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครองนั้น จะเป็นโมฆะได้ในกรณีที่รูปแบบหรือขั้นตอนนั้นเป็นส่วนประกอบสำคัญของคำสั่งทางปกครองอันมิอาจขาดได้ถึงระดับที่หากขาดสิ่งนั้นไปแล้ว จะไม่บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หรือในกรณีที่เมื่อขาดขั้นตอนนั้นไปแล้ว ทำให้ผู้มีส่วนได้เสียไม่มีโอกาสได้ใช้สิทธิโดยแท้จริงในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น นอกจากนั้นแล้ว มาตรา ๔๘.๓ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันยังได้วางหลักเพิ่มเติมถึงกรณีคำสั่งทางปกครองที่ออกเกินกำหนดระยะเวลาไว้ว่า คำสั่งทางปกครองที่ออกมาจะเป็นโมฆะได้ ก็ต่อเมื่อเงื่อนไขเรื่องระยะเวลาดังนั้นเป็นส่วนสำคัญของคำสั่งทางปกครอง

จากเนื้อหาของบทบัญญัติข้างต้น สามารถจำแนกเหตุที่คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะเนื่องจากมีการกระทำผิดรูปแบบขั้นตอนได้เป็น ๓ เหตุ ดังต่อไปนี้

#### (๓.๑) เมื่อการทำผิดรูปแบบหรือขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดนั้น

เป็นการทำให้คำสั่งทางปกครองไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

เหตุดังกล่าวเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำผิดรูปแบบ หรือกระทำโดยข้ามขั้นตอนที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายนั้น ส่งผลให้คำสั่งทางปกครองที่ออกมาไม่บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายต้องการ ซึ่งการผิดรูปแบบหรือขั้นตอนนั้น ทำให้ความถูกต้องของคำวินิจฉัยนั้น บกพร่องไป ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่หน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งรื้อถอนอาคาร ทั้งที่ยังมิได้มีการวินิจฉัยว่า อาคารแห่งนั้นเป็นชากระยะที่หักพังซึ่งอาจก่อให้เกิดอันตรายถึงขั้นต้องรื้อถอน หรือกรณีที่กฎหมายระบุว่า

ในการออกคำสั่งนั้น ต้องมีการอธิบายถึงเหตุผลว่า เหตุใดฝ่ายปกครองจึงใช้อำนาจดุลพินิจเช่นนั้น แต่ฝ่ายปกครองมิได้กล่าวถึงเรื่องดังกล่าวไว้ในคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น

### (๓.๒) เมื่อผู้มีส่วนได้เสียไม่มีโอกาสใช้สิทธิโดยไม่ได้แจ้งในการออกคำสั่งทางปกครอง

กรณีนี้เป็นกรณีที่ผู้มีส่วนได้เสียไม่มีโอกาสใช้สิทธิโดยไม่ได้แจ้ง ในระหว่างกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อออกคำสั่งทางปกครองนั้น เนื่องจากได้มีการข้ามขั้นตอน ที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย ทำให้บุคคลดังกล่าวเสียโอกาส ไม่สามารถนำพยานหลักฐานมาแสดงต่อหน่วยงาน ทางปกครองเพื่อประกอบป้องสิทธิของตนเอง

สำหรับการพิจารณาว่าขั้นตอนใดถือเป็นขั้นตอนสำคัญ ที่ทำให้ผู้มีส่วนได้เสียไม่มีโอกาสได้ใช้สิทธิโดยไม่ได้แจ้งนั้น ต้องพิจารณาเป็นกรณีไป อย่างไรก็ได้ คำพิพากษาศาลฎีกา แผนกคดีปกครอง ลงวันที่ ๒๒ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๘๒ ได้วางหลักไว้ว่า กรณีจะไม่ถือว่าผู้มีส่วนได้เสียไม่มี โอกาสได้ใช้สิทธิโดยไม่ได้แจ้ง หากผู้มีส่วนได้เสียยังสามารถติดตามข้อกล่าวหา ให้การต่อสู้ ค้นหาพยานหลักฐาน และพิสูจน์เพื่อประกอบป้องสิทธิประโยชน์ของตนได้ แม้ว่าในกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองจะมีการข้าม ขั้นตอนนั้นไป

ตัวอย่างของกรณีที่ผู้มีส่วนได้เสียไม่มีโอกาสใช้สิทธิโดยไม่ได้แจ้ง ในการออกคำสั่งทางปกครอง ทำให้คำสั่งทางปกครองที่ออกมายังเป็นคำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนได้ เช่น การข้ามขั้นตอนการรับฟังคำให้การ (trámite de audiencia) เนื่องจากการข้ามขั้นตอนนี้ไปทำให้ ผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองไม่มีโอกาสได้ทราบข้อเท็จจริงที่ใช้ในการพิจารณาออกคำสั่ง ทางปกครอง ไม่สามารถโต้แย้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองนั้นได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีปกครอง ลงวันที่ ๑๖ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๐๕ ลงวันที่ ๖ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๑๙๘๘ และลงวันที่ ๑๔ เมษายน ค.ศ. ๒๐๑๐ เป็นต้น)

### (๓.๓) ในกรณีที่เงื่อนไขเรื่องระยะเวลาความสำคัญต่อคำสั่งทางปกครอง แล้วมีการออกคำสั่งทางปกครองภายหลังจากระยะเวลาที่ได้กำหนดไว้

โดยปกติแล้ว คำสั่งทางปกครองที่ออกมายังคง有效ระยะเวลา ที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายนั้น จะมีผลบังคับโดยสมบูรณ์ อย่างไรก็ได้ หากเป็นกรณีที่เงื่อนไขเรื่องเวลาไม่ส่วนสำคัญ ต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ เป็นการสายเกินไปที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้น บรรลุวัตถุประสงค์ คำสั่งที่ออกมายังคง有效ระยะเวลาที่กำหนดในกฎหมายนั้นจะถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ที่ถูกเพิกถอนได้ ยกตัวอย่างเช่น การออกคำสั่งรับผู้เข้าร่วมประมูลรายใหม่ ภายหลังจากกำหนดเวลา รับสมัครผู้ประมูลสิ้นสุดไปแล้ว เป็นต้น<sup>๔</sup>

### ๒.๓ ลักษณะของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะและโมฆะโดยศาล

ในการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีจะต้องอ้างเหตุ แห่งความเป็นโมฆะหรือโมฆะโดยเหตุใดเหตุหนึ่งในบทบัญญัติตามตรา ๔๗ หรือมาตรา ๔๘ แห่งพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๒๐๑๕ เพื่อให้ศาลพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองที่เป็นวัตถุแห่งการฟ้องคดีนั้น

<sup>๔</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común I*, Thomson Civitas, Madrid, 4<sup>a</sup> edición, 2007, p. 1769.

ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องถูกเพิกถอนตามเหตุแห่งความเป็นโมฆะหรือเหตุโมฆะตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้าง หรือไม่ ศาลมีอำนาจพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมีความบกพร่องตามเหตุที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างมาหรือไม่ โดยที่ศาลไม่จำต้องกำหนดว่าการเพิกถอนมีผลเมื่อใด เพราะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของคำสั่งแต่ละประเภทอยู่แล้ว

คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีคำสั่ง เช่นนั้นอยู่เลย จึงต้องถูกเพิกถอนย้อนหลังนับแต่วันที่ทำคำสั่ง (*ex tunc*) ในทุกรณี และคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะยังเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีข้อบกพร่องบางประการ แต่ไม่ถึงขั้นต้องลบล้าง ผลทางกฎหมายโดยสิ้นเชิง โดยที่จะต้องถูกเพิกถอนนับแต่วันที่ศาลมีพากษาเพิกถอนคำสั่ง (*ex nunc*) ยกเว้นในบางคดี ศาลอาจกำหนดให้เพิกถอนย้อนหลังนับแต่วันที่ทำคำสั่งได้ (ซึ่งถือเป็นกรณียกเว้นอย่างยิ่ง) และต้องกำหนดด้วยอ้างชัดเจนในคำพากษา ยกตัวอย่างเช่น คำพากษาศาลฎีกา แผนกคดีปกครอง ลงวันที่ ๑๕ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๐๙ ลงวันที่ ๒๘ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๑๓ และลงวันที่ ๒๑ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๑๖ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาค้นคว้าคำพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีปกครอง ของประเทศไทย ยังไม่ปรากฏกรณีที่ศาลมีกำหนดให้การเพิกถอนคำสั่งมีผลไปในอนาคตแต่อย่างใด

### ๓. ตัวอย่างคำพากษาศาลฎีกาแผนกคดีปกครองแห่งราชอาณาจักรสเปนเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่ง ลงโทษทางวินัยที่ออกมาโดยมิได้ดำเนินการทางวินัย

ในอดีตศาลฎีกาแผนกคดีปกครองแห่งราชอาณาจักรสเปนได้เคยมีคำพากษาศาลฎีกา แผนกคดีปกครองที่ ๓๖๔๒/๒๐๑๑ ลงวันที่ ๑๕ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๑๑ (คดีหมายเลขดำที่ ๓๖๔๒/๒๐๑๐) เกี่ยวกับการเพิกถอนคำวินิจฉัยลงโทษทางวินัยในลักษณะของประกาศกรุงศรีฯ (Orden Ministerial) ที่ออกมาโดยมิได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาทางวินัย อีกทั้งในประกาศดังกล่าวก็มิได้ลงลายมือชื่อของผู้ใด ซึ่งคำวินิจฉัยลงโทษดังกล่าวถือเป็นโมฆะ ตามมาตรา 62.1.e) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบ บริหารราชการแผ่นดินและวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๑๙๙๒ (ปัจจุบัน คือ มาตรา 48.1.e) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๒๐๑๕)

คดีดังกล่าวมีข้อเท็จจริงว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการครูสอนดนตรีที่แคว้นอัสตุเรีย (Asturias) ทางตอนเหนือของประเทศไทย แล้วต้องคำพากษารถึงที่สุดในคดีอาญาเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๐๙ ให้ลงโทษจำคุก ๒ ปี และห้ามรับราชการหรือเป็นพนักงานราชการครู (*inhabilitación especial para empleo o cargo público*)<sup>๕</sup> เป็นเวลา ๑ ปี ๖ เดือน เนื่องจากผู้ฟ้องคดีได้ทำอนาจารนักเรียนหญิงที่เป็นผู้เยาว์ ขณะที่ทำการเรียนการสอนกิตาร์ภายในชั้นเรียนที่ทำการเรียนการสอนแบบตัวต่อตัว โดยผู้ฟ้องคดีได้ใช้มือสัมผัสปั๊มถัน อีกทั้งยังใช้มือสอดล่วงเข้าไปเคล้าคลึงสัมผัสบริเวณอวัยวะเพศของนักเรียนหญิงผู้นั้นอีกด้วย ต่อมาในปี ค.ศ. ๒๐๐๙ ผู้ฟ้องคดีได้รับเอกสารสำเนาราชกิจจาแนกภาษาของประกาศกรุงศรีฯ (Orden Ministerial) เลขที่ ESD/112/2009 ลงวันที่ ๑๕ มกราคม ค.ศ. ๒๐๐๙ ซึ่งเป็นประกาศปลดผู้ฟ้องคดี

<sup>๕</sup> การห้ามบุคคลรับราชการหรือเป็นพนักงานราชการบางประเภท เป็นโทษตามมาตรา ๔๒ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. ๑๙๙๕ ซึ่งบัญญัติว่า “การห้ามบุคคลรับราชการหรือเป็นพนักงานราชการบางประเภท ส่งผลให้ต้องระงับการเข้ารับราชการในฐานะข้าราชการหรือพนักงานราชการในประเภทที่กำหนดห้าม แม้ว่าบุคคลดังกล่าวจะเป็นผู้ถูกคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวแล้วก็ตาม อีกทั้งยังไม่อาจรับราชการหรือเป็นพนักงานราชการในประเภทที่ถูกห้ามระหว่างระยะเวลาที่ได้รับโทษดังกล่าว ทั้งนี้ ในคำพากษาจะต้องระบุประเภทของลักษณะงาน ตำแหน่ง และยศที่ต้องห้ามไว้ด้วย”

ออกจากการเป็นข้าราชการครุยสอนตนตระและศิลปะ โดยมีเอกสารแนบ คือ สำเนาคำพิพากษาในคดีอาญา และสำเนาหนังสือรับทราบประกาศดังกล่าวของคณะกรรมการตั้งแต่วันอัสดูเรีย (Gobierno del Principado de Asturia) โดยที่ในประกาศนั้น มีได้ระบุขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางวินัย รวมไปถึงไม่มีคำวินิจฉัย ที่ลึบเนื่องมาจากการนั้น อีกทั้งยังไม่ลงลายมือชื่อของผู้ใด และกระทรวงศึกษาธิการมีได้แจ้งประกาศ ดังกล่าวให้กับผู้ฟ้องคดีโดยตรง ผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์คดีต่อศาลอุทธรณ์แห่งชาติ (Audiencia Nacional) และศาลอุทธรณ์แห่งชาติได้พิพากษายกฟ้อง ผู้ฟ้องคดีไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์แห่งชาติ จึงนำคดีมาฎีกាជ่าต่อศาลฎีกานอกคดีปกครอง ศาลฎีกานอกคดีปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีนี้เป็น กรณีที่คำสั่งแบบจะไม่มีตัวตน (casi inexsiste) เอกสารที่ผู้ฟ้องคดีได้รับ คือ สำเนาคำพิพากษาในคดีอาญา และสำเนาราชกิจจานุเบกษาที่ลงประกาศปลดผู้ฟ้องคดีจากการดำรงตำแหน่งข้าราชการครุนั้น ไม่ปรากฏว่า มีการวินิจฉัยข้อเท็จจริงตามกระบวนการพิจารณาทางวินัยที่กฎหมายกำหนดโดยแม้แต่น้อย ประกาศดังกล่าว จึงไม่ถือว่าเป็นคำสั่งลงโทษทางวินัย เพราะอุกมาดโดยมีได้ปฏิบัติตามขั้นตอนสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่ง เพื่อให้เกิดคำวินิจฉัยดังกล่าว ถือเป็นเหตุแห่งความเป็นโมฆะ ตามมาตรา 62-1-e) แห่งพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๑๙๙๒ พิพากษาเพิกถอนประกาศกระทรวงศึกษาธิการ (Orden Ministerial) เลขที่ ESD/112/2009 ลงวันที่ ๑๔ มกราคม ค.ศ. ๒๐๐๙ ซึ่งเป็นประกาศปลดผู้ฟ้องคดี ออกจากการเป็นข้าราชการครุยสอนตนตระและศิลปะ เนื่องจากเป็นประกาศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในคำพิพากษาฉบับนี้ ศาลฎีกานอกคดีปกครองมีได้กล่าวถึงประเด็นเรื่องการเพิกถอน ให้มีผลไปเมื่อใด เพราะการเพิกถอนตามหลักเกณฑ์ของคำสั่งที่เป็นโมฆะต้องเพิกถอนนับแต่วันที่ทำคำสั่ง ดังกล่าวเสมอ เนื่องจากการเป็นโมฆะ คือ “การลบล้างผลทางกฎหมายอย่างลืมเชิง” จนสมேือนว่าคำสั่งนั้น สูญเปล่า

จากเนื้อหาของคำพิพากษานี้ สามารถสรุปได้ว่า คำสั่งลงโทษทางวินัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จำกความบกรพร่องในกระบวนการพิจารณาอันเกิดจากความผิดพลาดของหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งมีความร้ายแรง จนถึงขั้นเป็นโมฆะ ศาลที่พิจารณาคดีก็ไม่อาจช่วยเหลือให้หน่วยงานทางปกครองดำเนินการสอบสวนทางวินัย อย่างถูกต้องตามกฎหมายจากการฟ้องคดีในครั้งนี้ได้ เมื่อคำสั่งลงโทษทางวินัยดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย หากหน่วยงานทางปกครองต้องการลงโทษผู้กระทำผิด ก็ต้องดำเนินการทางวินัยให้ถูกต้อง ในภายหลัง

#### ๔. กรณีที่องค์กรตุลาการของประเทศไทยเป็นสามารถออกคำบังคับให้การเพิกถอนมีผลไปในอนาคต

จากการศึกษาค้นคว้าข้อมูลยังไม่ปรากฏว่ามีคดีที่ศาลฎีกานอกคดีปกครองของประเทศไทยเป็น พิพากษาคดีและกำหนดคำบังคับให้คำพิพากษามีผลไปในอนาคต อย่างไรก็ได้ ปรากฏว่ามีกรณีที่องค์กร ตุลาการของประเทศไทยเป็นคือ “ศาลรัฐธรรมนูญ” ได้ออกคำวินิจฉัยที่กำหนดคำบังคับให้การเพิกถอนมีผล ไปในอนาคตได้ ซึ่งเป็นกรณีของการเพิกถอนกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยให้การเพิกถอนมีผลไป ในอนาคตเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้ออกกฎหมายฉบับใหม่ และมีการใช้บังคับเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ซึ่งหลักการ ดังกล่าวสอดคล้องกับหลักการของประเทศไทยอีกด้วย ซึ่งยอมรับหลักการให้บทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่ชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับไปในอนาคต (*pro futuro*) ตามเงื่อนไขหรือวันที่ที่กำหนดไว้ในคำพิพากษา<sup>๖</sup>

<sup>๖</sup> González-Varas Ibanes, Santiago, “Los efectos de las sentencias anulatorias de los Tribunales constituciones, Revista de Administración Pública, *Revista de Administración Pública*, Núm. 178, p. 364 (Enero-Abril 2009).

คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญที่อาจตีความได้ว่าให้มีผลไปในอนาคต ยกตัวอย่างเช่น

- คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๙/๑๙๘๗ ลงวันที่ ๑๙ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๑๙๘๗

พิพากษาให้มาตรา ๓๓.๑ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยมาตรการเร่งด่วนด้านสุขาภิบาลและระเบียบการคลังท้องถิ่น ค.ศ. ๑๙๘๓ (Ley 24/1983, de 21 de diciembre, de medidas urgentes de saneamiento y regulación de las Haciendas Locales) ซึ่งบัญญัติว่า “นับแต่วันที่ ๑ มกราคม ค.ศ. ๑๙๘๔ เทศบาลสามารถกำหนดอัตราภาษีที่ดินของพื้นที่ชุมชน พื้นที่เกษตรกรรม หรือพื้นที่กร้างได้อย่างเสรี โดยให้สอดคล้องกับลักษณะของพื้นที่ที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ว่าเป็นพื้นที่ชุมชนหรือพื้นที่ชนบท” เป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อมาตรา ๓๓.๒ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. ๑๙๘๗ ซึ่งบัญญัติว่า “ควรบังคับของท้องถิ่น หรือหน่วยงานทางปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถกำหนดกฎหมายที่ด้านภาษีและเรียกเก็บภาษีได้โดยสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น” เนื่องจากการกำหนดหลักเกณฑ์หรือระเบียบเกี่ยวกับอัตราภาษีต้องกระทำโดยการบัญญัติกฎหมาย เทศบาลไม่มีอำนาจในการกำหนดอัตราภาษีที่ดินได้อย่างเสรี ทั้งนี้ ด้วยผลของคำพิพากษาฉบับนี้ เทศบาลไม่อาจมีอำนาจในการกำหนดภาษีและกระทำการใด ๆ ซึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ และในระหว่างที่ฝ่ายนิติบัญญัติยังไม่ร่างกฎหมายฉบับใหม่ที่ขอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้นำหลักการในมาตรา ๓๓.๒ แห่งพระราชบัญญัติเดียวแก้ไขมาใช้บังคับ ซึ่งมาตราดังกล่าวกำหนดให้นำหลักที่ว่าไปกล่าวคือ อัตราภาษีร้อยละ ๒๐ สำหรับที่ดินในพื้นที่ชุมชนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๔ แห่งพระราชกำหนดว่าด้วยมาตรการฉุกเฉินด้านการเงินของหน่วยงานทางปกครองส่วนท้องถิ่น ค.ศ. ๑๙๗๙ (Real Decreto-ley 11/1979, de 20 de julio, sobre medidas urgentes de financiación de las Corporaciones Locales) และอัตราภาษีร้อยละ ๑๐ สำหรับที่ดินชนบท หรือพื้นที่กร้าง ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๒๘ แห่งรัฐกฤษฎีกา ว่าด้วยการจัดเก็บภาษีในพื้นที่เกษตรกรรมและพื้นที่กร้าง ค.ศ. ๑๙๖๖ (Decreto 2230/1966, de 23 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria)

- คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓๖/๑๙๘๑ ลงวันที่ ๑๕ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๑๙๘๑

พิพากษาให้เพิกถอนมาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชน ค.ศ. ๑๙๔๘ (Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948) ซึ่งบัญญัติว่า “(วรรคหนึ่ง) ในการพิจารณาคดีเพื่อคุ้มครองเยาวชน ให้ดำเนินการพิจารณาโดยไม่เปิดเผยแพร่ และศาลมิ่งต้องนำกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีของแผนกคดีอื่นมาใช้บังคับ (las reglas procesales vigentes de las demás jurisdicciones) ทั้งนี้ ให้ดำเนินการเฉพาะชั้นตอนกระบวนการพิจารณาที่จำเป็นและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงสำหรับการทำคำวินิจฉัย ซึ่งต้องกำหนดมาตรฐานการที่ต้องดำเนินการในคำวินิจฉัยนั้นด้วย (วรรคสอง) การกำหนดตัวผู้พิพากษาผู้ดำเนินกระบวนการพิจารณา สถานที่ วันที่ และช่วงเวลา สำหรับดำเนินกระบวนการพิจารณา เป็นอำนาจของประธานศาลที่ดำเนินการพิจารณาคดี ทั้งนี้ สถานที่ที่ดำเนินการพิจารณาเนื้อความของสนธิสัญญาระหว่างประเทศและอนุสัญญาคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมืองยุโรปแล้ว จะเห็นได้ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานที่กำหนดไว้ในมาตรา ๒๔ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. ๑๙๘๗ หมายความรวมถึงสิทธิที่เยาวชนต้องได้รับความคุ้มครองในกระบวนการพิจารณาคดีอย่างอิสระด้วย ซึ่งการสร้างหลักประกันว่าสิทธิดังกล่าวจะได้รับความคุ้มครอง ก็คือ การปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณา ในส่วนที่เกี่ยวข้อง ด้วยเหตุนี้ การที่มาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชน ค.ศ. ๑๙๔๘ ได้บัญญัติมิให้นำกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีของแผนกคดีประเภทอื่นมาใช้บังคับ จึงเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ

แม้ว่าคำพิพากษาทั้งสองฉบับจะมีได้กำหนดอย่างชัดเจนให้คำพิพากษามีผลไปในอนาคตก็ตาม แต่ในมุมมองของนักวิชาการด้านกฎหมาย เช่น ศาสตราจารย์ซานติอาโก กอนซาเลซ-บาราซ อิบันเญส (Santiago González-Varas Ibañez) แห่งภาควิชากฎหมายปกครอง มหาวิทยาลัยอาลิกันเต (Universidad de Alicante) ได้อธิบายว่ากรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเพิกถอนกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยให้มีผลเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้ออกกฎหมายฉบับใหม่ และมีการใช้บังคับเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ซึ่งหลักการดังกล่าวสอดคล้องกับหลักการของประเทศเยอรมนี ซึ่งยอมรับหลักการให้บทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับไปในอนาคต (*pro futuro*) ตามเงื่อนไขหรือวันที่ที่กำหนดไว้ในคำพิพากษา แต่การที่ศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้นำตัวบทกฎหมายที่ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับในระหว่างที่ฝ่ายนิติบัญญัติยังมิได้ออกกฎหมายฉบับใหม่ เป็นไปเพื่อรำรงคุณค่าของรัฐธรรมนูญ (*satisfacer valores constitucionales*) ไม่ให้เกิดสถานการณ์ที่กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญไปมากกว่านี้<sup>๔</sup>

นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีได้พิพากษาเพิกถอนบทบัญญัติของกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่ให้การเพิกถอนมีผลใช้บังคับนับแต่วันที่ประกาศคำพิพากษาในราชกิจจานุเบกษา (*ex nunc*) ยกตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๓/๑๙๘๒ ลงวันที่ ๖ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๑๙๘๒ พิพากษาให้บทบัญญัติห้ายามาตราระยะหนึ่งในพระราชบัญญัติงบประมาณแผ่นดินประจำปี ค.ศ. ๑๙๘๘ และปี ค.ศ. ๑๙๘๙ และบทบัญญัติในกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง (Leyes 33/1987, de 23 de diciembre y 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988 y 1989 y, en consecuencia) ที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้มีผลใช้บังคับนับแต่วันที่ประกาศคำพิพากษาในราชกิจจานุเบกษา เนื่องจากมีความจำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายทางเศรษฐกิจที่จะเกิดขึ้นกับเงินคงคลัง (de evitar daños financieros relevantes al fisco) เป็นต้น

#### ๕. ข้อสังเกตและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยที่บกพร่องในกระบวนการพิจารณา

จากการศึกษาหลักการเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยที่บกพร่องในกระบวนการพิจารณาในประเทศสเปน ปรากฏข้อสังเกตเกี่ยวกับลักษณะของการกำหนดคำบังคับให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับการบริหารบุคลากรภาครัฐซึ่งบกพร่องในกระบวนการพิจารณาโดยศาลปกครองสูงสุดและข้อเสนอแนะจากการเปรียบเทียบกับหลักการของประเทศไทยสเปน ดังนี้

##### ๕.๑ ลักษณะของการกำหนดคำบังคับให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับการบริหารบุคลากรภาครัฐซึ่งบกพร่องในกระบวนการพิจารณาโดยศาลปกครองสูงสุด

จากการศึกษาค้นคว้าแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับการกำหนดคำบังคับให้การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับการบริหารบุคลากรภาครัฐซึ่งบกพร่องในกระบวนการพิจารณา มีผลไปในอนาคต พบว่ามีบางคดีที่ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ แต่มิได้เป็นกรณีของการเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัย ยกตัวอย่างเช่น

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๒๕๒/๒๕๕๖ ผู้ฟ้องคดีได้รับสมัครคัดเลือกข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป ๖ โรงพยาบาลดี ได้รับสมัครคัดเลือกข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่

<sup>๔</sup> González-Varas Ibanes, Santiago, "Los efectos de las sentencias anulatorias de los Tribunales constituciones, Revista de Administración Pública, *Revista de Administración Pública*, Núm. 178, p. 364 (Enero-Abril 2009).

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๒๓๕/๒๕๕๘ ผู้ถูกฟ้องคดี (ผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาประถมศึกษาขอนแก่น เขต ๑) ได้รับหนังสือร้องเรียนจากผู้นำหมู่บ้านสามหมู่บ้านขอให้ย้ายผู้ฟ้องคดี (ผู้อำนวยการโรงเรียนพงษ์ภิญโญ ๒) ออกจากพื้นที่ เนื่องจากไม่มีวิสัยทัศน์ในการพัฒนาโรงเรียนและไม่สามารถเข้ากับชุมชนได้ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมอบหมายให้ทำการสืบสวนข้อเท็จจริง ผู้สืบสวนได้รายงานผลการสืบสวนข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า หากให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติหน้าที่ต่อไปที่โรงเรียนพงษ์ภิญโญ ๒ อาจเกิดความแตกแยกในหมู่ชาวบ้าน และจะมีผลกระทบต่อโรงเรียนอันอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่ราชการได้ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงได้มีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีจากตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียนพงษ์ภิญโญ ๒ ไปดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียนสว่างศิริพัฒนา ผู้ฟ้องคดีไม่เห็นด้วยจึงทำหนังสือร้องทุกปีไปยังผู้ถูกฟ้องคดีแต่ผู้ถูกฟ้องคดีก็ยืนยันให้ย้ายผู้ฟ้องคดีเข่นเดิม ผู้ฟ้องคดีไม่เห็นด้วยจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การพิจารณา ก่อนออกคำสั่งย้ายไม่เป็นไปตามรูปแบบ ขั้นตอน และวิธีการ อันเป็นสาระสำคัญตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด นอกจากนี้ ตามกรณีดังกล่าว เป็นการย้ายผู้ฟ้องคดีจากสถานศึกษาขนาดกลางไปยังสถานศึกษาขนาดเล็ก โดยไม่ปรากฏว่าที่ประชุมอนุกรรมการข้าราชการครรภ์และบุคลากร

ทางการศึกษา (อ.ก.ค.ศ.) เขตพื้นที่การศึกษาของแก่น เขต ๑ ได้มีการประเมินศักยภาพของบุคคล ผลการปฏิบัติงานด้านบริหารสถานศึกษา และแนวทางการพัฒนาสถานศึกษา เพื่อเป็นข้อมูลประกอบ การพิจารณาข่ายผู้ฟ้องคดีด้วย ซึ่งไม่เป็นไปตามรูปแบบ ขั้นตอน และวิธีการอันเป็นสาระสำคัญตามหลักเกณฑ์ ที่กำหนดไว้ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากผลการสอบสวนข้อเท็จจริงกรณีที่ผู้ฟ้องคดีถูกร้องเรียน แม้จะมี ความขัดแย้งในการบริหารงานเกิดขึ้นจริงก็ตาม แต่การนำข้อมูลการร้องเรียนกล่าวหาผู้ฟ้องคดีมารับฟัง เป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาการย้ายก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการนำผลการปฏิบัติงานด้านบริหารสถานศึกษา ของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นที่ประภากล่าวหานักศึกษาและชุมชนมาเป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาการย้ายแล้ว ดังที่ผู้ถูกฟ้องคดีอ้าง แต่กลับมีลักษณะเป็นการพิจารณาโดยคำนึงถึงประโยชน์ของทางราชการแต่เพียง ฝ่ายเดียว จึงเห็นควรกำหนดคำบังคับให้การเพิกถอนคำสั่งพิพากษามีผลบังคับเมื่อพ้นกำหนดเวลาหกสิบวัน นับแต่วันที่คำพิพากษาถึงที่สุด ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณาการย้ายผู้ฟ้องคดีเสียใหม่ให้ถูกต้อง ตามหลักเกณฑ์ที่ ก.ค.ศ. กำหนดไว้สำหรับการย้ายเพื่อประโยชน์ของทางราชการ พิพากษาเพิกถอนคำสั่ง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ย้ายผู้ฟ้องคดีจากตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียนพงษ์ภิญโญ ๒ ไปดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการ โรงเรียนสว่างศรีพัฒนา ทั้งนี้ ให้การเพิกถอนมีผลเมื่อพ้นกำหนด ๖๐ วัน นับแต่วันที่มีคำพิพากษา โดยมี ข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา คือ ให้ผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณาการย้าย ผู้ฟ้องคดีใหม่ให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่ ก.ค.ศ. กำหนดไว้สำหรับการย้ายเพื่อประโยชน์ของทางราชการ ให้แล้วเสร็จภายใน ๖๐ วัน นับแต่วันที่มีคำพิพากษา

จากตัวอย่างของคำพิพากษาทั้งสองฉบับข้างต้น จะเห็นได้ว่าในกรณีของการเพิกถอน คำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภารภารครัฐที่บกพร่องในกระบวนการพิจารณาออกคำสั่ง ไม่ว่า จะเป็นการออกคำสั่งโดยผู้ไม่มีอำนาจ หรือโดยไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด ศาลปกครองสูงสุดจะเพิกถอนคำสั่งโดยให้การเพิกถอนมีผลในอนาคต โดยกำหนดข้อสังเกตให้หน่วยงาน ทางปกครองไปดำเนินการพิจารณาออกคำสั่งให้ถูกต้องตามระยะเวลาที่กำหนดในคำพิพากษา จึงอาจสรุปได้ว่า การที่ศาลปกครองสูงสุดกำหนดให้การเพิกถอนคำสั่งมีผลในอนาคต เป็นพระธรรมต้องการให้หน่วยงาน ทางปกครองแก้ไขความบกพร่องในกระบวนการพิจารณาทางปกครองให้ถูกต้องเพื่อให้คำสั่งทางปกครอง ที่ออกมาก่อนมิใช่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกระบวนการพิจารณา ซึ่งการวินิจฉัยในลักษณะดังกล่าว สอดคล้องกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๓๖๔/๒๕๕๘ ซึ่งนำมawiเคราะห์

กรณีดังกล่าวจะแตกต่างจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งไม่เกี่ยวกับ การบริหารบุคคลภารภารครัฐ แต่มีความบกพร่องในกระบวนการพิจารณา โดยศาลปกครองสูงสุดจะไม่จัดทำ ข้อสังเกตให้หน่วยงานทางปกครองต้องไปดำเนินการพิจารณาออกคำสั่งให้ถูกต้องแต่อย่างใด ยกตัวอย่างเช่น

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๓๓๓/๒๕๕๗ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ (อธิบดี กรมการขนส่งทางบก) ได้ออกประกาศกรมการขนส่งทางบก เรื่อง ให้ผู้ประสงค์จะขออนุญาตประกอบการขนส่ง ประจำทางด้วยรถที่ใช้ในการขนส่งผู้โดยสารยื่นคำขออนุญาตประกอบการขนส่งลงวันที่ ๒๗ กันยายน ๒๕๕๕ ซึ่งตามกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการประกาศรับคำขออนุญาตประกอบการขนส่งเป็นการทั่วไป เป็นเวลาไม่น้อยกว่า ๓๐ วัน โดยเป็นขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับ การออกใบอนุญาตประกอบการขนส่งที่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ไม่สามารถแสดงได้ว่าได้มีการปิดประกาศดังกล่าวเมื่อใดก็เชื่อได้ว่าประกาศรับคำขอเป็นเวลาไม่ถึง ๓๐ วัน จึงเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการออกใบอนุญาต

ประกอบการขนส่งประจำทางด้วยรถที่ใช้การชนส่งผู้โดยสาร ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ (คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง) มีมติอนุมัติให้ออกใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางให้แก่ผู้ร้องสองดี จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการออกใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางด้วยรถที่ใช้การชนส่งผู้โดยสาร การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ อนุมัติให้ดำเนินการจดทะเบียนบรรรุณโดยสารประจำทางให้แก่ผู้ร้องสองดี ซึ่งเป็นการปฏิบัติตามมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน เพื่อไม่ให้การเดินรถโดยสารประจำทางในลีนทางดังกล่าวwan เป็นบริการสาธารณะต้องหยุดชะงัก และไม่ทำให้ประชาชนต้องได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการมีคำพิพากษาเพิกถอนการออกใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางดังกล่าว กรณีจึงสมควรมีคำพิพากษาให้เพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ และเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ โดยให้การเพิกถอนมีผลเมื่อพ้นกำหนด ๑๙๐ วัน นับแต่วันที่มีคำพิพากษา

จากเนื้อหาของคำพิพากษาข้างต้น อาจสรุปได้ว่าการที่ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาให้การเพิกถอนมีผลไปในอนาคต มิได้เป็น เพราะต้องการให้หน่วยงานทางปกครองไปดำเนินการพิจารณาออกคำสั่งให้ถูกต้องแต่อย่างใด แต่เป็นไปเพื่อประโยชน์ในการจัดการบริการสาธารณะที่อาจได้รับความเสียหายหากต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวในวันที่ทำคำสั่งหรือทำคำพิพากษา

อย่างไรก็ตี ปรากฏว่ามีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยที่บกพร่องในกระบวนการพิจารณา ซึ่งศาลปกครองสูงสุดพิพากษาให้การเพิกถอนคำสั่งมีผลในวันที่ศาลมีคำพิพากษา ได้แก่

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๙/๒๕๕๘ ผู้ฟ้องคดีรับราชการตำรวจ  
สังกัดสถานีตำรวจนครบาลสำราญ ถูกผู้ชักจี้ร้ายนั้นและรถจักรยานยนต์รับจ้างกล่าวหาว่าผู้ฟ้องคดีกับพวก  
ข่มขู่เรียกเก็บเงินเป็นค่าคิวรายวัน อันเป็นพฤติกรรมกระทำการเป็นผู้มีอิทธิพลโดยเรียกผลประโยชน์จาก  
คิวรถจักรยานยนต์และรถจักรยานยนต์รับจ้าง ผู้บังคับการตำรวจนครบาลจันทร์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑) จึงมีหนังสือ  
สั่งให้สถานีตำรวจนครบาลสำราญดำเนินการสอบสวนทางวินัยผู้ฟ้องคดี คณะกรรมการสอบสวนเห็นว่า  
ผู้ฟ้องคดีกระทำการตามที่ถูกกล่าวหาจริง การกระทำของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการกระทำฝิดวินัยอย่างร้ายแรง  
และมีมิติให้ลงโทษได้ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ ต่อมา คณะกรรมการพิจารณาแล้วว่า  
สั่งลงโทษตำรวจนครบาลจันทร์ พิจารณาให้ลงโทษคดีออกจากราชการ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงมีคำสั่ง  
ลงโทษให้ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อคณะกรรมการข้าราชการตำรวจ  
(ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒) โดยคณะกรรมการ ก.ตร. เกี่ยวกับการอุทธรณ์ (อ.ก.ตร. อุทธรณ์) ดำเนินการแทน  
ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ พิจารณาแล้วเห็นว่า คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ที่ลงโทษให้ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ  
เป็นคำสั่งที่ถูกต้องเหมาะสมแล้ว จึงมีมติให้ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีไม่เห็นด้วยจึงนำคดีมาฟ้อง  
ต่อศาลปกครอง ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว โดยให้มีผลนับแต่วันที่มีคำสั่ง  
ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การสั่งให้ข้าราชการตำรวจออกจากราชการและกำหนดแนวทางปฏิบัติต้องเป็น  
ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลหรือรองผู้บัญชาการตำรวจนครบาลหรือผู้ช่วยผู้บัญชาการตำรวจนครบาล  
หรือผู้บัญชาการซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้บัญชาการตำรวจนครบาล ด้วยเหตุนี้ ผู้กำกับการสถานีตำรวจนครบาล  
สำราญ ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาชั้นต้นของผู้ฟ้องคดี และมิได้รับมอบอำนาจจากผู้บัญชาการตำรวจนครบาล  
ในการดำเนินการทางวินัยดังกล่าว จึงมิใช่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรง  
ผู้ฟ้องคดี คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นคำสั่ง

ที่ออกโดยผู้ไม่มีอำนาจจากออกคำสั่ง ซึ่งเป็นเหตุให้คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ออกโดยไม่ชอบด้วยขั้นตอนหรือวิธีการ อันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ส่งผลให้คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ที่ลงโทษให้ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการและมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่ให้ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี ตามผลการสอบสวนของคณะกรรมการสอบสวน ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นกัน จึงพิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ที่ลงโทษให้ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ และมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่ให้ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี โดยให้มีผลนับแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุด มีคำพิพากษา

ทั้งนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้อธิบายเหตุผลให้การเพิกถอนมีผลนับแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุด มีคำพิพากษา โดยสรุปได้ว่า "...ปรากฏว่า ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าว มีเหตุสืบเนื่องมาจากการออกคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยผู้ฟ้องคดีโดยผู้ที่ไม่มีอำนาจ ซึ่งเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และหากศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว จะส่งผลให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ มีหน้าที่ตามกฎหมายต้องไปดำเนินการทางวินัยแก่ผู้ฟ้องคดีใหม่ ให้ถูกต้อง ส่วนผู้ฟ้องคดีจะถือเงื่อนหนึ่งว่าไม่เคยถูกดำเนินการทางวินัยมาก่อน แต่ในระหว่างที่ผู้ฟ้องคดีถูกดำเนินการทางวินัยครั้งใหม่นั้น จะมีผลเกี่ยวนี้เองไปถึงสิทธิต่าง ๆ ในฐานะข้าราชการของผู้ฟ้องคดี กับความเสียหายที่ทางราชการจะได้รับจากการกระทำผิดวินัยของผู้ฟ้องคดี กล่าวคือ การดำเนินการทางวินัย ข้าราชการนั้น ถือว่าเป็นมาตรการสำคัญที่ทางราชการใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมดูแลความประพฤติ ของข้าราชการ เพื่อให้ข้าราชการปฏิบัติหน้าที่ของตนเองให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ทางราชการและการบริการสาธารณะแก่ประชาชน แต่หากมีการกระทำผิดวินัยเกิดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ที่เป็นการกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง ย่อมสร้างความเสียหายแก่ทางราชการเป็นอย่างมาก และมีผลกระทบต่อการบริการสาธารณะแก่ประชาชน ตลอดจนความรู้สึกของลังคอมโดยรวม นอกจากนี้ ในส่วนของขั้นตอนและวิธีการดำเนินการทางวินัยนั้น ก็มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรม แก้ข้าราชการในการที่จะไม่ถูกลงโทษหรือถูกกลั่นแกล้งโดยไม่มีความผิด แต่ถ้าปรากฏว่าข้าราชการดังกล่าวกระทำการผิดวินัยจริงแล้วเพียงแต่มีความบกพร่องเฉพาะในส่วนของขั้นตอนและวิธีการดำเนินการทางวินัย เมื่อจากไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น และเมื่อมีการแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวแล้วก็ไม่อาจทำให้ผลการดำเนินการทางวินัยเปลี่ยนแปลงจากเดิม ด้วยเหตุผลดังกล่าว การพิพากษาคดีของศาลโดยการกำหนด คำบังคับให้เพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยตามกรณีที่กล่าวมานั้น จึงต้องใช้ความระมัดระวังมิให้มีผลในทางตรงกันข้ามโดยการทำให้ข้าราชการที่ได้กระทำการผิดวินัยกลایเป็นผู้ที่พ้นจากความผิดเพราะความบกพร่องในส่วนของขั้นตอนและวิธีการดำเนินการทางวินัย มิฉะนั้น จะเป็นการสร้างความเสียหายให้แก่ทางราชการ เป็นเช่นนี้อีก ดังนั้น เมื่อพิจารณาระหว่างประโยชน์ส่วนตัวของผู้ฟ้องคดีกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อประโยชน์สาธารณะและการบริหารราชการແนิดเดิมแล้ว ศาลปกครองสูงสุดจึงเห็นว่า คดีนี้ ศาลควรพิพากษาเพิกถอนคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และมติที่ให้ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีโดยให้มีผลนับแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา..."

จากเหตุผลที่ศาลปกครองสูงสุดได้อธิบายในคดีนี้ ศาลปกครองสูงสุดมองลักษณะของขั้นตอนและวิธีการดำเนินการทางวินัยว่า เป็นหลักประกันความเป็นธรรมและป้องกันไม่ให้ผู้ถูกกล่าวหาต้องถูกลงโทษทั้งที่ไม่มีความผิด ซึ่งโดยหลักแล้วคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ไม่กระทำตามขั้นตอนหรือหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้จะเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในกรณีนี้ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า แม้ว่า

ต่อมาหน่วยงานทางปกครองจะไปแก้ไขขั้นตอนการดำเนินการทางวินัยที่ผิดพลาดไปแล้ว ผลการพิจารณา ก็ยังคงมีคำสั่งไม่ออกจากราชการเช่นเดิม เช่นนี้ ศาลปกครองสูงสุดไม่ต้องการให้ข้าราชการที่กระทำผิดวินัย กล้ายเป็นผู้ที่พ้นจากความผิดเพราะความบกพร่องในกระบวนการพิจารณาของหน่วยงานทางปกครอง จึงพิพากษาลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นจากให้การเพิกถอนคำสั่งมีผลนับแต่วันที่ทำคำสั่ง เป็นให้มีผลนับแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา โดยไม่พิพากษาให้การเพิกถอนมีผลไปในอนาคต เพื่อให้หน่วยงานทางปกครองได้แก้ไขข้อผิดพลาดในกระบวนการทางวินัยที่เกิดขึ้นแต่อย่างใด

กรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๙/๒๕๕๘ ข้างต้น ซึ่งศาลปกครองสูงสุด ได้ออกคำบังคับให้การเพิกถอนคำสั่งมีผลนับจากวันที่ศาลมีคำพิพากษา ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่อาจได้รับสิทธิต่าง ๆ ในฐานะข้าราชการตាฯ รวมนับจากวันที่หน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งจนกระทั่งถึงวันที่ศาลปกครองสูงสุด ทำคำพิพากษาได้ แต่เมื่อคำสั่งไม่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการได้ถูกเพิกถอนในวันที่ศาลมีคำพิพากษา ก็จะทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับสิทธิต่าง ๆ ในฐานะข้าราชการตាฯ รวมนับจากลับคืนมาเช่นเดิม

#### **๔.๒ ข้อเสนอแนะจากการเปรียบกับหลักการของประเทศสเปน**

คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งไม่มีอำนาจกระทำการ ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ “บกพร่องในความสามารถ” ส่วนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ และวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ “บกพร่องในวิธีพิจารณา” ซึ่งความบกพร่อง ทั้งสองประการนี้ ศาสตราจารย์พิเศษชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนาศานต์ ได้อธิบายว่าเป็น “ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ของสภาพภัยนอกคำสั่งทางปกครอง”<sup>๗</sup> กล่าวคือ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองอันเกิด จากระบวนการทำคำสั่งทางปกครอง ซึ่งในกรณีของคำสั่งลงโทษทางวินัย ก็คือการดำเนินการทางวินัย ที่มีความบกพร่องไม่ถูกต้องตามวิธีการหรือขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนด

อย่างไรก็ดี การพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในความสามารถหรือบกพร่อง ในวิธีพิจารณา จะทำให้คำสั่งทางปกครองที่ออกไม่สมบูรณ์และต้องระงับผลทางกฎหมายมากน้อย เพียงใดนั้น ยังคงมีแนวคิดที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นถึงกรณีของประเทศสเปนที่มีการแบ่งคำสั่งทางปกครอง ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายออกเป็น “โมฆะ” คือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง ต้องถูก ลบล้างผลทางกฎหมายอย่างสิ้นเชิงจนเหมือนว่าคำสั่งสูญเปล่า จึงต้องถูกเพิกถอนนับแต่วันที่ทำคำสั่งนั้น และ “โมฆิยะ” คือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีข้อบกพร่องบางประการ แต่ไม่ร้ายแรง จนถึงขั้นต้องลบล้างผลทางกฎหมายโดยสิ้นเชิง จึงต้องถูกเพิกถอนนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งนั้น แม้ว่าในบางกรณีที่เป็นกรณีพิเศษอย่างยิ่ง ศาลก็อาจเพิกถอนโดยระบุในคำพิพากษาอย่างชัดเจนว่าให้มีผล ย้อนหลังไปนับแต่วันที่ทำคำสั่งนั้น

สำหรับกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งไม่มีอำนาจออกคำสั่ง และคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยข้ามขั้นตอนวิธีพิจารณาทั้งหมดตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย หรือข้ามขั้นตอน การพิจารณาที่สำคัญมาก ในประเทศไทย ทั้งสองกรณีถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะตามบทบัญญัติ ในมาตรา 47.1 b) และมาตรา 47.1 e) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๒๐๑๕ ตามลำดับ แต่หากเป็นกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมายเพียงบางขั้นตอน อันเป็นเหตุให้

<sup>๗</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนาศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพฯ : จิรัชการพิมพ์), หน้า ๑๙๒

ผู้ถูกกล่าวหาไม่อาจใช้สิทธิโดยได้ คำสั่งดังกล่าวก็เป็นโมฆะตามมาตรา ๔๙.๒ แห่งพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๒๐๑๕

กรณีของประเทศไทยเป็นมีความแตกต่างจากประเทศไทยที่มาตรา ๗๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งบัญญัติให้ศาลปกครองใช้คุลพินิจกำหนดคำบังคับให้การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือกฎหมายมีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลัง หรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ ตามความเป็นธรรมแก่คู่กรณี กรณีของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. ๗๖๔/๒๕๔๕ ศาลปกครองสูงสุดได้ให้เหตุผลที่พิพากษาให้การเพิกถอนคำสั่งมีผลไปเมื่อครบกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่มีคำพิพากษาฯ เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมแก่ผู้ฟ้องคดีในอันที่จะได้รับการสอบสวนทางวินัยโดยคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยที่มีองค์ประกอบที่ถูกต้องตามกฎหมาย และเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการด้านการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่จะดำเนินการทางวินัยแก่บุคลากรที่ถูกร้องเรียนกล่าวหาว่าได้กระทำผิดวินัย เพื่อให้ได้ข้อยุติว่าบุคลากรที่ถูกร้องเรียนได้กระทำผิดวินัยตามที่ถูกร้องเรียนกล่าวหาจริงหรือไม่

ในมุมของหน่วยงานทางปกครอง การออกคำบังคับเช่นนี้เป็นประโยชน์ต่อหน่วยงานทางปกครองอย่างมาก เพราะคำสั่งลงโทษทางวินัยยังมีผลใช้บังคับไปอีกหนึ่งร้อยแปดสิบวัน เพื่อให้ในระหว่างนั้นหน่วยงานทางปกครองได้ดำเนินการแก้ไขกระบวนการสอบสวนทางวินัยใหม่ให้ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนด แต่ผู้ฟ้องคดีก็ไม่ได้รับประโยชน์ต่าง ๆ จากการเป็นข้าราชการกลับคืนมา เพราะคำสั่งลงโทษทางวินัยยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ และเมื่อหน่วยงานดำเนินการสอบสวนทางวินัยเสร็จสิ้นแล้ว คำสั่งลงโทษทางวินัยใหม่ที่ออกมาก็จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ขอบด้วยกฎหมาย ส่วนคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ไม่ขอบด้วยกฎหมายอันเป็นวัตถุแห่งคดีนี้ ก็จะถูกเพิกถอนไปโดยผลของคำพิพากษา เท่ากับว่าหน่วยงานทางปกครองได้รับประโยชน์จากการฟ้องคดีนี้ ทั้งที่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งลงโทษทางวินัยเกิดจากความผิดพลาดของหน่วยงานทางปกครองเอง ซึ่งหากมองในมุมของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นบุคคลที่ควรจะได้รับประโยชน์จากการความผิดพลาดของหน่วยงานทางปกครอง กลับไม่ได้รับประโยชน์ใด ๆ จากการฟ้องคดีในครั้งนี้แม้แต่น้อย

หากข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๗๖๔/๒๕๔๕ ที่นำมารวเคราะห์เกิดขึ้นที่ประเทศไทยเป็น กล่าวคือ เป็นกรณีที่คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน (ในประเทศไทยเป็น คือ instructor ผู้สอบสวนทางวินัย) ออกโดยไม่ชอบด้วยขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ทำให้คำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีผลให้การสอบสวนทั้งหมดเสียไป คำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกมาก็จะถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะออกโดยข้ามขั้นตอนการพิจารณาทั้งหมดตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ซึ่งมาตรา 43.1 e) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๒๐๑๕ กำหนดให้คำสั่งลงโทษทางวินัยดังกล่าวเป็นโมฆะ ต้องถูกลบล้างผลงานทางกฎหมายอย่างสิ้นเชิง แนวทางการกำหนดคำบังคับก็จะเป็นแนวทางเดียวกับที่กำหนดในคำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีปกครอง ที่ ๗๖๔/๒๐๑๑ ลงวันที่ ๑๕ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๑๑ (คดีหมายเลขดำที่ ๗๖๔/๒๐๑๑) ซึ่งเป็นคำพิพากษาเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกโดยไม่ได้ดำเนินการทางวินัยตามที่ได้อธิบายไว้แล้วข้างต้น โดยในคำพิพากษาฉบับนี้ ศาลมีกำหนดให้กล่าวถึงประเด็นเรื่องการเพิกถอนให้มีผลไปเมื่อใดเพื่อการเพิกถอนตามหลักเกณฑ์ของคำสั่งที่เป็นโมฆะต้องเพิกถอนนับแต่วันที่ทำการดำเนินการเพิกถอนให้มีผลไปเมื่อใด เนื่องจากการเป็นโมฆะ คือ “การลบล้างผลงานทางกฎหมายอย่างสิ้นเชิง” จนเหมือนว่าคำสั่งนั้นสูญเปล่า

ศาลที่พิจารณาคดีก็ไม่อาจกำหนดคำบังคับให้คำพิพากษามีผลไปในอนาคตเพื่อช่วยเหลือให้หน่วยงานทางปกครองดำเนินการสอบสวนทางวินัยอย่างถูกต้องตามกฎหมายจากการฟ้องคดีในครั้งนี้ได้ แม้ว่าจะไม่ปรากฏบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติว่าด้วยศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. ๑๙๙๘ ที่ห้ามมิให้ศาลใช้คุลพินิจกำหนดระยะเวลาให้การเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองมีผลไปในอนาคตก็ตาม ด้วยเหตุนี้ เมื่อคำสั่งลงโทษทางวินัยได้ถูกเพิกถอนไปแล้วแต่วันที่ทำการฟ้องแล้ว ผู้ฟ้องคดีจะได้รับสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ จากการเป็นข้าราชการกลับคืนมา หากหน่วยงานทางปกครองต้องการลงโทษผู้กระทำผิด ก็ต้องดำเนินการทางวินัยให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายในภายหลัง

จากลักษณะดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ประเทศสเปนให้ความสำคัญกับคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในวิธีพิจารณาเป็นอย่างมาก เพราะนับแต่กฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ. ๑๙๕๘ ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับแรกเป็นต้นมา กรณีของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยข้ามขั้นตอนวิธีพิจารณาทั้งหมดตามที่กฎหมายได้กำหนด ก็ได้ถูกบัญญัติให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ เพราะเป็นคำสั่งที่ถูกทำขึ้นโดยฝ่าฝืนหลักกฎหมายที่สำคัญตามทฤษฎีการพิจารณาความร้ายแรงของการฝ่าฝืนกฎหมายที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

ในที่นี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้ว่าความบกพร่องในกระบวนการสอบสวนทางวินัยจะเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภัยนอคำสั่งทางปกครอง ซึ่งอาจแก้ไขได้ในภายหลังก็ตาม แต่ก็ควรให้ผู้ฟ้องคดีได้รับประโยชน์จากการฟ้องคดีในคราวเดียว จึงแม้ว่าหน่วยงานทางปกครองได้ดำเนินการแก้ไขกระบวนการสอบสวนทางวินัยใหม่ให้ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนด ในภายหลังแล้ว จะไม่อาจทำให้ผลการพิจารณาเปลี่ยนไปจากเดิมก็ตาม แต่อย่างน้อยที่สุด ผู้ฟ้องคดีก็ควรได้รับสิทธิประโยชน์ที่ควรได้รับจากการเป็นข้าราชการนับจากวันที่หน่วยงานทางปกครองได้ออกคำสั่งลงโทษทางวินัยใหม่ซึ่งออกแบบจากที่ได้แก้ไขความบกพร่องนั้นแล้ว เพื่อให้หน่วยงานทางปกครองได้รับบทเรียนจากความผิดพลาดในการดำเนินการทางวินัยของตน

---

ระบบคุณธรรมและความเสมอภาคในการพิจารณาคัดเลือกข้าราชการ  
เพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ<sup>\*</sup>  
(คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. ๕๗/๒๕๖๑)

วิชญ์พาส พิมพ์อักษร<sup>\*\*</sup>

**๑. สาระสำคัญ**

ผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้เพิกถอนประกาศ อ.ก.พ. กรมการปกครอง เรื่อง รับสมัครคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๖๕ รุ่นที่ ๗๒ โดยอ้างว่า ประกาศดังกล่าวไม่เป็นไปตามระเบียบแบบแผนของทางราชการ เนื่องจากประกาศที่พิพากษาใช้หลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอในกลุ่มผู้มีประสบการณ์โดยพิจารณาให้คะแนนส่วนประวัติการรับราชการ ๖๐ คะแนน จากระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งระดับชำนาญการหรือเทียบเท่า ๒๕ คะแนน ระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งระดับชำนาญการซึ่งกรมการปกครอง มีค่าสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่หัวหน้าฝ่ายหรือเทียบเท่า ๑๕ คะแนน และอัตราเงินเดือน ๒๐ คะแนน ซึ่งผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือทักท้วงประกาศดังกล่าวให้ปรับน้ำหนักการคิดคะแนนองค์ประกอบระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งระดับชำนาญการซึ่งกรมการปกครองมีค่าสั่งมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่หัวหน้าฝ่ายหรือเทียบเท่าจาก ๑๕ คะแนน เป็น ๒๐ คะแนน และองค์ประกอบระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งระดับชำนาญการหรือเทียบเท่าจาก ๒๕ คะแนน เป็น ๒๐ คะแนน คดีนี้จึงมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่า ประกาศ อ.ก.พ. กรมการปกครอง ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาประเด็นย่ออย่าง ๓ ประเด็น คือ (๑) อ.ก.พ. กรมการปกครอง มีอำนาจจดออกประกาศที่พิพากษาหรือไม่ (๒) หลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอที่พิพากษาเป็นธรรมหรือไม่ และ (๓) หลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าวสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ วิธีการ และมาตรฐานที่ ก.พ. กำหนดหรือไม่

การวิเคราะห์หลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอตามประกาศ อ.ก.พ. กรมการปกครอง เรื่อง รับสมัครคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๖๕ รุ่นที่ ๗๒ นั้น ทำให้พบประเด็นที่น่าสนใจว่า หลักเกณฑ์ การจัดระเบียบข้าราชการพลเรือนสามัญที่เรียกว่า “ระบบคุณธรรม” ตามมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๔๑ มีความคล้ายคลึงกับหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกผู้สมัครเข้ารับราชการสหพันธ์ตามมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้าราชการสหพันธ์ (Bundesbeamten gesetz – BBG) และหลักเกณฑ์ในการแต่งตั้งข้าราชการในมลรัฐตามมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสถานภาพข้าราชการ ในมลรัฐ (Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern หรือ Beamtenstatusgesetz – BeamtStG) ซึ่งประกอบด้วยความเหมาะสม สมรรถนะ และประสิทธิภาพเฉพาะทาง รวมถึงต้องไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม หลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

\* เผยแพร่ครั้งแรกในอินทราเน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ เดือนเมษายน ๒๕๖๓

\*\* นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน (เกียรตินิยม) (LL.M., Öffentliches Recht) มหาวิทยาลัยบонน (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน ๒ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ทั้ง ๒ ฉบับ จึงมีองค์ประกอบที่ชัดเจนและสมเหตุผลควรแก่การนำมาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ที่พิพากษาเพื่อเป็นแนวทางหากต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมสมสำหรับการคัดเลือกข้าราชการในโอกาสต่อไป

## ๒. ข้อเท็จจริง

ผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งปลัดอำเภอ (เจ้าพนักงานปกครองชำนาญการ) ฟ้องว่า ประธาน อ.ก.พ. กรรมการปกครอง เรื่อง รับสมัครคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ ลงวันที่ ๒๒ มิถุนายน ๒๕๕๕ ในส่วนของผลการคัดเลือกกลุ่มผู้มีประสบการณ์ไม่เป็นไปตามระเบียบแบบแผนของทางราชการ ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับการคัดเลือกเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง (อธิบดีกรมการปกครอง ที่ ๑ และ อ.ก.พ. กรรมการปกครอง ที่ ๒) ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามมาตรา ๓๔ มาตรา ๘๒ (๑) และมาตรา ๑๓๒ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ ผู้ฟ้องคดีซึ่งฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง (๑) เพิกถอน ประธาน อ.ก.พ. กรรมการปกครอง เรื่อง รับสมัครคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ ลงวันที่ ๒๒ มิถุนายน ๒๕๕๕ (๑) เพิกถอนประธาน อ.ก.พ. กรรมการปกครอง เรื่อง ประกาศผลการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ ลงวันที่ ๕ สิงหาคม ๒๕๕๕ เช่นماส่วนที่เกี่ยวกับการคัดเลือกกลุ่มผู้มีประสบการณ์ (๓) ให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองคัดเลือกกลุ่มผู้มีประสบการณ์ตามหลักเกณฑ์ที่ ก.พ. กำหนด และคัดเลือกผู้ฟ้องคดีเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ และ (๔) ให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเยียวยาแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีโดยมีคำสั่งเลื่อนผู้ฟ้องคดีขึ้นดำรงตำแหน่งระดับชำนาญการพิเศษทันทีที่สำเร็จการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องในข้อหาที่ฟ้องขอให้เพิกถอนประธาน อ.ก.พ. กรรมการปกครอง เรื่อง ประกาศผลการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ ไว้พิจารณา เนื่องจากไม่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาล ซึ่งผู้ฟ้องคดีไม่ได้อุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น คำสั่งไม่รับคำฟ้องในข้อหาที่สองจึงถึงที่สุด

ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ให้การว่า สำนักงาน ก.พ. ไม่เคยกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการจัดลำดับอาชูโสของข้าราชการพลเรือนและศือปฏิบัติในลักษณะที่เป็นกฎแต่อย่างใด หลักเกณฑ์ที่ผู้ฟ้องคดีก่อว้างอยู่ในหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร ๐๖๐๔/๑๙๘๔ ลงวันที่ ๑๗ ตุลาคม ๒๕๖๑ ซึ่งแจ้งข้อหารือของสำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติเป็นเพียงแนวทางปฏิบัติ มิได้มีลักษณะเป็นกฎ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จึงมีอำนาจและหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายในการพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการคัดเลือกข้าราชการเข้าศึกษาอบรม และออกประกาศ อ.ก.พ. กรรมการปกครอง เรื่อง รับสมัครคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ ซึ่งมีหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกตามประกาศคณะกรรมการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ โดยแบ่งออกเป็น ๒ กลุ่ม คือ กลุ่มผู้เข้ารับการคัดเลือก จำนวน ๖๐ ราย พิจารณาจากประวัติการรับราชการและการสอบข้อเขียน กับกลุ่มผู้มีประสบการณ์ จำนวน ๓๐ ราย พิจารณาจากประวัติการรับราชการ ความเหมาะสมและความประพฤติ และความรู้ความสามารถและประสบการณ์ทำงานในการดำรงตำแหน่ง ซึ่งในกลุ่มผู้มีประสบการณ์มีวิธีคำนวนคะแนนประวัติการรับราชการ จำนวน ๖๐ คะแนน จากระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งระดับชำนาญการหรือเทียบเท่า จำนวน ๒๕ คะแนน

ศาลปกครองชั้นต้นเปรียบเทียบหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกตามประกาศคณะกรรมการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ กับหลักเกณฑ์การคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๒ รุ่นที่ ๖๘ รุ่นที่ ๖๙ และรุ่นที่ ๗๐ ตามประกาศกรมการปกครอง เรื่อง การคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๒ แล้ว เห็นว่า หลักเกณฑ์การคัดเลือกของกลุ่มผู้มีประสบการณ์ตั้งแต่รุ่นที่ ๖๘ ถึงรุ่นที่ ๗๒ มีหลักเกณฑ์การคัดเลือกที่ไม่แตกต่างกันในสาระสำคัญ กล่าวคือ ให้พิจารณาจาก ๓ องค์ประกอบหลัก ได้แก่ ประวัติการรับราชการหรือความอาวุโสทางราชการ ความรู้ความสามารถ และประสบการณ์ และความเหมาะสมและความประพฤติ โดยให้น้ำหนักองค์ประกอบของประวัติการรับราชการหรือความอาวุโสทางราชการถึง ๖๐ คะแนน จากคะแนนรวม ๑๐๐ คะแนน เพื่อเปิดโอกาสให้ข้าราชการที่มีความอาวุโสและมีประสบการณ์การทำงานได้เข้ารับการศึกษาอบรมในหลักสูตรนายอำเภอ

มากขึ้น แทนที่จะใช้วิธีการคัดเลือกโดยการสอบถามแข่งขันเพียงอย่างเดียว โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวพิจารณาให้คะแนนระยะเวลาในการดำเนินการดำเนินการและดับชำนาญการหรือเทียบเท่า จำนวน ๒๕ คะแนน ระยะเวลาในการดำเนินการดำเนินการและดับชำนาญการซึ่งกรรมการปักครองมีคำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่หัวหน้าฝ่ายหรือเทียบเท่า จำนวน ๑๕ คะแนน และอัตราเงินเดือน ๒๐ คะแนน ซึ่งรายละเอียดการคำนวณคะแนนตามประกาศที่พิพากษาให้เห็นว่า วิธีการให้คะแนนดังกล่าวมีการคำนวณที่ลักษณะเดียวกัน ซึ่งต้อง ชัดเจน เป็นธรรม และตรวจสอบได้โดยผู้ที่เข้ารับการคัดเลือกแต่ละคนจะได้รับคะแนนเฉลี่ยตามสัดส่วนระยะเวลาที่ตนดำเนินการดำเนินการ และอัตราเงินเดือนที่ได้รับ ผู้ที่มีระยะเวลาการดำเนินการดำเนินการและดับชำนาญการหรือเงินเดือนต่ำสุดจะได้คะแนนเต็มและผู้ที่มีระยะเวลาการดำเนินการดำเนินการและดับชำนาญการหรือเงินเดือนต่ำสุดจะได้คะแนนน้อยที่สุดในองค์ประกอบนั้น จึงไม่ขัดกับความเห็นเรื่องการจัดลำดับอาชีวศึกษาข้าราชการพลเรือนที่ ก.พ. กำหนด เมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้กำหนดหลักเกณฑ์การคัดเลือกดังกล่าวแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ที่ผ่านมาในสาระสำคัญเพื่อเป็นการช่วยเหลือบุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลใดให้ได้รับการคัดเลือกเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตร นายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๗ อันเป็นการเลือกปฏิบัติ ดังนั้น ประกาศ อ.ก.พ. กรรมการปักครองเรื่อง รับสมัครคัดเลือกข้าราชการ เพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๗ ลงวันที่ ๒๗ มิถุนายน ๒๕๕๕ ในส่วนที่เกี่ยวกับการคัดเลือกกลุ่มนี้มีประสบการณ์ จึงขอบคุณด้วยกฎหมาย ส่วนกรณีที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีดำเนินการดำเนินการและดับต้นภายใน ๔๕ วัน นับตั้งแต่ได้รับแต่งตั้งให้ดำเนินการดำเนินการและดับชำนาญการพิเศษนั้น เมื่อศาลได้วินิจฉัยว่า การดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ชอบด้วยกฎหมายแล้ว จึงไม่มีเหตุที่ศาลจะต้องพิจารณาเกี่ยวกับคำขอนี้ ศาลปักครองซึ่งตั้งพิพากษายกฟ้อง

ผู้พ้องคิดอุทธรณ์ว่า ผู้พ้องคิดได้มีหนังสือทักท้วงขอให้มีการกระจายน้ำหนักคะแนนประจำตัวการรับราชการ ๒๐ - ๒๐ - ๒๐ เมื่อปี พ.ศ. ๖๘ รุ่นที่ ๖๙ และรุ่นที่ ๗๐ เพราะผู้พ้องคิดจะได้รับการคัดเลือกเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ การที่ผู้ถูกพ้องคิดทิ้งสองกำหนดค่าคะแนนรุ่นที่ ๗๐ โดยกระจายน้ำหนักคะแนนประจำตัวการรับราชการ ๒๕ - ๑๕ - ๒๐ ทำให้ผู้พ้องคิดไม่ได้รับการคัดเลือกเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ รุ่นที่ ๗๒ และเสียสิทธิในความก้าวหน้าในหน้าที่ราชการ ผู้พ้องคิดจึงขอให้ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น และให้ผู้ถูกพ้องคิดทิ้งสองเยี่ยวยาแก่ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ผู้พ้องคิด โดยมีคำสั่งเลื่อนผู้พ้องคิดขึ้นดำรงตำแหน่งระดับชำนาญการพิเศษทันทีที่สำเร็จการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ และแต่งตั้งผู้พ้องคิดดำรงตำแหน่งร่วมกับผู้พ้องคิดอุทธรณ์

ผู้อุปถัมภ์ที่ต้องการดำเนินการพิเศษทันทีเมื่อสำเร็จการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ และให้มีคำสั่งแต่งตั้งผู้อุปถัมภ์ที่ต้องการดำเนินการพิเศษทันทีใน ๕๕ วัน นับตั้งแต่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำเนินการพิเศษไม่สามารถทำได้ทั้งสองกรณี เนื่องจากการแต่งตั้งข้าราชการต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่สำนักงาน ก.พ. กำหนด

### ๓. คำวินิจฉัย

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การที่คณะกรรมการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ ได้กำหนดค่าคะແນนในเรื่องระยะเวลาในการทำงานตำแหน่งชำนาญการหรือเทียบเท่า ๒๕ คะแนน สูงกว่าค่าคะແນนระยะเวลาในการทำงานตำแหน่งระดับชำนาญการซึ่งกรรมการปกครองมีคำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่หัวหน้าฝ่ายหรือเทียบเท่าซึ่งกำหนดค่าคະແນนไว้๑๕ คะแนน และสูงกว่าอัตราเงินเดือนซึ่งกำหนดไว้ ๒๐ คะแนน เป็นการให้ความสำคัญในเรื่องหลักความอาวุโสทางราชการ ซึ่งข้าราชการทุกคนจะได้รับค่าคະແນนตามระยะเวลาที่ทำงานตำแหน่งชำนาญการ ข้าราชการรายได้ที่ได้รับคำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่หัวหน้าฝ่ายหรือเทียบเท่าด้วย ก็จะได้รับค่าคະແນนเพิ่มขึ้นตามระยะเวลาที่ได้ปฏิบัติหน้าที่หัวหน้าฝ่ายหรือเทียบเท่าซึ่งมีค่าคະແນนสูงสุดถึง ๑๕ คะแนน เป็นการให้ค่าคະແນนเพิ่มขึ้นสำหรับข้าราชการที่มีหน้าที่ความรับผิดชอบสูงกว่าข้าราชการรายอื่น อันเป็นการพิจารณาความอาวุโสประกอบด้วยเช่นกัน ส่วนอัตราเงินเดือนที่มีค่าคະແນน ๒๐ คะแนน เป็นการให้ความสำคัญกับข้าราชการที่ปฏิบัติหน้าที่จนเกิดผลสำเร็จของงานและได้รับการเลื่อนขั้นเงินเดือนสูงกว่าข้าราชการรายอื่น ซึ่งเป็นกรณีที่พิจารณาถึงความอาวุโสเช่นกัน ทั้งวิธีการคำนวนค่าคະແນนก็ได้มีการกำหนดไว้อย่างละเอียด ชัดเจนสามารถตรวจสอบได้ ประกอบกับหลักเกณฑ์ดังกล่าวใช้บังคับกับข้าราชการทุกราย ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลใดหรือกลุ่มใดเป็นการเฉพาะ และแม้ว่าประกาศหลักเกณฑ์และวิธีการในการพิจารณาคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ กลุ่มผู้มีประสบการณ์ จะแตกต่างจากประกาศหลักเกณฑ์และวิธีการในการพิจารณาคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ในปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๒ รุ่นที่ ๖๘ รุ่นที่ ๖๙ และรุ่นที่ ๗๐ ตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้าง แต่ก็เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นธรรมและอยู่ในขอบเขตและเจตนาการมั่นคงที่กฎหมายกำหนดไว้ตามนัยมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ แล้วดังนั้น ประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ เรื่อง รับสมัครคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ ลงวันที่ ๒๒ มิถุนายน ๒๕๕๕ ในส่วนที่เกี่ยวกับการคัดเลือกกลุ่มผู้มีประสบการณ์ จึงชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับกรณีที่ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ว่า หากคณะกรรมการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการ เช่นเดียวกันกับหลักเกณฑ์ที่ใช้กับรุ่นที่ ๖๘ รุ่นที่ ๖๙ และรุ่นที่ ๗๐ ผู้ฟ้องคดีจะได้เข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ในรุ่นที่ ๗๒ นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีจะได้รับการคัดเลือกเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ หรือไม่ ขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์และวิธีการตามประกาศคณะกรรมการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ ซึ่งศาลวินิจฉัยแล้วว่าชอบด้วยกฎหมาย อุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีในประเด็นนี้ฟังไม่เข้า ส่วนอุทธรณ์ข้ออื่นมิได้เป็นประเด็นที่จะมีผลต่อคดีจึงไม่จำต้องวินิจฉัย

การที่ศาลปกครองขึ้นต้นพิพากษายกฟ้องนั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย พิพากษายืน

#### ๔. บทวิเคราะห์

๔.๑ อ.ก.พ. กรรมการปักครอง มีอำนาจออกประกาศ อ.ก.พ. กรรมการปักครอง เรื่อง รับสมัครคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ หรือไม่

แม้ผู้ท้องคดีจะไม่ได้อ้างประเด็นอำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ในกรอบออกประกาศ อ.ก.พ. กรรมการปักครอง เรื่อง รับสมัครคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ แต่การวิเคราะห์ประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของประกาศฉบับนี้ได้ย่อมาต้องพิจารณาถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการออกประกาศฉบับนี้ด้วย เพื่อวิเคราะห์ว่า หน่วยงานของรัฐได้ออกประกาศโดยมีอำนาจ ภายใต้ขอบเขตของอำนาจ และโดยถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้หรือไม่

อ.ก.พ. กรรมการปักครอง หมายถึง คณะกรรมการสามัญประจำกรรมการปักครอง ตามมาตรา ๑๔ วรรคหนึ่ง (๒) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๔๑ โดยกรรมการปักครอง เป็นส่วนราชการในกระทรวงมหาดไทย ตามมาตรา ๓๑ (๓) แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. ๒๕๔๕ อ.ก.พ. กรรมการปักครอง มีอำนาจหน้าที่พิจารณากำหนดนโยบาย ระบบ และระเบียบ วิธีการบริหารทรัพยากรบุคคลในกรรมการปักครอง ตามมาตรา ๑๙ (๑) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบ ข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๔๑ ซึ่งต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ วิธีการ และมาตรฐานที่ ก.พ. กำหนด ตามมาตรา ๘ (๓) และนโยบายและระบบการบริหารทรัพยากรบุคคลที่ อ.ก.พ. กระทรวงกำหนด ตามมาตรา ๑๖ (๑) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ในฐานะ อ.ก.พ. กรรมการปักครอง ได้มีมติ อนุมัติหลักการให้มีการคัดเลือกข้าราชการเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอประจำปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ กลุ่มผู้มีประสบการณ์ในการปฏิบัติงานเพื่อเป็นการเสริมสร้างความก้าวหน้าของข้าราชการ ในสังกัดกรรมการปักครอง เมื่อวันที่ ๑๑ พฤษภาคม ๒๕๕๕ และได้มีมติเห็นชอบให้มีการดำเนินการ คัดเลือกข้าราชการให้เข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ จำนวน ๙๐ ราย เมื่อวันที่ ๒๐ มิถุนายน ๒๕๕๕ รวมทั้งมีมติเห็นชอบแต่งตั้งคณะกรรมการคัดเลือก ข้าราชการให้เข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ และวิธีการคัดเลือก กำหนดระยะเวลาเกี่ยวกับการคัดเลือก และการตรวจสอบข้อมูล ดำเนินการคัดเลือกตลอดกระบวนการ และรายงานผลการคัดเลือกตามแนวทาง ที่ อ.ก.พ. กรรมการปักครองกำหนด ตลอดจนตรวจสอบข้อมูลในกรณีที่มีผู้ทักท้วง ต่อมาก ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ในฐานะประธาน อ.ก.พ. กรรมการปักครอง ได้มีคำสั่ง อ.ก.พ. กรรมการปักครอง ที่ ๒/๒๕๕๕ ลงวันที่ ๒๑ มิถุนายน ๒๕๕๕ แต่งตั้งคณะกรรมการคัดเลือกข้าราชการให้เข้ารับการศึกษา อบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ หลังจากนั้น คณะกรรมการคัดเลือกฯ จึงออกประกาศ อ.ก.พ. กรรมการปักครอง เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการในการพิจารณาคัดเลือกข้าราชการ ให้เข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ รุ่นที่ ๗๒ ลงวันที่ ๒๒ มิถุนายน ๒๕๕๕ ที่พิพากษา

ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จึงมีอำนาจตามมาตรา ๑๙ (๑) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ ในการออกประกาศ อ.ก.พ. กรรมการปกครอง เรื่อง รับสมัครคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ โดยได้ดำเนินการประชุมและมีมติแต่งตั้งคณะกรรมการคัดเลือกข้าราชการให้เข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ ทำหน้าที่พิจารณากำหนดรายละเอียดของหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกก่อนออกประกาศที่พิพากษาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว

#### ๔.๒ หลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ เป็นธรรมหรือไม่

ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ประกาศ อ.ก.พ. กรรมการปกครอง เรื่อง การรับสมัครคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ กำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเข้ารับการคัดเลือกซึ่งต้องเป็นข้าราชการระดับชำนาญการในสังกัดกรรมการปกครอง และมีคุณสมบัติครบถ้วน ดังนี้

๑. มีคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งเจ้าพนักงานปกครองระดับปฏิบัติการโดยต้องได้รับบุตรปฏิญญาตรี ปริญญาโท หรือปริญญาเอก ในสาขาวิชารัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือนิติศาสตร์

๒. เคยดำรงตำแหน่งประจำทางวิชาการระดับชำนาญการมาแล้วไม่น้อยกว่า ๒ ปี หรือตำแหน่งอื่นที่เทียบได้ไม่ต่ำกว่านี้

๓. มีสุขภาพร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง สามารถเข้ารับการอบรมได้ตลอดหลักสูตร และมีหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกตามประกาศคณะกรรมการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการในการพิจารณาคัดเลือกข้าราชการให้เข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ รุ่นที่ ๗๒ ลงวันที่ ๒๒ มิถุนายน ๒๕๕๕ โดยแบ่งออกเป็น ๒ กลุ่ม ดังนี้

๑. กลุ่มผู้เข้ารับการคัดเลือก จำนวน ๖๐ ราย พิจารณาจาก

๑.๑ ประวัติการรับราชการ จำนวน ๒๐ คะแนน ประกอบด้วยระยะเวลาการดำรงตำแหน่งระดับชำนาญการซึ่งกรรมการปกครองมีคำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่หัวหน้าฝ่ายหรือเทียบท่า ๑๐ คะแนน และคะแนนประเมินจากผู้บังคับบัญชา ๑๐ คะแนน

๑.๒ การสอบข้อเขียน จำนวน ๘๐ คะแนน ประกอบด้วยการสอบข้อเขียนแบบปรนัย ๖๐ คะแนน และการสอบข้อเขียนแบบอัตนัย ๒๐ คะแนน

๒ กลุ่มผู้มีประสบการณ์ จำนวน ๓๐ ราย พิจารณาจาก

๒.๑ ประวัติการรับราชการ จำนวน ๖๐ คะแนน ประกอบด้วย ระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งระดับชำนาญการซึ่งกรรมการปกครองมีคำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่หัวหน้าฝ่ายหรือเทียบท่า จำนวน ๑๕ คะแนน ระดับชำนาญการซึ่งกรรมการปกครองมีคำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่หัวหน้าฝ่ายหรือเทียบท่า จำนวน ๑๕ คะแนน และอัตราเงินเดือน จำนวน ๒๐ คะแนน

๒.๒ ความเหมาะสมและความประพฤติ จำนวน ๑๕ คะแนน ประกอบด้วย ประวัติการดำเนินการทางวินัยและความประพฤติ จำนวน ๕ คะแนน และผลการประเมินจากผู้บังคับบัญชา จำนวน ๑๐ คะแนน

๒.๓ ความรู้ความสามารถและประสบการณ์ทำงานในการดำรงตำแหน่ง จำนวน ๒๕ คะแนน ประกอบด้วยวุฒิการศึกษาสูงสุด จำนวน ๕ คะแนน และประสบการณ์ทำงานในการดำรงตำแหน่ง เจ้าพนักงานปกครองหรือเกื้อภูมิ<sup>๑</sup> จำนวน ๒๐ คะแนน

โดยมีวิธีคำนวณคะแนนสำหรับองค์ประกอบการสอบข้อเขียน ความเหมาะสมและความประพฤติ และวุฒิการศึกษาสูงสุด ตามผลคะแนนการสอบ ผลคะแนนการประเมินโดยผู้บังคับบัญชา และตามเกณฑ์คะแนนที่พิจารณาจากคุณสมบัติส่วนบุคคล เช่น วุฒิการศึกษาสูงสุด และประวัติการรับโ呼ชทางวินัย ส่วนองค์ประกอบที่เป็นระยะเวลาทั้งหมด รวมถึงองค์ประกอบประสบการณ์ทำงาน ใช้วิธีการพิจารณาคัดแนบอิงกลุ่ม กล่าวคือ นับระยะเวลาการดำรงตำแหน่งที่ต้องการคำนวณจนถึงวันประกาศรับสมัครเป็นจำนวนวัน แล้วนำระยะเวลาการดำรงตำแหน่งของผู้สมัครหักด้วยระยะเวลาการดำรงตำแหน่งของผู้สมัครรายที่ต่ำสุด หารด้วยระยะเวลาการดำรงตำแหน่งของผู้สมัครรายที่สูงสุดหักด้วยระยะเวลาการดำรงตำแหน่งของผู้สมัครรายที่ต่ำสุด แล้วนำผลลัพธ์ที่ได้คูณด้วยคะแนนเต็มขององค์ประกอบนั้น ทำให้ผู้ที่มีระยะเวลาการดำรงตำแหน่งสูงสุดได้คะแนนเต็ม ผู้สมัครรายอื่นได้คะแนนลดหลั่นกันไป และผู้ที่มีระยะเวลาการดำรงตำแหน่งต่ำสุดไม่ได้คะแนนจากองค์ประกอบข้อนี้ วิธีคำนวณนี้ใช้กับการคำนวณคะแนนสำหรับองค์ประกอบอัตราเงินเดือนด้วย

การคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอถือเป็นการพิจารณาให้ประโยชน์อื่นแก่ข้าราชการที่จะต้องเป็นไปอย่างเป็นธรรมโดยพิจารณาจากผลงาน ศักยภาพ และความประพฤติ และจะนำความคิดเห็นทางการเมืองหรือสังกัดพรรคการเมืองมาประกอบการพิจารณา มิได้ ตามมาตรา ๔๒ (๓) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑<sup>๒</sup> ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการจัดระเบียบข้าราชการพลเรือนสามัญตามพระราชบัญญัตินี้ ให้คำนึงถึงระบบคุณธรรม

คำว่า “ระบบคุณธรรม” ไม่เหมือนกับคำว่า “คุณธรรม” เสียที่เดียว แต่ก็มีที่มา จากคำว่า “คุณธรรม” พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ ได้ให้ความหมายของคำว่า “คุณธรรม” ไว้ว่า “สภาพคุณงามความดี” ซึ่งศาสตราจารย์รานินทร์ กรัยวิเชียร ได้กล่าวไว้ว่า การที่จะนิจฉัยว่าบุคคลใด มีคุณธรรมดีเด่นมากน้อยเพียงใดนั้น ย่อมต้องพิจารณาโดยรวมว่าบุคคลนั้นมีอุปนิสัยและประพฤติปฏิบัติตนอย่างไร ดำรงตนอยู่ในกรอบของกฎหมายและศีลธรรมหรือไม่อย่างไร เป็นผู้มีความรับผิดชอบต่อหน้าที่การทำงาน และต่อสังคมอย่างไร และเป็นผู้ที่ยึดมั่นในความถูกต้องชอบธรรมหรือไม่<sup>๓</sup> โดยอาจารย์ประวีณ ณ นคร

<sup>๑</sup> นับระยะเวลาการดำรงตำแหน่งในสายงานเจ้าพนักงานปกครอง หรือสายงานอื่นซึ่งปฏิบัติงานในลักษณะเกื้อภูมิกับตำแหน่งสายงานเจ้าพนักงานปกครอง ในสังกัดกรมการปกครองจนถึงวันประกาศรับสมัครรวมกัน เป็นจำนวนวัน

<sup>๒</sup> มาตรา ๔๒ (๓) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑

การจัดระเบียบข้าราชการพลเรือนสามัญตามพระราชบัญญัตินี้ ให้คำนึงถึงระบบคุณธรรมดังต่อไปนี้

(๓) การพิจารณาความต้องความชอบ การเลื่อนตำแหน่ง และการให้ประโยชน์อื่นแก่ข้าราชการ ต้องเป็นไปอย่างเป็นธรรมโดยพิจารณาจากผลงาน ศักยภาพ และความประพฤติ และจะนำความคิดเห็นทางการเมือง หรือสังกัดพรรคการเมืองมาประกอบการพิจารณาได้

<sup>๓</sup> รานินทร์ กรัยวิเชียร, “คุณธรรมและจริยธรรมของผู้บริหาร,” ในการประชุมเชิงปฏิบัติการ เรื่อง การเสริมสร้างจริยธรรมเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน : เขิดชุดคุณธรรมนำจังหวัดใสสะอาด, จัดโดยศูนย์ส่งเสริมจริยธรรมสถาบันพัฒนาข้าราชการพลเรือน สำนักงาน ก.พ. เชียงใหม่, ๒๕๕๗ ใน รานินทร์ กรัยวิเชียร, คุณธรรมและจริยธรรมของผู้บริหาร, (นนทบุรี : โรงพิมพ์สำนักงาน ก.พ., ๒๕๕๗), น.๓-๔.

เห็นว่า คำว่า “คุณธรรม” ตามมาตรา ๓๔ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑<sup>๑</sup> มีความหมายต่างจากคำว่า “ระบบคุณธรรม” ตามมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน กล่าวคือ “คุณธรรม” ตามมาตรา ๓๔ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ มีความหมายคล้ายคำว่า “virtue” ในภาษาอังกฤษซึ่งเป็นความดีงามในจิตใจ ทำให้คนมีจิตใจดีประพฤติดี เป็นพลังในการทำงาน ใช้ผลักดันคนให้ทำงาน ส่วน “ระบบคุณธรรม” ตามมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ มีความหมายคล้ายคำว่า “merit” ซึ่งเป็นความดีงามทางกายภาพ ความดีงามในความรู้ความสามารถ ทักษะ และความประพฤติ<sup>๒</sup> ทำให้คนมีคุณภาพและใช้เป็นคุณสมบัติในการคัดเลือกคนเข้าทำงาน<sup>๓</sup>

ระบบคุณธรรม (Merit System) จึงเป็นระบบหนึ่งในการบริหารทรัพยากรบุคคล ที่ให้อิสระแก่คนที่มีคุณสมบัติ ความรู้ความสามารถ ได้แข่งขันอย่างเท่าเทียมกัน โดยปราศจาก การอาศัยความสัมพันธ์ส่วนตัว หรือเส้นสายทางการเมือง ใช้บังคับกับข้าราชการพลเรือนสามัญตั้งแต่ ประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๗๑ เพื่อแทนที่ระบบอุปถัมภ์ (Patronage System) และระบบพรครพ旺 (Spoils System)<sup>๔</sup> ระบบคุณธรรมมีหลักสำคัญอยู่ ๔ ประการ<sup>๕</sup> คือ

- สมรรถนะ (Competency) ซึ่งประกอบด้วย ความรู้ ความสามารถ ทักษะ หรือประสบการณ์ และความประพฤติ

- ความเสมอภาคในโอกาส (Equality of Opportunity) หมายถึง ความเสมอภาคในการพิจารณาซึ่งคนที่มีคุณสมบัติเหมือนกันจะต้องได้รับการพิจารณาด้วยกันโดยไม่ลำเอียงและไม่มีอคติ

- ความมั่นคงในอาชีพการทำงาน (Security of Tenure) เป็นหลักประกันที่คุ้มครอง ข้าราชการพลเรือนสามัญว่าไม่ต้องออกจากราชการโดยเหตุผลส่วนตัวหรือเหตุผลทางการเมือง การออกจากราชการต้องเป็นไปตามกรณี หลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนดไว้

<sup>๑</sup> มาตรา ๓๔ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑

การจัดระเบียบข้าราชการพลเรือนต้องเป็นไปเพื่อผลสัมฤทธิ์ต่อการกิจของรัฐความมีประสิทธิภาพ และความคุ้มค่า โดยให้ข้าราชการปฏิบัติราชการอย่างมีคุณภาพ คุณธรรม และมีคุณภาพชีวิตที่ดี

<sup>๒</sup> ชั่งทอง โภภัสศิริวิทย์, “การพิทักษ์ระบบคุณธรรมกับการบริหารราชการแผ่นดิน,” ใน ๖ ปี ก.พ.ค. ก่อร่างสร้างฐาน, จัดพิมพ์โดยสำนักพิทักษ์ระบบคุณธรรม สำนักงาน ก.พ., (นนทบุรี : โรงพิมพ์สำนักงาน ก.พ., ๒๕๕๗), น. ๑๒๓.

<sup>๓</sup> ประวิณ ณ นคร, “การพิทักษ์ระบบคุณธรรม,” ในการประชุมสัมมนา เรื่อง การพิทักษ์ระบบคุณธรรม ในราชการพลเรือน, กรุงเทพมหานคร, ๒๕๕๓ ใน ประวิณ ณ นคร, “บรรยายพิเศษ เรื่อง การพิทักษ์ระบบคุณธรรม,” ปีที่ ๕๕ ฉบับที่ ๕ วารสารข้าราชการ ๑, น. ๒-๓ (กันยายน-ตุลาคม ๒๕๕๓).

<sup>๔</sup> คณะกรรมการมาธิการขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศไทยด้านการบริหารราชการแผ่นดินอธิบาย “ระบบอุปถัมภ์” ว่าเป็นระบบที่ดำเนินการตอบแทนประโยชน์และการสนับสนุนซึ่งกันและกัน ส่วน “ระบบพรครพ旺” เป็นระบบที่อาศัยความรู้จักมักคุ้น ขอบอกัน ใช้สำหรับข้าราชการการเมือง ทั้งนี้ ไม่พบทะลงข้อมูลภาษาอังกฤษที่แยกความแตกต่างระหว่างสองระบบนี้

<sup>๕</sup> คณะกรรมการมาธิการขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศไทยด้านการบริหารราชการแผ่นดิน, รายงานของคณะกรรมการมาธิการขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศไทยด้านการบริหารราชการแผ่นดิน สถาบันเคลื่อนการปฏิรูปประเทศไทย เรื่อง การปฏิรูประบบการแต่งตั้งข้าราชการและส่งเสริมคุณธรรมและจริยธรรมแก่ข้าราชการ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานเลขานุการสภาพผู้แทนราชภูมิ, ๒๕๕๙), น. ๗-๘.

- ความเป็นกลางทางการเมือง (Political Neutrality) ข้าราชการประจำสามารถ เป็นสมาชิกพรรคการเมืองได้ แต่จะดำเนินการทางการเมืองไม่ได้<sup>๙</sup> และจะนำเหตุผลทางการเมืองมาใช้ ในการบริหารทรัพยากรบุคคลของข้าราชการพลเรือนไม่ได้<sup>๑๐</sup>

มาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ เป็นการนำระบบคุณธรรมมาใช้โดยอธิบายขยายความให้เหมาะสมกับบริบทของระบบข้าราชการไทย โดยนำ หลักระบบคุณธรรม หลักผลสัมฤทธิ์ ซึ่งได้แก่ ประสิทธิภาพและประสิทธิผล (Efficiency & Effectiveness)<sup>๑๑</sup> และหลักสนองประโยชน์ของราชการ (Responsiveness)<sup>๑๒</sup> มาใช้ร่วมกันอย่างสมดุลผ่านความเป็นธรรม ใน การพิจารณา (Fairness)<sup>๑๓</sup> เมื่อพิจารณามาตรา ๔๒ (๓) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ จึงพบว่า การพิจารณาความดีความชอบ การเลื่อนตำแหน่ง และการให้ประโยชน์อื่นแก่ข้าราชการ ต้องมีองค์ประกอบ ดังต่อไปนี้

- เป็นไปอย่างเป็นธรรม (ความเสมอภาคในโอกาสและความเป็นธรรมในการพิจารณา)
- พิจารณาจากผลงาน (สมรรถนะและประสิทธิผล) ศักยภาพ (สมรรถนะ และประสิทธิภาพ) และความประพฤติ (สมรรถนะ ประสิทธิภาพและประสิทธิผล) และ
- นำความคิดเห็นทางการเมืองหรือสังกัดพรรคการเมืองมาประกอบการพิจารณา มิได้ (ความเป็นกลางทางการเมืองและความเป็นธรรมในการพิจารณา)

ประกาศ อ.ก.พ. กรมการปกครอง เรื่อง รับสมัครคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับ การศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๗ ไม่ปรากฏการนำความคิดเห็น ทางการเมืองหรือสังกัดพรรคการเมืองมาประกอบการพิจารณา และไม่ปรากฏการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ต่อบุคคลด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง จึงไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๒๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐<sup>๑๔</sup> บุคคลที่สุภาพร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงสามารถเข้ารับ

<sup>๙</sup> ประวีน ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๖, น. ๓-๔.

<sup>๑๐</sup> คณะกรรมการอิทธิพลทางการเมือง คณานิต วิจัยและประเมินผล รายงาน ๒๕๕๘ ว่า ความคิดเห็นทางการเมือง จึงไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๒๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐<sup>๑๕</sup> บุคคลที่สุภาพร่างกายสมบูรณ์แข็งแรงสามารถเข้ารับ

<sup>๑๑</sup> หลักผลสัมฤทธิ์ คือ การคำนึงถึงประสิทธิภาพและประสิทธิผลที่จะเกิดขึ้นกับราชการ โดยพิจารณา จากผลงานอันเป็นที่ประจักษ์ ประสบการณ์อันเป็นที่ยอมรับ วินัยและความประพฤติที่เหมาะสม การวางแผน มนุษยสัมพันธ์ รวมถึงการทำงานร่วมกับผู้อื่น ใน สุขภาพ ใจ ความคิดเห็นทางการเมือง ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง จึงไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๒๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐<sup>๑๖</sup>.

<sup>๑๒</sup> หลักสนองประโยชน์ของราชการ คือ การคำนึงถึงประโยชน์ที่เกิดขึ้นกับราชการและประเทศ การสร้างความพึงพอใจให้กับประชาชน ใน คณานิต วิจัยและประเมินผลทางการเมือง รายงาน ๒๕๕๘ ว่า ความคิดเห็นทางการเมือง จึงไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๒๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐<sup>๑๗</sup>.

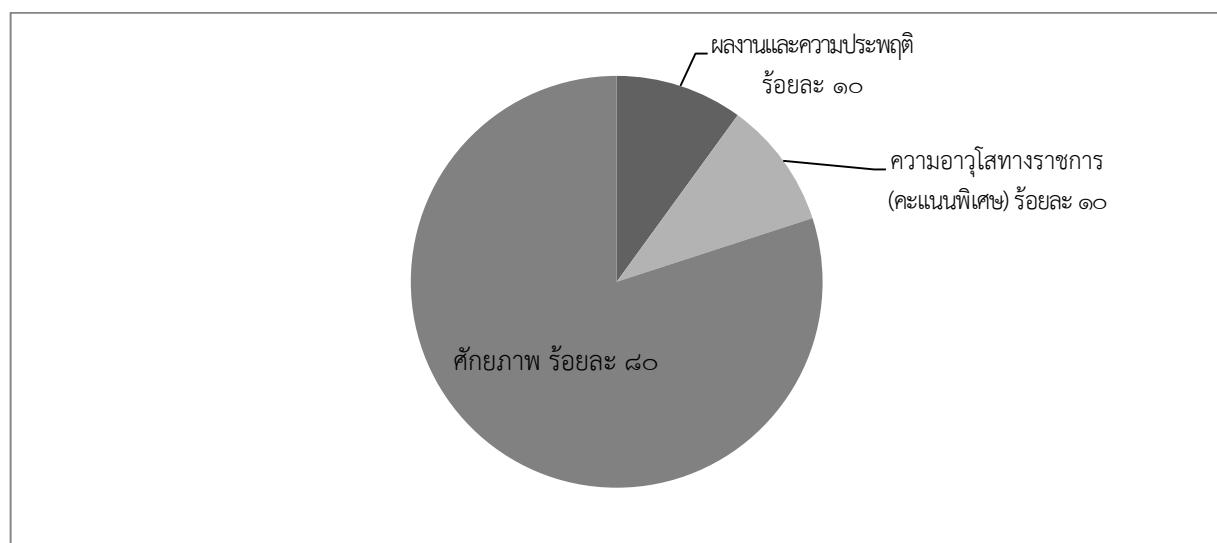
<sup>๑๓</sup> คณานิต วิจัยและประเมินผลทางการเมือง รายงาน ๒๕๕๘ ว่า ความคิดเห็นทางการเมือง จึงไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๒๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐<sup>๑๘</sup>.

<sup>๑๔</sup> มาตรา ๒๗ วรรคสาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐<sup>๑๙</sup> การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใดจะกระทำมิได้

การอบรมได้ตลอดหลักสูตร ที่ได้รับบุณฑิปริญญาตรี ปริญญาโท หรือปริญญาเอก ในสาขาวิชาธุรกิจศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือนิติศาสตร์ และเคยดำรงตำแหน่งประเภทวิชาการระดับชำนาญการหรือเทียบเท่าไม่น้อยกว่า ๒ ปี ทุกคนมีสิทธิที่จะสมัครและได้รับการคัดเลือกตามหลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าว การคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ จึงรับรองความเสมอภาคในโอกาส พร้อมทั้งกำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครที่แสดงถึงสมรรถนะหรือศักยภาพ และเป็นไปตามหลักผลสัมฤทธิ์

ส่วนหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรม หลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ ซึ่งแบ่งข้าราชการที่เข้ารับการคัดเลือกออกเป็น กลุ่มผู้เข้ารับการคัดเลือกและกลุ่มผู้มีประสบการณ์ มีการพิจารณาผลงาน ศักยภาพ และความประพฤติตามมาตรา ๔๒ (๓) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ ในอัตราร่วม ดังต่อไปนี้

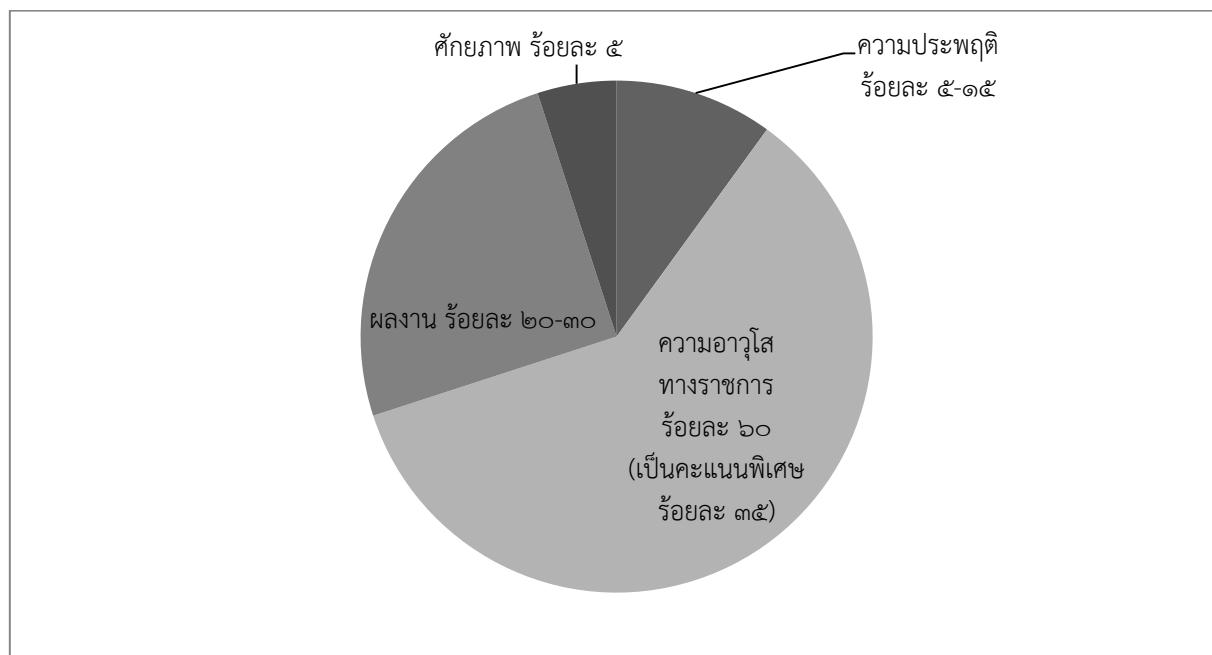
- กลุ่มผู้เข้ารับการคัดเลือกมีคะแนนเต็ม ๑๐๐ คะแนน รับการพิจารณาด้านศักยภาพ จากการสอบข้อเขียน ๘๐ คะแนน รับการพิจารณาด้านผลงานและความประพฤติจากคะแนนประเมินโดยผู้บังคับบัญชา ๑๐ คะแนน และนำระยะเวลาการดำรงตำแหน่งระดับชำนาญการซึ่งกรรมการประกอบ มีคำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่หัวหน้าฝ่ายหรือเทียบเท่ามาเป็นคะแนนพิเศษสำหรับผู้สมัครบางรายอีก ๑๐ คะแนน เพื่อให้ความสำคัญกับความอาชญาทางราชการ เป็นอัตราร่วมตามแผนภูมิ ดังนี้



- กลุ่มผู้มีประสบการณ์มีคะแนนเต็ม ๑๐๐ คะแนน รับการพิจารณาด้านผลงาน จากอัตราเงินเดือน ๒๐ คะแนน<sup>๑๕</sup> และจากคะแนนประเมินโดยผู้บังคับบัญชา ๑๐ คะแนน บางส่วน รวม ๒๐-๓๐ คะแนน รับการพิจารณาด้านความประพฤติจากการทางวินัยและความประพฤติ ๕ คะแนน และจากคะแนนประเมินโดยผู้บังคับบัญชา ๑๐ คะแนน บางส่วน รวม ๕-๑๕ คะแนน รับการพิจารณา

<sup>๑๕</sup> คณะกรรมการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ กำหนดค่าคะแนนอัตราเงินเดือน จำนวน ๒๐ คะแนน เพื่อเป็นการให้ความสำคัญกับข้าราชการที่ปฏิบัติหน้าที่ จนเกิดผลสำเร็จของงานและได้รับการเลื่อนขั้นเงินเดือนสูงกว่าข้าราชการรายอื่น

ด้านศักยภาพจากวุฒิการศึกษาสูงสุด ๕ คะแนน และรับการพิจารณาความอาวุโสทางราชการจากประวัติ การรับราชการและประสบการณ์ทำงานรวม ๖๐ คะแนน โดยใน ๖๐ คะแนนนี้มี ๓๕ คะแนนที่เป็นคะแนนพิเศษ คำนวณจากระยะเวลาการดำรงตำแหน่งซึ่งข้าราชการบางรายเท่านั้นที่จะได้รับมอบหมาย<sup>๑๖</sup> หลักเกณฑ์การคัดเลือกกลุ่มผู้มีประสบการณ์มีการพิจารณาผลงาน ศักยภาพ และความประพฤติ ตามมาตรา ๔๗ (๓) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ ในอัตราส่วนตามแผนภูมิ ดังนี้



หลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตร นายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ จึงมีการพิจารณาจากผลงาน ศักยภาพ และความประพฤติ รวมถึงความอาวุโสทางราชการ โดยให้น้ำหนักคะแนนต่างกันตามความประสงค์ของผู้จัดการอบรมที่ให้ความสำคัญกับความอาวุโสทางราชการและต้องการเปิดโอกาสให้ข้าราชการที่มีความอาวุโสและมีประสบการณ์ในการทำงานได้เข้ารับการศึกษาอบรมในหลักสูตรนายอำเภอมากขึ้น

การกำหนดวิธีการคำนวณคะแนนไว้อย่างละเอียด ชัดเจน ตรวจสอบได้ ประกอบกับ หลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับข้าราชการทุกรายจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลใดหรือกลุ่มใดเป็นการเฉพาะ หลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ จึงเป็นธรรมและชอบด้วยพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐

<sup>๑๖</sup> ระยะเวลาการดำรงตำแหน่งระดับชำนาญการซึ่งกรรมการปคบรองมีคำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่หัวหน้าฝ่าย หรือเทียบเท่า จำนวน ๑๕ คะแนน และระยะเวลาการดำรงตำแหน่งเจ้าพนักงานปคบรองหรือเกื้อぐูล จำนวน ๒๐ คะแนน

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาความอาชญาทางราชการตามหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๗ มีการนำระยะเวลาการดำรงตำแหน่งซึ่งข้าราชการบางรายเท่านั้นที่จะมีโอกาสได้รับคำสั่งมอบหมายและมีคดีแพ่งพิเศษในส่วนนี้ ได้แก่ ระยะเวลาการดำรงตำแหน่งระดับชำนาญการซึ่งกรรมการปกรองมีคำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่หัวหน้าฝ่ายหรือเทียบเท่า ๑๐ คะแนน สำหรับกลุ่มผู้เข้ารับการคัดเลือก และระยะเวลาการดำรงตำแหน่งระดับชำนาญการซึ่งกรรมการปกรองมีคำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่หัวหน้าฝ่ายหรือเทียบเท่า ๑๕ คะแนน รวมกับระยะเวลาการดำรงตำแหน่งเจ้าพนักงานปกรองหรือเกือกุล ๒๐ คะแนน เป็น ๓๕ คะแนน สำหรับกลุ่มผู้มีประสบการณ์ ซึ่งอัตราส่วนที่มากถึงร้อยละ ๓๕ ในกลุ่มผู้มีประสบการณ์เป็นสิ่งที่ควรนำมาพิจารณาว่า ส่งผลให้เกิดความเหลื่อมล้ำในการคัดเลือกและขัดต่อหลักความเสมอภาคในโอกาสหรือไม่ นอกจากนี้ วิธีการพิจารณาคะแนนแบบอิงกลุ่มที่ใช้ในการคำนวณองค์ประกอบที่เป็นระยะเวลา อัตราเงินเดือน และประสบการณ์ทำงาน ที่ทำให้ผู้ที่มีระยะเวลาการดำรงตำแหน่งหรืออัตราเงินเดือนต่ำสุดไม่ได้คะแนนจากองค์ประกอบข้อนั้นเลย อาจเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่ส่งผลต่อความเหลื่อมล้ำในการคัดเลือก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในองค์ประกอบที่เป็นคะแนนพิเศษสำหรับข้าราชการบางรายเท่านั้น

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีรัฐบัญญัติเกี่ยวกับสถานภาพทางกฎหมายของข้าราชการพลเรือน<sup>๑๗</sup> ถึง ๒ ฉบับ คือ รัฐบัญญัติว่าด้วยข้าราชการสหพันธ์ (Bundesbeamten gesetz – BBG) ใช้กับข้าราชการของสหพันธ์<sup>๑๘</sup> และรัฐบัญญัติว่าด้วยสถานภาพข้าราชการในมลรัฐ (Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern หรือ Beamtenstatusgesetz – BeamtStG) ที่กำหนดสถานภาพข้าราชการพลเรือนของมลรัฐ เทศบาล และสมาคมเขตปกรองส่วนท้องถิ่น<sup>๑๙</sup> รวมถึงหน่วยงาน สถาบัน และมูลนิธิตามกฎหมายมหาชนที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของมลรัฐ<sup>๒๐</sup> สหพันธ์สาธารณรัฐบัญญัติว่าด้วยข้าราชการสหพันธ์โดยใช้อำนาจนิติบัญญัติเฉพาะ (ausschließliche Gesetzgebung) ตามมาตรา ๗๓ วรรคหนึ่ง (๔) ของกฎหมายพื้นฐาน<sup>๒๑</sup> เพื่อกำหนดสถานภาพทางกฎหมายของบุคคลซึ่งรับราชการในสหพันธ์ และในหน่วยงานอื่นที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายมหาชนที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของสหพันธ์โดยตรง<sup>๒๒</sup>

<sup>๑๗</sup> วารเจตน์ ภาครัตน์, กฎหมายปกรองเบรเยบเทียบ: ความรับผิดชอบรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และอังกฤษ, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๕), น. ๒๐.

<sup>๑๘</sup> มาตรา ๑ รัฐบัญญัติว่าด้วยข้าราชการสหพันธ์

รัฐบัญญัตินี้ใช้กับเจ้าหน้าที่ของสหพันธ์ เว้นแต่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

<sup>๑๙</sup> กระทรวงการคลัง, ระบบงบประมาณแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, (เบอร์ลิน : กระทรวงการคลัง, ๒๕๕๑), น.๗, [https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/admin\\_souvanee/ewt\\_dl\\_link.php?nid=415](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/admin_souvanee/ewt_dl_link.php?nid=415). สืบคันเมื่อวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๖๗

<sup>๒๐</sup> มาตรา ๑ รัฐบัญญัติว่าด้วยสถานภาพข้าราชการในมลรัฐ

รัฐบัญญัตินี้กำหนดสถานภาพข้าราชการพลเรือนของมลรัฐ เทศบาล และสมาคมเขตปกรองส่วนท้องถิ่น รวมถึงหน่วยงาน สถาบัน และมูลนิธิตามกฎหมายมหาชนที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของมลรัฐ

<sup>๒๑</sup> มาตรา ๗๓ วรรคหนึ่ง (๔) กฎหมายพื้นฐาน

สหพันธ์มีอำนาจเฉพาะที่จะออกกฎหมายในเรื่องต่อไปนี้

(๔) สถานภาพทางกฎหมายของข้าราชการมลรัฐ เทศบาล และหน่วยงานอื่นที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายมหาชนที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของสหพันธ์โดยตรง

<sup>๒๒</sup> Thorsten Ingo Schmidt, Beamtenrecht, (Tübingen : Mohr Siebeck, 2017), Rn.115.

และตราสารบัญญัติว่าด้วยสถานภาพข้ารัฐการโดยใช้อำนาจนิติบัญญัติในเชิงแข่งขัน (konkurrierende Gesetzgebung)<sup>๒๓</sup> ตามมาตรา ๗๔ วรรคหนึ่ง (๒๗) ของกฎหมายพื้นฐาน<sup>๒๔</sup> ซึ่งเมื่อสหพันธ์ได้ใช้อำนาจนิติบัญญัติของตนตราชกูญายในเรื่องใดที่เป็นอำนาจนิติบัญญัติในเชิงแข่งขันแล้ว มารัฐจะตราชกูญายในเรื่องนั้นไม่ได้ตามมาตรา ๗๗ วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน<sup>๒๕</sup> ให้มารัฐสามารถออกบทบัญญัติตามกฎหมายที่บังคับต่างจากกฎหมายของสหพันธ์ได้ เมื่อสหพันธ์จะได้ใช้อำนาจนิติบัญญัติของตนตราชกูญายในเรื่องนั้นแล้ว และเรื่องสิทธิและหน้าที่ตามสถานภาพของข้ารัฐการมารัฐ เศศบาล และหน่วยงานอื่นตามกฎหมายมหาชนไม่ได้รับการยกเว้นตามรัฐธรรมนูญ แต่มาตรา ๗๔ วรรคหนึ่ง (๒๗) ของกฎหมายพื้นฐาน ก็ได้ยกเว้นให้เรื่องสายงานเงินเดือน และบำนาญ ของข้ารัฐการไม่อยู่ในอำนาจนิติบัญญัติในเชิงแข่งขัน ดังนั้น จึงไม่มีกฎหมายของมารัฐว่าด้วยสถานภาพของข้ารัฐการเว้นแต่เป็นเรื่องสายงานเงินเดือน และบำนาญ

แม้รัฐบัญญัติว่าด้วยข้ารัฐการสหพันธ์และรัฐบัญญัติว่าด้วยสถานภาพข้ารัฐการในมารัฐไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการการพิจารณาความดีความชอบ การเลื่อนตำแหน่ง และการให้ประโยชน์อื่นแก่ข้าราชการอย่างมาตรา ๔๒ (๓) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ ซึ่งใช้ในคดีนี้ แต่รัฐบัญญัติทั้ง ๒ ฉบับ มีบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการคัดเลือกบุคคลเข้ารับรัฐการหรือแต่งตั้งข้ารัฐการที่มีความสำคัญ เป็นหัวใจหลักของกฎหมายว่าด้วยข้ารัฐการของสหพันธ์สาธารณะรัฐเยอรมนีและอาจนำมาใช้พิจารณาหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ ได้ดังรายละเอียดต่อไปนี้

มาตรา ๙ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยข้ารัฐการสหพันธ์ กำหนดว่า การคัดเลือกบุคคลเข้ารับรัฐการต้องมีองค์ประกอบ คือ

- ต้องคำนึงถึงความเหมาะสม สมรรถนะ และประสิทธิภาพเฉพาะทาง และ
- ต้องไม่นำมาเท็จแห่งเพศ เชื้อสาย เชื้อชาติหรือผ่านรุกกำเนิด ความพิการ ศาสนาหรือโลกทัศน์ ความเห็นทางการเมือง ถิ่นกำเนิด ความสัมพันธ์หรืออัตลักษณ์ทางเพศ มาพิจารณา

<sup>๒๓</sup> Thorsten Ingo Schmidt, *Ibid.*, Rn.119.

<sup>๒๔</sup> มาตรา ๗๔ วรรคหนึ่ง (๒๗) กฎหมายพื้นฐาน

อำนาจนิติบัญญัติในเชิงแข่งขันมีในเรื่องต่อไปนี้

(๒๗) สิทธิและหน้าที่ตามสถานภาพของข้ารัฐการของมารัฐ เศศบาล และหน่วยงานอื่นตามกฎหมายมหาชน รวมถึงข้ารัฐการตุลาการในมารัฐ เว้นแต่เรื่องสายงานเงินเดือน และบำนาญ

<sup>๒๕</sup> มาตรา ๗๗ วรรคหนึ่งและวรรคสาม กฎหมายพื้นฐาน

ในเรื่องที่เป็นอำนาจนิติบัญญัติในเชิงแข่งขัน มารัฐจะมีอำนาจตราชกูญายก็แต่เฉพาะและภายในขอบเขตที่สหพันธ์ไม่ใช้อำนาจนิติบัญญัติของตน

หากสหพันธ์ได้ใช้อำนาจนิติบัญญัติของตนตราชกูญายในเรื่องต่อไปนี้แล้ว มารัฐสามารถออกบทบัญญัติตามกฎหมายที่บังคับต่างจากกฎหมายของสหพันธ์ได้

แต่มาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับเพื่อความเสมอภาคตามข้อเท็จจริงในชีวิตการทำงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดส่วนแบ่งที่มีการประเมินแต่ละกรณีหรือเพื่อสนับสนุนคนพิการรุนแรง ไม่ต้องห้ามตามบทบัญญัตินี้<sup>๒๒</sup>

ข้อยกเว้นตามมาตรา ๙ ประโยคที่สอง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยข้ารัฐการสหพันธ์นี้ เป็นข้อยกเว้นว่าด้วยการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม<sup>๒๓</sup> เช่นเดียวกับมาตรา ๒๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐<sup>๒๔</sup> ซึ่งรับรองมาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก (affirmative action) ให้สหพันธ์สามารถดำเนินการเพื่อให้เกิดความเสมอภาคระหว่างเพศ ตามมาตรา ๓ วรรคสอง ของกฎหมายพื้นฐาน<sup>๒๕</sup> และสนับสนุนคนพิการรุนแรงให้ได้รับสิทธิที่เท่าเทียมตามมาตรา ๓ วรรคสาม ประโยคที่สอง ของกฎหมายพื้นฐาน<sup>๒๖</sup> บทบัญญัตินี้ไม่ประกูลในรัฐบัญญัติว่าด้วยสถานภาพข้ารัฐการในมลรัฐเพื่อให้อิสระแก่กลรัฐ หากต้องการตรวจสอบในเรื่องเดียวกันให้ต่างออกไป อย่างไรก็ตาม มาตรา ๙ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยสถานภาพข้ารัฐการในมลรัฐ<sup>๒๗</sup> ได้กำหนดองค์ประกอบในการแต่งตั้งข้ารัฐการในมลรัฐไว้ เช่นเดียวกับมาตรา ๙ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยข้ารัฐการสหพันธ์ คือ

- “ต้องมีน้ำหนักแห่งเพศ เชือสาย เชือชาติหรือผ่านรุกกำเนิด ความพิการ ศาสนาหรือโลกทัศน์ ความเห็นทางการเมือง ถิ่นกำเนิด ความสัมพันธ์หรืออัตลักษณ์ทางเพศ มาพิจารณา” องค์ประกอบนี้ เป็นการรับรองหลักความเสมอภาคของบุคคล ตามมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐานรับรองหลักความเสมอภาคในสิทธิระหว่างชายและหญิง ตามมาตรา ๓ วรรคสอง ประโยคที่หนึ่ง ของกฎหมาย

#### **๒๒ มาตรา ๙ รัฐบัญญัติว่าด้วยข้ารัฐการสหพันธ์**

การคัดเลือกบุคคลเข้ารับรัฐการต้องคำนึงถึงความเหมาะสม สมรรถนะ และประสิทธิภาพเฉพาะทางโดยไม่นำน้ำหนักแห่งเพศ เชือสาย เชือชาติหรือผ่านรุกกำเนิด ความพิการ ศาสนาหรือโลกทัศน์ ความเห็นทางการเมือง ถิ่นกำเนิด ความสัมพันธ์หรืออัตลักษณ์ทางเพศ มาพิจารณา มาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับเพื่อความเสมอภาคตามข้อเท็จจริงในชีวิตการทำงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดส่วนแบ่งที่มีการประเมินแต่ละกรณีหรือเพื่อสนับสนุนคนพิการรุนแรง ไม่ต้องห้ามตามบทบัญญัตินี้

<sup>๒๓</sup> การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม หรือ la discrimination positive ในภาษาฝรั่งเศส positive Diskriminierung ในภาษาเยอรมัน และ positive discrimination หรือ affirmative action (มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก) ในภาษาอังกฤษ มีความหมายที่ตรงกันว่า การปฏิบัติหรือนโยบายเชิงบวกเพื่อให้ความช่วยเหลือแก่บุคคลในกลุ่มที่ถูกเลือกปฏิบัติมาก่อนหน้านี้ เช่น การรับสตรี ผู้พิการ หรือชนกลุ่มน้อย เข้าทำงานเป็นกรณีพิเศษ

#### **๒๔ มาตรา ๒๗ วรรคสี่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐**

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ยอมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

#### **๒๕ มาตรา ๓ วรรคสอง กฎหมายพื้นฐาน**

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน รัฐต้องส่งเสริมความเสมอภาคระหว่างหญิงและชายตามข้อเท็จจริง และดำเนินการขัดอุปสรรคที่มีอยู่

#### **๒๖ มาตรา ๓ วรรคสาม ประโยคที่สอง กฎหมายพื้นฐาน**

บุคคลจะถูกอนุสิทธิโดยเหตุแห่งความพิการไม่ได้

#### **๒๗ มาตรา ๙ รัฐบัญญัติว่าด้วยสถานภาพข้ารัฐการในมลรัฐ**

การแต่งตั้งข้ารัฐการต้องคำนึงถึงความเหมาะสม สมรรถนะ และประสิทธิภาพเฉพาะทาง โดยไม่นำน้ำหนักแห่งเพศ เชือสาย เชือชาติหรือผ่านรุกกำเนิด ความพิการ ศาสนาหรือโลกทัศน์ ความเห็นทางการเมือง ถิ่นกำเนิด ความสัมพันธ์หรืออัตลักษณ์ทางเพศมาพิจารณา

พื้นฐาน และคุ้มครองบุคคลจากการเลือกปฏิบัติโดยเหตุที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา ๓ วรรคสาม<sup>๓๑</sup> ของกฎหมายพื้นฐาน ความเสมอภาคและสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมนี้ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีรับรองให้กับบุคคลธรรมดากลุ่มคน

- “ต้องคำนึงถึงความเหมาะสม สมรรถนะ และประสิทธิภาพเฉพาะทาง” องค์ประกอบนี้มีที่มาจากการมาตรา ๓๓ วรรคสอง ของกฎหมายพื้นฐาน<sup>๓๒</sup> ซึ่งกำหนดหลักการพื้นฐานว่าด้วย ความเสมอภาคของชาวเยอรมันในการรับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้ารัฐการว่ามีหลักเกณฑ์สำคัญ ๓ ประการ โดยหลักเกณฑ์สำคัญ ๓ ประการนี้ ได้รับการจำกัดความไว้ตามมาตรา ๒ วรรคสองถึงวรรคสี่ แห่งรัฐกฤษฎีกา ว่าด้วยสายงานของข้ารัฐการสหพันธ์<sup>๓๓</sup> (Bundeslaufbahnverordnung)<sup>๓๔</sup> ที่มีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

- ความเหมาะสม (Eignung) หมายถึง ความเหมาะสมทางร่างกาย ทางจิตใจ และทางบุคลิกภาพ เป็นคุณสมบัติที่ผู้คัดเลือกสามารถกำหนดได้เอง<sup>๓๕</sup> จึงเป็นคุณสมบัติที่กว้างที่สุด และมักนำมาพิจารณาเป็นประการสุดท้าย<sup>๓๖</sup> จึงเทียบได้กับหลักสนองประโยชน์ของราชการ เพราะเป็น ความต้องการเฉพาะที่หน่วยงานของรัฐสามารถกำหนดเองได้ เช่นเดียวกับการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการ ในการคัดเลือกข้าราชการเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ ที่ให้ความสำคัญกับความอาชญาสถานการเป็นอย่างมาก

### <sup>๓๑</sup> มาตรา ๓ กฎหมายพื้นฐาน

บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน รัฐต้องส่งเสริมความเสมอภาคระหว่างหญิงและชายตามข้อเท็จจริง และดำเนินการจัดอุปสรรคที่มีอยู่

บุคคลจะถูกรอนสิทธิหรือมีอภิสิทธิโดยเหตุแห่งเพศ เชื้อชาติ ภาษา บ้านเกิดและถิ่นกำเนิด ความเชื่อ ความเห็นในเรื่องศาสนาหรือความเห็นทางการเมืองไม่ได้ บุคคลจะถูกรอนสิทธิโดยเหตุแห่งความพิการไม่ได้

### <sup>๓๒</sup> มาตรา ๓๓ วรรคสอง กฎหมายพื้นฐาน

ชายเยอรมันมีความเสมอภาคกันในการที่จะได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้ารัฐการตามความเหมาะสม สมรรถนะ และประสิทธิภาพเฉพาะทาง

### <sup>๓๓</sup> มาตรา ๒๙ รัฐกฤษฎีกา ว่าด้วยสายงานของข้ารัฐการสหพันธ์

ความเหมาะสม หมายถึง บุคลิกภาพและลักษณะนิสัยที่มีความสำคัญตามที่ได้กำหนดไว้สำหรับ แต่ละตำแหน่งหน้าที่

สมรรถนะ หมายถึง ทักษะ ความรู้ ความสามารถ และคุณสมบัติอื่น ๆ ที่มีความจำเป็นสำหรับ การปฏิบัติหน้าที่

ประสิทธิภาพเฉพาะทาง หมายถึง สิ่งที่ประเมินจากผลงาน วิธีการปฏิบัติงาน พฤติกรรมการทำงาน และวิธีการจัดการสำหรับข้ารัฐการที่เป็นผู้บังคับบัญชา

<sup>๓๔</sup> รัฐกฤษฎีกา ว่าด้วยสายงานของข้ารัฐการสหพันธ์ เป็นกฎหมายที่รัฐบาลสหพันธ์ (Bundesregierung) ตราโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๘ วรรคหนึ่ง ประโยคที่สาม มาตรา ๑๑ วรรคหนึ่ง ประโยคที่ ๕ มาตรา ๑๗ วรรคเจ็ด มาตรา ๒๐ ประโยคที่สอง มาตรา ๒๑ ประโยคที่สอง มาตรา ๒๒ วรรคห้า ประโยคที่สอง และมาตรา ๒๖ แห่งรัฐบัญญัติ ว่าด้วยข้ารัฐการสหพันธ์

<sup>๓๕</sup> Thorsten Ingo Schmidt, *Supra note 22, Rn.149.*

<sup>๓๖</sup> Helmut Schnellenbach, *Beamtenrecht in der Praxis*, 5. Auflage, (München : C.H.Beck, 2001), Rn.170.

- สมรรถนะ (Befähigung) หมายถึง ทักษะ ความรู้ ความสามารถ และคุณสมบัติอื่น ๆ ที่ใช้ในการปฏิบัติหน้าที่<sup>๓๗</sup> เป็นคุณสมบัติที่ผู้รับการคัดเลือกได้รับจากการศึกษา การอบรม และการฝึกฝน<sup>๓๙</sup> มักนำมาพิจารณาต่อจากประสิทธิภาพเฉพาะทาง<sup>๔๐</sup> จึงเทียบได้กับสมรรถนะในระบบคุณธรรม แต่ไม่รวมถึง ความประพฤติซึ่งอยู่ในความเหมาะสม โดยพิจารณาได้จากการสอบข้อเขียนในกลุ่มผู้รับการคัดเลือก และวุฒิการศึกษาสูงสุดในกลุ่มผู้มีประสบการณ์

- ประสิทธิภาพเฉพาะทาง (fachliche Leistung) หมายถึง ทักษะเฉพาะ ที่ผู้รับการคัดเลือกต้องได้รับจากการศึกษาหรือฝึกฝนเป็นพิเศษสำหรับการปฏิบัติหน้าที่นั้นโดยเฉพาะ<sup>๔๑</sup> เพื่อให้เกิดผลลัพธ์ที่ดีที่สุดสำหรับงานนั้น จึงมีความหมายเหมือนกับประสิทธิผลในการทำงาน (Arbeitsergebnissen) และต้องนำมาพิจารณาเป็นลำดับแรก<sup>๔๒</sup> จึงเทียบได้กับหลักผลลัพธ์ที่ประกอบด้วยประสิทธิภาพ และประสิทธิผล โดยพิจารณาได้จากการสอบข้อเขียนในกลุ่มผู้รับการคัดเลือก เป็นต้น

#### ๔.๓ หลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตร นายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ วิธีการ และมาตรฐานที่ ก.พ. กำหนดหรือไม่

เพื่อพิจารณาว่า หลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรม หลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ วิธีการ และมาตรฐานที่ ก.พ. กำหนดหรือไม่ จำเป็นต้องพิจารณาว่า ก.พ. มีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และมาตรฐานอย่างไร และหลักเกณฑ์ที่ผ่านมาคือล่วงอ้างมีสภาพบังคับหรือไม่

ก.พ. หรือคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรี หรือรองนายกรัฐมนตรีที่นายกรัฐมนตรีมอบหมาย เป็นประธาน ปลัดกระทรวงการคลัง ผู้อำนวยการสำนักงบประมาณ และเลขานุการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง เลขาธิการ ก.พ. เป็นกรรมการและเลขานุการ และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิด้านการบริหารทรัพยากรบุคคล ด้านการบริหารและการจัดการ และด้านกฎหมาย ไม่น้อยกว่าห้าคนแต่ไม่เกินเจ็ดคน (ก.พ. คณะปัจจุบันมีกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ๗ คน) ตามมาตรา ๖ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑<sup>๓๓</sup> ซึ่ง ก.พ. มีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และมาตรฐานการบริหารและพัฒนาทรัพยากรบุคคลของข้าราชการพลเรือน เพื่อให้ส่วนราชการใช้เป็นแนวทางในการดำเนินการ

<sup>๓๗</sup> Helmut Schnellenbach, *Ibid.*, Rn.170.

<sup>๓๙</sup> Thorsten Ingo Schmidt, *Supra note 22*, Rn.150.

<sup>๔๐</sup> Helmut Schnellenbach, *Supra note 37*, Rn.170.

<sup>๔๑</sup> Thorsten Ingo Schmidt, *Supra note 22*, Rn.151.

<sup>๔๒</sup> Helmut Schnellenbach, *Supra note 37*, Rn.170.

<sup>๓๓</sup> มาตรา ๖ วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑

ให้มีคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนคณะหนึ่ง เรียกโดยย่อว่า “ก.พ.” ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรี หรือรองนายกรัฐมนตรีที่นายกรัฐมนตรีมอบหมาย เป็นประธาน ปลัดกระทรวงการคลัง ผู้อำนวยการสำนักงบประมาณ และเลขานุการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง และกรรมการซึ่งทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิด้านการบริหารทรัพยากรบุคคล ด้านการบริหารและการจัดการ และด้านกฎหมายซึ่งมีผลงานเป็นที่ประจักษ์ในความสามารถแล้ว และเป็นผู้ที่ได้รับการสรรหาตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎ ก.พ. จำนวนไม่น้อยกว่าห้าคน แต่ไม่เกินเจ็ดคน และให้เลขาธิการ ก.พ. เป็นกรรมการและเลขานุการ

ตามมาตรา ๘ (๓) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว<sup>๔๔</sup> โดยการออกกฎหมาย ก.พ. และระเบียบเกี่ยวกับการบริหาร ทรัพยากรบุคคลเพื่อปฏิการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ รวมถึงการให้ คำแนะนำหรือวางแผนแนวทางในการปฏิการตามพระราชบัญญัติเดียวกัน ตามมาตรา ๘ (๔) แห่งพระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑<sup>๔๕</sup> เช่น กฎหมาย ก.พ. ว่าด้วยหลักเกณฑ์การจัดประเภทตำแหน่ง และระดับตำแหน่ง พ.ศ. ๒๕๕๑ ระเบียบ ก.พ. ว่าด้วยการลาออกจากราชการของข้าราชการพลเรือนสามัญ พ.ศ. ๒๕๕๑ และหนังสือสำเนา้งาน ก.พ. ที่ นร ๑๐๑/ว ๑๖ การบรรจุบุคคลผู้ซึ่งเคยออกจากราชการ เพาะกระทำผิดวินัยฐานทุจริตต่อหน้าที่ราชการลับเข้ารับราชการ เป็นต้น โดยหนังสือของสำเนา้งาน ก.พ. ที่มีสภาพบังคับ จะเป็นหนังสือเวียนที่ลงท้ายว่า “จึงเรียนมาเพื่อโปรดทราบและถือเป็นหลักปฏิบัติต่อไป” “จึงเรียนมาเพื่อโปรดทราบและถือปฏิบัติต่อไป” “จึงเรียนมาเพื่อถือเป็นหลักปฏิบัติต่อไป” หรือในลักษณะ ที่คล้ายกัน

ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า สำเนา้งาน ก.พ. ไม่เคยกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการจัดลำดับ อวุโสของข้าราชการพลเรือนและแจ้งให้กระทรวง ทบวง กรม ฝ่ายพลเรือนถือปฏิบัติในลักษณะที่เป็นกฎ ระเบียบ หรือหนังสือเวียนแต่อย่างใด หลักเกณฑ์ที่ผู้ห้องคิดก่อไว้ล่วงเป็นหนังสือสำเนา้งาน ก.พ. ที่ นร ๐๖๐๔/๑๙๘๔ ลงวันที่ ๑๗ ตุลาคม ๒๕๖๗ ซึ่งแจ้งข้อหารือของสำเนา้งานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ และลงท้ายว่า “จึงเรียนมาเพื่อโปรดทราบ”<sup>๔๖</sup> โดยไม่มีเจตนาให้สำเนา้งานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ ผู้รับหนังสือหรือหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ ถือปฏิบัติตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงเป็นเพียงแนวทางปฏิบัติ ซึ่งกระทรวง ทบวง กรม ฝ่ายพลเรือนสามารถนำไปปรับใช้ได้ตามความเหมาะสมของแต่ละหน่วยงาน มิได้มีสภาพบังคับตามที่ผู้ห้องคิดก่อไว้ล่วง

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเนื้อหาของประกาศ อ.ก.พ. กรมการปกครอง เรื่อง รับสมัคร คัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๕ รุ่นที่ ๗๒ พ布ว่า หลักเกณฑ์การคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอได้นำความอวุโส ทางราชการมาพิจารณาประกอบด้วยแล้ว ทั้งในกลุ่มผู้เข้ารับการคัดเลือกและในกลุ่มผู้มีประสบการณ์ โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าว narrowing เวลาในการดำเนินการประจำแต่ละของข้าราชการผู้เข้ารับการคัดเลือกทุกคนในกลุ่ม มาคำนวณร่วมกันเพื่อพิจารณาให้คะแนนแบบอิงกลุ่ม ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางการพิจารณาความอวุโส จากการดำเนินการประจำแต่ละก่อนหลังที่สำเนา้งาน ก.พ. เสนอในหนังสือสำเนา้งาน ก.พ. ที่ นร ๐๖๐๔/๑๙๘๔ ลงวันที่ ๑๗ ตุลาคม ๒๕๖๗

<sup>๔๔</sup> มาตรา ๘ วรรคหนึ่ง (๓) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ ก.พ. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(๓) กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และมาตรฐานการบริหารและพัฒนาทรัพยากรบุคคล ของข้าราชการพลเรือน เพื่อส่วนราชการใช้เป็นแนวทางในการดำเนินการ

<sup>๔๕</sup> มาตรา ๘ วรรคหนึ่ง (๔) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ ก.พ. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(๔) ออกกฎหมาย ก.พ. และระเบียบเกี่ยวกับการบริหารทรัพยากรบุคคลเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ รวมตลอดทั้งการให้คำแนะนำหรือวางแผนแนวทางในการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ กฎหมาย ก.พ. เมื่อได้รับอนุมัติ จากคณะกรรมการรัฐมนตรีและประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

<sup>๔๖</sup> “การจัดลำดับอวุโสในราชการ”, สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๓, <https://www.kroobannok.com/47081>.

## ๕. บทสรุป

ระบบคุณธรรมได้เข้ามาในระบบบริหารทรัพยากรบุคคลของข้าราชการพลเรือนสามัญ ตั้งแต่การประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๗๑ เพื่อแทนที่ระบบอุปถัมภ์ และระบบพรรคพวก โดยมีหลักสำคัญ ๔ ประการ คือ สมรรถนะ ความเสมอภาคในโอกาส ความมั่นคงในอาชีพ การงาน และความเป็นกลางทางการเมือง เป็นวาระมากกว่า ๙๐ ปีแล้ว แต่ก็ต้องยอมรับว่า ระบบอุปถัมภ์ และระบบพรรคพวกยังคงมีอยู่และค่อนข้างเข้มแข็งในระบบบริหารทรัพยากรบุคคลของข้าราชการไทย

สหพันธ์สาธารณะรัฐเยอรมนีซึ่งอยู่ในสิบอันดับที่เกิดการทุจริตน้อยที่สุดตามดัชนีการรับรู้การทุจริต (Corruption Perceptions Index : CPI) ซึ่งจัดอันดับโดยองค์กรเพื่อความโปร่งใสนานาชาติ (Transparency International : TI)<sup>๔๗</sup> มีหลักเกณฑ์และวิธีการที่ใช้ในการคัดเลือกบุคคลเข้ารับรัฐสหพันธ์ และแต่ตั้งข้ารัฐการในลรัฐที่ชัดเจนและมีความสำคัญในระดับสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยคำนึงถึงความเหมาะสม สมสมรรถนะ และประสิทธิภาพเฉพาะทาง และไม่นำเหตุแห่งเพศ เชื้อสาย เชื้อชาติหรือผ่านรุกGINEID ความพิการ ศาสนาหรือโลกทัศน์ ความเห็นทางการเมือง ถี่นกำเนิด ความสัมพันธ์หรืออัตลักษณ์ทางเพศ มาพิจารณา แต่อนุญาตให้ใช้มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวกเพื่อสร้างความเสมอภาคได้ตามข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี จึงควรแก่การศึกษาเปรียบเทียบและพบว่า หลักเกณฑ์ของสหพันธ์สาธารณะรัฐเยอรมนีดังกล่าวมีความคล้ายกับ การนำระบบคุณธรรมมาใช้ตามมาตรฐาน ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ ที่นำหลักระบบคุณธรรม หลักผลสัมฤทธิ์ และหลักสนองประโยชน์ของราชการ มาใช้ร่วมกันอย่างสมดุล ผ่านความเป็นธรรมในการพิจารณา

<sup>๔๗</sup> “CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX 2019”, Accessed January 29, 2019, <https://www.transparency.org/cpi2019>.

## บรรณานุกรม

“CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX 2019.” <https://www.transparency.org/cpi2019>, January 29, 2019.

Helmut Schnellenbach. Beamtenrecht in der Praxis. 5. Auflage. München : C.H.Beck, 2001.

Thorsten Ingo Schmidt. Beamtenrecht. Tübingen : Mohr Siebeck, 2017.

กระทรวงการคลัง. ระบบบประมาณแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี. เบอร์ลิน : กระทรวงการคลัง, ๒๕๕๑. [https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/admin\\_souvanee/ewt\\_dl\\_link.php?nid=415](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/admin_souvanee/ewt_dl_link.php?nid=415), ๒๗ มกราคม ๒๕๖๓.

“การจัดลำดับอาชญากรรมในราชการ.” <https://www.kroobannok.com/47081>, ๑๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๓.

คณะกรรมการธิการขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศด้านการบริหารราชการแผ่นดิน. รายงานของคณะกรรมการธิการขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศด้านการบริหารราชการแผ่นดิน สถาปนาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ เรื่อง การปฏิรูประบบการแต่งตั้งข้าราชการและส่งเสริมคุณธรรมและจริยธรรมแก่ข้าราชการ. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานเลขานุการสภาพัฒน์แห่งประเทศไทย, ๒๕๕๙.

ชั่งทอง โอลลากศิริวิทย์. “การพิทักษ์ระบบคุณธรรมกับการบริหารราชการแผ่นดิน.” ใน ๖ ปี ก.พ.ค. ก่อร่างสร้างฐาน. จัดพิมพ์โดยสำนักพิทักษ์ระบบคุณธรรม สำนักงาน ก.พ. นนทบุรี : โรงพิมพ์สำนักงาน ก.พ., ๒๕๕๗.

รานินทร์ กรัยวิเชียร. คุณธรรมและจริยธรรมของผู้บริหาร. นนทบุรี : โรงพิมพ์สำนักงาน ก.พ., ๒๕๕๗.

ประวิณ ณ นคร. “บรรยายพิเศษ เรื่อง การพิทักษ์ระบบคุณธรรม.” ปีที่ ๕๕ ฉบับที่ ๕. วารสารข้าราชการ ๑. (กันยายน-ตุลาคม ๒๕๕๓) : น. ๒-๕.

วรเจตน์ ภาครีตัณ. กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ: ความรับผิดชอบรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และอังกฤษ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๕.

สุชาติ เวโรจน์. “ระบบคุณธรรมในความหมายของกฎหมายปัจจุบัน.” ปีที่ ๓ ฉบับที่ ๑. วารสารต้นทุนมนุษย์. (ตุลาคม ๒๕๕๘) : น. ๕-๑๒.

## รวมบทความทางวิชาการ (เอกสารอิเล็กทรอนิกส์) เล่ม ๓

เจ้าของสิทธิ์  
สำนักงานศาลปกครอง

### ที่ปรึกษา

นางสมฤตี	รัญญาสิริ	เลขาริการสำนักงานศาลปกครอง
นายประพัฒน์	ตันสุวรรณนท์	รองเลขาริการสำนักงานศาลปกครอง

### ดำเนินการรวมเล่ม

นายอนันต์	คงเครือพันธุ์	ผู้อำนวยการสำนักวิจัยและวิชาการ
นางสาวอภิญญา	แก้วกำเนิด	ผู้อำนวยการกลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง
นางสาวนพรัตน์	อุดมโชคมงคล	พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ
นางสาวพัชราภรณ์	ศิริวิมลกุล	พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ
นางสาวชนิษฐา	เต็มฤทธิ์	พนักงานคดีปกครองชำนาญการ
นายอานันท์	กระบวนการศรี	พนักงานคดีปกครองชำนาญการ
นางสาวปฐมน	แป้นเหลือ	เจ้าหน้าที่ศาลปกครองชำนาญการ
นายพัฒนพงศ์	คงศักดิ์	เจ้าหน้าที่ศาลปกครองชำนาญการ
นายถิรศักดิ์	อ้อสิทธิสมบูรณ์	พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ
นายวีรสิทธิ์	บูรณประภาณนท์	พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ
นางสาวดวงแก้ว	เกิดจันทร์	เจ้าพนักงานธุรการชำนาญงาน ผู้พิมพ์

### รายชื่อผู้จัดทำบทความทางวิชาการ

นายนรินทร์	อธิสาร	ผู้เชี่ยวชาญด้านวิชาการคดีปกครอง
นางสาวปาลีรัฐ	ศรีวรรณพฤกษ์	พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ
นางสาวอภิญญา	แก้วกำเนิด	พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ
นางสาวนพรัตน์	อุดมโชคมงคล	พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ
นายนิติกร	ชัยวิเศษ	เจ้าหน้าที่ศาลปกครองชำนาญการพิเศษ
นายromo	ทีปะปลา	พนักงานคดีปกครองชำนาญการ
นางสาวรัชดาพร	นิมพ์พertzศักดิ์	พนักงานคดีปกครองชำนาญการ
นายวันรัฐ	งามเนียม	พนักงานคดีปกครองชำนาญการ
นายวิชชา	เนตรทัสนัยน์	พนักงานคดีปกครองชำนาญการ
นายวิชญ์พาส	พิมพ์อักษร	พนักงานคดีปกครองชำนาญการ
นายถิรศักดิ์	อ้อสิทธิสมบูรณ์	พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ
นางสาวนัชชา	อักษรพันธ์	พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ

### ออกแบบปก

สำนักประชาสัมพันธ์ (นางสาวจุฑามณ สายรัծเงิน)



## รวมเล่มโดย

กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง  
สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

### สำนักงานศาลปกครอง

เลขที่ ๑๒๐ ถนนเจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่

กรุงเทพมหานคร ๑๐๒๑๐ โทรศัพท์ ๐ ๘๑๔๑ ๑๑๑

ສายด่วนศาลปกครอง ๑๕๕๕ [www.admincourt.go.th](http://www.admincourt.go.th)