



## บทที่ 2

### แนวคิดเกี่ยวกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของกฎ

การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการต่าง ๆ ได้นั้น เป็นเพราะกฎหมายได้ให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการกระทำการเพื่อให้ประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะบรรลุผลตามเป้าหมาย ดังนั้น หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการอย่างใด โดยเฉพาะถ้าการกระทำนั้นก้าวล่วงไปกระทบต่อสิทธิของเอกชนแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำได้เมื่อมีกฎหมายให้อำนาจที่จะกระทำเช่นนั้น หรือกล่าวได้ว่า “หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถกระทำการใดๆ ที่กระทบสิทธิของเอกชนได้” โดยที่กฎเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองประเภทหนึ่งที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของเอกชน และด้วยลักษณะเฉพาะของกฎที่มีลักษณะบังคับเป็นการทั่วไป ผลที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎ จึงเกิดขึ้นในขอบเขตที่กว้างกว่ากรณีอื่น เช่น กรณีของคำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะเจาะจง เฉพาะเรื่อง เฉพาะกรณี ดังนั้น จึงความจำเป็นอย่างยิ่งในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ซึ่งในประเทศที่ใช้หลักนิติรัฐจะมีระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐที่รัดกุม เพราะระบบการตรวจสอบจะอยู่บนพื้นฐานของหลักความชอบด้วยกฎหมาย เช่น ในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน เป็นต้น

ในประเทศฝรั่งเศสนั้น การดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (le principe de légalité) ซึ่งหมายถึง การกระทำใดๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อกฎหมายและต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดและจะกระทำนอกขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ ดังนั้น แม้ในทางปฏิบัติฝ่ายปกครองจะมีอำนาจมากเพียงใดก็ตาม แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องดำเนินการทั้งหลายตามกรอบของกฎหมาย ซึ่งกฎหมายในที่นี้หมายความถึงกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (loi) และกฎเกณฑ์ต่างๆ ของฝ่ายบริหารที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป (règlement) หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของกระทำทางปกครองนี้เป็นหลักสำคัญหลักหนึ่งที่ใช้กันอยู่ในประเทศที่เป็นนิติรัฐ<sup>1</sup>

กรณีของประเทศเยอรมัน “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” มีสาระสำคัญคือ การกระทำใดๆ ของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะอยู่ในรูปคำสั่งทางปกครอง สัญญาทางปกครอง ปฏิบัติการทางปกครอง หรือการออกกฎก็ตาม จะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายและหลักกฎหมาย (Gesetz and Recht) ในฐานะที่เป็นที่มาของอำนาจและเป็นสิ่งที่กำหนดเงื่อนไขและวิธีการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง<sup>2</sup>

<sup>1</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 147.

<sup>2</sup> สำนักงานศาลปกครอง, รายงานการวิจัยเรื่องหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 35.

## 2.1 หลักนิติรัฐกับความชอบด้วยกฎหมาย

หลักนิติรัฐนี้เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตยซึ่งอาจมีชื่อเรียกต่างกันไปบ้าง อาทิ “หลักนิติรัฐ” (Rechtsstaatsprinzip) ในประเทศเยอรมัน หรือหลักนิติรัฐ (Etat de droit) ในประเทศฝรั่งเศส หรือหลักนิติธรรม (the rule of law) ในอังกฤษ หลักการทั้งหมดนี้มีหลักการเดียวกัน กล่าวคือเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่างๆ ของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด<sup>3</sup> หลักนิติรัฐสืบเนื่องมาจากแนวคิดเรื่องการจำกัดตนเอง (auto limitation) ซึ่งตามความคิดนี้ รัฐจะจำกัดตนเองในทางกฎหมายได้ก็แต่ด้วยความยินยอมของรัฐเอง กล่าวคือการจำกัดนี้เป็นไปเพราะมีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญที่กำหนดรูปแบบและเงื่อนไขของการใช้อำนาจภายในรัฐ ซึ่งเท่ากับเป็นการจำกัดการกระทำของรัฐให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์นั้นๆ หรืออาจจะกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน รัฐจะไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดอื่นใด นอกเหนือไปจากข้อจำกัดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่รัฐได้สร้างขึ้น<sup>4</sup> หลักนิติรัฐจึงตรงข้ามกับแนวคิดรัฐตำรวจ (Etat de police หรือ police state) ที่ R. Carre de Malberg อธิบายไว้ว่า ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลยพินิจอย่างเต็มที่ที่จะดำเนินมาตรการอะไรก็ได้ ที่ฝ่ายปกครองริเริ่มและเห็นว่าจำเป็นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประชาชน เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ ซึ่งแนวคิดของรัฐตำรวจเห็นว่าวัตถุประสงค์เป็นสิ่งสำคัญที่สุด ส่วนวิธีการไปถึงวัตถุประสงค์จะอย่างไรก็ได้<sup>5</sup>

นิติรัฐ (Etat de droit หรือ Rechtsstaat) คือ รัฐที่ยอมตนอยู่ใต้ระบบกฎหมาย ในความสัมพันธ์กับปัจเจกชน เพื่อคุ้มครองสถานะของปัจเจกชน โดยรัฐยอมตนอยู่ใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนด และการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนมีสองนัย คือ ประการแรก กำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และประการที่สอง กำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานสามารถจะใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกัน นั่นก็คือ การจำกัดอำนาจของรัฐ โดยการให้รัฐนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนด ลักษณะเด่นที่สุดประการหนึ่งของนิติรัฐก็คือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นในการกระทำใดๆ ต่อปัจเจกชน<sup>6</sup>

<sup>3</sup>วรพจน์ วิศวพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 65.

<sup>4</sup>โกติน พลกุล, เอกสารประกอบการบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 86. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

<sup>5</sup>อรรถพล พรหมสุวรรณ, “การควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญโดยศาลปกครอง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2548), หน้า 10 – 11.

<sup>6</sup>บวรศักดิ์ อวรรณโณ, คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง, (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547), หน้า 127.

จากหลักข้างต้นทำให้สามารถอธิบายได้ 2 ประการดังนี้<sup>7</sup>

ประการแรก เมื่อเข้าไปสัมพันธ์กับผู้ปกครอง ฝ่ายปกครองจะกระทำการอันเป็นการขัดแย้งหรือละเว้นไม่กระทำการตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่นั้นไม่ได้ ฝ่ายปกครองต้องเคารพกฎหมายอย่างจริงจัง

ประการที่สอง ในนิติรัฐที่พัฒนาสมบูรณ์แบบแล้ว ฝ่ายปกครองจะสามารถวางข้อกำหนดหรือคำสั่งใดๆ ต่อผู้ปกครองได้ ก็โดยอาศัยกฎหมายใน “รูป” ของพระราชบัญญัติเท่านั้น เพราะเป็นกฎหมายที่ออกโดยสภานิติบัญญัติ กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะวางข้อกำหนดหรือมีคำสั่งใดๆ ในการดำเนินการทางปกครองได้ ก็เฉพาะแต่วิธีการที่กฎหมายกำหนดให้ชัดเจนหรืออย่างน้อยที่สุดก็โดยปริยาย หากไปใช้วิธีการที่ไม่ได้กำหนดไว้แล้ว ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบทั้งสิ้น

นิติรัฐ (Legal state) คือรัฐที่ใช้หลักการบริหารจัดการ (ปกครอง) ประเทศโดยใช้กฎหมาย มิใช่รัฐซึ่งปกครองโดยบุคคล รัฐจึงยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมายและกำหนดเป้าหมายที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพและประกันความเป็นธรรมภายในรัฐ ดังนั้น การใช้อำนาจรัฐจะกระทำได้อีกต่อเมื่อกระทำโดยกฎหมายหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ให้อำนาจไว้เท่านั้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมทั้งต่อเอกชนแต่ละคนอันเป็นสมาชิกของรัฐ (individual interest) และเป็นธรรมต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ (public interest) เมื่อการขัดกันระหว่างประโยชน์ทั้งสอง รัฐจึงต้องใช้อำนาจเพื่อคุ้มครองให้เกิดดุลยภาพที่เป็นธรรมของทั้ง 2 ฝ่าย

ในประเทศที่เป็นนิติรัฐนั้น ประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครอง (les administrés) สามารถที่จะปกป้องสิทธิของตนเองจากการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของตนได้ การดำเนินการที่จะขอให้มีการ “บังคับ” ให้ฝ่ายปกครองเคารพหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้น สามารถทำได้หลายวิธี คือ การร้องขอให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้ดำเนินการแก้ไขการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (recours administratif) หรือการดำเนินการทางศาล (recours juridictionnel)<sup>8</sup>

อาจกล่าวได้ว่า “หลักนิติรัฐ” หรือ “หลักนิติธรรม” ซึ่งมีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักการพื้นฐานสองประการคือ “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” และ “หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย” ซึ่งหลักดังกล่าวจะมีผลบังคับได้จริงในทางปฏิบัติก็ต่อเมื่อมีระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองและระบบการควบคุม

<sup>7</sup> โภคิน พลกุล และ ชาญชัย แสงศักดิ์, หลักกฎหมายมหาชนเล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541), หน้า 56.

<sup>8</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักการพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 147.

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลหรือองค์กรตุลาการเท่านั้น<sup>9</sup> ซึ่งในประเทศไทย ศาลรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น โดยศาลปกครองจะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ คำสั่ง และการกระทำอื่นของ ฝ่ายปกครองซึ่งรวมไปถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย<sup>10</sup> ทั้งนี้ในการพิจารณาความชอบด้วย กฎหมายของกฎซึ่งเป็นการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งของฝ่ายปกครองที่มีผลบังคับเป็น การทั่วไปในประเทศที่ใช้หลักนิติรัฐจึงต้องพิจารณาถึงหลัก “ต่าง ๆ” ที่เป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ ดังนี้

- (1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ
- (2) หลักความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ
- (3) หลักความชอบด้วยกฎหมายโดยฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองแบ่งเป็น
  - (3.1) ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการ
  - (3.2) ความผูกพันต่อความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง
- (4) หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา แบ่งเป็น
  - (4.1) หลักความแน่นอนของกฎหมาย
  - (4.2) หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง
  - (4.3) หลักพอสมควรแก่เหตุ
- (5) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

### 2.1.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

ในนิติรัฐมีการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่เป็นพื้นฐานที่สำคัญ หลักการแบ่งแยกอำนาจ เป็นหลักการจัดระเบียบแห่งการใช้อำนาจอธิปไตย (organization of sovereignty) ซึ่งเป็นที่ทราบ โดยทั่วแล้วว่า อำนาจอธิปไตยภายในรัฐต่าง ๆ อาจใช้กระทำการได้ 3 ประเภทคือ การนิติบัญญัติ (legislative function) ซึ่งได้แก่การตรากฎหมาย ส่วนการบริหาร (executive function) ซึ่งได้แก่ การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายและการตุลาการ (judicial function) ได้แก่ การพิจารณา อรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย การจัดระเบียบแห่งการใช้อำนาจอธิปไตยตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ

<sup>9</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540, หน้า 134.

<sup>10</sup> ไก่ดิน พลกุล, “นิติรัฐกับประชาสังคม,” ใน รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 3, นันทวัฒน์ บรรณานันท์, บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2547), หน้า 248 - 249.

ซึ่งหมายถึงการกระจายอำนาจ (distribution) การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ คือกระทำการนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ โดยองค์กรของรัฐต่างองค์กรเป็นผู้ใช้แยกแตกต่างกัน แต่ละองค์กรต่างก็ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำตามที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้ตนอย่างเป็นอิสระ ไม่ต้องฟังคำสั่งหรือคำบัญชาขององค์กรอื่น เพื่อป้องกันมิให้การใช้อำนาจอธิปไตยรวมศูนย์ (concentration) อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งเพียงแห่งเดียว<sup>11</sup> ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยปัจจุบันเป็นที่เข้าใจกันว่าแบ่งเป็น 3 ฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ซึ่งทั้ง 3 ฝ่ายสามารถตรวจสอบยับยั้งซึ่งกันและกัน อำนาจทั้ง 3 มิได้แบ่งแยกกันอย่างเด็ดขาด แต่มีการถ่วงดุลกัน (check and balance) ในนิติรัฐ จะไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งเหนืออีกอำนาจอย่างเบ็ดเสร็จหรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่จะรับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมด และดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงแสดงให้เห็นถึงการตรวจสอบและการถ่วงดุลอำนาจเพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครองอันเป็นเป้าหมายที่สำคัญของหลักนิติรัฐ

การศึกษาหลักการแบ่งแยกอำนาจของรัฐมีความสำคัญต่อการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองเพราะว่า “ฝ่ายปกครอง” หรือ “องค์กรทางปกครอง” (administration) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ “ฝ่ายบริหาร” หรือ “รัฐบาล” นั้นจะมีการใช้อำนาจทั้ง 3 ชนิดคือ นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ โดยองค์กรทางปกครองจะมีการออกกฎ เพราะในทางปฏิบัติกฎหมายของรัฐสภาไม่อาจกำหนดรายละเอียดครอบคลุมปัญหาต่าง ๆ ได้ จึงมีการมอบอำนาจให้องค์กรทางปกครองออกกฎเพื่อปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ ส่วนอำนาจบริหารและตุลาการก็ไม่สามารถแยกกันออกจากกันได้อย่างเด็ดขาด ในหลายกรณีการอุทธรณ์การกระทำทางปกครองต่อศาลโดยตรงอาจไม่เหมาะสมเพราะเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะอย่างสูง ในหลายประเทศจึงจัดให้องค์กรพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองโดยมีลักษณะวิธีการพิจารณาเช่นศาล ที่เรียกว่าคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เพื่อพิจารณาโดยคณะกรรมการที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านเพื่อความเป็นธรรมขั้นหนึ่ง ก่อนที่จะมีการอุทธรณ์ไปยังศาลที่มีเขตอำนาจ ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวจึงมีสภาพเป็นคล้ายศาลปกครองชั้นต้นในคดีเฉพาะเรื่องที่ถูกกฎหมายกำหนด

สรุปว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นการกระจายอำนาจการใช้อำนาจอธิปไตย เพื่อให้สามารถตรวจสอบคานอำนาจซึ่งกันและกัน โดยองค์กรต่างองค์กรในการปฏิบัติภารกิจตามอำนาจหน้าที่ให้บรรลุผล เพื่อมิให้มีการใช้อำนาจในลักษณะโดยมิชอบหรือโดยบิดผัน (abuse of power)

**2.1.2 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ** ถือเป็นหลักการที่สำคัญของหลักนิติรัฐ มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิในเสรีภาพและสิทธิในความเสมอภาคของบุคคล ซึ่งก็จะเป็นพื้นฐานของ

<sup>11</sup>วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “ศาลปกครองกับการแบ่งแยกอำนาจ,” วารสารนิติศาสตร์ (กันยายน 2537) : 568 - 572.

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รัฐเสรีประชาธิปไตยยอมรับความเป็นอิสระของปัจเจกชน เคารพต่อสิทธิ และเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนโดยอำนาจรัฐจะกระทำได้ ต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบของตัวแทนของประชาชน ตามหลักความชอบธรรมในระบบ ประชาธิปไตยให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้น จึงจะสามารถกระทำได้ ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ของประชาชนให้มีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติหลักประกัน คุ้มครองสิทธิเสรีภาพไว้หลายประการ และได้บัญญัติหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้ในมาตรา 29\* ว่ากฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ต้องตราขึ้นใช้บังคับ เพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น อนึ่งกฎของฝ่ายปกครองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมาย หากจะมีลักษณะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ตามมาตรา 29 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะต้อง มีลักษณะเช่นเดียวกับ กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎร ดังนี้

**2.1.2.1 ลักษณะของกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิ เสรีภาพของราษฎรต้องมีลักษณะดังนี้<sup>12</sup>**

2.1.2.1.1) มีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด กรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ

ข้อจำกัดอำนาจนิติบัญญัติข้อนี้ มีที่มาจากหลักความเสมอภาค อันเป็นหลักรัฐธรรมนูญที่ผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐโดยตรง ในการตรา กฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวงนั่นเอง และเนื่องจากหลักรัฐธรรมนูญ หลักนี้บังคับว่า “บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน และบุคคลที่

\*รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็น และจะ กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรา กฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่ง และวรรคสอง ให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม

<sup>12</sup>วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540,

แตกต่างกันในสาระสำคัญจะต้องได้รับการปฏิบัติแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน” ซึ่งหมายความว่ากฎหมายนั้นจะไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง” ดังนั้น กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารออกคำสั่งบังคับให้บุคคลประเภทใดประเภทหนึ่งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ห้ามมิให้บุคคลประเภทใดประเภทหนึ่งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออนุญาตให้บุคคลประเภทใดประเภทหนึ่งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ประเภทใดประเภทหนึ่งเกิดขึ้น ก็ถือว่าเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปตามข้อเรียกร้องของหลักความเสมอภาคแล้ว

อย่างไรก็ตาม การที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายกำหนดให้ปฏิบัติต่อบุคคลประเภทใดประเภทหนึ่งแตกต่างไปจากที่ให้ปฏิบัติต่อบุคคลประเภทอื่นๆ นั้นอาจจะขัดต่อหลักความเสมอภาคและใช้บังคับมิได้ก็ได้ ถ้าหากว่าปราศจากเหตุผลอัน “วิญญูชน” (reasonable man) พึงรับฟังได้ เข้าข่ายเป็น “การเลือกที่รักมักที่ชัง” หรืออีกนัยหนึ่งเป็น “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายภาพ หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ” (มาตรา 30 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550)

การที่มีให้มีการบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้มีผลใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะตามมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น เพื่อที่จะคุ้มครองมิให้มีการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างตามอำเภอใจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยออกกฎหมาย เพื่อไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาแทรกแซงการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง เพราะการกระทำในรูปของกฎหมายกับกรณีที่เป็นการเฉพาะเจาะจงกับกรณีใดกรณีหนึ่งหรือการออกคำสั่งทางปกครองเป็นภาระหน้าที่โดยแท้ของฝ่ายปกครอง การยอมให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพเพื่อใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่ากับเป็นการยอมให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้าไปแทรกแซงอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองอันเป็นการขัดแย้งกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ อีกทั้งยังเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

#### 2.1.2.1.2) ต้องมีความแน่นอนชัดเจน

ที่ว่ากฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรต้องมีความแน่นอนชัดเจน หมายความว่า กฎหมายนั้นต้องบัญญัติกำหนดไว้ให้แจ้งชัดว่าบังคับหรือห้ามมิให้บุคคลประเภทใดกระทำการอะไร ในกรณีใด และเพื่อประโยชน์อะไร หรือให้อำนาจฝ่ายบริหารออกคำสั่งบังคับหรือห้ามมิให้บุคคลประเภทใดกระทำการอะไรในกรณีใด และเพื่อประโยชน์อะไร

ความแน่นอนชัดเจนของกฎหมายนี้เป็นเงื่อนไขที่จำเป็นและขาดเสียมิได้แก่การที่ราษฎรจะสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพกระทำการต่างๆ เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตนทั้งในทางกายภาพและในทางจิตใจ บุคคลย่อมไม่กล้าตัดสินใจใช้สิทธิหรือเสรีภาพกระทำการใดๆ ลงไป ถ้าหากไม่สามารถคาดคะเนได้ล่วงหน้าว่าการกระทำนั้นๆ ของตนจะมีผลทางกฎหมายอย่างไร และผลทางกฎหมายอันจะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นๆ จะทำให้ตนได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์มากน้อยเพียงไร ทั้งนี้ เพื่อประกัน “ความมั่นคงในนิติฐานะ” (legal security) ซึ่งกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรที่จะขัดรัฐธรรมนูญก็เฉพาะแต่ในกรณีที่กฎหมายนั้นให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายบริหารอย่างไม่มีขอบเขต

#### 2.1.2.1.3) ต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง

ที่ว่ากฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง หมายความว่า จะต้องมีการประกาศโฆษณากฎหมายนั้นให้ราษฎรทราบเป็นการล่วงหน้าในราชกิจจานุเบกษาก่อนที่จะนำไปใช้บังคับแก่ราษฎร และจะใช้กฎหมายนั้นบังคับแก่การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงแล้วก่อนวันที่ได้มีการประกาศโฆษณากฎหมายนั้นในราชกิจจานุเบกษาไม่ได้ ข้อห้ามตรากฎหมายให้มีผลใช้บังคับย้อนหลังนี้มีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแทบทุกฉบับ รวมทั้งฉบับที่ใช้บังคับปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39 บัญญัติว่าบุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่เวลาที่กระทำการนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลากระทำความผิดมิได้

#### 2.1.2.1.4) ต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักความได้สัดส่วน

ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตย ส่วนใหญ่จะมีได้บัญญัติกำหนดหลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ไว้โดยชัดเจน แต่วงการนิติศาสตร์และศาลของประเทศต่างๆ ก็ถือกันว่า หลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจหลักนี้ หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการสำคัญในการนำมาใช้ควบคุมการใช้อำนาจของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่คำนึงถึงความยุติธรรมในส่วนของปัจเจกชนกับความยุติธรรมของสังคมโดยรวม ในกรณีที่มีประโยชน์ขัดแย้งระหว่างปัจเจกชนหรือกลุ่มบุคคลกับผลประโยชน์มหาชนแล้วจำเป็นต้องใช้หลักความได้สัดส่วนในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว เนื่องจากกฎหมายที่ละเมิดต่อหลักความได้สัดส่วนเท่ากับเป็นการละเมิดต่อหลักนิติรัฐซึ่งเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปและมีค่าบังคับเสมอกันกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ ดังนั้น องค์การต่างๆ ของรัฐ ไม่ว่าจะอยู่ในฝ่ายบริหาร ตุลาการ หรือนิติบัญญัติก็ตาม จะต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักการนี้ จะกระทำการใดๆ ที่ขัดหรือแย้งต่อหลักการนี้ไม่ได้



หลักแห่งความได้สัดส่วนมีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักการย่อยๆ 3 หลักการด้วยกันคือ หลักความสมฤทธิ์ผล (principle of appropriateness) หลักความจำเป็น (principle of necessity) และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (principle of proportionality) สรุปได้ดังนี้<sup>13</sup>

1) หลักความสมฤทธิ์ผล (principle of appropriation) หมายถึง มาตรการที่กฎหมายออกมาใช้บังคับหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้องเป็น มาตรการที่สามารถดำเนินการให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้เกิดขึ้นได้จริงๆ ทางปฏิบัติ มาตรการที่ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้มาตรการนั้นไม่เหมาะสม ดังนั้น การตรากฎหมายบังคับให้ราษฎรกระทำการใดหรือห้ามมิให้ราษฎรกระทำการใด หรือให้อำนาจฝ่ายบริหารออกคำสั่งบังคับให้ราษฎรกระทำการใดหรือห้ามมิให้ราษฎรกระทำการใด โดยที่สิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น และ/หรือประโยชน์สาธารณะไม่ได้รับการคุ้มครองให้ดีขึ้นมาเลย จึงเท่ากับเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะกระทำมิได้ (มาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550)

2) หลักความจำเป็น (principle of necessity) หมายถึง มาตรการที่กฎหมายออกมาใช้บังคับหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้องเป็น มาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้ กล่าวคือ เป็นมาตรการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุด ดังนั้น ถ้าหากว่ามีมาตรการที่สามารถทำให้ผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้เกิดขึ้นได้จริงๆ ในทางปฏิบัติให้ เลือกลงอยู่หลายมาตรการ แต่ละมาตรการมีระดับแห่งความรุนแรงมากน้อยแตกต่างกัน ถ้าและฝ่ายนิติบัญญัติ เลือกกำหนดมาตรการที่รุนแรงกว่า กฎหมายนั้นย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายที่แคบ (principle of proportionality) หมายถึง มาตรการที่กฎหมายออกมาใช้บังคับหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับแก่ราษฎร ต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนยิ่งกว่าที่ก่อความเสียหายให้แก่ เอกชนและ/หรือแก่สังคมโดยรวม กฎหมายที่กำหนดมาตรการซึ่งแม้จะสามารถดำเนินการให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้เกิดขึ้นได้จริงๆ ในทางปฏิบัติ (สมฤทธิ์ผล) และมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุด (จำเป็น) ก็ตาม แต่หากได้ลงมือใช้บังคับแล้ว จะยังให้เกิดความเสียหายให้แก่เอกชนและ/หรือแก่สังคมเป็นอย่างมากเมื่อเปรียบเทียบกับ ประโยชน์ที่มหาชนจะพึงได้รับ ก็น่าจะถือว่าเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่าฝืนเจตนารมณ์บทบัญญัติ

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 128 - 131.

แห่งรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นการพิจารณาความสมดุลระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบกับผลประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดจากการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว

2.1.2.1.5) ต้องไม่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจนกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น

ทฤษฎีที่เป็นรากฐานเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมีได้นั้น มีอยู่ 2 ทฤษฎี<sup>14</sup> ได้แก่

ทฤษฎีแรก คือ ทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ (absolute) ซึ่งเห็นว่าไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใดไม่ว่าจะละเมิดสาระสำคัญของสิทธิได้ จึงไม่มีวัตถุประสงค์ในทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองอื่นใด ที่จะมีคุณค่าสูงกว่าสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้น การคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพจึงต้องคุ้มครองอย่างสมบูรณ์

ทฤษฎีที่สอง คือ ทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมพัทธ์ (relative) ซึ่งเห็นว่าไม่ควรมีสิ่งใดที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ ในกรณีที่มีเหตุผลที่เหนือกว่าที่เป็นความจำเป็นอย่างยิ่งภายใต้สถานการณ์ดังกล่าว จึงควรอนุญาตให้มีการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพได้

แม้ว่ามาตรา 29 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ แต่ฝ่ายนิติบัญญัติก็ไม่อาจตรากฎหมายให้มีผลเป็นการกระทบกระเทือนถึงแก่นหรือสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพได้ แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้อย่างสมบูรณ์ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา เป็นสิทธิและเสรีภาพที่ไม่อาจจะจำกัดได้ จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการจำกัดนั้นเป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ แต่ถ้าวรัฐธรรมนูญรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้อย่างสัมพัทธ์ กล่าวคือ ถูกจำกัดได้ กรณีนี้จะต้องพิจารณาว่าเมื่อมีการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว กฎหมายนั้นกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิหรือไม่ โดยพิจารณาตามหลักความไม่สัดส่วน และจำต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐาน เนื่องจากการแทรกแซงใดที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยเช่นกัน เพราะเมื่อกฎหมายใดกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพแล้ว ย่อมไม่อาจใช้บังคับได้ เนื่องจากขัดต่อรัฐธรรมนูญ

อนึ่งหลักการรับประกันความคุ้มครองเนื้อหาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามมาตรา 19 วรรคสอง ของกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญในประเทศ

<sup>14</sup>K. Stem, S. 865 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 23.

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Garantie des Wesensgehalts) อาจเทียบเคียงได้กับหลักการตามบทบัญญัติมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนั้น การศึกษาทำความเข้าใจกับหลักกฎหมายดังกล่าวจึงน่าจะมีประโยชน์ต่อวงการนิติศาสตร์ไทย<sup>15</sup> ทั้งนี้ ขอบเขตของการรับประกันคุ้มครอง (Inhalt der Garantie) สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้<sup>16</sup>

ปัจจุบันในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันทั้งในทางวิชาการและแนวคำวินิจฉัยของศาลในเรื่องขอบเขตทาง “หลักการรับประกันความคุ้มครองเนื้อหาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามมาตรา 19 วรรคสอง GG” กล่าวคือ การรับประกันความคุ้มครองเนื้อหาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามมาตรา 19 วรรคสอง GG นี้ เป็น “การรับประกันความคุ้มครองเนื้อหาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานโดยเด็ดขาดสมบูรณ์ (Absoluter Wesensgehalt)” หรือ เป็น “การรับประกันความคุ้มครองเนื้อหาสาระของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานโดยสัมพัทธ์หรือเพียงบางส่วน (relativer Wesensgehalt)”

ความเห็นส่วนใหญ่ทางวิชาการและแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์เห็นว่า ความหมายหรือเนื้อหาของการรับประกันความคุ้มครอง “สาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามมาตรา 19 วรรคสอง GG” นั้น หมายถึง การรับประกันความคุ้มครองเนื้อหาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างเด็ดขาดสมบูรณ์ (absoluter Schutz) เนื่องจากถ้อยคำตามบทบัญญัติมาตรา 19 วรรคสอง GG กำหนดไว้ชัดเจนว่า “ไม่ว่ากรณีใดก็ตาม การจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามที่กำหนดพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ นั้น จะกระทบกระเทือนเนื้อหาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานนั้นไม่ได้” จากถ้อยคำที่ว่า “ไม่ว่ากรณีใดก็ตาม (in keinem Falle)” นี้เอง ทำให้ปัญหาที่ว่า รัฐจะสามารถตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานให้กระทบกระเทือนถึงเนื้อหาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานนั้นได้ภายใต้บังคับประกอบหรือเงื่อนไขทางกฎหมายใด นั้น ไม่เกิดขึ้นอีกต่อไป<sup>17</sup> ดังจะเห็นได้จากการที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้นำ “หลักการรับประกันความคุ้มครองเนื้อหาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามมาตรา 19 วรรคสอง GG” มาใช้เป็นเหตุผลในการวินิจฉัยว่า การล่วงละเมิดถึงขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายไม่อาจกระทำได้นอกจากสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายซึ่งเป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานนี้ได้รับการประกันความคุ้มครองโดยเด็ดขาดสมบูรณ์ ฉะนั้น จึงไม่จำเป็นต้องนำ “หลักความได้สัดส่วนหรือหลัก

<sup>15</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี, “หลักการรับประกันความคุ้มครองเนื้อหาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามมาตรา 19 วรรคสอง ของกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Garantie des Wesensgehalts),” วารสารวิชาการศาลปกครอง 8,3 (กันยายน - ธันวาคม 2551) : 1.

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

<sup>17</sup> Vgl. BVerfGE 7, 377 (411), อ้างถึงในมานิตย์ วงศ์เสรี, เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

ความพอสมควรแก่เหตุ (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)" มาใช้เพื่อเป็นแนวทางการพิจารณาและวินิจฉัยอีกว่า การล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายจะมีลักษณะเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนถึงเนื้อหาสาระสำคัญหรือแก่นของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานดังกล่าวหรือไม่ ในกรณีของการรับประกันความคุ้มครองเนื้อหาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานโดยเด็ดขาดสมบูรณ์นั้น ไม่มี "สิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครอง" ใดที่จะมีคุณค่าหรือความสำคัญสูงกว่าเนื้อหาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานนี้อีกแล้ว (Gegenüber dem Wesensgehalt eines Grundrechts gebe es nach dem Grundgesetz keine höherrangigen Güter)

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในคดีเกี่ยวกับบทบัญญัติมาตรา 19 วรรคสอง GG นั้น บางครั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ก็ได้พิจารณาตรวจสอบขอบเขตของการรับประกันความคุ้มครองเนื้อหาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามมาตรา 19 วรรคสอง GG ในความหมายของ "การรับประกันความคุ้มครองเนื้อหาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานโดยสัมพัทธ์หรือเพียงบางส่วน" ด้วยเหมือนกัน โดยมองว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามที่กฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ อาจจะกระทบกระเทือนเนื้อหาสาระสำคัญหรือแก่นของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานนั้นได้ หากมีเหตุผลความจำเป็นเพื่อให้บรรลุถึงจุดมุ่งหมายของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานนั้น แต่การกระทบกระเทือนต่อเนื้อหาสาระสำคัญหรือแก่นของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานนั้น จะต้องเป็นไปหรือสอดคล้องกับ "หลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)" ด้วย<sup>18</sup> นอกจากนี้ ในการพิจารณาค้นหาถึง "เนื้อหาสาระสำคัญหรือแก่นของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน" เพื่อเปิดโอกาสให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญได้โดยไม่ขัดต่อหลักการตามมาตรา 19 วรรคสอง GG นั้น สามารถกระทำได้โดยใช้วิธีการพิจารณาจาก "เนื้อหาสาระของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Menschenwürdegehalt)" เนื่องจากสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานจำนวนมากมี "เนื้อหาสาระของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์" ประกอบอยู่ด้วย ดังนั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานใดที่เป็นการกระทบกระเทือนหรือละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานนั้นย่อมเป็นการกระทบกระเทือนต่อเนื้อหาสาระสำคัญหรือแก่นของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามมาตรา 19 วรรคสอง GG<sup>19</sup>

ในกรณีที่มีการกระทำฝ่าฝืน "หลักการรับประกันความคุ้มครองเนื้อหาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามมาตรา 19 วรรคสอง GG" ผลทางกฎหมายก็คือการกระทำที่ไปกระทบกระเทือนเนื้อหาสาระสำคัญหรือแก่นของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานนั้นเป็นการกระทำที่ขัดรัฐธรรมนูญ (verfassungswidrig) และหากเป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติเป็น

<sup>18</sup> BVerfGE 22, 180 (219 f.); BVerfGE 27, 344 (352), อ้างถึงในมานิตย์ วงศ์เสรี, เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

<sup>19</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

ผู้กระทำการฝ่าฝืน “หลักการรับประกันความคุ้มครองเนื้อหาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามมาตรา 19 วรรคสอง GG” ผลก็คือ บทบัญญัติของกฎหมายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติตราออกมาใช้บังคับเพื่อเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานนั้นตกเป็นโมฆะ (nichtig)<sup>20</sup>

ถึงแม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่จะตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรแต่ละคนเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและ/หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะได้ก็ตาม แต่หาได้มีอำนาจตัดหรือเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพของราษฎรด้วยไม่ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตัดหรือเพิกถอนสิทธิหรือเสรีภาพด้านใดด้านหนึ่งของราษฎรย่อม “มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” (มาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550) กฎหมายที่ “ชี้ดวง” สิทธิหรือเสรีภาพล้ำเข้าไปกระทบถึง “แก่น” (core) หรือ “สาระสำคัญ” (essence) ของสิทธิหรือเสรีภาพเช่นนี้ แม้ตามรูปแบบจะเป็นกฎหมายจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ แต่ตามเนื้อหาแล้วก็มีผลไม่แตกต่างกับกฎหมายที่ตัดหรือเพิกถอนสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎร เช่น กฎหมายที่กำหนดโทษทางอาญาไว้รุนแรงโหดร้ายทารุณ เช่น ตัดแขนขา เป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรจนล้ำเข้าไปกระทบถึงแก่นหรือสาระสำคัญ<sup>21</sup>

อนึ่ง กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจะ “ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย” เพื่อให้ราษฎรสามารถตรวจสอบได้โดยสะดวกว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของตนโดยเคารพและปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายประการต่างๆ หรือไม่

หากฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายหรือมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองออกกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรโดยขัดต่อหลักการดังกล่าวข้างต้นถือได้ว่ากฎหมายหรือกฎนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในกรณีของกฎที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญตามมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ราษฎรที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากกฎดังกล่าวย่อมมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้เพิกถอนกฎดังกล่าวได้ การใช้สิทธิทางศาลถือเป็นหลักประกันที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ปัจเจกบุคคล ทั้งนี้ เพื่อให้องค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีความอิสระและเป็นกลางรวมทั้งมีกระบวนการวิธีพิจารณาที่แน่นอนเข้ามาตรวจสอบกฎหรือการกระทำของรัฐที่ถูกต้องแย้งว่าละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ซึ่งหากกฎหรือการกระทำหรือการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะสั่งให้เพิกถอนกฎหรือการกระทำหรือการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครองและเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยคำนึงถึงการประสานผลประโยชน์สาธารณะ

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

<sup>21</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540,

อันเป็นวัตถุประสงค์ของดำเนินการทางปกครองให้เข้ากับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น ระบบการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐโดยศาลจึงเป็นระบบพื้นฐานที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

**2.1.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง หรือ หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง** หมายถึงการใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นองค์กรที่มาจากตัวแทนประชาชน โดยเฉพาะบทบัญญัติของกฎหมายที่กระทบสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้นจะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ โดยผ่านความเห็นชอบของประชาชนแล้ว สรุปได้ 2 หลักการ ดังนี้<sup>22</sup>

- (1) ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการ
- (2) ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองหรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง

**2.1.3.1 ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการ** เนื่องจากองค์กรตุลาการมีหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทและควบคุมการกระทำต่าง ๆ ทั้งของเอกชนและของรัฐให้ชอบด้วยกฎหมาย องค์กรตุลาการจึงมีภารกิจหลักในการคุ้มครองหลักความชอบด้วยกฎหมายให้เป็นผล โดยการเพิกถอนการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย ในนิติรัฐ จึงถือว่า "อิสระ" ขององค์กรตุลาการจะต้องไม่ตกภายใต้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะองค์กรตุลาการจะเป็นผู้ตรวจสอบองค์กรอื่นเพื่อคุ้มครองหลักความชอบด้วยกฎหมาย แต่องค์กรตุลาการเองก็จะต้องเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการจึงต้องเป็นไปตามหลักความเสมอภาคของการใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ<sup>23</sup>

- 1) ฝ่ายตุลาการจะต้องไม่พิจารณาพิพากษาคดีเรื่องใดให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย ฝ่ายตุลาการจะต้องใช้กฎหมายให้เป็นไปตามองค์ประกอบและผลของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ เป็นความผูกพันที่จะต้องไม่พิจารณาให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย

<sup>22</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่, หน้า 25 - 26.

<sup>23</sup> Duering, in : Mauz/Duering, Grundgesetz – Kommentar, Art. 3, Rdnr. 398, อ้างถึงในบรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่, หน้า 28.

2) ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยใช้บทบัญญัติของกฎหมายให้ตรงกับข้อเท็จจริงในกรณีของตน เป็นการเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการยอมรับผูกพันตนอย่างเคร่งครัดต่อกฎหมาย

3) ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่ต้องใช้ดุลยพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่องใดๆ ทั้งสิ้น

### 2.1.3.2 ความผูกพันต่อความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองหรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ ประกอบด้วย 2 หลักการ คือ<sup>24</sup>

1) หลักความมาก่อนของกฎหมาย หรือหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

2) หลักเงื่อนไขของกฎหมาย หรือหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ

**2.1.3.2.1 หลักความมาก่อนของกฎหมาย** หมายความว่า การกระทำของรัฐที่ออกมาในรูปแบบบทบัญญัติของกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำต่างๆ ของรัฐทั้งหลายรวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครอง ดังนั้น การกระทำของรัฐรวมทั้งการกระทำทางปกครองทั้งหลายจึงไม่อาจขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ หากการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายย่อมจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย หลักความมาก่อนของกฎหมายหรือหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง ซึ่งมี 2 ลักษณะ<sup>25</sup> คือ (1) กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องปฏิบัติ องค์การฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่กำหนด และ (2) ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองไม่ขัดต่อกฎหมายดังกล่าวเนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมายเพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการขัดต่อกฎหมายโดยไม่มีผลร้ายใดๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะหาความหมายอันใดมิได้ ทั้งนี้ คำว่ากฎหมายนี้จะมีความหมายเพียงใดนั้น หากพิจารณาถึงผลผูกพันทั่วไปของกฎหมาย อันมีลักษณะเป็นนามธรรมและมีผลบังคับใช้ทั่วไป ประกอบกับลำดับชั้นของกฎหมายแล้ว อาจสรุปได้ว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจกำหนด

<sup>24</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

<sup>25</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายและการกระทำทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 22 - 23.

มาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรมหรือมีผลใช้บังคับทั่วไป หรือกฎ ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ รวมถึงกฎหมายประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไปได้ เพราะการกระทำทางปกครองที่ขัดต่อกฎหมายอาจเกิดผลทางกฎหมายหลายกรณี เช่น การกระทำนั้นอาจเป็นโมฆะ หรือไม่เกิดผลใดทางกฎหมายหรือมีผลทางกฎหมายแต่ถูกเพิกถอนหรือลบล้างในภายหลังได้

**2.1.3.2.2 หลักเงื่อนไขของกฎหมาย** หลักการนี้เรียกร่องว่าองค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการอันใดได้ ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไปกระทบสิทธิปัจเจกบุคคล หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครอง กระทำการของฝ่ายปกครองดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแตกต่างจากหลักความมาก่อนของกฎหมายหรือหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ที่เรียกร่องแต่เพียงให้ฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น แต่หลักเงื่อนไขของกฎหมายหรือหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจเรียกร่องฝ่ายปกครองยิ่งไปกว่า กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองนั้นต้องมีฐานกฎหมายรองรับ เหตุผลของหลัก "ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ" มาจากหลักประชาธิปไตยในระบบสภา หลักนิติรัฐ และหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน โดยถือว่ารัฐสภาประกอบด้วยสมาชิกที่ได้รับเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน จึงเป็นองค์กรที่ชอบธรรมมากที่สุดในการตัดสินใจเรื่องราวต่างๆ ที่สำคัญอันกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของราษฎร โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปแก่ราษฎร ด้วยเหตุผลเช่นนี้ หากจะยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าว ก็จะต้องมีการมอบอำนาจจากรัฐสภา จะยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับตามอำเภอใจโดยอำนาจของตนเองหาได้ไม่<sup>26</sup> แต่กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการได้นั้น จะต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายประเพณีมาใช้เป็นฐานในการใช้อำนาจปกครองหาได้ไม่<sup>27</sup> เช่น กรณีคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่ สค 35/2544 ซึ่งเป็นกรณีที่หน่วยงานอ้างประเพณีปฏิบัติราชการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่มีผู้ร้องขอ โดยไม่ได้พิจารณาหลักเกณฑ์ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 การปฏิบัติไม่เปิดเผยข้อมูลดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับระบบกฎหมายไทยนั้น เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้ว จะเห็นได้ว่าหลัก "ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ" มุ่งคุ้มครองปัจเจกชนจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ที่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลเป็นสำคัญ มีความหมายดังนี้

<sup>26</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 26 - 27.

<sup>27</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.



ปัจเจกชนจากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ที่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลเป็นสำคัญ มีความหมายดังนี้

(1) มาตรการใดๆ รวมทั้งการออกกฎขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาวะ ก้าวล่วงในแดนสิทธิเสรีภาพของราษฎร จำเป็นจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจรองรับมาตรการเหล่านั้น

(2) มาตรการใดๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะที่ส่งเสริมหรือสนับสนุนให้ประโยชน์แก่เอกชน และไม่มีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขการใช้มาตรการนั้นไว้เป็นพิเศษ องค์กรเจ้าหน้าที่อาจกระทำได้แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน เช่น การที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะออกกฎให้เงินอุดหนุนแก่ผู้ประกอบการในการดำเนินกิจการธุรกิจใดประเภทหนึ่ง ทั้งนี้ เพราะว่าการกระทำดังกล่าวขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ราษฎรนั้น จะต้องมียุทธศาสตร์ความชอบธรรมในทางกฎหมายอันเป็นผลเนื่องมาจากการกำหนดกฎเกณฑ์ของรัฐสภาด้วย แต่อย่างไรก็ตาม หากมาตรการขององค์กรที่เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองซึ่งให้ประโยชน์แก่เอกชนประเภทใดหรือรายใดรายหนึ่งหรือหลายรายเป็นมาตรการที่เห็นได้ชัดว่ากระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎรรายอื่นๆ แล้ว ในกรณีนี้ก็ต้องมีกฎหมายให้อำนาจในการกระทำความดังกล่าวแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองเช่นกัน มิฉะนั้นการกระทำดังกล่าวอาจขัดต่อรัฐธรรมนูญ<sup>28</sup> เช่น กรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้เงินอุดหนุนแก่เอกชนผู้ประกอบการประเภทใดประเภทหนึ่ง อาจไปกระทบต่อเสรีภาพในการแข่งขันอย่างเสรีของบุคคลอื่นตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ การกระทำดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

**2.1.4 หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา** เป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารออกกฎ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายให้เป็นไปตามหลักดังนี้<sup>29</sup>

- 1) หลักความแน่นอนของกฎหมาย (certainty)
- 2) หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง (retroactive)
- 3) หลักความพอสมควรแก่เหตุ

**2.1.4.1 หลักความแน่นอนของกฎหมาย (certainty)** เป็นหลักที่หลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนในการใช้กฎหมายโดยเรียกร้องว่า การบัญญัติกฎหมายต้องมีความแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้บุคคลในสังคมสามารถทราบได้ว่า บทบัญญัติของกฎหมายใดที่ตนจะต้องคำนึงถึง

<sup>28</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 31.

<sup>29</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่,

หากคนจะกระทำการอันใดอันหนึ่ง และกฎหมายดังกล่าวมีข้อเรียกร้องอย่างใดบ้าง ซึ่งจะทำให้บุคคลสามารถที่จะกำหนดการกระทำของตนเองให้เป็นตามเจตนารมณ์ของกฎหมายและทำให้เกิดความแน่ใจว่าการกระทำของตนไม่เป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมาย เนื่องจากการกระทำทางปกครองเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองที่เหนือกว่าปัจเจกชนของฝ่ายปกครอง ในการกำหนดหลักเกณฑ์ให้ปัจเจกชนต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องมีความชัดเจนแน่นอน สามารถคาดหมายได้ แต่ระดับของการคาดหมายนี้อาจแตกต่างกันออกไปตามสภาพของการกระทำทางปกครอง ยิ่งการกระทำมีลักษณะเป็นการก้าวล่วงสิทธิหรือสร้างภาระให้ปัจเจกชนมากเพียงใด องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องกำหนดเนื้อหาของกฎเกณฑ์ให้แน่นอนมากขึ้นเท่านั้น

หลักความแน่นอนของกฎหมายแยกพิจารณาได้เป็น 2 นัยได้แก่<sup>30</sup>

**นัยแรก** ได้แก่ นัยที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ของกฎหมาย คือ บทบัญญัติของกฎหมายนั้นจะต้องเป็นการกำหนดหรือระบุหลักเกณฑ์หรือข้อบังคับทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจนแน่นอนถึงขอบเขตและความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนและระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเอง ทั้งนี้เพื่อทำให้เกิดความมั่นใจและเป็นหลักประกันกับประชาชนและสังคมส่วนรวมโดยทั่วไป

**นัยที่สอง** เกี่ยวข้องกับรูปแบบโครงสร้างของกฎหมายคือ บทบัญญัติของกฎหมายจะต้องมีการกำหนดอย่างชัดเจนและแน่นอนในเรื่องของเนื้อหา องค์ประกอบ และการมีผลบังคับทางกฎหมาย กล่าวอีกแง่หนึ่งคือตัวบทกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับนั้นเองก็ต้องมีรูปแบบโครงสร้างที่แน่นอนและชัดเจนด้วยเช่นกัน

หลักความแน่นอนของกฎหมายประกอบด้วยหลักย่อย 2 หลัก ได้แก่<sup>31</sup>

**2.1.4.1.1 หลักความชัดเจนของกฎหมาย (clarity)** เป็นหลักการที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติรวมทั้งฝ่ายบริหารในการออกกฎ จะต้องมีความชัดเจนอย่างเพียงพอเพื่อให้บุคคลสามารถกำหนดพฤติกรรมของตนเองได้ภายใต้สภาพการณ์ในทางกฎหมายในเรื่องนั้นๆ แต่อย่างไรก็ตามหลักนิติรัฐมิได้ห้ามในการที่จะบัญญัติ “ถ้อยคำในทางกฎหมายที่ขาดความชัดเจน” และบัญญัติถึง “เงื่อนไขทั่วไป”

**2.1.4.1.2 หลักคุ้มครองความสุจริต (security of right)** (หรือหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ) เป็นหลักที่เรียกร้องต่อฝ่ายปกครองโดยเฉพาะกรณีการยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง โดยหลักถ้าผู้รับนิติกรรม

<sup>30</sup> มานิติย์ วงศ์เสวี, “หลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือไว้วางใจโดยสุจริตของประชาชน,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 7, 1 (มกราคม - เมษายน 2550) : 42.

<sup>31</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่, หน้า 28.

ทางปกครองเชื่อโดยสุจริตว่านิติกรรมทางปกครองนั้นออกโดยชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อได้ขังน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะในกรณีที่มีการยกเลิกนิติกรรมดังกล่าวกับความสุจริตของบุคคลนั้นแล้ว เห็นควรที่จะคุ้มครองบุคคลดังกล่าว กรณีนี้ให้ใช้หลักคุ้มครองความสุจริตกับบุคคลดังกล่าว

หลักความสุจริตมีผลสนับสนุนความมั่นคงแห่งสิทธิ ซึ่งหมายความว่าเมื่อฝ่ายปกครองให้สิทธิแก่ประชาชนผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายย่อมมีความรู้สึกว่ามีสิทธิดังกล่าวที่เขาได้รับตามกฎหมายนั้นมีความมั่นคงด้วย หากต่อมานิติกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ประชาชนนั้น มีเหตุตามกฎหมายให้ต้องยกเลิกหรือเพิกถอน ประชาชนผู้ทรงสิทธิย่อมได้รับความคุ้มครองตามหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนผู้รับนิติกรรมทางปกครองต่อนิติกรรมทางปกครอง โดยในการบอกล้างจะต้องนำความเชื่อถือดังกล่าวมาขังน้ำหนักกับประโยชน์มหาชนว่าสมควรจะยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปแล้วหรือไม่ หากประโยชน์มหาชนมีน้ำหนักหรือมีความสำคัญมากกว่า จึงบอกเลิกนิติกรรมทางปกครองนั้นได้<sup>32</sup> โดยผู้ได้รับผลกระทบจากการยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองย่อมได้รับความคุ้มครองตามหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือไว้วางใจของประชาชนต่อนิติกรรมทางปกครอง เช่น กรณียกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยให้มีผลย้อนหลังไปในอดีต แต่ประโยชน์ที่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองได้รับไปแล้วย่อมไม่อาจเรียกคืนได้ การเรียกคืนทรัพย์สินหรือสิทธิที่ได้รับไปแล้วให้ไปประมวลกฎหมายแพ่งลักษณะลามิกควรได้มาใช้บังคับ โดยเฉพาะกรณีคำสั่งทางปกครอง หากเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง หากผู้รับสุจริต กรณีย่อมมีปัญหว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวได้หรือไม่เพียงใด ถ้าถือตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองอย่างเคร่งครัด กรณีย่อมถือว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องแก้ไขสิ่งที่ผิดพลาดให้ถูกต้อง แต่ในแง่ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ได้รับประโยชน์จากคำสั่งดังกล่าว ย่อมจะต้องคัดค้านเพราะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ตนโดยอ้างหลักคุ้มครองความสุจริตหรือหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ หรือความเชื่อมั่นในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองที่ตนได้รับ โดยที่หลักคุ้มครองผู้สุจริตกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นหลักการที่มีน้ำหนักใกล้เคียงกันในการดำเนินการทางปกครองโดยปกติในระบบกฎหมายไทย หากเป็นเรื่องของคำสั่งทางปกครองยอมอาศัยเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 51 และมาตรา 52 เป็นหลักในการพิจารณา

**2.1.4.2 หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง (non - retroactivity)** ตามหลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลังเป็นการเรียกร้องไม่ให้กฎหมายมีผลใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น

<sup>32</sup> กมลชัย รัตนสากววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 219.

ในอดีตที่ผ่านมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการย้อนหลังไปเป็นโทษต่อเหตุการณ์ที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว การมีผลย้อนหลังกฎหมายอาจแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี<sup>33</sup> คือ

**กรณีแรก การมีผลย้อนหลังโดยแท้ของกฎหมาย** หรือเรียกว่าการมีผลย้อนหลังในผลของกฎหมาย กรณีนี้ได้แก่กรณีที่ข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งได้ผ่านพ้นไปแล้วและกฎหมายได้บัญญัติให้มีผลกับข้อเท็จจริงที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว เช่น การเพิ่มอัตราเบี้ยบำนาญโดยให้มีผลย้อนหลังโดยแท้ย่อมหมายความว่าผู้รับบำนาญย่อมมีสิทธิได้รับเงินบำนาญเพิ่มขึ้นในช่วงเวลาที่ผ่านพ้นไปแล้วตามที่กฎหมายนั้นให้มีผลย้อนหลังไปถึง

**กรณีที่สอง คือการมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้** หมายถึงกรณีที่กฎหมายได้เชื่อมโยงกับข้อเท็จจริงที่ได้เริ่มเกิดขึ้นแล้วในอดีตแต่ข้อเท็จจริงนั้นยังมีได้สิ้นสุดลงในขณะที่กฎหมายนั้นมีผลบังคับใช้ และกฎหมายได้กำหนดให้มีผลสำหรับข้อเท็จจริงนั้นในอนาคต เช่น ในกรณีของการเพิ่มอัตราเบี้ยบำนาญสำหรับผู้มีสิทธิได้รับบำนาญ โดยให้มีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ ในกรณีนี้จะมีผลนับจากวันที่กฎหมายมีผลใช้บังคับ

รูปแบบของการมีผลย้อนหลังทั้งสองกรณี หากมีผลไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ที่เกี่ยวข้องในกรณีนี้ไม่มีข้อห้ามแต่อย่างใด แต่กรณีที่ก่อให้เกิดภาวะหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง การให้มีผลย้อนหลังย่อมมีขอบเขตตามหลักของหลักความแน่นอนของกฎหมายกับหลักการคุ้มครองความสุจริต ซึ่งตามหลักทั้งสองก็มิได้จำกัดการมีผลย้อนหลังโดยสิ้นเชิง แต่การมีผลย้อนหลังไปเป็นโทษนั้นย่อมนำมาใช้อย่างเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญา ส่วนในขอบเขตของกฎหมายอื่นๆ นั้น ในกรณีของการให้มีผลย้อนหลังโดยแท้ จำเป็นจะต้องพิจารณาซึ่งนำหน้าระหว่างหลักความแน่นอนของกฎหมายกับเหตุผลความจำเป็นของประโยชน์สาธารณะ ในการให้มีผลย้อนหลังดังกล่าว และสำหรับการมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ จะต้องพิจารณาซึ่งนำหน้าระหว่างขอบเขตของการคุ้มครองความสุจริตกับความสำคัญของประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องการจะมุ่งคุ้มครอง แต่อย่างไรก็ตามต้องสันนิษฐานไว้ก่อนทั้งสองกรณีว่าประชาชนเชื่อโดยสุจริตถึงความสมบูรณ์อยู่ของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่

**2.1.4.2.1 หลักความไม่มีผลย้อนหลังของกฎหมาย มีสถานะทางกฎหมาย** เช่นใดและมีข้อยกเว้นที่ให้กฎหมายมีผลย้อนหลังได้เพียงใด ผู้ศึกษาจะได้นำเสนอตามลำดับดังนี้

1) สถานะทางกฎหมายในอดีต : หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง (Principe de la non – rétroactivité des lois)<sup>34</sup>

<sup>33</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่ พ.ศ. 2540, หน้า 29.

<sup>34</sup> ปิยะศาศตร์ ไขว้พันธ์ุ, "หลักกฎหมายฝรั่งเศสเรื่องการปรับใช้กฎหมายที่มีเนื้อความขัดแย้งกัน," ใน รวมบทความทางวิชาการ : กฎหมายปกครองต่างประเทศ ภาคสารบัญญัติ เล่ม 4, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2551) หน้า 71 - 76.

ในประเทศฝรั่งเศสหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังเป็นหลักการดั้งเดิม อันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า ถ้าไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายกำหนดไว้เป็นประการอื่นแล้ว ผู้พิพากษาไม่อาจบังคับใช้กฎหมายใหม่ไปปรับเข้ากับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนหน้านั้น

### 1.1) หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

โดยหลักทั่วไป กฎหมายใหม่จะไม่นำไปใช้ให้มีผลกระทบต่อสถานะทางกฎหมายในอดีต กฎของการไม่มีผลย้อนหลังนี้ มีที่มาจากบทบัญญัติมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่กำหนดไว้ว่า “กฎหมายนั้นให้ใช้บังคับได้ก็แต่ในอนาคต กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง” ซึ่งถือเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” (principe général du droit) ที่มีอยู่ทั้งในกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครอง และยังเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาใช้ได้กับการออกกฎระเบียบต่างๆ (le pouvoir réglementaire) ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรอง

ในส่วนของนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎ (règlement) ก็ใช้หลักการเดียวกันกับกฎหมายในลำดับรัฐธรรมนูญ Conseil d'Etat (สภาแห่งรัฐ)\* ได้นำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการไม่มีผลย้อนหลัง (principe de la non-rétroactivité) มาใช้ในคดี journal “Aurore” เมื่อวันที่ 25 มิถุนายน 1948 โดยมีข้อเท็จจริงว่า ประกาศกำหนดอัตราการเรียกเก็บค่าใช้ไฟฟ้า ฉบับลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 1947 ให้คำนวณค่าไฟฟ้าอัตราใหม่สำหรับการเรียกเก็บครั้งแรกหลังวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1948 แต่ในทางปฏิบัติกลับเป็นการเรียกเก็บอัตราใหม่โดยมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 1947 อันเป็นวันที่ประกาศใช้หลักเกณฑ์ใหม่นี้ บริษัทหนังสือพิมพ์ “Aurore” จึงฟ้องเป็นคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ซึ่งศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสพิจารณาแล้วให้เพิกถอนประกาศฉบับดังกล่าว เพราะเป็นประกาศที่มีผลย้อนหลัง โดยอธิบายว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่กฎต่างๆ จะมีผลบังคับก็แต่ในอนาคตเท่านั้น หลักการนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความมั่นคงในสถานะทางกฎหมายของบ้านเมือง (la sécurité juridique) ที่ต้องถือว่า การกระทำฝ่ายเดียวทางปกครองจะมีผลผูกพันได้ ต้องนับแต่วันที่ได้นำการครบถ้วนตามขั้นตอนพิธีการของการเผยแพร่หรือประกาศให้ทราบโดยทั่วกัน โดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสให้เหตุผลว่า กฎที่มีผลบังคับย้อนหลัง เป็นกฎที่มีความบกพร่องในเรื่องการไม่มีอำนาจออกนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุเกี่ยวกับ

\* Conseil d'Etat เดิมเรียกว่าสภาแห่งรัฐ จัดตั้งขึ้นในประเทศฝรั่งเศสทำหน้าที่ 2 หน้าที่คือ ให้ความเห็นทางกฎหมายกับฝ่ายบริหารและพิจารณาเรื่องร้องทุกข์เกี่ยวกับการกระทำทางปกครองและเสนอคำวินิจฉัยให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้สั่งการ ต่อมาสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสในส่วนที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครองได้พัฒนาเป็นศาลปกครอง จึงมีสถานะเป็นศาลปกครองสูงสุด ดังนั้น ในวิทยานิพนธ์นี้จะใช้คำว่าศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสในการเรียกส่วนที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครอง

เงื่อนไขเวลาการออกนิติกรรมทางปกครอง ผู้ออกกฎใช้อำนาจของตนก้าวล่วงไปกระทำทำให้กระทบต่อสถานะทางกฎหมายในอดีตที่ผู้มีอำนาจออกกฎคนก่อนๆ ได้ก่อตั้งเอาไว้ คำวินิจฉัย คดี journal “Aurore” ได้แสดงจุดยืนของแนวคำวินิจฉัยไว้อย่างชัดเจน โดยอธิบายไว้ว่า “หลักการก็คือว่า กฎจะมีผลบังคับก็แต่ในอนาคตเท่านั้น” ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสยึดถือหลักการนี้อย่างเคร่งครัดสำหรับอำนาจในการออกกฎ และไว้เคยวินิจฉัยเพิกถอนระเบียบการจัดเก็บภาษีฉบับใหม่ที่มีผลไปกระทบต่อกิจกรรมที่สิ้นสุดไปแล้วในอดีต

## 1.2) ข้อยกเว้นที่ให้กฎหมายมีผลย้อนหลังได้<sup>35</sup>

หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง มีข้อยกเว้นแยกพิจารณาออกได้เป็น 4 ประการ ดังนี้

### 1.2.1) ข้อยกเว้นโดยผลของกฎหมาย

การมีผลย้อนหลังของกฎหมายอาจเป็นผลมาจากเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่แสดงออกอย่างชัดเจน โดยการกำหนดเป็นกฎหมายในลำดับรัฐธรรมนูญ กฎหมายใหม่ถูกตราขึ้นโดยกำหนดให้เข้าไปจัดการสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตเพื่อกำหนดสถานะทางกฎหมายในอดีตเป็นต้นมาจนถึงระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง เช่น รัฐบัญญัติ ฉบับลงวันที่ 5 กรกฎาคม ค.ศ. 1985 หรือที่เรียกว่ากฎหมาย Badunter ที่ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาสถานภาพของผู้เสียหายจากอุบัติเหตุบนท้องถนน โดยขยายกรอบของหลักเกณฑ์การกำหนดค่าทดแทนให้กับผู้มีสิทธิได้รับ ซึ่งโดยหลักแล้ว กฎหมายฉบับนี้ควรจะใช้บังคับได้กับผู้เสียหายจากอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นหลังวันที่กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับ แต่ความในมาตรา 47 ของกฎหมายฉบับดังกล่าว กำหนดไว้ว่า บทบัญญัติทั้งหลายในกฎหมายนี้ ให้ใช้บังคับได้กับคดีที่อยู่ในระหว่างการพิจารณา รวมถึงให้ใช้ได้กับอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นในระยะเวลา 3 ปีก่อนการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้อีกด้วย แม้จะยังมีได้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายต่อกันมาก่อนก็ตาม

### 1.2.2) ข้อยกเว้นตามแนวคำพิพากษา

ในคดีปกครอง ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสโดยที่ประชุมใหญ่เคยวินิจฉัยในคดี Groslières ว่า เมื่อมีกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนให้กฎที่ออกตามกฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับย้อนหลังไปในอดีตจนถึงเวลาหนึ่งเวลาใด ก็ต้องเป็นไปตามนั้น ในส่วนของนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎนั้น จะมีผลย้อนหลังได้ใน 3 กรณีด้วยกัน ประการแรก กรณีที่กฎใดๆ ถูกเพิกถอนไปโดยคำพิพากษาศาลปกครอง อาจมีความจำเป็นต้องออกกฎใหม่โดยให้มีผลย้อนหลังกลับไปให้ลักษณะทางกฎหมายกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในอดีตเป็นการอุดช่องว่างในช่วงรอยต่อของระยะเวลาที่กฎเดิมถูกเพิกถอนไปจนถึงเวลาปัจจุบันที่ประกาศใช้กฎใหม่ หรืออาจเป็นกรณี

<sup>35</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 74-76.

ที่ฝ่ายปกครองเพิกถอนกฎที่มีขอบด้วยกฎหมายด้วยตนเอง ก็ต้องดำเนินการลักษณะเดียวกัน ประการต่อมา การที่ให้กฎหมายมีผลย้อนหลังได้อาจจะมีความจำเป็นไปตามสถานการณ์ที่จำต้องกำหนดมาตรการควบคุมสิ่งที่กำลังเกิดขึ้น หรือที่เกิดต่อเนื่องกันมาแต่ในอดีต เช่น การออกกฎเกณฑ์ความคุ้มครองแรงงานรณรงค์เร่งสร้างผลผลิตทางการเกษตร อันเป็นกฎที่ออกมาใช้บังคับหลังจากที่กิจกรรมนั้นได้ดำเนินไปก่อนแล้ว และประการสุดท้าย ที่ให้กฎหมายมีผลย้อนหลังได้อาจเนื่องมาจากที่กฎฉบับแรกระบุไว้อย่างชัดเจนว่า กฎที่จะออกสืบเนื่องต่อไปในภายหน้าอันเป็นกฎที่มีเนื้อหาที่ให้นำหลักเกณฑ์ตามกฎฉบับแรกไปบังคับใช้นั้น ให้ถือว่ามิผลบังคับตั้งแต่วันที่กฎฉบับแรกมีผลบังคับใช้

### 1.2.3) การใช้กฎหมายใหม่ที่กำหนดโทษอาญาสถานเบา กว่ากฎหมายเก่าสำหรับความผิดประเภทเดียวกัน

กฎหมายใหม่ที่มีโทษทางอาญากำหนดบทลงโทษไว้เบา กว่ากฎหมายเก่าจะถูกนำมาใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนการใช้กฎหมายใหม่ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยวางหลักไว้ในคำวินิจฉัย ลงวันที่ 20 มกราคม ค.ศ. 1981 โดยวินิจฉัยว่า กฎหมายใหม่ที่กำหนดโทษสถานเบาว่าเช่นนี้ ต้องนำมาบังคับใช้กับความผิดที่เกิดขึ้นอยู่ก่อนด้วย

การมีผลย้อนหลังของกฎหมายอาญาที่มีโทษสถานเบา กว่าจึงเป็นข้อยกเว้นจากหลักกฎหมายอาญาต้องไม่มีผลย้อนหลัง อันเป็นหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้

### 1.2.4) กฎหมายการตีความ (les lois interprétatives)

กฎหมายการตีความ (les lois interprétatives) เป็นกรณีที่มีกฎหมายใหม่ออกแจกแจงรายละเอียด ให้คำจำกัดความ หรือขยายความกฎหมายที่มีอยู่เดิมให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยไม่เปลี่ยนแปลงสาระสำคัญหรือเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ไปกว่าเดิม ถือเป็นเหมือนเป็นส่วนหนึ่ง (fait corps) ของกฎหมายเก่า ดังนั้น จึงใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อนได้ การยินยอมให้มีการออกกฎหมายตีความได้ เป็นไปตามหลัก "ใครออกกฎหมาย คนนั้นตีความ" สถานะทางกฎหมายในอนาคต : หลักการไม่ล่วงละเมิดต่อสิทธิที่ได้รับมาโดยผลของกฎหมาย (principe de l'intangibilité des droits acquis) มี 2 ประเภท

2) สถานะทางกฎหมายในอนาคต : หลักการไม่ล่วงละเมิดต่อสิทธิที่ได้รับมาโดยผลของกฎหมาย มีลักษณะ 2 ประการ ได้แก่<sup>36</sup>

(1) "สิทธิที่คาดหมายได้" (droit éventuel) หมายถึง สิทธิที่อาจจะได้รับมาเนื่องจากมีข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์อื่นใดซึ่งอยู่ระหว่างการก่อตัว หรืออยู่ระหว่างประกอบกันขึ้นในชั้นเตรียมการ เพื่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องอย่างใดอย่างหนึ่งในภายหลังจากจึงเป็นสิ่งที่ยังไม่แน่นอน

<sup>36</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 77.

## (2) สิทธิที่ได้รับมาโดยผลของกฎหมาย ผลของคำพิพากษา หรือผลของคำสั่งทางปกครอง (droit acquis)

“สิทธิที่ได้รับมาโดยผลของกฎหมาย ผลของคำพิพากษา หรือผลของคำสั่งทางปกครอง” (droit acquis) หมายถึง ผู้ที่ได้รับสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งไปโดยสมบูรณ์ภายใต้หลักเกณฑ์ตามกฎหมายเก่า สิทธินั้นยังคงมีอยู่เช่นเดิม แม้ภายหลังจะมีกฎหมายใหม่ที่มีบทบัญญัติและกำหนดผลทางกฎหมายแตกต่างออกไป ก็ต้องไม่นำมาใช้ให้กระทบกระเทือนต่อสิทธิที่ผู้นั้นได้รับไปแล้ว โดยชอบ หรืออาจเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับผลของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (le retrait) ซึ่ง Jean RIVERO อธิบายถึงความเกี่ยวข้องไว้ว่า ในกรณีคำสั่งทางปกครองที่เป็นการก่อตั้งสิทธิ (les actes créateurs de droits) ที่ได้สั่งการไปโดยผิดหลงหรือมีข้อบกพร่องจนเป็นเหตุที่ทำให้เป็นคำสั่งที่มีชอบ หากฝ่ายปกครองจะเพิกถอนคำสั่งนั้นเสียเองก็สามารถกระทำได้ แต่จะต้องกระทำเสียภายในอายุความการฟ้องคดีปกครอง (2 เดือน) ถ้าฝ่ายปกครองมิได้ดำเนินการภายในระยะเวลาดังกล่าว คำสั่งทางปกครองที่เป็นการก่อตั้งสิทธิ นั้น แม้จะออกมาโดยมิชอบ ก็มิอาจเพิกถอนได้ ผู้รับคำสั่งย่อมได้รับสิทธินั้นไปเป็นการถาวร (droit acquis)

### 2.1.4.2.2 หลักการไม่มีผลย้อนหลังของกฎหมายตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศที่มีการพัฒนาหลักกฎหมายมหาชนโดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสมานานหลายปีแล้ว ได้มีนักวิชาการทางด้านกฎหมายมหาชนหลายคนที่กำลังกล่าวถึงหลักการไม่มีผลย้อนหลังของกฎหมาย ตามหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งผู้ศึกษาจะได้นำเสนอในวิทยานิพนธ์นี้ได้แก่ ความเห็นของ Professeur Pierre Theron และ Professeure Bernard Pacteau ดังนี้

(1) Professeur Pierre Theron ได้กล่าวถึง หลักการไม่มีผลย้อนหลังของกฎหมาย ตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ซึ่งถือเป็นหลักหนึ่งของหลักกฎหมายทั่วไป สรุปได้ดังนี้<sup>37</sup>

การสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครองสามารถมีผลย้อนหลัง หรือไม่มีผลย้อนหลังก็ได้ ซึ่งส่งผลต่อการสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครองนั้น ตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ห้ามมิให้นิติกรรมทางปกครองมีผลย้อนหลัง ดังนั้น การเพิกถอนนิติกรรม

<sup>37</sup> Pierre Theron, *LA Fin De L'acte Administratif Unilatéral*, (Paris : L' Harmattan Novembre, 2003), pp.137 - 159. แปลโดย นางสาวชนาธิปย์ นนทวงศ์ เจ้าหน้าที่ศาลปกครอง 6ว. สำนักวิชาการและความร่วมมือระหว่างประเทศ สำนักงานศาลปกครอง



ทางปกครองจึงเป็นข้อยกเว้นของหลักการไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง อย่างไรก็ตาม การสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครองไม่ได้มีผลย้อนหลังเสมอไป แต่บางครั้งยังมีผลไปในอนาคตด้วยคือ นิติกรรมทางปกครองจะถูกยกเลิกแต่ไม่กระทบผลที่เกิดขึ้นแล้วในอดีต รูปแบบของการสิ้นสุดนิติกรรมทางปกครองที่ทำให้เกิดผลในอนาคตคือ การยกเลิก (abrogation) และการปรับปรุงแก้ไข (modification)

การสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครองโดยเฉพาะในกรณีของนิติกรรมทางตุลาการในการวินิจฉัยคดีให้มีการยกเลิกเพิกถอน โดยหลักจะมีผลย้อนหลัง แต่ไม่ได้หมายความว่านิติกรรมทางตุลาการทั้งหมดจะมีผลย้อนหลัง การสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครองโดยให้มีผลย้อนหลังเป็นเรื่องที่ยังแปลกประหลาด เนื่องจากหลักการไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองของฝรั่งเศส มีหลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง แต่หลักการไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองขัดแย้งกับการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งโดยความหมายของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองแล้วหมายถึงนิติกรรมทางปกครองที่มีผลย้อนหลัง ดังนั้น จึงต้องยอมรับว่าหลักการไม่มีผลย้อนหลังยังไม่สมบูรณ์ ข้อยกเว้นในหลักการนี้มีอยู่เนื่องจากความต้องการหรือความจำเป็นของฝ่ายปกครอง แต่แม้มีความจำเป็นก็ตาม ข้อยกเว้นก็มีได้ทำให้มีความคลาดเคลื่อนไปจากหลักกฎหมายทั่วไป ข้อยกเว้นดังกล่าวถูกจำกัดโดยหลักนิติรัฐ ซึ่งอธิบายได้ว่า การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวเป็นกระบวนการที่ถูกยอมรับ แต่จะถูกตีกรอบโดยหลักนิติรัฐ ซึ่งจะต้องเป็นกรอบแห่งตัวบทกฎหมายหรือกระบวนการวิธีพิจารณา เนื่องจากการใช้อำนาจในการเพิกถอนนิติกรรมถือว่าเป็นการกระทบต่อประชาชน

ตามหลักนิติรัฐ นิติกรรมทางปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง หากนิติกรรมดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองมีอำนาจในการยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวได้ เมื่อศาลพิพากษาให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว นิติกรรมนั้นจะหมดสิ้นหายไป โดยมีผลตั้งแต่ต้นหรือโดยมีผลย้อนหลัง แต่หากการเพิกถอนมีผลย้อนหลังเสมอ มีคำถามที่จะเป็นปัญหาว่า คำพิพากษาทุกเรื่องจะมีผลย้อนหลังหรือไม่ หรืออาจกล่าวได้ว่าลักษณะโดยธรรมชาติของคำพิพากษามีผลย้อนหลังหรือไม่นั้น ก็จะแสดงให้เห็นถึงความไม่ทันสมัยทางตุลาการ ข้อสังเกตของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง สรุปได้ดังนี้

1) การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง : ข้อยกเว้นหลักว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองไม่มีผลย้อนหลัง

คำพิพากษาศาลปกครองจะสะท้อนหลักว่าด้วยการไม่มีผลย้อนหลังนั้นบางครั้งจะต้องถูกแยกออกมา เพื่อให้ฝ่ายปกครองเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยการยอมรับหลักการมีผลย้อนหลังของนิติกรรมบางกรณี แนวคำพิพากษาศาลปกครองในระยะแรกหลักว่าด้วยการไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมีค่าเท่ากับหลักกฎหมายทั่วไป แต่ต่อมา

แนวคำพิพากษายังได้กำหนดข้อยกเว้นในหลักดังกล่าวไว้ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า หลักว่าด้วยการไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมีลักษณะเหมือนเป็นแนวคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษา แต่ในบรรดาข้อยกเว้นของหลักนิติกรรมทางปกครองไม่มีผลย้อนหลังนี้ ก็ยังคงมีข้อกังวลในการประกันหรือเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย แต่การยอมรับหลักการเพิกถอนก็จะกระทบต่อหลักความมั่นคงทางกฎหมายของประชาชน (sécurité juridique) ซึ่งหลักความมั่นคงทางกฎหมายของประชาชนนี้ จะไม่มีข้อโต้แย้ง

การมีผลย้อนหลังของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง จึงเป็นที่มาของความไม่มั่นคงและความไม่แน่นอนต่อประชาชน ดังนั้น การเพิกถอนดังกล่าวจึงเป็นข้อยกเว้นในหลักกฎหมายทั่วไป ข้อยกเว้นนี้ถือเป็นการไม่เคารพตามหลักความคุ้มครองทางกฎหมาย

## 2) การเพิกถอน : รูปแบบการสิ้นสุดโดยมีผลย้อนหลัง

ในประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส มาตรา 2 กำหนดว่า "กฎหมายมีผลบังคับเฉพาะในอนาคตเท่านั้น และไม่มีผลย้อนหลังแต่ประการใด" นั่นก็คือฝ่ายปกครองจะตัดสินเฉพาะเรื่องในอนาคตเท่านั้น

ในปี ค.ศ. 1947 ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยว่า ด้วยกฎข้อบังคับมีผลบังคับเฉพาะในอนาคตเท่านั้น และต่อมา ค.ศ. 1948 หลักการดังกล่าวก็เป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางว่า กฎ ระเบียบภายในของฝ่ายปกครองกับคำสั่งเฉพาะเรื่องไม่แตกต่างกันที่จะต้องใช้บังคับเฉพาะในอนาคตเท่านั้น นับแต่นั้นเป็นต้นมา นิติกรรมทางปกครองทุกฉบับจึงเป็นไปตามหลักการว่าด้วยกฎหมายที่ไม่มีผลย้อนหลัง

แต่มีกรณีที่มีความสำคัญประการหนึ่งคือ ข้อยกเว้นของหลักการไม่มีผลย้อนหลังก็ได้รับการยอมรับ ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันความสำคัญของหลักกฎหมายปกครอง คือ หลักความชอบด้วยกฎหมาย ข้อยกเว้นของหลักการไม่มีผลย้อนหลังนี้ชี้ให้เห็นว่า การมีผลย้อนหลังไม่ได้มีข้อเสียเสมอไป ในบางกรณีการมีผลย้อนหลังก็มีประโยชน์เช่นกัน

## 3) ข้อยกเว้นของหลักการไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมี 3 ประการ ดังนี้

ประการที่ 1 ข้อยกเว้นกรณีมีบทบัญญัติของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติกำหนดไว้ให้มีผลย้อนหลังได้ กรณีที่ประมวลกฎหมายแพ่งห้ามมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติประกาศใช้กฎหมายที่มีผลย้อนหลัง ประมวลกฎหมายแพ่งก็จะไปทำตามหลักว่าด้วยการไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง ในกฎกระทรวง entreprise chaquaud ค.ศ. 1996 ศาลปกครองยืนยันว่า "เป็นผลมาจากบทบัญญัติของกฎหมายได้กำหนดให้บทบัญญัติเกี่ยวกับระเบียบหรือกฎเกณฑ์ดังกล่าวมีสภาพย้อนหลัง" ผลดังกล่าว ทำให้ฝ่ายปกครองมีคำวินิจฉัยในการพิจารณา

ทางปกครองของตนเองมีผลย้อนหลังได้ สิ่งนี้ถือเป็นกรณีจำเป็นเพราะฝ่ายปกครองต้องการแสวงหาผลของการยกเลิกหรือทำให้สภาพการไร้กฎหมายหรือช่องว่างทางกฎหมายในกฎ ระเบียบ ข้อบังคับ สมบูรณ์ การที่ศาลปกครองยกเลิกนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวหรือเข้ามาพิจารณาด้วยบทบัญญัติกฎหมาย โดยไม่ได้พิจารณาเงื่อนไขของการปรับใช้กฎหมาย ลักษณะของการเพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลัง ทำให้เกิดสภาพไร้กฎหมาย ซึ่งฝ่ายปกครองจำเป็นต้องทำให้สมบูรณ์ ด้วยเหตุนี้ทำให้ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องพิจารณาให้นิติกรรมทางปกครองบางกรณีให้มีผลย้อนหลัง ซึ่งเป็นอำนาจของสิ่งที่ได้ถูกตัดสินไปแล้ว ซึ่งบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งในที่สุดฝ่ายปกครองก็ต้องทำให้กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ มีผลย้อนหลังอันเนื่องจากนิติกรรมอันมิชอบโดยกฎหมายดังกล่าว

**ประการที่ 2 การเพิกถอนเป็นส่วนหนึ่งของข้อยกเว้น**  
 ที่ได้รับการยอมรับตามหลักว่าด้วยการไม่มีผลย้อนหลัง อำนาจในการเพิกถอนของฝ่ายปกครอง ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายเพื่อนำไปใช้ในการแก้ไขข้อบกพร่องผิดพลาดของตนเอง ฝ่ายปกครองอาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายโดยไม่ต้องรอให้ศาลปกครองยกเลิก ฝ่ายปกครองสามารถกระทำได้ทันที ทั้งนี้ เพื่อบรรเทาผลกระทบโดยกฎหมายฝ่ายปกครองสามารถกระทำได้ เช่นเดียวกับตุลาการในขณะพิจารณาคดี กล่าวคือ ฝ่ายปกครองสามารถอธิบายเกี่ยวกับการมีผลย้อนหลังของการเพิกถอน

หลักความชอบด้วยกฎหมายนี้ ชี้ให้เห็นถึงการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง แต่การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเป็นสาเหตุก่อให้เกิดความเสียหายต่อประชาชน โดยเฉพาะหากนิติกรรมดังกล่าวเอื้อประโยชน์ต่อประชาชน การเพิกถอนจึงกระทบต่อสิทธิที่ประชาชนพึงได้รับ (droit acquis) ซึ่งสิทธิดังกล่าวได้รับการคุ้มครองโดยหลักว่าด้วยความมั่นคงทางกฎหมาย การเพิกถอนจึงตรงกันข้ามกับหลักว่าด้วยความมั่นคงทางกฎหมาย เนื่องจากลักษณะที่มีผลย้อนหลังของการเพิกถอน การเพิกถอนทำให้ผลของนิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นและผลที่จะเกิดขึ้นในอนาคตถูกยกเลิกหมดสิ้นไป แต่การกระทบต่อผลที่เกิดขึ้นแล้วย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิที่ประชาชนพึงได้รับ ดังนั้น เพื่อเป็นการจำกัดผลกระทบดังกล่าว หลักว่าด้วยความมั่นคงทางกฎหมาย จึงได้วางกรอบทางกฎหมายไว้อย่างเคร่งครัดในการใช้อำนาจเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง จึงเป็นไปได้ยากที่จะพิจารณาหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักคุ้มครองความมั่นคงทางกฎหมายในเวลาเดียวกัน ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องให้ความสมดุลเหมาะสมที่จะทำให้หลักการทั้งสองสอดคล้องได้ดุลยภาพไปในทิศทางเดียวกัน เพื่อที่จะได้ไม่เกิดผลกระทบซึ่งกันและกันอย่างมาก ถือว่าเป็นวัตถุประสงค์ของการเพิกถอนคำสั่งที่ก่อให้เกิดสิทธิที่พึงได้รับ ซึ่งตุลาการผู้แถลงคดี Rivert ของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสให้ความเห็นว่า การใช้อำนาจเพิกถอนเป็นความสามารถที่เป็นที่ยอมรับของฝ่ายปกครองในการควบคุมคำสั่งทางปกครองของตนเองหรือเป็นความสามารถในการกระทำ แต่อย่างไรก็ตาม ความสามารถดังกล่าวนี้จะต้องไม่ส่งผลกระทบต่อหลักว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิที่พึงได้รับ

แนวคำพิพากษาจึงมีแนวโน้มที่จะเอื้อต่อความมั่นคงทางกฎหมายโดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อความชอบด้วยกฎหมาย การดำเนินการไปในทิศทางเดียวกันระหว่างหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายและหลักความมั่นคงทางกฎหมายนี้ ชี้ให้เห็นถึงการใช้อำนาจในการเพิกถอน ซึ่งมุ่งเน้นการปรับใช้ความชอบด้วยกฎหมาย โดยอาศัยสิทธิที่พึงได้รับ และได้รับความคุ้มครองโดยหลักว่าด้วยความมั่นคงทางกฎหมาย

ซึ่งในช่วงแรกการเพิกถอนได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง หากนิติกรรมทางปกครองไม่ได้ให้เกิดสิทธิที่พึงได้แต่อย่างใด ในทางตรงกันข้ามการเพิกถอนถูกจำกัดหรือห้ามหากนิติกรรมนั้นกระทบต่อสิทธิที่พึงได้รับ การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากการเพิกถอนนั้นกระทบต่อสิทธิที่พึงได้รับ ดังนั้น สิทธิที่พึงมีพึงได้ของประชาชนจึงเป็นการจำกัดการใช้อำนาจในการเพิกถอนของฝ่ายปกครอง ซึ่งจริงๆ แล้วก็คือการจำกัดหลักการมีผลย้อนหลัง ซึ่งถือว่ามีผลสำคัญเป็นลำดับแรก ส่วนหลักความมั่นคงทางกฎหมายกำหนดว่าการมีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองเป็นหลักการต้องห้าม

หลักการไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองสะท้อนให้เห็นถึงหลักความมั่นคงทางกฎหมาย ตามหลักกฎหมายทั่วไปแล้วฝ่ายปกครองสามารถตัดสินใจสั่งการสิ่งที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งจะสร้างความมั่นคงให้กับความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หลักความจำเป็นที่จะทำให้ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชนได้รับความคุ้มครองอย่างจริงจัง

หลักการไม่มีผลย้อนหลังกับหลักความมั่นคงทางกฎหมาย ซึ่งหลักการทั้งสองนี้แตกต่างกัน สรุปได้ว่า

(1) หลักว่าด้วยความมั่นคงทางกฎหมายครอบคลุมแนวคิดด้านอื่นๆ เช่น การคุ้มครองสิทธิที่พึงได้รับหรือความมั่นคงของสถานภาพส่วนบุคคล

(2) หลักการไม่มีผลย้อนหลังมุ่งเน้นไปที่การคุ้มครองสถานภาพทางกฎหมายของประชาชน

ประการที่ 3 ช้อยกเว้นหลักการมีผลย้อนหลังที่ศาลปกครองใช้และเป็นที่ยอมรับ ก็ต่อเมื่อการมีผลย้อนหลังไม่กระทบต่อความมั่นคงทางกฎหมายและสิทธิที่พึงมีพึงได้ของประชาชน แนวคิดเรื่องสิทธิอันพึงมีพึงได้ของประชาชนเสมือนเป็นการกำหนดข้อห้ามในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส ส่วนในระบบกฎหมายอื่นๆ เช่น ระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งแบ่งนิติกรรมทางปกครองเป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้รับ และนิติกรรมที่ก่อให้เกิดหน้าที่ความรับผิดชอบ ส่วนระบบกฎหมายของสหภาพยุโรปเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจในการเพิกถอนจะปรากฏในเรื่องกฎหมายที่เป็นอัตวิสัย

หรือเป็นรูปธรรมหรืออาจเรียกว่าเป็นการร้องขอทางกฎหมาย ซึ่งจะปรากฏหลักการไม่ก่อให้เกิดผลกระทบหลักเกี่ยวกับความมั่นคงหรือเสถียรภาพของสิทธิที่พึงมีได้นี้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ในขณะที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิที่พึงมีพึงได้ของประชาชน แต่ระบบกฎหมายของประเทศอื่นเน้นการคุ้มครองความเชื่อมั่นทางกฎหมาย นับแต่นั้น จึงเชื่อกันว่าระบบกฎหมายของฝรั่งเศสมุ่งเน้นที่หลักการที่มีความชัดเจนแน่นอนไม่เปิดโอกาสให้ศาลปกครองใช้วิจารณ์ญาณมากเกินไปนัก แต่อย่างไรก็ตาม การไม่มีคำจำกัดความที่ชัดเจนแน่ชัดและเป็นรูปธรรมของสิทธิที่พึงมีพึงได้ตามกฎหมายและคำสั่งที่ก่อให้เกิดสิทธิ ทำให้เกิดสภาพไร้น้ำหนักพอกๆ กับแนวคิดเรื่องความมั่นคงทางกฎหมาย เพราะหากเนื้อหาของหลักความมั่นคงทางกฎหมายไม่ได้มีตัวชี้วัดอย่างชัดเจน แนวคิดเรื่องสิทธิที่พึงมีพึงได้ก็จะมีลักษณะไม่ตายตัวและไม่มีความหมายชัดเจน หรือมีเพียงความชัดเจนในบางกรณีเท่านั้น ช่องว่างที่ทำให้แนวคิดเรื่องสิทธิที่พึงมีพึงได้มีลักษณะเป็นอัตวิสัย จึงทำให้ศาลปกครองสามารถกำหนดความหมายในเรื่องดังกล่าวได้เป็นกรณีๆ ไป นอกจากนี้ช่องว่างดังกล่าวยังให้อำนาจแก่ศาลในการตีความเพื่อพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองและตัดสินใจว่า ในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวนั้นว่าเป็นกรณีนิติกรรมทางปกครองนั้นจะก่อให้เกิดสิทธิที่พึงมีพึงได้ต่อประชาชนหรือไม่

การใช้อำนาจของตุลาการศาลปกครองเป็นเรื่องสำคัญ การคุ้มครองสิทธิที่พึงมีพึงได้เป็นหลักเกณฑ์อันดับแรกในการปรับใช้หลักว่าด้วยการไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (act juridique) ถ้านิติกรรมดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดสิทธิใดๆ ตุลาการศาลปกครองก็สามารถสั่งเพิกถอนได้ การเพิกถอนแสดงให้เห็นว่าอำนาจของฝ่ายปกครองถูกปรับเปลี่ยนได้ ถ้านิติกรรมทางปกครองนั้นก่อให้เกิดสิทธิที่พึงมีพึงได้ ฝ่ายปกครองจะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้โดยเคารพเงื่อนไขที่เข้มงวด ซึ่งตุลาการศาลปกครองหรือตัวบทบัญญัติกฎหมายเป็นตัวกำหนด แต่ในทางตรงกันข้ามนิติกรรมทางปกครองไม่ก่อให้เกิดสิทธิที่พึงมีพึงได้ สามารถเพิกถอนได้ตลอดเวลาเมื่อใดก็ได้และไม่มีเงื่อนไข หน้าที่ของตุลาการศาลปกครองซึ่งมีบทบาทเป็นผู้คุ้มครองความชอบด้วยกฎหมาย ตุลาการศาลปกครองจึงมีอำนาจพิจารณาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้หมดสิ้นไป ไม่เพียงแต่นิติกรรมทางปกครองที่ถูกเพิกถอนจะไม่ก่อให้เกิดผลอีกต่อไป แต่ผลของนิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นและไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวจะถูกทำให้หายไปด้วยการที่ตุลาการศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองแสดงให้เห็นถึงการสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครองโดยมีผลย้อนหลัง แต่ในคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มในการกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี ศาลจะประเมินค่าเสียหายให้ใกล้วันชดใช้ค่าเสียหาย จึงจำเป็นต้องประเมินค่าเสียหายในวันที่ศาลมีคำพิพากษา ซึ่งแสดงให้เห็นว่าคำพิพากษาของตุลาการศาลปกครองไม่มีผลย้อนหลังเสมอไป แต่อย่างไรก็ดี คำพิพากษาศาลปกครองนั้นไม่มีผลย้อนหลังโดยพฤตินัย (de facto)

#### 4) ข้อยกเว้นของการยกเลิกเพิกถอน โดยให้มีผลย้อนหลัง

มีทฤษฎีที่ทำให้เกิดข้อยกเว้นของการยกเลิกเพิกถอน โดยให้มีผลย้อนหลังอยู่ 2 ทฤษฎี ได้แก่

(1) ทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการในความเป็นจริง (Théorie des fonctionnaires de fait)

(2) ทฤษฎีว่าด้วยกฎเกณฑ์การบริการในความเป็นจริง (Théorie des services fait)

(1) ทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการในความเป็นจริง สัมพันธ์กับการที่บุคคลได้รับมอบหมายหน้าที่พนักงานของรัฐไม่สมบูรณ์ ซึ่งกระบวนการพิจารณาตัดสินกำหนดไว้ว่า ครอบงำที่การแต่งตั้งไม่ถูกยกเลิก เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ถูกแต่งตั้งโดยไม่ถูกต้องนั้นก็ต่อทำหน้าที่ต่อไป ตามหน้าที่ในช่วงเวลาที่ยังดำเนินการตามตำแหน่งได้อยู่ ถือว่าข้าราชการนั้นยังคงมีสถานะเป็นผู้ได้รับการแต่งตั้งจนกระทั่งมีการพิจารณาให้ยกเลิก ด้วยเหตุนี้คำสั่งคำวินิจฉัยต่างๆ ที่ข้าราชการผู้นั้นจัดทำไปก่อนหน้านี้มีผลสมบูรณ์ใช้ได้ ซึ่ง R Chapus กล่าวว่า ทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการในความเป็นจริง เป็นข้อยกเว้นประการแรกของการมีผลย้อนหลังของการยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง

(2) ทฤษฎีว่าด้วยกฎเกณฑ์การบริการในความเป็นจริง กระบวนการในการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส เมื่อวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 1933 ได้กำหนดกฎเกณฑ์การบริการในความเป็นจริงที่ทำให้การยกเลิกมีผลย้อนหลัง โดยผู้ฟ้องคดีสามารถร้องขอให้รัฐให้การบริการในกรณีไม่ได้รับการบริการจากรัฐ กฎเกณฑ์นี้ระบุไว้ว่าเนื่องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐถูกถอดถอนในกรณีที่ถูกพิจารณาให้ออกจากการปฏิบัติหน้าที่ การมีผลย้อนหลังที่จะต้องสั่งให้จ่ายค่าบริการ หากพนักงานของรัฐยังปฏิบัติหน้าที่นั้น

(2) Professeur Bernard Pacteau ได้กล่าวถึงการมีผลย้อนหลังกับความยุติธรรมที่เกี่ยวกับความมั่นคงแห่งนิติสถานะ ความมั่นคงทางศาล และความมั่นคงแห่งแนวคำพิพากษา สรุปได้ดังนี้<sup>38</sup>

โดยทั่วไปเป็นที่ยอมรับว่าความยุติธรรมเป็นต้นกำเนิดแห่งกฎหมายและสิทธิซึ่งจะต้องพิจารณาว่าความยุติธรรมมีคุณค่าตามที่ควรจะเป็นหรือไม่

<sup>38</sup>Bernard PACTEAU, "Comment aménager la rétroactivité de la justice? Sécurité juridique, sécurité juridictionnelle," sécurité jurisprudentielle, La rétroactivité des décisions du juge administratif, Bertrand Seiller (dir.), Economica, 2007, pp. 113-130. แปลโดย นางสาวกรรณิกา สุทธิประสิทธิ์ พนักงานคดีปกครอง 5 ศูนย์ศึกษากฎหมายปกครองระหว่างประเทศ สำนักวิชาการและความร่วมมือระหว่างประเทศ สำนักงานศาลปกครอง

เช่นเดียวกับคำถามเกี่ยวกับการมีผลย้อนหลังทำให้เกิดมุมมองใหม่ เพราะความไม่มั่นคงแห่งนิติสถานะ หรือความไม่มั่นคงทางกฎหมายผูกพันกับความเชื่อเก่า ของนักกฎหมายที่ว่า หากมีสิทธิแล้วย่อมก่อให้เกิดสิทธิที่จะใช้โต้แย้งในภายหลังได้ ซึ่งเรื่องดังกล่าวเป็นที่สนใจ อย่างมากตั้งแต่ ค.ศ. 2006 ทั้งตุลาการศาลปกครอง ผู้พิพากษาศาลยุติธรรม ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ รวมทั้งผู้พิพากษาศาลยุโรป เพราะมีการกล่าวย่ำอยู่เสมอถึงความเหมาะสมของความยุติธรรมซึ่งผู้พิพากษาจะต้องดูว่าสิ่งใดเป็นสิทธิที่ชอบธรรมหรือสิ่งที่กระทำไปแล้วแต่ไม่ถูกต้อง หรือสิ่งที่ต้องกระทำแต่ไม่ได้กระทำ หรือกล่าวได้ว่าในระบบกฎหมายโดยทั่วไป ความไม่ชอบธรรมก็ไม่ควรให้มีอยู่ต่อไป แต่ถ้าเพิกถอนก็อาจจะกระทบสิทธิ นั่นคือการเพิกถอนย้อนหลังยุติธรรมหรือไม่ ซึ่งถือเป็นภาระหน้าที่ของตุลาการที่จะต้องพิจารณา ในมุมมองกลับกันถือว่าเป็นอำนาจศาลว่าจะเพิกถอนอย่างไร เพื่อให้เกิดความยุติธรรม โดยจะต้องพิจารณาถึงความมั่นคงทางนิติสถานะหรือสิ่งที่ได้รับมาแล้ว ซึ่งได้สิทธิดังกล่าวแล้วหากใครมากระทบสิทธิก็จะโต้แย้งได้กับความมั่นคงทางศาลหรืออำนาจของตุลาการในการกำหนดค่าบังคับ และความมั่นคงของคำพิพากษาหรือแนวคำพิพากษา ดังนั้น การเพิกถอนย้อนหลังจะยุติธรรมหรือไม่ถ้ากระทบสิทธิที่ได้รับไปแล้ว ดังนั้น จะเพิกถอน ณ เวลาใด หรือในอนาคต จึงจะยุติธรรมซึ่งเป็นหน้าที่ของตุลาการ เพราะในระหว่างการพิจารณาคดีให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ถือเป็นการทุเลการบังคับ กฎหรือคำสั่งดังกล่าวยังมีผลทางกฎหมาย ฝ่ายปกครองจึงต้องดำเนินการตามกฎหมายหรือคำสั่งดังกล่าวต่อไป ดังนั้น จะทำอย่างไรที่จะให้การเพิกถอนเป็นการแก้ไขและยุติธรรม ซึ่ง Professeur Bernard Pacteau ได้กล่าวถึงประเด็นของการเพิกถอนย้อนหลังกับช่วงเวลาที่เป็นช่องว่างระหว่างการกระทำทางปกครองที่เกิดขึ้นก่อนการฟ้องขอให้เพิกถอนว่ามีช่องว่างเกิดขึ้น ซึ่งจะมีลักษณะเหมือนการมีบทเฉพาะกาลของรัฐบัญญัติหรือกฎหมายใหม่ที่เกิดขึ้นเพื่อให้เรื่องนั้นดำเนินการต่อไปได้ เช่นเดียวกับเรื่องสถานะของสิ่งที่เกิดขึ้นกับความสมมูลที่ไม่แน่นอนระหว่างการปรับใช้กฎหมายใหม่ทันทีและการใช้ย้อนหลังที่อาจโต้แย้งได้กับสิทธิที่ได้รับมาแล้ว หรือผู้มีสิทธิอาจถูกเพิกถอนได้ ซึ่งเป็นภาระหน้าที่ของตุลาการที่จะต้องชี้แจงนำหนักต่อไป

“แนวคำพิพากษา” หรือ “แนวการตัดสินใจ” เกิดจากการที่ตุลาการปรับใช้กฎหมายเป็นการตีความของตุลาการในการจัดทำคำพิพากษา จึงทำให้เกิดแนวคำพิพากษา ซึ่งจะถูกใช้ทันทีในคำตัดสิน ซึ่งเป็นเรื่องของกระบวนการยุติธรรมอันเกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจ (motif) กับ บทบัญญัติ (dispositif) ในการทำคำพิพากษา ซึ่งหากมองในแง่มิติเวลาแล้วจะเห็นได้ว่า ด้านหนึ่ง แม้จะมีการรับรองความไม่ชอบด้วยกฎหมาย และสั่งเพิกถอน แต่บางครั้งตุลาการก็ปฏิเสธที่จะเพิกถอนผลทั้งหมดที่เกิดขึ้นไปแล้ว โดยตุลาการสามารถปรับผลที่เกิดจากการเพิกถอนซึ่งเป็นอำนาจของศาลได้เช่นในคดี AC! ลงวันที่ 11 พฤษภาคม 2004 ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการอ่อนตัวของการมีผลย้อนหลัง

ทางศาล (*rétroactivité juridique*)<sup>\*</sup> แต่อีกด้านหนึ่ง ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้ปฏิเสธข้ออ้างของคู่กรณีที่จะหลีกเลี่ยงไม่ใช้กฎหมายที่ไม่มีอยู่ในขณะที่เกิดการกระทำที่เป็นปัญหาความไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลจะประกาศว่าเป็นกฎหมายใหม่และปรับใช้ได้ทันที จึงมีผลย้อนหลังกับข้อเท็จจริงและสถานการณ์ที่เกิดขึ้นแล้ว เช่น กรณีการขอให้ศาลกำหนดมาตรการชั่วคราวก่อนพิพากษา ซึ่งศาลจะสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่ง กรณีที่เห็นว่ากฎหมายหรือคำสั่งนั้นมีแนวโน้มว่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ต่อมาเมื่อศาลพิเคราะห์วินิจฉัยตัดสินคดีกลับไม่มีการเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งดังกล่าว ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งผิดหรือไม่ เหมือนเป็นการกลับไปมา ซึ่งการกลับไปมาดังกล่าวเป็นการบังคับให้ฝ่ายปกครองยอมรับกฎหมายที่เกิดขึ้นในภายหลัง แต่ในแง่กลับกันศาลปกครองสูงสุดก็ยอมรับการปฏิเสธของตุลาการศาลปกครองชั้นต้นที่ปรับใช้แนวคำพิพากษาที่ใช้อยู่ในขณะนั้นในการจัดทำคำพิพากษา แต่อย่างไรก็ตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดก็เป็นหลักที่จะหลีกเลี่ยงการศึกษาไม่ได้ ทั้งในแง่เนื้อหาและเทคนิคเพราะกฎหมายอาจไม่ได้รับรู้อย่างชัดเจน เช่นการปรับหลักในการเพิกถอน หรือการปรับผลที่เกิดจากการเพิกถอนซึ่งตุลาการจะต้องปรับใช้เอง ถือเป็น การปรับใช้กฎหมายของตุลาการ ซึ่งการให้เหตุผลในคำพิพากษาถือว่าเป็นภาระหน้าที่ของตุลาการในการปรับใช้กฎหมายที่ตุลาการจะต้องทำและระมัดระวังในการปรับใช้ให้มีคุณค่า เช่นในการเพิกถอนว่าจะย้อนหรือไม่ย้อนหลังเพื่อให้เกิดความสมเหตุสมผลกับข้อเท็จจริงและสถานการณ์ มิฉะนั้นอาจจะเกิดความไม่ยุติธรรม แต่ในทางกลับกันหากตุลาการระมัดระวังจนเกิดเหตุก็จะเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนากฎหมาย

อนึ่ง ความมั่นคงทางศาล คือ อำนาจของตุลาการในการกำหนดคำบังคับ ส่วนความมั่นคงแห่งแนวคำพิพากษา คือการกลับแนวคำตัดสิน เป็นเรื่องที่ต้องแยกจากกัน ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสให้ความสำคัญต่อการมีผลย้อนหลังในทางศาล (*la rétroactivité juridique*) พอๆ กับการมีผลย้อนหลังของแนวคำพิพากษา (*la rétroactivité jurisprudentielle*) เพราะการมีผลย้อนหลังในทางศาลเป็นการโต้แย้งความจริง โต้แย้งข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นซึ่งเทียบได้กับกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เดิม แต่ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายยอมรับ ซึ่งกฎหมายจะมาหลังคำพิพากษามีลักษณะคล้ายว่าตุลาการสร้างกฎหมายสำหรับประเด็นที่มีการโต้แย้ง แต่ปัจจุบันตุลาการสั่งตามกฎหมายจึงเหมือนการกลับไปมา แต่จริงๆ แล้ว การมีผลย้อนหลังของคำพิพากษาเป็นเรื่องปกติและเป็นไปตามตรรกะ เป็นเรื่องพิสูจน์ตัวเองมากกว่าจะเป็นการช่วยให้สิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองหายไป จากแนวคำพิพากษาใหม่ที่จะให้การเพิกถอนมีผลในอนาคตเป็นสิ่งที่ดีมากกว่าเพิกถอนย้อนหลังเพราะเป็นการสร้างบทพิสูจน์ในการปรับใช้กฎหมายของตุลาการให้เหมาะสมมากกว่า

<sup>\*</sup> ในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเห็นว่า โดยหลักนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องถูกเพิกถอนและมีผลย้อนหลังเสมอ แต่เมื่อใดที่การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองแล้วจะมีผลกระทบต่อประชาชนหรือสิ่งที่ฝ่ายปกครองดำเนินการไปแล้วอย่างมาก การเพิกถอนไม่ควรให้มีผลย้อนหลัง โดยศาลจะเพิกถอนให้มีผลไปในเวลาหนึ่งเวลาใดในอนาคตก็ได้



การที่ตุลาการจะเพิกถอนย้อนหลังซึ่งเหมือนช่วยเหลือนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือช่วยเหลือฝ่ายปกครองที่กระทำโดยไม่ชอบให้หายไป เพราะการเพิกถอนความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ฝ่ายปกครองกระทำผิดออกจากระบบหรือทำให้หายไปนั้นอาจจะกระทบสิทธิที่บุคคลอื่นได้รับไปแล้ว แม้ตามตรรกะน่าจะเพิกถอนให้หายไป แต่ก็ไม่จริงเสมอไปจะต้องปรับให้เกิดความยุติธรรมด้วย

ปัจจุบันแนวคำพิพากษาใหม่ของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส จะคำนึงถึงสิทธิประโยชน์ของปัจเจกชน กระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นความรับผิดชอบของมหาชน ศาลจะเข้าไปควบคุมดุลยพินิจมากขึ้น ดุลยพินิจฝ่ายปกครองจะลดน้อยลง ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสไม่เห็นด้วยกับศาลฎีกาที่ว่าบุคคลจะไปอ้างสิทธิที่พึงได้รับจากแนวคำพิพากษาที่ใช้กันตลอดมาเหมือนเป็นกฎหมาย โดยศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า แนวคำพิพากษาสามารถเปลี่ยนแปลงได้คือ การปรับใช้การเพิกถอนย้อนหลังอย่างไรให้เหมาะสมและยุติธรรมเป็นบทบาทของตุลาการ ดังนั้น คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับการเพิกถอนแม้จะกลับไปมา แต่ถือว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับนิติสถานะ เป็นเรื่องตรรกะปกติที่สิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็เหมือนไม่ให้เกิดขึ้น แต่การเพิกถอนย้อนหลังก็มีผลกระทบที่รุนแรงจากคำตัดสิน โดยเฉพาะการเพิกถอนนิติกรรมที่เป็นกฎซึ่งมีผลทั่วไป เกิดกับหลายบุคคล หากเพิกถอนแล้วจะทำให้ทุกสิ่งหายไป ซึ่งในความเป็นจริงแล้วจะเป็นไปได้หรือไม่ ซึ่งในทางคดีไม่สมควรเป็นเช่นนั้น ในคดี AC! ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเห็นว่า การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยหลักจะต้องถือว่า นิติกรรมนั้นไม่เกิดขึ้นเลย แต่ก็มีข้อยกเว้นขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแวดล้อมที่ต้องนำมาพิจารณาเพราะจะต้องพิจารณาความมั่นคงทางนิติสถานะเช่น ผลกระทบที่เกิดขึ้นอย่างมาก หรือเป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์ส่วนรวม หรือมีความหลากหลายเกี่ยวข้องกับประโยชน์มหาชน หรือประโยชน์เอกชน หรือเกิดอุปสรรคต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายหรือต่อสิทธิของคู่กรณีในการดำเนินคดี ดังนั้น จึงถือเป็นเทคนิคในการเพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเพิกถอนเพียงบางช่วงเวลา ไม่ใช่เดิมทีเพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน ถ้าแยกได้อย่างที่ศาลเคยปฏิบัติ จึงถือว่าเป็นการปฏิบัติ การปรับเปลี่ยนแนวคำพิพากษาใหม่กับความยุติธรรมเป็นเรื่องสำคัญที่ตุลาการพึงใช้ความระมัดระวังในการวางเงื่อนไขการให้เหตุผลพิสูจน์ได้ หรือจะต้องจัดการเกี่ยวกับหลักและเทคนิคที่เป็นผลจากการปรับแนวคำพิพากษาดังกล่าว ซึ่งอำนาจในการวางแนวคำพิพากษา (pouvoir jurisprudent) กำลังพัฒนาไป และอำนาจในทางศาลก็จะมีมากขึ้น (pouvoir juridictionnel)

### 2.1.4.2.3 ข้อยกเว้นการมีผลย้อนหลังของคำพิพากษาคดีปกครอง<sup>39</sup>

นับแต่ปี ค.ศ. 2000 ในประเทศฝรั่งเศสได้มีการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางปกครองเกี่ยวกับการกำหนดผลของคำพิพากษาโดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องการมีผลย้อนหลังของคำพิพากษาของคดีปกครอง ผู้ศึกษาขอกล่าวถึงการมีผลย้อนหลังของคำพิพากษาคดีปกครอง สรุปได้ดังนี้

ตามหลักการเดิมเมื่อศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองถือว่าคำพิพากษาของศาลปกครองมีผลย้อนหลังเสมอ แต่ในปัจจุบันศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วางแนวบรรทัดฐานใหม่เป็นการกลับแนวเดิมคือ การทำให้ผลของคำพิพากษามีผลในอนาคต โดยการกำหนดเวลาหรือเงื่อนไขให้คำพิพากษามีผลไปในอนาคตในขณะหนึ่งขณะใด ซึ่งเป็นการให้อำนาจศาลปกครองกำหนดหรือระบุเวลาในคำพิพากษาว่าจะให้มีผลเมื่อใด โดยให้ศาลคำนึงถึงผลกระทบในเรื่องต่างๆ ที่จะเกิดขึ้น ทั้งนี้ ในการให้อำนาจศาลที่จะกำหนดเงื่อนไขหรือเวลาให้คำพิพากษามีผลนั้นเป็นข้อเรียกร้องโดยนักวิชาการ ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติก็ยังคงลังเลว่าจะให้อำนาจดังกล่าวแก่ศาลหรือไม่ เพราะเกรงว่าจะเป็นการให้อำนาจศาลมากเกินไป อาจทำให้ศาลเป็นฝ่ายปกครองเสียเอง เพราะตามหลักการเดิมศาลจะเป็นผู้ใช้และตีความกฎหมายเท่านั้น มิใช่ผู้สร้างกฎหมาย ซึ่งเดิมศาลปกครองมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยจะมีการเลือก 2 ทาง คือ

1) หากศาลเห็นว่านิติกรรมทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมาย ศาลจะปฏิเสธไม่เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

2) หากศาลเห็นว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลจะเพิกถอน ผลทางกฎหมายของคำพิพากษาให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองจะมีผลย้อนหลัง หรือมีผลว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่เคยดำรงอยู่เลย (inexistence) แต่ในความเป็นจริงแล้วนิติกรรมนั้นมีอยู่แล้วและมีผลแล้ว ที่ว่านิติกรรมที่ถูกเพิกถอนไม่เคยมีอยู่ จึงเป็นเรื่องนามธรรม เป็นภาพลวงตา ตามข้อเท็จจริงแล้วนิติกรรมทางปกครองที่ถูกศาลเพิกถอนนั้นดำรงอยู่แล้วและมีผลหรือผลกระทบด้วย ดังนั้น ศาลควรจะต้องหาแนวทางเยียวยาผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการเพิกถอนย้อนหลัง เช่นตามแนวคิดทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการในความเป็นจริง ที่ใช้ในกรณีข้าราชการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในขณะที่ดำรงตำแหน่งได้ปฏิบัติงานในหน้าที่ ซึ่งการดำเนินการของข้าราชการผู้นั้นก็ยังมีผลสมบูรณ์ แต่อย่างไรปัญหาที่เกิดจากผลของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งมีผลย้อนหลัง

<sup>39</sup>Florence Crouzatier - Durand, "การมีผลย้อนหลังของคำพิพากษาคดีปกครอง," การบรรยายพิเศษตามโครงการอบรมต่อเนื่องระหว่างปฏิบัติหน้าที่ตุลาการศาลปกครองชั้นต้น, วันที่ 29 - 30 ตุลาคม 2551. แปลโดย นายยงยุทธ อนุกุล ผู้อำนวยการสำนักวิจัยและความร่วมมือระหว่างประเทศ สำนักงานศาลปกครอง และ นายเจตน์ สดาวาศิลพร พนักงานคดีปกครอง 6ว สำนักงานศาลปกครอง

ก็ยังคงเป็นปัญหาที่แก้ไขไม่ได้ตลอดมา ซึ่งวิธีการหนึ่งในการแก้ไขปัญหาลักษณะของคำพิพากษาของศาลปกครองในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองซึ่งมีผลย้อนหลัง คือ การยอมรับให้อำนาจศาลปกครองกำหนดเวลาหรือผลหรือเงื่อนไขให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผลไปขณะหนึ่งขณะใดไปในอนาคต โดยให้ศาลคำนึงถึงผลกระทบของการเพิกถอนโดยกำหนดเวลาให้คำพิพากษามีผลซึ่งศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้มีคำพิพากษาวางหลักให้ศาลปกครองกำหนดเวลาให้คำพิพากษามีผลไว้ในคดี *titran* เมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 2001<sup>40</sup> ซึ่งเป็นคดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนกฎกระทรวงที่กำหนดเงื่อนไขการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เห็นว่า หากเพิกถอนจะมีผลกระทบตามหลายด้าน ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสจึงให้ทางเลือกแก่ฝ่ายปกครองคือ ให้เวลารัฐมนตรี 2 เดือนในการแก้ไขกฎกระทรวงในส่วนที่ผิดพลาดไม่ชอบด้วยกฎหมาย มิฉะนั้น จะเพิกถอนกฎนั้นหากครบกำหนดเวลา 2 เดือนแล้วฝ่ายปกครองไม่แก้ไข ซึ่งก็คือการเพิกถอนโดยมีเงื่อนไข (*abrogation sous réserve*) ซึ่งแตกต่างจากเดิมที่คำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองจะมีผลย้อนหลังเสมอ

ต่อมาศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสก็ได้ยืนยันแนวคิดของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยให้มีผลไปในอนาคตอีกในคดี *caisse d' assurance - accidents agricole de Bas - Rhin* เมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 2002<sup>41</sup> ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับกองทุนประกันอุบัติเหตุของเกษตรกร คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส เห็นว่ามีการดำเนินการออกนิติกรรมทางปกครองเกี่ยวกับกองทุนดังกล่าวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย คดีนี้ศาลไม่เพิกถอน โดยศาลจะอธิบายเสนอแนะฝ่ายปกครองว่า นิติกรรมทางปกครองนั้นควรเป็นอย่างไร ซึ่งถือเป็นคดีแรกที่ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้ให้คำแนะนำฝ่ายปกครองในการแก้ไขข้อผิดพลาดหรือให้คำแนะนำหรือข้อเสนอแนะว่าที่ถูกต้องควรเป็นเช่นใด

เมื่อศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วางแนวทางการกำหนดผลของคำพิพากษาโดยให้มีเงื่อนไขเวลาหรือการเสนอแนะให้ฝ่ายปกครองแก้ไขนิติกรรมทางปกครองให้ถูกต้องดังใน 2 คดีข้างต้นแล้ว ปรากฏว่าทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและนักวิชาการได้ตั้งคำถามว่าศาลมีอำนาจในการดำเนินการเช่นนั้นหรือไม่ ซึ่งความเห็นได้แยกเป็น 2 ฝ่ายๆ แรกสนับสนุนเพราะเห็นว่าเป็นการทำให้เกิดความมั่นคงในนิติฐานะแก่เอกชน ฝ่ายที่สองคัดค้านการให้อำนาจศาลแก้ไขนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบให้ถูกต้องเพราะจะทำให้ศาลเป็นฝ่ายปกครองเองและเห็นว่าการให้ศาลสร้างหรือวางหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย แต่ในที่สุดความเห็นของฝ่ายแรกที่สนับสนุนให้ศาลกำหนดผลของคำพิพากษาโดยมีเงื่อนไข กำหนดเวลา หรือการให้ศาลเสนอแนะแก้ไขนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบ

<sup>40</sup>C.E., 27 juillet 2001, *Titran*, AJDA 2001, pp. 1046; Rec, pp. 411 อ้างถึงใน Florence Crouzatier-Durand, เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

<sup>41</sup>C.E., 25 mar 2002, *Caisse d' assurance - accidents agricole du Bas - Rhin*, Rec. Leb, pp. 110. อ้างถึงใน Florence Crouzatier-Durand, เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

ให้ถูกต้องก็ได้รับการยอมรับ จึงเป็นจุดเริ่มต้นของพัฒนาการกฎหมายปกครองในฝรั่งเศส ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลปกครองมีอำนาจเยียวยาผลกระทบของคำพิพากษาในเรื่องการมีผลย้อนหลัง หากศาลจะให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลจะต้องพิจารณาผลกระทบของการเพิกถอนด้วย

หลังจากนั้นศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วางหลักบรรทัดฐานในเรื่องการกำหนดผลคำพิพากษาดังกล่าวในคดี Association Ac et autres เมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม ค.ศ. 2004<sup>42</sup> ที่ขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นกรณีการดำเนินการของรัฐมนตรีกระทรวงสวัสดิการสังคมเกี่ยวกับกองทุนประกันการว่างงาน โดยรัฐมนตรีได้มีคำสั่งดังกล่าวเรื่องเดียวกันโดยแบ่งเป็น 3 กลุ่มๆ คำสั่งกลุ่มแรกเพิกถอนย้อนหลังได้ ไม่มีผลกระทบ ส่วนคำสั่งกลุ่มที่ 2 เพิกถอนตั้งแต่เวลานั้นเป็นต้นไป โดยไม่มีผลย้อนหลัง คำสั่งกลุ่มที่ 3 เพิกถอน ณ เวลาใดในอนาคต และคำสั่งดังกล่าวในเรื่องกองทุนฯ ก็มีผู้รับประโยชน์จากกองทุนไปแล้ว ถ้าให้เพิกถอนจะไปกระทบผู้ได้รับประโยชน์จากกองทุนดังกล่าวนั้นไปแล้ว ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสพิจารณาเห็นว่า นิติกรรมทางปกครองของรัฐมนตรีดังกล่าวที่ขอให้เพิกถอนไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก่อนที่จะมีคำพิพากษา ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้พิจารณาว่าหากจะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวแล้วจะมีผลกระทบอย่างไร ในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้อธิบายไว้ในคำพิพากษาว่าโดยหลักแล้วนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องถูกเพิกถอนและมีผลย้อนหลังเสมอ แต่ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสอธิบายเพิ่มเติมว่าเมื่อใดที่การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองจะมีผลกระทบอย่างมากต่อประชาชนและสิ่งที่ได้ดำเนินการไปแล้ว ศาลจะคำนึงถึงในเรื่องดังกล่าวด้วย นิติกรรมทางปกครองที่แม้จะไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ก็จะต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อประชาชนด้วย ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสจึงได้วางหลักว่าถ้าจะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองแล้วจะมีผลกระทบกระเทือนต่อประชาชนหรือสิ่งที่ฝ่ายปกครองดำเนินการไปแล้วอย่างมาก การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นก็สมควรให้มีผลย้อนหลัง โดยศาลจะเพิกถอนให้มีผลไปในเวลาหนึ่งเวลาใดในอนาคตก็ได้

กล่าวโดยสรุปได้ว่าศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเห็นว่า โดยหลักการเพิกถอนจะมีผลย้อนหลัง การกำหนดเวลาเพิกถอนให้มีผลไปในอนาคตเป็นข้อยกเว้นที่ศาลจะใช้โดยมีเงื่อนไข 2 ประการ ได้แก่

(1) คำนึงถึงความเหมาะสม คือ ผลกระทบของการเพิกถอน โดยศาลจะพิจารณาข้อเท็จจริงแต่ละคดีว่าเป็นอย่างไร มีผลกระทบมากเกินไปหรือไม่เพียงใด

<sup>42</sup>C.E., 11 mai 2004, Association Ac! et autres, Rec. pp.197., AJDA 2004, pp.1183 อ้างถึงใน Florence Crouzatier-Durand, เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

(2) ถ้ามีผลกระทบจะทำให้มีข้อยุติโดยให้มีผลกระทบน้อยที่สุดได้อย่างไร เช่น พิพากษาให้เพิกถอนในวันที่ศาลมีคำพิพากษา หรือเพิกถอน 6 เดือนย้อนหลังไป โดยศาลจะต้องชี้แจงน้ำหนักในกรณีจะให้ผลไปในขณะหนึ่งขณะใด

ต่อมาในปี ค.ศ. 2006 ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้มีคำพิพากษายืนยันหลักการเกี่ยวกับข้อยกเว้นเรื่องการเพิกถอนย้อนหลัง กล่าวคือให้อำนาจศาลปกครองในการกำหนดเวลาในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในคำพิพากษาโดยกำหนดวันที่มีผลเพิกถอนในอนาคตในคดี *société techna* เมื่อวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 2006<sup>43</sup> และในปัจจุบันศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้มีคำพิพากษาในคดี TOS เมื่อวันที่ 16 พฤษภาคม 2008<sup>44</sup> ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการย้ายข้าราชการ ช่างเทคนิคของโรงอาหารในโรงเรียนรัฐบาลของฝรั่งเศสจากข้าราชการในสังกัดกระทรวงศึกษาธิการ เป็นข้าราชการในสังกัดองค์กรปกครองท้องถิ่น ทำให้ข้าราชการตำแหน่งช่างเทคนิคหรือ TOS บางส่วนยื่นฟ้องศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส เพื่อขอให้เพิกถอนกฎฎีกาดังกล่าวที่ออกบังคับใช้ในปี ค.ศ. 2005 ที่ให้มีการถ่ายโอน TOS ไปสังกัดองค์กรปกครองท้องถิ่น ซึ่งในระหว่างการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสระหว่าง ค.ศ. 2005 - ค.ศ. 2008 ได้มีการโอนช่างเทคนิค (TOS) ไปสังกัดองค์กรปกครองท้องถิ่นเรียบร้อยแล้ว เมื่อศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎฎีกาการโอนข้าราชการช่างเทคนิค (TOS) ดังกล่าวแล้วพบว่า มีกระบวนการขั้นตอนในการถ่ายโอนผิดพลาดในสาระสำคัญ ทำให้กฎฎีกาดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเห็นว่าโดยหลักต้องเพิกถอน แต่ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสก็ได้พิจารณาถึงผลกระทบของการเพิกถอนย้อนหลัง โดยคำนึงถึงเงื่อนไข 2 ประการ คือ

(1) ถ้าเพิกถอนจะเกิดผลกระทบต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือช่างเทคนิค (TOS) ที่ฟ้องคดีมากเกินไปหรือไม่ โดยคำนึงถึงความมั่นคงแห่งนิติฐานะ (*sécurité juridique*) และผลกระทบต่อการค้าเนนการของฝ่ายปกครองมากนักน้อยเพียงใด

(2) ถ้ามีผลกระทบจะมีข้อยุติให้กระทบน้อยที่สุดอย่างไร

ในคดีย้ายเจ้าหน้าที่ช่างเทคนิค TOS ดังกล่าวนี ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเห็นว่า กฎฎีกาที่มีการถ่ายโอนเจ้าหน้าที่ช่างเทคนิค (TOS) จากข้าราชการในสังกัดส่วนกลางไปสังกัดเป็นข้าราชการส่วนท้องถิ่นมีความไม่ชอบด้วยกฎหมายในขั้นตอน รูปแบบ กระบวนการที่เป็นสาระสำคัญ จึงให้ฝ่ายปกครองดำเนินการแก้ไขให้ถูกต้อง ส่วนเนื้อหาของกฎฎีกาที่ให้ถ่ายโอนข้าราชการดังกล่าวถูกต้องชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งการกระจายอำนาจเป็นเรื่องสำคัญก็ให้ดำเนินการ

<sup>43</sup>C.E., 27 Octobre 2006, *Société Techna*, อ้างถึงใน Florence Crouzatier-Durand, เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

<sup>44</sup>C.E., 16 mai 2008, *Departement du val de marne : Le Transfert des TOS* (Technicien et ouvrier de service) อ้างถึงใน Florence Crouzatier-Durand, เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

ออกกฎหมายใหม่เพื่อถ่ายโอนต่อไป จึงไม่กระทบต่อการบริการสาธารณะ ศาลไม่ได้ก้าวล่วงว่าจะโอนหรือไม่ เป็นพรหมแดนที่ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการแก้ไขขั้นตอนวิธีการให้ถูกต้องภายในกำหนดเวลา จึงได้มีคำพิพากษาให้เพิกถอนกฎหมายว่าด้วยการถ่ายโอนเจ้าหน้าที่ช่างเทคนิคดังกล่าวที่ใช้บังคับ ค.ศ. 2005 โดยให้มีผลไปในอนาคตคือ ในวันที่ 1 มกราคม 2009 เพราะต้องการปกป้องหลักความมั่นคงทางนิติฐานะ (sécurité juridique)\* จะเห็นได้ว่า คดีต่างๆ ดังกล่าวข้างต้นศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้ยืนยันถึงอำนาจของศาลปกครองในการพิพากษาคดีโดยการกำหนดเวลาการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองว่าจะให้มีผลไปถึงขณะหนึ่งขณะใดก็ได้ ซึ่งแนวคิดกำหนดให้คำพิพากษามีผลไปในอนาคตและการกำหนดข้อเสนอแนะให้ฝ่ายปกครองแก้ไขนิติกรรมทางปกครองให้ถูกต้องเป็นการพัฒนาการของการจัดทำคำพิพากษาโดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ซึ่งเดิมโดยหลักคำพิพากษาให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองจะมีผลย้อนหลัง แนวคิดดังกล่าวมีแหล่งที่มาจากทั้งภายนอกและภายในประเทศฝรั่งเศส โดยแหล่งที่มาจากภายนอกได้แก่ (1) แนวคิดตามกฎหมายประชาคมยุโรป เช่น คำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปซึ่งตุลาการจะไม่ลังเลที่จะใช้อำนาจกำหนดผลของคำพิพากษาให้มีผลทันทีในเวลาใดเวลาหนึ่งในอนาคตแต่จะใช้อำนาจดังกล่าวเมื่อมีการแทรกแซงความมั่นคงทางนิติฐานะของเอกชน โดยจะใช้หลักนี้แทนหลักคำพิพากษามีผลย้อนหลัง (2) แนวคิดของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปก็ยอมรับว่าการกระทำใดกระทบนิติฐานะ ศาลจะออกคำพิพากษาโดยเลือกให้มีผลทันที ณ วันพิพากษาหรือมีผลไปในอนาคตเป็นหลัก ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันประเทศต่างๆ ในยุโรป เช่น ในประเทศเยอรมันจะมีหลักในการพิพากษาคดีที่มีการแทรกแซงความมั่นคงทางนิติฐานะของเอกชน โดยจะกำหนดให้ผลของคำพิพากษามีผลไปในอนาคตและศาลยุติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้นำหลักแนวคิดดังกล่าวมาใช้ด้วย แต่อย่างไรก็ตาม

---

\* หลักความมั่นคงทางนิติฐานะ (Sécurité juridique) หรืออาจเรียกว่า หลักความมั่นคงทางกฎหมาย หรือหลักความเชื่อมั่นในนิติกรรมทางปกครอง ส่วนในประเทศเยอรมันใช้คำว่า (Rechtssicherheit) หรือหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ ซึ่งหลักการดังกล่าวมีความหมายเช่นเดียวกัน โดยหลักการดังกล่าวมีสาระสำคัญว่า เมื่อฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครอง (กฎหรือคำสั่งทางปกครอง) ที่อาจสร้างสิทธิที่เป็นคุณแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง การรักษาไว้ซึ่งสิทธิที่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองได้รับมา จึงเป็นสิ่งที่จำเป็น หากต่อมานิติกรรมนั้นมีความจำเป็นต้องยกเลิกเพิกถอน ผู้รับนิติกรรมทางปกครองย่อมได้รับการคุ้มครอง หลักกฎหมายดังกล่าวเป็นหลักที่ให้ความคุ้มครองผู้รับนิติกรรมทางปกครองที่ได้รับผลกระทบจากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเกิดจากการสร้างโดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ยังไม่มีบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร สำหรับในประเทศไทยได้นำหลักความมั่นคงทางนิติฐานะหรือหลักความมั่นคงทางกฎหมายหรือหลักความมั่นคงแห่งสิทธิมาเป็นหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 49 ถึงมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ที่อาจเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองทั้งที่ชอบและไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ส่วนผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการเพิกถอน ก็มีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น

ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสก็ได้รับอิทธิพลแนวคิดดังกล่าวมาจากภายในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส โดยศาลฎีกาของประเทศฝรั่งเศสก็นำหลักคำพิพากษามีผลไปในอนาคตนี้มาใช้แก้ไขปัญหาผลกระทบของแทรกแซงความมั่นคงแห่งนิติฐานะของเอกชนมาก่อนหน้าแล้ว

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า ก่อนที่ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสจะได้ออมรับพัฒนาสร้างหลักคำพิพากษามีผลไปในอนาคตก็ได้มีการระดมความคิดตุลาการศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเป็นอย่างดีแล้ว โดยอยู่ในแนวคิดหลัก 2 แนวคิด คือ (1) เพิกถอนปรับปรุงแก้ไข (ย้อนหลัง) และ (2) ปรับปรุงและให้มีผลไปในอนาคต โดยจะเห็นได้ว่าในช่วงแรกของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสโดยหลักย้อนหลังเสมอต่อมาได้พัฒนาตั้งแต่ ค.ศ. 2001 ค.ศ. 2006 ได้มีการปฏิบัติพัฒนากระบวนการพิจารณาคดีทางปกครอง จึงยอมรับแนวคิดในคำพิพากษามีทางเลือกให้ฝ่ายปกครองแก้ไขนิติกรรมที่ผิดพลาดให้ถูกต้องภายในเงื่อนไขหรือเวลาที่กำหนด และในช่วงตั้งแต่ ค.ศ. 2007 จนถึงปัจจุบันศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้พัฒนาการโดยการกำหนดให้คำพิพากษามีผลไปในอนาคต เช่น ในคดี *Sa tropic travaux signalisation* เมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม 2007<sup>45</sup> ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วางหลักกฎหมายที่สำคัญว่า หากปรากฏว่าจะต้องคุ้มครองนิติฐานะของเอกชนศาลจะกำหนดผลของคำพิพากษาไปในอนาคตไว้ ทั้งนี้ ปัญหาในช่วงแรกที่ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสยังชะลอหรือลังเลที่ยอมรับหลักการให้คำพิพากษามีผลไปในอนาคตเพราะเห็นว่าเท่ากับยอมรับให้ศาลปกครองสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายได้ ซึ่งหลักการเดิมเห็นว่าตุลาการมีอำนาจใช้และตีความกฎหมายเท่านั้น แต่นักวิชาการทางกฎหมายเห็นว่าหากศาลไม่ยอมรับหลักการกำหนดผลของคำพิพากษาให้มีผลไปในอนาคตถือว่าเป็นคำพิพากษาที่ไม่เคารพนิติฐานะของเอกชน ซึ่งหมายความว่า ต่อไปนี้ศาลจะกำหนดแนวทางให้ฝ่ายปกครองดำเนินการคือการให้คำพิพากษามีผลไปในอนาคต เพราะถ้าให้คำพิพากษามีผลย้อนหลังก็จะกระทบนิติฐานะของเอกชนหรือการบริหารโดยรวมของฝ่ายปกครอง ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาเงื่อนไขดังที่กล่าวไว้แล้ว 2 ประการ ได้แก่

(1) ความเหมาะสม คือ ผลกระทบของการเพิกถอน โดยศาลจะพิจารณาข้อเท็จจริงแต่ละคดีว่าเป็นอย่างไร มีผลกระทบมากเกินไปหรือไม่เพียงใด

(2) ถ้ามีผลกระทบ จะทำให้มีข้อยุติโดยให้มีผลกระทบน้อยที่สุดได้อย่างไร

กล่าวได้ว่า นับตั้งแต่ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้มีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม 2007 คดี *Sa tropic travaux signalisation* หลักการในการกำหนดผลคำพิพากษา

<sup>45</sup>C.E., 16 juillet 2007, *SA Tropic Signalisation*, RFDA, 2007, pp. 917 อ้างถึงใน Florence Cruzatier - Durand, เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

ให้มีผลไปในอนาคตหรือกำหนดให้ฝ่ายปกครองกำหนดหลักเกณฑ์ในอนาคตหรือกำหนดเงื่อนไขเวลาเพื่อไปใช้ในอนาคต โดยการเขียนคำพิพากษาแบบนี้จะพิจารณาว่า ในอนาคตจะมีเกิดอะไรและกำหนดวันในอนาคตให้มีผลเพราะแนวคิดใหม่นี้ยอมรับว่า กฎหรือคำสั่งเกิดขึ้นแล้ว ศาลจะเพิกถอนในอนาคต เพราะจะไม่กระทบนิติฐานะของเอกชนหรือกระทบการดำเนินการของฝ่ายปกครอง หลักการใหม่ในคดี Sa tropic travaux signalization เมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม 2007 นี้ ถือเป็น การปฏิรูประบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสเพราะเป็นการเปลี่ยนหลักการเดิมในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งหลักเดิมถือว่าคำพิพากษาให้เพิกถอนมีผลย้อนหลัง ทำให้เกิดหลักที่ว่าคำพิพากษามีผลในอนาคตซึ่งเดิมเป็นข้อยกเว้นกลายเป็นหลักขึ้นมาใหม่ ซึ่งเท่ากับเป็นการเพิ่มอำนาจให้ศาลปกครองอย่างมาก เพราะเป็นอำนาจในการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเพื่อปรับสถานะทางกฎหมาย เพราะอำนาจเดิมคือการใช้และตีความกฎหมาย แต่หลังจากที่ศาลมีอำนาจกำหนดผลคำพิพากษาให้มีผลในอนาคตเท่ากับศาลมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาในการให้คำพิพากษามีผลได้ โดยศาลจะพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายคดีว่ามีกรณีพิพาทดังกล่าวขึ้น ศาลจะกำหนดคำพิพากษาอย่างไร

สรุปได้ว่ารากฐานการปรับปรุงการกำหนดผลคำพิพากษานั้น ถือได้ว่ามาจากหลักความมั่นคงในนิติฐานะเป็นสำคัญ แต่ปัญหาหนึ่งก็คือการที่ศาลปกครองฝรั่งเศสในฐานะที่มีหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายนิติกรรมทางปกครอง จะประสานแนวคิด 2 หลัก ที่สำคัญคือหลักความชอบด้วยกฎหมายกับหลักความมั่นคงในนิติฐานะ ให้มีคุณค่าเสมอภาคเท่าเทียมกันได้ในเวลาเดียวกันได้เช่นใด ซึ่งในอดีตที่ผ่านมาศาลปกครองฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับหลักความชอบด้วยกฎหมายมากกว่าหลักความมั่นคงในนิติฐานะเพราะเลือกให้ผลคำพิพากษามีผลย้อนหลังมาเป็นเวลายาวนานแต่นับจาก ค.ศ. 2007 อิทธิพลจากระบบกฎหมายภายนอกในยุโรป จึงทำให้ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเริ่มให้ความสำคัญกับหลักความมั่นคงในนิติฐานะ เพื่อผลักดันให้หลักดังกล่าวมีคุณค่าขึ้นมาโดยการเปลี่ยนแปลงทีละน้อย ซึ่งในช่วงแรกของการปฏิรูป ค.ศ. 2001 - 2006 จะกำหนดในคำพิพากษาว่ากฎหรือคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่จะเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองแก้ไขกฎหรือคำสั่งที่ไม่ชอบภายในเงื่อนไขเวลาที่กำหนดหรือให้ทำให้ถูกต้อง ต่อมาหลังจาก ค.ศ. 2006 ในคดี société techna เมื่อวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 2006 ซึ่งเป็นครั้งแรกที่ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสกล่าวว่าหลักความมั่นคงในนิติฐานะเป็นหลักการที่สำคัญ คือ เป็นการยอมรับหลักการนี้อย่างเป็นลายลักษณ์อักษร โดยวางหลักว่าถ้าปรากฏว่าฝ่ายปกครองออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายถือว่าไม่เคารพหลักความมั่นคงในนิติฐานะ ดังนั้น หากยอมรับหลักความมั่นคงในนิติฐานะแสดงว่าการทำให้คำพิพากษามีผลย้อนหลังไม่เหมาะสม ซึ่งจะแก้ไขได้โดยการให้ศาลกำหนดผลของคำพิพากษาให้มีลักษณะดังนี้

(1) กำหนดทางเลือกให้ฝ่ายปกครองแก้ไขกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) กำหนดให้คำพิพากษามีผลไปในอนาคต



ในที่สุด ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้ยอมรับแนวคิดการให้คุณค่าหลักความมั่นคงในนิติฐานะ (sécurité juridique) โดยการยอมรับในอำนาจที่ให้ศาลปกครองกำหนดผลของคำพิพากษาโดยให้ทางเลือกฝ่ายปกครองแก้ไขกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือกำหนดให้คำพิพากษามีผลไปในอนาคต

**2.1.4.3 หลักพอสมควรแก่เหตุ** เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำทางปกครอง ซึ่งมีผลต่อความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้นๆ โดยเฉพาะการกระทำทางปกครองใดที่ก้าวล่วงสิทธิหรือสร้างภาระให้แก่ปัจเจกชน แม้การกระทำทางปกครองนั้นจะมีกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ต้องกระทำโดยสมควรแก่เหตุ ไม่สร้างภาระให้แก่ประชาชนเกินสมควร โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการให้พอเหมาะกับสภาพข้อเท็จจริง หลักความได้สัดส่วนจึงเป็นหลักการที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งก้าวล่วงไปกระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน จะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจะต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของการกระทำนั้นเป็นสำคัญ เช่นในการออกกฎ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจระบุไว้ในกฎดังกล่าวว่าตนออกกฎนั้นเพื่ออะไร เช่น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกกฎโดยมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองการประกอบอาชีพของคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นพิเศษจากการแข่งขัน หากไม่ปรากฏว่าการออกกฎดังกล่าวเป็นไปเพื่อเป้าหมายที่ชอบธรรมประการอื่นที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ วัตถุประสงค์ในการออกกฎขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน หรือหลักพอสมควรแก่เหตุ ประกอบด้วยหลักย่อย 3 ประการ ได้แก่<sup>46</sup>

- 1) หลักความสัมฤทธิ์ผล
- 2) หลักความจำเป็น
- 3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

**2.1.4.3.1 หลักความสัมฤทธิ์ผล** บังคับว่า มาตรการใดๆ ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ จะต้องเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้ มาตรการใดที่เห็นได้ชัดว่าไม่สามารถทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจปรากฏเป็นจริงได้อย่างแน่แท้ มาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่มาตรการอาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้หลายมาตรการ มาตรการเหล่านั้นย่อมเป็นมาตรการที่สอดคล้องกับ

<sup>46</sup>วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540,

หลักความสัมฤทธิ์ทั้งสิ้น ถึงแม้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเลือกมาตรการที่พิจารณาทางภาวะวิสัยแล้ว เหมาะสมน้อยกว่าอีกมาตรการหนึ่งก็ตาม กรณีนี้ก็ยังคงเป็นดุลพินิจโดยแท้ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ที่องค์กรอื่นโดยเฉพาะองค์กรตุลาการจะไปทบทวนแก้ไขไม่ได้

**2.1.4.3.2 หลักความจำเป็น** หลักนี้เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองเปรียบเทียบ มาตรการที่ต้องการหลาย ๆ มาตรการ ซึ่งอาจจะเป็นมาตรการหรือวิธีการที่อาจบรรลุผลได้ โดยมาตรการ ต่าง ๆ เหล่านั้น กระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนรุนแรงมากน้อยแค่ไหน มาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองเลือกใช้จะต้องเป็นมาตรการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด จึงจะถือว่าเป็นไปตาม หลักความจำเป็น แต่หากมีมาตรการอื่นที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์นั้นได้และมีความรุนแรงน้อยกว่า ในกรณีย่อมถือว่ามิได้เป็นไปตามหลักความจำเป็น ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิหรือ เสรีภาพของราษฎรได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เท่านั้น การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไป ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่ชอบ องค์ประกอบของหลักแห่งความได้สัดส่วนข้อนี้มีบัญญัติ ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ดังจะเห็นได้จากความในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับนี้ที่ว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญ รับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่ รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและ เสรีภาพนั้นไม่ได้<sup>47</sup>

**2.1.4.3.3 หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ** เป็นการพิจารณาว่า มาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการและเป็นมาตรการที่จำเป็นนั้น เป็นมาตรการที่พอสมควรแก่เหตุหรือไม่ เพราะในการใช้อำนาจทางปกครองในการดำเนินการออก มาตรการใดๆ ที่กระทำต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้อง ชั่งน้ำหนักกระหว่างประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับจากมาตรการนั้นกับประโยชน์ที่ปัจเจกชนต้องสูญเสียไป หากผลกระทบที่ปัจเจกชนจะได้รับจากการใช้มาตรการดังกล่าวของฝ่ายปกครองรุนแรงเกินกว่าที่ ปัจเจกชนผู้นั้นคาดหมายได้ และผลร้ายดังกล่าวเห็นได้ชัดเจนว่ามีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์สาธารณะ ที่ได้รับ แม้สาธารณะชนจะได้รับประโยชน์จากมาตรการดังกล่าวก็ตาม องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะ ใช้มาตรการนั้นบังคับแก่ปัจเจกชนไม่ได้ อาจกล่าวได้ว่าหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้ จึงเป็นหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ หลักความได้สัดส่วนในความหมาย อย่างแคบ เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดดุลยภาพขึ้นระหว่างความเสียหายอันเกิดขึ้นแก่เอกชนและหรือ แก่สังคมโดยส่วนรวมกับประโยชน์อันมหาชนจะพึงได้รับจากมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่ฝ่ายปกครอง ออกมาใช้บังคับ มาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจและ

<sup>47</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 89.

กระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุดนั้น เมื่อนำมาใช้บังคับแล้วย่อมก่อให้เกิดทั้งประโยชน์และโทษในขณะเดียวกัน ประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้บังคับมาตรการนั้นได้แก่การรักษาหรือการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้ความคุ้มครองหรือจะให้เกิดขึ้น ส่วนโทษที่เกิดขึ้นจากการใช้บังคับมาตรการนั้นได้แก่ ผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพด้านต่างๆ ของราษฎรและหรือประโยชน์สาธารณะด้านอื่นๆ หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้ เรียกร้องว่า มาตรการที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้องก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษ ถ้าก่อให้เกิดโทษมากกว่าประโยชน์แล้วมาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ใช้บังคับไม่ได้<sup>48</sup>

**2.1.5 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ** หมายความว่ารัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายในลำดับสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ ดังนั้นหากกฎหมายใดอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวซึ่งขัดกับรัฐธรรมนูญตกเป็นโมฆะ ย่อมไม่มีผลบังคับใช้<sup>49</sup> หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นหลักที่เป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ เป็นการยืนยันหรือทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักนิติรัฐ ดังนั้นหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดจึงเป็นหลักที่มีความสำคัญในการมุ่งคุ้มครองต่อหลักนิติรัฐ ซึ่งการจะทำให้รัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับสูงสุดก็ต่อเมื่อในโครงสร้างของระบบกฎหมายมีลักษณะเป็นปิรามิด โดยมีรัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับสูงสุดของปิรามิด ซึ่งในกรณีนี้รัฐธรรมนูญ จึงมีฐานะเป็นกฎหมายหลักในการตรวจสอบกฎหมายที่อยู่ในฐานะที่ต่ำกว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญต้องการหลักประกัน เพื่อมิให้รัฐธรรมนูญไม่มีผลบังคับใช้ และสูญเสียหน้าที่ในฐานะเป็นหลักเกณฑ์ของระบบกฎหมาย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จะบรรลุผลได้ก็ต่อเมื่อจะต้องทำให้เกิดความแตกต่างระหว่างอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ อำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญกับอำนาจในการออกกฎหมายธรรมดา และทำให้เกิดความแตกต่างไว้ในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับองค์การดังกล่าว หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไม่เพียงจะต้องทำให้เกิดหลักประกันต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่จะต้องทำให้บรรลุความมุ่งหมายในทางปฏิบัติโดยองค์การตุลาการในการมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อาจกล่าวโดยสรุปว่าหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นหลักการที่ยอมรับการมีลำดับชั้นของกฎหมาย และในระบบกฎหมายนั้น ยอมรับว่ารัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับสูงสุด และหลักนี้แสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐต่างๆ กับรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรของรัฐต่างๆ ย่อมอยู่ในฐานะที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ และองค์กรของรัฐทั้งหลายจะต้องผูกพันต่อคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

<sup>48</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 91.

<sup>49</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่,

## 2.2 หลักผลทางกฎหมายกรณีที่กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ

ในทางทฤษฎี กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดรัฐธรรมนูญและส่งผลให้กฎหมายฉบับนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย กำหนดเวลาที่คำวินิจฉัยนั้นมีผล สามารถแบ่งออกไปเป็น 2 หลักคือ<sup>50</sup>

**2.2.1 หลักความเป็นโมฆะ** หลักนี้ถือว่ากรณีที่กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งเป็นโมฆะนั้น กฎหมายฉบับนั้นย่อมเสียเปล่ามาตั้งแต่เริ่มต้น โดยไม่มีผลในทางกฎหมายใดๆ มาตั้งแต่ต้น ประเทศที่ใช้บังคับหลักนี้ได้แก่ประเทศเยอรมัน สเปน เบลเยียม เป็นต้น

**2.2.2 หลักความลบล้างได้** หลักนี้ถือว่า เมื่อกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามหลักนี้อาจกำหนดให้มีผลย้อนหลัง หรือมีผลนับแต่ปัจจุบัน หรืออาจให้มีผลในอนาคต ประเทศที่ใช้บังคับกับหลักนี้ได้แก่ประเทศออสเตรีย อิตาลี กรีซ เป็นต้น

ในระบบกฎหมายไทย โดยหลักแล้วกฎหรือข้อบังคับก็คืออนุบัญญัติที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่เฉพาะเรื่องและไม่เฉพาะบุคคล กฎหรือข้อบังคับจึงมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรอง ซึ่งนอกจากจะออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้ว ในบางกรณีก็ยังสามารถออกได้โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ดังที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่าพระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับเหล่านี้ตราโดยที่มีความสมบูรณ์อยู่ องค์การของรัฐฝ่ายปกครองย่อมสามารถนำไปใช้บังคับกับเอกชนให้ปฏิบัติตามได้ แต่หากกฎหรือข้อบังคับนั้นเกิดมี "ความไม่สมบูรณ์" ขึ้นแล้ว องค์การของรัฐฝ่ายปกครองจะนำกฎหรือข้อบังคับไปใช้บังคับกับเอกชนไม่ได้แล้ว กฎหรือข้อบังคับดังกล่าวย่อมถูกเพิกถอนไปโดยศาลปกครอง

ในระบบกฎหมายไทยปัจจุบัน ความไม่สมบูรณ์ของกฎหรือข้อบังคับสามารถเกิดขึ้นได้จากเหตุที่ตัวเอง "ไม่ชอบด้วยกฎหมาย" (illegal) หรือ "ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ" (unconstitutional)<sup>51</sup> เช่น ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กฎหรือข้อบังคับ

<sup>50</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, "รายงานการวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ," (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 256 - 259.

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 72 ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎ... ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตาม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

ฯลฯ

ฯลฯ

<sup>51</sup> ธีระ สุธีวรารังกูร, "ปัญหาเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในภายหลังว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ," วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 1 (กันยายน - ธันวาคม 2542) : 80 - 94.

ย่อมเกิดความไม่สมบูรณ์ หากได้ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองที่ไม่มีอำนาจ หรือโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ออกโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่สุจริต มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนที่ไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรหรือออกโดยมีลักษณะเป็นการใช้ดุลพินิจที่มีขอบ

ทั้งนี้ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กฎหรือข้อบังคับก็ย่อมเกิดความไม่สมบูรณ์เช่นกัน หากกฎหรือข้อบังคับนั้นๆ องค์กรฝ่ายปกครองได้ออกมาโดยมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองจนเกินความจำเป็น ออกโดยมีผลกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้น หรือออกโดยมีความมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีหนึ่งกรณีใดหรือกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ฯลฯ ความไม่สมบูรณ์ของกฎหรือข้อบังคับดังกล่าวนี้ เห็นได้ว่าเป็นเพราะมีรัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติถึงเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ไว้อย่างชัดเจน

เป็นที่น่าสังเกตว่า เมื่อความไม่สมบูรณ์ของกฎหรือข้อบังคับเพราะเหตุที่ขัดกับรัฐธรรมนูญมีผลทำให้กฎหรือข้อบังคับนั้นเป็นอัน “ใช้บังคับมิได้” และเมื่อความไม่สมบูรณ์ของกฎหรือข้อบังคับเพราะเหตุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีผลทำให้กฎหรือข้อบังคับดังกล่าวย่อมถูกศาลปกครอง “เพิกถอน” ไป โดยนัยนี้ จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายไทย จึงกล่าวได้ว่ายังไม่มี การสถาปนาระบบความเป็น “โมฆะ” หรือการเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้นของกฎหรือข้อบังคับที่มีความไม่สมบูรณ์<sup>52</sup>

อนึ่ง แม้มาตรา 72 วรรคสองของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ บัญญัติให้ศาลปกครองสั่งเพิกถอนกฎหรือข้อบังคับที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และก็มีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังไปถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ อาจทำให้เข้าใจไปในกรณีที่ศาลปกครองสั่งเพิกถอนกฎหรือข้อบังคับโดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันออกกฎหรือข้อบังคับดังกล่าว น่าจะเป็นการแสดงให้เห็นว่าผลทางกฎหมายของกฎหรือข้อบังคับนั้นมีอันเป็นโมฆะ กระนั้นก็ตาม เมื่อการให้ศาลปกครองสั่งเพิกถอนกฎหรือข้อบังคับที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีอำนาจกำหนดให้มีผลย้อนหลังไปถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ นั้นมีเหตุผลมาจากเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะและเพื่อคุ้มครองสิทธิเอกชนให้เกิดความเหมาะสมตามลักษณะและข้อเท็จจริงของแต่ละคดี อีกทั้งหากกฎหรือข้อบังคับที่มีผลทางกฎหมายเป็นโมฆะนั้น ศาลปกครองไม่จำเป็นต้องไปเพิกถอนอีก (เพราะย่อมเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น) เพียงแต่ให้ประกาศถึงความเป็นโมฆะของกฎหรือข้อบังคับนั้นเท่านั้น ดังนี้ แม้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ จะมีผลบัญญัติในลักษณะดังกล่าว กรณีก็ได้หมายความว่าตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้มีการสถาปนาระบบความเป็นโมฆะของกฎหรือข้อบังคับที่เกิดความไม่สมบูรณ์ กระนั้นก็ดี ในอนาคตต่อไป ศาลปกครองจะสร้างระบบความเป็นโมฆะ

<sup>52</sup>ธีระ สุธีวรารุงกูร, “ปัญหาเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในภายหลังว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 1 (กันยายน - ธันวาคม 2542) : 80 - 94.

ของกฎหรือข้อบังคับที่เกิดความไม่สมบูรณ์เพราะเหตุใดเหตุหนึ่งโดยอาศัย“คำวินิจฉัย” ของตนหรือไม่ ย่อมเป็นอีกกรณีหนึ่ง<sup>53</sup>

### 2.3 หลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง

หลักกฎหมายทั่วไป เป็นหลักกฎหมายที่มีได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่สอดแทรกอยู่ในระบบกฎหมายหนึ่ง ๆ โดยศาลจะใช้หลักกฎหมายทั่วไปเข้าไปอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษร จึงถือเป็นเครื่องมือที่ศาลใช้พิทักษ์รักษาและเป็นหลักประกันในสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน เพราะเป็นไปไม่ได้ที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะคาดการณ์ทุกอย่างได้ล่วงหน้า และกำหนดแนวทางแก้ไขปัญหาไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ทั้งหมด

หลักกฎหมายทั่วไปได้แก่ บรรดาหลักการที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายของประเทศทั้งระบบ บางหลักสืบสมมุติฐานว่ามาจากมูลบทเบื้องต้นของการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตย หรืออีกนัยหนึ่งระบบรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalism) บางหลักสมมุติฐานว่ามาจากตรรกะทางนิติศาสตร์ ซึ่งหากไม่มีอยู่แล้วจะเป็นช่องทางให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือเกิดสภาวะไร้ข้อแม้ขึ้นในบ้านเมือง<sup>54</sup> บทบาทของศาลในการวางหลักกฎหมายทั่วไป จึงมิได้มีเสรีภาพเต็มที่เช่นเดียวกับการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ในขณะที่เดียวกันก็แตกต่างจากการออกกฎของฝ่ายปกครองซึ่งต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ<sup>55</sup> จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติเป็นที่มาของฝ่ายปกครองในการกระทำการและยังเป็นข้อจำกัดอำนาจในการกระทำการของฝ่ายปกครอง เช่นเดียวกับหลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองในการกระทำทางปกครอง เช่นการออกกฎข้อบังคับต่าง ๆ จะต้องไม่ขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไป ที่สำคัญได้แก่

#### 2.3.1 หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (non-rétroactivité des actes administratifs)

หลักนี้ห้ามฝ่ายปกครองมิให้ออกนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ให้มีผลบังคับย้อนหลัง ไม่ว่าจะเป็นิติกรรมประเภทที่มีผลเป็นการทั่วไปคือ “กฎ” หรือนิติกรรมที่มีผลเฉพาะรายเฉพาะกรณีคือ “คำสั่งทางปกครอง” โดยหลัก กฎจะมีผลใช้บังคับนับตั้งแต่วันที่มีการประกาศหรือวันถัดจากวันที่ประกาศหรืออาจจะกำหนดให้มีผลในอนาคตก็ได้ ส่วนคำสั่งทางปกครองจะมีผลใช้บังคับ

<sup>53</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 88.

<sup>54</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “หลักความชอบด้วยกฎหมาย,” ในเอกสารประกอบการฝึกอบรมพนักงานคดีปกครองระดับต้นรุ่นที่ 8, สำนักงานศาลปกครอง พ.ศ. 2546, หน้า 35. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

<sup>55</sup> บุญผา อัครพิมาน, “หลักกฎหมายทั่วไป,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 5, 1 : หน้า 1 - 26.

เมื่อมีการแจ้งให้ผู้อยู่ใต้บังคับทราบ<sup>56</sup> หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองนี้ ศาลปกครองฝรั่งเศสมีได้ยอมรับในฐานะเป็น“หลักเด็ดขาด” แต่มีลักษณะสัมพัทธ์ กล่าวคือหากมีกฎหมายยกเว้นให้นิติกรรมทางปกครองมีผลย้อนหลังได้แล้ว นิติกรรมทางปกครองก็สามารถมีผลย้อนหลังได้ โดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสมักใช้ถ้อยคำว่า “เมื่อไม่มีกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจไว้ ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจออกนิติกรรมทางปกครองให้ขัดกับหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง”<sup>57</sup> ที่มาของหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง มาจากมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐของฝรั่งเศส ที่กำหนดว่ารัฐบัญญัติมีผลใช้บังคับสำหรับอนาคตเท่านั้น ไม่อาจมีผลย้อนหลังได้ แต่ก็มิได้เป็นการนำมาใช้บังคับกับกฎหมายปกครองโดยตรง เพียงเป็นการตีความให้สอดคล้องเพื่อให้เกิดความมั่นคงในสถานะทางกฎหมายของบุคคล เช่นเดียวกับหลักการห้ามล่วงละเมิดต่อผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ซึ่งหลักการนี้ห้ามมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการอันเป็นการกระทบต่อประโยชน์ที่บุคคลได้รับจากนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลปกครองจะใช้หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหรือนิติกรรมทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครองด้วย ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองย่อมไม่มีผลหรือไม่สามารถใช้บังคับย้อนหลังได้ เว้นแต่ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เนื่องจากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลเสมือนว่านิติกรรมนั้นไม่ได้ทำขึ้นเลย<sup>58</sup> แต่อย่างไรก็ตาม การสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครองโดยเฉพาะในกรณีของนิติกรรมทางตุลาการในการวินิจฉัยคดีให้มีการยกเลิกเพิกถอน แม้โดยหลักจะมีผลย้อนหลัง แต่ไม่ได้หมายความว่านิติกรรมทางตุลาการทั้งหมดจะมีผลย้อนหลัง การสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครองโดยให้มีผลย้อนหลังเป็นเรื่องที่ยังแปลกประหลาด เนื่องจากหลักการไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวขัดแย้งกับการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งโดยความหมายของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองแล้ว หมายถึงนิติกรรมทางปกครองที่มีผลย้อนหลัง ดังนั้น จึงต้องยอมรับว่าหลักการไม่มีผลย้อนหลังไม่สมบูรณ์

### 2.3.2 หลักความเป็นกลาง (หลักความไม่มีส่วนได้เสีย)

หลักความเป็นกลางหรือหลักความไม่มีส่วนได้เสีย เกิดจากความคิดพื้นฐานที่ว่า หากบุคคลมีอำนาจสั่งการในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องอยู่ บุคคลนั้นจะสูญเสียความเป็นกลางไม่อาจวินิจฉัยสั่งการในเรื่องนั้นได้โดยปราศจากอคติในเรื่องนั้นๆ หลักความเป็นกลางขององค์กรฝ่ายปกครองห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือกรรมการในคณะกรรมการใดๆ ที่มีอำนาจพิจารณา

<sup>56</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 17 - 18.

<sup>57</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

<sup>58</sup> ชอง - บีแอร์ เดรง, “หลักกฎหมายทั่วไป : การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 6 (มกราคม - เมษายน 2549) : 53 - 71.

ทางปกครองพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการหรือร่วมประชุมและลงมติในเรื่องใดๆ ที่ตนมีส่วนได้เสียอยู่ หลักการนี้ยังรวมถึงการนำมาใช้ในองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยตัดสินใจในเรื่องต่างๆ ด้วยไม่ว่าจะเป็น หลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาหรือตุลาการที่นำมาสู่หลักการคัดค้านผู้พิพากษาที่มีประโยชน์ได้เสียในคดีมิให้เป็นผู้นิฉัยในคดี

หลักความเป็นกลางในระบบกฎหมายของต่างประเทศที่สำคัญที่จะกล่าวถึงได้แก่ หลักความเป็นกลางในฝรั่งเศสและเยอรมัน ซึ่งเป็นประเทศที่พัฒนาหลักกฎหมายปกครองมาพอสมควร แล้วสรุปไว้ดังนี้

**2.3.2.1 หลักความเป็นกลางของฝรั่งเศส** ซึ่งมีวิวัฒนาการมาจากคำพิพากษาศาลปกครองเป็นเวลานานแล้ว ต่อมาได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายลำดับรองซึ่งออกโดยฝ่ายบริหาร (décret du 28 novembre 1983) ลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 1983 ซึ่งมาตรา 13 ได้บัญญัติเกี่ยวกับผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการวินิจฉัยหรือมีคำสั่งทางปกครองจักต้องไม่มีส่วนได้เสียในการกระทำหรือออกคำสั่งทางปกครองนั้นๆ<sup>59</sup> ศาลปกครองของฝรั่งเศสได้เคยวินิจฉัยในคดี Trebes ลงวันที่ 4 มีนาคม 1949 ว่า องค์กรที่ทำคำสั่งทางปกครองหรือวินิจฉัยทางปกครอง ต้องไม่มีส่วนได้เสีย เช่นศาลปกครองได้สั่งเพิกถอนมติคณะกรรมการคณะหนึ่งที่ทำให้แนะนำเกี่ยวกับพนักงานโดยให้เหตุว่า คณะกรรมการคณะนั้นประกอบด้วยคณะกรรมการหลายคน ซึ่งอาชีพของคณะกรรมการเหล่านี้ได้รับผลกระทบจากมติดังกล่าว<sup>60</sup> ในกรณีที่มีเหตุสงสัยว่าบุคคลนั้นมีส่วนได้เสียในการกระทำหรือคำวินิจฉัยทางปกครองหรือไม่นั้น ศาลปกครองฝรั่งเศสมักตีความไปในทางที่คุ้มครองสิทธิของประชาชนมากกว่า โดยถือว่า จะต้องไม่มีส่วนได้เสียทั้งทางตรงและทางอ้อม ซึ่งการมีส่วนได้เสียในทางอ้อมหรือการมีส่วนได้เสียในทางจิตใจมีอิทธิพลโน้มน้าวให้เกิดความไม่เป็นกลางได้ ศาลปกครองฝรั่งเศสถือว่าหลักความไม่มีส่วนได้เสียเป็นหลักกฎหมายทั่วไป โดยผู้มีส่วนเกี่ยวข้องอาจยกขึ้นโต้แย้ง หรือประธานคณะกรรมการหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งเกี่ยวข้องที่มีอำนาจหน้าที่ทำคำวินิจฉัยนั้นตลอดจนผู้มีส่วนได้เสียนั้นสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างได้ถึงการมีส่วนได้เสียของผู้มีอำนาจทำการวินิจฉัย ในกรณีที่ผู้มีอำนาจทำการวินิจฉัยหรือมีคำสั่งทางปกครองหลายคน แม้ผู้มีส่วนได้เสียคนใดคนหนึ่งอยู่ในฐานะผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครองนั้น ก็ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียทั้งหมด อันก่อให้เกิดความไม่เป็นกลางได้ ซึ่งคำวินิจฉัยนั้น ศาลอาจวินิจฉัยเป็นโมฆะได้<sup>61</sup>

<sup>59</sup> สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, สรุปหลักกฎหมายเรื่องความไม่มีส่วนได้เสีย, กรุงเทพมหานคร, หน้า 1. (เอกสารอัดสำเนา)

<sup>60</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

<sup>61</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.



### 2.3.2.2 หลักความเป็นกลางของประเทศเยอรมัน<sup>62</sup>

สำหรับหลักความเป็นกลางในประเทศเยอรมันนั้น กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 ได้กำหนดหลักความเป็นกลางหรือหลักความไม่มีส่วนได้เสีย ไว้ในมาตรา 20 (1) เกี่ยวข้องกับบุคคลผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งต้องห้ามมิให้มีอำนาจออกนิตินกรรม คือ

(1) ผู้ซึ่งเป็นผู้กรณีเอง ซึ่งหมายถึงบุคคลผู้ยื่นคำขอ หรือคำร้องเมื่อมีคำสั่งทางปกครองแล้วมีผลกระทบต่อบุคคลนั้น ซึ่งเป็นบุคคลคนเดียวกับผู้มีส่วนได้เสียหรือมีคำสั่งทางปกครอง

(2) บุคคลซึ่งเป็นผู้เกี่ยวข้องกับกรณี โดยมีความสัมพันธ์ทางเครือญาติหรือทางการสมรส หรือบุคคลที่เคยอุปถัมภ์กันมา

(3) ผู้ซึ่งเป็นผู้แทนกรณีตามกฎหมาย หรือผู้รับมอบอำนาจทั่วไป หรือผู้รับมอบอำนาจในการดำเนินการทางปกครองโดยเฉพาะ

(4) ผู้ซึ่งเกี่ยวข้องเป็นผู้แทนกรณีในกระบวนการพิจารณา

(5) ผู้ซึ่งเป็นลูกจ้างหรือได้รับค่าตอบแทนหรือเป็นกรรมการที่ปรึกษาหรือในทำนองเดียวกับที่ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากกรณี

(6) ผู้ซึ่งไม่ใช่เจ้าพนักงาน แต่สามารถให้ความเห็นหรือการกระทำที่สำคัญได้ อันมีผลกระทบต่อกรออกนิตินกรรมทางปกครอง

บุคคลที่เกี่ยวข้องตามข้อ (2) และข้อ (4) นั้น หมายถึง 1) คู่หมั้น 2) คู่สมรส 3) การเป็นญาติหรือเกี่ยวพันโดยการสมรสโดยตรง 4) พี่น้อง 5) ลูกของญาติพี่น้อง 6) คู่สมรสของพี่น้อง และพี่น้องของคู่สมรส 7) ลูกบ้านอาศัย 8) บุตรบุญธรรม 9) บุคคลที่เคยให้การอุปถัมภ์เป็นเวลานานหรือให้ที่พักพิง ที่อยู่อาศัย

บุคคลในข้อ 2), 3), 6) ถือว่าเกี่ยวพันโดยการสมรส แม้การสมรสนั้นจะสิ้นสุดลงแล้วก็ตาม และบุคคลในข้อ (9) ก็ถือว่ามีความเกี่ยวพันกัน แม้จะมีได้พักอยู่อาศัยด้วยกันแต่ก็เกี่ยวข้องกันโดยการอุปการะ

<sup>62</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

### ข้อยกเว้นของหลักความไม่มีส่วนได้เสีย คือ

- 1) บทบัญญัติในวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับกับสมาชิกหรือบุคคลใด ซึ่งสังกัดองค์กรวิชาชีพ ซึ่งผู้มีอำนาจวินิจฉัยเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรวิชาชีพนั้น ซึ่งมีผลประโยชน์ร่วมกันหรือถูกระทบโดยตรงจากการกระทำนั้น
- 2) บทบัญญัติในวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับในกรณีแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งกิตติมศักดิ์ หรือการถอดจากตำแหน่งดังกล่าว
- 3) ในกรณีที่จำเป็นเร่งด่วน ถ้าหากชักช้า จะก่อให้เกิดความเสียหายหรือภัยอันตรายเกิดขึ้นได้
- 4) ในกรณีที่กรรมการคนหนึ่งของคณะกรรมการ (มาตรา 88) พิจารณาเห็นว่าตนเองควรถูกคัดค้าน หรือมีเหตุสงสัยว่าเป็นกรณีที่จะต้องใช้บทบัญญัติของวรรคหนึ่งบังคับ ต้องแจ้งให้ประธานคณะกรรมการทราบ คณะกรรมการดังกล่าวจะเป็นวินิจฉัยคำคัดค้านนั้นและบุคคลที่เกี่ยวข้องจะไม่มีส่วนในการวินิจฉัยดังกล่าว หลังจากที่ถูกลดตำแหน่งก็ไม่อาจจะพิจารณาต่อไปหรือหนึ่งอยู่ในที่ประชุมได้ในขณะที่มีวินิจฉัย

### 2.3.2.3 หลักความเป็นกลางในประเทศไทย

ในระบบกฎหมายไทย หลักความเป็นกลางหรือหลักความไม่มีส่วนได้เสียเป็นผลจากแนวคิดเรื่องธรรมาภิบาล (good governance) ซึ่งทำให้ประเทศไทยปฏิรูประบบราชการและนำหลักความเป็นกลางมาใช้ในการทำงานของระบบราชการคือในการทำงานทุกขั้นตอนจะต้องโปร่งใส ตรวจสอบได้ และมีประสิทธิภาพ เพื่อป้องกันการทุจริตและประพฤติมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หลักความเป็นกลางในระบบกฎหมายไทยได้ถูกบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 13 ถึง มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งถือเป็นกฎหมายกลางที่วางหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ โดยเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาทางปกครองและผู้จัดทำคำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นผู้ไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมว่าเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบในเรื่องนั้นจะไม่มีส่วนได้เสียในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อให้การทำงานเป็นไปด้วยดีและเป็นที่น่าไว้วางใจโดยเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานนั้นได้ ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติมีความเป็นกลาง (impartiality) ต่อทุกฝ่าย กฎหมายจึงมีวิธีการควบคุมโดยวางมาตรการตรวจสอบขั้นตอนต่างๆ ตามความจำเป็นของสภาพสังคม กรณีต่างๆ ที่กระทบความไม่เป็นกลางของเจ้าหน้าที่แบ่งเป็น 2 กรณี<sup>63</sup> คือ

- 1) ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก
- 2) ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายใน (หรือโดยในทางสาระ)

<sup>63</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : จีระศึกษการพิมพ์, มิถุนายน 2540), หน้า 243.

1) ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก ทั้งนี้ มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติไว้ดังนี้

1) เจ้าหน้าที่เป็นคู่กรณีเอง ซึ่งถือเป็นการร้ายแรงที่สุด เช่นการยื่นขออนุญาตตั้งโรงงานในขณะที่ตนเองเป็นผู้มีอำนาจอนุญาตให้ตั้งโรงงาน ซึ่งกรณีเป็นเรื่องหนึ่งที่กฎหมายเยอรมันให้ถือเป็นโมฆะ แต่กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดไว้อย่างแน่ชัด โดยหากกำหนดตายตัวอาจจะทำให้กฎหมายพัฒนาได้ยาก

2) เจ้าหน้าที่เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี เพราะการเป็นครอบครัวเดียวกันอาจทำให้เกิดความลำเอียงได้ง่าย

3) เจ้าหน้าที่เป็นญาติของคู่กรณี หลักการประสงค์ให้จำกัดในขอบเขตของญาติสนิท ซึ่งอาจมีความสัมพันธ์ทางจิตใจใกล้ชิด และเพื่อความแน่ชัดกฎหมายได้บัญญัติประเภทของบุคคลไว้โดยตรง ได้แก่ (ก) บุพการี (ข) ผู้สืบสันดาน (ค) ญาติพี่น้องนับได้สามชั้น (ง) ญาติด้านลูกพี่ลูกน้องนับได้สามชั้น (จ) ญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้สองชั้น

4) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี เพราะเคยช่วยทำงานรักษาประโยชน์ให้กันมาก่อน ย่อมมีความใกล้ชิดและอาจลำเอียงได้ กรณี ผู้แทนคือผู้มีสิทธิหน้าที่โดยกฎหมายที่จะทำแทนบุคคลอื่น เช่นแทนนิติบุคคล เป็นต้น ส่วนตัวแทนคือผู้ที่เข้ากระทำการได้แทนผู้อื่น โดยสิทธิหน้าที่เกิดขึ้นโดยความสัมพันธ์ทางสัญญาตัวแทน

5) เป็นเจ้าหน้าที่หรือลูกหนี้ หรือนายจ้างของคู่กรณี เพราะมีประโยชน์ที่จะเรียกร้องหรือจะต้องให้แก่กันอยู่ หรือเพื่อให้อีกฝ่ายพอใจเพื่อที่ตนจะได้รับการผ่อนปรนการชำระหนี้

6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

การที่เจ้าหน้าที่ผู้ใดมีส่วนได้เสียในการที่กระทำก็เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองที่ทำไปไม่สมบูรณ์และอาจถูกเพิกถอนได้ หากพิสูจน์ได้ว่า จะเกิดความลำเอียงขึ้นจากการมีส่วนได้เสียดังกล่าว<sup>64</sup> ตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ห้ามเจ้าหน้าที่ทำคำสั่งทางปกครองในบางกรณีดังที่กล่าวไว้ข้างต้น ข้อห้ามนี้หากพบเมื่อใดก็อาจอ้างมิให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นกระทำการได้ เป็นความบกพร่องในเรื่องความสามารถอย่างหนึ่ง แต่หากได้ทำคำสั่งทางปกครองไปแล้ว มีปัญหาว่าคำสั่งนั้นจะใช้ได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับความเป็นจริงว่า

<sup>64</sup> Mahendra P. Singh, "German Administrative Law in Common Law Perspective, 1958," : 75 อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, หน้า 189.

เกิดความลำเอียงขึ้นหรือไม่ หากมิได้เกิดความลำเอียงคำสั่งทางปกครองนั้นก็ชอบด้วยกฎหมาย แต่ถึงจะไม่ปรากฏชัดว่าเกิดความลำเอียงตามความเป็นจริง (actual) หากโดยสภาพภายนอกบุคคลทั่วไปเห็นว่าจะเกิดความลำเอียงอย่างแน่นอน ก็ถือว่าขัดต่อหลักมีส่วนได้เสียและไม่มีความสามารถจะกระทำเรื่องนั้นแล้ว

2) ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายใน คือ ความไม่เป็นกลางตามความเป็นจริง อันมีเหตุมาจากสภาพความคิดภายในของเจ้าหน้าที่ กรณีนี้หลักกฎหมายคำนึงถึงความไม่เป็นกลาง อาจมาจากเหตุที่ไม่ใช่เรื่องของสถานภาพหรือฐานะของเจ้าหน้าที่ ความไม่เป็นกลางประเภทนี้ ปรากฏอยู่ในมาตรา 16<sup>\*\*</sup> แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกฎหมายใช้คำว่า “เหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 ซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง” ซึ่งกฎหมายมุ่งจำกัดเฉพาะกรณีที่มีลักษณะร้ายแรงเท่านั้น ซึ่งมีน้ำหนักเพียงพอที่จะเห็นได้ว่าอาจทำการพิจารณาไม่เป็นกลางได้ ส่วนกรณีใดจะนำหลักนี้มาใช้จะต้องพิจารณาความจริงเป็นกรณีๆ ไป เช่นเป็นผู้มีทัศนคติเป็นปฏิปักษ์อย่างแข็งกร้าวกับเรื่องที่จะต้องพิจารณา อาจทำให้พิจารณาไปโดยไม่เป็นธรรมแก่ผู้เกี่ยวข้อง หรือกรณีมีประโยชน์ขัดแย้งกัน (Conflict of interest) เป็นกรณีที่เห็นได้ชัดเจน ซึ่งในทางทฤษฎีเจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะต้องมีทิศทางความคิดที่ขัดแย้งกับปัญหาที่ต้องพิจารณา หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องไม่ว่าทางลบหรือบวก ไม่ว่าจะเป็เหตุผลในทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม หรือจิตใจ ขั้นตอนการปฏิบัติเมื่อมีกรณีความไม่เป็นกลางไม่ว่าจะเป็น

---

ในเรื่องมีส่วนได้เสียนี้ตามมาตรา 44 (3) ประกอบกับมาตรา 20 ของกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ. 1976 ของเยอรมันกำหนดให้เจ้าหน้าที่เข้าเป็นคู่กรณีเสียเองเพียงกรณีเดียวที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะ อ้างถึงในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, หน้า 189.

<sup>\*\*</sup>พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 16 ในกรณีที่มีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง ซึ่งมีสภาพร้ายแรง อันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง ให้ดำเนินการดังนี้

(1) ถ้าผู้นั้นเห็นว่าตนมีกรณีดังกล่าว ให้ผู้นั้นหยุดการพิจารณาเรื่องนั้นไว้ก่อนและแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปหนึ่งชั้น หรือประธานกรรมการทราบ แล้วแต่กรณี

(2) ถ้ามีคู่กรณีคัดค้านว่าผู้นั้นมีเหตุดังกล่าว หากผู้นั้นเห็นว่าตนไม่มีเหตุตามที่คัดค้านนั้น ผู้นั้นจะทำการพิจารณาเรื่องต่อไปก็ได้ แต่ต้องแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งหรือประธานกรรมการทราบ แล้วแต่กรณี

(3) ให้ผู้บังคับบัญชาของผู้นั้นหรือคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง ซึ่งผู้นั้นเป็นกรรมการอยู่มีคำสั่งหรือมติโดยไม่ชักช้า แล้วแต่กรณีว่าผู้นั้นมีอำนาจในการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นหรือไม่

โดยสภาพภายนอกและโดยสภาพภายใน จะมีลักษณะเช่นเดียวกันคือจะต้องแจ้งผู้บังคับบัญชาหรือประธานกรรมการแล้วแต่ประเภทของเจ้าหน้าที่ เพื่อให้ดำเนินการพิจารณาปัญหาความเป็นกลาง

**2.3.2.3.1 ผลของการฝ่าฝืนหลักความเป็นกลาง** ความเป็นกลางถือเป็นเรื่องสำคัญ การพิจารณาโดยบุคคลที่ไม่มีความเป็นกลางย่อมทำให้กระบวนการพิจารณากพร่อง ทั้งนี้ มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติวางหลักการไว้ว่า การกระทำใดๆ ของเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองที่ได้กระทำไปก่อนหยุดการพิจารณา ย่อมไม่เสียไป ซึ่งเป็นการรับรองว่าไม่ต้องกลับไปเริ่มต้นพิจารณาใหม่ เพราะการดำเนินการยังไม่เสร็จสิ้นยุติเป็นคำสั่งทางปกครอง ผลความเป็นกลางจึงยังไม่มีผลกระทบต่อผู้ใด เว้นแต่เจ้าหน้าที่ผู้เข้าปฏิบัติหน้าที่แทนผู้ถูกคัดค้านหรือคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองแล้วแต่กรณี จะเห็นสมควรดำเนินการส่วนหนึ่งส่วนใดเสียใหม่ก็ได้

ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางโดยไม่มีการเปลี่ยนตัวเจ้าหน้าที่ และการพิจารณาได้ดำเนินการไปจนจบและมีคำสั่งทางปกครองขึ้นแล้ว ผลการฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางแยกเป็น 2 กรณี

1) ในกรณีความเป็นกลางโดยสภาพภายนอก ซึ่งมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติไว้ว่าเจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ ดังนั้น หากได้ดำเนินการจนจัดทำเป็นคำสั่งทางปกครองแล้วก็จะต้องถูกเพิกถอนต่อไป

2) ในกรณีความเป็นกลางโดยสภาพภายในก็จะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริง หากมีความไม่เป็นกลางจริงและเป็นผลโดยตรงให้เกิดคำสั่งทางปกครอง จึงจะขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้

**2.3.2.3.2 ข้อยกเว้นหลักความเป็นกลาง** การถือหลักความเป็นกลางอย่างเคร่งครัด อาจเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติราชการ ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดข้อยกเว้นสำหรับหลักความเป็นกลางไว้ 2 กรณีตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ. 2539 ดังนี้

1) ในกรณีเร่งด่วน ซึ่งจะผัดผ่อนไม่ได้และจำเป็นต้องมีคำสั่งทางปกครอง เพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะหรือสิทธิของบุคคลจะเสียหายโดยไม่มีทางแก้ไขได้

2) ในกรณีไม่มีเจ้าหน้าที่อื่นปฏิบัติหน้าที่แทน ไม่ว่าโดยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย เช่น ผู้ดำรงตำแหน่งมีคนเดียวและไม่มีตำแหน่งผู้ช่วยที่จะมอบหมายได้

การถือหลักความเป็นกลางหรือหลักผู้มีส่วนได้เสียโดยเคร่งครัด อาจเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติราชการ จึงได้มีข้อยกเว้นกรณีเร่งด่วนหรือไม่มีผู้ปฏิบัติหน้าที่แทน

ก็อาจให้เจ้าหน้าที่ที่มีมลทินเรื่องไม่เป็นกลางสามารถปฏิบัติหน้าที่ไปพลางก่อนก็ได้ เพราะหากต่อมาได้ตรวจสอบความจริงว่าเจ้าหน้าที่ไม่เป็นกลางก็จะเป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นบกพร่อง อาจฟ้องให้เพิกถอนได้แม้จะมีคำสั่งทางปกครองออกมาแล้วก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 19 ได้บัญญัติหลักการ ในกรณีถ้าปรากฏภายหลังว่าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่ง เช่นว่านั้นไม่กระทบถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่

สรุปได้ว่า หลักความเป็นกลาง (impartiality principle) มีความประสงค์ให้เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานตามกฎหมายมีความเป็นกลางไม่เอนเอียงไปทางฝ่ายใด เพราะการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่มิใช่การปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ของบุคคลใดโดยเฉพาะ แต่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของประชาชน จึงมีกฎหมายวางหลักการให้ความเป็นธรรมแก่ผู้เกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดดุลยภาพแห่งความยุติธรรม

**2.3.3 หลักผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาล** เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สืบเนื่องมาจากหลักนิติรัฐ ซึ่งส่งผลให้เกิดผลทางปฏิบัติ 2 ประการดังนี้<sup>65</sup>

**ประการแรก** หลักผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาล หมายความว่าคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลมีลักษณะเป็นที่สุดและเด็ดขาด การเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลจะทำได้ก็แต่โดยศาลที่อยู่ในลำดับชั้นสูงกว่าเท่านั้น

**ประการที่สอง** เมื่อศาลวินิจฉัยแล้ว ผลของคำวินิจฉัยจะผูกพันฝ่ายปกครองและคู่ความให้ต้องเคารพและปฏิบัติตาม และยังรวมไปถึงว่า การกระทำใดของฝ่ายปกครองที่ขัดหรือแย้งกับคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาล ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วางหลักไว้ในคดี *botta* เมื่อวันที่ 8 มิถุนายน 1904 ว่าการกระทำที่ฝ่าฝืนคำวินิจฉัยของศาล เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในลักษณะเดียวกับฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยนี้เป็นที่ยอมรับคุณค่าของหลักผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ดังนั้นนิติกรรมทางปกครองใดของฝ่ายปกครอง หากออกมาโดยขัดหรือแย้งกับหลักดังกล่าว ก็จะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหลักนี้ได้รับการยืนยันโดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสตลอดมา

<sup>65</sup> บุปผา อัครพิมาน, "หลักกฎหมายทั่วไป," วารสารวิชาการศาลปกครอง 5 (มกราคม - เมษายน 2539) : 20.

แต่ถึงแม้ว่า กฎหมายจะกำหนดไว้ในลักษณะให้คำวินิจฉัยของศาล มีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณีก็จริง แต่โดยลักษณะของคดีปกครอง โดยเฉพาะคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (คดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)) หากศาลปกครองได้เคยพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวย่อมมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่ว่าจะบุคคลใดไม่อาจอ้างประโยชน์จากความมีอยู่ของนิติกรรมดังกล่าวได้ นอกจากนี้ คำวินิจฉัยของศาลปกครองย่อมเป็นแนวในการปฏิบัติราชการของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องด้วย ดังนั้น กฎหรือคำสั่งใดของหน่วยงานของรัฐใดๆ หากศาลปกครองเคยวินิจฉัยเพิกถอนเพราะเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผลคำพิพากษานั้นย่อมผูกพันหน่วยงานทางปกครองอื่นด้วย นอกจากนี้ หากศาลปกครองอาศัยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใดในการเพิกถอนกฎหรือคำสั่งนั้น ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นมาออกกฎหรือคำสั่งได้อีก

## 2.4 หลักกฎหมายมหาชนเกี่ยวกับกฎในการประสานประโยชน์สาธารณะให้เข้ากับสิทธิเสรีภาพของประชาชน

นิติวิธีในการใช้ตีความ การเสนอความเห็นในกฎหมายมหาชนจะต้องตระหนักถึงสิ่ง 2 ประการ ซึ่งดูเหมือนจะขัดแย้งกันให้ได้ดุลยภาพ ประการหนึ่งได้แก่ประโยชน์สาธารณะ กับประการหนึ่งได้แก่สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน เพราะถ้าให้ความสำคัญกับสิ่งใดสิ่งหนึ่งมากเกินไปจะไม่ได้ดุลยภาพ กล่าวคือ ถ้าให้ความสำคัญกับประโยชน์สาธารณะ เห็นความจำเป็นทางปกครอง ประสิทธิภาพความรวดเร็วตลอดจนเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองมากเกินไป จะเป็นการเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายปกครองมากขึ้นเรื่อยๆ จนกลายเป็นยอมรับการใช้อำนาจตามอำเภอใจ จนสุดท้ายรัฐและฝ่ายปกครองจะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนหมดไป ถ้าเป็นเช่นนั้นหลักนิติรัฐจะค่อยๆ หมดไป ในทางตรงกันข้ามหากให้ความสำคัญกับสิทธิของเอกชนมากเกินไปก็จะเป็นการเห็นประโยชน์สาธารณะเหมือนประโยชน์ส่วนตัวของบุคคลแต่ละคน การบริหารงานของรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนรวมจะดำเนินการได้ยาก จึงต้องประสานและไม่ให้ความสำคัญกับสิ่งใดสิ่งหนึ่งเกินไปเพื่อให้เกิดดุลยภาพ โดยจะได้กล่าวถึงรายละเอียดดังนี้<sup>66</sup>

### 2.4.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายของกฎอันเป็นสาธารณประโยชน์

ประโยชน์สาธารณะเป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการของรัฐ เพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ การกระทำทุกอย่างของรัฐและหน่วยงานของรัฐจึงต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น เมื่อรัฐและหน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ

<sup>66</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, พฤศจิกายน 2538), หน้า 331 - 332.

เท่านั้น ผลก็คือศาลต้องมีหน้าที่ควบคุมไม่ให้กฎหมายหรือการกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองออกนอกกรอบ ประโยชน์สาธารณะ ซึ่งส่งผลสำคัญทางกฎหมายมหาชน หลายประการดังนี้<sup>67</sup>

1) การใช้อำนาจมหาชนที่กฎหมายให้กับหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อประโยชน์ส่วนตัว ประโยชน์ของกลุ่มที่ไม่ใช่ประโยชน์สาธารณะและก่อให้เกิดสภาพ “การใช้อำนาจ ผิดวัตถุประสงค์” หรือการใช้อำนาจโดยบิดผัน ซึ่งศาลจะสามารถเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้

2) ถ้าฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะแต่ละเลย ไม่ดำเนินการ ศาลจะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3) ในการใช้ดุลยพินิจที่กฎหมายให้ไว้เพื่อพิจารณาข้อเท็จจริงแต่ละเรื่อง ถ้าฝ่ายปกครองใช้ “ประโยชน์สาธารณะ” เป็นเครื่องตัดสินใจในเรื่องนั้นๆ ต้องถือว่าชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าเป็นกรณีของอำนาจผูกพัน ถ้าเป็นไปตามเงื่อนไขครบถ้วน ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการ ศาลไม่อาจใช้ประโยชน์สาธารณะมาควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้

4) ในการดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจะทำเกิน “ประโยชน์ สาธารณะที่ตนมีหน้าที่ตอบสนองไม่ได้ และถ้าในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่ง ไปกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอีกอย่างหนึ่งอย่างรุนแรง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้แสดงให้เห็นว่า พยายามประสานประโยชน์สาธารณะทั้งสองอย่างให้ดีที่สุด ไม่ให้ขัดแย้งมากถึงขนาดอันหนึ่งทำลาย อีกอันหนึ่ง ศาลจะเพิกถอนการกระทำอันหลังที่ไปกระทบอันแรกที่มีอยู่ก่อน

โดยที่กฎหมายมหาชน มีหน้าที่ต้องสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะที่รัฐ และหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่รับผิดชอบกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนให้ได้สัดส่วนที่เหมาะสม เช่น ฝ่ายปกครองออกกฎกระทรวง ซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่เป็นการทั่วไปแล้ว ถ้าฝ่ายปกครองต้องการยกเลิกให้สิ้นผลตั้งแต่วันยกเลิก หรือเพิกถอนให้มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่ ออกได้หรือไม่ นั้น จึงต้องคำนึงถึงหลักดังต่อไปนี้ คือ<sup>68</sup>

**ประการแรก** ความชอบหรือไม่ชอบด้วยนิติกรรมทางปกครองนั้น ถ้าไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย น่าจะยกเลิกเพิกถอนได้ตลอด เพื่อรักษาความชอบด้วยกฎหมายอันเป็นประโยชน์ สาธารณะ

**ประการที่สอง** ถ้ายกเลิกเพิกถอนได้ตลอดทุกกรณี ไม่จำกัดเวลาและเงื่อนไข จะเกิดปัญหาเพราะกระทบความมั่นคงทางกฎหมายของเอกชน และความเชื่อถือในนิติกรรม ทางปกครองซึ่งก็เป็นสาธารณะเหมือนกัน

<sup>67</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 345.

<sup>68</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 358.



**ประการที่สาม** ถ้านิติกรรมทางปกครองไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ใครหรือก่อกำหนดหน้าที่หรือทำให้เสียสิทธิ การยกเลิกเพิกถอนก็ไม่กระทบใครน่าจะทำได้ตลอด แต่ถ้านิติกรรมนั้นก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลไม่ว่าจะเป็นคู่กรณีหรือบุคคลที่ 3 การยกเลิกเพิกถอนก็จะกระทบสิทธิที่ได้รับไปแล้ว (droit acquis)

ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้เห็นความจำเป็นในการสร้างสมดุลระหว่างสิ่งดังกล่าวข้างต้นทั้ง 3 ประการข้างต้น จึงได้สร้างหลักกฎหมายว่าด้วยการยกเลิกเพิกถอน ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังนี้<sup>69</sup>

**ประการแรก** การยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง (abrogation) คือการทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นสุดตั้งแต่วันยกเลิกในอนาคต เป็นต้นไป มีหลักดังนี้

1) กรณีเป็นการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่มีผลทั่วไป (réglement) ที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่นกรณีของกฎกระทรวงหรือระเบียบจะยกเลิกเมื่อใดก็ได้ สุดแต่ดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง เพราะนิติกรรมทางปกครองประเภทนี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิให้ใครคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ จึงไม่มีปัญหาเรื่องสิทธิที่ได้รับไปแล้ว และให้ยกเลิกได้เสมอเพื่อให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลยพินิจวางหลักเกณฑ์ให้เหมาะสมกับเรื่องและสถานการณ์ตลอดเวลา

2) กรณีเป็นการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่นกฎกระทรวงขัดต่อกฎหมายแม่บท ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องยกเลิกเองตามคำร้องของปัจเจกชน ทั้งนี้ไม่ว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นตั้งแต่ต้น หรือเพราะการเปลี่ยนแปลงของข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง ทั้งนี้ เพื่อรักษาหลักความชอบด้วยกฎหมายไว้

**ประการที่สอง** การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (retrait) คือ การทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นสุดย้อนหลังไปถึงวันที่ออกนิติกรรม ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง มีหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสกำหนดดังนี้

1) กรณีเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลและชอบด้วยกฎหมาย จะเพิกถอนไม่ได้ เพราะจะกระทบความมั่นคงทางกฎหมายสิทธิของบุคคลที่เขาได้รับไปแล้ว

2) กรณีเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลและไม่ชอบด้วยกฎหมาย และยังไม่พ้นอายุความฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ฝ่ายปกครองเพิกถอนได้ เพราะถึงฝ่ายปกครองไม่เพิกถอน ศาลก็จะเพิกถอนได้ แต่ถ้าพ้นระยะเวลาฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้ว

<sup>69</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 358 - 359.

แม้ศาลปกครองยังเพิกถอนไม่ได้ ทั้งนี้เพื่อรักษาความมั่นคงและความเชื่อถือในนิติกรรมทางปกครอง จึงต้องมีอายุความฟ้องคดี

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายในเรื่องยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองข้างต้น บางกรณีให้ความสำคัญกับประโยชน์สาธารณะ (หลักความชอบด้วยกฎหมายและการปรับปรุงการบริหารงานฝ่ายปกครองให้เหมาะสมกับดุลยพินิจฝ่ายปกครอง) มากกว่าสิทธิเสรีภาพเอกชน บางกรณีให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพของเอกชนมากกว่า (ความมั่นคงทางกฎหมาย และสิทธิที่ได้รับไปแล้ว) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการสร้างดุลยภาพในการประสานประโยชน์สาธารณะให้เข้ากับสิทธิเสรีภาพของประชาชน

#### 2.4.2 หลักความมั่นคงทางกฎหมาย

ในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองต่างเรียกร้องให้ทำให้มีการขจัดนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้หมดสิ้นไป ซึ่งทำให้นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายถูกทำให้สิ้นผล ไม่ว่าจะโดยการยกเลิกหรือเพิกถอน ต่อมาเมื่อกฎหมายปกครองได้รับการพัฒนายิ่งขึ้น ทั้งในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันก็เกิดหลักกฎหมายที่จะจำกัดขอบเขตในการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง หลักดังกล่าวในประเทศฝรั่งเศสเรียกหลักว่า "la sécurité juridique" หรือหลักความมั่นคงทางกฎหมาย และในเยอรมันเรียกว่า "Rechtssicherheit" หรือหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ ซึ่งมีสาระสำคัญของหลักดังกล่าวมีอยู่ว่าเมื่อประชาชนได้รับสิทธิ ประชาชนผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายย่อมมีความรู้สึกเชื่อว่าสิทธิดังกล่าวที่ได้รับมีความมั่นคงด้วย หลักกฎหมายนี้มีผลทำให้ไม่อาจมีการยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองทุกกรณี ทั้งนี้ เพราะการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองจำเป็นต้องคำนึงถึงความมั่นคงแห่งสิทธิที่ประชาชนได้รับแล้ว เมื่อนิติกรรมทางปกครองได้ก่อสิทธิให้แก่เอกชนรายใด สิทธิของบุคคลนั้นที่ได้รับจะต้องได้รับการยอมรับ การยกเลิกเพิกถอนอาจกระทบต่อสิทธิที่เอกชนได้รับ ซึ่งจะกระทบถึงความมั่นคงทางกฎหมาย

##### 2.4.2.1 หลักความมั่นคงทางกฎหมายในต่างประเทศ

2.4.2.1.1 หลักความมั่นคงทางกฎหมายในประเทศฝรั่งเศส (la sécurité juridique) หมายความว่า เมื่อฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครอง (กฎหรือคำสั่งทางปกครอง) อาจสร้างสิทธิที่เป็นคุณแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง การรักษาไว้ซึ่งสิทธิที่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองได้รับมา จึงเป็นสิ่งที่จำเป็น หากต่อมานิติกรรมทางปกครองนั้นมีความจำเป็นต้องยกเลิกหรือเพิกถอน ผู้รับนิติกรรมทางปกครองย่อมได้รับการคุ้มครอง ทั้งนี้ในประเทศฝรั่งเศสการยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง จำต้องคำนึงถึง "หลักความมั่นคงทางกฎหมาย" และ "หลักความเชื่อมั่นในนิติกรรม

ทางปกครอง" ด้วย หลักกฎหมายดังกล่าวเป็นหลักที่ให้ความคุ้มครองผู้รับนิติกรรมทางปกครองที่ได้รับผลกระทบจากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งในประเทศฝรั่งเศส กฎหมายปกครองเกี่ยวกับการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เกิดจากการสร้างของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ยังไม่มีบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร

2.4.2.1.2 หลักความมั่นคงแห่งสิทธิ (Rechtssicherheit) ในประเทศเยอรมันซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกันว่า เมื่อฝ่ายปกครองให้สิทธิแก่ประชาชนผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายย่อมมีความรู้สึกที่สิทธิดังกล่าวที่เขาได้รับตามกฎหมายนั้นมีความมั่นคงด้วย ผลของหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ คือ นิติกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ประชาชนไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ และไม่อาจเรียกร้องสิทธิที่ได้ให้กับผู้รับนิติกรรมทางปกครองกลับคืนหรือย้อนหลังได้<sup>70</sup> หากนิติกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิมีเหตุผลตามกฎหมายที่ต้องยกเลิกเพิกถอน ประชาชนผู้ทรงสิทธิย่อมได้รับการคุ้มครองตามหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือไว้วางใจของประชาชนผู้รับนิติกรรมทางปกครองในการยกเลิกเพิกถอนจะต้องนำความเชื่อถือดังกล่าวมาซึ่งน้ำหนักกับประโยชน์มหาชนว่าการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปแล้ว หากประโยชน์มหาชนมีน้ำหนักมากกว่า โดยผู้ที่ได้รับผลกระทบย่อมได้รับความคุ้มครองความเชื่อถือหรือไว้วางใจของประชาชนต่อนิติกรรมทางปกครอง เช่น กรณีของการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองโดยให้มีผลย้อนหลังไปในอดีต แต่ประโยชน์ที่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองได้รับไปแล้ว ย่อมไม่อาจเรียกคืนได้ การเรียกคืนทรัพย์สินหรือสิทธิที่ได้รับไปแล้วให้นำประมวลกฎหมายแพ่งลักษณะลากมิควรวัดมาใช้บังคับหรือบางกรณีอาจได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากรัฐ

สำหรับประเทศไทยได้นำหลักความมั่นคงทางกฎหมายหรือหลักความมั่นคงแห่งสิทธิมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง โดยบัญญัติไว้ในส่วนที่ 6 การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ตั้งแต่มาตรา 49 ถึง มาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยเจ้าหน้าที่อาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองทั้งที่ชอบและไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ส่วนผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ก็มีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง

<sup>70</sup> กมลชัย รัตนสาภาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 218 - 219.

### 2.4.3 การคุ้มครองสิทธิที่ได้รับไปแล้ว (droit acquis)

การคุ้มครองสิทธิที่เอกชนได้รับไปแล้ว หมายความว่า เมื่อนิติกรรมทางปกครองได้ก่อให้เกิดสิทธิแก่เอกชนรายใด สิทธิที่บุคคลนั้นได้รับจะต้องได้รับการยอมรับ<sup>71</sup> ซึ่งหลักทั่วไปของการเพิกถอนนิติกรรมอันเป็นที่ยอมรับของศาลปกครองและถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป ได้แก่ หลักการเพิกถอนนิติกรรมนั้น จะต้องไม่กระทบถึงผลของนิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นแก่บุคคลใดโดยเฉพาะแล้ว กล่าวคือเมื่อนิติกรรมของฝ่ายปกครองได้บังเกิดผลแก่บุคคลใดแล้ว ผลที่เกิดขึ้นแก่บุคคลนั้นจะต้องได้รับการยอมรับปฏิบัติตาม เพราะหากนิติกรรมนั้นก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลใดไม่ว่าจะเป็นคู่กรณีหรือบุคคลที่ 3 หากให้ยกเลิกหรือเพิกถอนได้ตลอดเวลาจะกระทบต่อความมั่นคงทางกฎหมายและความเชื่อมั่นในนิติกรรมทางปกครอง

อนึ่งเนื่องจากคำว่านิติกรรมทางปกครองเป็นคำในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสที่มีความหมายอย่างกว้าง หมายถึง กฎและคำสั่งทางปกครอง ในทางกฎหมายปกครองจึงมีการแยก "กฎ" กับ "คำสั่งทางปกครอง" เพราะมีลักษณะที่แตกต่างกัน การเพิกถอนกฎจะมีหลักเกณฑ์โดยเฉพาะ เนื่องจากกฎจะใช้บังคับกับข้อเท็จจริงในอนาคต แต่หากเป็นคำสั่งทางปกครองก็จะเกิดผลทางกฎหมายโดยแน่นอนต่อสิทธิของบุคคลแล้ว อย่างไรก็ตามในกรณีกฎมีปัญหาว่ากฎที่มีอยู่จริงอาจมีลักษณะให้ประโยชน์ได้เช่นกัน เพราะกฎอาจแยกได้ 2 ประเภทคือ 1) กฎโดยสภาพเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดว่าถ้ามีข้อเท็จจริงใดเกิดขึ้นตรงตามที่กำหนดแล้ว ก็จะมีผลทางกฎหมายเกิดขึ้นตามที่กฎกำหนด ลักษณะของกฎจึงเป็นการวางหลักเกณฑ์ทั่วไป แต่หากไม่มีเหตุการณ์ใดเกิดขึ้นก็ไม่อาจสร้างผลให้เกิดขึ้น ขณะที่กฎจึงไม่ก่อให้เกิดสิทธิใดๆ ก่อนที่เหตุการณ์จะสมบูรณ์ตามกฎ และ 2) กฎโดยสมมุติ ซึ่งถือว่าเป็นกฎเพื่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่ให้อำนาจทางปกครองตามที่กำหนดสามารถออกกฎได้ กฎประเภทนี้จะมีผลบังคับในทันทีที่ออกกฎโดยอาจใช้กับข้อเท็จจริงในปัจจุบันหรือย้อนหลังลงไปก็ได้ เช่น การออกกฎกระทรวงโดยกำหนดบทเฉพาะกาลให้ผู้รับใบอนุญาตแบบเก่ามีสิทธิได้รับใบอนุญาตแบบใหม่ ซึ่งเป็นกฎที่ให้สิทธิแก่เอกชนในทันที ซึ่งหากเพิกถอนก็จะกระทบต่อสิทธิที่เอกชนได้รับไปแล้ว

### 2.5 วิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎ

กฎเป็นการกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของเอกชนและด้วยลักษณะเฉพาะของกฎที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ผลที่เกิดจากการบังคับใช้กฎ จึงเกิดขึ้นในขอบเขตที่กว้างกว่ากรณีอื่น เช่น กรณีของคำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะเจาะจง ดังนั้น จึงมี

<sup>71</sup> บุญอนันต์ อรรถนพาศิษฐ์, "หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทสาขานิติศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 65.

ความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือควบคุมฝ่ายปกครองในการออกกฎ ระบบในการควบคุมฝ่ายปกครองอาจแบ่งเป็น 2 ประเภทใหญ่ได้แก่<sup>72</sup>

- 1) การควบคุมแบบป้องกัน และ
- 2) การควบคุมแบบแก้ไข

**2.5.1 การควบคุมแบบป้องกัน** หมายถึง การควบคุมฝ่ายปกครองก่อนที่จะมีการกระทำทางปกครอง อันเป็นการควบคุมในระยะเตรียมการก่อนที่จะฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งหรือมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ 1) การควบคุมโดยองค์กรของรัฐ และ 2) การควบคุมโดยประชาชน

#### 2.5.1.1 การควบคุมโดยองค์กรของรัฐ

**2.5.1.1.1 การควบคุมโดยองค์กรของรัฐที่มีอำนาจทั่วไป** หากพิจารณาจากระบบกฎหมายของไทยแล้ว องค์กรของรัฐที่มีบทบาทในการควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกันคือคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ได้บัญญัติให้คณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจหน้าที่ดังนี้<sup>73</sup>

- (1) จัดทำร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือมติของคณะรัฐมนตรี
- (2) รับผิดชอบให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐหรือตามคำสั่งของคณะรัฐมนตรี
- (3) เสนอความเห็นและข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการให้มีกฎหมาย หรือปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมาย

จากอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกฤษฎีกา ทำให้มีหน้าที่ควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกันได้ 2 ลักษณะคือ

(ก) การตรวจสอบร่างกฎหมายต่างๆ ซึ่งถือว่าทำหน้าที่ในการควบคุมแบบป้องกัน เพราะการตรวจสอบร่างกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นการตรวจสอบกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย เพราะหากกฎหมายลำดับรองหรือกฎหมาย

<sup>72</sup> โภคิน พลกุล, "รูปแบบการควบคุมฝ่ายปกครอง," วารสารนิติศาสตร์ 1 (2524) : 38.

<sup>73</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานวิญญูชน, มกราคม 2548), หน้า 69.

พระราชบัญญัติฉบับใดมีปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย เมื่อมีการประกาศใช้ย่อมถูกต้องแม้ยังศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญ แล้วแต่กรณี

(ข) การให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐ ถือเป็นหน้าที่ในการป้องกันมิให้เกิดข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับประชาชน เช่น ช่วยในการตีความกฎหมายที่หน่วยงานของรัฐที่ไม่แน่ใจ โดยถือว่าคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นที่ปรึกษาทางกฎหมายแก่รัฐบาล ซึ่งการให้ความเห็นทางกฎหมายที่เป็นการตีความ กรณีนี้หน่วยงานของรัฐผูกพันต่อการให้ความเห็น เพื่อให้เกิดเอกภาพในการใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ส่วนการตีความเรื่องอื่นเช่นตีความสัญญาที่รัฐทำกับเอกชน ซึ่งมีผลเฉพาะราย หน่วยงานของรัฐอาจมีความเห็นแตกต่างได้ เพราะไม่กระทบต่อความเป็นเอกภาพของการบังคับใช้กฎหมาย เพราะเป็นเรื่องการขัดแย้งในเรื่องสิทธิและหน้าที่ตามสัญญา และในท้ายสุดองค์กรตุลาการจะเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยปัญหาดังกล่าว

#### 2.5.1.1.2 การควบคุมโดยองค์กรของรัฐที่มีอำนาจเฉพาะ

โดยที่พระราชบัญญัติต่างๆ มักจะกำหนดให้มีคณะกรรมการขึ้นตามพระราชบัญญัตินั้น ให้มีหน้าที่ให้ความเห็นทางกฎหมายหรือให้คำปรึกษาแก่องค์กรฝ่ายปกครองในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินั้นๆ การกำหนดให้มีคณะกรรมการในลักษณะนี้จึงเป็นการกำหนดโครงสร้างของฝ่ายปกครองในลักษณะการควบคุมตรวจสอบเฉพาะเรื่อง เช่น คณะกรรมการการควบคุมอาคาร ที่จัดตั้งตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ซึ่งมีหน้าที่ให้คำแนะนำแก่รัฐมนตรี หรือให้ความเห็นชอบก่อนที่จะมีการตรากฎ หรือให้ความเห็นชอบในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่น ซึ่งเท่ากับให้คณะกรรมการอาคาร เข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบความถูกต้องก่อนที่จะกระทำการในเรื่องนั้น อันเป็นการป้องกันมิให้เกิดข้อพิพาทระหว่างเจ้าพนักงานท้องถิ่นกับประชาชน เป็นต้น

#### 2.5.1.2 การควบคุมโดยประชาชน

การควบคุมแบบป้องกันโดยให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการขั้นเตรียมการหรือในขั้นพิจารณาของฝ่ายปกครอง อาจให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจของฝ่ายปกครองได้หลายลักษณะ โดยมีวัตถุประสงค์ดังนี้<sup>74</sup>

- 1) เพื่อให้บุคคลที่อาจเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ได้เข้ามาปกป้องผลประโยชน์จากการกระทำของฝ่ายปกครอง
- 2) เพื่อให้ฝ่ายปกครองประเมินความต้องการ ความรู้สึกของผู้มีส่วนได้เสียก่อนที่จะนำไปตัดสินใจเพื่อประโยชน์สาธารณะ

<sup>74</sup> โภคิน พลกุล, อ้างถึงในบรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 77.

การควบคุมโดยประชาชนแยกรูปแบบได้ 2 ลักษณะ คือ

- 1) การควบคุมโดยให้ประชาชนมีส่วนร่วม
- 2) การควบคุมโดยให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงเอกสารราชการ

**2.5.1.2.1 การควบคุมโดยให้ประชาชนมีส่วนร่วม** รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติรองรับหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการตัดสินใจ โดยองค์กรของรัฐไว้ในมาตรา 57 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่าบุคคลมีสิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผลจากหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ก่อนการอนุญาตหรือการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมใดที่อาจกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดที่เกี่ยวกับตนหรือชุมชนท้องถิ่น และมีสิทธิแสดงความคิดเห็นของตนต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อนำไปประกอบการพิจารณาในเรื่องดังกล่าว วรรคสอง บัญญัติว่า การวางแผนพัฒนาสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรม การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ การวางผังเมือง การกำหนดเขตการใช้ประโยชน์ที่ดิน และการออกกฎที่มีผลกระทบต่อส่วนได้เสียสำคัญของประชาชน ให้รัฐจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนอย่างทั่วถึงก่อนดำเนินการ นอกจากนี้ มาตรา 58 ของรัฐธรรมนูญฯ ยังบัญญัติว่าบุคคลย่อมมีสิทธิมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติราชการทางปกครอง อันมีผลหรืออาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตน ทั้งนี้ สามารถแยกการเข้าไปมีส่วนร่วมของบุคคลใดกระบวนการตัดสินใจของรัฐได้ 3 ลักษณะ ได้แก่

- 1) การโต้แย้งคัดค้าน (contradictory)
- 2) การปรึกษาหารือ (consultation)
- 3) การไต่สวนสาธารณะ

**2.5.1.2.1.1 การโต้แย้งคัดค้าน (contradictory)** มีหลักการโดยถือว่าบุคคลที่อาจได้รับความเสียหายจากการกระทำในทางปกครอง ย่อมมีสิทธิที่จะโต้แย้งปกป้องสิทธิของตนก่อนที่จะมีการกระทำนั้นได้ การโต้แย้งจึงเป็นวิธีการที่ใช้กับบุคคลที่จะต้องเป็นผู้เสียหายโดยตรง

การโต้แย้งคัดค้าน (contradictory procedure) ตั้งอยู่บนความคิดที่ว่า บุคคลทุกคนซึ่งผลประโยชน์ของตนเสี่ยงต่อความเสียหายอันเนื่องมาจากมาตรการทางปกครองมีสิทธิในการป้องกันตน (droits de la defense) หรือสามารถแสดงข้อโต้แย้งของตนก่อนที่จะมีการประกาศใช้มาตรการใดๆ จากฝ่ายปกครอง กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การกระทำทางปกครองดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อก่อนออกคำสั่งนั้นได้ให้ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิในการป้องกันตนเอง

หรือมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านก่อน วิธีการโต้แย้งคัดค้านนี้มีขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงการออกคำสั่งหรือนิติกรรมทางปกครองที่เป็นโทษแก่บุคคลใดจากการปกครองโดยวิธีการตั้งถือดี (l'administration par contumace) ซึ่งฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองอาจออกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นโทษแก่บุคคลโดยบุคคลนั้นไม่มีโอกาสที่จะโต้แย้งคัดค้านได้<sup>75</sup> โดยทั่วไปแล้วในระบบกฎหมายฝรั่งเศส กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดกระบวนการดังกล่าวไว้ เช่น กฎหมายที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองดำเนินการไต่สวนก่อนออกคำสั่ง มักจะกำหนดให้มีการฟังการโต้แย้งจากผู้มีส่วนได้เสียก่อน แต่หลักการที่เกี่ยวกับสิทธิป้องกันตนที่เป็นการทั่วไปจริงๆ ได้แก่ มาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติการคลัง วันที่ 22 เมษายน ค.ศ. 1905 ซึ่งเปิดโอกาสให้ข้าราชการที่ถูกสอบสวนวินัยได้มีโอกาสดูเอกสารหรือแฟ้มประวัติที่มีรายละเอียดเกี่ยวกับข้อกล่าวหาว่ากระทำมิชอบหรือไร้ประสิทธิภาพก่อนที่จะลงโทษทางวินัยแก่เขาและเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาสามารถเตรียมข้อโต้แย้งหรือคัดค้านได้ นับว่ากฎหมายฉบับนี้ได้วางรากฐานให้แก่กฎหมายปกครองฝรั่งเศสต่อๆ มาในเรื่องวิธีพิจารณาแบบโต้แย้งคัดค้าน<sup>76</sup> ต่อมาได้ขยายหลักการดังกล่าวไปใช้กับเอกชนเมื่อเอกชนได้รับความกระทบกระเทือนจากมาตรการการลงโทษทางปกครอง<sup>77</sup>

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีแม้จะเป็นการลงโทษ แต่ก็ไม่สามารถนำหลักป้องกันตนเองหรือโต้แย้งคัดค้านมาใช้ได้ ถ้าเป็นเรื่องรักษาความสงบเรียบร้อย (la police) เช่น การปิดโรงเหล้า ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสให้เหตุผลในการตัดสินว่า "ในทัศนะของข้อเท็จจริงที่ปกติวินิจฉัยนั้น มีลักษณะเป็นนโยบายเพื่อรักษาระเบียบ สุขภาพ และศีลธรรมของสาธารณชน..." (คดี Dames Hubert et Crepelle) หรือการไม่อนุญาตให้คนต่างชาติอยู่ในประเทศ ในกรณีที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน (คดี Dame bouvokba) เป็นต้น การที่ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสไม่ถือว่าเป็นการลงโทษอันจะก่อให้เกิดสิทธิป้องกันตนเองหรือโต้แย้งคัดค้านฝ่ายปกครองได้ เพราะมาตรการรักษาความสงบเรียบร้อยถือเป็นมาตรการที่ทำเพื่อผลประโยชน์ของส่วนรวม<sup>78</sup> หนึ่ง หลักเกณฑ์ที่ต้องคำนึงในกระบวนการโต้แย้งคัดค้านคือต้องโต้แย้งคัดค้านภายในระยะเวลาที่

<sup>75</sup> Guy Braibant, Nicole Questiaux Celine Wiener, Le Controle de l' Administration et la Protection des Citoyens, pp. 236. อ้างถึงในเกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, "องค์กรและวิธีคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย," (วิทยานิพนธ์ ปริญญาโทบริหารศึกษาศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 142.

<sup>76</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 105.

<sup>77</sup> โภคิน พลกุล, "การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง," เอกสารประกอบโครงการฝึกอบรมนิติกรหลักสูตรหลักกฎหมายปกครอง : วิธีบัญญัติ, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 26 - 27 สิงหาคม 2530, หน้า 132. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

<sup>78</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, "องค์กรและวิธีคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย," หน้า 108.



กฎหมายกำหนดหรือโต้แย้งภายในเวลาอันสมควรก่อนที่เงื่อนไขต่าง ๆ จะเปลี่ยนแปลงก่อนที่จะมีคำสั่งทางปกครองนั้น

สำหรับการโต้แย้งในระบบกฎหมายไทย นอกจากจะถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปแล้ว ยังเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้รับรองสิทธิดังกล่าวด้วย และกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ บัญญัติรับรองหลักการโต้แย้งไว้ในมาตรา 30 ว่า “กรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน” ถึงแม้มาตรา 30 ดังกล่าว จะใช้บังคับเฉพาะกับกรณีของการออกคำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่กรณีน่าจะต้องถือเป็นหลักทั่วไปได้ว่าไม่เฉพาะกับกรณีการออกคำสั่งทางปกครอง แต่น่าจะรวมถึงการกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครองที่กระทบสิทธิของบุคคล ควรให้บุคคลนั้นมีโอกาสโต้แย้ง<sup>79</sup> เพื่อให้ผู้มีอำนาจมีข้อมูลเพียงพอก่อนที่จะตัดสินใจอย่างไรก็ตาม แต่หลักการให้สิทธิโต้แย้ง ก็มีข้อยกเว้นเช่น กรณีมีความจำเป็นรีบด่วน หากปล่อยให้เนิ่นช้าจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือกระทบต่อประโยชน์สาธารณะหรือโดยสภาพเห็นได้ชัดว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้

**2.5.1.2.1.2 การปรึกษาหารือ (consultation)** การปรึกษาหารือมีความมุ่งหมายที่จะให้ผู้มีส่วนได้เสียเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจ วิธีการปรึกษาหารือเป็นการกระทำทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มบุคคล การปรึกษาหารือโดยผ่านตัวแทนของกลุ่มบุคคลเป็นหลักเป็นการรวบรวมความคิดเห็นจากตัวแทนของกลุ่มบุคคลก่อนที่องค์กรทางปกครองจะทำการตัดสินใจ หรือมีคำสั่งออกไป ซึ่งเห็นได้ว่าวิธีการปรึกษาหารือนี้ได้นำมาใช้ป้องกันสิทธิของผู้มีส่วนได้เสียก่อนที่องค์กรฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งออกไป อันเป็นการคุ้มครองต่อสิทธิของประชาชนและเป็นการควบคุมฝ่ายปกครองก่อนการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง ซึ่งในระบบกฎหมายของต่างประเทศได้นำวิธีการปรึกษาหารือมาใช้ในการออกกฎด้วย เช่น ในคดี Dubac ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้สั่งเพิกถอนกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารที่เรียกว่า *réglement d' administration publique* ซึ่งออกมาโดยไม่ผ่านการพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส แต่ผ่านการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเพียงแผนกเดียวเท่านั้น<sup>80</sup>

สำหรับระบบกฎหมายไทย วิธีการปรึกษาหารือก่อนออกกฎได้นำมาใช้ในพระราชบัญญัติบางฉบับ เช่น มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

<sup>79</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, หน้า 78.

<sup>80</sup> J.M. Auby, R Drago, *Traite de contentieux Administratif* pp. 299. อ้างถึงในเกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, องค์กรและวิธีคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย, หน้า 127.

ได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยขอคำแนะนำจากคณะกรรมการควบคุมอาคาร ก่อนที่จะตรากฎกระทรวงออกบังคับใช้ โดยบัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงแข็งแรง ความปลอดภัย การป้องกันอัคคีภัย การสาธารณสุข การรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การผังเมือง การสถาปัตยกรรม และการอำนวยความสะดวกแก่จราจร ตลอดจนการอื่นที่จำเป็นเพื่อปฏิบัติการ ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการควบคุมอาคารมีอำนาจ ออกกฎกระทรวงตามที่กำหนด” และพระราชบัญญัติฯ พ.ศ. 2510 ได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการ กระทรวงสาธารณสุขก่อนที่จะออกประกาศเกี่ยวกับยาตามมาตรา 76 หรือมาตรา 77 นั้นต้องฟัง ความคิดเห็น คำแนะนำจากคณะกรรมการยาด้วย โดยมาตรา 10 ได้บัญญัติดังนี้ “ให้คณะกรรมการ มีหน้าที่ให้คำแนะนำหรือความเห็นในเรื่องดังต่อไปนี้ (4) การที่รัฐมนตรีจะใช้อำนาจตามมาตรา 76 หรือ มาตรา 77 และในมาตรา 78 ได้บัญญัติว่า “ประกาศของรัฐมนตรีตามมาตรา 76 นี้ให้กระทำเมื่อได้รับ คำแนะนำจากคณะกรรมการ”

การที่กฎหมายได้กำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ต้องมีการปรึกษาหารือขอคำแนะนำจากองค์กรต่างๆ ก่อนที่จะทำการตรากฎหรือระเบียบ คำสั่ง ให้มีผลใช้บังคับกับประชาชนที่เกี่ยวข้องนั้น ก็เพื่อจะสร้างหลักประกัน และให้ความคุ้มครอง แก่ประชาชนในชั้นหนึ่ง มิฉะนั้นแล้วการตรากฎหรือระเบียบหรือคำสั่ง นั้นๆ ก็จะไม่มีการควบคุม แต่ก็มีกฎหมายบางฉบับถึงแม้จะมีได้ระบุวิธีการปรึกษาหารือก็ตาม แต่ก็ใช้มาตรการอื่น ในการควบคุมฝ่ายปกครองก่อนตรากฎ คำสั่ง หรือระเบียบออกมา เช่น วิธีการโต้แย้งคัดค้าน หรือการไต่สวนสาธารณะ (public inquiry)<sup>81</sup> อย่างไรก็ตาม ส่วนใหญ่ขององค์กรที่ทำหน้าที่ให้คำปรึกษา และแนะนำในระบบกฎหมายไทย ได้แก่คณะกรรมการต่างๆ ที่ปรากฏในพระราชบัญญัติต่างๆ ซึ่งในพระราชบัญญัตินั้นๆ จะกำหนดองค์ประกอบของคณะกรรมการไว้ในการให้โอกาสแต่งตั้ง ผู้ทรงคุณวุฒิ เข้ามามีส่วนร่วมให้คำปรึกษาแก่หน่วยงานของรัฐ หรือคณะกรรมการบางชุด ยังมีอำนาจในการออกกฎหรือคำสั่งอีกด้วย ซึ่งส่วนใหญ่กฎหรือคำสั่งที่คณะกรรมการมีอำนาจ ในการตรา ส่วนใหญ่จะเกี่ยวข้องกับเอกชน ซึ่งหากให้มีการปรึกษาหารือ ขอคำแนะนำ องค์กรหรือ คณะกรรมการต่างๆ ก่อนออกกฎระเบียบ ก็จะเป็นการถ่วงดุล กฏ ระเบียบต่างๆ เป็นการควบคุม ฝ่ายปกครองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจได้ อีกทั้ง เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถรวบรวมข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง เพื่อประโยชน์สาธารณะ

**2.5.1.2.1.3 การไต่สวนสาธารณะ เป็นวิธีการควบคุม ฝ่ายปกครองวิธีหนึ่ง** โดยกำหนดให้ฝ่ายปกครองจะต้องทำการสอบสวนหาข้อเท็จจริง โดยทำ

<sup>81</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายใน ฝ่ายปกครองในประเทศไทย,” หน้า 142.

การรวบรวมความคิดเห็นของบุคคลที่มีส่วนได้เสียแล้วทำเป็นรายงานก่อนที่ฝ่ายปกครองจะกระทำ การอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งกระทบต่อบุคคลผู้มีส่วนได้เสีย วิธีการดังกล่าวจึงเป็นการคุ้มครอง สิทธิเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการให้ข้อคิดเห็นได้ อย่างกว้างขวางในที่สาธารณะและจะเป็นการสอดคล้องกับความต้องการของประชาชน เป็นกรณี ที่ฝ่ายปกครองสอบถามผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง โดยไม่คำนึงว่ากลุ่มบุคคลผู้มีส่วนได้เสียนั้นมีจำนวน มากน้อยเท่าไร<sup>82</sup> อาจแยกการไต่สวนสาธารณะได้ 3 แบบใหญ่ๆ คือ<sup>83</sup>

(1) แบบที่เกี่ยวกับการกระทำในทางปกครอง อันมีลักษณะทั่วไป (actes réglementaires)

(2) แบบที่เกี่ยวกับลักษณะของการกระทำ ทางปกครองโดยแท้ เช่นการเวนคืนที่ดินเพื่อสาธารณประโยชน์หรือจัดรูปที่ดินเพื่อการกสิกรรม

(3) แบบในลักษณะกึ่งพิพาท (quasi-judicial) กล่าวคือฝ่ายปกครองจะอยู่ในฐานะคนกลางระหว่างกลุ่มเอกชนหรือกลุ่มเอกชนกับเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจทำคำสั่ง

อันหนึ่ง ผู้ศึกษาใคร่ขอกล่าวถึงกระบวนการประชาพิจารณ์ (les enquêtes) ในประเทศฝรั่งเศสเพราะเป็นกระบวนการสำคัญกระบวนการหนึ่งที่เปิดโอกาสให้ ประชาชนได้แสดงความคิดเห็นของตนก่อนที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจดำเนินการกิจการต่างๆ กระบวนการประชาพิจารณ์นี้ถือเป็นเรื่อง "เชื่อมต่อ" ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชน

กระบวนการประชาพิจารณ์เริ่มขึ้นในประเทศฝรั่งเศส เป็นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1810 ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการเวนคืน (l'expropriation) ต่อมาก็มี กฎหมายที่สำคัญสามฉบับออกมารองรับกระบวนการประชาพิจารณ์ กฎหมายฉบับแรกคือรัฐธรรมนูญติ ลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 1976 เกี่ยวกับการคุ้มครองและรักษาธรรมชาติ ได้กำหนดให้ โครงการต่างๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมจะต้องจัดทำรายงานการศึกษาผลกระทบ (une étude d'impact) เพื่อให้ทราบถึงผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการ ต่างๆ กฎหมายฉบับที่สองคือรัฐธรรมนูญติลงวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ. 1983 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ เกี่ยวกับกระบวนการในการจัดทำประชาพิจารณ์ (le déroulement des enquêtes publiques) และการแต่งตั้งคณะกรรมการประชาพิจารณ์ (le commissaire publiques) อันเป็นหน้าที่ของประธาน ศาลปกครองชั้นต้น (le président du tribunal administrative) แห่งพื้นที่ที่จะมีการทำประชาพิจารณ์นั้น ส่วนกฎหมายฉบับที่สามคือรัฐธรรมนูญติลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 ก็ได้จัดตั้งคณะกรรมการรับฟัง

<sup>82</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 181.

<sup>83</sup> โภคิน พลกุล, "รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง," วารสารนิติศาสตร์ 1 (2524) : 38 - 87.

ความคิดเห็นสาธารณะแห่งชาติ (commission nationale du débat public) ขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ดูแลการทำประชามติให้เป็นไปตามกฎหมายรวมทั้งยังมีหน้าที่ในการดูแลการมีส่วนร่วมของประชาชนโดยวิธีการอื่นๆ อีกด้วย กระบวนการประชามตินับเป็นกระบวนการสำคัญที่เปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ของฝ่ายปกครอง<sup>84</sup>

สำหรับในประเทศไทย ได้มีการบัญญัติถึงการไต่สวนในพระราชบัญญัติเฉพาะบางฉบับ เช่น การจัดทำผังเมือง ตามพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 มาตรา 19 ที่บัญญัติว่า “เมื่อสำนักผังเมืองจะวางหรือจัดทำผังเมืองรวมของท้องที่ใด ให้สำนักผังเมืองหรือเจ้าพนักงานของท้องที่นั้นทราบและให้เจ้าพนักงานของท้องที่นั้นมาแสดงความเห็นต่อสำนักผังเมืองด้วย และวรรคสองบัญญัติว่าในการจัดทำผังเมืองรวมใด ให้สำนักผังเมืองหรือเจ้าพนักงานท้องที่นั้นแล้วแต่กรณี จัดให้มีการโฆษณาให้ประชาชนทราบ แล้วจัดการประชุมไม่น้อยกว่า 2 ครั้ง เพื่อรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในท้องที่ที่จะมีการวางและจัดทำผังเมืองรวม นอกจากนั้น ยังได้มีการบัญญัติเรื่องการไต่สวนเพื่อรับฟังความคิดเห็นของประชาชนไว้ในพระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 2511 และพระราชบัญญัติจัดรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2517 ด้วย

โดยที่การมีส่วนร่วมของประชาชนในการตัดสินใจของรัฐมีความสำคัญมากขึ้น เนื่องจากในปัจจุบันมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ของกลุ่มต่างๆ มากขึ้น แม้เดิมจะมีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีประชามติ พ.ศ. 2539 เพื่อให้เป็นกฎหมายกลางในการกำหนดการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน แต่แนวทางปฏิบัติของระเบียบก็มีได้เป็นไปตามหลักในการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนอย่างแท้จริง ดังนั้นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจึงได้มีการที่จะร่างพระราชบัญญัติการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. .... ขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวเกิดปัญหาหลายประการเป็นข้อโต้แย้งที่ยังหาข้อสรุปมิได้ ต่อมารัฐบาลจึงได้มีการยกเลิกระเบียบดังกล่าวและออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548<sup>85</sup> เพื่อเป็นเกณฑ์กลางใหม่ในการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน โดยมีวัตถุประสงค์ที่มุ่งให้ประชาชนมีความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับโครงการของรัฐ และรวบรวมความคิดเห็นของประชาชนที่มีต่อโครงการนั้น รวมตลอดจนความเดือดร้อนหรือเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่ประชาชนด้วย แต่ระเบียบฯ ดังกล่าวนี้น่าจะมีข้อบกพร่องไม่ให้นำไปใช้บังคับกับโครงการของรัฐที่กฎหมายบัญญัติวิธีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนหรือผู้มีส่วนได้เสียไว้เป็นการเฉพาะ

<sup>84</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 155.

<sup>85</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, “กระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน,” ใน รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net ปีที่ 5 พ.ศ. 2548, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548), หน้า 224 - 241.

กับโครงการของรัฐที่เริ่มดำเนินการไปแล้วก่อนที่ระเบียบนี้ใช้บังคับ ทั้งนี้ การกำหนดให้รับฟังความคิดเห็นของประชาชนต้องมีขึ้นก่อนที่หน่วยงานของรัฐจะเริ่มดำเนินโครงการโดยกำหนดขั้นตอนของการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมไว้ 2 ขั้นตอน คือ<sup>86</sup>

1) การเผยแพร่ข้อมูลข่าวสาร

2) การรับฟังความคิดเห็น

1) การเผยแพร่ข้อมูลข่าวสาร กำหนดให้เผยแพร่ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับโครงการของรัฐเกี่ยวกับเหตุผลความจำเป็น วัตถุประสงค์ของโครงการสาระสำคัญของโครงการ ผู้ดำเนินการ สถานที่ดำเนินการ ขั้นตอนระยะเวลาดำเนินการ ผลผลิตและผลลัพธ์ของโครงการ ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นแก่ประชาชนที่อาศัยใกล้เคียง และประชาชนทั่วไป รวมทั้งมาตรการป้องกันแก้ไขหรือเยียวยาแก้ไขความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากผลกระทบดังกล่าว

2) การรับฟังความคิดเห็น เกิดขึ้นใน 2 กรณี

2.1) เกิดจากหน่วยงานของรัฐ มี 2 กรณีคือ กรณีโครงการปกติให้หน่วยงานของรัฐจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนโดยวิธีใดวิธีหนึ่ง ส่วนโครงการพิเศษให้หน่วยงานของผู้ที่รับผิดชอบโครงการที่มีผลกระทบอย่างรุนแรงต่อประชาชนเป็นส่วนรวม จึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนโดยวิธีใดหรือหลายวิธีก่อนเริ่มดำเนินการ

2.2) เกิดจากประชาชนผู้มีส่วนได้เสียสามารถร้องขอให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนที่หน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้รับผิดชอบโครงการของรัฐจะเริ่มดำเนินการโครงการ แต่การร้องขอของประชาชนผู้มีส่วนได้เสียไม่ผูกพันว่าผู้มีอำนาจจะต้องเห็นด้วย

สำหรับวิธีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนตามระเบียบฯ นี้ แยกวิธีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเป็น 2 กลุ่ม คือ

1) รับฟังความคิดเห็นของประชาชนด้วยวิธีการสำรวจความคิดเห็นมี 4 วิธีการ คือ การสัมภาษณ์บุคคล การเปิดให้แสดงความคิดเห็นทางไปรษณีย์ทางโทรศัพท์หรือโทรสาร ทางระบบเครือข่ายสารสนเทศ หรืออื่นใด

2) การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนด้วยวิธีการประชุมหารือมี 5 วิธีการ คือ การปรึกษาหารือ การอภิปรายสาธารณะ การแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร การประชุมเชิงปฏิบัติการ และการประชุมระดับตัวแทนของกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้อง

<sup>86</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 227.

หรือมีส่วนได้เสีย ซึ่งในการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน หน่วยงานของรัฐอาจใช้วิธีการหนึ่งหรือหลายวิธีการดังกล่าวข้างต้นก็ได้

ผลของการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ตามระเบียบดังกล่าว เมื่อหน่วยงานของรัฐได้ดำเนินการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนแล้ว ให้หน่วยงานของรัฐจัดทำสรุปผลการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและประกาศให้ประชาชนทราบ ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่เสร็จสิ้นการรับฟังความคิดเห็น โดยประกาศดังกล่าวให้ปิดประกาศไว้ โดยเปิดเผย ณ สถานที่ปิดประกาศของหน่วยงานของรัฐ และสถานที่ที่จะดำเนินโครงการของรัฐ รวมทั้งประกาศในระบบเครือข่ายสารสนเทศที่สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีจัดให้มีขึ้นด้วย

ในกรณีผลของการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนปรากฏออกมาว่าการดำเนินการโครงการของรัฐโครงการใดอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนมากกว่าข้อมูลที่หน่วยงานของรัฐได้เผยแพร่แก่ประชาชน แต่หน่วยงานของรัฐเห็นว่ายังมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการโครงการดังกล่าวต่อไป หน่วยงานของรัฐจะต้องกำหนดมาตรการป้องกันแก้ไขหรือเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากผลกระทบดังกล่าวเพิ่มขึ้น ตามความเหมาะสมก่อนเริ่มดำเนินโครงการของรัฐนั้นและการประกาศให้ประชาชนทราบโดยเปิดเผย ณ สถานที่ปิดประกาศของหน่วยงานของรัฐ และสถานที่ที่จะดำเนินการโครงการของรัฐ รวมทั้งปิดประกาศในระบบเครือข่ายสารสนเทศที่กำหนด

การดำเนินการของหน่วยงานของรัฐภายหลังรับฟังความคิดเห็นของประชาชนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 นี้ มีลักษณะเช่นเดียวกับระเบียบของสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีประชาพิจารณ์ พ.ศ. 2539 และร่างพระราชบัญญัติการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. ... รวมทั้งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฉบับปัจจุบันได้ให้อำนาจหน่วยงานเจ้าของโครงการที่จะดำเนินโครงการของตนต่อไป แม้ปรากฏผลจากการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนแล้วว่าการดำเนินการโครงการดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนมากกว่าข้อมูลที่เผยแพร่ให้แก่ประชาชน โดยระเบียบฯ กำหนดให้หน่วยงานของรัฐกำหนดมาตรการป้องกัน แก้ไข หรือเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากผลกระทบดังกล่าว<sup>87</sup>

#### 2.5.1.2.2 การควบคุมแก้ไขโดยให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงเอกสารราชการ

การเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของฝ่ายปกครอง เป็นมาตรการสำคัญประการหนึ่งที่เปิดโอกาสให้ประชาชนได้มี "สิทธิรับรู้" การเนิการต่าง ๆ

<sup>87</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 240.

ของฝ่ายปกครองด้วยการรับทราบหรือสามารถเข้าไปตรวจสอบเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับ การดำเนินการของฝ่ายปกครองได้ การเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของฝ่ายปกครองนี้ใช้กันอยู่ในประเทศ สวีเดนตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 และต่อมาประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้นำมาใช้ในปี ค.ศ. 1966 และเป็น แบบอย่างให้ประเทศอื่นๆ นำมาใช้จนเป็นที่แพร่หลายทุกวันนี้ ในประเทศฝรั่งเศส หลักการเดิม มีอยู่ว่าการดำเนินการต่างๆ ของฝ่ายปกครองเป็นเรื่องที่รู้ได้เฉพาะฝ่ายปกครองเท่านั้น จะมีเพียง บางสิ่งบางเรื่องเท่านั้นที่สามารถเปิดโอกาสให้ประชาชนรับรู้ได้ เช่น มติของสภาเทศบาลหรือ การอนุญาตต่างๆ เป็นต้น ต่อมาในปี ค.ศ. 1978 รัฐสภาได้ออกกฎหมายสามฉบับขึ้นมาเพื่อแก้ไข หลักที่มีอยู่เดิม<sup>88</sup> ซึ่งรัฐบัญญัติทั้งสามฉบับมีหลักการสำคัญในการให้สิทธิแก่ประชาชนในการเข้าถึง ข้อมูลข่าวสารสำคัญของฝ่ายปกครองและสิทธิในการร้องเรียน กรณีฝ่ายปกครองปฏิเสธไม่ดำเนินการ ตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามเสรีภาพของประชาชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของฝ่ายปกครอง ก็มีข้อยกเว้นบางประการเช่น ข้อมูลข่าวสารด้านทหาร ด้านการทูต ข้อมูลส่วนบุคคลและเอกสาร ทางการแพทย์ เป็นต้น ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีส่วนสำคัญที่ทำให้การดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง เป็นไปอย่างโปร่งใสและถูกตรวจสอบได้โดยเอกชน

สำหรับในประเทศไทยการทำให้ประชาชนทราบถึง กิจกรรมและการกระทำของฝ่ายปกครองต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นโดยการแจ้งความ พิมพ์เผยแพร่ หรือ การที่จะให้ประชาชนสามารถรับรู้ข้อความในเอกสารราชการ ความเห็นของฝ่ายปกครองที่กระทบ สิทธิของตน ทั้งนี้ ก็เพื่อให้คำว่า “ความลับทางราชการ” คลายความศักดิ์สิทธิ์ลง ทำให้ฝ่ายปกครอง ต้องมีเหตุมีผลสามารถอธิบายทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายแก่ประชาชนได้ ซึ่งเดิมการที่ประชาชน จะขอตรวจดูเอกสาร ข้อวินิจฉัยต่างๆ ในส่วนราชการของไทยไม่มีสภาพเป็นสิทธิ (right) ขึ้นอยู่กับว่า เจ้าหน้าที่ส่วนราชการจะอนุญาตหรือไม่ หรือเป็นดุลยพินิจของผู้อนุญาตเอง และหากไม่อนุญาตมักจะ อ้างความลับของราชการเป็นสำคัญ อันเป็นต้นเหตุของการใช้อำนาจโดยมิชอบหรือการทุจริตและ บัญหาคอร์รัปชัน แต่ปัจจุบันได้มีการตราพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 เพื่อรองรับสิทธิที่รับรู้ (right to know) ของประชาชน ซึ่งมีผลทำให้การปกครองโปร่งใส ตรวจสอบได้ และทำให้ประชาชนมีส่วนร่วม ได้รับความเป็นธรรมในการพิทักษ์สิทธิเสรีภาพ

### 2.5.2 การควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไข

ในขณะที่การควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกันเป็นการควบคุมก่อนที่จะมีการกระทำ ทางปกครองหรือเป็นการเตรียมการก่อนที่จะมีการกระทำทางปกครอง แต่การควบคุมฝ่ายปกครอง แบบแก้ไขเป็นการควบคุมภายหลังจากที่ฝ่ายปกครองได้มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งต่อบุคคล เช่น การออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองแล้ว การควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไข จึงเป็นการควบคุม

<sup>88</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 153.

ตรวจสอบการกระทำทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายต่อบุคคลแล้ว จึงเรียกการควบคุมฝ่ายปกครอง ภายหลังจากที่มีการการกระทำทางปกครองแล้วว่าเป็นการควบคุมแบบแก้ไข เพราะหากการกระทำนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะแก้ไขเยียวยาสิทธิของบุคคลที่ถูกระทบจากการกระทำนั้นๆ

การควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไขแบ่งเป็น 2 ประเภทคือ<sup>89</sup>

- 1) การควบคุมจากองค์กรภายในฝ่ายปกครอง
- 2) การควบคุมจากองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

**2.5.2.1 การควบคุมแก้ไขจากองค์กรภายในฝ่ายปกครอง** หมายถึง การควบคุม ตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายปกครองภายหลังจากที่มีการกระทำทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว จะกำหนด ให้องค์กรภายในฝ่ายปกครองมีโอกาสตรวจสอบการกระทำที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง แบ่งเป็น

- 1) การควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนือ
- 2) การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง
- 3) การควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

**2.5.2.1.1 การควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนือ** แบ่งเป็น 2 ประเภท คือ<sup>90</sup>

1) การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชา ซึ่งเป็นอำนาจบังคับบัญชา ที่หัวหน้าหน่วยงานใช้ปกครองสั่งการผู้ใต้บังคับบัญชาตามที่เหมาะสม ที่จะกลับ แก้ ยกเลิกการกระทำ ผู้ใต้บังคับบัญชา แม้ไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ก็ถือว่ามีอำนาจนั้นอยู่ แต่จะต้องใช้อำนาจบังคับบัญชา โดยชอบด้วยกฎหมาย

2) การควบคุมแบบกำกับดูแล คืออำนาจควบคุมที่มีอยู่ อย่างจำกัด ตามพระราชบัญญัติขององค์กรปกครองที่สูงกว่าเหนือองค์กรและเหนือการกระทำของ องค์กรกระจายอำนาจ โดยมีเป้าหมายอยู่ที่การปกป้องผลประโยชน์ทั่วไป<sup>91</sup> แต่โดยหลักอำนาจกำกับ ดูแลมีอำนาจควบคุมได้เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่มีอำนาจไปควบคุมความเหมาะสม ของกระทำขององค์กรกระจายอำนาจ

**2.5.2.1.2 การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง** เป็นการควบคุมภายใน ฝ่ายปกครองที่อาจแก้ไขข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับประชาชนให้หมดสิ้นไป เพื่อคุ้มครอง

<sup>89</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, หน้า 81.

<sup>90</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 81.

<sup>91</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, "ข้อความคิดเกี่ยวกับการควบคุมกำกับทางปกครอง," ใน รวมบทความ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์, (กรุงเทพมหานคร : พีเค พรินต์ติ้งเฮาส์, 2531), หน้า 211.



สิทธิของประชาชน และเพื่อการควบคุมตนเองของฝ่ายปกครองและเพื่อลดภาระคดีในศาล ซึ่งการควบคุมภายในฝ่ายปกครองโดยวิธีการอุทธรณ์ นับว่าเป็นวิธีการแก้ไขข้อบกพร่องในการที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ออกคำสั่งให้เป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทด้วยตนเอง แต่วิธีการดังกล่าวอาจมีความลำเอียงเข้าข้างฝ่ายปกครองด้วยตนเอง ดังนั้น จึงมีการแต่งตั้งกลุ่มบุคคลที่เป็นกลางในรูปคณะกรรมการเพื่อทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทในประเด็นในคำอุทธรณ์ ในระบบกฎหมายไทยเป็นระบบอุทธรณ์ที่บังคับให้คู่กรณีจะต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนที่จะนำคดีไปฟ้องคดีต่อศาลปกครอง กล่าวคือ ศาลปกครองจะตรวจสอบตามเงื่อนไขตามมาตรา 42<sup>\*</sup> แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี พ.ศ. 2542 ว่ากฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้นๆ ได้กำหนดเรื่องอุทธรณ์ไว้หรือไม่ หากได้กำหนดไว้แต่ผู้ฟ้องคดีไม่ดำเนินการ ศาลปกครองจะไม่รับคดีไว้พิจารณา แต่ถ้ากฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้นๆ ไม่ได้กำหนดเรื่องการอุทธรณ์ไว้ ในกรณีที่เป็นการฟ้องคดีเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง ถึงแม้กฎหมายเฉพาะจะมีได้กำหนดเรื่องการอุทธรณ์ไว้ แต่ผู้ฟ้องคดีก็ต้องดำเนินการอุทธรณ์โดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นเกณฑ์ในการอุทธรณ์หนึ่ง เนื่องจากการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายไว้โดยเฉพาะตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีขอให้เพิกถอนกฎ จึงสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้โดยไม่ต้องอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดี

### 2.5.2.1.3 การควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท การควบคุม

โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ถือเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง เพราะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นองค์กรที่อยู่ในโครงสร้างฝ่ายปกครอง ซึ่งมักจะประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ซึ่งจะตรวจสอบข้อเท็จจริงเฉพาะด้านเพื่อให้รอบคอบก่อนที่เรื่องดังกล่าวจะไปสู่การตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก (ศาล) ซึ่งหากเรื่องใดที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่าไม่ถูกต้อง ก็อาจวินิจฉัยแก้ไขให้ถูกต้องก่อนที่เรื่องจะไปสู่องค์กรศาล อันเป็นการแบ่งเบาภาระของศาลด้วย การควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เป็นการควบคุมภายในชั้นสุดท้ายก่อนที่จะไปสู่องค์กรภายนอกได้แก่ ศาลที่จะมีกระบวนการเป็นแบบพิริที่ซับซ้อนกว่า ทั้งนี้ ในระบบกฎหมายไทยความหมายของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายว่า

\* พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 42 ในกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด

ในลักษณะเช่นเดียวกันว่าเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งตามกฎหมายที่มีหน้าที่วินิจฉัยเรื่องที่มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง และเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระไม่อยู่ภายใต้บังคับของฝ่ายบริหาร จึงมีลักษณะเป็นองค์กรกึ่งตุลาการ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีหลายประเภท ได้แก่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล เช่น คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) เป็นต้นไป หรือคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน เช่น คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 เป็นต้น

### 2.5.2.2 การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองอาจแบ่งเป็น 3 ประเภท<sup>92</sup> ได้แก่

- 1) การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ
- 2) การควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ
- 3) การควบคุมทางการเมือง

#### 2.5.2.2.1 การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ การควบคุม

การดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองโดยกระบวนการศาล (recours juridictionnel) นั้นประกอบด้วยสาระสำคัญสองประการคือ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง<sup>93</sup> การดำเนินการทั้งหลายของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (le principe de légalité) จึงทำให้ฝ่ายปกครองไม่มีอิสระอย่างเต็มที่ที่จะดำเนินกิจการใดๆ ก็ได้เพราะต้องเคารพต่อกฎหมายทุกระดับ โดยการกระทำของฝ่ายปกครองทั้งหลายจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจและต้องไม่ทำนอกกรอบที่กฎหมายกำหนด<sup>94</sup> ในระบบการควบคุมการกระทำทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งทางปกครองก็ตาม อาจกล่าวได้ว่าการควบคุมโดยองค์กรตุลาการเป็นการควบคุมที่ให้หลักประกันแก่ประชาชนดีที่สุด เนื่องจากองค์กรตุลาการมีความเป็นอิสระโดยแท้จริงในการปฏิบัติหน้าที่ และเมื่อประชาชนมีการยื่นฟ้องคดีต่อศาลแล้ว ศาลมีหน้าที่พิจารณาและพิพากษาคดี จะปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้ ดังนั้น ความเดือดร้อนของประชาชนย่อมได้รับการแก้ไขเยียวยา อีกทั้ง วิธีพิจารณาของศาลเป็นกลางและเป็นไปโดยเปิดเผย เปิดโอกาสให้คู่กรณีนำพยานหลักฐานต่างๆ มาสืบสนับสนุนข้ออ้างของตน อีกทั้งศาลต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาย่อมเป็นหลักประกันว่าศาลจะไม่วินิจฉัยคดีตามอำเภอใจได้ ดังนั้น การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการจะควบคุมเฉพาะความชอบด้วย

<sup>92</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, หน้า 171 - 180.

<sup>93</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 155.

<sup>94</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 156.

กฎหมายเท่านั้น ในขณะที่การควบคุมภายในฝ่ายปกครองจะควบคุมทั้งปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย และความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของการกระทำหรือความเหมาะสมของการกระทำ

ในระบบกฎหมายไทย ศาลปกครองอยู่ในระบบศาลคู่ โดยศาลปกครองมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ซึ่งออกโดยฝ่ายปกครองด้วย ซึ่งเกณฑ์ที่ศาลปกครองได้นำมาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น แตกต่างจากเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่อาศัยเกณฑ์ส่วนหนึ่งจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ให้นำมาใช้ในการออกกฎ ดังนั้น เกณฑ์ที่จะนำมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ มิได้ใช้เกณฑ์จากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่อาศัยเกณฑ์ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้แก่ กระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดแก่ประชาชนเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลยพินิจโดยไม่ชอบ

กล่าวโดยสรุปได้ว่าความสำคัญและความจำเป็นของการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรภายนอก โดยองค์กรศาล ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นระบบการควบคุมที่ดีที่สุด ซึ่งศาลเป็นสิ่งที่ผูกพันระบบประชาธิปไตย ระบบนี้ต้องการให้มืองค์กรที่อิสระปราศจากการแทรกแซงทางการเมือง เพื่อเป็นการคุ้มครองเสรีภาพของประชาชน

**2.5.2.2.2 การควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ในระบบกฎหมายไทย** ที่สำคัญได้แก่ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน<sup>95</sup>

1) การควบคุมโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นสถาบันที่ได้รับอิทธิพลมาจากองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (ombudsman) ของสวีเดน ซึ่งเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในศตวรรษที่ 18 โดยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาแห่งสวีเดนได้รับการแต่งตั้งจากรัฐสภาให้ทำหน้าที่ควบคุมฝ่ายปกครอง หลังจากนั้น ประเทศต่างๆ จะได้นำระบบผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาไปใช้

กระบวนการในการทำงานของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาค่อนข้างยืดหยุ่นและไม่เป็นแบบพิธีมากนัก ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาทำหน้าที่รับเรื่องร้องเรียน

<sup>95</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 162.

จากประชาชนเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชน การพิจารณาปัญหาของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา โดยจะพิจารณาเรื่องร้องเรียนเสร็จแล้ว ก็ไม่มีอำนาจสั่งการใดๆ ทั้งสิ้น ไม่สามารถเพิกถอนคำสั่งหรือกฎใดๆ ของฝ่ายปกครองได้ ไม่สามารถลงโทษฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ได้เพราะตนมิได้เป็นตุลาการ (judge) คงทำได้เพียงให้ข้อสังเกตหรือข้อแนะนำไปยังหน่วยงานเพื่อให้ดำเนินการลงโทษทางวินัยหรือทางอาญาแก่เจ้าหน้าที่ผู้กระทำผิด และเสนอรายงานผลการดำเนินการของตนต่อรัฐสภา<sup>96</sup>

สำหรับในประเทศไทย ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพื่อให้ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหลาย เป็นระบบการควบคุมที่นอกเหนือไปจากระบบการควบคุมหลักที่มีอยู่แล้วเช่นระบบการควบคุมภายในหน่วยงานของรัฐ หรือการควบคุมโดยองค์กรตุลาการ ทั้งนี้ การควบคุมโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน ซึ่งเป็นองค์กรพิเศษที่เข้ามาช่วยเสริมการควบคุมภายในของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และการควบคุมภายนอกโดยองค์กรตุลาการ โดยผู้ตรวจการแผ่นดินมีหน้าที่หลักในการพิจารณาสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียน ในกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ราชการหรือกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่ากฎหมาย กฎ หรือการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐมีปัญหาเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เมื่อผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณาเรื่องร้องเรียนเสร็จ ก็ไม่มีอำนาจสั่งการใดๆ ทั้งสิ้น ไม่สามารถเพิกถอนกฎ การกระทำใดๆ ของฝ่ายปกครองเช่นเดียวกับในประเทศสวีเดน แต่อาจเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครอง แล้วแต่กรณี

2) การควบคุมโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน มีบทบาทหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยตรวจสอบทั้งการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการละเลยการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งบัญญัติให้มีหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน การตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมุ่งตรวจสอบการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐเฉพาะกรณีที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนเท่านั้น เช่นกรณีเจ้าของโรงงานนำแรงงานเด็กมากักขังแล้วบังคับใช้แรงงานเด็ก ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิเด็ก อยู่ในขอบเขตของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนที่จะตรวจสอบได้

3) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดมาตรการทั่วไปในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ได้สวนข้อเท็จจริงเพื่อเสนอให้องค์กรอื่นๆ ในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ต่อไป ป.ป.ช. มีบทบาทหน้าที่สำคัญ

<sup>96</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 151.

ในการมีส่วนร่วมในการควบคุมการใช้อำนาจของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐ รวมทั้งเจ้าหน้าที่ทั้งหลายมิให้มีการแสวงหาประโยชน์อันมิชอบจากการใช้อำนาจหน้าที่ดังกล่าว

**4) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน** มีหน้าที่สำคัญคือการวางแผนนโยบาย การตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาในเรื่องวินัยทางงบประมาณและการคลัง อีกทั้งการกำหนดโทษปรับทางปกครอง

อนึ่ง การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรพิเศษที่ตั้งโดยรัฐธรรมนูญข้างต้นซึ่งเป็นองค์กรอิสระ จึงเป็นการเสริมสร้างประสิทธิภาพในการควบคุมฝ่ายปกครองอีกวิธีหนึ่ง

**2.5.2.2.3 การควบคุมโดยทางการเมือง** เหตุผลที่องค์กรทางการเมืองสามารถเข้าไปตรวจสอบองค์กรฝ่ายปกครองได้ เพราะนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายการเมืองถือว่าเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ดังนั้น องค์กรทางการเมืองจึงควบคุมฝ่ายปกครองได้โดยผ่านฝ่ายการเมืองดังกล่าว เช่น 1) การตั้งกระทู้ถาม 2) การใช้กลไกกรรมาธิการ 3) การเปิดอภิปรายทั่วไป เนื่องจากการควบคุมโดยทางการเมืองเป็นสิ่งที่หวังผลไม่ได้เต็มที่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขในหลายประการ จึงไม่ขอกล่าวรายละเอียดมากนัก และขอสรุปพอสังเขป ดังนี้

1) **การตั้งกระทู้ถาม** คือคำถามที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาตั้งขึ้น เพื่อให้รัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีตอบ กระทู้ถามจึงเป็นวิธีการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินที่สำคัญของฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะจะทำให้ฝ่ายบริหารมีความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ของตน ทั้งนี้ รวมถึงการออกกฎ ระเบียบ ต่างๆ ซึ่งมีผลกระทบต่อประชาชนให้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ

2) **การใช้กลไกกรรมาธิการ** ซึ่งกรรมการจะเป็นบุคคลที่สภาแต่งตั้งขึ้นเป็นคณะกรรมการเพื่อให้กระทำกิจการใดๆ อันอยู่ในหน้าที่ของสภา แล้วรายงานต่อสภาในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการฯ ย่อมมีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งเรียกเอกสารใดหรือเรียกบุคคลใดมาแถลงข้อเท็จจริง หรือแสดงความคิดเห็นในกิจการที่กระทำหรือในเรื่องที่พิจารณาสอบสวนหรือศึกษาอยู่นั้นได้

3) **การเปิดอภิปรายทั่วไป** เป็นการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินที่สำคัญ ให้ผลตรงกับความประสงค์ของการควบคุมฝ่ายบริหาร คือ การเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไว้วางใจหรือไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลหรือทั้งคณะ โดยอยู่บนหลักการที่ว่า คณะรัฐมนตรีบริหารราชการแผ่นดิน (รวมทั้งการออกกฎหมายลำดับรอง อันได้แก่พระราชกฤษฎีกา กฎ ฯลฯ) ซึ่งอยู่ได้ด้วยก็เพราะความไว้วางใจของสภา เมื่อสภาสิ้นสุดความไว้วางใจ คณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีผู้นั้นย่อมไม่อาจบริหารราชการแผ่นดินได้ต่อไป

อย่างไรก็ตาม การควบคุมฝ่ายปกครองโดยทางการเมืองเป็นสิ่งที่มีหวังผลไม่ได้เต็มที่ เพราะเป็นวิธีการที่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่ไม่แน่นอนหลายประการ แตกต่างจากการควบคุมโดยองค์กรภายนอกอื่นๆ โดยเฉพาะองค์กรศาลดังกล่าวที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

สรุปได้ว่า การดำเนินกิจกรรมทั้งหลายฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (le principe de légalité) ดังนั้น จึงทำให้ฝ่ายปกครองไม่มีอิสระอย่างเต็มที่ที่จะดำเนินกิจกรรมใดๆ ก็ได้เพราะต้องเคารพต่อกฎหมายทุกระดับ โดยการกระทำทางปกครองทั้งหลายจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องไม่ทำนอกกรอบที่กฎหมายกำหนด<sup>97</sup> ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ซึ่งเป็นการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งของฝ่ายปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป สำหรับในประเทศไทยศาลปกครองจะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ คำสั่ง และการกระทำอื่นของฝ่ายปกครองรวมถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากกฎเป็นการกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของเอกชนและด้วยลักษณะเฉพาะของกฎที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ผลที่เกิดจากการบังคับใช้กฎจึงเกิดในขอบเขตที่กว้าง จึงมีความจำเป็นต้องควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎ หรือควบคุมฝ่ายปกครองในการออกกฎซึ่งจะมีทั้งการควบคุมแบบป้องกัน หรือการควบคุมก่อนที่มีการออกกฎ โดยองค์กรของรัฐและควบคุมโดยประชาชนให้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการเช่น ในการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ส่วนการควบคุมอีกรูปแบบหนึ่งคือการควบคุมแบบแก้ไข จากองค์กรภายในฝ่ายปกครองคือรูปแบบของการควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนือทั้งผู้บังคับบัญชาและผู้กำกับดูแล และการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ส่วนการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง เช่น การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ การควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และการควบคุมทางการเมือง ซึ่งการควบคุมโดยองค์กรตุลาการถือได้ว่าเป็นการควบคุมที่ให้หลักประกันแก่ประชาชนที่ดีที่สุด ความเดือดร้อนของประชาชนย่อมจะได้รับการแก้ไขเยียวยาโดยวิธีพิจารณาที่เป็นกลางเปิดเผย หากศาลเห็นว่ากฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายจะเพิกถอน ทั้งนี้ตามหลักการเดิมเมื่อศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง กฎหรือคำสั่งทางปกครองถือว่าคำพิพากษามีผลย้อนหลังหรือถือว่ากฎนั้นไม่เคยดำรงอยู่เลย แต่ในความเป็นจริงแล้วกฎนั้นเกิดขึ้นแล้วและมีผลแล้ว ดังนั้น ในปัจจุบันนับแต่ ค.ศ. 2000 ได้การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส ศาลปกครองสูงสุดแห่งฝรั่งเศสได้วางบรรทัดฐานใหม่ โดยเห็นว่าตามข้อเท็จจริงกฎที่ถูกศาลเพิกถอนนั้นดำรงอยู่แล้วและมีผลแล้วหรือมีผลกระทบ ซึ่งศาลจะต้องคำนึงถึงผลกระทบต่างๆ ที่เกิดขึ้น หากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองจะมีผลกระทบอย่างมากต่อประชาชนหรือสิ่งที่ฝ่ายปกครองได้ดำเนินการไปแล้ว การเพิกถอนกฎนั้นก็ไม่ควรให้มีผลย้อนหลัง โดยศาลจะเพิกถอนไปในเวลาหนึ่งเวลาใด ในอนาคตก็ได้ โดยศาลจะพิจารณาข้อเท็จจริงแต่ละคดีว่ามีผลกระทบมากเกินไปหรือไม่ เพียงใด และถ้ามีผลกระทบจะทำให้เกิดข้อยุติโดยให้มีผลกระทบ

<sup>97</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 156.

น้อยที่สุดได้อย่างไร อนึ่ง ผู้ศึกษาเห็นว่า แนวบรรทัดฐานใหม่ในการเพิกถอนกฎของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสนี้เป็นสิ่งที่สมควรที่จะได้ศึกษาและนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมในการเพิกถอนกฎ ซึ่งผู้ศึกษาจะได้นำเสนอหลักเกณฑ์การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎ และการเพิกถอนกฎโดยศาลทั้งในต่างประเทศและประเทศไทยในบทที่ 3 ของวิทยานิพนธ์นี้ต่อไป