



### บทที่ 3

## การเพิกถอนกฎโดยศาลปกครองต่างประเทศและศาลปกครองไทย

ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับว่าฝ่ายบริหารสามารถออกกฎที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยมีเงื่อนไขและข้อจำกัดของอำนาจในการออกกฎแตกต่างกันไป ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับแนวนโยบายทางกฎหมายของแต่ละรัฐ แต่อย่างไรก็ตามหากกฎที่ออกโดยฝ่ายบริหารดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากกฎดังกล่าวย่อมสามารถจะฟ้องศาลเพื่อขอให้เพิกถอนได้ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากกฎเป็นการกระทำทางปกครองซึ่งองค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจตามกฎหมายที่จะออกมาใช้บังคับกับประชาชนได้ฝ่ายเดียวโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากประชาชนผู้อยู่ใต้บังคับของกฎ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการซึ่งได้แก่ศาลปกครอง หากกฎไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศย่อมมีกฎเกณฑ์หรือวิธีการที่จะควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าว การให้อำนาจองค์กรตุลาการเพิกถอนกฎหรือแสดงความเสียหายเปล่าของกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นวิธีการหนึ่งในการตรวจสอบหรือควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ทั้งนี้ เพื่อรักษาความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย

### 3.1 การเพิกถอนกฎโดยศาลปกครองฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสถือว่ากฎที่ออกโดยฝ่ายบริหารเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปหรือเป็นการกระทำในทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง ที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง การศึกษาเกี่ยวกับการเพิกถอนกฎโดยศาลปกครองฝรั่งเศสจะเริ่มศึกษาจากความหมายและลักษณะของกฎในระบบกฎหมายฝรั่งเศสก่อน หลังจากนั้นจะได้ศึกษาหัวข้อสำคัญต่างๆ ตามขั้นตอนหรือกระบวนการในการเพิกถอนกฎ อันได้แก่วิธีการฟ้องเพิกถอนกฎ เขตอำนาจศาลในคดีฟ้องเพิกถอนกฎ เงื่อนไขการฟ้องคดี การขอคุ้มครองชั่วคราว หลักเกณฑ์ที่ศาลนำมาใช้ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎ และผลของคำพิพากษาให้เพิกถอนกฎ

#### 3.1.1 ความหมายและลักษณะของกฎในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

โดยหลักการในรัฐฯ หนึ่งจะมีองค์กร 2 ประเภทที่มีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับเป็นการทั่วไป องค์กรหนึ่งได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนอีกองค์กรหนึ่งคือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในระดับชาติหรือระดับท้องถิ่น ความแตกต่างทางด้านที่มาหรือแหล่งกำเนิดของกฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นพื้นฐานของการแบ่งแยกระหว่างกฎหมายหรือรัฐบัญญัติ (loi) กับ กฎ (règlement) กล่าวคือกฎหมายหรือรัฐบัญญัติ ตราขึ้นโดยรัฐสภาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ส่วนกฎเป็นการกระทำที่มีผลเป็นการทั่วไปที่ออกโดยฝ่ายบริหาร ความสัมพันธ์ระหว่าง

กฎหมายและกฎจะมีความหลากหลายขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

ปัจจุบันรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 กำหนดให้องค์กรที่มีอำนาจในการออกกฎหมายหรือรัฐบัญญัติ (loi) คือ รัฐสภาตามมาตรา 34<sup>1</sup> ส่วนกฎ (règlement) กำหนดให้เป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีตามมาตรา 21<sup>2</sup> ที่จะออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารได้ และโดยที่รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 นี้กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายหรือรัฐบัญญัติ (loi) เฉพาะในเรื่องที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญเท่านั้น ดังนั้น มาตรา 34 จึงถือเป็นมาตราที่สำคัญในการจำกัดขอบเขตในการตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติ แต่โดยที่มาตรา 37<sup>3</sup>

<sup>1</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ และชาญชัย แสวงศักดิ์, คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน จำกัด, 2549), หน้า 52.

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958

มาตรา 34 รัฐสภาเป็นผู้ตรารัฐบัญญัติ

รัฐบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้

- สิทธิแห่งพลเมืองและหลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชนในการใช้เสรีภาพ รวมตลอดถึงการเกณฑ์แรงงานและทรัพย์สินของพลเมืองเพื่อประโยชน์ในการป้องกันประเทศ

- สัญชาติ สถานะและความสามารถทางกฎหมายของบุคคล ระบบกฎหมายว่าด้วยการสมรส การสืบมรดก และการให้โดยเสน่หา

- การกำหนดความผิดอาญาชั้นนอกโทษและมัชฌิมโทษ รวมทั้งการกำหนดโทษสำหรับความผิดดังกล่าว วิธีพิจารณาความอาญา การนิรโทษกรรม การจัดตั้งระบบศาลชั้นใหม่ และสถานภาพของผู้พิพากษา

- ฐานะภาษี อัตราและวิธีการจัดเก็บภาษีทุกชนิด การออกใช้เงินตรา รัฐบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องดังต่อไปนี้ด้วยเช่นเดียวกัน

- ระบบการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาและสมาชิกสภาท้องถิ่น

- การจัดตั้งประเภทขององค์กรมหาชนชั้นใหม่

- หลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับข้าราชการพลเรือนและข้าราชการทหาร

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 40.

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958

มาตรา 21 นายกรัฐมนตรีเป็นผู้กำหนดแนวทางการดำเนินการของรัฐบาล รับผิดชอบในการป้องกันประเทศ ดูแลการบังคับใช้กฎหมาย ภายใต้บังคับบทบัญญัติในมาตรา 13 นายกรัฐมนตรีใช้อำนาจในการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารและแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนและข้าราชการทหาร

นายกรัฐมนตรีอาจมอบอำนาจบางประการของนายกรัฐมนตรีให้แก่รัฐมนตรีได้

ฯลฯ

ฯลฯ

<sup>3</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 56.

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958

มาตรา 37 เรื่องใดที่อยู่นอกขอบเขตของการตรารัฐบัญญัติ ให้อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารที่ออกกฎเกณฑ์ได้

ฯลฯ

ฯลฯ

ของรัฐธรรมนูญให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายได้อย่างกว้างขวาง โดยกำหนดว่าเรื่องอื่นที่มีได้กำหนดไว้ในมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญ ให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะออก “กฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร” (règlement) ได้ จึงเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มีการจำกัดขอบเขตในการตรากฎหมายของรัฐสภาและได้บัญญัติรับรองอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารไว้อย่างกว้างขวาง ในทางทฤษฎีย่อมต้องถือว่าอำนาจในการตรากฎเป็นอำนาจทั่วไปเกี่ยวกับการออกกฎเกณฑ์ทั่วไป ในขณะที่อำนาจในการออกกฎหมายหรือรัฐบัญญัติ (loi) มีลักษณะเป็นข้อยกเว้น กล่าวคือรัฐสภาออกกฎหมายได้เฉพาะเรื่องที่ยกเว้นที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้นว่าอยู่ในอำนาจของรัฐสภา รัฐสภาจึงมีอำนาจตราบัญญัติในเรื่องนี้ได้แต่เพียงผู้เดียว แต่รัฐสภาจะตราบัญญัติในเรื่องที่ไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจของรัฐสภาก็ได้เช่นเดียวกัน

ดังนั้น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในมาตรา 34 และมาตรา 37 จึงเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะจำกัดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายและเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์อย่างมากในหลายกรณีด้วยกัน<sup>4</sup>

**การออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร (règlement)** ประเทศฝรั่งเศสในปัจจุบันมีการเปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ของตนได้หลายกรณี อำนาจในการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารนั้นมีที่มาจาก การมอบอำนาจโดยรัฐธรรมนูญ โดยรัฐสภาและโดยอำนาจแท้ๆ ของฝ่ายบริหารเอง<sup>5</sup> ซึ่งมาตรา 37 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 บัญญัติว่า “เรื่องที่อยู่นอกขอบเขตของการตราบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะออกกฎเกณฑ์ได้ ซึ่งกฎเกณฑ์ข้อบังคับที่รัฐบาลมีอำนาจตราขึ้นตามมาตรา 37 เรียกว่า “กฤษฎีกา” (décrets) อาจแบ่งเป็น 2 ประเภท ได้แก่<sup>6</sup>

**ประเภทแรก** กฎหมายที่ออกโดยรัฐบาล (ประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรี) ซึ่งอาศัยอำนาจตามมาตรา 37 วรรคแรก ซึ่งเรียกว่า “กฤษฎีกา” (décrets) แบ่งเป็น 2 ประเภท คือ

(1) ข้อบังคับเอกเทศ (règlement autonome) ได้แก่ ข้อบังคับหรือกฎที่รัฐบาลมีอำนาจตราขึ้นได้เองโดยอิสระจากรัฐบัญญัติเพื่อใช้บังคับในเรื่องต่างๆ ยกเว้นที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ตราเป็นรัฐบัญญัติ

(2) ข้อบังคับซึ่งไม่เป็นเอกเทศ ได้แก่ ข้อบังคับหรือกฎซึ่งตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในเรื่องที่รัฐสภาได้ตราบัญญัติกำหนดหลักการพื้นฐานไว้ตามมาตรา 34 วรรคสาม ข้อบังคับประเภทนี้จะขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานที่รัฐสภากำหนดไว้ไม่ได้

<sup>4</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส : ข้อคิดเพื่อการปรับปรุงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญของไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สุขุมและบุตรจำกัด, 2541), หน้า 37.

<sup>5</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 126.

<sup>6</sup> รตาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ, “การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 38 - 42.

ทั้งนี้ รัฐบาลยังอาจตราข้อบังคับซึ่งไม่เป็นเอกเทศได้อีกกรณีหนึ่ง โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 21 ของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้นายกรัฐมนตรีมีหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ถ้ามีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดเงื่อนไขในการใช้บังคับรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐสภาตราขึ้นตามมาตรา 34 วรรคแรก และวรรคสอง รัฐบาลย่อมมีอำนาจตราข้อบังคับเพื่อกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวได้ แต่ข้อบังคับเช่นนี้จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้

**ประเภทที่สอง** กฎหมายที่ออกโดยรัฐมนตรีและเจ้าหน้าที่ทางปกครองอื่นๆ กล่าวคือ นอกจากการออกกฎหมายของรัฐบาล ซึ่งได้แก่ ประธานาธิบดีกับนายกรัฐมนตรีแล้ว เจ้าหน้าที่ปกครองอื่นๆ ก็มีอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารได้ ดังต่อไปนี้

**(1) อำนาจการออกกฎหมายของรัฐมนตรี** รัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ไม่ได้ให้อำนาจในการออกกฎหมายเป็นการทั่วไปให้แก่รัฐมนตรี แต่รัฐมนตรีก็มีอำนาจออกกฎหมาย ซึ่งได้แก่ กฎกระทรวง (arrêté ministériel) และคำสั่ง หรือหนังสือเวียน (circulaires réglementaires) ซึ่งพิจารณาได้เป็น 3 ประเภท คือ

**(1.1) กฎหรือข้อบังคับภายในของส่วนราชการ** รัฐมนตรีในฐานะผู้บังคับบัญชาของหน่วยงานมีอำนาจในการออกกฎข้อบังคับเพื่อใช้บังคับกับหน่วยงานและผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาของตนได้ อำนาจดังกล่าวนี้รัฐมนตรีมีอยู่เองโดยไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติใดให้อำนาจ

**(1.2) กฎข้อบังคับที่มีผลกระทบต่อประชาชน** รัฐมนตรีไม่มีอำนาจในการออกข้อบังคับเป็นการทั่วไปเช่นเดียวอำนาจของประธานาธิบดีหรือนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีจะมีอำนาจออกกฎข้อบังคับที่มีผลผูกพันประชาชนได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจรัฐมนตรีไว้โดยเฉพาะ

**(1.3) คำสั่งในรูปของหนังสือเวียน (circulaires)** โดยปกติคำสั่งในรูปหนังสือเวียนเป็นเพียงคำสั่งหรือแนวปฏิบัติที่หัวหน้าส่วนราชการได้ให้ไว้แก่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาเกี่ยวกับการตีความและการใช้บังคับรัฐธรรมนูญและกฎหมายของฝ่ายบริหาร นอกจากนี้รัฐมนตรียังมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐมนตรีมีอำนาจออกคำสั่งในรูปของหนังสือเวียนได้ แต่โดยทั่วไปหนังสือเวียนนี้ไม่ผลผูกพันประชาชน แต่จะมีผลผูกพันเฉพาะข้าราชการผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาของรัฐมนตรีเท่านั้น เพราะเป็นหน้าที่ของข้าราชการที่จะต้องเชื่อฟังและปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชา แต่ในบางกรณีหนังสือเวียนดังกล่าวก็มีผลผูกพันประชาชนโดยมีฐานะในทางกฎหมายเป็นกฎได้เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม จากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสได้แยกหนังสือเวียนออกเป็นสองประเภท คือ **ประเภทแรก** หนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการอธิบายหรือตีความ (circulaires interprétatives) ซึ่งถือเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง (mesures d'ordre intérieures) ซึ่งมักจะมีเนื้อหาเกี่ยวกับบังคับใช้กฎหมายหรือกฎข้อบังคับโดยจะอธิบายหรือตีความบทบัญญัติดังกล่าว และ**ประเภทที่สอง** หนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นกฎข้อบังคับ (circulaires réglementaires) ถือว่าเป็นหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นกฎข้อบังคับ (règlements)

จะมีเนื้อหาทั้งหมดหรือแต่บางส่วนเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่ถือปฏิบัติเป็นการทั่วไป (normes réglementaires) โดยศาลมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าหนังสือเวียน (circulaires) ใดมีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์ข้อบังคับหรือเป็นการตีความนั้นโดยพิจารณาได้จาก กรณีที่หนังสือเวียนใดที่มุ่งเพิ่มเติมอะไรให้แตกต่างไปจากที่รัฐบัญญัติ (loi) ได้บัญญัติไว้ หรือเพิ่มเติมสิทธิหน้าที่ของราษฎรให้มากกว่าที่มีอยู่เดิม หนังสือเวียนนั้นจะมีลักษณะเป็นกฎข้อบังคับซึ่งใช้บังคับและถูกอ้างอิงได้โดยบุคคลทั่วไป และอาจร้องขอต่อศาลให้สั่งเพิกถอนหนังสือเวียนนั้นได้ หรืออาจสั่งให้เพิกถอนคำสั่งหรือคำวินิจฉัยที่อาศัยหนังสือเวียนดังกล่าวเป็นพื้นฐาน<sup>7</sup> ดังนั้น หากหนังสือเวียนที่ออกโดยฝ่ายปกครองได้เพิ่มเติมกฎเกณฑ์บางอย่างแตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติ หรือมีหลักประกันเพิ่มเติมแก่ประชาชนแล้วถือว่าหนังสือเวียน (circulaires) นั้นมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายของฝ่ายบริหาร (règlement) แต่ในกรณีที่เป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองเพื่อจัดระเบียบภายในเกี่ยวกับการปฏิบัติงานซึ่งได้แก่หนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการอธิบายหรือตีความ โดยทั่วไปไม่อาจนำมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนได้

(2) อำนาจในการออกกฎหมายของเจ้าหน้าที่ทางปกครองอื่น นอกจากรัฐมนตรีแล้ว เจ้าหน้าที่ทางปกครองอื่นก็มีอำนาจออกกฎหมายได้ทำนองเดียวกับรัฐมนตรี คือ มีอำนาจวางกฎข้อบังคับภายในของหน่วยงานนั้น และรัฐบัญญัติก็อาจบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ทางปกครองและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนมีอำนาจออกกฎข้อบังคับสำหรับประชาชนได้ในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทางปกครองและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนนั้นๆ ได้

สรุปได้ว่า กฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งปัจจุบันมีการเปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ของตนได้ในหลายๆ กรณี อำนาจในการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารนั้นมีที่มาจาก การมอบอำนาจโดยรัฐธรรมนูญ โดยรัฐสภาและโดยอำนาจแท้ของฝ่ายบริหารเอง รัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารในการตรากฎหมายได้หลายกรณี ไม่ว่าจะเป็นอำนาจในการตรารัฐกำหนด (ordonnance) ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามมาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 หรืออำนาจพิเศษของประธานาธิบดีในการตรารัฐบัญญัติเพื่อแก้ปัญหาสำคัญของประเทศตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ซึ่งกฎหมายที่ตราขึ้นทั้งสองกรณี หากเป็นการตรากฎหมายที่อยู่ในขอบเขตที่จะต้องตราเป็นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ กฎหมายเหล่านี้ก็จะมีลำดับชั้นเดียวกับกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าเป็นการตราเรื่องที่อยู่ในขอบเขตที่จะต้องตราเป็นรัฐบัญญัติก็จะอยู่ในลำดับชั้นเดียวกับรัฐบัญญัติ กฎหมายของฝ่ายบริหารที่อยู่ในลำดับชั้นรองลงมา คือ รัฐกฤษฎีกา ที่ตราขึ้นตามมาตรา 37 อันเป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารในการตรากฎหมายเพื่อการบริหารประเทศได้ในเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตในการ

<sup>7</sup> ยงยุทธ อนุกุล, "สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 91 - 101.

ตรากฎหมายของรัฐสภาตามมาตรา 34 นอกจากนี้ รัฐสภายังสามารถมอบอำนาจไว้ในรัฐบัญญัติที่ตราขึ้นเพื่อให้ฝ่ายบริหารสามารถตรากฎเพื่อขยายความรัฐบัญญัติ หรือเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติได้ นอกเหนือจากนี้ ฝ่ายบริหารเองก็สามารถออกกฎเกณฑ์ของตนเองเพื่อใช้ในการบริหารงานอันได้แก่กฎเกณฑ์ ข้อบังคับ หรือระเบียบภายในของหน่วยงานของฝ่ายบริหารต่างๆ เป็นต้น นอกจากนี้ กฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยองค์กรกระจายอำนาจ (collectivités décentralisées) ซึ่งถือว่าเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร ไม่ว่าจะเป็นการกระจายอำนาจตามกิจการ เช่น รัฐวิสาหกิจต่างๆ หรือมหาวิทยาลัย หรือองค์กรกระจายอำนาจตามเขตแดน ได้แก่ องค์กรปกครองท้องถิ่นรูปแบบต่างๆ ก็มีอำนาจในการที่จะออกข้อบังคับ ระเบียบ ประกาศ หรือกฎเกณฑ์ต่างๆ ได้เท่าที่กฎหมายจัดตั้งให้อำนาจเช่นกัน<sup>8</sup>

สำหรับกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารที่เรียกว่ากฎนั้น ในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสก็ได้มีการแบ่งลำดับชั้นของกฎดังกล่าวด้วย กล่าวคือ กฎที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองที่มีอำนาจเหนือกว่าย่อมมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองที่มีฐานะต่ำกว่า ได้แก่ กฎของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ของนายกรัฐมนตรี ของรัฐมนตรีของผู้ว่าราชการจังหวัดและของนายกเทศมนตรีในท้ายที่สุดตามลำดับ<sup>9</sup> ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือว่า กฎที่ออกโดยฝ่ายบริหารเป็นการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่เจาะจงตัวบุคคล โดยหลักกฎหมายแล้วกฎจะต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ กฎจะมีผลใช้บังคับต่อผู้ที่อยู่ใต้บังคับของกฎได้ต่อเมื่อมีการประกาศแล้ว และกฎไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้อยู่ใต้บังคับของกฎที่จะให้ใช้กฎนั้นบังคับตลอดไปเพื่อประโยชน์ของตน กฎของฝ่ายบริหารนี้จะอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง

### 3.1.2 วิธีการฟ้องเพิกถอนกฎ

ในประเทศฝรั่งเศสกฎของฝ่ายบริหาร (règlement) ต่างจากรัฐบัญญัติ (loi) เพราะกฎของฝ่ายบริหารอาจถูกโต้แย้งในศาลได้ ระบบกฎหมายที่ใช้กับ "กฎ" ที่ออกโดยฝ่ายบริหารนั้นแตกต่างจากการตราบัญญัติโดยสิ้นเชิง ถึงแม้รัฐธรรมนูญจะสร้างกลไกการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติไว้ โดยให้เป็นอำนาจการตรวจสอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (conseil constitutionnel) แต่ก็เป็นลักษณะการควบคุม "ก่อน" การใช้บังคับกฎหมาย ถ้าเมื่อใดรัฐบัญญัติได้ประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายไปแล้ว ก็จะมีผลใช้บังคับเป็นการถาวรในทันทีและไม่อาจโต้แย้งต่อไปได้ ซึ่งตรงกันข้ามกับกฎ ไม่ว่ากฎนั้นจะออกโดยฝ่ายปกครองลำดับชั้นสูงสุด

<sup>8</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส : ข้อคิดเพื่อปรับปรุงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญของไทย, หน้า 126 - 128.

<sup>9</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส แปลและเรียบเรียงจาก Droit Administratif 17e EDITION Dalloz, 1998 Jean Rivero et Jean Waline, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 76 - 77.

เพียงใด ก็ยังอาจถูกเพิกถอนได้โดยศาลปกครอง หากกฎนั้นขัดแย้งกับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า เช่น ขัดกับรัฐธรรมนูญ หรือขัดกับรัฐธรรมนูญ หรือแม้แต่ขัดกับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลใช้บังคับกับระบบกฎหมายฝรั่งเศส<sup>10</sup>

การโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎต่อศาลปกครอง อาจกระทำได้ 2 วิธี

**3.1.2.1 การฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (recours pour excès de pouvoir)<sup>11</sup>** การฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจเป็นการฟ้องเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองก็ได้ ในส่วนของกฎมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิกถอนกฎโดยตรงซึ่งจะต้องยื่นฟ้องภายใน 2 เดือน นับแต่วันที่ประกาศใช้กฎนั้น และเนื่องจากในประเทศฝรั่งเศสได้ใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ในความหมายอย่างกว้างซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง” ดังนั้น ในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส จึงไม่ได้แยกความแตกต่างในการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนกฎกับการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองออกจากกัน<sup>12</sup> โดยถือเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเพิกถอน การฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนกฎในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเป็นการฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาว่ากฎไม่ชอบด้วยกฎหมาย และให้ศาลมีคำพิพากษาให้เพิกถอนกฎหรือเรียกคดีประเภทนี้ว่าคดีที่ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอน (contentieux d'annulation) ซึ่งศาลจะมีอำนาจจำกัดเพียงการสั่งเพิกถอนกฎที่ปรากฏต่อศาลว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่มีอำนาจอื่น ๆ เช่น การสั่งให้ชดใช้เงินดังเช่นในคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (contentieux de pleine juridiction) อย่างไรก็ดีแม้อำนาจของศาลปกครองในคดีประเภทนี้จะมีจำกัด แต่ในแง่ขอบเขตอำนาจของศาลปกครองถือว่าศาลปกครองมีอำนาจทั่วไป ในการสั่งเพิกถอนนิติกรรมของฝ่ายปกครองซึ่งได้แก่กฎและคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายกำหนด ซึ่งศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเคยตัดสินวางหลักไว้ว่า คำฟ้องที่โต้แย้งนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวทุกคำฟ้องอยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสที่จะรับไว้พิจารณาได้ แม้จะไม่มีกฎหมายกำหนด ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลปกครองได้ตรวจสอบนิติกรรมดังกล่าวว่าทำโดยสอดคล้องกับกฎหมายที่มีอยู่หรือไม่ ซึ่งถือเป็นหลักประกันให้แก่หลักความชอบด้วยกฎหมายได้เสมอ เว้นแต่มีกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น หากรัฐธรรมนูญกำหนดยกเว้นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองไว้ในลักษณะที่อาจกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิฟ้องคดีของประชาชน กฎหมายฉบับนั้นอาจถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

<sup>10</sup> ปียะศาสตร์ ไชว์พันธุ์, “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองฝรั่งเศส,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 5, 2 (พฤษภาคม - สิงหาคม 2548) : 19.

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

<sup>12</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “กระทำการทางปกครอง,” ใน รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์, สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545), หน้า 162.

โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ กล่าวโดยสรุปได้ว่าคดีฟ้องขอให้เพิกถอนกฎ มุ่งให้กฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นผล

**3.1.2.2 การฟ้องโดยยกข้ออ้างว่ากฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายในคดีที่ฟ้องโต้แย้งคำสั่งหรือมาตรการที่ออกโดยอาศัยอำนาจของกฎนั้น (exception d'illégalité)** เป็นการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยอ้อม ซึ่งกระทำได้ตลอดทุกเมื่อไม่มีกำหนดเงื่อนไขระยะเวลาฟ้องคดี เป็นการยกข้ออ้างความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎขึ้นมาในคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งหรือมาตรการที่ออกโดยอาศัยอำนาจของกฎนั้น การฟ้องคดีนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อโต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎ เช่นเดียวกันกับการฟ้องคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (recours pour excès de pouvoir) แต่มีข้อที่ต่างกันอยู่ในเรื่องวัตถุประสงค์เริ่มแรกในการฟ้องคดี กล่าวคือ ในขณะที่การฟ้องคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีวัตถุประสงค์เริ่มแรกเพื่อเพิกถอนกฎโดยตรง แต่ในกรณีการหยิบยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎขึ้นมาในคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งหรือมาตรการที่ออกโดยอาศัยอำนาจของกฎนั้น (exception d'illégalité) เป็นการโต้แย้งกฎโดยอ้อม ที่มีการยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในคดีหลักที่มีการฟ้องร้องกันในประเด็นอื่น ในคดีปกครองการโต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎในกรณีนี้เป็นเพียงการหยิบยกข้อต่อสู้ (un moyen) ขึ้นมาเป็นประเด็นในคดี ซึ่งอาจยกขึ้นมาในคำฟ้องหรือคำให้การก็ได้ ในส่วนของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีอาจอ้างว่าคำสั่งของฝ่ายปกครองที่ถูกโต้แย้งเป็นคดีนี้ เป็นคำสั่งที่อาศัยฐานทางกฎหมายจากกฎที่ออกโดยมิชอบหรือเป็นกฎที่มีเนื้อความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นกฎที่มีข้อบกพร่องอื่นใดอันอาจถูกเพิกถอนได้

การโต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎในลักษณะนี้ ไม่อาจนำมาใช้ในการโต้แย้งคำสั่งที่มีผลเฉพาะรายซึ่งเป็นที่สุดแล้ว คำสั่งเช่นนี้ได้แก่คำสั่งที่มีได้ถูกโต้แย้งภายในอายุความการฟ้องคดี (2 เดือน) อันมีผลให้คำสั่งนั้นมีผลตามกฎหมายต่อไปแม้จะเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักเรื่องการไม่อาจโต้แย้งคำสั่งทางปกครองอันเป็นที่สุดแล้วได้ แต่ถ้าเป็นกรณีของกฎแล้ว สามารถอ้างเป็นข้อต่อสู้ได้และหยิบยกขึ้นมาได้โดยไม่มีเงื่อนไขเรื่องระยะเวลา กรณีเช่นนี้จึงเป็นข้อยกเว้นของหลักเรื่องการไม่อาจโต้แย้งคำสั่งทางปกครองอันเป็นที่สุดแล้วได้<sup>13</sup>

### 3.1.3 เขตอำนาจศาลในคดีฟ้องเพิกถอนกฎ

ถึงแม้ว่าศาลทุกศาลจะมีอำนาจในการตีความกฎ แต่มีเพียงศาลปกครองเท่านั้นที่มีอำนาจเพิกถอนกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สำหรับศาลยุติธรรมโดยทั่วไปแล้วไม่มีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของกฎ แต่ถ้าความชอบด้วยกฎหมายของกฎเป็นประเด็นสำคัญในคดีศาลยุติธรรมจะต้องส่งเรื่องให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณา แต่ในคดีอาญาศาลอาญามีอำนาจวินิจฉัย

<sup>13</sup> ปียะศาสตร์ ไชว์พันธ์, "การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองฝรั่งเศส," วารสารวิชาการศาลปกครอง 5, 2 : 23.



ได้ว่ากฎที่นำมาใช้ในการดำเนินการกระบวนการสืบสวนทางอาญา หรือกฎที่มีการอ้างเป็นข้อต่อสู้ตามข้อหา เป็นกฎอันมิชอบด้วยกฎหมาย

โดยหลักคำฟ้องขอให้เพิกถอนกฎโดยตรงจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ในฐานะเป็นศาลปกครองสูงสุดในกรณีที่กฎนั้นออกเป็นรัฐกฤษฎีกา หรือเป็นกฎที่ออกโดยรัฐมนตรีหรือองค์กรในระดับชาติในรูปคณะบุคคล ซึ่งในกรณีนี้ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือว่าเป็นข้อพิพาทที่มีความสำคัญเกินกว่าที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ส่วนการยื่นฟ้องกฎประเภทอื่นๆ ก็ต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น

ในกระบวนการพิจารณาของศาลปกครอง มีหลักประการหนึ่งว่า ศาลที่มีอำนาจพิจารณาได้ยอมเป็นศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยประเด็นอื่นๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับคดีนั้นด้วย (*le juge de l'action est juge de l'exception*) หลักการดังกล่าวจึงเป็นข้อยกเว้นการแบ่งแยกขอบอำนาจระหว่างศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสกับบรรดาศาลปกครองชั้นต้นอื่นๆ และด้วยเหตุนี้ศาลปกครองชั้นต้นซึ่งคดีกำลังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของตนจึงมีอำนาจวินิจฉัยประเด็นเกี่ยวเนื่องอันเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของรัฐกฤษฎีกาหรือกฎอื่นๆ ที่ออกโดยรัฐมนตรีได้ แม้โดยหลักแล้วเป็นอำนาจโดยตรงของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสก็ตาม

ในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนกฎ หากศาลเห็นว่ากฎไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะวินิจฉัยให้เพิกถอน โดยจะไม่ก้าวล่วงไปพิจารณาถึงความเหมาะสมของกฎ เมื่อศาลเพิกถอนกฎที่ออกโดยฝ่ายบริหารที่ไม่ชอบ ศาลจะทำการออกกฎใหม่แทนฝ่ายบริหารไม่ได้ แต่อย่างไรก็ตามศาลปกครองอาจใช้วิธีการเขียนแนะนำท้ายคำพิพากษา (*directive*) ให้ฝ่ายปกครองกระทำตามในสิ่งที่ถูกภายหลังจากกฎถูกเพิกถอนแล้ว<sup>14</sup>

### 3.1.4 เงื่อนไขการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนกฎ

การฟ้องโต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎซึ่งถือเป็นคดีประเภทการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีวัตถุประสงค์เป็นการเปิดโอกาสให้แก่ประชาชนทั่วไปโต้แย้งการกระทำทางปกครองได้ทุกเรื่อง แม้ไม่มีตัวบทกฎหมายกำหนดไว้ โดยเฉพาะก็ตาม หลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขการรับคำฟ้องคดีโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองหรือกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหารซึ่งได้แก่ รัฐกำหนด รัฐกฤษฎีกา ประกาศกระทรวง ฯลฯ เป็นเงื่อนไขเดียวกับนิติกรรมทางปกครองที่เป็นคำสั่งทางปกครอง แต่ในกรณีการฟ้องโต้แย้งกฎหมายมีลักษณะที่ง่ายกว่าการโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง โดยเอกชนที่ถูกกระทบสิทธิหรืออาจถูกกระทบสิทธิหรือมีประโยชน์เกี่ยวข้องมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล ขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เห็นว่า

<sup>14</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "วิธีพิจารณาคดีปกครองในฝรั่งเศส," เอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร หลักสูตรหลักกฎหมายปกครอง : วิธีบัญญัติ, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 26 - 27 สิงหาคม 2530, หน้า 737.

ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่การที่ศาลจะรับคดีไว้พิจารณาได้หรือไม่จะเป็นไปตามเงื่อนไขในการฟ้องคดี ดังนี้

- (1) เงื่อนไขด้านเนื้อหาของกฎที่เป็นวัตถุแห่งคดี
- (2) เงื่อนไขด้านผู้มีสิทธิฟ้องคดีโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎ
- (3) เงื่อนไขด้านระยะเวลาการฟ้องคดี

#### 3.1.4.1 เงื่อนไขด้านเนื้อหาของกฎที่เป็นวัตถุแห่งคดี

วัตถุแห่งคดีที่ประชาชนจะฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายต่อศาลปกครองได้จะต้องเป็น “การกระทำทางปกครอง” ที่เกิดจากฝ่ายปกครอง ดังนั้น จึงไม่รวมถึงการกระทำของเจ้าหน้าที่ของทางนโยบายต่างประเทศ การกระทำนิติบัญญัติ หรือการกระทำทางตุลาการที่ไม่สามารถฟ้องคดีต่อศาลได้ การกระทำทางปกครองที่จะยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้จะต้องเป็นการกระทำที่มีผลไปยังภายนอกที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหาย (une décision faisant grief)

โดยทั่วไปแล้วฝ่ายปกครองของประเทศฝรั่งเศสสามารถกำหนดมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง (mesures d'ordre intérieur) เพื่อจัดระเบียบภายในและการปฏิบัติงานของหน่วยงาน ซึ่งมีทั้งในกรณีที่มาตรการภายในที่มีผลเป็นการทั่วไปได้แก่หนังสือเวียนหรือระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง และมาตรการภายในที่มีผลเป็นคำสั่งเฉพาะราย ซึ่งมาตรการภายในของฝ่ายปกครองโดยทั่วไปไม่อาจนำไปฟ้องเป็นคดีต่อศาลเพื่อขอให้สั่งเพิกถอน (recours en annulation) ได้ และมาตรการภายในดังกล่าวไม่อาจใช้เป็นที่มาหรือบ่อเกิดของความชอบด้วยกฎหมาย (sources de légalité) ของคำสั่งหรือคำวินิจฉัยที่มีผลกระทบต่อประชาชนได้

ในกรณีของกฎ ซึ่งหมายถึง การกระทำที่มีลักษณะวางกฎเกณฑ์เป็นการทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจง การที่ศาลปกครองจะรับคำฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎไว้พิจารณาได้หรือไม่ จะต้องพิจารณาว่ากฎที่ถูกโต้แย้งนั้นเป็นกฎที่ “วางหลักเกณฑ์” หรือเป็นเพียง “การอธิบายขยายความกฎเกณฑ์ที่มีอยู่แล้ว” จึงมีปัญหาว่หลักเกณฑ์บางประเภทที่มีลักษณะเป็นการตีความกฎหมายเป็นหนังสือเวียนภายในหน่วยงานจะถือเป็นกฎที่ฟ้องคดีต่อศาลได้หรือไม่

หนังสือเวียน คือ กฎเกณฑ์หรือระเบียบปฏิบัติที่หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองอาศัยอำนาจบังคับบัญชากำหนดให้ผู้ใต้บังคับบัญชาถือปฏิบัติในแนวทางเดียวกันในเรื่องเกี่ยวกับการตีความและการบังคับใช้รัฐบัญญัติและอนุบัญญัติต่าง ๆ ผลทางกฎหมายของหนังสือเวียนนั้นโดยหลักแล้วถือเป็นเอกสารภายในหน่วยงานทางปกครองที่มีผลผูกพันเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาที่จะต้องปฏิบัติตาม มิฉะนั้นจะมีผลทางวินัยตามมา แต่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประชาชน หนังสือเวียนนั้นนอกจากจะออกโดยมิได้อาศัยตามบทบัญญัติของรัฐบัญญัติแล้ว

ยังไม่มีผลบังคับตามบุคคลภายนอก จึงไม่อาจใช้ยันกับบุคคลภายนอก (ประชาชน) ได้ หนังสือเวียนเป็นเพียงมาตรการภายในหรือการเตรียมการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง โดยตัวหนังสือเวียนจึงมิได้ก่อให้เกิดสิทธิหรือกระทบสิทธิของประชาชน หนังสือเวียนมิใช่ที่มาหรือป่อเกิดของ “กฎหมาย” แต่หนังสือเวียนก่อให้เกิดหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาที่จะต้องปฏิบัติตาม ในช่วงแรก ศาลปกครองของฝรั่งเศสยอมรับว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ขัดแย้งกับหนังสือเวียนหรือฟ้องคดีขอให้เพิกถอนหนังสือเวียน (ที่กระทบสิทธิของตน) ได้ แต่ประชาชนไม่อาจฟ้องคดีเกี่ยวกับหนังสือเวียนได้เลยไม่ว่าในกรณีใด แต่ในปัจจุบัน ศาลปกครองของฝรั่งเศสแยกกรณีระหว่างหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการตีความหรืออธิบายกฎหมายกับหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ (Circulaires réglementaire) โดยศาลปกครองฝรั่งเศสได้กลับแนวคำวินิจฉัยเดิมในคดี *Institution Notre-Dame du Kreisker* ค.ศ. 1954 ว่า ถ้าเป็นหนังสือที่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ ประชาชนย่อมมีสิทธินำไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้เพิกถอนได้ ซึ่งในทางปฏิบัติ ศาลปกครองจะพิพากษาในเนื้อหาของคดีแล้วพิพากษาให้เพิกถอนหนังสือเวียนเช่นว่านี้เสมอเพราะเท่ากับว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐอาศัยหนังสือเวียน ซึ่งควรจะเป็นเรื่องภายในระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา มากำหนดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายทั้งๆ ที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้ แต่ถ้าหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการตีความหรืออธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการจัดองค์การหรือการดำเนินงานของหน่วยงานเจ้าหน้าที่ไม่มีสิทธินำไปฟ้องคดีต่อศาลได้ เว้นแต่หนังสือเวียนนั้นจะกระทบต่อสิทธิของเจ้าหน้าที่ของรัฐ<sup>15</sup>

แต่อย่างไรก็ตามยังมีหนังสืออีกประเภทหนึ่งที่เรียกว่า “แนวทางการออกคำสั่ง” (directives) ที่เป็นเอกสารที่หัวหน้าหน่วยงาน (โดยเฉพาะรัฐมนตรี) กำหนดแนวทางเป็นกรอบในการใช้ดุลพินิจของผู้ใต้บังคับบัญชาไว้เป็นการล่วงหน้าว่าควรใช้ดุลพินิจไปในทิศทางใดหรือควรออกคำสั่งที่มีเนื้อหาสาระเช่นใดเพื่อมิให้ผู้ใต้บังคับบัญชาใช้อำนาจออกคำสั่งที่แตกต่าง ลักลั่นในเรื่องเดียวกัน เดิมศาลปกครองฝรั่งเศสไม่ยอมรับ “แนวทางออกคำสั่ง” โดยเห็นว่าขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า ฝ่ายปกครองไม่อาจสละการใช้อำนาจดุลพินิจของตน โดยการจำกัดอำนาจของตนเองในเรื่องที่ตนมีอำนาจดุลพินิจได้ แต่ในคดี *Crédit Foncier de France* ค.ศ. 1970 ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสยอมรับว่าฝ่ายปกครองสามารถกำหนด “แนวทางการออกคำสั่ง” กำหนดแนวทางในการใช้ดุลพินิจของตนไว้เป็นการล่วงหน้าได้ โดยยอมรับว่าฝ่ายปกครองสามารถ

<sup>15</sup> ชาญชัย แสวงศักดิ์, “ข้อพิจารณาทางวิชาการเกี่ยวกับ “กฎ” ที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้พิพากษาเพิกถอนได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 7, 3 (กันยายน - ธันวาคม 2550) : 2 - 3.

อ้าง “แนวทางการออกคำสั่ง” เป็นเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองได้ ต่อมาเมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของ “แนวทางการออกคำสั่ง” ที่จะถือว่าเป็น “กฎ” ที่มีผลกระทบสิทธิหรือก่อให้เกิดสิทธิแก่ประชาชนหรือไม่ ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสก็ได้วินิจฉัยยืนยันในคดี *société géa* ค.ศ. 1973 ว่า “แนวทางการออกคำสั่ง” โดยตัวของมันเองมิได้ลักษณะเป็น “กฎ” สิ่งที่กระทบสิทธิของประชาชนก็ยังคงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยอาศัย “แนวทางการออกคำสั่ง” ดังนั้น ประชาชนจึงมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ประชาชนเห็นว่าไม่เป็นไปตาม “แนวทางการออกคำสั่ง” หรือขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกตาม “แนวทางการออกคำสั่ง” ที่ประชาชนเห็นว่า “แนวทางการออกคำสั่ง” นั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ประชาชนไม่มีสิทธิฟ้องขอให้เพิกถอน “แนวทางการออกคำสั่ง” ได้โดยตรงเพราะ “แนวทางการออกคำสั่ง” มิได้มีลักษณะเป็น “กฎ” จึงไม่มีผลเปลี่ยนแปลงสภาพทางสิทธิหรือหน้าที่ทางกฎหมายของประชาชนที่เกี่ยวข้อง<sup>16</sup>

### 3.1.4.2 ผู้มีสิทธิฟ้องคดีเพิกถอนกฎ

ในคดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (กฎหรือคำสั่งทางปกครอง) ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีจะต้องแสดงให้เห็นว่าตนมีความสามารถตามกฎหมายที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อปกป้องประโยชน์ของตน และแสดงให้เห็นว่าตนเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่จะกระทำเช่นนั้น ดังนั้น ผู้มีสิทธิฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้มีความสามารถในการใช้สิทธิทางศาล และจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียต่อการเพิกถอนกฎ ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสโดยทั่วไปการที่จะถือได้ว่าเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี ต้องประกอบด้วยลักษณะสำคัญ 2 ประการ ดังนี้<sup>17</sup>

1) บุคคลนั้นจะต้องเป็นผู้มีความสามารถตามที่กฎหมายกำหนด (*la capacité à ester en justice*) กรณีบุคคลธรรมดา (*personne physique*) ถือหลักว่าผู้ฟ้องคดีจะต้องมีชีวิตอยู่และจะต้องมีความสามารถตามกฎหมายแพ่ง เช่น บรรลุนิติภาวะ หากเป็นผู้เยาว์หรือผู้ไร้ความสามารถก็ให้ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาลเป็นผู้ดำเนินการฟ้องคดีแทน เป็นต้น กรณีนิติบุคคล (*personne morale*) แยกได้เป็นสองกรณี คือ นิติบุคคลในกฎหมายเอกชนจะต้องเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายและมีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายแล้ว โดยในการฟ้องคดีกรรมการผู้มีอำนาจจะเป็นผู้ดำเนินการฟ้องคดีในนามของนิติบุคคลนั้น นิติบุคคลในกฎหมายมหาชนสามารถเป็นโจทก์ฟ้องคดีได้หากมีฐานะเป็นนิติบุคคลและจะต้องมีกฎหมายระบุไว้อย่างชัดเจน เช่น บรรดาราชการบริหารส่วนท้องถิ่นต่างๆ ซึ่งนายกเทศมนตรีหรือประธานสภาจังหวัดเป็น

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

<sup>17</sup> นันทวัฒน์ บรรมานันท์, “ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองของฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 1 (2534) : 125 - 133.

ผู้มีความสามารถในการฟ้องคดีแทนราชการบริหารส่วนท้องถิ่นที่อยู่ในความรับผิดชอบของตน เป็นต้น

2) บุคคลนั้นจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสีย (l'intérêt à agir) หรือเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับนิติกรรมทางปกครองที่จะขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอน โดยต้องแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างสถานภาพทางกฎหมายของผู้ฟ้องคดีกับวัตถุประสงค์แห่งการฟ้องคดี โดยผู้จะนำคดีประเภทนี้มาฟ้องจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงและเฉพาะเจาะจง (intérêt direct et personnel) อันเกิดจากนิติกรรมทางปกครองที่นำมาฟ้องขอให้เพิกถอนนั้น และส่วนได้เสียโดยตรงและเฉพาะเจาะจงดังกล่าวจะต้องเกิดขึ้นแล้วและมีอยู่ในปัจจุบันขณะที่ฟ้องคดี (intérêt et actuel) แต่อย่างไรก็ตามศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสก็ไม่ได้ถือหรือตีความในเรื่องของผู้มีสิทธิฟ้องคดีโดยเคร่งครัด เห็นได้จากการที่ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้เคยวินิจฉัยไว้ว่าหากสถานภาพทางกฎหมายของผู้ฟ้องคดีจะต้องถูกกระทบกระเทือนอย่างแน่นอนในอนาคต ก็ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือเป็นผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องที่จะฟ้องคดีได้แล้ว สำหรับความเสียหายทางจิตใจ (intérêt moral) ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วางหลักไว้ว่าความเสียหายทางจิตใจนั้นจะต้องเป็นความเสียหายที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงโดยตรง และแน่นอนจึงจะมีสิทธิฟ้องคดีได้

ความจำเป็นที่ต้องวางหลักเกณฑ์กำหนดผู้มีสิทธิฟ้องคดีก็เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้มีการฟ้องคดีที่กระทำโดยใคร ๆ ก็ได้ ซึ่งจะเป็นการเปิดช่องให้มีการใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลเกินขอบเขต โดยที่การฟ้องคดีปกครองเริ่มจากปรัชญาในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ใช่การฟ้องระหว่างตัวบุคคลกับตัวบุคคล ด้วยเหตุนี้เกณฑ์ที่ศาลปกครองซึ่งศาลใช้จึงเป็นเพียงการพิจารณาถึงประโยชน์เกี่ยวข้องหรือประโยชน์ได้เสียเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาตัวผู้มีสิทธิฟ้องคดี<sup>18</sup> ซึ่งเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ในการกำหนดความสัมพันธ์ดังกล่าวจะต้องคำนึงว่ามีใช่เป็นการจำกัดให้แคบเพียงแต่ผู้ทรงสิทธิหรือต้องเกิดความเสียหายต่อผู้ฟ้องคดีก่อนจึงจะฟ้องคดีได้ ซึ่งอาจจะเป็นการตัดสิทธิผู้เสียหายและไม่อาจฟ้องคดีได้ หรือไม่สมเหตุผลสมผลในการปกป้องคุ้มครองสิทธิ เช่นกรณีที่ศาลปกครองฝรั่งเศสพิพากษาว่า คณงานของโปรตุเกสมีสิทธิฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับคณงานชาวต่างชาติ ที่ได้แก้ไขเงื่อนไขการออกกฎและต่ออายุบัตรประจำตัวคณงานและบัตรประจำผู้มีสิทธิอยู่อาศัยในฝรั่งเศส คณงานซึ่งเป็นผู้ฟ้องคดีได้เป็นผู้ถือบัตรดังกล่าวอยู่แล้ว ศาลจึงเห็นว่าข้อเท็จจริงเพียงว่า หากจะมีการต่ออายุบัตรแล้วบทบัญญัติตามกฎดังกล่าวก็จะใช้บังคับกับโจทก์จึงเป็นข้อเท็จจริงที่เพียงพอแล้วที่จะถือได้ว่าโจทก์เป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์เกี่ยวข้องที่จะเพิกถอนกฎดังกล่าวได้<sup>19</sup> และศาลปกครองฝรั่งเศสได้ยอมรับ

<sup>18</sup> บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, "ประเภทคดีปกครองและผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองแต่ละประเภท," ใน รวมบทความทางวิชาการ กฎหมายปกครอง ภาควิชาบัญญัติและกฎหมายอื่น เล่ม 3, สำนักงานศาลปกครอง : (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 49.

<sup>19</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 53.

อย่างเปิดกว้างว่าประโยชน์เกี่ยวข้องหรือประโยชน์ได้เสีย อาจมีได้ทั้งลักษณะในทางวัตถุหรือในทางจิตใจก็ได้ ทั้งในเรื่องเฉพาะบุคคล (individu) หรือเป็นประโยชน์ที่เกี่ยวข้องร่วมกัน (intérêt collectif) ก็ได้ แต่ขณะเดียวกันประโยชน์ที่เกี่ยวข้องดังกล่าวจะต้องมีอยู่จริง (réel) มีลักษณะที่ขอบธรรมได้สัดส่วนเหมาะสมกับสิ่งที่ร้องขอ และประโยชน์เกี่ยวข้องหรือประโยชน์ได้เสียนี้อาจมีเพียงบางส่วนก็ได้ไม่จำเป็นต้องมีทั้งหมด เช่น สมาพันธ์ซึ่งเป็นตัวแทนของข้าราชการพลเรือนถือว่าเป็นผู้มีอำนาจฟ้องโต้แย้งกฤษฎีกาเกี่ยวข้องอัตราเงินเดือนของข้าราชการก็แต่ในแง่ที่ว่ากฤษฎีกานั้นใช้บังคับข้าราชการพลเรือนเท่านั้น แต่ไม่สามารถเป็นผู้ฟ้องคดีในส่วนที่เกี่ยวกับข้าราชการทหารหรือเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครอง

อย่างไรก็ตาม “ประโยชน์เกี่ยวข้อง” ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นนิติบุคคลหรือคณะบุคคล จะมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น แยกได้เป็น 2 กรณี<sup>20</sup> ได้แก่

### 1) กรณีนิติบุคคลเป็นผู้ฟ้องคดี

1.1) การฟ้องคดีในเรื่องเกี่ยวกับนิติบุคคล เมื่อนิติบุคคลเป็นบุคคลประเภทหนึ่งในทางกฎหมาย จึงมีสิทธิและหน้าที่ของตนได้ เมื่อมีเหตุกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ดังกล่าว นิติบุคคลย่อมสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้ ซึ่งตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส บรรดาสมาคมหรือสหภาพเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีเกี่ยวกับความมีอยู่ ทรัพย์สิน หรือเงื่อนไขต่างๆ ที่เกี่ยวกับการดำเนินการหรือกิจกรรมของตนได้

1.2) การฟ้องคดีในเรื่องที่เกี่ยวกับการปกป้องคุ้มครองประโยชน์ที่กำหนดในวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล ตามหลักกฎหมายของฝรั่งเศส ยอมรับให้สมาคมหรือสหภาพต่างๆ อาจฟ้องคดีเพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองประโยชน์ที่เป็นเหตุผลหลักในการจัดตั้งองค์กรของตนได้ โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ในทางสังคมที่กำหนดไว้ของสมาคมหรือสหภาพนั้นๆ เช่น การยอมรับให้องค์กรทางวิชาชีพเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีโต้แย้งมาตรการที่กระทบต่อสถานะทางอาชีพได้ หรือกรณีสมาคมที่มีวัตถุประสงค์คุ้มครองปกป้องสิ่งแวดล้อมก็มีสิทธิฟ้องคดีขอให้เพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างศูนย์พลังงานนิวเคลียร์ได้

ตามหลักกฎหมายของฝรั่งเศสที่ยอมให้นิติบุคคลเป็นผู้ฟ้องคดีได้เองนั้น เนื่องจากจะทำให้ปกป้องหลักความชอบด้วยกฎหมายได้อย่างกว้างขวางมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นกว่าการที่จะให้สมาชิกแต่ละคนของนิติบุคคลซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาดำเนินการฟ้องคดีเองโดยลำพัง และยังเปิดโอกาสให้บุคคลธรรมดาได้พึ่งพาอาศัยปกป้องประโยชน์ของตนด้วยการรวมตัวเป็นกลุ่มบุคคล เช่น บุคคลธรรมดาซึ่งเป็นผู้อาศัยอยู่ในตำบลแห่งหนึ่งไม่อาจฟ้องขอใบอนุญาตก่อสร้างและใบอนุญาตให้ยกเว้นการปฏิบัติตามกฎหมายผังเมืองได้ ในขณะที่สมาคมที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้มีการเคารพต่อหลักเกณฑ์ทางผังเมืองดังกล่าวสามารถฟ้องคดีดังกล่าวได้

2) กรณีคณะบุคคลที่ไม่เป็นนิติบุคคลเป็นผู้ฟ้องคดี ในประเทศฝรั่งเศส ยอมรับให้คณะบุคคลที่ไม่เป็นนิติบุคคลเป็นผู้ฟ้องคดีได้ เช่น สมาคมที่ยังไม่มีการแจ้งต่อทางการ

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 53.

ซึ่งยังไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล ไม่อาจฟ้องคดีจะให้ปกป้องคุ้มครองประโยชน์ของตนในทางทรัพย์สินได้ แต่อาจฟ้องคดีขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อาจกระทบกระเทือนต่อสมาชิกของตนได้

อนึ่ง คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสในปัจจุบันก็ได้ขยายขอบเขตการยอมรับในเรื่องคุณสมบัติของผู้มีส่วนได้เสียออกไปกว้างขวางกว่าเดิม โดยเฉพาะในกรณีการฟ้องโต้แย้งกฎ อย่างเช่น การที่อยู่ในฐานะผู้มีหน้าที่เสียภาษีคนหนึ่งก็ถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงที่จะฟ้องโต้แย้งมาตรการการจัดเก็บภาษีในท้องถิ่นได้แล้ว หรือการที่เป็นผู้มีถิ่นพำนักอยู่ในเขตเทศบาลแห่งหนึ่งก็สามารถโต้แย้งกฎข้อบังคับที่ออกโดยเทศบาลนั้นได้ การเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้งก็เป็นคุณสมบัติเพียงพอที่จะต้องโต้แย้งรัฐกฤษฎีกากำหนดให้มีการเลือกตั้งได้ การเป็นผู้ให้บริการสาธารณะก็อยู่ในฐานะที่จะโต้แย้งเงื่อนไขในการจัดการบริการสาธารณะเหล่านั้นได้ หรือในกรณีของสหภาพแรงงานก็ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่จะฟ้องโต้แย้งมาตรการต่างๆ ที่กระทบต่อสภาพการทำงานหรือสภาพทางจิตใจของผู้ใช้แรงงาน<sup>21</sup>

ข้อจำกัดที่สำคัญของสิทธิในการฟ้องโต้แย้งกฎ จะปรากฏอยู่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบรรดาข้าราชการ หรือคณะบุคคลที่ทำการแทนพวกเขาซึ่งอาจเป็นในรูปสมาคมหรือสหภาพ ที่ได้รับการยอมรับให้เป็นผู้มีส่วนได้เสียที่มีสิทธิฟ้องคดีแทนได้ในเรื่องที่กระทบต่อสถานภาพความเป็นข้าราชการ แต่สิทธิในการฟ้องคดีของบุคคลหรือคณะบุคคลดังกล่าวมีข้อจำกัดอยู่ว่า จะต้องไม่เป็นการโต้แย้งมาตรการที่เกี่ยวกับการจัดองค์การ การจัดโครงสร้างอำนาจหน้าที่ของหน่วยงาน เว้นแต่มาตรการเหล่านั้นจะกระทบต่อสถานภาพของพวกเขา

### 3.1.4.3 ระยะเวลาการฟ้องคดีโต้แย้งกฎ

ตามหลักกฎหมายของฝรั่งเศสถือว่า หลักเกณฑ์เรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีมีลักษณะเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (l'ordre public) ศาลมีหน้าที่อ้างยกเหตุดังกล่าวขึ้นเพื่อไม่รับคดีไว้พิจารณา และผู้ถูกฟ้องคดีอาจยกเรื่องนี้ขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอ โดยหลักระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสกำหนดในมาตรา 1 แห่งรัฐกฤษฎีกาเลขที่ 65-29 ลงวันที่ 11 มกราคม 1965 ซึ่งประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ก็ได้นำมาบัญญัติไว้ในมาตรา R.102 ซึ่งในปัจจุบันตรงกับมาตรา R.421 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (code de justice administrative) ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2001 โดยกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดี (délai) ให้มีกำหนด 2 เดือนนับจากวันที่มีการแจ้งหรือการประกาศนิติกรรมทางปกครอง<sup>22</sup> เว้นแต่กรณีจะมีกฎหมายเฉพาะกำหนดซึ่งอาจสั้น

<sup>21</sup> ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธ์, "การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองฝรั่งเศส," วารสารวิชาการศาลปกครอง 4, 2 : 26.

<sup>22</sup> บุญอนันต์ วรรณพาณิชย์, "อายุความหรือระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองตามกฎหมายไทยและกฎหมายฝรั่งเศส," ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 3 กฎหมายปกครอง ภาควิธีสบัญญัติและกฎหมายอื่น, สำนักงานศาลปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 170.

กว่า 2 เดือน เช่น การฟ้องโต้แย้งการเลือกตั้งท้องถิ่นของฝรั่งเศสมีระยะเวลาฟ้องคดีภายใน 5 วัน เพราะต้องการให้วินิจฉัยชี้ขาดอย่างรวดเร็ว เหตุผลที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีไว้เพียง 2 เดือนนั้นก็เพื่อให้นิติกรรมทางปกครองมีความมั่นคงไม่ตกอยู่ภายใต้ความไม่แน่นอนว่าจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ นานเกินไป<sup>23</sup> สำหรับการนับระยะเวลาฟ้องคดีตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เป็นเรื่องที่มีความสัมพันธ์โดยตรงกับวัตถุแห่งการฟ้องคดี (l'objet) กรณีนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎ ซึ่งมีผลบังคับเป็นการทั่วไป (l'acte réglementaire) ระยะเวลาการฟ้องคดีจะเริ่มนับแต่วันประกาศ (la publication) โดยระดับประเทศจะมีการประกาศในรัฐกิจจานุเบกษาหรือระดับท้องถิ่นจะประกาศในหนังสือที่คล้ายกับรัฐกิจจานุเบกษา

โดยหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือว่านิติกรรมทางปกครองใดที่ไม่ได้โต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในระยะเวลาฟ้องคดี นิติกรรมนั้นจะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลสมบูรณ์เด็ดขาดแล้ว (définitif) การจะขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวเพราะเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่อาจกระทำได้ แต่การไม่อาจฟ้องคดีได้เพราะล่วงพ้นระยะเวลาการฟ้องคดี ก็ไม่ได้หมายความว่านิติกรรมทางปกครองนั้นจะชอบด้วยกฎหมายในความเป็นจริง ดังนั้น กฎหมายปกครองฝรั่งเศสจึงยอมรับให้มีการกล่าวอ้างความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวได้ในการฟ้องคดี ซึ่งเป็นข้อยกเว้นประการหนึ่งในเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดี โดยความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวในทางคดีจำกัดเฉพาะในคดีนั้นเท่านั้น โดยกฎนั้นยังคงใช้บังคับกับบุคคลอื่นอยู่ ซึ่งกรณีการฟ้องโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎ (acte réglementaire) กฎหมายฝรั่งเศสถือว่าในการฟ้องคดีเรื่องหนึ่งใจท์ก็อาจยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอ<sup>24</sup> โดยเรื่องที่จะนำมาฟ้องจะต้องสัมพันธ์กับกฎในลักษณะที่ว่าคำสั่งที่ถูกโต้แย้งเป็นมาตรการอันหนึ่งจากการปรับใช้กฎ ซึ่งความชอบและไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้นขึ้นอยู่กับความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าว

ทั้งนี้ ในกรณีฟ้องขอให้เพิกถอนกฎนั้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1983 ได้มีการตรารัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 1983 ได้กำหนดวิถีทางที่จะให้มีการโต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎได้อยู่เสมอ โดยมาตรา 3 แห่งรัฐกฤษฎีกาดังกล่าวกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่พิจารณาคำขอให้มีการยกเลิก (abrogation) กฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่ากฎดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมายมาตั้งแต่ต้น หรือจะไม่ชอบด้วยกฎหมายในภายหลังเพราะข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไป หากฝ่ายปกครองปฏิเสธคำขอไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ผู้ขอ

<sup>23</sup> Jean Massot, "การบรรยายพิเศษ เรื่อง สิทธิการฟ้องคดีปกครองและอายุความการฟ้องคดีตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศส," วารสารวิชาการศาลปกครอง 2 (พฤษภาคม - สิงหาคม 2545) : 144 - 157.

<sup>24</sup> บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, "อายุความหรือระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองกฎหมายไทยและกฎหมายฝรั่งเศส," ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 3 กฎหมายปกครองภาควิธีบัญญัติและกฎหมายอื่น, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2548), หน้า 175.



ก็สามารถฟ้องคดีต่อศาลได้ภายในกำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีทั่วไป คือ 2 เดือน การฟ้องดังกล่าวมีผลเป็นการยกเลิกกฎ แต่ก็ต่างจากการฟ้องโต้แย้งกฎโดยตรงภายในระยะเวลาการฟ้องคดี เพราะกรณีนี้ศาลไม่อาจเพิกถอนให้มีผลย้อนหลังได้<sup>25</sup> ซึ่งแตกต่างกับการฟ้องคดีในกรณีนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ใช่กฎไม่ว่าคดีประเภทใดก็ตาม หากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวมีผลสมบูรณ์เด็ดขาดแล้ว จะยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมดังกล่าวขึ้นอ้างในการฟ้องคดีอีกเรื่องหนึ่งจะกระทำไม่ได้

### 3.1.5 การขอคุ้มครองชั่วคราว

ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือว่านิติกรรมทางปกครองที่ฝ่ายปกครองออกมาแล้วชอบด้วยกฎหมายเสมอจนถึงวันที่ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนซึ่งเรียกว่าหลักเอกสิทธิของฝ่ายปกครอง ดังนั้น โดยหลักแล้วการฟ้องคดีไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามนิติกรรมทางปกครอง แต่ต่อมาเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2000 มีการออกกฎหมายลดความเคร่งครัดของเอกสิทธิของฝ่ายปกครอง คือ หลักให้อำนาจศาลในการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ถูกฟ้อง ดังนั้น หากผู้ฟ้องคดีประสงค์ขอให้ศาลทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง ก็จะต้องขอให้ศาลใช้วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาโดยมีเงื่อนไข ดังนี้

1) คำฟ้องจะต้องมีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายข้ออ้างและหลักฐานหนักแน่นเพียงพอที่จะเห็นได้ว่านิติกรรมทางปกครองนั้นน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) การบังคับตามนิติกรรมทางปกครองนั้น จะก่อให้เกิดผลเสียหายยากแก่การที่แก้ไขภายหลังสำหรับผู้ฟ้องคดี จะต้องเป็นผลที่ไม่อาจเยียวยาแก้ไขได้ แนวบรรทัดฐานของศาลปกครองได้ปฏิเสธการทุเลาการบังคับในคดีที่ผู้ฟ้องคดีเพียงแต่เรียกค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินเท่านั้น โดยเห็นว่ากรณีดังกล่าวผู้ฟ้องคดีสามารถได้รับการเยียวยาในภายหลังได้เสมอด้วยการสั่งจ่ายเงินให้

3) ศาลจะไม่ใช้วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาสั่งทุเลาการบังคับ หากนิติกรรมที่ถูกฟ้องนั้นเป็นนิติกรรมที่ปฏิเสธคำขอของเอกชนเพราะหากให้ทุเลาการบังคับก็มีค่าเท่ากับศาลสั่งให้ฝ่ายปกครองอนุมัติหรืออนุญาต

4) การให้ทุเลาการบังคับหรือไม่เป็นดุลยพินิจของศาล แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏเงื่อนไขครบถ้วนที่ศาลจะสั่งทุเลาการบังคับแล้ว แต่ศาลอาจจะปฏิเสธที่จะสั่งทุเลาการบังคับได้ตรงกันข้ามถ้าเงื่อนไขไม่ครบถ้วน ศาลไม่มีสิทธิใช้ดุลยพินิจต้องปฏิเสธอย่างเดียว ในบางกรณีแม้จะปรากฏต่อศาลในชั้นทุเลาการบังคับว่านิติกรรมทางปกครองนั้นน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจก่อให้เกิดผลที่ไม่อาจแก้ไขเยียวยาแก้ไขได้ในภายหลัง ศาลปกครองก็อาจไม่สั่งทุเลาการบังคับตามนิติกรรมทางปกครองได้ เมื่อปรากฏว่าการสั่งไม่ทุเลาการบังคับมีเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ

<sup>25</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 176.

ในทางปฏิบัติศาลปกครองจะสั่งทุเลาการบังคับภายใต้เงื่อนไขที่เข้มงวด เพราะการสั่งทุเลาการบังคับคดีไม่สอดคล้องกับบทบาทของศาลปกครองที่อยู่ภายใต้หลักการไม่ก้าวล้ำเข้าไปในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ศาลจะไม่ทำตัวเป็นฝ่ายปกครองเสียเอง

หนึ่งในระบบกฎหมายฝรั่งเศส นอกจากกระบวนการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองแล้ว ยังมีกระบวนการพิจารณาคดีโดยเร่งด่วนโดยใช้คำ “มาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษา” แต่มีใช้มาตรการที่จะใช้ในการฟ้องโต้แย้งกฎ จึงไม่ขอก้าวในรายละเอียด โดยจะกล่าวพอสังเขปดังนี้<sup>26</sup>

**1) มาตรการก่อนการพิพากษา-ห้ามการกระทำไว้ก่อน (référé - suspension)**  
โดยมีเงื่อนไขคือจะต้องมีความเร่งด่วนฉุกเฉิน (urgence) โดยผู้ฟ้องคดีจะแสดงให้เห็นว่านิติกรรมทางปกครองที่ถูกโต้แย้ง จะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงโดยทันทีต่อประโยชน์หรือสถานะของผู้ร้องหรือต่อประโยชน์สาธารณะที่ผู้ร้องต้องการพิทักษ์ ซึ่งประโยชน์นี้อาจเป็นประโยชน์ทางการเงิน และต้องมีข้อสงสัยเป็นอย่างมาก (doute sérieux) ว่านิติกรรมทางปกครองนั้นมีแนวโน้มจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ในกรณีนิติกรรมทางปกครองที่เป็นการปฏิเสธ ศาลไม่อาจสั่งให้ประโยชน์หรืออนุญาตในสิ่งที่ขอได้ แต่สามารถกำหนดมาตรการชั่วคราวได้ เช่น บังคับฝ่ายปกครองให้พิจารณาคำขอใหม่ หรืออนุมัติใบอนุญาตให้เป็นการชั่วคราว

**2) มาตรการก่อนการพิพากษา-เสรีภาพ (référé - liberté)** กระบวนการนี้ถือเป็นมาตรการยกเว้นทำให้ศาลปกครองสามารถออกคำสั่งกำหนดมาตรการทุกอย่างที่จำเป็นเพื่อพิทักษ์เสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนที่ถูกกลั่นแกล้งโดยฝ่ายปกครอง โดยมีเงื่อนไขว่าต้องมีความเร่งด่วนอย่างยิ่งว่าจำเป็นจะต้องได้รับการปกป้องโดยศาลและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนถูกระทบอย่างรุนแรงและเห็นได้ว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น เสรีภาพในการเดินทาง กรณีการปฏิเสธการออกหนังสือเดินทาง

**3) มาตรการก่อนการพิพากษาอื่น ๆ** เช่น มาตรการก่อนพิพากษากรณีสั่งห้ามกระทำต่อไป (référé conservatoire) กระบวนการนี้ให้อำนาจศาลปกครองในการกำหนดมาตรการที่จำเป็นเพื่อรักษาสถานะบางอย่าง เช่น ก่อห้ามก่อสร้าง หรือการขับไล่ผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์สาธารณะโดยไม่ชอบ หรือมาตรการให้สืบพยานไว้ก่อนการพิจารณา (référé constat) กรณีศาลปกครองสามารถออกคำสั่งให้ผู้เชี่ยวชาญเข้าสืบพยานข้อเท็จจริงหรือสถานะบางอย่างซึ่งส่งผลทางกฎหมาย เพื่อนำความเห็นเสนอต่อศาล (procès - verbal)

<sup>26</sup> Mlle Célia Varot, “การทุเลาคำบังคับ,” ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 3 : กฎหมายปกครอง ภาควิธีสบัญญัติและกฎหมายอื่นๆ, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 269 - 272.

### 3.1.6 หลักเกณฑ์ที่ศาลนำมาใช้ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎ

#### 3.1.6.1 เหตุที่ใช้ในการเพิกถอนกฎ

ในการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองไม่ว่าจะเป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครอง จะมีเหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอน (cas d'ouverture) ซึ่งหมายถึงเหตุที่ผู้ฟ้องคดีต้องยกขึ้นเป็นเหตุสนับสนุนคำขอท้ายฟ้องของตนเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองและก็เป็นเหตุที่ศาลยกขึ้นใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (recours pour excès de pouvoir) ซึ่งจะต้องแสวงหาข้อเท็จจริงแล้วรับฟังเป็นยุติว่ามีเหตุที่สามารถใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่พิพาทหรือไม่

เหตุแห่งการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ฝ่ายปกครองทำเกินอำนาจนั้น โดยทั่วไปแล้วมี 4 ประการที่จะเป็นเครื่องชี้ให้เห็นว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เหตุทั้ง 4 ประการได้แก่

- 1) กระทำโดยไม่มีอำนาจ (Incompétent)
- 2) กระทำโดยผิดรูปแบบ (violation des formes หรือ vice de forme)
- 3) การบิดเบือนการใช้อำนาจ (détournement de pouvoir)
- 4) การฝ่าฝืนกฎหมาย (violation de le loi)

การแบ่งประเภทเหตุแห่งการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองออกเป็น 4 ประเภท ดังกล่าวข้างต้นมีที่มาจากวิวัฒนาการของการพิจารณาคดีที่มีมาในอดีต<sup>27</sup>

อย่างไรก็ตามเหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ยังมีวิธีการแบ่งแยกได้เป็น 2 เหตุ ได้แก่<sup>28</sup>

- 1) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก (l'illégalité externe) ประกอบด้วย
  - 1.1) การกระทำโดยปราศจากอำนาจ (Incompétence)
  - 1.2) การกระทำที่ไม่ต้องตามแบบของกฎหมาย (vice de forme)
  - 1.3) การกระทำที่ไม่ต้องตามขั้นตอนวิธีการของกฎหมาย (vice de procédure)
- 2) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน (l'illégalité interne) ประกอบด้วย
  - 2.1) กระทำโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi)
  - 2.2) กระทำโดยบิดเบือนอำนาจหรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de pouvoir ou de procédure)

<sup>27</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชนจำกัด, 2547), หน้า 163 - 164.

<sup>28</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, "เหตุผลในการพิพากษาคดีปกครองประเภทต่าง ๆ," เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตร พนักงานคดีปกครอง รุ่นที่ 8, สำนักงานศาลปกครอง, หน้า 8. (อัดสำเนา)

การจัดแบ่งประเภทเหตุแห่งการขอให้ศาลเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก่อให้เกิดประโยชน์ในทางปฏิบัติ โดยหลักศาลจะพิจารณาเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายไปตามลำดับโดยจะดูจากเหตุภายนอกก่อนเหตุภายใน และศาลยังสามารถใช้เหตุภายนอกและภายในมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาทางวิธีสบัญญัติว่า กรณีใดถือเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (d'ordre public) ซึ่งศาลหยิบยกได้เอง หรือผู้ฟ้องคดีขอให้เพิกถอนก็สามารถหยิบยกได้ทุกขณะ แม้มิได้มีการว่ากล่าวในศาลปกครองชั้นต้นได้

การแบ่งเหตุที่ใช้ในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเป็น 2 ประเภท คือ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก และความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน มีรายละเอียดสรุปได้ดังนี้

### ประเภทที่หนึ่ง เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก

#### 1.1 การกระทำโดยปราศจากอำนาจ หรือการกระทำโดยไม่มีอำนาจ

การกระทำโดยไม่มีอำนาจ (l'incompétence) เป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากบุคคลผู้มีหน้าที่ในการทำนิติกรรมทางปกครองนั้นไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะทำ โดยนิติกรรมทางปกครองนั้นอาจเกิดขึ้นได้แต่เป็นอำนาจของบุคคลอื่น

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้อาจเป็นไปได้หลายรูปแบบ โดยนิติกรรมทางปกครองนั้นอาจทำขึ้นโดยผู้ที่ไม่ได้เป็นเจ้าของที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งในกรณีดังกล่าวถือว่านิติกรรมทางปกครองไม่เป็นแต่เป็นเพียงโมฆะ (nul) เท่านั้น แต่ยังคงถือว่าไม่เคยเกิดขึ้นเลย (inexistent) หรืออาจเป็นกรณีที่นิติกรรมทางปกครองทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนหนึ่งซึ่งเข้าไปใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น เช่น นายกเทศมนตรีมีคำสั่งอันเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของสภาเทศบาล เป็นต้น

การกระทำโดยไม่มีอำนาจนี้ถือเป็นเหตุร้ายแรงที่สุดของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นของความไม่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการโดยข้อเท็จจริง (la théorie du fonctionnaire de fait) กล่าวคือ ในบางกรณีอาจยอมรับได้ว่าการที่บุคคลคนหนึ่งที่ถูกแต่งตั้งเข้าไปทำงานในฝ่ายปกครองโดยไม่ถูกต้อง (irrégulièrement) โดยไม่ทราบว่าการแต่งตั้งตนนั้นไม่ถูกต้อง อาจทำนิติกรรมทางปกครองที่มีผลใช้บังคับได้ในสองกรณีด้วยกัน กรณีแรกคือ ในสภาพการณ์ปกติเป็นกรณีที่สาธารณชนไม่สามารถรับทราบได้ว่า เจ้าหน้าที่ที่ตนเข้าไปติดต่อนั้นไม่ได้เป็นเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจในกรณีดังกล่าว การกระทำของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นถือเสมือนเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจนกว่าจะมีการเพิกถอนการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ผู้นั้น กรณีต่อมาคือ ในสภาพการณ์พิเศษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยามสงครามเอกชนอาจเข้ามาปฏิบัติหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะแทนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เนื่องจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจพิเศษตามกฎหมายไม่สามารถทำหน้าที่นั้นได้ การกระทำต่าง ๆ ของเอกชนนั้นซึ่งรวมถึงการทำนิติกรรมทางปกครองทั้งหลายถือว่าใช้บังคับได้เช่นเดียวกับการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

ผู้มีอำนาจนั้น<sup>29</sup> โดยปกติการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจโดยบุคคลคนเดียวหรือในรูปของคณะกรรมการย่อมเป็นการใช้อำนาจในนามของนิติบุคคลมหาชนซึ่งจะมีกฎหมายกำหนดให้อำนาจและวางขอบอำนาจไว้ แต่ศาลปกครองยอมรับว่าอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะมีที่มาจากจารีตประเพณีได้ด้วย เช่น อำนาจในการวางระเบียบแบบแผนของรัฐมนตรีเพื่อให้การปฏิบัติงานของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ที่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบเป็นไปด้วยดี การกระทำโดยปราศจากอำนาจนั้นถือเป็นเหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ศาลตรวจสอบอย่างเคร่งครัด เพราะเป็นเหตุที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยที่ศาลหรือผู้ฟ้องสามารถหยิบยกได้ทุกขณะเพราะเรื่องอำนาจถือเป็นรากฐานของกฎหมายมหาชนที่จะกำหนดว่าองค์กรใดมีอำนาจเช่นใด และต้องการให้เจ้าหน้าที่ทุกองค์กรเคารพข้อห้ามที่จะไม่ให้ฝ่ายปกครองกระทำการเกินอำนาจ อันจะเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ มาตรการทั่วไปที่นำมาใช้ในการเยียวยาการกระทำที่มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการกระทำโดยปราศจากอำนาจ คือ การเพิกถอนกฎฉบับนั้นๆ เสีย และมีบางกรณีที่ศาลปกครองใช้มาตรการที่รุนแรงกว่าการเพิกถอนนั้นคือ การวินิจฉัยว่า การกระทำหรือกฎนั้นไม่เคยมีอยู่เลย (acte inexistant)

ความหมายของนิติกรรมทางปกครองที่กระทำลงไปโดยปราศจากอำนาจอันจะเป็นเหตุให้ถูกเพิกถอนได้นั้น สามารถพิจารณาได้หลายแง่มุมในความหมายอย่างแคบและเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ก็คือกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำลงไปโดยไม่เคารพหลักเกณฑ์ในเรื่องอำนาจกระทำการ เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองออกกฎที่ตนเองไม่มีอำนาจที่จะทำหรือเกินขอบอำนาจ แต่ในความหมายอย่างกว้าง ซึ่งศาลปกครองยอมรับในเรื่องการกระทำโดยปราศจากอำนาจว่าหมายความรวมถึงฝ่ายปกครองยกข้ออ้างโดยสำคัญผิดว่าไม่มีอำนาจขึ้นเพื่อปฏิเสธการออกกฎ ซึ่งการปฏิเสธการดำเนินนิติกรรมทางปกครองก็ถือเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่ง ส่วนกรณีการใช้อำนาจย้อนหลังหรือสละสิทธิที่จะใช้อำนาจก็ถือเป็นกรณีที่ศาลปกครองถือว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจทั้งสิ้น แต่หากกรณียังเป็นที่ยังสงสัยถึงตัวผู้มีอำนาจกระทำ กรณีผู้ลงนามไม่มีอำนาจแต่ได้ลงนามโดยได้รับคำสั่งจากผู้มีอำนาจ ถ้าไม่ใช่เป็นการที่มอบอำนาจโดยชอบแล้ว ศาลจะถือว่าเป็นการกระทำที่ปราศจากอำนาจ แม้จะได้รับสัตยาบันจากผู้มีอำนาจก็ตาม โดยหลักแล้วการให้สัตยาบันต่อการกระทำที่ปราศจากอำนาจไม่อาจทำให้การกระทำดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายขึ้นมา

ในทางวิชาการถือหลักการแบ่งประเภทการกระทำโดยปราศจากอำนาจออกเป็น 4 ประเภท<sup>30</sup> คือ

- 1) ปราศจากอำนาจเพราะคน
- 2) ปราศจากอำนาจเพราะเรื่อง

<sup>29</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 164 - 165.

<sup>30</sup> โภติน พลุกุล, "การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง", เอกสารประกอบโครงการอบรมนิติกรสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 26 - 27 สิงหาคม 2530, หน้า 71. (อัดสำเนา)

3) ปราศจากอำนาจเพราะสถานที่

4) ปราศจากอำนาจเพราะเวลา

**1) กรณีปราศจากอำนาจเพราะคน (ratione personal)** หมายถึง การกระทำทางปกครองเกิดจากบุคคลหรือองค์กรที่เป็นฝ่ายปกครองแต่ไม่มีอำนาจที่จะกระทำนั้น ในนามของนิติบุคคลแบ่งเป็น

1.1) การเข้าใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง โดยบุคคลที่ไม่ใช่ฝ่ายปกครอง หมายถึง นิติกรรมทางปกครองนั้นกระทำไปโดยบุคคลที่ไม่มีอำนาจ เพราะไม่ใช่ฝ่ายปกครอง หรือไม่ได้รับการแต่งตั้งหรือจากการดำรงตำแหน่งสิ้นสุดแล้ว

1.2) การใช้อำนาจฝ่ายปกครองในเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับหน้าที่ทางปกครอง หมายถึงการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่กระทำโดยไม่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของตนเลย โดยเข้าไปในขอบอำนาจของบุคคลอื่น เป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจอย่างแท้จริง ซึ่งจะมีผลทำให้นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่มีตัวตนอยู่ (acte inexistant) ซึ่งกรณีนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีตัวตน ส่งผลทางกฎหมาย 3 ประการ คือ

1.2.1) ความไม่มีตัวตนของนิติกรรมทางปกครองอาจถูกตรวจสอบได้ ไม่ว่าศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม

1.2.2) นิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีตัวตนนั้นอาจถูกเพิกถอน โดยฝ่ายปกครองเองโดยไม่ติดปัญหาเรื่องอายุความ

1.2.3) นิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีตัวตนอยู่ย่อมไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลใด ฉะนั้นจึงอาจถูกฟ้องต่อศาลได้ตลอดเวลา

**2) กรณีปราศจากอำนาจเพราะเรื่อง (ratione materiae)** หมายถึง การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจกระทำการในนามนิติบุคคลมหาชน แต่ไปสั่งการเรื่องที่อยู่ในอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายอื่น เช่น

2.1) ผู้ได้บังคับบัญชาล้งอำนาจของผู้บังคับบัญชา แต่กรณี ที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่สองคนทั้งผู้บังคับบัญชาและผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาหรือผู้อยู่ใต้การกำกับดูแลมีอำนาจกระทำในเรื่องเดียวกัน กรณีนี้จะถือว่าการกระทำของใครก็ชอบด้วยกฎหมาย เช่นในเรื่องความสงบเรียบร้อย ศาลปกครองถือหลักว่ากฎหมายให้อำนาจรักษาความสงบเรียบร้อย เฉพาะเรื่องแก่ผู้ใดไม่เป็นการห้ามผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายกเทศมนตรีที่จะกระทำการในทาง รักษาความสงบเรียบร้อยทั่วไปซึ่งตนมีอำนาจหน้าที่อยู่แล้ว หากการกระทำนั้นเหมาะสมตาม ความจำเป็นแก่สภาพการณ์ของท้องถิ่นและไม่ขัดต่อระเบียบแบบแผนที่มีผู้มีอำนาจรักษาความสงบ เรียบร้อยเฉพาะเรื่องวางไว้ นั่นคือสามารถเสริมหรือเพิ่มมาตรการได้แต่จะไปลดไม่ได้เพราะขัด ต่อระเบียบที่วางไว้ และศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเคยวินิจฉัยว่าแม้นายกรัฐมนตรีจะมีอำนาจ วางกฎข้อบังคับการจราจรทั่วประเทศ แต่อำนาจเช่นนี้ไม่ตัดสิทธิผู้ว่าราชการจังหวัดและ นายกเทศมนตรีที่จะวางกฎ ข้อบังคับการจราจรภายในเขตจังหวัดหรือเทศบาลของตน

2.2) ผู้ได้บังคับบัญชาล่วงล้ำอำนาจผู้บังคับบัญชาที่กระทำไปในฐานะเป็นผู้รักษาการแทนโดยศาลจะพิจารณาว่าเหตุที่จะทำให้รักษาการแทนนั้นมีจริงและเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ศาลปกครองจะถือว่าผู้รักษาการไม่สามารถกระทำการใดๆ ได้หากกระทำนั้นไม่ใช่สิ่งที่พึงกระทำตามปกติในระหว่างที่ไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งหรือผู้ดำรงตำแหน่งไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ตามอำนาจของผู้รักษาการแทนไม่ใช่อำนาจอย่างสมบูรณ์แบบ

2.3) ผู้ได้บังคับบัญชาล่วงล้ำอำนาจผู้บังคับบัญชาที่กระทำไปในฐานะผู้รักษาการในตำแหน่งเป็นการชั่วคราว เนื่องจากไม่มีผู้ดำรงตำแหน่ง ศาลปกครองยอมรับว่าผู้บังคับบัญชาสามารถแต่งตั้งผู้รักษาการในตำแหน่งเป็นการชั่วคราวได้เพื่อความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะและอำนาจปฏิบัติการต่างๆ น่าจะจำกัดเพื่อภารกิจประจำวัน

2.4) ผู้ได้บังคับบัญชาล่วงล้ำอำนาจผู้บังคับบัญชาที่กระทำไปภายใต้การมอบอำนาจหน้าที่ของตนให้แก่เจ้าหน้าที่หรือองค์กรปกครองอื่นเพื่อปฏิบัติแทนตน แบ่งเป็นการมอบอำนาจลงนาม ซึ่งผู้มอบอำนาจยังคงมีอำนาจสมบูรณ์ในเรื่องที่มอบ แต่การมอบอำนาจสังการนั้น ผู้มอบอำนาจจะไม่มีอำนาจเหนือเรื่องที่ยมอบอีกต่อไป

2.5) การล่วงล้ำอำนาจของผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลต่อผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาหรือกำกับดูแล โดยหลักแล้วผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลไม่สามารถจะไปสั่งการแทนผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาหรือผู้อยู่ใต้การกำกับดูแลได้เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดให้ทำได้

2.6) การล่วงล้ำอำนาจของเจ้าหน้าที่คนหนึ่งโดยเจ้าหน้าที่อีกคนหนึ่ง โดยที่เจ้าหน้าที่ทั้งสองไม่มีความสัมพันธ์กันทั้งในแง่บังคับบัญชาและการควบคุมกำกับ เช่น สภามหาวิทยาลัยออกกฎระเบียบในเรื่องที่อยู่ในอำนาจของนายกเทศมนตรี กรณีเช่นนี้ก็จะไม่ชอบด้วยกฎหมาย

**3) กรณีปราศจากอำนาจเพราะสถานที่ (ratione loci) แบ่งเป็น 2 กรณีได้แก่**

3.1) กรณีเจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งใช้อำนาจของตนนอกเขตพื้นที่ซึ่งตนรับผิดชอบ

3.2) กรณีเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจภายในเขตพื้นที่รับผิดชอบเดียวกัน แต่ได้มีการแบ่งแยกอำนาจของเจ้าหน้าที่ในการรับผิดชอบพื้นที่ไว้ เช่น นายกเทศมนตรีไม่มีอำนาจวางกฎข้อบังคับมาตรการเพื่อรักษาทรัพย์สินของแผ่นดินเพื่อความสงบเรียบร้อยในทางน้ำเพราะเป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่อื่นแม้ว่าทรัพย์สินนั้นจะตั้งอยู่ในเขตเทศบาลของตนก็ได้

**4) กรณีปราศจากอำนาจเพราะเวลา (ratione temporis) อาจเกิดได้ในกรณีต่างๆ เช่น**

4.1) ใช้อำนาจโดยเข้าใจผิดในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้ใช้อำนาจได้ เช่นมติหรือข้อบังคับของสภาเทศบาลที่ออกมานอกสมัยประชุมที่ถูกต้องตามกฎหมาย กรณีนี้มติหรือข้อบังคับดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีผลใด

ในกรณีที่กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดระยะเวลาที่ฝ่ายบริหารอาจออกกฎของฝ่ายบริหาร ศาลปกครองของฝรั่งเศสตีความว่าระยะเวลาดังกล่าวไม่ใช่

เป็นการบังคับฝ่ายบริหารให้ต้องออกกฎระเบียบภายในระยะเวลาสั้นๆ หากแต่เป็นเพียงแนวทาง คำชี้แนะเท่านั้น หากไม่อาจทำได้ศาลไม่ถือว่าการไม่ออกกฎระเบียบที่ไม่กระทำลงในระยะเวลา ดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด

4.2) การกระทำการปกครองที่มีผลย้อนหลัง ซึ่งนักวิชาการจัดเป็นเรื่องของการกระทำโดยปราศจากอำนาจ แต่โดยหลักศาลถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะขัดหลักกฎหมายทั่วไป

4.3) การใช้อำนาจรักษาการของผู้ดำรงตำแหน่งเดิม เพื่อรอผู้ดำรงตำแหน่งใหม่เข้ารับตำแหน่ง ซึ่งผู้รักษาการจะมีอำนาจกระทำการในช่วงเวลารักษาการเท่านั้น

4.4) การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ก่อนที่ตนจะได้รับตำแหน่ง

## 1.2 การกระทำที่ไม่ต้องตามแบบของกฎหมาย (le vice de forme)

การกระทำที่ผิดรูปแบบ (la violation des formes) จะเกิดขึ้นได้ ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจในการทำนิติกรรมทางปกครองละเลยที่จะปฏิบัติตามกระบวนการ (la procédure) หรือรูปแบบ (les formalités) ของการทำนิติกรรมทางปกครอง ตามที่มีการกำหนดไว้ในกฎหมาย การกำหนดให้นิติกรรมทางปกครองต้องทำตามรูปแบบ ที่กฎหมายกำหนดก็เพื่อเป็นหลักประกันแก่ประชาชนหรือเพื่อให้ฝ่ายปกครองต้องไตร่ตรองและทำตามขั้นตอนต่างๆ ก่อนทำนิติกรรมทางปกครอง การไม่ทำตามรูปแบบดังกล่าวจึงมีผลทำให้นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่แม้ฝ่ายปกครองจะไม่ทำนิติกรรมทางปกครองตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด แต่ก็ไม่ใช่เหตุที่จะฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้ เช่น ในกรณีที่การกำหนดรูปแบบของการทำนิติกรรมทางปกครองเป็นรูปแบบเสริม (la formalité accessoire) และรูปแบบของนิติกรรมทางปกครองไม่ได้เป็นสาระสำคัญ (substantielle) ของนิติกรรมทางปกครองนั้น หรืออาจเป็นในกรณีที่กฎหมายกำหนดเพื่อประโยชน์ของฝ่ายปกครองเองไม่ใช่เพื่อประโยชน์ของประชาชน เป็นต้น หากรูปแบบของการทำนิติกรรมทางปกครองเป็นสิ่งสำคัญ (la formalité substantielle) อันหมายความว่า การไม่ทำตามรูปแบบจะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงคำตัดสินหรือต่อนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครอง การไม่ทำตามรูปแบบนั้นก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดรูปแบบ<sup>31</sup>

อนึ่งศาลปกครองของฝรั่งเศสได้แบ่งแยกการกระทำที่ไม่ถูกต้องตาม “แบบ” (Forme) ออกจากการกระทำที่ไม่ถูกต้อง “ขั้นตอน” หรือ “วิธีการ” (procédure) โดยพิจารณาจากผลของการกระทำทั้งสองลักษณะ กรณีกระทำไม่ถูกต้องตาม “แบบ” นั้น โดยทั่วไปศาลจะไม่ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยจะไม่เพิกถอนแต่จะพิจารณาเป็นกรณีๆ ไปว่าเป็นแบบที่เป็นสาระสำคัญหรือไม่ ถ้าเป็นสาระสำคัญศาลจึงจะเพิกถอน แต่กรณีเป็น “การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามขั้นตอน” แล้ว โดยทั่วไปศาลจะเพิกถอนการกระทำนั้น และเหตุผลที่ศาลอ้างเสมอก็คือ

<sup>31</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 166.



หลักกฎหมายทั่วไปว่า “ขั้นตอน” นั้นมีเพื่อให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้โดยไม่ขัดแย้งกับการดำเนินการทางปกครอง<sup>32</sup>

ทั้งนี้ แบบของการกระทำนั้นอาจจะกำหนดโดยพระราชบัญญัติ กฎข้อบังคับของฝ่ายบริหารหรือหลักกฎหมายทั่วไปก็ได้ ซึ่งการที่ศาลจะเพิกถอนการกระทำที่ไม่ต้องตามแบบนั้น ศาลจะดูว่าการไม่ทำตามแบบนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิของเอกชนที่ได้รับ การรับรองไว้หรือไม่ ถ้าไม่กระทบศาลจะไม่เพิกถอน เว้นแต่ว่ากฎหมายจะกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่า ถ้าไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องตามแบบแล้ว การกระทำนั้นเป็นอันใช้ไม่ได้ แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ได้แยกลักษณะของ”แบบ”ออกเป็น 2 ประเภท คือ แบบที่เป็นสาระสำคัญ และแบบที่ไม่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งการไม่ทำตามแบบที่เป็นสาระสำคัญเท่านั้นที่ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเพิกถอน แบบที่เป็นสาระสำคัญก็คือแบบที่เมื่อไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องมีผลต่อการกระทำทางปกครองที่เกิดขึ้นนั้น โดยจะส่งผลกระทบต่อสิทธิที่ให้ไว้แก่ประชาชนหรือขัดต่อหลักทั่วไปว่าด้วยการบริหารงานที่ดี แบบในเรื่องอื่นๆ เช่น การประกาศ การอ้างอิง บทกฎหมาย ฯลฯ ศาลปกครองไม่เคร่งครัดนัก และโดยทั่วไปไม่ถือว่าเป็นแบบที่เป็นสาระสำคัญ เว้นแต่กฎหมายจะ กำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นเงื่อนไขของความชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่มีการทำผิดแบบบางส่วน คงถือว่าการกระทำทางปกครองนั้นๆ เสียไปเฉพาะในส่วนที่ทำผิดแบบที่เป็นสาระสำคัญ

### 1.3 การกระทำที่ไม่ต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procédure)

ในราวต้นศตวรรษที่ 20 ที่นักวิชาการได้ให้ความสำคัญแก่ กระบวนการในการดำเนินการทางปกครองที่มีใช้กระบวนการพิจารณาคดีปกครอง หรือการให้ ความสำคัญแก่”ระเบียบแบบแผนทางราชการ”

แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้ยอมรับใน แนวความคิดที่ว่าในการดำเนินการปกครองนั้น ฝ่ายปกครองต้องเคารพในระเบียบแบบแผน ทางราชการ เพราะถือเป็นหลักประกันอีกประการหนึ่งที่ประชาชนจะพึงได้รับ มิเช่นนั้นแล้วก็จะอยู่ ภายใต้อำเภอใจของฝ่ายปกครอง ระเบียบแบบแผนของราชการอาจสร้างขึ้นโดยรัฐบัญญัติ กฎระเบียบของฝ่ายปกครอง หนังสือเวียนต่างๆ เป็นต้น หากไม่มีกำหนดไว้ ศาลก็จะใช้หลัก กฎหมายทั่วไปมาใช้อุดช่องว่างดังกล่าว และศาลปกครองมักนำเป็นหลักในการพิจารณาคดีปกครอง ระเบียบแบบแผนหรือขั้นตอนวิธีการในการออกนิติกรรมทางปกครองแบ่งเป็น 3 กรณี คือ

(1) การปรึกษาหารือ ซึ่งศาลถือว่า กรณีกฎหมายกำหนดให้มีการ ปรึกษาหารือและต้องถือตามองค์กรที่หารือไป หากไม่ปฏิบัติตามคำสั่งยอมไม่ชอบ หรือกรณีที่ต้อง หารือแต่ไม่ต้องถือตามความเห็นที่ให้ กรณีนี้กฎหมายบังคับให้ต้องหารือจะปฏิบัติตามหรือไม่ก็ได้ ถ้าปฏิบัติไปโดยไม่หารือการกระทำย่อมไม่ชอบ การปรึกษาหารือถือเป็นเงื่อนไขที่เป็นขั้นตอน วิธีการที่เป็นสาระสำคัญ ถ้าไม่มีการปรึกษาหารือศาลจะเพิกถอน

<sup>32</sup> โภคิน พลกุล, “คำวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง,” เอกสารประกอบโครงการอบรมนิติกร สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 110.

(2) กระบวนการโต้แย้งจากผู้มีส่วนได้เสีย หากไม่ให้ผู้มีส่วนได้เสียที่ถูกกระทบจากการกระทำทางปกครองโต้แย้งก็จะไม่ชอบด้วยกฎหมาย

**ประเภทที่สอง เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน (l'illégalité interne)** แยกออกได้เป็น 2 เหตุ คือ<sup>33</sup>

- 1) นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนกฎหมาย
- 2) นิติกรรมทางปกครองบิดเบือนอำนาจหรือขั้นตอนหรือวิธีการ

**1) นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi)** เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายเหตุนี้ เป็นเหตุที่ใช้อ้างเพื่อเสริมเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายเหตุอื่นๆ นั่นคือ หากไม่เข้าเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายอื่นจะถือว่าเป็นการ “ฝ่าฝืนกฎหมาย” ด้วยเหตุนี้ทั้งสิ้น และเหตุที่อ้างว่านิติกรรมทางปกครองออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย จึงนำมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วยไม่ว่าจะเป็นไปตามหลักสัดส่วน (proportionnalité) หรือหลักการเปรียบเทียบผลดีผลเสีย (bilan - coût - avantages) หรือการควบคุมนิติกรรมอันเกิดจากความผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง (erreur manifeste d'appréciation) แบ่งการฝ่าฝืนดังกล่าวออกเป็น 2 กรณีคือ

**1.1) การฝ่าฝืนเนื้อหาของกฎหมายโดยตรง (la violation directe de la règle de droit)** เป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องจากเนื้อหา (contenu หรือ objet) ของนิติกรรมทางปกครองนั้นฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติกฎหมายแม่บทแต่มีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บท หรือออกนิติกรรมทางปกครองออกมาโดยระบุให้มีผลย้อนหลังซึ่งขัดต่อหลักการห้ามมีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง เป็นต้น

**1.2) การฝ่าฝืนในกรณีที่มีความผิดพลาดในข้อกฎหมาย หรือ ข้อเท็จจริง (l'erreur de droit et l'erreur de fait)** ซึ่งกรณีนี้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดจากมูลเหตุจูงใจ (motif) ซึ่งได้แก่สาเหตุที่เป็นตรรกะในการตัดสินใจ โดยศาลดูที่เหตุผลทั้งที่เป็นข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่ผลักดันให้ฝ่ายปกครองตัดสินใจในเรื่องดังกล่าว ซึ่งกรณีนี้เรียกอีกอย่างหนึ่งว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องจากมูลเหตุจูงใจในการออกนิติกรรมทางปกครอง (l'illégalité en raison des motifs de l'acte) ซึ่งมีอยู่ 3 ประเภท คือ

**1.2.1) กรณีมีความผิดพลาดในข้อกฎหมาย** หมายถึงเจ้าหน้าที่ผู้ทำนิติกรรมทางปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ใช้บังคับไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นกรณีกฎหมายนั้นไม่มีอยู่ (norme inexistante) เป็นกฎหมายที่ออกโดยไม่ชอบหรือตีความกฎหมายผิดแบ่งเป็น 3 กรณี

<sup>33</sup>โปรดดูรายละเอียดใน ประสาท พงษ์สุวรรณ, เหตุผลในการพิพากษาคดีปกครองประเภทต่างๆ, หน้า 35 – 46.

1.2.1.1) กรณีนิติกรรมทางปกครองออกโดยอาศัยกฎหมายที่ไม่มีอยู่จริง หรือมีความผิดพลาดเกี่ยวกับฐานทางกฎหมายในการออกกฎหรือคำสั่ง ซึ่งอาจเกิดจากการนำกฎหมายที่ใช้บังคับไม่ได้มาใช้หรือมีความผิดพลาดเกี่ยวกับฐานทางกฎหมายที่ยกมาเป็นฐานในการออกกฎหรือคำสั่ง เช่น นายกเทศมนตรีปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตให้ก่อสร้าง โดยอ้างว่ามีข้อบัญญัติว่าด้วยผังเมืองห้ามไว้ แต่ในทางข้อเท็จจริงปรากฏว่าข้อบัญญัตินั้นยังไม่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา จึงยังไม่มีผลใช้บังคับ

1.2.1.2) กรณีนิติกรรมทางปกครองออกโดยอาศัยกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยผู้ออกกฎหรือคำสั่งเชื่อว่าตนสามารถออกกฎฉบับหนึ่งได้ แต่กฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น เจ้าหน้าที่มีคำสั่งปฏิเสธคำขอรับเงินบำเหน็จบำนาญข้าราชการโดยอาศัยระเบียบฉบับหนึ่ง แต่ปรากฏว่าระเบียบฉบับนั้นขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญที่อนุญาตให้ข้าราชการผู้นั้นขอรับบำเหน็จบำนาญได้

1.2.1.3) กรณีนิติกรรมทางปกครองออกไปโดยอาศัยกฎหมายที่สมบูรณ์ แต่มีการตีความกฎหมายผิด ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ออกนิติกรรมทางปกครองสำคัญผิดในข้อกฎหมายว่ากฎหมายอนุญาตให้กระทำหรือกฎหมายบังคับให้กระทำดังกล่าว

1.2.2) กรณีมีความผิดพลาดในข้อเท็จจริง เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองได้อาศัยข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งในการออกกฎ แต่ปรากฏว่าเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้อง หากผู้นั้นทราบข้อเท็จจริงที่ถูกต้องก็จะไม่ออกกฎดังกล่าว ซึ่งกรณีนี้ศาลจะเพิกถอนกฎดังกล่าว โดยศาลจะมีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความถูกต้องของข้อเท็จจริงที่ใช้เป็นเหตุผลในการออกกฎนั้น

1.2.3) กรณีมีความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง เป็นการตรวจสอบว่าการให้ความหมายทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้นถูกต้องหรือไม่ เพราะลักษณะดังกล่าวจะใช้เป็นข้ออ้างในการออกกฎดังกล่าว

**2) นิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir)** หรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procédure) แบ่งเป็น 2 กรณี

**2.1) นิติกรรมทางปกครองที่มีการบิดเบือนอำนาจ** เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจของตนกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ (but) อื่นนอกจากวัตถุประสงค์ที่กฎหมายให้อำนาจไว้เพราะโดยปกติอำนาจที่ฝ่ายปกครองได้รับมาเพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง การเพิกถอนเพราะการบิดเบือนอำนาจนี้มีแนวคำพิพากษาแบ่งเป็น 2 ประเภทคือ

2.1.1) บิดเบือนอำนาจเพราะกระทำไปเพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ (intérêt particulier) เช่นการออกกฎเพื่อวัตถุประสงค์ให้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งแทนที่จะเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมเช่น

2.1.1.1) ทำไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของผู้ออกกฎนั้น เช่นนายกเทศมนตรีออกข้อบัญญัติเทศบาลเพื่อจัดระเบียบการจัดงานลีลาศสาธารณะเพื่อลดการแข่งขันกับสถานประกอบการของตนที่มีกิจกรรมลีลาศคล้ายคลึงกัน

2.1.1.2) ทำไปเพื่อประโยชน์ของบุคคลหรือนิติกรรม ตามกฎหมายเอกชนเช่นออกกฤษฎีกากำหนดบริเวณที่จะเวนคืนเพื่อใช้เป็นที่ตั้งของสมาคม การแข่งขันที่เป็นกิจการของเอกชนโดยแท้

2.2.2) การบิดเบือนเพื่ออำนาจประโยชน์สาธารณะแต่เป็น ประโยชน์ที่กฎหมายไม่ได้มุ่งประสงค์ให้ทำ เช่นกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐออกประกาศเทศบาล ห้ามเดินรถในทางเดินในเขตชนบทในฤดูหนาว เพื่อเสี่ยงเสียค่าใช้จ่ายของเทศบาลในการซ่อมแซม ทางดังกล่าว ซึ่งศาลเห็นว่าเป็นการบิดเบือนอำนาจ เพราะนายกเทศมนตรีสามารถใช้อำนาจตำรวจ ดังกล่าว ก็เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมเท่านั้น มิใช่เพื่อประโยชน์ในทางการเงินหรือ เพื่อการประหยัดรายจ่าย

**2.2) นิติกรรมทางปกครองที่มีการบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ** เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ขั้นตอนหรือวิธีการที่ต่างออกไปจากขั้นตอนหรือวิธีการที่ควรจะใช้กับ เรื่องนั้นเพื่อให้บรรลุเป้าหมาย (objet) ได้ง่ายกว่าขั้นตอนวิธีการที่ควรจะใช้ เช่น การที่ นายกเทศมนตรีใช้อำนาจตามกฎหมายควบคุมอาคารที่อันตรายในการบังคับให้สมาคมหนึ่งอพยพ ออกจากอาคารแทนที่จะใช้อำนาจตำรวจฝ่ายปกครองที่ตนมีอำนาจอยู่

การอ้างเหตุบิดเบือนอำนาจในการเพิกถอนมีโอกาสนำไปใช้ไม่มาก เนื่องจากการที่ศาลปกครองเพิ่มระดับการตรวจสอบวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของกฎหมายและ ฝ่ายปกครองแล้ว อาจทำให้การควบคุมมีลักษณะเป็นการควบคุมความเหมาะสมของการกระทำได้ ซึ่งจะศาลทำหน้าที่เป็นฝ่ายปกครองเสียเอง ดังนั้น การควบคุมการออกกฤษฎีกาของฝ่ายปกครองว่า จะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยหลักแล้วศาลจึงควรใช้การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมาย เป็นสำคัญ

### 3.1.6.2 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎ

ตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย (le principe de légalité) กำหนดให้ ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายในบังคับของกฎหมาย ซึ่งเป็นการคุ้มครองเอกชนจากการใช้อำนาจตาม อำนาจใจ ซึ่งอาจเกิดได้หากฝ่ายปกครองไม่ถูกผูกพันกับกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่ได้มีการกำหนดไว้ ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นทั้งเครื่องมือให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการ และเป็นข้อจำกัดฝ่ายปกครอง ไม่ให้กระทำการนอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนด ดังนั้นการกระทำของฝ่ายปกครองต้องมี กฎหมายให้อำนาจและต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด จึงจะทำให้การกระทำ ทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองจะเป็นผู้ตรวจสอบว่าการกระทำทางปกครอง ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เช่น ฝ่ายปกครองได้ตรากฎขึ้นโดยสอดคล้องกับหลักความชอบด้วย กฎหมายหรือไม่ ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายนี้เป็นหลักการที่เรียกร้องให้การออกกฎเกณฑ์ใดๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และภายใต้กฎที่ ฝ่ายปกครองสร้างขึ้นด้วย นอกจากนี้หลักความชอบด้วยกฎหมายยังเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้อง ปฏิบัติให้สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะด้วยเช่นกัน กฎเกณฑ์ที่รวมตัวกันขึ้นมาเพื่อเป็นหลักให้

ฝ่ายปกครองต้องเคารพและยึดถือไปปฏิบัติเป็นหลักการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ได้แก่ รัฐธรรมนูญ สนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ รัฐบัญญัติ หลักกฎหมายทั่วไป กฎระเบียบ และคำพิพากษาขององค์กรยุติธรรมต่างๆ ซึ่งเป็นที่สุดแล้ว สรุปได้ดังนี้<sup>34</sup>

### 1) กฎต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ผู้มีอำนาจออกกฎจะต้องเคารพต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้ เช่น หลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย หลักเสรีภาพส่วนบุคคล หรือหลักเสรีภาพในการรวมตัวจัดตั้งเป็นพรรคการเมือง เป็นต้น

ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสจะเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่มีเนื้อความขัดกับรัฐธรรมนูญ (อย่างเช่น การไปออกกฎในเรื่องที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแล้วต้องตราเป็นรัฐบัญญัติ) แต่การเพิกถอนดังกล่าวต้องปรากฏข้อเท็จจริงด้วยการกระทำทางปกครองนั้นได้ออกมาโดยไม่ชอบด้วยเงื่อนไขของกฎหมายที่ให้อำนาจ ถ้าเป็นกรณีที่มีการกระทำทางปกครองนั้นได้ออกมาโดยถูกต้องตามขั้นตอนพิธีการและเป็นไปตามเงื่อนไขกฎหมายที่ให้อำนาจไปแล้ว แต่เนื้อความของการกระทำทางปกครองนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ กรณีเช่นนี้ต้องถือเป็นความบกพร่องของฝ่ายนิติบัญญัติเองที่ตรากฎหมายขัดต่อหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มิใช่ความผิดของฝ่ายบริหาร ซึ่งศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสก็ปฏิเสธมาโดยตลอดที่จะเข้าไปควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแม่บทหรือรัฐบัญญัติ (loi)

### 2) กฎต้องไม่ขัดต่อสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศ

โดยหลักแล้ว สนธิสัญญาระหว่างประเทศ และกฎเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ จะมีผลบังคับต่อฝ่ายปกครองได้จะต้องมีการให้สัตยาบันและประกาศให้ทราบโดยทั่วกัน แต่อย่างไรก็ตามหากเนื้อหาในสนธิสัญญามีความคลุมเครือ ศาลปกครองก็อาจร้องขอต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศให้มีการตีความบทบัญญัติในสนธิสัญญาได้ นอกจากนี้ ถ้าจะนำสนธิสัญญามาใช้เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเท่านั้น การดำเนินการในส่วนนี้จะมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล (acte de gouvernement) ซึ่งอยู่นอกเหนือการควบคุมของศาลปกครอง แต่ในกรณีของสนธิสัญญาแห่งประชาคมยุโรปศาลปกครองสามารถปรับใช้บทบัญญัติในสนธิสัญญาได้โดยตรง

### 3) กฎต้องไม่ขัดต่อรัฐบัญญัติ (loi)

รัฐบัญญัติ เป็นกฎหมายที่ฝ่ายปกครองรวมทั้งศาลปกครองจะต้องยึดถือและนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสจะเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในขณะที่มีการออกกฎมีการละเมิดต่อรัฐบัญญัติอันเป็นกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการออกกฎ ซึ่งรวมไปถึงรัฐกำหนด (les ordonnances) และคำวินิจฉัยที่มีค่าบังคับเทียบเท่ากฎหมาย ทั้งนี้ ระบบการตรวจสอบของศาลปกครองให้ดุลยพินิจ

<sup>34</sup>ปิยะศักดิ์ ไชว์พันธ์, "การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยฝรั่งเศส," วารสารวิชาการ ศาลปกครอง 5, 2 : 30 - 35.

หรือโอกาสฝ่ายปกครองมีอิสระในการใช้มาตราใด ๆ ให้สอดคล้องเหมาะสมกับรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ โดยศาลปกครองจะตรวจสอบในกรณีที่เห็นว่ากฎที่ออกมานั้น เป็นกฎที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมายแม่บทอย่างชัดเจนเท่านั้น

การออกกฎที่ละเมิดต่อรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายแม่บท แยกเป็น 3 ลักษณะ ประการแรก เป็นการละเมิดต่อกฎหมายโดยตรง กล่าวคือเป็นการออกกฎที่มีเนื้อความขัดแย้งกับเนื้อความในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน ประการที่สอง เป็นกรณีที่มิได้นำกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นมาพิจารณาประกอบการออกกฎนั้นๆ และประการสุดท้าย คือการเลียงกฎหมาย (les fraudes) ศาลจะเข้ามาแทรกแซงเมื่อปรากฏว่ามีการละเมิดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย หรือมีการบิดเบือนการใช้กฎหมายไปในทางอื่น โดยหลักแล้วเมื่อมีการออกกฎที่ละเมิดต่อกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจหรือละเมิดต่อกฎหมายฉบับอื่นใดก็ตาม การโต้แย้งหรือการตรวจสอบจะจัดอยู่ในประเภทคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (recours pour excès de pouvoir) แต่มีข้อยกเว้นในกรณีเป็นกฎระเบียบทางด้านการเงินการคลังสาธารณะ การโต้แย้งกฎเกณฑ์ลักษณะนี้ไม่อาจฟ้องคดีเพิกถอนได้ เนื่องจากหลักเกณฑ์ทางด้านการเงินการคลังสาธารณะเป็นเรื่องของวิธีการจัดทำบดุลของฝ่ายปกครองที่มีได้ก่อให้เกิดพันธกรณีใดๆ โดยตรงต่อประชาชนทั่วไป

#### 4) กฎต้องไม่ขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไป เป็นหลักกฎหมายที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ในกรณีที่มีได้มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ศาลจะสร้างหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยหลักกฎเกณฑ์ที่บังคับให้ฝ่ายปกครองต้องเคารพถือปฏิบัติมักจะมีที่มาจากตัวบทกฎหมายที่ปรากฏอยู่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่อย่างไรก็ดี ในการวินิจฉัยคดีของศาลกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติ แต่ศาลไม่อาจปฏิเสธไม่วินิจฉัยคดี จึงต้องอาศัยหลักกฎหมายจากแหล่งอื่นมาประกอบการวินิจฉัย ศาลอาจต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับนำมาใช้ยันกับฝ่ายปกครองได้ ในประเทศฝรั่งเศสได้ยอมรับหลักกฎหมายทั่วไปโดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้เคยวินิจฉัยว่า แม้นายกรัฐมนตรีจะสามารถออกกฎโดยอิสระตามที่รัฐธรรมนูญเปิดช่องว่างไว้ แต่การใช้อำนาจดังกล่าวก็ต้องเคารพหลักกฎหมายทั่วไป มิฉะนั้นอาจถูกฟ้องให้เพิกถอน เพราะเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมาย หลักกฎหมายทั่วไปเช่น หลักความเสมอภาค หลักความเป็นกลาง หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง ฯลฯ เมื่อจะต้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎแล้ว ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสจะถือว่าหลักกฎหมายทั่วไปมีค่าบังคับอยู่เหนือกว่ากฎเสมอ

5) กฎต้องไม่ขัดต่อคำวินิจฉัยเสร็จเด็ดขาด (l' autorité de la chose jugée)

โดยหลักทั่วไปคำวินิจฉัยเสร็จเด็ดขาดขององค์กรยุติธรรมทั่วไปจะใช้ยันได้เฉพาะคู่ความในคดีเท่านั้น (autorité relative) แต่ในกรณีคำวินิจฉัยของศาลปกครองในคดี

เพิกถอนกฎ จะมีค่าบังคับเด็ดขาด (autorité absolue) ใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป (erga omnes) ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจออกกฎใดๆ มาขัดแย้งกับคำวินิจฉัยในลักษณะนี้ได้

**6) กฎต้องไม่ขัดต่อกฎ (règlement) ที่ออกโดยองค์กรในระดับสูงกว่า** ในประเทศที่ออกกฎโดยฝ่ายปกครองมีลำดับชั้นไม่เท่ากัน ลำดับชั้นของกฎขึ้นอยู่กับลำดับชั้นบังคับบัญชาในระหว่างผู้มีอำนาจออกกฎด้วยกัน เช่น นายกเทศมนตรีซึ่งอยู่ในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐคนหนึ่งจึงต้องเคารพต่อกฎระเบียบของจังหวัด และในกรณีผู้ว่าราชการจังหวัดก็จะต้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายใต้กฎระเบียบที่ออกโดยรัฐมนตรีเช่นกัน

ดังนั้น เมื่อหลักความชอบด้วยกฎหมายมีเนื้อหาครอบคลุมหลักเกณฑ์ทางกฎหมายต่างๆ ซึ่งมีลำดับศักดิ์ของกฎหมายต่างกัน ในการออกกฎของฝ่ายบริหารนั้นจะต้องเคารพลำดับศักดิ์ของกฎหมายในลำดับสูงกว่าหรือต้องเคารพกฎเกณฑ์ที่อยู่เหนือกว่า ดังนั้น กฎของฝ่ายปกครอง จึงไม่สามารถออกมาโดยขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ สนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศ รัฐบัญญัติ หลักกฎหมายทั่วไป และคำวินิจฉัยเสร็จเด็ดขาดที่ได้เพิกถอนกฎแล้ว ดังนั้น การออกกฎของฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในเรื่องลำดับศักดิ์กฎหมายดังกล่าวด้วย มิฉะนั้นจะเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะขัดแย้งต่อกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเหนือกว่า และในกรณีของกฎก็เหมือนกันมีการแบ่งลำดับศักดิ์โดยกฎที่มีลำดับต่ำกว่าย่อมไม่อาจมีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับกฎที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าได้เช่นกัน และกฎที่ออกโดยองค์กรที่มีอำนาจเหนือกว่าย่อมใช้บังคับต่อองค์กรใต้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นลงไป คือกฎของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐและของนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี ผู้ว่าราชการจังหวัด และท้ายที่สุดคือนายกเทศมนตรีตามลำดับ นอกจากนี้ แม้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นสามารถออกกฎเกณฑ์ได้เอง เมื่อออกกฎเกณฑ์นั้นแล้ว ตนเองก็ต้องเคารพกฎเกณฑ์นั้นด้วยจนกว่าตนเองจะได้แก้ไขเพิ่มเติม หรือยกเลิกกฎเกณฑ์ รูปแบบและกระบวนการเดียวกันที่ออกกฎเกณฑ์นั้นๆ หากตนฝ่าฝืนโดยออกนิตินกรรมปกครองเฉพาะรายหรือการกระทำทางกายภาพขัดกฎเกณฑ์ที่ตนออกไม่ได้ มิฉะนั้นจะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สรุปว่าการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎ นอกจากศาลจะตรวจสอบอำนาจของฝ่ายปกครองในการออกกฎ (มีกฎหมายให้อำนาจ) สถานที่ เวลาที่มีอำนาจดังกล่าวแล้วฝ่ายปกครองต้องเคารพกระบวนการขั้นตอนที่กฎหมายวางไว้ เช่น กรณีกฎหมายกำหนดขั้นตอนว่าในการออกกฎต้องรับฟังประชาพิจารณ์ (public hearing) ฝ่ายปกครองต้องเคารพกระทำตาม มิฉะนั้นก็จะไม่ชอบด้วยกฎหมาย

### 3.1.6.3 หลักการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบด้วยธรรมของกฎ

กฎมีลักษณะบังคับใช้เป็นการทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจงเฉพาะกรณีหรือเฉพาะราย โดยหลักทั่วไปกฎจะออกมาใช้บังคับกับข้อเท็จจริงในอนาคต ในระหว่างที่ออกกฎจึงยังไม่มีผลต่อสิทธิหน้าที่ของบุคคลใด การเพิกถอนกฎโดยการยกเลิกและออกกฎใหม่ จึงสามารถทำได้ เพราะยังไม่มีผลให้ประโยชน์ในระหว่างนั้น แต่อย่างไรก็ตามกฎบางประเภทที่มีอยู่จริงอาจมีลักษณะ

ที่อาจให้ประโยชน์ได้เช่นกัน ดังนั้น จึงจะต้องคำนึงถึงหลักความคาดหวังโดยสุจริต (legitimate expectation) หรือหลักความคาดหวังอันชอบธรรมของกฎหมายเพื่อประกอบการพิจารณาได้ด้วย เพราะศาลปกครองมีหน้าที่พิพากษาคดีโดยให้เกิดดุลยภาพระหว่างคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและประโยชน์สาธารณะด้วยในขณะเดียวกัน ซึ่งหลักที่ศาลใช้ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในเรื่องที่เกี่ยวกับการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (กฎหรือคำสั่งทางปกครอง) เพื่อคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของกฎ เช่น หลักสิทธิที่ได้รับไปแล้ว (droits acquis) ดังนั้น นิติกรรมทางปกครอง (กฎหรือคำสั่งทางปกครอง) ที่ก่อให้เกิดสิทธิให้แก่ปัจเจกชน (créant des droits) ถ้าให้ยกเลิก (มีผลในอนาคต) หรือเพิกถอน (มีผลย้อนหลัง) ได้ตลอดเวลา ผลก็จะเป็นการกระทบต่อสิทธิที่เอกชนได้รับไปแล้ว (droits acquis) ซึ่งจะกระทบถึงความมั่นคงทางกฎหมายและความเชื่อมั่นในนิติกรรมทางปกครองด้วย นิติกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคล ถ้าไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจเพิกถอนได้ภายในระยะเวลาการฟ้องคดีเท่านั้น ถ้าพ้นระยะเวลาการฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้ว ศาลจะไม่เพิกถอน (มีผลย้อนหลัง) เพื่อรักษาความมั่นคงทางกฎหมายและความเชื่อถือในนิติกรรมทางปกครอง จุดนี้ศาลให้ความสำคัญคุ้มครองความมั่นคงทางกฎหมายมากกว่าความชอบด้วยกฎหมาย

### 3.1.7 การกำหนดผลของคำพิพากษา

เนื่องด้วยในระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสไม่ได้แยกถึงความแตกต่างในคดีที่ฟ้องเพิกถอนกฎออกจากคดีที่ฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองออกจากกัน โดยจะถือว่าเป็นคดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองแต่เพียงอย่างเดียว ดังนั้นในการจัดทำคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีที่เกี่ยวกับการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองของศาลปกครองฝรั่งเศส (annulation contentieuse) นั้นศาลใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้พิจารณาในการยกเลิก (abrogation) หรือเพิกถอน (retrait) นิติกรรมทางปกครอง โดยทั่วไปแล้วการยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสจะต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองและหลักการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมต่อนิติกรรมทางปกครองนั้น โดยในการกำหนดผลของคำพิพากษาของศาลปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ทั้งสองประการดังกล่าวเสมอ โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้<sup>35</sup>

#### 3.1.7.1 กรณีเพิกถอน (retrait)

3.1.7.1.1 กรณีของกฎ (actes réglementaires) เนื่องจากลักษณะของกฎโดยหลักแล้วไม่ได้มีเจตนาหรือไม่มุ่งหมายที่จะก่อตั้งสิทธิให้แก่ประชาชนคนใดคนหนึ่ง

<sup>35</sup> Jürgen Schwarze, *European Administrative Law*, (London: Sweet & Maxwell, 1992), pp.875-883 อ้างใน นรินทร์ อธิสาร “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 108 - 110.



โดยตรง ดังนั้น จึงสามารถเพิกถอนให้มีผลย้อนหลังได้ แต่อย่างไรก็ตามในระบบกฎหมายฝรั่งเศสในบางกรณีกฎก็อาจก่อตั้งสิทธิแก่เอกชนได้โดยตรง ซึ่งกรณีดังกล่าวหากจะมีการเพิกถอนย่อมจะต้องดำเนินการเพิกถอนโดยคำนึงถึงหลักความคาดหวังอันชอบธรรมของเอกชนเช่นเดียวกันกับกรณีของคำสั่งทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตามในส่วน of คำสั่งทางปกครองการเพิกถอนอาจมีความแตกต่างจากกฎ จึงขอนำมาศึกษาเปรียบเทียบกัน ดังนี้

**3.1.7.1.2 กรณีของคำสั่งทางปกครอง (actes individuels)** ถ้าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้สร้างหรือก่อตั้งสิทธิสามารถเพิกถอนให้มีผลย้อนหลังได้โดยมีเงื่อนไขในเรื่องของเวลา ซึ่งการเพิกถอนดังกล่าวใช้ได้ทั้งในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สำหรับกรณีของคำสั่งทางปกครองที่สร้างหรือก่อตั้งสิทธินั้นจะต้องพิจารณาเป็นสองกรณีคือ คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นการก่อตั้งสิทธิโดยหลักแล้วจะทำการเพิกถอนให้มีผลย้อนหลังไม่ได้ เว้นแต่จะกำหนดไว้ชัดแจ้งโดยกฎหมายว่าให้สามารถเพิกถอนย้อนหลังได้ ซึ่งในกรณีดังกล่าวศาลปกครองได้วินิจฉัยวางหลักเกี่ยวกับการเพิกถอนย้อนหลังไว้ในคดี Dame Cachet (November 3, 1992) ว่าต้องประกอบด้วยเงื่อนไขดังนี้ คือ เงื่อนไขประการแรกคือการกระทำที่สามารถเพิกถอนย้อนหลังได้จะต้องตั้งอยู่บนความไม่ชอบด้วยกฎหมาย เงื่อนไขประการที่สองคือการเพิกถอนจะกระทำได้แต่เฉพาะภายในระยะเวลาหรืออายุความในการฟ้องคดี เช่น ภายในสองเดือนนับแต่มีการประกาศหรือแจ้งคำสั่งทางปกครองนั้น สำหรับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและคำสั่งทางปกครองนั้นได้ก่อตั้งสิทธิ การเพิกถอนจะต้องคำนึงถึงสิทธิของเอกชนที่ได้รับไปด้วย(respect des droits acquis) ว่าจะสามารถกำหนดให้การเพิกถอนนั้นมีผลย้อนหลังได้หรือไม่เพียงใด

### 3.1.7.2 การยกเลิก(abrogation)

**3.1.7.2.1 กรณีของกฎ (réglementaires)** กฎสามารถถูกยกเลิกโดยให้มีผลไปในอนาคต นับแต่วันที่ได้ยกเลิกหรือถูกแก้ไขได้ตลอดเวลาเนื่องจากลักษณะเฉพาะของกฎที่ไม่ได้มีผลการใช้บังคับเป็นการเฉพาะเจาะจง

**3.1.7.2.2 กรณีของคำสั่งทางปกครอง (actes individuels)** สามารถแยกพิจารณาได้เป็นสองกรณี คือ กรณีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้เป็นการก่อตั้งหรือให้สิทธิหรือยืนยันสิทธิเอกชนนั้นสามารถที่จะยกเลิกโดยให้มีผลไปในอนาคต ได้โดยไม่มีกำหนดเวลาในการยกเลิก และกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งหรือให้สิทธิหรือยืนยันสิทธิของเอกชนนั้นอาจถูกยกเลิกโดยมีผลตั้งแต่มิคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นต้นไป หรือมีผลไปในอนาคต ทั้งนี้ เฉพาะกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ยกเลิกได้เท่านั้น

จากการสืบผลของนิติกรรมทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสดังกล่าวจะเห็นได้ว่าในระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสไม่ได้นำกรณีของความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองมาเป็นหลักในการกำหนดว่าจะเลือกใช้การยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง แต่สิ่งที่นำมาพิจารณานั้นเป็นการพิจารณาจากความต้องการที่จะให้ผลของ

การทำให้การสิ้นสุดผลของนิติกรรมทางปกครองว่าถ้าหากต้องการให้ผลของการสิ้นสุดผลของนิติกรรมทางปกครองนั้นมีผลย้อนหลังก็ต้องใช้วิธีการเพิกถอน (retrait) กับนิติกรรมทางปกครองนั้น แต่หากต้องการให้การสิ้นสุดผลของนิติกรรมทางปกครองมีผลไปในอนาคตนับแต่วันที่ยกเลิกนั้นก็ใช้วิธีการยกเลิก (abrogation) กับนิติกรรมทางปกครองนั้น

### 3.1.8 ผลของคำพิพากษา

คำพิพากษาของศาลนอกจากจะมีผลบังคับตามสภาพตามหลักทั่วไปที่ว่าด้วยอำนาจเด็ดขาดของคำพิพากษา (l'autorité de la chose jugée) ซึ่งหมายความว่าสิ่งที่กำหนดไว้ในคำพิพากษามีลักษณะเป็นหน้าที่ต้องปฏิบัติตามตราบท่าที่ยังไม่ได้ถูกกลับแก้โดยการอุทธรณ์หรือฎีกาและยังมีผลที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับเนื้อหาของคำพิพากษาดังนี้<sup>36</sup>

#### (1) ผลของคำพิพากษาดำรงหลัก “อำนาจบังคับของคำพิพากษา” (autorité de la chose jugée)

ตามหลักนี้ห้ามมิให้มีการฝ่าฝืนหรือโต้แย้งคำพิพากษา โดยคำพิพากษาจะต้องมีอำนาจบังคับ เพราะมีฉันทันแล้ว การพิพากษาคดีจะไม่เกิดประโยชน์แต่อย่างใดเลย ดังนั้น เมื่อมีคำพิพากษาในเรื่องใดแล้วจะนำเรื่องดังกล่าวมาฟ้องต่อศาลอีกไม่ได้ หลักอำนาจบังคับของคำพิพากษาจะใช้บังคับเฉพาะกับคำพิพากษาที่เป็นกรณีวินิจฉัยในเนื้อหาหรือคำฟ้องหลักของคดีเท่านั้น โดยจะไม่รวมถึงคำพิพากษาหรือคำสั่งที่มีลักษณะเป็นมาตรการชั่วคราว เช่น คำพิพากษาหรือคำสั่งของตุลาการนายเดี่ยวในกรณีฉุกเฉิน (Référé) คำสั่งให้ทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งระหว่างการพิจารณาทั้งหลาย

อนึ่ง อำนาจบังคับของคำพิพากษาจะมีลักษณะที่แตกต่างกัน 2 ลักษณะแล้วแต่กรณี คือ อำนาจบังคับสัมพัทธ์ (relative) และอำนาจบังคับเด็ดขาด (absolue)

#### (1.1) อำนาจบังคับสัมพัทธ์

ได้แก่กรณีที่คำพิพากษานั้นจะมีผลผูกพันเฉพาะคู่ความในคดีที่จะโต้แย้งผลของคำพิพากษานั้นไม่ได้อีกต่อไป (ทั้งนี้ เว้นแต่ในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้มีการพิจารณาพิพากษาคดีบางคดีใหม่ได้) ซึ่งจะต้องพิจารณาตามมาตรา 1351 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งที่บัญญัติว่าอำนาจบังคับตามคำพิพากษาจะเกิดขึ้นเฉพาะแต่ในส่วนของผู้ที่เป็นวัตถุ (l'objet) ของคำพิพากษากล่าวคือ จะต้องเป็นคำขออย่างเดียวกัน และคำขอนั้นจะต้องอาศัยเหตุอย่างเดียวกัน และจะต้องเป็นคำขอของคู่ความเดียวกันในฐานะเดียวกัน เช่น ในกรณีศาลมีคำพิพากษายกฟ้องที่ขอให้เพิกถอนกฎในคดีแรกแล้ว ในคดีหลังผู้ฟ้องคดีอาจฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกตามกฎหมายดังกล่าวได้ โดยอ้างว่ากฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

<sup>36</sup> เอกบุญ วงศ์สวัสดิกุล และคนอื่นๆ, รายงานการศึกษาวินิจฉัย เรื่อง วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง, หน้า 218 - 219.

## (1.2) อำนาจบังคับเด็ดขาด

ได้แก่ กรณีที่คำพิพากษานั้นใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป ไม่ว่าจะเป็ น คู่ความหรือบุคคลภายนอก มีผลผูกพันทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นฝ่ายปกครองหรือศาลใดๆ ก็ไม่อาจ ตรวจสอบหรือเปลี่ยนแปลงได้ และเอกชนทุกคนสามารถยกขึ้นใช้อ้างอิงได้เป็นการทั่วไป ซึ่งคำพิพากษาศาลปกครองที่มีอำนาจบังคับเด็ดขาดนี้ ได้แก่ คำพิพากษาให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่ง ทางปกครอง ดังนั้น เมื่อศาลปกครองมีคำพิพากษาให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งใดแล้ว ศาลจะต้องถือว่า กฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย (โดยไม่อาจตรวจสอบได้อีก) และจะต้องนำ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นฐานในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับคำสั่งนั้น ไม่ว่าจะเป็นการฟ้อง ขอให้ชดใช้ค่าเสียหายเพราะเหตุละเมิดหรือการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองอื่น

สำหรับคำพิพากษาของศาลที่ยกฟ้องในคดีที่โจทก์ฟ้องขอให้เพิกถอน กฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นไม่มีอำนาจบังคับเด็ดขาด เพราะมีความแตกต่างจากคำพิพากษาให้ เพิกถอนกฎหรือคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การที่ศาลมีคำพิพากษาให้เพิกถอนกฎหรือ คำสั่งทางปกครองนั้น ศาลได้พิจารณาแล้วว่า กฎหรือคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย (แม้จะมี เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงเหตุเดียว) ในขณะที่ศาลยกฟ้องนั้น ศาลเห็นว่าข้ออ้างของ ผู้ฟ้องคดีฟังไม่ขึ้น แต่ก็มิได้หมายความว่าศาลยืนยันว่ากฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมาย เพราะกฎหรือคำสั่งดังกล่าวอาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ได้ เพียงแต่เป็นความไม่ชอบด้วย กฎหมายที่ไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และผู้ฟ้องคดีไม่ได้ยกขึ้นเป็นข้ออ้าง (ศาลจึงไม่อาจ เพิกถอนได้เพราะจะเป็นการพิพากษาเกินคำขอ)

อนึ่ง อำนาจบังคับเด็ดขาดของคำพิพากษาถือว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนั้น ศาลจึงสามารถยกขึ้นพิจารณาได้เองโดยไม่จำเป็นต้องมีคำขอ ของคู่ความแต่อย่างใด

## (2) ผลของคำพิพากษิตามเนื้อหาของคำพิพากษา

โดยปกติแล้ว เนื้อหาของคำพิพากษาของศาลปกครองจะมี 2 รูปแบบ คือ (1) การเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง และ (2) การสั่งให้คู่ความกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งในกรณีของการสั่งให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดนั้นจะมีความชัดเจนอยู่ในตัวเอง (เช่น การให้ ชำระเงินให้แก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง) แต่ในส่วนของ การเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น เนื่องจากมีหลักการตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสว่า คำสั่งทางปกครอง หรือกฎที่ถูกเพิกถอนในคดีที่ฟ้องว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (*excès de pouvoir*) นั้น ถือว่าไม่เคยมีอยู่เลยหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ คำพิพากษาให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองมี ผลย้อนหลัง

ในทางปฏิบัติศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสก็ไม่เคยใช้อำนาจในการพิพากษา เพื่อกำหนดกรอบในเรื่องระยะเวลาของผลการเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง แม้ว่าจะเป็ นเพียง การเพิกถอนเพราะเหตุที่กฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะไม่กระทำตาม รูปแบบหรือขั้นตอนที่กำหนดไว้เท่านั้นหรือแม้ว่าการเพิกถอนจะก่อให้เกิดผลที่ยังยากหรือช่องว่าง

ของการบังคับใช้กฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้นก็ตาม (ซึ่งแนวทางดังกล่าวขัดกับแนวทางของกฎหมายประชาคมร่วมยุโรปที่ศาลยุติธรรมแห่งประเทศยุโรป (CJCE) สามารถกำหนดให้กฎหมายหรือคำสั่งหรือถูกเพิกถอนยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปทั้งหมดหรือบางส่วนได้<sup>37</sup>

อย่างไรก็ดี ตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส การมีผลย้อนหลังของการเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองโดยคำพิพากษาของศาล ก็มีลักษณะที่แตกต่างกันและมีข้อจำกัดบางประการ ดังต่อไปนี้<sup>38</sup>

- (ก) การแทนที่กฎหมายหรือคำสั่งที่ถูกเพิกถอน
- (ข) การทำให้ทุกอย่างกลับคืนสู่สภาพเดิม
- (ค) การส่งผลกระทบต่อกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองอื่น

### 3.1.8.1 การแทนที่กฎหมายหรือคำสั่งที่ถูกเพิกถอน (ผลกรณีเพิกถอนกฎหมายในความหมาย

อย่างกว้าง)

เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้เพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ย่อมถือว่ากฎหมายหรือคำสั่งนั้นสิ้นผลไม่มีอยู่เลย คำพิพากษาให้เพิกถอนกฎหมายใช้บังคับบุคคลได้ทั่วไป ซึ่งในบางกรณีความไม่มีอยู่ของกฎหมายหรือคำสั่งดังกล่าว อาจส่งผลให้ตัวเองโดยที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองขึ้นใหม่เพื่อแทนที่กฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอน ซึ่งเป็นผลของการเพิกถอนในความหมายอย่างกว้าง เช่น กรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้เพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งซึ่งฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องออก ก็เท่ากับว่าไม่มีการออกกฎหมายนั้นใช้บังคับเป็นต้น กรณีดังกล่าวฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองขึ้นใหม่เพื่อแทนที่กฎหมายหรือคำสั่งเดิมที่ถูกศาลพิพากษาให้เพิกถอน ตัวอย่างเช่น การที่ศาลเพิกถอนมติของสภาเทศบาลที่ให้ลดหย่อนภาษีให้แก่ผู้ประกอบการบางประเภทเท่านั้น ไม่มีผลเป็นการบังคับให้สภาเทศบาลต้องมีมติใหม่ เพื่อให้การลดหย่อนแก่กิจการทุกประเภท เนื่องจากการให้การลดหย่อนดังกล่าวมิให้เป็นเรื่องที่บังคับให้สภาเทศบาลจะต้องกระทำ อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองสามารถที่จะออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองขึ้นใหม่ เพื่อแทนที่กฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนได้ และกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ออกขึ้นใหม่นี้อาจเนื้อหาเหมือนกับกฎหมายหรือคำสั่งเดิมที่ถูกเพิกถอนก็ได้ เช่น ในกรณีที่กฎหมายหรือคำสั่งถูกศาลเพิกถอน เพราะออกโดยไม่มีอำนาจหรือไม่ปฏิบัติตามรูปแบบหรือขั้นตอนที่กำหนดไว้ ฝ่ายปกครองอาจดำเนินการให้ผู้มีอำนาจที่แท้จริงหรือปฏิบัติตามรูปแบบหรือขั้นตอนแล้วออกกฎหมายหรือคำสั่งใหม่แทนได้ หรือแม้แต่ในกรณีที่ศาลเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองเพราะเหตุที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ฝ่ายปกครองก็ออกคำสั่งนั้นใหม่โดยอาศัยฐานจากเหตุอื่นที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีใช้เหตุที่ทำให้ศาลสั่งเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งนั้นได้เช่นกัน

<sup>37</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 222.

<sup>38</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 222.

นอกจากนี้ ในบางกรณีคำพิพากษาของศาลที่ให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองมีผลเท่ากับมีการแทนที่กฎหรือคำสั่งที่ถูกเพิกถอนโดยอัตโนมัติ กล่าวคือ ในกรณีที่กฎหรือคำสั่งที่ศาลพิพากษาให้เพิกถอนมีเนื้อหาเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม ยกเลิก หรือเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองเดิม การที่ศาลเพิกถอนกฎหรือคำสั่งดังกล่าวจะมีผลทำให้กฎหรือคำสั่งที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมหรือถูกยกเลิกนั้นกลับมามีผลใช้บังคับ เช่น การเพิกถอนกฎที่แก้ไขเพิ่มเติมกฎเดิมโดยการเปลี่ยนตัวผู้มีอำนาจ ย่อมมีผลทำให้ผู้มีอำนาจเป็นไปตามกฎเดิม แต่ในบางกรณีคำพิพากษาให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง มีผลทำให้ฝ่ายปกครองต้องออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองขึ้นใหม่ เพื่อแทนที่กฎหรือคำสั่งที่ถูกเพิกถอน ไม่ว่าจะเป็เพราะคู่ความฝ่ายที่ฟ้องคดีมีคำขอ หรือไม่ เช่น การเพิกถอนกฎที่มีกฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองต้องออก

**3.1.8.2 การทำให้ทุกอย่างกลับคืนสู่สภาพเดิม (ผลกรณีการเพิกถอนกฎในความหมายอย่างแคบ)**

คำพิพากษาให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในความหมายอย่างแคบนั้น ในทางทฤษฎีถือว่ากฎหรือคำสั่งนั้นเกิดขึ้นแล้ว (existent) แต่ถูกเพิกถอนย้อนหลัง ต้องมีการลบผลที่เกิดขึ้นให้หมดไป เอกชนไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามนิติกรรมนั้นมาตั้งแต่ต้น การเพิกถอน “มีผลย้อนหลัง” (un effet rétroactif) กฎหรือคำสั่งที่ถูกเพิกถอนต้องถือว่าสิ้นผลทางกฎหมายไม่ว่าจะเป็นผลในอดีตหรือในอนาคต กล่าวคือฝ่ายปกครองจะต้องทำให้ทุกอย่างกลับคืนสู่สภาพเดิม เสมือนไม่เคยมีกฎหรือคำสั่งนั้นอยู่เลย การทำให้ทุกอย่างกลับคืนสู่สภาพเดิมเป็นตัวอย่างในอีกรูปแบบหนึ่งของความมีผลย้อนหลังของการยกเลิกกฎหรือคำสั่งทางปกครองโดยคำพิพากษาของศาล ซึ่งจะเกิดขึ้นกับการยกเลิกกฎหรือคำสั่งที่มีเนื้อหาเป็นการกำหนดหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการดำเนินการในทางปกครองและผลของการเพิกถอน (ย้อนหลัง) จะเป็นการทำให้สภาพหรือสถานะในทางปกครองกลับคืนสู่สภาพเดิมเหมือนอย่างไม่เคยมีการออกกฎหรือคำสั่งที่ถูกเพิกถอนมาก่อน

หลักเกณฑ์ข้อนี้ มักมีที่ใช้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการบริหารบุคคลภาครัฐ อย่างเช่น กรณีที่ศาลเพิกถอนคำสั่งไล่ออกข้าราชการผู้หนึ่ง ก็ต้องถือเสมือนว่าข้าราชการผู้นั้นไม่เคยถูกออกจากราชการเลย ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติต่อเขาเสมือนว่าเขาได้ปฏิบัติราชการมาโดยต่อเนื่องตั้งแต่วันที่มิคำสั่งไล่ออกจนถึงวันที่ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งไล่ออกดังกล่าว ฝ่ายปกครองต้องให้คืนสถานภาพเดิมในทางการอาชีพ คือ อาชีพข้าราชการของเขาระหว่างที่เขาถูกไล่ออกด้วย ซึ่งจะมีผลที่ว่า ในช่วงเวลาระหว่างที่ถูกไล่ออก หากเขายังคงปฏิบัติหน้าที่อยู่เขาอาจมีสิทธิได้รับแต่งตั้ง เลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่งใดๆ การกลับสู่สถานภาพเดิมในทางอาชีพจะต้องพิจารณาจากกฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะต้องเป็นกฎระเบียบที่บังคับใช้อยู่ในขณะนั้น ถึงแม้กฎระเบียบที่ว่า อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงในภายหลังก็ตาม ทั้งนี้ ฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่ในการออกกฎหรือคำสั่งใหม่มาทดแทนคำสั่งที่ถูกเพิกถอนไป ส่วนมากจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่สั่งตามคำร้องขอของเอกชน ตัวอย่างเช่น การเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้าง ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาออกใบอนุญาตให้ใหม่ นอกจากจะเป็นการร้องขอจากเอกชนแล้ว ฝ่ายปกครองก็อาจเป็นผู้ริเริ่มเอง

เพื่อเป็นการอุดช่องว่างทางกฎหมาย เช่นในกรณีที่มีการเพิกถอนกฎระเบียบใดๆ ที่ให้กฎหมายแม่บทมีผลบังคับใช้ กรณีนี้ จำเป็นต้องริบออกระเบียบตัวใหม่มาทดแทน เพื่อให้กฎหมายแม่บทมีผลบังคับใช้ได้ต่อไป

**3.1.8.3 ผลกรณีพิพาทษาว่ากฎนั้นไม่เกิดขึ้น** หากศาลพิพากษาว่า กฎหรือคำสั่งทางปกครองไม่เกิดขึ้น (inexistent) มักเป็นกรณีและเมิดกฎหมายอย่างร้ายแรงชัดเจนศาลจะไม่เพิกถอน แต่ศาลจะประกาศว่ากฎหรือคำสั่งนั้นไม่เกิดขึ้นและจะมีผลต่างจากการเพิกถอนบางประการ เช่น ฝ่ายปกครองจะยกเลิกเพิกถอนกฎที่ไม่เกิดขึ้นเมื่อใดก็ได้เพราะไม่ก่อให้เกิดสิทธิที่รับมาแล้ว (droit acquis)

อนึ่ง การมีผลย้อนหลังของการเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองอาจมีผลทำให้กฎหรือคำสั่งทางปกครองอื่นไม่ชอบด้วยกฎหมายตามไปด้วยได้ เช่น การเพิกถอนกฎอาจทำให้คำสั่งทางปกครองที่ออกตามกฎดังกล่าวไม่มีฐานทางกฎหมาย อย่างไรก็ดี ความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดขึ้น มิได้มีลักษณะที่เด็ดขาด แต่มีความแตกต่างกันแล้วแต่กรณีดังนี้

- การเพิกถอนกฎจะไม่มีผลกระทบต่อคำสั่งทางปกครองที่ออกตามกฎดังกล่าว หากคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง เพราะคำสั่งดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปได้ แม้ว่าจะปราศจากฐานอำนาจตามกฎหมายก็ตาม

- การเพิกถอนคำสั่งเฉพาะราย หากคำสั่งที่เกิดจากกฎที่ถูกเพิกถอนเป็นคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการให้สิทธิประโยชน์และเด็ดขาดแล้ว (พ้นขั้นตอนการอุทธรณ์และอายุความฟ้องคดี 4 เดือนแล้ว) จะมีผลใช้บังคับต่อไป ไม่อาจเพิกถอนได้เพื่อเป็นหลักประกันความมั่นคงในสถานะของกฎหมายบ้านเมือง แม้ในที่สุดจะถือว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม

- การเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองหนึ่ง อาจมีผลเป็นการเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองอื่นได้ หากมีการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นการฟ้องคดีเดียวกัน หรือฟ้องต่างหาก กล่าวคือ ในกรณีที่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือคำสั่งทางปกครองแรกมีผลทำให้กฎหรือคำสั่งอื่นไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน การที่ศาลมีคำพิพากษาว่ากฎหรือคำสั่งทางปกครองแรกไม่ชอบด้วยกฎหมายจะมีผลทำให้ศาลสามารถพิพากษาให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองอื่นได้ โดยไม่ต้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือคำสั่งหลังอีก เช่น การเพิกถอนกฎที่กำหนดค่าธรรมเนียมย่อมมีผลเป็นการเพิกถอนคำสั่งอนุญาตให้องค์กรมหาชนได้รับค่าธรรมเนียมดังกล่าว

**3.1.8.4 ข้อยกเว้นของการมีผลย้อนหลังของคำพิพากษาให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง** แยกพิจารณาได้เป็น 3 กรณี คือ

**3.1.8.4.1 ทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการตามความเป็นจริง (la théorie des fonctionnaires de fait)** มีพื้นฐานจากทฤษฎี กฎหมายว่าด้วยสิ่งที่ปรากฏให้เห็น (la théorie juridique de l'apparence) ซึ่งใช้บังคับกับกรณีของข้าราชการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้มีคำพิพากษาวางหลักไว้ว่า “ข้าราชการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ให้ถือว่าข้าราชการนั้นได้รับการแต่งตั้งโดยชอบด้วยกฎหมาย

ตราบใดที่ยังไม่มีการเพิกถอนการแต่งตั้ง" ตามหลักการดังกล่าว การเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้ง (รวมถึงเลื่อนชั้น และการเลือกตั้งด้วย) จะไม่มีผลต่อความสมบูรณ์ของคำสั่งทั้งหมดที่ได้กระทำขึ้นภายหลังการแต่งตั้งนั้นจนถึงวันเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้ง และมีผลผูกพันความรับผิดชอบหน่วยงานของรัฐเสมือนเป็นคำสั่งของผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยชอบด้วยกฎหมาย (คงมีแต่คำสั่งที่ออกมาภายหลังการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งเท่านั้นที่ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย) ดังนั้น ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบจึงไม่ต้องคืนเงินหรือผลประโยชน์ที่ตนได้รับมา และถือว่าระยะเวลาทำงานในระหว่างที่การแต่งตั้งไม่ชอบนั้นเป็นระยะเวลาทำงานจริงที่จะต้องนำมาใช้ในการพิจารณาอาวุโสและการคำนวณบำเหน็จบำนาญของข้าราชการผู้นั้น

**3.1.8.4.2 หลักว่าด้วยการทำงานตามความเป็นจริง (la règle du service fait)** แม้ว่าการเพิกถอนคำสั่งให้ข้าราชการพ้นจากตำแหน่งจะมีผลให้ถือว่า ข้าราชการผู้นั้นไม่เคยพ้นจากตำแหน่งก็ตาม แต่เนื่องจากในความเป็นจริงข้าราชการนั้นมิได้ปฏิบัติหน้าที่ ดังนั้นตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส จึงวางหลักไว้ว่า จะจ่ายเงินเดือนให้ข้าราชการนั้นได้เฉพาะแต่ในกรณีที่ข้าราชการนั้นปฏิบัติหน้าที่จริงเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ข้าราชการดังกล่าว มีสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายตามความเป็นจริง (พร้อมดอกเบี้ย) ที่เกิดจากการให้พ้นจากตำแหน่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในบางกรณีข้าราชการนั้นอาจไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายก็ได้เนื่องจากมีพฤติกรรมที่ถือว่ามีความผิดร้ายแรง

**3.1.8.4.3 ซ้อยกเว้นอื่น ๆ** หลักการมีผลย้อนหลังของการเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองโดยคำพิพากษาของศาล ยังมีข้อยกเว้นในลักษณะอื่นได้อีก เช่น การมีผลย้อนหลังเนื่องจากขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย เช่น ตามรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการกระจายอำนาจการปกครองลงวันที่ 7 มกราคม 1983 กำหนดให้การให้ความเห็นชอบแผนการใช้ที่ดินของเทศบาลมีผลเป็นการโอนอำนาจในการพิจารณาคำขออนุญาตก่อสร้างให้แก่นายกเทศมนตรีโดยบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่า การโอนอำนาจดังกล่าวเป็นเด็ดขาด ดังนั้น คำพิพากษาให้เพิกถอนการให้ความเห็นชอบแผนการใช้ที่ดิน จึงไม่มีผลเป็นการตัดอำนาจนายกเทศมนตรีในการพิจารณาอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร

## 3.2 การเพิกถอนกฎโดยศาลปกครองเยอรมัน

### 3.2.1 ความหมายและลักษณะของกฎ\* ในระบบกฎหมายเยอรมัน

เมื่อได้พิจารณากฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ประกอบลำดับชั้นของกฎหมายแล้ว จะพบว่าระบบกฎหมายเยอรมันแบ่งแยกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายออกเป็น 4 ประเภทใหญ่ๆ คือ<sup>39</sup>

\* "กฎ" หมายความว่า "กฎหมายลำดับรอง" ซึ่งในวิทยานิพนธ์จะใช้คำว่า "กฎ" แทน

<sup>39</sup> วารเจตน์ ภาคีร์ตัน, "การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมัน," วารสารวิชาการศาลปกครอง 5, 2 (พฤษภาคม - สิงหาคม 2548) : 1.

1. รัฐธรรมนูญ (Verfassung) หรือที่ระบบกฎหมายเยอรมันเรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (Grundgesetz) ถือเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นกติกากฎพื้นฐานในการปกครองรัฐ
2. กฎหมายระดับรัฐบัญญัติ (formelle Gesetze) เป็นกฎหมายที่เกิดจากกระบวนการตรากฎหมายโดยรัฐสภา ซึ่งจะต้องกระทำภายในกรอบของรัฐธรรมนูญ
3. กฎหมายบริหารบัญญัติ (Rechtsverordnung) เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร เช่น คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรี หรือองค์การฝ่ายปกครองอื่น ซึ่งองค์การเหล่านี้จะตรากฎหมายบริหารบัญญัติขึ้นใช้บังคับได้ ก็ต่อเมื่อได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ
4. กฎหมายองค์การบัญญัติ (Satzung) หมายถึง กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยนิติบุคคลมหาชนในเรื่องที่เกี่ยวกับการปกครองตนเอง เช่น กฎหมายขององค์การปกครองท้องถิ่น หรือกฎ ข้อบังคับขององค์การวิชาชีพ (เทศบัญญัติ หรือข้อบัญญัติจังหวัด ข้อบังคับของแพทยสภา)

ในระบบกฎหมายของเยอรมันได้กำหนดประเภทของกฎที่ตราโดยฝ่ายบริหารไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 80 ซึ่งกำหนดให้ฝ่ายบริหารสามารถตรากฎได้สองลักษณะคือ<sup>40</sup>

**1. กฎหมายบริหารบัญญัติ (Rechtsverordnung หรือ statutory order)** ที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร เช่น คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรี หรือองค์การฝ่ายปกครองอื่น ซึ่งได้แก่ กฤษฎีกา ข้อบัญญัติ ข้อบังคับหรือระเบียบ เป็นต้น อำนาจในการตรากฎนี้จำกัดว่า เป็นอำนาจเฉพาะของ “องค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้” คือรัฐบาลของสหพันธ์รัฐ รัฐมนตรีของสหพันธ์รัฐ และรัฐบาลของมลรัฐเท่านั้น ซึ่งได้รับการมอบอำนาจโดยกฎหมายรัฐบัญญัติให้ออกกฎ รัฐสภาไม่สามารถตรากฎหมายมอบอำนาจในการตรากฎให้แก่องค์กรอื่นได้ แต่รัฐสภาสามารถตรากฎหมายกำหนดให้ “องค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนด” มอบอำนาจในการตรากฎให้แก่องค์กรอื่นได้ และที่สำคัญคือฝ่ายบริหารจะออกกฎโดยฝ่าฝืนเนื้อหา วัตถุประสงค์ ขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ไม่ได้ และกฎดังกล่าวจะต้องอ้างอิงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นพื้นฐานในการออกกฎนั้นๆ ด้วย

**2. กฎหมายองค์การบัญญัติ (Satzungen) ที่ตราขึ้นโดยนิติบุคคลมหาชน** ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการปกครองตนเองหรือองค์กรอิสระที่ตั้งขึ้นโดยรัฐเพื่อดำเนินการเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งตามภาระหน้าที่ เช่น เทศบาล มหาวิทยาลัย องค์การวิชาชีพ เป็นต้น ทั้งนี้ ภายใต้หลักกฎหมายที่ยอมรับให้องค์กรเหล่านี้มีความเป็นอิสระในการดำเนินการตามภารกิจหน้าที่ จึงมีความจำเป็นที่ต้องให้องค์กรเหล่านี้สามารถออกกฎออกมาใช้บังคับ โดยเฉพาะเทศบาลที่มีความชอบธรรมในระบบประชาธิปไตยนั้น รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐานได้บัญญัติรับรองสิทธิที่จะออกกฎไว้เป็นอำนาจทั่วไปในการออกกฎเกณฑ์ขึ้นมาใช้ภายใน

<sup>40</sup> Mahendra P Singh, "German Administrative Law in Common Law Perspective," (2<sup>nd</sup> edition Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, Newyork, 2001), pp. 41 - 45.



เนื้อหา ขอบเขต ภารกิจของตน แต่นิติบุคคลมหาชนอื่น แม้กฎหมายพื้นฐานไม่ได้รับรองสิทธิไว้ โดยเฉพาะ แต่ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะตรากฎหมายให้อำนาจนิติบุคคลมหาชนเหล่านี้ สามารถตรากฎเพื่อใช้กับท้องถิ่นหรือสมาชิกหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับองค์กรดังกล่าวได้

อนึ่ง สำหรับกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหารที่มีลักษณะเป็นระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง (Verwaltungsvorschrift) ที่ตราขึ้นโดยไม่ต้องรับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติ แต่เป็นอำนาจที่ฝ่ายบริหารมีอยู่ในตนเองเกี่ยวกับองค์กรภายในของฝ่ายปกครอง จึงไม่มีผลกระทบต่อเอกชนโดยตรง กฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าวไม่อยู่ในความหมายของกฎหมายตามนัย Art. 80 GG.<sup>41</sup>

### 3.2.2 การร้องขอให้ตรวจสอบกฎในเยอรมัน (Normenkontrolle)

การร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมัน ได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาศัตถ์ปกครอง ปี ค.ศ. 1960 (Verwaltungsgerichtsordnung-VwGO) มาตรา 47 ได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยมีวัตถุประสงค์ 3 ประการ<sup>42</sup>

1) เพื่อให้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎเป็นกระบวนการในการโต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในลักษณะที่เป็นภาวะวิสัย ทั้งนี้ เพราะผู้ที่จะใช้สิทธิดังกล่าวได้มิได้จำกัดเฉพาะกรณีของผู้ถูกระทบสิทธิเท่านั้นที่มีสิทธิยื่นคำร้องในเรื่องนี้ได้ สิทธิดังกล่าวยังรวมถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย

2) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎมีความมุ่งหมายเพื่อให้กระบวนการในการคุ้มครองสิทธิ ในเรื่องดังกล่าวเป็นกระบวนการในการป้องกันความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายและด้วยเหตุนี้การคุ้มครองสิทธิดังกล่าวจึงมีผลโดยตรงต่อการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล

3) ความมุ่งหมายประการสุดท้ายของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎก็เพื่อความประหยัดในทางคดี เพราะกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎสามารถป้องกันคดีจำนวนมาก ที่อาจจะเกิดจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎ คดีดังกล่าวจึงเป็นคดีที่ช่วยลดภาระให้แก่ศาลปกครองได้ เพราะคำวินิจฉัยของศาลปกครองจะมีผลผูกพันเป็นการทั่วไป

การตรวจสอบบทบัญญัติของกฎนี้ ให้กระทำในรูปการยื่นคำร้องขอ (Antrag) แทนที่จะเป็นคำฟ้อง (Klage) มีการให้เหตุผลโดยเห็นว่า ผู้ยื่นคำขอ และผู้ออกบทบัญญัติของกฎซึ่งก็ได้แก่องค์กรอิสระตามกฎหมายมหาชน เทศบาลเมือง มหาวิทยาลัย ฯลฯ ไม่ได้อยู่ในฐานะ

<sup>41</sup> Ibid. pp 55 - 57.

<sup>42</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 130.

คู่กรณี ซึ่งตรงกันข้าม นอกจากนั้นผู้มีอำนาจยื่นคำขอ อาจเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ได้ โดยต้องปรากฏว่าเจ้าหน้าที่จะได้รับผลเสียจากการใช้บทบัญญัติดังกล่าว สำหรับอีกฝ่ายหนึ่งนั้นก็คือองค์การอิสระตามกฎหมายมหาชนต่างๆ ซึ่งเป็นผู้ออกข้อบัญญัติหรือกฎต่างๆ ออกมาใช้<sup>43</sup>

ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองประเทศเยอรมัน ถือได้ว่าการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎแบ่งเป็น 2 ลักษณะคือ<sup>44</sup>

**3.2.2.1 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยตรง (direct or principal judicial review)** ได้แก่ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ถูกโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายหลังจากกฎฉบับนั้นๆ ออกามีผลใช้บังคับ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้มีข้อขัดแย้งเกิดขึ้นแต่อย่างใด ซึ่งการควบคุมในกรณีนี้เรียกอีกนัยหนึ่งได้ว่าการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายแบบนามธรรม (abstract judicial review) โดยมีประเด็นที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎถือเป็นประเด็นหลักในคดี หากศาลพิพากษาว่ากฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและผลในทางกฎหมายของคำพิพากษานั้นมีผลบังคับเป็นการทั่วไป

**3.2.2.2 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยอ้อม(indirect or incidental judicial review)** ได้แก่ กรณีที่มีข้อขัดแย้งเกิดขึ้น และมีประเด็นที่กล่าวอ้างว่าเกิดจากกฎที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือมีการบังคับใช้กฎ และมีการโต้แย้งว่ากฎนั้นๆ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้จะถือว่าประเด็นเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้นเป็นประเด็นรองในคดี ซึ่งผลของคำพิพากษาที่แสดงถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้นไม่มีผลเป็นการทั่วไป แต่จะมีผลเฉพาะคดีนั้นๆ เท่านั้น

สรุปได้ว่า การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมัน กรณีเป็นการควบคุมโดยตรง ศาลปกครองจะพิจารณาเพิกถอนกฎนั้นได้หากเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่กรณีควบคุมโดยอ้อม แม้ศาลปกครองเห็นว่ากฎที่เป็นฐานแห่งการออกคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายแม่บท ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเท่านั้น จะไม่ก้าวล่วงไปพิพากษาแสดงความเสียหายเปล่าของกฎ

### 3.2.3 เขตอำนาจศาล

ในระบบกฎหมายเยอรมัน การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎก็อยู่ในอำนาจศาลปกครองแห่งมลรัฐหรือศาลปกครองระดับอุทธรณ์เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ ตามมาตรา 47 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเพิกถอนกฎ โดยกำหนดให้ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์หรือศาลปกครองชั้นสูงแห่งมลรัฐ (Oberverwaltungsgericht ; Verwaltungsgerichtshof) มีอำนาจ

<sup>43</sup> เอกบุณญ วงศ์สวัสดิกุล และคนอื่นๆ รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง, หน้า 429.

<sup>44</sup> Mahendra P Singh, *German Administrative in Common Law Perspective*, pp. 51 - 52.

พิจารณาพิพากษาคำร้องขอเกี่ยวกับการให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของบทบัญญัติ ดังต่อไปนี้<sup>45</sup>

1. กรณีของข้อบัญญัติขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นหรือนิติบุคคลมหาชน (Satzungen) ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมาย ควบคุมอาคาร หรือกรณีของกฎ (Rechtsverordnungen) ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 246 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายควบคุมอาคาร

2. กรณีของบทบัญญัติอื่นซึ่งมีฐานะต่ำกว่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติของ มลรัฐ ทั้งนี้ เป็นไปตามที่กฎหมายของมลรัฐกำหนดไว้

ทั้งนี้ มลรัฐส่วนใหญ่ได้บัญญัติให้นำเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วย กฎหมายของกฎโดยศาลปกครองเข้าไปใช้บังคับ<sup>46</sup>

### 3.2.4 เจื่อนไขการฟ้องคดี

การที่ศาลปกครองจะรับคำร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ไว้พิจารณาพิพากษาได้จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขการฟ้องคดี ดังนี้

#### 3.2.4.1 เนื้อหาของกฎที่เป็นวัตถุแห่งคดี

ระบบกฎหมายเยอรมันไม่ได้กำหนดให้กฎทุกประเภทเป็นวัตถุแห่งคดี ในกระบวนการฟ้องร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ แต่จำกัดเฉพาะกฎ 2 ประเภทเท่านั้น คือ 1) กฎที่เป็นกฎหมายขององค์การบัญญัติ (Satzung) และกฎหมายบริหารบัญญัติ (Verordnung) ซึ่งองค์กรฝ่ายปกครองตราขึ้นตามประมวลกฎหมายก่อสร้าง (Baugesetzbuch) เช่น ประกาศผังเมือง 2) กฎอื่นๆที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่ารัฐบัญญัติของมลรัฐ เช่น กฎกระทรวงที่ออก โดยกระทรวงแห่งมลรัฐ หรือ กฎหมายขององค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น (Satzung) ที่ออก โดยอาศัยอำนาจจากรัฐบัญญัติของมลรัฐ<sup>47</sup>

ดังนั้น หากกฎที่ได้รับการตราขึ้นนั้น เป็นกฎของสหพันธ์ กล่าวคือ เป็น กฎหมายบริหารบัญญัติที่องค์กรฝ่ายปกครองระดับสหพันธ์ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจจากรัฐบัญญัติ ของสหพันธ์ กฎนั้นย่อมไม่อาจเป็นวัตถุแห่งการตรวจสอบในคำฟ้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมายของกฎได้<sup>48</sup>

<sup>45</sup> เอกบุญ วงศ์สวัสดิกุล และคนอื่นๆ รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิธีพิจารณาคดีปกครอง เปรียบเทียบ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง, หน้า 426.

<sup>46</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองของเยอรมัน, หน้า 132.

<sup>47</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบ กฎหมายเยอรมัน," วารสารวิชาการศาลปกครอง 5, 2 : 4.

<sup>48</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

### 3.2.4.2 ผู้มีสิทธิฟ้องคดี

ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ตรวจสอบกฎในระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งต้องยื่นผ่านทนายความที่ได้รับมอบอำนาจเต็มหรือศาสตราจารย์ทางกฎหมาย § 61 VwGO ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองได้กำหนดไว้ 2 ประเภทคือ (1) บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล (2) หน่วยงานของรัฐ

(1) กรณีบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ผู้มีสิทธิยื่นคำขอจะต้องแสดงให้เห็นว่ากฎหรือการบังคับใช้กฎนั้นกระทบกับสิทธิในทางมหาชนของตนหรืออาจกระทบสิทธิดังกล่าวของตนในอนาคตอันใกล้ โดยศาลปกครองจะตรวจสอบ “ความเป็นไปได้” ของการถูกระทบสิทธิดังกล่าวเท่านั้น โดยไม่ต้องยืนยันว่าการออกกฎหรือการบังคับใช้กฎนั้นจะต้องกระทบสิทธิทางมหาชนของผู้ร้องแล้วจริงๆ เช่น สิทธิในทางมหาชน (Subjektiv – öffentliches Recht) ที่ผู้ร้องกล่าวอ้างอาจเกิดขึ้นจากกฎหมายธรรมดาหรือจากสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการบัญญัติในรัฐธรรมนูญก็ได้ เช่น เจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินในเขตการปกครองขององค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นอาจกล่าวอ้างว่าสิทธิในที่ดินของตนได้รับผลกระทบเนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกประกาศผังเมืองจำกัดการใช้ประโยชน์ในที่ดินของตน แต่ในกรณีที่ผู้ร้องเป็นนิติบุคคล จะต้องปรากฏว่ากฎนั้นจะต้องกระทบต่อสิทธิของนิติบุคคลนั้นเอง ไม่ใช่เพียงแค่กระทบสิทธิของสมาชิกของนิติบุคคลนั้นเท่านั้น

(2) กรณีหน่วยงานของรัฐ ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในกรณีหน่วยงานของรัฐ จะสามารถยื่นคำขอได้ต่อเมื่อปรากฏว่าหน่วยงานนั้นมีประโยชน์ในอันที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิเป็นพิเศษ ระบบกฎหมายเยอรมันถือว่าหน่วยงานที่มีประโยชน์ดังกล่าว หากปรากฏว่าหน่วยงานที่ยื่นคำร้องนั้นจะต้องใช้กฎนั้นในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้ภารกิจทางปกครองบรรลุเป้าหมาย เนื่องจากระบบกฎหมายเยอรมันเห็นว่าเป็นการไม่สมควรบังคับให้เจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองดำเนินการบังคับตามกฎหมายที่ตนถือว่าไม่มีผลในทางกฎหมาย เพราะจะขัดกับหลักนิติรัฐที่ให้องค์กรของรัฐ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผูกพันกับกฎหมายและความถูกต้องเป็นธรรม (Gesetz und Recht) แต่ถ้าวางงานนั้นสามารถประกาศยกเลิกกฎดังกล่าวได้เอง หน่วยงานนั้นไม่มีสิทธิยื่นคำร้องให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้นได้ เพราะถือว่าหน่วยงานไม่มีประโยชน์ในอันที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิเป็นพิเศษสำหรับการบังคับใช้กฎนั้น ในกรณีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหากเป็นกฎที่ออกโดยฝ่ายปกครองของมลรัฐและกฎดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิในการปกครองตนเองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแล้ว กรณีนี้องค์กรปกครองท้องถิ่นดังกล่าวสามารถร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้นได้ โดยต้องแสดงให้เห็นว่ากฎนั้นกระทบต่อสิทธิในการปกครองตนเองขององค์กรปกครองท้องถิ่น อันเป็นสิทธิในทางมหาชนอย่างไร<sup>49</sup>

### 3.2.4.3 ระยะเวลายื่นคำร้องขอให้ตรวจสอบกฎ

การร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎจะต้องยื่นภายในระยะเวลา 2 ปี นับแต่วันที่มีการประกาศใช้กฎดังกล่าว หลังจากระยะดังกล่าว

<sup>49</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

ล่วงพ้นไปแล้ว บุคคลใดจะฟ้องขอให้ศาลปกครองแสดงความเสียหายหรือเป็นโมฆะของกฎอีกไม่ได้ อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่าหมดทางหรือโอกาสในการร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ เพียงแต่ปัจเจกชนจะต้องรอให้ฝ่ายปกครองใช้กฎนั้น เป็นฐานอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิ ซึ่งก่อนที่ศาลปกครองจะพิพากษาว่าคำสั่งทางปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลปกครองย่อมจะพิจารณาประเด็นเบื้องต้นแห่งคดีเสียก่อนว่า กฎชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่<sup>50</sup>

### 3.2.4.4 ความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิ

ผู้ยื่นคำร้องขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ นอกจากจะต้องเป็นผู้ที่สิทธิในทางมหาชนถูกระทบแล้ว จะต้องเป็นกรณีและผู้ยื่นคำร้องนั้นจำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิในทางศาล ในอันที่จะให้ศาลปกครองพิพากษาแสดงความเสียหายของกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่ปรากฏว่าคำพิพากษาแสดงความเสียหายของกฎ จะไม่มีผลเป็นการขจัดผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎนั้น กรณีย่อมถือว่าไม่มีความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิ<sup>51</sup>

### 3.2.5 การขอคุ้มครองชั่วคราว

ในระบบกฎหมายเยอรมัน บุคคลที่ถูกกระทบสิทธิจากการออกกฎขององค์กรฝ่ายปกครองอาจยื่นคำร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎได้ เพราะเมื่อกฎส่งผลกระทบต่อบุคคลใดแล้ว ผลที่เกิดขึ้นนั้นอาจจะยากต่อการคุ้มครองหรือเยียวยาในภายหลังได้ ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องมีการดำเนินการที่จะระงับการบังคับใช้กฎเป็นการชั่วคราว เพื่อที่จะช่วยเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากกฎนั้น โดยกฎหมายได้กำหนดให้มีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการตรวจสอบกฎมาใช้ตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1977<sup>52</sup>

โดยหลัก เมื่อยื่นคำร้องขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎแล้ว ไม่มีผลเป็นการระงับการใช้บังคับกฎนั้นแต่อย่างใด กฎที่เป็นวัตถุแห่งคดีในศาลปกครองจึงยังคงเป็นกฎหมาย (ในทางเนื้อความ) จะต้องได้รับการปฏิบัติตามโดยผู้มีหน้าที่ และจะต้องได้รับการบังคับใช้โดยองค์กรฝ่ายปกครองต่อไป แต่อย่างไรก็ตาม อาจมีการยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวให้ระงับการบังคับใช้กฎต่อศาลปกครองชั้นสูงแห่งมลรัฐ ซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีฟ้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎได้ ในกรณีที่มีการอุทธรณ์โต้แย้งคำพิพากษา

<sup>50</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

<sup>51</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

<sup>52</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl. 1996, S. 579 – 585. แปลโดยวารเจตน์ ภาศิริรัตน์

อ้างถึงในอภิรดี สุทธิสมณ, "มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครอง," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 53.

หรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นสูงแห่งมลรัฐไปยังศาลปกครองแห่งสหพันธ์ การยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวให้ระงับการใช้กฎ ก็ต้องยื่นต่อศาลปกครองแห่งสหพันธ์<sup>53</sup>

การสั่งคุ้มครองชั่วคราวของศาลปกครอง มีเงื่อนไขที่สำคัญก็คือ คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวจะต้องเป็นไปเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นอย่างรุนแรง หรือมีเหตุจำเป็นอื่นใดที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ทำให้ต้องมีการคุ้มครองชั่วคราว ทั้งนี้ ต้องปรากฏเป็นที่น่าสงสัยยิ่งว่ากฎนั้น น่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในการพิจารณาคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวนั้น ศาลจะต้องชั่งน้ำหนักความเสียหายที่จะเกิดขึ้นหากปล่อยให้มีการบังคับใช้กฎต่อไป แล้วปรากฏในภายหลังว่ากฎนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นหากศาลสั่งคุ้มครองชั่วคราว และปรากฏในภายหลังว่ากฎนั้นชอบด้วยกฎหมายประกอบกัน<sup>54</sup>

ในการขอคุ้มครองชั่วคราวกรณีของคำร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ จะมีเพียงการสั่งระงับการบังคับใช้กฎไว้ก่อน ซึ่งศาลอาจจะสั่งระงับการบังคับใช้กฎส่วนใดส่วนหนึ่งหรือทั้งฉบับก็ได้ และอาจกำหนดข้อกำหนดใดๆ เท่าที่จำเป็นให้หน่วยงานที่ออกกฎปฏิบัติด้วยก็ได้ คำสั่งระงับการบังคับใช้กฎชั่วคราวมีผลเป็นการทั่วไป ไม่ได้มีผลเฉพาะผู้ร้องเท่านั้น การสั่งระงับการบังคับใช้กฎชั่วคราวไม่มีผลกระทบใดๆ ต่อคำสั่งทางปกครองที่ออกไปก่อนหน้านั้นได้ และผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ไม่อาจใช้กระบวนการร้องขอให้ระงับการบังคับใช้กฎ ขอให้ศาลสั่งระงับการบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้ หากผู้รับคำสั่งทางปกครองผู้ใดต้องการไม่ให้มีการบังคับการตามคำสั่งทางปกครอง ผู้นั้นต้องไปอุทธรณ์โต้แย้งและฟ้องคดีโดยอาศัยรูปแบบคำฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) ซึ่งจะมีเงื่อนไขการฟ้องคดีและการคุ้มครองชั่วคราวในอีกลักษณะหนึ่ง<sup>55</sup>

### 3.2.6 หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎ

ศาลปกครองเยอรมัน มีหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ โดยอาศัยเหตุที่จะพิพากษาเพิกถอนกฎ ดังนี้

- (1) องค์กรผู้มีอำนาจออกกฎ (Zuständigkeit)
- (2) กระบวนการขั้นตอน (Verfahren) ถูกต้องหรือไม่
- (3) รูปแบบ (Form) ถูกต้องหรือไม่
- (4) กฎนั้นขัดหรือแย้งกับกฎหมายในลำดับชั้นที่สูงกว่าหรือไม่ ในประเด็นใด
- (5) กฎขัดหรือแย้งกับ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” หรือไม่

<sup>53</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมัน,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 5, 2 : 13.

<sup>54</sup> Schmidt Glaeser/Horn, aaO.,S. 276. อ้างถึงในวรเจตน์ ภาคีรัตน์ เรื่องเดียวกัน, หน้า 13 - 14.

<sup>55</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

### 3.2.6.1 องค์การผู้มีอำนาจออกกฎ (Zuständigkeit)

ศาลปกครองจะตรวจสอบว่ากฎที่ถูกต้องแย้งความชอบด้วยกฎหมายนั้น ออกโดยองค์การที่มีอำนาจในการออกกฎหรือไม่ เพราะหน่วยงานที่ออกกฎนั้น จะต้องเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจในการออกกฎนั้น โดยทั่วไปในกรณีขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือนิติบุคคลมหาชนอิสระอื่นๆ อำนาจหน้าที่ขององค์การเหล่านั้นจะมีการกำหนดไว้ จากภารกิจในการปกครองตนเองขององค์การเหล่านั้น หรืออาจมาจากกฎหมายที่มอบหมายภารกิจของรัฐให้องค์การเหล่านั้น หากเป็นองค์การเหนือพื้นที่ (Gebietskörperschaften) โดยปกติแล้วองค์การเหล่านั้นจะมีอำนาจในการออกกฎเพื่อบังคับใช้เหนือพื้นที่นั้นๆ เท่านั้น<sup>56</sup>

### 3.2.6.2 กระบวนการขั้นตอนในการออกกฎ (Verfahren)

ความบกพร่องในเรื่องกระบวนการขั้นตอนของการออกกฎ โดยทั่วไปแล้ว ย่อมมีผลทำให้กฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และย่อมตกเป็นโมฆะ แต่อย่างไรก็ตาม ที่ผ่านมานั้น ยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดถึงกระบวนการในการตรากฎแต่อย่างใด โดยเหตุที่กระบวนการในการตรากฎมิได้อยู่ภายใต้มาตรา 9 ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. 1976 (VwVfG) ดังนั้น จึงไม่อาจนำบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้ในการออกกฎได้<sup>57</sup> ถ้ากฎที่จะออกนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนโดยตรง ในกรณีเช่นนี้ แม้จะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวโดยตรงก็ตาม ผู้ออกกฎจำเป็นต้องรับฟังความเห็นของผู้ที่ถูกระทบโดยตรงด้วย<sup>58</sup>

การเยียวยาในกรณีที่มีความบกพร่องในเรื่องขั้นตอนกระบวนการในความหมายของมาตรา 45 ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (VwVfG) นั้น ไม่สามารถนำมาใช้กับกรณีของการออกกฎได้ เพราะการเยียวยาดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นที่นำมาใช้เฉพาะกับกระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่เจ้าหน้าที่อาจออกกฎใหม่ได้หากกฎที่ออกมาก่อนนั้นมีข้อบกพร่องในเรื่องขั้นตอนกระบวนการในการออก<sup>59</sup>

### 3.2.6.3 พื้นฐานทางกฎหมายของการมอบอำนาจให้ออกกฎ (Ermächtigung sgrundlage)

โดยทั่วไปแล้วบทบัญญัติของกฎหมายที่มีผลก่อให้เกิดภาระต่อประชาชนนั้น บทบัญญัติของกฎหมายเช่นนี้จะต้องมี "พื้นฐานในทางกฎหมายอย่างเพียงพอในการออกกฎ" ที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนได้ โดยบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการออกกฎได้นั้นจะต้องกำหนดเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตของกฎที่จะออกไว้ ในกรณีของข้อบัญญัติท้องถิ่นได้มีการบัญญัติไว้ใน "กฎหมายว่าด้วยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น"

<sup>56</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน, หน้า 134.

<sup>57</sup> Hufen, อ้างในบรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 135.

<sup>58</sup> Hufen, อ้างในบรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 135.

<sup>59</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน, หน้า 135.

(Gemeindeordnung) พื้นฐานในทางกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นจะต้องตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่จะมีการมอบอำนาจต่อโดยกฎ ในกรณีเช่นนี้จะกระทำได้อีกกฎหมายที่มอบอำนาจนั้นเองได้กำหนดไว้ให้มอบอำนาจต่อไปได้ นอกจากนี้กฎนั้นจะต้องออกภายในขอบเขตของกฎหมายที่ให้อำนาจ<sup>60</sup>

### 3.2.6.4 กฎนั้นต้องไม่ขัดกับกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่า (kein Verstoß gegen höherrangiges Recht)

การตรวจสอบเนื้อหาของคำร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ย่อมมีผลมาจากการมีลำดับชั้นของกฎหมายอันเป็นหลักการของหลักนิติรัฐ และหลักความผูกพันของฝ่ายปกครองต่อกฎหมาย โดยทั่วไปแล้วศาลที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎจะต้องตรวจสอบจากบทบัญญัติของกฎหมายของสหพันธ์และกฎหมายของมลรัฐทั้งหมดที่มีอยู่รวมตลอดถึงตรวจสอบจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย กรณีที่กฎฉบับหนึ่งขัดแย้งกับกฎอีกฉบับหนึ่งจะต้องใช้หลักการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งทั่วไปมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา กล่าวคือ<sup>61</sup>

หากกฎฉบับหนึ่งขัดแย้งกับกฎอีกฉบับหนึ่งที่ออกโดยองค์กรที่มีลำดับสูงกว่า ในกรณีเช่นนี้กฎที่ออกโดยองค์กรที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่าอยู่ในลำดับที่มาก่อน เช่น กฎที่เกี่ยวกับการวางผังการก่อสร้าง ซึ่งออกโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นขัดแย้งกับกฎที่ออกตามกฎหมายคุ้มครองภูมิประเทศ ซึ่งออกโดยรัฐส่วนกลาง ซึ่งโดยหลักแล้วกฎที่ออกโดยรัฐส่วนกลางย่อมอยู่ในฐานะที่สูงกว่า แต่ในกรณีนี้ผลปรากฏว่า กฎที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่านั้นไปแทรกแซงหลักการปกครองตนเองขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ดังนั้น ในกรณีนี้ จึงไม่น่ากฎที่ออกตามกฎหมายคุ้มครองภูมิประเทศมาใช้กับกฎที่ออกโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น<sup>62</sup>

- ในกรณีที่กฎที่อยู่ในลำดับชั้นเดียวกันขัดแย้งกัน ให้ถือหลักกฎที่ออกภายหลังไปยกเลิกกฎที่ออกมาก่อน<sup>63</sup>

- ในกรณีที่กฎขัดแย้งกับระเบียบภายในฝ่ายปกครอง (Verwaltungsvorschriften) โดยหลักแล้วกฎที่ขัดแย้งกับระเบียบภายในฝ่ายปกครองย่อมไม่ถือว่าเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>64</sup>

### 3.2.6.5. เนื้อหาของกฎขัดหรือแย้งกับหลักพอสมควรแก่เหตุหรือไม่

เนื้อหาของกฎนั้นจะขัดหรือแย้งกับหลักพอสมควรแก่เหตุไม่ได้ หากขัดแย้งยอมทำให้กฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน<sup>65</sup>

<sup>60</sup> Hufen, อ้างในบรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 135 - 136.

<sup>61</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 136.

<sup>62</sup> Hufen, อ้างในบรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 136.

<sup>63</sup> Hufen, อ้างในบรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 136 - 137.

<sup>64</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 137.

<sup>65</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ในระบบกฎหมายเยอรมัน," วารสารศาลปกครอง 5, 2 : 9.



### 3.2.7 คำพิพากษาและผลของคำพิพากษาเพิกถอนกฎ

#### 3.2.7.1 คำพิพากษาแสดงความเป็นโมฆะหรือเสียเปล่าตั้งแต่เริ่มต้น

ในกรณีที่ปรากฏว่ากฎที่มีคำร้องขอให้ศาลปกครองชั้นสูงแห่งมลรัฐตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ได้รับการตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองชั้นสูงแห่งมลรัฐย่อมต้องพิพากษาแสดงความเป็นโมฆะหรือความเสียเปล่าของกฎ<sup>66</sup> ทำให้กฎนั้นไม่มีผลทางกฎหมาย ซึ่งผลในทางกฎหมายของกฎที่ศาลปกครองชั้นสูงแห่งมลรัฐแสดงการเสียเปล่านั้นได้กำหนดเอาไว้ในมาตรา 47 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) การกำหนดผลคำพิพากษาของศาลดังกล่าว มีผลทำให้กฎเป็นโมฆะไม่มีอยู่เสียเปล่าตั้งแต่เริ่มต้น โดยไม่มีผลทางกฎหมายใดๆ หรืออีกนัยหนึ่งคือคำพิพากษามีผลย้อนหลัง ทั้งนี้ ศาลปกครองจะมีคำพิพากษาแสดงความเป็นโมฆะของกฎทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ คำพิพากษาแสดงความเป็นโมฆะหรือความเสียเปล่าของกฎไม่ได้มีผลเฉพาะคู่ความในคดี (inter partes) แต่มีผลเป็นการทั่วไป (erga omnes) คำพิพากษาหรือคำสั่งแสดงความเป็นโมฆะหรือความเสียเปล่าของกฎ สามารถอุทธรณ์ไปยังศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesverwaltungsgericht) ซึ่งถือว่าเป็นศาลปกครองสูงสุดได้ การประกาศแสดงความเป็นโมฆะของกฎหรือความเสียเปล่าของกฎมีอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นสูงแห่งมลรัฐเป็นที่สุดแล้ว

ในกรณีคำพิพากษาถึงที่สุดแสดงความเป็นโมฆะของกฎ ผู้ทรงสิทธิทั้งหลายและองค์กรของรัฐทั้งหลายจะต้องปฏิบัติตามคดีที่กฎดังกล่าวเสียเปล่าหรือเป็นโมฆะ ศาลปกครองชั้นสูงแห่งมลรัฐซึ่งพิพากษาคดีดังกล่าวก็ต้องผูกพันตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของตน และองค์กรฝ่ายปกครองที่ออกกฎดังกล่าวก็อาจจะออกกฎที่มีเนื้อหาเช่นนั้นอีก ในกรณีที่ศาลพิพากษาแสดงความเป็นโมฆะหรือเสียเปล่าของกฎ หน่วยงานที่ออกกฎนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องนำผลของคำพิพากษาไปประกาศในลักษณะเดียวกับที่ได้เคยประกาศใช้บังคับกฎนั้น<sup>67</sup>

อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นสูงแห่งมลรัฐ (Oberverwaltungsgericht) ในคดีฟ้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ถือว่าเป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎในลักษณะที่เป็นนามธรรมและมีกฎเป็นประเด็นหลักแห่งคดี ซึ่งแตกต่างกับกรณีคำพิพากษาในกรณีที่บุคคลฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง โดยอ้างว่ากฎที่เป็นฐานแห่งคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในคดีลักษณะดังกล่าว ก่อนที่ศาลปกครองจะวินิจฉัยในประเด็นหลักของคดีว่า คำสั่งทางปกครองชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลจะต้องวินิจฉัยประเด็นเบื้องต้นแห่งคดีก่อนว่า กฎที่เป็นฐานแห่งคำสั่ง

<sup>66</sup> § 47 Abs. 5 S. 2 HS 1 VwGO, อ้างใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมัน," วารสารวิชาการศาลปกครอง 5, 2 : 10.

<sup>67</sup> § 47 V S. 2, HS 2 VwGO, อ้างใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

ทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ไม่อาจเป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครองได้ คำสั่งทางปกครองนั้น จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น (Anfechtungsklage) การยื่นยันของศาลปกครองว่า กฎดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายในคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งศาลปกครองมีผลเฉพาะคู่ความในคดีเท่านั้น ไม่มีผลเป็นการทั่วไป เนื่องจากกรณีนี้ประเด็นหลักในคดีเป็นการฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ไม่ใช่ร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎเป็นเพียงการตรวจสอบเพื่อนำไปสู่การวินิจฉัยในประเด็นหลักเท่านั้น ดังนั้นเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาสองปีนับแต่ประกาศใช้กฎ บุคคลย่อมไม่อาจยื่นคำร้องขอให้ศาลปกครองชั้นสูงแห่งมลรัฐตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎได้อีกต่อไป จึงไม่อาจมีกรณีที่ศาลปกครองชั้นสูงแห่งมลรัฐจะพิพากษาแสดงความเป็นโมฆะหรือความเสียหายของกฎได้อีกแต่ในคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือคดีในลักษณะที่จำเป็นต้องวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของกฎในฐานะที่เป็นประเด็นเบื้องต้นแห่งคดี (ที่จะต้องวินิจฉัยเสียก่อน) ศาลปกครองสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎได้แม้ว่าจะล่วงพ้นระยะเวลาสองปีนับแต่ประกาศใช้กฎแล้ว เพียงแต่การวินิจฉัยว่ากฎไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลเฉพาะคู่ความในคดีเท่านั้น เพราะหากใช้อำนาจศาลปกครองพิพากษาแสดงความเป็นโมฆะหรือความเสียหายของกฎในคดีลักษณะดังกล่าวได้แล้ว ระยะเวลาฟ้องคดีสองปีที่กำหนดไว้ก็จะไร้ความหมายลงทันที<sup>68</sup>

### 3.7.22 คำพิพากษาว่ากฎนั้นไม่สมบูรณ์จนกว่าฝ่ายปกครองแก้ไขความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

โดยหลักแล้วคำพิพากษาหรือคำสั่งแสดงความเป็นโมฆะของกฎ ย่อมส่งผลให้กฎนั้นเสียเปล่ามาตั้งแต่ประกาศใช้กฎ (Nichtigkeit ex tunc) อย่างไรก็ตาม บางกรณีกฎนั้นอาจเสียเปล่าตั้งแต่เวลาใดเวลาหนึ่งหลังจากประกาศใช้กฎได้ เช่น ในกรณีที่สหพันธ์ออกกฎหมายบังคับใช้ภายหลัง ส่งผลให้กฎที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายปกครองของมลรัฐขัดหรือแย้งกับกฎหมายของสหพันธ์ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้เพื่อความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ ศาลจะต้องระบุไว้ในคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ชัดเจนว่า กฎที่เป็นวัตถุแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในคดีตกเป็นโมฆะตั้งแต่เมื่อใด อนึ่ง มีข้อยกเว้นของหลักที่ว่ากฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในลำดับที่สูงกว่าจะส่งผลให้กฎดังกล่าวตกเป็นโมฆะตั้งแต่ประกาศใช้กฎนั้น ปราบกฎอยู่ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎซึ่งตราขึ้นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายก่อสร้าง ในกรณีที่ปรากฏว่ากฎดังกล่าวตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามประมวลกฎหมายก่อสร้าง องค์กรฝ่ายปกครองอาจขจัดความบกพร่องนั้นได้ โดยการดำเนินกระบวนการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมกฎที่บกพร่องนั้นได้ ในกรณีนี้ศาลปกครองชั้นสูงแห่งมลรัฐจะไม่พิพากษาแสดงว่ากฎนั้นตกเป็นโมฆะ แต่จะพิพากษาว่ากฎนั้น ไม่สมบูรณ์ (nicht wirksam) คำพิพากษาว่ากฎไม่สมบูรณ์ย่อมส่งผลให้กฎนั้นไม่สามารถใช้บังคับได้ ทั้งนี้

<sup>68</sup> Schmidt Glaeser/Horn, aaO., S. 265, อ้างในวรเจตน์ ภาคีรัตน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 11 - 12.

จนกว่าองค์กรฝ่ายปกครองที่ทรงอำนาจจะได้ดำเนินการสอบสวนพิจารณาแก้ไขเยียวยาความบกพร่องหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวตามที่กฎหมายบัญญัติ เมื่อมีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวแล้ว ความไม่สมบูรณ์นั้นก็ป็นอันยุติลง แต่หากไม่แก้ไขเยียวยา ก็จะถือว่ากฎที่ไม่สมบูรณ์นั้นเป็นโมฆะ<sup>69</sup>

### 3.3 การเพิกถอนกฎโดยศาลปกครองไทย

#### 3.3.1 ความหมายและลักษณะของกฎในระบบกฎหมายไทย

กฎตามความเข้าใจโดยทั่วไป หมายถึงกฎหมายลำดับรองหรืออนุบัญญัติที่ตราขึ้นโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจบริหารหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้รับมอบอำนาจจากองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ หรือโดยกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ<sup>70</sup>

ในระบบกฎหมายไทย ได้ให้คำนิยามของคำว่า "กฎ" ไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 วรรคแปดว่า "กฎ" หมายความว่า "พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ" ซึ่งเป็นความหมายเดียวกันกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อาจกล่าว ได้นิยามที่แท้จริงของ "กฎ" คือ ข้อความที่ว่า "บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ" ส่วนข้อความที่ว่า "พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ" เป็นแต่เพียงตัวอย่างของ "กฎ" เท่านั้นเอง<sup>71</sup> ดังนั้น "กฎ" จึงหมายถึงบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ไม่ว่าจะบทบัญญัติดังกล่าวจะมีชื่อเรียกว่าอย่างไรแต่ไม่รวมถึงบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นกฎหมายแม่บท อันได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือประกาศของคณะปฏิวัติที่มีเนื้อหาเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ

เมื่อพิจารณาคำนิยามของกฎตามมาตรา 3 วรรคแปด แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมาตรา 5 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อาจจำแนกประเภทของกฎออกเป็นพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ และบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการ

<sup>69</sup> Schmidt Glaeser/Horn, aaO., S. 274. อ้างในวรเจตน์ ภาคีรัตน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

<sup>70</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์, "กฎหมายลำดับรองของประเทศไทย," วารสารกฎหมาย 16 (2538) : 66.

<sup>71</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การกระทำทางปกครอง," เอกสารประกอบการบรรยายวิชา น.565, โครงการประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ รุ่นที่ 7 (พ.ศ. 2547), หน้า 21. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

เฉพาะ ซึ่งมีชื่อเรียกอย่างอื่น เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายลำดับรอง กฎของคณะกรรมการที่จัดตั้งตามกฎหมาย ประกาศของส่วนราชการต่างๆ เป็นต้น ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้<sup>72</sup>

(1) พระราชกฤษฎีกา เป็นกฎหมายที่รัฐบาลถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น มี 2 ประเภท คือ

(1.1) พระราชกฤษฎีกาที่เป็นอิสระ พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจตราพระราชกฤษฎีกาใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย เพราะมิได้อาศัยอำนาจจากกฎหมายแม่บทฉบับใด โดยทั่วไปจะอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญเป็นพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรผู้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อใช้บังคับในฝ่ายบริหาร ไม่ใช้บังคับกับเอกชน เช่น พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ซึ่งแม้รัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้ทำในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา แต่การตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว มิได้ตราขึ้นเพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติหรือเพื่อการอันจำเป็นแก่การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่พระราชบัญญัติต่างๆ กำหนด แต่เป็นเพียงกลไกในการถ่วงดุลอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติในการปกครองระบอบประชาธิปไตยตามระบบรัฐสภา พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจึงไม่ใช่พระราชกฤษฎีกาตามนัยมาตรา 11(2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่กำหนดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด

(1.2) พระราชกฤษฎีกาที่เป็นกฎหมายลูกบทหรือเป็นกฎหมายลำดับรอง ในกรณีที่พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดที่เป็นกฎหมายแม่บทมีบทบัญญัติให้อำนาจฝ่ายบริหารสามารถออกกฎเกณฑ์กำหนดรายละเอียดในทางปฏิบัติ เพื่อสามารถใช้กฎหมายได้เหมาะสมกับสถานการณ์ ซึ่งเป็นรายละเอียดหรือวิธีในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท ในกรณีสำคัญกว่าปกติ จะกำหนดให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา เพื่อที่จะให้ฝ่ายบริหารตระหนักว่าอำนาจออกกฎหมายในเรื่องนั้นมีใช้อำนาจของรัฐบาลโดยลำพัง แต่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อยู่ด้วยส่วนหนึ่ง จึงต้องมีเหตุผลเหมาะสมที่สามารถถวายคำอธิบายต่อพระมหากษัตริย์ได้ เช่น พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การมหาชน ซึ่งอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 หรือพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2547 อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจ่ายเงินบางประเภทตามงบประมาณรายจ่าย พ.ศ. 2518 และพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจสิทธิและประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2549 เป็นต้น

<sup>72</sup> สรุปความจากสำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง, ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกฎ, หน้า 7 - 60.

อาจกล่าวได้ว่าพระราชกฤษฎีกาที่เป็นกฎหมายลูกบทหรือเป็นกฎหมายลำดับรองมีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่บุคคลใดหรือกรณีใดเป็นการเฉพาะ อันเป็นลักษณะของกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น หากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาประเภทนี้ จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 11 (2)\* แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ หรือผู้ที่ถูกกระทบสิทธิจึงสามารถนำข้อพิพาทดังกล่าวยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดได้โดยตรง

## (2) กฎกระทรวง

การออกกฎหมายลำดับรองในรูปของกฎกระทรวงเป็นกรณีที่กฎหมายแม่บทกำหนดให้ฝ่ายบริหารโดยรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงเป็นผู้ออกกฎกระทรวง โดยกำหนดรายละเอียดทางเทคนิคหรือรายละเอียดปลีกย่อยในทางปฏิบัติได้เอง เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บท เนื่องจากเป็นผู้ที่ต้องปฏิบัติตามตามกฎหมายนั้น โดยในทางปฏิบัติของการออกกฎกระทรวงจะถือเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่ยอมรับและปฏิบัติติดต่อกันตลอดมาว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายจะต้องเสนอร่างกฎกระทรวงให้คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบก่อนประกาศในราชกิจจานุเบกษา จนกลายเป็นจารีตประเพณีอย่างหนึ่งว่า กฎกระทรวงเป็นกฎหมายลำดับรองที่รัฐมนตรีเป็นผู้ออกโดยจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีด้วย ต่อมาปัจจุบันได้นำหลักการเสนอร่างดังกล่าวมากำหนดไว้ในระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอร่างต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

## (3) ประกาศกระทรวง

เป็นรูปแบบหนึ่งของกฎหมายลำดับรอง ซึ่งรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับต่างๆ เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา หรือกฎกระทรวงต่างๆ กำหนดหลักเกณฑ์ขึ้น เพื่อประกาศใช้บังคับได้เอง โดยเนื้อหาแล้วมีความสำคัญน้อยกว่า กฎกระทรวง จึงไม่จำเป็นต้องผ่านความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี แต่ต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา จึงจะมีผลใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไป ประกาศกระทรวงถือเป็น "กฎ" โดยสภาพหรือเนื้อหาตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่อาจมีประกาศกระทรวงบางกรณีไม่มีลักษณะเป็นกฎ ก็ได้ เช่น

(ก) ประกาศกระทรวงที่ออกมาเพื่อความสะดวกในการปฏิบัติราชการภายในกระทรวง ซึ่งมีฐานะเป็นเพียงระเบียบภายใน

\* พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 11 ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังต่อไปนี้

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

(ข) ประกาศกระทรวงที่มีเนื้อหาในการแจ้งเรื่องทั่วไปให้ประชาชนรับทราบ เช่น การแจ้งมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องต่างๆ

สำหรับข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของประกาศกระทรวงที่ไม่ผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ประกาศกระทรวงที่มีความสำคัญบางเรื่องอาจเสนอคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบจึงเป็นคดีอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

#### (4) ข้อบัญญัติท้องถิ่น

เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยมีได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะขององค์การปกครองท้องถิ่น ข้อบัญญัติท้องถิ่นจะมีชื่อเรียกแตกต่างกันไปตามรูปแบบขององค์การปกครองท้องถิ่น เช่น เทศบัญญัติ ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนตำบล ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ข้อบัญญัติท้องถิ่นไม่ว่าจะอาศัยอำนาจตามกฎหมายใดก็ตามถือเป็นกฎหมายตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของข้อบัญญัติท้องถิ่นจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

#### (5) ระเบียบ

เป็นกฎที่ฝ่ายปกครองออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติ โดยมีเนื้อหาส่วนใหญ่เป็นเรื่องรายละเอียดงานประจำของหน่วยงานที่จะกำหนดให้เหมาะสมกับการปฏิบัติงานของตน โดยทั่วไปแล้วพระราชบัญญัติจะไม่กำหนดให้นำระเบียบต่างๆ ไปประกาศในราชกิจจานุเบกษา ระเบียบจะมีผลใช้บังคับเมื่อผู้มีอำนาจหน้าที่ในการออกระเบียบนั้นลงนามในร่างระเบียบ ระเบียบอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

(ก) ระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทระดับพระราชบัญญัติ และอาศัยอำนาจกฎหมายลำดับรองอื่นๆ เช่น อาศัยอำนาจตามกฎหมายกระทรวง เป็นต้น

(ข) ระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามหลักการบังคับบัญชา ซึ่งเป็นระเบียบที่หน่วยงานออกมาใช้บังคับเป็นการภายในของหน่วยงานนั้น ซึ่งผู้บังคับบัญชามีอำนาจแนะนำให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามกฎหมายระเบียบแบบแผน ซึ่งอาจเป็นอำนาจทั่วไปไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นระเบียบที่นายกรัฐมนตรีในฐานะผู้บังคับบัญชาข้าราชการ อาศัยอำนาจตามหลักการบังคับบัญชาออกมาใช้บังคับกับหน่วยราชการทุกแห่ง มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของระเบียบดังกล่าวอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง แต่ระเบียบที่มีผลบังคับใช้เฉพาะภายในหน่วยงาน เพื่อกำหนดแนวทางปฏิบัติให้เจ้าหน้าที่ไม่มีผลบังคับให้หน่วยงานอื่นต้องปฏิบัติตาม ไม่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปย่อมไม่มีลักษณะเป็นกฎหมายตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ

จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

#### (6) ข้อบังคับ

เป็นกฎที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎกระทรวง เนื้อหาของข้อบังคับจะเป็นลักษณะรายละเอียดในทางปฏิบัติมากและอาจมีข้อบังคับที่อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ หรือข้อบังคับที่อาศัยอำนาจตามหลักการบังคับบัญชาด้วยข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของข้อบังคับอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

(7) บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ได้แก่

(7.1) ประกาศของคณะบุคคลผู้ล้มเลิกรัฐธรรมนูญที่มีค่าบังคับเทียบเท่ากฎหมายลำดับรอง ในช่วงปฏิวัติล้มเลิกรัฐธรรมนูญ คณะบุคคลผู้ยึดอำนาจอาจใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารควบคู่กันไป การกำหนดกฎเกณฑ์ใดๆ เพื่อใช้บังคับในขณะนั้นจึงกระทำในรูปประกาศของคณะบุคคลดังกล่าว เช่น ประกาศคณะปฏิวัติ ฯลฯ ประกาศของคณะบุคคลดังกล่าวอาจมีฐานะเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา หรือกฎกระทรวง หรือเป็นคำสั่งทั่วไปก็ได้ ซึ่งจะต้องพิจารณาข้อความในประกาศนั้นๆ เป็นกรณีๆ ไป

(7.2) กฎที่ออกโดยคณะกรรมการต่างๆ ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายในบางกรณีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติได้ให้อำนาจคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายแม่บทมีอำนาจในการออกกฎเพื่อให้ปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย เช่น กฎที่ออกโดยคณะกรรมการข้าราชการต่างๆ เช่น กฎ ก.พ. กฎ ก.ค. เป็นต้น การออกกฎของคณะกรรมการบางคณะอาจต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน ดังนั้น กฎที่ตราขึ้นโดยคณะกรรมการต่างๆ จึงมีฐานะเทียบเท่ากฎกระทรวง เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าว จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

(7.3) ประกาศที่ออกโดยคณะกรรมการต่างๆ ที่จัดตั้งตามกฎหมายมีลักษณะเช่นเดียวกับกฎที่ออกโดยคณะกรรมการที่จัดตั้งตามกฎหมายเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย เช่น ประกาศกำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครคัดเลือกเพื่อตั้งแทนคณะกรรมการผู้จัดการธนาคารอาคารสงเคราะห์ ซึ่งมีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่ได้มุ่งหมายใช้เฉพาะแต่กรณีใดหรือบุคคลใดโดยเฉพาะ แต่อาจมีประกาศบางอย่างของคณะกรรมการที่ลักษณะเป็นเพียงคำสั่งทางปกครอง เช่น ประกาศรายชื่อบุคคลที่มีสิทธิเข้ารับการคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่งผู้จัดการธนาคารอาคารสงเคราะห์ของคณะกรรมการสรรหาต่างๆ เพราะประกาศดังกล่าวกระทบต่อสถานภาพของสิทธิของบุคคลเป็นการเฉพาะราย ทั้งนี้ ข้อพิพาทของประกาศที่ออกโดยคณะกรรมการที่จัดตั้งตามกฎหมายและมีฐานะเป็นกฎอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของ

ศาลปกครองชั้นต้นตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เช่นกัน

**(7.4) ประกาศที่ออกโดยหน่วยงานทางปกครอง** เป็นกรณีกฎหมาย กำหนดให้เจ้าหน้าที่ระดับปฏิบัติการเช่นในระดับกรม มีอำนาจออกกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับเพราะเป็นผู้ที่ทราบรายละเอียดการปฏิบัติที่แท้จริง หากเป็นประกาศที่มีผลเป็นการทั่วไปมีลักษณะเป็นกฎอยู่ในอำนาจของศาลปกครองอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่หากประกาศที่ออกโดยหน่วยงานทางปกครองที่เป็นแจ้งเรื่องราวต่างๆ ย่อมไม่มีฐานะเป็นกฎ และประกาศที่มีเนื้อหามุ่งใช้เฉพาะกับบุคคลหรือกรณีใดเป็นการเฉพาะย่อมมีฐานะเป็นคำสั่งทางปกครอง

**(7.5) ข้อกำหนด** มีลักษณะเป็นกฎ ที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายมอบให้เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องใดกำหนดรายละเอียดในทางปฏิบัติเพื่อใช้บังคับกับงานจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

**(7.6) มติคณะรัฐมนตรี** สถานะของมติคณะรัฐมนตรีอาจมีหลายสถานะ หากพิจารณาจากอำนาจหรือที่มาในการมีมติคณะรัฐมนตรีนั้น อาจจำแนกได้เป็น

(1) มติคณะรัฐมนตรีที่ออกโดยมีที่มาจากกฎหมาย ซึ่งมีทั้งออกตามกฎหมายเฉพาะ และกฎหมายบริหารทั่วไป

(2) มติคณะรัฐมนตรีที่ออกโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชา กล่าวคือ แม้จะไม่มีกฎหมายให้อำนาจในการมีมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวได้ แต่คณะรัฐมนตรีสามารถมีมติคณะรัฐมนตรีในฐานะเป็นฝ่ายปกครองสูงสุดที่มีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่ของรัฐและองค์กรทางปกครอง มีอำนาจในการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินกำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ<sup>73</sup>

ทั้งนี้ ความเห็นเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีในประเทศไทย ยังมีความหลากหลายแตกต่างออกไป มติคณะรัฐมนตรีได้รับการวิจารณ์ว่าเป็นกรณีที่ฝ่ายบริหารออกกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับในลักษณะเดียวกับกฎหมาย โดยไม่เสนอต่อฝ่ายรัฐสภา (to make law without resort to the parliament) ในขณะที่บางฝ่ายเห็นว่ามติคณะรัฐมนตรีเป็นเพียงคำสั่งในทางบริหาร (administrative order) ในฐานะผู้บังคับบัญชาสูงสุดของข้าราชการและเจ้าหน้าที่ของรัฐกล่าวคือ ผูกพันผู้ใต้บังคับบัญชาตามระบบการบังคับบัญชา ซึ่งมีการลงโทษทางวินัยกำกับอยู่ มติคณะรัฐมนตรีจึงไม่ใช่เป็นกฎหมายที่แท้จริง (proper law) ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่ามติคณะรัฐมนตรี ที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับก็เป็นกฎหมายในอีกแง่หนึ่ง<sup>74</sup>

<sup>73</sup> สุวิมล สังขพันธ์, "สถานะและผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 154.

<sup>74</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 214.



จากการศึกษาคำพิพากษาฎีกาต่างๆ แล้ว ศาลฎีกามีแนวคิด ว่ามติคณะรัฐมนตรีไม่ใช่กฎหมาย เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2584/2523 เห็นว่า มติคณะรัฐมนตรีที่ให้ ส่วนราชการเจ้าของสัญญาใช้ดุลยพินิจต่ออายุสัญญาให้ผู้รับจ้างตามความเหมาะสม โดยไม่ต้องปรับ เป็นเพียงนโยบายหรือแนวทางปฏิบัติเท่านั้น หากมีผลเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาไม่ และคำพิพากษาฎีกา ที่ 2383/2526 เห็นว่าการที่กรมทะเบียนการค้า จำเลย สั่งให้รอการรับจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท การลงทุนและคอมโมดิตี้ส์ (ประเทศไทย) จำกัดของโจทก์ไว้ ก่อนจนกว่าจะมีกฎหมายควบคุม การประกอบธุรกิจ ให้ควบคุมถึงการประกอบอาชีพของโจทก์ ตามคำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวง พาณิชย์โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี เป็นการตัดสินใจที่จะพึงมีพึงได้ของโจทก์ โดยไม่มี กฎหมายสนับสนุน ขณะที่โจทก์ยื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท ยังไม่มีกฎหมายควบคุมกิจการ ซื้อขายสินค้าล่วงหน้าและแชร์ ประชาชนย่อมสามารถประกอบธุรกิจนี้ได้โดยเสรี คำสั่งของ รัฐมนตรีกระทรวงพาณิชย์โดยความเห็นชอบตามมติคณะรัฐมนตรี ที่ให้รอการจดทะเบียนตั้งบริษัท ดังกล่าวเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำพิพากษาฎีกานี้ เป็นกรณีให้เห็นว่ามติคณะรัฐมนตรีไม่ใช่ กฎหมาย จึงไม่อาจก้าวจัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญได้ และคำพิพากษาฎีกา ที่ 1338/2525 เห็นว่า การที่สหภาพแรงงานรัฐวิสาหกิจ โจทก์ และการทำเรือแห่งประเทศไทย จำเลย ได้ตกลงปรับปรุงอัตราค่าจ้างและเงินเดือน โดยไม่ได้กำหนดให้ต้องรับอนุญาตจาก คณะรัฐมนตรีก่อน เป็นการฝ่าฝืนมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องของการเงินรัฐวิสาหกิจ จึงไม่มีผล บังคับ ในคดีดังกล่าวข้างต้นแม้ศาลฎีกาจะมีแนวคิดว่ามีมติคณะรัฐมนตรีไม่ใช่กฎหมาย แต่ศาลฎีกา ยอมรับว่ามติคณะรัฐมนตรีมีผลบังคับใช้ภายในส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจและองค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นโดยถือว่าเป็นมาตรการภายในของฝ่ายบริหารที่ข้าราชการ พนักงานรัฐวิสาหกิจ และ พนักงานองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี

อนึ่ง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้เคยมีความเห็นของ คณะกรรมการร่างกฎหมาย (ที่ประชุมใหญ่) ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับสถานะของมติคณะรัฐมนตรีไว้ ในเรื่องสิทธิทำไม้ในเขตป่าสัมปทาน ว่า การที่กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ได้สั่งเปลี่ยนหลักเกณฑ์ การทำไม้เสียใหม่ เมื่อปี 2523 โดยให้ ออป. นำไม้ออกแต่ผู้เดียว โดยอ้างมติคณะรัฐมนตรีและ มติสภการบริหารคณะปฏิวัติ นั้น เป็นการโต้แย้งสิทธิการทำไม้ของผู้รับสัมปทานอันจะอ้างข้อ 7\* แห่ง สัมปทานมิได้ มติคณะรัฐมนตรีและมติสภการบริหารคณะปฏิวัติมิใช่กฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับตาม นัยข้อ 7 แห่งสัมปทาน เป็นเพียงคำสั่งในทางบริหารซึ่งส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง จะต้องดำเนินการ ให้เป็นตามนั้น ถ้าเรื่องใดจำเป็นต้องแก้ไขหรือออกกฎหมายกฎหรือข้อบังคับใหม่ เพื่อให้เกิดอำนาจ ในการดำเนินการตามมติดังกล่าว ก็ต้องแก้ไขหรือออกกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับเช่นนั้นก่อน

\* ข้อ 7 "สัมปทานนี้อยู่ภายใต้ข้อบังคับกฎหมาย กฎ และข้อบังคับทั้งปวงที่ประกาศใช้บังคับ อยู่แล้วในขณะนั้น และที่จะได้ประกาศใช้บังคับต่อไปภายหลัง ผู้รับสัมปทานจะอ้างเอาข้อกำหนดหรือเงื่อนไขใดๆ ในสัมปทานนี้ เป็นข้อยกเว้นมิได้ต้องถูกบังคับตามบทบัญญัติของกฎหมาย กฎ และข้อบังคับนั้นๆ หรือจะอ้างเหตุ ที่ได้รับหรือจะได้รับโทษตามกฎหมายมาเป็นเหตุ ไม่ต้องถูกบังคับตามสัมปทานนี้ได้ไม่"

อีกหนึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้มีความเห็นประกอบบันทึกของคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องข้างต้นว่า มติคณะรัฐมนตรีและมติของสภาพบริหารคณะปฏิวัติในกรณีนี้ มิใช่กฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ตามข้อ 7 ของสัมปทาน เนื่องจาก “มติคณะรัฐมนตรี” มิใช่กฎหมายเพราะมิใช่สิ่งที่รัฐสภาตราขึ้นหรือสิ่งที่ฝ่ายบริหารตราขึ้น โดยอาศัยกฎหมายแม่บท แต่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้หมายเหตุไว้ว่า “อาจมีกรณีที่มติคณะรัฐมนตรีอาจถือเป็น “กฎหมาย” ได้เหมือนกัน แต่มติของคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจะต้องกระทำโดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายที่ชัดเจนและมีผลบังคับตามที่กฎหมายกำหนดไว้มิใช่มติคณะรัฐมนตรีในทางบริหารทั่วไป” ทั้งนี้ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เห็นว่ามติคณะรัฐมนตรีในเรื่องนี้อาจมีสถานะเป็นกฎ หรือข้อบังคับได้แต่ก็เป็นเพียง กฎ หรือข้อบังคับที่ใช้ต่อเจ้าหน้าที่ของฝ่ายบริหารเท่านั้น หากเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดไม่ปฏิบัติตาม ย่อมมีความผิดทางวินัย แต่มติคณะรัฐมนตรีเรื่องนี้ เป็นมติที่เกี่ยวกับนโยบายเฉพาะคราว และข้อบังคับตามข้อ 7 แห่งสัมปทาน<sup>75</sup>

ปัญหาสถานะของมติคณะรัฐมนตรีขึ้นอยู่กับแนวความคิดการพิจารณาความหมายของ “กฎหมาย” ว่าหมายถึงอะไร หากพิจารณาในแง่ของอำนาจ ในการตรา กฎหมายหรือรูปแบบของกฎหมายแล้ว มติคณะรัฐมนตรีย่อมมิใช่กฎหมายตามแบบพิธี ไม่มีสถานะทางกฎหมาย แต่ถ้าพิจารณาในแง่ความเป็นกฎเกณฑ์แล้ว มติคณะรัฐมนตรีย่อมมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ กำหนดแนวทางในการใช้ดุลยพินิจ และมีสภาพบังคับคือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อาจได้รับโทษหากไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี<sup>76</sup> ส่วนปัญหาเรื่องสถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีที่ออกโดยมีกฎหมายรองรับหรือให้อำนาจออกมติคณะรัฐมนตรี สถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวไม่เป็นกฎหมาย เป็นเพียงขั้นตอนหรือวิธีการหนึ่งที่กฎหมายบังคับหรือให้อำนาจแก่คณะรัฐมนตรีที่ออกมติคณะรัฐมนตรีเช่นนั้นได้ และในกรณีที่มติคณะรัฐมนตรีเรื่องนั้นมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่กฎหมายให้อำนาจคณะรัฐมนตรีกำหนดกฎเกณฑ์ระเบียบแบบแผนได้ (internal administrative norms) มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวก็จะมีสถานะเป็นกฎหมายภายในของฝ่ายบริหาร แต่ก็ยังไม่ใช่กฎหมายตามแบบพิธีที่จะใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไปได้เช่นเดียวกัน<sup>77</sup>

ผู้ศึกษามีความเห็นว่ามีมติคณะรัฐมนตรีมีหลายสถานะในการพิจารณาว่ามติคณะรัฐมนตรีจะมีสถานะเช่นใด จะเป็นคำสั่งหรือการกระทำของรัฐบาล เป็นเพียงแนวนโยบาย หรือเป็นระเบียบภายในของฝ่ายปกครองหรือสถานะใดนั้น จะต้องพิจารณาจากอำนาจที่ใช้เป็นฐานในการออกมติคณะรัฐมนตรี ว่าเป็นการอาศัยอำนาจตามบังคับบัญชาหรือเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือมีคำบังคับเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ และเนื้อหาของมติคณะรัฐมนตรีว่า เป็นกำหนดนโยบาย หรือหลักเกณฑ์ แบบแผน

<sup>75</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 228 - 229.

<sup>76</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 374.

<sup>77</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 376.

การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานทางปกครอง ผลการบังคับใช้ของมติคณะรัฐมนตรีว่าใช้บังคับเจ้าหน้าที่หน่วยงานใดโดยเฉพาะหรือใช้บังคับแก่ข้าราชการโดยทั่วไป หรือใช้บังคับแก่บุคคลภายนอกด้วย มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการสั่งการของฝ่ายบริหาร จึงมิได้หลายสถานะดังกล่าวข้างต้น หากเป็นมติคณะรัฐมนตรีที่ออกโดยการอาศัยอำนาจบังคับบัญชา ซึ่งเป็นการใช้อำนาจบริหารในฐานะที่คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรสูงสุดในฝ่ายบริหาร โดยมีเนื้อหาเพื่อแจ้งหลักเกณฑ์แนวปฏิบัติหรือการบังคับใช้ต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองเพื่อถือปฏิบัติ ก็มีสถานะเป็นระเบียบภายในของฝ่ายในของฝ่ายปกครอง จึงไม่ใช่กฎ ที่จะนำมาฟ้องต่อศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพื่อให้พิพากษาเพิกถอนได้แต่อย่างใด เพราะกฎที่จะสามารถนำมาฟ้องต่อศาลปกครองพิพากษาได้ ผู้ศึกษาเห็นว่าจะต้องเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีคำบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ในการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อให้เกิดผลทางกฎหมายในการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงาน องค์กรกับบุคคลซึ่งมีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่เฉพาะเจาะจงกรณีหรือบุคคลใดโดยเฉพาะ ส่วนมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินนั้น องค์กรของรัฐ ข้าราชการ พนักงานรัฐวิสาหกิจจะต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี เพราะคณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรสูงสุดทางปกครอง แต่มติคณะรัฐมนตรีเป็นงานนโยบายจะไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง นอกจากนี้ ผู้ศึกษาเห็นด้วยกับความเห็นตามแนวคำพิพากษาฎีกา และความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ว่ามติคณะรัฐมนตรีที่มีสถานะเป็นระเบียบภายในของฝ่ายปกครองนั้น เป็นเรื่องภายในระบบราชการ ไม่อาจใช้ยื่นประชาชนหรือบุคคลภายนอกได้ และยังเห็นด้วยว่าในกรณีมติคณะรัฐมนตรีเรื่องใดที่ออกโดยมีกฎหมายรองรับหรือให้อำนาจออกมติคณะรัฐมนตรี ถือเป็นขั้นตอนวิธีการหนึ่งที่กฎหมายจะบังคับหรือให้อำนาจได้ หากมติคณะรัฐมนตรีเรื่องนั้นเป็นเกณฑ์ที่ให้รัฐมนตรีกำหนดระเบียบแบบแผนการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น มติคณะรัฐมนตรีนั้นก็จะเป็นเพียงกฎหมายภายในฝ่ายบริหาร ไม่ใช่เป็นกฎหมายตามแบบพิธีที่จะใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไปได้

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าสำหรับมติคณะรัฐมนตรีอาจจำแนกสถานะทางกฎหมายได้เป็น 3 ประเภท คือ<sup>78</sup>

(1) มติคณะรัฐมนตรีที่มีสถานะเป็น “การกระทำของรัฐบาล” ซึ่งเกี่ยวกับการดำเนินงานในด้านนโยบาย การแสดงทิศทางของการบริหารประเทศ เช่น นโยบายการพัฒนาชนบท นโยบายการเป็นมิตรกับประเทศเพื่อนบ้าน

<sup>78</sup> ชาญชัย แสวงศักดิ์, “ข้อพิจารณาทางวิชาการเกี่ยวกับ “กฎ” ที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้พิพากษาเพิกถอนได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 7, 3 (กันยายน - ธันวาคม) : 7.

(2) มติคณะรัฐมนตรีที่มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น มติคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ มติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ

(3) มติคณะรัฐมนตรีที่มีสถานะเป็นระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง ซึ่งคณะรัฐมนตรีกำหนดกฎเกณฑ์ให้ส่วนราชการและข้าราชการต้องปฏิบัติตามโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชา เช่น มติคณะรัฐมนตรีที่ห้ามข้าราชการเล่นแชร์เปียว มติคณะรัฐมนตรีเรื่องเขตป่าถาวร ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้มีผลบังคับต่อส่วนราชการและข้าราชการที่จะต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้ ตามมาตรา 11 วรรคหนึ่ง (8) และวรรคสองแห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการประเภทต่าง ๆ ที่กำหนดให้ข้าราชการต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี มิฉะนั้นจะต้องถูกดำเนินการทางวินัย แต่ในส่วนเกี่ยวกับผลบังคับของมติคณะรัฐมนตรีที่มีต่อประชาชนหรือบุคคลภายนอกระบบราชการนั้น แนวคำพิพากษาฎีกา คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์และความเห็นของคณะกรรมการร่างกฎหมาย เห็นว่าเป็นเรื่องภายในของระบบราชการ ไม่อาจใช้ยันกับประชาชนหรือบุคคลภายนอกระบบราชการได้<sup>79</sup>

(7.7) หนังสือกำหนดแนวทางการปฏิบัติ เป็นหนังสือที่มีผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจควบคุมดูแลเรื่องต่าง ๆ ได้วางหลักเกณฑ์กำหนดขั้นตอนหรือวิธีการหรือแนวปฏิบัติในการทำงาน อธิบาย หรือตีความข้อกำหนดให้ผู้ที่ต้องปฏิบัติ ยึดถือตามหนังสือกำหนดแนวทางการปฏิบัติ เนื่องจากกฎหมายแม่บทหรือกฎจะไม่สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ให้ละเอียดครอบคลุมได้ทุกกรณี แต่การที่กฎหมายวางหลักไว้กว้าง ก็อาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติเมื่อเจ้าหน้าที่จะใช้อำนาจตามกฎหมายในการจัดทำคำสั่งทางปกครอง อาจใช้ดุลพินิจแตกต่างกัน เช่น การกำหนดค่าปรับในแต่ละกรณีให้ชัดเจนในกรณีกำหนดค่าปรับขั้นต่ำและขั้นสูงไว้

หนังสือกำหนดแนวทางปฏิบัติงานทำให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งรับผิดชอบการปฏิบัติงานในหน่วยงานของตน สามารถวางมาตรฐานให้เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติดำเนินงานไปเป็นแนวทางเดียวกันได้ อันเป็นการรักษามาตรฐานของงาน และด้วยเหตุที่เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็น

<sup>79</sup> สุวิมล สังขพันธ์, "สถานะและผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี," (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535) อ้างถึงในชาญชัย แสวงศักดิ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

ผู้ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตามหนังสือกำหนดแนวทางปฏิบัติงานในฐานะที่เป็น “ระเบียบของทางราชการ” มิฉะนั้น อาจถูกดำเนินการทางวินัย ได้\*

หนังสือกำหนดแนวทางการปฏิบัติงานในกฎหมายไทยแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ<sup>80</sup> (1) หนังสือเวียน (Circulaire) และ (2) แนวทางปฏิบัติ (directive) ทั้งนี้ ความหมายของหนังสือกำหนดแนวปฏิบัติงานดังกล่าวมีลักษณะใกล้เคียงกับที่ปรากฏในฝรั่งเศสสรุปได้ดังนี้

(1) หนังสือเวียน (circulaire) ส่วนใหญ่เป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองในการแจ้งเรื่องให้ฝ่ายปกครองอื่นๆ ทราบ เช่น ระหว่างกระทรวงต่างๆ หรือภายในกระทรวง หนังสือเวียนจะออกโดยเจ้าของเรื่องซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเจ้ากระทรวง โดยมีจุดมุ่งหมายสำคัญคือ เพื่อให้ผู้ใต้บังคับบัญชา “เข้าใจ” ถึงกฎหมายหรือนโยบายของหน่วยงานในเรื่องต่างๆ หรือในบางครั้งหนังสือเวียนก็มีขึ้นเพื่อ “อธิบาย” แก่ผู้ใต้บังคับบัญชา ให้ทราบถึงสาระสำคัญต่างๆ ของกฎหมาย กฎ ระเบียบให้ชัดเจน โดยทั่วไปหนังสือเวียนประเภทนี้มีลักษณะคล้ายกับมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ซึ่งหนังสือเวียนประเภทดังกล่าวไม่อาจนำไปฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนได้ เพราะเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่ไม่เกี่ยวข้องกับบุคคลอื่น ในทางปฏิบัติมีหนังสือเวียนอีกประเภทหนึ่งที่ “อาจ” ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายได้ ซึ่งเรียกว่า หนังสือเวียนที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป (Circulaire réglementaire) หนังสือเวียนประเภทนี้ ผู้ได้รับผลกระทบสามารถฟ้องศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนได้ ศาลปกครองอาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ในสองกรณีด้วยกัน คือ กรณีแรกคือกรณีที่ฝ่ายปกครองผู้ออกหนังสือเวียนเป็นผู้มีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป (la pouvoir réglementaire) หรือไม่ ซึ่งหากฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจ ศาลปกครองก็จะรับไว้พิจารณา ส่วนกรณีที่สอง ศาลปกครองจะพิจารณาในประเด็นว่าหนังสือเวียนนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่<sup>81</sup>

หนังสือเวียนคือ กฎเกณฑ์หรือระเบียบที่หัวหน้าหน่วยงานทางปกครอง อาศัยอำนาจบังคับบัญชากำหนดให้ผู้ใต้บังคับบัญชาถือปฏิบัติในแนวทางเดียวกับ

\* พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535

มาตรา 85 ข้าราชการพลเรือนสามัญต้องปฏิบัติหน้าที่ราชการให้เป็นไปตามกฎหมายระเบียบของทางราชการ มติคณะรัฐมนตรี และนโยบายของรัฐบาลโดยไม่ให้เสียหายแก่ราชการ

การปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยจงใจไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบของทางราชการ มติคณะรัฐมนตรี หรือ นโยบายของรัฐบาล อันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง

<sup>80</sup> สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง, ข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎ, (พฤษภาคม 2550), หน้า 58.

<sup>81</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักการพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 132-133.

การตีความและการบังคับใช้รัฐธรรมนูญและอนุบัญญัติ<sup>82</sup> ผลทางกฎหมายของหนังสือเวียนโดยหลัก ถือเป็นเอกสารภายในหน่วยงานทางปกครองที่จะมีผลผูกพันเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นผู้บังคับบัญชาที่จะต้องปฏิบัติตาม มิฉะนั้นจะมีผลทางวินัยตามมา แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับประชาชนหนังสือเวียนนั้น นอกจากจะออกโดยมิได้อาศัยตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้วยังไม่มีผลต่อบุคคลภายนอกที่อาจใช้ยันกับบุคคลภายนอก (ประชาชน) ได้<sup>83</sup> หนังสือเวียนเป็นเพียงมาตรการภายในหรือการเตรียมการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง หนังสือเวียนมิได้ก่อให้เกิดสิทธิหรือกระทบสิทธิของประชาชน หนังสือเวียนมิใช่ที่มาหรือบ่อเกิดของ “กฎหมาย” ตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย แต่หนังสือเวียนก่อให้เกิดหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตาม<sup>84</sup>

(2) แนวทางปฏิบัติ (directive) เป็นหนังสือราชการที่ผู้บังคับบัญชา “เสนอแนะ” หรือแนะนำหรือให้แนวทางการใช้ดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ หรือเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจนั้นเอง ได้กำหนดเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของตนขึ้นไว้เป็นการล่วงหน้า เพื่อให้มีมาตรฐานเดียวกัน หนังสือราชการดังกล่าวอาจเรียกชื่อแตกต่างกันไป เช่น แนวทาง คำสั่ง นโยบาย คำชี้แจง ระเบียบปฏิบัติ หนังสือกำหนดเกณฑ์การออกคำสั่ง เป็นต้น<sup>85</sup>

แนวทางปฏิบัติ โดยทั่วไปมักใช้กันอยู่ในด้านที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจ เพื่อกำหนดแนวทาง (orientation) ให้กับผู้ที่อยู่ในหน่วยงานปฏิบัติตาม รัฐมนตรีจะเป็นผู้ออกแนวปฏิบัติ โดยใช้อำนาจทั่วไป คืออำนาจบังคับบัญชาในหน่วยงานนั้น โดยปกติแล้วแนวทางปฏิบัติไม่มีผลเป็นกฎหมายและไม่มีผลกระทบต่อเอกชนได้ดังเช่นในกรณีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งฝ่ายเดียว (les décisions individuelles) โดยอาศัยฐานหรือใช้แนวทางปฏิบัตินั้น ในการออกคำสั่งและไปกระทบเอกชน เอกชนก็สามารถฟ้องศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งนั้นได้ แต่ประชาชนไม่สามารถฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนแนวทางปฏิบัติได้ เพราะแนวทางปฏิบัติมิได้มีลักษณะเป็น “กฎ” จึงไม่มีผลเปลี่ยนแปลงสภาพทางสิทธิหรือหน้าที่ทางกฎหมายของประชาชนที่เกี่ยวข้อง<sup>86</sup>

<sup>82</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, “ข้อพิจารณาทางวิชาการเกี่ยวกับ “กฎ” ที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้พิพากษาเพิกถอนได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 7, 3 : 2.

<sup>83</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

<sup>84</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 3 - 4.

<sup>85</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 114.

<sup>86</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักการพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2547), หน้า 133.

หนังสือเวียนและแนวทางการออกคำสั่งต่างกันในแง่ที่ว่า สำหรับหนังสือเวียนนั้นผู้บังคับบัญชาใช้กำหนดวิธีการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชา ส่วนแนวทางการออกคำสั่งนั้น ผู้บังคับบัญชาใช้กำหนดแนวทางใช้ดุลยพินิจของผู้ใต้บังคับบัญชาว่าควรออกคำสั่งที่มีเนื้อหาสาระอย่างไร<sup>87</sup>

สำหรับหนังสือเวียนและแนวทางการออกคำสั่งที่ออกโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชาของหัวหน้าส่วนราชการนั้น เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าไม่ถือว่าเป็น "กฎหมาย" เพราะ "กฎหมาย" นั้นต้องเป็นกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาหรือกฎหมายที่ฝ่ายบริหารออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติเท่านั้น<sup>88</sup> ส่วนผลทางกฎหมายของหนังสือเวียนและแนวทางการออกคำสั่งดังกล่าวที่มีต่อข้าราชการ เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าข้าราชการต้องปฏิบัติตามในฐานะที่เป็นระเบียบแบบแผนของทางราชการ การฝ่าฝืนโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ย่อมมีความผิดวินัย<sup>89</sup> ส่วนผลทางกฎหมายของหนังสือเวียนและแนวทางการออกคำสั่งดังกล่าวที่มีต่อประชาชนหรือบุคคลภายนอกกระบบราชการ ก็มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกา และความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ว่าการวางระเบียบปฏิบัติของทางราชการไปบังคับกับประชาชนในลักษณะเป็นการกระหนาบสิทธิโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจนั้นไม่อาจกระทำได้<sup>90</sup>

อนึ่ง ข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของหนังสือกำหนดแนวทางการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองที่ศาลปกครองเคยวินิจฉัยว่า มีลักษณะเป็นกฎ เช่น หนังสือกระทรวงการคลังที่ กค 0526.5/281 ลงวันที่ 8 กันยายน 2541 และ ที่ กค 0526.5/ว 35 ลงวันที่ 17 พฤษภาคม 2542 ที่แจ้งเวียนให้เจ้าหน้าที่และส่วนราชการทราบเพื่อถือเป็นแนวปฏิบัติในการเบิกจ่ายค่าเช่าบ้านข้าราชการตามพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2541 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2541 มีลักษณะเป็นกฎที่มีได้ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี กล่าวคือเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งกระทรวงการคลังกำหนดขึ้นเพื่อให้ทุกส่วนราชการถือเป็นแนวทางการปฏิบัติในการเบิกจ่ายค่าเช่าบ้านข้าราชการ จึงมีลักษณะเป็นกฎ<sup>91</sup>

<sup>87</sup> ชาญชัย แสวงศักดิ์, "ข้อพิจารณาทางวิชาการเกี่ยวกับ "กฎ" ที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542," วารสารวิชาการศาลปกครอง 7, 3 : 4.

<sup>88</sup> ยงยุทธ อนุกุล, สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในฝ่ายปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 205.

<sup>89</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 121.

<sup>90</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 241 – 242.

<sup>91</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 118/2544 ระหว่าง นางสาวไฉไล ชัยฤชา ผู้ฟ้องคดี กับสำนักงานคณะกรรมการประถมศึกษาแห่งชาติ ที่ 1 กระทรวงการคลัง ที่ 2 ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่องคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุด เห็นว่าหนังสือเวียนของกระทรวงการคลังที่แจ้งเวียนให้เจ้าหน้าที่และส่วนราชการทราบ เพื่อถือปฏิบัติในการเบิกจ่ายค่าเช่าบ้านมีลักษณะเป็นกฎ กล่าวคือมีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป หรือเห็นว่าหนังสือเวียนของกระทรวงการคลังดังกล่าว มีผลผูกพันบุคคลภายนอกโดยตรง หรือเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายนั้นปรากฏว่ามีข้อสังเกตโต้แย้งในทางวิชาการหลายประการ<sup>92</sup> ดังนี้

(1) ทำให้ข้อความคิดในเรื่องความแตกต่างในทางกฎหมายของ “กฎ” กับ “ระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง” ไม่แตกต่างกัน

(2) เป็นการไม่สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ ที่ศาลเข้าไปก้าวล่วงการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร เท่ากับศาลเข้าไปใช้อำนาจบังคับบัญชาเสียเอง

(3) เป็นการไม่สอดคล้องกับหลักการควบคุมตรวจสอบ ซึ่งศาลเป็นองค์กรตรวจสอบภายนอกฝ่ายปกครองและเป็นการควบคุมแบบแก้ไข

(4) ศาลสามารถตรวจสอบมาตรการภายในของฝ่ายปกครองทางอ้อมได้อยู่แล้ว โดยการตรวจสอบคำสั่งหรือการกระทำทางปกครอง

(5) การวินิจฉัยว่าหนังสือเวียนเป็น “กฎ” ส่งผลให้ยอมรับหลักว่าฝ่ายปกครองสามารถออกกฎหมายมาใช้กับประชาชนได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายรองรับ

ผู้ศึกษาเห็นว่า “กฎ” เป็น “การกระทำทางปกครอง” ประเภทหนึ่ง อีกทั้ง เมื่อพิจารณาความหมายของ “การกระทำทางปกครอง” ว่าหมายถึง<sup>93</sup> การกระทำขององค์กรของรัฐ ฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชนที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีคำบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ดังนั้น กฎ ซึ่งเป็นการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่ง จึงต้องออกมาใช้บังคับได้โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีคำบังคับเช่นพระราชบัญญัติด้วย มิใช่ออกโดยเพียงอาศัยอำนาจบังคับบัญชาหรืออำนาจบริหารเท่านั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่ากฎที่ออกนำมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อให้ศาลพิพากษาเพิกถอนได้ จะต้องเป็นกฎที่ออกโดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีคำบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติเท่านั้น การที่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าหนังสือกระทรวงการคลังที่แจ้งเวียนเจ้าหน้าที่และส่วนราชการเพื่อถือปฏิบัติเกี่ยวกับการเบิกจ่ายค่าเช่าบ้านเป็น “กฎ” ที่มีได้ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งกระทรวงการคลัง ผู้ถูกฟ้องคดี กำหนดขึ้นเพื่อให้ทุกส่วนราชการยึดถือเป็นแนวปฏิบัติในการเบิกจ่ายค่าเช่าบ้าน ย่อมแสดงว่าศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าระเบียบกระทรวงการคลังดังกล่าวมีผลต่อบุคคลภายนอกโดยตรงเช่นเดียวกับ “กฎ”

<sup>92</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, “บทวิเคราะห์คำสั่งศาลปกครองสูงสุด กรณีการฟ้องโต้แย้งหนังสือของกระทรวงการคลัง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 118/2544),” วารสารนิติศาสตร์ 33 (ธันวาคม 2546) : 831 - 845.

<sup>93</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครอง ระดับต้น รุ่นที่ 1 พ.ศ. 2543, หน้า 13. (เอกสารอัดสำเนา)



ซึ่งมีสถานะทางกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งมีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปสู่ภายนอก โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ การยอมรับถึงการมีผลผูกพันบุคคลภายนอกโดยตรงของหนังสือเวียนกระทรวงการคลังดังกล่าวเท่ากับเป็นการยอมรับว่าหนังสือเวียนดังกล่าวมีสถานะเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายด้วยนั้น ด้วยความเคารพต่อศาลปกครองสูงสุด ผู้ศึกษาไม่เห็นพ้องด้วยเพราะหนังสือเวียนดังกล่าวมิได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือมีคำบังคับเช่นเดียวกันแต่อย่างใด หนังสือเวียนดังกล่าวเป็นเพียงระเบียบภายในของฝ่ายปกครองที่ให้ส่วนราชการถือปฏิบัติผูกพันเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น จึงไม่ใช่ลักษณะเป็นกฎที่จะนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และศาลจะพิพากษาให้เพิกถอนได้ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันได้แต่อย่างใด

### 3.3.2 วิธีการฟ้องโต้แย้งกฎ

ในระบบกฎหมายไทย การฟ้องโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น ผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองเท่านั้น เว้นแต่กรณีจะมีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ปัจจุบันการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยองค์กรศาล แบ่งเป็น 2 กรณี ได้แก่

(ก) การโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยถือเป็นประเด็นหลักในคดี

#### (principal judicial review)

กรณีนี้เป็นการฟ้องโต้แย้งกฎที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีผลกระทบต่อผู้ฟ้องคดีต่อศาลโดยตรง เพื่อให้ศาลพิจารณาในประเด็นที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยเป็นประเด็นหลักแห่งคดี และให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนกฎที่ศาลเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เช่น การฟ้องโต้แย้งว่าพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง หรือประกาศกระทรวง ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งปัจจุบันศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎได้แก่ศาลปกครอง

(ข) การโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยถือเป็นประเด็นรอง

#### ในคดี (incidental judicial review)

ในกรณีนี้ ผู้ฟ้องคดีไม่ได้ฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎต่อศาลโดยตรง แต่คู่ความในศาลได้หยิบยกเอาประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของกฎขึ้นกล่าวอ้างในระหว่างการพิจารณาคดี และศาลจำเป็นต้องพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ศาลจะนำมาปรับใช้ในคดีเสียก่อนที่ศาลจะไปดำเนินการพิจารณาพิพากษาประเด็นหลักของคดีได้ เช่น ผู้ฟ้องคดีฟ้องโต้แย้งว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยอ้างเหตุว่าคำสั่งนั้นออกโดยอาศัยชั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายแม่บท และขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น การโต้แย้งประเภทนี้ศาลจะมีอำนาจแต่เพียงพิจารณาถึงความชอบด้วย

กฎหมายของกฎและหากศาลเห็นว่ากฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็จะไม่นำกฎดังกล่าวมาบังคับใช้กับคดี ซึ่งลักษณะของประเด็นในการโต้แย้งเช่นนี้สามารถเกิดขึ้นได้ทั้งในกรณีของศาลปกครองและศาลอื่น

การฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น โดยที่กฎถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการใช้อำนาจในทางปกครองของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ดังนั้นหากมีกรณีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542\* อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครอง

โดยทั่วไปแล้ว การฟ้องขอให้เพิกถอนกฎจะต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น แต่หากเป็นกรณีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี จะอยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน<sup>94</sup>

วิธีการฟ้องโต้แย้งกฎต่อศาลปกครองไทยนั้น เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว จะเห็นได้ว่าสามารถฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎเพื่อขอให้เพิกถอนกฎได้ ดังนี้

**3.3.2.1 การฟ้องเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542**

กรณีนี้เป็นการฟ้องเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 11(2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดโดยตรง ทั้งนี้ เพราะพระราชกฤษฎีกาและกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี

\* พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

<sup>94</sup> สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง, “ข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎ”, (พฤษภาคม 2550), หน้า 60 - 61.

หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีเป็นกฎที่มีความสำคัญมาก สมควรที่จะได้รับการพิจารณา พิพากษาคดีที่รวดเร็วกว่ากฎอื่นๆ

**3.3.2.2 การฟ้องโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ (ยกเว้น พระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี) ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542**

กรณีนี้เป็นกรณีฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ไม่ได้ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ซึ่งถือว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่าให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องต่อไปนี้ (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎคำสั่งหรือการกระทำอื่นใด อันเนื่องมาจากกระทำโดยไม่มีอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลยพินิจโดยมิชอบ ซึ่งจะต้องยื่นฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าวต่อศาลปกครองชั้นต้น และศาลปกครองชั้นต้นสามารถมีคำสั่งบังคับสั่งให้เพิกถอนกฎนั้นได้ ถ้าเห็นว่าเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

### **3.3.3 อำนาจศาลปกครองในการฟ้องคดีเพิกถอนกฎ**

แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้การฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่ในการยื่นฟ้องคดีดังกล่าวต่อศาลปกครองนั้น ผู้ฟ้องคดีจะต้องพิจารณาลักษณะของกฎที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีว่ามีลักษณะเช่นใด เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้การฟ้องเพิกถอนกฎบางประเภทจะต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุด โดยตรงจะยื่นฟ้องศาลปกครองชั้นต้นไม่ได้ อำนาจศาลในการพิจารณาคดีฟ้องให้เพิกถอนกฎ โดยศาลปกครองจึงมี 2 กรณีดังนี้

#### **3.3.3.1 คดีฟ้องเพิกถอนกฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครองสูงสุด**

เป็นกรณีคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ซึ่งผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้อง

คดีดังกล่าวต่อศาลปกครองสูงสุดโดยตรงมาตรา 11 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 แบ่งเป็น 2 ประเภทดังนี้<sup>95</sup>

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา

โดยที่พระราชกฤษฎีกาเป็นอนุบัญญัติที่มีลำดับชั้นสูงสุด พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 11 (2) จึงบัญญัติให้ศาลปกครองสูงสุดเป็นผู้พิจารณาคดีที่มีการฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี กฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี เช่นระเบียบที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เพื่อให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 8 และมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวสามารถ ผ่อนชำระเงินที่จะต้องรับผิดชอบนั้นได้ ส่วนกฎที่ออก โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ได้แก่ กฎกระทรวงซึ่งแม้ว่าตามกฎหมายอำนาจในการออกกฎกระทรวงจะเป็นของรัฐมนตรีรักษาการตามกฎหมายก็ตาม แต่ก็มีระเบียบปฏิบัติของทางราชการยึดถือกันมาโดยตลอดว่า การออกกฎกระทรวงนั้นต้องได้รับความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีเสียก่อนเช่น กฎ ก.พ. ซึ่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 มาตรา 8 (5) บัญญัติว่าจะต้องได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีเสียก่อนและประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วจึงจะใช้บังคับได้

### 3.3.3.2 คดีฟ้องเพิกถอนกฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองชั้นต้น

เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ไม่ได้ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ซึ่งผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นที่ผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาหรือศาลปกครองชั้นต้นที่มูลคดีเกิดขึ้น

ทั้งนี้กล่าวโดยสรุปได้ว่ากฎที่จะนำมาฟ้องศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่ากฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น อาจแบ่งได้ตามเนื้อหาของกฎที่เป็นวัตถุแห่งคดีได้ ดังนี้

(1) กฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีที่ชัดเจนแน่นอน ได้แก่ พระราชกฤษฎีกา และกฎกระทรวง ส่วนกฎประเภทอื่นๆ นั้น ต้องมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่าเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีหรือกำหนดให้นำเสนอคณะรัฐมนตรี หรือมีลักษณะที่จะบังคับใช้กับส่วนราชการเป็นส่วนรวม จึงจะขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี การพิจารณาว่ากฎใดเป็นกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือเป็นกฎที่คณะรัฐมนตรี

<sup>95</sup> ชาญชัย แสวงศักดิ์, "คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง", พิมพ์ครั้งที่ 6 (สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด : กรุงเทพฯ, 2550), หน้า 158.

ให้ความเห็นชอบที่จะต้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายโดยยื่นฟ้องต่อศาลปกครองตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้นสามารถพิจารณาได้จากกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไปกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนั้นๆ หรืออาจพิจารณาจากข้อความในส่วนของคำปรารภของกฎเรื่องนั้นๆ<sup>96</sup>

(2) กฎที่จะนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้น ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่อาจขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนได้นั้น เนื้อหาของกฎจะต้องเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่องค์การของรัฐฝ่ายบริหารออกโดยได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ดังนั้น กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจทางบริหารหรืออำนาจบังคับบัญชาเช่น หนังสือเวียนและแนวทางออกคำสั่งของหน่วยงานที่ออกโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชาของหัวหน้าส่วนราชการนั้น ไม่ถือว่าเป็นวัตถุแห่งคดีที่จะนำมาฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(1) และอาจจะขอให้ศาลเพิกถอนกฎดังกล่าวได้ เพราะเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าหนังสือเวียนและแนวทางการออกคำสั่งที่ออกโดยอำนาจบังคับบัญชาของส่วนราชการ ไม่ถือว่าเป็นกฎหมาย เพราะกฎหมายจะต้องออกโดยรัฐสภาหรือกฎหมายที่ฝ่ายบริหารออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติเท่านั้น<sup>97</sup>

อีกทั้ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติคำนิยามของ “กฎ” ไว้ในมาตรา 3 ก็เพื่อให้นำมาใช้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง และมาตรา 72 ซึ่งมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ได้ระบุเหตุแห่งการฟ้องคดี ซึ่งเป็นเหตุแห่งการเพิกถอนไว้ในตอนท้ายว่า “(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ... เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น...” ซึ่งแสดงให้เห็นว่า “กฎ” ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ย่อมเป็นอนุบัญญัติที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติฯ มิใช่ระเบียบภายในฝ่ายปกครองที่ออกโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชาของผู้บังคับบัญชา<sup>98</sup> ซึ่งสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองฝรั่งเศสว่า ประชาชนอาจนำอนุบัญญัติไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนได้ แต่ระเบียบภายในฝ่ายปกครอง (หนังสือเวียนและแนวทางการออกคำสั่ง) นั้นเป็นเรื่องภายในของฝ่ายปกครองและโดยตัวเองมิได้

<sup>96</sup> สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง, สำนักงานศาลปกครอง, ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกฎ, (พฤษภาคม, 2550), หน้า 61.

<sup>97</sup> ยงยุทธ อนุกุล, สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในฝ่ายปกครอง, หน้า 204.

<sup>98</sup> ชาญชัย แสงวงศ์, “ข้อพิจารณาทางวิชาการเกี่ยวกับ “กฎ” ที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้พิพากษาเพิกถอนได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542,” วารสารวิชาการศาลปกครอง : 12.

กระทบสิทธิของประชาชน ประชาชนจึงไม่อาจนำระเบียบภายในฝ่ายปกครองไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนได้ แต่ประชาชนสามารถฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยอาศัยระเบียบภายในที่ประชาชนเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายได้<sup>99</sup>

### 3.3.4 เงื่อนไขการฟ้องคดีเพิกถอนกฎ

ในการฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก่อนที่ศาลจะรับคดีไว้พิจารณาพิพากษาคดีได้ จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขดังนี้

(3.3.4.1) ผู้มีสิทธิฟ้องคดี

(3.3.4.2) ระยะเวลาการฟ้องคดี

#### 3.3.4.1 ผู้มีสิทธิฟ้องคดี

ในการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนกฎนั้น การกำหนดตัวผู้มีสิทธิผู้ฟ้องคดี มีลักษณะเช่นเดียวกับการฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยผู้ฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย โดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องมาจากกฎและศาลสามารถกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนกฎนั้นได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 42\* วรรคหนึ่ง ประกอบกับมาตรา 72\*\* แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

กรณีจะเห็นได้ว่าผู้มีสิทธิฟ้องขอให้เพิกถอนกฎจะใช้เกณฑ์ "ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย" ในการกำหนดตัวผู้ฟ้องคดีเป็นหลักว่าเมื่อใดมีการกระทบกระเทือนต่อผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียก็ฟ้องคดีได้ ส่วนระดับของผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องหรือได้เสียนั้นก็ยึดหยุ่นตามลักษณะของคดีพิพาทที่จะนำมาฟ้องต่อศาล ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครอง

<sup>99</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

\* พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

"มาตรา 42 ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหาย โดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากกระทำหรืองดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่เขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีค่าบังคับตามที่กำหนดใน มาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีศาลปกครอง..."

\*\* พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 72 ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

นำมาใช้พิจารณาเพิกถอนกฎ โดยใช้เกณฑ์ “ประโยชน์ที่เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย” นั้นเป็นเกณฑ์ การพิจารณาที่กว้างกว่าการพิจารณาเฉพาะเรื่อง “สิทธิ” ของผู้มาฟ้องคดี โดยการจำกัดสิทธิของ ผู้ฟ้องคดีเองไว้แต่เพียงว่าจะต้องเป็นผู้ทรงสิทธิและสิทธิในทางอัตตวิสัยของบุคคลนั้นได้ รับการกระทบกระเทือนหรือสิทธิถูกละเมิดแล้วย่อมทำให้ประชาชนจะนำคดีมาสู่ศาลปกครองได้ แดบลง และศาลปกครองก็ไม่สามารถจะทำหน้าที่ตรวจสอบการกระทำทางปกครองได้อย่างเต็ม ประสิทธิภาพ ขณะที่ใช้เกณฑ์เรื่อง “ประโยชน์ที่เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย” เป็นฐานในการพิจารณานั้น นอกจากจะไม่ทำให้เสียหลักการที่ไม่ประสงค์จะให้ใครก็ตามสามารถที่จะฟ้องคดีได้แล้ว ยังขยาย โอกาสให้ประชาชนเสนอคดีต่อศาลได้กว้างขึ้น ซึ่งจะเปิดโอกาสให้ศาลปกครองทำหน้าที่เป็นที่พึ่ง ในการตรวจสอบการกระทำทางปกครองได้ตามภาระหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น ตามไปด้วย<sup>100</sup> อนึ่ง หลักเรื่องประโยชน์ที่เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียยังปรากฏอยู่ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดว่า “คู่กรณี” หมายความว่าผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดี และให้หมายความรวมถึงบุคคลหน่วยงาน ทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเข้ามาเป็นคู่กรณีด้วยการร้องสอด ไม่ว่าจะโดยสมัครใจ หรือถูกคำสั่งทางปกครองเรียกเข้ามาในคดี ทั้งนี้เนื่องจากเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรืออาจถูกกระทบ จากผลแห่งคดีนั้น”<sup>101</sup> อีกทั้งในมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ อันเป็นบทกฎหมายหลักในการฟ้องคดีใช้คำว่าผู้ใดได้รับความเดือนร้อนหรือเสียหาย มิได้ใช้คำว่า บุคคล ดังนั้น ผู้มีสิทธิฟ้องคดีขอให้เพิกถอนกฎจึงได้แก่บุคคลธรรมดา นิติบุคคล คณะบุคคล หรือ หน่วยงานของรัฐในกรณีที่เป็นคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน

อนึ่ง ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนววินิจฉัยรับรองการฟ้องคดีของ นิติบุคคล เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสมาชิกไว้แล้ว เช่นในการฟ้องคดี คดีหมายเลขแดง ที่ พ.5/2549<sup>102</sup> ซึ่งมูลนิธิเพื่อผู้บริโภค ผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 - 4 และ 5 - 11 ในฐานะ ประชาชนผู้ใช้ไฟฟ้า และผู้ฟ้องคดีที่ 5 ในฐานะพนักงานรัฐวิสาหกิจ โดยศาลปกครองสูงสุด ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับความเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีของผู้ฟ้องคดีแต่ละกลุ่มโดยแบ่งเป็น 3 กลุ่ม โดยใช้ หลักเกณฑ์ “ประโยชน์ที่เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย” อย่างกว้างเป็นหลักในการวินิจฉัยว่า มูลนิธิ คุ้มครองผู้บริโภค ผู้ฟ้องคดีที่ 1 เป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ข้อบังคับของมูลนิธิระบุวัตถุประสงค์ไว้ว่า เพื่อส่งเสริมให้ผู้บริโภคได้รับการคุ้มครองตามสิทธิ

<sup>100</sup> บุญอนันต์ วรรณพาณิชย์, “ประเภทคดีปกครองและผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองแต่ละประเภท,” ใน รวมบทความทางวิชาการเล่ม 3 : “กฎหมายปกครอง ภาควิชาบัญญัติและกฎหมายอื่นๆ,” สำนักงาน ศาลปกครอง : (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 42.

<sup>101</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 42.

<sup>102</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ.5/2549 ระหว่าง มูลนิธิคุ้มครอง ผู้บริโภค ที่ 1 กับพวกรวม 11 คน ผู้ฟ้องคดี กับนายกรัฐมนตรีนที่ 1 กับพวกรวม 5 คน ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา

อันพึงมีพึงได้ของผู้บริโภค ส่งเสริมและประสานงานให้ผู้บริโภคและองค์กรคุ้มครองผู้บริโภค มีส่วนในการคุ้มครองผู้บริโภค และดำเนินการเพื่อสาธารณประโยชน์ การที่ผู้ฟ้องคดีที่ 1 ฟ้องว่า พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ.2548 ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหลายประการ เช่น ไม่ได้รับฟังความคิดเห็นของประชาชน ก่อนตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติทฤษฎีวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 และเหตุอื่นๆ อีกหลาย ประการ จึงขอให้ศาลปกครองสูงสุดเพิกถอนพระราชกฤษฎีกาททั้งสองฉบับ ศาลปกครองสูงสุด เห็นว่า การฟ้องคดีนี้เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์โดยรวมของประชาชนผู้ใช้ไฟฟ้า เกี่ยวข้องกับ สาธารณสมบัติของแผ่นดินและความมั่นคงทางด้านสังคมและเศรษฐกิจของชาติ ถือได้ว่าการฟ้องคดีนี้ เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ และเป็นการดำเนินการภายในขอบวัตถุประสงค์ของผู้ฟ้องคดีที่ 1 ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย ถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรือ อาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้จากการตราพระราชกฤษฎีกาททั้งสองฉบับ จึงมีสิทธิฟ้องคดีนี้ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ส่วนผู้ฟ้องคดีที่ 2 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 4 และผู้ฟ้องคดีที่ 6 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 11 ในฐานะเป็นประชาชนผู้ใช้ไฟฟ้า ซึ่งยื่นคำฟ้องรวมในฉบับเดียวกันกับผู้ฟ้องคดีที่ 1 โดยอ้างเหตุ แห่งการฟ้องคดีเป็นอย่างเดียวกัน ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า แม้ว่าผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าในฐานะ ประชาชนผู้ใช้ไฟฟ้า จะมีใช่เป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยตรงจากการใช้บังคับ พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 ก็ตาม แต่ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าซึ่งเป็นผู้ใช้ไฟฟ้าย่อมเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่มีสิทธิเข้าแสดง ความคิดเห็นในขั้นตอนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนตามระเบียบคณะกรรมการนโยบาย ทฤษฎีวิสาหกิจ ว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2543 ซึ่งเป็นขั้นตอนอันเป็น สาระสำคัญตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (9) แห่งพระราชบัญญัติทฤษฎีวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ประกอบ กับมติของคณะรัฐมนตรี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2548 ที่กำหนดให้ประชาชน ผู้ใช้ไฟฟ้าได้รับสิทธิจองซื้อหุ้น บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ก่อนผู้จองซื้อหุ้นที่เป็นประชาชนทั่วไป อันเป็นการให้ความสำคัญต่อคุณสมบัติการเป็นผู้ใช้ไฟฟ้า ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเป็นผู้ มีส่วนได้เสียในขั้นตอนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ซึ่งเป็นกระบวนการที่เป็นสาระสำคัญ ก่อนการตราพระราชกฤษฎีกาททั้งสองฉบับ และหลังจากที่ได้ตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวแล้ว ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้ายังได้รับสิทธิให้จองซื้อหุ้นก่อนประชาชนทั่วไป จึงถือได้ว่า ผู้ฟ้องคดีที่ 2 ถึง ผู้ฟ้องคดีที่ 4 และผู้ฟ้องคดีที่ 6 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 11 ในฐานะประชาชนผู้ใช้ไฟฟ้า เป็นผู้ได้รับความ เดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้จากการ ตราพระราชกฤษฎีกาททั้งสองฉบับ จึงมีสิทธิฟ้องคดีนี้เช่นกัน



สำหรับผู้ฟ้องคดีที่ 5 เป็นพนักงานรัฐวิสาหกิจ สังกัดการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย การเปลี่ยนสถานะของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยไปเป็นบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ย่อมมีผลกระทบต่อสถานภาพการเป็นพนักงานของผู้ฟ้องคดีที่ 5 จึงเป็นผู้ที่ได้รับบาดเจ็บหรือเสียหาย หรืออาจจะบาดเจ็บหรือเสียหายโดยมีอาชงหลีกเลี่ยงได้จากการตราพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับดังกล่าว และมีสิทธิฟ้องคดีนี้

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดสิทธิในการฟ้องคดีไว้ก็ตาม แต่ระดับของผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องหรือได้เสีย ก็ยึดหยุ่นตามลักษณะของคดีพิพาทที่จะนำมาฟ้องต่อศาล หากเป็นคดีที่ศาลเห็นว่าเป็นการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะศาล อาจใช้ดุลยพินิจให้โอกาสประชาชนในการเสนอคดีต่อศาลได้กว้างขึ้น นอกจากผู้ฟ้องคดีจะเป็นผู้มีส่วนได้เสียแล้วผู้ฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้มีความสามารถตามกฎหมาย กรณีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลผู้ไร้ความสามารถ เช่น ผู้เยาว์ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถก็ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก่อน เว้นแต่เป็นผู้เยาว์ที่มีอายุไม่ต่ำกว่าสิบห้าปีบริบูรณ์ ศาลอาจอนุญาตให้ฟ้องคดีด้วยตนเองได้หากศาลเห็นสมควร ทั้งนี้ ตามข้อ 26 และข้อ 27 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 นอกจากนี้ กฎหมายจัดตั้งศาลปกครองได้บัญญัติให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเป็นผู้มีสิทธิเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครองได้ กรณีที่เห็นว่ากฎหรือการกระทำใดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยให้ถือว่าผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี ทั้งนี้ ตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542\*

อนึ่ง ในกรณีการฟ้องขอให้เพิกถอนกฎ ศาลปกครองสูงสุดได้มีแนวคำวินิจฉัยว่า หากกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกกฎมิได้กำหนดขั้นตอนหรือวิธีการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายจากกฎไว้โดยเฉพาะ ผู้ฟ้องคดีมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้โดยไม่ต้องอุทธรณ์ต่อผู้ออกกฎก่อน เพราะกฎไม่ใช่คำสั่งทางปกครองซึ่งจะต้องอุทธรณ์ต่อผู้ออกคำสั่งก่อนฟ้องคดีตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539\*\*

\* พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 43 ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่ากฎหรือการกระทำใดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้มีสิทธิเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครองได้ ในการเสนอความเห็นดังกล่าวผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามีสิทธิและหน้าที่เสมือนหนึ่งเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามมาตรา 42

\*\* พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 44 ภายใต้งบบังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรีและไม่มีความหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นโดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

### 3.3.4.2 ระยะเวลาการฟ้องคดี

ระยะเวลาการฟ้องคดีโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ทั้งที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด เป็นไปตามมาตรา 49 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “การฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี” เช่นเดียวกับการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยมิให้แยกบัญญัติไว้จากจากนั้น ดังนั้น การฟ้องคดีขอให้เพิกถอนกฎ จะต้องยื่นฟ้องภายใน 90 วัน นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี มีปัญหาว่าวันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีในเรื่องของกฎนั้นจะหมายถึง “วันที่กฎนั้นได้มีการประกาศ” หรือ “วันที่กฎนั้นมีผลกระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดี” ซึ่งศาลปกครองสูงสุด ได้เคยมีคำพิพากษาไว้เป็น 2 แนวทางคือ

**แนวทางที่หนึ่ง** ถือว่าวันที่กฎนั้นได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นวันที่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดี เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ.3/2546 กรณีฟ้องขอให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตพันธรัักษาสัตว์ป่าฯ ซึ่งได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาลงวันที่ 8 พฤศจิกายน 2543 โดยมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 9 พฤศจิกายน 2543 ถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีย่อมรู้หรือควรรู้ถึงการมีหรือการดำรงอยู่ของพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวตั้งแต่วันที่ประกาศ เมื่อผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีเมื่อวันที่ 12 กรกฎาคม 2544 จึงพ้นกำหนดระยะ 90 วันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ.17/2545, พ.18/2545, พ.2/2546 และ พ.5/2547 ได้วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน

**แนวทางที่สอง** ถือว่าเมื่อกฎมากระทบต่อผู้ฟ้องคดีเมื่อใดก็ต้องฟ้องคดีภายใน 90 วันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดี กล่าวคือหากกฎนั้นได้ประกาศมานานแล้ว แต่เพิ่งกระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดี หรือผู้ฟ้องคดีเพิ่งทราบว่ามีการประกาศกฎนั้นภายหลัง การประกาศกฎในราชกิจจานุเบกษาเป็นเพียงวิธีการของการประกาศใช้เท่านั้น ยังไม่ถือว่าเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีอันเป็นวันเริ่มต้นนับระยะเวลาฟ้องคดีของให้เพิกถอนกฎนั้น เว้นแต่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ว่ากฎนั้นกระทบต่อสิทธิหรือผลประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีแล้วในวันประกาศราชกิจจานุเบกษา ซึ่งจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 586/2545 กรณีฟ้องเพิกถอนข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการศึกษาต่อเนื่องสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2543 ซึ่งประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2543 จึงต้องฟ้องภายใน 90 วันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คือวันที่รู้หรือควรรู้โดยตรงว่ากฎนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่หรือผลประโยชน์ของผู้ฟ้องคดี ซึ่งการประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นเพียงวิธีการของการประกาศใช้เท่านั้น ยังไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะถือได้ว่าเป็นวันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี เว้นแต่จะปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้รู้หรือควรรู้ในวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาว่ากฎนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่หรือผลประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีแล้ว ระยะเวลาการฟ้องคดีเป็นบทบัญญัติตัดสินสิทธิของบุคคลในการนำคดีมาฟ้องต่อศาล

จึงต้องตีความโดยเคร่งครัด ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีได้เขียนบทความวิเคราะห์ถึงผลกระทบของข้อบังคับแพทยสภาดังกล่าวเมื่อวันที่ 17 พฤษภาคม 2544 แม้ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีได้รู้ถึงผลกระทบของข้อบังคับนี้เมื่อใด ถือได้ว่าอย่างช้าที่สุดผู้ฟ้องคดีได้รู้หรือควรรู้ในวันนั้นเองว่า ข้อบังคับดังกล่าวมีผลกระทบต่อผู้ฟ้องคดี การที่ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องเมื่อวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2545 จึงเป็นการยื่นฟ้องเมื่อพ้นกำหนดเวลา แต่การฟ้องคดีดังกล่าวเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมของสมาชิกแพทยสภาและแพทย์ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ศาลจึงรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ตามมาตรา 52 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ.11/2545, ที่ พ.15/2545, ที่ พ.16/2545, ที่ พ.8 - พ. 10/2546 (ประชุมใหญ่), ที่ พ.9/2547, ที่ พ.40/2549 และที่ พ.47/2549 ที่ได้วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน

กรณีที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยในเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนกฎไว้เป็น 2 แนวทางแม้จะทำให้เกิดความยืดหยุ่นในเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีแต่มีข้อสังเกตว่า แนวทางที่หนึ่งซึ่งจะใช้หลักความมั่นคงทางกฎหมายอย่างเคร่งครัดนี้ย่อมเหมาะสมกับกฎที่ออกมาใหม่และเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ว่ากฎนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิของตนในวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งมีผลเท่ากับว่าหากกฎนั้นได้มีการประกาศใช้มานานแล้ว แต่เพิ่งจะกระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดี หรือผู้ฟ้องคดีเพิ่งทราบว่ามีการประกาศใช้มานานแล้ว ทำให้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากกฎนั้นโดยตรง แต่ในขณะนั้นไม่มีโอกาสที่จะฟ้องให้เพิกถอนกฎนั้นได้เนื่องจากเกินระยะเวลาการฟ้องคดี และถ้ากฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายจริง กฎนั้นก็ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ตลอดเวลา โดยไม่มีผู้ใดมีสิทธิฟ้องขอให้เพิกถอนกฎได้จนกว่าฝ่ายปกครองจะยกเลิกกฎนั้นเอง จึงไม่มีหนทางเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายแก่ประชาชนผู้ได้รับผลกระทบจากกฎนั้นได้ แต่หากใช้ระยะเวลาการฟ้องคดีตามแนวทางที่ 2 ที่ถือว่าเมื่อกฎมากระทบผู้ฟ้องคดีเมื่อใดเป็นวันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี เห็นว่าการรู้ถึงผลกระทบจากกฎเป็นเรื่องไม่แน่นอน ขึ้นอยู่กับการกล่าวอ้างของผู้ฟ้องคดีและอยู่ในดุลยพินิจของศาล ที่จะวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีได้รับผลกระทบจากกฎนั้นตั้งแต่เมื่อใด ซึ่งทำให้เกิดความไม่แน่นอนในเรื่องสิทธิการฟ้องคดี ย่อมมีผลทำให้มีการฟ้องคดีให้เพิกถอนกฎได้ตลอดหรือกฎถูกโต้แย้งได้ตลอดเวลา ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักความมั่นคงทางกฎหมาย ในกรณีดังกล่าวหากจะพิจารณาจากหลักการที่ว่า 1) กฎนั้นถ้าประกาศแล้วมีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลโดยตรง ก็ควรถือว่าวันที่กฎนั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นวันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีได้ 2) แต่ถ้าเป็นกฎที่ยังไม่กระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดในทันที ซึ่งจะต้องมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเข้าองค์ประกอบของกฎนั้นก่อน หรือต้องรอให้มีการบังคับใช้กฎ จึงกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ ควรจะถือว่าวันที่กฎนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีเป็นวันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี ซึ่งจะเป็นการสอดคล้องกับความเป็นจริงและความมั่นคงทางกฎหมายได้หรือไม่ เพียงใดนั้น

ผู้ศึกษามีความเห็นว่าจะระยะเวลาฟ้องคดีขอให้เพิกถอนกฎ ผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายใน 90 วัน นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดี โดยถือว่า

วันที่กฎนั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีหรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี ตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดแนวทางที่ 1 ทั้งนี้เพื่อเป็นไปตามหลักความมั่นคงทางกฎหมายเพราะกฎมีผลบังคับเป็นการทั่วไป การที่ผู้ฟ้องคดีจะขอฟ้องให้เพิกถอนกฎได้ จะต้องเป็นผู้เดือดร้อนหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายที่จะแสดงให้เห็นว่าตนได้รับผลกระทบจากกฎนั้นอย่างไร หากศาลพิพากษาให้เพิกถอนกฎจะมีผลเป็นการเยียวยาให้ผู้ฟ้องคดีอย่างไร ผู้ฟ้องคดีจึงจะเป็นผู้ที่มีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียกับกฎนั้น และส่วนใหญ่เมื่อกฎได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ผู้เกี่ยวข้องที่จะถูกผลกระทบจากกฎย่อมน่าจะรับรู้ถึงการมีอยู่ของกฎว่าจะกระทบต่อสิทธิของตนที่จะทำให้เป็นผู้ที่เดือดร้อนหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายได้ ซึ่งจะต้องนำคดีมาฟ้องได้ภายใน 90 วัน นับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาซึ่งใกล้เคียงกับระยะเวลาการฟ้องคดีตามระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสที่เห็นว่ากฎมีผลบังคับเป็นการทั่วไป ระยะเวลาการฟ้องคดีจะเริ่มนับแต่วันประกาศ โดยระดับประเทศจะประกาศให้ราชกิจจานุเบกษาเช่นกัน โดยกำหนดให้มีระยะเวลาฟ้องคดีเพิกถอนกฎเพียง 2 เดือนเพื่อให้กฎนั้นมีความมั่นคงไม่ตกอยู่ภายใต้ความไม่แน่นอนว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายนานเกินไป เพราะหากใช้ระยะเวลาการฟ้องคดีตามแนวทางที่ 2 ที่ถือว่ากฎหมายกระทบต่อผู้ฟ้องคดีเมื่อใดถือว่ารู้เหตุแห่งการฟ้องคดีเมื่อใด ย่อมจะทำให้กฎนั้นสามารถถูกโต้แย้งได้ตลอดเวลาไม่สอดคล้องกับหลักความมั่นคงทางกฎหมาย เพราะการพิจารณาว่า กฎจะกระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีเมื่อใดขึ้นอยู่กับกรกล่าวอ้างและดุลยพินิจของศาล ซึ่งจะทำให้เกิดความไม่แน่นอนในเรื่องสิทธิการฟ้องคดีได้

แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดี มีข้อยกเว้นเกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดี โดยกำหนดให้การฟ้องคดีเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือสถานะของบุคคลจะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้<sup>103</sup> ซึ่งถือเป็นการยื่นฟ้องคดีโดยไม่มีกำหนดระยะเวลา แต่ก็มีข้อยกเว้นอีกกรณีคือมีเหตุพิเศษเป็นการฟ้องคดีที่ยื่นฟ้องเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีแล้ว ถ้าศาลปกครองเห็นว่าคดีที่จะยื่นฟ้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่น โดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีมีคำขอศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้<sup>104</sup> ซึ่งศาลปกครองสูงสุดในคดีหมายเลขแดงที่ พ.5/2549 ที่มูลนิธิคุ้มครองผู้บริโภค ฟ้องขอให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ.2548 ศาลใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยว่าการยื่นฟ้องคดีเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมด้วย จึงเข้ายกเว้นมีเหตุพิเศษเกี่ยวกับระยะเวลาฟ้องคดี ที่ยื่นฟ้องคดีว่าโดยที่ผู้ฟ้องคดีมีส่วนรับรู้โดยตลอดว่า มีการดำเนินการเปลี่ยนทุน

<sup>103</sup> มาตรา 52 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

<sup>104</sup> มาตรา 52 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

ของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยเป็นหุ้นของบริษัท จึงรับฟังได้ว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสิบเอ็ดรู้ว่าพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับมีผลกระทบต่อตนตั้งแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีผลใช้บังคับคือวันที่ 24 มิถุนายน 2548 การที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบเอ็ดยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดเมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน 2548 จึงเป็นการฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดเวลาเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี ซึ่งพ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดีแล้ว ตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่โดยที่การเปลี่ยนทุนของรัฐวิสาหกิจเป็นหุ้นของบริษัทตามขั้นตอนที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพย์สินของประเทศ เกี่ยวข้องกับสาธารณสมบัติของแผ่นดินและความมั่นคงทางด้านสังคมและเศรษฐกิจของชาติ ซึ่งได้ดำเนินการมาจนถึงขั้นตอนการออกพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับ อันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ การยื่นฟ้องคดีนี้จึงถือได้ว่าเป็นการฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ และการที่ศาลปกครองสูงสุดจะรับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณาย่อมเป็นประโยชน์สาธารณะในการตรวจสอบการจัดการทรัพย์สินของแผ่นดินอันมีมูลค่าสูงให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และเป็นการตรวจสอบการดำเนินการของฝ่ายบริหารเพื่อเปลี่ยนสถานะรัฐวิสาหกิจจากรูปแบบเดิมที่เป็นรัฐวิสาหกิจประเภทองค์การของรัฐตามที่มีกฎหมายจัดตั้งขึ้นซึ่งถือเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ให้เป็นรูปแบบบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งถือเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน อันเป็นการดำเนินการที่รัฐธรรมนูญถือว่าอยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ให้เป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของกฎหมาย อีกทั้งการพิจารณาวินิจฉัยคดีนี้ยังอาจเป็นแนวทางสำหรับการดำเนินการเปลี่ยนทุนการรัฐวิสาหกิจอื่นเป็นหุ้นของบริษัทต่อไปในภายหน้า การยื่นฟ้องคดีนี้จะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมด้วย ศาลปกครองสูงสุด จึงมีอำนาจรับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งสิบเอ็ดไว้พิจารณาได้ ตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

จะเห็นได้ว่าเนื่องจากการฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะจะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้ และกรณีที่ยื่นฟ้องเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีแล้ว ถ้าศาลปกครองเห็นเองหรือคู่กรณีเห็นว่าคำขอนั้นจะเป็น “ประโยชน์แก่ส่วนรวม” หรือ “มีเหตุจำเป็นอื่น” ที่จะศาลจะรับไว้พิจารณาก็ได้ ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายไทยกำหนดให้เป็นดุลยพินิจของศาล ทั้งนี้ ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า ประโยชน์แก่ส่วนรวม หมายความว่า ประโยชน์ต่อสาธารณะหรือประโยชน์อันเกิดจากการจัดทําบริการสาธารณะหรือการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือประโยชน์อันเกิดจากการดำเนินการหรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นการส่งเสริมหรือสนับสนุนแก่ประชาชนเป็นส่วนรวมหรือประชาชนส่วนรวมจะได้รับจากการดำเนินการหรือการกระทำนั้น กรณีจะเข้าข่ายยกเว้นใดก็เป็นเรื่องที่ศาลจะใช้ดุลยพินิจประกอบข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป

### 3.3.5 วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา

ในกรณีที่ศาลปกครองเห็นสมควรกำหนดมาตรการหรือวิธีการใดๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีไม่ว่าจะมีคำร้องขอจากบุคคลดังกล่าวหรือไม่ ให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและออกคำสั่งไปยังหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติตามได้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าวให้คำนึงถึงความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐและปัญหาอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นแก่การบริหารงานของรัฐประกอบด้วย<sup>105</sup>

การกำหนดมาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่คู่กรณีเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาแยกพิจารณาได้ 2 ประการ คือ (1) การขอลุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง และ (2) การบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

ในการฟ้องโต้แย้งกฎหมายไม่ชอบด้วยกฎหมายและขอให้เพิกถอนกฏนั้น วิธีการชั่วคราวที่ผู้ฟ้องจะขอให้ศาลพิจารณารบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้คือการขอลุเลาการบังคับตามกฎหมาย ดังนั้นในที่นี้จะขอล่าวรายละเอียดแต่เฉพาะเรื่องการขอลุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

#### (1) การขอลุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง

การฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนกฏหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่เป็นเหตุให้ขอลุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้น เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ผู้ฟ้องคดีอาจจะขอมาในคำฟ้องหรือยื่นคำขอในเวลาใดๆ ก่อนศาลจะพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดี เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งขอลุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองอันจะมีผลเป็นการชะลอหรือระงับการบังคับตามผลของกฏหรือคำสั่งทางปกครองไว้เป็นการชั่วคราว คำขอของผู้ฟ้องคดีจะต้องแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าประสงค์จะขอลุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองใด และการให้กฏหรือคำสั่งดังกล่าวมีผลบังคับต่อไปจะทำให้เกิดความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขภายหลังอย่างไร<sup>106</sup> หมายความว่า การฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนกฏหรือคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่เป็นเหตุให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ถูกฟ้องคดีต้องขอลุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งไว้ก่อนในระหว่างการพิจารณาคดี เว้นแต่ศาลจะสั่งเป็นอย่างอื่น กล่าวคือ ถ้าศาลเห็นเอง ศาลจะสั่งให้ขอลุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้นไว้ก็ได้ หรือในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอมาในคำฟ้องหรือยื่นคำขอในเวลาใดๆ ก่อนศาลมีคำพิพากษา ขอให้ศาลสั่งขอลุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่ง กรณีดังกล่าว ศาลต้องทำการไต่สวน

<sup>105</sup> มาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

<sup>106</sup> ข้อ 69 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณา

เสียก่อน ถ้าเห็นสมควรก็สั่งให้ทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งนั้น ซึ่งการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองอาจมีได้ 2 กรณี คือ<sup>107</sup>

(ก) ผู้ฟ้องคดีมีคำขอ กรณีบุคคลที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองได้ยื่นคำฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น กรณีนี้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิขอให้ศาลมีคำสั่งให้ไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ขอให้เพิกถอนไว้ก่อนในระหว่างการพิจารณา อันจะมีผลเป็นการชะลอหรือระงับการบังคับตามผลของกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองไว้เป็นการชั่วคราวก่อนศาลมีคำพิพากษาได้ โดยผู้ฟ้องคดีอาจมีคำขอยื่นมาพร้อมกับคำฟ้องหรือยื่นคำขอในเวลาใดๆ ก่อนศาลจะพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองเป็นการชั่วคราว

(ข) ศาลเห็นสมควร กำหนดมาตรการหรือวิธีการใดๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีโดยไม่มีคำขอจากผู้ฟ้องคดี ซึ่งในทางปฏิบัติจะเกิดจากการที่ศาลพิจารณาคำฟ้องพร้อมพยานหลักฐานประกอบคำฟ้องแล้วเห็นในเบื้องต้นว่า กฎหรือคำสั่งน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ไม่จำเป็นต้องรอให้ผู้ฟ้องคดีขอทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่ง ศาลสามารถสั่งได้เอง หลักการพิจารณาส่วนนี้เป็นจิตสำนึกของผู้ที่เป็นตุลาการ ซึ่งหากเห็นว่าการกระทำตามคำฟ้องอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี ศาลก็มีอำนาจสั่งคุ้มครองประโยชน์ให้ได้

(2) คำสั่งศาลเกี่ยวกับการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองแบ่งเป็น 3 กรณี ดังนี้<sup>108</sup>

(2.1) กรณีศาลสั่งไม่รับคำขอทุเลาการบังคับตามกฎหมาย หรือคำสั่งทางปกครอง

(2.1.1) หลักเกณฑ์ในการพิจารณา เมื่อศาลพิจารณาคำขอแล้วเห็นว่าคำขอยื่นโดยไม่มีข้ออ้างหรือข้อเท็จจริงเพียงพอ หรือไม่มีเหตุผล หรือสาระอันควรได้รับการพิจารณา หรือเห็นได้อย่างชัดแจ้งว่า ไม่สมควรมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง หรือเป็นกรณีที่ศาลจะสั่งไม่รับคำฟ้องคดีนั้นไว้พิจารณาและจะสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ ศาลมีอำนาจสั่งไม่รับคำขอทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้นได้

(2.1.2) ผลของคำสั่งศาลที่ไม่รับคำขอ กรณีศาลมีคำสั่งไม่รับคำขอทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองไว้พิจารณาคำสั่งดังกล่าวให้เป็นที่สุด

(2.2) กรณีศาลสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง

(2.2.1) หลักเกณฑ์ในการพิจารณา กรณีศาลมีคำสั่งรับคำขอทุเลาการบังคับตามกฎหมาย หรือคำสั่งทางปกครองไว้พิจารณาแล้ว ศาลจะดำเนินการดังนี้

<sup>107</sup> สำนักงานศาลปกครองสูงสุด, “กระบวนการพิจารณาของศาลปกครองชั้นต้น,” คู่มือการปฏิบัติงานภายในของตุลาการศาลปกครองภาคหนึ่ง, ตุลาคม 2550, หน้า 154. (เอกสารอัดสำเนา)

<sup>108</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 155 – 156.

(2.2.1.1) ส่งสำเนาคำขอให้แก่คู่กรณีทำคำชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานโดยด่วน

(2.2.1.2) นัดไต่สวนเพื่อมีคำสั่งเกี่ยวกับคำขอตั้งกล่าวโดยเร็ว หากศาลพิจารณาคำขอแล้วเห็นว่า กฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นน่าจะไม่ใช่ชอบด้วยกฎหมาย และการให้กฎหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลใช้บังคับต่อไป จะทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีอย่างร้ายแรงที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลัง และการทุเลาการบังคับตามกฎ หรือคำสั่งทางปกครองนั้นไม่เป็นอุปสรรคอันสำคัญแก่การบริหารงานของรัฐหรือแก่บริการสาธารณะ ศาลก็จะมีคำสั่งให้ทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองให้แก่ผู้ฟ้องคดี ซึ่งจะต้องกระทำโดยองค์คณะหลังจากตุลาการผู้แถลงคดีได้เสนอคำแถลงการณ์แล้ว คำแถลงการณ์จะกระทำด้วยวาจาก็ได้ โดยเนื้อหาของวิธีพิจารณาคำสั่งศาลดังกล่าวเป็นคำสั่งระหว่างการพิจารณาก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาชี้ขาดคดี แต่โดยที่คำสั่งศาลมีผลกระทบกับส่วนได้เสียของผู้ถูกฟ้องคดีระเบียบ ๗ ข้อ 73 จึงอนุญาตให้ผู้ถูกฟ้องคดีอุทธรณ์คำสั่งศาลดังกล่าวต่อศาลปกครองสูงสุด

(2.2.2) ผลของคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองไว้ชั่วคราวก่อนการพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดี ผู้ฟ้องคดีก็ไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี

(2.2.3) การอุทธรณ์คำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง คำสั่งที่ให้ทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งระหว่างการพิจารณาก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาชี้ขาดคดี ได้อนุญาตให้ผู้ถูกฟ้องคดีอุทธรณ์คำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองต่อศาลปกครองสูงสุดภายใน 30 วันนับแต่วันที่ผู้นั้นได้รับแจ้งคำสั่งศาล

**(2.3) กรณีศาลสั่งยกคำขอทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง**  
หลักเกณฑ์ในการพิจารณา กรณีศาลพิจารณาคำขอทุเลาการบังคับตามกฎ หรือคำสั่งทางปกครองแล้วเห็นว่า ไม่มีเหตุผลตามมาตรา 73 วรรคสาม กล่าวคือ กฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นน่าจะชอบด้วยกฎหมายและการให้กฎหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลใช้บังคับต่อไปจะไม่ทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีอย่างร้ายแรงที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลังและการทุเลาการบังคับตามกฎ หรือคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นอุปสรรคอันสำคัญแก่การบริหารงานของรัฐหรือแก่บริการสาธารณะ ศาลก็จะมีคำสั่งยกคำขอนั้น ผลของคำสั่งยกคำขอทุเลาการบังคับตามกฎเป็นที่สุด

**3.3.6 หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองไทย**

### 3.3.6.1 เหตุที่ศาลใช้ในการเพิกถอนกฎ

เมื่อศาลปกครองรับคำฟ้องขอให้เพิกถอนกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้พิจารณาพิพากษาแล้ว ในการวินิจฉัยประเด็นที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น



ศาลปกครองจะพิจารณาพิพากษาเพิกถอนกฎโดยอาศัยเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542\* ซึ่งเป็นเหตุประเภทเดียวกับการขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง แบ่งเป็น 10 ประการ ดังนี้<sup>109</sup>

1) เป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจ เช่น กรณีที่ผู้กระทำการไม่มีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมาย หรือไม่ใช่งานหรือเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้เป็นผู้มีอำนาจในเรื่องนั้นๆ

2) เป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ เป็นกรณีหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยถูกต้องตามกฎหมาย และมีอำนาจหน้าที่ เพียงแต่ได้กระทำการไปนอกเหนืออำนาจที่ตนมีอยู่ เช่น กรณีเทศบาลแห่งหนึ่งออกเทศบัญญัติให้มีผลใช้บังคับในพื้นที่การปกครองของเทศบาลแห่งอื่น ซึ่งถือว่าเทศบาลนั้นกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่

3) เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำโดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริง สำคัญผิดในข้อกฎหมายหรือปรับข้อเท็จจริงกับข้อกฎหมายไม่ถูกต้อง

4) เป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน เป็นการกระทำที่ฝ่ายปกครองไม่ได้ปฏิบัติตามรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ให้กระทำสำหรับการนั้นๆ เช่น กำหนดว่าการออกกฎจะต้องศึกษาผลกระทบสิ่งแวดล้อมก่อน หากได้ออกกฎโดยไม่ได้ศึกษาผลกระทบสิ่งแวดล้อมถือว่าการออกกฎที่ไม่ชอบ

5) เป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น ความไม่ชอบกฎหมายในกรณีนี้มุ่งหมายเฉพาะการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นเท่านั้น หากไม่ปฏิบัติตามจะกระทบต่อความสมบูรณ์ของการกระทำนั้น

\* พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

“มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

<sup>109</sup> สรุปความจากโกติน พลกุล, สาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, (มกราคม, 2544) หน้า 22 - 26.

6) เป็นการกระทำโดยไม่สุจริต พิจารณาจากมูลเหตุ (motif) ในการกระทำ เช่น ใช้เหตุผลส่วนตัวในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง

7) เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎนี้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาค หากมีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย

8) เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการสร้างชั้นตอนโดยไม่จำเป็น เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนปฏิบัติตามชั้นตอนที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ แต่เป็นชั้นตอนที่ฝ่ายปกครองกำหนดหรือสร้างขึ้นโดยไม่จำเป็น ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

9) เป็นการกระทำที่สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร ภาระในที่นี้อาจเป็นภาระด้านค่าใช้จ่าย หรือภาระที่ต้องกระทำหรืองดเว้นกระทำ

10) เป็นการกระทำที่เป็นการใช้ดุลยพินิจโดยมิชอบ ในการใช้ดุลยพินิจของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ หากกฎหมายกำหนดให้เลือกตัดสินใจได้ว่าจะใช้อำนาจนั้นหรือไม่ หรือเลือกตัดสินใจว่าจะกระทำอย่างไรอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายให้ทางเลือกไว้ ถือว่าเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจพิจารณาเลือกกระทำการ หรือเรียกว่าอำนาจดุลยพินิจ โดยทั่วไปศาลจะไม่ก้าวล่วงไปตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจโดยแท้ของฝ่ายปกครอง แต่หน่วยงานก็ต้องใช้ดุลยพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย

### 3.3.6.2 หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ

ในการวินิจฉัยว่ากฎตามฟ้องชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลปกครองจะพิจารณาวินิจฉัยตามหลักเกณฑ์ ดังนี้

1) อำนาจของผู้ออกกฎ เนื่องจากการออกกฎเป็นการใช้อำนาจของรัฐในทางปกครอง จึงต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ กฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครอง จึงมักจะบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าจะให้องค์กรฝ่ายปกครององค์กรใดเป็นผู้ใช้อำนาจและองค์กรทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ใช้อำนาจออกกฎในเรื่องใด จะต้องใช้อำนาจออกกฎในเรื่องนั้นด้วยตัวเอง หากการออกกฎเป็นไปโดยองค์กรฝ่ายปกครองอื่นย่อมเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งอำนาจจะมีลักษณะถาวรสามารถใช้ได้โดยไม่คำนึงถึงบุคคลผู้ดำรงตำแหน่ง จึงทำให้เกิดแนวคิดว่าเป็นหน้าที่ของผู้ดำรงตำแหน่งที่จะต้องใช้อำนาจและปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วยตนเอง เว้นแต่เป็นกรณีอาจมอบหมายให้ผู้อื่นปฏิบัติราชการแทนได้ตามที่กฎหมายได้กำหนดอย่างชัดเจน กล่าวคือโดยหลักผู้ดำรงตำแหน่งต้องใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่ด้วยตนเอง การมอบอำนาจเป็นข้อยกเว้น นอกจากนั้นแม้จะเป็นเจ้าหน้าที่มีอำนาจแล้วก็ตาม แต่เจ้าหน้าที่ดังกล่าวก็ไม่มีอำนาจออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นได้ เพราะจะกระทบต่อหลักความเป็นกลางซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

2) กระบวนการออกกฎเกี่ยวกับแบบขั้นตอนวิธีการ โดยหลักทั่วไปกรณีแบบและขั้นตอนวิธีการ กฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองอาจจะกำหนดไว้ว่าเมื่อองค์กรฝ่ายปกครององค์กรหนึ่งใดจะใช้อำนาจออกกฎ องค์กรนั้นจะต้องปฏิบัติตามแบบพิธี

หรือขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้เสียก่อน ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันคุณภาพของกฎ หรือ ความเหมาะสมในการสั่งการของฝ่ายปกครอง อีกทั้งจะเป็นหลักประกันความเป็นธรรมต่อเอกชน ที่จะได้รับผลกระทบต่อกฎ และยังเป็นหลักประกันมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรือ โดยมีชอบด้วยกฎหมาย เช่น กำหนดหน้าที่ให้ต้องทำหรือหรือขอความเห็นจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือ รับฟังบุคคลที่มีความรู้หรือผู้มีความเชี่ยวชาญในเรื่องดังกล่าวก่อนที่จะวินิจฉัยสั่งการ ซึ่งจะมีผลให้ ฝ่ายปกครองสั่งการได้รู้ข้อเท็จจริงและรอบคอบยิ่งขึ้นอันจะเป็นผลดีแก่ประชาชนด้วย เช่น ในกรณี ของการออกกฎเกี่ยวข้องกับการจัดทำโครงการใหญ่ๆ ของรัฐที่ต้องมีการลงทุนสูง โดยปกติกฎหมาย ได้กำหนดขั้นตอนและวิธีการไว้หลายประการ อาทิเช่น หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องศึกษาและ วิเคราะห์โครงการโดยละเอียด โดยอาจต้องมีการว่าจ้างที่ปรึกษา และต้องเสนอโครงการดังกล่าว ต่อคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติพิจารณาและต้องรับฟังบุคคลที่ถูกกระทบ ซึ่งหลักเกณฑ์วิธีการดังกล่าวก็จะเป็นประโยชน์ทั้งแก่ประชาชนและฝ่ายปกครอง เป็นต้น การไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวที่อาจมีผลทำให้กฎนั้นเสียไป หรือไม่สมบูรณ์ได้นั้นต้อง เป็นหลักเกณฑ์ **“อันเป็นสาระสำคัญ”** หรือที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ให้คำว่า “ไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือ วิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น”

การพิจารณาว่าหลักเกณฑ์ใดเป็นสาระสำคัญหรือไม่นั้น ในกฎหมาย ปกครองฝรั่งเศสได้พิจารณาจากปัจจัยหลายประการประกอบกัน เช่น วัตถุประสงค์ของการกำหนด หลักเกณฑ์ดังกล่าวว่าได้กำหนดขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันแก่ประชาชนหรือเพื่อประโยชน์ของ ฝ่ายปกครองฝ่ายเดียว ซึ่งความสำคัญของแบบหรือขั้นตอนนั้น จะกำหนดเองว่ากฎหมายกำหนด ให้การฝ่าฝืน มีผลทำให้การสั่งการนั้นเสียไปหรือไม่

### 3) เจตนารมณ์ของกฎต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้ อำนาจ

โดยทั่วไปเมื่อกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครอง ได้กำหนดให้องค์กร ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจออกกฎ โดยมีวัตถุประสงค์หรือเนื้อความเช่นใด องค์กรฝ่ายปกครอง ก็ต้องใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองโดยมีวัตถุประสงค์หรือเนื้อความเช่นนั้น หากองค์กร ฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกกฎ โดยมีวัตถุประสงค์หรือเนื้อความขัดแย้งต่อกฎหมายตามที่กฎหมาย ที่ให้อำนาจกำหนดก็ดี หรือไม่แน่นอนชัดเจนก็ย่อมทำให้กฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

### 4) กฎต้องไม่ขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไป

โดยหลัก กฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องเคารพและ ถือปฏิบัติจะมาจากตัวบทกฎหมายหรือระเบียบเท่าที่ปรากฏอยู่ ดังนั้น ในการออกกฎฝ่ายปกครอง ก็มีอาจออกให้ขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไป เพราะหลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักกฎหมายที่ศาลยอมรับ ในการพิจารณาคดี หากไม่มีหลักกฎหมายที่เขียนเป็นลายลักษณ์อักษร ศาลก็จะวินิจฉัยคดี โดยอาศัยหลักกฎหมายจากแหล่งอื่นๆ หลักกฎหมายทั่วไปซึ่งมีค่าบังคับและนำมาใช้ยันกับ ฝ่ายปกครองได้เช่นหลักความเสมอภาค หลักนิติกรรมทางปกครองต้องไม่มีผลย้อนหลัง ฯลฯ

หากกฎที่ฝ่ายปกครองออกขัดต่อหลักความเสมอภาค ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไป กฎนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

### 3.3.7 อำนาจในการกำหนดค่าบังคับของศาลปกครอง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับไว้ในมาตรา 72 ซึ่งกำหนดให้สอดคล้องกับลักษณะของข้อพิพาททางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน เพื่อให้การพิจารณาพิพากษาคดีมีประสิทธิผลและเป็นการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายหรือยุติข้อพิพาทให้แก่ผู้ฟ้องคดี ดังนี้

ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

(2) สั่งให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนด ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

(3) สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิด หรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(4) สั่งให้ถือปฏิบัติต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่มีการฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาแสดงความเป็นอยู่ของสิทธิหรือหน้าที่นั้น

(5) สั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย

ในการมีค่าบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎ ให้มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา และให้การประกาศดังกล่าวมีผลเป็นการเพิกถอนกฎนั้น

ในกรณีที่ศาลปกครองมีค่าบังคับให้ผู้ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินตามคำพิพากษา ถ้าผู้นั้นไม่ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน ศาลปกครองอาจมีคำสั่งให้มีการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของบุคคลนั้นได้

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำสั่งับตามวรรคหนึ่ง (5) หรือตามวรรคสี่ ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม จะเห็นได้ว่า ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำสั่งับให้เพิกถอนกฎได้ การมีคำสั่งับดังกล่าว ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่ง หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี และให้กรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎให้มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา และให้การประกาศผลดังกล่าวมีผลเป็นการเพิกถอนกฎ ทั้งนี้ เพื่อให้ทราบโดยทั่วกันว่ากฎดังกล่าวถูกคำพิพากษาของศาลปกครองให้เพิกถอนแล้ว และเพื่อมิให้เกิดปัญหาในกรณีที่ยังคงมีการปฏิบัติตามกฎดังกล่าวที่ถูกเพิกถอนแล้ว เพราะผู้ที่เกี่ยวข้องยังมีได้รับทราบผลของคำพิพากษา ซึ่งในทางปฏิบัติเมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งับให้เพิกถอนกฎและคดีถึงที่สุดแล้ว สำนักงานศาลปกครองจะเป็นผู้จัดส่งคำพิพากษาดังกล่าวไปยังสำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรีเพื่อลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาต่อไป และจะได้แจ้งผลการลงประกาศผลแห่งคำพิพากษาในราชกิจจานุเบกษาให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทราบต่อไป เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับคำพิพากษาต่อไป

อนึ่ง ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎ อาจเกิดปัญหาข้อกฎหมายเกิดขึ้น เนื่องจากตามมาตรา 72 วรรคสอง กำหนดให้ศาลมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลัง หรือไม่ย้อนหลัง หรือมีผลไปในอนาคตขณะหนึ่งขณะใดได้ เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 72 วรรคสาม กำหนดว่า การเพิกถอนกฎจะต้องมีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา เช่น ในกรณีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ.5/2549<sup>110</sup> ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2549 เพิกถอนพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิต พ.ศ. 2548 ตั้งแต่วันที่ 24 มิถุนายน 2548 ซึ่งเป็นวันใช้บังคับพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้เพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลังไปในวันที่ประกาศใช้พระราชกฤษฎีกา ซึ่งปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีและหน่วยงานที่ต้องปฏิบัติตามคำพิพากษามีปัญหาทางกฎหมายในการปฏิบัติตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่พิพากษาให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับการแปลงสภาพ กฟผ. เป็น บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) จึงได้มีหนังสือขอหารือคณะกรรมการกฤษฎีกาจำนวนหลายประเด็น ซึ่งผู้ศึกษาจะได้

<sup>110</sup> คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ พ.5/2549 ระหว่าง มูลนิธิเพื่อผู้บริโภค ผู้ฟ้องคดีที่ 1 กับพวกรวม 11 คน กับนายกรัฐมนตรี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับพวกรวม 5 คน เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา

ศึกษารายละเอียดผลกระทบของการเพิกถอนกฎโดยให้มีผลย้อนหลังกรณี กฟผ. ดังกล่าวในบทที่ 4 ต่อไป

### 3.3.8 การให้อำนาจศาลปกครองกำหนดข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา

โดยที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 69 (8) กำหนดว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองของศาลปกครองอย่างน้อยต้องมีการระบุรายการต่างๆ รวมทั้งให้มีการระบุข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาดำเนินการให้มี แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ดังกล่าว มิได้บัญญัติถึงการบังคับตามข้อสังเกตของศาลด้วยแต่อย่างใด กรณีในส่วนคำสั่งที่เป็นข้อสังเกตของศาล คู่กรณีมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อสังเกตด้วยหรือไม่ และสำนักงานศาลปกครองต้องดำเนินการบังคับให้คู่กรณีปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือไม่ ในกรณีดังกล่าวปรากฏว่าในส่วน of ศาลปกครองเห็นว่าข้อสังเกตในคำพิพากษามาตรา 69 (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ถือเป็นกำหนดแนวทางหรือวิธีการดำเนินการตามคำพิพากษา เพื่อให้เกิดความกระจ่างชัดในการปฏิบัติให้เป็นไปตามคำสั่ง ทั้งนี้ โดยแนวทางดังกล่าวต้องอยู่ภายในกรอบของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ไม่อาจกำหนดให้ นอกเหนือไปจากที่ปรากฏในคำสั่งได้ ดังนั้น ข้อสังเกตและแนวทางการปฏิบัติตามคำพิพากษา จึงน่าจะเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายปกครองที่จะปฏิบัติตามคำพิพากษาให้ถูกต้องรวดเร็วเพื่อเยียวยา ให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้ไม่น่าถือว่าเป็นการก้าวล่วงการปฏิบัติตามคำพิพากษาของฝ่ายปกครอง

### 3.3.9 ผลแห่งคำพิพากษาเพิกถอนกฎ

โดยทั่วไปคำพิพากษาศาลปกครองมีผูกพันคู่กรณีในคดีที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่ง นับแต่วันที่กำหนดในคำพิพากษาจนถึงวันที่คำพิพากษานั้นถูกเปลี่ยนแปลง แก้ไข กลับ

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 69 คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองของศาลปกครองอย่างน้อย

(1) ชื่อผู้ยื่นคำฟ้อง

(2) หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี

(3) เหตุแห่งการฟ้องคดี

(4) ข้อเท็จจริงของเรื่องที่ฟ้อง

(5) เหตุผลแห่งคำวินิจฉัย

(6) คำวินิจฉัยของศาลในประเด็นแห่งคดี

(7) คำบังคับ ถ้ามีโดยให้ระบุหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องปฏิบัติ

ตามคำสั่งไว้ด้วย

(8) ข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา ถ้ามี

หรือดเสีย อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เป็นการคัดค้านคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ให้รอการปฏิบัติตาม คำบังคับไว้จนกว่าจะพ้นระยะเวลาอุทธรณ์ หรือในกรณีที่มีการอุทธรณ์ให้รอการบังคับคดีไว้จนกว่า คดีถึงที่สุด<sup>111</sup> เช่น ในคดีหมายเลขแดงที่ 1006/2544<sup>112</sup> ที่ศาลปกครองกลางมีคำพิพากษาให้ เพิกถอนข้อบังคับมหาวิทยาลัยที่กำหนดให้นักศึกษาต้องเขียนวิทยานิพนธ์เป็นภาษาอังกฤษนั้น และต่อมาได้มีการอุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษาดังกล่าว ก็มีผลทำให้ต้องรอการปฏิบัติตามคำบังคับนั้น ไว้ก่อนจนกว่าคดีจะถึงที่สุด ดังนั้น ในระหว่างที่ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาคดีนั้น นักศึกษา ในมหาวิทยาลัยแห่งนั้นก็ยังคงต้องปฏิบัติตามข้อบังคับนั้นอยู่

อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาหรือคำสั่งให้มีผลผูกพันบุคคลภายนอกได้ในกรณี ดังต่อไปนี้<sup>113</sup>

(1) คำพิพากษาให้บุคคลใดออกไปจากสถานที่ใดให้รวมถึงบริวารของผู้นั้นด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมีสิทธิพิเศษอื่น

(2) ถ้าบุคคลใดเข้าเป็นผู้ค้ำประกันในศาลเพื่อดำเนินการใดๆ ตามคำพิพากษา หรือคำสั่ง ให้คำพิพากษาหรือคำสั่งมีผลต่อผู้ค้ำประกันได้โดยไม่ต้องฟ้องผู้ค้ำประกันนั้น

(3) คำพิพากษาหรือคำสั่งเกี่ยวกับสถานะ หรือความสามารถของบุคคลหรือนิติบุคคลย่อมใช้อ้างอิงได้เป็นการทั่วไป

(4) คำพิพากษาหรือคำสั่งที่เกี่ยวกับสิทธิแห่งทรัพย์สิน คู่กรณีที่เกี่ยวข้องอาจ อ้างอิงกับบุคคลภายนอกได้ เว้นแต่บุคคลภายนอกจะมีสิทธิดีกว่า

นอกจากนั้น ในกรณีที่เป็นการคัดค้านคำพิพากษาให้เพิกถอนกฎ จะมีผลต่อบุคคลทั่วไป เมื่อได้มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษานั้นในราชกิจจานุเบกษาแล้ว<sup>114</sup> แม้ว่าบุคคลอื่นนั้นจะไม่ได้ ฟ้องคดีต่อศาลปกครองด้วยก็ตาม เช่น คำพิพากษาของศาลปกครองที่ถึงที่สุดที่ให้เพิกถอน ข้อบังคับมหาวิทยาลัยเกี่ยวกับการศึกษาระดับบัณฑิตศึกษา ย่อมมีผลต่อนักศึกษาระดับ บัณฑิตศึกษาที่เกี่ยวข้องทุกคน แม้ว่าจะมีนักศึกษาเพียงบางคนที่ฟ้องศาลปกครองก็ตาม ซึ่งเป็นผล ของคำพิพากษาคดีปกครองที่แตกต่างจากผลของคำพิพากษาคดีแพ่งทั่วไป

เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีหรือประเด็นข้อใดแห่งคดีแล้ว ห้ามมิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลนั้นอันเกี่ยวกับคดีหรือประเด็นที่ได้วินิจฉัยชี้ขาดแล้วนั้น เว้นแต่

(ก) การแก้ไขข้อผิดพลาดหรือผิดหลงเล็กน้อย

<sup>111</sup> มาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

<sup>112</sup> คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1006/2544 ระหว่างนายสรล สีนุชกับพวกรวม 10 คน ผู้ฟ้องคดี กับ มหาวิทยาลัยมหิดล ผู้ถูกฟ้องคดี

<sup>113</sup> มาตรา 71 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

<sup>114</sup> มาตรา 72 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

(ข) การพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีใหม่ตามมาตรา 75 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

(ค) การพิจารณาใหม่แห่งคดีที่สำนวนคดีหรือเอกสารในสำนวนคดีสูญหายหรือบุบสลาย

(ง) การยื่น การรับ หรือไม่รับอุทธรณ์

(จ) เป็นการดำเนินการเกี่ยวกับการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในระหว่างการยื่นอุทธรณ์ซึ่งคำอุทธรณ์อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลปกครองชั้นต้น

(ฉ) เป็นการที่ศาลปกครองสูงสุดส่งคดีคืนไปยังศาลปกครองชั้นต้นที่ได้พิจารณาและพิพากษาหรือมีคำสั่งคดีนั้นเพื่อให้พิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ หรือพิจารณาและพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่

(ช) เป็นการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง

(5) คดีที่ได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีถึงที่สุดแล้ว ห้ามมิให้คู่กรณีเดียวกันฟ้องคดีต่อศาล

ในกรณีศาลพิพากษาให้เพิกถอนกฎ เป็นกรณีที่ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่ากฎไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เพิกถอนกฎนั้นได้ ทั้งนี้ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดว่า

“ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่ง หรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วนในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

ในการมีคำบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎให้มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา และให้การประกาศดังกล่าวมีผลเป็นการเพิกถอนกฎจากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวสามารถพิจารณาได้ตามลำดับ ดังต่อไปนี้

(1) กฎหมายกำหนดให้อำนาจศาลปกครองในการพิพากษาหรือมีคำสั่งโดยกำหนดคำบังคับให้มีการเพิกถอนกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลจะสั่งเพิกถอนกฎดังกล่าวทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ตามลักษณะของคดี

(2) ในการสั่งเพิกถอนกฎนั้นศาลปกครองมีอำนาจกำหนด ดังต่อไปนี้

(2.1) กำหนดระยะเวลาในการเพิกถอน โดย



- ให้การเพิกถอนกฎหมายมีผลย้อนหลังตั้งแต่ต้น
- ให้การเพิกถอนกฎหมายมีผลย้อนหลังถึงขณะใดขณะหนึ่ง
- ให้การเพิกถอนกฎหมายมีผลนับตั้งแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา
- ให้การเพิกถอนกฎหมายมีผลในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่ง

(2.2) กำหนดเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณีที่ศาลปกครองจะพิจารณา

บทบัญญัติมาตรา 72 ดังกล่าวข้างต้นได้ให้อำนาจแก่ศาลปกครองในการที่จะกำหนดการมีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังของการสิ้นผลการใช้บังคับของการกระทำทางปกครองไม่ว่าจะเป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครอง โดยไม่ได้แยกผลในทางกฎหมายที่แตกต่างออกจากกัน ระหว่างกฎหรือคำสั่งทางปกครองซึ่งในกรณีของคำสั่งทางปกครองนั้น แม้ว่าจะไม่ปรากฏว่ากฎหมายจะกำหนดศาลปกครองจะนำหลักเกณฑ์ใดมาพิจารณากำหนดให้การสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายว่าจะให้การสิ้นผลไปของคำสั่งทางปกครองมีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังเพียงใดนั้น กรณีดังกล่าวเห็นว่าศาลปกครองสามารถนำหลักเกณฑ์ในการพิจารณายกเลิกถอนคำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้ในการพิจารณากำหนดในคำพิพากษาศาลปกครองที่ให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ โดยอาศัยกรณีถือว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการฟ้องให้ฟ้องถอนคำสั่งทางปกครองโดยพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครอง

แต่สำหรับกรณีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป เช่น กฎ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ฯลฯ แม้ว่าบทบัญญัติของมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้แยกความแตกต่างระหว่างอำนาจในการพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองออกจากกัน แต่ก็น่าจะมีความแตกต่างกันในรายละเอียด โดยอาจถือว่าในระบบกฎหมายไทย กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ศาลปกครองที่กำหนดให้การเพิกถอน กฎ พระราชกฤษฎีกาว่ามีผลย้อนหลังหรือให้มีผลไปในอนาคต และสามารถกำหนดเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ตามความเป็นธรรมแก่กรณีได้

### 3.4 เปรียบเทียบผลทางกฎหมายของการเพิกถอนกฎโดยศาลปกครองฝรั่งเศส เยอรมัน และไทย

การพิพากษาเพิกถอนกฎ โดยศาลปกครองฝรั่งเศส เยอรมัน และไทย อาจมีผลทางกฎหมายแตกต่างกัน ผู้ศึกษาขอเสนอผลทางกฎหมายของการเพิกถอนกฎโดยศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน และไทยก่อน หลังจากนั้นจึงจะจัดทำเปรียบเทียบผลทางกฎหมายของการพิพากษาเพิกถอนกฎ โดยศาลปกครองในประเทศดังกล่าวข้างต้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าผลของการเพิกถอนมีลักษณะที่เหมือนกันหรือแตกต่างกันอย่างไรต่อไป

### 3.4.1 ผลทางกฎหมายของการเพิกถอนกฎโดยศาลปกครองฝรั่งเศส

เมื่อศาลปกครองฝรั่งเศสเห็นว่ากฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะมีอำนาจพิพากษาเพิกถอนกฎนั้น โดยจะพิพากษาเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วนเฉพาะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ได้ ย่อมมีผลทางกฎหมายให้กฎนั้นเสียหรือสิ้นผลไป และมีผลผูกพันเป็นการทั่วไปต่อบุคคลทุกคน (erga omnes) เดิมคำพิพากษาให้เพิกถอนกฎจะมีผลย้อนหลัง (retroactive) ในทางปฏิบัติ ทั้งนี้ โดยถือว่ากฎนั้นเกิดขึ้นแล้ว (existence) ผลในทางกฎหมายคือฝ่ายปกครองมีหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องขจัดหรือทำให้ผลทุกชนิดที่เกิดขึ้นจากกฎดังกล่าวให้หมดไป แต่ในปัจจุบันศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้มีการวางแนวบรรทัดฐานใหม่เป็นการกลับแนวเดิมคือ การทำให้ผลของคำพิพากษามีผลในอนาคต โดยกำหนดเวลาหรือเงื่อนไขให้คำพิพากษามีผลไปในอนาคตในขณะหนึ่งขณะใด ซึ่งเป็นการให้อำนาจศาลปกครองกำหนดเวลาหรือระบุเวลาในคำพิพากษาว่าจะให้มีผลเมื่อใด โดยให้ศาลคำนึงถึงผลกระทบในเรื่องต่างๆ ที่จะเกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นกรณีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือละเมิดกฎหมายอย่างร้ายแรงชัดแจ้ง ศาลปกครองจะไม่เพิกถอนแต่จะประกาศ (declare) ว่ากฎนั้นไม่มีอยู่เลย (inexistence) จึงจะเห็นได้ว่า ในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้สร้างหลักกฎหมายในการจำแนกความร้ายแรงที่ทำให้เกิดความไม่สมบูรณ์ของกฎ ซึ่งเป็นเหตุที่ศาลใช้อำนาจในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (กฎหรือคำสั่งทางปกครอง) ไว้หลายระดับมีผลต่อการเพิกถอนกฎแตกต่างกัน และเมื่อศาลพิพากษาเพิกถอนกฎแล้วผลทางกฎหมายก็แตกต่างกันด้วย สรุปได้ดังนี้<sup>115</sup>

1) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง (กฎหรือคำสั่งทางปกครอง) ระดับร้ายแรงมาก เช่น กรณีเป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยองค์กรที่ไม่มีอยู่ตามกฎหมาย หรือผู้ออกกฎหรือคำสั่งนั้นเป็นองค์การที่ไม่มีอำนาจตัดสินใจแสดงเจตนาได้ หรือการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีหลักฐานพิสูจน์ได้เลยว่ามีกรกระทำนั้นจริง ๆ ซึ่งกฎหรือคำสั่งทางปกครองเหล่านี้ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายระดับสูงมาก กรณีดังกล่าวศาลจะพิจารณาเพิกถอนกฎนั้น ผลทางกฎหมายของคำพิพากษาให้เพิกถอนกฎ กรณีนี้ถือว่ากฎนั้นไม่เกิดขึ้นเลย (inexistence) หรือเสียเปล่าตั้งแต่ต้นไม่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่กับบุคคลใดๆ

2) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายระดับธรรมดา กฎหรือคำสั่งทางปกครองประเภทนี้จะเป็นกรณีการกระทำเกินอำนาจ หรือมีอำนาจแต่ทำเกินอำนาจ (entaché d'excès de pouvoir) หรือทำผิดแบบหรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญ (vice de forme) หรือใช้อำนาจโดยผิดวัตถุประสงค์ หรือโดยบิดผัน (détournement de pouvoir) หรือละเมิดกฎหมายในกรณีอื่น (violation de la loi) กฎหรือคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ ยังมีผลก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามจนกว่าศาลจะเพิกถอน ซึ่งจะต้องฟ้องคดีให้ศาลพิจารณาพิพากษายกภายในระยะเวลาการฟ้องคดีคือ 2 เดือน

<sup>115</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย,"

หากพ้นระยะเวลาการฟ้องคดีก็จะเพิกถอนไม่ได้ ผลทางกฎหมายของกฎและคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ยังใช้ต่อไป ทั้งๆ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อความมั่นคงทางกฎหมายและความเชื่อถือในนิติกรรมทางปกครองและไม่ให้กระทบการบริหารงานของฝ่ายปกครอง

3) กรณีกฎไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยการไม่เคารพขั้นตอนหรือแบบเพื่อคุ้มครองเอกชน หรือกระทบต่อเนื้อหาการตัดสินใจในการออกกฎถือว่าผิดแบบหรือขั้นตอนในสาระสำคัญ กรณีนี้ศาลปกครองจะเพิกถอน เว้นแต่จะได้มีการปฏิบัติให้ถูกต้องในภายหลัง เช่น กฎหมายบังคับให้ปรึกษาหารือหรือขอความเห็นก่อน แต่ฝ่ายปกครองไม่ทำถือเป็นผิดขั้นตอนสำคัญ หรือกรณีกฎหมายบังคับให้รับฟังปัจเจกชนผู้ที่จะถูกระทบจากกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น แต่ไม่มีการรับฟัง ส่วนการสำคัญผิดในการให้คุณสมบัติแก่ข้อเท็จจริง โดยหลักถ้าการให้คุณสมบัติแก่ข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายระบุหรือตีความข้อเท็จจริงผิดอย่างเห็นได้ชัด (erreur manifeste) ศาลจะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น

4) กรณีกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงเล็กน้อยแก้ไขได้ เช่น การไม่ปฏิบัติตามแบบขั้นตอนหรือวิธีการ (vice de forme) ที่ไม่สำคัญเพราะไม่กระทบเนื้อหาของกฎนั้น แม้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ไม่ทำให้กฎนั้นเสียไป หากแก้ไขโดยฝ่ายปกครองได้เองก็จะไม่กระทบผู้ใด กรณีนี้ศาลจะไม่เพิกถอนกฎดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงเชื่อถือในนิติกรรมทางปกครองและไม่ให้กระทบการบริหารงานของฝ่ายปกครอง เช่น กฎหมายบังคับให้การประชุมต้องมีรายงานการประชุม แม้ไม่มีรายงานการประชุม การประชุมนั้นก็ไม่เสียไปหรือกรณีที่กฎหมายกำหนดเวลาไว้ แต่ฝ่ายปกครองกระทำการเกินเวลาซึ่งถือว่าเป็นกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการ หรือแบบที่ไม่สำคัญ

จะเห็นได้ว่าในระบบกฎหมายฝรั่งเศสจะมีการจำแนกระดับความร้ายแรงของความไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้หลายระดับ ซึ่งจะมีผลต่อการวินิจฉัยคดีของศาลปกครอง ซึ่งบางกรณีศาลยอมไม่ใช้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ถ้าความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่ร้ายแรงถึงขนาดที่จะทำให้เอกชนเสียสิทธิหรือทำให้การตัดสินใจของฝ่ายปกครองผิด ศาลปกครองจะไม่เพิกถอนกฎนั้น ทั้งนี้เพื่อรักษาหลักการบริหารของฝ่ายปกครองให้มั่นคง มีประสิทธิภาพเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ถ้าความไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับร้ายแรงมาก ศาลปกครองจะเพิกถอนและทำให้เกิดผลทางกฎหมายแตกต่างกัน ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

### 3.4.2 ผลทางกฎหมายของการเพิกถอนกฎโดยศาลปกครองเยอรมัน

โดยที่ระบบกฎหมายเยอรมันถือว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารหรือที่ระบบกฎหมายไทยเรียกว่า “กฎ” เป็นกฎหมายตามเนื้อความ ในกรณีที่ปรากฏว่ากฎที่เป็นวัตถุแห่งคดีของการร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ได้รับการตราขึ้นโดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในทางแบบพิธีหรือมีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อกฎหมายในลำดับชั้นที่สูงกว่า ศาลปกครองชั้นสูงแห่งมลรัฐย่อมต้องพิพากษาแสดงความเป็นโมฆะหรือความเสียเปล่าของกฎนั้น คำพิพากษาแสดงความเป็นโมฆะหรือความเสียเปล่าของกฎไม่ได้มีผลเฉพาะคู่ความในคดี (inter partes) แต่มีผลเป็น

การทั่วไป (erga omnes)<sup>116</sup> คำพิพากษาหรือคำสั่งแสดงความเป็นโมฆะหรือความเสียหายของกฎสามารถอุทธรณ์ไปยังศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (Bundesverwaltungsgericht) ซึ่งถือว่าเป็นศาลปกครองสูงสุดได้ คำพิพากษาหรือคำสั่งศาลปกครองชั้นสูงสุดแห่งมลรัฐจึงยังไม่ถึงที่สุดหากมีการอุทธรณ์โต้แย้ง การประกาศแสดงความเป็นโมฆะหรือความเสียหายของกฎ จึงตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นสูงแห่งมลรัฐเป็นที่สุดแล้ว เพราะไม่มีการอุทธรณ์โต้แย้งหรือมีการอุทธรณ์โต้แย้งแต่ศาลปกครองแห่งสหพันธ์ไม่รับไว้พิจารณาหรือรับไว้พิจารณาแต่ยกคำร้อง เป็นต้น<sup>117</sup>

ในกรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งแสดงความเป็นโมฆะถึงที่สุด ผู้ทรงสิทธิทั้งหลายและองค์กรของรัฐทั้งหลายทั้งปวง จะต้องปฏิบัติต่อกฎนั้นในฐานะที่กฎดังกล่าวเสียหายหรือเป็นโมฆะ ศาลปกครองชั้นสูงแห่งมลรัฐซึ่งพิพากษาคัดตั้งกล่าวก็จะต้องผูกพันตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของตนเช่นกัน พร้อมกันนั้นองค์กรฝ่ายปกครองที่ออกกฎดังกล่าวก็ต้องห้ามในอันที่จะออกกฎที่มีเนื้อหาเช่นนั้นอีก<sup>118</sup> ในกรณีที่ศาลพิพากษาแสดงความเป็นโมฆะหรือความเสียหายของกฎ หน่วยงานที่ออกกฎนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องนำผลของคำพิพากษาไปประกาศในลักษณะทำนองเดียวกับที่ได้เคยประกาศกฎนั้นด้วย<sup>119</sup>

โดยหลักแล้วคำพิพากษาหรือคำสั่งแสดงความเป็นโมฆะของกฎย่อมส่งผลให้กฎนั้นเสียหายมาตั้งแต่ประกาศใช้กฎ (Nichtigkeit ex tunc) อย่างไรก็ตาม บางกรณีกฎนั้นอาจเสียหายตั้งแต่เวลาใดเวลาหนึ่งหลังจากประกาศใช้กฎได้ เช่น ในกรณีที่สหพันธ์ออกกฎหมายมาบังคับใช้ภายหลัง ส่งผลให้กฎที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายปกครองของมลรัฐขัดหรือแย้งกับกฎหมายของสหพันธ์ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้เพื่อความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ ศาลจะต้องระบุไว้ในคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ชัดเจนว่ากฎที่เป็นวัตถุแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในคดีตกเป็นโมฆะตั้งแต่เมื่อใด<sup>120</sup>

ข้อยกเว้นของหลักที่ว่ากฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในลำดับที่สูงกว่าจะส่งผลให้กฎดังกล่าวตกเป็นโมฆะตั้งแต่ประกาศใช้กฎนั้น ปรากฏอยู่ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎซึ่งตราขึ้นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายก่อสร้าง<sup>121</sup> ในกรณีที่ปรากฏว่ากฎดังกล่าวตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามประมวลกฎหมายก่อสร้าง องค์กรฝ่ายปกครองอาจขจัดความบกพร่องนั้นได้โดยการดำเนินการสอบสวนพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมกฎที่บกพร่องนั้นได้ ในกรณีนี้ศาลปกครองชั้นสูงแห่งมลรัฐจะ

<sup>116</sup> §47Abs. 5S. 2HS VwGO อ้างใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมัน," วารสารวิชาการศาลปกครอง 5, 2 : 10 - 15.

<sup>117</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

<sup>118</sup> VGH Bad-Württ., DÖV 1979, 571 f. อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

<sup>119</sup> §47 VS.2, HS2VwGO อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

<sup>120</sup> Schmidt Glaeser/Horn, aaO., S.273, อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

<sup>121</sup> § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

ไม่พิพากษาแสดงว่ากฎนั้นตกเป็นโมฆะ แต่จะพิพากษาว่ากฎนั้น “ไม่สมบูรณ์” (nicht wirksam) คำพิพากษาว่ากฎไม่สมบูรณ์ย่อมส่งผลให้กฎนั้นไม่สามารถใช้บังคับได้ ทั้งนี้ จนกว่าองค์กรฝ่ายปกครองที่ทรงอำนาจจะได้ดำเนินการระบวนพิจารณาแก้ไขเยียวยาความบกพร่องหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวตามที่กฎหมายบัญญัติ เมื่อมีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวแล้ว ความไม่สมบูรณ์นั้นก็เป็นอันยุติลง แต่หากไม่แก้ไขเยียวยาก็จะถือว่ากฎที่ไม่สมบูรณ์นั้นเป็นโมฆะ<sup>122</sup>

### 3.4.3 ผลทางกฎหมายของการพิพากษาเพิกถอนกฎโดยศาลปกครองไทย

เมื่อศาลปกครองของไทยมีคำพิพากษาให้เพิกถอนกฎ คำพิพากษาของศาลปกครองย่อมผูกพันคู่กรณีที่จะต้องปฏิบัติตามคำบังคับนับแต่วันที่กำหนดในคำพิพากษาจนถึงวันที่คำพิพากษานั้นถูกเปลี่ยนแปลง แก้ไข กลับหรือดลเสีย ในกรณีเป็นคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นให้เพิกถอนกฎต้องรอการบังคับไว้จนกว่าจะพ้นระยะเวลาในการอุทธรณ์ หรือในกรณีที่มีการอุทธรณ์ให้รอการปฏิบัติตามคำบังคับไว้จนกว่าคดีจะถึงที่สุด เมื่อศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎ และได้มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา ถือว่าการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวมีผลเป็นการเพิกถอนกฎ และคำพิพากษาที่ให้เพิกถอนกฎนั้นย่อมมีผลเป็นการทั่วไป ไม่ให้ผูกพันเฉพาะคู่กรณีในคดีเท่านั้น บุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่กรณีก็สามารถอ้างผลของคำพิพากษาที่ให้เพิกถอนกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้ ผลทางกฎหมายคือกฎนั้นสิ้นผลไม่สามารถใช้บังคับทั้งหมดหรือแต่บางส่วนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และศาลปกครองมีอำนาจที่จะกำหนดให้การเพิกถอนกฎนั้นมีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลัง หรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

### 3.4.4 การเปรียบเทียบผลทางกฎหมายของการพิพากษาเพิกถอนกฎโดยศาลปกครองฝรั่งเศส เยอรมัน และไทย

ผู้ศึกษาขอเสนอการเปรียบเทียบผลทางกฎหมายของการพิพากษาเพิกถอนกฎโดยศาลปกครองฝรั่งเศส เยอรมัน และไทย ว่ามีลักษณะที่เหมือนกันหรือแตกต่างกันเพียงใด เพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นรวม 5 ประการ ดังนี้

- (1) ประเภทของกฎที่จะนำมาฟ้องต่อศาลให้พิพากษาเพิกถอน
- (2) การจำแนกระดับความร้ายแรงของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎเพื่อใช้เป็นเหตุแห่งการเพิกถอน
- (3) การเพิกถอนกฎ
- (4) การสิ้นผลของกฎ
- (5) การประกาศผลของคำพิพากษาให้เพิกถอนกฎ

<sup>122</sup> Schmidt Glaeser/Horn, aaO., S.274., อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

**ตารางการเปรียบเทียบผลทางกฎหมายของการพิพากษาเพิกถอนกฎ  
โดยศาลปกครองฝรั่งเศส เยอรมัน และไทย**

เรื่อง	ศาลปกครอง ฝรั่งเศส	ศาลปกครองเยอรมัน	ศาลปกครองไทย
(1) ประเภทของกฎที่จะนำมาฟ้องต่อศาลให้พิพากษาเพิกถอน	- ฟ้องได้ทุกประเภท	- ฟ้องได้เฉพาะกฎของมลรัฐและกฎที่ออกตามประมวลกฎหมายก่อสร้างเท่านั้น แต่อาจขอให้ศาลตรวจสอบความชอบกฎหมายของกฎได้ทุกประเภทในฐานะเป็นประเด็นเบื้องต้นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนได้ แต่คำพิพากษาจะมีผลผูกพันเฉพาะคู่ความในคดีเท่านั้น	- ฟ้องได้ทุกประเภท
(2) การจำแนกระดับความร้ายแรงของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎเพื่อใช้เป็นเหตุแห่งการเพิกถอน	- มี	- ไม่มี	-ไม่มี
(3) การเพิกถอนกฎ	- เพิกถอนได้ทั้งหมดหรือบางส่วน	- เพิกถอนได้ทั้งหมดหรือบางส่วน	- เพิกถอนได้ทั้งหมดหรือบางส่วน
(4) การสิ้นผลของกฎ	- มีผลย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้	- เป็นโมฆะตั้งแต่ประกาศใช้กฎ	- มีผลย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้
(5) การประกาศผลของคำพิพากษาให้เพิกถอนกฎ	- ไม่ต้องประกาศผลของคำพิพากษาให้เพิกถอนกฎ	- การออกกฎเช่นใดต้องประกาศความเป็นโมฆะของกฎเช่นนั้น	- ต้องประกาศผลของคำพิพากษาเพิกถอนกฎในราชกิจจานุเบกษา จึงจะมีผลทางกฎหมายเป็นการเพิกถอนกฎ

สรุปได้ว่า การที่ศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน และไทย มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมมีผลทางกฎหมายเหมือนกันคือ ทำให้กฎนั้นสิ้นผลใช้บังคับบุคคลภายนอกได้ เพราะกฎมีลักษณะบังคับเป็นการทั่วไป ไม่เฉพาะเจาะจงเรื่อง กรณีและบุคคล การเพิกถอนกฎโดยศาลปกครองในระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ ทำให้การมีผลของคำพิพากษาแตกต่างกันไป ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเดิมเมื่อศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสพิพากษาเพิกถอนกฎ จะถือว่ากฎนั้นไม่เคยมีอยู่ (inexistence) หรือมีผลย้อนหลังเสมอ แต่ปัจจุบันนับแต่มีการปฏิรูประบบกฎหมายปกครองเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองตั้งแต่ ค.ศ. 2000 จนถึงปัจจุบัน ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้วางหลักแนวบรรทัดฐานใหม่ โดยการกำหนดเวลาหรือเงื่อนไขให้คำพิพากษามีผลไปในอนาคตในขณะใดขณะหนึ่ง ซึ่งเป็นการให้อำนาจศาลกำหนดระยะเวลาในคำพิพากษาว่าจะให้มีผลเมื่อใด โดยให้ศาลคำนึงผลกระทบในเรื่องต่างๆ ที่จะเกิดขึ้นเพื่อมิให้เกิดผลกระทบความมั่นคงในนิติฐานะหรือความมั่นคงทางกฎหมายแก่เอกชนหรือการบริหารงานโดยรวมของฝ่ายปกครอง ส่วนการพิพากษาเพิกถอนกฎโดยศาลปกครองเยอรมันมีผลให้กฎนั้นเป็นโมฆะตั้งแต่ประกาศใช้ ในระบบกฎหมายไทยการพิพากษาเพิกถอนกฎโดยศาลปกครองไทย ให้อำนาจดุลยพินิจแก่ศาลที่จะกำหนดการมีผลของคำพิพากษาว่าจะให้มีผลย้อนหลัง หรือไม่ย้อนหลัง หรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะหนึ่งขณะใดได้ ดังนั้น คำพิพากษาเพิกถอนกฎโดยศาลปกครองไทยจึงมีลักษณะใกล้เคียงกับศาลปกครองของฝรั่งเศสในปัจจุบันที่ให้อำนาจศาลที่จะกำหนดการมีผลของคำพิพากษาว่าจะให้มีผลเมื่อใด ซึ่งแตกต่างจากการพิพากษาเพิกถอนกฎโดยศาลปกครองของเยอรมันซึ่งมีผลให้กฎนั้นเป็นโมฆะตั้งแต่ประกาศใช้