

รวมบทความทางวิชาการ

เล่ม ๓ : กฎหมายปกครอง ภาควิธีสบัญญัติ
และกฎหมายอื่น ๆ



Konrad
-Adenauer-
Stiftung

จัดพิมพ์โดย สำนักงานศาลปกครอง
โดยการสนับสนุนของมูลนิธิคอนราด อาเดนาวร์

THAI NATIONAL ASSEMBLY LIBRARY



3961174691

รวมบทความทางวิชาการ

เล่ม ๓ : กฎหมายปกครอง ภาควิธีสบัญญัติ และกฎหมายอื่น ๆ

56988

วันที่	13	ก.พ.	2552
เลขทะเบียน	น. 21530 ค. 1		
เลขหมู่	KE		
	81		
	813652-2548-03		

ออกให้แทนการจาก
กลุ่มงานห้องสมุดและพิพิธภัณฑ์
สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภา

รวบรวมโดย

สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

สมบัติห้องสมุดรัฐสภา

รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 3

กฎหมายปกครองภาควิธีสบัญญัติ และกฎหมายอื่น ๆ

สำนักงานศาลปกครอง

พิมพ์ครั้งแรก : ธันวาคม 2548

จัดพิมพ์โดย :

สำนักงานศาลปกครอง

เลขที่ 195 อาคารเอ็มไพร์ ทาวเวอร์ ชั้น 31 – 37 ถนนสาทรใต้

แขวงยานนาวา เขตสาทร กรุงเทพฯ 10120

โทร 0 2670 1200 – 63 สายด่วน 1355

<http://www.admncourt.go.th>

พิมพ์ที่ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 3

กฎหมายปกครองภาควิธีสบัญญัติ และกฎหมายอื่น ๆ

สำนักงานศาลปกครอง

พิมพ์ครั้งแรก : ธันวาคม 2548

จัดพิมพ์โดย :

สำนักงานศาลปกครอง

เลขที่ 195 อาคารเอ็มไพร์ ทาวเวอร์ ชั้น 31 – 37 ถนนสาทรใต้

แขวงยานนาวา เขตสาทร กรุงเทพฯ 10120

โทร 0 2670 1200 – 63 สายด่วน 1355

<http://www.admincourt.go.th>

พิมพ์ที่ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

คำนำ

ศาลปกครองเป็นสถาบันหลักของประเทศที่ใช้อำนาจตุลาการอำนวยความสะดวกยุติธรรมเกี่ยวกับข้อพิพาททางปกครอง โดยสำนักงานศาลปกครองในฐานะเป็นหน่วยงานสนับสนุนการปฏิบัติงานของศาลปกครองตระหนักถึงความจำเป็นในการสร้างองค์ความรู้เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางปกครองเพื่อประโยชน์ต่อการปฏิบัติงานของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครองให้บรรลุตามพันธกิจ กอปรกับเพื่อให้เกิดการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองในประเทศไทยและให้หน่วยงานทางปกครองมีแนวทางในการปฏิบัติราชการที่ดี รวมทั้งส่งเสริมให้เกิดความร่วมมือในการพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครองให้ทัดเทียมกับนานาประเทศ

สำนักงานศาลปกครองได้รวบรวมบทความทางวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายปกครองที่ได้มีการพิมพ์เผยแพร่ ซึ่งเห็นว่ามีค่าสำคัญและจะเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติงานในกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้สนใจในการศึกษาค้นคว้าและอ้างอิง โดยในเล่มนี้เป็นบทความทางวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายปกครองในภาควิธีสบัญญัติที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครอง และบทความเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนอื่น ๆ ที่น่าสนใจ ทั้งนี้ โดยมุ่งหวังเป็นอย่างยิ่งว่าหนังสือรวมบทความทางวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายปกครองนี้จะป็นองค์ความรู้เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางปกครองและเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติงานของศาลปกครองได้เป็นอย่างดี

สำนักงานศาลปกครองขอขอบคุณผู้เขียนบทความทุกท่านที่ได้กรุณาตรวจทานแก้ไขและอนุญาตให้สำนักงานศาลปกครองจัดพิมพ์เผยแพร่บทความ และขอขอบคุณมูลนิธิคอนราด อาเดนาวร์ ที่มองเห็นความสำคัญและได้ให้การสนับสนุนในการจัดพิมพ์หนังสือเล่มนี้ ซึ่งสำนักงานศาลปกครองจะได้นำไปเผยแพร่เพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมต่อไป



(นางสาวพรทิพย์ ทองดี)

เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง

หลักเกณฑ์การฟ้องคดีปกครอง

1. ประเภทคดีปกครองและผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองแต่ละประเภท โดย ดร. บุญอนันต์ วรรณพานิชย์	1
2. การฟ้องคดีปกครองของนิติบุคคลหรือคณะบุคคล : ความจำเป็น ในการพิจารณาเรื่อง “ความสามารถ” และ “คุณสมบัติ” ของผู้ฟ้องคดี โดยไม่ปะปนกัน โดย ดร. บุญอนันต์ วรรณพานิชย์	45
3. หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลปกครองเยอรมัน โดย ดร. เพ็ญศรี วงศ์เสรี	57
4. การฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองและการฟ้องเพื่อให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่ง ทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน โดย ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ	101
5. อำนาจฟ้องคดีปกครองของหน่วยงานของรัฐตามหลักกฎหมายเยอรมัน โดย ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ	125
6. สิทธิการฟ้องคดีปกครองและอายุความการฟ้องคดีตามกฎหมายฝรั่งเศส โดย M. Jean MASSOT	133
7. ระยะเวลาการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดทางปกครอง และสัญญาทางปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศส โดย ชวลา จันทรจนา	149
8. อายุความหรือระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองตามกฎหมายไทยและ กฎหมายฝรั่งเศส โดย ดร. บุญอนันต์ วรรณพานิชย์	159
9. ระยะเวลาในการฟ้องคดีปกครองตามกฎหมายเยอรมัน โดย ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ	181
10. เงื่อนไขการฟ้องคดีเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลในระบบกฎหมายฝรั่งเศส โดย ดร. บุษผา อัครพิมาน	193

11. การฟ้องคดีละเมิดต่อศาลปกครอง	207
โดย ดร. ฤทัย หงส์ศิริ	

การดำเนินคดีปกครอง

1. อำนาจของตุลาการศาลปกครองในการแสวงหาข้อเท็จจริง	237
โดย Mlle Célia VEROT	
2. หลักการแสวงหาความจริงโดยศาลในคดีปกครองของเยอรมัน	247
โดย ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ	
3. การจัดทำบันทึกเจ้าของสำนวนของตุลาการเจ้าของสำนวน	259
โดย ไชยเดช ดันติเวสส	

วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา

1. การทุเลาการบังคับ	263
โดย Mlle Célia VEROT	
2. การปฏิรูปวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา	275
โดย ศาสตราจารย์กิตติคุณ ผ่อง – โกสิด เวเนเซีย	

คำพิพากษา การอุทธรณ์ และการบังคับคดี

1. ผลของคำพิพากษา	283
โดย Mlle Célia VEROT	
2. การอุทธรณ์ในคดีปกครองของเยอรมัน	293
โดย ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ	
3. การบังคับคดีปกครองตามกฎหมายเยอรมัน	304
โดย ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ	
4. ปัญหาการบังคับคดีปกครองตามกฎหมายไทยและแนวทางแก้ไข	311
โดยเทียบเคียงกับกฎหมายฝรั่งเศส	
โดย ดร. บุญอนันต์ วรรณพานิชย์	

การรับข้อพิพาทโดยวิธีการนอกศาล

1. การประนีประนอมยอมความและอนุญาโตตุลาการในเรื่องทางปกครอง 337
(มีได้หรือไม่ เพียงใด) และการดำเนินการโต้แย้งคัดค้านภายใน
ฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง
โดย M. Jean MASSOT
2. การรับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส 349
โดย ดร. บุปผา อัครพิมาน
3. ผลของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส 363
โดย ดร. บุปผา อัครพิมาน
4. ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองตามกฎหมาย 377
ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน
โดย ดร. มานิตย์ วงศ์เสรี
5. อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยในคดีปกครองของไทย 431
โดย ดร. มานิตย์ วงศ์เสรี

เรื่องอื่น ๆ

1. การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง : 451
เอกสารจากการประชุมใหญ่ทางวิชาการ ครั้งที่ 7 ของ
สมาคมศาลปกครองสูงสุดนานาชาติ
โดย ดร. ประสาท พงษ์สุวรรณ
2. การศึกษากฎหมายมหาชนและการฝึกอบรมนักกฎหมายมหาชน 497
ในประเทศฟินแลนด์
โดย H.E. Mr. Pekka Hallberg
3. การศึกษากฎหมายและการพัฒนานักกฎหมายมหาชนในประเทศตุรกี 507
โดย S.E.M. Nuri ALAN

หลักเกณฑ์การฟ้องคดีปกครอง

ประเภทคดีปกครองและผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองแต่ละประเภท^{*}

ดร.บุญอนันต์ วรรณพานิชย์^{**}

โดยที่สำนักงานศาลปกครองได้พิจารณาเห็นว่า ถึงแม้รัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องคดีปกครองเอาไว้แล้วก็ตาม แต่รายละเอียดหลายประการยังไม่เป็นที่ชัดเจน ในขณะที่การเปิดทำการของศาลปกครองในอนาคตอันใกล้ จำเป็นอย่างยิ่งที่ความรู้ความเข้าใจในประเด็นต่าง ๆ เกี่ยวกับคดีปกครองต้องมีความกระจ่างให้มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิของประชาชนและเพื่อให้การปฏิบัติงานของศาลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

สำนักงานฯ เห็นว่า ในบรรดาประเด็นต่าง ๆ เกี่ยวกับคดีปกครองนั้น ประเด็นที่ว่า คดีปกครองตามกฎหมายไทยมีกี่ประเภท และผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองแต่ละประเภทเป็นใครบ้าง เป็นประเด็นในลำดับต้น ๆ ที่จำเป็นต้องพิจารณาให้ชัดเจน สำนักงานฯ จึงเห็นควรจัดทำบันทึกฉบับนี้เพื่อเสนอเป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาของ “คณะทำงานตุลาการศาลปกครองสูงสุดด้านระเบียบวิธีพิจารณาคดีปกครอง” และเพื่อประโยชน์ทางวิชาการ และโดยที่เนื้อหาสาระของบันทึกฉบับนี้ค่อนข้างมาก จึงขอเสนอเค้าโครงของบันทึกฉบับนี้เพื่อความสะดวกในการพิจารณา ดังนี้

ส่วนที่ 1 ประเภทคดีปกครอง : การพิจารณาประเภทคดีปกครองตามกฎหมายไทยโดยเทียบกับแนวทางของต่างประเทศ

1. การแบ่งประเภทคดีปกครองในต่างประเทศ

1.1 คดีปกครองประเภทต่าง ๆ

1.1.1 คดีปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศส .

1.1.2 คดีปกครองตามกฎหมายเยอรมัน

^{*} เอกสารนี้จัดทำขึ้นเมื่อครั้งที่ผู้เขียนปฏิบัติหน้าที่ในสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง และได้ปรับปรุงเฉพาะในด้านถ้อยคำบางส่วนเพื่อให้เข้าใจได้ง่ายขึ้น แต่ยังคงรักษาเค้าโครงและเนื้อหาหลักไว้เช่นเดิม โดยไม่ได้เพิ่มเติมเนื้อหาใหม่จากข้อมูลคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลปกครองที่มีขึ้นหลังจากนั้นแต่อย่างใด

^{**} น.บ. (จุฬาฯ), นบท., น.ม. (จุฬาฯ), ปริญญาเอกทางกฎหมายมหาชน (Docteur en Droit) เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง มหาวิทยาลัย Toulouse ประเทศฝรั่งเศส, ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองกลาง และตุลาการผู้แถลงคดีในศาลปกครองสูงสุด

1.2 ข้อสังเกตบางประการและเหตุผลเกี่ยวกับการจัดแบ่งประเภทคดีปกครอง
ของต่างประเทศ

1.2.1 ข้อสังเกตเกี่ยวกับเกณฑ์ในการกำหนดประเภทคดีปกครอง

1.2.2 เหตุผลในการแบ่งประเภทคดีปกครอง

2. การพิจารณาประเภทคดีปกครองตามกฎหมายไทย

2.1 คดีข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน

2.1.1 ปัญหาการฟ้องคดีโดยฝ่ายปกครองเป็นโจทก์ฟ้องเอกชน

2.1.2 คดีที่เอกชนเป็นโจทก์ฟ้องฝ่ายปกครอง

2.2 คดีข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองด้วยกัน

• 2.2.1 การฟ้องคดีระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันในกฎหมายต่างประเทศ

2.2.2 การฟ้องคดีระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันตามกฎหมายไทย
ส่วนที่ 2 ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองแต่ละประเภท

1. ความมีสภาพบุคคลกับการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี : ปัญหาการฟ้องคดีของ
นิติบุคคลในบางเรื่องและการฟ้องคดีของคณะบุคคล

1.1 แนวทางการพิจารณาในกฎหมายต่างประเทศ

1.1.1 กฎหมายเยอรมัน

1.1.2 กฎหมายฝรั่งเศส

1.2 หลักกฎหมายไทย

1.2.1 แนวทางที่ผ่านมา

1.2.2 แนวทางตามกฎหมายปัจจุบัน

2. เกณฑ์การพิจารณาผู้มีสิทธิฟ้องคดี

2.1 แนวทางการพิจารณาในกฎหมายต่างประเทศ

2.1.1 กฎหมายเยอรมัน : เกณฑ์เรื่อง "สิทธิ"

2.1.2 กฎหมายฝรั่งเศส : เกณฑ์เรื่อง "ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย"

2.1.3 ข้อวิเคราะห์หลักกฎหมายของต่างประเทศ

2.2 หลักกฎหมายไทย

2.2.1 แนวทางที่ผ่านมา

2.2.2 แนวทางตามกฎหมายปัจจุบัน

สรุป

ส่วนที่ 1 ประเภทคดีปกครอง : การแบ่งประเภทคดีปกครองตามกฎหมายไทย โดย เทียบเคียงกับแนวทางของต่างประเทศ

ในการพิจารณาเพื่อทำความเข้าใจเกี่ยวกับประเภทคดีปกครองของไทยนั้น ถึงแม้กฎหมายไทยได้กำหนดแนวทางการแบ่งประเภทคดีปกครองไว้บ้างแล้วตามรัฐธรรมนูญ และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง รวมทั้งกฎหมายว่าด้วย คณะกรรมการกฤษฎีกา แต่ก็ต้องยอมรับว่าประเด็นดังกล่าวยังคงเป็นเรื่องใหม่และยังไม่เข้าใจ กันโดยทั่วไป ดังนั้น การเปรียบเทียบกับแนวทางการแบ่งประเภทคดีปกครองในต่างประเทศ ซึ่งมีประสบการณ์ด้านคดีปกครองมายาวนาน ย่อมทำให้เกิดข้อพิจารณาที่เป็นประโยชน์ ด้วยเหตุนี้ บทกึ่งฉบับนี้จึงจะเริ่มต้นการเสนอข้อมูลเกี่ยวกับการแบ่งประเภทคดีปกครอง ในต่างประเทศ จากนั้น จึงจะกล่าวถึงประเภทคดีปกครองในกฎหมายไทย

1. การแบ่งประเภทคดีปกครองในต่างประเทศ

1.1 คดีปกครองประเภทต่าง ๆ

1.1.1 คดีปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศส แม้จะมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการดำเนิน คดีปกครองและอำนาจศาล (ประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครอง ชั้นอุทธรณ์และกฎหมายว่าด้วยสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat))¹ ซึ่งมีบทบัญญัติที่สะท้อนให้เห็น การแบ่งคดีปกครองออกเป็นประเภทต่าง ๆ ก็ตาม แต่เพิ่งรับเป็นข้อสังเกตเบื้องต้นด้วยว่า กฎหมายเหล่านี้มิได้กำหนดไว้โดยตรงว่าคดีปกครองแบ่งออกเป็นกี่ประเภทและมีคดี ประเภทใดบ้าง แท้จริงแล้ว การจัดแบ่งประเภทคดีปกครองของฝรั่งเศสเป็นความพยายามของ ฝ่ายวิชาการที่จะศึกษาเรื่องดังกล่าวให้เป็นระบบ” แต่ทั้งนี้ก็พึงทราบด้วยว่า ฝ่ายวิชาการไม่ได้ เสนอการจัดแบ่งประเภทคดีปกครองเอาเองตามความคาดคิดของตนหรือตามทฤษฎีที่มีผู้เสนอ ล้วน ๆ แต่อย่างไรไม่ หากได้ทำการวิเคราะห์โดยใช้แนวคำพิพากษาของศาลปกครองเป็น ข้อมูล และผ่านระบบความคิดของนักวิชาการแต่ละท่าน อย่างไรก็ตามก็ดี โดยที่เป็นการวิเคราะห์

¹ นับแต่เดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2000 ประเทศฝรั่งเศสได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมาย ฉบับใหม่ในเรื่องนี้ซึ่งใช้ชื่อว่า “Code de Justice administrative” แต่จะมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2001 เป็นต้นไป

” ข้อสังเกตเบื้องต้นดังกล่าวนี้มีนัยที่สำคัญอย่างมากในการศึกษาเพราะทำให้ตระหนักว่า กรณีเป็นการศึกษาระบบความคิดของคน จึงต้องศึกษาโดยเป็นกลางและเปิดกว้าง เพื่อให้สามารถสร้าง องค์ความรู้ที่ถูกต้องและนำไปสู่ความรู้ความเข้าใจที่สามารถพัฒนาได้อย่างเสมอ

และเสนอจากนักวิชาการต่างคนกัน ในประเทศฝรั่งเศสจึงมีแนวทางการแบ่งแยกประเภท คดีปกครองแตกต่างกันไปบ้าง ดังนี้

(1) แนวการแบ่งประเภทโดยพิจารณาจากอำนาจของศาล

ฝ่ายวิชาการที่มีความเห็นในแนวทางนี้ (ผู้มีบทบาทสำคัญคือ Edouard Laferrière) เห็นว่า คดีปกครองอาจแบ่งออกได้เป็น 4 ประเภท โดยพิจารณาจาก สภาพ (*nature*) และขอบเขต (*étendue*) ของ “อำนาจ” ของศาลปกครอง² ได้แก่

ก. คดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (*le contentieux de pleine juridiction*) หมายถึง คดีที่ศาลใช้อำนาจของตนอย่างเต็มรูปแบบที่สุด โดยอำนาจในการพิพากษาคดีของ ศาลปกครองจะคล้ายคลึงกับที่ศาลยุติธรรมพิพากษาคดีระหว่างคู่ความทางแพ่งและโดยเฉพาะอย่างยิ่งการพิพากษาให้มีการรับผิดชอบเป็นจำเลย³ หรืออาจแก้ไขคำสั่งทางปกครองได้ทั้งหมดหรือ บางส่วน⁴ เรื่องหลัก ๆ ที่อยู่ในคดีปกครองประเภทนี้ ได้แก่ เรื่องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือ เรื่องเกี่ยวกับค่าเสียหายทางสัญญาหรือทางละเมิด

ข. คดีที่ศาลมีอำนาจยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (*le contentieux de l'annulation*) ในคดีประเภทนี้ อำนาจของศาลจะจำกัดอยู่เพียงการให้ยกเลิก หรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

ค. คดีที่ศาลมีอำนาจตีความ (*le contentieux de l'interprétation*) ได้แก่ กรณีที่ศาลปกครองตีความความหมายของนิติกรรมทางปกครอง หรือกรณีที่ศาล ประกาศว่านิติกรรมทางปกครองอันหนึ่งอันใดชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเป็นเรื่องของ กระบวนการ “การวินิจฉัยปัญหาเบื้องต้น” ในคดีที่มีการฟ้องและอยู่ในการพิจารณาของ ศาลยุติธรรมและมีการส่งประเด็นดังกล่าวมาให้ศาลปกครองพิจารณา นักวิชาการในแนวนี้ เห็นว่า คดีประเภทนี้แม้ว่าศาลปกครองจะเป็นผู้ชี้ถึงความหมายหรือความชอบด้วยกฎหมาย ของนิติกรรมทางปกครองก็ตาม แต่ศาลปกครองก็มีอำนาจเพียงแค่นั้นจริง ๆ คือ เพียงการชี้ หรือแสดงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองให้ปรากฏออกมาเท่านั้น หาได้มี อำนาจที่จะนำเอาข้อพิจารณาดังกล่าวของตนมาเป็นฐานในการสั่งต่อไปว่า ให้ยกเลิกหรือ เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองหรือสั่งให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบ

² R. Chapus, *Droit du Contentieux administratif*, 7^e éd., 1998, Montchrestien, หน้า 171

³ เรื่องเดียวกัน

⁴ C. Debbasch และ J-C Ricci, *Contentieux administratif*, 6^e éd., 1944, Dalloz, หน้า 530

ง. คดีที่ศาลมีอำนาจในการสั่งลงโทษ (le contentieux de la répression) กรณีเป็นเรื่องที่ศาลมีอำนาจสั่งลงโทษแก่ผู้ที่กระทำความผิดต่อกฎหมายว่าด้วยการรักษาสาธารณสมบัติของแผ่นดิน หรือกรณีที่ศาลสั่งลงโทษทางวินัย

(2) แนวการแบ่งประเภทโดยพิจารณาจากสภาพของประเด็นที่เสนอต่อศาล

นักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่ง (เช่น Duguit และ Waline) ได้เสนอให้มีการแบ่งแยกประเภทคดีปกครองโดยยึดเอา “สภาพของประเด็น” ที่เสนอต่อศาลเป็นเกณฑ์ในการจัดแบ่ง โดยเห็นว่า เมื่อยึดเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว คดีปกครองแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทหลัก ๆ คือ คดีปกครองทางด้านภาวะวิสัย (contentieux objectif) และคดีปกครองทางด้านอัตตะวิสัย (contentieux subjectif)

นักวิชาการฝ่ายนี้ให้เหตุผลเกี่ยวกับแนวทางของตนไว้ 2 ประการ ประการแรก โดยหลักแล้ว นิติกรรมทางตุลาการ (ซึ่งในที่นี้มุ่งหมายถึงคำพิพากษาของศาล) จะมีองค์ประกอบอยู่ 2 ส่วนด้วยกัน คือ ส่วนที่เป็นการชี้ว่าได้มีการกระทบกระเทือนต่อสภาพการณ์ทางกฎหมายเกิดขึ้นหรือไม่อย่างไร กับส่วนที่เป็นการวินิจฉัยอันเป็นการกำหนดว่าเมื่อมีการชี้องค์ประกอบส่วนแรกอย่างไรแล้วจะมีผลอย่างไรบ้าง ซึ่งเห็นได้ว่าองค์ประกอบส่วนแรกนั้นเองที่เป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุด เพราะจะเป็นตัวกำหนดถึงคำวินิจฉัยของศาล (องค์ประกอบส่วนที่ 2) ที่จะมีต่อไป และดังนั้น การแบ่งแยกข้อแตกต่างระหว่างคดีประเภทต่าง ๆ จึงต้องตั้งอยู่บนองค์ประกอบส่วนแรกนี้ ประการที่สอง ในการที่ศาลจะชี้ถึงการกระทบกระเทือนต่อสภาพการณ์ทางกฎหมาย ศาลจะกระทำได้อยู่เพียง 2 ลักษณะ คือ ศาลจะชี้ว่ามีการกระทบกระเทือนต่อสภาพการณ์ทางกฎหมายทางภาวะวิสัยลักษณะหนึ่ง หรือศาลจะชี้ว่ามีการกระทบกระเทือนต่อสภาพการณ์ทางอัตตะวิสัยอีกลักษณะหนึ่ง (ซึ่งในส่วนของผู้ฟ้องคดีเองก็สามารถเสนอประเด็นต่อศาลได้เพียงประเด็นทางด้านภาวะวิสัยหรือประเด็นทางด้านอัตตะวิสัยเช่นกัน)⁵

ก. คดีปกครองทางด้านภาวะวิสัย คือ คดีที่มีประเด็นพิจารณาว่าการกระทำทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งลักษณะภาวะวิสัยดังกล่าวมาจากการที่มีการพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง มิได้ถือเอาเนื้อหาสิทธิของผู้ฟ้องคดี (ซึ่งจะต้องพิจารณาทางอัตตะวิสัย) เป็นหลักในการพิจารณาพิพากษาคดี เมื่อแบ่งตามเกณฑ์เช่นนี้แล้ว คดีที่มีลักษณะเป็นคดีทางด้านภาวะวิสัยจะได้แก่ คดีฟ้องขอ

⁵ C.Debbasch, อ้างแล้ว, หน้า 537

ให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง คดีฟ้องขอให้พิจารณาหรือแสดงความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง คดีที่ศาลมีอำนาจลงโทษ คดีเกี่ยวกับการเลือกตั้ง และคดีฟ้องเกี่ยวกับสิ่งก่อสร้างที่อยู่ในสภาพเสี่ยงต่อการพังทลาย เป็นต้น

ข. คดีปกครองทางด้านอัตตะวิสัย คือ คดีที่มีประเด็นพิจารณาว่า บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้ทรงสิทธิทางอัตตะวิสัยหรือไม่⁶ ในคดีประเภทนี้ ผู้ฟ้องคดียกเป็นประเด็นปัญหาว่า มีการกระทบกระเทือนถึงสิทธิในทางอัตตะวิสัยอันเกี่ยวกับสภาพการณ์ทางกฎหมายเฉพาะบุคคลของตน ตัวอย่างของคดีประเภทนี้ได้แก่ คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งผู้ฟ้องคดียกสิทธิประการหนึ่งประการใดอันเนื่องมาจากสัญญาขึ้นเป็นประเด็นข้อกล่าวอ้าง หรือคดีเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหาย ซึ่งผู้ฟ้องคดีร้องขอต่อศาลให้เยียวยาความเสียหายแก่ตน⁷ เป็นต้น

(3) แนวการแบ่งประเภทตามลักษณะของ “สิ่งที่ถูกฟ้อง”

นักวิชาการบางท่าน⁸ เห็นว่า หากพิจารณาการฟ้องคดีปกครองทุก ๆ เรื่องแล้ว อาจแบ่งแยกประเภทคดีปกครองได้เป็น 2 ประเภทหลัก โดยยึดตาม “สิ่งที่ถูกฟ้อง” ด้วยเหตุนี้ คดีปกครองจึงแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทหลัก ๆ คือ คดีปกครองที่ร้องขอให้ศาลพิจารณาเยียวยาความเสียหาย (contentieux des recours) กับ คดีปกครองที่กล่าวโทษบุคคล (contentieux des poursuites) โดยได้อธิบายไว้ดังนี้

ก. คดีปกครองที่ร้องขอให้ศาลพิจารณาเยียวยาความเสียหาย
คือ คดีที่โดยหลักเป็นการฟ้องโต้แย้ง “คำสั่ง” เพื่อให้มีการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวหรือรวมถึงการฟ้องเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบเนื่องมาจากการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งนั้น (ในกรณีจำเป็น) คดีประเภทนี้ยังรวมถึงคดีฟ้องเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองเพื่อให้ศาลแสดงความหมายของคำสั่งหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งด้วยเช่นกัน นักวิชาการที่เสนอการจัดแบ่งเช่นนี้ยังเห็นต่อไปด้วยว่า ในคดีประเภทนี้ สมควรแบ่งแยกออกเป็นสองประเภทย่อยได้อีก 2 ประเภทคดี คือ คดีที่ศาลมีอำนาจเต็มกับคดีฟ้องขอให้ยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

ข. คดีปกครองที่กล่าวโทษบุคคล หมายถึง คดีที่มุ่งโต้แย้ง “ตัวบุคคล” โดยมีวัตถุประสงค์ให้ศาลสั่งลงโทษบุคคลดังกล่าว

⁶ R.Chapus, อ้างแล้ว, หน้า 173

⁷ C. Debbasch, อ้างแล้ว, หน้า 538

⁸ R. Chapus, อ้างแล้ว, หน้า 173

(4) แนวการแบ่งประเภทตามวัตถุประสงค์เฉพาะของเรื่อง

นักวิชาการบางท่าน⁹ เห็นว่า จริง ๆ แล้ว การแบ่งแยกที่สำคัญประการเดียวได้แก่ การแยกระหว่างคดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่กระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (recours pour excès de pouvoir) ซึ่งเป็นคดีประเภทหลักในคดีฟ้องขอให้อยกเลิกเพิกถอนการกระทำทางปกครอง กับคดีประเภทอื่น ๆ ทั้งนี้ เพราะคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งที่กระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายมีระบบกฎหมายที่ใช้กับคดีประเภทนี้เป็นการเฉพาะ ส่วนคดีประเภทที่เหลือล้วนแตกต่างกันทั้งในด้านกฎเกณฑ์ทางวิธีสบัญญัติและกฎเกณฑ์ในทางเนื้อหา ซึ่งเป็นผลมาจากวัตถุประสงค์เฉพาะของแต่ละเรื่อง โดยนัยนี้ คดีต่าง ๆ จึงแตกต่างกันไปตามเรื่องที่น่ามาฟ้องคดีนั้นเอง เช่น แยกเป็นคดีเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยชุมชนเมือง คดีเกี่ยวกับสิ่งปลูกสร้างที่อยู่ในสภาพเสี่ยงต่อการพังทลาย คดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม คดีเกี่ยวกับข้าราชการ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี นักวิชาการฝ่ายนี้เห็นว่า การแบ่งประเภทตามแนวนั้นเป็นเพียงเพื่อช่วยเสริมแนวการแบ่งที่ถืออำนาจของศาลเป็นหลัก ซึ่งเป็นแนวนำมาจากบรรทัดฐานคำพิพากษาและมีความชัดเจนมากกว่าแนวการแบ่งประเภทอื่น ๆ

1.1.2 คดีปกครองตามกฎหมายเยอรมัน

ในกฎหมายเยอรมัน นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1960 ซึ่งได้มีการบังคับใช้ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลปกครอง (เรียกโดยย่อว่า VwGO) ก็มีการกำหนดประเภทคดีปกครองหลัก ๆ ไว้ตามประมวลกฎหมายดังกล่าว ทั้งนี้ โดยมีข้อสังเกตในชั้นนี้ว่า คดีปกครองบางประเภทนั้นมีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายดังกล่าวกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจน แต่ในคดีปกครองบางประเภท (ซึ่งยอมรับกันว่ามีอยู่จริงและมีบทบาทสำคัญเช่นกัน) ต้องอาศัยการพิจารณาจากบทบัญญัติหลาย ๆ มาตราประกอบกัน นอกจากนั้น การจัดแบ่งประเภทคดีปกครองตามกฎหมายเยอรมันได้พิจารณาจัดแบ่งโดยถือตามประเภทของคำฟ้อง กล่าวคือ ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลปกครองไม่ได้บัญญัติว่าคดีปกครองมีกี่ประเภท แต่ได้บัญญัติว่าคำฟ้องมีกี่ประเภท ซึ่งไม่ว่าจะแบ่งตามประเภทคดีโดยตรงหรือแบ่งตามคำฟ้องก็ไม่น่าจะมีผลแตกต่างกันแต่อย่างใด

โดยทั่วไปเห็นตรงกันว่าคดีปกครองของเยอรมัน (ซึ่งแยกตามประเภทคำฟ้อง) มี 5 ประเภท¹⁰ ดังนี้

⁹ C. Debbasch, อ้างแล้ว, หน้า 540

¹⁰ โปรตุเกส บรรเจิด สิงคะเนติ, “เงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองของเยอรมัน”, วารสารนิติศาสตร์, 29 : 2 (มิถุนายน 2542), หน้า 282-284

ก. คำฟ้องโต้แย้งนิติกรรมทางปกครอง (Anfechtungsklage)

การฟ้องประเภทนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ศาลยกเลิกนิติกรรมทางปกครองอันใดอันหนึ่งที่เกิดภาวะแก่ผู้ฟ้องเมื่อนิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เงื่อนไขสำคัญสำหรับการฟ้องประเภทนี้ คือ นิติกรรมทางปกครองที่ถูกนำมาโต้แย้งต้องยังคงมีอยู่ ไม่ได้ถูกยกเลิกหรือสิ้นผลไปแล้ว

ข. คำฟ้องขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครอง (Verpflichtungsklage)

ความมุ่งหมายของการฟ้องประเภทนี้ก็เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณให้แก่ตน โดยอาจเป็นกรณี que jure หรือกรณีที่เจ้าหน้าที่ได้ปฏิเสธที่จะออกนิติกรรมทางปกครองให้แก่โจทก์ หรือกรณีที่เจ้าหน้าที่ละเว้นไม่ออกนิติกรรมทางปกครองให้แก่โจทก์

ค. คำฟ้องขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการ (Leistungsklage)

คำฟ้องประเภทนี้เป็นการฟ้องเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือละเว้นไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ทั้งนี้ การให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นต้องไม่เกี่ยวกับเรื่องการออกนิติกรรมทางปกครอง เพราะหากเป็นการฟ้องให้ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองก็จะเป็นคำฟ้องประเภทขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครอง (Verpflichtungsklage) ดังที่กล่าวมาแล้ว ด้วยเหตุนี้คำฟ้องประเภทนี้จึงมีขอบเขตค่อนข้างจะกว้าง แต่โดยทั่วไปแล้วมักจะเกี่ยวกับการปฏิบัติการทางปกครอง (Realakt) เช่น ฟ้องเพื่อขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้ข้อมูลต่าง ๆ หรือให้ความช่วยเหลือดูแลคนพิการ หรือให้ดำเนินการซ่อมถนน เป็นต้น

ง. คำฟ้องขอให้พิสูจน์สิทธิ (Feststellungsklage)

คำฟ้องประเภทนี้เป็นการฟ้องเพื่อให้พิสูจน์ถึงการมีอยู่หรือการไม่มีอยู่ของนิติสัมพันธ์ หรือเพื่อพิสูจน์ความเป็นโมฆะของนิติกรรมทางปกครอง นิติสัมพันธ์ในกรณีนี้หมายถึงความสัมพันธ์ในทางกฎหมายของบุคคลหนึ่งต่อบุคคลอื่นหรือต่อสิ่งที่มีผลมาจากข้อเท็จจริงเรื่องใดเรื่องหนึ่ง หรือความสัมพันธ์ในทางกฎหมายที่ก่อตั้งขึ้นโดยสัญญาหรือนิติกรรมทางปกครอง หรือมีผลมาจากกฎหมายโดยตรงระหว่างบุคคล หรือระหว่างบุคคลใดกับบุคคลหนึ่งต่อสิ่งใดสิ่งหนึ่ง

จ. “คำร้อง” ขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง (Antrag auf Normenkontrolle)

การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง โดยศาลนั้น มาตรา 47 ของ VwGO กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของข้อบังคับซึ่งออกตามบทบัญญัติของกฎหมายควบคุมอาศาร นอกจากนี้ ยังกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบบทบัญญัติของกฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่ากฎหมายของมลรัฐ รวมทั้งข้อบัญญัติขององค์กรปกครองท้องถิ่น อนึ่ง เป็นที่สังเกตว่า กรณีนี้เรียกกันว่า “คำร้อง” (Antrag) ไม่ใช่ “คำฟ้อง” (Klage) โดยเห็นกันว่า กรณีนี้ ผู้ที่ได้แย้งกฎหมายลำดับรองกับองค์กรที่ออกกฎหมาย ไม่ได้อยู่ในฐานะเป็นคู่ความโต้แย้งกันในคดี¹¹

1.2. ข้อสังเกตบางประการและเหตุผลเกี่ยวกับการจัดแบ่งประเภทคดีปกครองของต่างประเทศ

1.2.1 ข้อสังเกตเกี่ยวกับเกณฑ์ในการกำหนดประเภทคดีปกครอง

จากที่ได้พิจารณาประเภทคดีปกครองของฝรั่งเศสและของเยอรมัน อาจมีข้อสังเกตเบื้องต้นว่า การแบ่งประเภทคดีปกครองของทั้ง 2 ประเทศมีทั้งส่วนที่คล้ายกันและที่แตกต่างกัน ซึ่งทำให้มีแนวคิดต่อไปด้วยว่า การแบ่งประเภทคดีปกครองตามกฎหมายแต่ละประเทศอาจแตกต่างกันได้ (รวมทั้งอาจคิดไปถึงขนาดว่า ด้วยเหตุนี้กฎหมายไทยจึงจะจัดแบ่งคดีปกครองอย่างไรหรือแตกต่างไปจากแนวทางของต่างประเทศเพียงใดก็ได้)

อย่างไรก็ดี สิ่งที่สำคัญและน่าสนใจยิ่งกว่าข้อสังเกตว่า แนวการแบ่งประเภทคดีปกครองของแต่ละประเทศอาจมีความแตกต่างกันได้นั้น ได้แก่ การพิจารณาหลักเกณฑ์ว่า ในความคล้ายคลึงและความแตกต่างกันของการแบ่งประเภทคดีปกครองในแต่ละประเทศนั้น จริง ๆ แล้วกรณีมีหลักเกณฑ์การกำหนดประเภทคดีปกครองอย่างไรบ้าง หรือไม่

จากการเปรียบเทียบประเภทคดีปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศสและตามกฎหมายเยอรมันนั้น พอวิเคราะห์ได้ว่า สิ่งที่เรียกว่าเป็น “คดีปกครอง” ในกฎหมายแต่ละประเทศ อาจแยกออกได้เป็น 2 ประเภทหลัก ๆ ได้แก่ คดีปกครองโดยแท้ กับ คดีปกครองเพราะถูกกำหนดให้เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ทั้งนี้ ในแต่ละประเภทจะมีคดีเรื่องใดบ้างก็ขึ้นอยู่กับความเป็นมา เหตุปัจจัยแวดล้อมหรือสภาพทางกฎหมายที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ

¹¹ เพ็ญศรี วงศ์เสรี, “หลักที่สำคัญในกระบวนการวิธีพิจารณาความในศาลปกครองเยอรมัน”, เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง Administrative Court and Administrative Court Procedure, วันที่ 20-24 สิงหาคม 2540, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 48

ที่เรียกว่า “คดีปกครองโดยแท้” นั้น มุ่งหมายถึงคดีข้อพิพาท ซึ่งโดย “สภาพ” ของเรื่องเห็นได้ชัดว่าเป็น “เรื่องทางปกครอง” ซึ่งต้องนำหลักกฎหมายปกครอง มาปรับใช้และต้องการให้องค์กรตุลาการทางคดีปกครองเป็นผู้พิพากษาชี้ขาด แต่ปัญหาอยู่ที่ว่า เรื่องใดที่จะถือว่าเป็น “เรื่องทางปกครอง” เพราะเกณฑ์ในการพิจารณามีอยู่หลายเกณฑ์ คือ เกณฑ์ด้านองค์กร เกณฑ์ทางด้านวิธีการ หรือเกณฑ์ทางด้านวัตถุประสงค์ ในทางหลัก จึงพิจารณาตามกรณีที่เราเห็นได้ชัดไม่ว่าจะพิจารณาจากเกณฑ์ใด เช่น โดยปกติจะเห็นได้ว่า กิจกรรมหลัก ๆ ของฝ่ายปกครองแยกออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่ การกระทำทางกฎหมาย (ที่เรียกรวมกันกว้าง ๆ ว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ซึ่งประกอบไปด้วยนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลเฉพาะราย นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลทั่วไป นิติกรรม กึ่งตุลาการ และนิติกรรมทางปกครองหลายฝ่าย) กับสิ่งอื่นที่มีใช้การกระทำทางกฎหมาย ซึ่งกรณีของนิติกรรมทางปกครองนั้นเห็นได้ชัดว่าเป็นเรื่องทางปกครอง โดยเหตุนี้ จึงเห็นได้ว่า ประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันต่างก็ยอมรับตรงกันให้มีการฟ้องโต้แย้งต่อนิติกรรมทางปกครอง ฝ่ายเดียว (การฟ้องขอให้ยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองและกฎ) และทั้งสองประเทศ ต่างยอมรับตรงกันให้มีการฟ้องคดีสัญญาทางปกครอง (นิติกรรมทางปกครองหลายฝ่าย) ได้เช่นกัน (ในกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าอยู่ในประเภทคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม ส่วนในกฎหมาย เยอรมันเป็นไปตามมาตรา 40 วรรคสอง ของ VwGO) ส่วนเรื่องความรับผิดทางปกครองนั้น แม้จะพิจารณาจากเกณฑ์ทางด้านต่าง ๆ แล้วเห็นได้ชัดว่าเป็นเรื่องทางปกครอง แต่ต้องถือว่าเป็นข้อยกเว้นจากหลักที่กล่าวมา เพราะในขณะที่กฎหมายฝรั่งเศสถือเป็นคดีปกครองโดยอยู่ใน ประเภทคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม แต่ตามกฎหมายเยอรมันกลับถือเป็นหลักว่าไม่ใช่คดีที่อยู่ใน อำนาจของศาลปกครอง¹² โดยมีข้อสังเกตว่า กรณีเป็นเรื่องวิวัฒนาการเฉพาะของกฎหมาย เยอรมันเอง ซึ่งเห็นมาแต่เดิมว่าเป็นเรื่องความรับผิดโดยส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ และเห็นว่า แต่เดิมขณะที่ยังไม่มี การตั้งศาลปกครองนั้น ศาลแพ่งเป็นองค์กรอิสระและเป็นองค์กรที่คุ้มครอง สิทธิได้ดีที่สุด¹³ อยู่แล้ว เหตุผลที่กฎหมายเยอรมันกำหนดเช่นนั้น ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักจึงเป็น เหตุผลในแง่ที่ไม่ต้องการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจของศาลยุติธรรมที่เคยมีมาก่อน

¹² เว้นแต่บางกรณีเช่น กรณีโต้แย้งสิทธิเรียกค่าเสียหายจากประโยชน์ได้รับ และ ค่าสินไหมทดแทนภายหลังจากถูกยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถือเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจ ของศาลปกครอง (มาตรา 48 วรรคหก กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ประกอบกับมาตรา 40 วรรคสอง ประโยคที่สอง VwGO)

¹³ เพ็ญศรี วงศ์เสรี, อ้างแล้ว, หน้า 11-12

อนึ่ง กรณีเพิ่งเป็นที่เข้าใจด้วยว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองยังคงเป็น**เรื่องหลัก**ของการกำหนดประเภทคดีปกครองทั้งตามกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายเยอรมัน ถึงแม้ว่าการแบ่งประเภทคดีย่อยจะแตกต่างกันไปก็ตามก็ไม่ได้ทำให้สาระสำคัญดังกล่าวเปลี่ยนไป ความแตกต่างที่ปรากฏในระดับของการแบ่งประเภทคดีย่อย ขึ้นอยู่กับสภาพของระบบกฎหมายของแต่ละประเทศเท่านั้น อาทิเช่น การที่ประเทศเยอรมันมีคดีฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองออก**นิติกรรมทางปกครอง** ขณะที่ประเทศฝรั่งเศสไม่มีคดีประเภทนี้ (โดยมีเพียงคดีฟ้องขอให้ยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น) ก็เนื่องจากในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสมีหลักเรื่อง “การนิ่งเฉยของฝ่ายปกครอง” (le silence de l'administration) ซึ่งกฎหมายจะถือว่ามีผลเท่ากับเป็นการปฏิเสธหรือการยอมรับแล้วแต่กรณี เมื่อมีการนิ่งเฉยซึ่งถือเป็นการปฏิเสธ ก็เท่ากับว่ามีนิติกรรมทางปกครองเกิดขึ้นแล้ว (นิติกรรมทางปฏิเสธ) ผู้รับคำสั่งที่ไม่พอใจก็สามารถฟ้องการนิ่งเฉยดังกล่าวเป็นคดีประเภทขอให้ยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรม (ทางปฏิเสธ) นั้นได้¹⁴ ในขณะที่กฎหมายเยอรมันไม่มีหลักเรื่องนี้¹⁵ นอกจากนั้น กฎหมายฝรั่งเศสถือเป็นหลักด้วยว่า ศาลปกครองต้องไม่พึงกระทำการเป็นฝ่ายปกครองเสียเอง¹⁶ ซึ่งมีผลในทางหลักกฎหมายต่อไปว่า โดยหลัก ศาลปกครองจะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการหรือออกนิติกรรมทางปกครองไม่ได้¹⁷

สำหรับ “คดีปกครองเพราะถูกกำหนดให้เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง” นั้น เป็นเรื่องที่หาเกณฑ์ร่วมทางกฎหมายมาอธิบายได้ยาก เพราะขึ้นอยู่กับสภาพสังคมและระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ กรณีจึงเป็นเรื่องที่ยอมรับกันว่าเป็นคดีปกครองเพราะได้มีกฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้น สภาพความจำเป็นทางสังคมและระบบกฎหมายของแต่ละประเทศนี้ยังมีผลไปถึงขนาดว่า แม้คดีข้อพิพาทบางประเภทซึ่งโดย “สภาพ” น่าจะเป็น “เรื่องทางปกครอง” แต่ก็อาจกำหนดให้ภาคีขึ้นสู่ศาลอื่นได้ หรือในทางกลับกัน เช่นคดีที่ศาลมีอำนาจลงโทษเพราะมีการกระทำผิดต่อสาธารณสมบัติของแผ่นดินตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ในทางทฤษฎีอาจอธิบายได้ไม่ยากว่าเพราะเหตุใดจึงเป็นคดีปกครอง เพราะไม่ใช่เรื่องที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจหน้าที่ทางปกครองทำให้ประชาชนเดือดร้อนเสียหาย แต่เป็นเรื่อง

¹⁴ J.Rivero, Droit administratif, 17^e éd., Dalloz, 1998, หน้า 210-211

¹⁵ ในกฎหมายเยอรมันมีเพียงการกำหนดให้มีสิทธิมาฟ้องศาลได้ (มาตรา 75 VwGO) โดยมีได้กำหนดผลว่าการเพิกเฉยของฝ่ายปกครองจะมีผลเป็นการปฏิเสธหรือการยอมรับ

¹⁶ R. Chapus, อ้างแล้ว, หน้า 822

¹⁷ ในกฎหมายเยอรมันมีหลักที่มาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจอยู่ว่า การออกคำสั่งทางปกครองไม่ใช่หน้าที่ของศาล (โปรดดูเพ็ญศรี วงศ์เสรี, อ้างแล้ว, หน้า 35)

ที่ฝ่ายเอกชนกระทำผิดต่อสาธารณสมบัติของแผ่นดิน และฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายนำคดีมาฟ้องศาล เหตุผลเดียวที่ยังคงปรากฏอยู่คือการคุ้มครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน หรือกรณีการละเมิดที่เกิดจากยานพาหนะของฝ่ายปกครอง (Véhicule administratif) ซึ่งในทางทฤษฎีน่าจะถือว่าเป็นเรื่องละเมิดทางปกครอง (อันอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง) และในอดีตที่ผ่านมาที่เคยเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่ต่อมากฎหมายฝรั่งเศสกลับกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรม¹⁸ หรือตามกฎหมายเยอรมัน การฟ้องเรื่องการกำหนดจำนวนเงินค่าทดแทนตามกฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ก็ให้ฟ้องต่อศาลยุติธรรม¹⁹ เป็นต้น

1.2.2 เหตุผลในการแบ่งประเภทคดีปกครอง

การที่มีการจัดแบ่งคดีปกครองออกเป็นประเภทต่าง ๆ นั้น อาจวิเคราะห์ได้ว่ามีเหตุผลสำคัญอยู่ 2 ประการ

(1) ความหลากหลายของการกระทำของฝ่ายปกครอง

จริงอยู่ในทางดารา (เช่นของฝรั่งเศส) ไม่ค่อยได้มีการกล่าวถึงเหตุผลในการแบ่งประเภทคดีปกครองไว้อย่างชัดเจน แต่เหตุผลพื้น ๆ ซึ่งเข้าใจได้อยู่ในตัวประการหนึ่ง (โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยทฤษฎีกฎหมาย) น่าจะได้แก่เหตุผลที่ว่า เป็นเพราะในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนนั้น ฝ่ายปกครองใช้เครื่องมือทางกฎหมายหลายลักษณะด้วยกัน ซึ่งเครื่องมือทางกฎหมายแต่ละประเภทก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวต่อสภาพการณ์ทางกฎหมายของบุคคลหรือกระตบสิทธิหน้าที่ของบุคคลในลักษณะที่แตกต่างกัน เมื่อการกำหนดให้มีคดีปกครองเป็นเรื่องที่ต้องจัดระบบเพื่อให้สามารถให้ข้อยุติและการแก้ไขเยียวยาได้อย่างเหมาะสมกับสิ่งต่าง ๆ ดังกล่าว จึงทำให้มีการจัดประเภทคดีและการฟ้องคดีได้หลากหลายประเภทตามลักษณะการกระทำของฝ่ายปกครองอันเป็นเหตุให้มีการฟ้องคดีด้วย

(2) ความสัมพันธ์และความสอดคล้องกับบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการในทางคดีปกครอง

การที่จะกำหนดให้มีคดีปกครองประเภทใดบ้าง จำนวนกี่ประเภทนั้น มีความสัมพันธ์โดยตรงกับบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการในทางคดีปกครอง หรือกล่าวง่าย ๆ ก็คือว่า การที่องค์กรตุลาการจะเข้าไปเป็นผู้ควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น จะมีขอบเขตหรือยอมรับให้กระทำได้ในเรื่องใด และกระทำได้

¹⁸ C. Debbasch, อ้างแล้ว, หน้า 85-86

¹⁹ เพ็ญศรี วงศ์เสรี, อ้างแล้ว, หน้า 11

เพียงใด เช่น การยอมรับให้มีคดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นเพราะยอมรับว่าองค์การตุลาการชอบที่จะตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองเพื่อให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายได้ และอำนาจศาลในคดีประเภทนี้คือการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวเท่านั้น ไม่ได้มีอำนาจที่จะออกนิติกรรมทางปกครองแทนฝ่ายปกครองเสียเอง หรือวินิจฉัยให้ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครอง เช่นนั้นเช่นนี้ (เว้นแต่บางกรณี) เป็นต้น กรณีจึงเป็นการกำหนดประเภทคดีที่สอดคล้องกับบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์การตุลาการในทางคดีปกครอง ซึ่งในด้านหนึ่งจะเป็นผู้มีบทบาทหน้าที่ในการเป็นผู้ควบคุมตรวจสอบและวินิจฉัยชี้ขาดโดยใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย ขณะที่ในอีกด้านหนึ่งก็ยอมรับขอบเขตในการดำเนินงานของฝ่ายปกครองโดยไม่ก้าวล่วง

(3) การจัดระบบกฎหมาย (régime) ของคดีปกครองแต่ละ

ประเภท

การแบ่งประเภทคดีปกครองน่าจะมีเหตุผลอีกประการหนึ่ง มาจากความประสงค์ที่จะวางหลักเกณฑ์ทางวิธีพิจารณาในคดีปกครองแต่ละประเภทให้ชัดเจน และเป็นระบบ เพราะระบบกฎหมาย (régime) ของคดีแต่ละประเภทจะแตกต่างกัน ระบบกฎหมาย (régime) ในที่นี้อาจเป็นกฎเกณฑ์ในเรื่องหลัก ๆ เช่น เรื่องผู้มีสิทธิฟ้องคดี อายุความ การฟ้องคดี ผลของคำพิพากษา (รวมทั้งอำนาจศาล) หรือการแบ่งเขตอำนาจระหว่างศาล หรือเป็นกฎเกณฑ์ในเรื่องที่เป็นประเด็นปลีกย่อยลงไป เช่น เรื่องค่าธรรมเนียมหรือเรื่องกำหนดให้มีทนายความ เป็นต้น ตัวอย่างที่พอแสดงให้เห็นได้ถึงเหตุผลประการนี้คือกรณีของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งความพยายามในการแยกแยะประเภทคดีปกครองของฝ่ายวิชาการต่างก็มุ่งผลในการจัดระบบกฎหมายไม่ในเรื่องใดก็เรื่องหนึ่ง เช่น การจัดแบ่งออกเป็นประเภทคดีขอให้ยกเลิกหรือเพิกถอน (le contentieux en l'annulation) กับคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (le contentieux de la pleine juridiction) ก็เพื่อจัดระบบกฎหมายในเรื่องอำนาจศาลที่มีอยู่ต่างกัน ในคดีสองประเภทดังกล่าว หรือการจัดแบ่งเป็นประเภทคดีทางภาวะวิสัย (le contentieux objectif) กับคดีทางอัตตะวิสัย (le contentieux subjectif) ก็มุ่งสร้างความชัดเจนเกี่ยวกับตัวผู้มีสิทธิฟ้องคดีที่ถือหลักเกณฑ์แตกต่างกัน เป็นต้น ในกฎหมายเยอรมัน การฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีกำหนดอายุความ 1 เดือนนับแต่วันได้รับคำสั่งพิจารณาอุทธรณ์ของ

ฝ่ายปกครอง²⁰ หรือนับแต่วันได้รับคำสั่งทางปกครอง (สำหรับกรณีที่กฎหมายยกเว้นให้ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครอง) ทั้งนี้ ตามมาตรา 74 ของ VWGO ในขณะที่การฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองกระทำการนั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดอายุความไว้

2. การแบ่งประเภทคดีปกครองตามกฎหมายไทย

เมื่อพิจารณากฎหมายไทยในขณะนี้ อันประกอบด้วยรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เป็นหลักและกฎหมายเฉพาะอีกบางฉบับ จะสามารถมองเห็นประเภทคดีปกครองได้ แต่หากพิจารณาลงไปให้ละเอียดแล้วยังคงมีประเด็นปัญหาให้ต้องพิจารณาอยู่ ซึ่งนอกเหนือจากปัญหาเกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองแต่ละประเภท (ดังที่จะได้พิจารณาต่อไป) แล้ว ยังมีประเด็นเกี่ยวกับการแบ่งประเภทคดีปกครองนั่นเองที่ยังเป็นปัญหา

เมื่อเริ่มต้นด้วยการพิจารณาบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 แล้ว รัฐธรรมนูญได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับคดีปกครองเอาไว้ในมาตรา 276²¹ กรณีจึงต้องถือว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็น “กรอบ” อันแรกและเป็นกรอบที่มีค่าบังคับทางกฎหมายสูงสุดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ทางคดีปกครอง

²⁰ ตามระบบกฎหมายเยอรมัน เมื่อมีคำสั่งทางปกครองแล้ว จะต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อฝ่ายปกครองเสมอ (เป็นระบบอุทธรณ์ 2 ชั้น) และเมื่อฝ่ายปกครองวินิจฉัยอุทธรณ์แล้วจึงจะฟ้องโต้แย้งต่อศาลปกครองได้ ซึ่งเรียกว่า “ระบบอุทธรณ์บังคับทั่วไป” อันเป็นระบบทำนองเดียวกับที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นำมากำหนดไว้

²¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

มาตรา 276 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

ให้มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น และจะมีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ด้วยก็ได้

กรอบที่มาตรา 276 ของรัฐธรรมนูญวางเอาไว้ นั้น จะมีทั้งหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร หลักเกณฑ์ทางด้านการกระทำ การแบ่งประเภทคดีปกครองจึงอาจพิจารณาจากหลักเกณฑ์ทางใดเป็นหลักก็ได้

ในบันทึกนี้จะขอพิจารณาประเภทคดีปกครองโดยใช้หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร คือ พิจารณาจากผู้ที่เป็นผู้กรณีในคดีเป็นหลัก ส่วนในรายละเอียดจึงจะใช้หลักเกณฑ์ทางด้านการกระทำเพื่อแบ่งประเภทคดีปกครองต่อไป ซึ่งเมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญได้แยกคดีปกครองออกเป็น 2 ลักษณะใหญ่ ๆ คือ คดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครองลักษณะหนึ่ง กับคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานฝ่ายปกครองด้วยกันอีกลักษณะหนึ่ง

2.1 คดีพิพาทระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครอง

2.1.1 ปัญหาการฟ้องคดีโดยฝ่ายปกครองเป็นโจทก์ฟ้องเอกชน

โดยทั่วไปเป็นที่เข้าใจตรงกันว่า คดีปกครองส่วนใหญ่เป็นคดีพิพาทระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครอง โดยมีเอกชนเป็นฝ่ายโจทก์หรือผู้ฟ้องคดี ทั้งนี้ เพราะการให้มีศาลปกครองในแต่ละสังคมมีวัตถุประสงค์หลักตรงกันว่าเพื่อกู้มครองสิทธิหน้าที่ของประชาชนและตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตามก็ดี กรณีมีประเด็นที่ควรพิจารณาว่า หน่วยงานฝ่ายปกครองจะเป็นโจทก์หรือผู้ฟ้องคดีฟ้องเอกชนได้หรือไม่ และกรณีเช่นนี้ถือเป็นคดีปกครองตามกฎหมายไทยหรือไม่

สำหรับประเด็นนี้ ต้องกล่าวในเบื้องต้นว่า มีกรณีที่ฝ่ายปกครองเป็นโจทก์ฟ้องเอกชนได้ แต่จะถือว่าเป็น “คดีปกครอง” หรือไม่ต้องพิจารณาต่อไปด้วยว่าเข้าลักษณะเป็นคดีปกครองโดยแท้หรือเป็นคดีปกครองเพราะถูกกำหนดให้เป็นคดีปกครองดังที่ได้กล่าวมาแล้วหรือไม่ ซึ่งหากยอมรับกันว่า มาตรา 276 แห่งรัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติวาง “กรอบ” ของคดีปกครองแล้วก็ต้องถือว่ารัฐธรรมนูญไม่ได้กล่าวถึงการให้ฝ่ายปกครองเป็นโจทก์ฟ้องเอกชนเอาไว้แต่อย่างใด เห็นได้ชัดเจนจากความในส่วนหลังของมาตรา 276 นั้นเองที่กำหนดไว้ว่า ข้อพิพาท (ไม่ว่าจะเป็นกรณีระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนหรือระหว่างหน่วยงานฝ่ายปกครองด้วยกัน) จะต้อง**เนื่องมาจาก “การกระทำหรือการละเว้นการกระทำ” ของฝ่ายปกครอง** อันมีความหมายอยู่ในตัวว่าคดีที่จะเป็นคดีปกครองนั้น มีเพียงฝ่ายเอกชนเท่านั้นที่จะเป็นโจทก์ฟ้องฝ่ายปกครองได้ มิใช่ให้ฝ่ายปกครองมาฟ้องเอกชนได้ ซึ่งความเข้าใจเช่นนี้ก็สอดคล้องกับแนวการแบ่งแยกประเภทคดีปกครองของทั้งฝรั่งเศสและเยอรมันตามที่กล่าวมาแล้ว เพราะล้วนแต่เป็นคดีที่ให้เอกชนเป็นฝ่ายฟ้องคดีเป็นหลัก เมื่อเป็นเช่นนี้การที่ฝ่ายปกครองจะเป็นโจทก์ฟ้องคดีก็จะคงเหลือเพียงกรณีของ “คดีปกครองเพราะถูกกำหนดให้

เป็นอำนาจของศาลปกครอง” เท่านั้น ซึ่งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ก็ได้กำหนดไว้แล้วตามมาตรา 9 (5) ซึ่งก็ต้องเข้าใจว่ากรณีดังกล่าวมิใช่เป็นกรณีมีข้อพิพาทกันจากการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง เพราะปกติฝ่ายปกครองย่อมมีเอกสิทธิ์ที่จะกระทำการและบังคับการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้เอง โดยมีจำต้องร้องขอต่อศาลเสียก่อน ข้อยกเว้นจากหลักดังกล่าวจึงจะมีอยู่โดยจำกัดเฉพาะกรณีที่กฎหมายเห็นว่า การจะใช้กำลังบังคับโดยฝ่ายปกครองเองเป็นเรื่องที่จะกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างรุนแรง จึงสมควรให้องค์กรตุลาการเป็นผู้พิจารณาเสียก่อนที่จะมีการใช้อำนาจนั้น ในระบบกฎหมายของไทยปัจจุบันมีคดีในลักษณะดังกล่าวแต่เพียงส่วนน้อย เช่น กรณีเจ้าทำร้องขอต่อศาลเพื่อมีคำสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารล่วงล้ำลำน้ำ รื้อถอนอาคารตามมาตรา 118 ทวิวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำสยาม พ.ศ. 2456 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2535) หรือกรณีเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารร้องขอต่อศาลเพื่อให้จับกุมและกักขังบุคคล เป็นต้น

2.1.2 คดีที่เอกชนเป็นโจทก์ฟ้องฝ่ายปกครอง

เมื่อโดยหลัก คดีปกครองเป็นคดีที่เอกชนเป็นฝ่ายฟ้องคดี ดังนั้น คดีปกครองในลักษณะที่มีเอกชนเป็นโจทก์ฟ้องคดีจึงสามารถพิจารณาไปตามประเภทคดีทั้งหมดดังที่มาตรา 9 วรรคหนึ่ง²² แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ กำหนดไว้ เว้นแต่กรณีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (5) ดังนี้

²² พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2540

มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือกระทำการอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(1) คดีที่เอกชนฟ้องโต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางกฎหมายของฝ่ายปกครองตามมาตรา 9 (1) ซึ่งแยกออกได้เป็น 3 ประเภทย่อย คือ

(1.1) คดีฟ้องขอให้ยกเลิกหรือเพิกถอน “คำสั่งทางปกครอง”

(1.2) คดีฟ้องขอให้ยกเลิก “กฎ”

(1.3) คดีที่เอกชนฟ้องโต้แย้ง “การกระทำอื่นใด” เช่น กรณีนิติกรรมทางตุลาการที่กระทำโดยฝ่ายปกครอง หรือ “คำวินิจฉัย”

(2) คดีที่เอกชนฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองกระทำการอันเนื่องมาจากฝ่ายปกครองละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรตามมาตรา 9 (2)

(3) คดีที่เอกชนฟ้องเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองจากการกระทำละเมิดทางปกครองหรือความรับผิดชอบอื่นตามมาตรา 9 (3)

(4) คดีที่เอกชนฟ้องหน่วยงานของรัฐเกี่ยวกับความรับผิดชอบตามกฎหมายทางปกครอง

(5) คดีที่เอกชนฟ้องฝ่ายปกครองโดยมีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งตามกฎหมายปัจจุบันมีอยู่ 2 กรณี คือ

(5.1) การฟ้องเรื่องเงินค่าทดแทนตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518

(5.2) การฟ้องโต้แย้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการบริหารการผังเมืองส่วนท้องถิ่นหรือคณะกรรมการอุทธรณ์ตามมาตรา 70 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518

2.2 คดีพิพาทระหว่างหน่วยงานฝ่ายปกครองด้วยกัน

ความตามมาตรา 276 แห่งรัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างแจ้งชัดว่า คดีปกครองอีกลักษณะหนึ่ง ได้แก่ คดีข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของฝ่ายปกครองด้วยกัน หลักจึงเป็นว่ามีคดีปกครองลักษณะนี้ได้ตามกฎหมายไทย แต่ปัญหาคือ คดีพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองด้วยกันจะมีคดีประเภทใดได้บ้าง มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด

(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

ได้บัญญัติรองรับการฟ้องคดีดังกล่าวไว้หรือไม่ และถือเป็นคดีประเภทใดตามมาตรา 9 ซึ่งในส่วนนี้ก่อนที่จะได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวตามกฎหมายไทย สมควรที่จะได้กล่าวถึงแนวการฟ้องคดีดังกล่าวในกฎหมายต่างประเทศเพื่อเป็นข้อมูลประกอบการพิจารณา

2.2.1 การฟ้องคดีระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันในกฎหมายต่างประเทศ

(1) กฎหมายฝรั่งเศส

ในกฎหมายฝรั่งเศสมีหลักการพิจารณาว่า เมื่อต่างก็เป็นหน่วยงานทางปกครองด้วยกัน จึงพิจารณาถึง “ความสัมพันธ์” ระหว่างหน่วยงานที่มีข้อพิพาทว่าเป็นความสัมพันธ์ด้านใด จะเป็นความสัมพันธ์ด้านการบังคับบัญชา หรือความสัมพันธ์ด้านการกำกับดูแล หรือความสัมพันธ์ในลักษณะอื่น โดยมีหลักอยู่ว่า ถ้ามีความสัมพันธ์กันทางด้านการบังคับบัญชาไม่ว่าฝ่ายที่ประสงค์จะฟ้องคดีอยู่ในระดับใดบังคับบัญชาหรือเป็นผู้บังคับบัญชาก็ตาม ถือว่ามีการฟ้องคดีไม่ได้ เช่น หน่วยงานของราชการบริหารส่วนกลางไม่อาจฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของหน่วยงานที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของตนได้²³ [เช่น กรณีระหว่างรัฐมนตรีกับผู้ว่าการแขวง (préfet)] ทั้งนี้ ก็ด้วยเหตุผลง่าย ๆ คือ เป็นเพราะผู้บังคับบัญชามีอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งดังกล่าวได้เองอยู่แล้ว²⁴ (คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 24 ธันวาคม 1926, คดีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง, หน้า 1171 และคำพิพากษา ลงวันที่ 21 ตุลาคม 1932, คดีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย, หน้า 863) หรือเจ้าหน้าที่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาก็ไม่อาจฟ้องโต้แย้งคำสั่งของหน่วยงานที่ตนอยู่ใต้บังคับบัญชาอันเกี่ยวกับการจัดองค์กรและหลักเกณฑ์การปฏิบัติงานขององค์กรได้ (คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 1914, คดี Payaud, หน้า 257)

ส่วนกรณีที่เป็นความสัมพันธ์ทางกำกับดูแล (ระหว่างองค์กรปกครองส่วนกลางกับส่วนท้องถิ่น) หลักก็คือว่า เมื่อไม่สามารถแก้ไขข้อพิพาทระหว่างกันโดยอาศัยระบบการบังคับบัญชาได้ และทั้งสองฝ่ายมีความเป็นอิสระหรือความเป็นเอกเทศต่อกันมากขึ้น กรณีจึงต้องมืองค์กรที่เข้ามาเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด ดังนั้น ฝ่ายปกครองที่มีความสัมพันธ์กันในลักษณะเช่นนี้จึงสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เมื่อมีข้อพิพาทระหว่างกันเกิดขึ้น เช่น เทศบาล (commune) สามารถฟ้องโต้แย้งคำสั่งของผู้ว่าการแขวงที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับเทศบาลของตนได้ (คำพิพากษา ลงวันที่ 18 เมษายน 1902, คดีเทศบาล Nérès-les-Bains, หน้า 275)

²³ A. de Laubadère et al., Traité de droit administratif, tome 1, 12^e éd, L.G.D.J., 1992, หน้า 461

²⁴ G.Vedel, Droit administratif, tome 2, Thémis, 1992, หน้า 282

ขณะเดียวกัน องค์การกำกับดูแล เช่น ผู้ว่าการแขวง (préfet) ก็ฟ้องโต้แย้งคำสั่งขององค์การกระจายอำนาจส่วนท้องถิ่นได้ ซึ่งกรณีนี้เป็นกรณีที่กฎหมายของฝรั่งเศส (รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 2 มีนาคม 1982) บัญญัติรับรองไว้เลยทีเดียว โดยเรียกว่า “déféré préfectoral” อย่างไรก็ตามก็มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่ากรณี “déféré préfectoral” นี้ นอกจากผู้ว่าการแขวงจะฟ้องคดีขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้แล้ว กรณียังรวมไปถึงการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองด้วย²⁵

สำหรับกรณีที่หน่วยงานทางปกครองทั้งสองแห่งอยู่ในระนาบเดียวกัน หรือไม่มีความสัมพันธ์ทางบังคับบัญชาต่อกัน หลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสยอมให้มีการฟ้องกันได้ โดยเหตุผลง่าย ๆ เช่นกันคือ ต่างฝ่ายต่างไม่มีอำนาจบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลกันได้และไม่มีวิถีทางทางกฎหมายที่จะดำเนินการเอาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง²⁶ ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครองฝรั่งเศสจึงยอมรับว่า รัฐมนตรีคนหนึ่งอาจฟ้องเพิกถอนคำสั่งของรัฐมนตรีอีกคนหนึ่งได้ (คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 10 มีนาคม 1933, คดีรัฐมนตรีกระทรวงการคลัง, หน้า 307 ; ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน 1934, คดีรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทย, หน้า 996) หรือเทศบาล (commune) แห่งหนึ่งสามารถฟ้องโต้แย้งการกระทำของเทศบาลอีกแห่งหนึ่ง หรือฟ้องโต้แย้งการกระทำขององค์กรมหาชนร่วมระหว่างเทศบาลได้ (คำพิพากษา ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 1978, เทศบาล Charnoz, หน้า 450) เป็นต้น

(2) กฎหมายเยอรมัน

ในทางทฤษฎีแล้ว ในกฎหมายเยอรมันถือหลักว่าหน่วยงานของรัฐฟ้องหน่วยงานของรัฐไม่ได้ ทั้งนี้ นอกเหนือจากหลักเรื่องความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐ (ซึ่งประเทศฝรั่งเศสเองก็มีหลักพิจารณาเรื่องนี้เช่นเดียวกัน) แล้ว เหตุผลเฉพาะที่กฎหมายเยอรมันถือหลักเช่นนี้ก็เนื่องจากกฎหมายเยอรมันถือเอามาตรา 42 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณา คติของศาลปกครอง (VwGO) เป็นฐานในการพิจารณา ซึ่งมาตราดังกล่าวยึดหลักการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล (die Grundsätze des Individualrechtsschutzes) เป็นหลักในการพิจารณาอำนาจฟ้องคดี²⁷ และการถือหลักเช่นนี้เองทำให้การพิจารณากรณีอำนาจฟ้องคดีระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันจำกัดแคบและไม่อาจอาศัยมาตรา 42 เป็นฐานในการพิจารณาได้

²⁵ R.Chapus, อ้างแล้ว, หน้า 178 (คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 4 พฤศจิกายน 1994, Départ. De la Sarthe, หน้า 1109)

²⁶ G.Vedel, อ้างแล้ว, หน้า 283

²⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, บันทึกเรื่อง อำนาจฟ้องคดีปกครองของหน่วยงานของรัฐตามหลักกฎหมายเยอรมัน, 19 มิ.ย. 2543, หน้า 7

เพราะหากหน่วยงานของรัฐจะอ้างเรื่องสิทธิได้ก็มีใช้เป็นสิทธิในลักษณะของปัจเจกชน แต่เป็นเรื่องของผลประโยชน์ส่วนรวมมากกว่า

กระนั้นก็ตาม โดยสภาพแล้วย่อมมีกรณีที่จะเกิดข้อขัดแย้งระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันขึ้นได้ กฎหมายเยอรมันจึงยอมรับการฟ้องคดีระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันไว้ โดยถือว่าเป็นกรณีที่ถูกกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งได้แก่กรณีดังต่อไปนี้²⁸

- กรณีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น ตามมาตรา 123 กฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของมลรัฐนอร์ทไรน์-เวสฟาเลน ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 1994

- กรณีการฟ้องของตัวแทนของสหพันธ์โต้แย้งคำวินิจฉัยของสำนักงานรับผู้ลี้ภัยแห่งสหพันธ์เกี่ยวกับกระบวนการขอลี้ภัย ตามมาตรา 6 แห่งกฎหมายว่าด้วยกระบวนการพิจารณาในการขอลี้ภัย ลงวันที่ 27 กรกฎาคม 1993

- กรณีเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานในทางทหารโต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการที่พิจารณารับหรือปฏิเสธบุคคลบางประเภทเข้ารับราชการทหารตาม มาตรา 18 แห่งกฎหมายว่าด้วยสิทธิในการปฏิเสธการรับราชการทหารและสิทธิในการรับราชการในกิจการพลเรือน ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 1983

2.2.2 การฟ้องคดีปกครองระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันตามกฎหมายไทย

นอกจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติรองรับไว้อย่างแจ่มชัดแล้ว การพิจารณาว่า ในกฎหมายไทยมีคดีปกครองระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันนั้น ยังเห็นได้จากสภาพความเป็นจริงในทางบริหาร ซึ่งกรณีที่หน่วยงานของรัฐจะพิพาทกันเอง ย่อมเกิดขึ้นได้ ตัวอย่างที่ชัดเจนคือกรณีข้อพิพาทระหว่างองค์กรกระจายอำนาจกับองค์กรที่กำกับดูแล และเมื่อมีข้อพิพาทในทำนองนี้จึงต้องมีหนทางที่จะชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว ซึ่งในแง่การระงับข้อพิพาทโดยองค์กรตุลาการแล้วก็คือการให้ฟ้องต่อศาลปกครอง ในฝรั่งเศส (หรือแม้แต่ในเยอรมันซึ่งถือหลักผู้มีอำนาจฟ้องคดีอย่างแคบ) ก็ยังต้องยอมรับให้มีการแก้ไขข้อพิพาทระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองด้วยกันโดยการฟ้องต่อศาลปกครองเช่นกัน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4-5

ปัญหาต่อไปจึงมีว่า คดีปกครองระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน จะเข้าตามอนุมาตราใดของมาตรา 9 ซึ่งหากพิจารณาถ้อยคำของมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองฯ โดยผิวเผินแล้ว อาจทำให้เข้าใจผิดไปว่าจำกัดแต่เฉพาะคดีพิพาทระหว่าง เอกชนกับฝ่ายปกครองเท่านั้น แต่การที่รัฐธรรมนูญวางกรอบไว้ให้แล้วนั้นในทางกฎหมาย จึงต้องพิจารณามาตรา 9 ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) กรณีที่เป็นความสัมพันธ์ทางอำนาจกำกับดูแล ที่น่าจะมี ปัญหาน้อยที่สุดน่าจะได้แก่ กรณีตามมาตรา 101²⁹ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการ เมืองพัทยา พ.ศ. 2521 ที่กฎหมายกำหนดให้ปลัดเมืองพัทยาฟ้องโต้แย้งการสั่งการของ ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยโดยมิชอบได้ เพราะเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนด ไว้แล้วชัดเจน และโดยที่เป็นเรื่องการฟ้องโต้แย้งการสั่งการโดยมิชอบ ดังนั้น จึงอาจเป็นทั้งคดี มาตรา 9 (1) และมาตรา 9 (6) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และพึงสังเกตว่ากรณีนี้ เป็นเรื่องการชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างองค์กรทางกระจายอำนาจกับองค์กรที่มีอำนาจกำกับดูแล

สำหรับองค์กรทางกระจายอำนาจอื่น ๆ นั้น แม้ว่ากฎหมาย ปัจจุบันจะมีได้บัญญัติไว้โดยตรง (บางกรณีกฎหมายเดิมเคยบัญญัติเรื่องให้ฟ้องศาลปกครอง เอาไว้แต่ได้ตัดออกไปตามกฎหมายปัจจุบัน) ก็ตาม แต่หากเกิดปัญหาขึ้นและไม่อยู่ในฐานะ จะแก้ไขข้อพิพาทกันได้โดยระบบบริหาร ก็ควรต้องยอมรับให้ฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้ เช่นกรณีข้อพิพาทระหว่างกรุงเทพมหานครกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยตาม มาตรา 123 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528³⁰ หรือ

²⁹ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2521

มาตรา 101 ในกรณีที่ปลัดเมืองพัทยาเห็นว่าผู้ว่าราชการจังหวัดหรือรัฐมนตรีได้สั่งการ ตามมาตรา 100 โดยมิชอบ ปลัดเมืองพัทยาจะนำเรื่องขึ้นฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองเพื่อวินิจฉัยก็ได้ การฟ้องคดีตามวรรคหนึ่ง ต้องกระทำภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่รับคำสั่ง

³⁰ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528

มาตรา 123 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจและหน้าที่ควบคุมดูแล การปฏิบัติราชการของกรุงเทพมหานคร เพื่อการนี้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจสั่งสอบสวน ข้อเท็จจริง หรือสั่งให้ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครชี้แจงแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการของ กรุงเทพมหานคร ในกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเห็นว่าการปฏิบัติใด ๆ ของผู้ว่าราชการ กรุงเทพมหานครขัดต่อกฎหมาย มติของคณะรัฐมนตรีหรือเป็นไปในทางที่อาจทำให้เสียประโยชน์ของ กรุงเทพมหานคร รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจะยับยั้งหรือสั่งการตามที่เห็นสมควรก็ได้

ข้อพิพาทเกิดขึ้น องค์การผู้บังคับบัญชาที่ใช้อำนาจแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงการสั่งการขององค์การได้บังคับบัญชาของตนได้เสมอ จึงไม่เป็นที่ต้องไปพึ่งองค์การตุลาการให้ช่วยชี้ขาดให้

(3) กรณีองค์การฝ่ายปกครองที่ไม่มีความสัมพันธ์กันทั้งในทาง การบังคับบัญชาและในทางกำกับดูแล

ข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานในกรณีดังกล่าว เช่น ระหว่าง กระทรวงหนึ่งกับอีกกระทรวงหนึ่ง หรือระหว่างองค์การบริหารส่วนตำบลแห่งหนึ่งกับองค์การบริหารส่วนตำบลอีกแห่งหนึ่ง นั้น ก็เป็นข้อพิพาทอีกลักษณะหนึ่งที่สามารถเกิดขึ้นได้ และเมื่อกรณี ดังกล่าวนี้นี้ไม่มีหนทางชี้ขาดทางบริหาร ก็สมควรถือเป็นหลักว่าอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง เช่นกัน ทำนองเดียวกับที่ยอมรับอยู่ในกฎหมายฝรั่งเศสดังที่กล่าวมาข้างต้น

อนึ่ง นอกเหนือจากการพิพาทกันเกี่ยวกับความชอบด้วย กฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองแล้ว การพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันอาจ มีได้ในการณีสัญญาทางปกครอง³³ และกรณีความรับผิดชอบทางละเมิดด้วย³⁴ แต่ไม่รวมถึงข้อพิพาท

³³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2540
มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

๔๗

๔๗

“สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญายกอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

³⁴ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

มาตรา 10 ในกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะเป็น หน่วยงานของรัฐที่ผู้นั้นอยู่ในสังกัดหรือไม่ ถ้าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่การเรียกร้องค่าสินไหม ทดแทนจากเจ้าหน้าที่ให้นำบทบัญญัติมาตรา 8 มาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่ถ้ามิใช่การกระทำในการปฏิบัติ หน้าที่ให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ทั้งสองประการตามวรรคหนึ่ง ให้มี กำหนดอายุความสองปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะต้องใช้ค่าสินไหม ทดแทน และกรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่ต้องรับผิด แต่กระทรวงการคลังตรวจสอบแล้ว เห็นว่าต้องรับผิด ให้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนนั้นมีกำหนดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่หน่วยงาน ของรัฐมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงคลัง

ทางแพ่ง ซึ่งมีแนวปฏิบัติที่วางไว้แล้วตามมติคณะรัฐมนตรี วันที่ 11 มีนาคม 2540 ประกอบกับมติคณะรัฐมนตรี วันที่ 4 พฤศจิกายน 2540³⁵

ส่วนที่ 2 ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองแต่ละประเภท

การที่คดีปกครองแยกออกได้เป็นหลายประเภทตามที่กล่าวข้างต้นนั้น มีประเด็นให้พิจารณาเกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดีว่า ผู้มีสิทธิฟ้องคดีแต่ละประเภทได้แก่ใครบ้าง และโดยที่ในเรื่องนี้จะมีประเด็นปัญหาหลัก ๆ ให้พิจารณาอยู่ 2 เรื่อง คือ เรื่องความมีสภาพบุคคลกับการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี โดยมีปัญหาวว่า ผู้ฟ้องคดีจะต้องเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล หรือเป็นเพียงคณะบุคคลก็ฟ้องคดีได้ ประเด็นหนึ่ง กับประเด็นปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างตัวผู้ฟ้องคดีและสิ่งที่จะนำมาฟ้อง ซึ่งมีปัญหาวว่าจะต้องมีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือสิทธิได้รับการกระทบกระเทือนมากน้อยเพียงใด อีกประเด็นหนึ่ง กรณีจึงจะพิจารณาปัญหาหลัก ๆ ดังกล่าวตามลำดับ

1. ความมีสภาพบุคคลกับการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี : ปัญหาการฟ้องคดีของนิติบุคคลในบางเรื่องและการฟ้องคดีของคณะบุคคล

การฟ้องคดีโดยบุคคลธรรมดา หรือการฟ้องคดีของนิติบุคคลในเรื่องที่กระทบต่อสถานะทางกฎหมายของนิติบุคคลนั่นเอง (เช่น ทรัพย์สินหรือความมียู่) คงไม่เป็นปัญหาแต่อย่างใด ในที่นี้ จึงจะกล่าวถึงเฉพาะการฟ้องคดีของนิติบุคคลในเรื่องที่อยู่ในวัตถุที่ประสงค์ของนิติบุคคล กับการฟ้องคดีของคณะบุคคลที่ไม่เป็นนิติบุคคล

1.1 แนวทางการพิจารณาในกฎหมายต่างประเทศ

การฟ้องคดีของนิติบุคคลหรือคณะบุคคลในที่นี้แยกได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีการคุ้มครองสิทธิของสมาชิก กับการปกป้องประโยชน์สาธารณะ ซึ่งหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันมีแนวทางในเรื่องนี้แตกต่างกันบ้าง กล่าวคือ

³⁵ อย่างไรก็ดี เกี่ยวกับหลักเกณฑ์การแก้ไขข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน ซึ่งในอดีตเคยมีมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องหลายครั้ง อาจมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับผลของมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 4 สิงหาคม 2513 ซึ่งมีมติระบุไว้ว่า เป็นกรณีข้อพิพาทระหว่างส่วนราชการกับรัฐวิสาหกิจหรือระหว่างรัฐวิสาหกิจด้วยกัน โดยไม่เจาะจงว่าเป็นข้อพิพาททางแพ่ง โดยมติดังกล่าวกำหนดกระบวนการในการแก้ไขข้อพิพาทดังกล่าวไว้ จึงอาจเป็นปัญหาในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองที่จะต้องแปลความว่า กรณีเป็น “ขั้นตอน” ที่จะต้องดำเนินการก่อนมีการนำมาฟ้องต่อศาลปกครองหรือไม่

1.1.1 กฎหมายเยอรมัน

กฎหมายเยอรมันซึ่งถือหลักในการฟ้องคดีโดยยึดเรื่องการคุ้มครองสิทธิปัจเจกชนเป็นหลักนั้น ยอมรับให้นิติบุคคลฟ้องคดีปกครองเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ร่วมกันของสมาชิกขององค์กรได้ แต่จะฟ้องแทนสมาชิกคนใดคนหนึ่งไม่ได้ ส่วนกรณีการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะนั้น กฎหมายเยอรมันไม่ยอมรับให้นิติบุคคลฟ้องได้เว้นแต่กรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นพิเศษ เช่น สมาคมคุ้มครองสิ่งแวดล้อมฟ้องโต้แย้งต่อมติเกี่ยวกับการกำหนดแผนงานดำเนินโครงการได้หากมติดังกล่าวไม่ได้ดำเนินการตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นไปตามมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายสหพันธ์รัฐว่าด้วยการคุ้มครองธรรมชาติ ที่กำหนดให้สมาคมคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมีสิทธิเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาโครงการได้³⁶ สำหรับคณะบุคคล กฎหมายเยอรมันก็ยอมรับให้ฟ้องคดีได้³⁷ โดยกรณีการฟ้องปกป้องประโยชน์ของสมาชิกและการฟ้องปกป้องประโยชน์สาธารณะถือหลักเช่นเดียวกับการฟ้องคดีของนิติบุคคลตามที่เพิ่งกล่าวมา

1.1.2 กฎหมายฝรั่งเศส

หลักกฎหมายของฝรั่งเศสมีอยู่ว่า สมาคมหรือสหภาพต่าง ๆ อาจฟ้องคดีเพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองประโยชน์ที่เป็นเหตุผลหลักในการจัดตั้งองค์กรของตนได้ ทั้งนี้ การพิจารณาผลกระทบที่จะเกิดต่อประโยชน์ดังกล่าวนั้น จะพิจารณาจากวัตถุประสงค์ในทางสังคมตามที่กำหนดใน “วัตถุประสงค์” ของสมาคมหรือสหภาพนั้น ๆ³⁸ ยกตัวอย่างเช่น การยอมรับให้องค์กรทางวิชาชีพเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีโต้แย้งมาตรการที่กระทบต่อสถานะทางอาชีพได้ หรือการยอมรับให้สหพันธ์ต่อต้านการดื่มแอลกอฮอล์มีสิทธิฟ้องคดีโต้แย้งมาตรการส่งเสริมการบริโภคแอลกอฮอล์³⁹ ได้ หรือกรณีสมาคมที่มีวัตถุประสงค์คุ้มครองปกป้องสิ่งแวดล้อม ก็มีสิทธิฟ้องคดีขอให้เพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างศูนย์พลังงานนิวเคลียร์ได้เช่นกัน⁴⁰ เป็นต้น ดังนั้น ตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส นิติบุคคลจึงฟ้องได้ทั้งกรณีปกป้องประโยชน์ร่วมกันของสมาชิกและกรณีปกป้องประโยชน์สาธารณะ

³⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, บันทึกเรื่องการฟ้องโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองและการฟ้องเพื่อให้ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน, 14 มิถุนายน 2543, หน้า 19-22

³⁷ มาตรา 61 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีของศาลปกครอง (VwGO)

³⁸ R. Chapus, อ้างแล้ว, หน้า 396

³⁹ J. Rivero, อ้างแล้ว, หน้า 237

⁴⁰ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 20 มิถุนายน 1984 คดี Assoc.Les Amis de la Terre, หน้า 233

เหตุผลที่หลักกฎหมายของฝรั่งเศสยอมให้มีการฟ้องคดีได้ในกรณีเหล่านี้มีอยู่ว่า การให้นิติบุคคลเป็นผู้ฟ้องคดีได้เองย่อมทำให้การปกป้องและรักษาความชอบด้วยกฎหมาย (ในความหมายอย่างกว้าง) เป็นไปด้วยความรอบคอบ ทำได้ดีและมีประสิทธิภาพมากกว่าจะปล่อยให้สมาชิกแต่ละคนของนิติบุคคลซึ่งเป็นคนธรรมดาไปดำเนินการเองโดยลำพัง ทั้งยังเป็นการเปิดโอกาสให้คนธรรมดาที่มีช่องทางที่จะพึ่งพาอาศัยเพื่อช่วยปกป้องคุ้มครองประโยชน์ของตนแทนตนได้ โดยการเข้าร่วมตัวกันเป็นกลุ่มบุคคล⁴¹ เป็นต้นว่า บุคคลธรรมดาซึ่งเป็นผู้อาศัยอยู่ในตำบลแห่งหนึ่งไม่อาจฟ้องขอเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างและใบอนุญาตให้ยกเว้นการปฏิบัติตามกฎหมายผังเมืองได้ ในขณะที่สมาคมที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้มีการเคารพต่อหลักเกณฑ์ทางผังเมืองในตำบลนั้น สามารถฟ้องคดีดังกล่าวได้⁴²

สำหรับกรณีคณะบุคคล (ที่ไม่เป็นนิติบุคคล) เป็นผู้ฟ้องคดีนั้น ในประเทศฝรั่งเศสยอมรับให้คณะบุคคลฟ้องคดีได้ โดยในกรณีนี้เห็นว่า แม้คณะบุคคล [เช่น สมาคมซึ่งยังไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคลเพราะยังไม่มี การแจ้งต่อทางการ (association non déclarée)] จะไม่มีความสามารถที่จะฟ้องคดีเพื่อปกป้องคุ้มครองประโยชน์ของตนในทางทรัพย์สินก็ตาม แต่ศาลก็ยอมรับว่าเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งที่กระทบต่อประโยชน์ต่าง ๆ ที่ตนมีวัตถุประสงค์ให้การปกป้องคุ้มครอง⁴³ ได้ หรือมีสิทธิฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งที่อาจกระทบกระเทือนต่อสมาชิกของตนได้⁴⁴ เป็นต้น

1.2 หลักกฎหมายไทย

1.2.1 แนวทางที่ผ่านมา

เท่าที่เป็นมายังไม่สามารถตรวจสอบได้ชัดเจนว่า ศาลยุติธรรมมีแนวทางเช่นใดในเรื่องการฟ้องคดีของนิติบุคคลเพื่อปกป้องประโยชน์สมาชิกหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ตาม ในประเด็นเรื่องการฟ้องคดีของ “คณะบุคคล” นั้น จากการ

⁴¹ R.Chapus, อ้างแล้ว, หน้า 397

⁴² คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 26 พฤษภาคม 1976 คดี Assoc. SOS Paris, หน้า 281 และลงวันที่ 25 มีนาคม 1981 คดี Lochet, หน้า 164

⁴³ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 30 กันยายน 1969 คดี Syndicat de defense des canaux de la Durance, หน้า 462

⁴⁴ Auby et Drago, Traité de contentieux administratif, L.G.D.J., 3e éd., 1994, หน้า 874

ตรวจสอบแนวคำพิพากษาศาลฎีกาพบว่า ศาลไม่ยอมรับการฟ้องคดีของคณะบุคคล⁴⁵ ซึ่งการยึดถือหลักที่เคร่งครัดเช่นนี้ของศาลยุติธรรมเป็นเรื่องที่เข้าใจได้ เพราะศาลยุติธรรมถูกจำกัดให้พิจารณาคดีโดยอาศัยมาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁴⁶ เป็นฐานสำคัญ รวมทั้งบทนิยามคำว่า “คู่ความ” ตามมาตรา 1(11) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁴⁷ ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นเรื่องที่กำหนดขึ้นจากปรัชญาการแก้ไขข้อพิพาททางกฎหมายเอกชน (เช่น การมุ่งแก้ไขเยียวยาผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ทางอัตตะวิสัย)

สำหรับแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์นั้น กรณีมีความชัดเจนขึ้นอีกระดับหนึ่ง โดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้ยอมรับให้นิติบุคคลร้องทุกข์เพื่อปกป้องประโยชน์ร่วมกันของสมาชิกได้ ซึ่งตัวอย่างที่เกิดขึ้นเป็นกรณีสมาคม แม้ว่าแต่เดิมคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้เคยพิจารณาวินิจฉัยในปี 2530 ว่า สมาคมอุตสาหกรรมพลาสติกไทย มิใช่เป็นผู้มีสิทธิร้องทุกข์ได้แย้งประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนที่มีผลกระทบต่อสมาชิกของสมาคมซึ่งเป็นผู้นำเข้าเม็ดพลาสติก โดยมีเหตุผลในทำนองที่ว่าเป็นเพราะตัวสมาคมเองมิได้เป็นผู้ที่อยู่ในข่ายต้องปฏิบัติตามประกาศดังกล่าว⁴⁸ (ซึ่งก็ยังไม่ชัดเจนว่าคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ยอมรับหรือปฏิเสธการร้องทุกข์เพื่อปกป้อง

⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 642/2490 วินิจฉัยว่า สิทธิที่จะดำเนินคดีทางศาลได้นั้นมิได้เฉพาะแต่บุคคล เมื่อปรากฏว่าสุหร่ายของชาวอิสลามมิได้เป็นนิติบุคคลแล้ว ก็ย่อมมอบให้ผู้ใดฟ้องความแทนไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาอีกเรื่องหนึ่งซึ่งแม้จะเป็นกรณีที่คณะบุคคลเป็นจำเลย แต่ก็ได้แสดงให้เห็นถึงแนวการปรับใช้กฎหมายเรื่องนี้อย่างชัดเจน คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 495/2519 ซึ่งวินิจฉัยว่าผู้ที่จะเป็นคู่ความในคดีได้นั้นจะต้องเป็นบุคคล ดังกล่าวไว้ในมาตรา 1(11) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และคำว่า “บุคคล” นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล คณะบุคคลกรุงเทพฯ กรีกา จำเลยที่ 1 เป็นเพียงคณะบุคคลหรือกลุ่มบุคคล มิใช่บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล โจทก์จึงไม่สามารถฟ้องให้จำเลยที่ 1 รับผิดชำระหนี้ภาษีการค้าได้

⁴⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 55 เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่งหรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นขอที่จะเสนอคดีของตนต่อศาลส่วนแพ่งที่มีเขตอำนาจได้ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายนี้

⁴⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 1 (11) “คู่ความ” หมายความว่า บุคคลผู้ยื่นคำฟ้องหรือถูกฟ้องต่อศาล เพื่อประโยชน์แห่งการดำเนินกระบวนการพิจารณา ให้รวมถึงบุคคลผู้มีสิทธิกระทำการแทนบุคคลนั้น ๆ ตามกฎหมายหรือในฐานะทนายความ

⁴⁸ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 41/2530

ประโยชน์ร่วมกันของสมาชิก) ก็ตาม แต่ต่อมาในปี 2541 คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ก็ได้วินิจฉัยอย่างชัดเจนว่า สมาคมผู้ผลิตและผู้ส่งออกแร่ใยหินเป็นผู้เสียหายที่มีสิทธิร้องทุกข์ได้แย่งระเบียบปฏิบัติและกฎเกณฑ์การจัดสรรโควต้าส่งออกแร่ใยหินที่กรมทรัพยากรธรณีกำหนดได้ เมื่อบรรดาสมาชิกของสมาคมได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากมาตรการดังกล่าวเป็นส่วนรวม⁴⁹

นอกจากนั้น ถึงแม้ว่าจะยังไม่มีมีการร้องทุกข์โดยนิติบุคคลเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ แต่เรื่องร้องทุกข์เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะโดยบุคคลธรรมดา คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ก็ยอมรับให้มีการร้องทุกข์ได้⁵⁰ กรณีจึงเท่ากับเป็นความชัดเจนในระดับหนึ่งว่า คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ยอมรับการฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะด้วย .

ส่วนกรณีของ “คณะบุคคล” นั้น เท่าที่เป็นมาเคยมีเรื่องร้องทุกข์ของ “ชมรม” ซึ่งไม่รับไว้พิจารณา⁵¹ อย่างไรก็ดี เพิ่งสังเกตว่าเป็นเรื่องร้องทุกข์ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2530 ซึ่งหากมีการร้องทุกข์ในระยะต่อมาอาจมีการกลับแนวทางดังกล่าวก็ได้ ทำนองเดียวกับที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์กลับแนวคำวินิจฉัยเรื่องของสมาคมตามที่กล่าวข้างต้น

1.2.2 แนวทางตามกฎหมายปัจจุบัน

ตามสภาพของระบบกฎหมายไทยปัจจุบัน มีข้อพิจารณาว่าแนวทางของกฎหมายไทยน่าจะยอมรับการฟ้องคดีในกรณีเหล่านี้ได้ ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลหลัก ๆ 3 ประการ

⁴⁹ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 47/2541

⁵⁰ เช่น คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 242/2542 (เรื่องร้องทุกข์ของนายสังวาลย์ คล้ายกระแสด) ซึ่งผู้ร้องทุกข์เป็นผู้ที่อาศัยใกล้เคียงกับ “บึงกลุ่มสาธารณประโยชน์” ร้องทุกข์ว่าสำนักงานเขตบึงกลุ่มนำเอาที่ดินบางส่วนของบึงดังกล่าวซึ่งเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภททรัพย์สินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน ไปใช้ประโยชน์โดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่ง ครท.วินิจฉัยว่า การนำเอาที่ดินดังกล่าวไปทำเป็นที่จอดรถของสำนักงานเป็นการกระทำที่มิชอบ (อันเป็นการพิจารณาในสาระของเรื่องแล้วซึ่งเท่ากับว่า ครท. ยอมรับว่าผู้ร้องทุกข์เป็นผู้เสียหายที่มีสิทธิร้องทุกข์ได้)

⁵¹ เรื่องร้องทุกข์รับที่ 47/2530

ประการแรก ถ้อยคำของมาตรา 42 วรรคหนึ่ง⁵² แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ อันเป็นบทหลักของการฟ้องคดีปกครองนั้น ใช้ถ้อยคำที่ต่างจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กล่าวคือ ใช้คำกว้าง ๆ ว่า “ผู้ใด” มิได้ใช้คำว่า “บุคคล” ดังนั้น จึงอาจกินความถึงบุคคลธรรมดา นิติบุคคล หรือคณะบุคคล ก็ได้

ประการที่สอง นับตั้งแต่ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว การพิจารณาเรื่องเกี่ยวกับการฟ้องคดีปกครองก็ต้องพิจารณาเชื่อมโยงกับหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัติดังกล่าวประกอบด้วย เพราะต้องถือว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะแล้วสำหรับเรื่องทางปกครอง และสำหรับในเรื่องนี้ พระราชบัญญัติดังกล่าวได้ยอมรับให้ “คณะบุคคล” อาจเข้าเป็น “คู่กรณี” ในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครอง⁵³ ได้ ซึ่งก็จะได้รับการคุ้มครองให้มีสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ของคู่กรณี อันรวมถึงการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองหากคนไม่เห็นด้วย ดังนั้น หากคณะบุคคลที่เป็นคู่กรณีได้อุทธรณ์แล้วและไม่เห็นด้วยกับผลการพิจารณาอุทธรณ์ก็ควรมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองต่อไปได้เช่นกัน การให้เข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางปกครองกรณีของคณะบุคคลจึงจะสมบูรณ์ครบถ้วน การไปจำกัดสิทธิของคณะบุคคลในการฟ้องคดีเพราะเหตุเพียงยึดติดกับเงื่อนไขที่ว่าไม่มีสภาพบุคคลในทางกฎหมาย ก็จะเป็นการขัดแย้งกับตรรกะของเรื่องนี้

ประการที่สาม การฟ้องคดีเพื่อปกป้องสิทธิของสมาชิกนั้น เมื่อแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เคยยอมรับให้มีการฟ้องคดีในกรณีนี้ได้ อีกทั้งยังเป็นเช่นเดียวกับแนวทางของกฎหมายต่างประเทศทั้งฝรั่งเศสและเยอรมัน การที่ศาลปกครองจะรับฟ้องคดีเรื่องดังกล่าว จึงมีข้อสนับสนุนทั้งในด้านแนวทางที่เป็นมาในอดีตของ

⁵² พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 42 ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ฯลฯ

ฯลฯ

⁵³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 21 บุคคลธรรมดา คณะบุคคล หรือนิติบุคคล อาจเป็นคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครองได้ตามขอบเขตที่สิทธิของตนถูกกระทบกระเทือนหรืออาจถูกกระทบกระเทือนโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้

ไทยและแนวทางที่ยึดถืออยู่ในกฎหมายต่างประเทศ สำหรับการฟ้องเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะนั้น เมื่อเคยมีแนวของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ยอมรับแนวคิดในเรื่องดังกล่าวแล้ว การจะฟ้องโดยนิติบุคคลหรือคณะบุคคลจึงน่าจะไม่มีผลแตกต่างไปจากการยอมรับให้ฟ้องได้โดยบุคคลธรรมดา ที่สำคัญ ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เองก็ได้กล่าวรับรองการฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเอาไว้อย่างแจ่มชัดในมาตรา 52 วรรคหนึ่ง⁵⁴ ดังนั้น จึงควรยอมรับให้มีการฟ้องคดีปกครองในลักษณะดังกล่าวได้

2. เกณฑ์การพิจารณาผู้มีสิทธิฟ้องคดี

การที่จะเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีได้นั้น ผู้ฟ้องคดีจะต้องมี “ความสัมพันธ์” กับ เหตุแห่งการฟ้องคดีด้วย (ส่วนความสัมพันธ์เช่นนั้นจะเป็นความสัมพันธ์ที่มีอยู่จริงหรือจะเป็นความสัมพันธ์ที่มีกฎหมายรับรองไว้เป็นการเฉพาะให้ภาคติมาสู่ศาลได้ก็เป็นอีกเรื่องหนึ่ง) อันเป็นไปตามหลักทั่วไป เพราะหากปราศจาก “ความสัมพันธ์” ในลักษณะใดลักษณะหนึ่งแล้ว ก็เท่ากับว่าบุคคลใด ๆ ก็สามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้น ก็ขัดกับหลักการทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการที่จะต้องเป็นองค์กรที่ขาดเฉพาะกรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้นและมีผู้เสนอข้อพิพาทนั้นต่อศาลเพื่อให้ตัดสินชี้ขาด

สำหรับในคดีปกครอง ปัญหาเรื่อง “ความสัมพันธ์” ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับเหตุแห่งการฟ้องคดีว่าจะต้องมีความสัมพันธ์อย่างไรและเพียงใดนั้น เป็นปัญหาสำคัญประการหนึ่ง เพราะในต่างประเทศยังมีหลักที่ไม่ตรงกันเสียทีเดียวอยู่ ในขณะที่หลักตามกฎหมายไทยยังคงเป็นเรื่องใหม่

2.1 แนวทางการพิจารณาในกฎหมายต่างประเทศ

2.1.1 กฎหมายเยอรมัน : เกณฑ์เรื่อง “สิทธิ”

ในกฎหมายเยอรมันได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้โดยเรียกว่า “อำนาจฟ้องคดีปกครอง” (Klagebefugnis) ซึ่งฐานทางกฎหมายนั้น แยกอยู่ตามมาตราต่าง ๆ ของกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลปกครอง (VwGO)

กรณีการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองและการฟ้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครองนั้น ฐานทางกฎหมายอยู่ในมาตรา 42 วรรคสอง ซึ่งถือเอาเกณฑ์เรื่อง

⁵⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 52 การฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือสถานะของบุคคลจะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้

“สิทธิ” เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาอำนาจฟ้องคดี กล่าวคือ จะต้องเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีถูกละเมิดสิทธิโดยนิติกรรมทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ปฏิเสธหรือละเว้นการออกนิติกรรมทางปกครอง อันเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ฟ้อง⁵⁵ หลักเกณฑ์ตามกรณีนี้มีความสำคัญเพราะเป็นฐานหลักในการฟ้องคดีปกครองตามกฎหมายเยอรมัน โดยจุดมุ่งหมายของมาตรานี้ก็เพื่อจำกัดมิให้มีการฟ้องโดยบุคคลใด ๆ ก็ได้ (popularklage)⁵⁶ หลักอำนาจฟ้องคดีเช่นนี้กล่าวกันว่าเป็นหลักผู้เสียหายโดยตรงหรือผู้เสียหายในความหมายอย่างแคบ เพราะพิจารณาจำกัดเฉพาะเกณฑ์เรื่อง “สิทธิ” ซึ่งหมายความว่า ต้องเป็นสิทธิตามกฎหมายหรือประโยชน์ตามที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง⁵⁷ เท่านั้น

อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาก็มีความยืดหยุ่นอยู่บ้างโดยการกระทบกระเทือนสิทธินั้น ความเห็นที่ยอมรับกันส่วนใหญ่ถือเอาว่า เพียงแต่มี “ความเป็นไปได้” ว่าสิทธิของโจทก์ตามกฎหมายอาจถูกกระทบกระเทือนก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะเป็นผู้มีอำนาจฟ้อง⁵⁸ นอกจากนั้น การที่จะถือว่าเป็นผู้ที่สิทธิถูกกระทบกระเทือนก็ไม่จำกัดถึงขนาดว่าต้องเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองโดยตรง เช่น เพื่อนบ้านของผู้ได้รับใบอนุญาตก่อสร้างอาคารเป็นผู้มีอำนาจฟ้องคดีได้⁵⁹ อย่างไรก็ดี ในกรณีนี้ก็ยังมีการอธิบายโดยอิงอยู่กับฐานในเรื่อง “สิทธิ” เช่นเดิม โดยกล่าวว่า กรณีเช่นนี้เป็นเรื่องของการพิจารณาถึงประโยชน์ที่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายนั่นเอง⁶⁰ ความสำคัญของหลักมาตรานี้ยังเนื่องมาจากการนำเอาหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไปใช้กับการฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในทางที่เป็นคุณโดยอนุโลม⁶¹ รวมทั้งในคดีขอให้พิสูจน์ความมียุขของนิติสัมพันธ์หรือพิสูจน์โมฆะกรรมของ

⁵⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, บันทึกรื้อ อำนาจฟ้องคดีปกครองของหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายเยอรมัน, อ้างแล้ว, หน้า 3

⁵⁶ เพ็ญศรี วงศ์เสรี, อ้างแล้ว, หน้า 14 และบรรเจิด สิงคะเนติ, บันทึกรื้อ การฟ้องโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองและการฟ้องเพื่อให้ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน, อ้างแล้ว, หน้า 4

⁵⁷ เพ็ญศรี วงศ์เสรี, เรื่องเดียวกัน

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน หน้า 15 และหน้า 29

⁶⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, บันทึกรื้อ การฟ้องโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองและการฟ้องเพื่อให้ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน, อ้างแล้ว, หน้า 14-16

⁶¹ เพ็ญศรี วงศ์เสรี, อ้างแล้ว, หน้า 15

คำสั่งทางปกครองก็เอาหลักดังกล่าวมาใช้โดยอนุโลม⁶² ด้วย (มาตรา 43 VwGO ซึ่งเป็นฐานของการฟ้องคดีประเภทนี้มิได้กำหนดเรื่องอำนาจฟ้องคดีไว้ชัดเจน)

สำหรับคำฟ้อง(คำร้อง) ขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น บทบัญญัติมาตรา 47 วรรคสอง VwGO ได้กำหนดไว้ว่า ผู้ซึ่งสิทธิอาจถูกระทบกระเทือนใน**อนาคตอันใกล้**เป็นผู้มีอำนาจยื่นคำร้อง⁶³

2.1.2 กฎหมายฝรั่งเศส : เกณฑ์เรื่อง “ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย”

ประเด็นเรื่องคุณสมบัติของผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามกฎหมายฝรั่งเศสจะมีปัญหาให้ต้องพิจารณาก็แต่เฉพาะกรณีคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองกับกรณีคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (ซึ่งหลัก ๆ ได้แก่ คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและความรับผิดชอบทางปกครอง) เท่านั้น เพราะทั้งสองกรณีดังกล่าวกฎหมายฝรั่งเศสถือเกณฑ์การพิจารณาต่างกัน ส่วนคดีที่ศาลมีอำนาจตีความหรือแสดงความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง (le contentieux de l'interprétation) ก็ดี หรือคดีที่ศาลมีอำนาจลงโทษ (le contentieux de la repression) ก็ดี ไม่มีปัญหาเรื่องผู้มีสิทธิฟ้องคดีแต่อย่างใด เพราะกรณีแรกเป็นเรื่องที่ศาลยุติธรรมส่งประเด็นมาให้ศาลปกครองพิจารณา ส่วนกรณีหลังมีกระบวนการเฉพาะเป็นพิเศษ ในที่นี้จึงจะได้พิจารณาเฉพาะผู้มีสิทธิฟ้องคดีประเภทขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองกับประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็ม

(1) ความแตกต่างระหว่างผู้มีสิทธิฟ้องคดีประเภทขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองกับคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มมีฐานในการพิจารณาจากฐานเดียวกัน

ในประเทศฝรั่งเศส อธิบายถึงเหตุผลที่ต้องมีการวางหลักเกณฑ์เรื่องผู้มีสิทธิฟ้องคดีว่า มีเหตุผลพื้นฐาน 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก โดยที่องค์กรศาล (ไม่ว่าจะเป็นในคดีประเภทใด) จะมีอำนาจพิจารณาคดีหรือวินิจฉัยข้อพิพาทเรื่องหนึ่งเรื่องใดได้ก็ต่อเมื่อมีการเสนอคดีโดยบุคคลอื่น ส่วนองค์กรศาลจะเป็นผู้เสนอคดีเสียเองมิได้⁶⁴ ประการที่สอง ในขณะเดียวกัน การที่ปราศจากหลักเกณฑ์กำหนดตัวผู้มีสิทธิฟ้องคดี ก็เท่ากับยอมรับให้บุคคลทุกคนไม่ว่าใครก็ตามอาจฟ้องคดีได้ (actio popularis) ซึ่งจะเป็นการเปิดช่องให้มีการใช้สิทธิจนพรว้าเพ้อหรือเกินขอบเขต⁶⁵

⁶² เรื่องเดิม, หน้า 16

⁶³ เรื่องเดิม, หน้า 15

⁶⁴ C.Debbasch et J-C.Ricci, อ้างแล้ว, หน้า 241

⁶⁵ J.Rivero et J. Waline, อ้างแล้ว, หน้า 235

สำหรับหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณานั้น หากจะกล่าวอย่างทั่วไปแล้วต้องถือว่า ศาลปกครองฝรั่งเศสถือเกณฑ์เรื่อง “ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย” (intérêt) ของผู้นำคดีมาฟ้องเป็นเกณฑ์พื้นฐานในการพิจารณา การที่กล่าวเช่นนี้ก็เนื่องจากว่า ศาลปกครองฝรั่งเศสพิจารณาคุณสมบัติของผู้นำคดีมาฟ้อง (qualité à agir) ในกรณีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยพิจารณาเอาจากประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย (intérêt) ของบุคคลดังกล่าวเป็นหลัก ในขณะที่กรณีการฟ้องคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มนั้น ศาลจะถือว่าผู้มีสิทธิฟ้องคดีเป็นผู้ทรงสิทธิ (titulaire du droit)⁶⁶ ซึ่งเป็นการพิจารณาถึง “สิทธิ” (droit) ทางด้านอัตตะวิสัย (subjectif) แต่การพิจารณาถึง “สิทธิ” นี้เองที่สนับสนุนให้เห็นว่า แท้จริงแล้วก็เป็นการศึกษาจากฐานอันเดียวกัน คือพิจารณาจากประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย (intérêt) ทั้งนี้ ก็เพราะสิทธิหมายถึงประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองนั่นเอง และการที่ศาลพิจารณาโดยถือเกณฑ์เรื่อง “สิทธิ” สำหรับคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มนั้นก็เป็นเรื่องที่เป็นเหตุเป็นผลในตัวเอง เพราะการจะมี “ประโยชน์เกี่ยวข้อง” ในเรื่องความรับผิดชอบทางปกครองหรือเรื่องสัญญาทางปกครองจนถึงขนาดที่ขอให้ศาลพิจารณาให้ฝ่ายปกครองชดใช้เงินได้นั้นก็เห็นอยู่ในตัวว่า ผู้มีสิทธิฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือประโยชน์เกี่ยวข้องถึงขนาดเป็นผู้ทรงสิทธิเท่านั้น เพราะศาลจะต้องพิจารณาจากสิทธิทางอัตตะวิสัยของบุคคลดังกล่าว ส่วนการที่ศาลปกครองฝรั่งเศสพิจารณาเพียงเรื่อง “ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย” เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองประเภทขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (ซึ่งเป็นเกณฑ์ที่กว้างกว่าเกณฑ์เรื่อง “สิทธิ”) นั้น ก็เพราะปรัชญาพื้นฐานในเรื่องนี้เป็นเรื่องการคุ้มครองความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง มิใช่การมุ่งพิจารณาถึง “สิทธิ” ทางอัตตะวิสัยของผู้ฟ้องคดี กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นการแสวงหาจุดสมดุลระหว่างการป้องกันมิให้มีการฟ้องโดยบุคคลใด ๆ ก็ได้ (actio popularis) ซึ่งไม่มีข้อจำกัดใด ๆ เลย กับการเปิดโอกาสให้ศาลทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองอันเป็นภารกิจหลักของศาลปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ การจะจำกัดให้แคบโดยถือเฉพาะเกณฑ์เรื่อง “สิทธิ” ว่าผู้ฟ้องคดีขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต้องเป็นผู้ทรงสิทธิหรือต้องเกิดความเสียหายขึ้นต่อผู้ฟ้องคดีเสียก่อนเท่านั้น จะกลายเป็นการตัดสิทธิผู้เสียหายและไม่อาจฟ้องคดีได้เลย เช่น กรณีกฎหรือคำสั่งที่มีผลบังคับทั่วไป (acte réglementaire)

⁶⁶ เรื่องเดิม, หน้า 236

ซึ่งผู้ที่อยู่ในบังคับยังไม่ถึงขนาดว่าต้องเป็นผู้ทรงสิทธิ⁶⁷ หรือกรณีคำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะราย ก็ไม่ถึงขนาดว่าจะต้องรอให้เกิดความเสียหายก่อน⁶⁸ จึงจะเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีได้ ทั้งนี้ ก็ด้วยเหตุผลที่ว่า รัฐย่อมไม่ประสงค์ให้ประชาชนต้องได้รับความเสียหายก่อน แล้วจึงจะยอมรับให้มีสิทธิฟ้องคดีได้⁶⁹

กล่าวโดยสรุปก็คือ ศาลปกครองฝรั่งเศสถือว่าผู้มีอำนาจฟ้องคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็มได้แก่ ผู้ที่ “สิทธิ” ของตนถูกกระทบกระเทือน ส่วนผู้มีอำนาจฟ้องคดีขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ได้แก่ ผู้ที่มี “ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย” กับเหตุแห่งการฟ้องคดี

(2) หลักเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับ “ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย”

โดยที่กรณีเรื่อง “สิทธิ” นั้น ไม่มีปัญหาในการพิจารณามากนัก เพราะเป็นที่เข้าใจกันทั่วไป ดังนั้น ในที่นี้จึงเห็นควรกล่าวถึงเฉพาะความหมายและขอบเขตของคำว่า “ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย” ของผู้มีอำนาจฟ้องคดีขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น

ในเรื่องนี้ หลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองฝรั่งเศสวางไว้เป็นการสะท้อนความพยายามที่จะหาสมมูลดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น โดยในด้านหนึ่งเป็นการวางขอบเขตของผู้มีอำนาจฟ้องคดีเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้บุคคลใด ๆ ก็อาจฟ้องคดีได้ เกณฑ์ที่ศาลใช้

⁶⁷ เช่น ศาลปกครองฝรั่งเศสพิพากษาว่า คนงานชาวโปรตุเกสมีสิทธิฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับคนงานชาวต่างชาติ ซึ่งได้แก้ไขเงื่อนไขการออกและการต่ออายุบัตรประจำตัวคนทำงานและบัตรประจำตัวผู้มีสิทธิอยู่อาศัยในฝรั่งเศส โดยข้อเท็จจริงปรากฏว่า คนงานผู้ฟ้องคดีดังกล่าวเป็นผู้ถือบัตรดังกล่าวอยู่แล้ว ศาลตัดสินว่า ข้อเท็จจริงเพียงว่าหากจะมีการต่ออายุบัตรแล้ว (ซึ่งอาจจะไม่มีก็ได้) บทบัญญัติตามกฎหมายดังกล่าวก็จะใช้บังคับกับโจทก์เป็นข้อเท็จจริงที่เพียงพอแล้วที่จะถือว่าโจทก์เป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือประโยชน์เกี่ยวข้องที่จะฟ้องเพิกถอนกฎดังกล่าวได้ (คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 13 ม.ค. 1975 คดี Da Silva et CFDT, หน้า 16)

⁶⁸ เช่น ในคดีหนึ่งซึ่งเกี่ยวกับการฟ้องคดีของผู้ที่นิยมการตั้งแคมป์ ข้อเท็จจริงปรากฏว่านายกเทศมนตรี (le maire) ของเทศบาล (commune) แห่งหนึ่งได้ออกคำสั่งของเทศบาลห้ามมิให้มีการตั้งแคมป์ในเขตของเทศบาล และโจทก์ไม่เคยมาตั้งแคมป์ในเขตเทศบาลดังกล่าวมาก่อนเลย ศาลปกครองพิพากษาว่าถือได้ว่าโจทก์เป็นผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องที่จะเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีแล้วโดยศาลให้เหตุผลว่า เมื่อปรากฏว่าโจทก์เป็นผู้ที่นิยมการตั้งแคมป์ ดังนั้น จึงเป็นไปได้ว่า วันหนึ่งข้างหน้าโจทก์อาจมีความคิดที่จะมาตั้งแคมป์ในเทศบาลแห่งนี้ได้ (คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 14 ก.พ. 1958 คดี Abisset, หน้า 98)

⁶⁹ C.Debbasch, อ้างแล้ว, หน้า 259

จึงสะท้อนออกมาจากการที่ศาลยังคงพิจารณา “ประโยชน์เกี่ยวข้อง” ในแง่อัตตะวิสัยอยู่ (เพื่อให้มีความเกี่ยวข้องระหว่างผู้นำคดีมาฟ้องกับเรื่องที่นำมาฟ้องเป็นคดี) และในอีกด้านหนึ่งเพื่อมิให้เป็นการจำกัดขอบเขตให้แคบเกินไป ซึ่งจะเป็นการตัดโอกาสศาลในการเข้าตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง กรณีที่ปรากฏจากคำพิพากษาของศาลจึงสะท้อนให้เห็นลักษณะการพิจารณาโดยเปิดกว้างของศาล

การพิจารณา “ประโยชน์เกี่ยวข้อง” ทางอัตตะวิสัยนั้น
ศาลวางหลักไว้ดังนี้

ประการแรก “ประโยชน์เกี่ยวข้อง” ดังกล่าวต้องมีอยู่จริง (real) ยกตัวอย่างเช่น การที่ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องด้วยความเข้าใจผิดว่าคำสั่งทางปกครองทำให้ตนเสียหาย กรณีเช่นนี้ศาลถือว่าประโยชน์เกี่ยวข้องของผู้ฟ้องคดีไม่มีจริง⁷⁰ หรือกรณีข้าราชการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการตำแหน่งหนึ่งซึ่งเป็นตำแหน่งที่ตนไม่อยู่ในเงื่อนไขที่จะได้รับการแต่งตั้งเลย⁷¹ อนึ่ง การมีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียนี้ศาลยอมรับว่าอาจจะมีเพียงบางส่วนก็ได้ เช่น สมาพันธ์ซึ่งเป็นตัวแทนของข้าราชการพลเรือนถือว่าเป็นผู้มีอำนาจฟ้องได้แย้งกฤษฎีกาเกี่ยวกับเงินเดือนข้าราชการก็แต่ในแง่ที่ว่ากฤษฎีกาดังกล่าวใช้บังคับกับข้าราชการพลเรือนเท่านั้น แต่ไม่เป็นผู้มีอำนาจฟ้องคดีในส่วนที่เกี่ยวกับข้าราชการทหารหรือเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานท้องถิ่น⁷²

ประการที่สอง ศาลวางหลักว่า ประโยชน์เกี่ยวข้องจะต้องมีลักษณะที่ระบุตัวได้ (ไม่ว่าจะเป็นบุคคลหรือประโยชน์ร่วมกัน) มีความชอบธรรม (légitime) และมีความถูกต้องพอควรกับเหตุแห่งการฟ้องคดี

การที่ศาลวางหลักว่าประโยชน์เกี่ยวข้องจะต้องมีลักษณะที่ระบุตัวได้นั้น ก็เพื่อตัดโอกาสการที่ใครคนหนึ่งจะมาฟ้องคดีในนามของคนอื่นโดยไม่ได้รับมอบหมายจากบุคคลนั้น และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นการห้ามมิให้มีการฟ้องคดีโดยอ้างว่าเพื่อพิทักษ์ความชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้ฟ้องคดีอ้างแต่เพียงว่าตนฟ้องคดี

⁷⁰ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 4 ธ.ค. 1953, คดี Gaillard, หน้า 527 และลงวันที่ 28 ธ.ค. 1992, คดี Commune De Liffe, หน้า 1195

⁷¹ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 18 ม.ค. 1956, คดี Noël, หน้า 723

⁷² คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) ลงวันที่ 11 ก.ค. 1984, คดี Union des groupements de cadres supérieurs de la fonction publique, หน้า 258

ในฐานะ “พลเมือง”⁷³ หรืออ้างเพียงว่าคนเป็น “ผู้บริโภคร”⁷⁴ อย่างไรก็ดี ศาลก็ไม่ได้ปฏิเสธการอ้างทำนองนี้โดยสิ้นเชิง แต่จะพิจารณาเป็นกรณีไป โดยหากเมื่อใดที่ปรากฏว่าประโยชน์เกี่ยวข้องมีลักษณะที่ระบุตัวได้เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับเหตุแห่งการฟ้องคดีแล้ว ศาลก็จะรับฟ้อง เช่น ศาลพิพากษาว่าบุคคลทุกคนที่อาศัยอยู่บนเกาะ **Corse** เป็นผู้ที่มีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียที่จะฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของโครงการจัดวางผังของเกาะดังกล่าวได้⁷⁵

ส่วนการกำหนดขอบเขตว่าประโยชน์เกี่ยวข้องจะต้องมีลักษณะ**ชอบธรรม**นั้นก็มุ่งหมายป้องกันการฟ้องคดีเพื่อปกป้องคุ้มครองสิ่งที่ไม่ถูกต้องหรือคดีที่ผู้ฟ้องเป็นผู้มีส่วนในการทำให้เกิดความไม่ถูกต้องนั้น อาทิเช่น ศาลพิพากษาไม่รับพิจารณาคำร้องของผู้ครอบครองที่ดินโต้แย้งใบอนุญาตให้ปรับปรุงเปลี่ยนแปลงสภาพที่ดินดังกล่าวเป็นห้องพักอาศัย เมื่อปรากฏว่าผู้ครอบครองที่ดินตนเองก็ได้ครอบครองโดยถูกต้องตามกฎหมาย⁷⁶

สำหรับการกำหนดว่าประโยชน์เกี่ยวข้องต้องมีลักษณะ**ถูกต้องเหมาะสม**นั้น ก็เพื่อให้ประโยชน์เกี่ยวข้องของผู้ฟ้องคดีสอดคล้องกับเหตุแห่งการฟ้องคดี มีตัวอย่างเช่น สมาคมนักเรียนไม่มีประโยชน์เกี่ยวข้องที่จะทำให้มีสิทธิฟ้องคดีโต้แย้งหนังสือเวียนเกี่ยวกับการพิจารณาข้อพิพาทเรื่องขับคนต่างชาติดอกไปนอกราชอาณาจักร⁷⁷ นอกจากนั้น ยังเป็นการตัดโอกาสมิให้มีการฟ้องคดีของบรรดาสมาคมต่าง ๆ ที่ประโยชน์ส่วนรวมที่มุ่งคุ้มครองตามวัตถุประสงค์นั้นกว้างเกินไปเมื่อเปรียบเทียบกับตัวคำสั่งที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี เป็นต้นว่า สมาคมแห่งหนึ่งซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อ “ต่อสู้กับความอยุติธรรม” ไม่ว่าในรูปแบบใดหรือสถานที่ใด ไม่มีสิทธิฟ้องคดีโต้แย้งหนังสือเวียนเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาเรื่องคนต่างชาตินที่เข้าเมืองหรืออยู่อาศัยโดยไม่ถูกต้อง⁷⁸ เป็นต้น

⁷³ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 6 ต.ค. 1965, คดี Marcy หน้า 493

⁷⁴ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 29 ธ.ค. 1995, คดี Bercher, วารสาร DA, หน้า 102

⁷⁵ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 14 ม.ค. 1994, คดี Coll. Termit.De Corse et Casalonga, หน้า 16

⁷⁶ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 27 ก.พ. 1985, คดี SA Grands travaux et constrctions immobilières, หน้า 72

⁷⁷ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 10 ม.ค. 1992, คดี UNEF, หน้า 1196

⁷⁸ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 10 มี.ค. 1995, Assoc. Le droit pour la justice et la democratic, วารสาร DA 1995, หัวข้อที่ 385

ประการสุดท้าย ศาลปกครองฝรั่งเศสวางหลักว่าประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียนั้นจะต้องมีลักษณะ “โดยตรง” และค่อนข้าง “แน่นอน” ซึ่งกรณีอย่างไรที่จะเรียกว่าเป็นประโยชน์เกี่ยวข้อง “โดยตรง” นั้น ศาลเคยพิพากษาว่า สมาคมต่อต้านการดื่มสุรามีประโยชน์เกี่ยวข้องโดยตรงพอเพียงที่จะฟ้องโต้แย้งมาตรการที่มุ่งสนับสนุนกิจกรรมของผู้ผลิตไวน์⁷⁹ ในทางกลับกัน ผู้ประกอบการก่อสร้างไม่มีประโยชน์เกี่ยวข้องโดยตรงเพียงพอที่จะฟ้องเพิกถอนกฎฎีกาที่ลดหย่อนภาษีแก่บุคคลที่ออมเงินได้ของตนเพื่อก่อสร้างที่พักอาศัย โดยการอ้างแต่เพียงผลกระทบจากกฎฎีกาดังกล่าวที่จะมีแก่อาชีพของตน⁸⁰ สำหรับลักษณะที่ว่าประโยชน์เกี่ยวข้องต้องค่อนข้าง “แน่นอน” นั้น ศาลดูเพียง “ความเป็นไปได้” ที่ประโยชน์เกี่ยวข้องอาจถูกกระทบกระเทือนเท่านั้น มิใช่ถึงขนาดว่าจะต้องมีประโยชน์แน่นอนจริง ๆ ยกตัวอย่างเช่น ข้าราชการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการหรือเลื่อนชั้นข้าราชการที่อยู่ในกลุ่มเดียวกับตนได้⁸¹ (จริง ๆ แล้ว ข้าราชการผู้นั้นอาจถูกแต่งตั้งหรือเลื่อนชั้นหรือไม่ก็ได้) เป็นต้น

สำหรับหลักเกณฑ์ที่แสดงให้เห็นว่าศาลพิจารณาอย่างเปิดกว้างนั้น สะท้อนให้เห็นจากความหลากหลายของประโยชน์เกี่ยวข้องที่ศาลยอมรับว่าทำให้ผู้นำคดีมาฟ้องเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี เป็นต้นว่า ศาลยอมรับว่าประโยชน์เกี่ยวข้องอาจเป็นในทางวัตถุ (matériel) หรืออาจเป็นในทางจิตใจ (moral) ก็ได้ เช่น ศาลพิพากษาว่าอดีตทหารผ่านศึกมีสิทธิฟ้องขอให้เพิกถอนระเบียบที่ให้อำนาจทางราชการออกบัตรประจำตัวทหารผ่านศึกให้แก่ผู้ที่ไม่เคยมีส่วนร่วมในการปฏิบัติการทางทหารแต่อย่างใด⁸² และสมาคมเพื่อนแห่งโรงเรียน Polytechnique มีสิทธิฟ้องโต้แย้งมาตรการที่อาจกระทบกระเทือนต่อชื่อเสียงของโรงเรียน⁸³ นอกจากนี้ ศาลยังยอมรับว่าประโยชน์เกี่ยวข้องอาจเป็นของบุคคลธรรมดาหรือเป็นของนิติบุคคลก็ได้ เช่น เทศบาล (Commune) แห่งหนึ่งมีประโยชน์เกี่ยวข้องที่จะฟ้องเพิกถอน

⁷⁹ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 25 เม.ย. 1934, คดี Ligue nationale contre l'alcoolisme, หน้า 493

⁸⁰ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 7 มี.ค. 1963, คดี Synd. Professionnel du bâtiment et des travaux public du Lotret, หน้า 1059

⁸¹ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 22 มี.ค. 1918, คดี Rascol, หน้า 318

⁸² คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 13 พ.ค. 1946 คดี Bourgoin, หน้า 214

⁸³ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 13 ก.ค. 1948 คดี Société des amis de l'Ecole Polytechnique, หน้า 330

ใบอนุญาตก่อสร้างที่ออกให้ในเขตการปกครองของตน⁸⁴ หรือฟ้องเพิกถอนมติของสภาเขต (département) ที่ให้เงินอุดหนุนเทศบาลอีกแห่งหนึ่ง⁸⁵ เป็นต้น ในประการสุดท้าย ศาลวางหลักว่าประโยชน์เกี่ยวของนี้อาจเป็นประโยชน์เกี่ยวของในลักษณะร่วมกันของกลุ่มบุคคล (intérêt collectif) ก็ได้ ดังตัวอย่างกรณีการฟ้องคดีของนิติบุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้กล่าวมาแล้ว

2.1.3 ข้อวิเคราะห์หลักกฎหมายของต่างประเทศ

จากแนวทางของหลักกฎหมายของต่างประเทศตามที่เพิ่งกล่าวมา เห็นได้ว่า หลักกฎหมายของเยอรมันที่ยึดเกณฑ์เรื่อง “สิทธิ” ตามกฎหมายเยอรมันเป็นแนวทางการพิจารณาคุณสมบัติของผู้ฟ้องคดีนั้นเป็นแนวทางที่แคบหรือจำกัดกว่าการถือเกณฑ์เรื่อง “ส่วนได้เสียหรือประโยชน์เกี่ยวของ” ตามกฎหมายของฝรั่งเศส ซึ่งหากถือเกณฑ์เรื่อง “สิทธิ” โดยเคร่งครัดจริง ๆ แล้วก็อาจทำให้การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางปกครองในชั้นศาลเป็นไปได้โดยยากขึ้น ในความเป็นจริงแนวทางในบางกรณีจึงมีลักษณะเป็นการผ่อนคลายน เกณฑ์ดังกล่าวลงบ้าง เช่น การยอมรับหลักการพิจารณาเพียง “ความเป็นไปได้” ของการที่สิทธิจะถูกกระทบกระเทือน หรือการขยายหลักว่าเพื่อนบ้านเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามกฎหมายก่อสร้าง⁸⁶ ซึ่งหากถือโดยเคร่งครัดแล้ว เพื่อนบ้านซึ่งมิใช่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง (ใบอนุญาต) โดยตรงย่อมไม่มีสิทธิใด ๆ ที่ถูกกระทบกระเทือนจากการออกใบอนุญาตดังกล่าว การใช้หลักเกณฑ์เรื่องสิทธิซึ่งกำหนดโดยมาตรา 42 วรรคสอง VwGO จึงมีผู้เห็นว่า ก่อให้เกิดปัญหาและทำให้คำพิพากษาของศาลปกครองเยอรมันไม่เป็นเอกภาพนัก⁸⁷ จริงอยู่ความจำเป็นที่ต้องกำหนดขอบเขตของผู้ฟ้องคดีไว้เพื่อป้องกันมิให้มีการฟ้องศาลโดยบุคคลใด ๆ ก็ได้ เป็นแนวคิดที่ยอมรับตรงกันเป็นสากล แต่ขอบเขตที่กำหนดคงไม่ถึงขนาดว่าจะต้องพิจารณาถึง “สิทธิ” ของผู้นำคดีมาฟ้องในคดีทุก ๆ ประเภท เพราะจะทำให้โอกาสที่ศาลปกครองเข้าตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองลดลงและมีโอกาสให้ความเป็นธรรมแก่ประชาชนได้ค่อนข้างจำกัด อนึ่ง การที่กฎหมายเยอรมันใช้หลักเกณฑ์เรื่อง “สิทธิ” เป็นเกณฑ์ในการกำหนดอำนาจฟ้องคดี แต่กลับต้องพบอุปสรรคจากการใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวหากใช้

⁸⁴ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 14 ธ.ค. 1981, Sari European Homes, หน้า 467

⁸⁵ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 11 มิ.ย. 1997, คดี Département De l'Oise, วารสาร DA 1997, หัวข้อที่ 313

⁸⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, บันทึกเรื่อง การฟ้องโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองและการฟ้องเพื่อให้ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน, อ้างแล้ว, หน้า 14-16

⁸⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 25

อย่างเคร่งครัดนั้น เป็นเรื่องที่เข้าใจได้ เพราะการกำหนดประเภทคำฟ้องตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพิจารณาความในศาลปกครอง (VwGO) แท้จริงแล้วเป็นการนำเอารูปแบบคำฟ้องพื้นฐาน 3 รูปแบบในคดีแพ่ง ซึ่งได้แก่ คำฟ้องเกี่ยวกับสิทธิ (Gestaltungsklage) คำฟ้องเกี่ยวกับประโยชน์ (leistungsklage) และคำฟ้องขอให้พิสูจน์นิติสัมพันธ์ (Feststellungsklage) จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้⁸⁸ แล้วจึงนำมากำหนดคำฟ้องรูปแบบอื่นเพิ่มเติม ซึ่งการยึดติดกับรูปแบบการฟ้องคดีแพ่งนี้เอง (อันมีผลต่อไปถึงเรื่องเกณฑ์การพิจารณาอำนาจฟ้องด้วย) อาจเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดปัญหาในกฎหมายเยอรมัน

สำหรับหลักกฎหมายของฝรั่งเศสนั้น เห็นได้ชัดว่า การพิจารณาคุณสมบัติของผู้มีสิทธิฟ้องคดีกว้างกว่ากฎหมายเยอรมัน โดยหลักเรื่อง “สิทธิ” จะใช้เฉพาะกรณีของผู้ฟ้องคดีในคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มเท่านั้น ส่วนกรณีที่เป็นคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองศาลถือเกณฑ์เรื่อง “ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย” ซึ่งกว้างกว่าเกณฑ์เรื่อง “สิทธิ” โดยเหตุผลที่ศาลปกครองฝรั่งเศสถือเพียงเกณฑ์เรื่อง “ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย” เป็นหลักในการพิจารณานั้น ก็เนื่องจากมุ่งหมายเพียงให้มีความสัมพันธ์ระหว่างผู้นำคดีมาฟ้องกับเหตุแห่งการฟ้องคดีในระดับหนึ่งเท่านั้น เพราะปรัชญาของเรื่องนี้เป็นกรณีที่ประสงค์ให้ศาลสามารถทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และในหลายกรณีตามความเป็นจริง “สิทธิ” ในทางอัตตะวิสัยของผู้นำคดีมาฟ้องยังไม่เกิดหรือยังไม่ได้รับการกระทบกระเทือน เช่น คำสั่งทางปกครองเฉพาะรายที่กำหนดเงื่อนไขเวลาบังคับก่อน หรือกฎซึ่งผลกระทบต่อสิทธิจะเกิดขึ้นต่อเมื่อผู้ฟ้องคดีมีกรณีต้องดำเนินการในเรื่องที่กฎดังกล่าวกำหนดไว้เสียก่อน แต่เมื่อมุ่งหมายให้เป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายนิติกรรมทางปกครอง จึงยอมรับความสัมพันธ์ในระดับของการมีส่วนได้เสียหรือประโยชน์เกี่ยวข้องเพื่อเป็นช่องทางให้ศาลเข้าไปตรวจสอบได้ นอกจากนั้นการใช้เกณฑ์เรื่อง “ประโยชน์เกี่ยวข้อง” ยังเปิดโอกาสให้ศาลปกครองฝรั่งเศสรับพิจารณาคดีเรื่องที่กระทบกระเทือนต่อทางจิตใจหรือกรณีของประโยชน์ร่วมกัน (intérêt collectif) ได้ ซึ่งจากตัวอย่างที่พิจารณามาแล้วเห็นได้ว่า เป็นการเปิดช่องให้ประชาชนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางปกครองในชั้นศาลได้กว้างกว่า

⁸⁸ เพียศรี วงศ์เสรี, อ้างแล้ว, หน้า 2 และหน้า 22-23

2.2 แนวทางในกฎหมายไทย

2.2.1 แนวทางที่ผ่านมาในอดีต

แนวทางที่ศาลยุติธรรมใช้คงเป็นการพิจารณาเรื่อง “สิทธิ” ของผู้คัดค้านมาฟ้อง ว่าเป็นกรณีที่มีการโต้แย้งสิทธิหรือเป็นกรณีที่ต้องมีการใช้สิทธิทางศาลหรือไม่ ตามนัยมาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁸⁹ ซึ่งเหตุที่ศาลต้องถือเกณฑ์เช่นนี้ก็เป็นที่เข้าใจได้เช่นกัน เพราะเมื่อมีการนำคดีมาฟ้องต่อศาลยุติธรรม แม้คดีนั้นโดยสภาพจะเป็นคดีปกครองก็ตาม แต่ศาลเองก็ต้องค้นหาฐานทางกฎหมายในการพิจารณารับคำฟ้อง ซึ่งกรณีมีเพียงมาตรา 55 ดังกล่าวเป็นฐานหลักที่ศาลใช้เป็นเกณฑ์อ้างอิง อย่างไรก็ตาม การใช้เกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอาจทำให้มีข้อจำกัดในการรับฟ้องคดีปกครอง เช่น กรณีที่ศาลยุติธรรมเคยปฏิเสธสิทธิการฟ้องคดี (แพ่ง) ของคณะบุคคลตามที่กล่าวมาแล้ว หรือกรณีที่ศาลยุติธรรมปฏิเสธสิทธิการฟ้องคดีของสมาชิกสภาเทศบาลหรือราษฎรในท้องถิ่นที่จะร้องขอให้เพิกถอนการประชุมสภาเทศบาล โดยให้เหตุผลว่าพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 หาได้มีบทบัญญัติให้บุคคลใช้สิทธิทางศาลในเรื่องนี้ไว้แต่อย่างใดไม่⁹⁰ ซึ่งจริง ๆ แล้วมีผู้เห็นว่า โจทก์ซึ่งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลน่าจะเป็นผู้ถูกโต้แย้งสิทธิแล้ว⁹¹ [หมายเหตุ : อันที่จริงกรณีเช่นนี้คงเป็นเรื่องที่ยากที่จะถือว่ามี การโต้แย้ง “สิทธิ” เพราะเป็นเรื่องที่สมาชิกสภาเทศบาลโต้แย้งการแต่งตั้งสมาชิกสภาเทศบาล (ประเภทที่มาจากการแต่งตั้ง) ว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเห็นได้ว่า กรณีไม่ได้เป็นเรื่องของ “สิทธิ” ทางอัตตะวสัยตามที่คุ้นเคยกันในกฎหมายเอกชนแต่อย่างใด แต่ก็เห็นได้เช่นกันว่า สมาชิกสภาเทศบาลก็ควรฟ้องคดีในลักษณะเช่นนี้ได้ เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับองค์ประกอบของสภาเทศบาลที่ตนร่วมอยู่ เกณฑ์การพิจารณาจากเรื่อง “ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย” จึงน่าจะนำมาใช้ได้ดีกว่า] และการที่ศาลไม่รับฟ้องก็เท่ากับศาลปล่อยให้นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลบังคับอยู่ต่อไป ซึ่งแสดงว่าศาลมิได้ทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย⁹²

กระนั้นก็ตาม อาจจะเนื่องด้วยเหตุว่า สภาพความสัมพันธ์ทางกฎหมายปกครองระหว่างประชาชนกับรัฐเรียกร้องให้มีการขยายหลักเกณฑ์การเปิดโอกาสให้มี

⁸⁹ กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, “อำนาจฟ้องคดีปกครอง”, กฎหมายปกครอง, กองทุนสวัสดิการกองวิชาการ, 2543, หน้า 79

⁹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1357/2496

⁹¹ มานิตย์ จุมปา, การยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง, ว.พ. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540, หน้า 271

⁹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 272

สิทธิฟ้องคดี ดังนั้น จึงมีในบางกรณีที่ศาลยุติธรรมถือหลักที่ค่อนข้างเปิดกว้างขึ้น (แม้จะไม่มากนัก) เช่น ศาลยอมรับให้โจทก์ซึ่งเป็นผู้มีบ้านเรือนติดกับสถานที่ก่อสร้างมีอำนาจฟ้องขอให้เพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างได้⁹³ เป็นต้น

สำหรับแนวทางของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์นั้นกล่าวได้ว่า ที่ผ่านมาได้พิจารณาคุณสมบัติผู้มีสิทธิร้องทุกข์ยึดหยุ่นกว่าแนวทางของศาลยุติธรรม เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องมาจากเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณากำหนดเอาไว้กว้างกว่ามาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั่นเอง โดยมาตรา 19 (1)⁹⁴ แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 กำหนดให้พิจารณาเพียงว่าผู้ร้องทุกข์เป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย (หรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้) หรือไม่ ซึ่งการที่บุคคลจะเดือดร้อนเสียหายอาจเป็นเรื่องใด ๆ ก็ได้ โดยไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเรื่อง “สิทธิ” ถูกกระทบกระเทือนเท่านั้น แต่การจะเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายก็เห็นได้อยู่ในตัว เช่นกันว่า “ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย” ของผู้นำเรื่องมาร้องทุกข์ต้องได้รับความกระทบกระเทือนนั่นเอง

ด้วยเหตุนี้ จึงมีกรณีที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์รับเรื่องร้องทุกข์ไว้พิจารณา แม้ว่าหากจะใช้เกณฑ์พิจารณาเรื่อง “สิทธิ” แล้วก็ยากที่จะรับไว้พิจารณาได้ เช่น ราษฎรที่อยู่อาศัยบริเวณใกล้เคียงเป็นผู้มีสิทธิร้องทุกข์ว่ามีการนำสาธารณสุขสมบัติของแผ่นดินไปใช้โดยมิชอบ⁹⁵ หรือราษฎรในเขต อบต. มีสิทธิร้องทุกข์ว่า อบต. ใช้ที่สาธารณสุขสมบัติโดยมิชอบ⁹⁶ ได้ หรือกรณีที่เจ้าของร้านขายยาขายยามีสิทธิร้องทุกข์ได้แย้งประกาศกระทรวงสาธารณสุข ที่กำหนดท้องที่ให้มีเภสัชกรประจำร้านขายยาประจำตลอดเวลาได้ แม้ว่าขณะนี้ยังไม่ถึงเวลาที่ประกาศดังกล่าวจะมีผลบังคับใช้⁹⁷ ก็ตาม เป็นต้น

⁹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2949/2526 (ที่ประชุมใหญ่)

⁹⁴ มาตรา 19 เรื่องร้องทุกข์ที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะรับไว้พิจารณาได้ต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) เป็นเรื่องที่ผู้ร้องทุกข์ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้และ

ฯลฯ

ฯลฯ

⁹⁵ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 242/2542 กรณีนายสังวาลย์ คล้ายกระแสน

⁹⁶ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 17/2542 กรณีนางบัว สุจริตจู

⁹⁷ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 20/2528 กรณีนายวิชณุ หงส์พงศ์ กับพวก

2.2.2 แนวทางตามกฎหมายปัจจุบัน

เกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดให้ศาลปกครองใช้ในการพิจารณา รับฟ้องคดีนั้น กำหนดไว้ในมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจ หลีกเลี่ยงได้...” ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่า หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นเช่นเดียวกันกับที่กำหนดไว้ สำหรับการพิจารณาคุณสมบัติของผู้มีสิทธิร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการ กฤษฎีกา ดังนั้น โดยถ้อยคำและที่มาของบทบัญญัติดังกล่าว จึงต้องถือว่า หลักเกณฑ์ที่ ศาลปกครองจะนำมาใช้ในการพิจารณาคุณสมบัติของผู้ฟ้องคดีปกครองนั้นย่อมกว้างกว่า การพิจารณาจากเกณฑ์เรื่อง “สิทธิ” ของผู้นำคดีมาฟ้อง โดยต้องถือเกณฑ์เรื่อง “ประโยชน์ เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย” เป็นหลักว่าเมื่อใดมีการกระทบกระเทือนต่อประโยชน์เกี่ยวข้องหรือ ส่วนได้เสียก็ฟ้องคดีได้ ส่วนระดับของ “ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย” นั้น ก็ยึดหยุ่นตาม ลักษณะของคดีพิพาทที่จะนำมาฟ้องต่อศาล อนึ่ง หลักเรื่องประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียนี้ ยังมีปรากฏชัดเจนอยู่ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ส่วนที่เป็นคำนิยาม ของคำว่า “คู่กรณี” ซึ่งกำหนดว่า “คู่กรณี” หมายความว่า ผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดี และให้ หมายความว่ารวมถึงบุคคล หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเข้ามาเป็นคู่กรณี ด้วยการร้องสอด ไม่ว่าจะเป็นด้วยความสมัครใจหรือโดยถูกคำสั่งศาลปกครองเรียกเข้ามาในคดี ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรืออาจถูกกระทบจากผลแห่งคดีนั้น...”

ประการที่สำคัญที่สุด หากคำนึงถึงการเข้าถึงกระบวนการ ยุติธรรมทางปกครองในชั้นศาลแล้ว การจะจำกัดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิฟ้องคดีเอาไว้แต่เพียงว่า จะต้องเป็นผู้ทรงสิทธิและ “สิทธิ” ในทางอัตตะวิสัยของบุคคลนั้นได้รับการกระทบกระเทือนหรือ สิทธิถูกละเมิดแล้ว ย่อมทำให้หนทางที่ประชาชนจะนำคดีมาสู่ศาลปกครองแคบลงไป และ ศาลปกครองเองก็จะไม่สามารถทำหน้าที่ตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองได้อย่างเต็ม ประสิทธิภาพ ซึ่งอุปสรรคเหล่านี้ก็เห็นตัวอย่างได้จากกรณีของกฎหมายเยอรมันตามที่กล่าว มาแล้ว ขณะที่การใช้เกณฑ์เรื่องประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียเป็นฐานในการพิจารณา นอกจากจะไม่กระทบกระเทือนต่อหลักการที่ไม่ประสงค์ให้ใครก็ตามสามารถฟ้องคดีต่อศาล ได้แล้ว ยังขยายโอกาสให้ประชาชนเสนอคดีสู่ศาลได้กว้างขึ้น ซึ่งจะเป็นการเปิดโอกาสให้ ศาลปกครองทำหน้าที่เป็นที่พึ่งในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองได้ตามภาระหน้าที่ ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นตามไปด้วย

สรุป

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น จึงมีข้อสรุปเกี่ยวกับประเภทคดีปกครองและ ผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดีแต่ละประเภทตามกฎหมายไทย ดังนี้

1. คดีฟ้องโต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางกฎหมายของ ฝ่ายปกครอง ซึ่งแยกย่อยออกเป็น 3 ประเภท คือ

1.1 คดีฟ้องขอให้ยกเลิกหรือเพิกถอน “คำสั่งทางปกครอง” โดยผู้มีสิทธิ ฟ้องคดีได้แก่ บุคคลธรรมดา นิติบุคคล คณะบุคคล หรือหน่วยงานของรัฐในกรณีที่เป็น คดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน และเกณฑ์ในการพิจารณาคุณสมบัติของผู้มีสิทธิ ฟ้องคดีใช้เกณฑ์ “ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย”

1.2 คดีฟ้องขอให้ยกเลิก “กฎ” ทางปกครอง โดยผู้มีสิทธิฟ้องคดีได้แก่บุคคล ธรรมดา นิติบุคคล คณะบุคคล หรือหน่วยงานของรัฐในกรณีที่เป็นคดีพิพาทระหว่างหน่วยงาน ของรัฐด้วยกัน และใช้เกณฑ์ “ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย” ในการกำหนดตัวผู้มีสิทธิ ฟ้องคดีเช่นกัน

1.3 คดีฟ้องโต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของ “การกระทำอื่น” ของ ฝ่ายปกครอง ซึ่งผู้มีสิทธิฟ้องคดีได้แก่ บุคคลธรรมดา นิติบุคคล คณะบุคคล หรือหน่วยงาน ของรัฐในกรณีที่เป็นคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน และใช้เกณฑ์พิจารณาเรื่อง “ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย”

2. คดีฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองกระทำการอันเนื่องมาจากฝ่ายปกครองละเลยต่อ หน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร ซึ่งผู้มีสิทธิฟ้องคดีได้แก่ บุคคลธรรมดา นิติบุคคล คณะบุคคล และอาจรวมถึงหน่วยงานของรัฐด้วยในกรณีคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐ ด้วยกัน โดยใช้เกณฑ์เรื่อง “ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย” ในการกำหนดตัวผู้มีสิทธิ ฟ้องคดี

3. คดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองจากการกระทำละเมิดหรือ ความรับผิดชอบอื่น ผู้มีสิทธิฟ้องคดี ได้แก่ บุคคลธรรมดา นิติบุคคล แต่ไม่รวมถึงคณะบุคคล และอาจเป็นหน่วยงานของรัฐในคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน คดีประเภทนี้จะใช้ เกณฑ์เรื่อง “สิทธิ” ของผู้ฟ้องคดีถูกกระทบกระเทือน

4. คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (ความรับผิดทางสัญญา) ซึ่งผู้มีสิทธิ ฟ้องคดีได้แก่บุคคลธรรมดา นิติบุคคล แต่ไม่รวมถึงคณะบุคคล และอาจเป็นหน่วยงานของรัฐ ก็ได้ในคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน โดยใช้เกณฑ์เรื่อง “สิทธิ” ของผู้นำคดี มาฟ้องถูกกระทบกระเทือน

5. คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้เสนอคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งต้องพิจารณาตามกฎหมายเฉพาะเป็นรายฉบับ

6. คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ผู้มีสิทธิฟ้องคดีและเกณฑ์การพิจารณาเป็นไปตามที่กฎหมายเฉพาะกำหนด

**การฟ้องคดีปกครองของนิติบุคคลหรือคณะบุคคล : ความจำเป็นในการ
พิจารณาเรื่อง “ความสามารถ” และ “คุณสมบัติ” ของผู้ฟ้องคดีโดยไม่ปะปนกัน^{*}**
ดร.บุญอนันต์ วรรณพานิชย์^๑

โดยที่คณะทำงานตุลาการศาลปกครองสูงสุดด้านการจัดทำระเบียบวิธีพิจารณาคดีปกครองได้หยิบยกประเด็นการฟ้องคดีปกครองของสมาคม มูลนิธิ หรือนิติบุคคลขึ้นพิจารณา และได้เสนอความเห็นเป็นหลายแนวทางซึ่งยังไม่มีข้อยุติ

สำนักงานศาลปกครองเห็นว่า ประเด็นดังกล่าวเป็นประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งในเรื่องการฟ้องคดีปกครอง และยังมีประเด็นอื่น ๆ ในเรื่องนี้ที่มีความสัมพันธ์กัน ซึ่งสมควรได้รับการพิจารณาประกอบกัน เพื่อให้สามารถมองเห็นภาพรวมเป็นเรื่องเดียว เช่น ประเด็นเรื่อง “คุณสมบัติ” ของบุคคลที่อาจเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี ประเด็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่าง “คุณสมบัติ” และ “ความสามารถ” ของผู้มีสิทธิฟ้องคดี รวมไปถึงประเด็นเรื่องความจำเป็นและความเหมาะสมในการกำหนดกฎเกณฑ์เรื่องต่าง ๆ ดังกล่าวไว้ในระเบียบวิธีพิจารณาคดีปกครอง

สำนักงานฯ จึงเห็นสมควรจัดทำบันทึกฉบับนี้เพื่อเสนอเป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาของคณะทำงานฯ และเพื่อให้การพิจารณามีความชัดเจน สำนักงานฯ จึงขอเสนอประเด็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเรื่อง “คุณสมบัติ” และ “ความสามารถ” ของผู้มีสิทธิฟ้องคดี เป็นประเด็นแรก จากนั้น จะได้เสนอประเด็นเรื่อง “คุณสมบัติ” ของบุคคลที่อาจเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี เพื่อจะกล่าวถึงกรณีของนิติบุคคลหรือคณะบุคคลได้ในรายละเอียด เป็นประเด็นที่สอง และในตอนท้ายจึงจะได้เสนอประเด็นเรื่องความจำเป็นและความเหมาะสมในการกำหนดกฎเกณฑ์เรื่องนี้ไว้ในระเบียบวิธีพิจารณาคดีปกครอง

1. ความสัมพันธ์ระหว่างเรื่อง “คุณสมบัติ” และเรื่อง “ความสามารถ” ของผู้มีสิทธิฟ้องคดี

การฟ้องคดีปกครองมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการฟ้องคดีที่ต้องพิจารณาในลักษณะเดียวกับการฟ้องคดีประเภทอื่น ๆ เช่น การฟ้องคดีต้องทำภายในกำหนดเวลาใด

^{*} เอกสารนี้ปรับปรุงขึ้นจากเอกสารที่ได้จัดทำในขณะที่ยังเขียนปฏิบัติหน้าที่ในสำนักวิจัยและวิชาการ โดยได้ปรับปรุงเฉพาะในส่วนของผู้ฟ้องคดีและถ้อยคำเพื่อให้เข้าใจได้ชัดเจนยิ่งขึ้น

^๑ น.บ. (จุฬาฯ), นบท., น.ม. (จุฬาฯ), ปริญญาเอกทางกฎหมายมหาชน (Docteur en Droit) เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง มหาวิทยาลัย Toulouse ประเทศฝรั่งเศส, ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองกลาง และตุลาการผู้แถลงคดีในศาลปกครองสูงสุด

การฟ้องคดีต้องมีรูปแบบอย่างไรหรือไม่ การฟ้องคดีต้องมีค่าใช้จ่ายเพียงใด หรือไม่ ฯลฯ เป็นต้น และในส่วนที่เกี่ยวกับตัวผู้มีสิทธิฟ้องคดีซึ่งเป็นเงื่อนไขสำคัญเรื่องหนึ่งได้มีการแยกเรื่อง “คุณสมบัติ” กับเรื่อง “ความสามารถ” ของผู้ฟ้องคดีเป็นคนละส่วนกัน และการแยกออกเป็นคนละส่วนเช่นนี้เป็นที่เข้าใจได้ในตัว กล่าวคือ กรณี “คุณสมบัติ” ของผู้มีสิทธิฟ้องคดีนั้นเป็นการพิจารณาถึง “ความสัมพันธ์” ระหว่างสิทธิหน้าที่หรือส่วนได้เสียของบุคคลดังกล่าวกับเหตุที่น่าคดีมาฟ้อง รวมทั้งคำขอที่ขอให้ศาลแก้ไขเยียวยา โดยพิจารณาว่ามีความสัมพันธ์ในระดับที่การฟ้องคดีประเภทนั้น ๆ ยอมรับได้หรือไม่ เพียงใด ส่วนกรณี “ความสามารถ” ในการฟ้องคดีนั้น เป็นการพิจารณาว่าเมื่อมีบุคคลที่ถูกกระทบสิทธิหรือส่วนได้เสียแล้ว บุคคลนั้นมีความสามารถที่กฎหมายยอมรับให้ฟ้องคดีได้หรือไม่ อาทิเช่น กรณีผู้ที่สิทธิหรือส่วนได้เสียถูกกระทบกระเทือนเป็นผู้เยาว์หรือผู้ไร้ความสามารถ ย่อมเป็นผู้มีคุณสมบัติที่จะฟ้องคดีได้แล้ว แต่ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่า จะมีความสามารถในการฟ้องคดีได้อย่างไรหรือไม่ ในคดีแพ่งเอง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็ได้แยกบัญญัติเรื่องทั้งสองเอาไว้ต่างมาตรากัน¹ ซึ่งก็เป็นข้อสนับสนุนว่า แม้เรื่องทั้งสองดังกล่าวจะมีความสัมพันธ์กันเพราะเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดีในเรื่องบุคคลผู้มีสิทธิฟ้องคดี แต่ก็มิใช่เป็นเรื่องเดียวกันและมีเรื่องนี้อาจนำมาพิจารณาปะปนกัน

สำหรับการฟ้องคดีปกครองนั้น เหตุผลหลักที่จำเป็นต้องหยิบยกประเด็นนี้ขึ้นพิจารณาก็เนื่องจาก ประการแรก พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้บัญญัติแยกให้เห็นความแตกต่างระหว่างทั้งสองเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน โดยมีได้มีบทบัญญัติในเรื่อง “ความสามารถ” ของผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด (หมายเหตุ : คงมีเพียงการกล่าวถึงเรื่องคุณสมบัติของผู้ฟ้องคดี การมีผู้แทนในการฟ้องคดีกรณีที่มีผู้ฟ้องคดีปกครองหลายคนในเหตุเดียวกัน² ซึ่งเป็นเรื่องของ “การเป็นผู้แทน” ในการฟ้องคดี (representation) และเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนคู่ความโดยทนายความหรือบุคคลอื่น³ ซึ่งล้วนมิใช่เรื่องความสามารถในการฟ้องคดี) ประการที่สอง การพิจารณาเรื่อง

¹ โดยมาตรา 55 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นเรื่องผู้มีสิทธิฟ้องคดี และมาตรา 56 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นเรื่องความสามารถในการฟ้องคดี

² พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 45 วรรคสาม

³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 45 วรรคท้าย

คุณสมบัติของผู้ฟ้องคดีกับเรื่องความสามารถของบุคคลดังกล่าวในการฟ้องคดีอาจมีความสับสนขึ้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่นิติบุคคลหรือคณะบุคคลเป็นผู้ฟ้องคดี

ในปัญหาที่ว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ มิได้มีบทบัญญัติเรื่องดังกล่าวอย่างชัดเจนนั้น กรณีพึงเป็นที่เข้าใจในเบื้องต้นว่า เมื่อการฟ้องคดีปกครองเป็นการฟ้องคดีประเภทหนึ่ง ซึ่งมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการฟ้องคดีที่ต้องนำมาพิจารณาในลักษณะเช่นเดียวกันกับการฟ้องคดีประเภทอื่น ๆ รวมถึงเรื่องการแยกประเด็นระหว่างเรื่อง “คุณสมบัติ” ของผู้ฟ้องคดีกับ “ความสามารถ” ในการฟ้องคดีเป็นคนละส่วนกัน ดังนั้น จึงเป็นหลักอยู่ในตัวว่า จะต้องมีการวางหลักเกณฑ์เรื่อง “คุณสมบัติ” ของผู้ฟ้องคดีปกครองกับเรื่อง “ความสามารถ” ของบุคคลดังกล่าวในการฟ้องคดีปกครอง เอาไว้ให้ชัดเจน ส่วนสาเหตุที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ มิได้มีบทบัญญัติแยกเรื่อง “ความสามารถ” ในการฟ้องคดีไว้เป็นการเฉพาะนั้น อาจเป็นที่เข้าใจได้ว่า กฎหมายมีความประสงค์ที่จะให้หลักเกณฑ์กรณีดังกล่าวเป็นไปตามหลักปกติที่ใช้กันอยู่ (ซึ่งได้แก่เรื่องความสามารถในการฟ้องคดีแพ่ง) และโดยเฉพาะอย่างยิ่งนับตั้งแต่ประเทศไทยได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็จำเป็นต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ตามกฎหมายดังกล่าวประกอบด้วย เพราะต้องถือว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะแล้วสำหรับเรื่องทางปกครอง⁴ ดังจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้กำหนดเรื่อง “คุณสมบัติ” ของบุคคลที่จะเป็นคู่กรณี และเรื่อง “ความสามารถ” ของคู่กรณีที่จะกระทำการในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเอาไว้ทั้งสองเรื่อง และได้กำหนดไว้แยกต่างหากจากกัน⁵ ซึ่งก็เป็นข้อสนับสนุนอีกประการหนึ่งว่า ในเรื่องการฟ้องคดีปกครองก็มีความจำเป็นที่จะต้องมีหลักเกณฑ์ในทั้งสองเรื่องดังกล่าวและแยกบัญญัติไว้ให้ชัดเจนด้วย

สำหรับปัญหาที่ว่า หากไม่เข้าใจเรื่อง “คุณสมบัติ” และ “ความสามารถ” แล้วในการพิจารณาประเด็นเรื่องผู้มีสิทธิฟ้องคดีก็อาจมีความสับสนขึ้นได้ โดยเฉพาะกรณีที่นิติบุคคลหรือคณะบุคคลเป็นผู้ฟ้องคดีนั้น ก็สืบเนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่า โดยปกติแล้วเมื่อความเป็นบุคคลหรือการมีสภาพบุคคลของนิติบุคคลมีอยู่ชัดเจนและสามารถตรวจสอบได้ง่าย

⁴ จริงอยู่แม้ว่า “ผู้มีสิทธิเป็นคู่กรณี” ในชั้นการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ กับ “ผู้มีสิทธิฟ้องคดี” ในชั้นศาลอาจมีเงื่อนไขบางประการในประเด็นปลีกย่อยที่แตกต่างกันได้ แต่โดยหลักการแล้วทั้งสองเรื่องมีฐานในการพิจารณาจากฐานอย่างเดียวกัน

⁵ มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดเรื่อง “ผู้มีสิทธิเป็นคู่กรณี” ส่วนเรื่อง “ความสามารถ” กระทำการกำหนดเอาไว้ตามมาตรา 22

ประเด็นเรื่อง “ความสามารถ” จึงไม่ค่อยถูกหยิบยกขึ้นเป็นปัญหา กรณีคงเหลือเพียงประเด็นเรื่อง “คุณสมบัติ” ของผู้ฟ้องคดีที่จะต้องพิจารณากันอยู่เสมอ เช่น เมื่อมีข้อพิพาททางแพ่งเกิดขึ้น ก็มักจะมีประเด็นหลัก ๆ ให้พิจารณาเพียงว่านิติบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ถูกโต้แย้งสิทธิหรือไม่ ซึ่งโดยทั่วไปก็จะเป็นเรื่องที่นิติบุคคลถูกโต้แย้งสิทธิโดยตรง แต่ปัญหาที่อาจเกิดความสับสนในกรณีของนิติบุคคลโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของคดีปกครองได้แก่ ปัญหากรณีที่นิติบุคคลฟ้องคดีในเรื่องที่เป็นการคุ้มครองประโยชน์ของสมาชิกหรือกรณีที่ฟ้องในเรื่องที่กระทบต่อสิ่งที่นิติบุคคลนั้นมุ่งคุ้มครองตามที่กำหนดไว้ใน “วัตถุประสงค์” ของนิติบุคคล โดยกรณีเช่นนี้อาจเกิดความสับสนว่าเป็นเรื่อง “คุณสมบัติ” ของผู้ฟ้องคดีหรือเป็นเรื่อง “ความสามารถ” ซึ่งจะได้นำกล่าวต่อไปในประเด็นที่สอง

อนึ่ง กรณีควรเสนอเป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาด้วยว่า หลักกฎหมายของต่างประเทศในประเด็นนี้ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ก็ได้มีการแยกออกเป็นคนละส่วนกันอย่างชัดเจนระหว่างเรื่อง “คุณสมบัติ” ของผู้ฟ้องคดีปกครอง (*la qualité à agir*) กับเรื่อง “ความสามารถ” ในการฟ้องคดี (*la capacité d'agir*)⁶ ซึ่งเหตุผลในการแยกเช่นนี้ก็เป็นการทำนองเดียวกันกับที่กล่าวมาแล้วข้างต้น โดยหลักการใหญ่ ๆ เรื่องความสามารถก็เป็นไปตามกฎหมายแพ่ง (หมายเหตุ : ประเทศฝรั่งเศสยังไม่มีกฎหมายกลางในเรื่องวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ทำนองเดียวกับที่ใช้บังคับอยู่ในกฎหมายไทย) แต่ก็มีข้อยกเว้นพิเศษบางประการที่ต่างไปจากวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งศาลปกครองได้วางบรรทัดฐานข้อยกเว้นเหล่านั้นขึ้นไว้ อันเป็นเหตุสืบเนื่องจากสภาพ (*nature*) ของความสัมพันธ์ทางกฎหมายปกครองซึ่งแตกต่างไปจากความสัมพันธ์ทางกฎหมายเอกชน เช่น บุคคลซึ่งแม้จะเป็นผู้ไร้ความสามารถหรือความสามารถถูกจำกัดตามกฎหมายแพ่ง ก็อาจจะเป็นผู้มีความสามารถฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่กระทบต่อหลักพื้นฐานในเรื่องเสรีภาพส่วนบุคคล (*principe fondamental de la liberté individuelle*)⁷ ได้ เป็นต้น

⁶ กล่าวได้ว่าในตำราอธิบายกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสทุกเล่มซึ่งได้มีการวิเคราะห์หลักกฎหมายฝรั่งเศสเรื่องนี้ ได้แยกเรื่องทั้งสองออกเป็นคนละส่วนกัน โปรดดูเป็นตัวอย่างใน André de Lanbadère et al, *Traité de droit administratif*, tome I, 14^e éd, 1996, L.G.D.J., หน้า 512-513

⁷ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 10 มิถุนายน 1995 คดี Dame Poujol, หน้า 355 (เลขหน้าที่กำกับท้ายคำพิพากษาเป็นเลขหน้าของหนังสือรวมคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ หรือเป็นเลขหน้าวารสารที่มีการนำคำพิพากษาลงพิมพ์)

2. “คุณสมบัติ” ของผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง

2.1 เหตุผลของการวางหลักเกณฑ์ในการกำหนดตัวผู้มีสิทธิฟ้องคดี

การที่ต้องวางหลักเกณฑ์เรื่องดังกล่าวมีเหตุผลพื้นฐาน 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก โดยที่องค์กรศาล(ไม่ว่าจะเป็นในคดีประเภทใด) จะมีอำนาจพิจารณาคดีหรือวินิจฉัยข้อพิพาทเรื่องหนึ่งเรื่องใดได้ก็ต่อเมื่อมีการเสนอคดีโดยบุคคลอื่น ส่วนองค์กรศาลจะเป็นผู้เสนอคดีเสียเองมิได้⁸ ประการที่สอง ในขณะเดียวกัน การที่ปราศจากหลักเกณฑ์กำหนดตัวผู้มีสิทธิฟ้องคดี ก็เท่ากับยอมรับให้บุคคลทุกคนไม่ว่าใครก็ตามอาจฟ้องคดีได้ (actio popularis) ซึ่งจะเป็นการเปิดช่องให้มีการใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลจนพร่ำเพรื่อหรือเกินขอบเขต⁹ ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์เพื่อกำหนดตัวผู้มีสิทธิฟ้องคดี

2.2 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในคดีปกครอง : ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย (intérêt) ของผู้คัดค้านฟ้อง

ดังได้กล่าวแล้วว่า ความจำเป็นที่ต้องมีการวางหลักเกณฑ์เอาไว้ก็เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงมิให้มีการฟ้องคดีโดยบุคคลใด ๆ ก็ได้ อย่างไรก็ดี โดยที่พัฒนาการในการฟ้องคดีปกครองเริ่มมาจากปรัชญาที่ว่าเป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง ไม่ใช่เป็นการฟ้องระหว่างตัวบุคคลกับตัวบุคคล ด้วยเหตุนี้ เกณฑ์ที่ศาลใช้จึงเป็นเพียงการพิจารณาถึงประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย (l'intérêt) ของผู้ฟ้องคดี ระดับความมากน้อยของประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย และความสัมพันธ์ระหว่างประโยชน์เกี่ยวข้องดังกล่าวกับสิ่งที่กฎหมายที่ถูกฝ่าฝืนนั้นมุ่งให้ความคุ้มครอง¹⁰ กล่าวอย่างง่าย ๆ ก็คือ ศาลปกครองของฝรั่งเศสได้ใช้หลักเกณฑ์เรื่องประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาตัวผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง ซึ่งเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้กับการฟ้องคดีปกครองไม่ว่าจะเป็นคดีประเภทใด แม้ในการพัฒนาในเวลาต่อมาได้มีกรณี

⁸ Charles Debbasch et Jean-Claude Ricci, Contentieux administratif, Précis Dalloz,

6^e éd, 1994. หน้า 241

⁹ J. Rivéro et J. Waline, Droit administratif, 17^e éd. Précis Dalloz, 1998 หน้า 235

¹⁰ A. de Laubadère, อ้างแล้ว, หน้า 514

การฟ้องเรื่องสัญญาทางปกครองหรือความรับผิดทางปกครองด้วย¹¹ ซึ่งศาลได้วางแนวว่า ผู้มีสิทธิฟ้องคดีดังกล่าวจะต้องเป็นผู้ทรงสิทธิ (titulaire du droit)¹² ก็ตาม แต่ก็เห็นได้ว่า กรณีเป็นการพิจารณาจากฐานอันเดียวกันคือเรื่องประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียนั่นเอง เพียงแต่ว่าในคดีประเภทนี้ ประโยชน์เกี่ยวข้องมีความใกล้ชิดและหนักแน่นมากขึ้นจนถึงระดับเป็นผู้ทรงสิทธิ ซึ่งก็เป็นเรื่องที่เป็นเหตุเป็นผลในตัวเอง เพราะการจะมีประโยชน์เกี่ยวข้องในเรื่องความรับผิดทางปกครองหรือเรื่องสัญญาทางปกครองจนถึงขนาดที่ขอให้ศาลพิพากษาให้ฝ่ายปกครองชดใช้เงินได้นั้น ผู้มีสิทธิฟ้องคดีก็สมควรจะต้องเป็นผู้ทรงสิทธิเท่านั้น ผู้เขียนตำราของฝรั่งเศสบางท่านอธิบายให้เห็นความแตกต่างว่า กรณีการฟ้องขอให้ยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องเป็นกรณีที่กำลังอาจกระทบต่อผู้ฟ้องคดี (faire grief) ส่วนกรณีที่ศาลมีอำนาจเต็มนั้น สถานการณ์ทางกฎหมายเฉพาะตัวของผู้ฟ้องคดี (สิทธิหน้าที่ทางอัตตะวิสัย) ต้องถึงขั้นได้รับความเสียหาย (droit lésé)¹³

สำหรับหลักเกณฑ์การพิจารณาตามกฎหมายของไทยนั้น แม้ได้มีการกำหนดว่าผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองต้องเป็นผู้ “ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้” แต่ก็พอเห็นได้ว่า การจะถือว่าบุคคลใดมีคุณสมบัติเป็นบุคคลดังกล่าว ก็จำเป็นต้องพิจารณาโดยใช้ “ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย” ของผู้นำคดีมาฟ้องเป็นเกณฑ์หลักในการพิจารณา นอกจากนั้น เป็นที่น่าสังเกตด้วยว่า ลักษณะการกำหนดคุณสมบัติของผู้ฟ้องคดีปกครองตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับมาตรา 19 (1) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการ

¹¹ ในประเทศฝรั่งเศส คดีปกครองแบ่งออกเป็นหลายประเภท แต่ประเภทหลักๆ ได้แก่ คดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (recours en annulation) ซึ่งผลจะเป็นเพียงการให้ยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งหรือกฎหมายทางปกครองเท่านั้น กับคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (recours de pleine juridiction) ซึ่งหมายถึงว่าศาลมีอำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองชดใช้เงินให้แก่เอกชนผู้ฟ้องคดีด้วย และพึงเป็นที่สังเกตว่า หากพิจารณาการแบ่งประเภทคดีดังกล่าวแล้ว กฎหมายของไทยก็มีแนวทางเป็นเช่นเดียวกัน โดยกรณีมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งศาลมีอำนาจสั่งตามมาตรา 72 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ตรงกับคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่ง และกรณีมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) และ (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งศาลมีอำนาจสั่งตามมาตรา 72 (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ตรงกับคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มนั่นเอง

¹² Rivero, อ้างแล้ว, หน้า 236

¹³ Pierre Fanachi, Le procès administratif, P.U.F., coll. Que sais-je?, 1993. หน้า 62-63

กฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ก่อนมีการยกเลิกโดยผลจากการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น ซึ่งที่ผ่านมาคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ก็ใช้เกณฑ์เรื่องส่วนได้เสียหรือประโยชน์เกี่ยวข้องเป็นแนวทางมาโดยตลอดในการพิจารณาว่าผู้ที่นำเรื่องมาร้องทุกข์เป็น “ผู้มีสิทธิร้องทุกข์” หรือไม่

2.3 ขอบเขตของคำว่า “ประโยชน์เกี่ยวข้อง”

เนื่องจากการใช้ “ประโยชน์เกี่ยวข้อง” เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา “คุณสมบัติ” ของผู้มีสิทธิฟ้องคดีนั้น เป็นการกำหนดระดับความสัมพันธ์ระหว่างตัวผู้ฟ้องคดีกับเหตุแห่งการฟ้องคดีขึ้นในระดับหนึ่ง เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เป็นการฟ้องที่กระทำโดยใครก็ได้ (actio popularis) แต่ในอีกด้านหนึ่ง การกำหนดระดับความสัมพันธ์ดังกล่าวต้องคำนึงถึงว่ามีใช่เป็นการจำกัดให้แคบแต่เพียงว่าจะต้องเป็นผู้ทรงสิทธิเท่านั้นจึงจะเป็นผู้ฟ้องคดีได้ เพราะปรัชญาพื้นฐานของการมีศาลปกครองเป็นเรื่องการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองดังที่ได้กล่าวมาแล้ว นอกจากนั้น ในบางกรณีการกำหนดขอบเขตให้แคบว่าผู้ฟ้องคดีต้องเป็นผู้ทรงสิทธิหรือต้องเกิดความเสียหายขึ้นต่อผู้ฟ้องคดีเสียก่อนแล้วเท่านั้นจึงจะยอมรับให้เป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี ย่อมเห็นได้ว่าจะเป็นการดัดสิทธิผู้เสียหายและไม่อาจฟ้องคดีได้เลย หรือไม่สมเหตุผลผลในการปกป้องคุ้มครองสิทธิ เช่น กรณีกฎหมายหรือคำสั่งที่มีผลบังคับทั่วไป (acte réglementaire) ซึ่งผู้ที่อยู่ในบังคับของการกระทำทางปกครองในลักษณะดังกล่าวยังไม่ถึงขนาดเป็นผู้ทรงสิทธิใด ๆ¹⁴ หรือกรณีคำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะรายก็ไม่ถึงขนาดว่าจะต้องรอให้เกิดความเสียหายแล้วจริง ๆ เสียก่อน¹⁵ จึงจะให้เป็นผู้มีสิทธิ

¹⁴ เช่น ศาลปกครองฝรั่งเศส พิพากษาว่า คณงานชาวโปรตุเกสมีสิทธิฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับคณงานชาวต่างชาติ ซึ่งได้แก้ไขเงื่อนไขการออกและการต่ออายุบัตรประจำตัวคนทำงานและบัตรประจำตัวผู้มีสิทธิอยู่อาศัยในฝรั่งเศส โดยข้อเท็จจริงปรากฏว่า คณงานผู้ฟ้องคดีดังกล่าวเป็นผู้ถือบัตรดังกล่าวอยู่แล้ว ทั้งนี้ ศาลตัดสินว่า ข้อเท็จจริงเพียงว่าหากจะมีการต่ออายุบัตรแล้ว (ซึ่งอาจจะมีหรือไม่มีก็ได้) บทบัญญัติตามกฎหมายดังกล่าวก็จะใช้บังคับกับโจทก์เป็นข้อเท็จจริงที่เพียงพอแล้วที่จะถือว่าโจทก์เป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือประโยชน์เกี่ยวข้องที่จะฟ้องเพิกถอนกฎดังกล่าวได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 13 ม.ค. 1975 คดี Da Silva et CFDT, หน้า 16)

¹⁵ ตัวอย่างเช่น ในคดีหนึ่งซึ่งเกี่ยวกับการฟ้องคดีของผู้ที่นิยมการตั้งแคมป์ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า นายกเทศมนตรี (le maire) ของเทศบาล (commune) แห่งหนึ่งได้ออกคำสั่งของเทศบาลห้ามมิให้มีการตั้งแคมป์ในเขตของเทศบาล และโจทก์ไม่เคยมาตั้งแคมป์ในเขตเทศบาลดังกล่าวมาก่อนเลย ศาลปกครองพิพากษาว่า ถือได้ว่าโจทก์เป็นผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องที่จะเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีแล้ว โดยศาลให้เหตุผลว่า เมื่อปรากฏว่าโจทก์เป็นผู้ที่นิยมการตั้งแคมป์ ดังนั้น จึงเป็นไปได้ว่า วันหนึ่งข้างหน้าโจทก์อาจมีความคิดที่จะมาตั้งแคมป์ในเทศบาลแห่งนี้ก็ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 14 ก.พ. 1958 คดี Abisset, หน้า 98)

ฟ้องคดีได้ เพราะรัฐยอมไม่ประสงค์ให้ประชาชนต้องได้รับความเสียหายเสียก่อน แล้วจึงจะยอมรับให้มีสิทธิฟ้องคดีได้¹⁶

อย่างไรก็ดี การกล่าวเพียงว่าผู้มีสิทธิฟ้องคดีได้แก่ผู้ที่มี “ประโยชน์เกี่ยวข้อง” ย่อมเห็นได้ว่าอาจกินความหมายกว้างเกินไป เพราะหากจะพิจารณาว่าความชอบด้วยกฎหมายเป็นเรื่องที่ประชาชนทุกคนมีประโยชน์เกี่ยวข้อง เนื่องจากในรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย (Legal State) อาจถือว่าประชาชนแต่ละคนมีประโยชน์เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐไม่มากนักน้อย เมื่อพิจารณาในแง่นี้ ประชาชนทุกคนก็จะมีประโยชน์เกี่ยวข้องทั้งหมดและอาจเป็นผู้ฟ้องคดีได้ทุกคน ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครองของต่างประเทศ เช่น ของฝรั่งเศส จึงได้วางกรอบหรือกำหนดขอบเขตของคำว่า “ประโยชน์เกี่ยวข้อง” ให้มีขอบเขตที่ชัดเจนมากขึ้น ดังนี้

2.3.1 ขอบเขตทั่วไป

ในชั้นการพิจารณากำหนดหลักการนี้ สำนักงานฯ เห็นควรเสนอเป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาเป็นสังเขปว่า ขอบเขตทั่วไปของคำว่า “ประโยชน์เกี่ยวข้อง” ตามที่ศาลปกครองฝรั่งเศสวางหลักเกณฑ์นั้น ในด้านหนึ่ง บรรทัดฐานของศาลปกครองฝรั่งเศสจะมีลักษณะค่อนข้างเปิดกว้าง (libéralisme) และขณะเดียวกันในอีกด้านหนึ่งต้องหาความสัมพันธ์หรือจุดเชื่อมโยงไปยังตัวผู้ฟ้องคดีให้ได้ ศาลปกครองฝรั่งเศสจึงจะยังคงพิจารณาในเชิงอัตตะวิสัย (subjectif) เป็นสำคัญ

โดยเหตุนี้ ศาลปกครองจึงยอมรับอย่างเปิดกว้างว่า ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียอาจมีได้ทั้งลักษณะในทางวัตถุ (matériel) หรือในทางจิตใจ (moral) ก็ได้¹⁷ ทั้งยังอาจมีลักษณะเป็นเรื่องเฉพาะบุคคล (individuel) หรือเป็นประโยชน์ที่เกี่ยวข้องร่วมกัน (intérêt collectif) ก็ได้ แต่ขณะเดียวกัน ประโยชน์เกี่ยวข้องดังกล่าวจะต้องมีอยู่จริง (réel) รวมทั้งต้องมีลักษณะที่ชอบธรรมและได้สัดส่วนพอเหมาะพอสมกับสิ่งที่ร้องขอด้วย

¹⁶ C. Debbasch, อ้างแล้ว, หน้า 259

¹⁷ เป็นต้นว่า อดีตทหารผ่านศึกมีสิทธิฟ้องขอให้เพิกถอนระเบียบที่ให้อำนาจทางราชการออกบัตรประจำตัวทหารผ่านศึกให้แก่ผู้ที่ไม่เคยมีส่วนร่วมในปฏิบัติการทางทหารแต่อย่างใด (คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 13 พ.ค. 1949 คดี Bourgoïn, หน้า 214) และสมาคมเพื่อนแห่งโรงเรียน Polytechnique มีสิทธิฟ้องโต้แย้งมาตรการที่อาจกระทบกระเทือนต่อชื่อเสียงของโรงเรียนได้ (คำพิพากษา ลงวันที่ 13 ก.ค. 1948 คดี Société des amis de l'Ecole Polytechnique, หน้า 330)

2.3.2 “ประโยชน์เกี่ยวข้อง” ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นนิติบุคคลหรือ คณะบุคคล

ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลธรรมดา การพิจารณาประโยชน์เกี่ยวข้องก็เป็นไปตามขอบเขตทั่วไปดังที่กล่าวมาข้างต้น และโดยที่ไม่ใช่วัตถุประสงค์ของการเสนอเอกสารขึ้นนี้จึงไม่ขอกล่าวในรายละเอียด แต่ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นนิติบุคคลหรือ คณะบุคคล การพิจารณาจะมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการพิจารณา จึงขอแยกเป็น 2 กรณี

ก. กรณีนิติบุคคลเป็นผู้ฟ้องคดี

- การฟ้องในเรื่องที่เกี่ยวกับนิติบุคคลนั่นเอง

กรณีนี้เห็นได้ชัดเจนว่าไม่มีปัญหา เพราะมีองค์ประกอบครบถ้วน ทั้งในด้านการมีสภาพบุคคลตามกฎหมายและการถูกกระทบกระเทือนต่อสิทธิหน้าที่ของตน โดยตรง กล่าวคือ เมื่อในทางกฎหมายนิติบุคคลถือเป็นบุคคลประเภทหนึ่ง จึงมีสิทธิหน้าที่ของตนได้ และเมื่อมีเหตุกระทบต่อสิทธิหน้าที่ดังกล่าว นิติบุคคลนั้นก็ย่อมสามารถนำมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลได้ ตามหลักกฎหมายของฝรั่งเศสถือว่า บรรดาสมาคมหรือสหภาพเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีเกี่ยวกับความมียู่ ทรัพย์สิน หรือเงื่อนไขต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการดำเนินงานหรือกิจกรรมของตนได้¹⁸

- การฟ้องในเรื่องที่เกี่ยวกับการปกป้องคุ้มครองประโยชน์ที่กำหนดใน วัตถุประสงค์ของนิติบุคคล

สำหรับการฟ้องคดีโดยนิติบุคคลจะเกิดปัญหขึ้นในกรณีดังกล่าวนี้ เพราะมิใช่เป็นเรื่องที่สิทธิหน้าที่เฉพาะตัวของนิติบุคคลนั้นถูกกระทบกระเทือนโดยตรง แต่เป็นเรื่องที่มีการกระทบต่อสิ่งที่กำหนดคุ้มครองในวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล หรือกระทบต่อประโยชน์ร่วมกันของสมาชิก (intérêt collectif) ดังนั้น จึงเกิดปัญหขึ้นว่าจะยอมรับให้นิติบุคคลมีสิทธิฟ้องคดีในลักษณะดังกล่าวได้อย่างไรหรือไม่

ตามแนวหลักกฎหมายของฝรั่งเศสนั้น ยอมรับให้สมาคมหรือสหภาพต่าง ๆ อาจฟ้องคดีเพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองประโยชน์ที่เป็นเหตุผลหลักในการจัดตั้งองค์กรของตนได้ โดยการพิจารณาผลกระทบที่จะเกิดต่อประโยชน์ดังกล่าวนี้จะพิจารณาจากวัตถุประสงค์ในทางสังคมตามที่กำหนดใน “วัตถุประสงค์” ของสมาคมหรือสหภาพนั้น ๆ¹⁹

¹⁸ R. Chapus, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 7^e éd, 1998 หน้า 410

¹⁹ R. Chapus, อ้างแล้ว, หน้า 396

ยกตัวอย่างเช่น การยอมรับให้องค์กรทางวิชาชีพเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีโต้แย้งมาตรการที่กระทบต่อสถานะทางอาชีพได้ หรือการยอมรับให้สหพันธ์ต่อต้านการตีแผ่แอลกอฮอล์มีสิทธิฟ้องคดีโต้แย้งมาตรการส่งเสริมการบริโภคแอลกอฮอล์²⁰ ได้ หรือกรณีสมาคมที่มีวัตถุประสงค์คุ้มครองปกป้องสิ่งแวดล้อมก็มีสิทธิฟ้องคดีขอให้เพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างศูนย์พลังงานนิวเคลียร์ได้²¹ เป็นต้น

เหตุผลที่หลักกฎหมายของฝรั่งเศสยอมให้มีการฟ้องคดีได้ในกรณีเช่นนี้ มีอยู่ว่า การให้นิติบุคคลเป็นผู้ฟ้องคดีได้เองย่อมทำให้การปกป้องและรักษาความชอบด้วยกฎหมาย (ในความหมายอย่างกว้างขวาง) เป็นไปด้วยความรอบคอบ ทำได้ดีและมีประสิทธิภาพมากกว่าจะปล่อยให้สมาชิกแต่ละคนของนิติบุคคลซึ่งเป็นคนธรรมดาดำเนินการเองโดยลำพัง ทั้งยังเป็นการเปิดโอกาสให้คนธรรมดาที่มีช่องทางที่จะพึ่งพาอาศัยเพื่อช่วยปกป้องคุ้มครองประโยชน์ของตนแทนตนได้ด้วยการเข้าร่วมตัวกันเป็นกลุ่มบุคคล²² เป็นต้นว่า บุคคลธรรมดาซึ่งเป็นผู้อาศัยอยู่ในตำบลแห่งหนึ่งไม่อาจฟ้องขอเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างและใบอนุญาตให้ยกเว้นการปฏิบัติตามกฎหมายผังเมืองได้ ในขณะที่สมาคมที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้มีการเคารพต่อหลักเกณฑ์ทางผังเมืองในตำบลดังกล่าว สามารถฟ้องคดีดังกล่าวได้²³

สำหรับแนวทางของกฎหมายไทย เคยมีตัวอย่างการฟ้องคดีของสมาคมในเรื่องร้องทุกข์ ซึ่งแม้ว่าแต่เดิมคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้เคยพิจารณาวินิจฉัยในปี พ.ศ. 2530 ว่า สมาคมอุตสาหกรรมพลาสติกไทยมิใช่เป็นผู้มีสิทธิร้องทุกข์โต้แย้งประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนที่มีผลกระทบต่อสมาชิกของสมาคมซึ่งเป็นผู้นำเข้าเม็ดพลาสติก โดยมีเหตุผลทำนองที่ว่า เป็นเพราะตัวสมาคมเองมิได้เป็นผู้ที่อยู่ในข่ายต้องปฏิบัติตามประกาศดังกล่าว²⁴ ก็ตาม แต่ต่อมาในปี พ.ศ. 2541 คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ก็ได้วินิจฉัยอย่างชัดเจนว่า สมาคมผู้ผลิตและผู้ส่งออกแร่ใยหินเป็นผู้เสียหายที่มีสิทธิร้องทุกข์โต้แย้งระเบียบปฏิบัติและกฎเกณฑ์การจัดสรรโควต้าส่งออกแร่ใยหินซึ่งกรมทรัพยากรธรณีกำหนดได้

²⁰ J. Rivero, อ้างแล้ว, หน้า 237

²¹ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 20 มิถุนายน 1984 คดี Assoc. Les Amis de la Terre, หน้า 233

²² R. Chapus, อ้างแล้ว, หน้า 397

²³ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 26 พ.ค. 1976 คดี Assoc. SOS Paris, หน้า 281 และลงวันที่ 25 มี.ค. 1981 คดี Lochet, หน้า 164

²⁴ คำวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ 41/2530

เมื่อบรรดาสมาชิกของสมาคมได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากมาตรการดังกล่าวเป็นส่วนรวม²⁵ ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่าการวินิจฉัยดังกล่าวนี้เป็นการยอมรับแนวทางเรื่องการพิจารณาถึงประโยชน์ร่วมกันของสมาชิกของนิติบุคคล และเป็นสิ่งที่ยืนยันว่า หลักกฎหมายของไทยเริ่มยอมรับให้มีการฟ้องในกรณีนี้ได้

ข. กรณีคณะบุคคลที่ไม่เป็นนิติบุคคลเป็นผู้ฟ้องคดี

ในประเทศฝรั่งเศส ยอมรับให้คณะบุคคลที่ไม่เป็นนิติบุคคลเป็นผู้ฟ้องคดีได้เช่นกัน กล่าวคือ แม้ว่าคณะบุคคล (เช่น สมาคมซึ่งยังไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคลเพราะยังไม่มี การแจ้งต่อทางการ (association non déclarée)) จะไม่อาจฟ้องคดีเพื่อปกป้องคุ้มครองประโยชน์ของตนในทางทรัพย์สินได้ แต่ศาลก็ยอมรับว่า คณะบุคคลเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งที่กระทบต่อประโยชน์ต่าง ๆ ที่ตนมีวัตถุประสงค์ให้การปกป้องคุ้มครอง²⁶ หรือมีสิทธิฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งที่อาจกระทบกระเทือนต่อสมาชิกของตนได้²⁷

สำหรับหลักกฎหมายของไทยในประเด็นนี้ที่ผ่านมายังไม่เป็นที่ชัดเจนว่าเป็นเช่นใด แต่กรณีเป็นที่น่าสนใจเช่นกันว่า แนวทางในอนาคตของกฎหมายของไทย จะสมควรมีแนวทางอย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ในบทบัญญัติเรื่องคู่กรณี ได้มีการกำหนดไว้ชัดเจนให้ “คณะบุคคล” อาจเป็นคู่กรณีได้²⁸ ซึ่งหากกฎหมายไทยยอมรับให้คณะบุคคลเป็นคู่กรณีได้ในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองแล้ว กรณีก็ไม่มีเหตุผลที่จะปฏิเสธไม่ยอมรับให้คณะบุคคลเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีในชั้นศาลได้

3. ความจำเป็นและความเหมาะสมในการกำหนดเรื่องการฟ้องคดีไว้ในระเบียบวิธีพิจารณาคดีปกครอง

จากที่กล่าวมาในประเด็นที่ 1 และประเด็นที่ 2 จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ในเรื่องผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง รวมถึงกรณีนิติบุคคลหรือคณะบุคคล มีหลักเกณฑ์หลายประการจริงอยู่ ถึงแม้แนวทางตามที่บทบัญญัติมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

²⁵ คำวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ 47/2541

²⁶ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 30 ก.ย. 1969 คดี Syndicat de defense des canaux de la Durance, หน้า 462)

²⁷ Auby et Drago, Traité de contentieux administratif, L.G.D.J. 3^e éd, 1994, หน้า 874

²⁸ มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

กำหนดขึ้นไว้เป็นแนวทางเช่นเดียวกับที่ใช้กันอยู่ในต่างประเทศ และอาจพัฒนาได้หากผู้เกี่ยวข้องเข้าใจตรงกันก็ตาม แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นที่น่าตระหนกได้เช่นกันว่า ยังจำเป็นต้องอาศัยการตีความและพัฒนาอีกมากทั้งในส่วนที่เป็นหลักและในส่วนที่เป็นรายละเอียดกรณีของประเทศฝรั่งเศสนั้น กว่าที่ประเทศฝรั่งเศสจะพัฒนางานหลักเช่นนี้ได้ต้องอาศัยเวลาพัฒนานับร้อยปีต่อเนื่องกันมา ขณะที่ศาลปกครองที่กำลังจะตั้งขึ้นในประเทศไทยนั้น ประชาชนต่างรอคอยอยู่ด้วยความคาดหวังถึงผลสำเร็จ การจะต้องรอให้พัฒนาหลักเกณฑ์โดยอาศัยบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลปกครองเท่านั้นจึงไม่สอดคล้องกับสภาพความจำเป็นของประเทศไทย ดังนั้น หากหลักเกณฑ์เรื่องใดที่พิจารณาแล้วเป็นเหตุเป็นผล ถูกต้องทั้งในทางวิชาการและสอดคล้องกับสภาพของประเทศไทย เช่นเรื่องความสามารถของผู้ฟ้องคดี ก็สมควรที่จะต้องนำหลักเกณฑ์เหล่านั้นมากำหนดไว้ให้ชัดเจนในระเบียบวิธีพิจารณาคดีปกครอง

ส่วนปัญหาว่า การกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้จะอยู่ในขอบเขตของมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ หรือไม่นั้น เห็นว่าถ้อยคำตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้เปิดไว้ค่อนข้างกว้าง การกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวจึงอาจถือว่าอยู่ในขอบเขตของมาตรา 44 ได้ อย่างไรก็ดี ประเด็นนี้เป็นประเด็นลำดับรองซึ่งคณะทำงานฯ อาจพิจารณาเห็นควรเป็นประการอื่นได้โดยมิต้องอาศัยเพียงข้อพิจารณาทางหลักกฎหมาย

หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลปกครองเยอรมัน

ดร.เพ็ญศรี วงศ์เสรี*

บทนำ

ภายใต้หลักนิติรัฐ¹ (Rechtsstaatsprinzip) การกระทำทั้งหลายขององค์กรทางปกครองและเจ้าหน้าที่จะต้องชอบด้วยกฎหมาย (Gesetzmäßigkeitsprinzip) กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการให้เป็นตามที่กฎหมายกำหนด หากฝ่ายปกครองจะก้าวล่วงเข้าไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน จะต้องมียุติธรรมให้อำนาจและเป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด นอกจากนั้น มาตรา 19 วรรคสี่ แห่งรัฐธรรมนูญเยอรมัน ก็ยังได้กำหนดหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลจากการกระทำของรัฐโดยศาล

โดยที่ได้มีการตราประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลปกครอง ค.ศ. 1960 (Verwaltungsgerichtsordnung เรียกโดยย่อว่า VwGO) ซึ่งกำหนดให้มีการจัดตั้งศาลปกครองและกำหนดวิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณาความในศาลปกครองขึ้นเป็นพิเศษ

* ปรับปรุงจากเอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง “ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง : ประสบการณ์ของเยอรมัน” พิมพ์ครั้งแรกใน วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 4 ฉบับที่ 2 (พ.ค. – ส.ค. 2547)

นิติศาสตร์บัณฑิต, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายมหาชน) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปริญญาโทกฎหมายเปรียบเทียบ (M.iur.comp.) มหาวิทยาลัยกรุงบอนน์, ปริญญาเอก (Dr. rer.publ.), Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน, พนักงานคดีปกครอง 8ว ศูนย์ศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ สำนักงานศาลปกครอง (ปัจจุบันดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองกลาง)

¹ หลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) เป็นหลักการที่สำคัญที่สุดหลักการหนึ่งของกฎหมายมหาชน ความคิดเรื่องหลักนิติรัฐเป็นหลักเก่าแก่ ซึ่งอิงกับเรื่องความปรารถนาในความแน่นอนของกฎหมายและความยุติธรรม ลักษณะที่บ่งบอกว่ารัฐใดเป็น “นิติรัฐ” ดูได้จากการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐต้องผูกพันกับกฎหมาย (เป็นไปตามกฎหมาย) ซึ่งตรงข้ามกับ “รัฐตำรวจ” ซึ่งไม่มีหลักเกณฑ์ตามกฎหมายที่เพียงพอและยังถูกละเลยโดยผู้ใช้อำนาจอีกด้วย เป็นต้น, Hartmut Maurer, Staatsrecht I, พิมพ์ครั้งที่ 2 ค.ศ. 2001, § 8 Rn. 5

ตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครองในประเทศไทยที่ได้อธิบายเรื่องหลักนิติรัฐ (legal State) เช่น หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, หยุด แสงอุทัย, พิมพ์ครั้งที่ 8 พ.ศ. 2526; หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, สมยศ เชื้อไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2535 ; หลักพื้นฐานกฎหมายปกครอง, วรพจน์ วิศรุดพิชญ์, พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2540

และในมาตรา 40 วรรคแรก VwGO ก็ได้บัญญัติรับรองหลักอำนาจฟ้องคดีปกครองอย่างกว้าง (verwaltungsgerichtliche Generalklausel) โดยกำหนดให้บรรดาข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนซึ่งมิใช่เรื่องเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ข้อพิพาทตามกฎหมายปกครอง โดยหลักแล้วสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เสมอ

ความหมายของข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนซึ่งมิใช่กฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือข้อพิพาทตามกฎหมายปกครอง สืบเนื่องมาจากการกระทำต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองซึ่งมีอยู่มากมายหลายรูปแบบ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายเฉพาะต่าง ๆ ฝ่ายปกครองอาจกำหนดกฎเกณฑ์ให้ประชาชนต้องปฏิบัติ หรือออกคำสั่งเฉพาะเรื่องให้เอกชนคนใดคนหนึ่งต้องปฏิบัติ เช่น คำสั่งให้รื้อถอนอาคารซึ่งก่อสร้างโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือฝ่ายปกครองเข้าทำสัญญากับเอกชน ซึ่งก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน (หรือสัญญาทางปกครอง) หรือให้บริการต่าง ๆ เช่น การจ่ายเงินช่วยเหลือ (Leistungsverwaltung) หรือการออกกฎหมายลำดับรองหรือคำสั่งหรือระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง มาตรการของฝ่ายปกครองเหล่านั้น หากปรากฏว่าไปกระทบสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลใด บุคคลนั้นชอบที่จะยื่นคำฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้

ปัญหาต่อมาจึงมีว่า ผู้ถูกกระทบสิทธิจะยื่นคำร้องหรือคำฟ้องโดยกล่าวอ้างหรือยืนยันข้อเท็จจริงว่าสิทธิของตนถูกรบกวนกระทบกระเทือน โดยประสงค์จะมีคำขอหรือต้องการให้ศาลพิพากษาเป็นประการใด อันเป็นเรื่องของรูปแบบและเนื้อหาของคำฟ้อง ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลปกครอง ค.ศ. 1960 (VwGO) ได้นำเอารูปแบบคำฟ้องพื้นฐาน 3 รูปแบบ มาจากประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilprozeßordnung เรียกโดยย่อว่า ZPO) มาใช้ ได้แก่ คำฟ้องเกี่ยวกับสิทธิ (Gestaltungsklage) คำฟ้องเกี่ยวกับประโยชน์ (Leistungsklage) และคำฟ้องขอให้พิสูจน์นิติสัมพันธ์ (Feststellungsklage) และได้แตกแขนงเป็นคำฟ้องย่อยอื่น ๆ อีกตามประเภทของเรื่องที่พิพาท นอกจากนั้น กฎหมายดังกล่าวยังได้กำหนดเงื่อนไขการรับคำฟ้องบางประเภทไว้โดยเฉพาะ แตกต่างจากคำฟ้องโดยทั่วไป และโดยที่คดีปกครองมีลักษณะสำคัญประการหนึ่ง คือ โดยหลักแล้ว เป็นข้อพิพาทระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่งและเอกชนผู้ถูกกระทบสิทธิอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งฐานะของคู่กรณีมีความไม่เท่าเทียมกัน ดังนั้น กระบวนวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครองจึงแตกต่างไปจากศาลแพ่ง โดยได้กำหนดหลักการที่สำคัญในกระบวนวิธีพิจารณา เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นเอกชนไม่อยู่ในฐานะที่เสียเปรียบฝ่ายปกครอง เช่น หลักการพิสูจน์ความจริงโดยศาล (Untersuchungsgrundsatz) และหลักการพิจารณาด้วยวาจา (Die mündliche Verhandlung) เป็นต้น

บทความนี้² ทั้งฉบับแบ่งออกเป็น 4 ส่วนหลัก โดยในส่วนของ 1 ผู้เขียนมุ่งหมายจะแสดงให้เห็นถึงภาพรวมของหลักเกณฑ์เรื่องการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง อำนาจฟ้องคดีปกครอง ในส่วนที่ 2 ว่าด้วยคำฟ้องประเภทต่าง ๆ ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลปกครองเยอรมัน โดยกล่าวถึงลักษณะสำคัญ รวมทั้งเงื่อนไขเฉพาะของคำฟ้องแต่ละประเภท สำหรับในส่วนที่ 3 จะกล่าวถึงวิธีการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองสิทธิให้แก่เอกชนผู้เสียหาย ให้ได้รับการพิจารณาในช่วงเวลาที่เหมาะสม และในส่วนที่ 4 จะกล่าวถึงสาระสำคัญของหลักวิธีพิจารณาความในศาลปกครองเยอรมัน โดยศึกษาจากคำอธิบาย คำรา บทความของนักวิชาการ และแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง รวมทั้งเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ในส่วนที่เกี่ยวข้องระหว่างกฎหมายเยอรมันกับกฎหมายไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

อนึ่ง ในที่นี้ขอเสนอเฉพาะรายละเอียดในส่วนที่ 1 เกี่ยวกับเรื่องการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง สำหรับรายละเอียดในส่วนที่ 2 ส่วนที่ 3 และส่วนที่ 4 จะได้นำเสนอในโอกาสต่อไป

การฟ้องคดีต่อศาลปกครอง (Der verwaltungsgerichtliche Rechtsweg)

1. ข้อความทั่วไป

กฎหมายหลักพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน (Das Grundgesetz เรียกโดยย่อว่า GG) มาตรา 19 วรรคสี่ ได้รับรองหลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนไว้ว่า “ในกรณีที่รัฐใช้อำนาจมหาชนแล้วไปกระทบสิทธิของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง บุคคลดังกล่าวชอบที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลได้ ตราบเท่าที่ศาลอื่นไม่มีเขตอำนาจพิจารณา ให้เสนอ

² บทความนี้ได้จัดพิมพ์ครั้งแรกเป็นเอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ ครั้งที่ 6 เรื่อง “ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง : ประสบการณ์เยอรมัน” ระหว่างผู้เชี่ยวชาญจากประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Professor Dr. Dr. h.c. Heinrich Siedentopf, Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann และ Dr. Christoph Hauschild) และนักกฎหมายไทย จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ระหว่างวันที่ 20-24 สิงหาคม พ.ศ. 2540 ด้วยความสนับสนุนของมูลนิธิคอนราด อเดนเนาเวร์ (Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.) ผู้เขียนได้ปรับปรุงแก้ไขและเพิ่มเติมรายละเอียดให้มีความครบถ้วนชัดเจนและทันสมัยเหมาะสมยิ่งขึ้น

คำฟ้องต่อศาลยุติธรรม" การคุ้มครองสิทธิของประชาชนกรณีนี้เป็นการคุ้มครองสิทธิเชิงแก้ไข (repressiver Rechtsschutz) โดยองค์กรศาล³ การให้สิทธิหน้าที่มาสู่ศาลนี้มาจากหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) ที่ให้รัฐมีหน้าที่อำนวยความสะดวก⁴ มาตรา 19 วรรคสี่ ประโยค ที่หนึ่ง GG เป็นการประกันการคุ้มครองสิทธิที่สำคัญที่สุด นอกจากนั้น ก็ยังมีบทบัญญัติอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญ ที่ประกันการคุ้มครองสิทธิเป็นพิเศษ (Spezielle Rechtsschutzgarantien) เช่น มาตรา 14 วรรคสาม ประโยคที่สี่ GG กำหนดให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณาค่าทดแทน การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ว่าควรเป็นจำนวนเท่าใด และมาตรา 34 GG กำหนดว่าสำหรับ สิทธิเรียกร้องเพื่อให้ชดใช้ค่าเสียหายและการใช้สิทธิไล่เบียด (Rückgriff) ศาลยุติธรรมมีอำนาจ วินิจฉัย⁵

สำหรับเรื่องการใช้อำนาจรัฐหรืออำนาจมหาชน (öffentliche Gewalt) ในความหมายของมาตรา 19 วรรคสี่ GG ที่สำคัญที่สุดคือ การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารไม่ว่า จะเป็นในฐานะรัฐบาลหรือในฐานะฝ่ายปกครอง

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยในกรณีของมาตรานี้ว่า อำนาจ มหาชนหมายความว่าเฉพาะอำนาจบริหารเท่านั้น (allein die Exekutive) ไม่ได้หมายความว่า รวมถึงอำนาจตุลาการ ด้วยเหตุว่า เป็นเรื่องการคุ้มครองสิทธิโดยผู้พิพากษา มิใช่คัดค้าน ผู้พิพากษา (Schutz durch den Richter, nicht gegen den Richter)⁶ อย่างไรก็ตาม สำหรับ กรณีที่เกี่ยวกับการควบคุมกฎหมาย (กฎหมายในความหมายเชิงรูปแบบ) หรือพระราชบัญญัติ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เห็นว่า การกระทำทางนิติบัญญัติ (Legislativakte) ไม่ได้ตกอยู่ ภายใต้อำนาจของอำนาจรัฐหรืออำนาจมหาชนในความหมายของมาตรา 19 วรรคสี่ GG อนึ่ง ในคำรคำสอนบางส่วนมีความเห็นแตกต่างว่าหมายความว่าความรวมถึงฝ่ายนิติบัญญัติด้วย⁷

³ กมลชัย รัตนสกววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, พ.ศ. 2537, หน้า 232

⁴ Ehlers, ใน Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO Kommentar, เล่ม 1, ค.ศ. 2003, § 40 Rn. 13

⁵ บทบัญญัติมาตรา 34 GG เป็นบทบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบเพื่อการปฏิบัติหน้าที่มิชอบ, Von Münch/Kunig (Hrsg.), GG Kommentar, เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 5 ค.ศ. 2000 Art. 19 IV Rn. 50

⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของเยอรมันหรือศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (BVerwGE) 15, 275, 280; 22, 160; 49, 329, 340

⁷ อ้างโดย Sommermann, Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit, Speyerer Forschungsberichte 106, Speyer 1991, เชิงอรรถที่ 53 หน้า 12

มาตรฐานการคุ้มครองสิทธิปัจเจกชนโดยศาลในมุมมองด้านวิธีพิจารณาของศาลได้ถูกพัฒนาขึ้นอย่างมากจากคำพิพากษาของศาลและความเห็นของนักวิชาการ⁸ กล่าวคือ การคุ้มครองสิทธิปัจเจกชนที่จะฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล เมื่อสิทธิของตนถูกระทบกระเทือนจากการกระทำของฝ่ายปกครองตามมาตรา 19 วรรคสี่ GG นี้ เรียกร้องให้เป็นการคุ้มครองสิทธิที่ปราศจากช่องโหว่ (Lückenlosigkeit des Rechtsschutzes) เพราะการคุ้มครองสิทธิโดยศาลนี้จะสอดคล้องกับหลักเหตุผล (มีความหมายขึ้นมา) เมื่อสิทธิของปัจเจกชนที่ถูกกระทบกระเทือนได้รับความคุ้มครองในความเป็นจริง⁹ และการคุ้มครองสิทธิที่เป็นผล¹⁰ (Effektivität des Rechtsschutzes) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้ทำให้ตัวบทในรัฐธรรมนูญเป็นรูปธรรมขึ้นมา

ตามที่กล่าวมาแล้วว่ามาตรา 19 วรรคสี่ แห่งรัฐธรรมนูญ ได้รับรองหลักประกันเรื่องอำนาจฟ้องคดี กล่าวคือ อำนาจฟ้องคดีทั้งหลายซึ่งรวมถึงคดีปกครอง มีอยู่เสมอ เมื่อประชาชนคนใดถูกระทบสิทธิจากการกระทำของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง เพียงแต่มิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า การฟ้องคดีปกครองให้ฟ้องศาลใดโดยเฉพาะ¹¹ และหากพิจารณาถ้อยคำที่ว่า “ตราบเท่าที่ศาลอื่นไม่มีอำนาจพิจารณา ให้ฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม” คำว่า “ศาลอื่น” ในที่นี้จึงหมายถึง ศาลพิเศษ ได้แก่ ศาลปกครอง ศาลภาษีอากร และศาลสังคม ในขณะที่เดียวกันในมาตรา 95 แห่งรัฐธรรมนูญ ก็ได้กำหนดให้มีศาลสูงสุดประเภทต่าง ๆ ของสหพันธ์ ซึ่งรวมทั้งศาลปกครองสูงสุด ต่อมาก็ได้มีการตราประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลปกครอง ค.ศ. 1960 (Verwaltungsgerichtsordnung) คดีปกครองจึงอยู่ในอำนาจศาลปกครอง ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักอำนาจฟ้องคดีปกครองอย่างกว้าง (verwaltungsgerichtliche Generalklausel) ตามมาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว นอกจากนี้ ความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่ยังมีความเห็นต่อไปว่า ศาลยุติธรรมไม่มี

⁸ Von Münch/Kunig (Hrsg.), อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 5, Art. 19 IV Rn. 62

⁹ Von Münch/Kunig (Hrsg.), อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 5, Art. 19 IV Rn. 64

¹⁰ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยในแนวทางเดียวกันว่า มาตรา 19 วรรคสี่ GG ประกันไม่เพียงแต่กฎหมายที่บัญญัติขึ้น หรือความเป็นไปได้เชิงทฤษฎีที่จะเรียกร้องให้ควบคุมตรวจสอบโดยศาล แต่รวมถึงสิทธิเรียกร้องต่อการควบคุมโดยองค์กรที่มีผลจริง ๆ ซึ่งองค์กรประกอบด้านเวลามีบทบาทสำคัญมาก เพราะการคุ้มครองโดยศาลจะช่วยเหลือผู้ถูกระทบสิทธิได้น้อย หากการคุ้มครองเกิดขึ้นล่าช้าเกินไป สรุปจาก Sommermann, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7, หน้า 16-17

¹¹ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (BVerwGE) 31, 364, 368

เขตอำนาจในคดีปกครองอีกด้วย กล่าวคือ หากปรากฏว่า คดีที่จะฟ้องยังศาลปกครองนั้น ขาดอายุความตามกฎหมายฉบับดังกล่าว ก็ไม่ทำให้ศาลแพ่งสามารถรับคดีดังกล่าวไว้พิจารณา¹²

กล่าวโดยสรุป สำหรับการฟ้องคดีหรือการนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองนั้น มาตรา 40 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลปกครอง (VwGO) ได้กำหนดลักษณะของคดีหรือข้อพิพาทไว้คือ บรรดา “ข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชน ซึ่งมีใช้กรณีตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ” ซึ่งก็คือ ข้อพิพาทตามกฎหมายปกครองนั่นเองที่ตกอยู่ ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และโดยที่ขอบเขตของกฎหมายปกครอง กว้างขวางมาก ดังนั้น ในส่วนของกฎหมายปกครองพิเศษบางเรื่อง เช่น กฎหมายว่าด้วย ภาษีอากรต่างๆ กฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม ก็ได้มีการจัดตั้ง “ศาลปกครองเฉพาะ” ขึ้น และ “กระบวนการพิจารณา” กำหนดไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ ศาลภาษีอากร และศาลสังคม ดังนั้น มาตรา 40 VwGO จึงเป็นการกำหนดอำนาจฟ้องคดีปกครองที่เข้าสู่การพิจารณาของ ศาลปกครองโดยทั่วไป เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนนั่นเอง¹³

2. ความเป็นมาของการจัดตั้งศาลปกครองเยอรมัน¹⁴

กฎเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองมีขึ้นครั้งแรกเมื่อมีการ จัดตั้งศาลปกครองในเยอรมัน เมื่อศตวรรษที่ 17 และ 18 มีการจัดตั้งองค์กรที่เรียกว่า Kameraljustiz เพื่อพิจารณาเรื่องเกี่ยวกับรัฐบาลและฝ่ายปกครอง และในศตวรรษที่ 19 มีการ จัดตั้งองค์กรที่เรียกว่า Administrativjustiz (องค์กรควบคุมตัวเองของฝ่ายปกครอง) ซึ่งยังไม่ถือว่าเป็นศาลปกครองในความหมายปัจจุบัน หากทำหน้าที่ควบคุมภายในฝ่ายปกครอง แต่ใน หลาย ๆ ด้าน การควบคุมโดยองค์กรนี้ก็มีการดำเนินการเยี่ยงองค์กรศาล

ศาลปกครองอันเป็นองค์กรอิสระมีขึ้นครั้งแรกในกลางศตวรรษที่ 19¹⁵ หลังจากนั้น เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญไวมาร์ ซึ่งกำหนดให้ทุกมลรัฐมีศาลปกครอง

¹² Redeker/von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, พิมพ์ครั้งที่ 11 ค.ศ. 1994, § 40 Rn. 2

¹³ Redeker/von Oertzen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 12, § 40 Rn. 1

¹⁴ ถอดความสรุปจาก Ehlers, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 4, § 40 Rn. 1 ff.

¹⁵ ศาลปกครองมีการจัดตั้งครั้งแรกที่มลรัฐ Baden (1863), ต่อมา Preußen (1872/1875), Hessen (1874/1875), Württemberg (1876) และ Bayern (1878) และต่อมาจนกระทั่งสิ้นสุดระบอบ สมบูรณาญาสิทธิราชย์ ได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในมลรัฐอื่น ๆ

กฎหมายจัดตั้งศาลปกครองในแต่ละมลรัฐมีความแตกต่างกัน ในหลายมลรัฐ เช่น Bayern กำหนดหลักอำนาจฟ้องคดีปกครองเฉพาะเรื่อง (Enumerativprinzip) ส่วนมลรัฐอื่น เช่น Baden และ Preußen นำหลักผสมผสานระหว่างหลักอำนาจฟ้องคดีเฉพาะเรื่องและหลักอำนาจฟ้องคดีอย่างกว้างที่มีข้อจำกัด และท้ายที่สุดอีกสี่มลรัฐ (Württemberg, Lübeck, Sachsen และ Thüringen) นำหลักอำนาจฟ้องคดีอย่างกว้างมาใช้แก่กรณีพิพาทนอกคำวินิจฉัย และคำสั่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งในระยะต่อมา ก็รวมถึงข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนอื่น ๆ อีก

สำหรับการเกิดขึ้นของบทบัญญัติมาตรา 40 VwGO เดิมมีการถกเถียงกันมากเกี่ยวกับการแบ่งอำนาจพิพาทภาคีระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ในร่างกฎหมาย VwGO ของรัฐบาล ได้กำหนดหลักอำนาจฟ้องคดีอย่างกว้างไว้ในมาตรา 38 ที่กำหนดให้บรรดาข้อพิพาททั้งหลาย ที่ไม่ใช่ข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองควรมีอำนาจพิจารณา ตราบเท่าที่มีได้มีการกำหนดให้ศาลอื่นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาไว้อย่างชัดเจน หลักที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายปัจจุบัน ด้านหนึ่งมาจากข้อเสนอของคณะกรรมการร่วมระหว่างนักกฎหมายมหาชนและนักกฎหมายแพ่ง อีกด้านหนึ่งมาจากข้อเสนอของคณะกรรมการร่างกฎหมายของสภาผู้แทนราษฎร

สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมจนถึงปัจจุบัน มาตรา 40 VwGO มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลังประกาศใช้ โดยเพิ่มความในวรรคสอง ประโยคที่หนึ่ง สรุปความได้ว่า สำหรับการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการผิดหน้าที่ตามกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครอง ซึ่งเป็นหน้าที่อันมิได้มีฐานมาจากสัญญาทางปกครอง ให้ฟ้องคดีต่อศาลแพ่ง ดังนั้น ในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการมีผลผูกพันและเนื้อหาสาระของสัญญา การไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้ จึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

สำหรับเรื่องสัญญาทางปกครอง กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ. 1976 (เรียกโดยย่อว่า VwVfG) ซึ่งเป็นกฎหมายปกครองกลางที่กำหนดหลักการทั่วไป กฎหมายนี้บัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของเจ้าหน้าที่ และก็มีส่วนที่เป็นกฎหมายปกครองสารบัญญัติซึ่งมาเกี่ยวข้องกับเรื่องวิธีพิจารณา (การออกคำสั่งทางปกครอง)¹⁶ และกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครองของมลรัฐต่าง ๆ ก็ได้กำหนดไว้เช่นกัน กฎหมาย VwVfG กำหนดรูปแบบสัญญาทางปกครองอันเป็นรูปแบบพื้นฐาน 2 ประเภท คือ สัญญาทางปกครอง

¹⁶ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, พิมพ์ครั้งที่ 14 ค.ศ. 2002, § 5 Rn. 1

ที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกันในการก่อนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน และสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะในนิติสัมพันธ์ที่ฝ่ายปกครองสูงกว่าฝ่ายเอกชน¹⁷

3. หลักอำนาจฟ้องคดีปกครองอย่างกว้าง (verwaltungsgerichtliche Generalklausel)

การนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครอง มาตรา 40 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลปกครอง กำหนดหลักเกณฑ์สรุปสาระสำคัญได้ว่า บรรดาข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนซึ่งไม่ใช่ข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ทั้งนี้ ครอบคลุมเท่าที่ไม่มีรัฐบัญญัติของสหพันธ์กำหนดไว้โดยเฉพาะให้เป็นอำนาจของศาลอื่น จากบทบัญญัติดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่าศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนซึ่งไม่ใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ (ข้อพิพาทในทางปกครอง) ทุกกรณี หากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่นโดยไม่จำกัดว่าข้อพิพาทประเภทใดบ้าง ซึ่งแตกต่างจากอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่ได้กำหนดลักษณะของข้อพิพาทไว้โดยเฉพาะหรือเรียกว่าหลักอำนาจฟ้องคดีเฉพาะเรื่อง (Enumerationsprinzip) เช่น ข้อพิพาทในเรื่องสิทธิและหน้าที่ขององค์กรของสหพันธ์ หรือกรณีต้องการให้ตรวจสอบว่ากฎหมายของสหพันธ์หรือกฎหมายของมลรัฐขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นต้น

มาตรา 40 VwGO เป็นบทบัญญัติที่ทำให้หลักการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนต่อการกระทำของอำนาจมหาชนโดยปราศจากช่องโหว่นี้ ถูกนำมาปฏิบัติ และตามที่กล่าวมาข้างต้นว่าบทบัญญัตินี้ปฏิเสธหลักอำนาจฟ้องคดีเฉพาะเรื่อง กล่าวคือ เป็นการคุ้มครองสิทธิซึ่งไม่ขึ้นอยู่กับรูปแบบของการกระทำของฝ่ายปกครองว่าเป็นรูปแบบใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่จำเป็นต้องเป็นเรื่องคำสั่งทางปกครอง หากแต่ครอบคลุมบรรดาการดำเนินการทั้งหลายของฝ่ายปกครอง ที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน¹⁸

ตามที่กล่าวมาแล้วว่า หลักอำนาจฟ้องคดีปกครองอย่างกว้างเป็นหลักกฎหมายซึ่งเป็นกุญแจเข้าสู่กระบวนการวิธีพิจารณาต่าง ๆ ตามประมวลกฎหมายว่าด้วย

¹⁷ ตัวอย่างเช่น ฝ่ายปกครองทำสัญญาทางปกครองกับเอกชนแทนที่จะออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องดังกล่าว และเป็นกรณีที่กฎหมายมิได้บัญญัติโดยชัดแจ้งในเรื่องนี้ไว้

¹⁸ Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, พิมพ์ครั้งที่ 4 ค.ศ. 2000, § 11 Rn. 4

วิธีพิจารณาความในศาลปกครอง¹⁹ จากบทบัญญัติมาตรา 40 วรรคแรก มีองค์ประกอบที่สำคัญคือ

3.1 ความหมายของข้อพิพาทในกฎหมายมหาชน (Öffentlich-rechtliche Streitigkeit)

ข้อพิพาทในกฎหมายมหาชนต้องมีเนื้อหาเป็นข้อพิพาททางกฎหมาย ข้อพิพาทตามกฎหมายมีอยู่ต่อเมื่อคู่กรณีโต้แย้งกันในเรื่องความสัมพันธ์ทางกฎหมาย²⁰ แต่ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลปกครองมิได้อธิบายหรือวิเคราะห์ศัพท์ของข้อพิพาทในกฎหมายมหาชนไว้ ซึ่งเป็นเจตนาของผู้ร่างกฎหมายที่ประสงค์จะให้ศาลและนักวิชาการช่วยกันสร้างความชัดเจนในความหมายของข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนต่อไป²¹ ข้อพิพาทจากกรณีสัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจของศาลปกครองก็เป็นตามหลักอำนาจฟ้องคดีอย่างกว้างมาแต่ต้น ด้วยสัญญาทางปกครองเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนหรือตามกฎหมายปกครองตามมาตรา 40 VwGO

บางท่านได้ให้ความหมายว่า ข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนหมายถึง ข้อพิพาทในเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจอรัฐ²² บางท่านได้ให้ความเห็นว่า จะต้องพิจารณาจากธรรมชาติของนิติสัมพันธ์²³ บทบัญญัติมาตรา 40 VwGO เป็นบทบัญญัติหนึ่งในหลายบทบัญญัติที่มีความสำคัญสำหรับการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นสองระบบ²⁴ ซึ่งก็คือการแบ่งแยกระหว่างกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน อันนำไปสู่การแบ่งแยกเขตอำนาจระหว่างศาลปกครองและศาลยุติธรรม สำหรับบทฤษฎีซึ่งแบ่งแยกลักษณะของกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน สรุปได้ดังนี้

(1) ทฤษฎีผลประโยชน์ (Interessentheorie)

กฎหมายมหาชนมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองตอบการรักษาผลประโยชน์ของส่วนรวม ในขณะที่กฎหมายเอกชนนั้นคำนึงถึงผลประโยชน์ของปัจเจกชน

¹⁹ Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 11 Rn. 4

²⁰ Ehlers, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 4, § 40 Rn. 101

²¹ Redeker/von Oertzen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 12, § 40 Rn. 40

²² Sommermann อ้างถึง Pietzner/Ronellenfisch (Anm.58), อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7,

²³ Redeker/von Oertzen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 12, § 40 Rn. 6

²⁴ Ehlers, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 4, § 40 Rn. 22

ทฤษฎีดังกล่าวเป็นทฤษฎีเก่าแก่ที่สุดและเป็นเครื่องแสดงถึงมาตรฐานการซึ่งนำหน้าระหว่างประโยชน์ของเอกชนและมหาชน²⁵ แต่ทฤษฎีนี้ไม่สามารถจะแยกความแตกต่างของบทบาทนิติแห่งกฎหมายทั้งหมดได้ ด้วยปรากฏว่ามีบทบาทนิติในปัจจุบันที่อาจปรับได้ทั้งเพื่อประโยชน์มหาชนและประโยชน์เอกชน²⁶

(2) ทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา (Subordinationstheorie oder Subjektionstheorie)²⁷

ถ้าหากเป็นเรื่องกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครอง ความสัมพันธ์ของบุคคลจะมีฐานะแตกต่างกัน หากเป็นกฎหมายเอกชนจะเป็นความสัมพันธ์ที่เท่าเทียมกัน (Gleichordnungsverhältnis) ตัวอย่างที่ยกมากล่าวถึงเสมอ คือ คำสั่งทางปกครองเป็นเรื่องกฎหมายปกครอง ในขณะที่เรื่องสัญญาโดยทั่วไปแล้วเป็นเรื่องกฎหมายเอกชน ทฤษฎีนี้มาจากความคิดที่ว่ารัฐหรือฝ่ายปกครองถูกจำกัดอำนาจอยู่ในเรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อยและการกระทำทางปกครองที่เป็นเรื่องก้าวล่วงสิทธิ (รัฐจะทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ) อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายปกครองก็มีเรื่องสัญญาซึ่งคู่สัญญามีลักษณะเท่าเทียมกัน และในขณะเดียวกัน ในกฎหมายเอกชน ก็ปรากฏความสัมพันธ์ในสถานะที่ไม่เท่าเทียมกันอยู่บ้าง²⁸

²⁵ ทฤษฎีนี้ถูกวิจารณ์ว่ามีข้อด้อย กล่าวคือ ประโยชน์ของเอกชนและประโยชน์มหาชนไม่อาจแยกจากกันได้ตามแนวที่กำหนดไว้ ด้วยนิติกรรมตามกฎหมายเอกชนก็ยังเกี่ยวข้องกับประโยชน์มหาชนหรือในกรณีกลับกัน ในปัจจุบันบทบาทนิติของกฎหมายมักมีคำว่า “ประโยชน์เอกชน” “ประโยชน์มหาชน” “ใช้เพื่อประโยชน์เอกชน” และ “การใช้เพื่อประโยชน์ส่วนรวม” ซึ่งสิ่งเหล่านี้เป็นเกณฑ์การซึ่งนำหน้าอีกทั้งยังเป็นเครื่องบ่งชี้ถึงความสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักเกณฑ์การให้คำปรึกษาใหม่ทดแทน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สำหรับการกระทำของฝ่ายปกครองโดยอาศัยรูปแบบตามกฎหมายเอกชนเพื่อการปฏิบัติงานในหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ที่เรียกว่า Verwaltungsprivatrecht อันมีความแตกต่างกับการดำเนินการที่เกี่ยวกับการซื้อขายพัสดุส่วน ๑ (fiscalische Tätigkeiten) ซึ่งความแตกต่างกันนี้มีความสำคัญมาก นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติโดยที่ คำว่า “ผลประโยชน์” มีการนำคำว่า “ภาระหน้าที่” (Aufgabe) มาใช้แทนบ่อยครั้ง จึงมีการเรียกทฤษฎีนี้ว่า “ทฤษฎีภาระหน้าที่” เช่นกัน, Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 11 Rn. 17

²⁶ Maurer, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 16, § 3 Rn. 15

²⁷ Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 11 Rn. 17

²⁸ Maurer เห็นว่า ทฤษฎีนี้ไม่อาจให้เหตุผลที่เพียงพอสำหรับกรณีนิติสัมพันธ์ในขอบเขตของการกระทำที่ก่อประโยชน์ (Leistungsverwaltung) Maurer, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 16, § 3 Rn. 16

(3) ทฤษฎีกฎหมายพิเศษ (Sonderrechtstheorie) หรือทฤษฎีการจัดจำแนกกฎหมาย (Zuordnungstheorie)

กล่าวคือ ในบทบัญญัติของกฎหมายมหาชน รัฐเป็นผู้มีส่วนร่วมในความสัมพันธ์ในฐานะเป็นตัวการ (ผู้ถือสิทธิหรืออำนาจ) ในกฎหมาย ส่วนกฎหมายเอกชนเป็นบทบัญญัติของทุกคน ซึ่งรวมถึงรัฐด้วยเช่นเดียวกัน

Hans J. Wolff ผู้เสนอทฤษฎีการจัดจำแนกกฎหมาย (Zuordnungstheorie) สรุปได้ว่า กฎหมายมหาชนมีผู้ใช้อำนาจมหาชนเป็นผู้ที่กฎเกณฑ์กำหนดให้มีสิทธิหรือมีหน้าที่ (Normadressat) อย่างไรก็ตาม เกณฑ์ที่ชี้มิได้อยู่ที่ว่า เฉพาะแต่ผู้ใช้อำนาจมหาชนเท่านั้นที่จะเป็นผู้รับกฎเกณฑ์ หากต้องดูด้วยว่าผู้รับกฎเกณฑ์มีคุณลักษณะอยู่ในฐานะผู้ใช้อำนาจมหาชนด้วย นอกจากนี้ Maurer มีความเห็นเพิ่มเติมว่า ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจมหาชน เกณฑ์การแบ่งแยกเป็นเรื่องที่เชื่อมโยงกับความแตกต่างกันของหน้าที่ (Funktion) ระหว่างกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน²⁹

ในปัจจุบันมีผู้เห็นด้วยกับทฤษฎีการจัดจำแนกกฎหมายเพิ่มมากขึ้น ส่วนทฤษฎีผลประโยชน์จะถูกนำมาใช้เป็นลำดับรอง³⁰ ความเห็นที่ไกลไปกว่านั้น มีว่า สำหรับในแต่ละกรณีต้องคำนึงถึงทั้งสามทฤษฎีและขึ้นอยู่กับว่าจะสามารถนำมาใช้ได้เหมาะสมได้เพียงใด

3.2 ข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนที่ไม่อาจถูกตรวจสอบโดยศาลปกครอง

(1) การกระทำของรัฐบาล (Regierungsakt)

การกระทำของรัฐบาลมีผู้ให้ความหมายว่า คือ การกระทำที่มีลักษณะกำหนดทิศทางนำประเทศขององค์กรสูงสุดของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐบาล³¹ ในความหมายแห่งองค์กร รัฐมนตรี หรือของรัฐสภา³² การกระทำต่าง ๆ ของรัฐบาล ได้แก่ คำสั่ง หรือการตัดสินใจทุกอย่างที่เป็นเรื่องนโยบายของรัฐ เช่น แนวปฏิบัติในการสั่งการของนายกรัฐมนตรี ปกติการกระทำของรัฐบาลส่วนใหญ่ไม่ได้ก้าวเข้าไปกระทบสิทธิของประชาชน

²⁹ Maurer, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 16, § 3 Rn. 18

³⁰ Maurer, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 16, § 3 Rn. 20

³¹ รัฐบาลในฐานะองค์กรกลุ่มประกอบด้วยนายกรัฐมนตรีในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เรียกว่า Bundeskanzler และรัฐมนตรีของสหพันธ์ (Bundesministers)

³² Ehlers, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 4, § 40 Rn. 123

แต่โอกาสกระทบทสิทธิก็มีขึ้นได้ เช่น การเข้าทำสนธิสัญญาทางการค้ากับต่างประเทศซึ่งมีผลให้บริษัทเดียวได้รับประโยชน์ (ได้มีการตั้งกระทู้ถามในรัฐสภา)³³

การกระทำของรัฐบาลบางส่วนถูกมองว่าเป็นการกระทำของผู้ใช้อำนาจมหาชนซึ่งไม่อาจถูกตรวจสอบโดยศาลได้ (justizfreie Hoheitsakte) ในอดีตช่วงศตวรรษที่ 19 (สมัยระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ) การกระทำนี้มีความสำคัญเพราะไม่ต้องอยู่ภายใต้หลักต้องมีกฎหมายให้อำนาจ ด้วยเหตุนี้ จึงไม่ผูกพันกับกฎหมาย แต่ในปัจจุบันถ้าพิจารณาการกระทำที่เกี่ยวกับการเมืองของผู้นำประเทศ (Bundeskanzler มาจากการเลือกตั้งและมี Bundespräsident ลงนามประกาศใช้กฎหมาย) จะเห็นได้ว่า การกระทำของรัฐบาลที่ไม่อาจถูกตรวจสอบโดยศาลได้กลายเป็นเรื่องไม่จำเป็นอีกต่อไป เพราะเหตุที่ว่าบรรดาการตัดสินใจดังกล่าวอาจไปเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือเป็นการกระทำที่ไม่มีผลไปสู่ภายนอกอันจะกระทบสิทธิเสรีภาพของพลเมือง อย่างไรก็ตาม ก็มีกรณีการคุ้มครองสิทธิจากมาตรการแต่ละกรณี อย่างเช่น การตรวจสอบเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะก็สามารถฟ้องต่อศาลปกครองได้³⁴

นักวิชาการบางส่วนเห็นว่า การกระทำของรัฐบาลแม้จะมีความสำคัญในแง่การเมือง ก็ตกอยู่ภายใต้หลักว่าการกระทำขององค์กรของรัฐทั้งหลายต้องผูกพัน (เป็นไปตาม) กฎหมาย ทั้งนี้ ตามมาตรา 1 แห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายหลักพื้นฐาน ดังนั้น การกระทำนี้จึงไม่อาจถูกตัดออกไปว่า ไม่ต้องถูกตรวจสอบโดยองค์กรศาล ทั้งนี้ ตามหลักอำนาจฟ้องคดีอย่างกว้าง มาตรา 19 วรรคสี่ แห่งกฎหมายหลักพื้นฐานที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งอาจเกิดข้อสงสัยต่อไปถึงอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง ซึ่งต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายวิธีพิจารณาความในศาลปกครองกำหนด (ต้องไม่เป็นข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ) หากเป็นเรื่องอำนาจศาลปกครอง (การกระทำทางปกครอง) ก็ต้องตรวจสอบว่าเป็นกรณีเกี่ยวกับสิทธิของเอกชนตามกฎหมายมหาชนหรือไม่ เพราะเหตุว่ามีกรณีเกิดขึ้นเสมอว่าจะไม่เข้าองค์ประกอบเรื่องการเป็นผู้มีอำนาจฟ้อง (Klagebefugnis)³⁵

นักวิชาการบางท่านเห็นว่า การกระทำของรัฐบาลไม่น่าจะเป็นอำนาจศาลที่จะวินิจฉัยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการเมือง เพราะอาจส่งผลกระทบต่อทั้งระบบ (เป็นอันตราย)³⁶

³³ Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, พิมพ์ครั้งที่ 13 ค.ศ. 1994, Rn. 40

³⁴ Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 11 Rn. 8

³⁵ Kopp/Schenke, VwGO Kommentar, พิมพ์ครั้งที่ 13 ค.ศ. 2003, § 40 Rn. 56

³⁶ Redeker/Von Oertzen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 12, § 42 Rn. 59

ความเห็นฝ่ายข้างมากเห็นว่า ธรรมชาติทางกฎหมายของการกระทำของรัฐหรือมาตรการทุกอย่างของรัฐ ศาลสามารถตรวจสอบได้เสมอ การกระทำที่ศาลไม่อาจตรวจสอบได้นั้นไม่มี³⁷ (ศาลปกครองจะมีอำนาจตรวจสอบเมื่อไม่เป็นข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ และผู้ฟ้องคดีมีอำนาจฟ้องคดี)

(2) นิรโทษกรรม (Gnadeakte)

ตามความเห็นที่สืบต่อกันมา (traditionell) เห็นว่า การวินิจฉัยเรื่องนิรโทษกรรมไม่ใช่การกระทำทางกฎหมาย³⁸ มีคำกล่าวว่า นิรโทษกรรมมาก่อนกฎหมาย (Gnade ergehe vor Recht) และด้วยเหตุนี้ไม่อาจถูกพิพากษาโดยบรรทัดฐานทางกฎหมายหรืออยู่ภายใต้การควบคุมโดยองค์กรศาล³⁹ ตั้งแต่แรกมาแล้ว ความเห็นฝ่ายข้างมากในทางตำรา รวมทั้งคำพิพากษาวางแนวไว้ว่า การควบคุมโดยองค์กรศาลในเรื่องนิรโทษกรรมไม่อาจกระทำได้ อย่างไรก็ตาม หัวข้อนี้ยังไม่ได้จบลงหรือถูกกลืน ในระยะหลังทางตำราเอนเอียงไปในทางว่าในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง คำฟ้องเรื่องกฎหมายนิรโทษกรรมโดยแท้ให้ศาลปกครองรับไว้พิจารณา⁴⁰ ส่วนในกฎหมายหลักพื้นฐาน มาตรา 60 วรรคสอง และวรรคสาม กำหนดให้อำนาจประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ในการนิรโทษกรรมและสามารถมอบอำนาจต่อไปได้⁴¹

Schmitt-Glaeser มีความเห็นว่า โดยที่บทบัญญัติของกฎหมายรัฐธรรมนูญ (มาตรา 60 วรรคสองและวรรคสาม) และบทบัญญัติอื่น นิรโทษกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (verrechtlicht) ขยายความไปไกลถึงขนาดที่ว่า ทั้งการให้นิรโทษกรรมและการปฏิเสธการนิรโทษกรรมเป็นการกระทำทางกฎหมาย (Rechtsakt) และนอกจากนั้น โดยสาระสำคัญของนิรโทษกรรมแล้ว ไม่ใช่จะไม่เหมาะสมว่า กรณีบุคคลใดถูกกระทบสิทธิให้ฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลได้ตามมาตรา 19 วรรคสี่ แห่งกฎหมายหลักพื้นฐาน และตามมาตรา 23 ff. แห่ง

³⁷ Von Münch, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 5, Art. 19 IV, Rn. 45

³⁸ Ehlers, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 4, § 40 Rn. 124

³⁹ Ehlers อ้างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (BVerwGE 14, 73 ff.), ในเชิงอรรถที่ 405

⁴⁰ Stern อ้างถึงหนังสืออธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาในศาลปกครองเรียงมาตราหลายเล่ม, ในเชิงอรรถที่ 280 หน้า 1376

⁴¹ Pieroth อ้างคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfGE 25, 352/358), Jarass/Pieroth, Grundgesetz, พิมพ์ครั้งที่ 6 ค.ศ. 2002, Art. 60 Rn. 5

กฎหมายให้ใช้กฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาล(เรียกโดยย่อว่า EGGVG) ให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมตราบเท่าที่เป็นเรื่องนิตโฆกรรมตามกฎหมายอาญา⁴²

Hufen เห็นว่า การนิตโฆกรรมไม่เกี่ยวข้องกับศาลปกครองตราบเท่าที่เป็นเรื่องการนิตโฆกรรมโฆทางอาญา ซึ่งเป็นรูปแบบการนิตโฆกรรมที่สำคัญที่สุด (มาตรา 60 วรรคสอง GG) ตามมาตรา 23 EGGVG เฉพาะการวินิจฉัยเรื่องนิตโฆกรรมในขอบเขตของกฎหมายว่าด้วยข้าราชการ (Beamtenrecht) หรือที่คล้ายคลึงกันที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครอง⁴³

Stern มีความเห็นว่า หากยึดตามแนวความเห็นว่า นิตโฆกรรมมาก่อนกฎหมายหรืออยู่นอกขอบเขตของกฎหมายแล้ว ความผูกพันตามสิทธิขั้นพื้นฐานก็จะไม่ถูกนำมาพิจารณา ดังนั้น แนวความเห็นนี้จึงไม่สามารถเดินตามได้ ด้วยเหตุผลที่ว่า บรรดากฎหมายที่กำหนดอำนาจหน้าที่ (Kompetenznormen) ในกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นโดยหลักแล้วจะต้องใช้อย่างสอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน⁴⁴ และสรุปสาระสำคัญว่า คำวินิจฉัยเรื่องนิตโฆกรรมเป็นการวินิจฉัยหรือการตัดสินใจที่ผูกพันกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งการตัดสินใจดังกล่าวมาจากองค์กรซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปฏิบัติตามกฎหมาย นอกจากนั้น Stern ยังมีความเห็นว่า สิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิทางมหาชนอื่นเพื่อการนิตโฆกรรมไม่มี ด้วยเหตุนี้การนิตโฆกรรมจึงขาดฐานกฎหมายรองรับ ดังนั้น หลักประกันอำนาจฟ้องคดีอย่างกว้างตามมาตรา 19 วรรคสี่ แห่งกฎหมายหลักพื้นฐาน มีความสำคัญเป็นพิเศษสำหรับการตัดสินใจเรื่องนิตโฆกรรม

นักวิชาการบางท่านเห็นว่า นิตโฆกรรมหรือการปฏิเสธหรือการยกเลิกนิตโฆกรรมไม่ถือว่าเป็นการกระทำทางกฎหมายและไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองจากข้อโต้แย้งทางประวัติศาสตร์ อำนาจนิตโฆกรรมมิใช่งานในหน้าที่ของฝ่ายปกครองหากเป็นอำนาจหน้าที่ของประมุขของประเทศ ซึ่งไม่อาจถูกตรวจสอบโดยศาลได้ ความคิดนี้ล้าสมัยไปภายหลังจากที่กฎหมายหลักพื้นฐานมีผลใช้บังคับแล้ว ด้วยเหตุผลที่ว่า เมื่อนิตโฆกรรมเป็นการกระทำของรัฐอย่างหนึ่ง จึงผูกพันกับกฎหมายบัญญัติและหลักกฎหมายทั้งนี้ ตามมาตรา 1 วรรคสาม และมาตรา 20 วรรคสาม แห่งรัฐธรรมนูญ และโดยที่ไม่มี

⁴² Schmitt-Glaeser, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 33, Rn. 41

⁴³ Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 11 Rn. 9

⁴⁴ Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, ค.ศ. 1988

กฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะสำหรับเรื่องนี้ก็ต้องนำหลักกฎหมายเรื่องห้ามวินิจฉัยอย่างอำเภอใจ (Willkürverbot) หลักสัดส่วน และบทบัญญัติเรื่องอำนาจหน้าที่และวิธีพิจารณาประกอบพิจารณาด้วยเสมอ ดังนั้น หากมีการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ดังกล่าว สามารถฟ้องเป็นคดีต่อศาลได้ตามมาตรา 19 วรคส. แห่งรัฐธรรมนูญ⁴⁵

กล่าวโดยสรุป ความเห็นข้างมากเห็นว่า นิรโทษกรรมก็เป็น การกระทำรูปแบบหนึ่งของรัฐ ซึ่งหากสิทธิของปัจเจกชนถูกระทบกระเทือน ควรที่จะถูกตรวจสอบโดยศาลได้ตามมาตรา 19 วรคส. แห่งรัฐธรรมนูญ

(3) ข้อพิพาทจากบุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์โดยมีสถานภาพพิเศษ (Sonderstatusverhältnis)

Maurer⁴⁶ ได้อธิบายที่มาและความหมายของความสัมพันธ์พิเศษระหว่างรัฐกับบุคคลบางจำพวก ว่ามาจากวิวัฒนาการของคำสอนเรื่องรัฐและฝ่ายปกครองตามรัฐธรรมนูญ ในศตวรรษที่ 19 ซึ่งอดีตมองว่า ความสัมพันธ์พิเศษเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับเอกชนที่กำหนดให้ไว้เฉพาะในงานทางปกครองบางเรื่อง เช่น โรงเรียน ผู้ต้องขัง ข้าราชการ การรับราชการทหาร ซึ่งเป็นเรื่องภายในของฝ่ายปกครองและถือว่าเป็นเรื่องที่ไม่ผูกพันกับกฎหมาย (rechtsfrei) ด้วยเหตุนี้ ถึงแม้ว่าที่ผ่านมาจะพบว่า ความสัมพันธ์พิเศษระหว่างรัฐกับบุคคลบางจำพวกต้องการฐานกฎหมายให้อำนาจ แต่ในความสัมพันธ์พิเศษนี้โดยตัวเองแล้วไม่น่าหลักสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักต้องมีกฎหมายให้อำนาจและต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด และการคุ้มครองสิทธิ มาใช้ ฝ่ายบริหารสามารถออกกฎเกณฑ์โดยไม่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจและออกคำสั่งที่มีลักษณะก้าวล่วงสิทธิได้ ซึ่งแต่เดิมก็คือ ระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง (Verwaltungsvorschrift) ซึ่งเห็นว่า ขาดลักษณะทางกฎหมายที่มีผลสุภายนอก

หลังจากที่มีรัฐธรรมนูญซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักนิติรัฐ บางท่านให้ความเห็นว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญ (GG) ก็ได้บัญญัติรองรับความสัมพันธ์พิเศษไว้ เช่น มาตรา 7 วรคส. GG กำหนดให้เรื่องโรงเรียน (Schulwesen) อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ มาตรา 33 วรคส. และวรรคห้า GG กำหนดให้การปฏิบัติงานในอำนาจหน้าที่ทางปกครองซึ่งเป็นหน้าที่ประจำ โดยหลักแล้วอาจมอบให้พนักงานของรัฐปฏิบัติได้ ซึ่งต้องอยู่ภายใต้กฎหมายอันกำหนดความสัมพันธ์ของเจ้าหน้าที่และต้องอยู่ภายใต้หลักความซื่อสัตย์ต่อหน้าที่ กฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของรัฐต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับข้าราชการ ต่อมา

⁴⁵ Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Bd. 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 ค.ศ. 2000, § 45 Rn. 39

⁴⁶ Maurer, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 16, § 8 Rn. 27

คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์และความเห็นของนักวิชาการส่วนใหญ่ก็มีความเห็นตรงกันว่า สิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ หลักการกระทำทางปกครองต้องมีกฎหมายให้อำนาจ และการคุ้มครองสิทธิของเอกชนโดยศาลก็นำมาใช้กับความสัมพันธ์พิเศษของรัฐและเอกชน⁴⁷

อนึ่ง ความสัมพันธ์ลักษณะพิเศษของรัฐกับเอกชน⁴⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง นักโทษ นักเรียน นักศึกษาในมหาวิทยาลัยของรัฐ ข้าราชการ ผู้ปฏิบัติหน้าที่ทหาร บุคคลดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับรัฐในสองรูปแบบ⁴⁹ ได้แก่ รูปแบบแรกคือ ความสัมพันธ์พื้นฐาน หมายถึง การกระทำของรัฐต่อบุคคลดังกล่าวก่อให้เกิดผลทางกฎหมายไปสู่ภายนอก เช่น คำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ การให้นักเรียนออกจากโรงเรียน ในขณะที่บุคคลดังกล่าวก็มีความสัมพันธ์กับรัฐอีกรูปแบบหนึ่ง คือ ความสัมพันธ์ในหน้าที่การงาน (Betriebsverhältnis) ซึ่งเป็นเรื่องภายในองค์กร ในส่วนนี้เป็นเรื่องการสั่งการ ข้าราชการหรือนักเรียนเป็นเพียงผู้รับคำสั่งภายในองค์กรของตน จะไม่มีฐานะเป็นบุคคลหรือเป็นส่วนตัวแยกต่างหากจากองค์กร เช่น การสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่

กล่าวโดยสรุป ผลการกระทำของรัฐซึ่งเดิมมีการถกเถียงโต้แย้งกันมากไม่ว่าจะเป็นการกระทำของรัฐบาล นิรโทษกรรม และการกระทำในความสัมพันธ์ที่มีสถานะพิเศษว่าเป็นการกระทำที่ศาลไม่อาจตรวจสอบได้ (justizfreie Hoheitsakte) ตามรัฐธรรมนูญ บรรดาการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำของรัฐ หากกระทบสิทธิของบุคคลแล้ว บุคคลดังกล่าวสามารถขอให้ศาลตรวจสอบได้เสมอ หากเป็นข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชน ซึ่งมีข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ (ซึ่งต้องอยู่ในเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ) กล่าวคือ ข้อพิพาททางปกครอง และราษฎรผู้ถูกระทบสิทธิเป็นผู้มีอำนาจฟ้องคดี จึงสามารถฟ้องคดีดังกล่าวต่อศาลปกครองได้

3.3 ความหมายของข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ (verfassungsrechtliche Streitigkeit)

ข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้น โดยหลักแล้วเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชน ซึ่งจะเป็นเรื่องระหว่างองค์กรของสหพันธ์ด้วยกันเอง หรือองค์กรของสหพันธ์หรือของมลรัฐ (Organstreit) ข้อพิพาทซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหพันธ์หรือของมลรัฐ ซึ่งข้อพิพาทดังกล่าวจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์ หรือ

⁴⁷ Maurer, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 16, § 8 Rn. 29

⁴⁸ Maurer, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 16, § 8 Rn. 27

⁴⁹ รายละเอียดโปรดดู กมลชัย รัตนสากววงศ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 3, หน้า 55

ศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐแล้วแต่กรณี แต่ไม่ได้หมายความว่า ปัญหาทางรัฐธรรมนูญจะไม่มีบทบาทสำคัญต่อศาลปกครองและที่สำคัญคือไม่ได้หมายความว่า เอกชนไม่อาจอ้างถึงสิทธิขั้นพื้นฐานต่อศาลปกครอง หากแต่ในทางตรงกันข้าม เป็นความผิดพลาดในระยะเริ่มต้นที่ร้ายแรง ถ้าหากการพิพาทในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานระหว่างรัฐกับเอกชน ถูกปฏิบัติในฐานะ “ข้อพิพาทตามรัฐธรรมนูญ” ตามความหมายของมาตรา 40 วรรคแรก VwGO ในกรณีนี้ตามกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfGG) เอกชนจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนการฟ้องร้องต่อศาลปกครองจนถึงที่สุดเสียก่อน จึงจะมาฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้

ข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญต้องเป็นเรื่องคู่ความในคดีพิพาทเป็นองค์กรตามกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือองค์กรที่เกิดขึ้นหรือเกี่ยวข้องกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ⁵⁰ เช่น เรื่องสถานะของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร อำนาจหน้าที่ของประธานรัฐสภาในการนำการประชุม ข้อพิพาทเรื่องการตรวจสอบการเลือกตั้ง ข้อพิพาทเรื่องความมีผลบังคับของกฎหมายลำดับรองในกรณีที่ประชาชนลงประชามติ⁵¹ เป็นต้น

3.4 บทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะกำหนดให้ข้อพิพาทตามกฎหมายอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

กรณีนี้ทำให้ไม่เป็นที่โต้เถียงเชิงทฤษฎีอีก (Theorienstreit) เพราะฝ่ายนิติบัญญัติสามารถกำหนดได้เองว่าจะให้เรื่องใดอยู่ในเขตอำนาจศาลใด⁵² กฎหมายในที่นี้หมายถึง รัฐบัญญัติ

กรณีที่สำคัญได้แก่

(ก) มาตรา 126 แห่งกฎหมายกำหนดขอบเขตของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้าราชการของสหพันธ์ (เรียกโดยย่อว่า BRRG) ในกรณีที่เป็นคำฟ้องจากความสัมพันธ์ของการเป็นข้าราชการ

(ข) มาตรา 40 วรรคสอง VwGO ซึ่งเป็นกรณีมีข้อพิพาทจากสัญญาตามกฎหมายมหาชน (สัญญาทางปกครอง) ต่อปัญหาว่าจริง ๆ แล้ว ข้อพิพาทเป็นเรื่องของสัญญาตามกฎหมายเอกชนหรือสัญญาตามกฎหมายมหาชน ด้วยมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง บัญญัติถึงเนื้อหาสาระสำคัญของสัญญาทางปกครอง ในอีกด้านหนึ่งก็ปล่อยให้นักวิชาการและศาลปกครองหาทางออกสำหรับปัญหาเฉพาะต่อไป

⁵⁰ Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 11 Rn. 69

⁵¹ Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 11 Rn. 81f.

⁵² Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 11 Rn. 10

นอกจากนั้น การให้ข้อพิพาททางปกครองอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง อีกวิธีหนึ่งคือการโอนคดีโดยศาลอื่นมาให้แก่ศาลปกครอง⁵³

3.5 บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้ข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชน อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น

กรณีนี้หมายถึงฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะจำกัดอำนาจของศาลปกครอง ในเรื่องที่กำหนดไว้ โดยกำหนดให้ข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนซึ่งไม่ใช่ข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือข้อพิพาทตามกฎหมายปกครองอยู่ในอำนาจของศาลอื่น ทั้ง ๆ ที่ โดยหลักแล้วควรจะอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

กรณีนี้มีเงื่อนไขว่าต้องเป็นข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนก่อน ถ้าหาก มิใช่เป็นเรื่องข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนแล้ว ก็จะไม่ใช้กรณีข้อยกเว้นนี้⁵⁴ นอกจากนี้ กฎหมายจะต้องกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น⁵⁵ ถ้าหากเป็นเรื่องของจารีต ประเพณีซึ่งมีมาแต่เดิม ไม่อาจมาใช้แก่กรณีนี้ได้ และในกรณีมีข้อสงสัย ให้สันนิษฐานว่า ข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง⁵⁶ คำว่าศาลอื่น (andere Gerichte) ในความหมายของมาตรา 40 วรรคแรก VWGO ศาลที่ต้องคำนึงถึงโดยเฉพาะอย่างยิ่ง คือ ศาลแพ่ง รองลงมาก็คือ ศาลอาญา และกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองเฉพาะได้

(1) กฎหมายของสหพันธ์กำหนดไว้โดยเฉพาะให้อยู่ในอำนาจของ ศาลยุติธรรม

(ก) มาตรา 14 วรรคสาม⁵⁷ ประโยคที่ 4 แห่งรัฐธรรมนูญ กำหนด ให้การฟ้องเฉพาะเรื่องการกำหนดจำนวนเงินค่าทดแทนตามกฎหมายว่าด้วยเวนคืน ให้ฟ้องต่อ

⁵³ Kopp/Schenke, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 35, § 40 Rn. 3

⁵⁴ Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 11 Rn. 73

⁵⁵ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (BVerwGE) 40, 112, 114

⁵⁶ Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 11 Rn. 14

⁵⁷ มาตรา 14 วรรคสาม GG กำหนดว่า การเวนคืนทรัพย์สินกระทำได้ เมื่อเป็นไปเพื่อ ประโยชน์สุขของส่วนรวม (Wohl der Allgemeinheit) การเวนคืนจะต้องมีกฎหมายหรือกฎหมายมอบให้ กระทำได้เท่านั้น และในกฎหมายดังกล่าวต้องกำหนดชนิดและขอบเขตของการชดเชยความเสียหาย การกำหนดค่าทดแทนจะต้องกำหนดโดยการชั่งน้ำหนักอย่างเที่ยงธรรมระหว่างประโยชน์ของส่วนรวมและ ผู้มีส่วนในคดี ในกรณีโต้แย้งเกี่ยวกับจำนวนค่าทดแทนว่าควรเป็นจำนวนเท่าใด ให้ฟ้องต่อศาลยุติธรรม

ศาลยุติธรรม เหตุผลอยู่ที่ความเป็นมาของประวัติศาสตร์เกี่ยวกับเรื่องวิวัฒนาการของศาลปกครอง ซึ่งแต่เดิมนั้นเชื่อว่าศาลยุติธรรมสร้างความมั่นใจในเรื่องนี้ได้ดีที่สุด⁵⁸ นอกจากนั้นความหมายของการกำหนดค่าทดแทนไม่ได้หมายความว่าเฉพาะค่าทดแทนที่เป็นตัวเงิน หากแต่ความหมายรวมถึงการชดใช้ที่ดิน ซึ่งศาลยุติธรรมเป็นผู้วินิจฉัย⁵⁹ การชดใช้ค่าทดแทนการเวนคืนตามมาตรา 14 วรรคสาม GG จะเกิดขึ้นเมื่อการเวนคืนนั้นเป็นการเวนคืนที่ชอบด้วยกฎหมาย การบังคับเวนคืน (Eingriff) ในความหมายของมาตรานี้ และการเวนคืนชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ต้องพิจารณาจากกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นเกณฑ์⁶⁰ อย่างไรก็ตาม หากมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับฐานที่มาของสิทธิเรียกร้อง (กล่าวคือ ได้มีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เกิดขึ้น) ซึ่งศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัยเป็นที่สุดแล้ว คำพิพากษาของศาลปกครองก็จะผูกพันศาลยุติธรรม⁶¹

อนึ่ง ความหมายของคำว่า "กฎหมายหรือกฎหมายมอบให้กระทำได้" (Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes) เพื่อให้เกิดความชัดเจน อาจขยายความได้ดังนี้ Gesetz หมายถึง กฎหมายตามรูปแบบ (คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ BVerfGE 22, 180) ซึ่งก็คือกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ส่วน auf Grund eines Gesetzes หมายถึง กฎหมายมอบให้กระทำได้หรือบนฐานที่มาของพระราชบัญญัติ กล่าวคือ พระราชบัญญัติให้อำนาจออกกฎเกณฑ์ต่อไปได้ไว้ โดยผ่านกฎเกณฑ์ที่ต่ำกว่าพระราชบัญญัติ (untergesetzliche Norm) หรือโดยคำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt) อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 41, Vor Art. 1 GG Rn. 42

⁵⁸ Ehlers, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 4, § 40 Rn. 499

⁵⁹ Ehlers, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 4, § 40 Rn. 512

⁶⁰ Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, § 1 Rn. 9

⁶¹ Ehlers, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 4, § 40 Rn. 509 คำพิพากษาศาลฎีกา (BGHZ) 92, 28

= NJW 1985, 3025 สำหรับกรณีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของไทย พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 ภายหลังที่มีการจัดตั้งศาลปกครองแล้ว คดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง เช่น การฟ้องคดีเกี่ยวกับเงินค่าทดแทน ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงเป็นคดีปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ส่วนการวินิจฉัยอุทธรณ์เงินค่าทดแทนของรัฐมนตรี ศาลปกครองถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง จึงเป็นกรณีคดีปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 287/2546), ประมวลกฎหมายปกครอง, อักษราทร จุฬารัตน, หน้า 115 และหน้า 122 โดยในเชิงอรรถที่ 13 ได้ระบุคำพิพากษาอื่น ๆ ในเรื่องนี้

(ข) มาตรา 34⁶² แห่งรัฐธรรมนูญ กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของบุคคลใดในการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด (Haftung bei Amtspflichtverletzung) บทบัญญัติมาตรานี้เป็นฐานที่มาของสิทธิเรียกร้องสำหรับความรับผิดของรัฐโดยเกี่ยวโยงกับการผิดหลักละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่ง ข้อพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องเรียกค่าเสียหายสำหรับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีหน้าที่ต้องปฏิบัติ ให้ฟ้องต่อศาลยุติธรรม

อนึ่ง มาตรา 839⁶³ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) และ มาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญ (GG) เป็นบทบัญญัติที่มีความสัมพันธ์กัน และเป็นบทบัญญัติที่เป็นฐานที่มาของสิทธิเรียกร้องเพื่อความรับผิดในการปฏิบัติหน้าที่มิชอบที่เป็นเอกภาพ รัฐมิได้ร่วมรับผิดกับเจ้าหน้าที่ หากเป็นการรับผิดแทนที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ⁶⁴ ถ้าหากครบองค์ประกอบข้อเท็จจริงตามมาตรา 839 BGB ก็จะทำให้เป็นไปตามเงื่อนไขตามมาตรา 34 GG กล่าวคือ หากเจ้าหน้าที่กระทำผิดในการปฏิบัติหน้าที่ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก รัฐมีหน้าที่ต้องชดเชยค่าเสียหายแก่เอกชนผู้เสียหาย มิใช่เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิด เมื่อพิจารณาฐานที่มาของสิทธิเรียกร้องสำหรับความรับผิดเพื่อการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามมาตรา 839 BGB ประกอบกับมาตรา 34 GG ดังกล่าว จะเห็นได้ว่ามีฐานที่มาจากกฎหมายคนละแขนงกัน กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและรัฐธรรมนูญ กับทั้งกฎหมายดังกล่าวเริ่มมีผลใช้บังคับในช่วงเวลาที่แตกต่างกันและเจตนารมณ์ที่แตกต่างกัน⁶⁵

⁶² มาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญ บัญญัติใจความว่า

หากบุคคลใดในการปฏิบัติหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติ กระทำการผิดหน้าที่ต่อบุคคลที่สาม โดยหลักแล้วความรับผิดจะตกแก่รัฐหรือองค์กรซึ่งเจ้าหน้าที่ปฏิบัติอยู่ ในกรณีที่มีความผิดเกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ รัฐอาจเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดเชยแก่รัฐได้ สำหรับการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนและการเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ชดเชยแก่รัฐ ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณา

⁶³ มาตรา 839 BGB บัญญัติสาระสำคัญว่า ข้าราชการ (Beamter) กระทำผิดหน้าที่ต่อดำแหน่งโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลที่สาม ข้าราชการผู้นั้นต้องชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลที่สาม ในกรณีที่ข้าราชการกระทำผิดโดยประมาทเลินเล่อ ข้าราชการผู้นั้นจะถูกฟ้องให้ชดเชยค่าเสียหายก็ต่อเมื่อผู้ฟ้องคดีไม่อาจเรียกให้ชดเชยโดยวิธีการอื่นได้

⁶⁴ Maurer อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 16, § 25 Rn. 7

⁶⁵ ประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) มีผลใช้บังคับปี ค.ศ. 1900 ซึ่งบัญญัติความรับผิดเฉพาะตนเองของข้าราชการในการปฏิบัติหน้าที่อันมาจากอิทธิพลของทฤษฎี "Mandatstheorie" ตามทฤษฎีนี้ ข้าราชการปฏิบัติหน้าที่ภายในขอบเขตที่ได้รับมอบหมาย สำหรับการดำเนินการให้ชอบด้วยกฎหมาย

ตามมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญ กำหนดให้ข้อพิพาทเกี่ยวกับการชดใช้ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ตามความหมายของมาตรา 839 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง โดยหลักแล้วให้ฟ้องต่อศาลยุติธรรม ในกรณีนี้ก็เช่นกัน ผู้ได้รับความเสียหายไม่มีสิทธิเลือกว่า จะต้องฟ้องโต้แย้งมาตรการหรือการกระทำของเจ้าหน้าที่ก่อน หรือฟ้องเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายไปพร้อม ๆ กัน หากผู้ได้รับความเสียหายจากมาตรการของฝ่ายปกครอง ต้องฟ้องต่อศาลปกครองให้เพิกถอนมาตรการดังกล่าวเสียก่อน จึงมาใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่แล้วก่อให้เกิดความเสียหาย⁶⁶ ตัวอย่างเช่น นาย ก. ได้รับความเสียหายจากคำสั่ง (ทำความสะอาดถนนและทางเดิน) ซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย นาย ก. ต้องไม่ปล่อยให้คำสั่งที่ไม่ชอบดังกล่าวล่วงเวลาจนไม่อาจเพิกถอนได้ภายหลัง นาย ก. จะต้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวเสียก่อน จึงจะมาฟ้องต่อศาลยุติธรรมเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายได้⁶⁷

มาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญ เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็น “หลักประกันในขั้นต่ำ” สำหรับความรับผิดชอบของรัฐจากกรณีการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งเจ้าหน้าที่เป็นผู้ทำละเมิด เพื่อคุ้มครองผู้ถูกกระทำละเมิด การกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายจะเข้ากรณีตามมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญ ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามลักษณะของกฎหมายมหาชน⁶⁸ สำหรับการกระทำของฝ่ายปกครองตามกฎหมายเอกชนไม่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 34 นี้

(ก) กฎหมายอื่น ๆ ของสหพันธ์

กฎหมายเฉพาะอื่น ๆ ของสหพันธ์เป็นจำนวนมากได้กำหนดให้การฟ้องเรื่องข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนอยู่ในอำนาจของศาลอื่น นอกจากนั้น มีหลายกรณีที่กำหนดกรณีของสิทธิเรียกร้องให้ชดใช้ค่าเสียหายและการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ให้ฟ้องต่อ

หากกระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายถือเป็นการปฏิบัติในฐานะส่วนตัว ส่วนรัฐธรรมนูญ (GG) มีผลใช้บังคับ ปี ค.ศ. 1949 มาตรา 34 GG บัญญัติเรื่องความรับผิดชอบของรัฐมีขึ้นเพื่อประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ และมุ่งคุ้มครองผู้เสียหาย อันเป็นความรับผิดชอบของรัฐแทนที่ความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ กล่าวโดยสรุปความรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่มิชอบด้วยกฎหมาย (Amtshaftung) ในชั้นแรก ข้าราชการรับผิดชอบด้วยตนเอง แต่รัฐได้เข้ามารับเอาความผิดนี้แทน รัฐจึงต้องชดใช้ค่าเสียหาย

⁶⁶ Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 11 Rn. 78

⁶⁷ คำพิพากษาศาลฎีกา (BGH) NJW 1987, 491

⁶⁸ การปฏิบัติงานในหน้าที่ทางมหาชน เป็นเรื่องขอบเขตการปฏิบัติหน้าที่ในทางกฎหมายมหาชนหรือปฏิบัติภาระหน้าที่ทางปกครอง

ศาลยุติธรรม เช่น มาตรา 61 วรรคแรก แห่งกฎหมายว่าด้วยโรคระบาด มาตรา 21⁶⁹ แห่งกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและการคุ้มครองสิ่งมีชีวิตและสิ่งแวดล้อม⁷⁰ (BlmSchG) มาตรา 217 แห่งประมวลกฎหมายควบคุมอาคาร (BauGB) กรณีมีปัญหาเรื่องวิธีพิจารณาของคณะกรรมการเกี่ยวกับเรื่องพื้นที่ก่อสร้างอาคารให้ฟ้องต่อศาลยุติธรรม มาตรา 23 EGGVG (กฎหมายให้ใช้กฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาล) ในเรื่องคำฟ้องเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมศาลหรืออัยการภายใต้ขอบเขตของกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา (Klage gegen Verwaltungsakte von Justizbehörden⁷¹ หรือ sog. Justizverwaltungsakte)

(ง) กฎหมายของมลรัฐอาจกำหนดให้ข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนอยู่ในอำนาจของศาลอื่นได้เช่นกัน (มาตรา 40 วรรคแรก ประโยคสอง VwGO)

(จ) บทบัญญัติมาตรา 40 วรรคสอง VwGO ได้กำหนดกรณีข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนซึ่งต้องฟ้องต่อศาลยุติธรรมไว้อีกหลายกรณี กล่าวคือ ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินจากผู้ต้องเสียหายเป็นพิเศษต่อการกระทำเพื่อความผาสุกของประชาชนส่วนรวม ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินจากการดูแลรักษาทรัพย์สินตามกฎหมายมหาชน เช่น การดูแลรักษาทรัพย์สินที่ถูกยึดมาตามกฎหมายตำรวจและการรักษาความสงบเรียบร้อย (Ansprüche aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung) และรวมถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายมหาชนซึ่งก่อให้เกิดความเสียหาย แต่ไม่ใช่หน้าที่ที่มาจากสัญญาทางปกครอง เพราะหากเป็นข้อพิพาทซึ่งเกิดจากการผิดหน้าที่ตามสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณา

(2) อำนาจของศาลปกครองทั่วไปถูกจำกัดโดยศาลปกครองเฉพาะด้าน

หากปรากฏว่าข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนถูกกำหนดไว้โดยเฉพาะให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองพิเศษแล้ว ศาลปกครองทั่วไปก็ไม่อาจพิจารณาเรื่องดังกล่าวได้

⁶⁹ กรณีนี้ไม่ได้แตกต่างจากหลักเกณฑ์ของมาตรา 49 วรรคห้า แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง กำหนดให้การเรียกค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองและชอบด้วยกฎหมาย

⁷⁰ Creifelds Rechtswörterbuch, พิมพ์ครั้งที่ 12 ค.ศ. 1994, หน้า 601

⁷¹ Sommermann, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7, หน้า 33

ศาลปกครองพิเศษ⁷² ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 95 แห่งรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ศาลภาษีอากร ศาลแรงงาน และศาลสังคม (มาตรา 95) ศาลตรวจสอบด้านวินัยและการทำงาน (มาตรา 96 วรรคสี่) และศาลสิทธิบัตรแห่งสหพันธ์ (มาตรา 96 วรรคแรก) ตัวอย่างเช่น มาตรา 33 ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลภาษีอากร (FGO) กำหนดให้ศาลภาษีอากรมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนในเรื่องเกี่ยวกับภาษีอากร เป็นต้น

นอกจากนั้น ศาลปกครองสามารถมีส่วนร่วมวินิจฉัยตามความเกี่ยวพันของเรื่อง ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่จะต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับสภาพของกรรมสิทธิ์ สำหรับเรื่องอำนาจฟ้องในคำฟ้องของเพื่อนบ้าน ศาลปกครองย่อมสามารถวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์แล้วหรือไม่ ในกรณีตรงกันข้ามศาลยุติธรรมก็สามารถบอกได้ว่าศาลเห็นถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในกระบวนการวิธีพิจารณาความรับผิดเพื่อละเมิดทางปกครองของเจ้าหน้าที่ หรือกรณีศาลอาญาสามารถร่วมวินิจฉัยว่า การอนุมัติหรือการอนุญาตตามกฎหมายมหาชนเพียงแต่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นโมฆะ⁷³

4. ผู้มีอำนาจฟ้องคดีปกครอง (Klagebefugnis)

ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลปกครอง ค.ศ. 1960 (VwGO) มาตรา 42 วรรคสอง ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้มีอำนาจฟ้องคดีปกครองสำหรับคำฟ้องเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองว่าต้องเป็นผู้ที่สิทธิของตนเองถูกระทบกระเทือน⁷⁴ (in seinen Rechten verletzt zu sein) อนึ่ง กฎหมายของสหพันธ์หรือของมลรัฐอาจกำหนดข้อยกเว้นก็ได้⁷⁵

⁷² ในกฎหมายไทย ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลแรงงาน เป็นศาลยุติธรรมชั้นพิเศษ มิใช่ศาลปกครองพิเศษเช่นเดียวกับในระบบกฎหมายเยอรมัน

⁷³ Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 11 Rn. 99

⁷⁴ ในการยื่นคำฟ้อง ผู้ฟ้องคดีต้องยืนยันว่าสิทธิของตนเองถูกระทบกระเทือน จึงทำให้เป็นผู้มีอำนาจฟ้อง แต่ในข้อเท็จจริงแล้วสิทธิของผู้ฟ้องคดีถูกระทบกระเทือนหรือไม่ เป็นกรณีที่ศาลต้องตรวจสอบ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (BVerwGE 44, 1))

⁷⁵ โดยเฉพาะกรณีผู้แทนของประโยชน์สาธารณะ เช่น กรณีหัวหน้าขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่ควบคุมดูแล (Aufsichtsbehörde) อาจฟ้องโดยคำฟ้องแบบ Anfechtungsklage ได้แม้คำสั่งทางปกครองได้

4.1 ความเป็นมาและความหมายในปัจจุบัน⁷⁶

สำหรับเบื้องหลังทางประวัติศาสตร์ของการมีอำนาจฟ้อง (Klagebefugnis) วางอยู่บนหลักที่ปฏิเสธความคิดความเข้าใจว่า ศาลปกครองเป็นผู้ควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองทางภาวะวิสัย (objektive Rechtmäßigkeitskontrolle)⁷⁷ อย่างที่เคยใช้อยู่ในระบบของเยอรมันทางเหนือ⁷⁸

⁷⁶ แปลสรุปจาก Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 14 Rn. 70-72

⁷⁷ ศาลปกครองมีหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ในทางภาวะวิสัย (objektive Rechtskontrolle), กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 5 พ.ศ. 2546, หน้า 252

⁷⁸ ในช่วงศตวรรษที่ 19 มีการอภิปรายในสองปัญหาสำคัญคือ ปัญหาว่าการคุ้มครองรักษากฎหมายปกครองควรทำโดยศาลยุติธรรมหรือโดยศาลปกครอง ความเห็นแต่เดิมมีอยู่สองแนวทาง เนื่องจากอิทธิพลคำสอนของ Otto Bähr (1817 – 1895) และ Rudolf von Gneist (1816 – 1895)

Otto Bähr เขียนเรื่อง "นิติรัฐ" โดยมองว่า รัฐเป็นองค์กรสูงสุดของการจัดองค์กรการอยู่ร่วมกันในสังคม และจากจุดนี้เอง Bähr ให้ความเห็นสนับสนุนการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนโดยศาลยุติธรรม

สำหรับ Rudolf von Gneist มองว่า ต้องแยกรัฐจากสังคมอย่างเด็ดขาด (strikte Trennung von Staat und Gesellschaft) Gneist มองศาลยุติธรรมว่ามีฐานะเป็น "ศาลของพลเมือง" ไม่มีความเหมาะสมที่จะมาควบคุมฝ่ายปกครอง หรือทำให้ประโยชน์สาธารณะเป็นจริง หรือเป็นผู้ใช้กฎหมายมหาชน Gneist มองว่า ศาลปกครองควรควบคุมกฎหมายบนบรรทัดฐานของกฎหมายมหาชนมากกว่าที่ศาลปกครองจะมาคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ได้เสียของปัจเจกชน Gneist มองว่า สิทธิและประโยชน์ของปัจเจกชนเป็นลักษณะเฉพาะของขอบเขตทางสังคม (gesellschaftliche Sphäre)

ปัญหาที่สองเกี่ยวข้องกับเป้าหมายของศาลปกครองว่าจัดตั้งขึ้นมาเพื่อเป้าหมายใด กล่าวคือ ศาลปกครองจัดตั้งขึ้นเพื่อการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนหรือเพื่อเป็นหลักประกันระบบกฎหมายในทางภาวะวิสัย (Gewährleistung der objektiven Rechtsordnung) ในอดีตในระบบกฎหมายเยอรมันทางใต้อ้างถึงการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายมหาชนของราษฎร (Schutz subjektiver öffentlicher Rechte der Bürger) ในขณะเดียวกัน ศาลปกครองตามแนวความคิดของเยอรมันทางเหนือ ให้ความสำคัญกับหลักว่าศาลปกครองเป็นเครื่องมือที่จะรักษาไว้ซึ่งระบบกฎหมายในทางภาวะวิสัย (ศาลปกครองต้องเป็นหลักประกันว่าจะวินิจฉัยคดีเพื่อให้การใช้กฎหมายเป็นไปตามความมุ่งหมาย (objektiv) ของกฎหมาย) ส่วนการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนเป็นเรื่องรองลงมา (ก็ไม่ได้หมายความว่า ศาลปกครองปัจจุบันไม่ได้มีเพื่อการคุ้มครองระบบกฎหมายในฐานะลำดับรองในขณะเดียวกัน), Sommermann, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7 หน้า 4-5

สำหรับประเด็นเขตอำนาจศาลหรือเรื่องใดที่กำหนดให้ควบคุมโดยศาลได้ในอดีต โดยที่การควบคุมฝ่ายปกครองในชั้นต้นเป็นการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองเอง ศาลปกครองจริง ๆ จำกัดอยู่ในศาลปกครองระดับกลาง ที่เรียกว่า Oberverwaltungsgerichte (OVG) และ Verwaltungsgerichtshöfe (VGH)⁷⁹ ในบรรดามลรัฐต่าง ๆ ได้สร้างหลักอำนาจฟ้องคดีเฉพาะเรื่อง (Enumerationsprinzip) กล่าวคือ ศาลมีเขตอำนาจพิจารณาได้ในเรื่องที่กำหนดไว้ ซึ่งเดิมเฉพาะคำสั่งทางปกครองที่ก่อการะ หลักนี้ถูกยกเลิกไปอย่างเด็ดขาด เพราะมาตรา 19 วรรคสี่ GG และมาตรา 40 VwGO รับรองหลักอำนาจฟ้องคดีปกครองอย่างกว้าง นอกจากนั้น การควบคุมโดยศาลต้องเป็นกรณีการกระทบบสิทธิของบุคคลตามกฎหมาย (subjektive Rechtsverletzung) ด้วยเหตุนี้ จึงมีปัญหาคือจะต้องเลือกตัดสินใจว่า (1) ศาลปกครองควรจะต้องเป็นองค์กรควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองในเชิงภาวะวิสัย (objektive Kontrollinstanz) เป็นแนวทางเดียวกับความเห็นของ Gneist แนวความคิดนี้เรียกว่าง่าย ๆ ว่า “ทางออกตามแนวเยอรมันเหนือ” หรือ (2) จะต้องเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีต้องกล่าวด้วยว่าสิทธิของตนถูกระทบบกระเทือนจากการกระทำของฝ่ายปกครอง อันเป็นกรณีเช่นเดียวกับระบบสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายแพ่งซึ่งเป็นไปตามข้อความคิดของ Otto Bähr (ทางออกตามแนวเยอรมันใต้)

ภายหลังจากที่มีรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1949 ความคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนได้ถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจน อีกทั้งบทบัญญัติมาตรา 42 วรรคสอง VwGO และมาตรา 113 VwGO เป็นการยืนยันว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นศาลของเยอรมันเลือกแนวทางออกตามแนวคิดของ Otto Bähr (เยอรมันทางด้านใต้)

ตามที่มาตรา 42 วรรคสอง VwGO ได้วางหลักว่าผู้มีอำนาจฟ้องต้องเป็นปัจเจกชนผู้ถูกระทบบสิทธิเท่านั้น (individuelle Verletzungsklage) ด้วยเหตุนี้ คำว่าสิทธิของปัจเจกชนตามที่กฎหมายรับรอง จึงกลายเป็นศูนย์กลางของส่วนได้เสีย ผู้ฟ้องคดีสามารถอ้างถึงเฉพาะเพียงสิทธิที่กฎหมายหรือตามสิทธิขั้นพื้นฐานของตนเอง (เพราะตามรัฐธรรมนูญเยอรมันกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลบังคับเป็นกฎหมายโดยตรง) กำหนดไว้เองอย่างชัดแจ้ง มิใช่สิทธิของผู้อื่นหรือของกลุ่ม ในขณะที่เดียวกัน การมีอำนาจฟ้องคดีแสดงให้เห็นถึงเส้นแบ่งแยกที่ชัดเจนระหว่างผลประโยชน์ทางการเมืองหรือเศรษฐกิจ และสิทธิใน

⁷⁹ ศาลปกครองระดับกลางดังกล่าวในอดีตมีบทบาทสำคัญอย่างมากในการพัฒนากฎหมายปกครองและยังเป็นองค์กรที่ผลักดันให้หลักกฎหมายทั่วไปในส่วนวิธีพิจารณาความในชั้นศาลมีผลขึ้นมา อีกทั้งยังมีส่วนช่วยให้หลักความผูกพันตามกฎหมายของฝ่ายปกครองเป็นรูปธรรมขึ้นมาด้วย, Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 2 Rn. 9

ความหมายสมบูรณ์ของคำนี้ มาตรา 19 วรรคสี่ แห่งรัฐธรรมนูญ ก็ได้เดินตามแนวความคิดที่กล่าวมาเชิงประวัติศาสตร์นี้ คือ เมื่อสิทธิของตนถูกกระทบกระเทือน จึงได้รับการคุ้มครองให้สามารถฟ้องร้องต่อศาลได้

สำหรับความหมายในปัจจุบัน ตามที่กล่าวมาแล้ว ด้วยเหตุที่ต้องการจะหลีกเลี่ยงการฟ้องโดยบุคคลทั่วไป (Popularklage)⁸⁰ และโดยที่มีปัญหาเกิดขึ้นมากมายในกระบวนการที่คัดค้านคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อบุคคลที่สาม จึงได้วางเกณฑ์การแบ่งแยกให้ชัดเจน ระหว่างผู้ที่เป็นเพียงผู้สนใจในเชิงข้อเท็จจริงหรือผู้ที่ต้องรับภาระ และผู้ที่เป็นไปได้ว่าสิทธิตามกฎหมายถูกกระทบกระเทือน อีกทั้งได้มีการยกเลิกหลักอำนาจฟ้องเฉพาะเรื่อง ทำให้การคุ้มครองสิทธิไม่ขึ้นอยู่เฉพาะแต่คำสั่งทางปกครอง และทำให้ผู้มีสิทธิฟ้องร้องขยายไปถึงผู้ถูกกระทบกระเทือนในวงกว้าง

อาจกล่าวได้ว่าผู้มีอำนาจฟ้องคดีปกครองนั้นต้องเป็นผู้เสียหายโดยตรงหรือผู้เสียหายในความหมายอย่างแคบ ซึ่งเป็นการจำกัดมิให้ประชาชนโดยทั่วไปซึ่งมิได้ถูกกระทบกระเทือนสิทธิ แต่เห็นถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงต้องการให้มีการแก้ไขเยียวยา มิให้เสนอคำฟ้องต่อศาลปกครองได้ ตัวอย่างเช่น นาย ก. เดินทางผ่านไปเห็นว่าอาคารหลังหนึ่งก่อสร้างโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงต้องการให้มีการรื้อถอนอาคารเช่นนี้ ไม่อาจกระทำไ้ เพราะนาย ก. มิได้เป็นผู้ที่สิทธิของตนถูกกระทบกระเทือนแต่อย่างใด

4.2 ผู้มีอำนาจฟ้องคดีปกครองต่อศาลปกครอง เนื่องจากสิทธิของตนเองตามกฎหมายถูกละเมิดหรือถูกกระทบกระเทือนจากคำสั่งทางปกครอง

สิทธิที่กฎหมายคุ้มครอง ได้แก่ บรรดาสิทธิที่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติรับรองไว้ และยักรวมถึงสิทธิตามกฎหมายที่ต้องคำนึงถึง สิทธิที่กฎหมายรัฐธรรมนูญรับรอง โดยเฉพาะสิทธิขั้นพื้นฐาน สิทธิตามกฎหมายจารีตประเพณีหรือที่มีฐานมาจากหลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร สิทธิซึ่งมาจากแนวคำพิพากษารับรอง (Richterrecht)

กล่าวโดยสรุป ตามความเห็นฝ่ายข้างมาก สิทธิที่กฎหมายคุ้มครอง ได้แก่ สิทธิตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

บทบัญญัติมาตรา 42 วรรคสอง ววGO ได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับผู้มีอำนาจฟ้องคดีซึ่งเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ ในกรณีคำฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่ง

⁸⁰ Popularklage เป็นการฟ้องโดยทุกคนหรือใครก็ได้มีอำนาจฟ้อง โดยไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ที่สิทธิถูกกระทบกระเทือน กฎหมายกำหนดไว้ในบางกรณีให้สามารถทำได้ เมื่อประโยชน์ของส่วนรวมถูกกระทบถึง, Creifelds Rechtswörterbuch, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 70, หน้า 907

ทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิของตนเป็นสิทธิตามกฎหมายหรือประโยชน์ตามที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง สำหรับกรณีคำฟ้องประเภท *Anfechtungsklage* ซึ่งไม่ขึ้นอยู่กับว่าจะเป็นคำสั่งทางปกครองรูปแบบใด ขอเพียงให้มีคำสั่งทางปกครองตามนิยามของมาตรา 35 VwVG อยู่ก็เป็นการเพียงพอแล้ว⁸¹ และคำฟ้องที่มีเป้าหมายเพื่อให้มีการออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นคุณ ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธหรือละเลยไม่ออกให้ (*Verpflichtungsklage*)

ความเห็นส่วนใหญ่เห็นว่า ถ้าหากผู้ฟ้องคดีบรรยายให้เห็นถึงความเป็นไปได้ว่าสิทธิของผู้ฟ้องคดีตามกฎหมายถูกระทบกระเทือน ก็เป็นการเพียงพอที่จะเป็นผู้มีอำนาจฟ้อง (sog. *Möglichkeitstheorie*)⁸²

นอกจากนั้น ยังมีคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองด้าน (*Verwaltungsakt mit Drittwirkung*) หมายถึง คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง แต่ก่อภาระแก่บุคคลอื่น เช่น กรณีออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร เพื่อนบ้านซึ่งมีอาคารติดต่อกัน แม้จะมีผู้รับคำสั่งทางปกครอง ก็เป็นผู้มีอำนาจฟ้องคดีได้ เมื่อสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิที่มีอยู่ตามกฎหมายก็ตามถูกระทบกระเทือน เพราะว่าการนี้เพื่อนบ้านเป็นผู้หนึ่งซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงและต้องการการคุ้มครองสิทธิ

สำหรับกรณีคำร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายลำดับรอง (*Antrag auf Normenkontrollverfahren*) การควบคุมตรวจสอบกฎหมาย (*Normenkontrolle*) เป็นการตรวจสอบกฎหมายโดยองค์กรศาล⁸³ การตรวจสอบกฎหมายโดยศาลตามมาตรา 47 วรรคแรก VwGO ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัย

⁸¹ หากคำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะก็จะทำให้ขาด "วัตถุ" (*Gegenstand*) ที่ให้บอกกล่าว เช่นเดียวกัน หากคำสั่งทางปกครองได้ถูกยกเลิกหรือเพิกถอนไปแล้ว ก็ไม่มี "วัตถุ" ที่จะให้เพิกถอน เช่นเดียวกัน

⁸² Sommermann, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7, หน้า 36

⁸³ เมื่อกล่าวถึงการตรวจสอบกฎหมายโดยองค์กรศาลมีได้ 2 ลักษณะคือ การตรวจสอบกฎหมายในเชิงนามธรรม (*abstrakt*) หรือกรณีมีคำพิพากษาแห่งคดี (*konkret*) ตัวอย่างการตรวจสอบกฎหมายในเชิงนามธรรมเป็นวิธีพิจารณาตามมาตรา 93 I Nr. 2 GG, คำร้องเรียนตามรัฐธรรมนูญตามมาตรา 93 I Nr. 4 a GG เมื่อเป็นกรณีโต้แย้งบทบัญญัติของกฎหมาย และยังรวมถึงกรณีคำฟ้องโดยประชาชน (*Popularklage*) ตามมาตรา 98 รัฐธรรมนูญ Bayern สำหรับกรณีการควบคุมตรวจสอบในเชิงรูปธรรม (*konkrete Normenkontrolle*) บัญญัติไว้ในมาตรา 100 GG ควบคุมโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ กรณีนี้จะต้องมีคำพิพากษาของศาลแล้ว, Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 19 Rn. 1

ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในเขตของศาลปกครองด้วย⁸⁴ ดังนั้น เรื่องที่อยู่ในขอบเขตกฎหมายเอกชน เช่น ข้อกำหนดทั่วไปเกี่ยวกับสัญญา (allgemeine Geschäftsbedingungen) ไม่อาจเป็น “วัตถุ” ที่จะถูกควบคุมตรวจสอบได้ “วัตถุ” ที่จะถูกตรวจสอบจะต้องเป็นกฎหมายของมลรัฐในระดับต่ำกว่าพระราชบัญญัติ (untergesetzliches Landesrecht) เสมอ ผู้มีอำนาจยื่นคำร้อง (Antragsbefugnis) จะต้องเป็นผู้ที่รับกฎเกณฑ์ (กฎหมายกำหนดข้อให้ปฏิบัติหรือข้อห้ามปฏิบัติ) ตัวอย่างเช่น ผู้ยื่นคำร้องเป็นองค์กรอิสระสนับสนุนโรงเรียนเอกชนคัดค้านข้อบัญญัติเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายสนับสนุนนักเรียน⁸⁵ ผู้ยื่นคำร้องเป็นผู้สมัครเข้าศึกษาคัดค้านระเบียบเรื่องความสามารถของบุคคลซึ่งกำหนดให้กระทำการหรือละเว้นการกระทำการ (Kapazitätsverordnung)⁸⁶ บทบัญญัติมาตรา 47 วรรคสอง VwGO ได้กำหนดให้ผู้ซึ่งสิทธิถูกระทบกระเทือนในอนาคตอันใกล้ เป็นผู้ยื่นคำร้อง⁸⁷ และอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งกฎหมายลำดับรองหรือการใช้กฎหมายของกฎหมายลำดับรองไปกระทบกระเทือนสิทธิ รวมทั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็อาจยื่นคำร้องได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ ภายในกำหนดเวลาสองปี นับแต่วันที่กฎหมายมีผลใช้บังคับ

4.3 การนำหลักการเรื่องผู้มีอำนาจฟ้องมาใช้แก่คำฟ้องประเภทอื่น นอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 42 วรรคแรก VwGO โดยอนุโลม (มาตรา 47 วรรคสอง VwGO)

แนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ได้นำหลักผู้มีอำนาจฟ้องคดีหรือผู้เสียหายในความหมายอย่างแคบนี้มาใช้แก่กรณีคำฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นประโยชน์แก่ตัวเอง (Die allgemeine Leistungsklage) มาใช้ด้วยโดยอนุโลม⁸⁸ กรณีที่ไม่ถือว่าเป็นผู้มีอำนาจฟ้อง ก็ต่อเมื่อเห็นได้อย่างชัดเจนว่าสิทธิเรียกร้องให้กระทำการอันเป็นประโยชน์ (Anspruch auf Leistung) ไม่มีอยู่หรือไม่เกี่ยวข้องด้วยเลย⁸⁹

⁸⁴ กล่าวคือ เป็นเรื่องการควบคุมการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ใช้บังคับทั่วไป (abstrakt generell) และไม่เป็นข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญในความหมายของมาตรา 40 VwGO

⁸⁵ คำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ VGH Mannheim, DVBl. 1997, 1184

⁸⁶ คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด BVerwGE 64, 77, 80

⁸⁷ Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 13 Rn. 28

⁸⁸ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (BVerwGE) 86, 192, 199; 44, 1, 3; 60, 144, 150

⁸⁹ Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 17 Rn. 14

ในคำฟ้องขอให้ศาลพิสูจน์ความมีอยู่หรือความไม่มีอยู่ของนิติสัมพันธ์ตามกฎหมาย (Positive/negative Feststellungsklage) มาตรา 43 VwGO มิได้กำหนดเรื่อง การเป็นผู้มีอำนาจฟ้องไว้อย่างชัดเจนดังเช่นคำฟ้องประเภท Anfechtungsklage และคำฟ้อง ประเภท Verpflichtungsklage ตามมาตรา 42 วรรคสอง VwGO

โดยหลักแล้วสำหรับคำฟ้องประเภท Feststellungsklage ไม่มีเหตุที่จะต้องพิสูจน์การมีอำนาจฟ้องของโจทก์เป็นการเพิ่มเติมอีก เมื่อปรากฏว่านิติสัมพันธ์ตามกฎหมายและความจำเป็นต้องคุ้มครองสิทธิที่เหมาะสมนั้นมีอยู่แล้ว⁹⁰ ดังนั้น ความเห็นบางส่วน จึงเห็นว่าไม่จำเป็นต้องนำมาตรา 42 วรรคสอง VwGO มาใช้บังคับโดยอนุโลม⁹¹

แนวโน้มของคำพิพากษาศาลปกครองปรากฏว่าหลักผู้ซึ่งถูกระทบ สิทธิหรือผู้เสียหายในความหมายอย่างแคบตามมาตรา 42 วรรคแรก VwGO ได้ขยายขอบเขต กว้างขวางขึ้น⁹² ซึ่งโดยทั่วไปก็สามารถเข้าใจได้ เหตุผลประการหนึ่งก็คือ เพื่อไม่ให้เกิด ช่องโหว่และเพื่อว่าผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องจะถูกกันออกไป ไม่ให้มีสิทธิเสนอคำฟ้องได้ โดยการใช้ลักษณะสำคัญของคำฟ้อง Feststellungsklage ว่าจะต้องมีนิติสัมพันธ์ทางกฎหมาย ที่เกิดขึ้นจริง ๆ และโดยการพิสูจน์ส่วนได้เสียหรือประโยชน์เกี่ยวข้องตามกฎหมาย (Feststellungsinteresse)

อย่างไรก็ตาม สำหรับคำฟ้องขอให้พิสูจน์โมฆะกรรมของคำสั่ง ทางปกครองหรือคำฟ้องขอให้พิสูจน์ต่อไปด้วยว่าคำสั่งทางปกครองได้เสร็จสิ้นลงไปแล้ว ขอบด้วยกฎหมายหรือไม่ (Fortsetzungsfeststellungsklage) ต้องนำหลักการเป็นผู้มีอำนาจ ฟ้องตามมาตรา 42 วรรคสอง VwGO มาใช้บังคับโดยอนุโลม เพราะเหตุว่าคำฟ้องทั้งสอง ประเภทนี้เป็นการฟ้องโต้แย้งการไม่มีผลบังคับของคำสั่งทางปกครอง (Unwirksamer Verwaltungsakt)⁹³

⁹⁰ Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 18 Rn. 26

⁹¹ Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 18 Rn. 26, Schmitt-Glaeser, อ้างแล้วในเชิงอรรถ ที่ 33, Rn. 341

⁹² โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (BVerwGE) NVwZ 1991, 470 เปรียบเทียบคำพิพากษาศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (OVG Koblenz) NVwZ 1993, 303

⁹³ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ BVerwG NJW 1982, 2205, BVerwG NVwZ 1991, 470; Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 18 Rn. 28

5. เงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ทั่วไปในการรับฟ้องคดีปกครอง (allgemeine Sachentscheidungs Voraussetzungen)

ตามที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้นว่า การโต้แย้งสิทธิของประชาชนซึ่งถูกกระทบกระเทือนจากการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นโดยคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของประชาชน หรือการละเว้นไม่ดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองตามที่ร้องขอ หรือการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และเอกชนผู้ได้รับความเสียหายจากการนั้น สามารถโต้แย้งสิทธิโดยการใช้สิทธิฟ้องร้องเป็นคดีปกครองต่อศาลปกครองได้ ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลปกครอง และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาลได้กำหนดเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการที่ศาลปกครองจะรับฟ้องคดีปกครอง ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นการฟ้องคดีจากคำฟ้องประเภทใด โดยอาจแบ่งกลุ่มแยกพิจารณาจากองค์กรหรือบุคคลและวิธีพิจารณา สรุปได้ดังต่อไปนี้

5.1 เกี่ยวกับศาล

(ก) เป็นคดีหรือข้อพิพาทซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลเยอรมัน มาตรา 18 ถึงมาตรา 20 แห่งกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาล

(ข) เงื่อนไขในการรับคดีปกครองไว้พิจารณาของศาลปกครอง มาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลปกครอง (VwGO) ได้กำหนดรับรองหลักอำนาจฟ้องคดีอย่างกว้างแก่ผู้ถูกกระทบสิทธิจากบรรดาการกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครองไว้

(ค) เรื่องที่พิพาทอยู่ในอำนาจของศาลที่จะพิจารณาได้ กล่าวคือ มาตรา 45 VwGO กำหนดให้ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาบรรดาข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนซึ่งไม่ใช่ข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ (ข้อพิพาทตามกฎหมายปกครอง) ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 40 VwGO สำหรับศาลปกครองมลรัฐ (ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์) มีอำนาจพิจารณาคำร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง (มาตรา 47 VwGO) และคำฟ้องบางประเภทตามมาตรา 48 VwGO สำหรับอำนาจในการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 50 VwGO

(ง) เขตพื้นที่ซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง (Örtliche Zuständigkeit) มาตรา 52 VwGO ได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องเขตอำนาจในท้องที่ของศาลปกครอง สรุปได้ดังนี้ (ก) สำหรับข้อพิพาททางปกครองเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิที่ผูกพันหรือนิติสัมพันธ์เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว ให้ศาลปกครองซึ่งทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ มีเขตอำนาจในการพิจารณา (ข) คำฟ้องจากความสัมพันธ์กับรัฐในฐานะเป็นข้าราชการหรือความสัมพันธ์อื่น

ที่คล้ายคลึงกัน ให้ฟ้องต่อศาลปกครองซึ่งเป็นที่ตั้งของสถานที่ที่ปฏิบัติงานเป็นหลัก หรืออาจฟ้องที่ศาลปกครองที่ผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาเป็นลำดับรองลงมา หรือ (ค) คำฟ้องประเภท *Anfechtungsklage* ซึ่งเป็นคำฟ้องขอให้ยกเลิกหรือบอกล้างคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของสหพันธ์หรือองค์กรปกครองตนเอง ให้ฟ้องต่อศาลปกครองในท้องที่ที่เจ้าหน้าที่ดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่อยู่ (ง) คำฟ้องให้บอกล้างคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีใช้เป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อห้ามหรือทรัพย์สินตามมาตรา 52 (1) *VwGO* และที่มีใช้เป็นคำฟ้องจากความสัมพันธ์ในการปฏิบัติหน้าที่ (*Dienstverhältnis*) ตามมาตรา 52 (4) *VwGO* ศาลปกครองที่มีอำนาจได้แก่ศาลปกครองซึ่งอยู่ในท้องที่ที่มีการออกคำสั่งทางปกครอง และ (จ) สำหรับคำฟ้องอื่น ๆ นอกจากนี้ ศาลปกครองที่มีเขตอำนาจคือ ศาลปกครองในท้องที่ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้ถูกฟ้องคดีปฏิบัติหน้าที่อยู่ (*Sitz*) หากเป็นกรณีที่ถูกฟ้องคดีเป็นราษฎร ให้ฟ้องศาลปกครองซึ่งบุคคลดังกล่าวมีภูมิลำเนาหรือที่พำนักอาศัย (มาตรา 52 (5) *VwGO*)

ถ้าหากปรากฏว่าศาลปกครองซึ่งมีเขตอำนาจถูกขัดขวางในการปฏิบัติหน้าที่ทางกฎหมายหรือทางข้อเท็จจริง หรือไม่ทราบศาลปกครองใดจะเป็นผู้พิจารณา โดยอาจเป็นกรณีที่มีศาลปกครองหลายศาลมีเขตอำนาจ กรณีเช่นนี้ ศาลปกครองในลำดับที่สูงกว่าจะเป็นผู้วินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจฟ้องคดีของศาล ทั้งนี้ ตามมาตรา 53 วรรคหนึ่ง *VwGO* เมื่อไม่มีศาลปกครองใดมีเขตอำนาจในท้องที่ตามมาตรา 52 *VwGO* ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์จะเป็นผู้กำหนดศาลปกครองที่มีเขตอำนาจ ทั้งนี้ ตามมาตรา 52 วรรคสอง *VwGO*⁹⁴

5.2 เกี่ยวกับผู้มีส่วนร่วมในคดี (*Beteiligte*)

(ก) ความสามารถของผู้มีส่วนร่วมในคดี (*Beteiligtenfähigkeit*)

ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลปกครอง (*VwGO*) ใช้คำว่า “ผู้มีส่วนร่วมในคดี” (*Beteiligte*) แทนคำว่า “คู่ความ” (*Partei*) ซึ่งใช้ในประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง (*ZPO*) เนื่องจากกฎหมายวิธีสบัญญัติทั้งสองมีหลักการที่สำคัญแตกต่างกัน กล่าวคือ ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง (*ZPO*) ใช้หลักการไกล่เกลี่ยหรือหลักกล่าวหา (*Verhandlungsgrundsatz*) ในขณะที่ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลปกครอง (*VwGO*) ใช้หลักการค้นหาข้อเท็จจริงโดยศาลหรือหลักไต่สวน (*Untersuchungsgrundsatz*) ซึ่งศาลจะเป็นผู้ทำหน้าที่หลักในการแสวงหาข้อเท็จจริงให้ปรากฏ ดังนั้น ผู้ฟ้องคดี (*Kläger*) และผู้ถูกฟ้องคดี (*Beklagte*) จึงมีหน้าที่

⁹⁴ Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 12 Rn. 112

ช่วยเหลือศาลในการพิสูจน์ความจริงและเรียกว่าเป็นผู้มีส่วนร่วมในคดีที่สำคัญ (Hauptbeteiligte)

นอกจากนี้ ยังประกอบด้วยบุคคลภายนอกที่ถูกเชิญเข้ามาในคดี ซึ่งบุคคลดังกล่าวมีส่วนได้เสียตามกฎหมายอันอาจถูกกระทบกระเทือนโดยคำพิพากษา (มาตรา 65 VwGO) เหตุผลที่ต้องเชิญบุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สามเข้ามาในคดีมีอยู่หลายประการ กล่าวคือ (1) เพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอกดังกล่าว (2) เพื่อความประหยัดในกระบวนการพิจารณา เพราะการเชิญเข้ามาจะทำให้คดีพิพาทได้รับการชี้แจงอย่างรอบด้านและจะมีผลผูกพันต่อบุคคลที่สามอีกด้วย (Rechtskraft auf Dritte) ทั้งนี้ ตามมาตรา 121 VwGO และ (3) เพื่อประโยชน์ของความมั่นคงแน่นอนของสิทธิ (Rechtssicherheit) เพราะการเชิญบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องเข้ามา จะทำให้ไม่เกิดกรณีโต้แย้งอันเป็นเรื่องเดียวกันกับคำพิพากษาในเรื่องนี้อีก⁹⁵

ผู้ที่ถูกเชิญหรือถูกเรียกเข้ามาในคดี (Beigelade) สามารถแยกประเภทได้ดังนี้

1) การเรียกเข้ามาในคดีประเภทธรรมดา (einfache Beiladung) ซึ่งเป็นผู้ที่ประโยชน์ได้เสียจะถูกกระทบกระเทือนจากคำพิพากษา

2) การจำเป็นต้องเรียกเข้ามาในคดี (notwendige Beiladung) ถ้าหากเห็นว่านิติสัมพันธ์ที่มีการโต้แย้งเป็นคดีอยู่ บุคคลภายนอกเป็นผู้มีส่วนร่วม เพราะคำพิพากษาที่จะออกมาสามารถส่งผลถึงด้วยในคราวเดียวกันนี้เท่านั้น ต่อกรณีนี้ผู้ถูกเชิญจึงเป็นผู้ที่มีความจำเป็นต้องเชิญเข้ามาในคดี (notwendige Beiladung) ในทางปฏิบัติจะเข้ากรณีนี้ก็ต่อเมื่อคำพิพากษาของศาลไม่สามารถตัดสินและมีผลผูกพันได้เลย ถ้าหากในคดีนี้มีได้กล่าวถึง อธิบาย ยืนยัน หรือเปลี่ยนแปลงถึงสิทธิของบุคคลภายนอกในคราวเดียวกันนี้ ซึ่งเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องมี ตัวอย่างเช่น การเชิญผู้ได้ประโยชน์จากคำสั่งทางปกครอง (ผู้รับใบอนุญาต) กรณีผู้ฟ้องคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (ฟ้องขอให้เพิกถอนใบอนุญาต) ดังกล่าว การเชิญผู้ได้รับเลือกตั้งโดยตรงในการฟ้องขอให้เพิกถอนการเลือกตั้ง เป็นต้น⁹⁶

นอกจากนั้น ผู้มีส่วนร่วมในคดีต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถตามกฎหมาย

⁹⁵ Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 12 Rn. 4 ff.

⁹⁶ Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 12 Rn. 7 ff.

(ข) ความสามารถในการกระบวนวิธีพิจารณา (Prozeßfähigkeit)

มาตรา 62 VwGO ได้กำหนดให้ผู้มีความสามารถทำนิติกรรมตามกฎหมายแพ่ง (ผู้ที่บรรลุนิติภาวะ) เป็นผู้ที่สามารถร่วมในกระบวนวิธีพิจารณาต่าง ๆ

(ค) การเป็นตัวแทนหรือผู้รับมอบอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น มาตรา 62 วรรคสาม VwGO กำหนดให้เจ้าหน้าที่เป็นตัวแทนหรือผู้แทนหน่วยงาน

5.3 เกี่ยวกับวิธีพิจารณา

(ก) การยื่นคำฟ้องต้องเป็นไปตามแบบที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ วิธีพิจารณาของศาลปกครองจะเริ่มต้นเมื่อมีการเสนอคำฟ้องต่อศาล โดยคำฟ้องต้องมีรายละเอียดที่สำคัญ ตามมาตรา 82 VwGO เช่น ผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดี สิ่งและผู้ฟ้องคดีประสงค์จากการฟ้องคดี (คำขอ) บางกรณีเท่านั้นที่ให้ทำเป็นคำร้องขอ (Antrag) ได้แก่ การขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง (Normenkontrollverfahren) ตามมาตรา 47 VwGO สำหรับการยื่นคำฟ้องอาจทำเป็นหนังสือ หรือโดยการบอกให้เจ้าหน้าที่เขียนคำฟ้องให้

(ข) กรณีที่ฟ้องต้องไม่ปรากฏว่าเคยมีคำพิพากษาถึงที่สุดในการณ์เดียวกันมาแล้ว⁹⁷ ทั้งนี้ ตามมาตรา 121 ประกอบกับมาตรา 173 VwGO

(ค) กรณีที่ฟ้องต้องไม่เป็นเรื่องที่มีการยื่นฟ้องไว้แล้ว ทั้งนี้ ตามมาตรา 90 ประกอบกับมาตรา 173 VwGO

(ง) ความจำเป็นในการต้องคุ้มครองสิทธิโดยทั่วไป (allgemeines Rechtsschutzbedürfnis)

นอกจากนั้น การฟ้องคดีผู้ฟ้องคดีจะต้องดำเนินการอันเป็นเงื่อนไขพิเศษสำหรับคำฟ้องบางประเภทด้วย เช่น คำฟ้องที่ขอให้ดำเนินการมอกล้างคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) จะต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองให้เสร็จสิ้นก่อน ทั้งนี้ ตามมาตรา 68 VwGO และผลของการพิจารณาอุทธรณ์ดังกล่าว จะต้องปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ไม่เห็นด้วยกับการอุทธรณ์

สำหรับระยะเวลาในการฟ้องคดี (Klagefrist) กรณีคำฟ้องขอให้มอกล้างคำสั่งทางปกครองต้องยื่นฟ้องภายใน 1 เดือน ทั้งนี้ ตามมาตรา 74 VwGO ภายหลังจากได้รับคำสั่งที่พิจารณาคำอุทธรณ์แล้ว (Widerspruchsbescheid) โดยคำฟ้องต้องยื่นหรือส่ง

⁹⁷ Schmitt-Glaeser, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 33, Rn. 240

อย่างช้าที่สุดในเวลา 24.00 นาฬิกา ของวันสุดท้ายตามระยะเวลาดังกล่าว อนึ่ง การยื่นฟ้อง อาจขยายระยะเวลาได้ ถ้าความล่าช้ามิใช่เป็นเพราะความผิดของผู้ฟ้องคดี

6. การเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย

6.1 วิวัฒนาการของศาลปกครอง

ในประเทศไทย การใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครองที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ในอดีตก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครองอันเป็นองค์กรตุลาการดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน เอกชนผู้เสียหายสามารถฟ้องโต้แย้งต่อศาลยุติธรรม หรือยื่นเป็น “เรื่องร้องทุกข์” ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 เรื่องร้องทุกข์นี้โดยสารถัดแล้วก็คือ ข้อพิพาทตามกฎหมายปกครอง คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ซึ่งประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดิน ได้รับคัดเลือกโดยฝ่ายบริหารและด้วยความเห็นชอบจากรัฐสภา มีวิธีการแสวงหาข้อเท็จจริงโดยไม่ผูกพันเฉพาะเอกสารหรือพยานหลักฐานที่คู่กรณีกล่าวอ้าง (ระบบไต่สวน) การพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องร้องทุกข์โดยองค์คณะ หากแต่คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มิได้มีสภาพบังคับเหมือน “คำพิพากษา” ของศาล ดังเช่น คำพิพากษาของศาลยุติธรรมหรือคำพิพากษาศาลปกครองในปัจจุบัน หากจะต้องมีการสั่งการของนายกรัฐมนตรีในกรณีดังกล่าวอีกชั้นหนึ่ง

การที่ได้มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และการจัดตั้งศาลปกครองในปี พ.ศ. 2544 เป็นวิวัฒนาการที่สำคัญยิ่งอีกขั้นตอนหนึ่งต่อการพัฒนาระบบศาลและกระบวนการยุติธรรมในระบบกฎหมายไทย⁹⁸ โดยเฉพาะวงการกฎหมายปกครอง ศาลปกครองมีวิธีการแสวงหาข้อเท็จจริง โดยศาลมีอำนาจเองไม่ได้ผูกพันเฉพาะพยานหลักฐานที่ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีนำเสนอเท่านั้น (มาตรา 55 วรรคสาม และมาตรา 61 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และ ข้อ 5 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543) ทำนองเดียวกับการแสวงหาข้อเท็จจริงของ

⁹⁸ กล่าวคือ (1) มีระบบศาลปกครองขึ้นอีกระบบศาลหนึ่งคู่ขนานกับระบบศาลยุติธรรม (2) มีองค์กรวิชาชีพทางกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (3) มีบรรทัดฐานทางกฎหมายปกครองเกิดขึ้นใหม่จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง และ (4) มีการเปลี่ยนแปลงระบบการศึกษากฎหมายในประเทศไทย, สุรพล นิติไกรพจน์, “ปัญหาเขตอำนาจศาล : ศาลยุติธรรมกับศาลปกครอง”, อ้างโดยชาญชัย แสวงศักดิ์, ศาลปกครองกับกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง, สำนักงานศาลปกครอง, พ.ศ. 2545

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ และเทียบเคียงได้กับการแสวงหาข้อเท็จจริงโดยระบบไต่สวนของเยอรมัน⁹⁹

ถ้ามองเทียบเคียงกับความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของเยอรมันในแง่มุมมองขององค์กรที่พิจารณา “คดีปกครอง” ในระยะเริ่มต้น จะเห็นได้ว่าเริ่มต้นจากองค์กรที่ควบคุมตัวเองภายในฝ่ายปกครอง จึงเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

⁹⁹ ในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครองของเยอรมันใช้ระบบไต่สวน (Untersuchungsgrundsatz) โดยมาตรา 86 วรรคหนึ่ง VwGO ได้วางหลักการสำคัญในเรื่องนี้ว่า ศาลมีหน้าที่แสวงหาข้อเท็จจริง (ด้วยตำแหน่งหน้าที่ : von Amts wegen) การแสวงหาข้อเท็จจริงนี้ไม่ผูกพันกับพยานหลักฐานที่คู่กรณีเสนอหรือนำมาแสดงต่อศาล ซึ่งต่างจากหลัก Verhandlungsgrundsatz ซึ่งศาลต้องตัดสินใจจากสิ่งที่คู่ความนำเสนอ หลัก Untersuchungsgrundsatz นี้ มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับ “หลักศาลต้องรับฟังความ” (Grundsatz des rechtlichen Gehörs) และ “หลักความเสมอภาคในกระบวนการวิธีพิจารณา” (Verfahrensgleichheit) สำหรับหลักความเสมอภาคในวิธีพิจารณานี้ ความหมายที่แท้จริงของหลักนี้ให้ความสำคัญในเรื่องความถูกต้องสมบูรณ์ (Vollständigkeit) ความเปิดเผยโปร่งใส (Offenheit) และความเป็นกลางของการอธิบายเรื่องให้กระจ่าง (Neutralität der Sachaufklärung) มากกว่าในเรื่องการแสวงหาข้อเท็จจริงโดยการมีส่วนร่วมของคู่กรณี (Mitwirkung der Beteiligten) หลักนี้มีส่วนสำคัญมาก เพราะศาลเองก็อาจจะขาดแคลนเครื่องมือหรือความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง (fachlich) และงบประมาณ เช่น การได้รับฟังความเห็นจากพยานผู้เชี่ยวชาญ เป็นต้น

หลัก Untersuchungsgrundsatz จะปรากฏขึ้นได้ชัดเจนเป็นรูปธรรม ต่อเมื่อมีการปฏิบัติดังนี้ (1) การแสวงหาข้อเท็จจริงเป็นหน้าที่ของศาล (2) วิธีการอธิบายเรื่องให้กระจ่าง ศาลสามารถกระทำได้ตามวิธีที่กฎหมาย (VwGO) กำหนดไว้ เช่น การซักถามจากคู่กรณี การมีหมายเรียกให้คู่กรณีมาชี้แจงข้อเท็จจริงในคดีต่อศาลด้วยตัวเอง การสั่งหรือการปฏิบัติเกี่ยวกับการสืบพยาน (3) คู่กรณีมีหน้าที่ต้องช่วยเหลือศาลในการแสวงหาข้อเท็จจริง และ (4) หน้าที่มีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวจะสอดคล้องกับสิทธิในการมีส่วนร่วมของคู่กรณี, สรุปจาก Hufen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18, § 35 Rn. 21 f. และ Redeker/von Oertzen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 12, § 86 Rn. 1 ff.

6.2 เขตอำนาจศาลปกครอง

มาตรา 62¹⁰⁰ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติถึงสิทธิของบุคคลที่จะฟ้ององค์กรทางปกครองให้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ และมาตรา 276¹⁰¹ ได้บัญญัติให้ศาลปกครองเป็นองค์กรตุลาการแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม มีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ดังกล่าวด้วยกันเอง ซึ่งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งต่อมาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9¹⁰² และมาตรา 11 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องเขตอำนาจของศาลปกครองไว้

¹⁰⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

มาตรา 62 สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคล ให้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานนั้น ย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

¹⁰¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

มาตรา 276 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

ให้มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น และจะมีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ด้วยก็ได้

¹⁰² เนื้อหาของบทบัญญัติมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คล้ายคลึงกับอำนาจวินิจฉัยร้องทุกข์ของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522

มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติคตีปกรองไว้ใน 6 อนุมาตรา แต่คตีปกรองหลักในขณะนี้ อาจกล่าวได้ว่า สามารถแยกได้เป็น 4 ประเภท¹⁰³ คือ

(1) คตีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อออกกฎ¹⁰⁴ หรือออกคำสั่งหรือการกระทำอื่นใด โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย) และขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือห้ามกระทำการดังกล่าว

(2) คตีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร และขอให้ศาลปกครองพิพากษาสั่งให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนด

(3) คตีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดทางปกครองหรือก่อความรับผิดอย่างอื่นอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร และขอให้ศาลปกครองสั่งให้ชดเชยค่าเสียหาย

(4) คตีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและขอให้ศาลปกครองพิพากษาให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นการกระทำการ

การที่กฎหมายกำหนดคตีปกรองในลักษณะเป็นประเภทเรื่อง จึงมีลักษณะทำนองเดียวกับ “หลักอำนาจฟ้องคตีเฉพาะเรื่อง (Enumerationsprinzip)” โดยมีได้กำหนดเป็นกรณีทั่วไปว่าบรรดาข้อพิพาททั้งหลายตามกฎหมายปกครองให้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ดังเช่นมาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลปกครองของเยอรมัน (VwGO) หากระบุเป็นกรณี ๆ ไป ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาอำนาจที่พิจารณาของ

¹⁰³ ชาญชัย แสงศักดิ์, ศาลปกครองกับกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2546, หน้า 16-17 ; วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้กล่าวถึงคตีปกรองหลักมี 4 ประเภท เช่นเดียวกัน โดยเห็นว่า คตีปกรองตามมาตรา 9 (5) อันเป็นกรณีที่รัฐฟ้องเอกชนมีโอกาสดังขึ้นได้น้อยมาก และคตีปกรองตามมาตรา 9 (6) คตีพิพาทที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ขณะนี้ ยังไม่มีกฎหมายกำหนด, คำบรรยายการฝึกอบรมพนักงานคตีปกรองระดับต้น สำนักงานศาลปกครอง

¹⁰⁴ “กฎ” หมายความว่าถึง กฎหมายของฝ่ายบริหารตั้งแต่ระดับพระราชกฤษฎีกาลงมา, โปรดดู ดร.ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคตีปกรอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 พ.ศ. 2545, หน้า 139

ศาลปกครองตามมาตรา 9 และมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว การกำหนดอำนาจฟ้องคดีเฉพาะเรื่องของไทยน่าจะมีข้อดี คือ ทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องเข้าใจลักษณะข้อพิพาทได้ง่ายว่า ข้อพิพาทใดเข้าลักษณะเป็นคดีปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง อย่างไรก็ตาม อาจมองและตั้งปัญหาขึ้นว่า “จะยังมีกรณีใดบ้างอีกหรือไม่ ซึ่งเข้าลักษณะเป็นข้อพิพาททางปกครอง แต่ไม่ตกอยู่ภายใต้กรอบของอนุมาตราใดอนุมาตราหนึ่งของมาตรา 9” ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ถึงแม้มาตรา 9 จะกำหนดเป็นประเภทกรณีต่าง ๆ แต่ก็มีเนื้อหากว้างขวางครอบคลุมบรรดาข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครอง จนใกล้เคียงกับหลักอำนาจฟ้องคดีอย่างกว้างของเยอรมัน ตามมาตรา 40 VwGO ซึ่งกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาบรรดาข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนที่มีใช้ข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งก็คือ ข้อพิพาทตามกฎหมายปกครอง (คดีปกครอง)

สำหรับข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนซึ่งมิใช่ข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรืออีกนัยหนึ่งคือ “ข้อพิพาทตามกฎหมายปกครองหรือคดีปกครอง” พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ไม่ได้วิเคราะห์ศัพท์คำว่า “คดีปกครอง” ไว้เช่นเดียวกัน ส่วนการเป็น “ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง” มาตรา 42¹⁰⁵ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว กำหนดให้บุคคลที่เดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ หรือเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 และมีคำบังคับตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บุคคลนั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง กฎหมายของไทยนั้น ผู้มีอำนาจฟ้องหรือผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองซึ่งใช้คำว่า ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรืออาจจะเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ (มาตรา 42) นั้นมีความหมายกว้างกว่า โดยเห็นว่าเป็นกรณีผู้ยื่นคำฟ้องจะต้องมีส่วนได้เสียหรือประโยชน์เกี่ยวข้อง แต่หากเป็นการฟ้องคดีละเมิดทางปกครอง หรือเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ผู้มีสิทธิฟ้องคดีต้องเป็นผู้ที่สิทธิของตน

¹⁰⁵ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 42 ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ถูกกระทบกระเทือนหรือถูกโต้แย้ง¹⁰⁶ (ผู้เสียหายในความหมายอย่างแคบ) ส่วนของเยอรมันนั้น ในคำฟ้องประเภท Anfechtungsklage และคำฟ้องประเภท Verpflichtungsklage ผู้มีอำนาจฟ้องต้องเป็นผู้เสียหายในความหมายอย่างแคบ คือ ผู้ที่สิทธิของตนอันมีอยู่ตามกฎหมายถูกกระทบกระเทือน (in seinen Rechten verletzt zu sein) เท่านั้น

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า ปัจจุบันมีปัญหาว่า เขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติไว้แตกต่าง (กว้างกว่า) เขตอำนาจของศาลปกครองตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 276 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่

รศ.ดร.วรพจน์ วิศวพิชญ์¹⁰⁷ ได้ให้ความเห็นในปัญหานี้ว่า อำนาจหน้าที่ของศาลปกครองตามมาตรา 3 มาตรา 9 และมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ขยายออกไปกว้างกว่าที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติไว้ ทั้งในแง่ของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ที่อยู่ใต้อำนาจของศาลปกครองและในแง่ของการกระทำของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ดังกล่าว

โดยมาตรา 276 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับดังกล่าวได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ชั้นต่ำของศาลปกครองเอาไว้เท่านั้น หากใช้บทบัญญัติที่ห้ามมิให้ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับโดยขยายอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองให้กว้างขวางออกไปไม่ ดังนั้น บทบัญญัติมาตรา 3 มาตรา 9 และมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แต่อย่างใด พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สามารถกำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองให้กว้างขึ้นได้ (กรณีสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว) ในกรณีกลับกัน หากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดอำนาจ

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด

¹⁰⁶ ประสาท พงษ์สุวรรณ, คู่มือ เรื่อง วิธีพิจารณาคดีปกครอง, สำนักงานศาลปกครอง, เมษายน 2544, หน้า 20

¹⁰⁷ วรพจน์ วิศวพิชญ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง, พ.ศ. 2544, หน้า 144-148 และคำบรรยายการฝึกอบรมพนักงานคดีปกครองระดับต้น สำนักงานศาลปกครอง

หน้าที่ของศาลปกครองไว้น้อยกว่าที่รัฐธรรมนูญกำหนด กฎหมายดังกล่าวก็จะขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในทางปฏิบัติที่ผ่านมา รัฐสภาที่เคยออกกฎหมายขยายอำนาจหน้าที่ขององค์กรจากที่รัฐธรรมนูญ กำหนดไว้ เช่น พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 บัญญัติให้สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาตามลำดับมีอำนาจหน้าที่ให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่ง เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา (มาตรา 63 วรรคสาม) เป็นต้น นอกจากนั้น มาตรา 3¹⁰⁸ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนด ขยายความหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยในนิยามคำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” และ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” บัญญัติไว้กว้างขวางครอบคลุมกว่าตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งหน่วยงาน หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นคู่กรณีในคดีปกครองต้องเป็นหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ ภายใต้บังคับบัญชาหรือภายใต้กำกับดูแลของฝ่ายบริหาร แต่โดยที่ในปัจจุบัน ปรากฏว่ามี หน่วยงานตามรัฐธรรมนูญบางหน่วยงานมีอำนาจหน้าที่ดำเนินกิจการของรัฐ แต่ไม่อยู่ใต้อำนาจ บังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร ที่เรียกกันว่า หน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ¹⁰⁹

¹⁰⁸ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่อ อย่างเป็นทางการและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราช บัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับ มอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง

“เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่า

- (1) ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคล หรือผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง
- (2) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการหรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจ

ในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล และ

- (3) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครองหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐตาม (1) หรือ (2)

ฯลฯ

ฯลฯ

¹⁰⁹ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้กำหนดให้มีหน่วยงานธุรการขององค์กรที่มีความเป็นอิสระ (ในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการอื่นตามที่กฎหมายกำหนด) ให้ผู้บริหารหน่วยงานธุรการ ขึ้นตรงต่อผู้บังคับบัญชาสูงสุดขององค์กร หน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีอยู่ 5 หน่วยงาน ได้แก่ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (มาตรา 270) สำนักงานศาลยุติธรรม (มาตรา 275) สำนักงานศาลปกครอง (มาตรา 280) สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (มาตรา 302) และ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน (มาตรา 312)

เพราะหากหน่วยงานดังกล่าวกระทำการทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไปกระทบสิทธิเสรีภาพของบุคคลใด จะต้องตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลปกครองเช่นเดียวกัน สำหรับกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นจำเลยในคดีปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดนิยามไว้กว้างกว่า คือ รวมถึงคณะกรรมการหรือบุคคลที่มีกฎหมายให้อำนาจออกกฎ คำสั่ง หรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล ซึ่งได้แก่คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง

สำหรับปัญหาว่า คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งอยู่ในอำนาจบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาลหรือไม่ และโดยที่มาตรา 276 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติถึงหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐแตกต่างจากมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 รวมถึงอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของมาตรา 9 ประกอบมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลปกครองจึงได้ส่งเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า มาตรา 3 มาตรา 9 และมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 276 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณารัฐธรรมนูญ มาตรา 276 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 มาตรา 9 และมาตรา 42 แล้ววินิจฉัยว่า ถ้าเป็นข้อพิพาทของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาล ศาลปกครองจะไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ และเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 3 มาตรา 9 และมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ไม่ขัดหรือแย้งกับมาตรา 276 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย¹¹⁰

¹¹⁰ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1-24/2547

"มาตรา 276 บัญญัติถึงอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง ... ซึ่งเห็นได้ชัดเจนว่า ศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ ... หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐกับเอกชน ... ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ ... หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ ... ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ ถ้าเป็นข้อพิพาทของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล ศาลปกครองจะไม่มีอำนาจพิจารณา

ผู้เขียนมีความเห็นในแนวทางเดียวกับความเห็นของ รศ.ดร. วรพจน์ วิศรุดพิชญ์ ว่า ศาลปกครองมีเขตอำนาจกว้างกว่าที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญได้ ด้วยรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดบัญญัติเพียงเป็นหลักการที่แสดงให้เห็นเขตอำนาจของศาลปกครองว่าเป็นองค์กรตุลาการที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง (กรณีพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน) เป็นหลัก หรือระหว่างหน่วยงานด้วยกันเอง ส่วนลักษณะของคดีปกครองเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

สำหรับกรณีหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นคู่กรณี อาจกล่าวได้ว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้เข้ามาอุดช่องว่างให้องค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจทางปกครองทุกองค์กรถูกตรวจสอบโดยศาลปกครองได้ ไม่เป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

นอกจากนั้นในประเทศที่มีระบบศาลปกครองแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม สัญญาทางปกครองก็เป็นการกระทำของฝ่ายปกครองรูปแบบหนึ่ง ด้วยเป็นเรื่องให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสาธารณูปโภค เป็นต้น ซึ่งหากพิจารณาจากสารัตถะหรือ

พิพาทได้ ... มีข้อที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับคำนิยามตามมาตรา 3 คำว่า "หน่วยงานทางปกครอง" ... และ คำว่า "เจ้าหน้าที่ของรัฐ" ... โดยคำนิยามทั้งสองไม่มีคำว่า จะต้องเป็นหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 276 ... การที่จะพิจารณาว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใดจะอยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลหรือไม่ ต้องพิจารณา ... มาตรา 276 เป็นหลัก คำนิยามถ้อยคำทั้งสองตามมาตรา 3 เป็นเพียงการกำหนดความหมายให้ชัดเจนว่าหมายถึงลักษณะของส่วนราชการ หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ประเภทใดบ้างที่จะต้องอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งนอกจากจะกำหนดลักษณะขององค์กรแล้ว ยังกำหนดลักษณะของการใช้อำนาจด้วยว่าจะต้องเป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งเป็นลักษณะของการเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล อันเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 276 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดและให้อำนาจในการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ... ประกอบกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 62 ได้บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยราชการ ... ให้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของข้าราชการ ... ย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ การใช้สิทธิดังกล่าวดังต้องพิจารณาถึงลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญประกอบด้วย ... มาตรา 3 ที่บัญญัติบทนิยามว่า คำว่า "หน่วยงานทางปกครอง" และ "เจ้าหน้าที่ของรัฐ" จึงไม่มีข้อความใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 276 ... กรณีตามมาตรา 9 และมาตรา 42 ก็ไม่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 276 เช่นเดียวกัน ..."

วัตถุประสงค์ของสัญญาแล้ว จะมีธรรมชาติทางกฎหมายปกครอง หากเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง องค์กรตุลาการผู้มีอำนาจตรวจสอบเรื่องสัญญาทางปกครอง จึงต้องเป็นศาลปกครอง และพิจารณาเรื่องภายใต้หลักกฎหมายปกครองทั่วไป

การกำหนดประเภทคดีปกครองให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองเพิ่มเติมกรณีสัญญาทางปกครองนี้ หากมองการกระทำการของฝ่ายปกครองในความหมายอย่างกว้าง จึงเป็นการเขียนกฎหมายที่ไม่เพียงไม่เกินรัฐธรรมนูญ หากเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องทำเพื่อให้สถาบัน “สัญญาทางปกครอง” เริ่มมีความชัดเจนขึ้นในระบบกฎหมายปกครองของไทย ด้วยเหตุว่า ในการปฏิบัติที่ผ่านมาฝ่ายปกครองเองก็ได้เข้าทำสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างกันเองหรือกับเอกชนที่มีสาระดะเป็นสัญญาตามกฎหมายปกครอง อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่น่าจะอยู่ที่ว่าสัญญาตามคดีพิพาทใดเป็นสัญญาทางปกครองที่จะอยู่ภายใต้นิยามของ “สัญญาทางปกครอง” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือไม่ ซึ่งในระยะเวลาสามปีที่ผ่านมาหลังการจัดตั้งศาลปกครอง ปัญหานี้เป็นปัญหาสำคัญประการหนึ่งในเรื่องเขตอำนาจศาลปกครอง อีกทั้ง คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็ได้วินิจฉัยเรื่องเขตอำนาจศาลปกครองกรณีสัญญาทางปกครองแล้วหลายกรณี เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาลเป็นสัญญาทางปกครอง (สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค) สัญญาจ้างก่อสร้างวางท่อน้ำประปาเป็นสัญญาทางปกครอง (สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค) เป็นต้น

6.3 คดีปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลอื่น

มาตรา 9 วรรคสอง¹¹¹ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดเรื่องที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองโดยประเภทเรื่องใน (1) เรื่องการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร และ (2) เรื่องการดำเนินการ

¹¹¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

(1) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

(2) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการ

ฝ่ายตุลาการ

(3) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร

ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษอื่น

ของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ โดยมีได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าเรื่องทั้งสองลักษณะดังกล่าวอยู่ในอำนาจศาลใด สำหรับการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลทหารหรือไม่ คงต้องพิจารณาจากกฎหมายว่าด้วยศาลยุติธรรม อย่างไรก็ดี หากไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลทหาร ก็จะต้องอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ทั้งนี้ ตามมาตรา 271 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย¹¹² สำหรับเรื่องการดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามมาตรา 9 วรรคสอง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ซึ่งทั้งสองกรณีดังกล่าวโดยเนื้อหาแล้ว เป็นเรื่องเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล (วินัย) เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัยเป็นคำสั่งที่มีผลกระทบสิทธิและหน้าที่ของบุคคล จึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามความหมายของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่กรณีนี้ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง เนื่องจากกฎหมายบัญญัติเป็นข้อยกเว้นไว้อย่างชัดเจน เรื่องนี้จึงเป็นการตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติที่กำหนดให้เรื่องดังกล่าวอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลอื่นที่มีใช้ศาลปกครอง ซึ่งหากเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมันก็เป็นทำนองเดียวกันกับกรณีที่กำหนดให้ข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนอยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น¹¹³

นอกจากนั้น มาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ก็เป็นการบัญญัติยกเว้นอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครอง โดยได้บัญญัติให้ศาลยุติธรรมชำนาญพิเศษ เช่น ศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ซึ่งมีความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษในเรื่องนั้นๆ เป็นผู้ที่มีอำนาจพิจารณาคดีพิพาททางปกครองตามกฎหมายเฉพาะนั้น ๆ ได้

¹¹² รศ.ดร.วรพจน์ วิศวพิชญ์ เห็นว่า ไม่อยู่ในอำนาจของศาลทหาร และไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ หากอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมตามมาตรา 271 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, คำบรรยายการฝึกอบรมพนักงานคดีปกครองระดับต้น สำนักงานศาลปกครอง

¹¹³ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ (5)

การฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองและการฟ้องเพื่อให้ฝ่ายปกครอง ออกคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน¹

ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ²

เรื่องอำนาจฟ้องคดีปกครองของเยอรมันนั้นในช่วงทศวรรษที่ผ่านมาถือได้ว่าเป็นปัญหาที่ยังมีการถกเถียงในทางวิชาการอยู่มาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เรื่องอำนาจฟ้องคดีปกครองในกรณีของการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) และการฟ้องเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) นั้น ยังมีปัญหาในการกำหนดขอบเขตหรือการหาหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงบุคคลที่จะมีอำนาจฟ้องคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีตามกฎหมายการก่อสร้างอาคารที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของเพื่อนบ้าน (oeffentlich-rechtliche Nachbarklagen) หรือกรณีตามกฎหมายเศรษฐกิจที่เกี่ยวกับการฟ้องโดยคู่แข่งในทางเศรษฐกิจหรือที่เรียกว่า “Konkurrentenklage” นอกจากนี้ยังมีปัญหาเรื่องการฟ้องในนามขององค์กร (Verbandklage) เช่น การฟ้องโดยสมาคมรักษาสิ่งแวดล้อม และปัญหาสุดท้ายคือกรณีข้อพิพาทภายในองค์กร (Organstreitverfahren) กรณีเหล่านี้ล้วนแต่ยังมีปัญหาในแง่ของหลักเกณฑ์ที่จะนำมาพิจารณาถึงอำนาจฟ้องของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป

1. เงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองเยอรมัน¹

การฟ้องคดีปกครองของเยอรมันนั้นจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

1. เรื่องที่ฟ้องจะต้องเป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้อำนาจศาลเยอรมัน (มาตรา 18 ของพระราชบัญญัติศาลยุติธรรม (GVG))
2. เรื่องที่ฟ้องจะต้องเป็นเรื่องที่อาจใช้สิทธิทางศาลปกครองได้ (มาตรา 40 กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) และมาตรา 17 มาตรา 17a และ b GVG)

¹ บันทึกเสนอต่อสำนักงานศาลปกครองเมื่อวันที่ 14 มิถุนายน 2543 ในขณะที่ผู้เขียนดำรงตำแหน่งพนักงานคดีปกครอง 6ว สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

² น.บ., นบท., น.ม.(มหาชน), Magister Legum (LL.M), Doktor der Rechte (Dr.jur), ปัจจุบันดำรงตำแหน่งผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

¹ รายละเอียดดู บรรเจิด สิงคะเนติ “เงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองของเยอรมัน” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 29 (มิถุนายน 2542) ฉบับที่ 2 น.277-299.

3. เงื่อนไขประเภทของคำฟ้องตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของเยอรมันได้แบ่งประเภทของคำฟ้องออกเป็น 5 ประเภท ดังนี้

3.1 คำฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage)

3.2 คำฟ้องขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage)

3.3 คำฟ้องขอให้พิสูจน์สิทธิ (Feststellungsklage)

3.4 คำฟ้องขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง (Leistungsklage) และ

3.5 คำร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง (Antrag auf Normenkontrolle)

4. เงื่อนไขเรื่องเขตอำนาจศาล (มาตรา 45 VwGO)

5. ผู้ที่สามารถเข้ามาเกี่ยวข้องในคดีได้ (Beteiligtenfaehigkeit) (มาตรา 61 VwGO)

6. เงื่อนไขเรื่องอำนาจในการดำเนินคดี (Prozessfuehrungsbefugnis) (มาตรา 78 VwGO)

7. เงื่อนไขเรื่องความสามารถในการดำเนินคดี (Prozessfaehigkeit) และการมีตัวแทนในคดี (Prozessvertretung) (มาตรา 62, มาตรา 67 VwGO)

8. เงื่อนไขของคำฟ้องต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ (มาตรา 81 มาตรา 82 VwGO)

9. เงื่อนไขความจำเป็นที่จะต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิ (Rechtsschutzbeduefnis)

10. เรื่องที่ฟ้องจะต้องยังไม่เคยมีการฟ้องในเรื่องนั้นมาก่อน (มาตรา 90 VwGO)

11. อำนาจฟ้องคดี (Klagebefugnis) (มาตรา 90 VwGO)

12. เงื่อนไขการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง (Vorverfahren)(มาตรา 68 VwGO) และ

13. เงื่อนไขเวลาในการฟ้อง (Klagefrist) (มาตรา 74 VwGO)

ในการฟ้องคดีปกครองเยอรมันจะต้องพิจารณาเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้น ซึ่งในแต่ละเรื่องมีรายละเอียดค่อนข้างมาก ในที่นี้จะพิจารณารายละเอียดเฉพาะเรื่องอำนาจฟ้องคดี (Klagebefugnis) และจำกัดเฉพาะอำนาจฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับการโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง

(Anfechtungsklage) และอำนาจฟ้องเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) เท่านั้น

2. ความมุ่งหมาย “อำนาจฟ้องคดี” (Klagebefugnis)

สำหรับการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองหรือที่เรียกว่า Anfechtungsklage และคำฟ้องเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งหรือที่เรียกว่า Verpflichtungsklage นั้น มาตรา 42 วรรค 2² ของกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง (VwGO) ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจฟ้องไว้ ซึ่งการใช้สิทธิของผู้ฟ้องนั้นจะต้องมีผลมาจากคำสั่งทางปกครอง หรือการปฏิเสธหรือการละเว้นของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครอง และจากการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ฟ้อง เงื่อนไขเกี่ยวกับเรื่องอำนาจฟ้องเป็นเงื่อนไขในการวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดี (Sachurteilsvoraussetzung) เงื่อนไขในเรื่องอำนาจฟ้องบางกรณีใช้คำว่า “การกล่าวอ้างเพื่อการคุ้มครองสิทธิ” (Rechtsschutzbehauptung) บางครั้งเรียกว่า “ความจำเป็นที่จะต้องคุ้มครองสิทธิ” (Rechtsschutzbederfnis) และในบางกรณีเรียกว่า “สิทธิในการฟ้อง” (Klagerecht) แต่ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ (Bundesverwaltungsgericht) ใช้คำว่า “อำนาจฟ้องคดี” (Klagebefugnis)

อย่างไรก็ตาม อำนาจฟ้องคดีเป็นเงื่อนไขในการวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีที่จะต้องแยกออกจากผลประโยชน์ที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิโดยทั่วไป (Allgemeine Rechtsschutzinteresse) เรื่องอำนาจฟ้องคดีตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 42 วรรค 2 มีจุดมุ่งหมายเพื่อจำกัดอำนาจฟ้องที่ตกได้แก่บุคคลทั่วไป หรือที่เรียกว่า “Popularklage” อันเป็นอำนาจฟ้องที่ผู้เป็นโจทก์ทำหน้าที่เป็นผู้คุ้มครองผลประโยชน์เพื่อบุคคลอื่น ซึ่งหมายความว่า การฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองก็ดี หรือการฟ้องให้ฝ่ายปกครองกระทำการก็ดี บุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งมิได้ถูกระทบสิทธิของตนเองก็อาจฟ้องคดีดังกล่าวได้ ดังนั้น หลักการตามมาตรา 42 วรรค 2 จึงเป็นการหลีกเลี่ยงการฟ้องที่ให้อำนาจฟ้องคดีตกได้แก่บุคคลทั่วไป ซึ่งจะมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองเดียวอาจเกิดการฟ้องร้องคดีได้หลายคดี ดังนั้น

² มาตรา 42 (คำฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองและคำฟ้องเพื่อให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครอง)

“(2) เท่าที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การฟ้องจะกระทำได้เมื่อผู้ฟ้องถูกละเมิดสิทธิของตนโดยคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) หรือโดยการปฏิเสธหรือการละเว้นของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Verpflichtungsklage) อันก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิของผู้ฟ้อง”

ความมุ่งหมายของมาตรา 42 วรรค 2 VwGO จึงมีความมุ่งหมายในการปฏิเสธ (die negatorische Funktion) อำนาจฟ้องของบุคคลซึ่งมิได้ถูกระทบสิทธิจากคำสั่งทางปกครอง ดังกล่าว นอกจากนี้ มาตรา 42 วรรค 2 ยังมีเป้าหมายเพื่อคุ้มครองผู้ที่ตกเป็นจำเลยในคดีซึ่งโดยทั่วไปแล้วก็คือ “เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง” มิให้ถูกฟ้องคดีหลายคดีสำหรับคำสั่งทางปกครองเดียว

แต่อย่างไรก็ตาม ฝ่ายนิติบัญญัติได้อาศัยมาตรา 42 วรรค 2 ทำให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิ (Rechtsschutzgarantie) ตามมาตรา 19 วรรค 4³ ของรัฐธรรมนูญ (Grundgesetz) เป็นรูปธรรมขึ้น โดยที่บุคคลใดก็ตามที่ถูกละเมิดสิทธิของตนโดยอำนาจมหาชน อาจใช้สิทธิในทางศาลได้ ด้วยเหตุนี้ มาตรา 42 วรรค 2 จึงได้รับความชอบธรรมตามรัฐธรรมนูญให้เป็นปทัสถานในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล (Norm des Individualrechtsschutzes) ในกรณีนี้มาตรา 42 วรรค 2 จึงทำหน้าที่ในการรับรองคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล

3. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage)

เงื่อนไขเกี่ยวกับอำนาจฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองมีเงื่อนไขที่เป็นสาระสำคัญ 3 ประการ คือ (1) จะต้องมิคำสั่งทางปกครอง (2) คำสั่งทางปกครองนั้นกระทบสิทธิของโจทก์ และ (3) ได้ดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแล้ว ในที่นี้จะพิจารณาเฉพาะเงื่อนไขที่เกี่ยวกับการกระทบสิทธิของโจทก์เท่านั้น

กฎเกณฑ์ตามมาตรา 42 เป็นการกำหนดเงื่อนไขในการวินิจฉัยสาระในทางเนื้อหาของคดี (Sachentscheidungs voraussetzung) ซึ่งตามความเห็นทั่วไป เห็นว่าเป็นการจำกัดการใช้สิทธิในการฟ้องที่ตกได้แก่บุคคลทั่วไปซึ่งไม่ได้เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว ในกรณีนี้จึงเป็นการขัดขวางการฟ้องของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ซึ่งทำตนเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของส่วนรวมหรือของบุคคลที่สาม ดังนั้น หากคำสั่งทางปกครองมิได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง บุคคลที่ไม่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมไม่มีอำนาจที่จะทำการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น

สำหรับข้อพิจารณาเกี่ยวกับการฟ้องเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทบสิทธิของโจทก์นั้น อาจแบ่งข้อพิจารณาออกได้ 2 ประการ คือ ความมีเหตุผลของคำฟ้องและการใช้สิทธิในการฟ้อง

³ มาตรา 19 วรรค 4 “หากบุคคลใดถูกละเมิดสิทธิโดยอำนาจมหาชน บุคคลนั้นอาจใช้สิทธิในทางศาลได้ หากไม่มีศาลที่มีอำนาจพิจารณาในเรื่องนั้น กรณีนี้ให้ฟ้องยังศาลยุติธรรมได้”

3.1 ความมีเหตุผลของคำฟ้อง (das plausible Vorbringen)⁴

ประเด็นที่มีความเห็นร่วมกันเกี่ยวกับการเสนอคำฟ้องของโจทก์คือการเสนอคำฟ้องของโจทก์นั้นเป็นการฟ้องของโจทก์อย่างแท้จริงหรือไม่ กล่าวคือ สิทธิที่ใช้ในการฟ้องนั้นเป็นสิทธิของโจทก์หรือไม่ และในกรณีนั้นมีการละเมิดสิทธิโจทก์จริงหรือไม่นั้นปัญหาดังกล่าวเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตการตรวจสอบในทางสารบัญญัติ (Begrundetheitsprüfung) แต่สำหรับการพิจารณารับฟ้องคดีที่โจทก์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) นั้นกรณีเป็นการเพียงพอหากโจทก์กล่าวอ้างว่าโจทก์ได้ใช้สิทธิในการฟ้องเพราะคำสั่งทางปกครองได้ละเมิดสิทธิของโจทก์ (มาตรา 42 วรรค 2) โดยมีข้อพิจารณาดังนี้

(1) ในกรณีนี้ย่อมขึ้นอยู่กับคำฟ้องของโจทก์ โดยการใช้สิทธิยื่นฟ้องนั้นจะต้องเป็นกรณีโจทก์เป็นผู้ได้รับผลกระทบและผลกระทบนั้นเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง เงื่อนไขทั้งสองกรณีดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดความเป็นไปได้ที่จะทำให้เกิดจากการละเมิดของโจทก์ การใช้สิทธิในการฟ้องเนื่องจากการละเมิดสิทธินั้นจะประกอบด้วยส่วนประกอบ 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก โจทก์ต้องแสดงให้เห็นว่าคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งนั้นกระทบต่อสิทธิของโจทก์ และประการที่สอง เนื่องจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวกระทบต่อสิทธิของโจทก์ด้วยเหตุนี้โจทก์จึงจำเป็นต้องใช้สิทธิในการฟ้องเพื่อแสดงว่า คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ลำพังเพียงการเรียกร้องเพื่อให้ใช้มาตรการทางกฎหมายที่เบากว่า กรณีนี้เช่นไม่อาจจะรับฟ้องได้ เพราะมิได้หมายความว่า การแทรกแซงหรือการก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของปัจเจกบุคคลทุกกรณีจะเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย การแทรกแซงที่จะก่อให้เกิดผลกระทบซึ่งจะเป็นการแทรกแซงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ต้องเมื่อการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อบัญญัติของกฎหมาย

(2) สำหรับเนื้อหาของคำฟ้องของโจทก์ คำฟ้องของโจทก์จะต้องอธิบายว่าคำสั่งทางปกครองนั้นละเมิดสิทธิของโจทก์อย่างไร ในกรณีนี้มีความเห็นร่วมกันว่าการกล่าวอ้างแต่เพียงถ้อยคำ (blosse Verbalbehauptungen) เท่านั้นหาเพียงพอไม่⁶ แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องนี้มีความเห็นที่แตกต่างกันหลายความเห็น กล่าวคือ “ทฤษฎีความเป็นเหตุเป็นผล” (Schlussigkeits-theorie) “ทฤษฎีความเป็นไปได้” (Moeglichkeitstheorie) และ “ทฤษฎีกล่าวอ้าง” (Behauptungstheorie)

⁴ Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, 13.Aufl., Boorberg Verlag, 1994, S.98.

⁵ Schmitt Glaeser, อ้างแล้ว, S.98

⁶ Schmitt Glaeser, อ้างแล้ว, S.99

(2.1) ทฤษฎีความเป็นเหตุเป็นผล (Schlussigkeitstheorie)

ตามทฤษฎีนี้ค่อนข้างจะเรียกร่องผู้ฟ้องเป็นพิเศษในการเสนอคำฟ้อง โดยทฤษฎีความเป็นเหตุเป็นผลเห็นว่า ความจำเป็นในการกล่าวอ้างอย่างมีเหตุผลนั้น จำกัดเฉพาะกรณีของผลกระทบที่เกิดขึ้นแก่ผู้ฟ้องเท่านั้น ตามความเห็นของ H. Hoffmann เห็นว่ากรณีเป็นการกล่าวอ้างถึงการคุ้มครองสิทธิอย่างมีเหตุผล หากการเสนอคำฟ้องของโจทก์ปรากฏข้อเท็จจริงว่าคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งนั้นละเมิดสิทธิของโจทก์และเพียงกล่าวอ้างว่า คำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁷

ตามทฤษฎีความเป็นเหตุเป็นผลได้ปฏิเสธถึงความจำเป็นที่จะกล่าวอ้างอย่างมีเหตุผลถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นแก่โจทก์และความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง เพราะมีฉะนั้นแล้วจะทำให้การตรวจสอบในทางสารบัญญัติยังคงมีปัญหาแต่เพียงว่า ข้อเท็จจริงที่โจทก์กล่าวอ้างมาในคำฟ้องนั้นเป็นความจริงหรือไม่ แต่การตรวจสอบความเป็นเหตุผลในขอบเขตของการรับฟ้องคดีนั้น จำกัดเฉพาะกับการกล่าวอ้างอย่างเป็นเหตุผลในส่วนที่เกี่ยวกับผลกระทบต่อโจทก์เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 42 วรรค 2 ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ผู้ฟ้องจะต้องแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงผลกระทบต่อโจทก์และความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ในการตรวจสอบความเป็นเหตุผลในคำฟ้องของโจทก์ในชั้นการรับฟ้องคดีจะต้องตรวจสอบสาระสำคัญทั้ง 2 ประการ ในกรณีนี้ย่อมขัดกับหลักการค้นหาความจริง (Untersuchungsgrundsatz) อันเป็นหลักการที่ใช้สำหรับกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง เพราะการตรวจสอบดังกล่าวจะเป็นการเพิ่มเงื่อนไขในการตรวจสอบการรับฟ้องคดีโดยไม่จำเป็น และนอกจากนี้จะนำไปสู่การก่อให้เกิดภาระที่หนักขึ้นในกระบวนการพิจารณาโดยรวมของศาล จากเหตุผลของการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างรวดเร็ว ศาลจึงต้องมุ่งพิจารณาเฉพาะประเด็นในส่วนที่เกี่ยวกับการตรวจสอบในทางกฎหมายวิธีบัญญัติเท่านั้น โดยหลักทั่วไปแล้วขอบเขตดังกล่าวจึงจำกัดอยู่ที่เงื่อนไขการตรวจสอบที่จำเป็นที่จะนำไปสู่การพิจารณาเนื้อหาของคดี ความเป็นเหตุผลว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นปัญหาในทางสารบัญญัติ และด้วยเหตุนี้การตรวจสอบดังกล่าวจึงเป็นการตรวจสอบในทางสารบัญญัติมิใช่การตรวจสอบในทางวิธีบัญญัติ⁸

Engelhardt เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าวว่า การตรวจสอบเกี่ยวกับอำนาจฟ้องนั้น ควรจะจำกัดอยู่เฉพาะในขอบเขตของปัญหาว่าโจทก์ได้รับ

⁷ Ule, 30 II, S.201f.; OVG Muenster V.18.9.63, DVBL. 1964, S.41ff.; OVG Muenster, OVGE 21,251 ff.

⁸ Kopp, VwGO, มาตรา 42, Rdnr.100.

ความเสียหายในสิทธิของตนเองหรือไม่ และควรจะหลีกเลี่ยงคำว่า “ละเมิด” (Verletzung) เพราะถ้อยคำดังกล่าวมีความหมายรวมถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของมาตรการที่แทรกแซงในสิทธิของผู้ฟ้อง ซึ่งการตรวจสอบอำนาจฟ้องในชั้นรับฟ้องคดียังมีได้เข้าไปตรวจสอบในเรื่องดังกล่าว Engelhardt จึงสรุปว่า โดยทั่วไปแล้ว ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจฟ้องคดีนั้นอาจตรวจสอบได้จากการให้เหตุผลในทางข้อเท็จจริงของคำฟ้อง คำฟ้องของโจทก์จะได้รับการพิจารณา หากโจทก์ได้แสดงให้เห็นว่า ความเสียหายที่เกิดต่อสิทธิของโจทก์นั้นมีความเป็นเหตุผลที่อาจรับฟังได้

(2.2) ทฤษฎีความเป็นไปได้ (Moeglichkeitstheorie)

ตามทฤษฎีความเป็นไปได้ ถือว่าเป็นการเพียงพอหากมีการกล่าวอ้างว่ามีการละเมิดสิทธิของโจทก์เอง ผู้ที่มีความเห็นตามทฤษฎีนี้เห็นว่า มาตรา 42 วรรค 2 VwGO นั้น มีความประสงค์ที่จะขัดขวางสิทธิในการฟ้องที่ตกได้แก่บุคคลทั่วไป (Popularklage) และด้วยเหตุนี้ขอบเขตของการตรวจสอบเพื่อการรับฟ้องคดีจึงไม่ควรจะเกินขอบเขตของความจำเป็นเพื่อการรับฟ้อง ทั้งนี้ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อการขัดขวางบุคคลทั่วไปซึ่งมิได้มีความเกี่ยวข้องกันกับคำสั่งทางปกครองนั้นทำการใช้สิทธิในการฟ้องคดี ดังนั้น บุคคลที่ใช้สิทธิในการฟ้องจะต้องเป็นบุคคลที่สิทธิของตนได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง จึงทำให้บุคคลนั้นมีสิทธิเรียกร้องให้ศาลทำการพิจารณาในเรื่องดังกล่าว ลักษณะดังกล่าวนี้จึงเป็นการเรียกร้องให้การกล่าวอ้างของโจทก์จะต้องแสดงข้อเท็จจริงที่แสดงความเป็นไปได้ว่าโจทก์ถูกละเมิดสิทธิของตนจากคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งดังกล่าว⁹

ศาลปกครองสูงสุดสหพันธ์ได้เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับเงื่อนไขในการวินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดีตามมาตรา 42 วรรค 2 VwGO ว่า¹⁰ ตามบทบัญญัติของมาตรา 42 วรรค 2 นั้น คำฟ้องของโจทก์อาจได้รับการปฏิเสธได้เฉพาะเมื่อปรากฏอย่างชัดเจนว่าสิทธิที่ได้รับการกล่าวอ้างจากโจทก์นั้น โจทก์เป็นผู้ไม่มีสิทธิในเรื่องดังกล่าว ต่อมาศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้วินิจฉัยแต่เพียงว่า คำฟ้องของโจทก์นั้นอาจได้รับการปฏิเสธได้หากโจทก์ไม่อาจเป็นผู้ที่ถูกละเมิดจากคำสั่งทางปกครองนั้นได้¹¹ ดังนั้น ตามแนวทฤษฎีความเป็นไปได้ เห็นว่า การละเมิดสิทธิโดยแท้จริงเกิดขึ้นหรือไม่เป็นปัญหาที่อยู่ในส่วนของการตรวจสอบ

⁹ BVerwGE 17,87(91); VGH Bad.-Wuertt.v.19.12.88, VBIBW 1989,S.268 ff.; Ev.11.6.92, VBIBW 1992, S.436ff.

¹⁰ คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ (BVerwGE) ลงวันที่ 30 ตุลาคม 1963.

¹¹ BVerwGE 39ม345(347)

ในทางกฎหมายบัญญัติ ทฤษฎีความเป็นไปได้ (Moeglichkeits- theorie) นี้ได้รับการสนับสนุนจาก ศาลภาษี (Finanzgericht) เช่นกัน

ในทางเนื้อหาแล้ว ทฤษฎีความเป็นเหตุเป็นผล (Schlussigkeits- theorie) นั้นมีความแตกต่างไปจากทฤษฎีความเป็นไปได้ (Moeglichkeits- theorie) เพียงเล็กน้อย ในประเด็นที่ว่า ตามทฤษฎีความเป็นเหตุเป็นผลนั้นคำฟ้องของโจทก์ไม่จำเป็นต้องอ้างถึง การละเมิดสิทธิ เพราะการละเมิดสิทธินั้นย่อมมีผลมาจากการทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิ ของโจทก์อยู่แล้ว ในขณะที่ทฤษฎีความเป็นไปได้นั้นเพียงแต่เรียกร้องให้โจทก์แสดงให้เห็นถึง ความเป็นไปได้ในการละเมิดสิทธิของโจทก์ก็เป็นการเพียงพอแล้ว

(2.3) ทฤษฎีกล่าวอ้าง (Behauptungstheorie)

ตามทฤษฎีนี้เห็นว่า อำนาจฟ้องคดีนั้นขึ้นอยู่กับกรกล่าวอ้าง ในทางถ้อยคำ ซึ่งหมายความว่า โจทก์เพียงแต่กล่าวอ้างว่า สิทธิของตนถูกละเมิดโดยคำสั่ง ทางปกครอง¹² ดังนั้น อำนาจฟ้องในคดีปกครองจึงมีลักษณะเช่นเดียวกับอำนาจในการ ดำเนินคดีในคดีแพ่ง (die Prozessfuehrungsbefugnis im Zivilprozess) Henke เห็นว่า ในการ ใช้สิทธิในกรณีที่มีการละเมิดนั้นเป็นเรื่องของสิทธิในทางสารบัญญัติ กล่าวคือ สิทธิที่ถูกกล่าว อ้างนั้นอยู่ภายใต้การตรวจสอบของอำนาจในการดำเนินคดี (Prozessfuehrungsbefugnis) ซึ่งการตรวจสอบในกรณีนี้เป็นการตรวจสอบในคดีแพ่ง ด้วยเหตุนี้ในกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่ง (Zivilprozessordnung) จึงไม่มีบทบัญญัติดังเช่นมาตรา 42 วรรค 2 VwGO ดังนั้น ในคดีแพ่งจึงไม่จำเป็นที่จะต้องถามว่า สิทธิที่ถูกกระทบที่เสนอมานั้นมีความเป็น ไปได้หรือไม่ หรือมีความเป็นเหตุเป็นผลหรือไม่ ในคดีแพ่งจึงมีการตรวจสอบแต่เพียงว่า การกล่าวอ้างนั้นมีสาระและสามารถเข้าใจได้หรือไม่ ว่าโจทก์ต้องการอะไรและโจทก์ได้ใช้สิทธิ เรียกร้องอันเป็นสิทธิของตนเองหรือเป็นสิทธิเรียกร้องของบุคคลอื่น ถ้าหากตามคำฟ้องนั้น โจทก์เชื่อว่าตนมีสิทธิเช่นนั้น ในกรณีนี้จะต้องรับฟังของโจทก์ ดังนั้น หากเข้าใจว่าอำนาจ ฟ้องคดีปกครองตามมาตรา 42 วรรค 2 VwGO มีความมุ่งหมายเช่นเดียวกับอำนาจในการ ดำเนินคดีในทางแพ่ง (Prozessfuehrungsbefugnis) กล่าวคือ มีความมุ่งหมายเพื่อขัดขวาง อำนาจฟ้องที่ตกได้แก่บุคคลทั่วไป (Popular) ดังนั้น ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่า ควรจะจำกัด ขอบเขตเกี่ยวกับอำนาจฟ้องเพียงใด

¹² Henke, Das subjektive oeffentliche Recht, Tuebingen 1968, S.137

3.2 การใช้สิทธิในการฟ้อง มีข้อพิจารณาดังนี้

(1) สิทธิที่ใช้เป็นพื้นฐานในการฟ้องนั้นจะต้องเป็นสิทธิของโจทก์ที่ถูกละเมิด สิทธิดังกล่าวนี้เป็น “สิทธิในทางมหาชน” (subjektive oeffentliche Rechte) “สิทธิในทางมหาชน” เป็นอำนาจในทางกฎหมายมหาชน ซึ่งมอบให้แก่ปัจเจกบุคคลอันเป็นอำนาจที่ปัจเจกบุคคลอาจเรียกร้องจากรัฐหรือนิติบุคคลมหาชนอื่น ๆ เพื่อให้กระทำการหรือให้ละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง¹³ สิทธิในทางมหาชนนั้นเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวไม่จำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ตัวอย่างเช่น ตามมาตรา 29 วรรค 1¹⁴ ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG) “สิทธิ” ในความหมายของมาตรา 42 วรรค 2 VwGO จึงหมายถึง “ผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลซึ่งได้รับการรับรองโดยบทบัญญัติของกฎหมายว่าเป็นผลประโยชน์ที่ควรได้รับการคุ้มครอง”¹⁵ ซึ่งโดยแท้จริงแล้วมิได้ขึ้นอยู่กับความสมควรได้รับการคุ้มครองหรือไม่ หากแต่ขึ้นอยู่กับว่า ผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลดังกล่าวในทางข้อเท็จจริงแล้วได้รับการคุ้มครองโดยบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ ดังนั้น บทบัญญัติของกฎหมายซึ่งเป็นพื้นฐานของสิทธิในทางมหาชนของปัจเจกบุคคลดังกล่าวจะต้องเป็นกฎหมายที่มีได้มุ่งคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวมเท่านั้น แต่อย่างน้อยที่สุดบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวจะต้องมุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล (โจทก์) ด้วย¹⁶ บทบัญญัติของกฎหมายในความหมายนี้ หมายถึงกฎหมายในทางรูปแบบ (formelle Gesetze)¹⁷ แต่ทั้งนี้ยังรวมถึงกฎหมายลำดับรองและข้อบังคับขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย¹⁸

¹³ ความหมายของคำว่า “สิทธิในทางมหาชน” (das subjektive oeffentliche Recht) ดู Forsthoff, S.184 ff.; Henke, Das subjektive oeffentliche Recht (1968) ; ders., DöV 1980, S.621 ff.; scherzberg, DVBI-1988, S.129 ff.

¹⁴ มาตรา 29(1) VwVfG บัญญัติ “เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องอนุญาตให้คู่กรณีตรวจสอบเอกสารที่เกี่ยวข้องกระบวนการพิจารณาทางปกครองเท่าที่การตรวจสอบเอกสารดังกล่าวจำเป็นต่อการให้สิทธิของคู่กรณีหรือจำเป็นต่อการป้องกันผลประโยชน์ในทางกฎหมายของบุคคลนั้น...”

¹⁵ Schmitt Glaeser, อ้างแล้ว, S.129ff.

¹⁶ Erichsen/Martens, 10 III 5, Rdnr.57 ff.; Kopp, VwGO, มาตรา 42 Rdnr. 48; BVerfGE 27, 297 (307) ; BVerwGE 3, 362 f.

¹⁷ หมายถึง กฎหมายที่ผ่านกระบวนการพิจารณาโดยองค์กรนิติบัญญัติตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

¹⁸ Schmitt Glaeser, อ้างแล้ว, S.102; Kopp, VwGO, มาตรา 42, Rdnr.74.

ผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลดังกล่าว จะต้องเป็นผลประโยชน์ในทางกฎหมาย (rechtliche Interessen) เสมอ การกล่าวอ้างถึงผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจก็ดี ผลประโยชน์ในทางวัฒนธรรมก็ดี หรือผลประโยชน์ในทางการเมืองก็ดี ตัวอย่างเช่น โอกาสที่จะมีรายได้จากการแข่งขันในทางการค้า โอกาสที่จะได้ชมทัศนียภาพอันงดงาม หรือผลกระทบทั่วไปอื่น ๆ ในกรณีนี้ยังไม่เป็นการเพียงพอที่บุคคลนั้นจะใช้สิทธิในการฟ้องคดี ในกรณีเหล่านี้ถือว่าเป็น “ผลสะท้อนกลับของกฎหมาย” (Rechtreflexe)¹⁹ ผลสะท้อนกลับของกฎหมาย หมายถึงกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายมุ่งหมายที่คุ้มครองเฉพาะผลประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ไม่รวมถึงประโยชน์ของปัจเจกบุคคลด้วย ตัวอย่างเช่น ประโยชน์ของผู้อาศัยในเขตพื้นที่เพื่อการคุ้มครองธรรมชาติ ซึ่งทำให้ผู้ที่อาศัยบริเวณดังกล่าวได้รับประโยชน์จากการกำหนดพื้นที่ดังกล่าว แต่กฎหมายเพื่อคุ้มครองธรรมชาติดังกล่าวมุ่งคุ้มครองเฉพาะผลประโยชน์สาธารณะเท่านั้น การที่ผู้อยู่อาศัยใกล้เคียงกับเขตคุ้มครองธรรมชาติได้รับประโยชน์จากกฎหมายดังกล่าว ประโยชน์ดังกล่าวจึงเป็นเพียง “ผลสะท้อนกลับของกฎหมาย” มิใช่สิทธิของบุคคลนั้น ดังนั้น ผลประโยชน์ของบุคคลที่อาจจะใช้สิทธิในการฟ้องได้จะต้องเป็นกรณีที่กฎหมายให้ความรับรองคุ้มครองเป็นผลประโยชน์สำหรับบุคคลนั้น²⁰

โดยทั่วไปแล้วเฉพาะบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีมิได้ก่อให้เกิดสิทธิในทางมหาชนที่แยกเป็นอิสระแต่อย่างใด ตามแนวคำพิพากษาของศาลความเป็นไปได้ในการละเมิดสิทธินั้น โดยหลักแล้วเป็นกรณีที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิตามที่บัญญัติโดยกฎหมายสารบัญญัติเท่านั้น มิเช่นนั้นโจทก์จะต้องแสดงให้เห็นว่าการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายวิธีสบัญญัติมีผลเป็นการละเมิดสิทธิในทางกฎหมายสารบัญญัติ

(2) สิทธิในทางมหาชนนั้นอาจเกิดขึ้นได้มิใช่เฉพาะกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีความผูกพันต่อกฎหมายเท่านั้น หรือที่เรียกว่า “อำนาจผูกพันของฝ่ายปกครอง” แต่กรณีอาจเกิดสิทธิในทางมหาชนได้แม้เป็นกรณีที่กฎหมายให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจและกรณีที่กฎหมายได้กำหนดดุลพินิจไว้ในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมาย (Beurteilungsspielraum) โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

ก. ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (Ermessensverwaltung) ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้ความผูกพันของกฎหมายเช่นกัน (มาตรา 40 VwVfG) ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของศาล ถ้าหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมิได้คำนึงถึงความผูกพันดังกล่าว การใช้

¹⁹ Eyermann/Froehler, มาตรา 42, Rdnr. 155; Kopp, VwGO, มาตรา 42, Rdnr.49

²⁰ Schmitt Glaeser, อ้างแล้ว, S.103.

ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอาจเป็นการใช้ดุลพินิจอย่างบกพร่องได้ หากฝ่ายปกครองมิได้ใช้ดุลพินิจหรือใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตหรือเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ดังนั้น ในกรณีเหล่านี้ อาจจะเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลได้ แต่การยอมรับถึง "สิทธิในทางมหาชน" กับการใช้ดุลพินิจอย่างปราศจากข้อบกพร่องนั้นวางอยู่บนเงื่อนไขว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องนั้นต้องเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของโจทก์ด้วย กล่าวคือ อย่างน้อยกฎหมายนั้นได้กำหนดเพื่อคุ้มครองปัจเจกบุคคล (โจทก์) ด้วย สิทธิเรียกร้องทั่วไปของบุคคลกับการใช้ดุลพินิจโดยฝ่ายปราศจากความบกพร่องนั้นหาไม่มี ดังนั้น กรณีจึงเป็นการไม่เพียงพอหากโจทก์จะกล่าวอ้างอย่างเป็นนามธรรมว่าเจ้าหน้าที่ได้ใช้ดุลพินิจอย่างบกพร่อง แต่โจทก์จะต้องอธิบายอย่างเป็นรูปธรรมว่าหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ใช้ดุลพินิจอย่างถูกต้อง สถานะในทางกฎหมายของโจทก์จะได้รับความคุ้มครองดีกว่า ถ้าบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจนั้นเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลด้วย ในกรณีเช่นนี้ปัจเจกบุคคลย่อมมีสิทธิที่จะโต้แย้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายได้²¹

ข. กรณีที่กฎหมายได้กำหนดดุลพินิจฝ่ายปกครองในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมาย (Beurteilungsspielraum) ตามหลักแล้วถ้อยคำในทางกฎหมายที่ขาดความชัดเจนถือหลักเช่นเดียวกับกรณีของดุลพินิจที่อาจก่อให้เกิดสิทธิในทางมหาชนได้เช่นกัน ซึ่งในกรณีนี้กฎหมายได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมาย ซึ่งดุลพินิจเช่นนี้ศาลอาจตรวจสอบได้ในขอบเขตจำกัดกรณีนี้เช่นเดียวกับการกรณีของดุลพินิจ ปัจเจกบุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองใช้กฎหมายโดยปราศจากข้อบกพร่องในการใช้ดุลพินิจในส่วนองค์ประกอบของกฎหมาย หากบทบัญญัติของกฎหมายนั้นมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล (โจทก์) ด้วย

ค. การตรวจสอบการละเมิดสิทธิของโจทก์นั้นจะต้องตรวจสอบว่าในกรณีใดกรณีหนึ่งบทบัญญัติของกฎหมายมีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ของโจทก์ด้วยหรือไม่ การกล่าวอ้างสิทธิของโจทก์โดยตรงจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยทั่วไปแล้วเป็นวิธีการที่ไม่ถูกต้อง เพราะสถานะในทางกฎหมายที่ได้รับการรับรองโดยสิทธิขั้นพื้นฐานส่วนใหญ่แล้วจำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติรับรองโดยบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อทำให้สิทธิที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง²²

²¹ Schmitt Glaeser, อ้างแล้ว, S.104.

²² Schmitt Glaeser, อ้างแล้ว, S.104.

ง. ปัญหาว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่นำมาใช้ในการตีความหนึ่งได้บัญญัติเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของโจทก์ด้วยหรือไม่นั้น ในการนี้จะต้องใช้วิธีการตีความบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวเพื่อค้นหาความมุ่งหมายที่แท้จริงของกฎหมาย ซึ่งตามปกติแล้วการตีความกฎหมายจะต้องกระทำตามลำดับ กล่าวคือ ตีความตามตัวอักษร ตีความตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย ตีความตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และตีความโดยพิจารณาระบบของกฎหมาย²³

ถ้าบทบัญญัติตามตัวอักษรมีความชัดเจนว่ามุ่งหมายเพื่อคุ้มครอง "สิทธิในทางมหาชน" ของปัจเจกบุคคลด้วย ในการนี้ไม่จำเป็นที่จะต้องนำวิธีการตีความอื่น ๆ มาใช้แต่อย่างใด หลักการดังกล่าวให้นำมาใช้ เช่นเดียวกับในการตีความบทบัญญัติของกฎหมายได้ปฏิเสธผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลอย่างชัดเจน วิธีการตีความที่สำคัญคือ วิธีการตีความอย่างเป็นระบบ (teleologisch und systemmatisch Method) ในการนี้ที่มีปัญหาว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือจากสถานะในโครงสร้างของระบบกฎหมายเฉพาะ จะมีผลให้บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวควรที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ในทางกฎหมายของโจทก์หรือไม่ ในการนี้ไม่อาจจะปฏิเสธการคุ้มครองผลประโยชน์ของโจทก์ได้เพียงเพราะตามถ้อยคำของกฎหมายได้แสดงถึง "ผลประโยชน์สาธารณะ" (oeffentliche Interessen) หรือ "ความสงบเรียบร้อยของส่วนรวม" (oeffentliche Sicherheit und Ordnung) เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเพราะเป็นการยอมรับว่า การคำนึงถึงผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลในทางกฎหมายตามปกติแล้วเป็นส่วนที่สำคัญสำหรับภาระหน้าที่ของรัฐในการรักษาความสงบของสังคม ดังนั้น ตามหลักทั่วไปผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลและประโยชน์สาธารณะมิได้ขัดแย้งกัน ประเด็นสำคัญจึงขึ้นอยู่กับว่าจากการตีความนั้นสามารถวินิจฉัยได้หรือไม่ว่า บทบัญญัติของกฎหมายได้กำหนดถึงขอบเขตของผู้ที่เกี่ยวข้องที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะสำหรับปัจเจกบุคคลอย่างพอเพียงหรือไม่ ตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสหพันธ์ การกำหนดขอบเขตดังกล่าวมิได้หมายถึงการกำหนดขอบเขตในทางพื้นที่ เช่น ระบุเขตพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง แต่แท้จริงแล้วขอบเขตของผู้ที่เกี่ยวข้องดังกล่าวสามารถที่จะทราบขอบเขตของบุคคลได้จากองค์ประกอบของกฎหมาย ซึ่งองค์ประกอบของกฎหมายที่คุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกบุคคลจะแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายที่มุ่งหมายคุ้มครองประโยชน์สาธารณะแต่เพียงอย่างเดียว

²³ Schmitt Glaeser, อ้างแล้ว, S.108.

4. การพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับอำนาจฟ้องจากกลุ่มปัญหากฎหมายต่าง ๆ

การพิจารณาปัญหาจากกลุ่มกฎหมายต่าง ๆ แยกออกเป็น 5 กลุ่มปัญหาดังนี้

- 4.1 การฟ้องของเพื่อนบ้านตามกฎหมายก่อสร้าง 4.2 การฟ้องโต้แย้งการวางแผนกำหนดโครงการต่าง ๆ 4.3 การฟ้องของคู่แข่งชั้นทางการค้า 4.4 การฟ้องในนามองค์กร และ 4.5 ข้อพิพาทภายในองค์กร

4.1 การฟ้องของเพื่อนบ้าน (Oeffentlich-Nachbarklagen) ตามกฎหมายก่อสร้าง (Baurecht)

การยอมรับการฟ้องของเพื่อนบ้านตามกฎหมายก่อสร้างนั้นถือว่าการก้าวไปข้างหน้าสำหรับการทำให้เป็นจริงของหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิ ตามมาตรา 19 วรรค 4 ของรัฐธรรมนูญ (GG) ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้อ้างว่า การอนุญาตให้เพื่อนบ้านสามารถฟ้องได้นั้น เกิดจากกรณีที่มีการออกใบอนุญาตให้ทำการก่อสร้าง ซึ่งการออกใบอนุญาตดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นได้ จากความเห็นดังกล่าวนี้เอง ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์เยอรมันจึงได้กล่าวถึงผลกระทบต่อบุคคลที่สาม (Drittbetroffenen) และโดยทั่วไปแล้ว บุคคลที่สามนั้นย่อมมีอำนาจฟ้องคดีด้วยโดยมิต้องพิจารณาว่า คำสั่งทางปกครองที่บุคคลที่สามโต้แย้งนั้น มีจุดมุ่งหมายที่จะออกเพื่อบุคคลที่สามหรือไม่

หลักดังกล่าวข้างต้นนั้นเป็นข้อยกเว้นของทฤษฎีผู้รับการกระทำ (Adressatentheorie) ตามความเห็นของฝ่ายข้างมากและตามคำพิพากษาของศาลเห็นว่ากรณีไม่มีปัญหาเรื่องการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด หากบุคคลนั้นเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหมายถึง คำสั่งทางปกครองมีจุดมุ่งหมายต่อบุคคลนั้น กรณีที่บุคคลนั้นไม่ใช่เป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวหรือคำสั่งทางปกครองมิได้มีจุดมุ่งหมายต่อบุคคลนั้น หากถือตามทฤษฎีผู้รับคำสั่งทางปกครองบุคคลนั้นย่อมไม่มีอำนาจฟ้อง ในกรณีการฟ้องเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการ ในกรณีนี้ย่อมหมายถึงบุคคลที่ได้ยื่นคำร้องเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองให้แก่ตน ดังนั้น การนำทฤษฎีผู้รับการกระทำ (Adressatentheorie) มาใช้กับกรณีการฟ้องของเพื่อนบ้านจึงไม่อาจจะนำมาใช้ได้และโดยเหตุนี้ทฤษฎีเกี่ยวกับการเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือไม่ใช่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง จึงไม่ค่อยจะมีความสำคัญในการพิจารณาเรื่องอำนาจฟ้องคดี

ในการพิจารณาของศาลปกครองของสหพันธ์ (BVerwG) ในเรื่องเกี่ยวกับการฟ้องของเพื่อนบ้านตามกฎหมายก่อสร้าง ศาลจึงต้องตรวจสอบประเด็นดังต่อไปนี้

- โจทก์ซึ่งเป็นบุคคลที่สามสามารถที่จะอ้างบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อคุ้มครองโจทก์ (เพื่อนบ้าน) ได้หรือไม่

- การอาศัยสิทธิอื่น ๆ เช่น หลักประกันในกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญ ได้ให้สิทธิในการปกป้องกรรมสิทธิ์แก่บุคคลในการฟ้องโต้แย้งใบอนุญาตก่อสร้างอาคารที่ได้ออกให้แก่เพื่อนบ้านได้หรือไม่

บทบัญญัติของกฎหมายที่คุ้มครองเพื่อนบ้าน ตามคำพิพากษาของศาล เห็นว่า จะมีการคุ้มครองดังกล่าว เมื่อบทบัญญัติของกฎหมายมิได้มุ่งคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณะเท่านั้น หากแต่มุ่งคุ้มครองใจก่ด้วย หลักการนี้เป็นการแสดงถึงการทำให้เห็นรูปธรรมของคำว่า “สิทธิ” กล่าวคือ การทำให้เป็นรูปธรรมของผลประโยชน์ที่ได้รับ ความคุ้มครองโดยกฎหมาย (das rechtlich geschuetzte Interess) ถ้าบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องนั้นมีผลเป็นการคุ้มครองเพื่อนบ้านด้วย ในกรณีนี้กฎหมายนั้นได้ให้อำนาจแก่ใจก่ด้วย อันถือว่าเป็น “สิทธิในทางมหาชน” ซึ่งบุคคลนั้นอาจดำเนินการให้บรรลุ ความมุ่งหมายของสิทธินั้นได้โดยการฟ้องคดีต่อศาล แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อใดที่บทบัญญัติของกฎหมายให้ความคุ้มครองผลประโยชน์สาธารณะ และเมื่อใดที่บทบัญญัติของกฎหมายให้ความคุ้มครองต่อประโยชน์ของปัจเจกบุคคลด้วยนั้น คำพิพากษาของศาลยังมิได้พัฒนา กฎเกณฑ์ดังกล่าวให้ชัดเจน แต่โดยแท้จริงแล้ว การพิจารณาในเรื่องนี้ขึ้นอยู่กับ การพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป และจะต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองของบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ ซึ่งจะต้องพิจารณาจากถ้อยคำ รวมถึงความหมายและวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น

4.2 การฟ้องโต้แย้งการวางแผนกำหนดโครงการต่าง ๆ (Klagen gegen einen Planfeststellungsbeschluss)

ปัญหาของอำนาจฟ้องเป็นปัญหาเช่นกันในกรณีของการฟ้องโต้แย้ง แผนการกำหนดโครงการต่าง ๆ เช่น การกำหนดโครงการตามมาตรา 17 มาตรา 18 ของกฎหมายทางหลวงของสหพันธ์ (FStrG) โดยมีข้อพิจารณาดังนี้

(1) การวางแผนกำหนดโครงการดังกล่าว นั้น มีผลมาจากกระบวนการ รับฟังความเห็นของผู้มีส่วนได้เสีย (Anhoerungsverfahren) ซึ่งในกระบวนการรับฟังความเห็น ดังกล่าวบุคคลซึ่งได้รับผลกระทบจากโครงการมีโอกาสดังกล่าวที่จะแสดงความคิดเห็นของตนได้ ปัญหาที่จะต้องพิจารณาคือ บุคคลซึ่งสามารถจะยกข้อคัดค้านได้เนื่องจากตนได้รับผลกระทบ จะการใช้สิทธิในความหมายของมาตรา 42 บรรค 2 VWGO โดยอ้างว่าสิทธิของตนถูกละเมิด ได้หรือไม่ ในกรณีนี้ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้ปฏิเสธการฟ้องของบุคคลดังกล่าว โดยให้ เหตุผลว่าขอบเขตของบุคคลในกระบวนการรับฟังความเห็นของผู้มีส่วนได้เสีย นั้น ไม่ถือว่าเป็น กลุ่มบุคคลเดียวกันกับกลุ่มผู้มีอำนาจฟ้อง ซึ่งกลุ่มบุคคลที่มีอำนาจฟ้องจะต้องเป็นกลุ่มบุคคล

ซึ่งอาจได้รับความเสียหายในสิทธิของเขานั้นเนื่องมาจากโครงการดังกล่าว ความแตกต่างระหว่างผู้มีสิทธิคัดค้านในกระบวนการรับฟังความของผู้มีส่วนได้เสียกับผู้มีสิทธิฟ้องคดีนั้น คือ ผลกระทบอันเกิดจากโครงการ อำนาจฟ้องคดีในกรณีนี้ย่อมตกได้แก่บุคคลที่ได้รับผลกระทบอันเนื่องมาจากโครงการดังกล่าว เรื่องนี้จึงเป็นลักษณะพิเศษเรื่องหนึ่งในการพิจารณาถึงอำนาจฟ้องคดีในกรณีข้อพิพาทที่เกี่ยวกับกระบวนการในการวางแผนกำหนดโครงการ ลักษณะพิเศษอีกประการหนึ่งคืออำนาจฟ้องนั้นมิได้ถูกจำกัดโดยการมิได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการคัดค้านหรือในกระบวนการรับฟังความของผู้มีส่วนได้เสีย หรือมิได้ถูกจำกัดโดยการยกคำคัดค้านล่าช้า

(2) ปัญหาขององค์การปกครองท้องถิ่นที่เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการรับฟังความของผู้มีส่วนได้เสียในการคัดค้านการวางแผนกำหนดโครงการ ในกรณีนี้ตามคำพิพากษาของศาลยอมรับอำนาจฟ้องขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น เฉพาะกรณีที่สิทธิในการวางแผนขององค์การท้องถิ่นนั้น ๆ ถูกละเมิด²⁴ หรือในกรณีที่ขอบเขตภาระหน้าที่ขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นได้รับผลกระทบโดยตรง²⁵ ในทางตรงกันข้ามอำนาจฟ้องขององค์การปกครองท้องถิ่นได้รับการปฏิเสธ ในกรณีที่องค์การปกครองท้องถิ่นนั้นต้องการเป็นตัวแทนผลประโยชน์ของผู้อยู่อาศัยในองค์การปกครองท้องถิ่น²⁶

4.3 การฟ้องของกลุ่มแข่งขันทางการค้า (Konkurrentenklage)

ปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องคดีของกลุ่มแข่งขันทางการค้า (Konkurrentenklage) ตามกฎหมายในทางเศรษฐกิจ มีข้อพิจารณาดังนี้

(1) ในกรณีของการฟ้องของกลุ่มแข่งขันทางการค้าทางกฎหมายเศรษฐกิจ อาจจะแตกต่างจากหลักการดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น เพราะในกรณีนี้ บุคคลที่สามอาจได้แย่งการให้เงินอุดหนุนจากรัฐต่อคู่แข่งทางการค้าเองได้ หากบุคคลนั้นได้แสดงให้เห็นว่าผลประโยชน์ที่ควรได้รับความคุ้มครองของตนถูกละเลยเพิกเฉย (Vernachlaessigt) และการให้เงินอุดหนุนดังกล่าวจากรัฐ อาจเป็นการแทรกแซงต่อเสรีภาพในการแข่งขัน ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญ เพราะเสรีภาพในการพัฒนาบุคลิกภาพส่วนบุคคลนั้น รวมไปถึงสิทธิเรียกร้องจากสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวด้วย ตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ ลงวันที่ 30 สิงหาคม 1963 ศาลก็ยังมิได้วินิจฉัยลงไปอย่าง

²⁴ BVerwG, VerK.BI.1970, S.587; BVerwGE 51, 6; 31, 263.

²⁵ BVerwG, DöV 1960, S.717.

²⁶ OVG Lueneburg, Verk.BI. 1960, S.288.

ชัดแจ้งว่า คู่แข่งขันทางการค้าที่ได้รับผลกระทบในกรณีที่ได้รับเงินสนับสนุนแก่อีกบุคคลหนึ่ง (คู่แข่งขัน) บุคคลนั้นจะได้รับสิทธิเป็นการทั่วไปที่จะฟ้องโต้แย้งมาตรการในการให้เงินสนับสนุนได้หรือไม่²⁷ แต่อย่างไรก็ตาม ถือว่าบุคคลที่สาม (คู่แข่งขันทางการค้าที่ไม่ได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากรัฐ) นั้นมีอำนาจฟ้องคดี ในกรณีที่มีการละเลยเพิกเฉยอย่างอำพรางใจในผลประโยชน์ที่ควรได้รับความคุ้มครองของโจทก์ ดังนั้น ในกรณีของการฟ้องโดยคู่แข่งขันในทางการค้านั้น ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์เห็นว่า อำนาจฟ้องคดีของบุคคลที่สามมีผลมาจากสิทธิในเสรีภาพทั่วไป ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2²⁸ ของรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่มีการละเมิดหลักการตามรัฐธรรมนูญ (การละเมิดหลักความเสมอภาคตามมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญ) ในกรณีนี้จึงเป็นการก้าวไปข้างหน้าอีกก้าวหนึ่งในการทำให้เกิดประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิทธิประโยชน์โดยอาศัยสิทธิขั้นพื้นฐาน

(2) แต่อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์เห็นว่าการฟ้องของคู่แข่งขันในทางเศรษฐกิจนั้นไม่ขยายไปถึงกรณีของการออกใบอนุญาตในการดำเนินกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพราะการออกใบอนุญาตเพื่อการดำเนินกิจการให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งนั้นเป็นเรื่องความเสมอภาคในโอกาสที่จะเข้ามาดำเนินการแข่งขันเท่านั้น ในทางตรงกันข้ามตามความเห็นของศาล ศาลไม่อาจที่จะป้องกันขัดขวางผู้ได้รับสัมปทานอื่น ๆ ได้ เพราะการออกใบอนุญาตในการดำเนินกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง ไม่ได้มีการแทรกแซงในสิทธิของผู้ที่ได้รับอนุญาตอยู่ก่อนแล้ว เพราะกิจการนั้นยังมิได้ดำเนินการ ดังนั้น ในกรณีนี้จึงแสดงได้ว่าบุคคลผู้ได้รับอนุญาตรายใหม่นั้นยังมิถือว่าเป็นผู้ที่ดำเนินกิจการอันเป็นการแข่งขัน ตามความเห็นของศาลเห็นว่าในกรณีนี้เกี่ยวกับเสรีภาพในการแข่งขันอันเป็นผลมาจากสิทธิที่ได้รับ ความคุ้มครองจากมาตรา 2 วรรค 1 ของรัฐธรรมนูญ เพราะเสรีภาพในการแข่งขันจะมีผลเมื่อได้ดำเนินกิจการแล้ว²⁹

4.4 การฟ้องในนามขององค์กร (Verbandklage)

การฟ้องในนามขององค์กรเป็นข้อยกเว้นของการใช้สิทธิอันเนื่องมาจากการละเมิดสิทธิของบุคคลนั่นเอง เป็นระยะเวลายาวนานมาแล้วที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับ

²⁷ มีนักนิติศาสตร์บางท่านปฏิเสธการฟ้องโต้แย้งมาตรการในการให้เงินสนับสนุนคู่แข่งขัน เช่น Schlichter DVBl. 1966, S.788; Friauf, DVBl. 1966, S.729; Sellmann, NJW 1964, S.1545.

²⁸ มาตรา 2 (สิทธิในเสรีภาพ)

(1) บุคคลมีสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนอย่างอิสระเท่าที่ไม่เป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น หรือไม่ปฏิบัติต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดกับศีลธรรมอันดี

²⁹ BVerwG, U.v.9.6. 1967, NJW 1967, S.1627 : BVerwGE 127,181

การยอมรับให้ฟ้องในนามขององค์กรเป็นการทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีขององค์กรที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อม กรณีไม่มีความขัดแย้งหากองค์กรดังกล่าวสามารถใช้สิทธิอันเนื่องมาจากการละเมิดสิทธิขององค์กรนั่นเอง ตัวอย่างเช่น เป็นการละเมิดกรรมสิทธิ์ในที่ดินขององค์กรนั้น ข้อเรียกร้องโดยทั่วไปของมาตรา 42 วรรค 2 VwGO จะต้องนำมาพิจารณาในกรณีนี้ด้วย เช่น ตามมาตรา 29 วรรค 1 ของกฎหมายคุ้มครองธรรมชาติของสหพันธ์ (BNatSchG) ที่กำหนดให้สิทธิในการเข้ามามีส่วนร่วมของสมาคมคุ้มครองสิ่งแวดล้อมสามารถที่จะกระทำได้ เพราะตามความเห็นในขณะนั้นเห็นว่าในกรณีนี้เป็นการใช้สิทธิอันเป็นสิทธิในทางมหาชนของสมาคมนั่นเองที่จะเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ดังนั้นการไม่ดำเนินการตามกระบวนการพิจารณาทางปกครองของฝ่ายปกครองย่อมก่อให้เกิดสิทธิในการโต้แย้งการตัดสินใจของฝ่ายปกครองได้ ดังนั้น สมาคมคุ้มครองธรรมชาติซึ่งตามมาตรา 29 วรรค 1 ข้อ 4 BNatSchG ได้กำหนดให้สมาคมมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาแผนงานในการดำเนินโครงการ (Planfeststellungsverfahren) สมาคมจึงสามารถใช้สิทธิโต้แย้งต่อมติของการกำหนดแผนงานในการดำเนินโครงการได้ สมาคมจึงอาจกล่าวอ้างว่าเป็นการละเมิดสิทธิในการเข้ามีส่วนร่วมของสมาคมดังกล่าวได้³⁰

การฟ้องในนามขององค์กรที่เป็นปัญหาคือ ในกรณีที่องค์กรใช้สิทธิในการฟ้องในนามขององค์กรในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น กรณีดังกล่าวอาจเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับ “สิทธิของสมาชิกขององค์กร” (Mitgliedrechte) หรืออาจเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับ “ประโยชน์สาธารณะ” (Oeffentliche Interessen) ความเป็นไปได้ของการมอบอำนาจเพื่อให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งดำเนินคดีแทนตนซึ่งได้รับการยอมรับในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น ไม่เป็นที่ยอมรับในคดีปกครอง และด้วยเหตุนี้ คำพิพากษาของศาลปกครองจึงได้มีการปฏิเสธการฟ้องในนามองค์กรในลักษณะดังกล่าว การมอบอำนาจที่อาจกระทำได้ในคดีปกครอง คือ การมอบอำนาจอันมีผลมาจากกฎหมาย (die gesetzliche Prozessstandschaft) ซึ่งตามมาตรา 62 วรรค 2 ได้แสดงไว้อย่างชัดเจนว่าอาจจะกระทำได้

แต่อย่างไรก็ตามยังมีความเห็นที่เห็นว่าการใช้สิทธิของบุคคลอื่นโดยการฟ้องในนามขององค์กรเป็นการขัดแย้งกับหลักการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล (Prinzip des Individualrechtsschutzes) เพราะฉะนั้นการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีโดยผลของกฎหมายจึงจำกัดเฉพาะกรณีข้อยกเว้นเป็นพิเศษเท่านั้น การเป็นตัวแทนผลประโยชน์สาธารณะจึงเป็น

³⁰ BVerwGE 87,62; BVerwGE v.25.4.93, NVwZ 1993, S.890; Battis/Weber, JuS

เรื่องของรัฐและดังนั้นการเป็นตัวแทนผลประโยชน์ดังกล่าวจึงไม่อาจมอบหมายให้แก่สมาคม
ได้³¹

อำนาจฟ้องคดีปกครองดังที่ได้กล่าวมาแล้ว โดยหลักนั้นอาจจะทำได้
ในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ได้กำหนดไว้อย่างน้อยที่สุดเพื่อคุ้มครอง
โจทก์ด้วย ปัญหาที่ถูกตั้งขึ้นตามหลักการดังกล่าวข้างต้น คือ กรณีที่องค์กรได้ฟ้องคดีปกครอง
แทนสมาชิกขององค์กร ตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ที่มีมา
โดยตลอดได้ปฏิเสธการฟ้องขององค์กรที่ฟ้องเพื่อผลประโยชน์ของสมาชิกขององค์กร
ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลปกครองดังกล่าวสอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์
ในกรณีขอบเขตของการร้องเพื่อขอให้คุ้มครองสิทธิต่อศาลรัฐธรรมนูญ (Verfassungsbeschwerde)
ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า องค์กรไม่สามารถที่จะใช้สิทธิในนามของ
ตนเองทำการฟ้องเพื่อคุ้มครองสมาชิก ในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิของสมาชิกของตนได้ ถึงแม้
องค์กรนั้นจะได้รับภาระหน้าที่ดังกล่าวโดยข้อบังคับขององค์กรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญได้ปฏิเสธ
อำนาจฟ้องของสมาคมในทางเศรษฐกิจ³² ของสมาคมนายความ³³ และของสมาคมบ้านเกิด
(Heimatverband)³⁴ ในการฟ้องแทนสมาชิกของตน

การใช้สิทธิในนามองค์กรนั้น องค์กรจะต้องกล่าวอ้างสิทธิของตนเอง
กล่าวคือ เป็นกรณีที่องค์กรได้ใช้สิทธิในการฟ้อง ซึ่งสิทธินั้นมิใช่เป็นเพียงสิทธิของสมาชิก
ขององค์กรเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ก็มีได้
พิจารณาถึงความเป็นไปได้อื่นในการฟ้องในนามองค์กรอย่างชัดเจน หากแต่เพียงกล่าวว่า
องค์กรนั้นจะดำเนินคดีโดยอาศัยสิทธิของบรรดาสมาชิกอันมิใช่สิทธิขององค์กรเองไม่ได้
ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เองก็ได้แต่เพียงอธิบายถึงหลักเกณฑ์ในการปฏิเสธการฟ้องในนาม
องค์กรเท่านั้น

ในทางตรงกันข้ามศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ (BGH) ที่ได้อำนาจ
ในคดีแพ่ง โดยพิจารณาถึงอำนาจในการดำเนินคดี (Prozessfuehrungsbefugnis) ขององค์กร

³¹ Bender, in : BVerwGE-FS, S.51ff.; Skouris, JuS 1982, S.100ff.; Schuerdther, VBIBW 1983, S.321 ff.; Laessig, NVwZ 1989, S.97 ff.; Bizer/Oimond/Riedel, Die Verbandklage im Naturschutzrecht (1990); Bender/Sparwasser, Grundzuege des oeffentlichen Umweltrechts, 2.Aufl., 1990, Rdnr.141 ff.

³² BVerfGE 2, 292(294); 16, 147(158)

³³ BVerfGE 10, 134(136)

³⁴ BVerfGE 13, 54(89)

ทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิขององค์กรเอง และในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิของสมาชิกขององค์กรดังกล่าวด้วย BGH ได้ยอมรับอำนาจในการดำเนินคดีขององค์กรในการโต้แย้งการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมอันเป็นสิทธิขององค์กรเอง³⁵ นอกจากนี้ BGH ได้ยอมรับสิทธิในการดำเนินคดีของสมาคมทนายความโดยอาศัยพื้นฐานของการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีในนามของตนเอง (gewillkuere Prozessstandschaft) กล่าวคือ โดยอาศัยพื้นฐานการมอบอำนาจจากบรรดาสมาชิก องค์กรดังกล่าวจึงอาจใช้สิทธิของคนอื่นในนามของตนเองได้³⁶

ข้อพิจารณาในทางดาราเกี่ยวกับเรื่องการฟ้องในนามขององค์กร (Verbandklage) ได้รับการศึกษาจากงานเขียน Faber³⁷ และ Wolf³⁸ ตามทัศนะของ Wolf เห็นว่า การฟ้องในนามองค์กรอาจกระทำได้โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายพิเศษให้อำนาจฟ้องแก่องค์กรดังกล่าว โดยจะต้องพิจารณาว่าผลประโยชน์ขององค์กรนั้น เป็นสิทธิของตนเองที่ถูกละเมิดตามความหมายของมาตรา 42 วรรค 2 VwGO จากความเห็นดังกล่าว Wolf พยายามที่จะแก้ปัญหาดังกล่าวโดยกำหนดให้นิติบุคคลอาจมีผลประโยชน์ที่มีลักษณะเชิงปัจเจกได้จากความคิดดังกล่าว Wolf ต้องการที่จะพัฒนาหลักการทั่วไปของการฟ้องในนามองค์กร ซึ่งยอมให้องค์กรดังกล่าวเป็นผู้รักษาผลประโยชน์ของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายสามารถที่จะดำเนินการโต้แย้งการละเมิดผลประโยชน์ของกลุ่มได้ รวมทั้งโดยวิธีการฟ้องคดีเช่นเดียวกับปัจเจกบุคคลที่อาจโต้แย้งการละเมิดผลประโยชน์ของบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมาย Wolf จึงได้เน้นว่า ในกรณีของการคุ้มครองสิทธินั้น องค์กรและปัจเจกบุคคลจะต้องได้รับการปฏิบัติที่ไม่แตกต่างกัน เงื่อนไขสำหรับการฟ้องอันเกิดมาจากสิทธิของตนเองและขององค์กร โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นกรณีที่ผลประโยชน์ของกลุ่มนั้นได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย กรณีนี้จะต้องได้รับความคุ้มครอง ปัญหาว่า ผลประโยชน์ของกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายมีอยู่หรือไม่นั้น หากกฎหมายนั้นขาดความชัดเจนจึงอาจเข้าใจได้จากวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองของกฎหมายนั้น ๆ ในกรณีนี้จึงต้องอาศัยการตีความบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ เป็นกรณี ๆ ไป

4.5 ข้อพิพาทภายในองค์กรหรือระหว่างองค์กร (Organstreitverfahren)

ความหมายของข้อพิพาทภายในองค์กรหรือระหว่างองค์กรนั้นเป็นกรณีที่มีข้อพิพาทในทางกฎหมายระหว่างองค์กร หรืออาจเป็นกรณีข้อพิพาทภายในองค์กร

³⁵ BGHZ 48,12(14)

³⁶ BGHZ 48,12(14)

³⁷ H. Faber, Die Verbandklage im Verwaltungsprozess, 1972

³⁸ M. Wolf, Die Klagebefugnis der Verbaende, 1972

กล่าวคือระหว่างส่วนหนึ่งหรือฝ่ายหนึ่งขององค์กรนั้นกับองค์กรดังกล่าว ดังนั้น ข้อพิพาทดังกล่าวจึงเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน³⁹ ปัญหาดังกล่าวนี้นับเป็นปัญหาสำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับการตรวจสอบของศาลต่อองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นหรือที่เรียกกันว่า คดีพิพาทขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น (Kommunalverfassungsstreitverfahren)

เริ่มแรกนั้นศาลได้ปฏิเสธที่จะรับฟ้องคดีหากเป็นข้อพิพาทภายในองค์กร โดยให้เหตุผลว่า มาตรการในการจัดองค์กรภายใน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการมีมติต่าง ๆ นั้น เป็นการควบคุมตนเองโดยตนเองและไม่จำเป็นต้องอาศัยการควบคุมหรือการตรวจสอบอื่น ๆ จากภายนอก จนถึงปี 1979 การจำแนกลักษณะในทางกฎหมายของข้อพิพาทภายในองค์กรนั้น ยังไม่มีความชัดเจนทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับประเภทของการฟ้อง เงื่อนไขในการฟ้องและเป้าหมายของการฟ้อง ในกรณีของอำนาจฟ้องนั้น คำพิพากษาของศาลนับตั้งแต่ได้มีการยอมรับว่า ข้อพิพาทภายในองค์กรอาจฟ้องได้ ก็ได้มีความพยายามในการสร้างข้อจำกัดเพื่อขัดขวางมิให้นำไปสู่การฟ้องที่ตกได้แก่บุคคลทั่วไป (Popularklage) คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้เรียกร้องเงื่อนไขในการฟ้องว่า โจทก์ต้องกล่าวอ้างว่าการกระทำอันเป็นการดำเนินการภายในขององค์กรนั้นก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิของตน⁴⁰ ศาล OVG Muenster เห็นว่า ในกรณีของข้อพิพาทภายในองค์กรบุคคลที่เกี่ยวข้องย่อมมีอำนาจฟ้อง หากเป็นการละเมิดความเป็นสมาชิกภาพหรือสิทธิของสมาชิกของบุคคลนั้น ลำพังความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัตินั้นไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ฝ่ายข้างน้อย (ฝ่ายข้างน้อยในสภาขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น) แต่อย่างไรใด ในการฟ้องคดีต่อศาลในเรื่องดังกล่าวมีตัวอย่าง เช่น กรณีของสมาชิกองค์การปกครองท้องถิ่น สิทธิในการเข้าประชุมซึ่งบุคคลนั้นย่อมมีสิทธิในการออกเสียงด้วย ตามความเห็นของ OVG Muenster เห็นว่าสิทธิเหล่านี้อาจนำไปสู่อำนาจฟ้องได้ในขณะที่ OVG Lueneburg เห็นว่า สิทธิในการให้คำปรึกษานั้นมาจากสถานะในทางองค์กรของโจทก์ และสิทธินี้เกี่ยวพันอย่างขัดแย้งกับมาตรา 19 วรรค 4 ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น กรณีนี้จึงเป็นเงื่อนไขของการฟ้องในความหมายของอำนาจฟ้อง ต่อมาศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้ยอมรับความเป็นไปได้ในกรณีที่สมาชิกสภาอาจใช้สิทธิฟ้องร้องได้หากมติของสภาละเมิดสิทธิของสมาชิกสภาเท่านั้น⁴¹ จากคำวินิจฉัยนี้เองถือว่า ศาลปกครองสูงสุดของ

³⁹ Hoppe, Organstreitigkeit, S.33.

⁴⁰ OVG Lueneburg U.v.11.10.1960; DöV 1961, S.548; OVG Muenster, U.v.29.3.1967. DVBl.1968, S.329.

⁴¹ BVerwGE 3,30(35)=NJW 1956,S.563.

สหพันธ์ได้พิจารณาว่า สิทธิของสมาชิกภาพเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลในความหมายของ มาตรา 19 วรรค 4 ของรัฐธรรมนูญ

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิในขอบเขตเรื่องอำนาจฟ้องสำหรับ ข้อพิพาทภายในองค์กรนั้น มีปัญหาที่สำคัญ 2 ประการ คือ ประเภทของการฟ้องคดีและสิทธิ ขององค์กรหรือสมาชิกขององค์กร โดยแท้จริงแล้ว จะจัดว่าเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลได้หรือไม่

(1) ศาลปกครอง Muenster และ Lueneburg ได้ยอมรับให้มีการฟ้องคดี ในกรณีข้อพิพาทภายในองค์กรได้ โดยอาศัยหลักอำนาจฟ้องคดีปกครองทั่วไป (Generalklausel) และได้ปฏิเสธความเห็นว่าการโต้แย้งคำวินิจฉัยหรือมาตรการอันก่อให้เกิดข้อพิพาทภายใน องค์กรนั้น ในกรณีนี้ไม่เกี่ยวกับเรื่องคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น ตามความเห็นนี้จึงเห็นว่า ประเภทของการฟ้องนั้น จึงไม่ใช่การฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) OVG Muenster ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการฟ้องโต้แย้งการเลือกตั้งโดยได้วินิจฉัยว่า คดีประเภทนี้เป็นคดี ข้อพิพาทประเภท sui generis หรือเป็นประเภทการฟ้องคดีทั่วไปที่ไม่อาจจะจัดอยู่ในการฟ้อง ประเภทอื่น ๆ ได้ เช่น คดีขอให้ตรวจสอบการเลือกตั้ง ข้อพิพาทภายในองค์กร เป็นต้น สำหรับการพิจารณาฟ้องในกรณีนี้จึงต้องพิจารณาจากหลักอำนาจฟ้องคดีปกครองทั่วไปตาม มาตรา 40 VwGO ศาลปกครอง Lueneburg เห็นว่าข้อพิพาทดังกล่าวนี้ใกล้เคียงกับการฟ้อง โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) แต่ตามคำพิพากษาของ OVG เห็นว่า การวินิจฉัยขององค์กรนั้น ๆ เป็นมาตรการในทางมหาชน (eigenstaendige hoheitliche Massnahme) ซึ่งตรงข้ามกับคำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt) อันจะมีผลทำให้ข้อพิพาท ภายในองค์กรดังกล่าวนี้เป็นคดี sui generis จากความเข้าใจเกี่ยวกับปัญหาของอำนาจ ฟ้องคดีนี้เอง ในกรณีนี้จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาเงื่อนไขตามมาตรา 42 วรรค 2 VwGO หากแต่ต้องพิจารณาถึงกฎหมายวิธีพิจารณาทั่วไปของอำนาจในการดำเนินคดี (Prozessfuehrungsbefugnis)⁴² ภายใต้แนวคิดดังกล่าวนี้ได้ก่อให้เกิดพัฒนาการในคำพิพากษา ต่อไป ซึ่งได้อาศัยพื้นฐานจากความหมายทั่วไปของการมีอยู่ของนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี ถือว่าเป็นความสัมพันธ์ที่เป็นสาระสำคัญที่นำไปสู่ข้อพิพาทของคดี และท้ายที่สุดนำไปสู่การทำ ให้เป็นรูปธรรมในทางเนื้อหาเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของสมาชิกหรือละเมิดความเป็นสมาชิกภาพ ซึ่งศาลปกครอง Muenster เห็นว่า นั่นคืออำนาจฟ้องคดี ในขณะที่ศาลปกครอง Rheinland – Pfalz ได้ปฏิเสธการฟ้องแบบ sui generis และเห็นว่าการฟ้องที่ถูกต้องในกรณีนี้คือการฟ้อง

⁴² OVG Lueneburg, U.v.1.9.1950, DöV, 1951 S.589; DVBl.1951.S.91

เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการ (Leistungsklage) หรือการฟ้องเพื่อให้พิสูจน์สิทธิของตน (Feststellungsklage)

(2) เนื่องจากปัญหาเรื่องอำนาจฟ้องคดีดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนักในทางตำรา ซึ่งยังมีข้อสงสัยว่า หลักการคุ้มครองปัจเจกบุคคล โดยแท้จริงแล้วสามารถนำมาใช้กับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้หรือไม่ หรือในกรณีนี้จะต้องใช้หลักการอันเป็นเรื่องขอบเขตของกฎหมายภายใน (Innenrechtbereich) หรือจะต้องใช้หลักการอันเป็นเรื่องขอบเขตของกฎหมายภายนอก ซึ่งในเรื่องนี้ Jellinek⁴³ เห็นว่า ความหมายของคำว่า “สิทธิ” (subjektives Recht) นั้น ไม่นำมาใช้ในการทำหน้าที่ขององค์กรของรัฐ แต่นำมาใช้กับองค์กรที่อยู่ภายใต้รัฐ โดย Jellinek ได้อธิบายว่า บทกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวนี้มีได้เป็นไปเพื่อผลประโยชน์แก่บุคคลที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในองค์กรนั้น หากแต่เป็นไปเพื่อผลประโยชน์มหาชน ดังนั้น ในกรณีนี้จึงขาดความสัมพันธ์ในทางวัตถุประสงค์กับผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล ดังนั้น ในกรณีนี้จึงไม่ใช่สิทธิเสรีภาพในการพูด ไม่ใช่สิทธิในการออกเสียง ไม่ใช่สิทธิในการตั้งกระทู้ถาม ไม่ใช่สิทธิในการยื่นญัตติสำหรับสมาชิกรัฐสภา หากแต่เป็นบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งได้กำหนดหน้าที่ให้แก่บรรดาสมาชิกรัฐสภาภายใต้เงื่อนไขดังกล่าวและเฉพาะภายในขอบเขตดังกล่าว ดังนั้น จึงควรจะพิจารณาการทำหน้าที่เป็นการแสดงเจตจำนงบนพื้นฐานของการเป็นสมาชิกสภาอันเป็นความเกี่ยวพันกับกฎหมายมหาชน บทบัญญัติของกฎหมายดังที่ได้กล่าวแล้วนั้น จึงได้ถูกกำหนดโดยอาศัยพื้นฐานของผลประโยชน์มหาชน ดังนั้น จึงไม่อาจที่จะถือว่าอำนาจหน้าที่ที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นเรื่องของสิทธิของปัจเจกบุคคล⁴⁴

การประเมินค่าของข้อพิพาทภายในองค์กรเป็นคดีคุ้มครองสิทธินั้น ในทางปฏิบัติท้ายที่สุดแล้วนำไปสู่การจำกัดอำนาจฟ้องคดีที่ตกได้แก่บุคคลทั่วไป (Popularklage) ดังนั้นจึงมีความมุ่งหมายเพื่อเป็นการจำกัดการฟ้องซึ่งเกี่ยวกับสิทธิของสมาชิกขององค์กรนั้น กรณีจึงอาจตั้งคำถามต่อไปได้ว่า มาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นมาตรการอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งข้อพิพาทในเรื่องนั้น ๆ โดยข้อเท็จจริงแล้วได้ละเมิดสิทธิของความเป็นสมาชิกภาพของโจทก์หรือไม่ โดยพื้นฐานแล้วปัญหานี้ยังไม่มีคำตอบ

⁴³ Jellinek, System der subjective oeffentlichen Rechte, 1919, S.231.

⁴⁴ Jellinek, อ้างแล้ว น.232.

5. บทสรุป

การอธิบายอำนาจฟ้องคดีโดยอาศัยกลุ่มปัญหาดังกล่าวข้างต้นนั้น ได้แสดงให้เห็นว่าการใช้มาตรา 42 วรรค 2 VwGO ในทางปฏิบัตินั้นเป็นเรื่องยาก และด้วยเหตุที่ขาดหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกที่ชัดเจนในทางหลักการ คำพิพากษาของศาลจึงไม่เป็นเอกภาพ แม้ว่ามาตรา 42 VwGO จะกล่าวถึง “การใช้สิทธิ” มิได้กล่าวถึง “การมีอยู่ของการละเมิดสิทธิ” ในหลาย ๆ กรณีปัญหาของการละเมิดสิทธิได้ถูกนำมาพิจารณาในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติ การนำปัญหาเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมาพิจารณาในส่วนของวิธีสบัญญัติเป็นสาเหตุของปัญหาที่สำคัญ จากความพยายามของคำพิพากษาที่ต้องการจะหลีกเลี่ยงการยอมรับอำนาจฟ้องที่ตกได้แก่บุคคลทั่วไป แต่แนวทางตามคำพิพากษาดังกล่าวได้แสดงหลักเกณฑ์สำหรับการกำหนดขอบเขตการฟ้องตามมาตรา 42 วรรค 2 VwGO ออกจากอำนาจฟ้องที่ตกได้แก่บุคคลทั่วไป (Popularklage) หรือไม่นั้น ในเรื่องนี้ยังเป็นปัญหาอยู่โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากพิจารณาถึงหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิ (Rechtsschutzgarantie) ตามมาตรา 19 ของรัฐธรรมนูญ

การตีความคำว่า “การละเมิดสิทธิ” ในความหมายตามมาตรา 42 วรรค 2 VwGO “สิทธิ” ดังกล่าวนั้น หมายถึง ผลประโยชน์ที่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีปัญหาเรื่องใดเรื่องหนึ่งก็ยังมีปัญหาว่า ภายใต้เงื่อนไขเช่นใดที่จะพิจารณาว่าผลประโยชน์นั้นเป็นผลประโยชน์ที่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมาย ในทางปฏิบัติจึงมีการกำหนดขอบเขตว่า บทบัญญัติในทางกฎหมายนั้นมีจุดมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองเฉพาะประโยชน์ของบุคคลทั่วไป หรือมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองปัจเจกบุคคล (โจทก์) ด้วย ดังนั้น ในกรณีนี้จึงขาดความชัดเจนในการหาขอบเขตที่จะมาอธิบายว่า ผลประโยชน์ของบุคคลทั่วไป (Allgemeininteresse) กับผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล (Individualinteresse) นอกจากนี้ยังมีปัญหาว่าผลประโยชน์ของบุคคลทั่วไปสามารถที่จะแยกออกจากผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล (Individualinteresse) ได้หรือไม่ หรือสามารถที่จะเข้าใจว่าเป็นผลประโยชน์ที่มีลักษณะตรงกันข้ามกันได้หรือไม่

จากความเห็นดังกล่าวข้างต้นเอง ได้ก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในทางทฤษฎีและจากคำพิพากษา ในกรณีของการกำหนดความหมายของคำว่า “การละเมิดสิทธิ” ในความหมายของมาตรา 42 วรรค 2 VwGO และคำว่า “สิทธิในทางมหาชน” (das subjektiv oeffentliche Recht) จากการศึกษาปัญหาของกลุ่มบุคคลที่อาจกำหนดขอบเขตให้เป็นหลักเกณฑ์ สำหรับการฟ้องคดีของการคุ้มครองเพื่อนบ้านตามกฎหมายก่อสร้างกีด หรือขอบเขตของกลุ่มบุคคลผู้มีสิทธิ ในกรณีของการวางแผนกำหนดโครงการ (Planteststellungsverfahren) กีด หรือการฟ้องของกลุ่มชนทางการเมืองการค้ำกีด ได้นำไปสู่ผลสรุปที่ไม่น่าพึงพอใจ

การกำหนดขอบเขตความเป็นไปได้ของการฟ้องนั้นเห็นได้อย่างชัดเจนในกรณีของข้อพิพาทภายในองค์กร (Organstreiterfahren) โดยที่คำพิพากษาของศาลได้พยายามค้นหาความหมายของคำว่า “สิทธิของสมาชิก” (Mitgliedsrechte) และ “สิทธิของความเป็นสมาชิก” (Mitgliedschaftsrechte) เป็นหลักเกณฑ์สำหรับอำนาจฟ้อง

อำนาจฟ้องคดีปกครองของหน่วยงานของรัฐตามหลักกฎหมายเยอรมัน

ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ^๑

โดยหลักทั่วไปแล้ว การฟ้องคดีต่อศาลปกครองนั้นมีความมุ่งหมายเพื่อการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองบางประเภท ซึ่งยังมีข้อสงสัยว่าการฟ้องคดีในลักษณะดังกล่าวเกี่ยวกับเรื่องของบุคคลนั้นหรือไม่ หรือเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับ "สิทธิในทางมหาชน" (das subjektive oeffentliche Recht) ของบุคคลนั้นหรือไม่ ซึ่งตามบทบัญญัติของกฎหมายปกครองหลายฉบับได้ให้อำนาจฟ้องแก่บุคคล สมาคม หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นที่ปรากฏชัดแจ้งว่าบุคคลเหล่านั้นมิได้มีผลประโยชน์เกี่ยวกับเรื่องนั้นแต่อย่างใด ตัวอย่างเช่น อำนาจฟ้องของหัวหน้าสำนักงานเกี่ยวกับการรับราชการทหาร ในการฟ้องโต้แย้งเรื่องการให้ยกเว้นการเป็นทหาร ตามมาตรา 35 แห่งกฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหาร (WehrpflichtG.) นอกเหนือจากอำนาจฟ้องในลักษณะดังกล่าวแล้ว กฎหมายบางฉบับยังได้กำหนดเรื่องการเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง (eine Befugnis zur Mitwirkung an Verwaltungsentscheidungen) ซึ่งกฎหมายอาจกำหนดให้ผู้ที่มิอำนาจเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองอาจใช้สิทธิโต้แย้งการวินิจฉัยของฝ่ายปกครองได้โดยการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ซึ่งการใช้สิทธิในการฟ้องเช่นนี้เป็นที่ชัดเจนว่า สิทธิในการฟ้องดังกล่าวย่อมมิใช่สิทธิในลักษณะของปัจเจกบุคคล ในกรณีนี้จึงก่อให้เกิดปัญหาว่า โดยแท้จริงแล้ว คดีปกครองเป็นคดีที่เกี่ยวกับสิทธิในลักษณะของปัจเจกบุคคลหรือไม่¹

อำนาจฟ้องคดีปกครองในลักษณะพิเศษตามที่กล่าวข้างต้นมิใช่อำนาจฟ้องคดีปกครองในลักษณะทั่วไป ซึ่งอำนาจฟ้องคดีลักษณะดังกล่าวเป็นอำนาจฟ้องคดีปกครองที่เคยใช้ในระบบกฎหมายปกครองของปรัสเซีย อันเป็นอำนาจฟ้องคดีปกครองที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจฟ้องในลักษณะของปัจเจกบุคคล ลักษณะของอำนาจฟ้องคดีของปรัสเซียมีความแตกต่างจากอำนาจฟ้องคดีปกครองของรัฐทางตอนใต้ของเยอรมัน (Sueddeutsch Bereich) ในขณะที่ทางตอนใต้ของเยอรมันนั้นถือว่าผลประโยชน์ในทางกฎหมายของปัจเจก

^๑ บัณฑิตกสิกรรมต่อสำนักงานศาลปกครอง เมื่อวันที่ 19 มิถุนายน 2543 ในขณะที่ผู้เขียนดำรงตำแหน่งพนักงานคดีปกครอง 6ว สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

^๒ นบ., นบท., น.ม.(มหาชน), Magister Legum (LL.M), Doktor der Rechte (Dr.jur), ปัจจุบันดำรงตำแหน่งผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

¹ Wilhelm Henke, Das subjektive oeffentliche Recht, Tuebingen 1968, S.141.

บุคคล และจากผลประโยชน์ในทางกฎหมายดังกล่าวนี้เองที่ก่อให้เกิด "สิทธิในทางมหาชน" ซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญของการฟ้องคดีปกครอง จากแนวคิดที่แตกต่างกันดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ตามแนวคิดของปรัสเซีย เห็นว่ากฎหมายมหาชนในเรื่องดังกล่าวเป็นกฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครองที่อาจถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรศาลตามวิธีพิจารณาความได้ และด้วยเหตุเช่นนี้จึงไม่มีความแตกต่างระหว่างการฟ้องโดยปัจเจกบุคคลกับการฟ้องโดยตัวแทนของผลประโยชน์มหาชน การทำหน้าที่ฟ้องของทั้งสองฝ่ายถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ และการฟ้องดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันสำหรับกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายภายในของรัฐ ขอบเขตอำนาจของศาลปกครองที่วินิจฉัยข้อพิพาทโดยแท้ (nicht echte streitentscheidende Gerichtsbarkeit) ขอบเขตอำนาจศาลปกครองของปรัสเซีย (die preussische Verwaltungsgerichtsbarkeit) จึงเป็นการตัดสินข้อพิพาทที่ปราศจากผลกระทบต่อสิทธิหรือผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล การตัดสินข้อพิพาทในลักษณะเช่นนี้เป็นกระบวนการในการใช้กฎหมายปกครองในรูปของข้อพิพาททางกฎหมาย (in der Form eines Rechtsstreites) นับตั้งแต่ปี 1930 แล้ว ที่ Walter Jellinek เห็นว่า คดีในลักษณะดังกล่าวนี้เป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น และคดีลักษณะนี้จะค่อยๆ หายไป

แต่อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นตามที่ Walter Jellinek กล่าวนั้น โดยแท้จริงแล้ว มิได้หายไป ในปัจจุบันนี้การฟ้องคดีในลักษณะดังกล่าวยังคงมีอยู่ ตัวอย่างเช่น การฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองโดยตัวแทนผลประโยชน์ของกองทุนทดแทนตามมาตรา 338 ของ Gesetz ueber den Lastenausgleich หรือการฟ้องโดยเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 22 และมาตรา 43 วรรค 3 ของกฎหมายว่าด้วยการชดเชยค่าเสียหายแก่พลยศสงคราม (Kriegsgef.-EntschG) หรือการฟ้องโดยสภาแรงงานฝีมือตามมาตรา 8 วรรค 4 ของ HandwO หรือการฟ้องโดยเจ้าหน้าที่คุ้มครองเยาวชนหรือโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยของสหพันธ์ตามมาตรา 20 และมาตรา 11 วรรค 2 ของกฎหมายว่าด้วยการเผยแพร่สิ่งพิมพ์ที่เป็นอันตรายต่อเยาวชน (Gesetz ueber die Verbreitung jugendgefaehrdender Schriften) หรือการฟ้องโดยหัวหน้าสำนักงานเกี่ยวกับการรับราชการทหาร ตามมาตรา 35 วรรค 2 ของกฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหาร (WehrpflG) หรือการฟ้องของตัวแทนผลประโยชน์มหาชนเพื่อโต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการในมลรัฐ Niedersachsen มลรัฐ Nordrhein-Westfalen และมลรัฐ Schleswig-Holstein เป็นต้น

อำนาจฟ้องคดีปกครองดังกล่าวข้างต้นทั้งหมด ถือเป็นอำนาจฟ้องที่มีได้มีผลกระทบต่อสิทธิในทางกฎหมายสารบัญญัติของผู้ฟ้อง (keine materielle Rechtsposition des Klaegers) แต่อย่างใด ซึ่งอำนาจฟ้องคดีปกครองตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 42 วรรค 2

ของกฎหมายวิธีพิจารณาของศาลปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO) ว่า ผู้ฟ้อง (โจทก์) จะใช้สิทธิในการฟ้องโต้เมื่อสิทธิของบุคคลนั้นถูกละเมิด เงื่อนไขดังกล่าว หมายความว่า โดยทั่วไปแล้ว การฟ้องคดีต่อศาลปกครองเป็นนิติวิธีเพื่อการบรรลุความมุ่งหมาย ตามสิทธิของปัจเจกบุคคล ซึ่งถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของคดีปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม นอกเหนือจากหลักพื้นฐานดังกล่าวแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติของสหพันธ์ก็ดี หรือของมลรัฐก็ดี ย่อมสามารถที่จะกำหนดอำนาจฟ้องคดีปกครองโดยไม่จำเป็นต้องมีการกระทบสิทธิในลักษณะ ของปัจเจกบุคคล (Klagebefugnisse ohne subjektive Rechte) ได้ บทบัญญัติของกฎหมาย ดังกล่าวจึงแบ่งแยกขอบเขตอำนาจของศาลปกครองออกเป็น 2 ส่วน ซึ่งในทางคดีนั้น ทั้งสองส่วนอาจจะมีส่วนสัมพันธ์กัน ความแตกต่างในเรื่องดังกล่าวถึงแม้จะไม่มีผลในคดี แต่ความแตกต่างดังกล่าวมีส่วนสำคัญต่อความเข้าใจอย่างถูกต้องเกี่ยวกับ “สิทธิในทาง มหาชน” (das subjektive oeffentliche Recht) และมีความสำคัญต่อความเข้าใจเกี่ยวกับ ความสัมพันธ์ของคดีปกครองกับขอบเขตอำนาจของศาลปกครอง

ตามกฎหมายวิธีพิจารณาของศาลปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung 1960 – VwGO) เยอรมัน ได้บัญญัติเรื่องอำนาจฟ้องคดีปกครองไว้ในมาตรา 42 VwGO ไว้ ดังนี้

“มาตรา 42 (คำฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) และ คำฟ้องเพื่อให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage))

(1) การขอให้ยกเลิกคำสั่งทางปกครอง และการขอให้วินิจฉัยให้ออกคำสั่ง ทางปกครอง ซึ่งเจ้าหน้าที่ได้ปฏิเสธหรือละเว้นที่จะออกคำสั่งดังกล่าวอาจกระทำได้โดยการ เสนอฟ้องต่อศาล

(2) เท่าที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การฟ้องอาจกระทำได้หาก ผู้ฟ้องถูกละเมิดสิทธิโดยคำสั่งทางปกครอง หรือโดยการปฏิเสธหรือโดยการละเว้นของเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครอง อันเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ฟ้อง”

ความมุ่งหมายของมาตรา 42 VwGO มีความมุ่งหมายเพื่อจำกัดอำนาจฟ้อง มิให้ตกแก่บุคคลทั่วไป หรือที่เรียกว่า “Popularklage” ดังนั้น การฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ก็ดี หรือการฟ้องเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองก็ดี บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ซึ่งมีได้ถูกกระทบสิทธิของตนเองจึงไม่อาจกระทำการฟ้องคดีปกครองได้ มาตรา 42 VwGO จึงเป็นการบัญญัติอำนาจฟ้องคดีปกครองของปัจเจกบุคคลในอันที่จะโต้แย้งการกระทำของ ฝ่ายปกครองที่เป็นการละเมิดสิทธิของตนเท่านั้น

สำหรับอำนาจฟ้องคดีปกครองของหน่วยงานของรัฐในทางตำรวจกฎหมายของเยอรมันนั้น “ผู้ฟ้อง” (Klaeger) ในความหมายของมาตรา 42 VwGO นั้นโดยทั่วไปแล้วไม่หมายรวมถึงหน่วยงานของรัฐด้วย การที่หน่วยงานของรัฐองค์หนึ่ง (องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น, นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน, องค์กรบริหารส่วนกลาง) จะมีอำนาจฟ้องหน่วยงานของรัฐอีกองค์หนึ่งนั้น จะต้องเป็นกรณีที่กฎหมายได้กำหนดให้มีอำนาจฟ้องไว้โดยเฉพาะ เช่น

ก. กรณีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Gemeinde) ตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของมลรัฐนอร์ทไรน์ – เวสฟาเลน (Gemeindeordnung für das Land Nordrhein – Westfalen – GO ลงวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1994) ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 123 ดังนี้

มาตรา 123 (การโต้แย้งมาตรการในการกำกับดูแล)

“มาตรการของเจ้าหน้าที่กำกับดูแลอาจถูกโต้แย้งได้โดยตรง โดยการฟ้องเป็นคดีปกครอง”

ข. หน่วยงานของรัฐอื่น ๆ เป็นไปตามกฎหมายเฉพาะที่จะบัญญัติรับรองอำนาจฟ้องคดีปกครอง เช่น

- กฎหมายว่าด้วยกระบวนการพิจารณาในการขอลี้ภัย (Asylverfahrensgesetz ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 1993)

มาตรา 6 (ตัวแทนของสหพันธ์)

“(1) ให้สำนักงานแห่งสหพันธ์ แต่งตั้งตัวแทนของสหพันธ์เพื่อรับผิดชอบในเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณาในการขอลี้ภัย

(2) ตัวแทนของสหพันธ์อาจเข้ามีส่วนร่วมต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาในการขอลี้ภัยของสำนักงานแห่งสหพันธ์ และอาจเข้ามีส่วนร่วมในกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ ตัวแทนของสหพันธ์มีอำนาจในการแสดงความคิดเห็น และตัวแทนของสหพันธ์มีอำนาจที่จะโต้แย้งคำวินิจฉัยของสำนักงานแห่งสหพันธ์ต่อศาลได้...”

- กฎหมายว่าด้วยสิทธิในการปฏิเสธการรับราชการทหาร และสิทธิในการรับราชการในกิจการพลเรือน (Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Kriegsdienstverweigerung und des Zivildienstes – ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1983)

มาตรา 18 “(2) การโต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ (Ausschuesse) และของคณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการปฏิเสธการรับราชการทหาร (Kamern fuer

Kriegsdienstverweigerung) นั้น เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานในทางทหารอาจโต้แย้งคำวินิจฉัยดังกล่าวต่อองค์กรศาลได้..."

ในส่วนที่เกี่ยวกับการฟ้องคดีปกครองของหน่วยงานของรัฐตามหลักกฎหมายเยอรมันซึ่งโดยหลักแล้วหน่วยงานของรัฐไม่อาจจะฟ้องคดีปกครองได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะให้อำนาจแก่หน่วยงานของรัฐดังกล่าว ทั้งนี้ โดยมีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

(1) ข้อพิจารณาจากหลักพื้นฐานเกี่ยวกับอำนาจฟ้องคดีปกครอง ตามหลักพื้นฐานของคดีปกครอง เป็นคดีที่มุ่งคุ้มครองปัจเจกบุคคลจากการกระทำของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ เป็นการคุ้มครองจากการกระทำของฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจมหาชนอันอยู่ในสถานะที่เหนือกว่าปัจเจกบุคคลทั่วไป แต่อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง การที่จะตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองดำเนินการไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองหรือไม่ กระทำได้ก็โดยการให้องค์กรศาลสามารถเข้ามาตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองได้ โดยเหตุนี้เองหากปัจเจกบุคคลซึ่งได้รับผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายปกครองเห็นว่า การกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะด้วยเหตุผลประการใด บุคคลนั้นสามารถที่จะโต้แย้งการกระทำของฝ่ายปกครองต่อศาลปกครองได้ เพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง

หากพิจารณาในแง่การคุ้มครองของคดีปกครอง หน่วยงานของรัฐอาจได้รับความคุ้มครองจากคดีปกครองได้ หากความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐทั้งสองนั้นเป็นความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐหน่วยหนึ่งที่มีอำนาจเหนือหน่วยงานของรัฐอีกหน่วยหนึ่งในลักษณะของการควบคุมกำกับ เช่น กรณีที่องค์กรบริหารส่วนกลางมีอำนาจในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในกรณีเช่นนี้ถึงแม้องค์กรทั้งสองจะเป็นหน่วยงานของรัฐ แต่ความสัมพันธ์ขององค์กรทั้งสองมิได้อยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกัน หากแต่ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกฝ่ายหนึ่งเป็นลักษณะของการกำกับดูแล ในกรณีเช่นนี้การใช้อำนาจในการควบคุมกำกับดูแลย่อมถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้เสมอ

กล่าวโดยสรุป คดีปกครองเป็นคดีที่มุ่งคุ้มครองปัจเจกบุคคลจากการกระทำของฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจมหาชน ซึ่งอยู่ในสถานะที่เหนือกว่าปัจเจกบุคคลทั่วไป เพื่อให้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองอาจได้รับการตรวจสอบโดยองค์กรศาล กฎหมายจึงกำหนดให้ปัจเจกบุคคลสามารถโต้แย้งการกระทำของฝ่ายปกครองต่อองค์กรศาลได้

(2) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการกระทบสิทธิ (subjektives Recht) ในลักษณะของปัจเจกบุคคล หรือถ้าหากจะกล่าวถึงสิทธิในทางกฎหมายปกครองคือ “สิทธิในทางมหาชน” (das subjektive oeffentliche Recht) Prof.Dr.Maurer ได้ให้ความหมายของ “สิทธิในทางมหาชน” (das subjektives oeffentliche Recht) ว่าหมายถึง “อำนาจในทางกฎหมาย ซึ่งกฎหมายมหาชนได้ให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลในการเรียกร้องจากรัฐให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการเพื่อผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล”² การที่จะพิจารณาว่าบุคคลใดมีสิทธิในทางมหาชนหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายในทางสารบัญญัติว่า กฎหมายนั้นได้บัญญัติให้สิทธิดังกล่าวแก่ปัจเจกบุคคลหรือไม่ เมื่อกฎหมายในทางสารบัญญัติได้รับรองสิทธิของปัจเจกบุคคลแล้ว เพื่อให้การบังคับการตามสิทธิดังกล่าวบรรลุความมุ่งหมายตามบทบัญญัติของกฎหมาย กฎหมายวิธีพิจารณาจึงให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลในการที่จะนำคดีมาสู่ศาล ศาลจึงมีหน้าที่ที่จะต้องวินิจฉัยให้เป็นไปตามกฎหมาย ดังนั้น เมื่อกล่าวถึง “อำนาจฟ้องคดีปกครอง” กรณีจึงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสถานะของผู้ฟ้องในทางกฎหมายสารบัญญัติและในทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ

ดังนั้น หากจะกล่าวโดยสรุปแล้ว อำนาจฟ้องคดีปกครองนั้นมีผลมาจากการบัญญัติรับรองสิทธิของปัจเจกบุคคลในทางกฎหมายสารบัญญัติ ซึ่งมีผลทำให้การพิจารณาคดีที่ดี การวินิจฉัยคดีในทางปกครองที่ดี เป็นมาตรการในการดำเนินการให้ “สิทธิในทางมหาชน” (das subjektive oeffentliche Recht) บรรลุความมุ่งหมายได้เท่านั้น³

ประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาคือ หากหน่วยงานของรัฐอาศัยอำนาจฟ้องคดีตามมาตรา 42 ตามกฎหมายวิธีพิจารณาของศาลปกครอง (VwGO) จะถือว่า “หน่วยงานของรัฐ” เป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบในทาง “สิทธิ” (das subjektive Recht) ได้หรือไม่ ในกรณีของหน่วยงานของรัฐซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมกำกับของหน่วยงานของรัฐอีกหน่วยหนึ่ง เช่น องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ในกรณีนี้การใช้อำนาจขององค์กรที่ควบคุมกำกับอาจไปกระทบกับสิทธิในการปกครองตนเองขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้งนี้ เพราะสิทธิในการปกครองตนเองขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นสาระสำคัญที่ได้บัญญัติเป็นหลักประกันไว้ในรัฐธรรมนูญ ข้อที่จะต้องพิจารณาต่อไป คือ กรณีของหน่วยงานของรัฐอื่นที่มีได้มีความสัมพันธ์ในลักษณะของการควบคุมกำกับกับองค์การบริหารส่วนกลาง หรือเป็นหน่วยงานของรัฐที่อยู่ในโครงสร้างขององค์การบริหารส่วนกลางด้วยกัน ถ้าหากหน่วยงานของรัฐหน่วยใด

² Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8 Aufl., Muenchen 1992, S.134.

³ Wilhelm Henke, Des subjektive oeffentliche Recht, Tuebingen 1968, S.132.

หน่วยหนึ่งทำการฟ้องคดีปกครอง คำถามที่จะต้องพิจารณาคือ หลักในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล (die Grundsätze des Individualrechtsschutzes) โดยแท้จริงแล้วสามารถนำมาใช้กับหน่วยงานของรัฐได้หรือไม่ ตามความเห็นของ Georg Jellinek เห็นว่า ความหมายของ “สิทธิ” (das subjektive Recht) ของปัจเจกบุคคลนั้นจะไม่นำมาใช้กับองค์กรของรัฐ โดย Jellinek เห็นว่า กรณีขององค์กรของรัฐนั้นไม่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐนั้น หากแต่กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องของผลประโยชน์มหาชน เพราะฉะนั้นในกรณีนี้จึงไม่มีความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองต่อประโยชน์ของปัจเจกบุคคล⁴

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน ได้เคยวินิจฉัยกรณีข้อพิพาทระหว่างองค์กรของรัฐว่า⁵ “สิทธิขององค์กรของรัฐ (Rechte der Staatsorgane)” นั้น ไม่เหมือนกับ “สิทธิของปัจเจกบุคคล” (das subjektive Privatrecht) การที่รัฐธรรมนูญได้ให้สิทธิแก่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ (Verfassungsorgan) นั้น สิทธิในทางกฎหมายวิธีพิจารณาเมื่อเปรียบเทียบแล้วอาจเทียบได้กับการให้สิทธิแก่องค์กรของรัฐในการที่จะเสนอข้อพิพาทสู่องค์กรศาลเพื่อให้องค์กรศาลมีอำนาจในการพิจารณา

อำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐจึงไม่ใช่สิทธิหรือหน้าที่ในลักษณะของปัจเจกบุคคล หากแต่เป็นอำนาจหรือหน้าที่ที่จะกระทำการหรือละเว้นกระทำการตามบทบัญญัติของกฎหมาย

(3) ข้อพิจารณาในแง่ของการอยู่ภายในโครงสร้างเดียวกัน กล่าวคือ องค์กรของรัฐส่วนกลางทั้งหมดถือได้ว่าเป็นหน่วยงานของรัฐที่อยู่ในองคาพยพเดียวกัน หน่วยงานของรัฐทั้งหลายจึงเปรียบเสมือนส่วนต่าง ๆ ของร่างกายที่มีภาระหน้าที่ที่แตกต่างกัน ซึ่งโดยหลักทั่วไปแล้ว หน่วยงานของรัฐที่อยู่ในองคาพยพเดียวกัน เมื่อมีกรณีโต้แย้งกันจึงไม่ควรที่จะใช้วิธีการในการดำเนินการฟ้องร้องต่อกัน เพราะบุคคลที่อยู่เบื้องหลังหน่วยงานทั้งสองที่แท้จริงก็คือ “รัฐ” นั่นเอง แนวความคิดในเรื่องดังกล่าวมีลักษณะคล้ายกับเรื่องการเป็นผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานของนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน (juristische Personen des öffentlichen Rechts) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันเคยวินิจฉัยไว้ว่า⁶ นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานได้เพราะบุคคลที่อยู่เบื้องหลังบุคคลธรรมดาของ

⁴ Dieter Neumeyer, Die Klagebefugnis im Verwaltungsprozess, Berlin 1979, S.57.

⁵ BVerfGE 2, 143 (152)

⁶ BVerfGE 21, 362 (369) ; 68,193 (209).

นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนดังกล่าวคือ “รัฐ” (Staat) นั่นเอง หน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่แตกต่างกันนั้นเป็นเพียงการปรากฏออกมาของอำนาจรัฐที่มีความเป็นเอกภาพ หรืออำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐต่าง ๆ ทั้งหลายที่แท้จริงก็คือ “อำนาจรัฐ” (Staatsgewalt) นั่นเอง ดังนั้น “รัฐ” จึงไม่อาจเป็นทั้งผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานและเป็นผู้ที่ต้องผูกพันกับสิทธิขั้นพื้นฐานในบุคคลคนเดียวกัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง บุคคลคนเดียวกันไม่ควรจะเป็นทั้งผู้ที่มีสิทธิและเป็นทั้งผู้ที่มีหน้าที่เรื่องหนึ่ง ๆ ดังนั้น การแทรกแซงในความสัมพันธ์ของหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ที่แตกต่างกัน จึงเป็นเรื่องของความขัดแย้งในทางอำนาจหน้าที่ (Kompetenzkonflikt)⁷

จากพื้นฐานเรื่องความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐ ซึ่งไม่อาจจะเป็นผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานและเป็นผู้ที่ผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในขณะเดียวกันได้ ซึ่งอาจนำมาสู่ข้อพิจารณากรณีข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐได้เช่นกัน เพราะรัฐไม่อาจจะเป็นทั้งโจทก์และจำเลยในเรื่องเดียวกันได้ เพราะการแสดงเจตนาของเจ้าหน้าที่ของรัฐภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมเป็นการแสดงเจตนาของรัฐ บุคคลที่อยู่เบื้องหลังหน่วยงานดังกล่าวก็คือ “รัฐ” นั่นเอง ดังนั้น การที่หน่วยงานของรัฐหน่วยงานหนึ่งมีความประสงค์ที่จะโต้แย้งหน่วยงานของรัฐอีกหน่วยหนึ่งเท่ากับเป็นการโต้แย้งตนเองของรัฐ

กล่าวโดยสรุปเกี่ยวกับอำนาจฟ้องคดีปกครองของหน่วยงานของรัฐตามหลักกฎหมายเยอรมัน โดยหลักแล้วหน่วยงานของรัฐไม่อาจจะอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครอง (VwGO) เช่น ตามมาตรา 42 VwGO บัญญัติเรื่องการพิจารณาโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง หน่วยงานของรัฐไม่อาจอาศัยมาตรา 42 VwGO เป็นฐานในการฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งคำสั่งทางปกครองของหน่วยงานของรัฐอีกองค์กรหนึ่งได้ (ยกเว้นกรณีขององค์กรที่อยู่ภายใต้การควบคุมกำกับขององค์กรของรัฐองค์กรอื่น) เว้นแต่เป็นกรณีที่กฎหมายปกครองในเรื่องนั้น ๆ ได้บัญญัติให้หน่วยงานของรัฐนั้น ๆ มีอำนาจโต้แย้งคำวินิจฉัยหรือคำสั่งของหน่วยงานของรัฐอีกหน่วยหนึ่งได้ ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า การให้อำนาจหน่วยงานของรัฐฟ้องคดีปกครองได้นั้นเป็นเพียงข้อยกเว้นที่บัญญัติโดยกฎหมายเฉพาะเท่านั้น

⁷ Pieroth/Schlink, Grundrechte-Staatsrecht II, 9. Aufl., Heidelberg 1993, S.45.

สิทธิการฟ้องคดีปกครองและอายุความการฟ้องคดีตามกฎหมายฝรั่งเศส^{*}

M.Jean MASSOT^{**}

ตามแนวบรรทัดฐานของศาลปกครองฝรั่งเศสในการรับคำฟ้องคดีปกครองไว้พิจารณาจะไม่ยึดถือรูปแบบเคร่งครัด กล่าวคือ เมื่อมีคำฟ้องเสนอข้อหาต่อศาลหากมีประเด็นใดที่ยังไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ ศาลมีอำนาจที่จะมีสิ่งแก้ไขให้ถูกต้องได้ อย่างไรก็ตาม อาจมีหลักเกณฑ์บางประการที่ไม่อาจแก้ไขได้ เช่น การอุทธรณ์ ซึ่งต้องมีการร้องเรียนภายในต่อฝ่ายปกครองก่อน ถ้าไม่มีการร้องเรียนก็จะไม่สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองและไม่ได้ถือว่าเป็นเรื่องที่สามารถแก้ไขให้ถูกต้องได้ อาทิ คำฟ้องต้องให้เหตุผลหรือข้อกล่าวอ้าง ซึ่งต้องกระทำภายในระยะเวลาการฟ้องคดีและเรื่องอำนาจฟ้องคดีและคุณสมบัติของผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง แต่ในกรณีที่ข้อบกพร่องอาจแก้ไขได้จะเป็นกรณีที่ศาลปกครองสั่งให้ผู้ฟ้องคดีแก้ไขให้ถูกต้องได้ เช่น การไม่ลงลายมือชื่อของผู้ฟ้องคดี หรือไม่ได้ปิดอากรแสตมป์ในคำฟ้อง หรือปิดอากรแสตมป์ไม่ครบถ้วนบริบูรณ์ตามกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีจะต้องดำเนินการแก้ไขให้ถูกต้อง แต่ถ้าผู้ฟ้องคดีไม่แก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวตามคำสั่งศาล ศาลจะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องนั้นไว้พิจารณา

สำหรับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับส่วนได้เสียหรือคุณสมบัติของผู้มีสิทธิฟ้องคดีนั้น ในระหว่างที่มีการเสนอคำฟ้องหรือหลังจากนั้นให้เป็นหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีที่จะนำเสนอหรือแสดงให้ศาลเห็นว่า ตนมีส่วนได้เสียหรือมีประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดีนั้นอย่างไรเพราะเป็นเรื่องที่ศาลจะไม่เข้าไปกล่าวลงในข้อเท็จจริงดังกล่าว ฉะนั้น หัวข้อในการบรรยายจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการรับคำฟ้องคดีปกครองไว้พิจารณา ซึ่งจะบรรยาย 2 เรื่อง คือ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียและคุณสมบัติของผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง และหลักเกณฑ์อายุความหรือระยะเวลาการฟ้องคดีปกครอง โดยมีรายละเอียดดังนี้

* การบรรยายพิเศษ จัดขึ้นโดย สำนักงานศาลปกครอง ร่วมกับ สถานเอกอัครราชทูตฝรั่งเศส ประจำประเทศไทย เมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2544 ณ สำนักงานศาลปกครอง

แปลด้วยวาจาโดย ดร.บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองกลาง และปรับปรุงเอกสารถอดเทปคำแปลโดย นายชวลา จันทร์จนา พนักงานคดีปกครอง 6 นางสาวลักคณา พบรมเย็น พนักงานคดีปกครอง 5 สำนักงานศาลปกครองสูงสุด นางสาวยุพิน บุญพงษ์ พนักงานคดีปกครอง 3 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง พิมพ์ครั้งแรกในวารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 2 ฉบับที่ 1 (ม.ค. - เม.ย. 2545)

^{**} ปัจจุบันดำรงตำแหน่งประธานแผนกประจำสภาแห่งรัฐ ประเทศฝรั่งเศส

1) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียและคุณสมบัติของผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง

คุณสมบัติของผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองถือได้ว่าเป็นปัญหาที่มีความซับซ้อนที่สุดในกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส เนื่องจากมิได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ แต่หลักกฎหมายเรื่องนี้เกิดจากการอาศัยรากฐานคำพิพากษาของศาลปกครอง จึงเป็นเหตุให้เกิดปัญหาการวินิจฉัยในเรื่องคุณสมบัติของผู้มีสิทธิฟ้องคดีที่ต้องนำเสนอต่อการพิจารณาของศาลปกครองฝรั่งเศสอยู่เสมอ

1. เกณฑ์การพิจารณาคุณสมบัติของผู้มีสิทธิฟ้องคดี

1.1 คุณสมบัติของผู้มีสิทธิฟ้องคดีต้องพิจารณานับแต่วันที่ฟ้องคดี มิใช่พิจารณานับแต่วันที่ศาลได้มีคำพิพากษา เช่น กรณีการพิจารณาเพื่อนบ้านของอาคารที่จะมีส่วนได้เสียและสามารถนำคดีของตนมาฟ้องต่อศาลได้ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าในวันยื่นคำฟ้องมีความเป็นเพื่อนบ้านอยู่แล้ว มิใช่มาเป็นเพื่อนบ้านกันในภายหลัง ในการนี้การพิจารณาคุณสมบัติในเรื่องอำนาจฟ้องจะต้องพิจารณาจากคำขอที่เสนอต่อศาลว่ามีจุดเชื่อมโยงกับส่วนได้เสียหรือไม่ เพียงใด มิใช่เพียงแต่พิจารณาข้ออ้างหรือข้อหาเท่านั้น

1.2 กรณีส่วนได้เสียหรือประโยชน์เกี่ยวข้องอาจมิใช่แต่เฉพาะเรื่องเกี่ยวกับวัตถุเท่านั้น ซึ่งอาจเป็นเรื่องของจิตใจก็ได้ นอกจากนั้น อาจจะมีเรื่องที่เกิดขึ้นกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะรายเท่านั้นแต่อาจเป็นเรื่องที่กระทบกับส่วนได้เสียของกลุ่มคนก็ได้

ตัวอย่าง ที่สำคัญของกรณีผู้มีส่วนได้เสียหรือมีประโยชน์เกี่ยวข้องทางด้านจิตใจ

- ประชาชนที่อาศัยอยู่ในเขตเทศบาล (Commune) แห่งหนึ่งถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือมีประโยชน์เกี่ยวข้องที่จะฟ้องขอให้เพิกถอนรัฐกฤษฎีกาที่กำหนดให้มีการเปลี่ยนชื่อเทศบาลของตน แม้ว่าจะไม่ได้มีผลกระทบทางด้านวัตถุแต่อย่างใด

- ประชาชนที่อาศัยอยู่ในตำบล POMEROL ซึ่งเป็นแหล่งผลิตไวน์ชื่อดังของประเทศฝรั่งเศสถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือมีประโยชน์เกี่ยวข้องที่จะฟ้องขอให้เพิกถอนการเพิ่มเติมชื่อตำบล POMEROL ของตนต่อท้ายชื่อตำบล LANDES

1.3 ประเด็นเรื่องส่วนได้เสียใดเป็นเรื่องเฉพาะตัวหรือเป็นส่วนได้เสียร่วมกัน อาจพิจารณาได้ดังนี้ คือ กรณีส่วนได้เสียร่วมกันอาจจะเป็นเรื่องของสมาคมหรือ

สหภาพ¹ ก็ได้ ซึ่งแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสได้ยอมรับเป็นเวลาร่วมหนึ่ง ศตวรรษว่าสหภาพที่เป็นที่รวมของผู้ประกอบอาชีพ เช่น สหภาพของผู้ประกอบอาชีพช่างตัดผม สามารถเป็นตัวแทนของผู้ประกอบอาชีพช่างตัดผมนำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลปกครองได้

2. เกณฑ์เรื่องประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย

2.1 การพิจารณาเรื่องส่วนได้เสียของผู้ฟ้องคดี ต้องมีความสัมพันธ์ที่สามารถระบุเป็นการส่วนตัวได้ เพื่อมิให้มีการฟ้องคดีได้ทุกคน ฉะนั้น ความสัมพันธ์ของผู้ฟ้องคดีกับส่วนได้เสียในการฟ้องคดีต้องมีระดับหนึ่ง

ตัวอย่าง

- ผู้เสียภาษีทุกคนจะไม่ถือว่ามีส่วนได้เสียในการฟ้องคดีโต้แย้งเกี่ยวกับ มาตรการหรือการใช้จ่ายเงินใด ๆ ระดับชาติ แต่ถ้าเป็นผู้เสียภาษีให้แก่เทศบาล² ซึ่งเป็นระดับท้องถิ่น ย่อมถือว่ามีส่วนได้เสียที่จะฟ้องคดีโต้แย้งการใช้จ่ายเงินในเทศบาลของตนได้

¹ ตามหลักกฎหมายของฝรั่งเศส องค์กรที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลสามารถที่จะเป็นผู้ฟ้องคดีทั้งกรณีเพื่อปกป้องผลประโยชน์ร่วมกันของสมาชิกและเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ

สำหรับการณ์ของคณะบุคคลที่ไม่เป็นนิติบุคคลที่เป็นผู้ฟ้องคดีนั้น ในฝรั่งเศสตามแนวคำวินิจฉัยของศาลได้ยอมรับให้คณะบุคคลที่ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคลเป็นผู้ฟ้องคดีได้ โดยกรณีเช่นนี้เห็นว่าแม้คณะบุคคล เช่น สมาคมซึ่งยังไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล เพราะยังไม่มี การแจ้งต่อทางการ (association non déclarée) จะไม่มีความสามารถที่จะฟ้องคดีเพื่อปกป้องคุ้มครองประโยชน์ของตนในทางทรัพย์สิน แต่ศาลก็ยอมรับว่าคณะบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งที่กระทบต่อประโยชน์ต่าง ๆ ที่คณะบุคคลดังกล่าวมีวัตถุประสงค์จะให้การปกป้องคุ้มครองได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 30 กันยายน 1969 อ้างใน วิริยะ วัฒนสุขชาติ, ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง วิทยานพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ 2544 น. 69 – 70)

² ในปี ค.ศ. 1901 ศาลปกครองฝรั่งเศสได้มีคำวินิจฉัยออกมาว่า ผู้ที่เสียภาษีอากรให้แก่เทศบาลมีส่วนได้เสียเพียงพอที่จะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ยกเลิกเพิกถอนการกระทำของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องกับค่าใช้จ่ายของเทศบาลได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 29 มีนาคม 1901) ซึ่งในคดีนี้เป็นกรณีที่ผู้เสียภาษีอากรให้แก่เทศบาลฟ้องต่อศาลขอให้เพิกถอนการกระทำของเทศบาล ที่จะอนุญาตให้แพทย์บางรายได้มีรายได้ประจำในการรักษาชาวบ้านในเทศบาลโดยไม่คิดค่าบริการ และคดีดังกล่าวจึงกลายเป็นคดีบรรทัดฐานไป ซึ่งวางแนวไว้ว่าต้องเป็นกรณีการฟ้องคดีเพื่อคัดค้านการเพิ่มรายจ่ายของชุมชน อันอาจจะ มีผลต่อการเพิ่มภาระทางภาษีแก่ผู้ฟ้องคดีเท่านั้น หากอ้างเพื่อเหตุผลประการอื่นก็อาจเป็นคำฟ้องที่รับพิจารณาไม่ได้ เช่น ศาลได้วินิจฉัยว่าการแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนให้ทำหน้าที่ไม่มีผลกระทบใดต่อผู้เสียภาษีอากรให้แก่เทศบาล (คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 2 ธันวาคม 1931) หรืออีกคดีหนึ่ง ศาลวินิจฉัยว่าการกระทำที่พิจารณาเล็กน้อยที่กักขังอันเป็นผลมาจากการลดค่าใช้จ่ายของรัฐบาลมิได้

- เทศบาลแห่งหนึ่งในกรุงปารีสยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างสนามกีฬาขนาดใหญ่ในเทศบาลข้างเคียง ในกรณีนี้ถือว่ามีส่วนได้เสียเนื่องจากการก่อสร้างสนามกีฬาดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อเทศบาลแห่งนั้นอย่างมาก เช่น ปัญหาการจราจร เป็นต้น

2.2 การมีส่วนได้เสียจะต้องเป็นส่วนได้เสียที่ถูกต้อง คำว่า “ถูกต้อง” เป็นการพิจารณาเปรียบเทียบกับผู้ที่นำคดีมาฟ้องต่อศาล เช่น กรณีของสมาคมต้องพิจารณาความถูกต้องจากวัตถุประสงค์ของสมาคม³ คำพิพากษาของศาลปกครองเป็นการพยายามแก้ปัญหาการนำคดีมาฟ้องต่อศาลโดยบุคคลใด ๆ ก็ได้ หากสมาคมนั้น ๆ มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อปกป้องความชอบด้วยกฎหมาย ถือว่าง่าวกว้างเกินไป แต่ถ้าเป็นสมาคมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม ถือว่ามีส่วนได้เสีย เป็นต้น

ตัวอย่าง คำสั่งของรัฐบาลให้มีการแจกยาคุมกำเนิดให้แก่นักเรียนหญิงที่ศึกษาอยู่ในโรงเรียนของรัฐบาล ผู้ปกครองของเด็กนักเรียนจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อให้ระงับการแจกยาคุมกำเนิดดังกล่าว ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ปกครองที่มีนักเรียนศึกษาอยู่ในโรงเรียนของรัฐบาลที่มีการแจกยาคุมกำเนิดเท่านั้นจึงจะถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย

ก่อให้เกิดภาระใดแก่ผู้เสียภาษีแต่ประการใด (คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 25 มีนาคม 1955) (เรื่องเดียวกัน หน้า 65)

³ ตามหลักกฎหมายของฝรั่งเศสมีอยู่ว่าสมาคมหรือสหภาพต่าง ๆ อาจฟ้องคดีเพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ที่เป็นเหตุหลักในการจัดตั้งองค์กรของตนได้ ทั้งนี้โดยไม่ต้องไปคำนึงว่าผลประโยชน์ดังกล่าวมีความสำคัญมากน้อยเพียงใด โดยการพิจารณาผลกระทบที่จะเกิดต่อผลประโยชน์ดังกล่าว นั้น จะพิจารณาจากวัตถุประสงค์ในสังคมตามที่กำหนดใน “วัตถุประสงค์” ของสมาคมหรือสหภาพนั้น ๆ ตัวอย่างเช่น ศาลได้ยอมรับคำฟ้องที่ยื่นโดย Touring Club de France เพื่อคัดค้านกระทำการบางประเภทที่มีผลกระทบต่อความสวยงามและความน่าสนใจของสถานที่บางแห่ง (คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 3 สิงหาคม 1945) การฟ้องคดีขององค์กรเพื่อปกป้องชื่อเสียงของโรงเรียนสามารถรับฟังได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 1848) สมาคมผู้อยู่อาศัยในปารีสซึ่งมีความกังวลกับการพัฒนาเมือง มีส่วนได้เสียที่จะฟ้องคดีคัดค้านการออกใบอนุญาตก่อสร้างได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 26 พฤษภาคม 1976) กรณีสมาคมซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองปกป้องสิ่งแวดล้อม ศาลถือว่า มีสิทธิฟ้องคดีขอให้เพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างศูนย์พลังงานนิวเคลียร์ได้ อย่างไรก็ตาม ถ้าวัตถุประสงค์ขององค์กรเพื่อการคุ้มครองผลประโยชน์ที่สำคัญของสมาชิก เช่น กรณีของสมาคมทางวิชาชีพต่าง ๆ หรือสหภาพทางการค้า หากมีการฟ้องคดีโดยอ้างผลประโยชน์ที่ไม่จำเป็นหรือไม่มีความสำคัญ มูลเหตุดังกล่าวอาจไม่เพียงพอที่จะเป็นฐานในการฟ้องคดีได้ (เรื่องเดียวกัน หน้า 68-69)

2.3 การมีส่วนได้เสียจะต้องเป็นกรณีส่วนได้เสียโดยตรง แต่กรณีคำสั่งที่อาจจะก่อให้เกิดผลเสียหายต่อผลการประกอบการของธุรกิจ ซึ่งความเสียหายนั้นอาจจะเกิดขึ้นหรือไม่ก็ได้ ถือว่ามีส่วนได้เสียโดยตรง อย่างไรก็ดี แนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาศาลปกครองมีลักษณะที่ค่อนข้างเปิดกว้างโดยยอมรับเรื่องส่วนได้เสีย เช่น กรณีเจ้าของโรงแรมแห่งหนึ่งถือได้ว่ามีส่วนได้เสียที่จะฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่ให้เปลี่ยนแปลงวันหยุดพักผ่อน ซึ่งคำสั่งดังกล่าวอาจส่งผลให้ผู้ให้บริการมาพักโรงแรมน้อยลง ทำให้โรงแรมขาดรายได้ เป็นต้น

2.4 การมีส่วนได้เสียต้องมีลักษณะแน่นอน

ตัวอย่าง

- กรณีการสร้างสนามกีฬาแห่งชาติ คดีพิพาทที่เสนอต่อศาล คือ การคัดเลือกสถาปนิกที่จะมาสร้างสนามกีฬา แต่ต่อมามีการยกเลิกสัญญาฉบับนี้ ผู้สมัครเพื่อรับการคัดเลือกเป็นสถาปนิกหลายรายนำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อเรียกค่าเสียหายจากการยกเลิกสัญญาดังกล่าว ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีบางรายต้องถือว่าไม่ได้เป็นผู้มีส่วนได้เสีย เนื่องจากข้อเสนอลูกเข้ารับการคัดเลือกเป็นสถาปนิกไม่อยู่ในฐานะที่จะเข้าแข่งขันกับผู้เข้ารับการคัดเลือกรายอื่นได้

- เรื่องการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการองค์การวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์แห่งชาติ เมื่อมีคำสั่งให้ผู้ดำรงตำแหน่งฯ พ้นจากตำแหน่งและให้สรรหาบุคคลอื่นเข้ามาดำรงตำแหน่งแทน ปรากฏว่ามีการฟ้องโต้แย้งคำสั่งเปลี่ยนผู้อำนวยการ ซึ่งผู้ฟ้องคดีเป็นสหภาพของผู้สื่อข่าวและสหภาพของลูกจ้างขององค์กรนี้ โดยแนวบรรทัดฐานของศาลปกครองฝรั่งเศสถือว่าสหภาพจะไม่มีอำนาจฟ้องคดีหรือถือว่าไม่มีส่วนได้เสียที่จะฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองสมาชิกคนใดคนหนึ่งที่สามารถแยกเป็นปัจเจกชนได้ ในขณะนั้นผู้บรรยายดำรงตำแหน่งตุลาการผู้แถลงคดีได้พยายามเสนอแนวทางที่แตกต่างจากบรรทัดฐานเดิม โดยเห็นว่าตำแหน่งผู้อำนวยการฯ เป็นตำแหน่งที่ได้รับเลือกมาจากสหภาพโดยมีสมาชิกที่อยู่ในองค์กรนั้นเองเป็นคณะผู้บริหารและเฉพาะสมาชิกของคณะผู้บริหารเท่านั้นที่จะมีสิทธิได้รับเลือกให้ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการฯ ฉะนั้น จึงมีความใกล้ชิดกับสหภาพ ซึ่งอาจถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียแล้ว แต่ที่ประชุมใหญ่ของแผนกคดีปกครองยังคงยึดถือแนวบรรทัดฐานเดิมโดยมองว่าถ้าคำสั่งนั้นกระทบต่อส่วนได้เสียของบุคคลเป็นการเฉพาะรายในแง่ของปัจเจกชนแล้ว เฉพาะบุคคลนั้นเท่านั้นที่จะมีอำนาจฟ้องคดีได้

2.5 การฟ้องคดีที่ศาลมีอำนาจพิจารณาเต็ม (Recours de plein juridiction) ซึ่งการมีส่วนได้เสียของสมาคมหรือสหภาพนั้นอาจจะเป็นทั้งส่วนได้เสียทางด้านวัตถุหรือ

ทางด้านจิตใจก็ได้ เช่น สภาพของการไปรษณีย์ฟ้องโต้แย้งคำสั่งของรัฐบาลที่มีการเรียกคนเข้าทำงานแทนคนงานไปรษณีย์ที่มีการนัดหยุดงานโดยอ้างถึงส่วนได้เสีย ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นส่วนได้เสียทางด้านจิตใจ เนื่องจากสิทธิในการนัดหยุดงานเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของกฎหมายฝรั่งเศส

3. ข้อจำกัดการพิจารณาเรื่องส่วนได้เสีย

3.1 การมีส่วนได้เสียกว้างเกินไป

ตัวอย่าง

- กรณีของผู้เสียหายในระดับชาติจะเห็นได้ว่าไม่มีส่วนได้เสีย แต่ถ้าเป็นผู้เสียหายในระดับองค์กรส่วนท้องถิ่นจะพิจารณาว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งหากศาลไม่ยอมรับส่วนได้เสียของผู้เสียหายในระดับองค์กรส่วนท้องถิ่นจะมีผลทำให้ไม่มีบุคคลใดในประเทศที่จะสามารถนำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลได้ ศาลจึงรับคดีไว้พิจารณา

- ในระบบของประเทศฝรั่งเศสที่ให้มีการทำประชามติ (Référendum) เพื่อให้ประชาชนออกเสียงประชามติโดยมีรัฐทนายฎีกาประกาศใช้บังคับเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์จัดให้มีการทำประชามติ ปรากฏว่าผู้ที่นำคดีมาฟ้องคนหนึ่งนำคดีมาฟ้องโดยอ้างคุณสมบัติว่า เป็นผู้มีส่วนได้เสียเลือกตั้ง ซึ่งจะเห็นได้ว่าหากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ประการแรกจะปรากฏว่าเป็นส่วนได้เสียที่กว้างเกินไปเพราะทุกคนก็เป็นผู้มีส่วนได้เสียเลือกตั้งเช่นกัน แต่ถ้าไม่ยอมรับให้ผู้มีส่วนได้เสียเลือกตั้งเป็นผู้ฟ้องคดีได้แล้วก็จะมีบุคคลใดเลยที่สามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้ กรณีเช่นนี้ศาลจึงยอมรับว่าผู้มีส่วนได้เสียเลือกตั้งเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่จะฟ้องเพิกถอนรัฐทนายฎีกาในเรื่องนี้ได้

อย่างไรก็ตาม จะปรากฏข้อเสียของแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาในลักษณะเช่นนี้ ซึ่งมีแนวโน้มค่อนข้างเป็นการยอมรับส่วนได้เสียอย่างกว้างพอสมควร อาจทำให้เกิดบุคคลรายเดิมนำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลเป็นประจำก็ได้

3.2 ผู้ที่อยู่ในฐานะผู้ใช้บริการของการบริการสาธารณะ แนวบรรทัดฐานที่เกิดขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1960 เป็นการริเริ่มโดย Professeur Duguit ซึ่งมีส่วนร่วมในการจัดตั้งสหภาพเจ้าของบ้านและที่ดินของผู้อาศัยในเมือง BORDEAUX ต่อมาสหภาพนี้ได้ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งที่อนุญาตให้มีการก่อสร้างรถราง ในการนี้ ศาลปกครองได้ยอมรับว่าผู้ใช้บริการมีอำนาจฟ้องหรือมีส่วนได้เสีย ฉะนั้น คดีนี้จึงถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นที่ศาลปกครองยอมรับลักษณะของผู้ใช้บริการสาธารณะในระดับท้องถิ่น และต่อมาจึงมีการยอมรับแม้ว่าจะเป็นผู้ใช้บริการในระดับชาติก็ตาม เช่น กรณีที่ผู้ใช้บริการของการรถไฟในประเทศฝรั่งเศสสามารถฟ้องโต้แย้งการกำหนดค่าบริการได้

3.3 การฟ้องคดีโดยพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ภายในหน่วยงานนั่นเอง กล่าวคือ การฟ้องโต้แย้งมาตรการต่าง ๆ ในด้านการจัดองค์กรภายในของหน่วยงานนั้น ๆ ซึ่งโดยหลักแล้วจะไม่ยอมรับว่ามีส่วนได้เสีย เนื่องจากเป็นผลมาจากหลักการบังคับบัญชา อย่างไรก็ตาม ปรากฏข้อยกเว้นจากหลักที่กล่าวมาโดยศาลได้กำหนดข้อยกเว้นไว้หลายกรณี เช่น ผู้อำนวยการของศูนย์วิจัยหรือห้องทดลองเชิงปฏิบัติการสามารถที่จะฟ้องโต้แย้งคำสั่งที่ลดงบประมาณของห้องปฏิบัติการหรือศูนย์วิจัยที่ตนทำงานอยู่ได้ เนื่องจากเป็นคำสั่งหรือมาตรการที่กระทบต่อสิทธิหน้าที่หรือเอกสิทธิ์ของเจ้าหน้าที่นั้น ๆ หรือกรณีของสหภาพของพนักงานต่าง ๆ อาจเป็นผู้มีส่วนได้เสียสามารถฟ้องโต้แย้งคำสั่งหรือมาตรการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อเงื่อนไขของการจ้างงาน หรือสถานะของพนักงาน หากปรากฏการรวมหรือควบบริษัท ซึ่งมาตรการเช่นนี้อาจนำไปสู่การปลดพนักงาน

จากที่กล่าวไปแล้วทั้งหมดข้างต้น อาจสรุปได้ว่าแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศส มีหลักเกณฑ์ 2 ประการที่นำมาผสมผสานหรืออาจนำมาเปรียบเทียบกันแล้วเป็นแรงผลักดันให้มีแนวบรรทัดฐานคำพิพากษา ดังนี้

ประการแรก ศาลปกครองจะต้องไม่มีลักษณะของการฟ้องคดีที่สามารถทำได้กว้างจนเกินไป อันเป็นเหตุให้มีการฟ้องคดีได้โดยบุคคลทุกคน

ประการที่สอง คำสั่งทางปกครองทุกคำสั่ง ในที่สุดแล้วต้องให้มีการฟ้องโต้แย้งต่อศาลปกครอง

2) หลักเกณฑ์เรื่องอายุความหรือระยะเวลาการฟ้องคดีปกครอง⁴

เรื่องอายุความหรือระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองจะไม่ขอลำถึงในกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ ซึ่งอาจสั้นกว่า 2 เดือน⁵ หรือยาวกว่า 2 เดือน⁶ ก็ได้ เพราะอาจจะทำ

⁴ หลักเกณฑ์เรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีถือว่ามีลักษณะเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (l'ordre public) ศาลมีหน้าที่ต้องยกเหตุดังกล่าวขึ้นเพื่อไม่รับคดีไว้พิจารณา และผู้ถูกฟ้องคดีอาจยกเรื่องนี้ขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอ (คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 2 มิถุนายน 1961 อ้างใน บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, บันทึกเรื่อง อายุความหรือระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองตามกฎหมายไทยและกฎหมายฝรั่งเศส, สำนักงานศาลปกครอง, 2543, หน้า 11 (อรรถาธิบาย))

⁵ คดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งท้องถิ่นมีอายุความ 5 วัน (ศาลปกครองฝรั่งเศสมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งท้องถิ่น ในขณะที่คดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ หรือการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ)

ให้เกิดความซับซ้อนในการบรรยายมากขึ้น เช่น ในกรณีการฟ้องโต้แย้งการเลือกตั้งท้องถิ่นของประเทศฝรั่งเศสจะมีระยะเวลาการฟ้องคดีที่สั้นกว่า 2 เดือน เพราะต้องการให้วินิจฉัยชี้ขาดคดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งดังกล่าวอย่างรวดเร็ว

การนับระยะเวลาหรืออายุความการฟ้องคดีปกครอง⁶ มีข้อพิจารณาดังนี้

1) การนับระยะเวลาเริ่มต้นจะไม่พิจารณาจากวันที่มีการออกคำสั่งหรือมีการทำคำสั่ง แต่จะพิจารณาจากวันที่ได้รับแจ้งคำสั่งเป็นหลัก การพิจารณาถึงวิธีการที่จะทำให้ผู้รับคำสั่งได้ทราบคำสั่งตามกฎหมายฝรั่งเศสแยกออกเป็น 2 วิธี กล่าวคือ วิธีแรกเป็นการประกาศซึ่งวิธีนี้จะใช้กับคำสั่งที่มีลักษณะเป็นกฎหมายมีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยระดับประเทศจะมีการประกาศในรัฐกิจจานุเบกษา หรือระดับท้องถิ่นจะประกาศในหนังสือที่คล้ายกับรัฐกิจจานุเบกษา วิธีที่สองเป็นกรณีคำสั่งที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะรายโดยการแจ้งคำสั่งระบุผู้รับและเป็นที่แน่นอนว่าผู้รับต้องทราบคำสั่งแน่นอน แต่คำสั่งที่มีผลเป็นการเฉพาะรายอาจจะไปกระทบต่อบุคคลอื่นที่มีใช้ผู้รับคำสั่งก็ได้ จึงปรากฏปัญหาว่าบุคคลอื่นนั้นทราบคำสั่งเมื่อใดและจะนำคดีมาฟ้องคำสั่งได้เมื่อใด ดังนั้น กรณีคำสั่งที่มีผลเป็นการเฉพาะรายแต่เกี่ยวข้องหรือมีผลกระทบต่อบุคคลอื่น ๆ จึงถือได้ว่าเป็นปัญหาที่ยุ่งยากในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

2) ระยะเวลาสิ้นสุดถือวันที่คำฟ้องถึงศาลเป็นหลัก ฉะนั้น แม้จะส่งคำฟ้องทางไปรษณีย์ภายในระยะเวลาฟ้องคดีก็ตาม แต่หากคำฟ้องมาถึงศาลเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีแล้ว ศาลจะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องนั้นไว้พิจารณา เว้นแต่จะมีกฎหมายหรือมีแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น กล่าวคือ ข้อยกเว้นดังกล่าวนี้อาจมีลักษณะเป็นการคำนึงถึงพฤติการณ์หรือสภาพแวดล้อมเป็นพิเศษซึ่งอาจกระทบถึงการนำส่งคำฟ้องทางไปรษณีย์ เช่น เจ้าหน้าที่ไปรษณีย์นัดหยุดงาน ศาลจึงนำมาเป็นข้อยกเว้นที่จะรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ เป็นต้น

⁶ คดีพิพาทที่บุคคลภายนอกฟ้องเกี่ยวกับการประกอบกิจการที่อาจเป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมมีอายุความ 4 ปี

⁷ กฎหมายฝรั่งเศสวางหลักเรื่องกำหนดเวลาการฟ้องคดีไว้ตามมาตรา 1 แห่งรัฐกฤษฎีกาเลขที่ 65 – 29 ลงวันที่ 11 มกราคม ค.ศ. 1965 (โดยมาตรา R. 102 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ก็ได้นำมาบัญญัติไว้เช่นกัน ซึ่งปัจจุบันตรงกับมาตรา R. 421 – 1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Code de justice administrative) อันมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2001 โดยกำหนดให้ระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองมีกำหนด 2 เดือน นับตั้งแต่วันที่มีการแจ้งหรือประกาศนิติกรรมทางปกครอง)

3) การคำนวณระยะเวลาการฟ้องคดีจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่ถัดจากวันที่มีการแจ้ง เช่น ได้รับการแจ้งวันที่ 1 ตุลาคม วันเริ่มนับอายุความ คือ วันที่ 2 ตุลาคม

4) การขยายระยะเวลาฟ้องคดี โดยหากคู่กรณีอยู่ห่างไกลจากประเทศฝรั่งเศส (ดินแดนโพ้นทะเลของประเทศฝรั่งเศส) เว้นไขการฟ้องคดีจะขยายกำหนดเวลาให้อีก 1 เดือน หรือ 2 เดือน แล้วแต่กรณี

อนึ่ง หลักเกณฑ์ของอายุความการฟ้องคดีเป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลบังคับใช้อย่างเคร่งครัดมาก ด้วยเหตุนี้จึงคิดว่าทำอย่างไรจึงจะทำให้ประชาชนได้รับรู้ถึงหลักเกณฑ์ในด้านระยะเวลาให้ได้อย่างทั่วถึงที่สุด เนื่องจากในคดีปกครองมีข้อยกเว้นหลายกรณีที่เอกชนฟ้องเองได้ โดยไม่ต้องมีทนายความในคดีปกครอง^๑ (ministère d'avocat)

5) กรณีคำสั่งที่มีผลเฉพาะราย (décision individuelle) กำหนดให้ต้องระบุระยะเวลาการฟ้องคดีต่อศาลเอาไว้ในคำสั่งนั้นด้วย สำหรับกรณีการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎจะไม่มีข้อกำหนดว่าให้มีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับกรณีการออกคำสั่งเฉพาะราย ฉะนั้น หลักที่ถือปฏิบัติกัน คือ ระยะเวลาการฟ้องคดีจะนับตั้งแต่วันที่ถัดจากวันที่มีการประกาศลงในเอกสารต่าง ๆ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

6) ข้อยกเว้นเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดี แบ่งได้ 4 กรณี ดังนี้

(1) คดีที่ไม่มีอายุความ ได้แก่ การฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ (travaux publics) เนื่องจากข้อพิพาทเรื่องดังกล่าวเป็นข้อยกเว้น^๑ ของหลักที่ต้องให้มีคำสั่ง

^๑ คดีที่ไม่ต้องมีทนายความในศาลปกครอง เช่น คดีขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เกินอำนาจ (Recours pour excès de pouvoir) หรือในคดีที่รัฐ (ราชการส่วนกลาง) เป็นคู่ความ รัฐมนตรีผู้มีอำนาจอาจทำคำคู่ความเองหรือมอบให้ราชการ หรือทนายความทำแทนได้ หากต้องใช้ทนายความคู่ความต้องใช้ทนายความประจำสภาแห่งรัฐและศาลฎีกา (avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation) หากฟ้องคดียังสภาแห่งรัฐ ถ้าฟ้องคดียังศาลปกครองธรรมดา เอกชนอาจใช้ทนายความประจำสภาแห่งรัฐ ทนายความประจำศาลอุทธรณ์ หรือทนายความใดก็ได้ (โปรดดู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, วิชิตพิจารณาคดีปกครองในฝรั่งเศส, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 7 ตอน 3 (ธันวาคม 2531) หน้า 722)

^๑ แม้ข้อยกเว้นที่จะไม่นำมาใช้กรณีการฟ้องระหว่างคู่สัญญา โดยผลจากข้อกำหนดในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของทางราชการ (les marchés publics) แต่ก็ยังคงมีขอบเขตการใช้ค่อนข้างกว้างอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ถึงแม้ว่าบางฝ่ายปกครองได้มีคำสั่งและผู้เสียหายได้ฟ้องโต้แย้งคำสั่งดังกล่าวต่อศาลอย่างแข็งขันก็ตาม แต่ข้อยกเว้นดังกล่าวก็ยังใช้ได้ กล่าวคือ ถือว่าฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้ (คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 16 ตุลาคม 1970 คดี T.P.G. des Hauts – de – Seine. Rec, หน้า 584, ลงวันที่ 18 มกราคม 1963 คดี Wierel, หน้า 28 อ้างใน บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, อ้างแล้ว, หน้า 16)

ทางปกครองก่อนจึงจะมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ (la règle de la décision préalable) ฉะนั้น เมื่อไม่จำเป็นต้องให้มีคำสั่งทางปกครองก่อน จึงไม่อยู่ในบังคับให้ต้องฟ้องคดีภายในกำหนดระยะเวลาใด ๆ

(2) กรณีคำสั่งปฏิเสธโดยปริยาย¹⁰ (décision implicite de rejet) ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศสใช้แก้ปัญหากรณีต้องมีคำสั่งก่อนจึงจะมายื่นฟ้องต่อศาลปกครองได้ โดยกำหนดเป็นหลักขึ้นมาว่า หากได้มีการยื่นเรื่องต่อฝ่ายปกครองไปแล้ว และฝ่ายปกครองนิ่งเฉยเป็นระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ถือว่าเป็นคำสั่งปฏิเสธโดยปริยาย กล่าวคือการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองเกินกว่า 4 เดือนขึ้นไปมีผลเท่ากับเป็นคำสั่งปฏิเสธ ในกรณีนี้ระยะเวลาการฟ้องคดีจะมีกำหนด 2 เดือน¹¹ โดยนับตั้งแต่วันที่พ้นกำหนด 4 เดือนดังกล่าว อย่างไรก็ตาม การที่ฝ่ายปกครองนิ่งเฉยไม่มีผลใด ๆ ต่ออายุความในคดีเรียกค่าเสียหาย¹² ซึ่งเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจพิจารณาเต็ม (Recours de pleine juridiction) ซึ่งจะไม่นำหลักคำสั่งปฏิเสธ

¹⁰ หลักเรื่องการนิ่งเฉยถือว่าฝ่ายปกครองมีคำสั่งโดยปริยาย (décision implicite) นี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ได้ยืนยันหลักนี้ในคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน 1969 (C.C., 26 มิ.ย. 1969) โดยวินิจฉัยว่า การนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองมีค่าเท่ากับคำสั่งปฏิเสธ (silence gardé parmi administration vaut décision de rejet) เป็นหลักกฎหมายทั่วไปอีกด้วย (โปรดดู Jean Rivero et Jean Waline, Droit administratif, 18^e éd., Paris, Dalloz, 2000, n° 219, p. 214)

¹¹ ตามมาตรา 1 วรรค 3 แห่งรัฐกฤษฎีกา (Décret) เลขที่ 65-29 ลงวันที่ 11 มกราคม 1965 และมาตรา R.421-2 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองฝรั่งเศส (Code de justice administrative) กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีไว้ว่าระยะเวลาการฟ้องคดีจะมีกำหนด 2 เดือน โดยนับตั้งแต่วันที่พ้นกำหนด 4 เดือน (รวมเป็น 6 เดือน) และหากภายในระยะเวลา 2 เดือนนั้น ฝ่ายปกครองมีคำสั่งปฏิเสธโดยแจ้งชัด ระยะเวลาการฟ้องคดีจะเริ่มนับใหม่คือ 2 เดือน ซึ่งจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่มิคำสั่งปฏิเสธโดยแจ้งชัดนั้น เหตุที่ระยะเวลาการฟ้องคดีกำหนดเพียง 2 เดือนเช่นนี้ก็เพื่อให้นิติกรรมทางปกครองมั่นคง ไม่ตกอยู่ภายใต้ความไม่แน่นอนว่าจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นานเกินไปหรือเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้คำสั่งทางปกครองตกอยู่ภายใต้ความไม่แน่นอนในเรื่องความสมบูรณ์ตามกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนานเกินไป (โปรดดู Jean Rivero et Jean Waline, อ้างแล้ว, n° 221, p. 215)

¹² การฟ้องคดีเรียกร้องที่เกี่ยวกับเงินจากรัฐทุกกรณีต้องอยู่ภายใต้หลักอายุความ 4 ปี เป็นหลักโดยนับจากวันแรกของปีที่ถัดมาจากปีที่เกิดสิทธิ (มาตรา 1 ของกฎหมาย เลขที่ 68-1250 ลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1968) อย่างไรก็ตาม การที่ฝ่ายปกครองนิ่งเฉยไม่มีผลใด ๆ ต่ออายุความเพราะจะไม่นำหลักคำสั่งโดยปฏิเสธหรือการนิ่งเฉยเป็นการปฏิเสธมาใช้กับคดีเรียกค่าเสียหาย โดยอายุความจะเดินไปจนกว่าจะครบ 4 ปี เสมอ (René Chapus, Droit du contentieux administratif 3^e éd., Paris, Montchrestien, 1991, p. 577-578 อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, กรุงเทพฯ, จีรรัชการพิมพ์, 2540 หน้า 374)

โดยปริยายหรือการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองมาใช้ เนื่องจากการฟ้องคดีประเภทนี้มุ่งหมายที่จะให้ผู้ฟ้องคดีได้รับประโยชน์โดยให้ศาลมีอำนาจพิพากษาให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้

(3) การฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายถือว่าฟ้องคดีได้โดยไม่มีกำหนดอายุความ เช่น กรณีคำสั่งแต่งตั้งหลอกหรือลงไว้ในตำแหน่งนั้น ๆ เพื่อให้ประโยชน์แก่ผู้ได้รับแต่งตั้งโดยตามความเป็นจริงแล้วบุคคลผู้ได้รับแต่งตั้งไม่ได้ทำหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งนั้น แต่แต่งตั้งเพื่อให้บุคคลเช่นนั้นได้สิทธิประโยชน์บางอย่างเท่านั้น

(4) เป็นคดีพิพาทที่มีกำหนดอายุความเหมือนกันแต่เป็นข้อยกเว้นในลักษณะที่มีการขยายระยะเวลาหรืออายุความให้ เช่น การทำให้อายุความขยายหรือสะดุดหยุดลง ได้แก่ การร้องเรียนภายในของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการร้องเรียนที่เป็นอุทธรณ์บังคับ (recours administratif obligatoire) หรือระบบการร้องเรียนภายในที่เป็นทางเลือก (recours administratif facultatif) การยื่นอุทธรณ์หรือร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองนั้น มี 2 กรณีที่ต้องแยกพิจารณากัน คือ กรณีที่ฝ่ายปกครองสั่งในเรื่องที่ร้องเรียนกับกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่ได้สั่งการใด ๆ หากฝ่ายปกครองพิจารณาคำร้องเรียนนั้นแล้วจะสั่งการในเรื่องนั้น อายุความการฟ้องคดีก็จะเริ่มนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งของฝ่ายปกครองนั้น แต่ถ้าฝ่ายปกครองไม่กระทำการใด ๆ ถือว่าเป็นการปฏิเสธโดยปริยาย (décision implicite de rejet)

ปัญหาที่ต้องพิจารณาคือ เมื่อได้มีการร้องเรียนต่อฝ่ายปกครองแล้วระยะเวลาการฟ้องคดีจะเริ่มนับกันเมื่อใด ในประเด็นนี้กฎหมายฝรั่งเศสได้วางหลักว่าบังคับให้ฝ่ายปกครองออกใบตอบรับว่าได้รับเรื่องนั้นเมื่อมีการได้รับคำร้องเรียนไว้ ถ้าไม่ออกใบตอบรับระยะเวลาจะไม่เริ่มนับ นอกจากนั้น ปัญหาการนับระยะเวลาที่ฝ่ายปกครองจะเพิกถอนคำสั่งเป็นปัญหาสำคัญ ซึ่งตามกฎหมายฝรั่งเศสยึดถือหลักว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในระยะเวลาที่จะฟ้องคดีต่อศาลได้เสมอ หากการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎซึ่งต้องใช้วิธีการประกาศ ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนได้ภายในระยะเวลา 2 เดือน นับตั้งแต่ได้มีการประกาศกฎนั้นแล้ว

อนึ่ง กรณีคำสั่งที่มีผลเฉพาะราย จะปรากฏปัญหาที่ซับซ้อนมากขึ้น คือ สำหรับบุคคลที่อาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งนั้น แต่ไม่ใช่ตัวผู้รับคำสั่งโดยตรง เมื่อไม่มีการแจ้งคำสั่งให้ทราบถึงระยะเวลาในการฟ้องคดีต่าง ๆ จะไม่เริ่มนับระยะเวลา เมื่อไม่นับระยะเวลาจะมีทางเลือกกว่ากรณีอย่างนี้จะถือว่าอำนาจของฝ่ายปกครองที่จะเพิกถอนคำสั่งที่ได้ออกในกรณีเช่นนี้จะนับจากวันที่ได้มีการแจ้งคำสั่งให้ผู้รับโดยตรง หรือกรณีของบุคคลภายนอก

ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งนั้น อาจจะนำคดีมาฟ้องเมื่อใดก็ได้ เพราะไม่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจที่จะเพิกถอนเมื่อใดย่อมได้หรือไม่

ตามแนวบรรทัดฐานของศาลปกครองที่เคยมีมาได้ยึดถือแนวทางในส่วน
ของบุคคลภายนอกเป็นหลัก ถ้าตราบไต่ยังไม่มีการแจ้งผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งนั้น
ซึ่งคดีที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องขอใบอนุญาตก่อสร้างอาคารจะถือว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะเพิกถอน
คำสั่งนั้นได้เสมอ ตราบที่ยังไม่มีการแจ้ง แต่บรรทัดฐานที่ได้กล่าวถึงนี้เป็นที่วิพากษ์วิจารณ์กัน
อย่างมากด้วยเหตุ 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรกเป็นกรณีการขยายเวลาให้มีการฟ้องคดี
หรือมีการเพิกถอนคำสั่งได้โดยไม่มีที่สิ้นสุด ส่วนประการที่สองเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครอง
ใช้อำนาจของตนโดยการเลือกที่จะออกคำสั่งนั้นไปโดยจะมีการแจ้งเฉพาะผู้รับ เมื่อถือหลักว่า
สำหรับบุคคลอื่นฟ้องเมื่อใดย่อมได้ เพิกถอนเมื่อใดย่อมได้แล้วจึงเท่ากับเป็นการสงวนอำนาจ
ที่จะย้อนกลับไปเพิกถอนคำสั่งที่ตนออกเมื่อใดก็ได้โดยไม่มีที่สิ้นสุดเช่นกัน และต่อมาเมื่อ
ประมาณเดือนตุลาคม ค.ศ. 2001 ที่ประชุมใหญ่ของตุลาการศาลปกครองในสภาแห่งรัฐได้วาง
แนวบรรทัดฐานใหม่ว่า นับตั้งแต่วันที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งแจ้งให้บุคคลอื่น หรือแจ้งด้วยวิธีใด
ก็ตาม ให้พิจารณา นับตั้งแต่วันที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่ง หากหลังจากนั้น 4 เดือน ฝ่ายปกครอง
ไม่มีอำนาจย้อนกลับไปเพิกถอนคำสั่งที่ได้ออกไปแล้ว ซึ่งถือได้ว่าเป็นแนวบรรทัดฐานที่
สมเหตุสมผล และเป็นการแก้ปัญหาข้อวิพากษ์วิจารณ์แนวบรรทัดฐานเก่าที่เคยยึดถือกันมา
เห็นได้ว่าแนวบรรทัดฐานดังกล่าวนี้ไม่ใช่ 4 เดือนที่ศาลปกครองฝรั่งเศสกำหนดโดยไม่มีเหตุผล
แต่ 4 เดือนนั้นก็คือ 2 เดือนจากการให้สิทธิในการเสนอเรื่องร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง
รวมกับ 2 เดือนซึ่งเป็นไปตามหลักที่ว่าถ้านิ่งเฉยถือว่าเป็นคำสั่งปฏิเสธ ฉะนั้น กรณีคำสั่ง
ทางปกครองเฉพาะราย จึงถือว่าไม่อาจเป็นการก่อตั้งสิทธิและอาจมีการเพิกถอนเมื่อใดก็ได้
อย่างไรก็ดี แนวบรรทัดฐานที่กำหนดใหม่นี้จะใช้กับกรณีคำสั่งที่มีผลเฉพาะรายและเป็นการ
ก่อตั้งสิทธิให้แก่บุคคลนั้น

การตอบคำถามภายหลังการบรรยายพิเศษ

คำถาม การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐแจกยาคุมกำเนิดในสถาบันการศึกษาของรัฐ ผู้บุพการีของนักเรียนถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่จะมีอำนาจฟ้องให้ระงับการแจกยาคุมกำเนิดหรือไม่ ซึ่งการแจกยาคุมกำเนิดน่าจะเป็นประโยชน์แก่นักเรียนทุกคนในโรงเรียน ผู้บุพการีของนักเรียนคนใดคนหนึ่งจะยื่นฟ้องขอให้ระงับการแจกถือว่าเป็นการคุ้มครองประโยชน์ส่วนตัวมากกว่าประโยชน์สาธารณะหรือไม่ อย่างไร

ตอบ ประเด็นที่ต้องพิจารณามีว่า ผู้ฟ้องคดีมีส่วนได้เสียหรือประโยชน์เกี่ยวข้องหรือไม่ ซึ่งถือว่าเป็นกรณีการพิจารณาเป็นเรื่องรับไว้พิจารณาได้หรือไม่ ส่วนท้ายที่สุดมาตรการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็เป็นอีกเรื่องหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ผู้มีส่วนได้เสียคือเด็กนักเรียน ส่วนกรณีปัญหาเกี่ยวกับเรื่องความสามารถในการฟ้องคดี ในกรณีของความแตกต่างด้านอายุ ถ้าเป็นผู้เยาว์ ผู้แทนโดยชอบธรรมจะเป็นผู้เสียหาย ถ้าเป็นผู้เยาว์ที่ไม่มีข้อจำกัดเรื่องความสามารถก็จะเป็นผู้ฟ้องคดีได้ด้วยตนเอง

คำถาม คำว่า “โยธาสาธารณะ” มีความหมายว่าอย่างไร

คำตอบ โยธาสาธารณะหมายถึงบรรดางานต่าง ๆ ที่ใช้เพื่อบริการสาธารณะ ได้แก่ ถนน อาคารของทางราชการ และสิ่งที่เป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน เช่น ทางรถไฟ อีกส่วนหนึ่งได้แก่ อสังหาริมทรัพย์ต่าง ๆ นอกจากที่กล่าวมาในส่วนนี้ จะเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่มีลักษณะเป็นการใช้เพื่อบริการสาธารณะ เพราะฉะนั้นทั้งสองส่วนเมื่อประกอบกันแล้วมีความเห็นว่าเป็นคำนิยามที่ให้ขอบเขตที่กว้างพอสมควร

แนวคิดหรือทฤษฎีในการพิจารณาเรื่องโยธาสาธารณะของฝรั่งเศสมีหลักเกณฑ์ข้อพิจารณา 2 ด้าน คือ ด้านหนึ่งเป็นเรื่องของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นเรื่องจำเป็นที่ต้องมีเพื่อรักษาประโยชน์ของส่วนรวม ส่วนอีกด้านหนึ่งจะเป็นการพิจารณาถึงช่องทางหรือการพิจารณาคุณสมบัติของผู้ฟ้องคดีว่าจะนำคดีมาฟ้องได้กว้างขวางหรือแคบมากน้อยแค่ไหน

คำถาม เรื่องของอายุความในการฟ้องเรื่องการละเลยต่อหน้าที่ เช่น ไม่กำจัดขยะจะฟ้องคดีได้ภายในระยะเวลาเท่าใด

ตอบ เรื่องของการละเลยต่อหน้าที่ในเรื่องนี้ ผู้เสียหายต้องร้องขอต่อฝ่ายปกครองก่อนให้ดำเนินการ และถ้าฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการถึงจะนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันมีการออกกฎหมายให้ผู้เสียหายสามารถที่จะร้องขอต่อศาลเป็นกรณีฉุกเฉินได้

ซึ่งกรณีนี้ ศาลปกครองอาจสั่งได้เลยโดยไม่ต้องรอเรื่องของการร้องขอต่อฝ่ายปกครองก่อน จึงถือได้ว่าเป็นการแก้ปัญหาของฝรั่งเศส

คำถาม กรณีการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับการย้ายข้าราชการ ข้าราชการที่ถูกย้ายถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียซึ่งมีสิทธิที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นย้ายธรรมดาหรือโยกย้ายประจำปี

ตอบ ข้าราชการที่ถูกย้ายอาจจะถือว่ามีส่วนได้เสียที่จะฟ้องคดีหรือไม่ก็ได้ ซึ่งต้องพิจารณาว่าการย้ายข้าราชการมีผลต่อเนื่องกระทบสิทธิบุคคลทางด้านวัตถุหรือไม่ ถ้าเพียงแต่เป็นการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่เท่านั้นซึ่งมิได้มีผลกระทบถึงด้านอื่น ๆ กรณีนี้ไม่ถือว่าข้าราชการผู้นั้นมีส่วนได้เสีย แต่ถ้าย้ายข้าราชการผู้นั้นมีผลต่อเนื่อง ให้ดูจากผลต่อเนื่องของคำสั่งนั้นว่าคำสั่งนั้นก่อให้เกิดผลกระทบทางวัตถุหรือไม่ ถ้ากระทบก็ถือเป็นหลักกว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียแล้ว จึงมีอำนาจฟ้องคดีในเรื่องนั้นได้

คำถาม ถ้ามีการเปลี่ยนสถานที่ทำงานจะถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่จะนำมาฟ้องที่ศาลปกครองได้หรือไม่

ตอบ ถ้าเป็นการเปลี่ยนแปลงในเชิงของอำนาจหน้าที่เท่านั้นถือว่าไม่มีอำนาจฟ้อง ไม่มีส่วนได้เสีย แต่ถ้าก่อให้เกิดผลทางด้านวัตถุ เช่น มีการเปลี่ยนสถานที่ทำงานด้วย หรือว่าทำให้ต้องใช้ระยะเวลาเดินทางมาทำงานเร็วขึ้น หรือนานขึ้น ถือว่าการเคลื่อนย้ายนี้มีส่วนได้เสียแล้ว

คำถาม กรณีการฟ้องขอให้เพิกถอนกฎ ระยะเวลาฟ้องคดีจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่กฎนั้นมีการประกาศ หรือวันที่ผู้ฟ้องคดีถูกกระทบสิทธิจากกฎนั้น หรือไม่ อย่างไร

ตอบ ต้องนับตั้งแต่วันที่กฎนั้นได้มีการประกาศ ซึ่งหมายความว่าหลังจากพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวนี้ออกไปแล้ว กฎนั้นไม่อาจมีการถูกฟ้องคดีให้เพิกถอนได้อีก เว้นแต่กรณีที่กฎนั้นได้มีการกำหนดไว้ว่าให้ออกคำสั่งที่มีผลเฉพาะรายซึ่งกระทบต่อบุคคลหนึ่ง บุคคลนั้นสามารถนำคดีมาฟ้องเพิกถอนคำสั่งเฉพาะรายนั้นเพราะกฎไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นข้ออ้างที่จะนำมาสนับสนุนในการฟ้องโต้แย้งคำสั่งเฉพาะรายเท่านั้น ซึ่งผลในทางคดีต่างกันตรงที่ว่าในกรณีเช่นนี้จะไม่มีการเข้าไปเพิกถอนกฎอีก และมีผลจำกัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้นจะมีผลเฉพาะในตัวตนนั้นเท่านั้นเอง กฎนั้นยังคงอยู่ใช้บังคับสำหรับบุคคลอื่น ๆ

คำถาม กรณีการฟ้องขอเพิกถอนกฎหรือคำสั่งที่พ้นระยะเวลาการฟ้องคดีไปแล้วจะมีการฟ้องขอให้ชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากกฎหรือคำสั่งนั้นได้หรือไม่

ตอบ เมื่อพ้นกำหนดการฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งไปแล้วเป็นอันว่ากฎหรือคำสั่งนั้นไม่อาจจะถูกเพิกถอนได้ อย่างไรก็ดี ในกรณีการฟ้องขอให้ชดเชยค่าเสียหายนี้ก็ยังทำได้อยู่ในระยะเวลาการฟ้องคดี คือนับตั้งแต่เริ่มต้นจากการที่ผู้เสียหายไปร้องขอให้ฝ่ายปกครองชดเชยเยียวยาให้และจะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาต่อไป

ระยะเวลาการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดทางปกครอง และสัญญาทางปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศส*

ชวาลา จันทรจนา**

1. บทนำ

กฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้กำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดทางปกครองและสัญญาทางปกครอง¹ แยกไว้เป็นพิเศษต่างหากเช่นกฎหมายไทย ซึ่งระบบกฎหมายฝรั่งเศส หลักเรื่องการต้องมีคำสั่งก่อนจึงจะฟ้องต่อศาลปกครองได้นั้น นำมาใช้กับคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดทางปกครองและสัญญาทางปกครองด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้ฝ่ายปกครองได้พิจารณาก่อนว่าฝ่ายปกครองมีจุดยืนอย่างไรเพื่อให้เกิดประเด็นข้อพิพาทที่แน่ชัด ดังนั้น จึงต้องมีการทวงถามกับฝ่ายปกครองเพื่อให้ชำระหนี้หรือดำเนินการตามที่ฝ่ายเอกชนขอเสียก่อน เมื่อฝ่ายปกครองปฏิเสธคำขอทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน จึงสามารถยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ หลักที่ว่าต้องมีคำสั่งทางปกครองก่อน (décision préalable) เป็นเงื่อนไขบังคับสำหรับผู้ฟ้องคดี² ย่อมถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นกำหนดเวลาการฟ้องคดีอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตามก็ดี หลักนี้มีข้อยกเว้นตามกฎหมายเฉพาะในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาโยธาสาธารณะ ดังจะได้กล่าวต่อไป

* บทความนี้ ข้อมูลส่วนใหญ่เกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองของกฎหมายฝรั่งเศส เป็นการแปลและเรียบเรียงจากบันทึกของ Jean-François COUSIN ผู้เชี่ยวชาญด้านศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองของฝรั่งเศส ประจำศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 16 กันยายน ค.ศ. 2002

** น.บ. Maître en droit (LL.M.) (Université Laval) ประเทศแคนาดา พนักงานคดีปกครอง 7ว สำนักงานศาลปกครองสูงสุด สำนักงานศาลปกครอง

¹ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดทางปกครองและสัญญาทางปกครอง จะเป็นกรณีที่ศาลมีอำนาจเต็มในการพิจารณาพิพากษาคดี (Recours de pleine contentieux) ซึ่งในคดีประเภทนี้นอกจากศาลจะมีอำนาจเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองแล้ว ยังมีอำนาจพิพากษาให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าสินไหมทดแทนได้

² รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ.1987 มาตรา 13 กำหนดให้มีการตราารัฐกฎหมายขึ้นเพื่อบังคับให้ต้องมีการร้องเรียนภายในต่อฝ่ายปกครอง (recours administratif) ก่อนการฟ้องคดีต่อศาล ในกรณีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและความรับผิดชอบละเมิดของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ จะทำให้ง่ายต่อการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและหลีกเลี่ยงการเป็นคดีความกัน แต่จนถึงปัจจุบันนี้ก็ยังไม่ได้มีการตราารัฐกฎหมายดังกล่าวขึ้น (โปรดดู Jean Rivero et Jean Waline , Droit administratif, 18 éd., Paris, Dalloz, 2000, n° 207 , p.206.)

แต่ตามระบบกฎหมายไทย ในกรณีสัญญาทางปกครองนั้นมิได้วางหลักว่าต้องมีคำสั่งก่อนจึงจะฟ้องได้เหมือนกรณีฟ้องขอเพิกถอนคำสั่ง ทางปฏิบัติจึงมีปัญหามาก เพราะมีการนำคดีมาฟ้องในหลายลักษณะ ทั้งกรณียังไม่มีกรรณการร้องขอต่อฝ่ายปกครองและกรณีที่มีการร้องเรียนรวมทั้งอุทธรณ์ไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ทั้งระดับสูงขึ้นไปจากหน่วยงานนั้นโดยตรง ทั้งหน่วยงานข้างเคียง ซึ่งเป็นปัญหาว่าอายุความเริ่มนับเมื่อไร ซึ่งอาจต้องแยกออกเป็นกรณีที่ไม่มีการเรียกร้องหรือโต้แย้งกันเลย แต่มาฟ้องศาลปกครองโดยตรง กรณีนี้อาจถือว่าจุดที่เริ่มนับอายุความน่าจะเป็นจุดที่เป็นข้อที่เป็นปัญหาในการฟ้องคดีว่าเกิดเมื่อใด เช่น มีการหักเงินค่าปรับไว้ เอกชนก็มาฟ้องศาลปกครองเลย โดยไม่โต้แย้งขอคืน อย่างนี้คงต้องนับวันหักเงินเป็นจุดเริ่มนับอายุความ กรณีที่มีการร้องเรียนต่อคู่สัญญาหรือหน่วยงานเหนือขึ้นไปโดยตรง คงต้องแยกว่าเมื่อร้องเรียนแล้ว หากไม่มีคำสั่งใด ๆ ออกมา อายุความคงไม่เริ่มนับจนกว่าจะมีคำสั่งใด ๆ ออกมา แต่ถ้ามีการสั่งการและอุทธรณ์ต่อไปยังหน่วยงานระดับสูงโดยตรง ก็คงต้องถือว่าหน่วยงานนั้นมีอำนาจโดยตรงในการพิจารณา แต่ถ้ามีการสั่งการมาแล้วให้มีการปฏิบัติการ เช่น ได้พิจารณาให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ร้อง อย่างนี้อายุความก็คงยังไม่นับ กรณีร้องเรียนหน่วยงานเดียวซ้ำ ๆ กันหรือหน่วยงานอื่น ๆ ที่ไม่ใช่ผู้บังคับบัญชาหรือกำกับดูแลโดยตรงก็คงจะไม่ถือเป็นการขยายอายุความ คงต้องถือคำสั่งจากการร้องเรียนครั้งแรก หรือหน่วยงานสูงสุดที่มีคำสั่งแล้วเป็นจุดเริ่มนับอายุความ³ และเมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด (คำสั่งที่ 104/2544) จะเห็นได้ว่าศาลปกครองสูงสุดวางแนวทางการพิจารณาเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้านคำสั่งปฏิเสธการจ่ายเงินค่าชดเชยต่อหน่วยงานคู่สัญญา โดยถือว่าแม้ตามกฎหมายจะมีได้กำหนดไว้ว่ากรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะต้องมีการร้องเรียนต่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองหรืออุทธรณ์ต่อหน่วยงานระดับสูงขึ้นไปของคู่สัญญาก่อนถึงจะนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้ แต่ก็ไม่ใช่การตัดสินสิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะร้องเรียนต่อหน่วยงานคู่สัญญา หรืออุทธรณ์คำสั่งของหน่วยงานคู่สัญญา เพื่อให้มีการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายของคู่สัญญาก่อน อันจะยุติข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาได้โดยมิต้องนำคดีมาสู่ศาล ดังนั้น เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลือกที่จะโต้แย้งการปฏิเสธการจ่ายเงินชดเชยต่อหน่วยงานทางปกครองก่อนจึงมีสิทธิจะทำได้ และยังได้วางแนวทางอีกว่าสิทธิการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่ผู้ถูกฟ้องคดีปฏิเสธการจ่ายเงินค่าชดเชยตั้งแต่ครั้งแรก มิใช่เริ่มนับเมื่อถูกปฏิเสธครั้งต่อมา เพราะในเรื่องสัญญาทางปกครองไม่ได้มีกฎหมายกำหนดขึ้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อน

³ ประสาท พงษ์สุวรรณ, บันทึกเรื่องปัญหาในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, ศาลปกครองกลาง, 2543, หน้า 4 (อรรถาธิบาย)

เสียหายไว้โดยเฉพาะ สิทธิการฟ้องคดีจึงเกิดขึ้นทันทีที่มีข้อพิพาทหรือข้อโต้แย้งเกิดขึ้น⁴ ส่วนกรณีการกระทำละเมิดทางปกครองก็เช่นกัน กฎหมายไทยหาได้มีบทบัญญัติใดกำหนดให้ผู้ฟ้องคดีต้องขอให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐรับผิดชอบติดทางละเมิดเสียก่อนจึงจะสามารถฟ้องคดีปกครองได้ ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีย่อมมีสิทธิฟ้องคดีละเมิดต่อศาลปกครองได้ทันที หากเป็นกรณีที่ต้องด้วยลักษณะตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ในชั้นนี้ จะยังไม่นำหลักการนับอายุความของไทยมาทำการเปรียบเทียบ นอกจากที่ได้กล่าวไว้ แต่อยากจะชี้ให้เห็นถึงแนวความคิดกรณีระยะเวลาการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศสเสียก่อน เพื่อให้ได้ทราบแนวคิดหลักเกณฑ์การกำหนดระยะเวลาฟ้องคดี

ก่อนที่จะเข้าสู่เนื้อหาของ (5) หลักกฎหมายมหาชนทั่วไปเกี่ยวกับการฟ้องเรียกหนี้เงินจากรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อันเป็นฐานสำคัญซึ่งได้กำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีภายใน 4 ปี สมควรที่จะทำความเข้าใจเรื่องหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ (2) หลักทั่วไปในการกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีเพื่อเป็นฐานในการพิจารณา (3) การกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดทางปกครอง (4) การกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเสียก่อน ดังนี้

2. หลักทั่วไปในการกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดี

กฎหมายฝรั่งเศสวางหลักทั่วไปเรื่องกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีไว้ตามมาตรา 1 แห่งรัฐกฤษฎีกา เลขที่ 65 – 29 ลงวันที่ 11 มกราคม ค.ศ. 1965 โดยมาตรา R. 102 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ก็ได้นำมาบัญญัติไว้เช่นกัน ซึ่งปัจจุบันตรงกับมาตรา R. 421-1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง (Code de justice administrative) อันมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2001 โดยกำหนดให้ระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองมีกำหนด 2 เดือน นับตั้งแต่วันที่มีการแจ้งหรือประกาศคำสั่ง อันเป็นเหตุให้ฟ้องคดี ย่อมหมายความว่าในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎ (acte réglementaire) ระยะเวลาการฟ้องคดีจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่ประกาศ แต่ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นคำสั่งต่อกลุ่มบุคคล (acte collectif) ระยะเวลาการฟ้องคดีเริ่มนับเมื่อประกาศให้ผู้รับคำสั่งทราบ ส่วนกรณีคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นคำสั่งเฉพาะ

⁴ บุนผา อัครพิมาน, บทวิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 2 ฉบับที่ 1 มกราคม – เมษายน 2545, หน้า 112.

กรณี (acte particulier) ระยะเวลาการฟ้องคดีเริ่มนับเมื่อมีการประกาศให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ และหากเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นคำสั่งเฉพาะราย (acte individuel) ระยะเวลาการฟ้องคดีจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่ที่มีการแจ้งคำสั่งให้ทราบ⁵ ส่วนระยะเวลาสิ้นสุดถึงวันที่คำฟ้องถึงศาลเป็นหลัก ฉะนั้น แม้จะส่งคำฟ้องทางไปรษณีย์ภายในระยะเวลาฟ้องคดีก็ตาม แต่หากคำฟ้องมาถึงศาลเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีแล้ว ศาลจะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องนั้นไว้พิจารณา เว้นแต่จะมีกฎหมายหรือมีแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น⁶ อย่างไรก็ดี ถ้าการแจ้งคำสั่งนี้ไม่ได้ระบุวิธีการและระยะเวลาการฟ้องคดีก็ไม่สามารถยกเรื่องการสิ้นสุดกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีขึ้นโต้แย้งผู้ฟ้องคดีได้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา R. 421-5 แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว

นอกจากนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำขอต่อฝ่ายปกครองเพื่อให้กระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วฝ่ายปกครองนิ่งเฉย (La silence de l' Administration) การนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองย่อมถือว่าเป็นคำสั่งปฏิเสธโดยปริยาย⁷ (décision implicite de

⁵ เช่น ผู้ฟ้องคดีได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองเมื่อวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 2001 การฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องภายในวันที่ 4 พฤษภาคม ค.ศ. 2001

ผู้ฟ้องคดีได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองเมื่อวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1985 การฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องภายในวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 1986 แม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองเมื่อวันที่ 30 หรือ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1985 ก็ตาม เนื่องจากเดือนกุมภาพันธ์อาจะมี 28 วัน หรือ 29 วัน (คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ ลงวันที่ 7 ตุลาคม ค.ศ. 1987 คดี Syndicat mixte régional informatique de Poitiers)

⁶ เช่น เจ้าหน้าที่ไปรษณีย์นัดหยุดงาน ศาลจึงนำมาเป็นข้อยกเว้นที่จะรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ โดยศาลคำนึงถึงพฤติการณ์หรือสภาพแวดล้อมเป็นพิเศษ ซึ่งอาจกระทบถึงการนำส่งคำฟ้องทางไปรษณีย์ (Jean MASSOT, การบรรยายพิเศษโดยประธานแผนกประจำสภาแห่งรัฐ ประเทศฝรั่งเศส เรื่องอายุความการฟ้องคดีและสิทธิการฟ้องคดีปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศส จัดโดย สำนักงานศาลปกครอง ในวันที่ 30 ตุลาคม 2544)

⁷ การที่ฝ่ายปกครองนิ่งเฉยไม่ตอบคำขอเอกชนภายในกำหนดเวลา 4 เดือน นับแต่วันที่ฝ่ายปกครองได้รับคำขอ ไม่ใช่ นับแต่วันที่เอกชนมีคำขอไปยังฝ่ายปกครอง (คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ ลงวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1955 คดี Salvy) อีกทั้งคำพิพากษาศาาแห่งรัฐ ลงวันที่ 8 มกราคม ค.ศ. 1954 คดี Lalba ได้วางแนวบรรทัดฐานการนับระยะเวลาที่ฝ่ายปกครองต้องตอบคำขอเอกชนภายในกำหนดเวลา 4 เดือน กล่าวคือ ถ้าผู้ฟ้องคดีมีคำร้องต่อศาลปกครองในวันที่ 4 มกราคม ระยะเวลาที่ฝ่ายปกครองต้องตอบคำขอให้กระทำภายใน 4 เดือน นับแต่วันที่ 5 มกราคม เวลา 0.00 น. และให้สิ้นสุดวันที่ 4 พฤษภาคม เวลา 24.00 น. หากพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวนี้นับถือว่าฝ่ายปกครองมีคำสั่งปฏิเสธโดยปริยาย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่ามีผลเท่ากับเป็นคำสั่งปฏิเสธ

rejet) กล่าวคือ หลักการนิ่งเฉยนี้ได้กำหนดไว้ในมาตรา 1 แห่งรัฐกฤษฎีกา เลขที่ 65-29 ลงวันที่ 11 มกราคม ค.ศ.1965 ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองฝรั่งเศส (Code de justice administrative) ได้นำมาบัญญัติไว้เช่นกันในมาตรา R. 421-2 วรรคแรก โดยจะมีผลบังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2001 ซึ่งกำหนดให้การนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองเกินกว่า 4 เดือนขึ้นไปมีผลเท่ากับเป็นคำสั่งปฏิเสธ (décision de rejet) ในกรณีนี้ ระยะเวลาการฟ้องคดี จะมีกำหนด 2 เดือน โดยนับตั้งแต่วันที่พ้นกำหนด 4 เดือนดังกล่าวตามมาตรา R. 421-2 วรรคสอง หลักนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ได้ยืนยันในคำวินิจฉัย เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ.1969 โดยวินิจฉัยว่าการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองมีค่าเท่ากับ คำปฏิเสธ (silence gardé parmi administration vaut décision de rejet) เป็นหลักกฎหมายทั่วไปอีกด้วย ดังนั้น ถ้าจะยกเลิกหลักดังกล่าวจะต้องมีการตรากฎหมายออกมาลบล้าง จึงจะถือว่าหลักกฎหมายเช่นนี้ถูกยกเลิกไป ในขณะที่สภาแห่งรัฐ ไม่ยอมรับหลักดังกล่าวว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (คดี Cne de Bozas, 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1970) อย่างไรก็ดี ไม่ว่าจะเกิดความไม่ลงรอยของคำพิพากษาดังกล่าว สำหรับผู้ฟ้องคดี (demandeur) เพียงแต่พิสูจน์ว่าได้ส่งคำร้อง (réclamation) ของตนไปยังฝ่ายปกครองแล้วโดยเพียงนำใบตอบรับของไปรษณีย์ตอบรับ (récépissé de la poste) มาแสดงต่อศาลว่าได้ส่งคำขอไปแล้วแต่ฝ่ายปกครองนิ่งเฉยเกินกว่า 4 เดือน ก็นำมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้⁸ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายฝรั่งเศสได้มีแนวทางแก้ไขปัญหการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครอง โดยให้ถือว่าเป็นคำสั่งปฏิเสธที่จะนำไปฟ้องศาลปกครองต่อไป ในการนี้ จะพิจารณาลงไปในสาระว่าการปฏิเสธเป็นการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ถ้าไม่ชอบก็ให้ฝ่ายปกครองพิจารณาใหม่ แต่ไม่มีการบังคับกำหนดเวลาให้ฝ่ายปกครองต้องออกคำสั่งตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแต่อย่างใด และหากภายในระยะเวลา 2 เดือนนั้น ฝ่ายปกครองมีคำสั่งปฏิเสธโดยแจ้งชัด ระยะเวลาการฟ้องคดีจะเริ่มนับใหม่ คือ 2 เดือน ซึ่งจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่มิคำสั่งปฏิเสธโดยชัดแจ้งนั้น

อย่างไรก็ตาม ในบางคดีนั้น ระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองอาจจะมีกำหนดเวลาสั้นกว่า 2 เดือน เพราะต้องการให้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทอย่างรวดเร็ว เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งท้องถิ่น⁹ หรือยาวกว่า 2 เดือนก็ได้ เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับการประกอบกิจการที่เป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมซึ่งมีระยะเวลาฟ้องคดี 4 ปี เป็นต้น

⁸ Jean Rivero et Jean Waline , อ้างแล้ว, n° 219, p. 214.

⁹ คดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งท้องถิ่นมีอายุความ 5 วัน (ศาลปกครองฝรั่งเศสมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งท้องถิ่น ในขณะที่คดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้ง

3. การกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดทางปกครอง¹⁰

กฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ระยะเวลาการฟ้องคดีไว้โดยเฉพาะ อย่างเช่นกฎหมายไทย ผู้ฟ้องคดีต้องยื่นคำร้องขอต่อฝ่ายปกครองที่รับผิดชอบโดยตรงภายใน กำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีปกครอง และเมื่อฝ่ายปกครองมีคำสั่งปฏิเสธโดยแจ้งชัดหรือ หนึ่งเคยแล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งปฏิเสธโดยแจ้งชัด หรือโดยปริยายนั้นได้ ทั้งนี้ ให้นำหลักทั่วไปเรื่องกำหนดเวลาการฟ้องคดีดังที่ได้กล่าวไว้ ข้างต้นมาบังคับใช้

4. การกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ระยะเวลาการฟ้องคดีประเภทนี้ใช้หลักเกณฑ์เดียวกับหลักทั่วไปตามที่ ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ในสัญญาทางปกครองอาจจะมีการกำหนด ระยะเวลาในการฟ้องคดีเป็นกรณีพิเศษก็ได้ หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตาม

ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ หรือการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาอยู่ในอำนาจ พิจารณาพิพากษาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ)

¹⁰ เป็นที่น่าสังเกตว่าศาลปกครองของฝรั่งเศสมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาท เกี่ยวกับความรับผิดชอบจากการปฏิบัติทางการแพทย์ เช่น กรณีวินิจฉัยการตั้งครรภ์ก่อนการคลอดที่ผิดพลาด (คำพิพากษาศาลแห่งรัฐ ลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1997 คดี C.H.U. de Nice) กรณีอุบัติเหตุที่เกิดจาก การชลออวัยวะเพศชาย (คำพิพากษาศาลแห่งรัฐ ลงวันที่ 3 พฤศจิกายน ค.ศ.1997 คดี Hôpital Joseph-Imbert d'Arles) และกรณีความรับผิดชอบของศูนย์ถ่ายเลือดที่ได้ถ่ายเลือดติดเชื้อโรคเอดส์ (คำพิพากษาศาล แห่งรัฐ ลงวันที่ 26 พฤศจิกายน ค.ศ.1995) แต่ในขณะที่ศาลปกครองสูงสุดของไทย (คำสั่งที่ 68/2544) วินิจฉัยว่า การที่แพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐผ่าตัดอวัยวะปูดหัวเข้าของผู้ฟ้องคดี จนเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดี มีอาการเจ็บปวดทุกข์ทรมานตลอดเวลา และไม่สามารถประกอบอาชีพการงานได้ตามปกติ ถือได้ว่าเป็น การกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์เท่านั้น หาใช่เป็นการกระทำละเมิดที่เกิดจากการใช้อำนาจ ตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมาย กำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(3) แห่งพระราช บัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ประการใดไม่ จึงไม่อยู่ในอำนาจ พิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 2/2545 ได้วินิจฉัย ในแนวทางเดียวกันว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิดของแพทย์ ในโรงพยาบาลของรัฐเป็นการกระทำทางกายภาพในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ คือ การรักษาพยาบาลผู้ป่วย ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมตาม มาตรา 271 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งต่อมาศาลปกครองสูงสุด (คำสั่งที่ 250/2545) ก็ได้เดินตามแนวโน้มคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 2/2545

ข้อกำหนดในสัญญา เช่น สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (marchés publics) ส่วนใหญ่มักจะกำหนดว่า เมื่อมีการตรวจรับงานหรือตรวจรับพัสดุกันแล้วให้สัญญานั้นสิ้นสุดลง เว้นแต่ฝ่ายปกครองได้กำหนดข้อสงวนบางประการไว้ ซึ่งจะทำให้มีการฟ้องคดีได้ หรือกรณีสัญญางานโยธาสาธารณะ (marchés de travaux publics) ที่มีการประกันไว้เป็นเวลา 10 ปี ย่อมทำให้ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้รับเหมาหรือสถาปนิกได้ หากเกิดความเสียหายขึ้นภายในระยะเวลา 10 ปีที่อยู่ในประกัน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญางานโยธาสาธารณะมีข้อยกเว้นกรณีที่ไม่ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เรื่องกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดี เนื่องจากคดีพิพาทดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นของหลักที่ต้องให้มีคำสั่งก่อนจึงจะฟ้องคดีปกครองได้ ดังนั้นเมื่อไม่จำเป็นต้องให้มีคำสั่งก่อน จึงไม่อยู่ในบังคับให้ต้องฟ้องคดีภายในกำหนดระยะเวลาใด ๆ¹¹ ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติข้อยกเว้นไว้ในมาตรา 421-1 แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว ซึ่งกำหนดให้ระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองมีกำหนด 2 เดือน นับตั้งแต่วันที่ที่มีการแจ้งหรือประกาศคำสั่ง อันเป็นเหตุให้ฟ้องคดี เว้นแต่ในกรณีการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาโยธาสาธารณะ

5. หลักกฎหมายมหาชนทั่วไปเกี่ยวกับการฟ้องคดีเรียกหนี้เงินจากรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

หลักนี้ถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฟ้องคดีเรียกหนี้เงินจากฝ่ายปกครองทุกกรณีภายในกำหนดระยะเวลา 4 ปี นับแต่วันที่หนี้เกิดหรือเจ้าหน้าที่รู้ถึงความเป็นเจ้าหนี้ ในภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า "prescription quadriennale" ทั้งนี้ โดยนับจากวันแรกของปีที่ถัดมาจากปีที่เกิดสิทธิ ตามมาตรา 1 ของกฎหมาย เลขที่ 68-1250 ลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1968 ซึ่งถือว่าเป็นหลักข้อยกเว้นของหลักทั่วไปในการกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ตัวอย่าง

¹¹ แม้ข้อยกเว้นนี้จะไม่นำมาใช้กรณีการฟ้องระหว่างคู่สัญญา โดยผลจากข้อกำหนดในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของทางราชการ (Les marchés publics) แต่ก็ยังคงมีขอบเขตการใช้ค่อนข้างกว้างอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ถึงแม้ว่าบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องมีคำสั่งและผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องโต้แย้งคำสั่งดังกล่าวต่อศาลอย่างแข็งขันก็ตาม แต่ข้อยกเว้นดังกล่าวก็ยังใช้ได้ กล่าวคือ ถือว่าฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้ (คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 16 ตุลาคม ค.ศ. 1970 คดี T.P.G. des Hauts-de-Seine. Rec, หน้า 584, ลงวันที่ 18 มกราคม ค.ศ. 1963 คดี Wierel, หน้า 28 อ้างใน บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, บันทึกรายการอายุความหรือระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองตามกฎหมายไทยและกฎหมายฝรั่งเศส, สำนักงานศาลปกครอง, 2543, หน้า 16 (อัดสำเนา)

- กรณีผู้รับเหมาก่อสร้างทำสัญญากับฝ่ายปกครองก่อสร้างอาคารโรงเรียนแห่งหนึ่ง แต่มิได้ทวงถามให้ฝ่ายปกครองจ่ายเงินค่าจ้าง เมื่อผู้รับเหมาก่อสร้างส่งมอบงานให้กับฝ่ายปกครองในวันที่ 8 มีนาคม ค.ศ. 2000 ผู้รับเหมาก่อสร้างย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องคดีให้ฝ่ายปกครองจ่ายหนี้เงินได้จนถึงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2004 ทั้งนี้ โดยนับจากวันแรกของปีถัดมาจากปีที่เกิดสิทธิ¹²

- กรณีฝ่ายปกครองได้ถมคลองเพื่อสร้างถนนหน้าบ้านผู้ฟ้องคดี¹³ เมื่อฝนตกเป็นเหตุให้เกิดน้ำท่วมในวันที่ 8 มีนาคม ค.ศ. 2000 ทำให้บ้านของผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย ผู้ฟ้องคดีย่อมมีสิทธิฟ้องคดีให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายได้จนถึงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2004 โดยนับจากวันแรกของปีถัดมาจากปีที่เกิดสิทธิ¹⁴ แต่หากผู้ฟ้องคดีเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายวันที่ 31 พฤศจิกายน ค.ศ. 2004 และฝ่ายปกครองปฏิเสธไม่ชดใช้ค่าเสียหายตามคำสั่งลงวันที่ 30 มกราคม ค.ศ. 2005 ถือว่าฝ่ายปกครองได้มีคำสั่งปฏิเสธโดยชัดแจ้งแล้ว ผู้ฟ้องคดีก็ย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งปฏิเสธดังกล่าวและขอให้ศาลสั่งให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายได้ภายในกำหนดระยะเวลา 2 เดือน ตามหลักทั่วไปเรื่องกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา R. 421-1 แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว หรือในทางตรงกันข้าม หากฝ่ายปกครองนิ่งเฉยไม่กระทำการใด ๆ ก็หาจะมีผลใด ๆ ต่ออายุความไม่ เพราะจะไม่นำหลักคำสั่งปฏิเสธโดยปริยายมาใช้กับคดีเรียกค่าเสียหาย ซึ่งถือว่าเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจพิจารณาเต็ม (Recours de pleine juridiction) เนื่องจากการฟ้องคดีประเภทนี้มุ่งหมายที่จะให้ผู้ฟ้องคดีได้รับประโยชน์และศาลมีอำนาจพิพากษาให้ฝ่ายปกครองชดใช้

¹² ตามมาตรา 1 ของกฎหมาย เลขที่ 68-1250 ลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1968

¹³ เป็นที่น่าสังเกตว่าศาลปกครองสูงสุดของไทยโดยมติที่ประชุมใหญ่ (คำสั่งที่ 271/2545) ได้วินิจฉัยว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการขุดตักน้ำและถมถนนรุกล้ำเข้าไปในที่ดินของผู้ฟ้องคดี โดย อบต.คลองน้อย (ผู้ถูกฟ้องคดี) มอบหมายให้ผู้รับจ้างเป็นผู้ดำเนินการแทน ถือว่าเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายขององค์การบริหารส่วนตำบล ตามมาตรา 67 และมาตรา 68 ประกอบกับมาตรา 69 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

¹⁴ ตามมาตรา 1 ของกฎหมาย เลขที่ 68-1250 ลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1968

ค่าเสียหายได้ โดยอายุความจะเดินไปจนกว่าจะครบ 4 ปีเสมอ ทั้งนี้ ตามกฎหมาย เลขที่ 68-1250 ลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1968¹⁵

6. บทสรุป

ระยะเวลาการฟ้องคดีเป็นประเด็นสำคัญประการหนึ่งเนื่องจากมีผลกระทบต่อสิทธิหรืออำนาจฟ้องคดีปกครอง ซึ่งถือว่าเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครองอันเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งที่จะทำให้ศาลปกครองรับคำฟ้องไว้พิจารณา อีกทั้งการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับกระทำละเมิดทางปกครองและสัญญาทางปกครองนั้น ผู้ฟ้องคดีจะต้องร้องขอให้ฝ่ายปกครองตัดสินใจเสียก่อนจะนำคดีมาฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ซึ่งหลักนี้ถือว่าต่างกับคดีแพ่งในศาลยุติธรรม เนื่องจากคดีแพ่งเมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น เอกชนไม่จำเป็นต้องให้เอกชนอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตนให้ถูกต้องโดยงดกระทำละเมิด ให้ใช้ค่าเสียหาย หรือปฏิบัติตามสัญญา ก่อนสิ้นสุดอายุความเรียกร้องทรัพย์สินจากฝ่ายปกครอง ซึ่งกำหนดไว้ว่ามีอายุความ 4 ปี โดยนับจากวันแรกของปีที่ถัดมาจากปีที่เกิดสิทธิ อันถือได้ว่าลดปัญหาอุปสรรคเกี่ยวกับการเริ่มนับระยะเวลาการฟ้องคดีได้อย่างมาก และที่สำคัญหลักเกณฑ์เรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยศาลปกครองฝรั่งเศสสามารถหยิบยกเหตุดังกล่าวขึ้นเองเพื่อไม่รับคดีไว้พิจารณาได้เสมอ เช่นเดียวกับศาลปกครองไทย แม้ว่าคู่กรณีจะมีได้ยกขึ้นว่ากันมาแล้วโดยชอบก็ตาม และคู่กรณีย่อมมีสิทธิที่จะยกขึ้นอ้างซึ่งปัญหาเช่นนั้นได้เช่นกันเสมอ

¹⁵ René Chapus, Droit du contentieux administratif 3^e éd., Paris, Montchrestien, 1991, p.593-594 และ 613-614 อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, กรุงเทพฯ, จีระการพิมพ์, 2540 หน้า 374.

อายุความหรือระยะเวลาการฟ้องคดีปกครอง ตามกฎหมายไทยและกฎหมายฝรั่งเศส^{*}

ดร.บุญอนันต์ วรรณพานิชย์^{**}

ประเด็นเรื่องอายุความหรือระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองเป็นประเด็นสำคัญอีกประเด็นหนึ่งที่ควรมีการพิจารณาเพื่อให้เกิดความชัดเจน เพราะเป็นเงื่อนไขการฟ้องคดีอย่างหนึ่ง จึงมีผลโดยตรงต่อการใช้สิทธิฟ้องคดีปกครอง และต่ออำนาจของศาลปกครองในการรับหรือไม่รับคดีไว้พิจารณา ซึ่งในการพิจารณายกฐานะระเบียบวิธีพิจารณาคดีปกครองได้มีการยกปัญหาว่ากำหนดเวลาการฟ้องคดีปกครองนั้นเป็นเรื่อง “อายุความ” หรือเป็น “ระยะเวลา” หรือปัญหาหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวว่าสมควรจะมีการกำหนดเพิ่มเติมไว้อย่างไรหรือไม่ ในที่นี้จึงประเด็นเกี่ยวกับความหมายที่แท้จริงของกำหนดเวลาในการฟ้องคดีเป็นส่วนแรก จากนั้นในส่วนที่สองจะได้เสนอหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในเรื่องนี้เพื่อให้เห็นภาพรวมที่ชัดเจนยิ่งขึ้น อนึ่ง โดยที่กฎหมายฝรั่งเศสซึ่งมีพัฒนาการมานานมีหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้อย่างละเอียด แต่เพื่อให้ฉบับนี้มีความสมบูรณ์จึงจะให้รายละเอียดเฉพาะเท่าที่จำเป็นเพื่อให้มองเห็นภาพของระบบกฎหมายฝรั่งเศสในเรื่องนี้

ส่วนที่ 1

ความหมายของกำหนดเวลาการฟ้องคดีปกครอง : ปัญหาการใช้ถ้อยคำและความเข้าใจที่เคร่งครัด

เรื่องกำหนดเวลาการฟ้องคดีปกครองของไทยมีประเด็นปัญหาให้ต้องพิจารณาดังแต่ต้นเลยทีเดียวว่า มีความหมายที่แท้จริงอย่างไร ทั้งนี้ เนื่องจากพระราชบัญญัติ

^{*} เอกสารนี้ปรับปรุงขึ้นจากเอกสารที่ได้จัดทำในขณะที่ยังเขียนปฏิบัติหน้าที่ในสำนักวิจัยและวิชาการ โดยได้ปรับปรุงเฉพาะในส่วนของถ้อยคำบางส่วนเพื่อให้เข้าใจได้ชัดเจนยิ่งขึ้น แต่ยังคงรักษาเค้าโครงและเนื้อหาหลักไว้เช่นเดิม โดยไม่ได้เพิ่มเติมเนื้อหาใหม่จากข้อมูลคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลปกครองที่มีขึ้นหลังจากนั้นแต่อย่างใด

^{**} น.บ. (จุฬาฯ), นบ.ท., น.ม. (จุฬาฯ), ปริญญาเอกทางกฎหมายมหาชน (Docteur en Droit) เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง มหาวิทยาลัย Toulouse ประเทศฝรั่งเศส, ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองกลาง และตุลาการผู้แถลงคดีในศาลปกครองสูงสุด

จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ใช้ถ้อยคำในเรื่องนี้แตกต่างกัน โดยมีการใช้คำว่า “อายุความ”¹ คำว่า “ระยะเวลา”² รวมทั้งคำว่า “กำหนดเวลา”³

การใช้ถ้อยคำแตกต่างกันเช่นนี้ประกอบกับความเข้าใจที่เคร่งครัดเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “อายุความ” และ “ระยะเวลา” ซึ่งตามกฎหมาย (โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา) แยกหลักเกณฑ์ทั้ง 2 เรื่องไว้แตกต่างกัน อาจทำให้เกิดคำถามขึ้นว่า ช่วงเวลาที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ กำหนดให้ใช้สิทธิฟ้องคดีนี้เป็นเรื่องของ “อายุความ” หรือเป็นเรื่อง “ระยะเวลา”

¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 45 ๗๗

๗๗

คำฟ้องใดมีรายการไม่ครบตามวรรคหนึ่ง หรือไม่ชัดเจน หรือไม่อาจเข้าใจได้ ให้สำนักงานศาลปกครองให้คำแนะนำแก่ผู้ฟ้องคดีเพื่อดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องนั้นให้ถูกต้อง ในการนี้ให้ถือว่าวันที่ยื่นฟ้องครั้งแรกเป็นหลักในการนับอายุความ

๗๗

๗๗

² พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 50 คำสั่งใดที่อาจฟ้องต่อศาลปกครองได้ ให้ผู้ออกคำสั่งระบุวิธีการยื่นคำฟ้อง และระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องไว้ในคำสั่งดังกล่าวด้วย

ในกรณีที่ปรากฏต่อผู้ออกคำสั่งใดในภายหลังว่า ตนมิได้ปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้นั้นดำเนินการแจ้งข้อความซึ่งพึงระบุดตามวรรคหนึ่งให้ผู้รับคำสั่งทราบโดยไม่ชักช้า ในกรณีนี้ให้ระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องเริ่มนับใหม่นับแต่วันที่ผู้รับคำสั่งได้รับแจ้งข้อความดังกล่าว

ถ้าไม่มีการแจ้งใหม่ตามวรรคสองและระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องมีกำหนดน้อยกว่าหนึ่งปีให้ขยายเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องเป็นหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับคำสั่ง

³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 52 ๗๗

๗๗

การฟ้องคดีปกครองที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดีแล้ว ถ้าศาลปกครองเห็นว่า คดีที่ยื่นฟ้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่นโดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีมีคำขอ ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้

มาตรา 73 การคัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นนั้น ให้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองชั้นต้นที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งภายในกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่ได้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่ง ถ้ามิได้ยื่นอุทธรณ์ตามกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าคดีนั้นเป็นอันถึงที่สุด

๗๗

๗๗

การใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันในเรื่องนี้ไม่ใช่สาระสำคัญ หากเข้าใจให้ตรงกันได้ว่า กรณีเป็นเรื่องช่วงเวลาที่ถูกกฎหมายกำหนดให้ใช้สิทธิฟ้องคดีปกครองนั่นเอง ดังจะเห็นได้จากข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

ข้อพิจารณาประการแรก การใช้ถ้อยคำปะปนกันเช่นนี้มีได้มีอยู่เพียงในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เท่านั้น หากย้อนไปพิจารณา “ถ้อยคำ” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็จะพบว่ามีการใช้ถ้อยคำปะปนกันเช่นกัน กล่าวคือ แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้แยกบทบัญญัติว่าด้วย “อายุความ” และบทบัญญัติว่าด้วย “ระยะเวลา” ออกเป็นคนละเรื่องกันก็ตาม แต่ในบทบัญญัติว่าด้วยอายุความนั้นเองก็ยังมี การใช้ถ้อยคำว่า “ระยะเวลา” อยู่ด้วย เห็นได้ในมาตรา 193/9 ที่บัญญัติไว้ว่า “สิทธิเรียกร้องใด ๆ ถ้ามิได้ใช้บังคับภายในระยะเวลาที่ถูกกฎหมายกำหนด สิทธิเรียกร้องนั้นเป็นอันขาดอายุความ” ดังนั้น การที่มีการใช้ถ้อยคำแตกต่างกัน 2 คำในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จึงไม่เป็นสาระสำคัญในการพิจารณาว่า แท้จริงแล้วมีความหมายอย่างไร

ข้อพิจารณาประการที่สอง ในบางกรณี ความเข้าใจเกี่ยวกับคำว่า “อายุความ” และ “ระยะเวลา” ที่เข้าใจกันอยู่นั้น มักเป็นความเข้าใจที่ค่อนข้างเคร่งครัด และไม่น่าจะนำความเข้าใจเช่นนั้นมาปรับใช้โดยตรงกับเรื่องการฟ้องคดีปกครอง เพราะจะทำให้เกิดความสับสนขึ้นได้ โดยส่วนใหญ่มักเข้าใจคำว่า “อายุความ” ว่าหมายถึง **อายุความการฟ้องคดีเท่านั้น** และมักแยกความแตกต่างระหว่าง “อายุความ” กับ “ระยะเวลา” ออกจากกันอย่างเด็ดขาด โดยอาจลืมไปว่า แม้อายุความในความหมายของอายุความการฟ้องคดีก็ยังคงเป็นเรื่องของระยะเวลาที่ถูกกฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีนั่นเอง

ในส่วนที่เกิดความเข้าใจว่า “อายุความ” หมายถึงเฉพาะอายุความการฟ้องคดีนั้น น่าจะสืบเนื่องมาจากการกล่าวถึงอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเป็นการกล่าวถึงเฉพาะบางส่วน กล่าวคือ เป็นการกล่าวถึงโดยอาจไม่ได้ให้ความสำคัญอย่างครบถ้วนว่า จริง ๆ แล้ว อายุความในทางแพ่งก็มีอยู่หลายกรณีด้วยกัน ทั้งที่เป็นอายุความได้สิทธิ⁴ หรือที่เป็นอายุความเสียสิทธิ และอาจมิได้สังเกตว่า แม้แต่เรื่องอายุความที่บัญญัติไว้ในบรรพ 1 ลักษณะ 6 (อายุความเสียสิทธิ) เอง ก็ไม่มีทีใดในกฎหมายที่กล่าวไว้ว่าเป็นอายุความฟ้องคดี โดยกฎหมายกล่าวไว้แต่เพียงว่าเป็นเรื่องระยะเวลาที่ถูกกฎหมายกำหนดให้บังคับ

⁴ เช่น อายุความครอบครองปรปักษ์ ตามมาตรา 1382 หรืออายุความได้สิทธิการจำยอม ตามมาตรา 1401 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตามสิทธิเรียกร้อง⁵ เท่านั้น แต่อาจจะเป็นเพราะว่าการบังคับตามสิทธิเรียกร้องทางแพ่ง โดยหลักจะกระทำโดยการใช้สิทธิทางศาล (เพราะเอกชนไม่อาจบังคับเอากับเอกชนด้วยกันได้เอง) กรณีจึงเกิดความเข้าใจซ้อนกันขึ้นมาว่า เมื่อใดที่กล่าวถึง “อายุความ” ย่อมหมายถึง อายุความการฟ้องคดีเท่านั้น นอกจากนั้น หากเปรียบเทียบกับกฎหมายอาญาแล้ว ก็จะต้องเห็นได้ชัดเจนขึ้นอีกว่า ความเข้าใจดังกล่าวเป็นความเข้าใจที่จำกัดเฉพาะบางส่วน เพราะในกฎหมายอาญา คำว่า “อายุความ” หมายถึงอายุความในหลายกรณี เช่น อายุความลงโทษ⁶ อายุความการยึดทรัพย์สินใช้ค่าปรับ⁷ อายุความการเรียกประกันทัณฑ์บน⁸ ฯลฯ มิได้จำกัดอยู่เพียงเฉพาะอายุความการฟ้องคดี⁹ แต่อย่างใด

สำหรับความเข้าใจที่แยกคำว่า “อายุความ” กับ “ระยะเวลา” ออกจากกันอย่างเด็ดขาดนั้น น่าจะเนื่องมาจากการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้แยกบัญญัติเรื่อง “ระยะเวลา” และ “อายุความ” ไว้เป็นคนละส่วนกัน (ซึ่งเป็นเรื่องที่ถูกต้องแล้ว เพราะมีหลักเกณฑ์แตกต่างกันหลายประการ) และเมื่อกฎหมายแยกทั้งสองเรื่องดังกล่าวไว้เป็นคนละส่วนกัน เช่นนี้ จึงทำให้เข้าใจไปว่าจะต้องแยกทั้งสองเรื่องออกจากกันอย่างเด็ดขาด โดยทำให้ลืมไปว่าจริง ๆ แล้ว อายุความก็เป็นเรื่องของกำหนดเวลาอย่างหนึ่ง นอกจากนี้ ยังน่าจะเนื่องมาจากการที่หลักเกณฑ์ของทั้งสองเรื่องมีข้อแตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในข้อที่ว่า หากเป็นเรื่องระยะเวลาแล้วก็อาจยื่นหรือขยายได้ แต่ถ้าเป็นเรื่องอายุความก็จะยื่นหรือขยายไม่ได้¹⁰ หรือในข้อที่ว่า อายุความเป็นเรื่องปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย¹¹ แต่เรื่องระยะเวลามีใช้

⁵ โปรดพิจารณาถ้อยคำของมาตรา 193/9 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กล่าวมาแล้ว

⁶ มาตรา 98 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

⁷ มาตรา 99 บรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายอาญา

⁸ มาตรา 101 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

⁹ มาตรา 95 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 193/11 อายุความที่กฎหมายกำหนดไว้ นั้น คู่กรณีจะตกลงกันให้ดใช้หรือขยายออกหรือยื่นเข้าไม่ได้

¹¹ ศักดิ์ สนองชาติ, นิติกรรมและสัญญา, นิติบรรณาการ, กรุงเทพมหานคร, 2539, หน้า 567 อ้างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1583/2511 และ จำปี โสคติพันธุ์, นิติกรรมสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2539, หน้า 209

เรื่องปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย¹² ซึ่งความเข้าใจเช่นนี้มีข้อพิจารณาว่าจะถูกต้องและใช้ได้กับทุกกรณีหรือไม่ เพราะเมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์จากคำพิพากษาของศาลแล้วพบว่า มีเรื่องระยะเวลาการใช้สิทธิฟ้องคดีหลายกรณีที่ศาลเองได้วินิจฉัยว่ามีใช้เรื่องอายุความแต่เป็นเรื่องระยะเวลา เช่น ระยะเวลาฟ้องคดีเพื่อเอาคืนซึ่งการครอบครอง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1646/2505) หรือการฟ้องหรือร้องขอเพิกถอนมติของที่ประชุมใหญ่บริษัท (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2576/2517)¹³ นอกจากนี้ หากยอมรับกันว่าอายุความเป็นเรื่องปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ซึ่งศาลอาจยกขึ้นเองได้ตามมาตรา 142(5) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว ก็ต้องไม่สับสนว่า กรณีอายุความทางแพ่งเป็นหรือไม่เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เพียงเพราะเหตุที่กฎหมายกำหนดให้ศาลไม่อาจหยิบยกเรื่องอายุความทางแพ่งขึ้นเป็นเหตุยกฟ้องคดีได้เองถ้าคู่ความมิได้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้¹⁴ โดยต้องเข้าใจเป็นหลักว่า เรื่องอายุความหรือระยะเวลาการฟ้องคดีเป็นเรื่องปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เพียงแต่ว่าในความสัมพันธ์ทางกฎหมายเอกชน คู่กรณีสมควรมีหน้าที่ระมัดระวังปกป้องรักษาสิทธิของฝ่ายตน และหากฝ่ายใดไม่ใส่ใจประโยชน์ของตน ก็เป็นเรื่องที่กระทบเฉพาะบุคคลนั้นเท่านั้น ไม่ได้กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยแต่อย่างใด และยังเห็นได้ว่า แม้จะล่วงเลยกำหนดเวลาที่ใช้สิทธิทางศาลไปแล้ว กฎหมายก็ยังยอมรับให้อาจมีการชำระหนี้กันได้โดยชอบโดยลูกหนี้อาจสละประโยชน์แห่งอายุความก็ได้¹⁵

ความเข้าใจที่ค่อนข้างเคร่งครัดตามที่กล่าวมาข้างต้นนี้เองที่อาจทำให้เกิดความสับสนได้ เพราะในความเป็นจริงแล้ว อายุความซึ่งถือกันว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยนั้น ในบางกรณีกฎหมายก็ห้ามมิให้ศาลยกขึ้นเองเช่นกรณีคดีแพ่งตามที่กล่าวมาแล้ว และเรื่องระยะเวลานั้นก็มีใช้ว่าจะเป็นเรื่องไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในทุกกรณี เพราะหากเป็นระยะเวลาเกี่ยวกับการฟ้องคดี (ไม่ว่าจะเรียกว่าเป็นอายุความหรือระยะเวลาก็ตาม)

¹² ศักดิ์ สนองชาติ, อ้างแล้ว, หน้า 543

¹³ เท่าที่ตรวจสอบคำพิพากษาศาลฎีกานั้น ดูเหมือนว่าศาลจะใช้เกณฑ์ "สิทธิเรียกร้อง" เป็นจุดแบ่งแยก โดยหากเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้อง ศาลก็จะถือว่าเป็นเรื่องอายุความ

¹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 193/29 เมื่อไม่ได้ยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ศาลจะอ้างเอาอายุความมาเป็นเหตุยกฟ้องไม่ได้

¹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 193/24 เมื่ออายุความครบกำหนดแล้วลูกหนี้จะสละประโยชน์แห่งอายุความนั้นเสียก็ได้ แต่การสละประโยชน์เช่นนี้ไม่มีผลกระทบกระเทือนสิทธิของบุคคลภายนอกหรือผู้ค้าประกัน

โดยสภาพก็น่าจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย เพราะเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจฟ้องร้องต่อผู้คดี¹⁶ ข้อสำคัญจึงอยู่ที่การพิจารณาว่า กรณีนั้น ๆ เป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายใดและเป็นเรื่องใดมากกว่า เช่น หากเป็นความสัมพันธ์ในทางกฎหมายอาญา ซึ่งโดยสภาพเห็นได้ว่าเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของสังคม แม้จำเลยจะไม่ได้ยกอายุความขึ้นต่อสู้ ศาลก็ยกขึ้นเป็นเหตุยกฟ้องเองได้¹⁷

ข้อพิจารณาประการที่สาม ในกฎหมายฝรั่งเศส การใช้ถ้อยคำในเรื่องนี้กลับไม่มีปัญหามากนัก เพราะหากเป็นระยะเวลาการฟ้องคดีก็จะใช้คำว่า “ระยะเวลา (le délai)” ซึ่งกรณีการฟ้องคดี (le délai d'action) มีความหมายว่า “ช่วงระยะเวลาซึ่งกำหนดไว้ให้ต้องกระทำการหรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งก่อนสิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าว มิฉะนั้น ก็ไม่อาจรับไว้พิจารณาได้หรือหมดสิทธิที่จะดำเนินการดังกล่าว (la forclusion)”¹⁸ แต่ถ้าเป็นเรื่องอายุความก็จะใช้คำว่า “prescription” ซึ่งมีความหมายหลายประการ มิได้เจาะจงเฉพาะเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีเท่านั้น โดยหมายความรวมถึง การได้มาหรือเสียไปซึ่งสิทธิ (Mode d'acquisition ou d'extinction d'un droit) และการระงับสิ้นไปซึ่งอำนาจที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดอาญา (อายุความล่วงเลยการลงโทษ)¹⁹ ในทางตำราของฝรั่งเศสจึงมีการอธิบายย่ำว่า จะต้องไม่เข้าใจปะปนกันระหว่างการสิ้นไปซึ่งสิทธิเรียกร้อง (prescription) กับการสิ้นไปซึ่งสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาล (la forclusion) โดยอันแรกเป็นการระงับสิ้นไปทั้งสิทธิเรียกร้องและสิทธิที่จะฟ้องคดีต่อศาล ขณะที่อันหลังเป็นเพียงเรื่องการสิ้นไปซึ่งสิทธิในการฟ้องคดีเท่านั้น²⁰

กล่าวโดยสรุป ในปัญหาของเรื่องนี้ซึ่งถ้อยคำในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มีการใช้ถ้อยคำแตกต่างกันนั้น ไม่ว่าถ้อยคำในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จะใช้ถ้อยคำโดยย่อไม่เป็นสาระสำคัญที่จะทำให้เกิดความสับสนในความหมายของเรื่องนี้ได้ หากเข้าใจตรงกันว่า กรณีเป็นเรื่องระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้ต้องฟ้องคดีต่อศาลนั่นเอง อนึ่ง หากในร่างระเบียบฯ จะใช้ถ้อยคำในเรื่องนี้ว่า “ระยะเวลา” ก็จะต้องพึงระมัดระวังว่า มิใช่ “ระยะเวลา” ตามนัยของร่างระเบียบฯ ข้อ 6 ที่ให้ศาลมีอำนาจยื่นหรือ

¹⁶ ศักดิ์ สนองชาติ, อ้างแล้ว, หน้า 568

¹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 400/2475

¹⁸ Gérard CORNU, Vocabulaire Juridique, Puf, 1987, หน้า 242

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 604-605

²⁰ Charles Debbasch et Jean – Claude Ricci, Contentieux administratif, 6^e éd., 1994,

ขยายได้ เพราะระยะเวลาการฟ้องคดีมิใช่เป็นเรื่องที่ศาลอาญ่นหรือขยายได้เอง เพราะเป็นกฎเกณฑ์ที่กระทบต่อสิทธิของประชาชนโดยตรง การจะยื่นหรือขยายระยะเวลาการฟ้องคดีหากจะมีได้ก็แต่เฉพาะกรณีที่ถูกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้เท่านั้น

ส่วนที่ 2

หลักเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับอายุความหรือระยะเวลาการฟ้องคดีปกครอง

ในเรื่องอายุความหรือระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองมีหลักเกณฑ์หลายประการ ซึ่งเพื่อเป็นการช่วยให้เข้าใจระบบกฎหมายของหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ได้ดียิ่งขึ้น กรณีจึงจะได้กล่าวถึงประเด็นหลัก ๆ 5 เรื่อง ได้แก่ กำหนดเวลาการฟ้องคดี การนับระยะเวลาข้อยกเว้นเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดี การขยายระยะเวลาการฟ้องคดี และกรณีที่กำหนดให้กำหนดเวลาดังกล่าวสะดุดหยุดอยู่หรือหยุดลง โดยจะแยกกล่าวถึงหลักเกณฑ์ตามกฎหมายไทยเสียก่อนแล้วจึงกล่าวถึงกฎหมายฝรั่งเศส

1. หลักกฎหมายไทย

ในการกล่าวถึงหลักกฎหมายไทยนี้ พึงเข้าใจในเบื้องต้นว่า เป็นการกล่าวถึงหลักเกณฑ์ตามที่มีการกำหนดในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองฯ เท่านั้น แต่เมื่อใดที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดในเรื่องนี้ไว้ หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ก็ต้องถือตามที่กฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ อันเป็นไปตามหลักการปรับใช้กฎหมายซึ่งต้องปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะ เว้นแต่เมื่อไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้จึงนำกฎหมายกลางในเรื่องนั้นมาปรับใช้ ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองฯ มีฐานะเป็นกฎหมายกลางในเรื่องนี้

สำหรับกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองเอาไว้ใน 5 เรื่องดังกล่าว ดังนี้

1.1 กำหนดเวลาการฟ้องคดี

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้แยกเรื่องกำหนดเวลาการฟ้องคดีออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีทั่วไป และกรณีการฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4)

(1) กรณีทั่วไป

เมื่อพิจารณามาตรา 49 ประกอบกับมาตรา 51 แล้ว กรณีทั่วไปได้แก่การฟ้องคดีปกครอง ซึ่งมีใช้การฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) โดยนับนี้จึงครอบคลุมการฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง กรณีอื่น ๆ ซึ่งได้แก่กรณีตาม (1) (2) (5) (6)

และครอบคลุมถึงการฟ้องคดีตามมาตรา 11 (1) (2) และ (3) ด้วย แต่ไม่รวมถึง (4) เพราะมีกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์เอาไว้เป็นการเฉพาะแล้ว

ในกรณีทั่วไปนี้ กฎหมายกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีไว้ให้มีกำหนด 90 วัน ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น²¹

(2) การฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4)

การฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ (มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3)) และการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4)) นั้น มาตรา 51²² แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้กำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีไว้เป็นอีกกรณีหนึ่งแยกจากการฟ้องคดีกรณีทั่วไป โดยกฎหมายได้กำหนดให้มีระยะเวลา 1 ปี แต่ไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี

1.2 การนับระยะเวลา

(1) หลักทั่วไป

กฎหมายกำหนดเป็นหลักให้นับแต่วันที่รัฐหรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี โดยใช้กับทั้งการฟ้องกรณีทั่วไปและการฟ้องคดีเรื่องความรับผิดหรือเรื่องสัญญาทางปกครอง

(2) หลักเกณฑ์พิเศษ

ในเรื่องการนับระยะเวลานั้น นอกจากจะมีวิธีการนับตามหลักเกณฑ์ทั่วไปแล้ว ในบางกรณียังมีหลักเกณฑ์การนับระยะเวลาไว้เป็นพิเศษ ซึ่งได้แก่กรณีดังต่อไปนี้

²¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 49 การฟ้องคดีปกครองจะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รัฐหรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี หรือนับแต่วันที่พ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ได้รับหนังสือชี้แจงจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือได้รับแต่เป็นคำชี้แจงที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่มีเหตุผลแล้วแต่กรณี เว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

²² พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 51 การฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ให้ยื่นฟ้องภายในหนึ่งปี นับแต่วันที่รัฐหรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี

ก. กรณีมีการร้องขอให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่

ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ได้รับหนังสือชี้แจงใด ๆ หรือได้รับแต่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าเป็นคำชี้แจงที่ไม่มีเหตุผล กฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์การนับระยะเวลาไว้เป็นพิเศษ ซึ่งเหตุที่เป็นเช่นนี้พึงสังเกตได้ว่า เป็นเพราะในกรณีเช่นนี้ไม่มีเหตุแห่งการฟ้องคดีเกิดขึ้นอย่างแจ้งชัดในลักษณะที่เป็นคำสั่ง กฎ หรือการกระทำอื่น เพื่อที่จะสามารถนำมาใช้เป็นจุดเริ่มต้นในการนับระยะเวลาตามหลักทั่วไป แต่กรณีนี้เป็นเพียงแต่ฝ่ายปกครองนิ่งเฉยหรือมีหนังสือชี้แจงที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่มีสาระใด ๆ เป็นเรื่องเป็นราว ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงได้กำหนดจุดที่จะเริ่มนับอายุความเพื่อสร้างให้มีอายุความในกรณีเช่นนี้ได้ โดยกำหนดให้ระยะเวลาฟ้องคดี (90 วัน) จะเริ่มนับตั้งแต่วันที่พ้นกำหนดเก้าสิบวันหลังจากที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอดังกล่าว

ข. การฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่ง

การนับระยะเวลาฟ้องคดีในกรณีนี้นอกจากจะมีหลักเกณฑ์ตามหลักทั่วไปแล้วยังต้องพิจารณามาตรา 50²³ ประกอบด้วย เพราะความในวรรคหนึ่งได้กำหนดหน้าที่ของผู้ออกคำสั่งที่จะต้องระบุวิธีการยื่นคำฟ้องและระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องไว้ในคำสั่ง และกำหนดผลกรณีผู้ออกคำสั่งมิได้ระบุข้อความดังกล่าวไว้ในวรรคสองว่า ผู้ออกคำสั่งต้องแจ้งข้อความดังกล่าวให้ผู้รับคำสั่งทราบโดยไม่ชักช้า โดยในกรณีนี้ให้ระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องเริ่มนับใหม่นับแต่วันที่ผู้รับคำสั่งได้รับแจ้งข้อความดังกล่าว จึงเท่ากับว่าหากเป็นการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งแล้ว ระยะเวลาการฟ้องคดีจะไม่เริ่มนับจนกว่าจะมีการดำเนินการตาม มาตรา 50 วรรคหนึ่งและวรรคสอง

1.3 ข้อยกเว้นเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดี

ข้อยกเว้นเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ กำหนดไว้มีอยู่ด้วยกัน 2 ประเภท กล่าวคือ ข้อยกเว้นกรณีคดีประเภทที่ไม่มีการกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีเอาไว้ กับข้อยกเว้นกรณีการฟ้องคดีที่พ้นอายุความแล้วแต่มีเหตุพิเศษเกิดขึ้น ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 52²⁴

²³ โปรดดูเชิงอรรถที่ 2

²⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 52 การฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือสถานะของบุคคลจะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้

(1) การฟ้องคดีที่ไม่ต้องมีระยะเวลา

การฟ้องคดีบางประเภทนั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ กำหนดไว้ให้ฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้ จึงเท่ากับเป็นข้อยกเว้นประเภทหนึ่งของเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดี โดยถือว่าการฟ้องคดีเรื่องเหล่านี้ไม่มีระยะเวลากการฟ้องคดีเลย คดีดังกล่าวได้แก่ คดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ กับคดีปกครองที่เกี่ยวกับสถานะของบุคคล ตามมาตรา 52 วรรคหนึ่ง

(2) ข้อยกเว้นการฟ้องคดีที่พ้นอายุความไปแล้วแต่มีเหตุพิเศษ

ข้อยกเว้นประเภทนี้ต่างจากข้อยกเว้นประเภทแรกตรงที่เป็นเรื่องที่มีกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดี แต่เมื่อมีการยื่นฟ้องพ้นกำหนดเวลาแล้วหากมีเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลปกครองจะรับคดีไว้พิจารณาก็ได้

เหตุดังกล่าวปรากฏตามมาตรา 52 วรรคสอง ได้แก่ กรณีที่ศาลปกครองเห็นว่าคดีที่ยื่นฟ้องนั้นจะเป็น “ประโยชน์แก่ส่วนรวม” กรณีหนึ่ง กับกรณีมี “เหตุจำเป็นอื่น” โดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีมีคำขออีกกรณีหนึ่ง

1.4 การขยายระยะเวลาการฟ้องคดี

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้กำหนดให้มีการขยายระยะเวลาการฟ้องคดีได้ ซึ่งกรณีนี้ต้องไม่เข้าใจสับสนว่าเป็นเรื่อง “ระยะเวลา” ตามกฎหมายแพ่งที่อาจยื่นหรือขยายได้ เพราะกรณีนี้เป็นการขยายระยะเวลาการฟ้องคดีโดยบทบัญญัติของกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ มิใช่กรณีที่คู่กรณีที่ดีหรือศาลปกครองก็ดีจะสามารถขยายระยะเวลาการฟ้องคดีได้เอง

การขยายระยะเวลาการฟ้องคดีตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองฯ มีกำหนดไว้กรณีเดียว ตามมาตรา 50 วรรคสาม อันได้แก่ กรณีการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งซึ่งไม่ได้มีการระบุข้อความตามที่กฎหมายกำหนด (วิธีการยื่นคำฟ้องและระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้อง) ซึ่งในเบื้องต้นกำหนดว่า ถ้ามีการแจ้งใหม่ก็ให้เริ่มนับจากจุดนั้นดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ในประเด็นหลักเกณฑ์พิเศษในการนับระยะเวลา แต่ถ้ายังไม่ได้มีการแจ้งข้อความดังกล่าวให้ผู้รับคำสั่งทราบภายหลังจากที่ออกคำสั่ง กรณีเช่นนี้ กฎหมายจึงกำหนดให้มีการขยายระยะเวลาฟ้องคดีออกไป โดยกำหนดไว้ว่า ถ้าระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องมีกำหนดน้อยกว่าหนึ่งปี ก็ให้ขยายเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องเป็นหนึ่งปีนับแต่วันที่รับคำสั่ง

การฟ้องคดีปกครองที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดีแล้ว ถ้าศาลปกครองเห็นว่าคดีที่ยื่นฟ้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่นโดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีมีคำขอ ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้

1.5 ระยะเวลาสิ้นสุดหยุดอยู่

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มิได้กำหนดเรื่องระยะเวลาสิ้นสุดหยุดอยู่เอาไว้ แต่ต้องยอมรับว่ามีบางกรณีที่ต้องมีหลักเกณฑ์ในเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีเอาไว้ให้ชัดเจน ด้วยเหตุนี้ ในร่างระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ข้อ 21²⁵ จึงได้กำหนดเพิ่มเติมให้ระยะเวลาสิ้นสุดหยุดอยู่ในกรณีที่มีการฟ้องคดีปกครองต่อศาลอื่นซึ่งมิใช่ศาลปกครองและศาลไม่รับไว้พิจารณาเพราะไม่มีอำนาจ หรือผู้ฟ้องคดีถอนคำฟ้องจากศาลนั้นเพื่อฟ้องคดีใหม่ต่อศาลปกครอง โดยถือว่าช่วงตั้งแต่วันคำฟ้องต่อศาลนั้นจนถึงวันที่คดีที่ศาลนั้นถึงที่สุดเพราะเหตุดังกล่าวเป็นช่วงที่ระยะเวลาการฟ้องคดีสิ้นสุดหยุดอยู่²⁶

2. หลักกฎหมายฝรั่งเศส

ตามหลักกฎหมายของฝรั่งเศสถือว่า หลักเกณฑ์เรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีมีลักษณะเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (l'ordre public)²⁷ ศาลมีหน้าที่ต้องยกเหตุดังกล่าวขึ้นเพื่อไม่รับคดีไว้พิจารณา และผู้ถูกฟ้องคดีอาจยกเรื่องนี้ขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอ²⁸ สำหรับหลักเกณฑ์ใน 5 ประเด็นหลัก ๆ มีดังนี้

²⁵ "ข้อ 21 ในกรณีที่มีการฟ้องคดีปกครองต่อศาลอื่นซึ่งมิใช่ศาลปกครอง ถ้าปรากฏว่าศาลนั้นไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เพราะไม่มีอำนาจพิจารณาคดีนั้น หรือผู้ฟ้องคดีถอนคำฟ้องจากศาลนั้น เพื่อฟ้องคดีใหม่ต่อศาลปกครอง ให้ถือว่ากำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีสิ้นสุดหยุดอยู่เท่าระยะเวลาตั้งแต่วันยื่นคำฟ้องจนถึงวันที่คดีของศาลอื่นนั้นถึงที่สุด"

²⁶ หมายเหตุ : สำหรับระเบียบฯ ข้อ 21 นี้มีข้อให้พิจารณาทั้งในด้านที่มาและในด้านเนื้อหาของหลักการที่นำมาใช้ โดยในด้านที่มานั้น มีข้อพิจารณาว่าจะกำหนดเป็นระเบียบของที่ประชุมใหญ่ได้หรือไม่ เพราะถึงแม้ว่ามาตรา 44 ที่ให้อำนาจที่ประชุมใหญ่ออกระเบียบเกี่ยวกับวิธีพิจารณาจะใช้ถ้อยคำกว้าง ๆ และถึงแม้ว่ากรณีดังกล่าวเป็นเรื่องที่สมควรมีหลักเกณฑ์ไว้ให้ชัดเจนก็ตาม แต่ระยะเวลาการฟ้องคดีเป็นเรื่องที่กระทบต่อสิทธิของประชาชนในการฟ้องคดี โดยหลักจึงน่าจะควรเป็นเรื่องที่กำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ สำหรับในด้านเนื้อหาของหลักการที่นำมาใช้นั้น มีปัญหาว่าควรจะใช้เรื่องระยะเวลาสิ้นสุดหยุดอยู่ หรือควรใช้เรื่องขยายระยะเวลาออกไปทำนองเดียวกับมาตรา 193/17 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (60 วัน) หรือควรใช้เรื่องระยะเวลาสิ้นสุดหยุดลง ทำนองเดียวกับกฎหมายฝรั่งเศส (ซึ่งจะได้กล่าวถึงในตอนท้ายของบันทึกฉบับนี้)

²⁷ C. Debbasch, อ้างแล้ว, หน้า 283

²⁸ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 2 มิถุนายน 1961 คดี Agostini, Rec.T.1142

2.1 กำหนดเวลาการฟ้องคดี

กฎหมายฝรั่งเศสวางหลักเรื่องนี้ไว้ตามมาตรา 1 แห่งรัฐกฤษฎีกา เลขที่ 65 – 29 ลงวันที่ 11 มกราคม 1965 (ซึ่งประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ก็ได้นำมาบัญญัติไว้เช่นกันในมาตรา R.102) ว่า ระยะเวลา (délai) การฟ้องคดีปกครองให้มีกำหนดสองเดือนนับจากวันที่มีการแจ้งหรือการประกาศนิติกรรมทางปกครอง

อนึ่ง กรณีมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า การฟ้องคดีบางประเภทมีกฎหมายเฉพาะกำหนดเวลาการฟ้องคดีไว้โดยมีทั้งกรณีที่สั้นกว่าหรือกรณีที่ยาวกว่ากำหนดเวลาดังกล่าว ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นก็จะถือตามกฎหมายเฉพาะ อันเป็นไปตามหลักการปรับใช้กฎหมาย นอกจากนั้น มีข้อสังเกต ณ ที่นี้ด้วยว่า กฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้กำหนดเวลาการฟ้องคดีความรับผิดชอบหรือสัญญาทางปกครองแยกเป็นพิเศษต่างหากเช่นกฎหมายไทย ทั้งนี้ เพราะกฎหมายฝรั่งเศสมีหลักเรื่องการต้องมีคำสั่งก่อนจึงจะฟ้องคดีได้ ดังที่จะกล่าวต่อไป

2.2 การนับระยะเวลาการฟ้องคดี

การนับระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศสเป็นเรื่องที่มีความสัมพันธ์โดยตรงกับหลักการสำคัญอีกหลักหนึ่งในการฟ้องคดีปกครอง อันได้แก่หลักที่ว่า การฟ้องคดีปกครองเป็นการฟ้องโต้แย้งต่อตัวคำสั่งทางปกครอง (décision) กล่าวคือ จะต้องมิวัตถุแห่งการฟ้องคดี (l'objet) เป็นตัวคำสั่งเพื่อใช้เป็นฐานในการฟ้องคดีเสมอ ด้วยเหตุนี้ จึงมีหลักการที่ว่า ต้องมีคำสั่งก่อนจึงจะฟ้องคดีได้ (la règle de la décision préalable)

หลักการดังกล่าวนี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 1 แห่งรัฐกฤษฎีกาเลขที่ 65 – 29 ลงวันที่ 11 มกราคม 1965 ที่อ้างมาแล้วนั่นเอง โดยจะมีประโยชน์อย่างยิ่งในกรณีการฟ้องคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็ม (le contentieux de la pleine juridiction)²⁹ เพราะโดยปกติในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ย่อมมีตัวนิติกรรมทางปกครองที่จะนำมาโต้แย้งอยู่แล้ว ขณะที่ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาหรือละเมิดนั้น ฝ่ายปกครองยังไม่มีคำสั่งใด ๆ เลย หลักการดังกล่าวจึงกำหนดว่า ผู้ฟ้องคดีจะต้องไปร้องต่อฝ่ายปกครองเสียก่อน ซึ่งก็จะเป็นโอกาสให้ฝ่ายปกครองได้ทราบว่ามีผู้ไม่พอใจและหาทางแก้ไขได้ ต่อเมื่อฝ่ายปกครองมีท่าทีต่อเรื่องนั้นอย่างไรโดยดูจากคำสั่งของฝ่ายปกครองแล้ว หากผู้เสียหายไม่พอใจจึงมีสิทธิมาฟ้องคดีต่อศาลได้³⁰

²⁹ ซึ่งหมายถึงว่า ศาลมีอำนาจมากกว่าการให้ยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น โดยส่วนใหญ่จะเป็นการสั่งให้ชดเชยเงินในคดีสัญญาทางปกครองหรือคดีความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

³⁰ R. Chapus, Droit du Contentieux Administratif, 7^e éd, 1998, Montchrestien, หน้า 444 - 445

การที่ประเทศฝรั่งเศสมีหลักการเรื่องนี้เองที่ทำให้การนับระยะเวลาการฟ้องคดีตามกฎหมายฝรั่งเศสมีจุดยึดโยงอยู่ที่**ตัวนิติกรรมทางปกครอง** อย่างไรก็ดีในส่วนที่เกี่ยวกับตัวนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวหรือคำสั่งนี้ หลักกฎหมายของฝรั่งเศสแยกออกเป็น 2 ประเภท คือ คำสั่งโดยแจ้งชัด (la décision explicite) กับคำสั่งโดยปริยาย (la décision implicite) ซึ่งการนับระยะเวลามีหลักเกณฑ์แยกตามลักษณะของคำสั่ง ดังนี้

(1) คำสั่งโดยแจ้งชัด

หลักมีอยู่ว่า ระยะเวลาการฟ้องคดีจะเริ่มนับตั้งแต่**มีการแจ้งหรือประกาศนิติกรรมทางปกครอง**³¹ โดยแยกรายละเอียดตามลักษณะของคำสั่ง

- กรณีนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎ (l'acte réglementaire) ระยะเวลาการฟ้องคดีจะเริ่มนับตั้งแต่การประกาศ (la publication)

- กรณีนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นคำสั่งต่อกลุ่มบุคคล (l'acte collectif) ย่อมรับกันว่า การประกาศ (la publication) ให้ผู้รับคำสั่งได้ทราบ ทำให้ระยะเวลาการฟ้องคดีเริ่มนับ

- กรณีนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นคำสั่งเฉพาะกรณี (l'acte particulier) ถือเอาการประกาศให้ผู้เกี่ยวข้องทราบเป็นจุดเริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดีเช่นกัน

- กรณีนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นคำสั่งเฉพาะราย (l'acte individuel) ให้ถือเอาวันที่ได้แจ้งคำสั่งเจาะจงตัวผู้รับ (la notification) เป็นจุดเริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดี อนึ่ง สำหรับกรณีคำสั่งเฉพาะรายนี้ กฎหมายฝรั่งเศสมีรายละเอียดเพิ่มเติมด้วยว่า ในกรณีที่คำสั่งเฉพาะรายมีผลกระทบต่อบุคคลที่สาม (les tiers) คำสั่งดังกล่าวจะมีผลต่อบุคคลที่สามนับตั้งแต่วันที่ได้มีการประกาศ (la publication) คำสั่งนั้น

นอกจากหลักที่ว่า ระยะเวลาการฟ้องคดีจะเริ่มนับตั้งแต่ได้มีการแจ้งหรือการประกาศนิติกรรมทางปกครองตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว หลักกฎหมายฝรั่งเศสยังมีส่วนที่คล้ายคลึงกับกฎหมายไทย กล่าวคือ ระยะเวลาการฟ้องคดีดังกล่าวจะใช้ย้อนแก่ผู้มีส่วนได้เสียได้ก็ต่อเมื่อได้มีการระบุระยะเวลาและวิธีการโต้แย้งเอาไว้ในการแจ้งคำสั่งทางปกครองด้วย³² (หมายเหตุ : การโต้แย้งในที่นี้รวมถึงการโต้แย้งต่อศาลและการร้องเรียนภายใน

³¹ G. Vedel, Droit administratif, Tome 2, 12^e éd., Puf, หน้า 156 และคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ 1970 คดี préfet de police c. Kerguelen, AJ, 1970.705

³² มาตรา 1 วรรคท้ายของรัฐธรรมนูญฯ เลขที่ 65 - 29 ลงวันที่ 11 มกราคม 1965 แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 1983

ฝ่ายบริหารที่เป็นลักษณะบังคับด้วย แต่ไม่รวมถึงการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาล และไม่ต้องถึงขนาดระบุงศาลที่มีเขตอำนาจ) ซึ่งตราแต่ที่ยังไม่มีการระบุงข้อความดังกล่าว ระยะเวลาการฟ้องคดีก็จะยังไม่เริ่มนับ

ถ้าเป็นกรณีที่เอกชนเป็นฝ่ายยื่นคำขอ ยังมีหลักเกณฑ์พิเศษเพิ่มเติมอีก โดยมาตรา 5 แห่งรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 1983 กำหนดไว้ว่า ระยะเวลาต่าง ๆ ที่จะใช้ยื่นแก่ผู้ยื่นคำขอนั้นจะนับตั้งแต่ได้มีการส่งใบตอบรับ (l'accusé de réception) ให้แก่ผู้ยื่นคำขอ โดยใบตอบรับดังกล่าวต้องมีสาระตามที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างครบถ้วนและถูกต้อง³³ หากไม่ได้มีการดำเนินการดังกล่าวระยะเวลาก็จะยังไม่เริ่มนับเช่นกัน

อย่างไรก็ดี การนับระยะเวลาฟ้องคดีกรณีคำสั่งโดยแจ้งชัด มีข้อยกเว้นในเรื่องทฤษฎีการรู้เองตามความเป็นจริง (la théorie de la connaissance acquise) เกี่ยวกับตัวคำสั่ง ซึ่งมีได้มีความหมายเพียงว่าผู้รับคำสั่งได้รู้ถึงตัวคำสั่งมาเองโดยวิธีการใด ๆ ก็ได้ แต่มีความหมายและขอบเขตเป็นการเฉพาะที่ค่อนข้างจะจำกัด³⁴

(2) คำสั่งโดยปริยาย

การที่ฝ่ายปกครองนิ่งเฉยไม่กระทำการใด ๆ เลย ย่อมไม่มีคำสั่งเกิดขึ้น ผลก็คือผู้เสียหายไม่อาจมาฟ้องคดีต่อศาลได้เพราะศาลไม่มีสิ่งที่จะใช้เป็นฐานในการพิจารณาและตัดสินข้อพิพาทได้อย่างชัดเจน หากจะยอมรับให้ฟ้องคดีได้แม้ยังไม่มีคำสั่งทางปกครอง คำพิพากษาของศาลปกครองในชั้นที่สุดก็จะเป็นเพียงการสั่งให้ฝ่ายปกครองพิจารณาดำเนินการเท่านั้น แต่ฝ่ายปกครองจะพิจารณาดำเนินการอย่างไรต่อไปก็เป็นเรื่องของฝ่ายปกครอง โดยประเทศฝรั่งเศสถือหลักว่าศาลปกครองไม่มีอำนาจที่จะไปสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำ เพราะจะเท่ากับว่าศาลปกครองทำตนเป็นฝ่ายปกครองเสียเอง ในกรณีเช่นนี้

³³ J. Rivero et J. Waline, Droit administratif, 17^e éd., 1998, Dalloz, หน้า 212

³⁴ ประการแรก ทฤษฎีนี้ไม่มีผลใด ๆ กรณีที่เกี่ยวกับกฎ ซึ่งต้องยึดถือเรื่องการประกาศเป็นสำคัญ

ประการที่สอง ทฤษฎีนี้ใช้กับกรณีคำสั่งที่ออกโดยองค์กรที่เป็นคณะบุคคล ซึ่งการฟ้องคดีกระทำโดยสมาชิกของคณะบุคคลดังกล่าว โดยถือว่าระยะเวลาการฟ้องคดีเริ่มนับตั้งแต่วันที่ได้มีการประชุมกันเพื่อมีคำสั่งหรือวันที่บุคคลดังกล่าวได้เข้าร่วมการประชุม

ประการที่สาม ทฤษฎีนี้ใช้กับกรณีที่ผู้ฟ้องคดีได้แสดงให้เห็นว่าตนได้รู้เกี่ยวกับคำสั่งแล้ว เช่น ผู้ฟ้องคดีได้ไปร้องเรียนภายในฝ่ายบริหารจึงเท่ากับว่าตนได้รู้แล้วว่ามีคำสั่งดังกล่าว

ประการที่สี่ ทฤษฎีนี้ใช้กับกรณีที่การทำคำสั่งได้กระทำต่อหน้าผู้เสียหายหรือกรณีที่ผู้เสียหายได้ลงนามในเอกสารใด ๆ ที่มีนัยแสดงให้เห็นการมีอยู่ของคำสั่งนั้น

หากฝ่ายปกครองพิจารณาดำเนินการแล้วมีการออกคำสั่งที่กระทบสิทธิของผู้รับคำสั่ง ก็จะต้องมีการนำคดีมาฟ้องต่อศาลอีก และศาลก็ต้องดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีอีก ซึ่งเท่ากับว่านับตั้งแต่ฝ่ายปกครองเพิกเฉยไม่ดำเนินการ ต้องมีการนำคดีมาสู่ศาลและศาลต้องพิพากษาถึงสองรอบ กว่าจะมีการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายได้

ด้วยเหตุนี้เอง กฎหมายฝรั่งเศสจึงได้มีหลักกฎหมายกรณีการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครอง (*la silence de l'Administration*) โดยจะใช้เวลากำหนดระยะเวลาช่วงหนึ่งเอาไว้ และเมื่อครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้วแต่ฝ่ายปกครองยังไม่ได้ดำเนินการใด ๆ ก็จะสร้างผลสมมติทางกฎหมายขึ้นโดยให้ถือว่าฝ่ายปกครองมีคำสั่งโดยปริยาย (*la décision implicite*) แล้ว ซึ่งแต่เดิมได้เริ่มพัฒนาจากจุดที่ว่า ให้ถือเอาการนิ่งเฉยเท่ากับเป็นคำสั่งโดยปริยายที่เป็นการปฏิเสธ แต่ต่อมาเมื่อในหลายเรื่องมีความชัดเจนและลงตัวยิ่งขึ้นซึ่งสามารถวิเคราะห์ผลดีผลเสียของการสร้างผลสมมติทางกฎหมาย จึงมีกรณีที่ให้ถือว่าการนิ่งเฉยเป็นคำสั่งโดยปริยายที่เป็นการยอมรับด้วย

(2.1) คำสั่งปฏิเสธ

หลักทั่วไปในกรณีนี้กำหนดเอาไว้ในรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 11 มกราคม 1965 ว่า การนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองเกินกว่า 4 เดือนขึ้นไปมีผลเท่ากับเป็นคำสั่งปฏิเสธ ในกรณีนี้ ระยะเวลาการฟ้องคดีจะมีกำหนด 2 เดือน โดยนับตั้งแต่วันที่พ้นกำหนด 4 เดือนดังกล่าว

(2.2) คำสั่งยอมรับ

ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่า ผู้รับคำสั่งยอมสมประโยชน์แล้วจากการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครอง จึงไม่มีกรณีที่จะต้องพิจารณาเรื่องการนับระยะเวลาการฟ้องคดี เพราะไม่มีการฟ้องคดีจากทางฝ่ายผู้รับคำสั่ง

อย่างไรก็ดี อาจมีประเด็นเรื่องการนับระยะเวลาการฟ้องคดีอยู่เช่นกันในส่วนที่เกี่ยวกับบุคคลที่สาม หากคำสั่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลดังกล่าว ซึ่งกรณีเช่นนี้ขึ้นอยู่กับว่า คำสั่งดังกล่าวจะต้องมีการประกาศต่อบุคคลที่สามหรือไม่ ถ้าจะต้องมีการประกาศต่อบุคคลที่สาม เช่น กรณีใบอนุญาตก่อสร้างโดยปริยาย ระยะเวลาการฟ้องคดีก็จะเริ่มนับตั้งแต่ได้มีการดำเนินการประกาศโดยถูกต้องแล้ว แต่ถ้าเป็นคำสั่งที่ไม่ต้องมีการประกาศ หากเกิดผลกระทบต่อบุคคลที่สาม บุคคลดังกล่าวก็สามารถฟ้องคดีได้โดยไม่มีกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดี³⁵

³⁵ G. Vedel, อ้างแล้ว, หน้า 166

2.3 ข้อยกเว้นเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดี

ข้อยกเว้นเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดี อาจแยกได้เป็น 4 กรณี ดังนี้

(1) ข้อพิพาทเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ (travaux publics)

ข้อพิพาทเรื่องนี้เป็นข้อยกเว้นของหลักที่ต้องให้มีคำสั่งก่อนจึงจะฟ้องคดีปกครองได้ (la règle de la décision préalable) ดังนั้น เมื่อไม่จำเป็นต้องให้มีคำสั่งก่อนจึงไม่อยู่ในบังคับให้ต้องฟ้องคดีภายในกำหนดระยะเวลาใด ๆ

อนึ่ง แม้ข้อยกเว้นนี้จะไม่นำมาใช้กรณีการฟ้องระหว่างคู่สัญญา โดยผลจากข้อกำหนดในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของทางราชการ (les marchés publics) แต่ก็ยังคงมีขอบเขตการใช้ค่อนข้างกว้างขวางอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ถึงแม้ว่าบังเอิญฝ่ายปกครองได้มีคำสั่งและผู้เสียหายได้ฟ้องโต้แย้งคำสั่งดังกล่าวต่อศาลอย่างแข็งขันก็ตาม แต่ข้อยกเว้นดังกล่าวก็ยังใช้ได้ กล่าวคือ ถือว่าฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้³⁶

(2) การฟ้องโต้แย้งคำสั่งโดยปริยายบางประเภทที่เป็นการปฏิเสธ ได้แก่ กรณีการฟ้องคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มโดยอ้างคำสั่งโดยปริยายที่เป็นการปฏิเสธ กรณีการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งลักษณะดังกล่าวเมื่อเป็นคำสั่งที่ออกโดยหรือต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือจากองค์กรอื่น ๆ ที่มีลักษณะเป็นคณะ กรณีการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งโดยปริยายที่ปฏิเสธคำร้องขอให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลปกครอง และกรณีคำยืนยันโดยปริยายที่เป็นการปฏิเสธการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของทางราชการ การฟ้องคดีเหล่านี้ไม่มีกำหนดระยะเวลา³⁷

(3) การฟ้องโต้แย้งคำสั่งที่ขัดต่อกฎหมายอย่างร้ายแรง

คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยขัดต่อกฎหมายอย่างแข็งขันหรืออย่างร้ายแรงนั้น กฎหมายฝรั่งเศสถือว่าคำสั่งดังกล่าวไม่มีอยู่ในทางกฎหมาย (juridiquement inexistante) กรณีเช่นนี้ แนวบรรทัดฐานของศาลปกครองฝรั่งเศสวางไว้ว่าผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีโต้แย้งได้โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา³⁸

(4) การยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองอันอื่นขึ้นกล่าวอ้างในการฟ้องคดี (l'exception d'illégalité)

³⁶ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 16 ตุลาคม 1970 คดี T.P.G. des Hauts – de – Seine. Rec, หน้า 584, ลงวันที่ 18 มกราคม 1963 คดี Wierel, หน้า 28

³⁷ R. Chapus, อ้างแล้ว, หน้า 521-522

³⁸ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 8 ธันวาคม 1982 คดี Comm. de Pompierre-sur-Besbre, หน้า 707

โดยหลักแล้ว กฎหมายฝรั่งเศสถือว่า นิติกรรมทางปกครองใด ๆ ที่ไม่ได้ถูกโต้แย้งถึงความชอบด้วยกฎหมายภายในระยะเวลาการฟ้องคดี นิติกรรมนั้นจะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลสมบูรณ์เด็ดขาดแล้ว (définitif) การจะขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวเพราะเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่อาจกระทำได้

อย่างไรก็ดี การที่ไม่อาจฟ้องคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวได้อีกต่อไปเพราะล่วงพ้นระยะเวลาการฟ้องคดีไปแล้วนั้น ในอีกด้านหนึ่งย่อมไม่ได้หมายความว่านิติกรรมทางปกครองดังกล่าวเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายในความเป็นจริง ด้วยเหตุนี้ กฎหมายฝรั่งเศสจึงยอมรับให้มีการกล่าวอ้างถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองลักษณะดังกล่าวได้ในการฟ้องคดี โดยความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว (ถ้าศาลเห็นตาม) จะมีผลจำกัดเฉพาะในคดีนั้นเท่านั้น³⁹ โดยแยกหลักเกณฑ์ออกเป็น 2 กรณี

(ก) กรณีนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎ (acte réglementaire)

กฎหมายฝรั่งเศสถือว่า ในการฟ้องคดีปกครองเรื่องหนึ่ง โจทก์อาจยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอ⁴⁰ โดยหลักกว้าง ๆ มีอยู่ว่า เรื่องที่นำมาฟ้องจะต้องมีความสัมพันธ์กับกฎดังกล่าวในแง่ที่ว่า คำสั่งที่ถูกโต้แย้งเป็นมาตรการอันหนึ่งในการปรับใช้กฎอันนั้น และความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้น ขึ้นอยู่กับความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าว⁴¹

อย่างไรก็ดี กรณีนิติกรรมทางปกครองที่เป็นกฎนี้ นับตั้งแต่ปี 1983 ที่ได้มีการตรารัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 1983 เป็นต้นมา กฎหมายฝรั่งเศสได้กำหนดวิถีทางที่จะให้มีการโต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎได้อยู่เสมอ โดยมาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญฯ ฉบับดังกล่าวกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่พิจารณาคำขอให้มีการยกเลิก (abrogation) กฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่ากฎดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย

³⁹ C. Debbasech et J-C Ricei, อ้างแล้ว, หน้า 296 อ้างคำพิพากษาศาาแห่งรัฐ ลงวันที่ 18 มกราคม 1980 คดี Bargain, Rec. 29

⁴⁰ คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ ลงวันที่ 29 พฤษภาคม 1908, คดี Ponlin, หน้า 580

⁴¹ คำพิพากษาศาาแห่งรัฐ ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 1967, คดี Soc. des Etablissements Petitjean, หน้า 63

มาตั้งแต่ต้น หรือจะไม่ชอบด้วยกฎหมายในภายหลังเพราะข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไป (ซึ่งศาลก็ยืนยันหลักดังกล่าวเช่นกัน)⁴²

บทบัญญัติดังกล่าวนี้เองที่เปิดโอกาสให้มีการโต้แย้งกฎได้ โดยหากฝ่ายปกครองปฏิเสธคำขอไม่ว่าจะปฏิเสธโดยแจ้งชัดหรือโดยปริยาย ผู้ขอก็สามารถฟ้องคดีต่อศาลได้ภายในกำหนดระยะเวลาการฟ้องทั่วไป คือ 2 เดือน วิธีทางดังกล่าวนี้ให้ผลที่จริงจังกว่าการณี *l'exception d'illégalité* ที่กล่าวมาแล้ว เพราะมีผลเป็นการยกเลิก (abrogation) กฎดังกล่าวเลยเสียทีเดียว แต่ก็ต่างจากการฟ้องโต้แย้งกฎโดยตรงภายในระยะเวลาการฟ้องคดีเพราะไม่อาจมีผลย้อนหลังได้⁴³

(ข) กรณีนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ใช่กฎ (*acte non réglementaire*)

กฎหมายฝรั่งเศสถือหลักว่า ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องคดีประเภทใดก็ตาม การยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมประเภทดังกล่าวขึ้นอ้างในการฟ้องคดีอีกเรื่องหนึ่งจะกระทำไม่ได้ หากนิติกรรมประเภทดังกล่าวมีผลสมบูรณ์เด็ดขาด (*définitif*) แล้ว แต่มีข้อยกเว้น 2 กรณี คือการฟ้องคดีประเภทให้ชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากการออกนิติกรรมทางปกครอง และกรณีที่เรื่องนั้น ๆ มีการกระทำทางปกครองเกี่ยวโยงกันหลายการกระทำ (เช่น เรื่องการสอบแข่งขัน) กรณีหลังนี้ โจทก์ที่ฟ้องโต้แย้งคำสั่งชอบที่จะกล่าวอ้างถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทั้งหลายที่ได้กระทำมาแล้ว (เช่น คำสั่งให้ตัดบททดสอบบางภาคออกไป) แม้ว่าโจทก์ไม่ได้ฟ้องโต้แย้งคำสั่งเหล่านั้นภายในระยะเวลาการฟ้องคดีมาก่อนเลยก็ตาม⁴⁴

นอกเหนือจากข้อยกเว้นทั้ง 4 กรณีดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว กฎหมายฝรั่งเศสถือว่า หากยื่นฟ้องเมื่อพ้นระยะเวลาการฟ้องคดีไปแล้ว ศาลไม่อาจรับไว้พิจารณาได้⁴⁵

2.4 ระยะเวลาสะดุดหยุดลง (*la prorogation*)

ในกฎหมายฝรั่งเศสไม่มีการกล่าวถึงเรื่องระยะเวลาสะดุดหยุดอยู่ไว้ทำนองเดียวกับในร่างระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง แต่ได้มีการกล่าวถึงระยะเวลา

⁴² คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 1989, คดี *Companie Alitalia, R.F.D.A.* 1989, หน้า 391

⁴³ C. Debbasch, อ้างแล้ว, หน้า 297

⁴⁴ G. Vedel, อ้างแล้ว, หน้า 175

⁴⁵ R. Chapus, อ้างแล้ว, หน้า 552

ระงับ (prorogation) ซึ่งหมายถึงว่า ระยะเวลาจะเริ่มนับใหม่ทั้งหมดนับแต่เหตุที่ทำให้ระยะเวลาระงับยุติลงสิ้นสุดไป

กรณีที่เป็นเหตุให้ระยะเวลาระงับยุติลงมีด้วยกันหลายกรณี ได้แก่ กรณีที่มีการร้องเรียนภายในฝ่ายบริหาร (recours administratif)⁴⁶ กรณีที่มีการร้องขอต่อผู้ว่าการแขวงเพื่อให้ยื่นฟ้องนิติกรรมทางปกครองขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นต่อศาล (déféré préfectoral)⁴⁷ กรณีการฟ้องต่อศาลที่ไม่มีเขตอำนาจ และกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอความช่วยเหลือทางศาล (l'aide juridictionnelle) นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่กฎหมายเฉพาะกำหนดให้ระยะเวลาระงับยุติลงด้วย เช่น มาตรา 2 แห่งรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 28 เมษายน 1988 ที่กำหนดว่า ในกรณีที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธที่จะเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร การยื่นคำอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร (CADA) เป็นเหตุให้ระยะเวลาฟ้องคดีระงับยุติลงจนกว่าฝ่ายปกครองจะแจ้งคำสั่งให้ผู้นั้นทราบ

อนึ่ง มีข้อที่ควรขยายความเพิ่มเติมอีกบางประการเกี่ยวกับการฟ้องคดีต่อศาลที่ไม่มีเขตอำนาจ เพราะเป็นเรื่องที่ในร่างระเบียบฯ กำหนดไว้เช่นกัน โดยในกรณีนี้มีรายละเอียดว่า ระยะเวลาฟ้องคดีจะระงับยุติลงก็ต่อเมื่อโจทก์ได้ฟ้องคดีต่อศาลที่ไม่มีเขตอำนาจนั้นภายในระยะเวลาการฟ้องคดีที่กำหนดไว้สำหรับศาลนั้น⁴⁸ และการฟ้องคดีใหม่ต่อศาลที่มีเขตอำนาจก็ต้องฟ้องภายในกำหนดสองเดือนหลังจากศาลที่ไม่มีเขตอำนาจสั่งไม่รับไว้พิจารณาหรือหลังจากสั่งอนุญาตให้มีการถอนฟ้อง⁴⁹ อีกทั้งยังต้องเป็นการฟ้องในเรื่องเดียวกันด้วย⁵⁰ นอกจากนี้ แต่เดิมศาลที่ไม่มีเขตอำนาจอาจเป็นศาลใด ๆ ก็ได้ไม่ว่าศาลปกครองด้วยกัน ศาลยุติธรรม ศาลพิเศษอื่น ๆ หรือแม้แต่ศาลต่างประเทศ⁵¹ แต่นับตั้งแต่มีการตรา รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 1972 ซึ่งได้กำหนดกลไกที่จะให้สภาแห่งรัฐชี้ได้ว่าศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ กรณีการฟ้องต่อศาลปกครองที่ไม่มีเขตอำนาจจึงไม่เป็นปัญหาอีก⁵²

⁴⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 10 กรกฎาคม 1964, คดี Centre médico-pédagogique de Beaulieu, หน้า 399 ทั้งนี้ โดยการร้องเรียนจะต้องกระทำภายในระยะเวลาการฟ้องคดีด้วย

⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 25 มกราคม 1991, คดี Brasseur, Rec, 23 ทั้งนี้ จนกว่าผู้ว่าการแขวง (préfet) จะมีคำสั่งโดยแจ้งชัดหรือโดยปริยายเกี่ยวกับคำร้องขอดังกล่าว

⁴⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 23 กรกฎาคม 1976, คดี Chivot, หน้า 381

⁴⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 24 มกราคม 1958, คดี Meallet, D., 1958. I. 326

⁵⁰ R. Chapus, อ้างแล้ว, หน้า 550

⁵¹ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 31 มกราคม 1958, คดี Vally, หน้า 58

⁵² G. Vedel, อ้างแล้ว, หน้า 173

2.5 การขยายระยะเวลาการฟ้องคดี (la prolongation)

โดยปกติ กำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองมีกำหนดสองเดือนตามที่กล่าวมาแล้ว แต่ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาอยู่นอกประเทศฝรั่งเศส โดยอาจเป็นกรณีภูมิลำเนาในต่างประเทศหรือเป็นกรณีที่อาศัยอยู่ในดินแดนในการปกครองของฝรั่งเศสในโพ้นทะเล กฎหมายก็จะกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีเพิ่มขึ้นสองเดือนหรือหนึ่งเดือนแล้วแต่กรณี

กล่าวโดยสรุป หลักเกณฑ์เรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีตามกฎหมายไทย และกฎหมายฝรั่งเศสในภาพรวมมีหลักเกณฑ์หลายประการที่คล้ายคลึงกัน อย่างไรก็ตาม ทัศนคติที่ความน่าสนใจอยู่ที่มีหลักเกณฑ์บางประการที่แตกต่างกันในสาระสำคัญ ซึ่งในขอบเขตของบันทึกฉบับนี้มีข้อแตกต่างที่ควรให้ความสนใจอยู่ 3 ประการ ดังนี้

ประการแรก กฎหมายไทยมีข้อยกเว้นให้เป็นอำนาจของศาลปกครองที่จะรับคดีไว้พิจารณาได้ แม้ว่าจะยื่นฟ้องเมื่อล่วงพ้นกำหนดเวลาแล้วก็ตาม หากเป็นเรื่องที่ศาลปกครองเห็นว่า จะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่นโดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีมีคำขอ แต่ในกฎหมายฝรั่งเศสไม่มีข้อยกเว้นดังกล่าว

ข้อแตกต่างในประการแรกนี้ คงไม่มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า กฎหมายไทยต้องถือหลักเช่นใด เพราะเมื่อมีกฎหมายกำหนดไว้อย่างแจ่มชัดแล้ว ในขั้นนี้ก็ตมยึดถือหลักเช่นนั้น กรณีทำให้เกิดข้อสังเกตเพียงว่า กฎหมายไทยให้อำนาจศาลปกครองในเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีไว้กว้างกว่ากฎหมายฝรั่งเศส

อย่างไรก็ดี ข้อแตกต่างดังกล่าวที่อาจทำให้เกิดข้อพิจารณาได้สองด้าน ในด้านหนึ่ง ข้อพิจารณาทางทฤษฎีในเรื่องนี้มีอยู่ว่า ในเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีนั้น หลักการหรือข้อยกเว้นจะมีอยู่อย่างไรโดยปกติจะต้องกำหนดโดยกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ มิใช่ให้เป็นผู้ดุลพินิจของศาล แต่ตามกฎหมายไทยแม้จะบัญญัติเอาไว้โดยกฎหมาย แต่ลักษณะของ “ประโยชน์แก่ส่วนรวม” กิติ หรือ “เหตุจำเป็นอื่น” กิติ ล้วนเปิดช่องให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจ นอกจากนี้ พึงสังเกตว่าข้อยกเว้นกรณีนี้ใกล้เคียงกับอำนาจของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา⁵³ และอาจจะล้อหลักการมาจากกฎหมายดังกล่าว

⁵³ พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522

มาตรา 23

ฯลฯ

ฯลฯ

คำร้องทุกข์ที่ได้ยื่นเมื่อพ้นกำหนดอายุความตามวรรคหนึ่ง ถ้าคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เห็นว่ากรณีจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม หรือประโยชน์สาธารณะหรือเป็นปัญหาสำคัญอันควรแก้

ซึ่งในกรณีของการวินิจฉัยร้องทุกข์นั้น การมีข้อยกเว้นเช่นนั้นน่าจะถูกต้องและชอบธรรมแล้ว เพราะระบบคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ยังเป็นระบบกึ่งศาล-กึ่งองค์กรชี้ขาดภายในฝ่ายบริหาร การเปิดโอกาสให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองอย่างกว้างขวางโดยไม่ถูกจำกัดเพียงเพราะเหตุเรื่องอายุความการฟ้องคดี จะช่วยให้มีการแก้ไขปัญหาในทางบริหารได้มากขึ้น แต่เมื่อมีการพัฒนามาเป็นระบบศาลเต็มรูปแบบแล้วยังสมควรที่จะคงข้อยกเว้นดังกล่าวไว้หรือไม่ เพราะต้องคำนึงด้วยว่า การให้มีหลักเกณฑ์เรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีเป็นเงื่อนไขอย่างหนึ่งในการฟ้องคดีนั้น เหตุผลประการหนึ่งก็เพื่อให้เกิดความมั่นคงทางกฎหมาย (la sécurité juridique) ของการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ในอีกด้านหนึ่งอาจมีข้อพิจารณาในทางสังคมและพัฒนาการของระบบการวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองของไทยเองว่า สมควรที่จะให้มีข้อยกเว้นดังกล่าวเพื่อให้ศาลมีโอกาสชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองได้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นและเป็นการขยายการคุ้มครองปกป้องสิทธิของประชาชน

ประการที่สอง ร่างระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองได้กำหนดให้มีเรื่องระยะเวลาสะดุดหยุดอยู่กรณีฟ้องผิดศาล ในขณะที่กฎหมายฝรั่งเศสกำหนดให้เป็นเรื่องระยะเวลาสะดุดหยุดลง (la prorogation)

ในประเด็นนี้มีข้อพิจารณาว่า การให้เป็นเรื่องระยะเวลาสะดุดหยุดอยู่จะเหมาะสมหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ระยะเวลาฟ้องคดีที่เหลืออยู่มีน้อยมาก (เช่น 1 วัน) อาจทำให้เป็นปัญหาแก่ผู้ฟ้องคดีในการเตรียมฟ้องใหม่ก็ได้ นอกจากนี้ ในระยะเริ่มแรกที่ศาลปกครองเปิดทำการ ซึ่งหลักเกณฑ์การแบ่งเขตอำนาจระหว่างศาลปกครองกับศาลอื่นยังไม่มีรายละเอียดที่ชัดเจนและมากพอ อาจมีคดีจำนวนไม่น้อยที่มีการฟ้องผิดศาลได้

ในกรณีดังกล่าวนี้ กฎหมายฝรั่งเศสแก้ปัญหาดังกล่าวโดยให้นำเรื่องระยะเวลาสะดุดหยุดลงมาใช้ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ในขณะที่กฎหมายแพ่งของไทยแก้ปัญหาดังกล่าวโดยการให้ขยายระยะเวลาการฟ้องออกไปอีก 60 วัน (มาตรา 193/17 วรรคสอง)

อนึ่ง ดังที่ความเห็นในการประชุมในลักษณะเป็นข้อกังวลว่า การกำหนดเรื่องนี้ไว้ในระเบียบวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ไม่ว่าจะใช้หลักระยะเวลาสะดุดหยุดอยู่ ระยะเวลาสะดุดหยุดลง หรือให้ขยายระยะเวลา) จะเป็นช่องให้ผู้ฟ้องคดีแกล้งไปฟ้องต่อศาลอื่นเพื่อให้ตนมีเวลาเตรียมคดีปกครองมากขึ้นนั้น ในความเป็นจริง กรณีที่จะอาศัยช่องเช่นนั้นน่าจะเกิดขึ้นได้น้อยหรือไม่เกิดขึ้นเลย เพราะเมื่อเปรียบเทียบกับ การฟ้องคดีอื่น ๆ แล้ว การฟ้องคดี

ปกครองทำได้ง่ายกว่าและมีเงื่อนไขไม่มาก (เช่น คำฟ้องไม่ต้องมีแบบ ไม่บังคับให้มี
ทนายความ ไม่มีค่าธรรมเนียมในบางกรณี เป็นต้น) ดังนั้น แทนที่บุคคลนั้นจะอาศัยช่องทาง
เช่นนั้นโดยเสียเวลาทำคำฟ้องแล้วยื่นต่อศาลอื่นเพื่อประวิงเวลา บุคคลดังกล่าวก็จะใช้เวลา
เตรียมคำฟ้องคดีปกครองแล้วยื่นฟ้องต่อศาลปกครองเสียเลยจะเป็นประโยชน์มากกว่า

ประการที่สาม กฎหมายไทยกำหนดเรื่องการนับระยะเวลากรณีที่มี
การยื่นคำร้องให้หน่วยงานทางปกครองปฏิบัติ แต่หน่วยงานทางปกครองไม่มีคำชี้แจงหรือมี
คำชี้แจงแต่ไม่มีเหตุอันสมควร ในขณะที่กฎหมายฝรั่งเศสไม่มีกรณีเช่นนี้ โดยกฎหมายฝรั่งเศส
มีหลักเรื่องการนิ่งเฉยถือเป็นการปฏิเสธโดยปริยาย

ข้อแตกต่างในประการที่สามนี้ คงไม่เป็นประเด็นโดยตรงในเรื่องระยะเวลา
ว่ากฎหมายไทยมีความเหมาะสมเพียงใดหรือไม่ แต่มีประเด็นให้เป็นข้อพิจารณาในอนาคต
เกี่ยวกับการฟ้องคดีประเภทขอให้ฝ่ายปกครองกระทำการว่า การยอมรับให้มีการฟ้องคดี
ประเภทดังกล่าวจะมีผลจริงจังมากน้อยเพียงใดเมื่อเปรียบเทียบกับ การจัดระบบกฎหมายเรื่อง
การนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองให้เป็นระบบที่สมบูรณ์ยิ่งขึ้น เพราะการฟ้องคดีประเภทดังกล่าว
ศาลปกครองจะมีคำพิพากษาได้แต่เพียงให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่ภายในระยะเวลาที่ศาล
กำหนด (มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) ประกอบกับมาตรา 72 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง
ศาลปกครองฯ) เท่านั้น ซึ่งหากฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติหน้าที่ภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด
อันเป็นการดำเนินการตามคำพิพากษาแล้ว แต่ได้ออกคำสั่งที่ไม่สมประโยชน์ของผู้ฟ้องคดี
ก็จะมี การนำคดีมาฟ้องใหม่อีกครั้งซึ่งจะเป็นการเสียเวลาโดยใช่เหตุ การยอมรับให้มีการฟ้อง
คดีประเภทนี้หากจะมีผลจริงจังอยู่บ้าง จึงจะเกิดขึ้นเฉพาะในกรณีที่เป็นอำนาจผูกพัน
(la compétence liée) เท่านั้น ส่วนการจัดระบบกฎหมายเรื่องการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครอง
ให้เป็นระบบที่สมบูรณ์ยิ่งขึ้น นอกจากจะแก้ปัญหาการมีผลจริงจังของคำพิพากษาได้แล้ว
ยังช่วยลดคดีที่จะขึ้นสู่ศาลด้วย เพราะในกรณีที่ถือว่าการนิ่งเฉยมีผลเท่ากับเป็นการยอมรับ
โดยปริยาย ก็จะทำให้ผู้ยื่นคำขอสมประโยชน์ในตัวและไม่มีกรณีที่ต้องมาฟ้องศาล
อย่างไรก็ดี บันทึกรับนี้ประสงค์เพียงหยิบยกเรื่องนี้ขึ้นเป็นประเด็นไว้เท่านั้น การหาคำตอบ
ในเรื่องนี้จำต้องอาศัยเวลาในการพัฒนาหลักกฎหมาย และการศึกษาวิจัยที่เป็นระบบต่อไป

ระยะเวลาในการฟ้องคดีปกครองตามกฎหมายเยอรมัน^{*}

ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ^{**}

ตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung) ของเยอรมันได้กำหนดเรื่องระยะเวลาในการฟ้องไว้เฉพาะคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) และคดีฟ้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) เท่านั้น และการกำหนดเงื่อนไขเรื่องระยะเวลาในการฟ้องดังกล่าวไม่เป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด¹ สำหรับการฟ้องคดีประเภทอื่น ๆ กล่าวคือการฟ้องให้กระทำการ (Leistungsklage) การฟ้องเพื่อพิสูจน์สิทธิ (Feststellungsklage) และการร้องเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง (das Normenkontrollverfahren) กรณีเหล่านี้โดยหลักพื้นฐานแล้วไม่มีกำหนดระยะเวลา² แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ในกรณีดังกล่าวจะไม่มีกำหนดระยะเวลาในการฟ้องไว้ แต่ภายใต้เงื่อนไขบางประการอาจเกิดกรณีเสียสิทธิในการฟ้องคดีได้ เช่น กรณีที่การฟ้องอย่างล่าช้านั้นเกิดจากความไม่สุจริต อันเป็นการขัดหลักความสุจริตในกรณีนี้อาจทำให้เสียสิทธิในการฟ้องได้³

ในการศึกษาเรื่องระยะเวลาในการฟ้องคดีปกครองตามกฎหมายเยอรมัน อาจแบ่งหัวข้อในการพิจารณาออกเป็น 3 หัวข้อ ดังนี้ 1. กำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครองและการฟ้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง (die Klagefrist bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklage) 2. กำหนดระยะเวลาในการฟ้องกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่กระทำการ (die Klagefrist bei der Untätigkeitsklage) และ 3. การขอยื่นคำฟ้องหรือคำร้องที่มีได้ทำการยื่นภายในกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand)

^{*} บันทึกเสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง เมื่อวันที่ 25 สิงหาคม 2543 ในขณะที่ผู้เขียนดำรงตำแหน่งพนักงานคดีปกครอง 6ว สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

^{**} น.บ., นบท., น.ม.(มหาชน), Magister Legum (LL.M), Doktor der Rechte (Dr.jur) ปัจจุบันดำรงตำแหน่งผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

¹ BverwGE 9, 1999; 10,267; 27,310; 60, 270

² Klaus Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-oeffentlichen Arbeit, 6.Aufl, München 1987,S.175.

³ Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung-Kommentar, § 74, Rdnr.18.

1. กำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครองและการฟ้องให้ออกคำสั่งทางปกครอง (die Klagefrist bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklage)

ตามมาตรา 74 ได้กำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีดังกล่าวไว้ โดยบัญญัติว่า

“(1) คำฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองจะต้องยื่นภายในหนึ่งเดือนนับแต่มีการแจ้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ให้ทราบ ในกรณีที่ไม่มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ตามมาตรา 68 ในกรณีนี้ต้องยื่นคำฟ้องภายในหนึ่งเดือนนับแต่มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองให้ทราบ

(2) สำหรับคำฟ้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครองให้นาวรรคหนึ่งมาใช้อย่างบังคับโดยอนุโลมเมื่อคำร้องขอให้ดำเนินการตามคำสั่งทางปกครองถูกปฏิเสธ”

โดยหลักทั่วไป กำหนดระยะเวลาฟ้องตามมาตรา 74 VWGO ใช้บังคับเฉพาะกับการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) เท่านั้น ในกรณีอื่น ๆ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ เช่น กรณีตามมาตรา 126 วรรค 3 ของกฎหมายว่าด้วยข้าราชการพลเรือน (BRRG) ได้บัญญัติให้นำความในหมวด 8 ของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้บังคับ เฉพาะกรณีที่จะต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองและในกรณีที่เจ้าหน้าที่สูงสุดได้มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์

การกำหนดระยะเวลาในการฟ้องดังกล่าวให้นำมาใช้สำหรับการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะด้วย รวมทั้งให้นำมาใช้กับกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นได้ดำเนินการเสร็จสิ้นไปแล้วก่อนที่จะทำการเสนอฟ้องต่อศาล แต่อย่างไรก็ตามหากผู้ฟ้องมิได้ดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองภายในระยะเวลาที่กำหนด กรณีนี้ผู้ฟ้องย่อมมีอาจเสนอฟ้องดังกล่าวได้เนื่องจากเหตุผลของการไม่ดำเนินการตามเงื่อนไขของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง นอกจากนี้กำหนดระยะเวลาในการฟ้องให้นำมาใช้โดยการเทียบเคียงกับกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นได้ดำเนินการเสร็จสิ้นไปแล้วก่อนที่จะสิ้นสุดระยะเวลาการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งในกรณีนี้ไม่จำเป็นต้องทำการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแต่อย่างใด ในกรณีที่มิได้ดำเนินการตามเงื่อนไขเรื่องกำหนดระยะเวลาในการฟ้อง กรณีนี้มีความเป็นไปได้ที่จะขอใช้สิทธิในการยื่นฟ้องใหม่ได้ หากกรณีของความล่าช้าดังกล่าวมิได้เกิดจากความผิดของผู้ฟ้องคดี ทั้งนี้เป็นไปตามเงื่อนไขของมาตรา 60⁴ VWGO การไม่ดำเนินการฟ้องร้องภายในกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดย่อมนำไปสู่การหมดสิทธิในการเสนอฟ้อง

⁴ มาตรา 60 VWGO (การกลับคืนสู่สถานะเดิม)

“(1) บุคคลใดโดยปราศจากความผิดของบุคคลนั้น หากบุคคลนั้นถูกขัดขวางด้วยเหตุใดทำให้ไม่สามารถกระทำการตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เมื่อบุคคลนั้นมีคำร้องขอจะต้องยอมให้ผู้นั้นกลับสู่สถานะเดิม

1.1 ขอบเขตการใช้ของมาตรา 74 VwGO

เงื่อนไขการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) ตามมาตรา 74 นั้น เป็นเงื่อนไขที่จะต้องฟ้องภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ กรณีตามมาตรา 74 วรรค 2ให้นำมาใช้กับการฟ้องในกรณีที่มีการปฏิเสธที่จะออกคำสั่งทางปกครอง (Versagungsklage) ให้แก่ผู้ยื่นคำร้อง

การกำหนดระยะเวลาในการฟ้องนั้นก็เพื่อประโยชน์แห่งความสงบในทางกฎหมาย กรณีจึงจำเป็นที่จะต้องมีการจำกัดระยะเวลาสำหรับการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่ดำเนินการเสร็จสิ้นไปแล้ว

1.2 ระยะเวลาในการฟ้องตามมาตรา 74 VwGO

การฟ้องตามมาตรา 74 จะต้องฟ้องภายในระยะเวลา 1 เดือน หลังจากที่ได้มีการแจ้งให้ทราบถึงคำวินิจฉัยอุทธรณ์ การเริ่มต้นนับระยะเวลาก็เริ่มต้นนับเมื่อได้มีการส่งคำวินิจฉัยอุทธรณ์อย่างถูกต้อง และได้มีการระบุถึงวิธีการยื่นฟ้องและระยะเวลาสำหรับการยื่นฟ้องในคำวินิจฉัยอุทธรณ์นั้นด้วย

การส่งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เป็นไปตามมาตรา 73 วรรค 3⁵ VwGO ประกอบกับมาตรา 56 วรรค 2⁶ VwGO ดังนั้น การดำเนินการจัดส่งจึงเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการจัดส่งของฝ่ายปกครอง (Verwaltungszustellungsgesetz-VwZG) ซึ่งการจัดส่งตามกฎหมายดังกล่าว มาตรา 2 VwZG ได้กำหนดให้การส่งอาจกระทำได้โดยการส่งมอบเอกสาร

(2) คำร้องจะต้องยื่นภายในสองสัปดาห์หลังจากเหตุขัดขวางได้ผ่านพ้นไป ในการยื่นคำร้องหรือในกระบวนการพิจารณาคำร้อง ข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุแห่งการมีคำร้องจะต้องเป็นที่เชื่อถือได้ การกระทำที่มีผลทางกฎหมายใด ๆ ที่ได้ละเลยไปจะต้องดำเนินการภายในระยะเวลาตามคำร้อง เมื่อมีกรณีเช่นนี้เกิดขึ้นการกลับสู่สถานะเดิมย่อมเป็นที่ยอมรับแม้จะไม่มีคำร้องขอ

(3) ห้ามมิให้รับคำร้องขอเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่สิ้นสุดระยะเวลาที่ถูกละเลย เว้นเสียแต่คำร้องขอเป็นไปไม่ได้ที่จะยื่นภายในระยะเวลาหนึ่งปีเนื่องจากมีเหตุสุดวิสัย

(4) ศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยเกี่ยวกับการกลับคืนสู่สถานะเดิมและให้ศาลกำหนดเกี่ยวกับการกระทำที่มีผลทางกฎหมายที่ได้มีการละเลย

(5) การให้กลับคืนสู่สถานะเดิมไม่อาจโต้แย้งได้"

⁵ มาตรา 73 (3) VwGO "คำวินิจฉัยอุทธรณ์จะต้องมีการให้เหตุผล และจะต้องระบุถึงวิธีการใช้สิทธิโต้แย้งและระยะเวลาในการโต้แย้งดังกล่าว พร้อมทั้งจัดส่งไปให้บุคคลที่เกี่ยวข้องด้วย คำวินิจฉัยอุทธรณ์จะต้องระบุไว้ด้วยว่าใครเป็นผู้รับผิดชอบในการใช้จ่ายดังกล่าว"

⁶ มาตรา 56 (2) VwGO "การจัดส่งให้เป็นหน้าที่ของทางการโดยให้ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการจัดส่งของฝ่ายปกครอง (Verwaltungszustellungsgesetz-VwZG)"

ให้แก่บุคคลนั้นโดยตรง หรือส่งเอกสารโดยทางไปรษณีย์ หรือจัดส่งให้โดยเจ้าหน้าที่ (มาตรา 5 VwZG) ในกรณีที่การส่งเอกสารไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ เช่น กรณีที่บุคคลที่สามซึ่งได้รับผลกระทบจากคำวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าว แต่ไม่มีการจัดส่งเอกสารให้แก่บุคคลที่สาม ในกรณีนี้ระยะเวลาในการฟ้องยังไม่เริ่มต้น

หากเป็นกรณีที่คำวินิจฉัยอุทธรณ์นั้นมิได้ระบุถึงการใช้สิทธิโต้แย้ง อันจำเป็นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 73 วรรค 3 ประกอบกับมาตรา 58 วรรค 1⁷ ในกรณีตามมาตรา 58 วรรค 2 โดยหลักพื้นฐานแล้วอาจเสนอฟ้องได้ภายในระยะเวลา 1 ปี นับจากที่ได้ทราบ หรือนับจากได้รับแจ้งให้ทราบคำวินิจฉัยดังกล่าว มาตรา 58 วรรค 2 ให้นำมาใช้ในกรณีที่การระบุถึงการใช้สิทธิดังกล่าวนั้นเป็นไปอย่างไม่ถูกต้องด้วย

หากเป็นกรณีที่ไม่จำเป็นต้องทำการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองตามมาตรา 68⁸ กรณีนี้จะต้องทำการฟ้องภายใน 1 เดือน นับจากทราบคำสั่งทางปกครอง แต่ทั้งนี้จะต้องพิจารณาเงื่อนไขตามมาตรา 58 (เรื่องระบุเกี่ยวกับการใช้สิทธิในการโต้แย้ง) ด้วย ในกรณีที่มีได้มีการเสนอฟ้องภายในกำหนดระยะเวลาที่กำหนดไว้ บุคคลนั้นอาจขอใช้สิทธิตาม

⁷ มาตรา 58 VwGO (การเริ่มนับระยะเวลา)

“(1) ระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์โต้แย้งหรือการเยียวยาอย่างอื่นเริ่มนับเมื่อคู่กรณีได้รับการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับการเยียวยา เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือศาลที่จะรับคำร้องขอให้เยียวยาดังกล่าว รวมทั้งเกี่ยวกับสถานที่ และระยะเวลาที่กำหนดในเรื่องดังกล่าว”

ฯลฯ

ฯลฯ

⁸ มาตรา 68 VwGO (การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง)

“(1) ก่อนยื่นฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครองจะต้องมีการตรวจสอบเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ในการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน การตรวจสอบดังกล่าวไม่จำเป็นต้องกระทำเมื่อกฎหมายได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะหรือถ้า

1. คำสั่งทางปกครองซึ่งออกโดยเจ้าหน้าที่สหพันธ์ระดับสูงสุด หรือออกโดยเจ้าหน้าที่มลรัฐระดับสูงสุด เว้นแต่กฎหมายได้กำหนดให้ต้องมีการตรวจสอบ หรือ

2. คำสั่งในเรื่องการเยียวยา หรือคำวินิจฉัยอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองซึ่งมีเนื้อหาที่เป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อนเป็นครั้งแรก

(2) สำหรับคำฟ้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครองให้นาวารคหนึ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมเมื่อคำร้องขอให้ดำเนินการตามคำสั่งทางปกครองถูกปฏิเสธ”

มาตรา 60⁹ VwGO ได้ ถ้าคำสั่งทางปกครองใดซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลที่สามและมีได้
แจ้งคำสั่งทางปกครองนั้นให้บุคคลที่สามทราบ ในกรณีนี้มีให้นำมาตรา 58 วรรค 2¹⁰ มาใช้
บังคับกับการกำหนดระยะเวลาในการฟ้อง หากแต่ให้ใช้หลักความสุจริตมาใช้อย่าง

สำหรับการนับระยะเวลานั้น มาตรา 57 วรรค 2 VwGO ได้อ้างถึงบทบัญญัติ
ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilprozessordnung-ZPO) ซึ่งตามมาตรา 222 วรรค 1¹¹
ZPO ให้นำวิธีการนับตามมาตรา 187¹² ของประมวลกฎหมายแพ่ง (Bürgerliches Gesetzbuch-
BGB) มาใช้บังคับ ดังนั้น ในกรณีนี้การคำนวณนับระยะเวลาสำหรับการเสนอฟ้องจึงไม่นับรวม

⁹ มาตรา 60 VwGO (การกลับคืนสู่สถานะเดิม)

“(1) บุคคลใดโดยปราศจากความผิดของบุคคลนั้น หากบุคคลนั้นถูกขัดขวางด้วยเหตุใด
ทำให้ไม่สามารถกระทำการตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เมื่อบุคคลนั้นมีคำร้องขอจะต้องยอมให้ผู้นั้น
กลับสู่สถานะเดิม

(2) คำร้องจะต้องยื่นภายในสองสัปดาห์หลังจากเหตุขัดขวางได้ผ่านพ้นไป ในการยื่น
คำร้องหรือในกระบวนการพิจารณาคำร้อง ข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุแห่งการมีคำร้องจะต้องเป็นที่เชื่อถือได้
การกระทำที่มีผลทางกฎหมายใด ๆ ที่ได้ละเลยไปจะต้องดำเนินการภายในระยะเวลาตามคำร้อง เมื่อมีกรณี
เช่นนี้เกิดขึ้นการกลับสู่สถานะเดิมนับเป็นที่ยอมรับแม้จะไม่มีคำร้องขอ

(3) ห้ามมิให้รับคำร้องขอเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่สิ้นสุดระยะเวลาที่ถูกละเลย
เว้นเสียแต่ว่าคำร้องขอเป็นไปไม่ได้ที่จะยื่นภายในระยะเวลาหนึ่งปีเนื่องจากมีเหตุสุดวิสัย

(4) ศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยเกี่ยวกับการกลับคืนสู่สถานะเดิมและให้ศาลกำหนดเกี่ยวกับการ
การกระทำที่มีผลทางกฎหมายที่ได้มีการละเลย

(5) การกลับคืนสู่สถานะเดิมไม่อาจโต้แย้งได้”

¹⁰ มาตรา 58 VwGO

ฯลฯ

ฯลฯ

“(2) ถ้ามิได้มีการแจ้งให้ทราบในเรื่องดังกล่าวหรือการแจ้งไม่ถูกต้อง ในกรณีนี้ให้
การยื่นคำขอเยียวยากระทำได้ภายในหนึ่งปีนับตั้งแต่การส่งให้ การแจ้งให้ทราบ หรือการประกาศ เว้นเสีย
แต่ว่าการยื่นคำขอภายในหนึ่งปีนั้นไม่อาจเป็นไปได้เพราะเหตุสุดวิสัยหรือมีการแจ้งอธิบายเรื่องดังกล่าวเป็น
ลายลักษณ์อักษรว่าไม่อาจขอเยียวยาได้ ให้นำมาตรา 60 วรรคสอง มาใช้บังคับกับกรณีเหตุสุดวิสัย
โดยอนุโลม”

¹¹ มาตรา 222 วรรค 1 ZPO

“การนับระยะเวลาให้ใช้บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่ง”

¹² มาตรา 187 BGB

“(1) การเริ่มนับระยะเวลาที่ขึ้นอยู่กับเหตุการณ์หรือกำหนดเวลาของวันใดวันหนึ่ง
ในการนับเวลาดังกล่าวไม่ให้วันดังกล่าวรวมในระยเวลานั้น ...”

วันที่ได้แจ้ง หรือวันที่รับทราบคำสั่งทางปกครองรวมในระยะเวลาดังกล่าว หากแต่ต้องเริ่มต้นนับวันถัดไปเป็นวันเริ่มต้นกำหนดระยะเวลา

ในกรณีที่มีการเสนอฟ้องภายในกำหนดระยะเวลาตามที่กำหนด แต่ได้เสนอฟ้องต่อศาลที่ไม่มีเขตอำนาจในเรื่องนั้น ในกรณีนี้ให้ถือว่าผู้ฟ้องได้เสนอฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจในวันที่เสนอฟ้องนั้นต่อศาลที่ไม่มีเขตอำนาจในเรื่องนั้น¹³

2. กำหนดระยะเวลาในการฟ้องกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่กระทำการ (die Klagefrist bei der Untätigkeitsklage)

ตามมาตรา 75 VwGO บัญญัติว่า “ในกรณีที่คำร้องคัดค้านหรือคำร้องขอให้ดำเนินการตามคำสั่งทางปกครองไม่ได้รับการวินิจฉัยภายในระยะเวลาที่เหมาะสมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ในกรณีนี้ให้รับคำฟ้องได้แม้จะไม่ใช่ไปตามมาตรา 68 คำฟ้องไม่อาจยื่นก่อนครบระยะเวลาสามเดือนนับแต่การยื่นคำร้องคัดค้านหรือนับแต่มีคำร้องขอให้ดำเนินการตามคำสั่งทางปกครอง เว้นเสียแต่ว่ามีการกำหนดระยะเวลาที่สั้นกว่าไว้ในกรณีมีพฤติการณ์พิเศษ ถ้ามีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่ายังไม่ได้วินิจฉัยคำร้องคัดค้าน หรือยังไม่ได้ออกคำสั่งทางปกครองตามคำร้องขอ ศาลอาจหยุดกระบวนการพิจารณาไว้เป็นระยะเวลาหนึ่งตามที่กำหนดซึ่งอาจขยายได้ ถ้าคำร้องคัดค้านภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดมีเหตุผลที่รับฟังได้หรือได้มีการออกคำสั่งทางปกครองภายในระยะเวลานั้น ในกรณีนี้ให้แจ้งว่าเรื่องอันเป็นประเด็นสำคัญแห่งคดีเป็นอันยุติลง”

ตามมาตรา 75 VwGO มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการนับระยะเวลาในการฟ้องในกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่กระทำการหรือกระทำการล่าช้า ดังนี้

2.1 การฟ้องโดยไม่ต้องทำการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

ในกรณีที่จะต้องมีการวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีที่มีการโต้แย้งคำสั่งไม่ออกคำสั่งทางปกครอง หรือกรณีที่จะต้องมีการวินิจฉัยคำร้องที่ให้ออกคำสั่งทางปกครอง ในกรณีดังกล่าวนี้ หากฝ่ายปกครองโดยปราศจากเหตุผลที่เพียงพอมิได้ทำการวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวภายในระยะเวลาอันสมควร ในกรณีนี้ให้ดำเนินการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 75 VwGO สำหรับการฟ้องในกรณีนี้ อาจดำเนินการฟ้องได้โดยไม่จำเป็นต้องดำเนินการตามมาตรา 68¹⁴ กำหนดระยะเวลาในการฟ้องตามมาตรา 75 กำหนดมิให้ทำการฟ้องก่อนระยะเวลา 3 เดือน

¹³ OVG Koblenz, NJW 1981, 1005.

¹⁴ โปรดดูเชิงอรรถ ที่ 8

นับจากวันที่ได้ยื่นคำคัดค้านคำสั่ง หรือนับจากวันที่ได้ยื่นคำร้องให้ออกคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่กรณีที่มีพฤติการณ์พิเศษที่จำเป็นจะต้องย่นระยะเวลาดังกล่าวให้สั้นลง พฤติการณ์พิเศษดังกล่าวนี้ เช่น หากมิได้ทำการพิจารณาเรื่องดังกล่าวโดยด่วน ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ฟ้องมีอาจจะทำการแก้ไขเยียวยาได้ในภายหลัง หรืออาจแก้ไขเยียวยาได้แต่ต้องเสียค่าใช้จ่ายมากเป็นพิเศษ

2.2 ผลของการเสนอฟ้องที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของมาตรา 75 ววGO

ในกรณีที่ไม่มีพฤติการณ์พิเศษที่อาจจะเสนอฟ้องก่อนระยะเวลา 3 เดือน นับจากวันที่ได้ยื่นคำร้องคัดค้านคำสั่งไม่อนุญาต หรือนับจากวันที่ได้ยื่นคำร้องให้ออกคำสั่งทางปกครอง ในกรณีเช่นนี้ศาลจะไม่รับฟ้องนั้นไว้พิจารณา แต่ถ้ากำหนดระยะเวลาสำหรับการวินิจฉัยคำร้องในเรื่องนั้นเกินกำหนดระยะเวลา 3 เดือน ในกรณีนี้ให้ถือว่า การเสนอฟ้องที่ไม่รับพิจารณาในครั้งแรกนั้นเป็นคำฟ้องนี้ให้รับไว้พิจารณาได้

ในกรณีที่สิ้นสุดระยะเวลา 3 เดือน ตามมาตรา 75 วรรค 2 อันเป็นกรณีที่มีเหตุผลเพียงพอว่า กรณียังไม่อาจจะทำการวินิจฉัยอุทธรณ์ได้ หรือเป็นกรณีที่ยังไม่อาจออกคำสั่งทางปกครองตามที่ร้องขอได้ ในกรณีนี้ให้ศาลหยุดการดำเนินคดีไว้เป็นการชั่วคราว จนกว่าจะสิ้นสุดระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้ (มาตรา 75 วรรค 3) ระยะเวลาดังกล่าวศาลอาจขยายระยะเวลาดังกล่าวอีกได้

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ได้วินิจฉัยเรื่องภายในกำหนดระยะเวลาตามที่ศาลกำหนด กรณีนี้มีข้อแตกต่าง 2 กรณี กล่าวคือ กรณีแรก หากคำร้องโต้แย้งของผู้ร้อง หรือคำร้องเพื่อให้ออกคำสั่งทางปกครอง ถ้าเจ้าหน้าที่เห็นตามคำร้องโต้แย้ง หรือเห็นตามคำขอ ดังกล่าวภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ในกรณีนี้ให้ถือว่าประเด็นหลักแห่งคดีเป็นอันเสร็จสิ้นลง กรณีที่สอง หากฝ่ายปกครองได้วินิจฉัยในทางตรงกันข้ามกับคำร้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง กรณีนี้จะต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในต่อฝ่ายปกครองก่อน ในกรณีนี้ศาลไม่อาจทำการวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีได้ จนกว่าเจ้าหน้าที่จะได้มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ หรือระยะเวลาในการวินิจฉัยอุทธรณ์ได้ผ่านพ้นไปแล้ว

2.3 ระยะเวลาในการฟ้องตามมาตรา 75 ววGO

ตามมาตรา 75 ววGO มิได้กำหนดไว้ว่ามีกำหนดระยะเวลานานเพียงใดที่จะสามารถเสนอฟ้องได้ หากเจ้าหน้าที่มิได้ทำการวินิจฉัยอุทธรณ์ หรือมิได้ทำการออก

คำสั่งทางปกครองให้ตามคำร้องที่ได้อำนาจไป ในกรณีนี้มีความเห็นกันว่าอาจทำการเสนอฟ้องได้โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา¹⁵

แต่อย่างไรก็ตาม เว้นเวลาในการฟ้องดังกล่าวอาจถูกจำกัด เนื่องจากผู้ฟ้องเสียสิทธิในการฟ้องคดี แต่กรณีดังกล่าวต้องไม่ใช่กรณีที่สิ้นสุดระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 76 (มาตรา 76 ซึ่งถูกยกเลิกไปแล้วได้กำหนดให้ฟ้องภายใน 1 ปี) ดังนั้นภายใต้การพิจารณากฎหมายที่ทำการยกเลิกมาตรา 76 ในกรณีนี้จึงไม่อาจจะถือได้ว่าเป็นการเสียสิทธิในการฟ้องก่อนที่จะสิ้นสุดระยะเวลา 1 ปี และโดยหลักการแล้ว ในการพิจารณาระยะเวลาในการเสนอฟ้องดังกล่าวจะต้องมีกำหนดระยะเวลาที่ยาวกว่า 1 ปี การกำหนดระยะเวลาในการฟ้องอาจจะเป็นกรณีที่จำเป็น ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลที่สาม ในด้านหนึ่งจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของบุคคลที่ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครอง แต่ในอีกด้านหนึ่งคำสั่งดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลที่สาม การเสนอฟ้องในกรณีนี้จึงน่าจะคาดหมายได้ยิ่งกว่ากรณีของคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดผลกระทบ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความมั่นคงในทางกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม กำหนดระยะเวลาในการฟ้องสำหรับเรื่องนี้ก็ยังคงขาดความชัดเจนว่าจะมีกำหนดระยะเวลาเท่าใด

3. การยื่นคำฟ้องหรือคำร้องที่มีได้ทำการยื่นภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด (die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand)

การขอยื่นคำฟ้องก็ดีหรือยื่นคำร้องก็ดีที่มีได้ดำเนินการภายในกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ในกรณีนี้บุคคลนั้นมีสิทธิที่จะยื่นคำร้องเพื่อขอยื่นคำฟ้องหรือคำร้องที่มีได้ยื่นภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนดได้ ทั้งนี้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 60 VwGO ซึ่งบัญญัติว่า

“(1) บุคคลใดโดยปราศจากความผิดถูกขัดขวางมิให้กระทำการตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เมื่อบุคคลนั้นมีคำร้องขอจะต้องยอมให้ผู้นั้นกลับสู่สถานะเดิม

(2) คำร้องจะต้องยื่นภายในสองสัปดาห์หลังจากเหตุขัดขวางได้ผ่านพ้นไป ในการยื่นคำร้องหรือในกระบวนการพิจารณาคำร้อง ข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุแห่งการมีคำร้องจะต้องเป็นที่เชื่อถือได้ การกระทำที่มีผลทางกฎหมายใด ๆ ที่ได้ละเลยไปจะต้องดำเนินการภายในระยะเวลาตามคำร้อง เมื่อมีกรณีเช่นนี้เกิดขึ้นการกลับสู่สถานะเดิมย่อมเป็นที่ยอมรับ แม้จะไม่มีคำร้องขอ

¹⁵ Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Heidelberg 1993, S.173.

(3) ห้ามมิให้รับคำร้องขอเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่สิ้นสุดระยะเวลาที่ถูกละเลย เว้นเสียแต่ว่าคำร้องขอเป็นไปไม่ได้ที่จะยื่นภายในระยะเวลาหนึ่งปีเนื่องจากมีเหตุสุดวิสัย

(4) ศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยเกี่ยวกับการกลับคืนสู่สถานะเดิมและให้ศาลกำหนดเกี่ยวกับการกระทำที่มีผลทางกฎหมายที่ได้มีการละเลย

(5) การกลับคืนสู่สถานะเดิมไม่อาจโต้แย้งได้"

การขอยื่นคำฟ้องกิติหรือการยื่นคำร้องกิติในกรณีที่มีได้ยื่นภายในกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดนั้น อาจกระทำได้เมื่อผู้ยื่นคำร้องเชื่อว่าการที่มีได้ยื่นคำฟ้องหรือคำร้องภายในกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดนั้นไม่ใช่ความผิดของตน ระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ในกฎหมายมีความแตกต่างไปจากระยะเวลาที่ศาลกำหนดโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย กำหนดระยะเวลาตามกฎหมาย ได้แก่ ระยะเวลาในการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองตามมาตรา 70¹⁶ VwGO หรือระยะเวลาในการฟ้องตามมาตรา 74¹⁷ VwGO หรือระยะเวลาในการใช้สิทธิตามมาตรา 124 a วรรค 1¹⁸ ตามมาตรา 139 วรรค 1¹⁹ หรือตาม

¹⁶ มาตรา 70 VwGO (ระยะเวลาการยื่น)

"(1) คำร้องคัดค้านจะต้องยื่นเป็นหนังสือหรือบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรโดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองภายในหนึ่งเดือนนับแต่ได้มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองให้ผู้ร้องได้ทราบ การยื่นคำร้องคัดค้านต่อเจ้าหน้าที่ผู้ที่จะต้องมีความวินิจฉัยคำร้องคัดค้านให้มีการกำหนดระยะเวลาเช่นเดียวกัน

(2) มาตรา 58 และมาตรา 60 วรรคหนึ่งถึงวรรคสี่ ให้นำมาใช้บังคับโดยอนุโลม"

¹⁷ มาตรา 74 VwGO (การยื่นคำฟ้อง)

"(1) คำฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองจะต้องยื่นภายในหนึ่งเดือนนับแต่การแจ้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ให้ทราบ ในกรณีที่ไม่จำเป็นต้องมีความวินิจฉัยอุทธรณ์ตามมาตรา 68 ในกรณีนี้ต้องยื่นคำฟ้องภายในหนึ่งเดือนนับแต่การแจ้งคำสั่งทางปกครองให้ทราบ

(2) สำหรับคำฟ้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครองให้นาวรรคหนึ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมเมื่อคำร้องขอให้ดำเนินการตามคำสั่งทางปกครองถูกปฏิเสธ"

¹⁸ มาตรา 124 (การยื่นอุทธรณ์)

(1) จะต้องมีการยื่นคำร้องเพื่อขอได้รับอุทธรณ์ภายในหนึ่งเดือนนับจากวันที่ได้ส่งคำพิพากษา คำร้องดังกล่าวให้ยื่นต่อศาลปกครองชั้นต้น โดยคำร้องนั้นจะต้องระบุถึงคำพิพากษาที่ตนประสงค์จะอุทธรณ์ ในคำร้องนั้นจะต้องให้เหตุผลในการสมควรที่จะรับอุทธรณ์ การยื่นอุทธรณ์ดังกล่าวมีผลเป็นการชะลอคำบังคับตามคำพิพากษา

(2) ให้ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ทำการวินิจฉัยคำร้องขออุทธรณ์โดยทำเป็นคำสั่ง ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์อาจไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลหากศาลอนุญาตให้ทำการอุทธรณ์หรือหากศาลมีมติเป็นเอกฉันท์ที่จะไม่รับอุทธรณ์ดังกล่าว การปฏิเสธการอุทธรณ์ดังกล่าวมีผลทำให้คำพิพากษาดังกล่าว

มาตรา 147²⁰ รวมทั้งการกำหนดระยะเวลาในการยื่นคำร้องเพื่อขอยื่นคำฟ้องหรือคำร้องที่มีได้ยื่นภายในกำหนดระยะเวลาตามมาตรา 60 วรรค 2 ก็เป็นกำหนดระยะเวลาตามกฎหมายเช่นกัน ตัวอย่างของระยะเวลาที่ไม่ถือว่าเป็นระยะเวลาตามกฎหมาย ได้แก่ ระยะเวลาตามมาตรา 58 วรรค 2²¹ หรือกรณีตามมาตรา 60 วรรค 3²² ซึ่งหากเป็นระยะเวลาที่ศาลกำหนดโดยอาศัยพื้นฐานจากกฎหมาย กรณีนี้การขยายระยะเวลาย่อมอยู่ในดุลพินิจของศาล

มีผลบังคับต่อไป ถ้าศาลปกครองชั้นอุทธรณ์อนุญาตให้ทำการอุทธรณ์ได้ ให้ถือว่ากระบวนการยื่นคำร้องดังกล่าวเป็นกระบวนการในการอุทธรณ์ กรณีจึงไม่จำเป็นต้องยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอีก

(3) ภายในระยะเวลาหนึ่งเดือนหลังจากที่มีการส่งคำสั่งของศาลที่อนุญาตให้ทำการอุทธรณ์ จะต้องมีการให้เหตุผลในการอุทธรณ์ การให้เหตุผลดังกล่าวจะต้องยื่นให้แก่ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ระยะเวลาในการให้เหตุผลอาจขยายได้โดยการทำคำร้องก่อนที่จะสิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าวโดยยื่นต่อผู้พิพากษาหัวหน้าคณะ การให้เหตุผลจะต้องปรากฏในคำร้องพร้อมทั้งรายละเอียดของการโต้แย้งคำพิพากษาของศาล (เหตุผลในการอุทธรณ์) ถ้าคำร้องดังกล่าวขาดรายละเอียดที่เป็นสาระสำคัญดังกล่าวศาลอาจไม่อนุญาตให้อุทธรณ์ในเรื่องนั้นได้"

¹⁹ มาตรา 139 VwGO (การยื่นฎีกา)

"(1) การยื่นฎีกาให้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรยื่นต่อศาลที่ถูกโต้แย้งคำพิพากษภายในหนึ่งเดือนหลังจากมีการส่งคำพิพากษามับสมบูรณ์ให้ หรือหลังจากมีการส่งคำสั่งศาลเกี่ยวกับการอนุญาตให้ฎีกาตามมาตรา 134 วรรคสาม ประโยคที่สอง กรณีอยู่ในระยะเวลาฎีกาหากได้ยื่นฎีกาภายในระยะเวลาต่อศาลปกครองสหพันธ์ การยื่นฎีกาดังกล่าวจะต้องแสดงถึงคำพิพากษาที่ถูกโต้แย้งด้วย"

ฯลฯ

ฯลฯ

²⁰ มาตรา 147 VwGO (การยื่นคำร้องทุกข์)

"(1) การยื่นคำร้องทุกข์ให้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรยื่นต่อศาลที่คำวินิจฉัยของศาลนั้นถูกโต้แย้ง หรือให้ทำการจดแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ธุรการศาลภายในเวลาสองสัปดาห์หลังจากที่ได้อ่านคำพิพากษา ทั้งนี้ไม่กระทบกับมาตรา 67 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง

(2) กรณีอยู่ในระยะเวลาการร้องทุกข์เมื่อทำการร้องทุกข์ต่อศาลสูงภายในระยะเวลาที่กำหนด"

²¹ มาตรา 58 VwGO

ฯลฯ

ฯลฯ

"(2) ถ้ามิได้มีการแจ้งให้ทราบในเรื่องดังกล่าวหรือการแจ้งไม่ถูกต้อง ในกรณีนี้ให้การยื่นคำขอเยียวยากระทำได้ภายในหนึ่งปีนับตั้งแต่การส่งให้ การแจ้งให้ทราบ หรือการประกาศ เว้นเสียแต่ว่าการยื่นคำขอภายในหนึ่งปีนั้นไม่อาจเป็นไปได้เพราะเหตุสุดวิสัยหรือมีการแจ้งอธิบายเรื่องดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรว่าไม่อาจขอเยียวยาได้ ให้นำมาตรา 60 วรรคสอง มาใช้บังคับกับกรณีเหตุสุดวิสัยโดยอนุโลม"

ในการยื่นคำร้องเพื่อขอยื่นคำฟ้องหรือคำร้องที่มีได้ยื่นภายในกำหนดเวลาตามที่กฎหมายกำหนดจะต้องแสดงข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุทำให้ไม่อาจยื่นคำฟ้องหรือคำร้องดังกล่าวได้ทัน ข้อเท็จจริงดังกล่าวต้องทำให้สามารถเชื่อได้ว่าจากเหตุดังกล่าวนั้นทำให้บุคคลนั้นไม่สามารถยื่นคำฟ้องหรือคำร้องได้ทัน เพื่อพิสูจน์ความจริงดังกล่าวบุคคลนั้นสามารถที่จะแสดงพยานหลักฐานในเรื่องดังกล่าวได้ แต่อย่างไรก็ตามการพิสูจน์ความจริงในเรื่องนี้ย่อมอยู่ภายใต้หลักการแสวงหาความจริงตามมาตรา 86²³ VwGO ด้วย ดังนั้น การแสวงหาความจริงว่ากรณีที่มีได้มีการยื่นคำฟ้องหรือคำร้องภายในกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดจึงเป็นหน้าที่ที่ศาลจะต้องแสวงหาความจริงด้วย²⁴ แต่เป็นภาระหน้าที่ของผู้ยื่นคำร้องที่จะต้องทำให้ศาลเชื่อในข้อเท็จจริงดังกล่าว

การยื่นคำร้องเพื่อขอยื่นคำฟ้องหรือยื่นคำร้องที่มีได้ยื่นภายในกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดจะต้องยื่นภายใน 2 สัปดาห์นับแต่เหตุที่ขัดขวางการยื่นคำฟ้องหรือคำร้องกิติได้ผ่านพ้นไป ถ้าเหตุที่ขัดขวางการยื่นคำฟ้องกิติหรือยื่นคำร้องกิติได้ผ่านพ้นไปและยังเหลือระยะเวลาสำหรับการยื่นคำฟ้องกิติหรือยื่นคำร้องกิติ ในกรณีนี้ไม่อาจจะใช้

²² โปรดดูเชิงอรรถที่ 4

²³ มาตรา 86 (หลักวิธีพิจารณาไต่สวน, หน้าที่ในการทำให้เกิดความชัดเจน, เอกสารในการเตรียมการ)

"(1) ให้ศาลมีหน้าที่ค้นหาความจริงในคดี โดยจะต้องให้ผู้เข้าร่วมในคดีเข้ามามีส่วนร่วมในเรื่องดังกล่าวด้วย การกล่าวฟ้องและคำร้องแสดงพยานหลักฐานของผู้เข้าร่วมในคดีไม่ผูกพันศาลแต่อย่างใด

(2) คำร้องเพื่อเสนอพยานหลักฐานในการนั่งพิจารณาอาจได้รับการปฏิเสธโดยคำสั่งของศาลได้ ซึ่งศาลจะต้องให้เหตุผลด้วย

(3) ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะจะต้องแนะนำในการขจัดความผิดพลาดในทางรูปแบบต้องให้คำอธิบายในกรณีที่คำร้องขาดความชัดเจน หรือทำให้มีการเพิ่มเติมรายละเอียดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงให้สมบูรณ์ นอกจากนี้จะต้องให้คำอธิบายที่เป็นสาระสำคัญสำหรับการพิจารณาและการวินิจฉัยข้อเท็จจริง

(4) ผู้เข้าร่วมในคดีจะต้องยื่นเอกสารต่าง ๆ เพื่อเตรียมการในการนั่งพิจารณา เพื่อการดังกล่าวผู้พิพากษาหัวหน้าคณะอาจกำหนดระยะเวลาในการยื่นเอกสารได้ เอกสารดังกล่าวจะต้องส่งให้แก่ผู้เข้าร่วมในคดีโดยหน้าที่

(5) เอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับคดีจะต้องแนบเอกสารที่เป็นต้นฉบับหรือสำเนาทั้งหมดหรือโดยสรุปสาระสำคัญ ถ้ากรณีได้ทราบเอกสารดังกล่าวแล้วหรือเอกสารดังกล่าวมีจำนวนมาก อาจทำการระบุเอกสารโดยให้คู่กรณีทำการตรวจเอกสารดังกล่าวต่อศาลได้"

²⁴ BVerwGE 13, 209

สิทธิยื่นคำร้องเพื่อขอยื่นคำฟ้องหรือคำร้องใหม่ได้ กฎหมายกำหนดให้ระยะเวลาที่เหลืออยู่เป็นกำหนดระยะเวลาที่จะยื่นคำฟ้องหรือยื่นคำร้อง บุคคลนั้นไม่อาจจะใช้สิทธิยื่นคำร้องเพื่อขอยื่นคำฟ้องหรือคำร้องใหม่ได้

การอนุญาตให้ยื่นคำฟ้องหรือคำร้องที่มีได้ยื่นภายในกำหนดระยะเวลาอาจกระทำได้โดยศาลเอง หากศาลเห็นว่าการมีได้ยื่นดังกล่าวมีเหตุผลอันเป็นที่ประจักษ์แก่ศาล ในกรณีนี้แม้บุคคลนั้นจะไม่ได้ยื่นคำร้อง ศาลก็อาจอนุญาตให้ยื่นคำฟ้องหรือคำร้องได้²⁵ นอกจากนี้การอนุญาตให้ยื่นคำฟ้องหรือคำร้องที่มีได้กระทำภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดอาจอนุญาตได้ หากเป็นกรณีที่ผู้ยื่นคำฟ้องหรือคำร้องมิได้รู้หรือมิได้มีส่วนในการทำให้ล่าช้าดังกล่าว เช่น กรณีที่ผู้ฟ้องได้ส่งคำฟ้องทางไปรษณีย์เป็นการล่วงหน้าหลายวัน แต่เนื่องจากความบกพร่องของการไปรษณีย์ทำให้คำฟ้องดังกล่าวไปถึงศาลล่าช้ากว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ กรณีนี้ให้ศาลวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวตามดุลพินิจของศาล ในกระบวนการพิจารณาดังกล่าวของศาลจะต้องแจ้งให้ผู้เข้าร่วมในคดีทราบเพื่อที่จะรับฟังความจากผู้มีส่วนเกี่ยวข้องดังกล่าวด้วย

²⁵ BVerwG, DÖV 1973, 647; Münster NJW 1996, 2809

เงื่อนไขการฟ้องคดีเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ดร.บุบผา อัครพิมาน

1. เงื่อนไขเกี่ยวกับผู้ฟ้องคดี

1.1 หลักทั่วไป

ผู้ฟ้องคดีต้องเป็นผู้มีความสามารถตามหลักทั่วไปของการดำเนินการกระบวนกรยุติธรรม กล่าวคือ หากเป็นบุคคลธรรมดาต้องเป็นผู้มีความสามารถตามกฎหมายแพ่ง ส่วนกลุ่มบุคคลหรือสถาบันต่าง ๆ จะเป็นผู้ฟ้องคดีได้ต้องมีสถานะเป็นนิติบุคคล

1.2 ต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสีย (Intérêt pour agir)

1.2.1 ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลธรรมดา

ความมีส่วนได้เสียของบุคคลธรรมดาจะพิจารณาจากคำฟ้องและคำขอของผู้ฟ้องคดี ณ เวลาที่มีการยื่นฟ้อง ซึ่งกรณีที่บุคคลจะมีส่วนได้เสียนั้นต้องเข้าทฤษฎีเงื่อนไข คือ เป็นกรณีที่ความเสียหายเป็นผลจากการกระทำหรือมาตรการของฝ่ายปกครองโดยตรง โดยมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) ประโยชน์นั้นอาจมีลักษณะเป็นประโยชน์ที่คำนวณเป็นเงินได้ (intérêt matériel) หรือประโยชน์ทางจิตใจ (intérêt moral) ก็ได้ แต่ผลกระทบต่อประโยชน์นั้นจะต้องเกิดจากการกระทำหรือมาตรการของฝ่ายปกครองโดยตรง

ดังนั้น บุคคลที่ไม่ได้เข้าร่วมในการสอบแข่งขันเข้ารับราชการจึงไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียในการฟ้องโต้แย้งกระบวนกรสอบแข่งขันดังกล่าวว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย (21 Nov. 1986, Mme Simonet, Req n° 62381) เพราะแม้กระบวนกรดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายแล้วหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายจริง บุคคลนั้นก็ไม่มีประโยชน์ได้เสียใด ๆ ด้วยทั้งสิ้น

(2) ประโยชน์ที่ถูกระทบนั้นมีลักษณะเป็นประโยชน์เฉพาะตัว ดังนั้น ห้ามมิให้บุคคลหนึ่งกระทำการแทนอีกบุคคลหนึ่งโดยไม่มีการตั้งตัวแทน ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องเพิกถอนหรือเรียกให้ชดใช้เงิน

นบ. (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), D.E.A. de droit public fondamental, Doctorat en droit public (mention : très honorable et les félicitations à l'unanimité), ผู้อำนวยการศูนย์ศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ สำนักงานศาลปกครอง

(3) ประโยชน์นั้นจะต้องมีลักษณะที่แน่นอน แต่ประโยชน์ที่คาดว่าจะถูกกระทบก็ถือว่ามีความแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้ผู้นั้นฟ้องคดีต่อศาลได้แล้ว เช่น คำสั่งแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งในส่วนงานหนึ่งซึ่งผู้ฟ้องคดีสังกัดอยู่หรือมีโอกาสจะถูกย้ายไปสังกัด ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีประโยชน์ได้เสีย ตัวอย่างคดีในกรณีนี้ ได้แก่

คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 6 ตุลาคม 1995 คดี Commune de Sète (Req. n° 121.370)

เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองแห่งหนึ่งเป็นผู้มีคุณสมบัติที่จะฟ้องโต้แย้งคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการของหน่วยงานนั้นต่อศาลปกครอง เมื่อคำสั่งแต่งตั้งนั้นอาจมีผลทำให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าหน้าที่ผู้นั้น โดยอาจทำให้เขาได้รับการเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่งช้ากว่าปกติหรือทำให้การเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่งของเขาต้องแข่งขันกับบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งใหม่ทั้งที่มีใช้เงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมาย และตามแนวบรรทัดฐานของศาล เจ้าหน้าที่ทุกคนที่อยู่ในหน่วยงานที่มีการออกคำสั่งเป็นผู้มีสิทธิโต้แย้งเพื่อขอยกเลิกการแต่งตั้งหรือการเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการคนใดคนหนึ่ง ในหน่วยงานของตน ไม่ว่าผู้นั้นจะได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่สูงกว่าซึ่งอยู่ในสายงานของผู้ฟ้องคดี หรือในสายงานอื่นที่ผู้ฟ้องคดีมีโอกาสจะได้รับการแต่งตั้งให้ไปดำรงตำแหน่ง

ในคดีนี้ แม้ว่านายลัวซง (Loison) จะอยู่ในระหว่างถูกสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน (mesure conservatoire de suspension) ก็เป็นผู้มีสิทธิจะฟ้องขอให้เพิกถอนข้อบัญญัติของนายกเทศมนตรีแห่งเมือง Sète ลงวันที่ 18 ธันวาคม 1987 และลงวันที่ 4 มกราคม 1988 ซึ่งแต่งตั้ง นาย Cattalorda และนาย Pintre เป็นรองปลัดเทศบาลและปลัดเทศบาลเมือง Sète ตามลำดับ ซึ่งเป็นตำแหน่งที่นายลัวซงมีโอกาสจะได้รับแต่งตั้งให้ไปดำรงตำแหน่งได้

(4) การเป็นผู้มีส่วนได้เสียนั้น ไม่จำเป็นต้องต้องเป็นการโต้แย้งคำสั่งในหน่วยงานที่ตนสังกัดอยู่เท่านั้น ข้าราชการที่สังกัดหน่วยงานหนึ่งอาจเป็นผู้มีสิทธิโต้แย้งคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการของหน่วยงานอื่นก็ได้ หากข้าราชการที่โต้แย้งคำสั่งแสดงให้เห็นได้ว่าตนอาจได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในหน่วยงานนั้น บุคคลนั้นเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี

(5) ข้าราชการถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียเสมอในการฟ้องโต้แย้งคำสั่งเฉพาะรายที่อาจกระทบสิทธิของเขา และ

(6) ข้าราชการของหน่วยงานหนึ่งถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่จะขอให้เพิกถอนสถานะทางกฎหมายของข้าราชการในหน่วยงานอื่นที่ตนอาจถูกโยกย้ายเข้าไปสังกัดได้

1.2.2 กรณีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นกลุ่มบุคคล

สมาคมหรือสหภาพข้าราชการ (associations ou syndicats)

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสยอมรับให้สมาคมหรือสหภาพข้าราชการสามารถฟ้องโต้แย้งคำสั่งที่อาจกระทบกับประโยชน์ของสมาคมหรือสหภาพได้ เช่น ความคงอยู่ ทรัพย์สิน หรือเงื่อนไขในการดำเนินงานของสมาคมหรือสหภาพ และยังสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากคำสั่งดังกล่าวได้ด้วย ทั้งนี้ มาตรา 8 ของรัฐบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการ ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 1983 กำหนดไว้ว่า “สมาคมหรือสหภาพข้าราชการสามารถฟ้องโต้แย้งกฎที่กำหนดเกี่ยวกับสถานะของข้าราชการและคำสั่งเฉพาะรายที่กระทบต่อประโยชน์ของสมาคมหรือสหภาพข้าราชการต่อศาลที่มีเขตอำนาจได้”

ในการฟ้องโต้แย้งคำสั่งเฉพาะรายนั้น บรรทัดฐานของศาลได้แยกสิทธิหรือประโยชน์ได้เสียในการฟ้องคดีตามความแตกต่างของประโยชน์ที่ถูกกระทบเป็น 2 ประเภท คือ “คำสั่งในทางบวก” (mesure positive) และ “คำสั่งในทางลบ” (mesure négative)

คำสั่งในทางบวก คือ คำสั่งที่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง เช่น คำสั่งแต่งตั้งหรือคำสั่งเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง เป็นต้น ซึ่งข้าราชการทุกคนสามารถฟ้องโต้แย้งคำสั่งดังกล่าวได้หากมีผลกระทบกับประโยชน์ของตน เช่นเดียวกับสมาคมข้าราชการหรือสหภาพข้าราชการสามารถจะฟ้องเพื่อพิทักษ์ประโยชน์ของกลุ่มได้เสมอ

ส่วนคำสั่งในทางลบ คือ คำสั่งที่มีผลเป็นการลดประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งของผู้รับคำสั่ง คำสั่งในลักษณะนี้ถือว่าไม่ส่งผลกระทบต่อนประโยชน์ของกลุ่มแต่กระทบเฉพาะประโยชน์ส่วนตัวของผู้รับคำสั่งเท่านั้น ดังนั้น สมาคมหรือสหภาพไม่มีสิทธิฟ้องเพิกถอนคำสั่งนั้น เช่น ข้าราชการคนหนึ่งถูกปฏิเสธไม่ได้รับการเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่งหรือถูกลงโทษทางวินัย ผู้มีส่วนได้เสียที่จะฟ้องโต้แย้งคำสั่งคือข้าราชการผู้ได้รับคำสั่ง ส่วนสมาคมหรือสหภาพข้าราชการที่ข้าราชการผู้นั้นสังกัดอยู่ไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียที่จะเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี

ตัวอย่างคดีที่ศาลเห็นว่าสหภาพข้าราชการไม่มีสิทธิฟ้องคดี

ลักษณะนี้

(1) สหภาพข้าราชการได้ฟ้องเพิกถอนคำสั่งโยกย้ายข้าราชการ และคำสั่งให้ข้าราชการอื่นเข้าดำรงตำแหน่งที่ว่างอยู่เพราะการโยกย้ายดังกล่าว ศาลปกครองวินิจฉัยว่า กรณีดังกล่าวมีการฟ้องโต้แย้งคำสั่งสองคำสั่งแยกจากกัน คือ ในคำสั่งแรกเป็นคำสั่งโยกย้ายข้าราชการคนหนึ่ง ส่วนคำสั่งที่สองเป็นคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการเข้าดำรงตำแหน่ง ศาลปกครองเห็นว่า สหภาพข้าราชการเป็นผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิฟ้องเพิกถอนคำสั่งที่สองที่ให้

ข้าราชการอื่นเข้าดำรงตำแหน่งที่ว่างอยู่ เพราะคำสั่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นคำสั่งในทางบวก แต่คำสั่งแรกที่โยกย้ายข้าราชการถือว่าเป็นคำสั่งที่มีลักษณะในทางลบ สหภาพข้าราชการจึงไม่มีสิทธิฟ้องเพิกถอนคำสั่งโยกย้ายข้าราชการ โดยรายละเอียดในคดีนี้มีดังนี้

คดีนี้เป็นคดีของนาย Durant, Garcia, Luna, Sanchez, Bonfani และ Daumas โดยข้อเท็จจริงมีว่า ตามบันทึกเดือนมิถุนายน 1983 ปลัดเทศบาลเมืองนิมได้มีคำสั่งย้ายนาย Durant และนาย Garcia จากลูกจ้างของฝ่ายต้อนรับ นาย Luna และนาย Sanchez จากเจ้าหน้าที่ของฝ่ายต้อนรับ และนาย Bonfani และ Daumas จากผู้ช่วยหัวหน้าของฝ่ายต้อนรับไปปฏิบัติหน้าที่ดูแลพิพิธภัณฑของฝ่ายพิพิธภัณฑทางศิลปะและอาคาร

ในกรณีนี้ข้าราชการหรือลูกจ้างที่ได้รับคำสั่งคือ นาย Durant, Garcia, Luna, Sanchez, Bonfani และ Daumas เป็นผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิฟ้องต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้ แต่สหภาพข้าราชการไม่มีสิทธิฟ้องคดีเพิกถอนในนามของสหภาพได้ ดังนั้น คำฟ้องของสหภาพที่ฟ้องให้เพิกถอนคำสั่งย้ายข้าราชการดังกล่าวต่อศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมือง Montpellier จึงเป็นคำฟ้องที่รับไว้พิจารณาไม่ได้ (Section, 13 décembre 1991, Syndicat CGT des employés de la mairie de Nîmes, Lebon, p.443)

(2) คำวินิจฉัยคดีนาย Védrières, นาง Guatheron และพวก

คดีนี้ นาย V นาง G และ นาง R ได้รับคำสั่งให้ไปปฏิบัติงานในฝ่ายต้อนรับ ศาลวินิจฉัยว่า เมื่อพิจารณาจากงานในหน้าที่เดิมของนาย V นาง G และนาง R ก่อนการได้รับคำสั่งแต่งตั้งให้ไปปฏิบัติหน้าที่ในฝ่ายต้อนรับ เห็นได้ว่า คำสั่งแต่งตั้งดังกล่าวมีลักษณะที่ไม่ใช่เป็นเพียงมาตรการภายในฝ่ายปกครอง แต่เป็นการโยกย้ายที่ส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงสถานะของบุคคลที่ได้รับคำสั่ง จึงเป็นคำสั่งที่สามารถจะถูกนำมาฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนได้

คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นซึ่งตัดสินว่าคำสั่งลักษณะดังกล่าวเป็นมาตรการภายในฝ่ายปกครองจึงสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณานั้น จึงไม่ถูกต้อง แต่สหภาพข้าราชการยังมิใช่ผู้มีส่วนได้เสียในคดีนี้ จึงเป็นผู้ไม่มีสิทธิฟ้องคดี

สำหรับมาตรการของฝ่ายปกครองที่มี "สภาพเป็นกลาง" คือไม่เป็นไปในทางลบหรือทางบวก เพราะไม่มีผลกระทบต่อประโยชน์ของกลุ่ม เช่น การประเมินข้าราชการ เป็นการกระทำที่สหภาพข้าราชการไม่มีส่วนได้เสีย ซึ่งศาลปกครองได้วินิจฉัยไว้ในตัวอย่างคดี M.Kaiser (25 มีนาคม 1995, Req. n° 136.344) ว่า

แม้ศาลจะเห็นว่า สหภาพของตุลาการจะมีสิทธิแทรกแซงในระหว่างการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการประเมินความดีความชอบของตุลาการ

คนหนึ่ง ซึ่งเกิดจากการโต้แย้งของตุลาการที่ถูกประเมิน แต่สหภาพไม่มีคุณสมบัติที่จะฟ้องขอให้เพิกถอนการประเมินดังกล่าว ดังนั้น คำฟ้องของสหภาพของตุลาการขอให้เพิกถอนการให้คะแนนนาย Kaiser จึงไม่อาจรับไว้พิจารณาได้

สมาคมหรือสหภาพข้าราชการอาจได้รับการชดเชยค่าเสียหายทางจิตใจซึ่งเกิดจากการกระทำที่กระทบต่อประโยชน์ของกลุ่มซึ่งสมาคมหรือสหภาพพิทักษ์รักษาอยู่ได้

สมาพันธ์หรือสหพันธ์ข้าราชการ(unions ou fédérations)

เดิมไม่ถือว่าสมาพันธ์และสหพันธ์ข้าราชการ เป็นผู้มีส่วนได้เสียที่จะโต้แย้งมาตรการทางปกครองซึ่งไม่ได้กระทบต่อประโยชน์โดยรวมของสมาพันธ์หรือสหพันธ์ข้าราชการ เพราะโดยหลักมาตรการทางปกครองจะกระทบเฉพาะสิทธิของสมาชิกบางคนเท่านั้น

แต่แนวดังกล่าวเปลี่ยนไป เมื่อสภาแห่งรัฐได้มีคำวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ ลงวันที่ 21 กรกฎาคม 1972 ในคดี Union interfédérale des syndicats de la prefecture de police et de la sûreté nationale (Lebon 584) ว่าการที่สหพันธ์ซึ่งประกอบด้วยสหภาพข้าราชการหลายแห่งได้ใช้สิทธิโต้แย้งมาตรการเกี่ยวกับการกำหนดประเภทบุคลากรของสหภาพข้าราชการแห่งหนึ่ง เป็นคำฟ้องที่รับไว้พิจารณาได้

ในขณะที่สหพันธ์ซึ่งเกิดจากการรวมตัวกันของสหภาพที่มีส่วนได้เสียหลาย ๆ สหภาพ ไม่อาจทำให้สหพันธ์นั้นเข้าแทนที่สหภาพใดสหภาพหนึ่งในการเป็นผู้ฟ้องคดีได้ (CE, 17 ตุลาคม 1984, Fédération des syndicats autonomes de l'enseignement supérieur, DA. 1984, n°482)

มาตรการในการจัดทำบริการสาธารณะ

ไม่ว่าจะเป็นบุคลากร สมาคม หรือสหภาพของบุคลากร ไม่ถือว่าเป็นผู้มีผลประโยชน์ได้เสียที่จะโต้แย้งมาตรการเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะของหน่วยงานที่บุคลากรเหล่านี้สังกัดอยู่ โดยคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐโดยที่ประชุมใหญ่ ลงวันที่ 26 ตุลาคม 1956 ในคดี Association générale des administrateurs civils (Lebon, p.391) วินิจฉัยว่า รัฐกฤษฎีกาที่ถูกโต้แย้งเป็นรัฐกฤษฎีกาที่กำหนดเกี่ยวกับการจัดการดำเนินงานขององค์กรต่าง ๆ ที่มีหน้าที่ตรวจสอบของกระทรวงเกษตร โดยได้มีการจัดตั้งสภาสูงทางการเกษตร (Conseil supérieur de l'agriculture) ขึ้น รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวจึงเป็นรัฐกฤษฎีกาที่กำหนดเกี่ยวกับการดำเนินการบริการสาธารณะ โดยเนื้อหาของรัฐกฤษฎีกาเองมิได้กระทบกับสิทธิใด ๆ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นนิติสถานะของเจ้าหน้าที่หรือเอกสิทธิ์ขององค์กร

ที่เจ้าหน้าที่ต้องใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ ดังนั้น สมาคมจึงไม่มีสิทธิโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของรัฐกฤษฎีกาดังกล่าว ศาลจึงไม่อาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้

นอกจากนี้ คำฟ้องของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่โต้แย้งคำสั่งหรือมาตรการภายในของผู้บังคับบัญชาเกี่ยวกับการดำเนินการบริการสาธารณะก็เป็นคำฟ้องที่ศาลไม่อาจรับไว้พิจารณาได้ (C.E., 29 พฤศจิกายน 1961, Dille Gander, Lebon p.529)

อย่างไรก็ดี หากมาตรการที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะกระทบกับสิทธิหรือประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ มาตรการนั้นก็อาจถูกโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายต่อศาลปกครองได้ (C.E. ประชุมใหญ่, 12 ธันวาคม 1952, Narbonne, Lebon p.574) เช่นเดียวกัน หากมาตรการที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ คำสั่งหรือมาตรการภายในใด ๆ ที่กระทบต่อนิติสถานะของเจ้าหน้าที่ มาตรการ คำสั่งหรือมาตรการภายในนั้นก็อาจถูกฟ้องโต้แย้งต่อศาลได้เช่นเดียวกัน (C.E., 16 ธันวาคม 1960, L'Herbier, Lebon p.707) หรือหากมาตรการหรือคำสั่งเหล่านั้นอาจกระทบต่อเอกสิทธิ์ของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือของหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐสังกัดอยู่ เจ้าหน้าที่นั้นก็ถือว่าเป็นผู้มีประโยชน์ได้เสียที่อาจนำมาตรการหรือคำสั่งมาฟ้องโต้แย้งต่อศาลปกครองได้ (C.E., 28 เมษายน 1978, Syndicat national des impots CFDT, Lebon p.193)

สำหรับองค์กรกระจายอำนาจซึ่งมีความเป็นอิสระระดับหนึ่งจากรัฐนั้น ตามแนวบรรทัดฐานของศาล บุคลากรขององค์กรกระจายอำนาจสามารถโต้แย้งมาตรการการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งเป็นมาตรการที่กำหนดโดยรัฐได้ หากมาตรการนั้นอาจกระทบต่อเงื่อนไขการจ้างและการทำงานของบุคลากร (C.E. section, 10 nov. 1978, Chevallier, Lebon p.438) แต่หากมาตรการนั้นไม่ใช่มาตรการที่ใช้เฉพาะสำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับทุกองค์กร บุคลากรจะโต้แย้งได้ตามเงื่อนไขที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

ส่วนผู้ใช้บริการสาธารณะ โดยหลักไม่ถือเป็นผู้มีสิทธิฟ้องโต้แย้งคำสั่งเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสถานะของเจ้าหน้าที่ แนวบรรทัดฐานของศาลแนวนี้นี้ต้องการไม่ให้ประชาชนเข้ามายุ่งเกี่ยวกับการจัดการเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ แต่หลักนี้มีข้อยกเว้นในกรณีที่พิสูจน์ให้เห็นความใกล้ชิดของความมีส่วนได้เสียของสมาคมผู้ใช้บริการกับมาตรการหรือคำสั่งเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐได้ ศาลก็จะรับคดีไว้พิจารณาได้ เช่น ศาลเคยวินิจฉัยว่าสมาคมนักเรียนการอนุรักษ์งานศิลปะแห่งชาติเป็นผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องทำให้มีสิทธิฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งอาจารย์คนหนึ่งได้ (C.E. section, 29 ตุลาคม 1976, Association des délégations et auditeurs du CNAM, Lebon p.460)

2. เงื่อนไขเกี่ยวกับคำฟ้อง

2.1 การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

2.1.1 กรณีกฎหมายไม่บังคับให้มีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

ในกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดให้ต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ผู้มีส่วนได้เสียสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้โดยตรง เช่น

คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ, 29 ธันวาคม 1993, *Commune de Chaton, c/ M.Gropaiz, Req. n° 05.194*)

ศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ตามมาตรา 9 วรรคแรก ของรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 26 มกราคม 1984 แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 3 กรกฎาคม 1987 ที่กำหนดว่า “ข้าราชการที่ถูกลงโทษทางวินัยประเภทที่ 2, 3 และ 4¹ อาจยื่นคำฟ้องโต้แย้งคำสั่งลงโทษต่อ

¹ รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 มกราคม ค.ศ. 1984 ว่าด้วยสถานะของข้าราชการ จำแนกโทษทางวินัยไว้ 10 ประการ และจัดเป็นกลุ่มได้ 4 กลุ่มด้วยกัน

โทษกลุ่มที่ 1

- (1) ดักเตือน (*l'avertissement*)
- (2) ภาคทัณฑ์ (*le blâme*)

โทษกลุ่มที่ 2

(1) ตัดออกจากบัญชีผู้ที่ได้รับพิจารณาเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง (*la radiation du tableau d'avancement*)

การลงโทษวิธีนี้มีผลครอบคลุมระยะเวลาอันจำกัดอยู่เพียง 1 ปี เท่ากับรอบอายุของบัญชีรายชื่อฉบับหนึ่งๆ

- (2) ลดขั้นเงินเดือน (*l'abaissement d'échelon*)

(3) พักราชการชั่วคราว (*l'exclusion temporaire des fonctions*) เป็นเวลาไม่เกิน 15 วัน โดยไม่ได้รับเงินเดือน¹

- (4) ถูกโยกย้าย (*le déplacement d'office*)

โทษกลุ่มที่ 3

- (1) ลดขั้นลดตำแหน่ง (*la rétrogradation*)

(2) พักราชการชั่วคราวเป็นเวลา 3 เดือนถึง 2 ปี สำหรับข้าราชการทั่วไป หรือเป็นเวลา 6 เดือนถึง 2 ปี สำหรับข้าราชการในสถานพยาบาล หรือเป็นเวลา 16 วันถึง 6 เดือน สำหรับข้าราชการส่วนท้องถิ่น

โทษกลุ่มที่ 4

- (1) ให้ออกจากราชการ (*mise à la retraite*)
- (2) ปล่อกออกจากราชการ (*la révocation*)

คณะกรรมการวินัยระดับจังหวัดหรือระหว่างจังหวัดได้” ข้อกำหนดนี้ไม่ตัดสินสิทธิราชการที่ถูกลงโทษจะฟ้องโต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยทั้งสามระดับดังกล่าวต่อศาลปกครองโดยตรง ดังนั้นเทศบาล Chatou ไม่อาจโต้แย้งว่า คำฟ้องของนาย Gropaiz ที่ยื่นต่อศาลปกครองแห่งแวร์ซายส์เพื่อโต้แย้งคำสั่งของนายกเทศมนตรีเมือง Chatou ลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 1988 ที่ไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ (révocation) ไม่อาจรับไว้พิจารณาได้ เพราะไม่ได้อุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินัยระดับจังหวัดก่อน

ในคดีนี้ ศาลปกครองวินิจฉัยโดยการตีความด้วยบทกฎหมายว่า สิทธิที่กำหนดเอาไว้ตามกฎหมายในเรื่องการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองกรณีถูกลงโทษทางวินัยร้ายแรงนั้นเป็นสิทธิ ดังนั้น แม้ไม่ใช่สิทธินั้นก็สมารถนำคำสั่งมาฟ้องศาลได้โดยตรง ซึ่งต่างจากระบบกฎหมายไทยในเรื่องนี้

2.1.2 กรณีกฎหมายบังคับให้มีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน

(1) ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน ผู้ฟ้องคดีจะนำคดีมาฟ้องศาลโดยมิได้อุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนไม่ได้ เช่น การโต้แย้งความสมบูรณ์ของผลการเลือกตั้งในทางปกครอง ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน หากนำคดีประเภทนี้มาฟ้องศาลโดยไม่อุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน คดีจะรับไว้พิจารณาไม่ได้ เช่น

คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ 20 กรกฎาคม 1988 Syndicat interco CFDT, des personnels de préfecture et du département du Pas-de-Calais, Req. n° 82.528

ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ตามมาตรา 21 ของรัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 30 พฤษภาคม 1985 กำหนดว่า “การโต้แย้งความสมบูรณ์ของการเลือกตั้ง (สำหรับการแต่งตั้งผู้แทนของบุคลากรในคณะกรรมการเทคนิคสองฝ่ายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น) จะต้องกระทำภายใน 15 วันนับแต่มีการประกาศผลต่อหน้าประธานองค์กรกลางการเลือกตั้งแล้ว...” ผลของบทบัญญัตินี้คือ หากไม่มีการยื่นอุทธรณ์คำตัดสินต่อประธานองค์กรกลางการเลือกตั้ง แต่โต้แย้งคำตัดสินต่อศาลปกครองโดยตรง คำฟ้องดังกล่าวรับไว้พิจารณาไม่ได้ ในคดีนี้เมื่อสหภาพ Interco CFDT ไม่ได้โต้แย้งผลการเลือกตั้งต่อประธานองค์กรกลางการเลือกตั้งก่อน คำฟ้องโต้แย้งผลการเลือกตั้งต่อศาลปกครองโดยตรงจึงรับไว้พิจารณาไม่ได้

(2) คำปฏิเสชนำเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของฝ่ายปกครองต้องอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารทางปกครองก่อน หากไม่อุทธรณ์ก่อนไม่อาจนำมาฟ้องศาลได้ เช่น

คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ 8 มีนาคม 1985, M. Van Den Torren, Req. n° 125.185)

ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ตามมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 28 เมษายน 1988 แก้ไขรัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 1978 กำหนดว่า การอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารทางปกครองเป็นข้อกำหนดที่มีผลบังคับซึ่งต้องดำเนินการก่อนจะฟ้องศาล เมื่อนาย Van Den Torren ไม่ได้อุทธรณ์ต่อคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารทางปกครอง ก่อนนำคดีมาฟ้องศาล จึงเป็นการชอบแล้วที่ศาลปกครองแห่ง Clermont-Ferrand จะไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

2.2 รูปแบบและลักษณะของคำฟ้อง

(1) คำฟ้องต้องเขียนเป็นภาษาฝรั่งเศส และต้องประกอบด้วยข้อมูลของผู้ฟ้องคดี ได้แก่ ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ และลายมือชื่อ

(2) คำฟ้องต้องมีคำขอพร้อมเหตุผลสนับสนุนคำขอ หากคำขอและเหตุผลสนับสนุนคำขอไม่มีหรือไม่ชัดเจน ผู้ฟ้องคดีอาจขอแก้ไขได้ก่อนพ้นระยะเวลาการฟ้องคดี อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ การยื่นคำฟ้องครั้งแรกผู้ฟ้องคดีมักจะทำคำฟ้องในลักษณะเป็นเพียงบทสรุปของข้อเท็จจริงและคำขอเท่านั้น โดยผู้ฟ้องคดีจะส่งข้อเท็จจริงคำขอ และเหตุผลประกอบคำขอฉบับสมบูรณ์ต่อศาลในภายหลัง ซึ่งผู้ฟ้องคดีสามารถยื่นได้แม้จะพ้นระยะเวลาการฟ้องคดีไปแล้ว ดังนั้น หลักความสมบูรณ์ของคำฟ้องจึงค่อนข้างยืดหยุ่นมากในประเด็นนี้

นอกจากนี้ ศาลยังมีอำนาจในการตีความคำขอที่เขียนไว้ไม่ชัดเจนเพื่อค้นหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้ฟ้องคดีด้วย (13 พฤศจิกายน 1991, Mme Covanac, Req. n° 90.418)

(3) คำฟ้องต้องปิดอากรแสตมป์ การปิดอากรแสตมป์เป็นเงื่อนไขหนึ่งที่ศาลจะสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา แต่ไม่ตัดอำนาจศาลที่จะรับฟ้องไว้ก่อนแล้วสั่งให้ผู้ฟ้องไปดำเนินการปิดอากรแสตมป์ให้ถูกต้องในภายหลัง

(4) ผู้ฟ้องคดีต้องแนบคำสั่งที่เป็นต้นเหตุของการฟ้องคดีมาพร้อมคำฟ้องด้วย ในกรณีที่คำสั่งโดยปริยายให้ผู้ฟ้องคดีส่งเอกสารหรือคำร้องที่ได้ยื่นต่อฝ่ายปกครองแล้วมิได้รับคำตอบมาให้ศาลเพื่อพิจารณาด้วย

2.3 การยื่นฟ้อง

สำหรับการฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ผู้ฟ้องคดีอาจยื่นฟ้องโดยตรงต่อเจ้าหน้าที่รับฟ้องของแต่ละศาลหรือส่งทางไปรษณีย์ก็ได้

ส่วนการฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุด (สภาแห่งรัฐ) ให้ยื่นต่อประธานฝ่ายคดีของสภาแห่งรัฐ หรือต่อเจ้าหน้าที่รับฟ้องของสภาแห่งรัฐ

วันยื่นฟ้องก็เป็นเงื่อนไขการฟ้องคดีอันหนึ่ง หากยื่นฟ้องเกินระยะเวลา ฟ้องคดี คดีย่อมไม่อาจรับไว้พิจารณาได้ นอกจากนี้ ศาลปกครองยังยอมรับให้มีการฟ้องคดี ทางอิเล็กทรอนิกส์และทางโทรสารได้ด้วย แต่ให้ถือเอาวันที่เจ้าหน้าที่ได้นำอิเล็กทรอนิกส์หรือโทรสารนั้น บันทึกลงในระบบแล้วเป็นวันฟ้องคดี และผู้ฟ้องคดีจะต้องมาแก้ไขคำฟ้องให้ถูกต้องตามรูปแบบ ในภายหลังด้วย

3. เงื่อนไขต้องมีนิติกรรมทางปกครองก่อนฟ้องคดีต่อศาล (décision administrative préalable)

ในรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 11 มกราคม 1965 มาตรา 1 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดหลัก เกี่ยวกับการฟ้องคดีต่อศาลปกครองไว้ว่า การฟ้องคดีต่อศาลปกครองต้องเป็นการฟ้องโต้แย้ง ตัวคำสั่งเท่านั้น จากบทบัญญัติดังกล่าว หากไม่มีการออกคำสั่งโดยฝ่ายปกครอง ผู้ฟ้องคดี จึงต้องดำเนินการให้มีคำสั่งดังกล่าวก่อนโดยการร้องเรียนไปยังฝ่ายปกครอง ซึ่งจะมีบทบัญญัติ ของกฎหมายมารองรับ ในกรณีนี้คือ รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 11 มกราคม 1965 มาตรา 1 วรรคสอง กำหนดว่า "หากฝ่ายปกครองนิ่งเฉยไม่ตอบคำร้องนานเกินกว่าสี่เดือนนับแต่วันที่ได้รับคำร้อง ถือว่าฝ่ายปกครองมีคำสั่งปฏิเสธ" ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจะต้องดำเนินการให้มีตัวคำสั่งก่อน จึงจะสามารถนำคำสั่งนั้นมาโต้แย้งถึงความชอบด้วยกฎหมายได้² เช่น

คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ 11 มกราคม 1987, Ville d'Hyères c/M, Blache, Req. n° 72.574)

ศาลตรวจสอบจากเอกสารในการฟ้องคดีแล้วเห็นว่า นาย Blache ได้รับแจ้งให้ ทราบบันทึกของหน่วยงาน ลงวันที่ 14 กันยายน 1983 อย่างช้าในวันที่ 16 กันยายน 1983 ปรากฏว่า นาย Blache ได้ยื่นคำร้องขอให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำบันทึกดังกล่าวทบทวนเมื่อวันที่ 16 กันยายน 1983 ซึ่งอยู่ในระยะเวลาการฟ้องคดี และในระหว่างการยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ขึ้นต้นเมื่อ 29 พฤศจิกายน 1983 แม้นาย Blache ไม่ได้แสดงให้เห็นว่ามีคำสั่งปฏิเสธอย่าง ชัดแจ้งจากฝ่ายปกครอง แต่เมื่อนับระยะเวลาดังเด้นาย Blache ได้ยื่นคำร้องขอให้ทบทวนตาม มาตรา 1 วรรคสอง แห่งรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 11 มกราคม 1965 แล้วเห็นว่า พันกำหนดสี่เดือน

² ที่เป็นเช่นนี้เพราะระบบกฎหมายของฝรั่งเศสไม่มีเรื่องการฟ้องเจ้าหน้าที่ละเลยล่าช้า ในการปฏิบัติหน้าที่ จึงต้องมีตัวคำสั่งก่อนเสมอเพื่อเป็นตัวตั้งในการนำมาฟ้องคดี

นับแต่วันที่ได้มีการยื่นคำร้องต่อหน่วยงานแล้วไม่ได้รับคำตอบ จึงถือว่าฝ่ายปกครองได้มีคำสั่งปฏิเสธโดยปริยายแล้ว คำฟ้องดังกล่าวจึงรับไว้พิจารณาได้

นอกจากการฟ้องโต้แย้งให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองต้องมีตัวคำสั่งอยู่แล้ว ในการฟ้องขอให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง ก็จะต้องมีการยื่นคำร้องขอให้หน่วยงานชดใช้ก่อน แล้วหน่วยงานตอบปฏิเสธไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ผู้เสียหายจึงจะนำมาฟ้องคดีต่อศาลได้ เช่น

คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ 26 เมษายน 1989, M.Bureau, Req. n° 68.014

ปรากฏตามมาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 11 มกราคม 1965 ประกอบกับ มาตรา R.89 ของประมวลกฎหมายศาลปกครองชั้นต้น “ยกเว้นกรณีของงานโยธาสาธารณะ การฟ้องคดีต่อศาลปกครองต้องฟ้องโต้แย้งคำสั่ง...” ดังนั้น เมื่อคดีนี้ไม่ปรากฏว่ามีการยื่นคำร้องต่อเทศบาลแวงแซนก่อนนำคดีมาฟ้องศาล ศาลจึงไม่อาจรับคำฟ้องเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองชำระค่าสินไหมทดแทนไว้พิจารณาได้

สำหรับประกาศรับสมัครเจ้าหน้าที่และบุคลากรของรัฐนั้น ศาลปกครองวินิจฉัยว่า ตัวประกาศไม่อาจถูกฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนได้ (C.E. 12 กรกฎาคม 1995, département de la Somme, Req. n° 101.204) รวมทั้งหนังสือของหน่วยงานที่แจ้งผลการสอบไปยังผู้สมัครก็ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง จึงไม่อาจฟ้องเพิกถอนหนังสือดังกล่าวได้ (28 เมษายน 1995, département de l'Aisne et autres, Req. n° 146.393, 146.669, 146.670)

4. ระยะเวลาการฟ้องคดี

หลักทั่วไป

ระยะเวลาการฟ้องคดีเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลอยู่ภายใต้หลักทั่วไป เพราะไม่มีกฎหมายเฉพาะในเรื่องนี้กำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีให้แตกต่างไปจากหลักทั่วไป ซึ่งตามมาตรา 1 แห่งรัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 11 มกราคม 1965 และมาตรา R 102 แห่งประมวลกฎหมายศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ กำหนดว่า การฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้กระทำภายในสองเดือนนับแต่วันที่มีการแจ้งคำสั่งหรือนับแต่วันที่มีการประกาศให้ทราบถึงความมีอยู่ของกฎ

ดังนั้น การฟ้องคดีต้องทำก่อนที่ระยะเวลาการฟ้องคดีจะสิ้นสุดลง แต่การเริ่มนับระยะเวลาการฟ้องคตินั้นยังมีประเด็นที่น่าสนใจตรงที่ว่า กฎหมายโดยรัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 1983 กำหนดเอาไว้ว่า ระยะเวลาการฟ้องคดีจะเริ่มนับก็ต่อเมื่อได้มีการแจ้งสิทธิการฟ้องคดีและระยะเวลาการฟ้องคดีไว้ในคำสั่งแล้วเท่านั้น ดังนั้น โดยนัยนี้ ระยะเวลา

แห่งการฟ้องคดีจึงเริ่มนับเมื่อผู้รับคำสั่งได้รับแจ้งคำสั่งแล้ว และต้องมีข้อความในคำสั่งบอกด้วยว่าให้ฟ้องคดีภายในระยะเวลาเท่าไรตามที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้ ศาลปกครองยังวางหลักเพิ่มเติมด้วยว่า การบอกกล่าวเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีต้องมีความชัดเจนด้วย (C.E. 8 มกราคม 1992, Masses, Lebon p.1204)

ข้อยกเว้น

(1) หลักเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีข้างต้น มีข้อยกเว้นแรกอยู่ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 11 มกราคม 1965 และมาตรา R 102 แห่งประมวลกฎหมายศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ซึ่งมีเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- ในการฟ้องคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (Recours de plein contentieux)³ ที่เป็นการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งปฏิเสธโดยปริยายของฝ่ายปกครอง เป็นคดีที่ไม่มีระยะเวลาการฟ้องคดี

- ในการฟ้องขอให้เพิกถอน (Recours pour excès de pouvoir) คำสั่งปฏิเสธโดยปริยาย จะเป็นคดีที่ไม่มีระยะเวลาการฟ้องคดีก็ต่อเมื่อคำสั่งปฏิเสธโดยปริยานั้นเป็นคำสั่งของเจ้าหน้าที่ที่เป็นองค์กรกลุ่ม (autorité collégiale) เช่น คณะกรรมการ หรืออนุกรรมการต่าง ๆ เป็นต้น หรือเป็นคำสั่งของเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องขอคำปรึกษาจากองค์กรกลุ่มก่อนออกคำสั่ง

(2) ในการบังคับตามคำพิพากษาของศาล หากมีการเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองบังคับตามคำพิพากษาแล้วฝ่ายปกครองนิ่งเฉยซึ่งเท่ากับคำสั่งปฏิเสธโดยปริยานั้น คำสั่งปฏิเสธโดยปริยานี้สามารถถูกนำมาโต้แย้งต่อศาลได้เสมอโดยไม่มีระยะเวลาการฟ้องคดี

(3) ในการใช้สิทธิขอข้อมูลเอกสารตามกฎหมายข้อมูลข่าวสาร หากฝ่ายปกครองผู้ครอบครองข้อมูลข่าวสารของราชการปฏิเสธโดยปริยายไม่ให้เขาดูเอกสาร เมื่อมีการอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการข้อมูลข่าวสาร (CADA) แล้ว คำสั่งปฏิเสธโดยปริยานั้นสามารถถูกนำมาฟ้อง

³ ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส การฟ้องคดีปกครองมีสองประเภท คือ คดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (recours de plein contentieux) ซึ่งศาลมีอำนาจสั่งให้กระทำการ จดเว้นกระทำการ (injonction) สั่งให้ส่งมอบทรัพย์สิน หรือสั่งให้ชดใช้เงิน (indemnité) ได้ ส่วนคดีอีกประเภทหนึ่งเป็นคดีหลักของศาลปกครองมาแต่ดั้งเดิม คือ คดีฟ้องเพิกถอนการกระทำทางปกครอง (recours pour excès de pouvoir) ซึ่งศาลปกครองมีเพียงอำนาจสั่งเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่มีอำนาจสั่งอย่างอื่นได้ แต่ปัจจุบันศาลปกครองเริ่มมีการสั่งในคดีเพิกถอนให้ฝ่ายปกครองกระทำการหรือจดเว้นกระทำการด้วย แต่ภายใต้เงื่อนไขที่จำกัดมาก

ต่อศาลปกครองได้เสมอโดยไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดี (รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 28 เมษายน 1988)

อย่างไรก็ดี หากคำสั่งปฏิเสธโดยปริยายได้เปลี่ยนสภาพไปเป็นคำสั่งปฏิเสธโดยชัดแจ้งเมื่อใด คือ ฝ่ายปกครองออกคำสั่งไม่อนุญาตให้เข้าดูเอกสารเมื่อใด ระยะเวลาการฟ้องคดีสองเดือนจะเริ่มนับทันที

(4) ในการฟ้องคดีเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีอยู่ในทางกฎหมาย (décision juridiquement inexistante) ซึ่งต้องถือว่าไม่อาจก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์หรือสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายได้ ดังนั้น สามารถถูกนำมาฟ้องได้ตลอด โดยไม่มีเงื่อนไขเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดี (C.E. 8 ธันวาคม 1982, Commune de pompiere-sur-Besbre, Lebon p. 707) อย่างไรก็ดี สำหรับคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากกลฉ้อฉลนั้น แม้ในทางกฎหมายจะถือว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ก่อให้เกิดสิทธิใดๆ แต่ยังไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่ไม่มีอยู่ในทางกฎหมาย ดังนั้น การฟ้องคดีเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวจึงต้องทำภายในระยะเวลาการฟ้องคดี (C.E. 6 พฤษภาคม 1981, Aimar, Lebon p. 978)

การฟ้องคดีละเมิดต่อศาลปกครอง¹

ดร. ฤทัย หงส์ศิริ^๒

เมื่อวันที่ 25 มกราคม 2546 ที่ผ่านมา หนังสือพิมพ์หลายฉบับได้ลงข่าวเกี่ยวกับเหยื่อโคบอลท์ที่อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองกลางที่พิพากษา¹ ให้สำนักงานพลังงานปรมาณูเพื่อสันติรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนพร้อมดอกเบี้ยรวมเป็นเงินทั้งสิ้นจำนวน 6,327,659.73 บาทให้แก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองรายซึ่งได้รับความเสียหายเนื่องจากการที่สำนักงานดังกล่าวละเลยต่อหน้าที่ โดยไม่ควบคุมให้มีการเก็บเครื่องโคบอลท์-60 ไว้ในสถานที่ที่เหมาะสมเป็นเหตุให้มีคนร้ายลักไปขาย และไม่ควบคุมให้เครื่องดังกล่าวติดเครื่องหมายบริเวณรังสีให้ครบถ้วน โดยไม่มีข้อความว่า “อันตราย” และ “วัสดุกัมมันตรังสี” นั้น ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่รู้ว่า เป็นวัตถุอันตราย จึงแกะทำให้กัมมันตภาพรังสีแพร่กระจาย เป็นเหตุให้มีคนตายและบาดเจ็บ ซึ่งต่อมาผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำร้องขอถอนอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งอนุญาตให้ถอนอุทธรณ์ได้ คดีถึงที่สุด ศาลปกครองกลางจึงมีคำสั่งให้สำนักงานดังกล่าวจ่ายเงินค่าสินไหมทดแทนจำนวนนั้นแก่ผู้ฟ้องคดี คดีนี้ก็เป็นตัวอย่างหนึ่งของคดีละเมิดที่ประชาชนมาฟ้องต่อศาลปกครอง

ในการฟ้องคดีละเมิดนั้น แต่เดิมต้องฟ้องคดีที่ศาลยุติธรรมและใช้หลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บังคับ แต่ในปัจจุบัน ผู้ฟ้องคดีต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ด้วย และอาจฟ้องคดีที่ศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม แล้วแต่กรณี เพราะแม้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (ซึ่งต่อไปอาจเรียกโดยย่อว่า “พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ”) มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) ได้บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม แต่คดีละเมิดบางเรื่องของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ฟ้องศาลปกครองไม่ได้ เนื่องจากกฎหมายได้วางหลักเกณฑ์จำกัดประเภทคดีละเมิดที่จะฟ้องต่อศาลปกครองไว้ว่า ต้องเป็นกรณีละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือ

¹ พิมพ์ครั้งแรกในวารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 3 ฉบับที่ 1 (มกราคม – เมษายน 2546), หน้า 68-94 และเนื่องจากปัจจุบัน (สิงหาคม 2548) ได้มีคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยหลายฉบับที่วางหลักหรือขยายความหลักกฎหมายในเรื่องนี้ จึงได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยเพิ่มเชิงอรรถ (*) ในบทความนี้

^๒ รองอธิบดีศาลปกครองกลาง

¹ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1820/2545

คำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรเท่านั้น ดังนั้น ในการฟ้องคดีละเมิดต่อศาลปกครอง ผู้ฟ้องคดีก็ต้องพิจารณาก่อนว่าเป็นคดีละเมิดที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง หรือที่บางท่านเรียกว่า “คดีละเมิดทางปกครอง” หรือไม่ หากเป็นคดีละเมิดที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองแล้ว โดยหลัก ผู้เสียหายก็ต้องฟ้องคดีนั้นต่อศาลยุติธรรม นอกจากนั้น คดีพิพาทเกี่ยวกับละเมิดที่ฟ้องศาลปกครองได้นั้นก็ไม่จำกัดเฉพาะกรณีที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) เท่านั้น แต่ผู้ฟ้องคดียังอาจฟ้องคดีตามกรณีที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และ (2) ด้วย **ซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลปกครอง**

นอกจากปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลที่จะยื่นฟ้องคดีแล้ว ผู้ฟ้องคดีก็ต้องพิจารณาก่อนฟ้องคดีด้วยว่าตนได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ครบถ้วนแล้วหรือไม่ เช่น ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เสียหายหรือได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการกระทำละเมิดหรือไม่ ได้ยื่นฟ้องภายในกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ ได้ชำระค่าธรรมเนียมศาลแล้วหรือไม่ เป็นต้น **ซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดี**

ประเด็นเหล่านี้ล้วนเป็นปัญหาสำคัญที่ผู้ฟ้องคดีต้องคำนึงถึงเสมอ ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง เพราะหากศาลตรวจคำฟ้องแล้วเห็นว่าคดีที่ฟ้องไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง หรือผู้ฟ้องคดีไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขการฟ้องคดี และเป็นเรื่องที่ผู้ฟ้องคดีไม่อาจแก้ไขให้ถูกต้องได้ ศาลก็จะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องและจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ ทำให้ผู้ฟ้องคดีต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายไปโดยไม่สมควร ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจะต้องศึกษาแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด รวมทั้งแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลด้วย เนื่องจากเป็นองค์กรที่มีอำนาจชี้ขาดปัญหาอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลโดยเฉพาะ และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการดังกล่าวย่อมมีผลผูกพันศาลที่เกี่ยวข้อง

บทความนี้มุ่งที่จะให้ความรู้ความเข้าใจเบื้องต้นแก่ผู้ฟ้องคดีในการฟ้องคดีเกี่ยวกับเรื่องละเมิดต่อศาลปกครอง โดยพยายามสรุปกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวกับการยื่นฟ้องคดีละเมิด รวมตลอดถึงแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล และแนวปฏิบัติของศาลปกครองกลาง เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีละเมิดต่อศาลปกครองได้อย่างถูกต้อง โดยจะแยกพิจารณาปัญหานี้ออกเป็น 2 ประเด็นใหญ่ ๆ ได้แก่ ประเด็นที่หนึ่ง คดีใดเป็นคดีละเมิดที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และประเด็นที่สอง เงื่อนไขการฟ้องคดีละเมิดที่ศาลปกครอง

1. คดีละเมิดที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

คดีละเมิดที่ฟ้องศาลปกครองนั้น อาจจะเป็นการกระทำละเมิดที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่กระทำต่อบุคคลภายนอก หรือเป็นการกระทำละเมิดที่เจ้าหน้าที่กระทำต่อหน่วยงานของรัฐก็ได้ ดังนั้น ในคดีละเมิดอาจมีบุคคลสามฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้อง ได้แก่ ผู้เสียหาย เจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่นั้นสังกัดอยู่หรือกระทรวงการคลัง² ดังนั้น การฟ้องคดีที่ศาลปกครองนั้นอาจเป็นการฟ้องคดีเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลทั้งสามฝ่ายดังกล่าว โดยอาจเป็นกรณีที่ผู้เสียหายฟ้องหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ฟ้องไล่เบียดกันเองหรือฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง การฟ้องคดีต่อศาลปกครองจึงไม่ถูกจำกัดอยู่เฉพาะการฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) เท่านั้น แต่อาจฟ้องได้หลายกรณีและหลายอนุมาตราของมาตรา 9 วรรคหนึ่ง ดังนี้

1. คดีปกครองที่เป็นการฟ้องให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้แก่ กรณีที่หน่วยงานของรัฐใช้อำนาจตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539³ ออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ทละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐภายในเวลาที่กำหนด เนื่องจากเจ้าหน้าที่ได้ทละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ เช่น เจ้าหน้าที่ที่เป็นผู้บังคับบัญชาปฏิบัติหน้าที่โดยประมาทเลินเล่อ ไม่ควบคุมดูแลการเบิกจ่ายเงิน เป็นช่องทางให้ผู้ได้บังคับบัญชาทุจริตนำเงินของทางราชการไปใช้ประโยชน์ส่วนตัว ทำให้ทางราชการเสียหาย⁴ เป็นต้น หรือในกรณีที่เจ้าหน้าที่ทละเมิดต่อบุคคลภายนอกและหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้ใช้กับผู้เสียหายไปแล้ว จึงใช้สิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่

² พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

มาตรา 5

ฯลฯ

ฯลฯ

ถ้าการละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่ได้สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใด ให้ถือว่า กระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบตามวรรคหนึ่ง

³ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

มาตรา 12 ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่หน่วยงานของรัฐได้ใช้ให้แก่ผู้เสียหายตามมาตรา 8 หรือในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้ทละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 8 ให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายมีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินดังกล่าวภายในเวลาที่กำหนด

⁴ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 20/2545

ชดใช้เงินคืนแก่ทางราชการ เช่น พนักงานขับรถยนต์ของกรุงเทพมหานครขับรถบรรทุกเก็บขนขยะด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ไปเฉี่ยวชนรถจักรยานยนต์ของบุตรของผู้เสียหายเป็นเหตุให้บุตรของผู้เสียหายถึงแก่ความตาย และกรุงเทพมหานครได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายแล้วเรียกให้พนักงานรับผิดชอบ เป็นต้น

การที่เจ้าหน้าที่นำคดีมาฟ้องศาลปกครองให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว เนื่องจากคณะกรรมการกฤษฎีกา และศาลปกครองสูงสุด⁵ ได้วินิจฉัยว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่เห็นว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่ที่ย่อมมีสิทธิฟ้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวต่อศาลปกครองเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการหรือออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

การฟ้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวเนื่องจากเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น โดยปกติ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฟ้องโดยอ้างว่าผู้ฟ้องคดีไม่ต้องรับผิดชอบเพราะผู้ฟ้องคดีไม่ได้ทำละเมิด หรือแม้ว่าการกระทำนั้นเป็นละเมิดแต่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้กระทำความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือแม้จะต้องรับผิดชอบ ก็รับผิดชอบน้อยกว่าที่หน่วยงานออกคำสั่ง นอกจากนั้น ในบางคดี ผู้ฟ้องคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งให้รับผิดชอบและให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพราะเหตุที่หน่วยงานทางปกครองไม่ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือขั้นตอนที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ทำให้เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากได้ออกโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น เช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่กรมการค้าต่างประเทศยื่นขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่ครบตามจำนวนเงินที่กรมการค้าต่างประเทศควรจะได้รับตามคำพิพากษา ต่อมา เจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้ออไปรับราชการที่สำนักงานอัยการสูงสุด คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่มีผู้ใดต้องรับผิดชอบแต่กระทรวงการคลังเห็นว่าผู้บังคับบัญชาชั้นต้นของเจ้าหน้าที่นั้นต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหาย เนื่องจากมิได้มอบหมายให้เจ้าหน้าที่อื่นยื่นคำขอรับชำระหนี้เพิ่มเติมภายในกำหนดเวลา เป็นการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและระเบียบของทางราชการ ทำให้ทางราชการเสียหาย ผู้บังคับบัญชาชั้นต้นจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองให้เพิกถอนคำสั่ง โดยอ้างว่าการออกคำสั่งมิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี

⁵ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) ที่ 307/2541 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 113 /2545

ดังกล่าว โดยไม่ให้โอกาสผู้ฟ้องคดีในการชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอและเป็นธรรม ศาลปกครองกลางพิจารณาแล้วพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของกรรมการค้ำต่างประเทศ และความเห็นของกระทรวงการคลัง⁶ การที่ศาลปกครองกลางสั่งให้เพิกถอนความเห็นของกระทรวงการคลังในกรณีนี้ด้วยนั้น คงเนื่องจากความเห็นดังกล่าวมีลักษณะต่างจากความเห็นทั่วไป เพราะความเห็นของกระทรวงการคลังในกรณีนี้มีผลผูกมัดให้หน่วยงานที่รับความเห็นต้องออกคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ทั้งนี้ ตามมาตรา 10 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และข้อ 18 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่จะฟ้องศาลให้สั่งเพิกถอนการดำเนินการในขั้นตอนการสอบข้อเท็จจริงหรือพิจารณาความรับผิดทางละเมิดไม่ได้ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง และไม่ได้มีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีเดือดร้อนหรือเสียหายแต่อย่างใด

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 86 /2545 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 16 ในฐานะอธิบดีกรมบัญชีกลางและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 17 ในฐานะปลัดกระทรวงการคลัง ทำความเห็นเสนอต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังให้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดผู้ฟ้องคดี และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกคำสั่งแต่งตั้งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ถึงที่ 6 เป็นคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 7 ถึง 15 เป็นคณะกรรมการพิจารณาความรับผิดทางแพ่ง นั้น การเสนอความเห็นของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 16 และ 17 คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตลอดจนความเห็นและมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ถึง 6 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 7 ถึง 15 เป็นเพียงขั้นตอนการดำเนินการภายในของเจ้าหน้าที่เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงในการที่ผู้มีอำนาจจะวินิจฉัยและออกคำสั่งว่ามีการละเมิดและมีผู้ใดต้องรับผิดชอบใช้คำสั่งใหม่ทดแทนหรือไม่เท่านั้น มิใช่เป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพหรือสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี และไม่ทำให้ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ต้องชดเชยเงินตามข้อเสนอ คำสั่ง และมติของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวแต่อย่างใด จึงถือไม่ได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้จากการกระทำนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิฟ้องขอเพิกถอนความเห็น คำสั่ง และมติดังกล่าวหรือเรียกค่าเสียหายใด ๆ ได้ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

⁶ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1688/2545

การฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ นี้ หากศาลปกครองพิพากษาว่าคำสั่งเรียกให้ชดใช้เงินคืนแก่ทางราชการไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากเจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดชอบ ก็มีผลเป็นที่ยุติว่าหน่วยงานของรัฐจะเรียกค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ไม่ได้ แต่หากเป็นเรื่องที่ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งเนื่องจากการออกคำสั่งไม่ได้ปฏิบัติตามกระบวนการหรือขั้นตอนที่กำหนดไว้ หน่วยงานของรัฐอาจพิจารณาและมีคำสั่งใหม่ และหากเจ้าหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าว ก็ย่อมมีสิทธิฟ้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวต่อศาลปกครองอีกได้

น่าสังเกตว่า ในทางปฏิบัติ การฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้ ศาลปกครองกลางได้รับไว้พิจารณาแม้ว่าจะไม่เป็นกรณีละเมิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ กล่าวคือ ไม่ใช่กรณีละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ก็ตาม

2. คดีปกครองเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ในกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำความผิดในการปฏิบัติหน้าที่ต่อบุคคลภายนอก ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากหน่วยงานของรัฐได้ 2 วิธี คือ วิธีที่หนึ่ง ฟ้องคดีต่อศาล หรือวิธีที่สอง ยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐให้พิจารณาชดใช้ค่าสินไหมทดแทน⁷ ในกรณีหลังนี้ หน่วยงาน

⁷ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

มาตรา 11 ในกรณีที่ผู้เสียหายเห็นว่า หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบตามมาตรา 5 ผู้เสียหายจะยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐให้พิจารณาชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ในการนี้หน่วยงานของรัฐต้องออกไปรับคำขอให้ไว้เป็นหลักฐานและพิจารณาคำขอนั้นโดยไม่ชักช้า เมื่อหน่วยงานของรัฐมีคำสั่งเช่นใดแล้ว หากผู้เสียหายยังไม่พอใจในผลการวินิจฉัยของหน่วยงานของรัฐ ก็ให้มีสิทธิร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งผลการวินิจฉัย

ให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาคำขอที่ได้รับตามวรรคหนึ่งให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวัน หากเรื่องใดไม่อาจพิจารณาได้ทันในกำหนดนั้นจะต้องรายงานปัญหาและอุปสรรคให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดหรือกำกับหรือควบคุมดูแลหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นทราบและขออนุมัติขยายระยะเวลาออกไปได้ แต่รัฐมนตรีดังกล่าวจะพิจารณาอนุมัติให้ขยายระยะเวลาให้อีกได้ไม่เกินหนึ่งร้อยแปดสิบวัน

ของรัฐมีหน้าที่ต้องพิจารณาคำขอดังกล่าวให้เสร็จภายใน 180 วัน หากพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าว หรือในกรณีที่รัฐมนตรีอนุมัติให้ขยายระยะเวลาไปอีก 180 วันแล้ว ก็ยังพิจารณาคำขอไม่เสร็จ ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองว่าหน่วยงานของรัฐปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2)

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 97/2544 ลูกจ้างของกรมคุมประพฤติ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ขับขี่รถยนต์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ด้วยความประมาทเลินเล่อจนรถจักรยานยนต์ของผู้ฟ้องคดี เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีได้รับบาดเจ็บสาหัสและรถจักรยานยนต์ได้รับความเสียหาย ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2543 แจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ชดใช้ค่าเสียหายแต่ไม่ได้รับการติดต่อใดๆ จึงได้ร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ และคดีได้โอนมาเป็นคดีของศาลปกครองกลาง เมื่อผู้ฟ้องคดียื่นคำขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ ดันสังกัดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน จึงเป็นหน้าที่ตามกฎหมายของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่จะต้องพิจารณาคำขอของผู้ฟ้องคดีให้แล้วเสร็จภายในกำหนด 180 วัน ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดฯ เมื่อกำหนดเวลาตามกฎหมายสิ้นสุดลงและผู้ฟ้องคดีอ้างว่ายังไม่ได้รับแจ้งผลการพิจารณา จึงเป็นกรณีพิพาทว่าหน่วยงานทางปกครอง ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

การฟ้องคดีต่อศาลปกครองในกรณีนี้เป็นเรื่องใหม่ เนื่องจากเดิมหากหน่วยงานไม่พิจารณาคำขอหรือพิจารณาคำขอไม่เสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าว ผู้เสียหายก็ต้องฟ้องคดีเรียกค่าสินไหมทดแทนจากหน่วยงานของรัฐต่อศาลยุติธรรม

เมื่อหน่วยงานของรัฐพิจารณาคำขอแล้วมีคำสั่งเช่นใด หากผู้เสียหายยังไม่พอใจก็ย่อมมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเรียกค่าสินไหมทดแทนจากหน่วยงานของรัฐได้ โดยต้องฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ประกอบกับมาตรา 106 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ หรือฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ประกอบกับมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แล้วแต่กรณี

3. คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่

กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

คดีละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองนั้น จะต้องเข้าเงื่อนไขทั้ง 2 ประการดังต่อไปนี้⁸ คือ

1. เป็นคดีหรือข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการปฏิบัติหน้าที่ในทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ การกระทำละเมิดที่จะฟ้องที่ศาลปกครองได้นั้น ต้องเข้าหลักเกณฑ์ทั่วไปของคดีปกครอง กล่าวคือ ต้องเป็นละเมิดที่เกิดขึ้นเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ กล่าวคือ เป็นละเมิดที่เกิดขึ้นจากการกระทำทางปกครอง เช่น ฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เป็นต้น หากเป็นการกระทำละเมิดระหว่างเอกชนด้วยกัน หรือเป็นละเมิดที่เป็นเรื่องส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ที่ไม่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่แล้ว ผู้เสียหายต้องฟ้องเจ้าหน้าที่ จะฟ้องหน่วยงานของรัฐไม่ได้⁹ และต้องฟ้องเจ้าหน้าที่นั้นต่อศาลยุติธรรม

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 20 /2545 การที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องเรียกให้กรมการศึกษานอกโรงเรียนในฐานะหน่วยงานต้นสังกัดจ่ายค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่หัวหน้าศูนย์การศึกษานอกโรงเรียนอำเภอใช้ผู้อื่นมาทำร้ายร่างกายผู้ฟ้องคดีนั้น ไม่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำที่ใช้อำนาจตามกฎหมายอันจะเป็นการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แต่เป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุส่วนตัวซึ่งผู้ฟ้องคดีสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายต่อศาลยุติธรรมได้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 112/2545 ฟ้องว่าผู้ใหญ่บ้านร่วมกับเจ้าหน้าที่ที่ดินอำเภอและพวกฉ้อโกงผู้ฟ้องคดี แม้ผู้ถูกฟ้องคดีจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นการกระทำผิดโดยส่วนตัวที่ผู้ฟ้องคดีต้องดำเนินคดีอาญาและคดีแพ่งต่อศาลยุติธรรม มิใช่การใช้อำนาจทางปกครองในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 633 /2545 การที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องกระทรวงมหาดไทยและกระทรวงการคลังให้รับผิดชอบ เนื่องจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยกล่าวไขข่าวแพร่หลายต่อประชาชนโดยการให้สัมภาษณ์แก่ผู้สื่อข่าวและสื่อมวลชนอันเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีนั้น มิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบอื่นของ

⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 32/2544

⁹ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครองหรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติ หน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

นอกจากจะต้องเป็นการกระทำละเมิดเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่แล้ว การปฏิบัติหน้าที่นั้นต้องเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในทางปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองด้วย หากเป็นละเมิดที่เกิดจากการดำเนินคดีอาญาของเจ้าหน้าที่ การใช้อำนาจหรือการดำเนิน กระบวนพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานบังคับคดีที่ปฏิบัติหน้าที่ตามคำสั่งศาลยุติธรรม หรือ เป็นการกระทำที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองแล้ว ศาลปกครองก็ไม่มีอำนาจรับคดี ไว้พิจารณาเช่นกัน

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 19/2545 ในคดีอาญานั้น เป็นเรื่องของขั้นตอนการดำเนินการเพื่อนำไปสู่การลงโทษผู้กระทำผิดทางอาญา อย่างไรก็ตาม ในขั้นตอนการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ คือพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการนั้น อาจจะมีการกระทำทางปกครองปะปนอยู่ด้วย ถ้าขั้นตอนใดเป็นการกระทำที่ประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะโดยตรง การกระทำดังกล่าวจะอยู่ใน อำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลยุติธรรม แต่ถ้าการกระทำใดที่พนักงานสอบสวนหรือ พนักงานอัยการกระทำนอกเหนือหรือมิได้กระทำตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญาและเป็นการกระทำที่เข้าเกณฑ์เป็นกรณีพิพาทตามมาตรา 9 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ การกระทำนั้นจะอยู่ในอำนาจการควบคุมตรวจสอบของ ศาลปกครอง

การที่ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องสำนักงานตำรวจแห่งชาติซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ ว่าเจ้าพนักงานตำรวจซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ในสังกัดไปทำการจับกุมตรวจค้นตัวคนร้ายแล้วก่อให้เกิด ความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีและขอให้ชดใช้ค่าเสียหายนั้น เป็นขั้นตอนการดำเนินการของ เจ้าพนักงานตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะ โดยตรง ไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และศาลยุติธรรมมีอำนาจที่จะเยียวยาความเสียหายดังกล่าวได้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 128/2545 การที่ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายจากการที่ผู้พิพากษาผู้ถูกฟ้องคดีรับฟังข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานในคดีแพ่ง ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีแพ้คดี ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนการกระทำ ละเมิดตามคำพิพากษาของศาล จึงขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าเสียหายนั้น การรับฟังข้อเท็จจริง

และพยานหลักฐานของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นการใช้อำนาจในการพิจารณาพิพากษารรกคดีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจกรรมทางปกครองในการออกกฎ หรือคำสั่งทางปกครอง นอกจากนี้ ศาลยุติธรรมไม่ใช่หน่วยงานทางปกครอง และผู้ถูกฟ้องคดีก็ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ คดีนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 109/2545 การที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า เจ้าพนักงานบังคับคดีละเลยต่อหน้าที่ ไม่ทำการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่ยึดไว้ตามคำพิพากษาของศาล โดยแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีหาคนมาซื้อทรัพย์สินดังกล่าวเอง จนคดีใกล้จะขาดอายุความแล้วยังไม่อาจบังคับชำระหนี้ได้ เป็นการละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีนั้น เป็นกรณีที่ขอให้ศาลปกครองก้าวล่วงไปวินิจฉัยถึงการกระทำของเจ้าพนักงานบังคับคดีว่า การละเลยต่อหน้าที่ ไม่กระทำการขายทอดตลาดทรัพย์สินตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมภายในเวลาอันควรต้องทำดังกล่าว เป็นการดำเนินการบังคับคดีฝ่าฝืนตอบทบัญญัติ ลักษณะ 2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือไม่ ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 296 วรรคสอง กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีสามารถยื่นคำร้องต่อศาลยุติธรรมที่พิพากษาให้ผู้ฟ้องคดีชนะคดีได้ คำฟ้องนี้จึงไม่เข้าลักษณะเป็นคดีปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

การที่ต้องพิจารณาว่าเป็นการทำละเมิดเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ในทางปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองด้วยนั้น ก็เนื่องจากการพิจารณาว่าเป็นการกระทำละเมิดหรือไม่ ศาลปกครองก็ต้องตรวจสอบว่าการกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เนื่องจากการกระทำที่จะเป็นละเมิดต้องเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น หากศาลปกครองไม่มีอำนาจพิจารณาดตรวจสอบการกระทำนั้นว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เช่น เป็นการออกคำสั่งหรือดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแล้ว ศาลก็ย่อมไม่มีอำนาจพิจารณาในเรื่องละเมิดที่เกิดจากการกระทำดังกล่าวด้วย การตีความในนัยดังกล่าว ย่อมสอดคล้องกับหลักเหตุผลหรือหลักตรรกวิทยา

ในการฟ้องหน่วยงานของรัฐเนื่องจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่นั้น การกระทำละเมิดอาจเกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำของเจ้าหน้าที่หลายคน มีทั้งเจ้าหน้าที่ที่กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ และเจ้าหน้าที่ที่ไม่ได้กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีนี้ ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิฟ้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบจากกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติหน้าที่ได้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 303/2545 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 กำหนดให้

ผู้อำนวยการสถานพินิจมีอำนาจหน้าที่สอดส่องว่าบิดามารดาหรือผู้ปกครองของผู้เยาว์ได้ใช้อำนาจปกครองเพื่อสวัสดิภาพและอนาคตของผู้เยาว์หรือไม่ และให้มีอำนาจและหน้าที่อื่นตามที่ศาลมอบหมาย ได้แก่ การเป็นผู้กำกับผู้ใช้อำนาจปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของผู้เยาว์ ผู้อำนวยการสถานพินิจจึงมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการสอดส่องดูแลการปฏิบัติงานของตนและเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในความรับผิดชอบของตนมิให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เยาว์

แม้ น.จะไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายในการเบิกถอนและนำเงินของผู้ฟ้องคดีไปใช้จ่ายส่วนตัวก็ตาม แต่ลำพัง น.ในฐานะส่วนตัวย่อมไม่สามารถกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีได้ การไม่ใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของผู้อำนวยการสถานพินิจ โดยบุคคลที่ได้รับมอบหมายจากผู้อำนวยการสถานพินิจให้ปฏิบัติราชการแทน จึงถือได้ว่าเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายที่ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาได้ตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

2. แม้จะเป็นคดีหรือข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม ผู้เสียหายจะฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ก็ต่อเมื่อเป็นคดีหรือข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ใน 4 กรณีเท่านั้น คือ

ก. การใช้อำนาจตามกฎหมาย เช่น การใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ยึดหรืออายัดทรัพย์สินและขายทอดตลาดทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ชำระเงินให้แก่หน่วยงานของรัฐตามคำสั่งที่ออกตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 หากเป็นการกระทำที่เกินกว่าที่จำเป็นหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายประการอื่น เป็นเหตุให้ผู้ถูกยึดหรืออายัดทรัพย์สินเสียหาย ก็ย่อมเป็นละเมิดที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย เป็นต้น ในเรื่องการใช้อำนาจตามกฎหมายนี้ ศาลปกครองสูงสุดก็เคยวินิจฉัยไว้เช่นกัน

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 124/2545 การที่โทรศัพท์จังหวัดสมุทรสาครตั้งตู้ชุมสายโทรศัพท์ (ตู้ผ่าน) และเสาโทรศัพท์ขวางทางเข้าออกหน้าตึกแถวของผู้ฟ้องคดี เป็นผลให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหายเพราะไม่สามารถขายตึกแถวได้ ขอให้ศาลกำหนดค่าบังคับให้องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยดำเนินการย้ายตู้ผ่านและเสาโทรศัพท์ออกไปจากหน้าตึกแถวและเป็นผู้รับผิดชอบในเรื่องค่าใช้จ่ายในการดำเนินการทั้งหมดนั้น เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย (พระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2497

ประกอบกับพระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พุทธศักราช 2477) ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 123/2545 ฟ้องว่ากระทรวงอุตสาหกรรม การปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยและเจ้าหน้าที่ ดำเนินการวางระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ ในที่ดินของผู้ฟ้องคดีไม่ถูกต้องตามกฎหมายและดำเนินการรับจ้างขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ ผ่านที่ดินของผู้ฟ้องคดีโดยไม่เวนคืนที่ดินตามกฎหมายและไม่จ่ายค่าทดแทน เป็นคดีพิพาท เกี่ยวกับการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 140/2545 การคืนของกลางในคดีอาญา เจ้าพนักงานผู้ยึดของกลางต้องดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประกอบกับประมวลระเบียบตำรวจ ภาค 1 ระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี และระเบียบ กรมตำรวจ ว่าด้วยการปฏิบัติเกี่ยวกับรถของกลาง ฯ ซึ่งกำหนดให้เจ้าพนักงานยึดสิ่งของที่อาจ ใช้เป็นพยานหลักฐานจนกว่าคดีจะถึงที่สุดฯ เมื่อผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าสำนักงานตำรวจแห่งชาติ และพนักงานสอบสวน (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ถึง ที่ 5) คินรถยนต์ของกลางให้แก่ บ. โดยไม่รับฟัง พยานหลักฐานของผู้ฟ้องคดีและคดียังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล จึงเป็นการโต้แย้งว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ถึง ที่ 5 ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามกฎหมายกระทำละเมิดต่อ ผู้ฟ้องคดี จึงเข้าลักษณะเป็นคดีปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองฯ (มีความเห็นแย้งว่าไม่เป็นคดีปกครอง เนื่องจากการดำเนินกระบวนการ ยุติธรรมทางอาญา)

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องของกลางนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เคยวินิจฉัยไว้ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดให้อำนาจแก่พนักงานสอบสวน คดีอาญาเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้ต้องหาหรือจำเลยเอาไว้เป็นการเฉพาะ เมื่อโจทก์ฟ้องว่า จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาได้ร้องทุกข์ให้ดำเนินคดีกับโจทก์ในข้อหาปล้นทรัพย์ และจำเลย ที่ 2 ซึ่งเป็นพนักงานสอบสวน ได้ร่วมกันยึดทรัพย์สินของโจทก์ในคดีอาญา และนำทรัพย์สินของโจทก์ ออกขายแก่บุคคลภายนอก แล้วนำเงินมอบให้แก่จำเลยที่ 1 ก่อนศาลในคดีอาญาจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด จึงขอให้จำเลยทั้งสองและสำนักงานตำรวจแห่งชาติร่วมกันรับผิดชอบทำละเมิด จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่อันสืบเนื่องจากการใช้อำนาจในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา อยู่ในอำนาจ การควบคุมตรวจสอบของศาลยุติธรรม (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 23/2547)

การใช้อำนาจตามกฎหมายนี้ไม่รวมถึงการปฏิบัติหน้าที่ทั่ว ๆ ไป เช่น การที่แพทย์ให้การรักษาไม่ถูกต้องเป็นเหตุให้คนไข้ถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บ¹⁰ หรือการที่กรุงเทพมหานครปักเสาไฟฟ้าส่องทางไม่ลึกและยึดติดกับพื้นผิวถนนไม่แน่นหนา เป็นเหตุให้เสาไฟฟ้าล้มลงมาฟาดรถยนต์ที่บริษัทผู้ฟ้องคดีรับประกันภัยเสียหาย¹¹ หรือการที่ ลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐขับรถโดยประมาทเลินเล่อในการปฏิบัติหน้าที่ เฉี่ยวชนบุคคล ภายนอกถึงแก่ความตาย คดีหรือข้อพิพาทเหล่านี้ต้องฟ้องคดีที่ศาลยุติธรรม ไม่ใช่ศาลปกครอง เพราะไม่ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 1 /2545 ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 6 บัญญัติให้ กรุงเทพมหานครมีฐานะเป็นนิติบุคคลและเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น และมาตรา 86 กำหนดให้กรุงเทพมหานครมีอำนาจหน้าที่ดำเนินกิจการในการรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในกรุงเทพมหานคร ซึ่งเป็นการให้บริการสาธารณะประการหนึ่ง ลูกจ้างประจำของกรุงเทพมหานครตำแหน่งพนักงานขับรถ ขับรถยนต์บรรทุกเก็บขนขยะในวันเกิดเหตุเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมาย เมื่อเกิดเหตุละเมิดจากการปฏิบัติหน้าที่ จึงเป็นไปตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำไป

มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จำกัดประเภทคดีปกครองที่เกิดจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐ โดยมุ่งหมายให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐ เท่านั้น ไม่รวมถึงการกระทำละเมิดที่เกิดจากการกระทำทางกายภาพของเจ้าหน้าที่

เมื่อการยื่นฟ้องคดีนี้เป็นการฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการกระทำทางกายภาพ คือ การขับรถ ไม่ใช่การฟ้องคดีเนื่องจากผู้ถูกละเมิดไม่พอใจในการวินิจฉัยของหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 11 ประกอบกับมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และความเสียหายในคดีนี้มีได้เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐ จึงไม่อยู่ในบังคับมาตรา 9 วรรคหนึ่ง

¹⁰ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 2 /2545 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 68/2544

¹¹ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 5 /2545

(3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

ในทางปฏิบัติ การวินิจฉัยว่าการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใดเป็น “การใช้อำนาจตามกฎหมาย” หรือไม่นั้น เป็นปัญหาในการตีความค่อนข้างมาก เนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวอาจตีความในลักษณะอย่างแคบ โดยแยกความแตกต่างระหว่างการใช้อำนาจตามกฎหมาย กับการปฏิบัติหน้าที่ หากเป็นละเมิดที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ทั่วไปหรือการกระทำทางกายภาพแล้ว ไม่ใช่เรื่องที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง แม้ว่าการปฏิบัติหน้าที่นั้นจะอยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐนั้นก็ตาม ซึ่งเดิมศาลปกครองสูงสุดเคยวินิจฉัยโดยตีความถ้อยคำดังกล่าวอย่างแคบ เช่น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 196/2545 องค์การบริหารส่วนตำบล ได้ว่าจ้างบริษัทให้ดำเนินการปรับปรุงถนนลูกรัง การปรับปรุงถนนดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีโดยลูกรังที่นำมาถมได้ทำให้ดินจากริมและคันหมาก กับรื้อตามแนวที่ดินของผู้ฟ้องคดีหักพังเสียหายตลอดแนวที่ดิน การกระทำดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นไปตามหน้าที่ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มิใช่เกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง**ใช้อำนาจตามกฎหมาย**กระทำให้ทรัพย์สินในที่ดินของผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) คดีนี้จึงไม่ใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง (น่าสังเกตว่าคดีนี้ ละเมิดเกิดจากการนำลูกรังมาถมเพื่อปรับปรุงถนนซึ่งองค์การบริหารส่วนตำบลมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องดำเนินการ)

ในปัจจุบัน ศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลมีแนวโน้มที่จะตีความถ้อยคำดังกล่าวในลักษณะอย่างกว้าง โดยพิจารณาว่าการปฏิบัติหน้าที่ที่ก่อให้เกิดการละเมิดนั้นเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐนั้นหรือไม่ เช่น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 271/2545 (ประชุมใหญ่) องค์การบริหารส่วนตำบล(อบต.) คลองน้อย ผู้ถูกฟ้องคดี ได้ว่าจ้าง ว. ดำเนินการขุดคูส่งน้ำและถมถนน ต่อมา ว. ผู้รับจ้างได้นำรถแบคโฮพร้อมอุปกรณ์เข้าไปทำการขุดคูส่งน้ำและถมถนนในที่ดินของผู้เสียหาย ผู้เสียหายได้มีหนังสือถึงนายอำเภอปากพนังขอให้ตรวจสอบโครงการขุดคูส่งน้ำและถมถนนดังกล่าว แต่ไม่ได้รับการแก้ไขปัญหาก็ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ศาลปกครองชั้นต้นสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เนื่องจากความเสียหายเกิดจากการกระทำของผู้รับจ้าง มิใช่เกิดจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ และไม่ใช้ละเมิดที่เกิดจากการใช้อำนาจ

ตามกฎหมาย แต่ศาลปกครองสูงสุดโดยมติที่ประชุมใหญ่ เห็นว่า การขุดคูส่งน้ำและถมถนนตามคำฟ้องเป็นส่วนหนึ่งของการจัดให้มีทางน้ำและทางบกตามอำนาจหน้าที่ของ อบต. ตามมาตรา 67 มาตรา 68 และมาตรา 69 แห่งพระราชบัญญัติสภาพัฒนาการและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งในสัญญาจ้างระบุให้ผู้ว่าจ้างมีอำนาจสั่งการและกำกับดูแลการดำเนินการดังกล่าวให้เป็นไปตามสัญญาได้ ดังนั้น ถือได้ว่า อบต. คลองน้อยใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายดำเนินการจัดให้มีและบำรุงรักษาทางน้ำและทางบก โดยมีอบต. หมาย ว. เป็นผู้ดำเนินการแทน จึงเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของ อบต. คลองน้อย หากการกระทำดังกล่าวผิดกฎหมายและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี ก็เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครอง ตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 24 /2545 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 276 ประกอบกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากกฎ คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

เทศบาลนครเชียงใหม่ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการจัดระบบบริการสาธารณะตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 มาตรา 39 มาตรา 56 และพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 มาตรา 16 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการตามโครงการพิพาทด้วยการถมที่ดิน ดอกเส้าเข็ม สร้างเขื่อนและสร้างทางเพื่อให้ประชาชนใช้เป็นสถานที่เดินออกกำลังกายและพักผ่อน ถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายในการจัดระบบบริการสาธารณะกำหนดขอบเขตพื้นที่โครงการฯ ดังกล่าวดังนั้น เมื่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย อีกทั้งคดีนั้นนอกจากผู้ฟ้องคดีจะขอให้ชดเชยค่าเสียหายแล้วยังมีคำขอให้ระงับหรือยุติโครงการริมฝั่งแม่น้ำปิงด้านตะวันออก เฉพาะส่วนที่ก่อหรืออาจจะก่อความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีไว้จนกว่าจะมีการทบทวนแก้ไขเสียก่อน อันเป็นคำขอให้ศาลมีคำสั่งให้หน่วยงานทางปกครองงดเว้นการกระทำโดยกำหนด

เงื่อนไขตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) ข้อหานี้จึงอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 33 /2545 ประกาศ ของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 กำหนดให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) มีอำนาจหน้าที่ ประการสำคัญในการสร้างหรือจัดให้มีด้วยวิธีการใด ๆ ตลอดจนบำรุงและรักษาทางพิเศษ ทั้งนี้ กทพ.จะต้องดำเนินงานเกี่ยวกับการก่อสร้างหรือการจัดให้มีทางพิเศษโดยคำนึงถึงความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประชาชนและผู้ใช้ทางด้วย

เมื่อปรากฏว่าการก่อสร้างทางด่วนสร้างความเดือดร้อนแก่ประชาชน ในหมู่บ้าน จนกระทั่งมีการทำหนังสือร้องเรียนขอความเป็นธรรมและขอให้ กทพ.แก้ไข ข้อบกพร่องต่าง ๆ ที่เกิดจากการก่อสร้าง แต่ กทพ. ก็ยังไม่อาจดำเนินการปรับปรุงแก้ไขได้ จึงถือได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการก่อสร้างทางด่วนเป็นผลโดยตรงจากการใช้อำนาจ ตามกฎหมายของ กทพ. กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิด อย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองฯ

ข. การออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น เช่น ออกคำสั่ง ทางปกครองเพิกถอนหรือพักใช้ใบอนุญาตของผู้ประกอบกิจการสถานบริการเป็นเหตุให้ ผู้ประกอบกิจการเสียหายขาดรายได้ เป็นต้น ซึ่งในละเมิดตามข้อ ข. นี้ ศาลปกครองสูงสุด ก็เคยวินิจฉัยไว้ในคำสั่งบางเรื่อง เช่น

เรื่องละเมิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายนี้ ยังมีคำวินิจฉัยในทำนองเดียวกันอีก เช่น ในคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 15/2546 และ 24/2546 การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย เป็นรัฐวิสาหกิจมีวัตถุประสงค์เพื่อผลิตพลังงานไฟฟ้า จึงมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครอง เมื่อกระทรวง วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม มีประกาศกำหนดให้โรงไฟฟ้าแม่เมาะเป็นแหล่งกำเนิดมลพิษที่จะต้องถูกควบคุมการปล่อยทิ้งอากาศเสียออกสู่บรรยากาศให้เป็นไปตามมาตรฐานควบคุมการปล่อยทิ้งอากาศ เสีย การไฟฟ้าฝ่ายผลิตฯ จึงมีหน้าที่ตามกฎหมาย โดยต้องบำบัดอากาศเสียให้ได้มาตรฐานก่อนจะปล่อย ออกสู่บรรยากาศได้ การที่โจทก์ฟ้องว่าการไฟฟ้าฝ่ายผลิตฯ มีหน้าที่ควบคุมฝุ่นแขวนลอยกับสารซัลเฟอร์ ไดออกไซด์มิให้ฟุ้งกระจายไปในอากาศ แต่ไม่ดำเนินการควบคุม จึงเป็นคดีพิพาทว่าหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐทำละเมิดอันเนื่องมาจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ อยู่ใน อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 516/2545 การออกโฉนดที่ดินเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองกำหนดค่าบังคับให้กรมที่ดินผู้ถูกฟ้องคดีใช้ค่าเสียหายจากการออกโฉนดที่ดินที่มีชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากได้รุกล้ำเข้าไปในที่ดินของผู้อื่น จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ (คดีนี้มีความเห็นแย้งว่าผู้ฟ้องคดีไม่ใช่ผู้เสียหายและเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม)

ค. การละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ เช่น การที่เจ้าหน้าที่ละเลยไม่พิจารณาคำขออนุญาตประกอบกิจการโรงงาน เป็นเหตุให้ผู้ประกอบกิจการเสียหาย เป็นต้น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 138/2545 สามีและบุตรของผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำร้องขอต่อใบอนุญาตจำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะ พร้อมทั้งชำระค่าธรรมเนียมแล้ว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ได้ออกคำสั่งใด ๆ จึงเป็นเรื่องที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1820/2545 การที่สำนักงานพลังงานปรมาณูเพื่อสันติละเลยต่อหน้าที่ไม่ควบคุมให้มีการเก็บเครื่องโคบอลต์-60 ไว้ในสถานที่ที่เหมาะสมเป็นเหตุให้มีคนร้ายลักไปขายให้ผู้ฟ้องคดีบางราย ทั้งไม่ควบคุมให้เครื่องดังกล่าวติดเครื่องหมายบริเวณรังสีให้ครบถ้วน โดยไม่มีข้อความว่า “อันตราย” และ “วัสดุกัมมันตรังสี” นั้น ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่รู้ว่าเป็นวัตถุอันตราย จึงกระทำให้กัมมันตภาพรังสีแพร่กระจาย เป็นเหตุให้มีคนตายและบาดเจ็บ เป็นการกระทำละเมิดที่เป็นผลโดยตรงจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้สำนักงานพลังงานปรมาณูเพื่อสันติต้องปฏิบัติ

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 7/2545 เทศบาลเมืองหนองคายฟ้องจำเลยทั้งสองซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในสังกัดเทศบาลเมืองหนองคาย ซึ่งได้รับแต่งตั้งให้เป็นคณะกรรมการรักษาเงินของสถานธนาณูบาลเทศบาลเมืองหนองคายว่า ละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ จนเป็นเหตุให้สถานธนาณูบาลเทศบาลเมืองหนองคายได้รับความเสียหาย เป็นคดีพิพาทระหว่างราชการส่วนท้องถิ่นกับเจ้าหน้าที่ของราชการส่วนท้องถิ่น ซึ่งถือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเนื่องมาจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย และเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิด

ของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติตาม
ตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ คดีจึงอยู่ในอำนาจของ
ศาลปกครอง

แต่หากเป็นเพียงการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามสัญญาหรือการโอน
สิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นนิติสัมพันธ์ในทางแพ่ง ก็ไม่ใช่
ละเมิดที่เกิดจากการละเลยต่อหน้าที่(ทางปกครอง)ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 44 /2545 ผู้ฟ้องคดีทำสัญญารับโอน
สิทธิเรียกร้องในเงินค่าจ้างก่อสร้างของห้างหุ้นส่วนจำกัดซึ่งเป็นคู่สัญญากับผู้ถูกฟ้องคดี
ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีทราบการโอนและแจ้งว่าไม่ขัดข้อง แต่ผู้ถูกฟ้องคดียังคงจ่ายค่าจ้างให้แก่
ห้างหุ้นส่วนฯ อีก ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายได้รับเงินไม่ครบ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้
จ่ายเงินตามสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นเพียงการปฏิบัติผิดต่อภาระผูกพันที่มี
ต่อกันตามนิติสัมพันธ์ทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ลักษณะ 1
หมวด 4 ว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องเท่านั้น มิได้เป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมาย
กำหนดให้ต้องปฏิบัติ จึงไม่ใช่การกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่
ของรัฐที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้อง
ปฏิบัติตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

ง. การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร เช่น การออก
ใบอนุญาตให้ส่งสินค้าออกนอกราชอาณาจักรล่าช้า ทำให้ผู้รับอนุญาตเสียหาย เป็นต้น^{*}

น่าสังเกตว่า การฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) นี้ อาจจะเป็น
กรณีที่ผู้เสียหายฟ้องหน่วยงานของรัฐได้รับผิดในการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติ
หน้าที่ หรืออาจจะเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐฟ้องเจ้าหน้าที่ที่กระทำละเมิดได้รับผิดในการ
ปฏิบัติหน้าที่ก็ได้ เช่น กรณีที่ ส. และ ก. ข้าราชการสังกัดทบวงมหาวิทยาลัย ได้รับแต่งตั้งเป็น
อนุกรรมการบริหารโครงการวิจัยเกี่ยวกับโรคเอดส์ มีหน้าที่ควบคุมดูแลการเก็บรักษาและ
การเบิกจ่ายเงินของ ท. แต่ได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่อลงลายมือชื่ออนุมัติให้มีการ
เบิกจ่ายเงินในใบถอนเงินโดยมิได้ขีดเส้นหน้าจำนวนเงินและตัวอักษรเพื่อป้องกันมิให้มีการ
พิมพ์จำนวนเงินเพิ่มเติมอันเป็นการไม่ปฏิบัติตามทางปฏิบัติราชการเกี่ยวกับการเบิกจ่ายเงิน

^{*} ตัวอย่างอื่น เช่น คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเคยวินิจฉัยว่า
คดีที่ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งห้า (ผู้ใหญ่บ้านและเจ้าหน้าที่ที่ดิน) ชำระ
ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรในการตรวจสอบเนื้อที่ที่ดินของผู้ฟ้องคดีนั้น
อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 3/2545)

จนเป็นเหตุให้สำนักงานปลัดทบวงมหาวิทยาลัยได้รับความเสียหาย กรณีนี้จึงถือได้ว่าเป็นคดีละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทั้งนี้ ตามนัยคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 20/2545¹² แต่การฟ้องคดีในกรณีนี้จะทำได้หรือไม่เพียงใด ต้องไปพิจารณาเรื่องเงื่อนไขการฟ้องคดีประกอบด้วย เช่น หากหน่วยงานของรัฐไม่มีความจำเป็นต้องขอให้ศาลออกคำสั่งบังคับให้อัตโนมัติทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่นั้นมาขายทอดตลาดชำระหนี้แล้ว หน่วยงานของรัฐก็ไม่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ซึ่งเป็นเรื่องที่จะพิจารณาต่อไปในหัวข้อเรื่องเงื่อนไขการฟ้องคดีละเมิดที่ศาลปกครอง

2. เงื่อนไขการฟ้องคดีละเมิดที่ศาลปกครอง

ในการฟ้องคดีปกครองนั้น นอกจากผู้ฟ้องคดีจะต้องพิจารณาในเรื่องเขตอำนาจศาลแล้ว ผู้ฟ้องคดียังต้องพิจารณาด้วยว่าตนได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการฟ้องคดีครบถ้วนแล้วหรือไม่ ซึ่งกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขการฟ้องคดีไว้หลายประการได้แก่

(1) เงื่อนไขเกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดีและความสามารถของผู้ฟ้องคดี ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำละเมิด ซึ่งโดยปกติก็ได้แก่ผู้ที่ถูกละเมิดสิทธินั้นเอง

¹² คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 7/2545 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน

ในเรื่องผู้เสียหายนี้ ศาลปกครองสูงสุดเคยวินิจฉัยว่า สมาชิกสภาท้องถิ่นอาจเป็นผู้เสียหายฟ้องคดีละเมิดแทนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ ถ้าผู้บริหารท้องถิ่นเป็นผู้ทำละเมิดเอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 161/2546 (ประชุมใหญ่) การดำเนินการจัดจ้างก่อสร้างถนนตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 เป็นการใช้อำนาจหน้าที่ในการควบคุมงบประมาณรายจ่ายตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และเป็นการจัดระบบบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่น เมื่อมีการฟ้องว่าคณะกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบลและปลัดองค์การบริหารส่วนตำบล ใช้อำนาจงบประมาณในกรณีดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเหตุให้องค์การบริหารส่วนตำบลปากช่องเสียหาย จึงเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และเมื่อปรากฏว่าคณะกรรมการบริหารฯ ซึ่งเป็นผู้แทนตามกฎหมายขององค์การบริหารส่วนตำบลเป็นผู้กระทำละเมิดดังกล่าว สมาชิกองค์การบริหารส่วนตำบลซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนในท้องถิ่นนั้นและมีอำนาจ

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ การวินิจฉัยประเด็นนี้ก็มีความบังเอิญเหมือนกัน
เช่น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 130/2545 ผู้ฟ้องคดีเป็นพนักงานขับรถยนต์ของสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมผู้ถูกฟ้องคดี ได้ขับรถยนต์เจี้ยวขรยนต์ของบุคคลภายนอกเสียหาย สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมได้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย และคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด คณะกรรมการสอบสวนทางวินัยได้ลงโทษตัดค่าจ้างผู้ฟ้องคดี 5% มีกำหนดเวลา 1 เดือน ส่วนคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดเห็นว่าการกระทำของผู้ฟ้องคดีไม่เป็นการกระทำละเมิดด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จึงไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหาย แต่กระทรวงการคลังตรวจสอบแล้วเห็นว่าการกระทำของผู้ฟ้องคดีเป็นการทำละเมิดด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมจึงมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีรับผิดชอบและให้ทำหนังสือรับสภาพหนี้และสัญญาค้ำประกันโดยหักเงินผ่อนชำระหนี้เป็นรายเดือน ผู้ฟ้องคดีจึงร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ และเรื่องร้องทุกข์โอนมาเป็นคดีของศาลปกครองกลาง ต่อมา ผู้ฟ้องคดีได้ทำหนังสือรับสภาพหนี้และสัญญาผ่อนชำระหนี้กับสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม

ศาลปกครองกลางมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความเนื่องจากเห็นว่ามูลหนี้ที่เกิดขึ้นจากความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ฟ้องคดีตามคำสั่งอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีได้ระงับไปตามหนังสือรับสภาพหนี้และสัญญาผ่อนชำระหนี้ ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ใช่ผู้ได้รับความเสียหายจากคำสั่งนั้น หากผู้ฟ้องคดีเห็นว่าหนังสือรับสภาพหนี้และสัญญาผ่อนชำระหนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นโมฆะ ก็อาจใช้สิทธิฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวต่อศาลยุติธรรม ไม่ใช่ศาลปกครอง ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์

ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นและให้ศาลปกครองชั้นต้นรับคำฟ้องไว้พิจารณา โดยวินิจฉัยว่า มูลเหตุแห่งการฟ้องคดีเกิดจากการออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชำระค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลังเมื่อผู้ฟ้องคดีร้องทุกข์ขอความเป็นธรรมเกี่ยวกับการต้องรับผิดชอบชดใช้เงินตามคำสั่งดังกล่าวต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ตามข้อ 19 ของระเบียบ ฯ ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 จึงเป็นการร้องทุกข์หรือฟ้องคดี

หน้าที่ในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบล จึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียซึ่งมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเรียกค่าเสียหายจากผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองแห่งองค์การบริหารส่วนตำบลได้โดยตรงตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

เพื่อให้เพิกถอนคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งดังกล่าวตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ซึ่งศาลอาญามีอำนาจบังคับให้เพิกถอนคำสั่งได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แม้ผู้ฟ้องคดีได้ทำหนังสือรับสภาพหนี้และทำสัญญาผ่อนชำระหนี้ภายหลังจากการร้องทุกข์แล้วก็ตาม แต่ประเด็นที่ฟ้องต่อศาลให้วินิจฉัยความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนก็ยังคงอยู่ เพราะผู้ฟ้องคดีประสงค์จะให้ศาลตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่อันเป็นเหตุในการออกคำสั่งนั้น ซึ่งเป็นคนละประเด็นกับการทำหนังสือรับสภาพหนี้และสัญญาผ่อนชำระหนี้ที่ผู้ฟ้องคดีกระทำเพื่อมิให้ต้องถูกดำเนินการตามกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้เท่านั้น มิได้ต้องการให้มูลเหตุแห่งการฟ้องคดีเพื่อเพิกถอนคำสั่งระงับไป จึงให้รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้ศาลปกครองชั้นต้นดำเนินการต่อไป

โดยสรุป ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งให้ศาลปกครองกลางรับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณาคงเนื่องจากเห็นว่าแม้มูลหนี้จะระงับหรือเปลี่ยนแปลงไปตามสัญญา แต่ความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ฟ้องคดีก็ยังมีอยู่ และวัตถุประสงค์ของการฟ้องคดีคือเรื่องของคำสั่ง ไม่ใช่หนังสือรับสภาพหนี้และสัญญาผ่อนชำระหนี้

(2) เงื่อนไขเกี่ยวกับคำขอให้ศาลมีคำสั่งบังคับเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ฟ้องคดี ในการฟ้องคดีละเมิดต่อศาลปกครองนั้น ผู้ฟ้องคดีต้องระบุคำขอให้ชัดเจนว่าต้องการให้ศาลออกคำสั่งบังคับอย่างไร ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่หน่วยงานทางปกครองเรียกให้เจ้าหน้าที่ที่ท่าละเมิดชำระเงินคืนให้แก่หน่วยงานตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ผู้ฟ้องคดีก็ต้องขอให้ศาลกำหนดคำสั่งบังคับโดยสั่งให้เพิกถอนคำสั่งนั้น

ในกรณีที่ผู้เสียหายฟ้องหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ว่าละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าในการพิจารณาคำขอให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ผู้ฟ้องคดีก็ต้องขอให้ศาลกำหนดคำสั่งบังคับโดยสั่งให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลกำหนด

ในกรณีที่ผู้เสียหายฟ้องหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ผู้ฟ้องคดีก็ต้องขอให้ศาลกำหนดคำสั่งบังคับโดยสั่งให้หน่วยงานของรัฐใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ

(3) เงื่อนไขเกี่ยวกับการดำเนินการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ฟ้องคดี ในกรณีที่มิมีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ เช่น ในเรื่องของคำสั่งลงโทษทางวินัย หากผู้ถูกลงโทษไม่พอใจหรือไม่เห็นด้วยกับคำสั่งลงโทษ ก็ต้องอุทธรณ์คำสั่งนั้นก่อนฟ้องคดีต่อศาล หลักการดังกล่าวนี้มาจากหลักกฎหมายต่างประเทศที่เรียกว่า หลัก “Exhaustion of administrative remedies” (การใช้วิธีการแก้ไขเยียวยาในฝ่ายปกครองทุกประการแล้ว) หรือที่นักกฎหมายไทยมักพูดว่า “ศาลเป็นที่พึ่งสุดท้าย” ซึ่งก็หมายความว่าก่อนที่จะนำคดีไปฟ้องศาลนั้น ผู้ฟ้องคดีต้องได้ใช้วิธีการแก้ไขเยียวยาต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้ครบถ้วนแล้วไม่ได้ผล จึงมีสิทธินำคดีไปฟ้องศาลได้

ในกรณีที่เป็นการฟ้องคดีให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาคำขอให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้เสร็จภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ผู้ฟ้องคดีย่อมฟ้องคดีได้โดยไม่ต้องอุทธรณ์ก่อน เนื่องจากไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะว่าให้ต้องอุทธรณ์ก่อน

ในกรณีที่เป็นการฟ้องคดีให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ผู้ฟ้องคดีย่อมฟ้องคดีได้โดยไม่ต้องอุทธรณ์ก่อน เนื่องจากตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 หากผู้เสียหายไม่พอใจคำวินิจฉัยของหน่วยงาน ก็มีสิทธิไปร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินัยร้อยทุกข์ และเมื่อได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแล้ว มาตรา 14 บัญญัติให้สิทธิร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินัยร้อยทุกข์ตามมาตรา 11 เป็นสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ทำให้ความได้ว่าผู้เสียหายมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ โดยไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์หรือร้องทุกข์โต้แย้งคำสั่งของหน่วยงานทางปกครองก่อน หลักการที่ไม่ต้องอุทธรณ์นี้ใช้รวมถึงกรณีที่ผู้เสียหายยื่นคำขอให้หน่วยงานทางปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่หน่วยงานทางปกครองพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา ผู้เสียหายจึงนำคดีมาฟ้องศาลปกครองให้หน่วยงานชดใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยไม่รอให้หน่วยงานพิจารณาคำขอให้แล้วเสร็จด้วย เนื่องจากการยื่นคำขอให้หน่วยงานพิจารณาชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัตินี้ไม่ถือเป็นขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฟ้องคดีให้เพิกถอนคำสั่งของหน่วยงานของรัฐที่เรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

ศาลปกครองกลางก็ตีความกฎหมายว่าเจ้าหน้าที่มีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้โดยไม่ต้องอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งของหน่วยงานทางปกครองก่อน เพราะแม้ผู้เสียหายจะอุทธรณ์คำสั่ง หน่วยงานทางปกครองก็ไม่สามารถวินิจฉัยให้ต่างไปจากความเห็นของกระทรวงการคลังได้ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ ยังมีปัญหาการตีความในกรณีที่เป็นเรื่องที่หน่วยงานทางปกครองสามารถวินิจฉัยได้โดยไม่ต้องส่งเรื่องให้กระทรวงการคลังพิจารณา¹³ หรือหน่วยงานสามารถวินิจฉัยแตกต่างไปจากความเห็นของกระทรวงการคลังได้¹⁴ ซึ่งบางท่านเห็นว่าผู้ฟ้องคดีน่าจะต้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวก่อนเนื่องจากหน่วยงานไม่ถูกผูกมัดให้ต้องวินิจฉัยตามความเห็นของกระทรวงการคลัง แต่ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาของศาลปกครองกลาง ศาลปกครองกลางจะมีคำสั่งให้รับคดีไว้พิจารณาแม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะไม่ได้อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวก่อน โดยเห็นว่ไม่ใช่เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้ต้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวก่อนฟ้องคดีต่อศาล

ดังนี้ โดยสรุป ในทางปฏิบัติที่ผ่านมา ศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งให้รับคำฟ้องเรื่องละเมิดไว้พิจารณาได้โดยไม่ต้องมีการอุทธรณ์ก่อน ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) หรือ (2) หรือ (3) ก็ตาม

(4) เงื่อนไขเกี่ยวกับคำฟ้องและเอกสารที่ยื่นส่งศาล นอกจากคำฟ้องต้องใช้ถ้อยคำสุภาพและจะต้องมีรายการครบถ้วนสมบูรณ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ในการฟ้องคดีผู้ฟ้องคดีต้องแนบพยานหลักฐานมาพร้อมกับคำฟ้องด้วย เว้นแต่ไม่อาจแนบมาได้เนื่องจาก

¹³ ประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ

¹⁴ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

ข้อ 18 เมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้ว ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังและแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ แต่ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลหรือควบคุมหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นวินิจฉัยสั่งการให้หน่วยงานของรัฐดังกล่าวปฏิบัติตามที่เห็นว่าถูกต้อง

ฯลฯ

ฯลฯ

ในปัจจุบัน ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยวางหลักไว้ว่า หากผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งให้ตนต้องรับผิดชอบในกรณีที่ทาละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีย่อมมีสิทธิฟ้องศาลปกครองให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว แต่ต้องยื่นอุทธรณ์ต่อผู้ทำคำสั่งนั้นก่อน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 331/2546 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.47/2546)

พยานหลักฐานนั้นอยู่ที่บุคคลหรือหน่วยงานอื่นหรือเพราะเหตุอื่น¹⁵ นอกจากนั้น ผู้ฟ้องคดียังต้องจัดทำสำเนาคำฟ้องและสำเนาพยานหลักฐานที่ผู้ฟ้องคดีรับรองสำเนาถูกต้องตามจำนวนของผู้ถูกฟ้องคดียื่นมาพร้อมกับคำฟ้อง¹⁶ รวมตลอดถึงเอกสารอื่น ๆ ที่จำเป็น เช่น หนังสือยินยอมหรืออนุญาตในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เยาว์หรือบุคคลผู้ไร้ความสามารถ โยมอบฉันทะให้ยื่นฟ้องหรือโยมอบอำนาจให้ดำเนินคดีในกรณีที่ให้ผู้อื่นมาดำเนินการแทน คำแปลเอกสารที่มีคำรับรองในกรณีที่เอกสารที่ยื่นส่งเป็นภาษาต่างประเทศด้วย

ในการยื่นฟ้องคดีละเมิดนั้น ผู้ฟ้องคดีต้องระบุชื่อของหน่วยงานทางปกครองที่ถูกฟ้องคดี ในกรณีที่เป็นการฟ้องคดีเรียกให้หน่วยงานชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(3) ผู้ฟ้องคดีก็ต้องระบุชื่อหน่วยงานที่ถูกฟ้องคดีที่เป็นนิติบุคคล ในประเด็นนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาเคยให้ความเห็น¹⁷ ไว้ว่าความรับผิดทางละเมิดในเรื่องความเสียหายต่อทรัพย์สิน หน่วยงานของรัฐที่เสียหายต้องอยู่ในฐานะเป็นเจ้าของทรัพย์สินได้ กล่าวคือ มีฐานะเป็นนิติบุคคล ดังนั้นหน่วยงานของรัฐในราชการส่วนภูมิภาคจึงหมายถึงจังหวัด โดยจังหวัดมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 แต่ไม่หมายความถึงสถานื่อนามัย สำนักงานสาธารณสุขอำเภอ สำนักงานสาธารณสุขจังหวัด และโรงพยาบาลต่าง ๆ ซึ่งเป็นส่วนราชการประจำจังหวัดหรือส่วนราชการประจำอำเภอ แล้วแต่กรณี และไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีต้องระบุหน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้ฟ้องคดีหรือผู้ถูกฟ้องคดีให้ถูกต้อง

(5) เงื่อนไขเกี่ยวกับระยะเวลาในการฟ้องคดี การฟ้องคดีเกี่ยวกับละเมิดต่อศาลปกครองนั้นต้องฟ้องภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ มิฉะนั้น ศาลจะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องและจำหน่ายคดีจากสารบบความ ไม่ว่ากรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะยกเป็นข้อต่อสู้หรือไม่ก็ตาม

¹⁵ ข้อ 32 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

¹⁶ ข้อ 33 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

¹⁷ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) ที่ 307/2541

อย่างไรก็ตาม หากผู้เสียหายฟ้องผิดตัว ในกรณีที่ฟ้องเจ้าหน้าที่ที่ได้รับผิดเนื่องจากการทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ โดยไม่ได้ฟ้องหน่วยงานของรัฐ ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยวางหลักให้ศาลปกครองชั้นต้นรับคำฟ้องนั้นไว้พิจารณา โดยให้กำหนดหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่นั้นสังกัดอยู่เป็นผู้ถูกฟ้องคดีเพิ่มขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 205/2546 และ 286/2547)

เว้นแต่เป็นกรณีที่ศาลเห็นว่าคดีนั้นเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่น โดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีมีคำขอ¹⁸

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่หน่วยงานทางปกครองเรียกให้เจ้าหน้าที่ที่ทาละเมิดชำระเงินคืนให้แก่หน่วยงานตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ผู้ฟ้องคดีก็ต้องฟ้องภายใน 90 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งนั้นซึ่งเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่หากผู้ออกคำสั่งไม่ได้แจ้งวิธีการยื่นคำฟ้องและระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องให้ผู้ฟ้องทราบเลย ระยะเวลาในการฟ้องเพิกถอนคำสั่งนั้นจะขยายเป็น 1 ปี นับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้รับทราบคำสั่งนั้น¹⁹

ในกรณีที่ผู้เสียหายฟ้องหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ว่าละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าในการพิจารณาคำขอให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ผู้ฟ้องคดีก็ต้องฟ้องคดีภายใน 90 วันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี กล่าวคือ นับแต่วันที่พ้นกำหนด 180 วันที่หน่วยงานทางปกครองต้องพิจารณาคำขอของผู้ฟ้องคดีให้แล้วเสร็จหรือภายในระยะเวลาที่ขยายออกไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว²⁰

ในกรณีที่ผู้เสียหายฟ้องหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ผู้ฟ้องคดีก็ต้องฟ้องคดีภายใน 1 ปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดี อันได้แก่วันที่ผู้เสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน²¹ แต่ไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี

¹⁸ ข้อ 30 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

¹⁹ มาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

²⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 97/2544

²¹ มาตรา 448 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(6) เงื่อนไขเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมศาล^๑ การฟ้องคดีเกี่ยวกับละเมิดต่อศาลปกครอง ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลเฉพาะในคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(3) ที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองพิจารณาสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินอันเนื่องจากการกระทำละเมิดเท่านั้น โดยผู้ฟ้องคดีจะต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลในอัตราร้อยละ 2.5 ของทุนทรัพย์ แต่ไม่เกินสองแสนบาท²²

(7) เงื่อนไขเกี่ยวกับความจำเป็นต้องขอให้ศาลออกคำสั่งบังคับเพื่อแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหาย

การฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้นั้นต้องเป็นกรณีที่การแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายของผู้ฟ้องคดีหรือการยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำสั่งบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 หากผู้ฟ้องคดีไม่มีความจำเป็นต้องขอให้ศาลออกคำสั่งบังคับ เช่น หน่วยงานของรัฐอาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้อยู่แล้ว ศาลก็จะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องคดีนั้นไว้พิจารณา

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 113/2545 มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐมีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชำระเงินภายในเวลาที่กำหนดได้ ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมาย

ปัจจุบัน ได้มีการแก้ไขกฎหมายให้สิทธิแก่ผู้กรณีในกรณีที่ไม่มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะเสียค่าธรรมเนียมศาล หรือโดยสถานะของผู้ขอถ้าไม่ได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลจะได้รับความเดือดร้อนเกินสมควร ก็อาจมีคำขอยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลได้ ตามหมวด 1/1 การขอยกเว้นค่าธรรมเนียมศาล แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

²²มาตรา 45 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

‘การที่หน่วยงานของรัฐจะออกคำสั่งทางปกครองให้เจ้าหน้าที่รับผิดชอบตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ได้นั้น ต้องเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่และการกระทำละเมิดนั้นต้องเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หากหน่วยงานของรัฐออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 12 ทั้ง ๆ ที่การกระทำของเจ้าหน้าที่เป็นการประมาทเลินเล่อแต่ไม่ร้ายแรง ถือว่าเป็นการกระทำที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองจึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว เพราะคำสั่งนั้นย่อมไม่มีผลบังคับตามกฎหมายอยู่ในตัว (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.47/2546 (ประชุมใหญ่))

กำหนดเฉพาะตามข้อยกเว้นของมาตรา 55²³ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนั้น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่ชำระเงินตามคำสั่ง หน่วยงานของรัฐจึงอาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามส่วนที่ 8 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้เป็นกรณีเฉพาะ

การที่เจ้าหน้าที่ของกรมสรรพากร ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทุจริตต่อหน้าที่ราชการ โดยเบียดบังเงินค่าภาษีอากรของกรมสรรพากรผู้ฟ้องคดี ซึ่งมีผู้นำมาชำระไปเป็นประโยชน์ส่วนตนหรือผู้อื่น และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และที่ 3 ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาได้ประมาทเลินเล่อต่อหน้าที่ ไม่ควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นช่องทางให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับพวกร่วมกันทุจริตต่อหน้าที่นั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีได้มีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ทางราชการ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามไม่ชำระ และผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือเตือนให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามชำระเงินภายใน 7 วันแล้ว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามไม่ปฏิบัติตามคำเตือน กรณีนี้ผู้ฟ้องคดีย่อมมีอำนาจบังคับชำระหนี้เงินด้วยตนเอง โดยใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วนตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ได้ กรณีจึงถือได้ว่าการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องมีคำสั่งบังคับตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่ผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

จะเห็นได้ว่าศาลปกครองได้วินิจฉัยกรณีนี้แตกต่างไปจากคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งเคยให้ความเห็นว่า ไม่มีกฎหมายใดบัญญัติว่าการฟ้องคดีต่อศาลจะมีผลทำให้ไม่สามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ ดังนั้น แม้จะมีการฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลแพ่ง หน่วยงานของรัฐยังคงสามารถที่จะใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ ส่วนการโต้แย้งคำสั่งบังคับการทางปกครองจะเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง²⁴

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดฉบับนี้ย่อมมีผลกระทบต่อการดำเนินงานของหน่วยงานทางปกครองเนื่องจากเมื่อหน่วยงานไม่อาจฟ้องคดีดังกล่าวได้ ก็ต้องกลับไปศึกษา

²³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 55 การบังคับทางปกครองไม่ใช้กับเจ้าหน้าที่ด้วยกันเว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

²⁴ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ที่ 548/2544

และเตรียมการในเรื่องขั้นตอนและวิธีการที่จะใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายให้ไว้

ในกรณีนี้ จะเห็นได้ว่าหน่วยงานทางปกครองจะมีสิทธิฟ้องศาลปกครองให้เจ้าหน้าที่รับผิดชอบค่าใช้จ่ายคืนได้หรือไม่ นั้น ก็ขึ้นอยู่กับปัญหาที่ว่าหน่วยงานทางปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และใช้มาตรการบังคับทางปกครองแก่เจ้าหน้าที่นั้นได้หรือไม่^๖ ซึ่งโดยหลักแล้ว มาตรานี้ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการออกคำสั่งทางปกครองแก่เจ้าหน้าที่ที่ทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ แต่ยังมีปัญหาในเรื่องการตีความมาตรานี้ว่าจะใช้บังคับแก่การกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในบางกรณีได้หรือไม่ เช่น หากเป็นการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นก่อนวันที่พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 จะมีผลใช้บังคับ กล่าวคือ ก่อนวันที่ 15 พฤศจิกายน 2539 ในประเด็นนี้ ยังมีความเห็นแตกต่างกัน เป็น 2 แนวทาง คือ

แนวทางที่ 1 เห็นว่า ไม่น่าจะใช้มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับแก่การกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นก่อนวันที่พระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับเนื่องจากหน่วยงานทางปกครองจะมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวคืนแก่หน่วยงานได้นั้น ต้องเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ตามมาตรา 8 หรือมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้เท่านั้น ไม่ใช่กรณีที่เจ้าหน้าที่

^๖ ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐใช้มาตรการบังคับทางปกครองแก่เจ้าหน้าที่ หากหน่วยงานของรัฐใช้มาตรการบังคับทางปกครองดังกล่าวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหน้าที่ เจ้าหน้าที่ก็อาจมาฟ้องหน่วยงานของรัฐเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองได้ (เทียบเคียงคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 481/2547)

^๗ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ต่อหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานของรัฐมีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชำระค่าสินไหมทดแทนภายในเวลาที่กำหนดได้ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ และใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่ได้ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แม้ว่าเจ้าหน้าที่จะเกษียณอายุราชการหรือพ้นจากตำแหน่งไปแล้วก็ตาม (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 157/2546 และ 331/2546) อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดเคยวินิจฉัยว่าหน่วยงานของรัฐไม่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบถึงความตายไปก่อนที่หน่วยงานของรัฐจะมีคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่นั้นชำระค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 12 นี้แล้ว ทำให้หน่วยงานของรัฐมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อบังคับตามสิทธิเรียกร้องนี้ได้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 416/2546)

กระทำด้วยความประมาทเลินเล่อธรรมดาเหมือนตามหลักเกณฑ์ในกฎหมายเดิม ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัตินี้และหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่แตกต่างกันก็น่าจะตีความว่าการออกคำสั่งตามมาตรา 12 จะทำได้เฉพาะกรณีและเมิตที่เกิดขึ้นตั้งแต่วันที่พระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับเท่านั้น ไม่ใช้กับละเมิดที่เกิดขึ้นก่อนวันที่พระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับ

แนวทางที่ 2 มีความเห็นเช่นเดียวกับแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เห็นว่าหน่วยงานมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 12 ได้ เนื่องจากการออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรานี้เป็นการดำเนินการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ที่ทำละเมิดซึ่งเป็นขั้นตอนในส่วนที่เป็นวิธีสบัญญัติที่ย่อมใช้บังคับได้แม้การกระทำละเมิดนั้นจะเกิดขึ้นก่อนวันที่พระราชบัญญัติฉบับนี้จะมีผลใช้บังคับก็ตาม²⁵

(8) เงื่อนไขเกี่ยวกับข้อห้ามในการฟ้องคดีต่อศาลและเงื่อนไขอื่น ๆ เช่นกฎหมายห้ามมิให้ผู้ฟ้องคดียื่นคำฟ้องในกรณีที่กฎหมายถือว่าเป็นการ “ฟ้องซ้ำ” อันได้แก่กรณีที่ศาลได้พิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีถึงที่สุดแล้ว คู่กรณีเดียวกันได้นำคดีเดียวกันที่ศาลได้พิพากษาหรือมีคำสั่งแล้วมาฟ้องต่อศาลอีกโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกันกับในคดีก่อน²⁶ หรือเป็นการ “ฟ้องซ้อน” อันได้แก่กรณีที่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้ว ต่อมาในระหว่างที่คดีนั้นอยู่ระหว่างการพิจารณา ผู้ฟ้องคดีคนเดียวกันได้ยื่นคำฟ้องเรื่องเดียวกันนั้นต่อศาลปกครองอีก หรือเป็นการ “ดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำ” อันได้แก่ กรณีที่ดำเนินกระบวนพิจารณาในศาลเกี่ยวกับคดีหรือประเด็นที่ศาลได้วินิจฉัยชี้ขาดแล้ว เว้นแต่เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้²⁷

นอกจากนั้น พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ยังห้ามมิให้ผู้เสียหายฟ้องเจ้าหน้าที่ที่ทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ แต่ให้ฟ้องหน่วยงานของรัฐโดยตรง โดยศาลจะพิจารณาจากคำฟ้องว่าผู้ฟ้องคดีอ้างว่าการกระทำละเมิดนั้นเกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ และถ้าศาลมีคำสั่งไม่รับฟ้องในกรณีนี้ไว้พิจารณา ผู้เสียหายยังมี

²⁵ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ที่ 484/2544

ในปัจจุบัน ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยตามแนวทางที่ 2 นี้ แม้ว่าจะไม่ได้อ้างเหตุผลเดียวกันก็ตาม เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 331/2546

²⁶ ข้อ 97 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

²⁷ ข้อ 96 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

สิทธิฟ้องหน่วยงานของรัฐได้อีก และหากคดีขาดอายุความเนื่องจากฟ้องผิดดังกล่าว พระราชบัญญัติฉบับนี้ก็บัญญัติให้ขยายอายุความออกไปหกเดือนนับแต่วันที่คำพิพากษาหรือคำสั่งไม่รับคำฟ้องนั้นไว้พิจารณาถึงที่สุด²⁸

ในกรณีที่ตุลาการเจ้าของสำนวนตรวจคำฟ้องแล้วเห็นว่าเป็นคดีปกครองที่ศาลมีอำนาจรับไว้พิจารณาได้ และผู้ฟ้องคดีได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขการฟ้องคดีครบถ้วนแล้ว ก็จะมีคำสั่งรับคำฟ้องไว้พิจารณาและมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทำคำให้การ ทั้งนี้ ตามข้อ 42 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 และจะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป

จากที่กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่า การฟ้องคดีละเมิดต่อศาลปกครองนั้นยังมีปัญหาทางปฏิบัติอยู่ไม่น้อย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ที่ผู้เสียหายจะฟ้องหน่วยงานของรัฐกรณีละเมิดที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย เนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวอาจตีความได้อย่างกว้างหรืออย่างแคบ จึงเป็นประเด็นที่คงต้องมีการวินิจฉัยวางหลักเกณฑ์หรือแนวทางในเรื่องนี้ หรือแก้ไขกฎหมายเพื่อให้เกิดความชัดเจนแก่ผู้ฟ้องคดีและผู้ที่เกี่ยวข้องต่อไป

²⁸ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

มาตรา 7

ฯลฯ

ฯลฯ

ถ้าศาลพิพากษายกฟ้องเพราะเหตุที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ที่ถูกฟ้องมิใช่ผู้ต้องรับผิด ให้ขยายอายุความฟ้องร้องผู้ที่ต้องรับผิดซึ่งมิได้ถูกเรียกเข้ามาในคดีออกไปถึงหกเดือนนับแต่วันที่คำพิพากษานั้นถึงที่สุด

การดำเนินคดีปกครอง

อำนาจของตุลาการศาลปกครองในการแสวงหาข้อเท็จจริง^{*}

Mlle Célia VEROT^{**}

กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแสวงหาข้อเท็จจริง (la procédure d'instruction) ของศาลปกครองของฝรั่งเศสเป็นหลักเกณฑ์ที่พัฒนามาจากบรรทัดฐานในคำพิพากษา และได้รับการรวบรวมมาบัญญัติไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของศาลปกครองและสภาแห่งรัฐ ซึ่งนับแต่ปี ค.ศ. 2001 ประมวลกฎหมายว่าด้วยการยุติธรรมทางปกครอง (Code de justice administrative) ได้รวบรวมหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ไว้ด้วยกันและเรียบเรียงไว้ในลักษณะที่อ่านง่าย และชัดเจนสำหรับผู้ใช้

จากข้อเท็จจริงที่ว่ากฎเกณฑ์เหล่านี้เป็นกฎเกณฑ์ที่พัฒนามาจากแนวทางในคำพิพากษาทำให้หลักเกณฑ์เหล่านี้มี “ลักษณะเฉพาะ” เมื่อเปรียบเทียบกับหลักในวิธีพิจารณาความแพ่ง หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะที่ยืดหยุ่นมาก กล่าวคือ สภาแห่งรัฐมีอำนาจที่จะสร้างหลักเกณฑ์ในการแสวงหาข้อเท็จจริงขึ้นใหม่ หากเห็นว่าจำเป็นสำหรับการพิจารณาพิพากษาคดี

หลักดังกล่าวมาจากปรัชญาที่ว่า “ตุลาการศาลปกครองเป็นผู้กำหนดการแสวงหาข้อเท็จจริง (le juge administratif est maître de l'instruction)” กล่าวคือ ตุลาการศาลปกครองเป็นผู้กำหนดแนวทางในการแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อให้ได้มาซึ่งความจริง

การให้อำนาจแก่ศาลดังกล่าวก็เพื่อสนองตอบต่อวัตถุประสงค์สามประการที่แตกต่างกัน และจำเป็นต้องประสานเข้าด้วยกันในแต่ละครั้งที่ต้องมีการแสวงหาข้อเท็จจริง

● **การเคารพหลักการฟังความสองฝ่าย (Respecter le principe de la contradiction) :** คู่ความแต่ละฝ่ายต้องรับรู้ถึงเอกสารหลักฐานในคดี เพื่อที่จะสามารถโต้แย้งได้ในการพิจารณาคดี ศาลไม่อาจตัดสินคดีโดยถือข้อเท็จจริงจากเอกสารหลักฐานที่ไม่ได้ส่งให้คู่ความได้ หลักดังกล่าวนี้มาจากหลักรัฐธรรมนูญ เรื่อง “สิทธิในการต่อสู้ป้องกันตน (droit de la défense)” และหลักความเสมอภาคต่อหน้าศาล (principe d'égalité devant la justice) เป็นหลักที่เทียบได้กับ “หลักความเท่าเทียมกันทางอาวุธ (égalité des armes)” ในหลักกฎหมาย

^{*} แปลจากเอกสารประกอบการบรรยายของนางสาวเซเลีย เวโร จากต้นฉบับภาษาฝรั่งเศส เรื่อง Les pouvoirs du juge dans la procédure d'instruction ซึ่งใช้ประกอบการบรรยาย เมื่อวันที่ 5 ตุลาคม 2547 ณ สำนักงานศาลปกครอง แปลและเรียบเรียงโดย นายยงยุทธ อนุกุล รักษาการในตำแหน่งพนักงานคดีปกครอง 9ชช สำนักงานศาลปกครองสูงสุด สำนักงานศาลปกครอง

^{**} Maîtres des requêtes สภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส

ของแองโกล-แซกซอน (anglo-saxonne) ที่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (Cour européenne des droits de l'homme) นำไปใช้

● **การช่วยเหลือศาลในการแสวงหาความจริง (Aider le juge dans la recherche de la vérité) :** ระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความของฝรั่งเศสตรงกันข้ามกับหลักวิธีพิจารณาของแองโกล-แซกซอน หรือระบบกล่าวหา (accusatoire) ที่เห็นว่าเป็นกลาง ศาลต้องปฏิเสธที่จะรับรู้ข้อเท็จจริงอื่น และต้องรับฟังข้อเท็จจริงที่คู่กรณีเสนอมาเท่านั้น ซึ่งตรงกันข้ามกับระบบของฝรั่งเศสที่ยินยูนบนความคิดที่ว่า ศาลต้องไม่รับฟังข้อเท็จจริงเฉพาะจากคำแถลง การโต้แย้งของคู่ความเท่านั้น แต่ต้องทำการแสวงหาข้อเท็จจริงและตรวจสอบเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริง โดยใช้อำนาจของตนในการแสวงหาข้อเท็จจริง

● **การทำสำนวนอย่างมีประสิทธิภาพ (Assurer un traitement efficace des dossiers) :** หลักในเรื่องนี้เป็นหลักที่เกิดขึ้นเมื่อไม่นานมานี้ แต่เป็นหลักที่สำคัญมาก เนื่องจากประชาชนมีความคาดหวังว่าคดีของตนจะได้รับการพิจารณาอย่างรวดเร็ว ดังนั้น การแสวงหาข้อเท็จจริงต้องดำเนินการตามลักษณะของคดีโดยแยกแยะระหว่างคดีที่มีความยุ่งยากซับซ้อนกับคดีที่มีความสำคัญ

ในการนำเสนอครั้งนี้ ดอนแรกจะได้กล่าวถึงลักษณะที่สำคัญของกระบวนการในการแสวงหาข้อเท็จจริงโดยศาลปกครองในฝรั่งเศส และต่อไปจะได้กล่าวถึงวิธีการที่ศาลใช้ในการแสวงหาข้อเท็จจริง

1. ลักษณะที่สำคัญของกระบวนการในการแสวงหาข้อเท็จจริงโดยศาลปกครองของฝรั่งเศส

1) การดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Une procédure écrite)

การกำหนดให้กระบวนการพิจารณาต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรก็เพื่อเป็นหลักประกันในการเคารพหลักฟังความสองฝ่าย (le respect de la contradiction) การส่งสำเนาคำให้การและคำโต้แย้งของแต่ละฝ่ายให้อีกฝ่ายหนึ่งเป็นการรับรองว่าแต่ละฝ่ายได้รับรู้ถึงข้อโต้แย้งของอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว

ทนายความและคู่ความสามารถชี้แจงในวันนั่งพิจารณาของศาลได้ แต่ไม่สามารถยกข้อโต้แย้งอื่นนอกจากที่เคยเสนอมาในคำให้การได้ ในการพิจารณาของสภาแห่งรัฐ ผู้ที่จะแถลงด้วยวาจาในวันนั่งพิจารณาได้ต้องเป็นทนายความเท่านั้น ซึ่งเป็นเรื่องที่ถูกมองกันว่าไม่ค่อยมีประโยชน์ เว้นแต่ในคดีที่มีความสำคัญมาก กล่าวคือ ตุลาการของ

สภาแห่งรัฐมีความเห็นว่าทางปฏิบัติดังกล่าวบ่อยครั้งที่เป็นเรื่องทำให้เสียเวลา เพราะศาลไม่สามารถคำนึงถึงข้อโต้แย้งใหม่ที่มีการนำเสนอด้วยวาจาได้ (ทั้ง ๆ ที่ในกรณีที่มีข้อโต้แย้งที่อาจทำให้การชี้ขาดตัดสินคดีเป็นไปในอีกทางหนึ่งได้ ศาลควรจะต้องเลื่อนการพิจารณาคดีตัดสินคดีออกไปและเริ่มการแสวงหาข้อเท็จจริงใหม่)

โดยหลักแล้วกระบวนการพิจารณาต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในขณะเดียวกันก็มีการพิจารณาด้วยวาจา โดยเฉพาะในกรณีฉุกเฉิน ซึ่งมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาคดีโดยด่วน

2) กระบวนการพิจารณาที่มีการฟังความสองฝ่าย (Une procédure contradictoire)

เรื่องนี้เป็นหลักการที่สำคัญที่มีผลบังคับในทุกกรณี เพราะว่าเป็นหลักที่มาจากหลักรัฐธรรมนูญ โดยใช้วิธีการให้มีการยื่นคำให้การและโต้แย้งที่ทำโดยพนักงานศาล ซึ่งแตกต่างจากระบบวิธีพิจารณาในระบอบอื่นที่คู่ความต้องส่งเอกสารให้กันและกันเอง ในประเทศฝรั่งเศส คู่ความต้องส่งข้อโต้แย้งของตนให้กับพนักงานศาล แล้วพนักงานศาลจะส่งสำเนาให้กับคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง นับเป็นเรื่องที่น่าสนใจอย่างยิ่งที่มีการนำวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการแลกเปลี่ยนคำคู่ความและเอกสาร ซึ่งขณะนี้อยู่ในระหว่างการทดลองของสภาแห่งรัฐ

หลักในเรื่องการฟังความสองฝ่ายหรือการให้สิทธิโต้แย้งนี้ มีลักษณะบังคับอีกอย่างหนึ่งว่า คู่ความต้องมีระยะเวลาที่เพียงพอในการศึกษาเอกสารนั้น :

- ต้องมีการส่งสำเนาคำฟ้องให้กับผู้ถูกฟ้องคดี ศาลต้องระบุว่าใครเป็นผู้ถูกฟ้องคดี ทั้งยังต้องส่งสำเนาคำฟ้องให้กับบุคคลที่สามที่เกี่ยวข้องในคดี เช่น นาย ก. ได้รับใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร 20 ชั้น ทำให้นาย ข. ซึ่งเป็นผู้อยู่อาศัยข้างเคียงไม่พอใจอย่างมาก เพราะว่าอาคารหลังใหม่นี้บดบังทัศนียภาพ นาย ข. จึงโต้แย้งการออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารดังกล่าวต่อศาลปกครอง ในกรณีนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีหลักคือองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองที่ออกใบอนุญาต แต่นาย ก. ซึ่งเป็นผู้ได้รับอนุญาตต้องได้รับการแจ้งให้ทราบถึงการฟ้องคดีดังกล่าวด้วย

- ผู้ถูกฟ้องคดีมีเวลาสองเดือนสำหรับการทำคำให้การ ในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่เคารพระยะเวลาดังกล่าว ศาลจะมีคำสั่งให้ดำเนินการ (une mise en demeure) หากผู้ถูกฟ้องคดียังไม่ยอมทำคำให้การอีก ก็จะถือว่าผู้ถูกฟ้องคดียอมรับข้อเท็จจริง (ในกรณีนี้ไม่ได้หมายความว่า ผู้ถูกฟ้องคดียอมรับว่าคำฟ้องนั้นมีผลบังคับ เพียงแต่ถือว่าไม่มีการโต้แย้งในเรื่องข้อเท็จจริงเท่านั้น) ในกรณีดังกล่าวศาลจะตัดสินคดีไปโดยไม่มีคำให้การ ซึ่งพบว่ามี

กรณีไม่น้อยที่ฝ่ายปกครองใช้วิธี “หมก (enterrer)” หรือประวิงคดีที่มีผลกระทบต่อดนโดยใช้วิธีการไม่ส่งคำให้การ

- คำให้การของผู้ถูกฟ้องคดีจะถูกส่งให้กับผู้ฟ้องคดี ซึ่งมีระยะเวลาหนึ่งเดือนในการทำคำโต้แย้งคำให้การ หลังจากนั้น จะไม่มีการส่งบันทึกคำให้การหรือคำโต้แย้งอีก แม้ว่าคู่ความจะสามารถเสนอบันทึกต่อศาลได้ก็ตาม ซึ่งอันที่จริงแล้ว นับแต่ขั้นตอนนี้ บันทึกของคู่ความจะถูกส่งให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งก็เฉพาะกรณีที่บันทึกของคู่ความ มีข้อเท็จจริงใหม่เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม หลักเรื่องการฟังความสองฝ่ายก็มีข้อจำกัดบางประการ กล่าวคือ

- จะไม่มีการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นเรื่องที่ได้รับพิจารณาไม่ได้ คำฟ้องดังกล่าวจะถูกสั่งไม่รับไว้พิจารณา โดยคำสั่งของอธิบดีศาลหรือประธานแผนก (โดยไม่มีการแสวงหาข้อเท็จจริง ไม่มีการพิจารณา และสั่งโดยอธิบดีศาลหรือประธานแผนก)

- กรณีที่จะไม่มีการแสวงหาข้อเท็จจริงยังมีในกรณีที่เห็นได้ว่าคดีนั้นต้องถูกยกฟ้องอย่างแน่นอน กระบวนพิจารณาในกรณีนี้เป็นกระบวนการที่ใช้โดยสภาแห่งรัฐ ในกรณีที่พิจารณาคดีในฐานะที่เป็นศาลปกครองสูงสุด คดีดังกล่าวจะได้รับการตรวจพิจารณา และทำความเข้าใจเบื้องต้นก่อนโดยตุลาการเจ้าของสำนวนที่ตรวจข้อโต้แย้งในการฎีกา หากเห็นว่าข้อโต้แย้งในชั้นฎีกาดังกล่าวฟังไม่ขึ้นอย่างไม่มีข้อสงสัย ในกรณีนี้จะไม่มีการส่งฎีกาให้กับคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อทำคำคัดค้าน และจะมีการยกฎีกาโดยองค์คณะหลังจากที่ได้ฟังคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีแล้ว คดีในลักษณะนี้มีประมาณ 50-60 %

- หลักเรื่องการฟังความสองฝ่ายนี้ยังมีข้อจำกัดในกรณีการพิจารณาคดีในกรณีฉุกเฉิน (โปรดดูเอกสารในเรื่องการพิจารณาคดีโดยฉุกเฉิน)

- ไม่มีการส่งบันทึกต่าง ๆ ในการแสวงหาข้อเท็จจริงของตุลาการ ซึ่งเป็นเรื่องภายในของศาลให้กับคู่ความ เช่น บันทึกของตุลาการเจ้าของสำนวนและคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี บันทึกดังกล่าวถือเป็นเรื่องลับ ทำนองเดียวกับเรื่องความลับในการประชุมปรึกษาคดี คำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีนั้นคู่ความจะได้รับทราบในวันนั่งพิจารณาแต่ไม่สามารถโต้แย้งได้

3) กระบวนพิจารณาแบบไต่สวน (Une procédure inquisitoriale)

ลักษณะของเรื่องการไต่สวนนี้ หมายถึงว่า ศาลต้องมีหน้าที่ในการแสวงหาความจริง จะเห็นได้จากวิธีการดังนี้

- ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ศาลเป็นผู้ดำเนินการให้มีการส่งคำคู่ความ
- โดยวิธีการในการแสวงหาข้อเท็จจริงที่ศาลนำมาใช้ ซึ่งจะได้อีกกล่าวใน

รายละเอียดต่อไป

- โดยการศึกษาสำนวนอย่างละเอียดรอบคอบก่อนวันนั่งพิจารณา เพื่อศึกษาวิเคราะห์คดีโดยการตรวจพิจารณาเอกสารทั้งหมดในสำนวน ในเบื้องต้น จะมีการมอบหมายสำนวนให้กับตุลาการเจ้าของสำนวน ซึ่งมีหน้าที่ศึกษาเอกสารหลักฐานทั้งหมด ทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย

- ตุลาการเจ้าของสำนวนจัดทำบันทึกข้อเท็จจริงและเสนอความเห็นอันเป็นข้อยุติแห่งคดี พร้อมทั้งจัดทำร่างคำพิพากษาซึ่งจะมีการประชุมหารือกันต่อไป

- หลังจากนั้น จะมีการตรวจพิจารณาสำนวนโดยตุลาการอาวุโส (un réviseur) ซึ่งเป็นตุลาการที่มีประสบการณ์ที่จะตรวจพิจารณานบันทึกของตุลาการเจ้าของสำนวน

- เสนอบันทึกของตุลาการเจ้าของสำนวนดังกล่าวให้ที่ประชุมองค์คณะพิจารณาในการประชุมสรุปสำนวน (séance d'instruction) โดยตุลาการในคณะจะมีการปรึกษาหารือกันเป็นครั้งแรกอย่างไม่เป็นทางการถึงข้อยุติในคดี และให้ความเห็นเกี่ยวกับร่างคำพิพากษา

- หลังจากนั้น สำนวนจะถูกส่งให้ตุลาการผู้แถลงคดี (Commissaire du gouvernement) ที่ให้ความเห็นอย่างอิสระ โดยอาจจะเห็นด้วยกับความเห็นขององค์คณะหรือมีความเห็นเป็นอย่างอื่นก็ได้

- จะมีการนัดพิจารณา ซึ่งในวันนั่งพิจารณาดตุลาการผู้แถลงคดีจะเสนอคำแถลงการณ์ของตน หลังจากนั้นจะมีการประชุมปรึกษาหารือของตุลาการเพื่อหาข้อยุติแห่งคดี

II. ตุลาการศาลปกครองในฐานะผู้กำหนดการแสวงหาข้อเท็จจริง

ตุลาการศาลปกครองเป็นผู้กำหนดการแสวงหาข้อเท็จจริงภายใต้เงื่อนไขที่ว่า ต้องให้มีการฟ้องคดีต่อศาลก่อน และศาลต้องใช้วิธีการทุกอย่างในการแสวงหาข้อเท็จจริง

1. ตุลาการศาลปกครองเป็นผู้กำหนดระยะเวลา

ตุลาการศาลปกครองจะคำนึงถึงเรื่องระยะเวลาในการพิจารณาพิพากษาเป็นอย่างมาก เพราะว่าผู้ที่นำคดีมาสู่ศาลต่างก็ต้องการให้คดีของตนได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยเร็ว ในขณะเดียวกัน ในกรณีที่เห็นว่าระยะเวลาที่ศาลฝรั่งเศสใช้ในการพิจารณา

คดีเป็นระยะเวลาที่นานเกินสมควร ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (CEDH) สามารถสั่งลงโทษได้ (ตัวอย่างเช่น การฟ้องคดีกรณีการติดเชื้อเอดส์จากการถ่ายโลหิต)

ในขณะนี้ศาลปกครองมีเครื่องมือด้านคอมพิวเตอร์ที่มีประสิทธิภาพสูงที่มีระบบที่สามารถทราบถึงระยะเวลาเฉลี่ยของการพิพากษาคดี และแสดงให้เห็นถึงคดีที่ค้างอยู่เป็นเวลานาน นอกจากนี้ ศาลปกครองยังมีข้อผูกพันกับรัฐสภาว่า ตั้งแต่บัดนี้จนถึงปี 2007 จะใช้ระยะเวลาเฉลี่ยในการตัดสินคดีให้เสร็จในหนึ่งปี ปรากฏว่าสภาแห่งรัฐสามารถพิจารณาตัดสินคดีได้ในเวลาดังกล่าว ศาลปกครองชั้นต้นก็ใช้เวลาใกล้เคียงกัน แต่ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ยังใช้เวลาในการตัดสินคดีนานมาก

เพื่อกระตุ้นให้ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์พิจารณาคดีให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น รองประธานสภาแห่งรัฐได้ลงนามในข้อตกลงว่าด้วยวัตถุประสงค์และปัจจัยกับอธิบดีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ โดยศาลปกครองชั้นอุทธรณ์รับที่จะร่นระยะเวลาการตัดสินคดีให้ได้ภายในเวลา 18 เดือน ในปี 2007 โดยปรับปรุงวิธีการทำงาน และเพื่อเป็นข้อแลกเปลี่ยน สภาแห่งรัฐและกระทรวงงบประมาณตกลงที่จะรับสมัครบุคลากรเพิ่มเติม และจัดหาวัสดุอุปกรณ์ให้มากขึ้น

ศาลได้ใช้วิธีการต่าง ๆ เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น กล่าวคือ

- ศาลตัดสินคดีบางคดีโดยไม่มีการแสวงหาข้อเท็จจริงหรือแสวงหาข้อเท็จจริงอย่างง่าย
 - กำหนดระยะเวลาการส่งคำคู่ความให้เหมาะสมกับความยุ่งยากและความสำคัญของคดี
 - ยุติการแสวงหาข้อเท็จจริง เมื่อเห็นว่าข้อเท็จจริงสมบูรณ์แล้ว กล่าวคือ เมื่อศาลเห็นว่า ศาลมีข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์ต่อการตัดสินคดีครบถ้วนแล้ว
- เพื่อให้บรรลุวิธีการข้างต้น จำเป็นต้องจัดระบบบริหารคดีตามความยากและความสำคัญ โดยมีการพิจารณาเรื่องโดยเจ้าพนักงานศาลและโดยประธานแผนกโดยเร็วตั้งแต่มีการลงทะเบียนรับ หลังจากนั้น จะมีการส่งคดีไปตามความจำเป็นแห่งกรณี กล่าวคือ
- ถ้าเป็นคดีที่รับไว้พิจารณาไม่ได้ จะถูกส่งไม่รับไว้พิจารณา
 - หากเป็นคดีที่รับไว้พิจารณาได้ จะส่งให้องค์คณะเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริง

¹ หมายถึงการสั่งลงโทษรัฐให้จ่ายค่าเสียหายให้กับผู้ฟ้องคดี - ผู้แปล

- หากเป็นคดีที่เป็นเรื่องละเอียดอ่อน หรือคดีที่เกี่ยวข้องกับการเมืองหรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่สำคัญ ก็จะถูกส่งให้องค์คณะเพื่อทำการแสวงหาข้อเท็จจริงโดยเร่งด่วน

- หากเป็นคดีที่ไม่ยุ่งยากซับซ้อน จะมีการแสวงหาข้อเท็จจริงอย่างง่าย โดยไม่มีการประชุมสรุปสำนวน (séance d'instruction)

ในทางข้อเท็จจริง ในกรณีที่เป็นคดีสำคัญสภาแห่งรัฐจะทำการแสวงหาข้อเท็จจริงและพิจารณาพิพากษาอย่างรวดเร็ว ภายในระยะเวลา 1-3 เดือนโดยประมาณ การตัดสินใจคดีได้เร็วทำให้สามารถลดความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ เช่น ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเลือกตั้ง หรือคดีปกครองทางเศรษฐกิจ (เช่น การควบกิจการธนาคาร การซื้อกิจการของบริษัทโดยอีกบริษัท) หรือในคดีเกี่ยวกับกีฬา (เช่น คดีเกี่ยวกับการแข่งขันฟุตบอล) การแสวงหาข้อเท็จจริงโดยเร่งด่วนไม่ได้กระทบถึงคุณภาพของการพิจารณาคดี ทั้งนี้ เนื่องจากเมื่อคำนึงถึงความสำคัญแห่งคดี พนักงานศาล ตุลาการเจ้าของสำนวน และทนายความ จะร่วมกันทุ่มเทให้กับการทำงานอย่างเข้มข้นและเต็มที่ วิธีการดังกล่าวทำให้การทำงานของศาลเป็นเรื่องที่น่าสนใจมากและเป็นเรื่องที่น่าสนใจภาพพจน์ที่ดีของศาล (อย่างไรก็ตาม ก็มีคดีที่อาจมีผลกระทบต่อการเมืองได้เช่นเดียวกัน)

ในกรณีดังกล่าว ศาลจะกำหนดระยะเวลาการทำคำให้การและโต้แย้งให้สั้นลง (15 วันหรือ 8 วัน) และศาลอาจใช้วิธีการสั่งให้ทำคำให้การ (la mise en demeure) เพื่อเร่งให้มีการทำคำให้การโดยเร็ว

หลังจากนั้น ศาลจะสั่งยุติการแสวงหาข้อเท็จจริงและกำหนดวันนั่งพิจารณาในการกำหนดวันนั่งพิจารณาศาลอาจเลือกกำหนดวันที่ต้องการนัดเมื่อเห็นว่าการแสวงหาข้อเท็จจริงได้ยุติแล้ว หรือศาลอาจกำหนดวันนั่งพิจารณาดังแต่ตอนที่รับคำฟ้องซึ่งจะมีผลบังคับให้ทุกคนทำงานให้เร็วขึ้น

2. วิธีการในการแสวงหาข้อเท็จจริง (Les mesures d'instruction)

โดยหลักแล้ว เป็นหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีที่จะต้องนำเอกสารหลักฐานมาสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของตน แต่ศาลได้คำนึงถึงสิ่งที่ประชาชนไม่สามารถหาเอกสารหลักฐานบางอย่างได้ เนื่องจากฝ่ายปกครองเป็นผู้ครอบครองเอกสารเหล่านั้นไว้ ศาลจึงตัดสินใจคดีไปโดยพิจารณาจากหลักฐานเท่าที่มีอยู่ แต่หากเอกสารเหล่านั้นไม่เพียงพอที่จะวินิจฉัยได้ ศาลมีวิธีการอีกหลายประการ

- ศาลกำหนดบุคคลที่จะต้องเข้ามาในคดี ในบางกรณีอาจทำให้สามารถเข้าใจคดีได้ดีขึ้น เช่น หากกำหนดให้กระทรวงเข้ามาในคดีที่เกี่ยวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ศาลสามารถได้รับคำชี้แจงจากกระทรวงเกี่ยวกับการตีความบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับกรณีต่าง ๆ ได้

● ศาลสามารถสั่งให้คู่ความ โดยเฉพาะฝ่ายปกครอง ตอบปัญหา หรือให้คำอธิบาย หรือให้ส่งเอกสารหรือข้อมูลต่าง ๆ ได้

กรณีศึกษา : คดี Barel

คดีนี้เป็นหนึ่งในคดีที่สำคัญ ซึ่งเป็นคดีที่โด่งดังมากไม่ว่าด้วยเหตุผลทางการเมือง หรือเกี่ยวกับอำนาจของศาลในการแสวงหาข้อเท็จจริง

ในปี 1954 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการข้าราชการ (Ministre de la fonction publique) ได้ปฏิเสธไม่รับบุคคลหลายคน รวมทั้งนาย Barel เป็นผู้มีสิทธิเข้าสอบแข่งขันในการเข้าศึกษาในวิทยาลัยการปกครองแห่งชาติ (ENA) ซึ่งเป็นสถาบันที่คัดเลือกและสร้างข้าราชการชั้นสูงของฝรั่งเศส บุคคลดังกล่าวได้ฟ้องต่อสภาแห่งรัฐโดยอ้างว่าตนเองถูกปฏิเสธสิทธิในการสอบคัดเลือกเนื่องจากพวกตนเป็นคอมมิวนิสต์ ซึ่งขัดต่อหลักเรื่องเสรีภาพในทางความคิดเห็นของข้าราชการอันเป็นหลักรัฐธรรมนูญ

สภาแห่งรัฐจึงขอให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการข้าราชการชี้แจงเหตุผลในการปฏิเสธดังกล่าว พร้อมทั้งให้ส่งเอกสารที่ใช้ในการพิจารณาในการออกคำสั่งดังกล่าว รัฐมนตรีรู้สึกไม่พอใจและปฏิเสธที่จะส่งเอกสาร โดยอ้างว่าเป็นหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีที่จะพิสูจน์ว่าตนเองถูกตัดสิทธิเข้ารับการสอบคัดเลือกด้วยเหตุผลทางการเมือง ในเรื่องนี้เป็นที่เห็นโดยชัดแจ้งว่า ผู้ฟ้องคดีไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าเพราะเหตุใดพวกตนถูกปฏิเสธไม่ให้เข้ารับการสอบคัดเลือก เมื่อรัฐบาลปฏิเสธที่จะให้การต่อศาล สภาแห่งรัฐจึงตัดสินให้ผู้ฟ้องคดีชนะคดี

ข้อจำกัดประการเดียวในเรื่องนี้ เป็นเรื่องเกี่ยวกับเอกสารที่เป็นความลับ (เช่น ความลับในการป้องกันประเทศ) ในทางหลักการ ศาลมีสิทธิที่จะบังคับให้ฝ่ายปกครองจัดส่งเอกสารดังกล่าวได้ แต่ศาลไม่สามารถตัดสินคดีโดยถือเอกสารที่ไม่สามารถส่งให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้ การให้ฝ่ายปกครองส่งเอกสารดังกล่าวจึงไม่ก่อให้เกิดประโยชน์เพราะศาลไม่สามารถตัดสินคดีโดยถือตามเอกสารดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ศาลสามารถตัดสินคดีได้โดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ว่าฝ่ายปกครองไม่สามารถแจ้งเหตุผลในการออกคำสั่งให้ศาลทราบได้ และตัดสินคดีไปตามข้อเท็จจริงที่มีอยู่ และอาจเห็นว่า เหตุผลของฝ่ายปกครองเป็นเหตุผลที่ไม่เพียงพอได้ ปัญหาจากความยุ่งยากในเรื่องนี้ทำให้เกิดคดีที่เกิดขึ้นเมื่อเร็ว ๆ นี้ ซึ่งเป็นคดีที่ละเอียดอ่อน (sensible) และเกี่ยวพันกับปัญหาเรื่องการก่อการร้ายในปัจจุบัน

กรณีศึกษา : คดีอิหม่ามเมืองลียง (l'imam de Lyon)

ในปีที่ผ่านมา อิหม่ามในย่านชานเมืองของฝรั่งเศส ซึ่งเป็นผู้ที่ถูกมองว่าเป็นพวกมุสลิมหัวรุนแรง (fondamentaliste islamique) ได้ให้สัมภาษณ์หนังสือพิมพ์ว่าคัมภีร์โคราน (Le Coran) อนุญาตให้ทุบตีภรรยาของตนในเงื่อนไขบางประการได้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจึงมีคำสั่งเนรเทศอิหม่ามออกนอกประเทศฝรั่งเศส เพราะเหตุว่าอิหม่ามคนดังกล่าวมีสัญชาติอัลจีเรีย โดยรัฐมนตรีได้แถลงว่า “เราไม่อาจยอมรับได้ว่าบุคคลผู้มีตำแหน่งสำคัญทางศาสนากล่าวอ้างถึงหลักการที่ตรงกันข้ามกับหลักรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสดังเช่นเรื่องความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง และยุยงให้เกิดความรุนแรงในย่านชานเมืองที่เป็นที่อาศัยของผู้ใช้แรงงานจากต่างประเทศ (travailleurs immigrés) จำนวนมาก”

อิหม่ามได้โต้แย้งคำสั่งเนรเทศต่อศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้วปรากฏว่า อิหม่ามดังกล่าวมีบุตรจำนวนหกคนที่มีสัญชาติฝรั่งเศส ซึ่งกฎหมายห้ามไม่ให้เนรเทศ เว้นแต่จะมีเหตุผลเรื่องความสงบเรียบร้อยที่สำคัญเท่านั้น กล่าวคือ เป็นกรณีที่บุคคลดังกล่าวต้องมีลักษณะเป็นภัยคุกคามอย่างร้ายแรงต่อความมั่นคงของประเทศ ในเรื่องนี้แม้ว่าคำพูดของอิหม่ามเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม แต่ก็ยังไม่ก่อให้เกิดภัยคุกคามในทันทีและอย่างร้ายแรงต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ

ในชั้นพิจารณาของศาล รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้พยายามให้เหตุผลสนับสนุนคำสั่งของตน โดยให้ข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า อิหม่ามคนดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับกลุ่มก่อการร้าย แต่ไม่สามารถให้ข้อเท็จจริงที่ชัดเจนได้เนื่องจากจะมีผลกระทบถึงการสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับขบวนการก่อการร้ายที่อยู่ในระหว่างการดำเนินการ ซึ่งจะทำให้พวกก่อการร้ายได้รู้เรื่องเกี่ยวกับการสอบสวนของตำรวจ

จากเหตุดังกล่าว ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่ารัฐมนตรีไม่ได้ให้ข้อเท็จจริงที่เพียงพอเพื่อสนับสนุนคำสั่งของตน จึงสั่งเพิกถอนคำสั่งเนรเทศ และอนุญาตให้อิหม่ามกลับเข้าประเทศฝรั่งเศสได้

ในเรื่องนี้ปรากฏว่า รัฐบาลไม่พอใจกับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น และได้ยื่นอุทธรณ์ต่อสภาแห่งรัฐ

● ศาลสามารถออกไปเดินเผชิญสับในสถานที่ได้ เช่น เพื่อตรวจสอบว่าการก่อสร้างโรงแรมบนเกาะแห่งหนึ่งจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสภาพของพื้นที่หรือไม่
ตุลาการของสภาแห่งรัฐได้เดินทางไปดูข้อเท็จจริงในสถานที่ดังกล่าว

- ศาลสามารถตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อให้ความเห็นในปัญหาด้านเทคนิคหรือทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ ศาลอาจตั้งให้ข้าราชการคนหนึ่งคนใดทำการสอบสวนในเรื่องนั้นได้ เช่น วิศวกร โดยมีเงื่อนไขว่า บุคคลดังกล่าวต้องเป็นอิสระและไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคดี

ในทางตรงกันข้าม ศาลไม่อาจขอให้ผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นเกี่ยวกับปัญหาข้อกฎหมาย

การตั้งผู้เชี่ยวชาญนี้ใช้กันมากในคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบ เช่น ในเรื่องของการรักษาพยาบาล เพื่อให้ดูว่าความเสียหายที่บุคคลได้รับนั้นเป็นความผิดพลาดในการรักษาพยาบาลหรือไม่ หรือเพื่อดูว่าความผิดพลาดดังกล่าวเป็นผลมาจากความบกพร่องในการจัดระบบการบริการหรือไม่ ในทำนองเดียวกัน ในเรื่องอื่น ๆ ก็มีการตั้งผู้เชี่ยวชาญได้ เช่น การโยธาสาธารณะ หรือการบัญชีของวิสาหกิจ เป็นต้น

การทำงานของผู้เชี่ยวชาญนี้มีค่าใช้จ่ายที่สูงมาก และทำให้การพิจารณาคดีต้องใช้เวลานานออกไป (โดยทั่วไปผู้เชี่ยวชาญจะใช้เวลา 1 – 3 ปี ในการส่งรายงาน)

- ศาลสามารถจัดให้มีการไต่สวนได้ โดยขอให้คู่ความหรือบุคคลอื่นมาให้การเป็นพยาน และตอบคำถามด้วยวาจาได้

ศาลมีเสรีภาพทุกประการในอันที่จะใช้วิธีการต่าง ๆ ในการแสวงหาข้อเท็จจริง โดยมีกฎเกณฑ์เพียงประการเดียว คือ ต้องใช้วิธีแสวงหาข้อเท็จจริงที่จำเป็นและไม่สามารถใช้วิธีการที่ไม่มีประโยชน์ คู่ความมีสิทธิที่จะขอให้ศาลใช้วิธีการอย่างใดในการแสวงหาข้อเท็จจริงได้ แต่ศาลมีเสรีภาพที่จะอนุมัติตามคำขอหรือไม่ก็ได้ ในขณะเดียวกัน ศาลต้องคำนึงถึงความสำคัญของคดีโดยเฉพาะคดีที่มีจำนวนทุนทรัพย์สูง เพราะว่าวิธีการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีค่าใช้จ่ายสูงสำหรับคู่ความ ข้อเท็จจริงที่ได้จากการแสวงหาข้อเท็จจริงต้องเปิดโอกาสให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งโต้แย้งได้ รวมทั้งคำให้การของผู้เชี่ยวชาญพยาน ฯลฯ ต้องจัดทำเป็นรายงานและส่งให้คู่ความเพื่อให้สามารถโต้แย้งได้เช่นเดียวกัน นอกจากนี้ ศาลมีอำนาจเรียกคู่ความมาไต่สวนได้ และศาลเองมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในอันที่จะพิจารณาข้อมูลที่ได้จากการแสวงหาข้อเท็จจริงอย่างไรก็ได้

หลักการแสวงหาความจริงโดยศาลในคดีปกครองของเยอรมัน^{*}

ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ^{**}

1. ข้อความทั่วไป

หลักการแสวงหาความจริงโดยศาล (Untersuchungsgrundsatz) หรือหลักได้สวนเป็นหลักวิธีพิจารณาที่ใช้ในคดีที่มีเรื่องของประโยชน์มหาชนเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครอง (Verwaltungsgerichtsprozess) วิธีพิจารณาคดีของศาลภาษี (Finanzgerichtsprozess) วิธีพิจารณาคดีของศาลของสังคม (Sozialgerichtsprozess) และวิธีพิจารณาคดีอาญา (Strafprozess) ได้กำหนดให้ใช้หลักการแสวงหาความจริงโดยศาล แม้ว่าโดยทั่วไปแล้วรัฐจะเข้ามาเป็นคู่ความฝ่ายหนึ่งและการรักษาประโยชน์มหาชนเป็นเรื่องของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม ถึงแม้กฎหมายจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้รักษาผลประโยชน์มหาชน แต่ก็มิได้หมายความว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะรับภาระหน้าที่ดังกล่าวโดยลำพัง แต่โดยแท้จริงแล้วการรักษาผลประโยชน์มหาชนยังอาจกระทำโดยผ่านทางผู้พิพากษาหรือองค์กรตุลาการด้วย

วิธีพิจารณาของศาลใดก็ตามที่ใช้หลักการแสวงหาความจริงโดยศาล (Untersuchungsgrundsatz) โดยหลักทั่วไปแล้วคู่ความไม่มีภาระในการกล่าวอ้าง (Behauptungslast) และไม่มีภาระในการพิสูจน์ (Beweisführungslast) โดยที่ภาระดังกล่าวเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องแสวงหาข้อเท็จจริงและพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่จำเป็นสำหรับการวินิจฉัยคดีของศาล

ผลประการสำคัญในทางกฎหมายจากการใช้หลักการแสวงหาความจริงโดยศาลก่อให้เกิดผลว่า ในคดีปกครองที่ฟ้องโต้แย้งฝ่ายปกครอง ศาลไม่อาจผลักภาระในการทำให้เกิดความชัดเจนในทางข้อเท็จจริงไปให้แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ ศาลจะต้องดำเนินการเองเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงอันจำเป็นต่อการวินิจฉัยคดีของศาล

โดยหลักพื้นฐานระหว่างหลักกล่าวหา (Verhandlungsgrundsatz) กับหลักการแสวงหาความจริงโดยศาล (Untersuchungsgrundsatz) นั้น หลักวิธีพิจารณาทั้งสองนั้นมีหลักร่วมกันว่า คู่ความในคดีต้องเข้ามามีส่วนร่วมในการแสวงหาความจริง ถึงแม้จะเป็นคดีที่ใช้หลัก

^{*} พิมพ์ครั้งแรกในวารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 2 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม – สิงหาคม 2545)

^{**} น.บ., นบท., น.ม.(มหาชน), Magister Legum (LL.M), Doktor der Rechte, (Dr.jur) ปัจจุบันดำรงตำแหน่งผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ในการแสวงหาความจริงโดยศาลก็ตาม โดยทั่วไปแล้วมิได้หมายความว่าศาลจะทำการค้นหาความจริงโดยปราศจากการเข้ามามีส่วนร่วมของคู่ความในคดี ทั้งนี้ เพราะคู่ความในคดีจะรู้ข้อเท็จจริงดีที่สุด และศาลจะทำการวินิจฉัยก็อาศัยข้อเท็จจริงที่ได้มาจากคู่ความเป็นข้อเท็จจริงที่สำคัญ เพื่อที่ศาลจะได้ทราบทิศทางของข้อเท็จจริงว่ามีข้อเท็จจริงใดที่จำเป็นจะต้องทำให้เกิดความชัดเจน¹

ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องภาระในการกล่าวอ้าง (Behauptungslast) และภาระในการพิสูจน์ (Beweisführungslast) หลักกล่าวหา (Verhandlungsgrundsatz) กับหลักการแสวงหาความจริงโดยศาล (Untersuchungsgrundsatz) มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ตามหลักกล่าวหา (Verhandlungsgrundsatz) โดยหลักทั่วไปแล้วศาลไม่อาจที่จะริเริ่มด้วยตนเองในการพิสูจน์หลักฐานใดได้หากคู่ความมิได้กล่าวอ้าง ในขณะที่หลักในการแสวงหาความจริงโดยศาล (Untersuchungsgrundsatz) ศาลสามารถริเริ่มในการพิสูจน์ความจริงในเรื่องใดเองได้โดยคู่ความไม่จำเป็นจะต้องเป็นฝ่ายริเริ่มก่อน แต่ในกรณีที่คู่ความเป็นผู้ริเริ่มกล่าวอ้างเพื่อต้องการพิสูจน์ความจริงแล้ว ในกรณีนี้หลักทั้งสองไม่มีความแตกต่างกันในทางปฏิบัติแต่อย่างใด²

2. หลักการกำหนดกระบวนการพิจารณาโดยคู่ความ (Verfügungsgrundsatz) กับหลักการแสวงหาความจริงโดยศาล (Untersuchungsgrundsatz)

หลักการกำหนดกระบวนการพิจารณาโดยคู่ความ (Verfügungsgrundsatz) กับหลักการแสวงหาความจริงโดยศาล (Untersuchungsgrundsatz) ทั้งสองหลักนี้มีได้เกี่ยวข้องกันแต่อย่างใด การกำหนดกระบวนการพิจารณาโดยคู่ความ (Verfügungsgrundsatz) เป็นหลักที่อธิบายถึงอำนาจของคู่ความที่มีต่อการกำหนดลักษณะของข้อพิพาทในคดี รวมทั้งเป็นอำนาจของคู่ความที่มีต่อการกำหนดความสัมพันธ์ในทางกฎหมายวิธีพิจารณาความ เช่น การแก้ไขฟ้อง การถอนฟ้อง เป็นต้น ในขณะที่หลักการแสวงหาความจริงโดยศาลเป็นหลักที่กำหนดภาระหน้าที่ของศาลในการที่จะค้นหาให้ได้มาซึ่งความจริง หรือการทำให้ข้อเท็จจริงมีความกระจ่างชัดเจน โดยภาระหน้าที่ดังกล่าวเป็นภาระหน้าที่ในทางการของศาล (von Amtswegen) แต่อย่างไรก็ตาม หลักการพื้นฐานทั้งสองประการมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดจนมีความเข้าใจผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับความหมายของหลักการแสวงหาความจริงโดยศาล

¹ Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, 2. Aufl., S. 174

² Grunsky, S. 176

(Untersuchungsgrundsatz) กับหลักการกำหนดกระบวนการพิจารณาโดยคู่ความ (Verfügungsgrundsatz) โดยในที่นี้จะได้พิจารณาหลักการทั้งสองโดยมีประเด็นข้อพิจารณาดังนี้³

2.1 การให้ความคุ้มครองสิทธิและปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมายเป็นภาระหน้าที่ของศาลปกครอง (Rechtsschutz und Gesetzmäßigkeit als Aufgaben der Verwaltungsgerichte)

หากหลักในการกำหนดกระบวนการพิจารณาโดยคู่ความ (Verfügungsgrundsatz) หมายความว่า คู่ความมีอำนาจเหนือในกระบวนการพิจารณาของศาลในการที่คู่ความจะนำข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งในการเสนอต่อศาลอันจะทำให้ข้อเท็จจริงนั้นกลายเป็นวัตถุแห่งคดี (Streitgegenstand) หากถือตามหลักการดังกล่าว การแสวงหาความจริงโดยศาลอันเป็นภาระหน้าที่ของทางการจึงแทบจะไม่มีบทบาทในการค้นหาความจริงแต่อย่างใด แต่ในทางตรงกันข้าม หากเข้าใจหลักการแสวงหาความจริงโดยศาลอย่างถูกต้อง ศาลสามารถแสวงหาให้ได้ซึ่งความจริงโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าคู่ความในคดีได้นำเสนอข้อเท็จจริงนั้นหรือไม่ก็ตาม

การพิจารณาเกี่ยวกับหลักการทั้งสองจะต้องย้อนกลับไปพิจารณาการแบ่งแยกภาระหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีการกำหนดในเรื่องข้อเท็จจริงกับหลักการแสวงหาความจริงโดยศาลกับหลักการกำหนดกระบวนการพิจารณาโดยคู่ความ จากหลักการในการพิจารณาคดีทั้งสองมีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่า บุคคลซึ่งเป็นผู้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองสามารถมีบทบาทในการพิสูจน์ความจริงในการวินิจฉัยคดีต่อศาลปกครองได้แค่ไหนเพียงใด (มาตรา 19 วรรค 4⁴ ของรัฐธรรมนูญ และมาตรา 113⁵ VwGO) มาตรา 19 ของรัฐธรรมนูญมิได้ให้หลักประกัน

³ Wilfried Berg, Grundsätze des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, in FS für Christain Friedrich Menger, Hsg. Von Erichsen, Hoppe, V. Mutius, S. 537 - 556

⁴ มาตรา 19 (การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน)

(4) หากบุคคลใดถูกละเมิดสิทธิโดยอำนาจมหาชน บุคคลนั้นขอที่จะใช้สิทธิในทางศาลได้ในกรณีที่ไม่มีศาลที่มีเขตอำนาจในเรื่องนั้น ให้ฟ้องยังศาลยุติธรรม

⁵ มาตรา 113 (คำพิพากษาให้ยกเลิกคำสั่งทางปกครองหรือคำพิพากษาออกคำสั่งทางปกครอง)

(1) หากคำสั่งทางปกครองใดไม่ชอบด้วยกฎหมายและคำสั่งทางปกครองดังกล่าวละเมิดสิทธิของโจทก์ ให้ศาลยกเลิกคำสั่งทางปกครอง และคำวินิจฉัยอุทธรณ์ (ถ้ามี) ถ้าคำสั่งทางปกครองนั้นได้บังคับการในทางปกครองไปแล้วในกรณีนี้หากมีคำร้องขอศาลอาจพิพากษาให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดำเนินการเพื่อยกเลิกการบังคับตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว การยกเลิกการบังคับอาจกระทำได้เฉพาะ

ในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ หากแต่ได้ให้หลักประกันในการตรวจสอบเรื่องการละเมิดสิทธิโดยองค์กรศาล แต่การละเมิดสิทธิดังกล่าวมิได้บังคับว่าบุคคลที่ถูกละเมิดจะต้องฟ้องคดีต่อศาล ในประเด็นนี้เองที่เป็นเรื่อง “หลักการกำหนดกระบวนการพิจารณาโดยคู่ความ” (Verfügungsgrundsatz) “หลักการกำหนดกระบวนการพิจารณาโดยคู่ความ” เป็นการอธิบายถึงอำนาจของบุคคลที่จะตัดสินใจด้วยความรับผิดชอบของตนเองว่า บุคคลที่ถูก

กรณีที่ทางราชการอยู่ในฐานะที่จะกระทำได้และปัญหาดังกล่าวได้ทำการวินิจฉัยแล้ว ถ้าคำสั่งทางปกครองได้สิ้นสุดลงก่อนแล้วไม่ว่าโดยการยกเลิกหรือโดยวิธีการอื่นใดก็ตาม ในกรณีนี้หากมีคำร้องขอ ศาลอาจพิพากษาว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากโจทก์มีผลประโยชน์อันชอบธรรมในการพิสูจน์ยืนยันซึ่งคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

(2) ถ้าโจทก์ประสงค์จะขอให้ทำการแก้ไขคำสั่งทางปกครองซึ่งมีการกำหนดจำนวนเงินหรือมีการกำหนดเกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว ศาลอาจกำหนดจำนวนเงินใหม่ได้ หรืออาจกำหนดโดยสิ่งอื่นแทนได้ ถ้าการสืบหาถึงจำนวนเงินที่จะต้องกำหนดจำเป็นจะต้องเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก ศาลอาจกำหนดให้ทำการแก้ไขคำสั่งทางปกครองโดยให้รายละเอียดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางกฎหมายหรือในทางข้อเท็จจริงซึ่งเมื่อได้พิจารณาหรือไม่ได้พิจารณาแล้วจะเห็นว่าไม่เป็นธรรม โดยกำหนดให้ทางราชการสามารถคิดคำนวณจำนวนเงินโดยอาศัยพื้นฐานจากคำวินิจฉัยดังกล่าวได้ ทางราชการจะต้องแจ้งให้ผู้เข้าร่วมในคดีทราบถึงผลการคิดคำนวณใหม่นี้โดยทันที หลังจากที่ได้พิพากษามีผลบังคับแล้วให้ทำการประกาศให้ทราบถึงคำสั่งทางปกครองพร้อมกับเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองที่มีการแก้ไขใหม่ด้วย

(3) ถ้าศาลเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องไต่สวนข้อเท็จจริงต่อไป ศาลอาจทำการยกเลิกคำสั่งทางปกครองและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองได้โดยยังไม่ต้องวินิจฉัยในเนื้อหาของคดีทราบเท่าที่ตามประเภทและขอบเขตของการสืบหาความจริงนั้นจำเป็นเพราะเกี่ยวข้องกับประเด็น และการยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้คำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้เข้าร่วมในคดีแล้ว โดยคำร้องขอของผู้เข้าร่วมในคดี ศาลอาจกำหนดกฎเกณฑ์ชั่วคราวจนกว่าจะมีการออกคำสั่งทางปกครองใหม่ออกมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลอาจกำหนดให้มีหลักประกันหรือให้วงเงินคำสั่งทางปกครองทั้งหมดหรือบางส่วนไว้และในเบื้องต้นยังไม่ต้องกระทำการใด ๆ คำสั่งดังกล่าวอาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกในเวลาใดก็ได้ การวินิจฉัยตามประโยคที่หนึ่งสามารถจะกระทำได้ภายในหกเดือนนับตั้งแต่ศาลได้รับเอกสารดังกล่าวของทางราชการ

(4) นอกเหนือจากการยกเลิกคำสั่งทางปกครองแล้ว ยังอาจเรียกร้องให้กระทำการได้ในคดีเดียวกันนี้อาจพิพากษาให้กระทำการด้วยก็ได้

(5) เท่าที่การปฏิเสฐที่จะออกคำสั่งทางปกครองก็ดี หรือการละเว้นในการออกคำสั่งทางปกครองก็ดีเป็นการขัดต่อกฎหมาย และการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิของโจทก์ ให้ศาลพิพากษาโดยการกำหนดหน้าที่ให้แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้กระทำการในหน้าที่ตามที่มีคำร้องขอหากได้มีการวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีในเรื่องนั้นแล้ว มิเช่นนั้นให้ศาลพิพากษากำหนดหน้าที่โดยให้ออกคำสั่งให้แก่โจทก์โดยคำนึงถึงความเห็นในทางกฎหมายของศาล

ละเมิดสิทธินั้นจะนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลหรือไม่ หรือหากนำคดีมาฟ้องร้องจะฟ้องร้องภายในขอบเขตเพียงใด ขอบเขตในเรื่องดังกล่าวจึงเป็นเรื่องของ “หลักการกำหนดกระบวนการพิจารณาโดยคู่ความ” หากบุคคลซึ่งถูกละเมิดนั้นละเมิดสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากศาล โดยทั่วไปแล้วคำสั่งทางปกครองที่ยังมีผลอยู่นั้นก็ต้องเป็นคำสั่งทางปกครองที่ยังต้องมีความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ⁶ ความเป็นไปได้ในการกำหนดเรื่องข้อพิพาทในคดีปกครอง (ซึ่งเป็นภาระหน้าที่ของหลักการกำหนดกระบวนการพิจารณาโดยคู่ความ) จึงขึ้นอยู่กับว่าปัจเจกบุคคลนั้นถูกละเมิดสิทธิในทางกฎหมายมหาชนหรือไม่ และบุคคลนั้นประสงค์จะได้รับความคุ้มครองจากศาลหรือไม่ กระบวนการในการแสวงหาข้อเท็จจริงจะสามารถเริ่มต้นได้เมื่อบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิได้มีการกำหนดข้อพิพาทแห่งคดีแล้ว และการกำหนดขอบเขตของข้อพิพาทนี้เองเท่ากับเป็นการกำหนดขอบเขตของเรื่องที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรศาล⁷

ประเด็นที่ได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไปว่า ภารกิจของคดีปกครองนั้นมิได้ถูกจำกัดอยู่กับการรักษาคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลเท่านั้น ศาลปกครองยังมีภาระหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับการตรวจสอบของศาลปกครองว่า ในคดีปกครองนั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับการทำให้บรรลุความมุ่งหมายของสิทธิในทางกฎหมายมหาชนของปัจเจกบุคคลและเป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง⁸ เพราะศาลปกครองเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนตามมาตรา 20 วรรค 3⁹ และมาตรา 97 วรรค 1¹⁰ ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งต้องถูกผูกพันต่อกฎหมายและเป็นองค์กรที่ถูกผูกพันต่อกฎหมายเท่านั้น นอกจากนี้ ศาลปกครอง

⁶ BVerfGE 60, 253 (290) สิทธิของคู่ความในคดีปกครองถูกทำให้สมบูรณ์ขึ้นโดยความเป็นไปได้ในการตรวจสอบของฝ่ายปกครองในกระบวนการตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง

⁷ ด้วยเหตุนี้เองการกำหนดขอบเขตของข้อพิพาทที่ดี การกำหนดขอบเขตที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิที่ดี จึงไม่ได้ขึ้นอยู่กับขอบเขตของการแสวงหาความจริงโดยศาลในความหมายของมาตรา 86 วรรค 1 VwGO

⁸ BVerfGE 60, 253 (290)

⁹ มาตรา 20 (รัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐ : สิทธิในการต่อต้านการล้มล้างรัฐธรรมนูญ)

(3) อำนาจอธิปไตยผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนอำนาจบริหารและอำนาจตุลาการนั้นผูกพันต่อกฎหมาย

¹⁰ มาตรา 97 (รัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐ : ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา)

(1) ผู้พิพากษามีความอิสระและอยู่ภายใต้กฎหมายเท่านั้น

ยังจะต้องดำเนินการตามมาตรา 40¹¹ ของกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO) ให้บรรลุความมุ่งหมาย ด้วยเหตุนี้ศาลปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบในการวินิจฉัยคดี โดยการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองจะต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” (Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) จึงเป็นหลักที่บังคับว่า การวินิจฉัยคดีของศาลปกครองมีอาจจะให้อยู่ภายใต้การกำหนดทิศทางโดยคู่ความในคดีได้โดยลำพัง การแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีปกครองต้องดำเนินไปตามหลักการแสวงหาความจริงโดยศาล (Untersuchungsgrundsatz)¹² และในขณะเดียวกัน หลักการกำหนดกระบวนการพิจารณาโดยคู่ความ (Verfügungsgrundsatz) เป็นหลักที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลโดยศาลปกครอง ดังนั้น หลักในการกำหนดกระบวนการพิจารณาโดยคู่ความย่อมมีผลทำให้หลักการแสวงหาความจริงโดยศาลก่อให้เกิดหลักประกันที่จะตอบสนองหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาจากการวินิจฉัยคดีของศาลปกครอง

2.2 หน้าที่ในการมีส่วนร่วมของคู่ความตามหลักการแสวงหาความจริงโดยศาลในคดีปกครอง

วิธีพิจารณาความปกครองก็ตามที่กำหนดให้คู่ความมีหน้าที่ต่าง ๆ ในกระบวนการวิธีพิจารณาความ หากคู่ความมิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามภาระหน้าที่ดังกล่าว การไม่ดำเนินการดังกล่าวย่อมส่งผลในทางคดีอย่างใดอย่างหนึ่งต่อคู่ความฝ่ายนั้น เช่น ศาลอาจจะยกฟ้องคดีดังกล่าว เป็นต้น การที่คู่ความมีหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งและคู่ความมิได้ดำเนินการดังกล่าวในกรณีที่เป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของหลักการกำหนดกระบวนการพิจารณาโดยคู่ความ

¹¹ มาตรา 40 (การอนุญาตให้ฟ้องคดี)

(1) การฟ้องคดีทางปกครองต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชน ซึ่งมีใช้เรื่องข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญตราว่าที่กฎหมายสหพันธ์มิได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าให้นำข้อพิพาทดังกล่าวไปฟ้องร้องยังศาลอื่น ข้อพิพาทในทางมหาชนอันเกี่ยวกับกฎหมายของมลรัฐอาจฟ้องร้องยังศาลอื่นได้หากกฎหมายของมลรัฐกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

(2) สำหรับสิทธิเรียกร้องให้ชดใช้เงินสืบเนื่องจากการต้องเสียสละแก่ประโยชน์ส่วนรวม และจากการที่ทรัพย์สินถูกยึดครอง รวมทั้งสำหรับการเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายสืบเนื่องจากการละเมิดหน้าที่ตามกฎหมายมหาชน ซึ่งไม่ใช่เรื่องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ให้ดำเนินการฟ้องร้องยังศาลยุติธรรม ทั้งนี้ โดยไม่กระทบบทบัญญัติพิเศษของกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการและการฟ้องคดีกรณีให้มีการชดใช้ค่าเสียหายแก่ทรัพย์สินจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

¹² Kopp, Fn. 3, S.Bg3ff; Schenke, DöV 1982, 725 โดย Schenke เน้นว่า หลักการแสวงหาความจริงโดยศาลเป็นหลักการสำคัญในระดับของหลักรัฐธรรมนูญ ; BVerwG DöV 1984, 558 (560)

(Verfügungsgrundsatz) นั้น ศาลจะต้องให้ความเคารพต่อเจตนาของคู่ความ ซึ่งย่อมมีผลทำให้ศาลไม่อาจพิจารณาคดีได้อีกต่อไป ในกรณีเช่นนี้คู่ความในคดีย่อมมีอำนาจเหนือในการกำหนดความเป็นไปของคดี

แต่ประเด็นที่เป็นข้อถกเถียงในทางกฎหมายตลอดมาคือในกรณีที่คู่ความฝ่ายหนึ่งได้ปฏิเสธที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในการที่จะแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อให้เกิดความชัดเจนในคดี ตามความเห็นของเสียงข้างมากเห็นว่า ในคดีปกครองนั้นภาระในการพิสูจน์พยานหลักฐานต่าง ๆ นั้น มิได้เป็นภาระหน้าที่ของคู่ความในคดี ดังนั้น การที่คู่ความฝ่ายที่มีได้ทำภาระหน้าที่ดังกล่าว จึงมิได้หมายความว่า คู่ความนั้นจะได้รับผลเสียโดยอัตโนมัติจากการไม่ทำภาระหน้าที่ดังกล่าว¹³ แต่มีความเห็นในทางตรงกันข้าม โดย Fritz Baur เห็นว่า เนื่องจากในคดีปกครองใช้หลักการแสวงหาความจริงโดยศาล (Untersuchungsmaxime) ดังนั้น ในคดีปกครองจึงไม่มีเรื่องภาระในการพิสูจน์ (Beweisführungslast) แต่อย่างใด¹⁴ เช่นเดียวกับความเห็นของ Konrad Redekker เห็นว่า ภาระหน้าที่ของคู่ความในการพิสูจน์ความจริงในคดีปกครองนั้นมิได้นำมาใช้ในคดีประเภทนี้ โดยเห็นว่าคู่ความในคดีเป็นตัวการแห่งคดี (Subjekt des Verfahrens) มิได้เป็นวัตถุแห่งการพิจารณาคดีของศาล (Objekt richterlicher Rechtsfindung)¹⁵

แต่อย่างไรก็ตาม ข้อโต้แย้งของ Baur และ Redekker ก็มิได้รับการยอมรับมากนัก เพราะหลักการแสวงหาความจริงโดยศาล (Untersuchungsgrundsatz) นั้น หมายความว่า ศาลมีความรับผิดชอบในการแสวงหาข้อเท็จจริงซึ่งศาลจะต้องใช้ประโยชน์จากข้อมูลทั้งหลายที่อาจเข้าถึงได้และอาจเข้าถึงโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การมีส่วนร่วมของคู่ความในคดีจึงเป็นแหล่งข้อมูลที่สำคัญในคดีประการหนึ่งและมีความสำคัญในการที่จะชี้แนะพยานหลักฐาน คดีบางคดีการให้ข้อมูลของคู่ความในคดีเป็นแหล่งข้อมูลที่สำคัญที่สุดสำหรับการวินิจฉัยคดีของศาล ตัวอย่างเช่น กรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความเชื่อของผู้ที่ปฏิเสธการเป็นทหาร หรือกรณีปัญหาว่าข้าราชการเป็นผู้เลื่อมใสต่อระบอบการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญหรือไม่ คดีเหล่านี้การให้ข้อมูลของบุคคลดังกล่าวย่อมมีความสำคัญต่อการวินิจฉัยคดีของศาล ในกรณีนี้คู่ความในคดีมิได้มีอำนาจเหนือในการกำหนดขอบเขตของข้อเท็จจริงที่จะได้รับการพิจารณาจากศาล กล่าวคือ คู่ความมิได้มีอิสระว่าจะให้ข้อมูลดังกล่าวต่อศาลหรือไม่ก็ได้

¹³ Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 5.Auf., 1981, S.153; BVerwGE 52, 255 (260); Brück, DöV 1982, 227ff.

¹⁴ F. Baur, Fn. 11, S.287

¹⁵ K. Redekker, DVBI 1981, 85

สำหรับขอบเขตที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธินั้นอยู่ภายใต้ “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการวินิจฉัยโดยอำนาจมหาชน” ซึ่งย่อมไม่อยู่ภายใต้ความอิสระของคู่ความในคดีที่จะกำหนดเรื่องดังกล่าว เพราะกรณีใดกรณีหนึ่งจะเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ขึ้นอยู่กับว่าข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นเข้ากับ “องค์ประกอบของกฎหมาย” ในเรื่องนั้นหรือไม่ กรณีนี้ย่อมเป็นเรื่องของบทบัญญัติของกฎหมาย หลักการแสวงหาความจริงโดยศาล (Untersuchungsgrundsatz) จึงมิได้หมายความว่า ศาลจะต้องค้นหาความจริงเพียงลำพัง แต่หลักในการแสวงหาความจริงนั้นหมายความว่า ศาลเป็นผู้ที่รับผิดชอบต่อความถูกต้องของข้อเท็จจริงโดยลำพัง กล่าวคือเป็นอำนาจศาลเท่านั้นที่จะตัดสินว่าข้อเท็จจริงที่ได้มาเพียงพอในการพิสูจน์ความจริงหรือไม่ หรือข้อเท็จจริงที่ได้มานั้นถูกต้องหรือไม่ หรือรับฟังได้แค่ไหนเพียงใด ศาลอาจกระทำการละเมิดต่อหลักการแสวงหาความจริงโดยศาลได้ หากศาลได้ปฏิเสธข้อมูลจากคู่ความฝ่ายหนึ่งอันเป็นข้อมูลที่สำคัญที่จะนำไปสู่การทำให้เกิดความชัดเจนในข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญของการวินิจฉัยคดี ตามมาตรา 86 วรรค 1¹⁶ VWGO ศาลอาจทำการละเมิดหลักการดังกล่าวได้ในกรณีคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะให้ข้อมูลต่อศาล และศาลเองได้ละเลยที่จะให้ได้มาซึ่งข้อมูลที่มีความสำคัญต่อการทำให้เกิดความชัดเจนในข้อเท็จจริงของคดี จำเลยในคดีอาญาไม่จำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดี เช่นเดียวกันในคดีปกครองการพิสูจน์พยานหลักฐานเป็นเรื่องของศาล ตามมาตรา 86 วรรค 1 VWGO ศาลมีภาระหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาเงื่อนไขของสิทธิเรียกร้องทั้งในทางข้อเท็จจริง และในทางเงื่อนไขของกฎหมายภายในขอบเขตที่เป็นความประสงค์ของผู้ฟ้องคดี ศาลอาจมอบหมายภาระหน้าที่ของศาลให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้เป็น

¹⁶ มาตรา 86 (หลักการแสวงหาความจริงโดยศาล, หน้าที่ในการทำให้เกิดความชัดเจนในข้อเท็จจริง, เอกสารในการเตรียมการ)

(1) ให้ศาลมีหน้าที่ค้นหาความจริงในคดี โดยจะต้องให้ผู้เข้าร่วมในคดีเข้ามามีส่วนร่วมในเรื่องดังกล่าวด้วย การกล่าวในคำฟ้องและคำร้องเพื่อแสดงพยานหลักฐานของผู้เข้าร่วมในคดี ไม่ผูกพันศาลแต่อย่างใด

(2) ศาลอาจปฏิเสธคำร้องเพื่อเสนอพยานหลักฐาน คำสั่งของศาลดังกล่าวจะต้องให้เหตุผลด้วย

(3) ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะจะต้องให้คำแนะนำเพื่อจัดความผิดพลาดในทางรูปแบบ ต้องให้คำอธิบายในกรณีที่คำร้องขาดความชัดเจน หรือทำให้มีการเพิ่มเติมรายละเอียดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงให้สมบูรณ์ นอกจากนี้ จะต้องให้คำอธิบายที่เป็นสาระสำคัญสำหรับการพิจารณาและการวินิจฉัยข้อเท็จจริง

(4) ผู้เข้าร่วมในคดีจะต้องยื่นเอกสารต่าง ๆ เพื่อเตรียมการในการนั่งพิจารณา เพื่อการดังกล่าวผู้พิพากษาหัวหน้าคณะอาจกำหนดระยะเวลาในการยื่นเอกสารได้ เอกสารดังกล่าวจะต้องส่งให้แก่ผู้เข้าร่วมในคดีโดยหน้าที่

คู่ความในคดีให้เข้ามามีส่วนร่วมในการทำให้ข้อเท็จจริงเกิดความชัดเจนได้ แต่หากได้ข้อเท็จจริงจากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้ว ศาลยังมีความสงสัยในข้อเท็จจริงนั้นอยู่ ศาลก็ยังมีหน้าที่ที่จะต้องทำให้เกิดความชัดเจนในข้อเท็จจริงนั้น (มาตรา 108 วรรค 1¹⁷ VwGO) ในส่วนของการแสวงหาความจริงโดยศาลนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ศาลปกครองอาจยุติการแสวงหาข้อเท็จจริงได้ต่อเมื่อเป็นที่แน่ใจแก่ศาลว่าข้อเท็จจริงนั้นไม่มีอยู่ (มาตรา 108 วรรค 1 VwGO) หรือเป็นกรณีที่แน่ใจว่า ความแน่นอนชัดเจนในข้อเท็จจริงนั้นไม่อาจจะได้มาได้

3. ภาระในการพิสูจน์ในคดีปกครอง (Zur Beweislast im Verwaltungsprozess)

ประเด็นที่เกี่ยวกับภาระในการพิสูจน์ที่เป็นปัญหามาโดยตลอดคือ บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดภาระการพิสูจน์นั้นเป็นกฎหมายในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติหรือเป็นส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติ ศาลปกครองแห่งสหพันธ์เยอรมัน (Bundesverwaltungsgericht) ได้วินิจฉัยเสมอมาว่า ในคดีปกครองนั้นการแบ่งภาระในการพิสูจน์ให้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ ดังนั้น ในกรณีของข้อเท็จจริงที่ยังไม่ชัดเจนและข้อเท็จจริงนั้นจะเป็นประโยชน์ในทางกฎหมายแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นย่อมมีภาระในการพิสูจน์ เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น¹⁸

Dieter Leipold ได้กล่าวว่า หลักเกณฑ์ในเรื่องผลทางกฎหมายเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง โดยเหตุผลในทางตรรกแล้วเป็นหลักเกณฑ์ที่ไม่อาจจะยอมรับได้ เพราะในกรณีที่การมีอยู่ของเงื่อนไขในทางข้อเท็จจริงเป็นกรณีที่ยังไม่ชัดเจน ดังนั้น ผลในทางกฎหมายย่อมไม่มีความชัดเจนเช่นกัน กล่าวคือ ผลในทางกฎหมายย่อมเป็นประโยชน์ต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ได้ โดยเหตุนี้ในคดีอาญาในกรณีที่ไม่ว่าจะพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้ ศาลต้องพิพากษาปล่อยจำเลย ในกรณีที่ไม่ว่าจะพิสูจน์หลักฐานได้ในทางภาวะวิสัย

¹⁷ มาตรา 108 (พื้นฐานของคำพิพากษา, การประเมินพยานหลักฐานอย่างอิสระ, หลักการรับฟังผู้เข้าร่วมในคดี)

(1) ให้ศาลวินิจฉัยคดีตามความแน่ใจโดยอิสระของตนบนพื้นฐานของผลโดยรวมทั้งหมดที่ได้มาจากการสอบสวนพิจารณา ในคำพิพากษจะต้องมีการให้เหตุผลที่เป็นพื้นฐานสำคัญที่ทำให้ผู้พิพากษามีความแน่ใจดังกล่าว

(2) ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่จะนำมาใช้ในการพิพากษาคดีจะต้องเป็นข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่ผู้เข้าร่วมในคดีอาจแสดงข้อโต้แย้งได้

¹⁸ BVerwGE 61, 176 (189); F. Baur Fn. 11, S. 292; Eyermann/Fröhler, Fn. 13, § 86, Rn. 8; Kopp, Fn. 7, § 108, Rn. 13; Lücke, JuS 1961, 44; Menger, Fn. 24, S. 322; Ule, Fn. 4, S. 261 ff

ผลในทางกฎหมายมิได้เกิดจากการให้ตรรกในทางกฎหมาย ผลในทางกฎหมายในกรณีนี้ย่อมเกี่ยวกับการตัดสินใจขององค์กรนิติบัญญัติภายใต้การพิจารณาตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้นข้อวิพากษ์วิจารณ์ถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องผลในทางกฎหมายเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายใดฝ่ายนั้นมีภาระในการพิสูจน์นั้นจึงมิได้เป็นประเด็นในการถกเถียงในทางวิชาการเฉพาะในขอบเขตของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเท่านั้น ประเด็นในข้อถกเถียงดังกล่าวยังเป็นประเด็นในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเช่นกัน¹⁹ ในขณะเดียวกันประเด็นดังกล่าวมิใช่ประเด็นเกี่ยวกับปัญหาความมีเหตุมีผลของทฤษฎีตามความเห็นของเสียงส่วนใหญ่เท่านั้น ประเด็นที่มีความสำคัญกว่าคือ ผลของทฤษฎีดังกล่าวมีผลทำให้ภารกิจในทางรัฐธรรมนูญของกฎหมายปกครองก่อให้เกิดความเป็นธรรมหรือไม่ ตัวอย่างเช่น ในคดีแพ่ง ทฤษฎีว่าด้วยการพิสูจน์ที่เป็นภาระแก่ผู้ที่จะได้รับประโยชน์จากกฎหมาย (Normentheorie) เป็นทฤษฎีที่ให้ความเป็นธรรมแก่คู่ความในคดี เพราะปัญหาภาระการพิสูจน์มากมายมิได้ถูกกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติและเหตุผลอีกประการหนึ่ง หลักทฤษฎีว่าด้วยการพิสูจน์ที่ตกแก่ผู้ที่ได้รับประโยชน์นั้นสอดคล้องกับการประเมินข้อเท็จจริงของกฎหมายสารบัญญัติในทางแพ่ง ในทางตรงกันข้ามกับคดีปกครองมีข้อเท็จจริงมากมายที่มิได้มีการกำหนดไว้ว่า ผลในทางกฎหมายใดที่จะเป็นประโยชน์ต่อคู่ความในคดีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ในกฎหมายปกครองผลประโยชน์ของคู่ความในคดีมิได้อยู่บนพื้นฐานที่เท่าเทียมกัน เพราะโดยแท้จริงแล้วกฎหมายปกครองนั้นเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคม ด้วยเหตุนี้เองความเข้าใจพื้นฐานต่อทฤษฎีว่าด้วยการพิสูจน์ที่ตกได้แก่ผู้ได้รับประโยชน์มีความเข้าใจว่า คู่ความแต่ละฝ่ายต่างต้องการผลในทางกฎหมายที่เป็นประโยชน์ต่อฝ่ายตนซึ่งลักษณะดังกล่าวมิใช่ลักษณะของคดีปกครอง Peschau ได้กล่าวไว้อย่างถูกต้องว่า “การนำทฤษฎีว่าด้วยผลในทางกฎหมายที่เป็นประโยชน์ต่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาใช้ในการพิสูจน์ (Normentheorie) มาใช้ในคดีปกครองนั้น โดยทั่วไปแล้วไม่อาจจะทำให้ศาลปกครองวินิจฉัยคดีได้อย่างสมเหตุสมผล”²⁰

ในคำพิพากษาของศาลเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ “หลักความยุติธรรม” (Fairneßgebot) ในเรื่องเกี่ยวกับการตรวจสอบผลการสอบ ศาลปกครองสหพันธ์ (Bundesverwaltungsgericht) ได้อธิบายเกี่ยวกับปัญหาการแบ่งภาระการพิสูจน์ไว้อย่างละเอียด โดยศาลปกครองแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยคดีไว้ดังนี้²¹

¹⁹ Peschau, Die Beweislast im Verwaltungsrecht, 1983, S. 33 ff.

²⁰ Peschau, Fn. 47, S. 38

²¹ BVerwGE DVBl 1985, 61 (63,65)

“การกำหนดให้ผู้สอบเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ว่า ผู้ตรวจข้อสอบมีความเข้าใจผิดในข้อเท็จจริงซึ่งมีผลต่อการตรวจข้อสอบ การกำหนดภาระการพิสูจน์ดังกล่าวเป็นการขัดกับหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) ตามมาตรา 20 วรรค 3²² ของรัฐธรรมนูญ และขัดต่อหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิ (Rechtsschutz) ตามมาตรา 19 วรรค 4²³ ของรัฐธรรมนูญ ความบกพร่องในการตรวจข้อสอบโดยทั่วไปแล้วย่อมมีผลทำให้การตรวจข้อสอบนั้นเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความสัมพันธ์ตามหลักทั่วไปและข้อยกเว้นจะก่อให้เกิดผลในทางตรงกันข้ามหากบุคคลที่เกี่ยวข้องจะต้องมีภาระในการพิสูจน์ว่า ความบกพร่องที่มีผลต่อการตรวจข้อสอบได้เกิดขึ้นจากการทำหน้าที่ของเจ้าหน้าที่หรือไม่ และความบกพร่องดังกล่าวมีผลต่อการประเมินการสอบหรือไม่ เนื่องจากมีการให้อำนาจในการประเมินข้อสอบแก่ผู้ตรวจข้อสอบ ดังนั้น ความสามารถของศาลในการตรวจสอบเรื่องดังกล่าวจึงมีขอบเขตจำกัด ผลการฟ้องคดีนี้ซึ่งกล่าวอ้างว่ามีความบกพร่องในการตรวจข้อสอบจึงขึ้นอยู่กับว่าผู้สอบจะต้องพิสูจน์ถึงสาเหตุของความบกพร่องในการตรวจข้อสอบดังกล่าว ซึ่งหมายความว่า การคุ้มครองสิทธิของผู้สอบถูกจำกัดอยู่กับวิธีการซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) และไม่สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิอย่างมีประสิทธิภาพ (Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes)”

แม้ว่าจะมีการให้เหตุผลมากมายสำหรับการแบ่งภาระการพิสูจน์ในคดี แต่ไม่ว่าบุคคลใดจะเป็นผู้มีการในการพิสูจน์ก็ตาม โดยหลักพื้นฐานแล้วศาลจะต้องวินิจฉัยคดีแม้ว่าจะมีข้อเท็จจริงที่ไม่สมบูรณ์ครบถ้วนก็ตาม เพราะผู้พิพากษาย่อมอยู่ภายใต้หลักการบังคับให้ต้องวินิจฉัยคดี ดังนั้น โดยทั่วไปแล้วผู้พิพากษาจะต้องเลือกผลในทางกฎหมายที่มีความเป็นไปได้มากที่สุด แม้ว่าการมีอยู่ของเงื่อนไขในทางข้อเท็จจริงจะไม่แน่นอนชัดเจนก็ตาม ในสถานการณ์เช่นนี้ภาระหน้าที่ของผู้พิพากษาคือ ผู้พิพากษาจะต้องคำนึงถึงความมุ่งหมายขององค์กรนิติบัญญัติในการตรากฎหมายนั้นภายใต้การพิจารณาถึงหลักการตามรัฐธรรมนูญ และเลือกผลในทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเป็นผลในทางกฎหมายที่จะแสดงถึงความผิดพลาดที่น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

²² มาตรา 20 (รัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐ : สิทธิในการต่อต้านการล้มล้างรัฐธรรมนูญ)

(3) อำนาจนิติบัญญัติผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนอำนาจบริหารและอำนาจตุลาการนั้นผูกพันต่อกฎหมาย

²³ มาตรา 19 (รัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐ : การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน)

(4) หากบุคคลใดถูกละเมิดสิทธิโดยอำนาจมหาชนบุคคลนั้นชอบที่จะใช้สิทธิในทางศาลได้ ในกรณีที่ไม่มีศาลที่มีเขตอำนาจในเรื่องนั้นให้ฟ้องยังศาลยุติธรรม

กล่าวโดยสรุป สำหรับกฎหมายมหาชนโดยรวมมีเพียงหลักการในเรื่องภาระการพิสูจน์ (Grundsatz der Beweislastverteilung) เพียงหลักการเดียว กล่าวคือ หลัก “in dubio pro reo” อันเป็นหลักการตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงของผู้พิพากษาซึ่งผู้พิพากษาจะไม่พิพากษาลงโทษจำเลยหากผู้พิพากษาไม่แน่ใจความผิดของจำเลย ดังนั้น การค้นหาคำตอบที่ใช้ได้เป็นการทั่วไปสำหรับเรื่องภาระการพิสูจน์ในขอบเขตคดีในทางมหาชนจึงไม่อาจหาคำตอบโดยทั่วไปได้ ด้วยเหตุนี้ การศึกษาเรื่องการค้นหาเรื่องภาระการพิสูจน์ในคดีปกครอง แท้จริงแล้วเป็นการค้นหาหลักเกณฑ์ในการแบ่งภาระการพิสูจน์ในกฎหมายปกครองในแต่ละเรื่อง เช่น การหาหลักเกณฑ์ในการแบ่งภาระการพิสูจน์ในกรณีที่มีการปฏิเสธที่จะเข้ารับราชการทหารอันเนื่องมาจากความเชื่อ ซึ่งในคดีเช่นนี้คู่ความย่อมมีบทบาทสำคัญในการให้ข้อเท็จจริงต่อศาล ผลของการศึกษาดังกล่าวมิได้นำไปสู่การทำให้เกิดความไม่มั่นคงในทางกฎหมายมากไปกว่าการตีความหมายอื่น ๆ ดังนั้น โดยแท้จริงแล้วจึงเป็นข้อเรียกร้องให้ใช้ความพยายามอย่างจริงจังในการที่จะค้นหาความมุ่งหมายของกฎหมายแต่ละฉบับ ซึ่งผู้พิพากษาไม่ควรที่จะนึกถึงหลักภาระการพิสูจน์ที่ผลภาระในการพิสูจน์ให้แก่บุคคลอื่น แต่ผู้พิพากษาจะต้องค้นหาความมุ่งหมายของกฎหมายปกครองฉบับนั้น ๆ ว่ามีความมุ่งหมายอย่างไร และข้อเท็จจริงในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมายอยู่ในขอบเขตของกฎหมายปกครองนั้น ๆ หรือไม่ และหากข้อเท็จจริงที่จะเข้าองค์ประกอบของกฎหมายหรือไม่ขึ้นอยู่กับคู่ความ ในกรณีเช่นนี้คู่ความในคดีก็ต้องมีบทบาทสำคัญในการให้ข้อเท็จจริงต่อศาล แต่หากข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นมีได้ขึ้นอยู่กับคู่ความในคดี การมีส่วนร่วมของคู่ความในคดีย่อมมีบทบาทน้อยกว่าคดีประเภทแรก ดังนั้น ความจำเป็นต้องจำแนกแยกแยะประเภทของคดีปกครองเพื่อแสดงถึงบทบาทในการเข้ามามีส่วนร่วมในการพิสูจน์ความจริงของคู่ความจึงต้องอาศัยการพัฒนาในทางคดีปกครองเพื่อนำไปสู่เป้าหมายดังกล่าว

การจัดทำบันทึกเจ้าของสำนวนของตุลาการเจ้าของสำนวน^{*}

ไชยเดช ตันติเวสส์^{**}

โดยที่คณะทำงานตุลาการศาลปกครองสูงสุดด้านการจัดทำระเบียบวิธีพิจารณา คดีปกครองได้พิจารณาร่างระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วย วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. และได้หยิบยกปัญหาเกี่ยวกับการทำงานของตุลาการเจ้าของ สำนวนเกี่ยวกับการจัดทำบันทึกเจ้าของสำนวนตามร่างข้อ 99 (ร่างฯ ใหม่ข้อ 93) ซึ่งกำหนดให้ ตุลาการเจ้าของสำนวนจัดทำบันทึกดังกล่าวหลังจากมีการตรวจสอบข้อเท็จจริงเสร็จสิ้น เพื่อเสนอหัวหน้าคณะพิจารณาก่อนเสนอผู้แถลงคดีปกครองต่อไป โดยร่างข้อ 99 (ร่างฯ ใหม่ ข้อ 93) ได้กำหนดให้ตุลาการเจ้าของสำนวนจะต้องเสนอความเห็นว่าควรวินิจฉัยอย่างไร ในคดีด้วย จึงมีปัญหว่าการกำหนดให้ตุลาการเจ้าของสำนวนเสนอความเห็นในการวินิจฉัยคดี ในขั้นนี้จะตรงตามขั้นตอนที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 57 และมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือไม่ และการกำหนดดังกล่าวจะเหมาะสม หรือไม่

ในปัญหานี้คณะทำงานฯ มีความเห็นว่า ขั้นตอนที่จะให้ตุลาการเจ้าของสำนวน ทำความเห็นเสนอองค์คณะตามมาตรา 57 นั้น น่าจะหมายถึงความเห็นใน “เบื้องต้น” เกี่ยวกับ ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในคดีว่า คดีนั้นมีข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะพิจารณาพิพากษาหรือไม่ และมีข้อกฎหมายที่จะต้องพิจารณาอย่างไร อาจไม่ต้องถึงกับทำความเห็นว่าจะวินิจฉัยคดีนั้น อย่างไร หลังจากนั้น ตุลาการเจ้าของสำนวนจึงจะส่งมอบสำนวนคดีให้ผู้แถลงคดีปกครองจัดทำ สรุปข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และความเห็นในการวินิจฉัยคดีเสนอต่อองค์คณะพิจารณา พิพากษาต่อไป อย่างไรก็ตามมีตุลาการฯ บางท่านเห็นว่า ในกรณีเช่นนี้ตุลาการเจ้าของสำนวน น่าจะต้องเสนอความเห็นในประเด็นต่าง ๆ ที่จะต้องวินิจฉัยเพื่อเสนอหัวหน้าคณะและองค์คณะ เพื่อตรวจสอบว่าการตรวจสอบครบถ้วนจริง แล้วจึงเสนอต่อไปยังผู้แถลงคดีปกครองเพื่อจัดทำ ความเห็นต่อไปในวันพิจารณาคดีครั้งแรกเพื่อให้ผู้แถลงคดีปกครองสามารถตรวจสอบความเห็น ของตุลาการเจ้าของสำนวนได้ และหลังจากนั้นองค์คณะจะเป็นผู้ชี้ขาดในขั้นการทำคำพิพากษา ในที่สุด คณะทำงานฯ ได้มีมติมอบหมายให้ฝ่ายเลขานุการคณะทำงานฯ รับไปพิจารณาปรับปรุง ระเบียบฯ ดังกล่าวต่อไปนั้น

^{*} บันทึกเสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง เมื่อวันที่ 29 พฤษภาคม 2543

^{**} ปัจจุบันดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองกลาง

ฝ่ายเลขานุการคณะทำงานฯ ได้ศึกษาเรื่องนี้เพิ่มเติมจากกฎหมายของต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศส ซึ่งผู้ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้วางระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทย โดยเทียบเคียงมาจากระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของฝรั่งเศส ซึ่งกำหนดให้มีการพิจารณาโดยองค์คณะพิจารณาพิพากษา (la formation d'instruction et du jugement) ซึ่งจะมีการแต่งตั้งตุลาการเจ้าของสำนวน (la rapporteur) และมีผู้แถลงคดีปกครอง (le commissaire du gouvernement) เช่นเดียวกัน จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองของฝรั่งเศสแล้วอาจสรุปได้ดังนี้

1. ในศาลปกครองชั้นต้น ตุลาการเจ้าของสำนวน (le rapporteur) มีหน้าที่รวบรวมข้อเท็จจริงทั้งหลายในคดี เมื่อเห็นว่าข้อเท็จจริงในคดีนั้นมีเพียงพอที่จะพิจารณาพิพากษาในองค์คณะได้แล้ว (en état d'être portée à l'audience) หรือเมื่อเห็นว่า กรณีจำเป็นที่จะต้องมีการพิสูจน์ข้อเท็จจริงโดยพยานผู้เชี่ยวชาญ (expertises) หรือจะต้องมีการไต่สวน (enquête) หรือใช้วิธีการอื่นที่คล้ายคลึงกัน ตุลาการเจ้าของสำนวนจะต้องใช้มาตรการดังกล่าวจนได้ความจริงทั้งหมดแล้วจึงทำการศึกษาและจัดทำความเห็นในคดี (l'étude par le rapporteur) ก่อนที่จะส่งสำนวนและความเห็นนั้นไปยังผู้แถลงคดีปกครอง (le commissaire du gouvernement) ต่อไป (มาตรา R 145 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์)

2. การศึกษาและจัดทำความเห็นของตุลาการเจ้าของสำนวนในคดีที่ตนรับผิดชอบนั้น แม้ไม่มีกฎหมายกำหนดรูปแบบไว้แต่ในทางปฏิบัติจะกระทำในรูปของบันทึกเจ้าของสำนวนพร้อมทั้งยกกร่างคำพิพากษา (la rédaction d'une note et d'un projet de jugement) เสนอไปกับสำนวนคดีด้วย¹ โดยมีรายงาน (rapport) เป็นเอกสารสรุปปะหน้าไปรายละเอียดของเอกสารดังกล่าวมีดังนี้

(1) รายงาน (rapport) ซึ่งเป็นการสรุปอย่างสั้น ๆ ว่า เป็นคดีระหว่างผู้ใด และโจทก์มีคำขอท้ายฟ้องเพื่อให้ศาลพิพากษาในเรื่องใด โดยมีข้ออ้างในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอย่างไร และจำเลยมีคำขอและข้ออ้างสนับสนุนคำขอหรือข้ออ้างและข้อสนับสนุนอย่างไร ซึ่งรายงานนี้โดยปกติจะอ่านเสนอต่อตุลาการและคู่กรณีในวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก

(2) บันทึกของตุลาการเจ้าของสำนวน (note) เป็นการสรุปเพื่อกำหนดประเด็นที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัยว่ามีกี่ประเด็นในคดีนั้น และให้ความเห็นว่าจากการวิเคราะห์เหตุผลและข้อเท็จจริงในข้ออ้างและข้อโต้แย้งของคู่ความแล้ว เจ้าของสำนวนเห็นอย่างไร

¹ Daniel CHABANOL, Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, annoté et commenté, 1998, Moniteur, Paris, p.264

ซึ่งประเด็นที่ยกขึ้นพิจารณาได้แก่ ประเด็นเรื่องอำนาจศาล เจื่อนไขในการรับฟ้อง และประเด็นในเนื้อหาของคดีตามลำดับ

(3) ร่างคำพิพากษา (projet de jugement) ซึ่งจะเป็นแนวทางที่องค์กรคณะพิจารณาพิพากษาจะพิจารณาต่อไป โดยร่างคำพิพากษาจะร่างมาตามแบบคำพิพากษาจริงทุกประการ ซึ่งประกอบไปด้วย 3 ส่วนคือ ส่วนแรก (Visas) อ้างอิงคำฟ้อง คู่กรณี คำขอ และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ส่วนที่สอง (Motif) เป็นการให้เหตุผลในการวินิจฉัยโดยปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายและได้ข้อสรุปว่าในแต่ละประเด็นศาลวินิจฉัยอย่างไร และส่วนที่ 3 (dispositif) เป็นข้อวินิจฉัยของศาลแยกออกเป็นข้อ ๆ (article) เช่น ข้อ 1 ให้เพิกถอนคำสั่ง... ข้อ 2 ให้ชี้ค่าเสียหาย... ข้อ 3 ให้ยกคำฟ้องในประเด็นที่ ข้อ 4 ให้แจ้งคำพิพากษาให้คู่กรณีทราบ

บันทึกของเจ้าของสำนวน (note) และร่างคำพิพากษา (projet de jugement) เป็นเอกสารภายในจะไม่มีการแจ้งให้คู่กรณีในวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกทราบแต่ประการใด

3. เมื่อได้จัดทำเอกสารดังกล่าวแล้ว ตุลาการเจ้าของสำนวนจะเสนอเอกสารเหล่านั้นพร้อมกับสำนวนคดีไปยังหัวหน้าคณะ ขององค์กรคณะที่พิจารณาคดีนั้นเพื่อตรวจพิจารณา หัวหน้าคณะหรือองค์กรคณะจะพิจารณาผลการตรวจสอบข้อเท็จจริงว่าครบถ้วนพอที่จะพิพากษาหรือไม่ โดยในขั้นนี้จะยังไม่พิจารณาลงมติตามร่างคำพิพากษา ร่างคำพิพากษาจัดเตรียมขึ้นเพื่อตรวจสอบว่ามีการรวบรวมข้อเท็จจริงอย่างครบถ้วนแล้ว เมื่อข้อเท็จจริงเพียงพอแล้ว ก็จะส่งสำนวนคดีและเอกสารรายงานทั้งหมดไปยังผู้แถลงคดีปกครองเพื่อพิจารณาจัดทำคำแถลงการณ์ (Conclusion) ต่อไป

จากวิธีพิจารณาคดีปกครองของฝรั่งเศสในกระบวนการที่เกี่ยวกับการศึกษาและจัดทำความเห็นในคดีของตุลาการเจ้าของสำนวนดังกล่าวข้างต้น จึงสรุปได้ว่า ตุลาการเจ้าของสำนวนในคดีปกครองของฝรั่งเศสนอกจากจะทำหน้าที่รวบรวมและตรวจสอบข้อเท็จจริงทั้งหมดในคดีตลอดจนพิจารณาว่ามีข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องในคดีอย่างไรแล้ว ยังต้องกำหนดประเด็นที่ต้องพิจารณารวมตลอดถึงการวิเคราะห์เหตุผลของข้ออ้างและข้อเถียงของคู่ความจนกระทั่งต้องลงมือยกร่างคำพิพากษาในคดีนั้นว่า ถ้าข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย ประเด็นแห่งคดี รวมทั้งเหตุผลของข้อกล่าวอ้างของคู่ความทั้งสองฝ่ายเป็นเช่นนั้นแล้ว ศาลปกครองจะพิพากษาคดีนั้นอย่างไรด้วย กล่าวคือ ตุลาการเจ้าของสำนวนจะต้องเสนอความเห็นของตนในการวินิจฉัยคดีนั้นด้วย ทั้งนี้ เป็นกระบวนการก่อนที่จะเสนอสำนวนคดีและเอกสารรายงานต่อผู้แถลงคดีปกครองเพื่อทำความเห็นเสนอองค์กรคณะพิจารณาพิพากษาเพื่อวินิจฉัยคดีนั้นในขั้นที่สุดต่อไป

วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา

.

การทูลเกล้าการบังคับ

Mlle Célia VEROT^{*}

การทูลเกล้าการบังคับเป็นกระบวนการวิธีพิจารณาคดีโดยฉุกเฉิน (procédure d'urgence) ซึ่งมีผลให้ชะลอการบังคับตามคำวินิจฉัยทางปกครอง (décision administrative) ไว้ก่อน กระบวนการวิธีพิจารณานี้มีความสำคัญและจำเป็นเพราะคำวินิจฉัยทางปกครองจะมีสภาพบังคับ (exécutoire) โดยทันทีและการฟ้องคดีต่อศาลปกครองไม่เป็นการทูลเกล้าการบังคับ ซึ่งบางครั้งคำวินิจฉัยทางปกครองอาจส่งผลกระทบอย่างเป็นรูปธรรมที่รุนแรง จึงจำเป็นต้องระงับผลดังกล่าวไว้ก่อนที่ศาลจะพิพากษาว่าคำวินิจฉัยทางปกครองนั้นชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องแยกให้เห็นความแตกต่างระหว่างคำร้องขอทูลเกล้าการบังคับและคำฟ้องอย่างชัดเจน ซึ่งการยื่นคำร้องขอทูลเกล้าการบังคับจะทำได้เมื่อมีการยื่นฟ้องคดีด้วย¹ ซึ่งคำสั่งศาลเกี่ยวกับการทูลเกล้าการบังคับจะเป็นเพียงคำสั่งศาลชั่วคราว (jugement provisoire) มีผลบังคับในระหว่างรอคำพิพากษาในเนื้อหาของคดี เราจึงพิจารณาว่า คำสั่งทูลเกล้าการบังคับยังมิได้เข้าไปกระทบเนื้อหาของคดี เป็นเพียงคำสั่งที่มีผลชั่วคราวเท่านั้น

กระบวนการทูลเกล้าการบังคับในศาลปกครองฝรั่งเศสมีมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานแล้ว แต่กระบวนการดังกล่าวก็มิได้ดำเนินไปในลักษณะที่ควรจะเป็น จึงมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาคดีแบบเร่งด่วนขึ้นใหม่ในปี ค.ศ. 2000 ดังนั้น จึงควรมีการวิเคราะห์ถึงเหตุผลของความล้มเหลวในเรื่องนี้ตามกฎหมายเดิมและผลสำเร็จที่เกิดจากการพัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องนี้เสียใหม่ (1) และศึกษารายละเอียดของกระบวนการวิธีพิจารณาคดีโดยเร่งด่วนแบบต่าง ๆ ซึ่งมีอยู่ในปัจจุบันนี้ (2)

^{*} แปลจากเอกสารประกอบการบรรยายเรื่อง Le Sursis à exécution ของนางสาวเซลเลีย เวโร ซึ่งใช้ประกอบการบรรยาย ณ สำนักงานศาลปกครอง เมื่อวันที่ 7 ตุลาคม 2547 แปลและเรียบเรียงโดย ดร.บุบผา อัครพิมาน ผู้อำนวยการศูนย์ศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ สำนักงานศาลปกครอง

^{**} Maîtres des requêtes สภาแห่งรัฐฝรั่งเศส

¹ กล่าวคือ จะยื่นในเวลาเดียวกันหรือยื่นเพิ่มเติมภายหลังก็ได้ - ผู้แปล

อนึ่ง ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส นอกจากกระบวนการทูลเกล้าการบังคับยังมีกระบวนการพิจารณาคดีโดยเร่งด่วนอื่นอีก โดยใช้คำทั่วไปว่า “มาตรการก่อนการพิพากษา (référés)”²

1. การพัฒนากระบวนการวิธีพิจารณาคดีโดยฉุกเฉิน

การพัฒนากระบวนการวิธีพิจารณาคดีโดยฉุกเฉินเป็นการพัฒนาในเชิงบวกสำหรับศาลปกครอง ถือเป็นการพัฒนาที่จำเป็นเพราะความล้มเหลวของกระบวนการวิธีพิจารณาโดยฉุกเฉินแบบเดิม ซึ่งได้ส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง และต่อภาพลักษณ์ของศาลปกครองในมุมมองของราษฎร เพราะกระบวนการวิธีพิจารณาคดีโดยฉุกเฉินเดิมให้ภาพว่า กระบวนการวิธีพิจารณาในศาลเป็นกระบวนการที่ยาวนานและศาลสนใจเฉพาะปัญหาข้อกฎหมาย แต่การแก้ปัญหาคือเป็นรูปธรรมนั้นไม่ค่อยมีประสิทธิภาพ

สภาแห่งรัฐได้ตระหนักถึงปัญหาข้างต้น และต้องการปรับปรุงพัฒนากระบวนการวิธีพิจารณาโดยฉุกเฉินให้เป็นกระบวนการที่ทรงประสิทธิภาพมากขึ้น จึงได้ตั้งคณะทำงาน โดยมีประธานฝ่ายคดี (président de la Section du contentieux) เป็นประธานคณะทำงาน และนักกฎหมายระดับสูงของสภาแห่งรัฐเป็นคณะทำงาน ซึ่งกฎหมายใหม่ในเรื่องนี้มาจากบทสรุปของคณะทำงานชุดนี้นั่นเอง โดยการทำงาน คณะทำงานได้ศึกษาผลความล้มเหลวของกระบวนการทูลเกล้าการบังคับที่มีอยู่เพื่อกำหนดกระบวนการใหม่ที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น

1.1 ความล้มเหลวของกระบวนการวิธีพิจารณาคดีโดยฉุกเฉินแบบเดิม

ที่ผ่านมา เดิมกระบวนการพิจารณา (คดีโดยฉุกเฉิน) ในศาลปกครองดำเนินการโดยต้องศึกษาเอกสารจำนวนมากอย่างลึกซึ้ง และไม่สามารถดำเนินการได้อย่างรวดเร็ว โดยสภาแห่งรัฐจะเร่งตัดสินภายในระยะเวลาไม่กี่สัปดาห์เมื่อมีการณีจำเป็นเท่านั้น ซึ่งก็เฉพาะในกรณีพิเศษและในคดีที่มีความสำคัญมากเท่านั้น ศาลไม่ได้ใช้วิธีการนี้ในลักษณะทั่วไป

นอกจากนี้ แม้จะมีกระบวนการทูลเกล้าการบังคับ แต่กระบวนการนี้ก็ดำเนินไปได้ไม่ดีนัก เพราะประการแรก กระบวนการซับซ้อนเกินไปทำให้ศาลปกครอง

² Référé เป็นมาตรการที่มีอยู่ในศาลปกครองทุกชั้นศาล โดยประธานหรืออธิบดีศาลแล้วแต่กรณี มีอำนาจกำหนดมาตรการที่จำเป็นก่อนการพิพากษา ไม่ว่าจะเป็นการเรียกผู้เชี่ยวชาญหรือดำเนินกระบวนการแสวงหาข้อเท็จจริงหรือการให้วางเงินประกัน และในกรณีเร่งด่วน ศาลสามารถกำหนดมาตรการทุกอย่างที่จำเป็น เช่น สั่งห้ามก่อสร้าง เมื่องานนั้นอาจทำให้เกิดความเสียหายอย่างรุนแรงและโดยทันทีต่อสาธารณสมบัติของแผ่นดิน คำแปลจาก Lexique Termes juridiques, 10e éd., 1995, Dalloz.

ไม่สามารถพิจารณาได้ภายในเวลาอันรวดเร็ว และประการที่สอง ศาลปกครองเองค่อนข้างจะสงวนท่าทีในการใช้กระบวนการนี้ ดังนั้น จึงกำหนดการทูลเกล้าการบังคับให้น้อยมาก

ในการนี้ จะวิเคราะห์เหตุผลในรายละเอียดของความล้มเหลวในระบบเดิมซึ่งปรากฏชัดเจน ดังนี้

ก) เป็นกระบวนการที่ใช้เวลานาน

ปรากฏว่า กระบวนการพิจารณาเพื่อทูลเกล้าการบังคับไม่ได้ยุ่งยากน้อยกว่ากระบวนการพิจารณาปกติ เช่น การพิจารณาทูลเกล้าการบังคับต้องทำโดยองค์คณะเหมือนกระบวนการพิจารณาปกติ ดังนั้น ในคดีที่มีความสำคัญ ศาลมักจะมุ่งเร่งตัดสินใจคดีในกระบวนการพิจารณาปกติให้รวดเร็ว มากกว่าจะวินิจฉัยเพื่อกำหนดการทูลเกล้าการบังคับ

ข) ศาลปกครองสงวนท่าทีมากเกินไป

อุปสรรคแรกที่ทำให้ศาลปกครองไม่กำหนดมาตรการทูลเกล้าการบังคับให้ เกิดจากหลักที่ว่า คำวินิจฉัยทางปกครองมีสภาพบังคับโดยทันที (*principe du caractère exécutoire des décisions administratives*) ดังนั้น การสั่งทูลเกล้าการบังคับเท่ากับทำลายหลักดังกล่าว ทำให้คำวินิจฉัยทางปกครองไม่ถูกบังคับใช้โดยที่ยังไม่มีการวินิจฉัยว่า คำวินิจฉัยทางปกครองนั้นชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การทูลเกล้าการบังคับจึงขัดกับหลักคำวินิจฉัยทางปกครองมีสภาพบังคับทันทีและการโต้แย้งคำวินิจฉัยดังกล่าวไม่มีผลเป็นการทูลเกล้าการบังคับ ซึ่งเป็นหลักที่สภาแห่งรัฐถือว่าเป็นหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายฝรั่งเศส

- โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลปกครองจะไม่สั่งทูลเกล้าการบังคับสำหรับคำวินิจฉัยทางปกครองที่ปฏิเสธการออกใบอนุญาต หรือปฏิเสธการให้ประโยชน์ (เช่น คำสั่งปฏิเสธไม่ให้ทุนการศึกษา หรือปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตก่อสร้าง) เพราะศาลปกครองเห็นว่า การทูลเกล้าการปฏิเสธเท่ากับเป็นการอนุญาตนั่นเอง ซึ่งการสั่งในลักษณะนี้เป็นการแทรกแซงอำนาจของฝ่ายปกครองมากเกินไป

- เงื่อนไขต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าศาลปกครองอาจสั่งทูลเกล้าการบังคับได้ ถูกศาลปกครองตีความอย่างจำกัด เงื่อนไขแรกคือ การบังคับตามคำวินิจฉัยทางปกครองจะก่อให้เกิดผลที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลังสำหรับผู้ฟ้องคดี (*des conséquences difficilement réparables*) ซึ่งศาลปกครองตีความว่า จะต้องเป็นผลที่ไม่อาจเยียวยาแก้ไขได้ (*conséquences irréversibles*) เช่น การเริ่มก่อสร้างตามใบอนุญาตก่อสร้างจะทำให้อุทยานทางธรรมชาติหรือทางประวัติศาสตร์เสียหาย นอกจากนี้ แนวบรรทัดฐานของศาลปกครองยังปฏิเสธการทูลเกล้าการบังคับในคดีที่ผู้ฟ้องคดีเพียงแต่เรียกร้องค่าเสียหายเป็น

จำนวนเงินเท่านั้น เพราะเห็นว่ากรณีดังกล่าวผู้ฟ้องคดีสามารถได้รับการเยียวยาในภายหลังได้เสมอด้วยการสั่งจ่ายเงินให้จำนวนหนึ่ง

- เงื่อนไขที่สองคือ คำฟ้องมีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่หนักแน่น (argument juridique sérieux) เพียงพอที่จะทำให้มีการเพิกถอนคำวินิจฉัยทางปกครอง แต่ในความเป็นจริง ศาลปกครองจะศึกษาเอกสารที่เกี่ยวข้องอย่างลึกซึ้ง และจะสั่งให้มีการทูลเกล้าการบังคับก็ต่อเมื่อมีข้อมูลที่หนักแน่นทำให้เชื่อได้ว่าคำวินิจฉัยทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จึงทำให้กระบวนการพิจารณาคดีโดยฉุกเฉินไม่ค่อยจะมีประโยชน์มากนัก เพราะการศึกษาข้อมูลจากเอกสารหลักฐานในกรณีฉุกเฉินกับกรณีธรรมดาแน่นลึกซึ้งพอกัน จึงปรากฏว่าคำวินิจฉัยของศาลในกรณีฉุกเฉินมักจะไม่ได้แตกต่างจากคำวินิจฉัยของศาลในการเพิกถอนคำวินิจฉัยทางปกครอง

- นอกจากนี้ แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏเงื่อนไขครบถ้วนที่ศาลจะสั่งทูลเกล้าการบังคับแล้ว แต่ศาลก็อาจปฏิเสธที่จะสั่งทูลเกล้าการบังคับได้ กล่าวคือ ในบางกรณี แม้จะปรากฏต่อศาลในชั้นทูลเกล้าการบังคับว่าคำวินิจฉัยทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจก่อให้เกิดผลที่ไม่อาจเยียวยาแก้ไขได้ในภายหลัง ศาลปกครองก็อาจไม่สั่งทูลเกล้าการบังคับตามคำวินิจฉัยทางปกครองนั้นได้ เมื่อปรากฏว่าการสั่งไม่ทูลเกล้าการบังคับมีเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ดี แม้จะอ้างเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่การปฏิเสธดังกล่าวของศาลก็เท่ากับการปฏิเสธไม่ให้ความยุติธรรมนั่นเอง (déni de justice)

ความล้มเหลวของกระบวนการทูลเกล้าการบังคับจึงเป็นปัญหาที่มีผลสำคัญมาจากปัญหาทางวัฒนธรรมหรือเป็นปัญหาทางจิตสำนึก (mentalité) ของศาลปกครองเอง จึงปรากฏว่าศาลจะไม่สั่งให้มีการทูลเกล้าการบังคับได้ง่าย ๆ หรือจะสั่งภายใต้เงื่อนไขที่เข้มงวด เพราะการสั่งทูลเกล้าการบังคับไม่สอดคล้องกับบทบาทของศาลปกครองที่อยู่ภายใต้หลักสำคัญหลักหนึ่ง คือ การไม่ก้าวร้าวเข้าไปในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ศาลจะไม่ทำตัวเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเสียเอง ดังนั้น ตามจารีตประเพณี ศาลปกครองจึงจำกัดบทบาทของตนเพียงแต่ทำหน้าที่เพิกถอนคำวินิจฉัยทางปกครองเท่านั้น โดยจะปฏิเสธการออกคำสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ (injonction) หรือออกคำสั่งใด ๆ ต่อฝ่ายปกครอง

เครื่องกีดขวางทางจิตใจ (blocage "psychologique") ของศาลดังกล่าวได้ถูกยกเลิกโดยกฎหมาย ปี ค.ศ. 1995 ซึ่งกำหนดให้อำนาจศาลปกครองในการสั่งการบังคับต่อฝ่ายปกครองให้ปฏิบัติตามคำพิพากษา (รายละเอียดจะกล่าวในหัวข้อเรื่องผลของ

คำพิพากษา)³ นอกจากนี้ การปรับปรุงกระบวนการพิจารณาคดีโดยฉุกเฉินในปี ค.ศ. 2000 ก็ได้แก้ไขปรับปรุงรากฐานของบทบาทของศาลปกครองฝรั่งเศสที่กล่าวข้างต้นด้วย

1.2 ผลสำเร็จของการปรับปรุงพัฒนาระบบมาตรการก่อนการพิพากษา

ความสำเร็จในการปรับปรุงพัฒนาระบบมาตรการก่อนการพิพากษา เป็นผลมาจากทั้งการปรับปรุงแก้ไขกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาที่สำคัญในเรื่องนี้ และการเปลี่ยนแปลงบทบาทของตุลาการศาลปกครองโดยเฉพาะในเรื่องการบังคับบัญชาตามลำดับชั้น เพื่อทำให้กระบวนการวิธีพิจารณาใหม่ดำเนินไปได้ภายใต้เงื่อนไขที่ดี

ก) กระบวนการวิธีพิจารณาที่ง่ายขึ้น

กระบวนการวิธีพิจารณาใหม่ของการตุลาการบังคับประกอบไปด้วย หลักเกณฑ์ใหม่ ๆ ที่สำคัญที่ถูกกำหนดขึ้นโดยเน้นที่ความมีประสิทธิภาพ

- ให้คำสั่งตุลาการบังคับทำโดยตุลาการนายเดี่ยว (juge unique) เรียกว่า “ตุลาการผู้กำหนดมาตรการก่อนการพิพากษา” (juge des référés) เพราะการพิจารณาและตัดสินโดยองค์คณะเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้กระบวนการนี้ล่าช้า การถกเถียงที่ไม่ลงตัวขององค์คณะทำให้ไม่สามารถมีคำวินิจฉัยโดยเร็ว แน่หนอนว่าตุลาการนายเดี่ยวให้หลักประกันได้น้อย เพราะการตัดสินโดยคนคนเดียวอาจผิดพลาดได้ง่าย หลักการสำคัญในเรื่องนี้คือ แม้ตุลาการนายเดี่ยวอาจตัดสินคดีโดยผิดพลาด ซึ่งแน่นอนว่าไม่เป็นสิ่งพึงปรารถนา แต่คำตัดสินนั้นเป็นเพียงมาตรการชั่วคราว (mesure provisoire)

- ทำให้เงื่อนไขการรับคำร้องขอให้กำหนดมาตรการก่อนการพิพากษา ยืดหยุ่นมากขึ้น กล่าวคือ ศาลไม่ควรเสียเวลาในการพิจารณาหลักเกณฑ์เรื่องเขตอำนาจศาลว่า คำร้องนั้นศาลรับไว้พิจารณาได้หรือไม่ เช่น คำร้องอาจถูกส่งมาทางแฟกซ์ ไม่มีการลงนาม และแม้ไม่มีหนังสือมอบอำนาจให้ฟ้องคดีกรณีของผู้ฟ้องคดีที่เป็นบริษัท ศาลไม่ควรใช้เหตุผลนี้มาอ้างเพื่อไม่รับคำฟ้อง ศาลจะสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาได้ในกรณีที่เห็นชัดแจ้งเท่านั้น อนึ่ง ในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีมีกระบวนการวิธีพิจารณาเฉพาะอันหนึ่งคือ การแยกคำร้อง (หรือคำฟ้อง) (tri des recours) กล่าวคือ เมื่อปรากฏว่าคำร้องมีลักษณะปรากฏชัดว่าไม่อาจรับไว้พิจารณาได้หรือไม่เกิดขึ้นจริง คำร้องนั้นอาจถูกสั่งไม่รับโดยไม่ต้องมีการแสวงหาข้อเท็จจริงและการไต่สวน กฎเกณฑ์เดียวที่ต้องเคารพในเรื่องการรับคำร้อง คือ คำร้องขอให้กำหนดมาตรการก่อนการพิพากษาดำเนินมาพร้อมกับคำฟ้อง

³ โปรดดูรายละเอียดในบทความเรื่อง ผลของคำพิพากษา

- การแสวงหาข้อเท็จจริงที่รวดเร็วขึ้น การแสวงหาข้อเท็จจริงยังคงมีลักษณะให้โอกาสผู้เกี่ยวข้องโต้แย้งและเสนอพยานหลักฐาน (contradictoire) เพราะถือเป็นหลักสำคัญ แต่กระบวนการโต้แย้งคัดค้านแสดงพยานหลักฐานนั้นมุ่งเพื่อวินิจฉัยว่าเรื่องนั้นถูกเงินหรือไม่ (La contradiction est aménagée pour tenir compte de l'urgence) กล่าวคือ คำร้องของผู้ฟ้องคดีจะถูกส่งไปให้ฝ่ายปกครองเพื่อให้โอกาสเขาโต้แย้งคัดค้าน แต่ต้องกระทำภายในระยะเวลาอันสั้นมาก (เช่น 8 วัน) และคู่กรณีสามารถโต้แย้งคัดค้านด้วยวาจาในกระบวนการได้สวนได้

- การได้สวนเป็นแบบปฏิสัมพันธ์ (audience interactive) คือ ต้องจัดให้มีการได้สวนระหว่างตุลาการและคู่ความ แต่การได้สวนในกระบวนการพิจารณาคดีโดยคู่เงินจะแตกต่างอย่างสิ้นเชิงจากการได้สวนในกรณีปกติ ส่วนใหญ่จะมีรูปแบบที่ไม่เป็นทางการโดยอาจจัดให้มีขึ้นในห้องประชุมใดห้องประชุมหนึ่ง ตุลาการจะสนทนากับคู่กรณีอย่างไม่มีพิธีรีตอง อาจโดยการตั้งคำถาม ทั้งนี้ เพื่อให้เข้าใจเรื่องที่เป็นสาระสำคัญอย่างรวดเร็ว การได้สวนนี้จะมีผลในทางจิตวิทยาเป็นการเยียวยาความรู้สึกของคู่กรณี กล่าวคือ แม้ตุลาการจะไม่ได้ให้เหตุผลใด ๆ กับคู่กรณี แต่ราษฎรโดยทั่วไปมักพอใจที่ความเห็นของตนได้รับการรับฟัง

- คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการทุเลาการบังคับอาจถูกนำมาพิจารณาใหม่ได้เสมอ เพราะคำสั่งกำหนดมาตรการก่อนการพิพากษาเป็นคำวินิจฉัยชั่วคราว ดังนั้น ศาลจึงอาจแก้ไขคำสั่งนั้นได้ในภายหลังเมื่อคู่กรณีร้องขอ เช่น ศาลอาจสั่งยกคำร้องขอทุเลาการบังคับแล้ว ต่อมา อาจสั่งให้ทุเลาการบังคับก็ได้เมื่อผู้ร้องขอได้เสนอข้อมูลหนักแน่นขึ้น และศาลก็อาจกำหนดระยะเวลาของการใช้มาตรการชั่วคราวด้วยก็ได้ หรืออาจเรียกคู่กรณีเพื่อพิจารณาเรื่องใหม่ก็ได้

- การโต้แย้งคำสั่งทุเลาการบังคับต้องกระทำต่อศาลสูง กล่าวคือ ต้องฎีกาโดยตรงต่อสภาแห่งรัฐ ไม่ต้องผ่านศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ การควบคุมในศาลสูงก็จะมีลักษณะไม่ยุ่งยากเช่นเดียวกัน กล่าวคือ สภาแห่งรัฐจะพิจารณาเพียงแค่ว่าตุลาการผู้กำหนดมาตรการก่อนการพิพากษาไม่ได้ทำคำสั่งโดยผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรงในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย (เช่น ปรับใช้กฎหมายที่ไม่ได้ใช้บังคับแล้ว)

ข) การเปลี่ยนแปลงบทบาทของตุลาการศาลปกครอง

- การแต่งตั้งตุลาการผู้กำหนดมาตรการก่อนการพิพากษาจะแต่งตั้งจากตุลาการที่มีประสบการณ์สูง ในสภาแห่งรัฐ ตุลาการผู้กำหนดมาตรการก่อนการพิพากษาจะแต่งตั้งจากสมาชิกระดับสำคัญของฝ่ายคดี ในศาลปกครองชั้นต้น ตุลาการผู้กำหนดมาตรการ

ก่อนการพิพากษาจะแต่งตั้งจากบรรดาตุลาการหัวหน้าคณะหรือตุลาการที่ทำงานมาแล้วอย่างน้อยสองปี

- เมื่อต้องการให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในเรื่องนี้ สิ่งที่ได้ผลคือให้สภาแห่งรัฐในฐานะองค์กรสูงสุดมีบทบาทในเรื่องนี้ เพราะในระยะเริ่มต้นจำเป็นต้องกำหนดแนวทางที่ทำให้การพัฒนากฎหมายในเรื่องนี้ดำเนินไปภายใต้เงื่อนไขที่ดี โดยเฉพาะเพื่อฝ่าฟันอุปสรรคทางจิตสำนึกของตุลาการที่ได้กล่าวมาข้างต้น ซึ่งมีเพียงการบังคับบัญชาตามลำดับชั้น (hiérarchie) เท่านั้น ที่สามารถแก้ไขปัญหของตุลาการที่ตัดสินอย่างอนุรักษ์นิยม เช่น ในการพิจารณาคดีแรกหลังจากปรับปรุงระบบมาตรการก่อนการพิพากษา ได้จัดให้พิจารณาโดยที่ประชุมใหญ่ของสภาแห่งรัฐ และที่ประชุมใหญ่ได้กำหนดแนวทางที่ใช้ร่วมกันของศาลปกครอง โดยในการประชุมได้จัดให้อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นเข้าร่วมประชุมด้วย

- การจัดระบบการทำงานของตุลาการและตุลาการศาลเสียใหม่ การปรับปรุงกฎหมายในเรื่องนี้ได้มีการสร้างงานเพิ่มเติมและสร้างกระบวนการเร่งรัดการทำงานของเจ้าหน้าที่ให้ดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนด นอกจากนี้ ตุลาการผู้กำหนดมาตรการก่อนการพิพากษาและตุลาการศาลยังต้องเข้ามาทำงานแม้ในวันหยุดเสาร์อาทิตย์และวันหยุดราชการด้วย อย่างไรก็ตาม การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายไม่ได้กำหนดให้มีการจ้างงานเพิ่มด้วย

- ผลลัพธ์ที่ดีภายหลังการปรับปรุงกฎหมาย สภาแห่งรัฐพิจารณาคำขอกำหนดมาตรการก่อนการพิพากษาในแต่ละปีประมาณ 350 คำขอ ส่วนศาลปกครองชั้นต้นประมาณ 7,500 คำขอ ซึ่งถือว่ามียานวนมาก ระยะเวลาโดยเฉลี่ยของการพิจารณาวินิจฉัยคดีเหล่านี้ในสภาแห่งรัฐใช้เวลาโดยเฉลี่ยประมาณ 10 วัน ส่วนศาลปกครองชั้นต้นใช้เวลาโดยเฉลี่ยประมาณ 30 วัน ซึ่งระยะเวลาการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์กว่านี้ได้ขึ้นอยู่กับความเร่งด่วนของเรื่อง (เช่น บางเรื่องทำภายใน 36 ชั่วโมง)

2. มาตรการก่อนการพิพากษาระบบใหม่

2.1 มาตรการก่อนการพิพากษา-ห้ามการกระทำไว้ก่อน (référé-suspension)

มาตรการก่อนการพิพากษาลหลักคือ การห้ามการกระทำไว้ก่อน (référé-suspension) ซึ่งเข้ามาแทนที่การทุเลาการบังคับ (sursis à exécution) ได้มีการแก้ไขเงื่อนไขเกี่ยวกับการสั่งห้ามการกระทำไว้ก่อน เพื่อให้การกำหนดมาตรการของศาลเป็นไปได้

ง่ายขึ้นจากการปรับใช้เงื่อนไขใหม่นี้ ในทางปฏิบัติ จะแสดงให้เห็นว่ากระบวนการกำหนดมาตรการชั่วคราวของศาลมีความยุ่งยากน้อยลง

- เงื่อนไขแรกคือจะต้องมีความเร่งด่วนฉุกเฉิน (urgence)

การกำหนดมาตรการก่อนการพิพากษาไม่ใช่กรณีการพิจารณาคดีแบบปกติ ดังนั้น ผู้ร้องขอต้องแสดงให้เห็นว่ามีความจำเป็นต้องได้รับการวินิจฉัยอย่างเร่งด่วนอย่างไร แต่เงื่อนไขนี้จะถูกนำมาปรับใช้อย่างยืดหยุ่นมากกว่าเดิมและให้มีความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติมากขึ้น ตามแนวบรรทัดฐานของศาลชี้ว่า จะครบเงื่อนไขเมื่อผู้ร้องขอพิสูจน์ให้เห็นได้ว่า คำวินิจฉัยทางปกครองที่ถูกโต้แย้งจะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงโดยทันที ต่อประโยชน์หรือสถานะของผู้ร้องหรือต่อประโยชน์สาธารณะที่ผู้ร้องต้องการพิทักษ์ซึ่งประโยชน์ในที่นี้อาจเป็นประโยชน์ในทางการเงินก็ได้ หากผู้ร้องสามารถแสดงให้เห็นได้ว่า ความเสียหายต่อประโยชน์ทางการเงินดังกล่าวส่งผลให้เกิดความยุ่งยากหรืออุปสรรคที่เป็นรูปธรรมแก่ผู้ร้อง เช่น การสูญเสียรายได้ การทำให้อยู่ในสภาพสิ้นเนื้อประดาตัว ฯลฯ

ในบางคดี อาจให้มีข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่า “เร่งด่วน” เมื่อคำวินิจฉัยทางปกครองที่ถูกโต้แย้งเป็นใบอนุญาตก่อสร้างหรือคำสั่งเนรเทศบุคคลออกนอกประเทศ อย่างไรก็ตามก็ดี ศาลปกครองจะเปรียบเทียบความเร่งด่วนของผู้ร้องกับความเร่งด่วนของฝ่ายปกครองด้วย บางครั้งความเร่งด่วนของฝ่ายปกครองก็อาจจะมีมากกว่า เช่น ในคดีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดซื้อที่ดินเพื่อสร้างโรงกำจัดขยะซึ่งต้องทำอย่างเร่งด่วน หรือกรณีของคำสั่งเนรเทศบุคคลออกนอกประเทศ เมื่อฝ่ายปกครองแสดงให้เห็นได้ว่าบุคคลนั้นเป็นบุคคลอันตรายต่อความปลอดภัยสาธารณะ

- เงื่อนไขที่สองคือ เมื่อมีข้อสงสัยเป็นอย่างมาก (doute sérieux) ว่าคำวินิจฉัยทางปกครองนั้นมีแนวโน้มจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำว่า “ข้อสงสัย” นั้นสำคัญเพราะชี้ให้เห็นว่า ศาลปกครองสั่งการภายหลังการพิจารณาเรื่องอย่างรวดเร็วโดยยังมีข้อสงสัยอยู่ สิ่งเหล่านี้ทำให้เกิดท่าทีใหม่ของศาล ซึ่งเดิมจะสั่งการเมื่อปราศจากข้อสงสัย มาเป็นแนวคิดใหม่ที่สามารถวินิจฉัยได้แม้ยังมีข้อสงสัย ซึ่งคำสั่งศาลทั้งที่ยังมีข้อสงสัยอยู่ทำได้ง่ายขึ้น เมื่อเป็นการวินิจฉัยโดยตุลาการนายเดี่ยวและเมื่อการให้เหตุผลในคำสั่งศาลทำในลักษณะง่าย ๆ เช่น ศาลไม่ต้องอธิบายว่าเพราะเหตุใดศาลจึงเห็นว่าการมีข้อสงสัยเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำวินิจฉัยทางปกครอง โดยในการกำหนดมาตรการก่อนการพิพากษา ศาลเพียงแต่ชี้ว่าข้อมูลใดที่ทำให้ศาลเกิดข้อสงสัยเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำวินิจฉัยทางปกครองโดยไม่ต้องอธิบายว่าเพราะเหตุใด

- มาตรการที่ศาลมีอำนาจกำหนดมีความหลากหลายมากขึ้น แน่นอนว่าศาลสามารถสั่งให้ทุเลาการบังคับตามคำวินิจฉัยทางปกครองได้ แต่เพียงสำหรับระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น นอกจากนี้ ศาลสามารถแทรกแซงในกรณีคำวินิจฉัยทางปกครองที่เป็นการปฏิเสธด้วยดังที่ได้กล่าวมาแล้ว กล่าวคือ ศาลไม่อาจสั่งให้ประโยชน์หรืออนุญาตในสิ่งที่ขอได้ แต่สามารถกำหนดมาตรการชั่วคราวได้ เช่น บังคับฝ่ายปกครองให้พิจารณาคำขอใหม่ หรืออนุมัติใบอนุญาตให้เป็นการชั่วคราว เป็นต้น

2.2 มาตรการก่อนการพิพากษา-เสรีภาพ (référé-liberté)

มาตรการก่อนการพิพากษาใหม่เป็นการเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ของระบบกฎหมายในเรื่องนี้ แต่ยังคงถือว่าเป็นมาตรการยกเว้นอยู่ กระบวนวิธีพิจารณานี้ทำให้ศาลปกครองสามารถออกคำสั่งกำหนดมาตรการทุกอย่างที่จำเป็น เพื่อพิทักษ์เสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนที่อาจถูกริดรอนโดยฝ่ายปกครอง

เงื่อนไขของการใช้กระบวนวิธีพิจารณานี้ มีดังนี้

- ต้องมีความเร่งด่วนอย่างยิ่ง

ผู้ร้องต้องแสดงให้เห็นว่า เขาจำเป็นต้องได้รับการปกป้องโดยศาลในทันที ซึ่งศาลต้องออกคำสั่งโดยรวดเร็ว (กฎหมายกำหนดไว้ให้วินิจฉัยภายใน 48 ชั่วโมง)

- เสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนกำลังถูกกระทบ

ข้อความคิดนี้อ้างอิงไปถึงหลักรัฐธรรมนูญและหลักที่ได้รับการรับรองคุ้มครองโดยคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง เช่น เสรีภาพในการเดินทาง เมื่อมีการปฏิเสธออกหนังสือเดินทาง หรือสิทธิการลี้ภัยเมื่อมีการปฏิเสธรับบุคคลผู้ลี้ภัยเข้าประเทศ หรือสิทธิในครอบครัวเมื่อมีการเนรเทศชาวต่างประเทศซึ่งบุตรของเขาเป็นชาวฝรั่งเศส

- ฝ่ายปกครองลิดรอนเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างรุนแรงและเห็นได้ชัดแจ้งว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2.3 มาตรการก่อนการพิพากษาอื่น ๆ

นอกจากมาตรการก่อนการพิพากษาที่กล่าวมาแล้ว ยังมีมาตรการก่อนการพิพากษาอื่นที่มีมาตั้งแต่ก่อนการปรับปรุงกฎหมายและไม่ได้ถูกยกเลิกเพราะมาตรการเหล่านี้มีประสิทธิภาพมาก อย่างไรก็ดี กระบวนการเหล่านี้ทำให้เกิดความซับซ้อนยุ่งยากบางอย่างในกระบวนวิธีพิจารณา มาตรการเหล่านี้ได้แก่

- มาตรการก่อนการพิพากษากรณีสั่งห้ามการกระทำต่อไป (référé conservatoire)

กระบวนการนี้ให้อำนาจศาลปกครองในการกำหนดมาตรการที่จำเป็นเพื่อรักษาสถานะบางอย่าง เช่น การห้ามก่อสร้าง หรือการขับไล่ผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์สาธารณะโดยไม่ชอบ

- มาตรการให้สืบพยานไว้ก่อนการพิพากษา (référé constat)

ศาลปกครองสามารถออกคำสั่งให้ผู้เชี่ยวชาญเข้าสืบพยานข้อเท็จจริงหรือสถานะบางอย่างซึ่งส่งผลทางกฎหมาย เพื่อทำความเห็นเสนอต่อศาล (procès-verbal)

- มาตรการให้วางเงินเป็นหลักประกันก่อนการพิพากษา (référé provision)

เป็นกรณีเกี่ยวกับการสั่งให้คู่กรณีจ่ายเงินก่อนหนึ่งเป็นการชั่วคราวแก่บุคคลที่น่าคดีมาฟ้องศาลเพื่อขอให้จ่ายค่าสินไหมทดแทน ในกรณีนี้ศาลปกครองจะสั่งได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่าหนี้นั้นมีอยู่ก่อนข้างแน่นอน และบุคคลนั้นสามารถแสดงให้ศาลเห็นว่าตนมีหลักประกันเพียงพอที่จะจ่ายเงินก่อนนั้นคืนในภายหลัง หากในที่สุดศาลพิพากษาให้ตนแพ้คดี

- มาตรการก่อนการพิพากษาทางภาษี (référé fiscal)

กระบวนการนี้ทำให้ผู้เสียภาษีซึ่งถูกเรียกภาษีย้อนหลังจากฝ่ายปกครองสามารถร้องขอให้ตนไม่ต้องจ่ายเงินภาษีก่อนที่ศาลจะพิพากษาว่า คำสั่งเรียกภาษีย้อนหลังนั้นชอบด้วยกฎหมาย

- มาตรการก่อนการพิพากษาในกระบวนการทำสัญญา (référé précontractuel)

มาตรการนี้มีความสำคัญมากสำหรับการทำให้ฝ่ายปกครองต้องเคารพต่อหลักการแข่งขันอย่างเท่าเทียมกันของผู้เสนอราคาในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง เมื่อบริษัทแห่งหนึ่งเห็นว่า ฝ่ายปกครองไม่เคารพกฎเกณฑ์ของกระบวนการสอบราคา (appel d' offres) ที่มุ่งให้มีการแข่งขันอย่างเท่าเทียมกัน บริษัทสามารถฟ้องศาลก่อนที่คู่สัญญาจะลงนามในสัญญา ดังนั้น มาตรการนี้จึงสามารถขัดขวางมิให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้น

กล่าวโดยสรุป การปรับปรุงพัฒนาระบบมาตรการก่อนการพิพากษา ได้เปลี่ยนแปลงจิตสำนึกในส่วนลึกของตุลาการศาลปกครองฝรั่งเศส ตุลาการได้เรียนรู้ที่จะ ตกเถียงด้วยวาจาจากกับคู่กรณี ศาลต้องคำนึงถึงประสิทธิภาพและผลอย่างเป็นรูปธรรมของ คำวินิจฉัยของตนมากขึ้น และอำนาจศาลต่อฝ่ายปกครองมิได้จำกัดเฉพาะการสั่งเพิกถอน คำวินิจฉัยทางปกครองเท่านั้น แต่สามารถกำหนดมาตรการอื่นได้ แนวโน้มใหม่นี้จะปรากฏ อยู่ในคำพิพากษาใหม่ ๆ ของศาลที่มีลักษณะทันสมัยมากขึ้น ซึ่งผู้บรรยายจะนำเสนอในหัวข้อ การบังคับตามคำพิพากษาต่อไป

การปฏิรูปวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา^{*}

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ฌ็อง-โกลด์ เวเนเซีย^{**}

(Jean-Claude Venézia)

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองได้เกิดขึ้นแล้วก็ยังมีการพัฒนามาเป็นระยะเวลายาวนานในประเทศฝรั่งเศส และสิ่งที่ทำให้การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองเจริญก้าวหน้าไป คือ การฟ้องคดีขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง แต่การฟ้องคดีขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นมีข้อบกพร่องอย่างน้อย 2 ประการ ประการแรก เป็นเพราะฝ่ายปกครองเป็นอิสระไม่ขึ้นอยู่กับตุลาการ ไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของตุลาการศาลปกครอง ซึ่งก็เป็นเรื่องปกติ นี่เป็นข้อบกพร่องประการแรก ซึ่งเป็นไปในทางหลักการ

ความเป็นอิสระซึ่งกันและกัน คือ ความไม่เกี่ยวโยงกันระหว่างศาลกับฝ่ายปกครองนั้น ทำให้มีผลตามมา คือ การห้ามไม่ให้ศาลปกครองพิพากษาไปในเชิงออกคำสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างนั้นอย่างนี้ เพราะถือว่าเป็นการกระทำในฐานะผู้บังคับบัญชากระทำไม่ได้ในระบบของศาลปกครอง ความเป็นอิสระดังกล่าวนำมาซึ่งข้ออ้างดังกล่าว ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดปัญหาว่า ถ้าฝ่ายปกครองไม่ยอมปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล คำสั่งของศาลอาจจะมีสภาพเป็นสิ่งที่ไร้ผลพยานันเอง ไม่สามารถปฏิบัติได้จริง มีตัวอย่างคดีที่มีชื่อเสียงในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 คือ คดี “Fabrègue” ในคดีดังกล่าว ข้อเท็จจริงปรากฏว่า มีนายกเทศมนตรีของเมืองเล็ก ๆ ได้สั่งพักราชการพนักงานตรวจป่า ถึง 10 ครั้ง ศาลพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว แต่นายกเทศมนตรีไม่ยอมปฏิบัติตามคำพิพากษา สั่งพักราชการอีก ต้องมีการฟ้องคดีซ้ำแล้วซ้ำอีก

ประการที่สอง คือ ความล่าช้าในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล ตั้งแต่การตรวจคำฟ้องจนถึงคำพิพากษา ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องใช้เวลาในแต่ละคดี บางคดีก็ใช้เวลาหลาย ๆ ปีก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาในประเด็นแต่ละคดีได้

จุดอ่อนในข้อบกพร่องทั้งหลายทั้งปวงที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะประการแรก คือ การเป็นอิสระระหว่างกันของฝ่ายปกครองกับของตุลาการ ที่ไม่สามารถสั่งให้ฝ่ายปกครองทำอย่างนั้นอย่างนี้ได้ และอีกประการหนึ่ง คือ เอกสิทธิ์หรือลักษณะพิเศษของหลักที่ว่าคำสั่ง

^{*} เรียบเรียงจากการบรรยายพิเศษ ณ สำนักงานศาลปกครอง เมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน 2545 พิมพ์ครั้งแรกในวารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 3 ฉบับที่ 1 (ม.ค. – เม.ย. 2546)

^{**} อดีตอาจารย์ประจำมหาวิทยาลัยปารีส 2 ประเทศฝรั่งเศส

ของฝ่ายปกครองย่อมมีผล "สมบูรณ์" จนกว่าศาลจะพิพากษาว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายและเพิกถอนเสียโดยเห็นว่ามีชอบด้วยกฎหมาย อันนี้เป็นเรื่องที่เป็นปัญหาอยู่ เพราะเมื่อฝ่ายปกครองเป็นอิสระ และคำสั่งที่มาฟ้องต่อศาลมีผลบังคับอยู่ต่อไป ก็สร้างปัญหาให้กับประชาชนเป็นจำนวนมาก ข้อบกพร่องอันนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์โดยนักวิชาการที่มีชื่อเสียงมาก คือ ศาสตราจารย์ ฌ็อง ริเวโร (Jean RIVERO)

ข้อบกพร่องประการแรกมาจากความเป็นอิสระต่อกันระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายตุลาการ มีหลักความเป็นอิสระจนถึงปี ค.ศ. 1995 หลักที่ว่าศาลปกครองไม่อาจจะออกคำสั่งใด ๆ ให้ฝ่ายปกครองดำเนินการได้ยังคงมีอยู่จนถึงปี ค.ศ. 1995 ศาลปกครองไม่สามารถที่จะพิพากษาอย่างอื่นได้นอกจากเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง นอกจากนั้นแล้ว อาจจะพิพากษาอะไรที่เกี่ยวข้องกับศาลปกครองได้เฉพาะเรื่องการบังคับให้จ่ายเงิน คือ คดีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดทางสัญญาเท่านั้น แต่ไม่สามารถจะไปพิพากษาให้ฝ่ายปกครองกระทำการหรืองดเว้นกระทำการในเรื่องที่เป็นการละเลยต่อหน้าที่ ผลดังกล่าวนี้ทำให้ตลอดเวลาหลายปีที่ผ่านมา ศาลไม่อาจพิพากษาให้มีการกำหนดค่าปรับกับฝ่ายปกครองในกรณีที่ฝ่ายปกครองนั้นละเลยหรือล่าช้าในการปฏิบัติตามคำพิพากษา ไม่ว่าจะเป็นคำพิพากษาเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งหรือในเรื่องเกี่ยวกับการชำระเงิน ซึ่งศาลก็ยังไม่อาจจะพิพากษาคดีดังกล่าวได้ในช่วงเวลาในอดีตที่ผ่านมา หลักดังกล่าวนี้เป็นหลักที่ตรงข้ามกับระบบกฎหมาย Common law ของประเทศแองโกลแซกซอน ที่ในระบบนั้นศาลของเขาสามารถที่จะพิพากษาบังคับฝ่ายปกครองให้กระทำการใด ๆ ก็ได้ โดยถือเสมือนว่าฝ่ายปกครองเป็นบุคคลธรรมดาคนหนึ่ง ไม่มีเอกสิทธิ์อะไรพิเศษในฐานะเป็นฝ่ายปกครอง

แต่อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดก็ได้พยายามใช้วิธีการในทางอ้อมเพื่อที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าว เช่น มีหนังสือแนะนำหรือเชิญมาได้สวน และแนะนำว่าควรจะทำอย่างนั้นอย่างนี้ตามที่ศาลพิพากษา ก็ถือว่าเป็นการแก้ไขปัญหากันในเชิงบริหาร หรือในเชิงการเจรจาขอร้องกัน หรืออีกทางหนึ่งอาจจะมีการพิพากษาในเชิงให้ชำระเงินในการกำหนดค่าปรับได้เหมือนกัน เป็นบางเรื่อง

ที่กล่าวไปข้างต้นเป็นการแก้ไขโดยศาลปกครองสูงสุด อีกแนวทางหนึ่งในการแก้ไขเป็นวิธีปฏิบัติที่เป็นอยู่ในอดีตและปัจจุบัน คือ ที่เรียกว่า "การละเมิดกฎหมายอย่างแจ้งชัด" (Voie de fait) ซึ่งเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองได้กระทำการทางปกครองไปโดยละเมิดกฎหมายอย่างแจ้งชัด การละเมิดกฎหมายอย่างแจ้งชัดนั้นอาจจะไปกระทบสิทธิของบุคคลในเรื่องเกี่ยวกับเงิน ๆ ทอง ๆ หรืออาจจะกระทบสิทธิเสรีภาพซึ่งเป็นเรื่องเสรีภาพทางร่างกาย หลักกฎหมายของฝรั่งเศสในเรื่อง Voie de fait ก็จะมีผลให้การกระทำทางปกครองนั้น

กลับไปอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม และศาลยุติธรรมจะใช้อำนาจของตนเองในการพิพากษาอย่างเต็มที่ อาจจะรวมถึงการบังคับให้กระทำการในกรณีที่ฝ่ายปกครองละเลยในการกระทำการตามที่หรือบังคับให้ชำระเงินเมื่อมีการกระทำความเสียหายเกิดขึ้น

ความพยายามที่จะให้ฝ่ายศาลเข้ามาแก้ไขปรับปรุงหรือเพิ่มอำนาจของตัวเองในการที่จะบังคับฝ่ายปกครอง โดยการให้มีการกำหนดค่าปรับเพื่อให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล ได้มีความพยายามโดยการออกกฎหมาย ลงวันที่ 16 กรกฎาคม 1980 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎหมายลงวันที่ 30 กรกฎาคม 1987 แต่ก็เป็นการแก้ไขปัญหาหรือเป็นการเพิ่มมาตรการที่มีสภาพที่จำกัดอยู่ในขอบเขตเล็กๆ ซึ่งมาตรการในกฎหมายทั้ง 2 ฉบับนั้นได้ให้อำนาจแก่ศาลปกครองสูงสุดในอันที่จะพิพากษากำหนดค่าปรับหรือเงินที่กำหนดไว้เป็นค่าปรับ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่ยอมปฏิบัติตามที่กฎหมายบัญญัติเอาไว้ หรือไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล

อำนาจของศาลที่กฎหมายให้ไว้ในทางที่จะออกคำสั่งกำหนดค่าปรับใน 2 กรณีดังกล่าวถือเป็นส่วนหนึ่งของการขยายอำนาจของศาลปกครอง เป็นจุดเริ่มต้นของการขยายอำนาจของศาลปกครองออกไป วัตถุประสงค์ประการหนึ่ง คือ การที่จะทำให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลอย่างง่ายขึ้น หรืออย่างกว้างขวางยิ่งขึ้น เพื่อให้คำพิพากษาของศาลได้รับการปฏิบัติอย่างทั่วถึง อย่างไรก็ตาม ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาจากที่กฎหมายดังกล่าวใช้บังคับ ปรากฏว่าศาลปกครองสูงสุดใช้อำนาจดังกล่าวนี้น้อยมากหรือแทบจะนับครั้งได้

ต่อมากฎหมายลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 1995 ได้ขยายขอบเขตบังคับใช้ออกไป โดยให้อำนาจกับศาลปกครองชั้นต้นกับศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ในการที่จะพิพากษากำหนดจำนวนเงินค่าปรับสำหรับกรณีที่ไม่มีกรปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นหรือคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์นั้น แต่ในส่วนของการที่จะบังคับให้มีการจ่ายเงินตามคำพิพากษาของศาลในกรณีที่ศาลพิพากษาให้จ่ายเงินให้แก่บุคคลใด ๆ อันเนื่องมาจากการกระทำความผิดของส่วนราชการ โดยเฉพาะในมาตรการนี้ใช้สำหรับกรณีที่เป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่นเท่านั้น กฎหมายได้เขียนมาตรการไว้โดยเฉพาะว่า ให้ศาลสามารถพิพากษากำหนดเป็นส่วนหนึ่งของงบประมาณรายจ่ายประจำปีของราชการส่วนท้องถิ่นนั้นได้ คือ คำสั่งของศาลสามารถกำหนดว่าในปีงบประมาณนั้น ๆ ให้กำหนดจำนวนหนี้ที่ศาลพิพากษาเป็นส่วนหนึ่งของงบประมาณรายจ่าย เพื่อที่จะให้การจ่ายเงินชำระหนี้ให้เอกชนที่เสียหายเฉพาะศาลนั้นเป็นไปได้ ซึ่งก็เป็นวิธีการแก้ปัญหาที่ออกมาใช้โดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 16 กรกฎาคม 1980 ซึ่งเป็นการแก้ปัญหาในส่วนของเงิน เป็นการแก้ปัญหาไปถึงขั้นพื้นฐาน

เลยทีเดียว คือ บังคับให้ส่วนราชการจะต้องจ่ายเงิน หรือต้องมีคำสั่งให้จ่ายเงินให้กับเจ้าหน้าที่ที่เกิดขึ้นจากคำสั่งศาลที่ถึงที่สุดแล้วภายใน 2 เดือน มีผลถือเป็นคำสั่งทางหนึ่งโดยอัตโนมัติ

ในส่วนที่เป็นราชการส่วนกลาง กฎหมายบังคับไว้ว่าถ้าเจ้าหน้าที่เสนอคำพิพากษาของศาลที่ชัดเจนให้มีการจ่ายเงิน ฝ่ายการเงินมีหน้าที่ต้องจ่ายเงินตามคำพิพากษาดังกล่าวภายใน 2 เดือน แต่ที่ไม่ใช่เป็นส่วนกลาง แต่เป็นราชการส่วนท้องถิ่น เช่น องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล หรือเทศบาล รวมทั้งบรรดาองค์การมหาชนต่าง ๆ ผู้ที่มีอำนาจกำกับดูแลมีหน้าที่ที่จะดำเนินการสั่งให้มีการจ่ายเงินภายในเวลาตามที่กฎหมายกำหนด มีอำนาจโดยอัตโนมัติ

หลักที่เรารวบกันดีในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสหลักหนึ่งซึ่งได้กล่าวมาแล้วในตอนต้น คือ หลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ที่ถือว่าคำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองออกมานั้น ชอบด้วยกฎหมายเสมอจนถึงวันที่ศาลปกครองพิพากษาให้เพิกถอน ฉะนั้นการฟ้องคดีทั้งหลายไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าวที่ถูกฟ้อง หลักเรื่องเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองดังกล่าวทำให้เราว่าคำสั่งทางปกครองทุกอันถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าชอบด้วยกฎหมาย หลักดังกล่าวมีผลร้ายอย่างรุนแรงกับฝ่ายประชาชนเป็นอันมาก

หลักที่เรียกว่าเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ที่ถือว่าคำสั่งต้องชอบด้วยกฎหมายเสมอ บางครั้งก็มีผลเสียหายอย่างร้ายแรงกับฝ่ายเอกชนอย่างที่เราได้กล่าวแล้ว แต่หลักดังกล่าวนี้คงอยู่จนถึงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2000 จึงมีการออกกฎหมายมาเพื่อจะก่อตั้งระบบหนึ่งขึ้นมา และระบบนี้มีวิธีปฏิบัติหรือมีหลักปฏิบัติอยู่ 2 ประการ คือ หลักประการแรก ลดความเคร่งครัดของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองนั้น คือ หลักให้อำนาจศาลในการที่จะออกคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ถูกฟ้อง

หลักประการแรกที่เป็นเรื่องการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ศาลปกครองได้นำมาใช้ ก็มีหลักคล้าย ๆ ของไทย คือ มีองค์ประกอบอยู่อย่างน้อย 2 ประการในการที่จะให้ศาลสามารถที่จะออกคำสั่งทุเลาการบังคับทางปกครอง โดยปกติคำสั่งนี้คงไม่ออกทุกวันและไม่ได้ออกง่าย ๆ ประการแรก จะต้องดูเสียก่อนว่าคำฟ้องนั้นมีสภาพที่หนักแน่นเพียงพอที่จะทำให้เห็นได้ว่านิติกรรมทางปกครองนั้นน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประการที่สอง ผู้ฟ้องคดีจะต้องแสดงพยานหลักฐานให้เห็น หรือทำให้ศาลเข้าใจได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นยากที่จะเยียวยาแก้ไขได้ในภายหลัง

นอกจากเรื่องการทุเลาการบังคับตามกฎหมาย หรือคำสั่งที่ศาลปกครองมีอำนาจในการใช้ตามหลักประการแรก แล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติยังพยายามที่จะลดความเคร่งครัดของหลัก

ความเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง โดยกฎหมายเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน ค.ศ. 1955 กำหนดให้อำนาจศาลในการสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวของฝ่ายบริหาร เป็นหลักประการที่สอง

องค์ประกอบหรืออำนาจที่ให้ไว้ในกฎหมายปี ค.ศ. 1955 นั้น จะเรียกว่าวิธีการชั่วคราวทางปกครอง แต่อำนาจของศาลจะน้อยกว่าวิธีการชั่วคราวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ดังนั้น วิธีการชั่วคราวทางปกครองจึงมีประสิทธิภาพน้อยกว่าวิธีการชั่วคราวทางแพ่งตามไปด้วย แต่อย่างไรก็ดี วิธีการชั่วคราวนี้ก็ทำให้อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นสามารถสั่งกำหนดมาตรการอันเป็นการคุ้มครองชั่วคราวไว้ได้ โดยไม่ทำความเสียหายกับคดีหลักและไม่เป็นอุปสรรคกับการปฏิบัติการตามคำสั่งทางปกครองนั้นต่อไป

วิธีการชั่วคราวทางปกครองมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับวิธีการชั่วคราวอีกอย่างหนึ่ง คือ การที่จะให้อำนาจศาลในการที่จะไปสืบพยาน หรือไปเก็บข้อมูล หรือพยานหลักฐานไว้เป็นการล่วงหน้าก่อนที่จะมีคดีเกิดขึ้น หรือในระหว่างที่มีคดี โดยเป็นเรื่องที่ศาลต้องดำเนินการเก็บหลักฐานโดยเร่งด่วน อำนาจศาลในการที่จะไปเก็บพยานหลักฐานโดยเร่งด่วนนั้นเป็นวิธีการหนึ่งที่จะให้ศาลแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญไปเก็บ หรือไปสำรวจข้อเท็จจริงที่จะเป็นพยานหลักฐาน แม้ว่าเรื่องนั้นจะยังไม่เป็นคดียังศาลปกครอง วิธีการชั่วคราวนี้ได้รับการปรับปรุงขึ้นในปี ค.ศ. 1988 และมาตรการดังกล่าวทั้งหมดที่ได้มีการพยายามแก้ไขกันมา ถูกนำมาปรับปรุงและรวบรวมใหม่โดยกฎหมาย ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2000

กฎหมายปี ค.ศ. 2000 ได้ให้คำนิยามทั่วไปของตุลาการผู้ทำหน้าที่กำหนดวิธีการชั่วคราว (juge de référé) ว่า ประการแรก ตุลาการผู้กำหนดวิธีการชั่วคราวมีอำนาจในการกำหนดมาตรการเป็นการชั่วคราวก่อนศาลพิพากษา ประการที่สอง คือ ตุลาการนั้นจะต้องไม่ใช่ตุลาการเจ้าของสำนวน ประการที่สาม คือ ตุลาการนั้นจะต้องออกคำสั่งมาตรการชั่วคราวโดยเร็ว

นิยามหรือความหมายทั่วไปของตุลาการผู้กำหนดวิธีการชั่วคราวที่กฎหมายกำหนดไว้ดังกล่าว ได้แยกการออกมาตรการชั่วคราวกรณีฉุกเฉินไว้ 3 วิธีการ

(ก) วิธีการชั่วคราวประการแรก เกิดขึ้นในกรณีที่มีการฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครองใดคำสั่งทางปกครองหนึ่ง รวมทั้งคำสั่งทางปกครองในเชิงปฏิเสธด้วย ตุลาการผู้กำหนดวิธีการชั่วคราวอาจออกคำสั่งให้ระงับการบังคับตามคำสั่งทางปกครองหรือระงับผลของคำสั่งทางปกครองนั้นไว้ก่อนได้ ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขสองประการ เงื่อนไขประการแรก เรื่องนั้นจะต้องมีความจำเป็นเร่งด่วน และประการที่สอง คำสั่งทางปกครองนั้นมีลักษณะที่น่าสงสัยว่าอาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

วิธีการชั่วคราวลักษณะแรกนี้ ในประเทศฝรั่งเศสจะรู้จักกันในนามของการระงับการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้เป็นการชั่วคราว (“référé suspension”)

(ข) วิธีการชั่วคราวประการที่สอง ที่ศาลสามารถออกคำสั่งได้ เราเรียกว่ามาตรการชั่วคราวเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน (“référé de liberté”) ซึ่งจะมีองค์ประกอบ 2 ประการ ประการแรก ต้องเป็นการขอวิธีการชั่วคราวในเรื่องที่กระทบกระเทือนกับเสรีภาพของผู้ฟ้องคดี ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพทั้งร่างกาย ทรัพย์สิน ประการที่สอง จะต้องแสดงให้เห็นถึงความเร่งด่วนในการที่จะให้ศาลออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวนั้น

อำนาจศาลในการออกคำสั่งนั้น กฎหมายให้อำนาจอย่างกว้างแก่ศาลในอันที่จะออกคำสั่งใด ๆ ก็ได้ที่มีความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ฟ้องคดี การขอคุ้มครองชั่วคราวในเรื่องเกี่ยวเสรีภาพ เสรีภาพนั้นก็ต้องเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ส่วนราชการหรือเอกชน คือ นิติบุคคลมหาชน จะเรียกอย่างนั้นก็ได้ เสรีภาพนั้นต้องถูกละเมิดโดยนิติบุคคลมหาชน หรือไม่เช่นนั้นก็เป็นนิติบุคคลเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการแทนรัฐในเรื่องนั้นไปละเมิดสิทธิของประชาชนขั้นพื้นฐาน และการละเมิดนั้นเป็นการละเมิดโดยที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ เป็นการละเมิดโดยกฎหมายอย่างร้ายแรง (Voie de fait) ในกรณีของการขอคุ้มครองชั่วคราวในเรื่องเกี่ยวกับเสรีภาพนั้น กฎหมายบังคับไว้เป็นพิเศษว่าศาลปกครองจะต้องออกคำสั่งตามที่ขอนั้นภายใน 48 ชั่วโมง ไม่ว่าจะสั่งให้หรือสั่งปฏิเสธก็ตาม

(ค) วิธีการชั่วคราวประการที่สาม เป็นประเภทที่อาจจะเรียกว่าเป็นประเภททั่วไปก็ได้ ด้วยคำขอของผู้ที่เกี่ยวข้อง ผู้ที่มีส่วนได้เสียสามารถที่จะยื่นคำขอให้ศาลออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แม้ว่าเรื่องนั้นจะไม่มีคำสั่งทางปกครอง แต่การออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกรณีนี้จะต้องไม่ก่อให้เกิดปัญหาอุปสรรคในการปฏิบัติการของฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งนั้น วิธีการคุ้มครองประเภทที่สามนี้เป็นเรื่องที่กฎหมายให้อำนาจในการออกวิธีการชั่วคราวอย่างกว้างกว่าในทุกกรณี จะสังเกตว่ามาตรการชั่วคราวอันแรกเป็นเรื่องเกี่ยวกับการระงับตามผลของคำสั่งทางปกครอง อันที่สองเป็นเรื่องเกี่ยวกับเสรีภาพ อันที่สามจริง ๆ เป็นมาตรการชั่วคราวที่ให้อำนาจอย่างกว้างกว่า แต่มีข้อจำกัด 2 อัน คือ มาตรการชั่วคราวนั้นจะต้องไม่มีผลกระทบกับการปฏิบัติของฝ่ายปกครอง

มีข้อสังเกต 2 ประการ เกี่ยวกับวิธีการชั่วคราว ประการแรก การปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวเกิดขึ้นมาจากแรงผลักดันของประธานแผนกคดีปกครองของสภาแห่งรัฐฉบับปัจจุบัน ประการที่สอง เป็นเรื่องน่าแปลกที่วิธีการชั่วคราวที่เราพูดถึงเพิ่งนำมาใช้ในปี 2000 ทั้ง ๆ ที่ศาลยุติธรรมมีใช้มานานแล้ว หรืออำนาจในการกำหนดวิธีการชั่วคราว

อย่างกว้างขวางมีมานานแล้วในระบบของศาลแพ่งหรือศาลยุติธรรม แต่เป็นเรื่องที่น่าประหลาดที่ศาลปกครองไม่ได้มีอำนาจนี้มาตั้งแต่เดิม จนเพิ่งจะมีอำนาจดังกล่าวนี้มา

การตอบข้อซักถามของผู้ฟังการบรรยาย

คำถาม การคุ้มครองชั่วคราวของฝรั่งเศสมีการคุ้มครองชั่วคราวเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ ซึ่งในประเทศไทยไม่มี ทั้งนี้ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ศาลจะมีคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาต ต้องสั่งภายใน 48 ชั่วโมง การสั่งภายใน 48 ชั่วโมง เวลามันสั้น อยากจะถามว่าวิธีการได้สวนหรือหาข้อมูลเพื่อมีคำสั่งภายใน 48 ชั่วโมง จะมีปัญหาหรือไม่ และใช้วิธีการเข้มงวดแค่ไหน

คำตอบ ทางปฏิบัติในแต่ละศาลหลังจากกฎหมายนี้ใช้บังคับ ได้มีการจัดให้มีห้องคล้าย ๆ ห้องได้สวนของศาลปกครองของไทย จะต้องปฏิบัติตามหลักที่จะต้องรับฟังคู่กรณีทุกฝ่ายและให้ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีโอกาสต่อสู้คดีเสียก่อน จึงจะมีคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ ฉะนั้น ภายใน 48 ชั่วโมง ศาลต้องดำเนินการ แต่อย่าลืมว่าหลักประการหนึ่งคือ เรื่องการคุ้มครองชั่วคราวเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพนี้ ผู้ที่มีอำนาจออกคำสั่งจะเป็นตุลาการที่กำหนดไว้โดยเฉพาะ ซึ่งโดยปกติ ถ้าเป็นศาลชั้นต้นจะเป็นอธิบดีหรือผู้ที่อธิบดีมอบหมาย ศาลอุทธรณ์ก็เช่นเดียวกัน และในศาลปกครองสูงสุดจะเป็นตุลาการซึ่งไม่ใช่ตุลาการเจ้าของสำนวน ฉะนั้น จะเป็นตุลาการที่มีหน้าที่เฉพาะ แต่ต้องรักษาหลักในการที่จะต้องให้ทุกฝ่ายได้มีโอกาสที่จะชี้แจง

คำถาม การสั่งให้เจ้าของบ้านรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างโดยผิดกฎหมาย แต่มีมูลเหตุจูงใจส่วนตัวว่าเจ้าของบ้านคนนี้ไม่ถูกกันกับเจ้าหน้าที่ เลยเลือกปฏิบัติโดยการสั่งให้รื้อบ้าน

คำตอบ โดยหลักแล้วการก่อสร้างอาคารโดยไม่มีใบอนุญาต เจ้าหน้าที่สามารถดำเนินการตามกฎหมายได้ ในฝรั่งเศสเรื่องการสั่งให้รื้อบ้านเป็นอำนาจของศาล แต่อย่างไรก็ตาม คงมาใช้กับตัวอย่างนี้ได้ คือ เจ้าหน้าที่ที่สามารถที่จะให้มีการดำเนินการทางศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่ง การใช้สิทธิหรือการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายเป็นเรื่องที่ไม่ทำให้เกิดการละเมิด หรือไม่เป็นการทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาได้ เพราะ นาย ก. สร้างบ้านโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม เจ้าของบ้านที่ถูกสั่งให้รื้อถอนก็ดี หรือการที่ถูกศาลสั่งให้รื้อถอนก็ดี สามารถเพียงขอคุ้มครองชั่วคราวจากศาลได้ โดยอ้างว่าจริง ๆ แล้วเขามีความเดือดร้อน เขายังไม่สามารถที่จะย้ายไปไหนได้ ขอให้ศาล

มีคำสั่งทุเลาการบังคับ โดยอย่าเพิ่งให้คำสั่งของเจ้าหน้าที่มีผล ขอให้ได้อยู่ต่อไป ขอให้ได้ดำเนินการแก้ไขหาทางออกทางอื่นก่อน ซึ่งศาลจะดูว่าพอที่จะอะลุ่มอล่วย ทุเลาการบังคับคำสั่งให้หรือถอนนี้ได้หรือไม่ วิธีการเป็นอย่างนั้น แต่การที่ไม่ถูกกันและเจ้าหน้าที่มาสั่งให้หรือเจ้าหน้าที่มีสิทธิที่จะทำ การที่คนอื่น เพื่อนบ้านที่ไม่ได้มีใบอนุญาตด้วยกันทั้งหมดก็มีหลายคน ที่ปลูกบ้านโดยไม่รับอนุญาต ทำไมเจ้าหน้าที่ไม่ไปทำ ข้ออ้างอย่างนี้คงนำมาใช้ไม่ได้ ให้ไปรื้อคนอื่นด้วยตัวเองถึงจะไปก็คงไม่ได้ และจะอ้างว่าเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจโดยมิชอบก็ไม่ได้ เช่นเดียวกัน

คำพิพากษา การอุทธรณ์ และการบังคับคดี

ผลของคำพิพากษา*

Mlle Célia VEROT**

ผู้พิพากษาศาลปกครองมีอำนาจบังคับเหนือฝ่ายปกครอง ผู้พิพากษาสามารถสั่งเพิกถอนคำสั่งที่ออกโดยฝ่ายปกครองได้ หรืออาจเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎ อันมีลำดับชั้นสูงสุดไปจนถึงรัฐกฤษฎีกา คำพิพากษาเพิกถอนการกระทำทางปกครองใช้บังคับแก่ฝ่ายปกครองโดยที่ฝ่ายปกครองไม่มีสิทธิปฏิเสธ ผู้พิพากษาเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจในขั้นที่สุด หรือที่เรียกว่าเป็น “คำตอบสุดท้าย” (le dernier mot) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตัดสินใจที่เป็นคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ลักษณะอันเป็นที่สุดของคำพิพากษานี้ เรียกกันในภาษาฝรั่งเศสว่า l'autorité de la chose jugée หรือ “คำพิพากษาเสร็จเด็ดขาด”

ในการใช้อำนาจของผู้พิพากษา โดยธรรมเนียมปฏิบัติแล้วมีข้อจำกัดอยู่ในตัวเอง ผู้พิพากษาจะไม่เข้าไปทำตนเสมือนเป็นฝ่ายปกครองเสียเอง ผู้พิพากษามีอำนาจแต่เพียงเพิกถอนหรือไม่เพิกถอนการกระทำที่ถูกโต้แย้งเท่านั้น แต่ผลของการเพิกถอน ฝ่ายปกครองต้องไปพิจารณาเอาเองว่าจะออกคำสั่งใหม่ให้ถูกต้องหรือไม่ ฝ่ายปกครองยังคงมีอิสระในการตัดสินใจ ดังนั้น ในเบื้องต้น จึงควรทำความเข้าใจในองค์ประกอบที่ก่อให้เกิดภาระผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามคำพิพากษา และความหมายของความเป็นที่สุดของคำพิพากษา (ก.)

และเพื่อให้อำนาจของผู้พิพากษาเป็นที่ยอมรับ จะต้องทำให้ฝ่ายปกครองเคารพและยึดถือปฏิบัติตามคำพิพากษาได้ ปัจจุบันจึงมีการให้อำนาจเพิ่มขึ้นแก่ผู้พิพากษาเพื่อใช้ในการแก้ปัญหาในการบังคับตามคำพิพากษา (ข.)

ก. ภาระผูกพันในการปฏิบัติตามคำพิพากษา

คำพิพากษามีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ

* แปลจากเอกสารประกอบการบรรยายของนางสาวเซลเลีย เวโร จากต้นฉบับภาษาฝรั่งเศส เรื่อง Les suites et effets du jugement ซึ่งใช้ประกอบการบรรยาย ณ สำนักงานศาลปกครอง เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2547 แปลและเรียบเรียงโดย ดร. ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์ พนักงานคดีปกครอง 6ว ศูนย์ศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ สำนักงานศาลปกครอง

** Maîtres des requêtes สภาแห่งรัฐฝรั่งเศส

- คำพิพากษามีลักษณะเป็น “คำพิพากษาเสร็จเด็ดขาด” (l'autorité de la chose jugée) หมายความว่า สิ่งที่กำหนดไว้ในคำพิพากษามีลักษณะเป็นหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตาม ตราบเท่าที่ยังมิได้ถูกกลับ แก้โดยการอุทธรณ์หรือฎีกา
- คำพิพากษามี “ค่าบังคับ” (la force exécutoire) หมายความว่า คำพิพากษามีค่าบังคับทันที แม้ขณะนั้นจะมีการยื่นอุทธรณ์หรือฎีกาก็ตาม แต่ก็มียุบยั้งที่การอุทธรณ์มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำพิพากษา ซึ่งเป็นกรณีที่พบได้น้อยมาก

คำพิพากษาจะเสร็จเด็ดขาดเป็นที่สุดตั้งแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาและอ่านหรือทำให้ปรากฏต่อสาธารณะ แต่จะมีผลบังคับก็ต่อเมื่อได้แจ้งคำพิพากษาแก่คู่ความแต่ละฝ่ายแล้ว เราจะไปดูรายละเอียดในความหมายของคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาด เพราะความเป็นที่สุดของคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดนี้จะมีผลสืบเนื่องไปถึงการดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาด้วย

1. คำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดมีความหมายว่าอย่างไร ?

คำว่าเสร็จเด็ดขาดหรือเป็นที่สุดนั้น หมายความว่า สิ่งที่ได้วินิจฉัยไปมีค่าบังคับ และเป็น “หน้าที่” (le droit) ที่จะต้องปฏิบัติตาม ถึงแม้คู่ความตั้งใจจะอุทธรณ์ฎีกาต่อไปก็ตาม

เราต้องเข้าใจด้วยว่า คำพิพากษามีได้มีลักษณะเสร็จเด็ดขาดหรือเป็นที่สุดไปเสียในทุกกรณี มีข้อยกเว้นอยู่บ้าง โดยเฉพาะคำพิพากษาในกรณีเร่งด่วนหรือฉุกเฉิน คำขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองซึ่งศาลพิพากษาให้ตามข้อขอเพราะมีข้อสงสัยในความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้นเหล่านั้น แต่การที่ศาลมีคำพิพากษาอนุญาตให้ตามมาตรการเหล่านี้ยังไม่ถือว่าเป็นคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาด เนื่องจากเป็นคำพิพากษาที่ออกให้บนพื้นฐานของข้อสงสัยเท่านั้น

นอกจากนี้ ถึงแม้คำพิพากษาหนึ่งๆ จะมีลักษณะเสร็จเด็ดขาด แต่ก็มิได้ถูกห้ามมิให้มีการแก้ไขเสียเลย เราอาจแก้ไขข้อผิดพลาดเล็กน้อยในเนื้อความ อาจแก้ไขวันที่ให้ถูกต้อง แก้ไขตัวเลข ชื่อบุคคล ซึ่งการแก้ไขมิได้เปลี่ยนแปลงสาระสำคัญหรือเปลี่ยนความหมายของคำพิพากษา อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจตรวจสอบคำพิพากษาและ

กระทำได้ภายใน 1 เดือนนับแต่วันมีคำพิพากษา แต่ถ้การแก้ไขนั้นเห็นได้ว่าจะมีผลไปเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของคำพิพากษา จำเป็นต้องจัดให้มีการอุทธรณ์คำพิพากษา

จำเป็นต้องเข้าใจไว้อีกประการหนึ่งว่า คำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดนี้ มิได้มีระดับความเคร่งครัดที่เท่าเทียมกันไปเสียทุกๆ คำพิพากษา

- คำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดที่ “ใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป” (*l'autorité absolue*) คำพิพากษาลักษณะนี้ได้แก่ คำพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองต่าง ๆ คำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดที่ใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป หมายความว่า สิ่งที่วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษานั้นใช้บังคับหรือใช้บังคับบุคคลทุกคน ไม่ว่าจะเป็นคู่ความหรือบุคคลภายนอก กรณีที่ศาลเพิกถอนกฎระเบียบต่าง ๆ กฎหรือระเบียบนั้นก็จะไม่มีค่าบังคับทางกฎหมายอีกต่อไป บุคคลทุกคนสามารถอ้างเอาประโยชน์จากการเพิกถอนกฎระเบียบนั้น ๆ ได้ (ด้วยเหตุนี้ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐที่เพิกถอนรัฐธรรมนูญที่ออกโดยนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี จึงต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา) และหลักเกณฑ์ข้อนี้ ก็นำไปใช้กับการเพิกถอนผลการเลือกตั้งด้วย
- คำพิพากษาให้ยกคำฟ้องเพิกถอนการกระทำทางปกครอง และคำพิพากษาในคดีที่ผู้ทรงสิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับความรับผิดชอบหรือเรียกค่าทดแทน คำพิพากษาเหล่านี้มีลักษณะเป็นคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดที่ “ใช้บังคับกับคู่ความในคดี” เท่านั้น (*l'autorité relative*) หมายความว่า จะมีค่าบังคับภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ คือ บังคับแก่คู่ความเดียวกัน ในคำขออย่างเดียวกัน และในข้อกฎหมายชนิดเดียวกัน

เพื่อให้เข้าใจได้ดีขึ้น ว่าคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดที่มีผลใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป กับคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดที่มีผลใช้บังคับกับคู่ความในคดีมีความแตกต่างกันอย่างไร พอจะมีตัวอย่างประกอบดังนี้

- ตัวอย่างผลของคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดที่ใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป เช่นกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนระเบียบฉบับหนึ่ง ขณะเดียวกัน ก็มีผู้ฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะราย ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามระเบียบฉบับนั้นด้วย ศาลก็จะอาศัยผลของของคำพิพากษาแรกที่เพิกถอน

ระเบียบ อันมีผลให้ต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะรายในคดีที่สองไปด้วย

- อีกตัวอย่างหนึ่ง ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งไล่ออกข้าราชการผู้หนึ่ง ข้าราชการผู้นั้นจึงมาฟ้องเรียกค่าเสียหายอันรวมถึงเงินเดือนที่ไม่ได้รับในระหว่างนั้น ศาลตัดสินให้ตามที่ขอ เพราะเห็นว่าคำสั่งไล่ออกที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือที่บกพร่องนี้ เป็นความผิดพลาดของฝ่ายปกครองที่ต้องรับผิดชอบ และความผิดดังกล่าวก่อให้เกิดสิทธิในการได้รับชดเชยค่าเสียหาย
- ส่วนตัวอย่างคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดที่ใช้ยันได้กับคู่ความในคดีเท่านั้น เช่น ศาลยกคำฟ้องที่ขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองอันหนึ่ง ซึ่งในคดีนั้นผู้ฟ้องกล่าวอ้างว่าเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งมิใช่บุคคลที่กฎหมายให้อำนาจออกคำสั่งเช่นนั้นได้ แต่ทางพิจารณามีได้เป็นอย่างของผู้ฟ้องกล่าวอ้าง ศาลจึงยกฟ้อง หลังจากนั้น มีผู้ฟ้องคดีรายอื่นยื่นฟ้องโต้แย้งคำสั่งเดียวกันกับในคดีแรก แต่ผู้ฟ้องรายหลังนี้กล่าวอ้างว่า คำสั่งดังกล่าวออกมาโดยมีเนื้อความขัดกับกฎหมายแม่บทอย่างชัดเจน ถ้าในทางพิจารณาได้ความจริงตามที่อ้าง ศาลมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ แม้ว่าการโต้แย้งคำสั่งเดียวกันนี้ในคดีแรกศาลได้ยกฟ้องไปก็ตาม อันที่จริงแล้ว คดีที่ฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ศาลจะพิจารณาข้อกฎหมายที่มีการหยิบยกขึ้นมากล่าวอ้างโดยคู่ความ ดังนั้นจึงมีความเป็นไปได้ที่คำสั่งเดียวกันอาจถูกโต้แย้งเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายในแง่มุมอื่น ๆ อีกก็ได้

สิ่งที่แสดงให้เห็นว่าเป็นคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดจะปรากฏอยู่ใน “คำสั่งท้ายคำพิพากษา” (le dispositif du jugement) ถ้าสังเกตในตอนท้ายของคำพิพากษาจะเห็นว่า มีคำสั่งแยกเป็นข้อ ๆ ไว้ (แต่ละข้อมักขึ้นต้นด้วยคำว่า “ให้เพิกถอนคำสั่ง...” หรือ “ให้ยกคำฟ้อง...” หรืออาจใช้คำว่า “ให้รัฐจ่ายเงินเป็นจำนวนเท่านั้นเท่านี้”) คำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดยังประกอบไปด้วยส่วนที่เป็น “การให้เหตุผลในคำพิพากษา” (les motifs du jugement) อันเป็นส่วนสำคัญที่ไปสนับสนุนคำสั่งท้ายคำพิพากษา กล่าวคือเป็นการให้เหตุผลในข้อกฎหมายอันแสดงให้เห็นลักษณะของการมีค่าบังคับในตัวของมันเอง อันเป็นลักษณะโดยรวมของคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดนั่นเอง การให้เหตุผลไว้ในคำพิพากษาจึงมีส่วนสำคัญที่จะสร้างความเข้าใจแก่ฝ่ายปกครอง ว่าตนควรปฏิบัติเช่นไรให้สอดคล้องกับคำพิพากษา

2. ฝ่ายปกครองจะปฏิบัติตามคำพิพากษาได้ด้วยวิธีใด ?

เมื่อมีคำพิพากษา ฝ่ายปกครองจำต้องทำให้เกิดเป็นผลตามคำพิพากษา ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติไปตามที่คำพิพากษากำหนดไว้ โดยต้องคำนึงถึงเหตุผลที่ศาลให้ไว้ในคำพิพากษาด้วย

ภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองอาจจะดูง่าย ถ้าเป็นเพียงคำพิพากษาให้ฝ่ายปกครองชดใช้เงินในคดีเกี่ยวกับความรับผิด คำพิพากษาจะระบุจำนวนเงิน และระบุตัวผู้รับประโยชน์ไว้ชัดเจน

ภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองอาจจะซับซ้อนมากขึ้น หากเป็นคำพิพากษาเพิกถอนการกระทำทางปกครอง ซึ่งโดยปกติ ศาลจะระบุในคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ๆ แต่การเพิกถอนดังกล่าวอาจมีผลโดยปริยายเกิดขึ้นหลาย ๆ ด้านที่มีได้กำหนดไว้ในคำพิพากษา

- การเพิกถอน “มีผลย้อนหลัง” (un effet rétroactif) ไปถึงวันที่ออกคำสั่ง คำสั่งที่ถูกเพิกถอนต้องถือว่าสูญสิ้นผลทางกฎหมายไปไม่ว่าจะเป็นผลในอดีตหรือในอนาคต กล่าวคือ ฝ่ายปกครองต้องทำให้ทุกอย่างกลับคืนสู่สถานะเดิม เสมือนไม่เคยมีคำสั่งนั้นอยู่เลย
- การเพิกถอนอาจนำมาซึ่งภาระหน้าที่แก่ฝ่ายปกครองที่จะต้องออกคำสั่งใหม่ มาทดแทนคำสั่งเดิม
- การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอันหนึ่ง อาจมีผลเป็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอื่นๆ

เราจะพิจารณาในรายละเอียดผลของการเพิกถอนทั้งสามประการที่กล่าวมาข้างต้น

1) ภาระหน้าที่ในการทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิม

ฝ่ายปกครองจะต้องทำให้กลับคืนสู่สถานภาพทางกฎหมายเดิม เสมือนว่าไม่เคยมีคำสั่งทางปกครองใดๆ อยู่เลย

หลักเกณฑ์ข้อนี้ มักมีที่ใช้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการบริหารบุคคลภาครัฐ อย่างเช่น กรณีที่ศาลเพิกถอนคำสั่งไล่ออกข้าราชการผู้หนึ่ง ก็ต้องถือเสมือนว่าข้าราชการผู้นั้นไม่เคยถูกออกจากราชการเลย ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติต่อเขาเสมือนว่าเขาได้ปฏิบัติราชการมาโดยต่อเนื่องตั้งแต่วันที่มิคำสั่งไล่ออกจนถึงวันที่ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งไล่ออก

ดังกล่าว ฝ่ายปกครองต้องให้คืนสถานภาพเดิมในทางอาชีพ คือ อาชีพรับราชการของเขา ระหว่างที่เขาถูกไล่ออกด้วย ซึ่งจะมีผลที่ว่า ในช่วงเวลาระหว่างที่ถูกไล่ออก หากเขายังคงปฏิบัติหน้าที่อยู่เขาอาจมีสิทธิได้รับแต่งตั้ง เลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่งใดๆ การกลับสู่สถานภาพเดิมในทางอาชีพจะต้องพิจารณาจากกฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะต้องเป็นกฎระเบียบที่บังคับใช้อยู่ในขณะนั้น ถึงแม้กฎระเบียบที่ว่า อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงในภายหลังก็ตาม

2) ภาระหน้าที่ในการออกคำสั่งใหม่มาทดแทนคำสั่งที่ถูกเพิกถอน

ฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่ในการออกคำสั่งใหม่มาทดแทนคำสั่งที่ถูกเพิกถอนไป ส่วนมากจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่สั่งตามคำร้องขอของเอกชน ตัวอย่างเช่น การเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้าง ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาออกใบอนุญาตให้ใหม่ นอกจากจะเป็นการร้องขอจากเอกชนแล้ว ฝ่ายปกครองก็อาจเป็นผู้ริเริ่มเองเพื่อเป็นการอุดช่องว่างทางกฎหมาย เช่น ในกรณีที่มีการเพิกถอนกฎระเบียบใดๆ ที่ให้กฎหมายแม่บทมีผลบังคับใช้ กรณีนี้ จำเป็นต้องรีบออกระเบียบตัวใหม่มาทดแทน เพื่อให้กฎหมายแม่บทมีผลบังคับใช้ได้ต่อไป

คำสั่งใหม่ที่ออกมาทดแทนคำสั่งที่ถูกเพิกถอน ต้องไม่มีผลย้อนหลัง เพราะว่ามีข้อห้ามมิให้ออกนิติกรรมทางปกครองไปมีผลย้อนหลัง คำสั่งที่ออกใหม่จะมีผลบังคับใช้ในอนาคต การออกคำสั่งจะต้องคำนึงถึงกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน และข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอยู่ในปัจจุบัน ตัวอย่างเช่น ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนมาตรการตำรวจทางปกครองอันหนึ่ง คือการประกาศห้ามเยาวชนออกนอกเคสสถานในยามวิกาล (couvre-feu) เพราะศาลเห็นว่าขณะนั้นสภาพการเกิดอาชญากรรม หรือความเสี่ยงในการเดินทางยามค่ำคินยังไม่รุนแรงพอที่จะประกาศห้าม จึงพิพากษาเพิกถอนประกาศดังกล่าว แต่หลังจากนั้นไม่นาน นายกรัฐมนตรีเห็นว่าควรประกาศห้ามเยาวชนออกนอกเคสสถานอีกครั้ง เนื่องจากขณะนี้สถานการณ์เปลี่ยนไป มีสถิติการก่ออาชญากรรมเพิ่มมากขึ้น ก็สามารถออกคำสั่งห้ามได้

หากดูที่เหตุผลท้ายคำพิพากษา ซึ่งจะเป็นตัวชี้แนะหรือเป็นแนวทางให้ฝ่ายปกครองใช้ในการตัดสินใจกระทำใด ๆ และมักจะให้กรอบในทางปฏิบัติอยู่ด้วย ตัวอย่างเช่น ถ้าคำสั่งหนึ่งถูกเพิกถอนไป เพราะเหตุว่าเป็นเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจออกคำสั่ง แต่คำสั่งอันเดียวกันนี้อาจทำให้สมบูรณ์ได้ใหม่โดยแก้ไขเรื่องผู้มีอำนาจออกคำสั่ง หรือในกรณีที่คำสั่งหนึ่งถูกเพิกถอนเนื่องจากบกพร่องในเรื่องขั้นตอนพิธีการ เช่น การไล่ข้าราชการออกจากราชการนั้นไม่ได้เปิดโอกาสให้เขาได้เข้าชี้แจงแสดงพยานหลักฐาน ฝ่ายปกครองก็สามารถออกคำสั่งใหม่และปฏิบัติให้ถูกต้องตามขั้นตอนพิธีการ (กล่าวคือสามารถมีคำสั่งไล่ออกได้ใหม่) หรืออีกตัวอย่างหนึ่ง ถ้าคำสั่งทางปกครองอันหนึ่งออกโดยมีมูลเหตุฉุกเฉินมิชอบหรือไม่ตรงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ฝ่ายปกครองก็สามารถออกคำสั่งได้ใหม่

โดยอ้างเหตุผลให้ตรงตามที่กฎหมายกำหนด แต่ที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ที่เกี่ยวกับการออกคำสั่งใหม่มาทดแทนคำสั่งเดิมต้องดูด้วยว่า ในคำพิพากษาเพิกถอนนั้นได้กำหนดสิทธิประโยชน์แก่ผู้ฟ้องคดีไว้อย่างไรหรือไม่ ถ้ามี แล้วจำเป็นจะต้องออกคำสั่งใหม่ ก็จะต้องไม่ไปกระทบสิทธิประโยชน์เหล่านั้น

3) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอันหนึ่ง อาจมีผลเป็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอื่น ๆ

ฝ่ายปกครองจะต้องลบล้างคำสั่งทุกคำสั่งที่ออกโดยเหตุผลเดียวกันกับคำสั่งที่ถูกพิพากษาให้เพิกถอน ส่วนมากจะเป็นคำสั่งที่ออกตามกฎหมายหรือระเบียบที่ถูกเพิกถอน หรือคำสั่งอื่น ๆ ที่ผูกอยู่กับคำสั่งที่ถูกเพิกถอน (อย่างเช่นในกระบวนการดำเนินการบางเรื่องจะประกอบไปด้วยขั้นตอนการปฏิบัติงานที่มีคำสั่งต่าง ๆ เข้ามาเกี่ยวข้องต่อเนื่องกันไปเป็นขั้นเป็นตอน) หรือคำสั่งอื่น ๆ ที่ประกอบไปด้วยเหตุอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุเดียวกันกับคำสั่งที่ถูกเพิกถอน

อย่างไรก็ดี มีข้อจำกัดอันสำคัญประการหนึ่งในการเพิกถอนคำสั่งย่อย ๆ เหล่านั้น โดยเฉพาะคำสั่งที่มีผลเฉพาะรายอันเป็นการ “ก่อตั้งสิทธิ” (les décisions individuelles créatrices de droit) คำสั่งเหล่านี้กำหนดให้สิทธิแก่ผู้รับประโยชน์ และหากพ้นกำหนด 4 เดือนนับแต่วันมีคำสั่งแล้ว จะไม่อาจเพิกถอนคำสั่งได้ แม้ว่าจะขัดกับคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในคดีใดก็ตาม ข้อจำกัดประการนี้มีไว้เพื่อเป็นการรับประกันความมั่นคงในสถานะของกฎหมายบ้านเมือง แม้ว่าในที่สุดแล้วก็ยังต้องถือว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม

เราทราบดีแล้วว่า ภาระหน้าที่ในการปฏิบัติตามคำพิพากษาอาจจะมี ความซับซ้อนสำหรับฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองอาจจะต้องการความช่วยเหลือจากศาล ผู้พิพากษาศาลปกครองจึงค่อย ๆ เข้ามามีบทบาท ไม่ว่าจะเป็นขณะที่ออกคำพิพากษา หรือภายหลังมีคำพิพากษาไปแล้ว เพื่อช่วยอธิบายหรือชี้แนะฝ่ายปกครองให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาอย่างถูกต้อง

ข. อำนาจของผู้พิพากษาในการให้ความช่วยเหลือและชี้แนะฝ่ายปกครองในการปฏิบัติตามคำพิพากษา

กรณีที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษานั้นมีปรากฏน้อยมาก มีเพียง 1 % ของคำพิพากษาทั้งหมดเท่านั้นที่ถูกร้องเรียนว่าฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา อย่างไรก็ดี เคยมีกรณีที่หน่วยงานทางปกครองในระดับสำคัญ ไม่ปฏิบัติตาม

คำพิพากษา ผลก็คือ นำมาซึ่งข้อร้องเรียนหรือคำฟ้องเป็นจำนวนมาก ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่ควรเกิดขึ้นเลยเพราะหน่วยงานแห่งนั้นก็รู้อยู่แล้วว่าการที่ตนไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษานั้นเป็นเรื่องที่ผิด เมื่อไม่นานมานี้ ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปมีคำพิพากษาให้รัฐสมาชิกต้องจ่ายเงินเพิ่มพิเศษแก่ข้าราชการผู้ชายที่เกษียณอายุแล้ว แต่มีภรรยาต้องเลี้ยงดูเด็ก ซึ่งแต่เดิมเงินเพิ่มพิเศษนี้จะให้แก่ฝ่ายหญิงเท่านั้น แต่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปเห็นว่าควรจะให้ฝ่ายชายด้วย เพื่อให้สอดคล้องกับหลักความเท่าเทียมกันระหว่างหญิงชาย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังฝรั่งเศสไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาดังกล่าว เพราะจะมีผลกระทบอย่างรุนแรงต่อภาวะการเงินการคลังของประเทศ เนื่องจากเท่ากับต้องจ่ายให้กับข้าราชการทุกคน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังจึงปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา ผลก็คือ ทำให้ข้าราชการนับเป็นพัน ๆ คน ยื่นฟ้องรัฐมนตรีต่อศาลปกครอง ทำให้ศาลปกครองมีภาระต้องตัดสินคดี ทำให้สิ้นเปลืองงบประมาณของรัฐไปเป็นอันมาก

เพื่ออำนวยความสะดวกแก่การปฏิบัติตามคำพิพากษา กฎหมายจึงสร้างกลไกเฉพาะขึ้นมาในศาลปกครอง เป็นกลไกพิเศษที่ทำให้ผู้พิพากษาสามารถเข้ามามีส่วนร่วมภายหลังได้มีคำพิพากษาไปแล้ว เมื่อไม่นานมานี้ สภาแห่งรัฐได้แสดงออกอย่างชัดเจนในคำวินิจฉัยอันนับเป็นจุดเริ่มต้นในการเข้ามามีบทบาทในเรื่องการปฏิบัติตามคำพิพากษา โดยมีการปรับปรุงรูปแบบคำพิพากษาของตนเองไปพร้อมกันด้วย

1. กลไกพิเศษในการช่วยเหลือการปฏิบัติตามคำพิพากษา

- กลไกประการแรกซึ่งไม่ใช่วิธีการทางกฎหมาย ริเริ่มขึ้นในราวปี ค.ศ. 1980 ผู้พิพากษาเข้ามามีบทบาทคล้ายกับ “คนกลาง” (un médiateur) ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ผู้พิพากษาอาจได้รับการร้องขอจากเอกชนหรือจากหน่วยงาน ที่อาจยังไม่เข้าใจว่าควรปฏิบัติอย่างไรจึงจะสอดคล้องกับคำพิพากษา อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นจะแต่งตั้งผู้พิพากษาผู้หนึ่งให้เข้าไปมีส่วนร่วมหารือกับฝ่ายปกครอง โดยอาจทำเป็นบันทึกความเข้าใจหรือเรียกมาประชุมชี้แจง เพื่อช่วยเหลือฝ่ายปกครองให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาอย่างถูกต้อง หรือโน้มน้าวให้ปฏิบัติตามคำพิพากษา ผู้พิพากษาที่ได้รับแต่งตั้งจะให้คำอธิบายแก่ฝ่ายปกครองถึงวิธีการที่ควรปฏิบัติภายใต้กรอบแห่งกฎหมาย
- กลไกประการต่อมาเป็นกลไกทางกฎหมาย สร้างขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1995 ในกรณีผู้ฟ้องคดีที่ได้รับประโยชน์จากคำพิพากษามีคำร้องต่อศาลขอให้

บังคับให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามคำพิพากษา ผู้พิพากษาก็จะออก “คำบังคับ” (une injonction) โดยทำในรูปคำสั่ง บังคับให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ ในคำสั่งจะระบุว่าฝ่ายปกครองจะต้องทำอะไรบ้าง และทำอะไร หากยังไม่มีการปฏิบัติ ก็อาจสั่งให้ใช้เงินเป็นรายวันจนกว่าจะมีการปฏิบัติตามคำสั่ง เงินที่ให้ชำระนี้ให้มอบแก่ผู้ร้องทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ หรือให้นำเข้าเก็บไว้เป็นงบประมาณของหน่วยงานปกครองส่วนท้องถิ่น

2. คำพิพากษามีลักษณะเป็นคำอธิบายมากขึ้น

หลาย ๆ คดีที่เกิดขึ้นเมื่อไม่นานมานี้ โดยเฉพาะคดีจากที่ประชุมใหญ่สภาแห่งรัฐ สภาแห่งรัฐได้ปรับบทบาทของผู้พิพากษา เพื่ออำนวยความสะดวกให้กับการปฏิบัติตามคำพิพากษา ให้การปฏิบัติมีความชัดเจนและสอดคล้องกับคำพิพากษา

อันที่จริงแล้ว ปัจจุบันนี้ผู้พิพากษาศาลปกครองจะพิจารณาคดีก็แต่เพียงว่าสมควรจะเพิกถอนหรือไม่เพิกถอนเท่านั้น โดยมีได้คำนึงไปถึงผลของคำพิพากษาของเขา แต่นับแต่นี้ไป คำพิพากษาจะไม่เป็นเพียงแค่คำสั่งเพิกถอนเท่านั้น แต่จะต้องประกอบไปด้วยคำอธิบายหรือการเรียบเรียงใจความที่ชัดเจน ทั้งนี้เพื่อให้เกิดผลเป็นจริงมากที่สุด

ก) คำอธิบายวิธีการใช้คำพิพากษา (le mode d'emploi)

ผู้พิพากษาอาจให้คำอธิบายไว้ในคำพิพากษาว่าจะต้องปฏิบัติอย่างไร ตัวอย่างเช่น ในคดีไคต์ประจำพิพิธภัณฑสถานกรีก ซึ่งตามกฎหมายของสหภาพยุโรป พลเมืองของเหล่าประเทศสมาชิกสามารถไปทำงานในประเทศใดก็ได้ ภายใต้เงื่อนไขข้อหนึ่งว่าประเทศนั้นๆ ให้การรับรองปริญญาบัตรของประเทศอื่นๆ ไว้ กระนั้นก็ตาม ไคต์ชาวกรีกผู้นี้ก็ไม่สามารถทำงานเป็นไคต์ประจำพิพิธภัณฑสถานในประเทศฝรั่งเศสได้ เพราะระเบียบของฝรั่งเศสไม่ได้ให้การรับรองปริญญาบัตรวิชาการท่องเที่ยวของกรีกเอาไว้ เมื่อมีผู้โต้แย้ง สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นระเบียบที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เนื่องจากขาดส่วนที่รับรองปริญญาบัตรมหาวิทยาลัยกรีก แทนที่สภาแห่งรัฐจะเพิกถอนระเบียบนี้ ซึ่งสภาแห่งรัฐมองว่าไม่จำเป็นต้องทำถึงขนาดนั้น จึงเพิกถอนเฉพาะส่วนของระเบียบที่ไม่สมบูรณ์ที่ไม่พูดถึงปริญญาบัตรประเทศกรีก โดยอธิบายคำพิพากษาไว้ด้วยว่า การเพิกถอนนี้ หมายถึงให้ฝ่ายปกครองไปดำเนินการจัดระเบียบนี้ให้สมบูรณ์ต่อไป

ข) คำพิพากษาที่มีผลบังคับชั่วคราว

เราทราบมาแล้วว่าการเพิกถอนนั้นมีผลย้อนหลัง การมีผลย้อนหลังนี้อาจนำมาซึ่งความยุ่งยากสำหรับฝ่ายปกครอง และแม้แต่ฝ่ายเอกชนเองก็ตาม

แนวคำพิพากษาใหม่ๆ ได้กลับแนวทางเดิม นับแต่นี้ไป ผู้พิพากษาสามารถจัดการเกี่ยวกับผลของคำพิพากษาของตนเองได้ โดยเฉพาะเรื่องเงื่อนไขเวลาในการบังคับใช้ ผู้พิพากษาสสามารถลดทอนผลของคำพิพากษาโดยไม่ให้มีผลย้อนหลังไปจนถึงวันออกคำสั่งก็ได้ แต่จะกำหนดช่วงเวลาไว้ให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติ มีตัวอย่างคดีเกี่ยวกับระบบคอมพิวเตอร์ของสำนักงานศาลยุติธรรม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมสร้างระบบฐานข้อมูลงานคดีขึ้นมา ระบบนี้สร้างขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามระเบียบฉบับหนึ่ง แต่ทว่า ระบบดังกล่าวถูกโต้แย้งเรื่องความไม่สมบูรณ์ของข้อมูล เพราะมิได้บรรจุข้อมูลการลบบประวัติการกระทำผิดที่ได้รับนิรโทษกรรม สภาแห่งรัฐไม่ต้องการเพิกถอนระเบียบฉบับนี้ เพราะจะเกิดความชะงักงันไปทั้งระบบและทุก ๆ ศาล สภาแห่งรัฐจึงให้เวลารัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นเวลา 2 เดือนในการแก้ไขระเบียบและระบบให้สมบูรณ์ อีกตัวอย่างหนึ่ง เป็นคดีฟ้องเพิกถอนระเบียบการประกันการว่างงาน สภาแห่งรัฐเห็นว่าการเพิกถอนระเบียบตัวนี้ไปจะทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมาย ไม่มีกฎหมายใดมารองรับสถานภาพของผู้ว่างงาน สภาแห่งรัฐมีคำพิพากษาเพิกถอนระเบียบดังกล่าวโดยให้มีผลเพียงไม่กี่เดือน ทั้งนี้เพื่อให้เวลารัฐบาลในการออกระเบียบฉบับใหม่มารับ

วิวัฒนาการที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ สามารถอธิบายได้ด้วยตัวแปรหลายประการ อันดับแรก คือในกระบวนการพิจารณาเร่งด่วนหรือฉุกเฉิน ผู้พิพากษามีความเคยชินในการใช้อำนาจสั่งการในทันทีทันใดได้ แต่คำพิพากษาหรือคำสั่งเช่นนั้นอาจเป็นเรื่องยากในการเข้าใกล้ความเป็นจริงหรือข้อเท็จจริงในการดำเนินงานทางปกครอง กระบวนการในการให้ความช่วยเหลือในการปฏิบัติตามคำพิพากษาที่จะสร้างความเข้าใจแก่ฝ่ายปกครอง แม้ว่าจะไม่ค่อยพบว่าฝ่ายปกครองปฏิเสธไม่ปฏิบัติตาม แต่ในทางปฏิบัติจริง ๆ นั้นยังมีความยุ่งยากลำบากอยู่มาก ผู้พิพากษากลายมาเป็นผู้สอนผู้ชี้แนะ โดยอธิบายถึงผลของคำพิพากษา หรือจะจำกัดผลของคำพิพากษาเพื่อให้สามารถปฏิบัติตามได้อย่างไร การต้องบังคับตามคำพิพากษานั้นเป็นการยอมรับหรือเคารพต่อกฎหมาย เคารพในหลักความชอบด้วยกฎหมาย และยังต้องคำนึงถึงความมั่นคงในสถานะของกฎหมายบ้านเมืองอีกด้วย

บทบาทใหม่ ๆ ของผู้พิพากษาศาลปกครองจะต้องเป็นบทบาทที่มีประสิทธิภาพรวดเร็ว งานที่ออกมามีความสมบูรณ์ ผลประโยชน์ที่ได้มาตามกฎหมายในแต่ละคดีนั้นมีค่าเท่า ๆ กัน แต่ผู้พิพากษาเองนั้นจะต้องทำตนให้เข้าใกล้ความเป็นจริงให้มากที่สุด ไม่ว่าจะเป็นข้อเท็จจริงทางการเมืองหรือทางสังคม

การอุทธรณ์ในคดีปกครองของเยอรมัน

ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ^๑

ตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO) ได้กำหนดเรื่องการอุทธรณ์ไว้ในหมวด 12 (มาตรา 124 – มาตรา 131)

ตามมาตรา 124 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“(1) การโต้แย้งคำพิพากษา รวมทั้งการโต้แย้งคำพิพากษาเพียงบางส่วนตามมาตรา 110 ก็ดี หรือการโต้แย้งคำพิพากษาระหว่างพิจารณาคดีตามมาตรา 109 และ มาตรา 111 ก็ดี เป็นสิทธิของผู้เข้าร่วมในคดีในการอุทธรณ์ หากได้รับอนุญาตจากศาลปกครอง ให้ทำการอุทธรณ์”

ในการศึกษาเรื่องการอุทธรณ์ (Berufung) ในคดีปกครองของเยอรมันได้แบ่งหัวข้อในการศึกษาออกเป็น 3 เรื่อง คือ 1. หลักเกณฑ์ทั่วไปในการยื่นอุทธรณ์ 2. เงื่อนไขในการยื่นอุทธรณ์ และ 3. ผู้มีสิทธิในการอุทธรณ์

1. หลักเกณฑ์ทั่วไปในการยื่นอุทธรณ์

การยื่นอุทธรณ์นั้นโดยหลักทั่วไปแล้วเป็นการโต้แย้งคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 46 Nr.1¹ VwGO แต่อย่างไรก็ตาม การอุทธรณ์อาจจะเป็นการอุทธรณ์ไปยังศาลปกครองสูงสุด (ศาลปกครองสหพันธ์) ก็ได้ ซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดต่อไป การยื่นอุทธรณ์นั้นให้ยื่นต่อศาลซึ่งคำวินิจฉัยของศาลดังกล่าวถูกโต้แย้ง

การยื่นอุทธรณ์ให้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือโดยการให้เจ้าหน้าที่ของศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองชั้นอุทธรณ์จัดบันทึกอุทธรณ์ก็ได้ การยื่นอุทธรณ์ที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นหมายความว่าบุคคลผู้ยื่นอุทธรณ์จะต้องลงลายมือชื่อของบุคคลนั้น

^๑ บัณฑิตเกียรตินิยมชั้นปริญญาโท สาขานิติศาสตร์ เมื่อเดือนกันยายน พ.ศ. 2543 ซึ่งผู้เขียนดำรงตำแหน่งพนักงานคดีปกครอง 6ว สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

^๒ น.บ., นบท., น.ม.(มหาชน), Magister Legum (LL.M), Doktor der Rechte (Dr.jur), ปัจจุบันดำรงตำแหน่งผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

¹ มาตรา 146 VwGO “ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มีอำนาจพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับเรื่องอุทธรณ์ดังต่อไปนี้

1. การอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น
2. การอุทธรณ์คำสั่งอื่นของศาลปกครองชั้นต้น”

ถ้าอุทธรณ์มีข้อบกพร่องในทางรูปแบบ ในกรณีนี้อาจทำการแก้ไขข้อบกพร่องในภายหลังได้ภายในระยะเวลาอุทธรณ์ แต่หากสิ้นสุทธระยะเวลาอุทธรณ์แล้ว กรณีนี้ให้ผู้พิพากษาหัวหน้าองค์คณะกำหนดให้ผู้ยื่นอุทธรณ์แก้ไขอุทธรณ์ภายในกำหนดระยะเวลาที่ศาลกำหนดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 125 วรรคหนึ่ง² ประกอบกับมาตรา 82³ ในคำฟ้องอุทธรณ์จะต้องระบุให้ชัดเจนว่าอุทธรณ์ดังกล่าวโต้แย้งคำพิพากษาใด สำหรับระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์นั้นให้ยื่นภายในระยะเวลา 1 เดือน โดยเริ่มนับตั้งแต่ได้ส่งคำวินิจฉัยของศาลฉบับสมบูรณ์ให้แก่คู่กรณีแล้ว (ระยะเวลาในการเริ่มต้นสำหรับคู่กรณีแต่ละรายอาจจะไม่พร้อมกัน) แต่ในกรณีที่มีการอ่านคำพิพากษาดำเนินมาตรา 116 วรรคหนึ่ง VWGO ในกรณีนี้ให้เริ่มต้นนับระยะเวลา 1 เดือนนับจากวันที่ได้อ่านคำพิพากษา แต่อย่างไรก็ตาม การนับระยะเวลาอุทธรณ์จะเริ่มต้นต่อเมื่อคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นได้อธิบายถึงสิทธิในการอุทธรณ์ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 117 วรรคสอง ข้อ 6⁴ ประกอบกับมาตรา 58 วรรคสอง⁵ แต่กรณีไม่ว่าจะเป็นประการใด การยื่นอุทธรณ์ห้ามมิให้ยื่นเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลา 1 ปีหลังจากที่ได้ส่งคำพิพากษาให้คู่กรณีรายนั้นแล้ว ถึงแม้ว่าในคำพิพากษาดังกล่าวจะมีได้ให้รายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิในการอุทธรณ์

² มาตรา 125 VWGO “(1) สำหรับกระบวนการพิจารณาในชั้นอุทธรณ์ ให้นำบทบัญญัติของส่วนที่ 2 มาใช้บังคับโดยอนุโลมเท่าที่บทบัญญัติในหมวดนี้มีได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น มาตรา 84 มิให้นำมาใช้บังคับในกรณีนี้”

³ มาตรา 82 VWGO “(1) คำฟ้องจะต้องระบุชื่อโจทก์ จำเลย และคำขอท้ายฟ้อง คำฟ้องจะต้องกล่าวอ้างข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนคำฟ้อง และจะต้องแนบคำสั่งที่ถูกโต้แย้งหรือคำวินิจฉัยอุทธรณ์อันเป็นต้นฉบับหรือสำเนาเอกสารดังกล่าวด้วย

(2) ถ้าคำฟ้องนั้นไม่มีรายละเอียดตามที่กำหนด ให้ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะหรือผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนแจ้งให้โจทก์ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมให้สมบูรณ์ภายในระยะเวลาที่ได้กำหนด ผู้พิพากษาสมาชิกสามารถกำหนดระยะเวลาสำหรับการเพิ่มเติมแก้ไขพร้อมด้วยกำหนดผลเป็นกรณีพิเศษได้หากคำฟ้องของโจทก์ยังขาดสาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง สำหรับการกลับคืนสู่ฐานะเดิมให้นำมาตรา 60 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

⁴ มาตรา 117 (2) VWGO “คำพิพากษาให้มีรายการดังต่อไปนี้

๑.๗๗

๗๗๗

6. การอธิบายสิทธิในการอุทธรณ์”

⁵ มาตรา 58 (1) VWGO “ระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์โต้แย้งหรือการเยียวยาจะเริ่มนับเมื่อคู่กรณีได้รับการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับการเยียวยา ในรายละเอียดที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือศาลที่จะรับคำร้องขอให้เยียวยาดังกล่าว รวมทั้งเกี่ยวกับสถานที่และระยะเวลาที่กำหนดในเรื่องดังกล่าว”

ไว้หรือให้ไว้แต่ไม่ถูกต้องก็ตาม ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 58 วรรคสอง⁶ VwGO การอุทธรณ์คำพิพากษาที่มีการเปิดเผยให้ทราบแล้ว อาจจะทำการอุทธรณ์ได้แม้ว่าคำพิพากษาดังกล่าวยังส่งไปไม่ถึงบุคคลดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม จะอุทธรณ์ก่อนที่จะเปิดเผยให้ทราบ คำพิพากษาดังกล่าวไม่ได้ แต่ถ้าวการแจ้งให้ทราบคำพิพากษานั้นกระทำโดยการส่งไปให้คู่กรณีตามมาตรา 116 วรรคสองและวรรคสาม⁷ ในกรณีนี้ไม่อาจที่จะทำการอุทธรณ์ได้ก่อนที่จะส่งคำพิพากษามาถึงบุคคลนั้น ในกรณีที่มีเหตุผลจำเป็นที่มีอาจยื่นอุทธรณ์ได้ภายในกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด กรณีนี้อาจขอใช้สิทธิได้ตามมาตรา 60⁸

⁶ มาตรา 58 (2) VwGO “ถ้ามิได้มีการแจ้งให้ทราบในการใช้สิทธิหรือแจ้งไม่ถูกต้อง ในกรณีนี้ให้การยื่นคำขอเยียวยากระทำได้ภายในระยะเวลาหนึ่งปีนับตั้งแต่ส่งคำพิพากษาหรือแจ้งให้ทราบ หรืออ่านคำพิพากษาดังกล่าว เว้นเสียแต่ว่าการยื่นคำขอภายในหนึ่งปีดังกล่าวไม่อาจเป็นไปได้เพราะเหตุสุดวิสัย หรือมีการแจ้งว่าการใช้สิทธิดังกล่าวไม่อาจจะกระทำได้ ในกรณีที่เกิดเหตุสุดวิสัยให้นับความในมาตรา 60 วรรคสอง มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

⁷ มาตรา 116 VwGO “(2) แทนการอ่านคำพิพากษา ศาลอาจส่งคำพิพากษาให้ผู้เข้าร่วมในคดีแทนก็ได้ ในกรณีนี้จะต้องส่งมอบคำพิพากษาให้แก่หน่วยงานธุรการศาลภายใน 2 สัปดาห์ หลังจากการนั่งพิจารณาของศาล

(3) ถ้าศาลวินิจฉัยคดีโดยมิได้นั่งพิจารณา ในกรณีนี้ให้ส่งคำพิพากษาให้แก่ผู้เข้าร่วมในคดีแทนการอ่านคำพิพากษา”

⁸ มาตรา 60 VwGO “(1) บุคคลใดโดยปราศจากความผิดถูกขัดขวางมิให้กระทำการตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เมื่อบุคคลนั้นมีคำร้องขอจะต้องยอมให้ผู้นั้นกลับสู่สถานะเดิม

(2) คำร้องจะต้องยื่นภายในสองสัปดาห์หลังจากเหตุขัดขวางได้ผ่านพ้นไป ในการยื่นคำร้องหรือในกระบวนการพิจารณาคำร้อง ข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุแห่งการมีคำร้องจะต้องเป็นที่เชื่อถือได้ การกระทำที่มีผลทางกฎหมายใด ๆ ที่ได้ลุล่วงไปแล้วจะต้องดำเนินการภายในระยะเวลาตามคำร้อง เมื่อมีกรณีเช่นนี้เกิดขึ้นการกลับสู่สถานะเดิมย่อมเป็นที่ยอมรับแม้จะไม่มีคำร้องขอ

(3) ห้ามมิให้รับคำร้องขอเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่สิ้นสุดระยะเวลาที่ถูกละเลย เว้นเสียแต่ว่าคำร้องขอเป็นไปไม่ได้ที่จะยื่นภายในระยะเวลาหนึ่งปีเนื่องจากมีเหตุสุดวิสัย

(4) ศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยเกี่ยวกับการกลับคืนสู่สถานะเดิมและให้ศาลกำหนดเกี่ยวกับการกระทำที่มีผลทางกฎหมายที่ได้มีการละเลย

(5) คำสั่งให้กลับคืนสู่สถานะเดิมไม่อาจโต้แย้งได้”

2. เงื่อนไขในการยื่นอุทธรณ์

เมื่อมีการยื่นอุทธรณ์มายังศาล ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (das Oberverwaltungsgericht) จะตรวจสอบว่าอุทธรณ์ที่ยื่นนั้นเป็นอุทธรณ์ที่อาจอุทธรณ์ได้หรือไม่ หรือเป็นอุทธรณ์ที่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้และได้ยื่นมาในระยะเวลาหรือไม่

อุทธรณ์นั้นเป็นอุทธรณ์ที่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาตามมาตรา 124 โดยอาจแบ่งเงื่อนไขในการอุทธรณ์ได้ดังนี้ 2.1 คำสั่งหรือคำพิพากษาที่อาจอุทธรณ์ต่อศาลได้ และ 2.2 เหตุผลในการอุทธรณ์

2.1 คำสั่งหรือคำพิพากษาที่อาจอุทธรณ์ต่อศาลได้

มาตรา 124 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติให้การโต้แย้งคำพิพากษา รวมทั้งการโต้แย้งบางส่วนของคำพิพากษามาตรา 110 หรือการโต้แย้งคำพิพากษาระหว่างพิจารณาคดีตามมาตรา 109 และมาตรา 111 เป็นสิทธิของผู้เข้าร่วมในคดีที่จะทำการอุทธรณ์ ดังนั้น จึงอาจแยกกรณีที่อาจทำการอุทธรณ์ได้ 5 กรณี คือ 2.1.1 คำพิพากษาของศาลที่ทำให้คดีเสร็จสิ้นลง (das Endurteil) 2.1.2 คำพิพากษาที่พิพากษาเพียงส่วนหนึ่งส่วนใดของคดี (das Teilurteil) ตามมาตรา 110 2.1.3 คำพิพากษาระหว่างพิจารณา (Zwischenurteil) ตามมาตรา 109 และมาตรา 111 2.1.4 คำพิพากษาเพิ่มเติม (Ergaenzungsurteil) ตามมาตรา 120 และ 2.1.5 คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาลตามมาตรา 84 วรรคหนึ่ง และมาตรา 93a วรรคสอง

2.1.1 คำพิพากษาของศาลที่ทำให้คดีเสร็จสิ้นลง (das Endurteil)

การอุทธรณ์คำพิพากษาในกรณีนี้เป็นกรณีทั่วไป กล่าวคือ เป็นกรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นได้พิจารณาคดีพิพากษาคดีทำให้คดีดังกล่าวเสร็จสิ้นลงในศาลปกครองชั้นต้น ตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของเยอรมันได้กำหนดไว้ในมาตรา 107 ว่า “การวินิจฉัยคดีให้ทำเป็นคำพิพากษาเท่าที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

2.1.2 คำพิพากษาที่พิพากษาเพียงส่วนหนึ่งส่วนใดของคดี (das Teilurteil)

ตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของเยอรมันได้บัญญัติเรื่องการพิพากษาเพียงบางส่วนไว้ในมาตรา 110 ว่า “ในกรณีที่ข้อพิพาทในคดีเพียงส่วนใดส่วนหนึ่งอาจทำการวินิจฉัยได้ ในกรณีนี้ศาลอาจทำการพิพากษาคดีเพียงบางส่วนก็ได้” ดังนั้น คำพิพากษาเพียงบางส่วนจึงมีผลทำให้คดีเสร็จสิ้นลงในส่วนที่ศาลได้พิพากษา โดยส่วนที่ศาลได้พิพากษาไปนั้นเป็นส่วนที่อาจแยกเป็นอิสระจากส่วนที่อยู่ระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล ในกรณีที่ศาลตีความคำฟ้องไม่ถูกต้องทำให้คำฟ้องของโจทก์แคบลง และ

ศาลได้พิจารณาวินิจฉัยคดีดังกล่าวตามที่ศาลตีความ ในกรณีนี้ไม่ถือว่าเป็นการพิพากษาเพียงบางส่วน⁹ หรือในกรณีที่ศาลเข้าใจผิดได้พิจารณาวินิจฉัยคดีเพียงบางส่วน ในกรณีนี้ก็ไม่ถือว่าเป็นการพิพากษาเพียงบางส่วน¹⁰

2.1.3 คำพิพากษาระหว่างพิจารณา (Zwischenurteil)

การพิจารณาพิพากษาระหว่างคดีอาจเกิดได้ 2 กรณี คือ กรณีที่เป็นการวินิจฉัยเกี่ยวกับการรับฟ้องคดีตามมาตรา 109 และกรณีที่เป็นการวินิจฉัยเกี่ยวกับพื้นฐานของสิทธิตามมาตรา 111 ลักษณะพิเศษของคำพิพากษาระหว่างคดีคือ คู่กรณีอาจทำการอุทธรณ์คำพิพากษาดังกล่าวได้โดยแยกเป็นอิสระจากส่วนอื่น ๆ โดยอาจอุทธรณ์เฉพาะคำพิพากษาระหว่างคดีนั้นได้

(1) กรณีตามมาตรา 109 VwGO

มาตรา 109 VwGO บัญญัติว่า “ในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณา รับฟ้องนั้นศาลอาจทำการวินิจฉัยเป็นคำพิพากษาระหว่างคดีก็ได้” ตามมาตรา 109 ได้กำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไขของการพิจารณาวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีหรือเงื่อนไขในการพิจารณารับฟ้องซึ่งอาจแบ่งออกได้ดังนี้¹¹

ก. เรื่องที่ฟ้องจะต้องเป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้อำนาจศาลของเยอรมันตามมาตรา 18-20 ของพระธรรมนูญศาลยุติธรรม (Gerichtsverfassungsgesetz – GVG)

ข. เรื่องที่ฟ้องจะต้องเป็นเรื่องที่อาจใช้สิทธิทางศาลปกครองได้ (Zulaessigkeit des Verwaltungsrechtsweg) ตามมาตรา 40 ของกฎหมายวิธีพิจารณา คดีปกครอง (VwGO) และตามมาตรา 17 มาตรา 17a และมาตรา 17b GVG

ค. เงื่อนไขประเภทของคำฟ้องซึ่งแบ่งออกเป็น 5 ประเภทคือ คำฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) คำฟ้องขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) คำฟ้องขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำ (Leistungsklage) คำฟ้องขอให้พิสูจน์สิทธิ (Feststellungsklage) และคำร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง (Antrag auf Normenkontrolle)

⁹ BVerwGE 95, 269

¹⁰ BVerwG NVwZ 1994, 1116 ; BVerwGE 95, 269

¹¹ รายละเอียดดู บรรณเจิต สิงคะเนติ “เงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองของเยอรมัน” วารสารนิติศาสตร์, 29 : 2 (มิถุนายน 2542) หน้า 277 - 299

ง. เงื่อนไขเรื่องเขตอำนาจศาล (Zustaendigkeit des angerufenen Gerichts) ตามมาตรา 45 VwGO

จ. เงื่อนไขเรื่องความสามารถของผู้เข้าร่วมในคดี (Beteiligten-faehigkeit) ตามมาตรา 61 VwGO

ช. เงื่อนไขเรื่องความสามารถในการดำเนินคดี (Prozessfaehigkeit) และการมีตัวแทนในคดี (Prozessvertretung) ตามมาตรา 62 และมาตรา 67 VwGO

ซ. เงื่อนไขเรื่องรูปแบบและเนื้อหาของคำฟ้องตามมาตรา 81 และมาตรา 82 VwGO

ฌ. เงื่อนไขความจำเป็นที่จะต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิ (Rechtsschutzbeduerfnis)

ญ. เรื่องที่ฟ้องจะต้องยังไม่เคยมีการฟ้องเป็นคดีมาก่อนตาม มาตรา 90 VwGO

ฎ. เงื่อนไขอำนาจฟ้องคดี (Klagebefugnis) ตามมาตรา 42 VwGO

ฏ. เงื่อนไขเรื่องการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง (Vorverfahren) ตามมาตรา 68 VwGO และ

ฐ. เงื่อนไขเวลาในการฟ้อง (Klagefrist) ตามมาตรา 74 VwGO

ให้เป็นหน้าที่ของศาลในการที่จะสั่งเกี่ยวกับเรื่องการรับฟ้อง หรือกรณีอาจมีการยื่นคำร้องเพื่อให้ตรวจสอบเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องในเรื่องใดเรื่องหนึ่งในกรณีที่ไม่มี การแยกพิจารณาเรื่องออกมาเป็นกรณีพิเศษให้ทำการวินิจฉัยคดีโดยทำเป็น “คำพิพากษาระหว่างคดี” (Zwischenurteil) แต่ในกรณีที่มีการแยกเรื่องออกมาพิจารณาเป็นพิเศษ การวินิจฉัยของศาลในกรณีนี้ให้จำกัดเฉพาะเรื่องที่เป็นปัญหาข้อพิพาทในเรื่องนั้น เท่านั้น โดยทั่วไปแล้วการวินิจฉัยปัญหาข้อพิพาทระหว่างคดีไม่จำเป็นต้องทำการนั่งพิจารณาคดี ศาลอาจวินิจฉัยคดีไปตามมาตรา 101 วรรคสอง ได้ กล่าวคือ โดยความเห็นชอบของผู้เข้าร่วมในคดี ศาลอาจทำการวินิจฉัยคดีได้โดยไม่ต้องมีการนั่งพิจารณาคดี

(2) กรณีที่เป็นการวินิจฉัยเกี่ยวกับพื้นฐานของสิทธิตามมาตรา 111

ตามมาตรา 111 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีการฟ้องเพื่อเรียกร้อง ให้กระทำการ หากปัญหาข้อพิพาทของสิทธิเรียกร้องนั้นเป็นปัญหาเกี่ยวกับพื้นฐานของสิทธิ และจำนวนค่าเสียหาย ในกรณีนี้ศาลอาจทำการวินิจฉัยคดีในเบื้องต้นได้ โดยทำเป็น

คำพิพากษาระหว่างคดีในส่วนที่เกี่ยวกับพื้นฐานของสิทธินั้น ในกรณีที่เห็นว่าสิทธิเรียกร้องนั้นมีเหตุผลรับฟังได้ ศาลอาจสั่งให้พิจารณาถึงค่าเสียหายได้”

คำพิพากษาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับพื้นฐานของสิทธิตามมาตรา 111 เป็นคำพิพากษาระหว่างคดีที่อาจอุทธรณ์เฉพาะคำพิพากษาดังกล่าวได้ โดยหลักทั่วไปแล้ว การให้วินิจฉัยเกี่ยวกับพื้นฐานของสิทธินั้นจะต้องเป็นคดีที่ฟ้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการ (Leistungsklage) เช่น ฟ้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองชำระเงิน หรืออาจเป็นกรณีที่ฟ้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) โดยการออกคำสั่งทางปกครองจะมีการกำหนดการชำระเงินให้แก่ผู้ร้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง การวินิจฉัยเกี่ยวกับพื้นฐานของสิทธิจะไม่นำมาใช้ในคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) และการฟ้องเพื่อขอให้พิสูจนสิทธิ (Feststellungsklage)¹²

2.1.4 คำพิพากษาเพิ่มเติม (Ergaenzungsurteil)

ตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) ได้บัญญัติเรื่องคำพิพากษาเพิ่มเติมไว้ในมาตรา 120 โดยบัญญัติไว้ดังนี้

“(1) ในกรณีที่มีคำร้องขอของผู้เข้าร่วมในคดีเนื่องจากยังมิได้พิจารณาตามประเด็นแห่งคดีหรือเรื่องการรับภาระในค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ยังไม่ได้รับการพิจารณาทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีนี้ให้ผู้เข้าร่วมในคดีทำคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาเพิ่มเติมในภายหลัง

(2) การยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลมีคำวินิจฉัยดังกล่าวจะต้องยื่นภายในสองสัปดาห์หลังจากส่งคำพิพากษาไปถึง

(3) การนั่งพิจารณาอาจกระทำได้เฉพาะในส่วน of ข้อพิพาททางกฎหมายที่ยังมิได้ทำการพิจารณาเท่านั้น”

กรณีที่ผู้เข้าร่วมในคดีได้มีคำร้องขอให้ศาลทำการพิจารณาพิพากษาประเด็นแห่งคดีซึ่งศาลยังมิได้พิจารณาพิพากษา ภายหลังจากที่ศาลได้มีคำพิพากษาไปแล้ว และผู้เข้าร่วมในคดีเห็นว่าศาลยังมิได้พิจารณาพิพากษาประเด็นแห่งคดีทั้งหมด ดังนั้นเมื่อศาลได้พิพากษาคดีเพิ่มเติม คำพิพากษาเพิ่มเติมดังกล่าวย่อมเป็นคำพิพากษาที่เป็นอิสระแยกจากคำพิพากษาเดิม ผู้เข้าร่วมในคดีจึงอาจอุทธรณ์เฉพาะคำพิพากษาเพิ่มเติมได้

¹² Redeker/von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung 12. Aufl., Verlag W. Kohlhammer Stuttgart Berlin Koeln 1997, S. 671.

2.1.5 คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาล

คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาลที่อาจอุทธรณ์ได้นั้นมี 2 กรณี คือ
(1) กรณีตามมาตรา 84 วรรคหนึ่ง และ (2) กรณีตามมาตรา 93a วรรคสอง

(1) กรณีตามมาตรา 84 วรรคหนึ่ง

ตามมาตรา 84 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง บัญญัติไว้ว่า “ในการพิจารณาคดีของศาล ศาลอาจวินิจฉัยคดีโดยไม่นั่งพิจารณาก็ได้ หากเรื่องนั้นไม่มีความยุ่งยากซับซ้อนในทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นมีความชัดเจน แต่ทั้งนี้จะต้องมีการรับฟังความจากผู้เข้าร่วมในคดีก่อน ให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำคำพิพากษามาใช้บังคับโดยอนุโลม”

ในศาลชั้นต้น ศาลอาจทำการวินิจฉัยได้โดยทำเป็นคำสั่งแทนที่จะออกเป็นคำพิพากษา กรณีดังกล่าวให้นำไปใช้กับศาลปกครองชั้นอุทธรณ์และศาลปกครองสหพันธ์ ในกรณีที่ศาลดังกล่าวทำหน้าที่เป็นศาลปกครองชั้นต้นด้วย ในกรณีของคำพิพากษาระหว่างพิจารณา (Zwischenurteil) กิติ หรือกรณีของคำพิพากษาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับพื้นฐานของสิทธิ (Grundurteil) กิติ กรณีเหล่านี้อาจวินิจฉัยออกมาในรูปของคำสั่งศาล (Gerichtsbescheid) ได้ แต่สำหรับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 80 มาตรา 80a และตามมาตรา 123 VwGO นั้นไม่อาจจะทำเป็นคำสั่งศาลได้

(2) กรณีตามมาตรา 93a วรรคสอง

ตามมาตรา 93a วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าศาลได้พิพากษาคดีที่ได้ทำการพิจารณาเป็นการล่วงหน้าไปแล้ว ศาลอาจทำการวินิจฉัยคดีที่หยุดการพิจารณาไว้เป็นการชั่วคราวได้ภายหลังจากที่ได้รับฟังผู้เข้าร่วมในคดี หากผู้เข้าร่วมในคดีมีความเห็นพ้องกันว่า เรื่องมิได้มีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่สำคัญเป็นพิเศษ และข้อเท็จจริงในคดีนั้นได้ปรากฏชัดแจ้งแล้ว ศาลอาจนำพยานหลักฐานจากคดีที่ได้พิพากษาแล้วมาใช้กับคดีดังกล่าวได้นอกจากนี้ ภายใต้อำนาจของศาล ศาลยังอาจสั่งให้ทำการสอบพยานซ้ำหรือสั่งให้ผู้เชี่ยวชาญคนเดิมหรือผู้เชี่ยวชาญคนอื่นทำความเข้าใจใหม่ได้ คำร้องขอสืบพยานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงซึ่งได้มีการสืบพยานไปแล้วในคดีที่ได้ทำการพิจารณาเป็นการล่วงหน้าไปนั้น ศาลอาจปฏิเสธคำร้องดังกล่าวได้หากศาลเห็นว่าการร้องขอสืบพยานดังกล่าวมิได้มีส่วนทำให้ได้ข้อเท็จจริงใหม่ที่มีความสำคัญต่อการพิพากษา และการให้สืบพยานดังกล่าวจะก่อให้เกิดความล่าช้าต่อการพิจารณาคดี การปฏิเสธอาจกระทำได้โดยการวินิจฉัยตามความในประโยคที่หนึ่ง ผู้เข้าร่วมในคดีมีสิทธิโต้แย้งคำวินิจฉัยตามประโยคที่หนึ่งดังกล่าว หากศาลได้วินิจฉัยคดีดังกล่าวในรูปของคำพิพากษา ผู้เข้าร่วมในคดีจะต้องได้รับทราบถึงสิทธิในการโต้แย้งนั้นด้วย”

กรณีตามมาตรา 93a นั้นเป็นกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลใดศาลหนึ่งมากกว่า 20 คดี โดยคดีดังกล่าวนั้นมีวัตถุประสงค์เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในกรณีนี้ศาลอาจดำเนินคดีใดคดีหนึ่งหรือหลายคดีเป็นการล่วงหน้าไปก่อน และให้หยุดการพิจารณาคดีอื่นไว้เป็นการชั่วคราว ทั้งนี้ โดยจะต้องรับฟังความจากผู้เข้าร่วมในคดีก่อน

การอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยของศาลตามมาตรา 93a วรรคสอง หมายถึง กรณีที่ศาลจะทำการวินิจฉัยคดีที่หยุดการพิจารณาไว้เป็นการชั่วคราว โดยศาลจะวินิจฉัยคดีนั้นให้เป็นไปตามที่ได้ทำการพิจารณาพิพากษาไปแล้ว ในกรณีนี้ผู้เข้าร่วมในคดีอาจโต้แย้งว่าคดีของตนมีลักษณะของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่แตกต่างออกไปในกรณีนี้ หากศาลปฏิเสธบุคคลนั้นอาจอุทธรณ์การปฏิเสธดังกล่าวไปยังศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ได้

2.2 เหตุผลในการอุทธรณ์

ตามมาตรา 124 วรรคสอง ได้บัญญัติเหตุผลในการอุทธรณ์ไว้ดังนี้

“(2) การอุทธรณ์อาจกระทำได้เฉพาะกรณีต่อไปนี้

1. หากกรณีมีข้อสงสัยอย่างแท้จริงต่อความถูกต้องของคำพิพากษา
2. หากคดีดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีความยุ่งยากซับซ้อน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย
3. หากคดีดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นพื้นฐาน
4. หากคำพิพากษาดังกล่าวแตกต่างไปจากคำวินิจฉัยของ

ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ หรือศาลปกครองสหพันธ์ หรือคำวินิจฉัยของที่ประชุมร่วมของศาลยุติธรรมสหพันธ์ หรือคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ และการอุทธรณ์นั้นเกี่ยวกับประเด็นที่มีความแตกต่างดังกล่าว

5. กรณีมีข้อบกพร่องในการดำเนินกระบวนการพิจารณาซึ่งอยู่ภายใต้การวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ และความบกพร่องในกระบวนการพิจารณาดังกล่าวมีผลต่อคำพิพากษาของศาล”

3. ผู้มีสิทธิในการยื่นอุทธรณ์

ผู้มีสิทธิในการยื่นอุทธรณ์โดยหลักทั่วไปแล้ว หมายถึง ผู้เข้าร่วมในคดี (Beteiligten) ในศาลชั้นต้น ซึ่งหมายถึง ผู้เข้าร่วมในคดีตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 63 ว่า “ผู้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา ได้แก่

ก. ผู้ฟ้อง

ข. ผู้ถูกฟ้อง

ค. ผู้ร้องสอด (มาตรา 65)

ง. อัยการสหพันธ์หรือตัวแทนประโยชน์สาธารณะในกรณีที่ได้ใช้สิทธิเข้าร่วมในคดี"

นอกจากบุคคลดังกล่าวแล้ว ให้ผู้เป็นตัวแทนในคดีตามมาตรา 67¹³ มีสิทธิในการอุทธรณ์ด้วย¹⁴ นอกจากนี้ ยังมีกรณีการเรียกบุคคลให้เข้ามาในคดีภายหลังจากที่ได้มี

¹³ มาตรา 67 VwGO "(1) สำหรับการดำเนินคดีในศาลปกครองสหพันธ์และศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ผู้เข้าร่วมในคดีทุกคนซึ่งได้ยื่นคำร้องจะต้องตั้งทนายความหรืออาจารย์ในทางกฎหมายจากสถาบันอุดมศึกษาเป็นตัวแทน กรณีดังกล่าวใช้บังคับกับการยื่นอุทธรณ์หรือการยื่นคำร้องทุกข์เกี่ยวกับการไม่รับอุทธรณ์หรือคำร้องทุกข์ และการยื่นคำร้องทุกข์ตามมาตรา 99 วรรคสอง ของกฎหมายนี้ รวมทั้งมาตรา 17a วรรคสี่ ประโยคที่สี่ของกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาล และให้ใช้บังคับกับการยื่นคำร้องขอให้รับอุทธรณ์และคำร้องทุกข์ นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนและหน่วยงานของรัฐอาจให้ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ที่มีคุณสมบัติสำหรับตำแหน่งผู้พิพากษาหรือนักกฎหมายซึ่งจบอนุปริญญาที่ทำงานในหน่วยงานระดับสูงเป็นตัวแทนก็ได้ เกี่ยวกับเรื่องการดูแลผู้ประสบเคราะห์กรรมจากสงครามและเรื่องสิทธิของคนพิการ และเรื่องเกี่ยวกับการช่วยเหลือที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวตามกฎหมายว่าด้วยการให้ความช่วยเหลือทางสังคมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ให้สมาชิกและเจ้าหน้าที่ของสมาคมผู้ประสบภัยจากสงครามและสมาคมคนพิการสามารถเป็นตัวแทนในกระบวนการพิจารณาได้หากตามข้อบังคับได้กำหนดให้มีอำนาจทำได้ ในเรื่องเกี่ยวกับภาษีสำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ให้ที่ปรึกษาด้านภาษีอากรและผู้ตรวจสอบบัญชีเป็นตัวแทนในการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ ในเรื่องของข้าราชการและเรื่องทางสังคมที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว รวมทั้งเรื่องการเป็นตัวแทนของบุคคลนั้นในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ให้สมาชิกและลูกจ้างของสหภาพเป็นตัวแทนในการดำเนินกระบวนการพิจารณา หากตามข้อบังคับได้กำหนดให้มีอำนาจที่จะทำได้

(2) สำหรับกระบวนการพิจารณาในศาลปกครองชั้นต้นไม่ว่าในกระบวนการพิจารณาใด ผู้เข้าร่วมในคดีอาจมีตัวแทนที่มีอำนาจเต็มเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาแทน และสามารถขอความช่วยเหลือเมื่อมีการนั่งพิจารณาได้ กรณีจะต้องตั้งตัวแทนหรือผู้ให้ความช่วยเหลือหากศาลได้มีคำสั่ง บุคคลที่จะเป็นตัวแทนหรือให้ความช่วยเหลือในศาลปกครองชั้นต้นได้ต้องเป็นผู้มีความสามารถในการแถลงเรื่องเกี่ยวกับคดีได้

(3) การเป็นตัวแทนผู้ที่มีอำนาจเต็มต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่อาจยื่นมาภายหลังได้ แต่ศาลต้องกำหนดระยะเวลาไว้ เมื่อมีการตั้งตัวแทนแล้ว ในกรณีนี้การส่งหรือการแจ้งของศาลต้องกระทำต่อบุคคลผู้เป็นตัวแทนเท่านั้น

¹⁴ Redeker/Von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, § 124, S. 762.

คำพิพากษาแล้ว (แต่คำพิพากษานั้นยังไม่ถึงที่สุด) เพื่อวัตถุประสงค์ในการยื่นอุทธรณ์ ในกรณีนี้ บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิที่จะอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลนั้นได้

ในกรณีที่ศาลได้มีคำพิพากษาแล้วหรือได้ส่งคำพิพากษาไปให้ผู้เข้าร่วมในคดีแล้ว หากมีการร้องสอดเข้ามาในคดีในกรณีที่ศาลยังจะต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับการร้องสอดเข้ามาในคดีจนกว่าคำพิพากษาดังกล่าวจะถึงที่สุด (ไม่มีการอุทธรณ์คำพิพากษาดังกล่าว หรือได้มีการอุทธรณ์โต้แย้งคำพิพากษานั้นแล้ว) หากกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาแล้ว บุคคลซึ่งมิได้เข้ามามีส่วนร่วมในคดีเลยได้ยื่นคำร้องสอดเข้ามาในคดีและในขณะเดียวกันก็ได้ยื่นอุทธรณ์โต้แย้งคำพิพากษาด้วย ในกรณีนี้ศาลที่ได้มีคำพิพากษาในเรื่องนั้นจะต้องพิจารณาคำร้องสอดของบุคคลนั้นก่อน เพราะการอุทธรณ์โต้แย้งคำพิพากษาจะมีผลต่อเมื่อศาลได้พิจารณาและเห็นชอบให้บุคคลนั้นร้องสอดเข้ามาในคดี ลำพังแต่เพียงการอุทธรณ์โต้แย้งคำพิพากษาโดยไม่มีการร้องขอเข้ามาในคดี กรณีนี้ยังไม่ถือว่าได้มีการรับอุทธรณ์ของบุคคลนั้น ในกรณีที่มีการยื่นคำร้องขอเข้ามาในคดีหลังจากที่ได้มีคำพิพากษาแล้ว กรณีนี้การนับระยะเวลาในการอุทธรณ์สำหรับบุคคลที่ร้องขอเข้ามาในคดีให้เริ่มนับตั้งแต่ได้ส่งคำพิพากษาไปถึงบุคคลนั้น¹⁵

สำหรับบุคคลที่มีได้ถูกเรียกให้เข้ามาในคดีหรือมิได้ร้องสอดเข้ามาในคดี ซึ่งจากลักษณะของคดีหรือผลของคดีบุคคลดังกล่าวจะต้องถูกเรียกให้เข้ามาในคดี ในกรณีเช่นนี้ โดยหลักทั่วไปแล้วบุคคลนั้นย่อมไม่มีสิทธิในการยื่นอุทธรณ์¹⁶

สำหรับตัวแทนประโยชน์สาธารณะ (der Vertreter des öffentlichen Interesses) ซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐในคดีใดคดีหนึ่งโดยลำพัง และคดีในเรื่องนั้นเป็นเรื่องการโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ในกรณีนี้เฉพาะตัวแทนประโยชน์สาธารณะดังกล่าวเท่านั้นที่มีสิทธิในการอุทธรณ์ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมไม่มีสิทธิในการอุทธรณ์ในคดีดังกล่าว

¹⁵ Redeker/Von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, § 65, S. 391

¹⁶ BVerwGE 38, 290 ; แต่อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวมีข้อยกเว้น โปรดดู Meyer-Ladewig, in : Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, Vorb. § 124 Rn. 37; และ Muenster NW VBI. 1990, 282

การบังคับคดีปกครองตามกฎหมายเยอรมัน

ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ

1. ข้อความทั่วไป

ตามกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองของสหพันธ์ (Gesetz ueber das Bundesverwaltungsgericht) ได้บัญญัติเรื่องการบังคับคดีปกครอง (die Vollstreckung) โดยการอ้างถึงมาตรา 704 - มาตรา 915 ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilprozessordnung - ZPO) และในส่วนของ การบังคับคดีปกครองต่อนิติบุคคลมหาชนให้นำกฎหมายของมลรัฐซึ่งจะต้องบังคับคดีในเขตมลรัฐนั้นมาบังคับใช้

ตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO) ก็เช่นเดียวกัน ได้บัญญัติหลักดังกล่าวไว้ในมาตรา 167 วรรค 1¹ VwGO ว่า ให้นำเรื่องการบังคับคดีที่กำหนดไว้ในบรรพ 8 ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ZPO) มาใช้บังคับกับคดีปกครองเท่าที่จะบังคับกับคดีปกครองได้ ซึ่งเนื้อหาของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่อาจนำมาใช้กับคดีปกครองได้ คือ หมวด 1 ถึงหมวด 4 ส่วนบทบัญญัติเกี่ยวกับคำสั่งให้คุ้มครองชั่วคราวนั้นได้มีการบัญญัติไว้แล้วในมาตรา 123 วรรค 3² VwGO นอกเหนือจากการที่ให้นำบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมแล้ว ตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) ได้มีการกำหนดเรื่องการบังคับคดีที่เป็นประโยชน์ต่อองค์กรของรัฐ (มาตรา 169) การบังคับคดีที่กระทำต่อองค์กรของรัฐ (มาตรา 170) เงื่อนไขของการบังคับคดี (มาตรา 171) การปรับเจ้าหน้าที่ของรัฐ (มาตรา 172) และข้อยกเว้นอื่น ๆ ตามที่

¹ บันทึกเสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง เมื่อวันที่ 14 มิถุนายน 2543 ในขณะที่ผู้เขียนดำรงตำแหน่งพนักงานคดีปกครอง 6ว สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง โดยสรุปความจาก Carl Hermann Ule, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl., Muenchen 1987, S. 398.

² น.บ., นบท., น.ม.(มหาชน), Magister Legum (LL.M), Doktor der Rechte (Dr.jur), ปัจจุบันดำรงตำแหน่งผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

¹ มาตรา 167 วรรค 1 VwGO “เท่าที่กฎหมายนี้มีได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับคดีในบรรพ 8 ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม ศาลที่บังคับคดีคือศาลที่พิจารณาเรื่องนั้นในชั้นต้น”

² มาตรา 123 (3) VwGO “การออกคำสั่งให้คุ้มครองชั่วคราวให้นำมาตรา 920 มาตรา 921 มาตรา 923 มาตรา 926 - 932 มาตรา 938 มาตรา 939 มาตรา 941 และมาตรา 945 ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม”

บัญญัติไว้ในมาตรา 167 วรรค 2³ VwGO การนำบทบัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้โดยอนุโลมมีผลทำให้การโต้แย้งการบังคับคดีอาจกระทำได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการฟ้องโต้แย้งการบังคับคดี (มาตรา 676 ZPO) การฟ้องคัดค้านการบังคับคดี (มาตรา 771 ZPO) คำร้องให้ระงับการบังคับคดีเป็นการชั่วคราว (มาตรา 769, มาตรา 771 วรรค 3 ZPO) ส่วนการฟ้องเพื่อโต้แย้งการบังคับคดีกรณีพิเศษมีการกำหนดไว้ในมาตรา 183 VwGO

การฟ้องโต้แย้งการบังคับคดีสามารถจะฟ้องโต้แย้งได้เฉพาะคำพิพากษาของศาลปกครองเท่านั้น แต่ไม่อาจจะโต้แย้งคำสั่งทางปกครองได้ สำหรับการฟ้องโต้แย้งการบังคับคดีของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ให้ฟ้องโต้แย้งคำพิพากษาที่กำหนดหน้าที่ให้แก่ฝ่ายปกครอง

2. ประเภทของการบังคับคดี (Vollstreckungsarten)

ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง (VwGO) ได้บัญญัติสำหรับการบังคับคดีที่เป็นประโยชน์ต่อองค์กรของรัฐ (มาตรา 169) การบังคับคดีต่อองค์กรของรัฐ (มาตรา 170) และการบังคับคดีจากคำพิพากษาที่กำหนดหน้าที่และคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่สั่งต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ (มาตรา 172) ส่วนการบังคับคดีจากคำพิพากษาที่เกี่ยวกับการฟ้องให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น มีเรื่องที่จะบังคับเฉพาะการชดใช้ค่าธรรมเนียมศาลเท่านั้น ซึ่งอาจแบ่งการบังคับคดีออกได้ 2 ลักษณะ คือ การบังคับคดีที่เป็นประโยชน์ต่อองค์กรของรัฐหรือการบังคับคดีต่อเอกชน และการบังคับคดีต่อองค์กรของรัฐ

2.1 การบังคับคดีที่เป็นประโยชน์ต่อองค์กรของรัฐ (Vollstreckung zugunsten der öffentlichen Hand)

ถ้าการบังคับคดีนั้นเป็นประโยชน์ต่อองค์กรของรัฐ กล่าวคือ เป็นประโยชน์ต่อสหพันธ์ มลรัฐ องค์กรการปกครองส่วนท้องถิ่น หรือนิติบุคคลมหาชนต่าง ๆ การบังคับคดีในกรณีนี้มีได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หากแต่เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 169 วรรคแรก⁴ VwGO ซึ่งได้กำหนดให้เป็นไปตามบทบัญญัติ

³ มาตรา 167 (2) VwGO “คำพิพากษาดำเนินการฟ้องให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองก็ดี หรือคำฟ้องให้ออกคำสั่งทางปกครองก็ดี อาจพิพากษาให้บังคับคดีได้เฉพาะการชดใช้ค่าธรรมเนียมศาลเท่านั้น”

⁴ มาตรา 169 (1) VwGO “ถ้าการบังคับคดีที่เป็นประโยชน์ต่อสหพันธ์ก็ดี มลรัฐก็ดี องค์กรการปกครองส่วนท้องถิ่นหรือนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนก็ดี กรณีนี้ให้นำการบังคับคดีตามกฎหมายว่าด้วยการบังคับการทางปกครอง (Verwaltungsvollstreckungsgesetz - VwVG) มาใช้บังคับโดยอนุโลม เจ้าหน้าที่ในการบังคับการทางปกครองตามความหมายของกฎหมายนี้คือ หัวหน้าของศาลชั้นต้น แต่หัวหน้าศาลชั้นต้นอาจให้เจ้าหน้าที่บังคับการทางปกครองอื่น ๆ หรือเจ้าพนักงานบังคับคดีเป็นผู้ดำเนินการดังกล่าวได้”

ของกฎหมายว่าด้วยการบังคับการทางปกครอง (Verwaltungsvollstreckungsgesetz - VwVG) การบังคับคดีที่เป็นประโยชน์แก่องค์กรของรัฐโดยทั่วไปแล้ว หากเป็นคำพิพากษาคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ถูกปฏิเสธฟ้องจะมีการกำหนดให้ต้องชดใช้ค่าธรรมเนียมศาลหรือค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ส่วนคำพิพากษาที่ให้กระทำการที่เป็นประโยชน์ต่อหน่วยงานของรัฐส่วนใหญ่แล้วมีความมุ่งหมายเพื่อการชำระเงิน การบังคับคดีโดยวิธีการบังคับให้กระทำการก็ดี หรือให้ละเว้นการกระทำก็ดี ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 169 วรรค 2 นั้น ในทางปฏิบัติมีไม่บ่อยครั้งนัก นอกจากนี้ คำพิพากษาที่จะต้องบังคับตามกฎหมายว่าด้วยการบังคับการทางปกครอง (VwVG) อาจทำการบังคับได้เฉพาะเมื่อเป็นการบังคับต่อบุคคลซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของสหพันธ์หรือของมลรัฐ หรือภายใต้อำนาจมหาชนขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นหรือนิติบุคคลมหาชนอื่น ๆ คำพิพากษาที่ให้กระทำการตามมาตรา 50 วรรค 1 ข้อ 1 VwGO ที่เป็นประโยชน์ต่อสหพันธ์แต่เป็นผลเสียต่อมลรัฐ หรือกรณีที่เป็นประโยชน์ต่อมลรัฐหนึ่งแต่เป็นผลเสียต่ออีกมลรัฐหนึ่ง ในกรณีนี้ไม่ว่าจะทำการบังคับคดีตามกฎหมายว่าด้วยการบังคับการทางปกครอง (VwVG) ได้ เพราะบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวไม่เหมาะสมที่จะใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างสหพันธ์กับมลรัฐหรือระหว่างมลรัฐด้วยกัน

สำหรับการบังคับคดีที่เป็นประโยชน์ต่อองค์กรของรัฐตามมาตรา 169 วรรค 1 VwGO ได้กำหนดไว้แตกต่างไปจากมาตรา 4 VwVG กล่าวคือ ตามมาตรา 169 วรรค 1 VwGO ได้กำหนดให้หัวหน้าศาลที่พิจารณาในชั้นต้น (der Vorsitzende des Gerichts des ersten Rechtszuges) เป็นเจ้าหน้าที่ในการบังคับคดีตามมาตรา 169 วรรค 1 VwGO แต่หัวหน้าศาลชั้นต้นอาจมอบให้เจ้าหน้าที่ในการบังคับคดีหรือเจ้าหน้าที่ของศาลเป็นผู้ดำเนินการบังคับคดี หากหัวหน้าศาลชั้นต้นไม่สามารถที่จะดำเนินการมาตรการในการบังคับคดีด้วยตนเองได้

2.2 การบังคับคดีต่อองค์กรของรัฐ (Vollstreckung gegen die öffentliche Hand)

การบังคับคดีในกรณีนี้เป็นไปตามมาตรา 170⁵ VwGO โดยได้กำหนดให้บังคับต่อสหพันธ์หรือมลรัฐ หรือองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติของ

⁵ มาตรา 170 VwGO (การบังคับคดีต่อองค์กรของรัฐ)

“(1) ถ้าการบังคับคดีกระทำต่อสหพันธ์ก็ดี ต่อมลรัฐก็ดี ต่อองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นก็ดี ต่อนิติบุคคลมหาชนก็ดี อันเป็นการบังคับคดีเพื่อให้ชำระเงิน กรณีนี้ให้ศาลชั้นต้นโดยการยื่นคำร้องของเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาออกคำสั่งในการบังคับคดี ให้ศาลกำหนดมาตรการในการบังคับคดีและแจ้งไปยังหน่วยงานที่มีอำนาจในการดำเนินการบังคับคดีดังกล่าว หน่วยงานที่ได้รับคำสั่งจากศาลมีความผูกพันที่จะต้องทำตามคำสั่งดังกล่าวโดยดำเนินการบังคับตามบทบัญญัติของกฎหมาย

มาตรา 882 a ZPO และบางกรณีให้นำกฎหมายว่าด้วยการบังคับคดีต่อนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน (Gesetz ueber die Zwangsvollstreckung gegen juristische Personen des oeffentlichen Rechts v. 11. 12. 1934) มาใช้บังคับด้วย ซึ่งการบังคับคดีในกรณีดังกล่าวเป็นการบังคับคดีเพื่อให้นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนชดใช้เงิน ช้อยกเว้นสำหรับการบังคับคดีในกรณีนี้มีเพียงกรณีของการบังคับคดีเพื่อให้สถาบันสินเชื่อตามกฎหมายมหาชนชดใช้เงินนั้นไม่อาจกระทำได้ การบังคับคดีต่อสถาบันสินเชื่อตามกฎหมายมหาชนให้ใช้บทบัญญัติทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ZPO) เพราะตามมาตรา 882a วรรค 3 (การบังคับคดีต่อนิติบุคคลมหาชน) ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ZPO) ที่จำกัดขอบเขตการบังคับคดีต่อนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนก็ไม่นำมาใช้กับสถาบันสินเชื่อตามกฎหมายมหาชนเช่นกัน

ถ้ามีกรณีที่จะต้องบังคับคดีต่อนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนจะต้องมีคำสั่งให้บังคับคดีของศาล คำสั่งของศาลดังกล่าวจะออกให้ก็ต่อเมื่อมีการยื่นคำร้องขอจากเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาก่อน (มาตรา 170 วรรค 1 VwGO) และศาลที่มีอำนาจในการออกคำสั่งให้บังคับคดีในกรณีนี้คือศาลชั้นต้น ก่อนที่ศาลจะออกคำสั่งให้บังคับคดี ตามมาตรา 170 วรรค 2 กำหนดให้ศาลต้องแจ้งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือในกรณีที่เป็นองค์กรของรัฐหรือนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนซึ่งจะถูกบังคับคดี ในกรณีนี้จะต้องแจ้งให้ตัวแทนขององค์กรดังกล่าวทราบเกี่ยวกับการบังคับคดี พร้อมทั้งเรียกร้องให้ดำเนินการตามคำสั่งศาลภายในระยะเวลาตามที่ศาลกำหนด ซึ่งจะต้องมีระยะเวลาไม่เกิน 1 เดือน ในกรณีที่มีคำสั่งให้คุ้มครองชั่วคราวไม่จำเป็นที่จะต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า หากองค์กรของรัฐไม่ดำเนินการตามที่ศาลกำหนด ให้ศาลกำหนดมาตรการในการบังคับคดี (มาตรา 170 วรรค 1) ศาลจะต้องพิจารณาว่า การบังคับคดีควรจะดำเนินการบังคับกับสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ หรือควรจะดำเนินการด้วย

(2) ศาลจะต้องแจ้งให้เจ้าหน้าที่หรือตัวแทนตามกฎหมายของนิติบุคคลมหาชนทราบเรื่องการบังคับคดีดังกล่าวก่อนการออกคำสั่งให้บังคับคดี พร้อมกับการแจ้งดังกล่าวให้ศาลแจ้งข้อเรียกร้องซึ่งหน่วยงานดังกล่าวจะต้องกระทำการภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ระยะเวลาดังกล่าวจะต้องไม่เกิน 1 เดือน

(3) การบังคับคดีต่อทรัพย์สินซึ่งมีเพื่อการบริการสาธารณะที่ดี หรือการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินดังกล่าวเป็นการขัดแย้งกับประโยชน์สาธารณะ ในกรณีนี้มิอาจทำการบังคับคดีต่อทรัพย์สินดังกล่าวได้ ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับการคัดค้านการบังคับคดีต่อทรัพย์สินดังกล่าวให้ศาลทำการวินิจฉัยโดยฟังความเห็นจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการตรวจสอบหรือรัฐมนตรีผู้มีอำนาจในเรื่องนั้น

(4) สำหรับสถาบันสินเชื่อตามกฎหมายไม่ให้นำความใน (1) ถึง (3) มาใช้บังคับ

(5) การแจ้งให้ทราบเรื่องการบังคับคดีที่ดี หรือการรักษาระยะเวลาเพื่อรอการบังคับคดีที่ไม่จำเป็นต้องนำมาใช้ หากเป็นการดำเนินการตามคำสั่งให้คุ้มครองชั่วคราว”

วิธีอื่น ๆ มาตรการในการบังคับคดีนั้นศาลจะไม่ดำเนินการเอง แต่ให้ศาลแจ้งไปยังองค์กรที่มีอำนาจในเรื่องนั้นดำเนินการดังกล่าว องค์กรที่ได้รับแจ้งมีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการตามที่ได้รับแจ้ง (มาตรา 170 วรรค 1) ในกรณีที่มีการบังคับเอากับทรัพย์สิน องค์กรผู้ที่มีอำนาจ คือ เจ้าพนักงานบังคับคดี (Gerichtsvollzieher) (มาตรา 753 วรรค 1 ZPO) ในกรณีของการบังคับเอากับสิทธิเรียกร้องหรือสิทธิในทางทรัพย์สิน องค์กรที่บังคับ คือ ศาลที่บังคับคดี (มาตรา 888 วรรค 1 ZPO) ซึ่งศาลที่บังคับคดีในกรณีนี้คือศาลชั้นต้น (มาตรา 167 วรรค 1 VwGO)

สำหรับการบังคับคดีในสังหาริมทรัพย์และที่ดิน ซึ่งไม่ใช่เป็นการบังคับในสิทธิเรียกร้องหรือสิทธิในทางทรัพย์สิน มาตรา 170 วรรค 3 VwGO ได้กำหนดไว้ว่าไม่อาจทำการบังคับคดีกับทรัพย์สินซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อการจัดทำภาระหน้าที่ในทางสาธารณะหรือหากมีการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินดังกล่าวจะเป็นการขัดแย้งกับประโยชน์สาธารณะ กรณีนี้เป็นข้อจำกัดที่สำคัญของมาตรา 3 ของกฎหมายว่าด้วยการบังคับคดีต่อนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน (Gesetz ueber die Zwangsvollstreckung gegen juristische Personen des oeffentlichen Rechts) ข้อห้ามในการบังคับคดีกับทรัพย์สินขององค์กรของรัฐดังกล่าวข้างต้นมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 882a ZPO เช่นกัน ซึ่งตามมาตราดังกล่าวการบังคับคดีกับทรัพย์สินในทางปกครองของนิติบุคคลมหาชนไม่อาจกระทำได้ ถ้าศาลได้มีคำสั่งตามมาตรา 170 วรรค 1 ให้บังคับคดีกับทรัพย์สินขององค์กรของรัฐ อันเป็นทรัพย์สินที่ไม่อาจบังคับคดีได้ ในกรณีนี้ลูกหนี้ตามคำพิพากษา (องค์กรของรัฐ) อาจยกข้อโต้แย้งต่อศาลได้ ก่อนที่ศาลจะวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับคำคัดค้านดังกล่าว ศาลจะต้องรับฟังเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการตรวจสอบ ในกรณีของสหพันธ์และของมลรัฐก็คือรัฐมนตรีที่มีอำนาจของกระทรวงนั้นๆ (มาตรา 170 วรรค 3 VwGO) การโต้แย้งคำวินิจฉัยของศาลอาจกระทำได้ภายในขอบเขตของมาตรา 146 วรรค 1 VwGO ซึ่งหมายถึงกรณีที่ศาลปกครองเป็นศาลที่ทำการบังคับคดี แต่หากเป็นการวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นสูงหรือศาลปกครองสหพันธ์กรณีนี้ไม่อาจทำการโต้แย้งได้

ในกรณีที่มีการพิพากษาให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งไม่ใช่เป็นกรณีของการชำระเงิน หากแต่เป็นการให้ออกคำสั่งทางปกครองที่ดีหรือให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่ดี ในกรณีนี้ให้ดำเนินการบังคับคดีตามมาตรา 888⁶ ZPO

⁶ มาตรา 888 ZPO

"(1) ถ้าการกระทำอันใดอันหนึ่งไม่อาจจะกระทำแทนโดยบุคคลที่สามได้ หากแต่ขึ้นอยู่กับความประสงค์ของลูกหนี้เท่านั้น ในกรณีนี้เมื่อเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาได้ยื่นคำร้องให้ศาลชั้นต้นวินิจฉัยให้ลูกหนี้ชำระเบี้ยปรับแทนการกระทำดังกล่าว และหากลูกหนี้ไม่กระทำการดังกล่าวภายในระยะเวลาที่

แต่อย่างไรก็ตาม ให้ใช้บทบัญญัติดังกล่าวภายใต้มาตรา 172⁷ VwGO และตามคำสั่งให้คุ้มครองชั่วคราว ซึ่งได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่ง คำพิพากษาให้กระทำการนั้น อาจเป็นคำพิพากษาในกรณีฟ้องให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวศาลได้พิพากษามาตรา 113 วรรค 1 VwGO ว่าจะให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ได้ดำเนินการตามคำสั่งทางปกครองไปแล้วอย่างไร คำพิพากษาซึ่งได้พิพากษาให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองละเว้นจากการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ในกรณีนี้จะต้องบังคับตามกฎหมายของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (มาตรา 888 ZPO) หรือบังคับตามมาตรา 172 VwGO นั้น กรณีนี้ยังมีความเห็นขัดแย้งกันอยู่⁸ กรณีการขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองก็ตีการให้ละเว้นการกระทำก็ดี และกรณีของคำสั่งให้คุ้มครองชั่วคราวก็ดี (มาตรา 123 VwGO) กฎหมายต้องการที่จะให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดำเนินการตามหน้าที่ที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำ ด้วยเหตุนี้มาตรา 172 VwGO จึงได้กำหนดว่าศาลชั้นต้นที่บังคับคดีจะต้องสามารถที่จะกำหนดวิธีการในการบังคับต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการตามคำพิพากษาก็ดี หรือไม่ดำเนินการตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก็ดี การกำหนดวิธีการบังคับคดีดังกล่าวของศาลจะกระทำเมื่อมีการยื่นคำร้องขอของโจทก์ สำหรับการกำหนดเบี้ยปรับแก่ฝ่ายปกครองที่ไม่ดำเนินการตามการบังคับคดี ศาลอาจกำหนดเบี้ยปรับได้ไม่เกิน 2,000 DM และในการกำหนดเบี้ยปรับดังกล่าวศาลจะต้องกำหนดระยะเวลาให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดำเนินการด้วย หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการเมื่อล่วงพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้ว ให้ทำการบังคับเพื่อให้ชำระเบี้ยปรับ การบังคับดังกล่าวให้ดำเนินการตามมาตรา 170 VwGO และถึงแม้จะมีการกำหนดเบี้ยปรับแล้วก็ยังสามารถกำหนดเบี้ยปรับและบังคับเพื่อให้ชำระเบี้ยปรับได้อีกหากฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการตามที่ศาลกำหนด เกี่ยวกับความเป็นไปได้ในการฟ้องโต้แย้งการบังคับคดีนั้นก็อาจกระทำได้ แต่อย่างไรก็ตาม ตามหลัก

กำหนดให้ดำเนินการบังคับกับลูกหนี้ เบี้ยปรับดังกล่าวห้ามมิให้กำหนดเกินกว่า 5,000 DM สำหรับการบังคับนั้นให้นำบทบัญญัติของหมวด 4 เกี่ยวกับการคุมขังมาบังคับใช้โดยอนุโลม..."

⁷ มาตรา 172 VwGO

"ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีของมาตรา 113 วรรค 1 และวรรค 5 และกรณีตามมาตรา 123 มิได้กระทำการหน้าที่ที่ได้กำหนดไว้ในคำพิพากษาก็ดี หรือในคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก็ดี กรณีนี้ให้ศาลชั้นต้นโดยคำร้องขอของเจ้านี้ตามคำพิพากษาอาจกำหนดเบี้ยปรับได้ไม่เกิน 2,000 DM หากพ้นกำหนดระยะเวลาที่ศาลกำหนดแล้วยังมิได้ทำการชำระเบี้ยปรับในกรณีนี้ให้ทำการบังคับคดี เบี้ยปรับดังกล่าวอาจกำหนดซ้ำใหม่และบังคับตามที่กำหนดนั้นได้"

⁸ Carl Hermann Ule, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl., Muenchen 1987, S.406.

นิติรัฐนั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองควรจะดำเนินการตามหน้าที่ของตน โดยไม่จำเป็นต้องให้มีการเตือนว่าจะใช้วิธีการบังคับ ซึ่งในช่วงทศวรรษ 1960 มีกรณีหลายกรณีที่ฝ่ายปกครองได้ทำการปฏิเสธที่จะทำตามคำพิพากษา แม้จะมีการกำหนดเบี้ยปรับและกำหนดวิธีการบังคับคดีแล้วก็ตาม ซึ่งจากปัญหาดังกล่าวจึงได้มีความพยายามในการหาความเป็นไปได้ในการบังคับคดีต่อองค์กรของรัฐ โดยวิธีการอื่นที่มีผลในทางปฏิบัติที่ดีกว่าวิธีการที่ใช้กันอยู่

ปัญหาการบังคับคดีปกครองตามกฎหมายไทยและแนวทางแก้ไข โดยเทียบเคียงกับกฎหมายฝรั่งเศส¹

ดร.บุญอนันต์ วรรณพานิชย์

การบังคับคดีปกครองนับเป็นประเด็นสำคัญอย่างยิ่งอีกประเด็นหนึ่ง เนื่องจากเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับ "ประสิทธิภาพ" ของการมีศาลปกครอง ทั้งนี้ เพราะเหตุว่าเมื่อศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งแล้ว สิ่งที่ศาลปกครองตัดสินไปจะบรรลุผลตามคำพิพากษาหรือไม่เพียงใด ขึ้นอยู่กับระบบการบังคับคดีด้วยเช่นกัน

อย่างไรก็ดี ดูเหมือนว่านักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ยังให้ความสนใจเรื่องการบังคับคดีปกครองค่อนข้างน้อย และแม้แต่การยกร่างและการตรากฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองก็อาจยังไม่ได้ให้ความสนใจเรื่องนี้เท่าที่ควร

บันทึกฉบับนี้มุ่งหมายให้เป็นงานศึกษาเบื้องต้นในเรื่องการบังคับคดีปกครองเท่านั้น เพราะเรื่องนี้มีหลักเกณฑ์ในรายละเอียดอยู่มาก และที่สำคัญ งานศึกษาที่จะมีความสมบูรณ์ในเรื่องนี้จะต้องศึกษาวิเคราะห์ไปพร้อมกับเรื่องประเภทคดีปกครอง¹ และอำนาจของศาลปกครองในคดีแต่ละประเภทอย่างลึกซึ้งด้วย จึงจะทำให้เข้าใจระบบต่าง ๆ ทั้งหมดในที่นี้จึงประสงค์ที่จะชี้ให้เห็นประเด็นต่าง ๆ ในเรื่องนี้เป็นปัญหาและเสนอแนะแนวทางแก้ไขเท่าที่จะสามารถกระทำได้ในขณะนี้

เพื่อให้การพิจารณาทำความเข้าใจเป็นไปโดยสะดวกและชัดเจนยิ่งขึ้น บันทึกฉบับนี้จะขอแยกประเด็นการพิจารณาเป็น 3 ประเด็นใหญ่ ๆ โดยในประเด็นที่หนึ่งจะชี้ให้เห็นถึงสภาพทั่วไปของระบบการบังคับคดีเท่าที่มีการกำหนดโดยกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองเป็นลำดับแรก จากนั้นจะแจกแจงปัญหาดังต่าง ๆ ในเรื่องนี้เป็นประเด็นที่สอง แล้ว

¹ เอกสารนี้ปรับปรุงขึ้นจากเอกสารที่ได้จัดทำในขณะที่ผู้เขียนปฏิบัติหน้าที่ในสำนักวิจัยและวิชาการ โดยยังคงรักษาเค้าโครงและเนื้อหาหลักไว้เช่นเดิม แต่ได้ปรับปรุงเฉพาะในส่วนของถ้อยคำเพื่อให้เข้าใจได้ชัดเจนยิ่งขึ้น

² น.บ. (จุฬาฯ), นบท., น.ม. (จุฬาฯ), ปริญญาเอกทางกฎหมายมหาชน (Docteur en Droit) เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง มหาวิทยาลัย Toulouse ประเทศฝรั่งเศส, ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองกลาง และตุลาการผู้แถลงคดีในศาลปกครองสูงสุด

³ โปรดดู บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, บันทึกเรื่อง ประเภทคดีปกครองและผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองแต่ละประเภท, สำนักงานศาลปกครอง, 3 กรกฎาคม 2543

จึงจะทำการวิเคราะห์พร้อมทั้งเสนอแนวทางแก้ไขโดยเทียบเคียงกับกฎหมายฝรั่งเศสเป็นประเด็นสุดท้าย

1. สภาพโดยทั่วไปของระบบการบังคับคดีดังที่ปรากฏตามบทบัญญัติของกฎหมาย

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติถึงอำนาจของศาลปกครองในการพิพากษาหรือมีคำสั่ง และระบบการบังคับคดีไว้แยกตามลักษณะของประเภทคดีปกครอง ซึ่งพิจารณาได้จากมาตรา 9 และมาตรา 72 โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

1.1 คดีพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)²

ในคดีประเภทนี้ กฎหมายกำหนดให้ศาลมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับโดยสั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่ง หรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1)³ และกฎหมายกำหนดไว้ว่า ศาลมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับด้วยว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนด

² พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างชั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

ฯลฯ

ฯลฯ

³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 72 ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

ฯลฯ

ฯลฯ

ให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 72 วรรคสอง⁴ ส่วนเรื่องการบังคับคดีไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้

1.2 คดีพิพาทเกี่ยวกับการละเลยหน้าที่หรือการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าของฝ่ายปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2)⁵

ในคดีประเภทนี้ กฎหมายกำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งให้หัวหน้าหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลกำหนด ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (2)⁶ ส่วนเรื่องการบังคับคดีกฎหมายไม่ได้มีบทบัญญัติไว้แต่อย่างใด

⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 72 ในการพิพาทคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

ในการมีค่าบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลัง หรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

ฯลฯ

ฯลฯ

⁵ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

ฯลฯ

ฯลฯ

⁶ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 72 ในการพิพาทคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(2) สั่งให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายในกำหนดเวลาที่ศาลปกครองกำหนด ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

1.3 คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของฝ่ายปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3)⁷

คดีประเภทนี้มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3)⁸ บัญญัติไว้ว่า ศาลมีอำนาจสั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ หากไม่มีการชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน มาตรา 72 วรรคสี่⁹ กำหนดเรื่องการบังคับคดีไว้ว่า ศาลอาจมีคำสั่งให้มีการบังคับคดีแก่ทรัพย์สิน

⁷ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

ฯลฯ

ฯลฯ

⁸ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 72 ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(3) สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ฯลฯ

ฯลฯ

⁹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 72 ฯลฯ

ฯลฯ

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำบังคับให้ผู้ใดชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินตามคำพิพากษา ถ้าผู้นั้นไม่ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน ศาลปกครองอาจมีคำสั่งให้มีการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของบุคคลนั้นได้

ฯลฯ

ฯลฯ

ของบุคคลนั้นได้ ซึ่งบทบัญญัติวรรคห้า¹⁰ กำหนดให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

1.4 คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4)¹¹

กฎหมายกำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งในคดีประเภทนี้ได้เช่นเดียวกับกรณีคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิด คือ สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ และในกรณีที่ไม่มี การชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินนั้น กฎหมายก็กำหนดให้มีการบังคับคดีเช่นเดียวกับคดีความรับผิด คือให้ศาลมีอำนาจสั่งให้มีการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของบุคคลนั้นได้ ตามมาตรา 72 วรรคสี่¹² และให้อนุโลมบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับในเรื่องการบังคับคดีตามความในวรรคห้า¹³

1.5 คดีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (5)¹⁴

¹⁰ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 72 ชลช ชลช

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำบังคับตามวรรคหนึ่ง (5) หรือตามวรรคสี่ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ชลช ชลช

¹¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

ชลช ชลช

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ชลช ชลช

¹² โปรดดูเชิงอรรถที่ 9, ข้างต้น

¹³ โปรดดูเชิงอรรถที่ 10, ข้างต้น

¹⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

ชลช ชลช

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

ชลช ชลช

ในคดีประเภทนี้ กฎหมายกำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (5)¹⁵ โดยในการบังคับคดีกรณีนี้ มาตรา 72 วรรคห้า¹⁶ กำหนดให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

1.6 คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่ถูกกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (6)¹⁷

ในกรณีนี้ไม่มีบทบัญญัติว่าศาลมีอำนาจสั่งอย่างใดและจะต้องมีการบังคับคดีอย่างไร

2. ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับคดี

2.1 ปัญหาต่าง ๆ ในการบังคับคดีแต่ละประเภท

2.1.1 การบังคับคดีในคดีฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

ในคดีประเภทนี้ เป็นกรณีที่ถือว่าไม่เป็นปัญหามากนักในเรื่องการบังคับคดี เพราะคำพิพากษาและคำบังคับที่ศาลกำหนดมีผลต่อสถานะทางกฎหมายของกฎหรือคำสั่งนั้น ๆ โดยตรง กล่าวคือ จะมีผลให้กฎหรือคำสั่งนั้นไม่มีอยู่ และเป็นการเพิกถอนโดยศาล ส่วนขอบเขตของผลจะมีเพียงใด กฎหมายก็ได้บัญญัติไว้ให้มีความยืดหยุ่นที่ศาลอาจพิจารณากำหนดได้ให้เหมาะสมกับเรื่อง โดยมีบทบัญญัติรองรับเรื่องนี้ไว้แล้วตามมาตรา 72 วรรคสอง อย่างไรก็ดี ในคดีประเภทนี้ซึ่งศาลสั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งอาจมีการแสดงออกในทางที่ไม่เคารพคำพิพากษาได้เช่นกันในสองลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะแรก หลังจากที่ศาลเพิกถอนกฎ

¹⁵ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 72 ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด

ดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(5) สั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย

¹⁶ โปรดดูเชิงอรรถที่ 9, ข้างต้น

¹⁷ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่ถูกกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

หรือคำสั่งไปแล้ว ฝ่ายปกครองก็ยังคงออกกฎหรือคำสั่งในรูปแบบและเนื้อหาอย่างเดียวกันนั้น อยู่อีก ซึ่งถือเป็นกฎหรือคำสั่งอันใหม่ ลักษณะที่สอง ฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการออกมาตรการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้สถานะทางกฎหมายของผู้ขณะคดีกลับคืนสู่สถานะเดิมก่อนมีการออกกฎหรือคำสั่งดังกล่าว ในกรณีนี้แสดงออกถึงการไม่เคารพคำพิพากษาเหล่านี้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ไม่ได้มีบทบัญญัติกล่าวถึงไว้

สำหรับกรณีเกี่ยวกับ "การกระทำอื่นใด" นั้น มีปัญหาให้ต้องพิจารณา

หลายประการ

ปัญหาประการแรก คำว่า "การกระทำอื่นใด" ในที่นี้มีความหมายอย่างไร ซึ่งหากพิจารณา "ถ้อยคำ" ต่าง ๆ ในเรื่องนี้ประกอบแล้ว ทำให้เข้าใจไปได้ว่า หมายถึง **การกระทำทางกายภาพหรือทางวัตถุ (material act)** เป็นหลัก ทั้งนี้ เพราะในส่วนของคำบังคับนั้น กฎหมายได้กำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งห้ามการกระทำ ซึ่งกรณีที่เป็นกรกระทำทางกฎหมาย (เช่นกฎหรือคำสั่ง) ย่อมไม่มีกรณีที่ต้องสั่งห้ามกระทำ อย่างไรก็ดี การใช้คำกว้าง ๆ ว่า "การกระทำอื่นใด" ก็อาจทำให้แปลความว่าหมายถึงการกระทำทางกฎหมายใด ๆ ก็ได้ที่ไม่ได้อยู่ในรูปของกฎหรือคำสั่ง ซึ่งการแปลความเช่นนี้มีผลดีเช่นกัน เพราะเปิดโอกาสให้ศาลปกครองพัฒนาหลักนิติกรรมทางปกครอง (acte administratif) ได้อย่างยืดหยุ่นมากขึ้น อาทิเช่น การพัฒนาหลักเกี่ยวกับเรื่องการทำในรูปของหนังสือเวียนหรือคำแนะนำ การปฏิบัติของฝ่ายปกครอง แต่การพัฒนาหลักในแนวทางนี้ก็อาจติดขัดปัญหาการยึดติดเรื่องถ้อยคำของผู้ใช้กฎหมายไทย เพราะยังไม่ชัดเจนว่าหนังสือเวียนที่เป็นการวางกฎเกณฑ์ (circulaire à caractère réglementaire) ซึ่งกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าศาลปกครองสามารถตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยกฎหมายได้นั้น ในการพิจารณาของนักนิติศาสตร์ไทยจะถือว่าเป็น "คำสั่ง" หรือ "กฎ" อย่างหนึ่งด้วยหรือไม่ และหากไม่ถือว่าเป็น "คำสั่ง" หรือ "กฎ" โดยถือว่าเป็น "การกระทำอื่นใด" แล้ว ก็ต้องติดขัดกับปัญหาว่ากรณีเช่นนี้ถ้อยคำของกฎหมายรองรับไปในทางที่ว่า ศาลจะต้องสั่งห้ามการกระทำ ซึ่งก็จะไม่ตรงกับระบบการควบคุมตรวจสอบที่ยึดถือกันอยู่ในต่างประเทศอีก เพราะควรจะต้องมีการเพิกถอนหนังสือเวียนมากกว่าการสั่งห้ามเวียนหนังสือ

ปัญหาประการที่สอง หาก "การกระทำอื่นใด" หมายถึง การกระทำทางกายภาพจริง การฟ้องคดีเกี่ยวกับ "การกระทำอื่นใด" ไม่ควรเขียนรวมไว้เป็นกรณีเดียวกับการฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือคำสั่ง ทั้งนี้ เพราะเหตุที่จะใช้ในการตรวจสอบไม่มีลักษณะอย่างเดียวกัน โดยเหตุเพิกถอนตามที่บัญญัติในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) นั้น โดยหลักจะเป็นเหตุเพิกถอนในคดีฟ้องขอให้เพิกถอน "นิติกรรมทางปกครอง" (cas

d'ouverture) เช่น การออกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการ ส่วนการกระทำทางกายภาพ เช่น การสร้างสะพานลอยข้ามถนนนั้น น่าคิดว่า จะมีกรณีใดบ้าง ที่มีการนำมาฟ้องคดีว่าเป็นการก่อสร้างโดยไม่ถูกต้องตาม “รูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการ” !

ปัญหาประการที่สาม ถ้าเป็นการกระทำทางกายภาพและศาลได้สั่งห้ามการกระทำแล้ว แต่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตาม จะบังคับคดีกันต่อไปอย่างไร ในกรณีนี้ **พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ไม่ได้กล่าวถึง**

2.1.2 การบังคับคดีในคดีพิพาทเกี่ยวกับการละเลยหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

ในกรณีนี้ ศาลจะมีอำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามหน้าที่ โดยศาลจะกำหนดระยะเวลาให้ปฏิบัติไว้ให้ด้วย ดังที่กล่าวมาแล้ว ปัญหาการบังคับคดีกรณีนี้คือ หากฝ่ายปกครองยังคงไม่ปฏิบัติภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดจะมีการบังคับคดีได้อย่างไร ซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ **ไม่ได้บัญญัติเอาไว้**

2.1.3 การบังคับคดีในคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบจากการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น

หากพิจารณาถ้อยคำของมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) ตามที่กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่า ศาลมีอำนาจสั่งได้ 4 กรณี ได้แก่ (1) สั่งให้ใช้เงิน (2) สั่งให้ส่งมอบทรัพย์สิน (3) สั่งให้กระทำการ หรือ (4) สั่งให้งดเว้นกระทำการ

ปัญหาอันเกิดจากตัวบทกฎหมายในเรื่องนี้มีดังต่อไปนี้

ปัญหาประการแรก กฎหมายกล่าวถึงการบังคับคดีแต่เพียงกรณีที่ไม่มีการชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน จึงมีปัญหว่า ในกรณีสั่งให้กระทำการหรือให้งดเว้นกระทำการ หากไม่มีการปฏิบัติตาม จะบังคับคดีอย่างไร

ปัญหาประการที่สอง ซึ่งเป็นปัญหาที่สำคัญยิ่งขึ้นไปอีก ได้แก่ ปัญหาที่ว่า ในกรณีที่ไม่มีเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินนั้น กฎหมายกำหนดให้มีการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของ “บุคคล” นั้นได้ โดยในการบังคับคดีให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม ซึ่งเป็นปัญหาว่าจะใช้บังคับบทบัญญัติทั้งหลายในเรื่องนี้ได้หรือไม่ อย่างไร

ปัญหาในประการที่สองนี้มีอยู่ด้วยกัน 2 ลักษณะ กล่าวคือ **ในด้านหนึ่ง**ถ้อยคำที่ใช้ตามมาตรา 72 วรรคสี่ ที่ว่า “บุคคล” นั้น โน้มไปในทางที่ว่าเป็นกรณีที่สั่งให้ฝ่ายเอกชนเป็นผู้ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน เพราะโดยปกติเมื่อจะให้หมายถึงฝ่ายปกครอง กฎหมายก็จะใช้ถ้อยคำที่แจ้งชัด (“หน่วยงานทางปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่

ของรัฐ") แต่หากเข้าใจเช่นนี้ก็จะขัดกับประเภทคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) ที่ชี้ไปในทางที่ว่า เป็นคดีที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ถูกฟ้องคดี ผู้ที่อาจถูกศาลสั่งให้ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินจึงน่าจะได้แก่ฝ่ายปกครอง มิใช่ฝ่ายเอกชน และเป็นปัญหาในด้านมุมมองเกี่ยวกับคดีปกครอง โดยทำให้เกิดความสับสนขึ้นว่า แท้จริงแล้ว คดีปกครองอาจเป็นคดีที่เอกชนหรือฝ่ายปกครองอาจเป็นผู้ฟ้องคดีหรือผู้ถูกฟ้องคดีได้โดยเสมอกันเช่นเดียวกับในคดีแพ่ง ในอีกด้านหนึ่ง หากแปลความว่า คำว่า "บุคคล" ในที่นี้มิได้มีความหมายจำกัดเฉพาะฝ่ายเอกชน แต่หมายถึงฝ่ายปกครองด้วย ก็จะเป็นปัญหาในการบังคับคดี ทั้งนี้ เพราะระบบบังคับคดีแก่ทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้แก่ การยึดหรืออายัดทรัพย์สินเพื่อขายทอดตลาด แต่ทรัพย์สินของฝ่ายปกครองนั้นโดยหลักจะไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี ตามมาตรา 285 (4)¹⁸ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพราะเป็นทรัพย์สินที่โอนให้แก่กันมิได้ และกฎหมายห้ามมิให้ยึดทรัพย์สินของแผ่นดินไม่ว่าจะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือไม่ก็ตาม¹⁹ ซึ่งกรณีดังกล่าวครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินของราชการทุกส่วน และแม้แต่รัฐวิสาหกิจด้วย อนึ่ง ในกรณีของรัฐวิสาหกิจนั้น แม้ว่าบางแห่งกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจจะใช้

¹⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 285 ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาต่อไปนี้ ย่อมไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี

ฯลฯ

ฯลฯ

(4) ทรัพย์สินอย่างใดที่โอนกันไม่ได้ตามกฎหมาย หรือตามกฎหมายย่อมไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี

¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1304 สาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น รวมทรัพย์สินทุกชนิดของแผ่นดินซึ่งใช้เพื่อสาธารณประโยชน์หรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกัน เช่น

(1) ที่ดินรกร้างว่างเปล่า และที่ดินซึ่งมีผู้เวนคืนหรือทอดทิ้งหรือกลับมาเป็นของแผ่นดิน โดยประการอื่นตามกฎหมายที่ดิน

(2) ทรัพย์สินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน เป็นต้นว่า ที่ชายดลิ่ง ทางน้ำ ทางหลวง ทะเลสาบ

(3) ทรัพย์สินใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ เป็นต้นว่า ป้อมและโรงทหาร สำนักราชการบ้านเมือง เรือรบ อาวุธยุทโธปกรณ์

มาตรา 1305 ทรัพย์สินซึ่งเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้นจะโอนแก่กันมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจแห่งบทกฎหมายเฉพาะหรือพระราชกฤษฎีกา

มาตรา 1307 ท่านห้ามมิให้ยึดทรัพย์สินของแผ่นดินไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือไม่

ถ้อยคำขยายความลักษณะของทรัพย์สินที่ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี เช่น ใช้คำว่า "ทรัพย์สินซึ่งใช้หรือจะใช้ในการดำเนินการเพื่อประสิทธิภาพ"²⁰ หรือคำว่า "ทรัพย์สินซึ่งใช้เพื่อดำเนินกิจการและเพื่อประสิทธิภาพ"²¹ เป็นต้น แต่ก็เห็นได้ว่าการใช้ถ้อยคำดังกล่าวแทบจะไม่ส่งผลในการกำหนดขอบเขตทรัพย์สินที่จะไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีให้แคบลงไปได้แต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติในส่วนที่กำหนดให้บังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินและให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมจึงไม่น่าจะใช้บังคับได้จริง ๆ เมื่อคำนึงถึงระบบกฎหมายของไทยที่เป็นอยู่

ปัญหาประการที่สาม หากไม่สามารถบังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินของฝ่ายปกครองได้แล้ว มีปัญหาต่อไปว่า เมื่อฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล จะมีวิธีการบังคับได้อย่างไร ซึ่งในปัญหานี้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ไม่ได้กล่าวถึงไว้

2.1.4 การบังคับคดีในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ถึงแม้ว่ากฎหมายได้บัญญัติแยกการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองออกเป็นอีกกรณีหนึ่งต่างหากจากคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบจากการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นก็ตาม แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับระบบการบังคับคดีนั้น กฎหมายได้บัญญัติให้ใช้ระบบเดียวกัน ดังนั้น ปัญหาในการบังคับคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจึงเป็นเช่นเดียวกับในคดีความรับผิดดังที่กล่าวมาแล้ว กล่าวคือ มีปัญหาว่าไม่สามารถบังคับเอากับทรัพย์สินของฝ่ายปกครองได้ เพราะต้องห้ามตามกฎหมาย และหากไม่มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล กฎหมายก็ไม่ได้กำหนดวิธีการอื่นในการบังคับคดีเอาไว้

2.1.5 การบังคับคดีในคดีพิพาทที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับบุคคล

คดีในกรณีดังกล่าวนี้ ในระบบกฎหมายไทยปัจจุบันมีอยู่จำนวนน้อย ตัวอย่างที่แจ่มชัดคือ กรณีเจ้าท่าร้องขอต่อศาลเพื่อมีคำสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารล่วงล้ำลำน้ำหรือถนนอาคาร ตามมาตรา 118 ทวิ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำสยาม พ.ศ. 2456 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2535) ซึ่งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ กำหนดให้ศาลปกครอง

²⁰ มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522

²¹ มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2497

มีอำนาจสั่งให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการได้ และในกรณีนี้การบังคับคดีจะนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม ดังที่กล่าวมาแล้ว

เมื่อในกรณีนี้เป็นการสั่งให้หรือถอนอาคารล่วงล้ำลำน้ำ การนำเรื่องการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม จึงได้แก่การร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับให้บุคคลภายนอกกระทำการอันนั้นโดยให้ลูกหนี้ (เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร) เสียค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ ตามมาตรา 213 วรรคสอง²² แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบกับมาตรา 276 วรรคสาม²³ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง²⁴

²² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 213 ๔๗๔

๔๗๔

เมื่อสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้ ถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการอันหนึ่งอันใด เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับให้บุคคลภายนอกกระทำการอันนั้นโดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่ายให้ก็ได้ แต่ถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการนิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งไว้ ศาลจะสั่งให้ถือเอาตามคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ก็ได้

๔๗๔

๔๗๔

²³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 276 ๔๗๔

๔๗๔

ในกรณีที่ออกหมายบังคับคดีให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาส่งมอบทรัพย์สิน กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือให้ขับไล่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา ให้ศาลระบุเงื่อนไขแห่งการบังคับคดีลงในหมายนั้นตามบทบัญญัติมาตรา 213 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้ศาลกำหนดการบังคับคดีเพียงเท่าที่สภาพแห่งการบังคับคดีจะเปิดช่องให้ทำได้โดยทางศาลหรือโดยทางเจ้าพนักงานของศาล

²⁴ อย่างไรก็ดี การบังคับทางปกครองได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว ซึ่งเป็นระบบที่เหมาะสมกับการดำเนินงานทางปกครอง ดังนั้น จึงมีข้อนำพิจารณาว่า สมควรให้อนุโลมการบังคับทางปกครองตามกฎหมายดังกล่าวมาใช้ จะเหมาะสมกว่าหรือไม่

2.1.6 การบังคับคดีในคดีพิพาทที่กฎหมายเฉพาะกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

ในปัจจุบัน มีกรณีที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองอย่างแจ่มชัดอยู่ 2 กรณี ได้แก่ การฟ้องเรื่องเงินค่าทดแทนตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 และการฟ้องโต้แย้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการบริหารการผังเมืองส่วนท้องถิ่นหรือคณะกรรมการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 และมีอีกหนึ่งกรณีที่อาจต้องรอให้มีการตีความกันเสียก่อนเมื่อศาลปกครองเปิดทำการไปแล้ว เพราะกฎหมายใช้เพียงคำว่า "ศาล" ได้แก่ กรณีการฟ้องเรื่องเงินค่าทดแทนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530

ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับเงินค่าทดแทนนั้น ปัญหาในการบังคับคดีก็จะเป็นเช่นเดียวกับกรณีการสั่งให้ใช้เงินตามที่กล่าวมาข้างต้น ส่วนกรณีการฟ้องตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมืองนั้น โดยหลักก็ไม่น่าจะมีปัญหาเพราะรูปเรื่องเป็นการฟ้องโต้แย้งคำวินิจฉัยซึ่งคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองจะเป็นการให้เพิกถอนคำวินิจฉัยดังกล่าวเท่านั้น

2.2 สรุปลักษณะของปัญหาในการบังคับคดี

ลักษณะของปัญหาในการบังคับคดีปกครองตามกฎหมายไทยตามที่กล่าวมาข้างต้น อาจสรุปเพื่อให้เกิดความเข้าใจง่ายขึ้นว่า มีอยู่ด้วยกัน 2 ลักษณะใหญ่ ๆ ได้แก่

2.2.1 ปัญหาอันเนื่องมาจากช่องว่างของกฎหมาย

ลักษณะของปัญหาที่ถือว่าเป็นช่องว่างของกฎหมายนี้ ได้แก่ กรณีที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ไม่ได้มีบทบัญญัติกล่าวถึงเรื่องบังคับคดีไว้แต่อย่างใด ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 4 กรณี ดังนี้

ก. กรณีการฟ้องโต้แย้ง "การกระทำอื่นใด" ของฝ่ายปกครองว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้เพียงว่าศาลปกครองมีอำนาจสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วนตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แต่หากฝ่ายปกครองฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ว่าจะบังคับคดีกันอย่างไร

ข. กรณีการฟ้องว่าฝ่ายปกครองละเลยหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) ซึ่งศาลปกครองจะมีคำสั่งให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติภายในเวลาที่ศาลกำหนดตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (2) ในกรณีนี้ หากฝ่ายปกครองยังคงฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้ากว่ากำหนดเวลาที่ศาลกำหนดให้ กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้เช่นกันว่าจะบังคับคดีกันอย่างไร

ค. กรณีการฟ้องเกี่ยวกับคดีความรับผิดชอบตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) ซึ่งกฎหมายเขียนให้เข้าใจได้ว่า ศาลอาจมีคำสั่งให้กระทำการหรือดเว้นกระทำการตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) นั้น กฎหมายไม่ได้เขียนเรื่องบังคับคดีไว้หากฝ่ายปกครองฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา

ง. กรณีการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ซึ่งกฎหมายเขียนให้เข้าใจได้ทำนองเดียวกับการฟ้องคดีความรับผิดชอบ ศาลอาจมีคำสั่งให้กระทำการหรือดเว้นกระทำการ จึงมีปัญหาเช่นกันว่าหากฝ่ายปกครองฝ่าฝืน จะบังคับคดีอย่างไร เพราะกฎหมายไม่ได้เขียนไว้

ทั้ง 4 กรณีที่กล่าวมาข้างต้นนี้เป็นกรณีที่ขัดแย้งว่า กฎหมายไม่ได้มีบทบัญญัติรับไว้ในเรื่องการบังคับคดี และในกรณีเหล่านี้พึงเข้าใจด้วยว่า ไม่ใช่กรณีการให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (5) ซึ่งจากการพิจารณาลักษณะการบัญญัติกฎหมายแล้วควรแปลความว่าเป็นบทบัญญัติที่เขียนไว้รับกับการฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (5) มากกว่า

หากพิจารณาปัญหาในลักษณะที่เป็นช่องว่างของกฎหมายแล้วยังพบว่าระดับของปัญหามีอยู่ด้วยกัน 2 ระดับ

ปัญหาระดับแรก เมื่อกฎหมายไม่ได้บัญญัติเรื่องบังคับคดีสำหรับกรณีเหล่านี้ไว้ และไม่ได้บัญญัติให้นำเรื่องการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมด้วย โดยหลักจึงต้องแปลความว่าไม่สามารถนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ได้

ปัญหาระดับที่สอง หากจะถือว่า แม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้นำเรื่องการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมก็ตาม แต่เมื่อไม่มีวิธีการบังคับคดี ศาลปกครองก็อาจต้องนำเอาแนวทางการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาปรับใช้ได้ กรณีนี้จะติดปัญหาสภาพการบังคับคดีทางแพ่งไม่สอดคล้องกับลักษณะงานและการจัดองค์กรทางบริหาร กล่าวคือ ในการบังคับคดีทางแพ่งกรณีที่ศาลพิพากษาให้กระทำหรือให้งดเว้นกระทำการนี้ จะมีวิธีการบังคับคดีอยู่ 3 วิธีการหลัก ๆ ด้วยกัน ได้แก่ (1) การให้บุคคลภายนอกกระทำการแทนโดยลูกหนี้เป็นผู้เสียค่าใช้จ่าย ดังที่กล่าวมาแล้ว (2) การให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ในกรณีที่โจทก์ขอให้จำเลยทำนิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 213 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบกับมาตรา 276 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

และ (3) การจับกุมและกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษามาตรา 297²⁵ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งทั้ง 3 วิธีการมีปัญหาว่าจะนำมาใช้บังคับกับฝ่ายปกครองได้หรือไม่เพียงใด แต่เห็นได้ชัดว่าไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้ในทุกกรณี โดยการทำงานของฝ่ายปกครองในบางกรณีนั้น สภาพของงานไม่สามารถให้บุคคลภายนอกทำแทนแล้วให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายได้ บางกรณีฝ่ายปกครองต้องเป็นผู้พิจารณาและตัดสินใจเองจึงไม่อาจให้ถือเอาคำพิพากษาศาลแทนการแสดงเจตนาได้เช่นกัน และโดยที่ถือว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำการแทนรัฐ หากไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา โดยหลักก็ไม่สมควรให้มีการจับกุมหรือกักขังเจ้าหน้าที่ เพราะจะกระทบต่องานเรื่องอื่น ๆ ที่อยู่ในความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวได้

2.2.2 ปัญหาอันเนื่องมาจากบทกฎหมายที่มีอยู่ใช้บังคับได้ยากหรือไม่อาจใช้บังคับได้

ปัญหาในลักษณะนี้คือ กฎหมาย (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ) ได้มีบทบัญญัติในเรื่องการบังคับคดีเอาไว้ แต่เมื่อพิจารณาระบบกฎหมายไทยทั้งระบบแล้ว เห็นได้ว่าใช้บังคับได้ยากหรือไม่อาจใช้บังคับได้เลย อันได้แก่ กรณีต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดให้ศาลสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน โดยกรณีเหล่านี้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ กำหนดให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้โดยอนุโลม แต่ติดปัญหาที่กฎหมายห้ามมิให้มีการบังคับคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินของรัฐ ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

²⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 297 ภายใต้บังคับมาตรา 296 ทวิ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาชอบที่จะยื่นคำขอฝ่ายเดียว โดยทำเป็นคำร้องต่อศาลไม่ว่าเวลาใด ๆ นับแต่ระยะเวลาที่กำหนดไว้เพื่อการปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ขอให้มีการบังคับได้ล่วงพ้นไปจนถึงเวลาที่มีการบังคับคดีได้เสร็จสิ้นลง ขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งจงใจไม่ปฏิบัติตามหมายบังคับคดี

ห้ามมิให้ศาลอนุญาตตามคำขอนั้น เว้นแต่จะเป็นที่พอใจจากพยานหลักฐานซึ่งผู้ร้องนำมาสืบหรือที่ศาลเรียกมาสืบว่า

(1) ลูกหนี้ตามคำพิพากษาสามารถที่จะปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ ถ้าได้กระทำการโดยสุจริต และ

(2) ไม่มีวิธีบังคับอื่นใดที่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาจะใช้บังคับได้

3. แนวทางแก้ไขปัญหาดูโดยเทียบเคียงกับกฎหมายฝรั่งเศส

3.1 การบังคับคดีในกฎหมายฝรั่งเศส

ในกฎหมายฝรั่งเศส ต้องถือว่า กรณีที่ไม่มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลปกครองเป็นเพียงส่วนน้อยเท่านั้นเมื่อเทียบกับจำนวนคดีทั้งหมด²⁶ และกรณีที่จำนวนเรื่องที่มีการร้องขอให้มีการบังคับคดีเพิ่มขึ้นในปัจจุบันนั้น ก็ไม่ได้มีเหตุมาจากพฤติกรรมไม่ดีของฝ่ายปกครองมีจำนวนเพิ่มขึ้น หากแต่เป็นเพราะประชาชนได้รับรู้ถึงวิถีทางที่จะคุ้มครองสิทธิของตนมากขึ้นเสียมากกว่า²⁷

การไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาอาจเกิดขึ้นได้ในลักษณะต่าง ๆ ได้แก่ ฝ่ายปกครองละเลยหรือปฏิเสธที่จะออกมาตรการหรือดำเนินการในส่วนที่จำเป็นเพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษา หรือฝ่ายปกครองออกมาตรการที่ตรงข้ามกับสิ่งที่ศาลกำหนด หรือกรณีที่มีอุปสรรคเกี่ยวกับการปฏิบัติตามคำพิพากษาแต่ฝ่ายปกครองก็ยังไม่สนใจที่จะแก้ไขอุปสรรคดังกล่าวและปล่อยให้อุปสรรคดังกล่าวดำรงอยู่ต่อไป โดยให้ผู้ที่เดือดร้อนเสียหายไปฟ้องคดีต่อศาลเอาเอง ทั้ง ๆ ที่ฝ่ายปกครองก็ทราบดีอยู่แล้วว่าหากเรื่องไปถึงศาล แนวทางที่ศาลจะตัดสินจะเป็นอย่างไร²⁸

นับตั้งแต่ประมาณปี ค.ศ. 1963 เป็นต้นมา ได้มีการตราหรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมายหลายครั้งเพื่อให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลปกครอง จนกระทั่งล่าสุดเมื่อ ค.ศ. 1995 โดยมาตรการที่ใช้มีทั้งมาตรการที่เรียกได้ว่าเป็นมาตรการหลักในการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษา และมาตรการเสริมเพื่อให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษา

3.1.1 มาตรการหลักในการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษา

(1) กรณีคำพิพากษาที่ให้ฝ่ายปกครองใช้เงิน

(1.1) การให้ผู้ชนะคดีได้รับชำระเงินโดยตรงจากฝ่ายปกครอง

มาตรการบังคับคดีกรณีนี้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ลงวันที่

16 กรกฎาคม 1980 ประกอบกับรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 12 พฤษภาคม 1981 และรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 11 เมษายน 1988

คำพิพากษาของศาลปกครองในกรณีนี้เป็นกรณีที่ศาลสั่งให้ฝ่ายปกครองใช้เงินจำนวนหนึ่งให้แก่ผู้ชนะคดี ซึ่งโดยหลักจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับคดี

²⁶ R. Chapus, Droit du contentieux administratif, 7^e éd., Montchrestian, 1998, หน้า 937

²⁷ เรื่องเดียวกัน

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 939-941

ความรับผิดชอบสัญญาหรือความรับผิดทางปกครองอื่น ๆ นอกเหนือสัญญา (la responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle)²⁹

การใช้มาตรการบังคับให้ใช้เงินได้จะต้องเข้าเงื่อนไข 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก ต้องเป็นกรณีที่คำพิพากษานั้นเป็นที่สุดแล้ว (passé en force de chose jugée) ซึ่งหมายความว่า ไม่สามารถอุทธรณ์ฎีกาใด ๆ ได้อีกแล้ว และประการที่สอง คำพิพากษานั้นจะต้องกำหนดจำนวนเงินที่แน่นอนที่ฝ่ายปกครองต้องจ่าย ซึ่งรวมถึงดอกเบี้ยด้วย

เมื่อครบเงื่อนไขทั้งสองประการดังกล่าวแล้ว กฎหมายบังคับไว้ว่าให้มีการตั้งใบเบิกจ่ายเงินภายในระยะเวลา 4 เดือนนับแต่ได้มีการแจ้งคำพิพากษาให้ฝ่ายปกครองทราบ ซึ่งปกติระยะเวลาดังกล่าวก็จะเพียงพอที่ฝ่ายปกครองจะดำเนินการตามคำพิพากษา³⁰ อย่างไรก็ดี หากไม่มีการจ่ายเงินจนล่วงพ้นระยะเวลาดังกล่าวไปแล้ว กฎหมายบังคับว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายการเงินการบัญชีของหน่วยงานทางปกครอง (le comptable) มีหน้าที่ต้องจ่ายเงินให้ผู้ชนะคดีไปได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการตั้งใบเบิกจ่ายโดยผู้ชนะคดีเพียงแต่นำคำพิพากษาของศาลไปแสดงเท่านั้น³¹

(1.2) การให้ฝ่ายปกครองเสียค่าปรับ (l'astreinte)

รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 16 กรกฎาคม 1980 ประกอบกับรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 1995 กำหนดให้ศาลปกครอง (สภาแห่งรัฐ ศาลอุทธรณ์ และศาลปกครองชั้นต้น) มีอำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองเสียค่าปรับ (l'astreinte) ได้ในกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาดรบท่าที่ฝ่ายปกครองยังไม่ยอมปฏิบัติตามคำพิพากษา โดยมีลักษณะเป็นค่าปรับรายวัน

การใช้มาตรการดังกล่าวนี้ ศาลอาจยกขึ้นเองได้ แต่ถ้าหากว่าเป็นกรณีการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาที่ยังไม่ถึงที่สุด กล่าวคือเป็นคำพิพากษาที่อยู่ระหว่างการอุทธรณ์ ศาลจะใช้อำนาจนี้ได้ต่อเมื่อคู่กรณีมีคำขอมาด้วยเท่านั้น³²

²⁹ G. Vedel et P. Delvolvé, Droit administratif, Tome 2, Puf, 12^e éd, 1992, หน้า 370

³⁰ เรื่องเดียวกัน,

³¹ J. Rivero et J. Waline, Droit administratif, Dalloz, 17^e éd. 1998, หน้า 223

³² R. Chapus, อ้างแล้ว, หน้า 948.

(2) กรณีคำพิพากษาที่ให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

ปกติแล้ว เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ก็จะมีผลให้นิติกรรมดังกล่าวไม่มีอยู่อีกต่อไป จึงถือว่าไม่มีปัญหาเกี่ยวกับการบังคับคดี

อย่างไรก็ดี อาจมีการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาที่ให้เพิกถอน เกิดขึ้นได้เช่นกันใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ ในลักษณะที่ฝ่ายปกครองได้ออกนิติกรรมทางปกครอง อันใหม่ซ้ำแล้วซ้ำอีกขัดกับแนวทางที่วางไว้โดยคำพิพากษา หรือในลักษณะที่ฝ่ายปกครอง ยังคงไม่ยอมดำเนินการใด ๆ เพื่อให้สภาพการณ์ทางกฎหมายกลับคืนสู่สภาพเดิมก่อนที่จะมีการออกคำสั่งนั้น ๆ ในกรณีเหล่านี้ อาจมีการใช้มาตรการให้ฝ่ายปกครองเสียค่าปรับ (l'astreinte) หรืออาจมีการให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลได้ (ดังที่จะกล่าวต่อไปในส่วนของมาตรการเสริมในการบังคับคดี)

อนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นกรณีคำพิพากษาที่ศาลสั่งให้ใช้เงินหรือสั่งให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ในปัจจุบันนี้ ศาลมีอำนาจที่จะสั่งให้กระทำ (l'injonction) หรืออาจสั่งให้มีการปรับฝ่ายปกครอง (l'astreinte) ด้วย โดยเป็นการสั่งไปพร้อมกับการมีคำพิพากษาเลยทีเดียว ทั้งนี้ ตามรัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 1995 นั้นเอง โดยการใช้มาตรการดังกล่าวนี้ มีเงื่อนไขอยู่ 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก ผู้ฟ้องคดีจะต้องมีคำขออย่างเจาะจง (demande spécifique) ว่าจะให้ศาลใช้อำนาจดังกล่าว และประการที่สอง ศาลจะใช้อำนาจดังกล่าวนี้ได้ ใน 2 กรณี ได้แก่ กรณีที่คำพิพากษาของศาลมีนัยให้เห็นได้ในตัวว่าจะต้องมีการออกมาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดของฝ่ายปกครองเพื่อปฏิบัติตามคำพิพากษา โดยมีเนื้อหาของมาตรการดังกล่าวอย่างชัดเจนแน่นอน กับกรณีที่คำพิพากษาของศาลมีนัยให้เห็นได้ในตัวว่า ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งทางปกครองใหม่อีกอันหนึ่งหลังจากที่ได้มีการพิจารณาเรื่องนั้นใหม่แล้ว³³

3.1.2 มาตรการเสริมในการบังคับคดี

นอกเหนือจากมาตรการหลักในการบังคับคดีแล้ว ระบบกฎหมายฝรั่งเศสยังได้กำหนดมาตรการอื่น ๆ เพื่อช่วยเสริมให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาได้อย่างจริงจังมากขึ้น ซึ่งพอสรุปได้ว่า มีมาตรการเสริมในการบังคับคดีด้วยกัน 4 มาตรการ ดังนี้

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 804-805

(1) การให้ศาลช่วยอธิบายวิธีการปฏิบัติตามคำพิพากษา

กรณีนี้เป็นไปตามรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 30 กรกฎาคม 1963 ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมต่อมาอีกหลายครั้ง จนกระทั่งครั้งล่าสุดโดยรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 3 กรกฎาคม 1995³⁴

มาตรการดังกล่าวนี้เป็นการสร้างช่องทางให้ศาลเข้ามาอธิบายวิธีการปฏิบัติตามคำพิพากษาของตนได้ โดยแต่เดิมกฎหมายจำกัดอยู่แต่เฉพาะคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (le Conseil d'Etat) แต่ในปัจจุบันได้ครอบคลุมไปถึงคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ด้วย

วิธีการที่จะให้ศาลอธิบายนั้น อาจทำได้โดยรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง³⁵ หรือผู้ฟ้องคดีที่ศาลตัดสินให้ชนะคดีเป็นผู้ยื่นเรื่องต่อศาล โดยกรณีของผู้ฟ้องคดีนั้นมีเงื่อนไขเพิ่มเติมเรื่องระยะเวลาด้วย กล่าวคือ จะต้องรอให้ครบกำหนด 3 เดือนนับจากศาลมีคำพิพากษาแล้ว เว้นแต่เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการฉุกเฉิน (mesure d'urgence) ส่วนการร้องขอโดยรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องนั้น สามารถกระทำได้ทุกเวลา

สำหรับผู้ที่ดำเนินการในเรื่องนี้ ถ้าเป็นกรณีของสภาแห่งรัฐจะได้แก่แผนกรายงานและการศึกษาวิจัย (la section du rapport) ถ้าเป็นกรณีของศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์จะได้แก่ ประธานของศาลนั้น ๆ หรือผู้พิพากษา (rapporteur) คนใดคนหนึ่ง ในศาลนั้นที่ได้รับมอบหมาย³⁶

อนึ่ง สำหรับกรณีที่เป็นคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐนั้น ถึงแม้ว่าจะไม่มีการร้องขอก็ตาม สภาแห่งรัฐก็มีอำนาจที่จะดำเนินการเพื่อให้ฝ่ายปกครองให้ความสนใจต่อผลที่จะเกิดขึ้นต่อไปจากการที่ตนมีคำพิพากษานั้น ๆ³⁷ กล่าวคือ ให้ฝ่ายปกครองใส่ใจและสามารถปฏิบัติตามคำพิพากษาได้นั่นเอง

³⁴ R.Chapus. อ้างแล้ว, หน้า 942

³⁵ ในประเทศฝรั่งเศส โดยหลักแล้วการฟ้องฝ่ายปกครองจะฟ้องรัฐมนตรี มิใช่ฟ้องหน่วยงานในระดับรองลงไปเว้นแต่เป็นการฟ้องนิติบุคคลมหาชนหรือองค์กรกระจายอำนาจทางท้องถิ่น อย่างไรก็ตาม น่าสังเกตว่า ในกรณีการใช้มาตรการนี้กฎหมายกำหนดให้รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องเท่านั้นเป็นผู้ยื่นคำร้องแทนไม่ว่าผู้ถูกฟ้องคดีจะเป็นหน่วยงานประเภทใดก็ตาม

³⁶ มาตรา R.222-3 รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 3 กรกฎาคม 1995

³⁷ J. Rivero, อ้างแล้ว, หน้า 221-222

(2) การให้ผู้ตรวจการรัฐสภาออกคำสั่งแก่ฝ่ายปกครองได้

รัฐบัญญัติลงวันที่ 21 ธันวาคม 1976 กำหนดให้ผู้ตรวจการรัฐสภา (le médiateur) มีอำนาจที่จะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด (l'injonction) เพื่อให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลได้ภายในเวลาที่กำหนด เมื่อมีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา แต่มีเงื่อนไขว่าจะต้องเป็นคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้ว (passé en force de chose jugée) เท่านั้น ส่วนการยื่นเรื่องเพื่อให้ผู้ตรวจการดำเนินการในกรณีนี้มีเงื่อนไขอย่างเดียวกับการยื่นเรื่องต่อผู้ตรวจการในกรณีอื่น ๆ อย่างไรก็ดี หากฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ตรวจการรัฐสภา ผู้ตรวจการก็จะกระทำได้เพียงการทำ "รายงานพิเศษ" (rapport spécial) ซึ่งจะพิมพ์เผยแพร่ในหนังสือกิจจานุเบกษาของทางราชการ³⁸ เท่านั้น

(3) การให้ถือว่าเป็นความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

หากฝ่ายปกครองฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา กฎหมายของฝรั่งเศสให้ถือว่าเป็นความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง (la responsabilité de la personne publique) โดยกรณีเช่นนี้ สภาแห่งรัฐเคยพิพากษาไว้ว่า ผู้เสียหายมีสิทธิโดยชอบที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา³⁹ แต่ผู้เสียหายจะต้องยื่นคำขอต่อฝ่ายปกครองให้ชดเชยค่าเสียหายเสียก่อนจึงจะมาฟ้องศาลได้

ในการพิพากษาให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าเสียหายตามมาตรการนี้ ศาลอาจกำหนดดอกเบี้ยให้ด้วย และสามารถนำเอามาตรการที่ศาลสั่งให้ฝ่ายปกครองชำระเงินดังที่กล่าวมาตอนต้นมาใช้บังคับกับกรณีนี้ได้ด้วยเช่นกัน⁴⁰

(4) การให้ถือว่าเป็นความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบ

ในกรณีที่ปรากฏว่า การฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลจนเป็นเหตุให้ศาลใช้มาตรการปรับ (l'astreinte) ฝ่ายปกครองนั้นสืบเนื่องมาจากพฤติกรรมของเจ้าหน้าที่คนใด รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 19 กรกฎาคม 1980 กำหนดให้ลงโทษปรับ (l'infliction d'amendes) เจ้าหน้าที่คนดังกล่าวได้ โดยศาลที่มีอำนาจสั่งในกรณีนี้ได้แก่ ศาลวินัยด้านงบประมาณและการคลัง (la Cour de discipline budgétaire et financière) ซึ่งการร้องต่อศาลอาจจะเป็นฝ่ายหน่วยงานทางปกครอง (ตามที่กฎหมายกำหนด) เองที่เป็นฝ่ายร้องขอหรืออาจ

³⁸ J. Rivero, อ้างแล้ว, หน้า 222 และ R. Chapus, อ้างแล้ว, หน้า 945

³⁹ เช่น คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 19 กรกฎาคม 1953 คดี Sonbiron – Pouey, หน้า 717 ; ลงวันที่ 22 ธันวาคม 1955 (ผู้ฟ้องคดีคนเดียวกัน) หน้า 607

⁴⁰ G. Vedel, อ้างแล้ว, หน้า 377-378

เป็นเจ้าหนี้ผู้ชนะคดีตามคำพิพากษาเป็นผู้ร้องขอก็ได้ อย่างไรก็ตาม มาตรการในกรณีนี้ไม่ใช้กับคณะรัฐมนตรี⁴¹

3.2 แนวทางแก้ไขปัญหาระบบบังคับคดีของไทย

จากที่กล่าวมาในตอนต้นเห็นได้ว่า ระบบบังคับคดีปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มีช่องว่างของกฎหมายและข้อบกพร่องอยู่มากในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับคดีต่อฝ่ายปกครอง เพื่อความชัดเจนในการเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว สมควรแยกพิจารณาเป็น 2 ส่วน ดังนี้

3.2.1 มาตรการหลักในการบังคับคดี : การขาดมาตรการที่จะใช้ และแนวทางแก้ไขในระยะต่อไป

(1) กรณีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

ดังที่กล่าวแล้วว่า ปัญหาการบังคับคดีกรณีนี้อาจเกิดขึ้นได้เช่นกันในกรณีที่ฝ่ายปกครองยังคงมีคำสั่งในลักษณะเช่นเดิมอีก หรือในกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่ยอมดำเนินการใด ๆ เพื่อให้สภาพการณ์ทางกฎหมายของผู้ฟ้องคดีกลับคืนสู่สถานะเดิมเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยมีการออกคำสั่งนั้นมาก่อน ซึ่งในทั้งสองกรณีนี้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ไม่ได้บัญญัติระบบการบังคับคดีเอาไว้ และก็ไม่สามารถนำเอาวิธีการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับได้ เพราะไม่สอดคล้องกับสภาพการดำเนินงานทางบริหารที่ต้องสันนิษฐานว่า การดำเนินการของเจ้าหน้าที่เป็นการทำแทนรัฐ จึงถือว่ากฎหมายไทยไม่มีมาตรการหลักในการบังคับคดีประเภทนี้

(2) กรณีคำพิพากษาให้กระทำการหรืองดเว้นการกระทำ

กรณีดังกล่าวนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการที่ศาลมีคำพิพากษาสั่งห้ามการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสั่งให้กระทำการหรืองดเว้นการกระทำในคดีละเมิดและคดีสัญญาทางปกครองดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว ซึ่งเป็นอีกกรณีหนึ่งที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ไม่ได้มีบทบัญญัติในเรื่องบังคับคดีไว้ และมีใช้กรณีตามมาตรา 72 (5) ซึ่งน่าจะเป็นบทบัญญัติรับกับการฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (5) จึงนำมาแปลความว่ามุ่งหมายถึงการบังคับต่อฝ่ายปกครองด้วยไม่ได้ ดังนั้น จึงต้องถือว่า กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดมาตรการหลักในการบังคับคดีประเภทนี้ไว้

อย่างไรก็ดี หากจะนำเอาวิธีการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาปรับใช้ (แม้ว่ากฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้) ก็จะมีข้อจำกัดอยู่มาก

⁴¹ R. Chapus, อ้างแล้ว, หน้า 960

โดยมาตรการที่ใช้ไม่ได้ อย่างแน่นอน ได้แก่ การให้จับกุมหรือกักขังเจ้าหน้าที่ ส่วนการให้ถือเอา คำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนา และการให้บุคคลภายนอกกระทำการแทน ก็**จำต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป** โดยต้องระมัดระวังให้สอดคล้องกับสภาพของงานทางบริหารด้วย

(3) กรณีคำพิพากษาให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน

ในกรณีนี้ แม้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้บัญญัติให้นำวิธีการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่ก็ไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้ตามที่ได้พิจารณาไปแล้ว กรณีนี้จึงถือว่า**ไม่มีมาตรการหลักในการบังคับคดีเช่นกัน**

จากการพิจารณาส่วนที่เป็นมาตรการหลักข้างต้น เห็นได้ว่าระบบบังคับคดีปกครองตามกฎหมายไทยยัง**ไม่มีการกำหนดมาตรการหลักไว้** การจะบังคับคดีหากไม่มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาจึงไม่อาจบังคับได้โดยตรง ซึ่งทางแก้ไขปัญหาเมื่อเทียบเคียงกับแนวทางของฝรั่งเศสแล้ว น่าจะได้แก่ การใช้มาตรการที่ให้ศาลมีอำนาจสั่งการ (l'injonction) และสั่งปรับ (l'astreinte) ได้ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดไปพร้อมกันทีเดียว ในขณะที่มีคำพิพากษาหรือเป็นการกำหนดในภายหลัง อย่างไรก็ตาม การจะให้ศาลมีอำนาจดังกล่าวได้ จำเป็นต้อง**มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย** ดังนั้น หนทางดังกล่าวในการแก้ไขปัญหาก็จะเป็นการแก้ไขปัญหาในระยะต่อไปเมื่อผู้เกี่ยวข้องมีความพร้อมแล้ว

3.2.2 มาตรการเสริมในการบังคับคดี : แนวทางการแก้ปัญหาในระยะต้น

(1) การมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา

มาตรการนี้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดได้ตามมาตรา 69 (8)⁴² แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งต้องถือว่าเป็นมาตรการเสริมอย่างหนึ่งในการบังคับคดี เพราะหากศาลปกครองมีข้อสังเกตที่ชัดเจนให้ฝ่ายปกครองเข้าใจได้อย่างถูกต้อง

⁴² พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 69 คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองของศาลปกครองอย่างน้อยต้องระบุ

ฯลฯ

ฯลฯ

(8) ข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา ถ้ามี

ว่าจะต้องปฏิบัติอย่างไรจึงจะเป็นไปตามคำพิพากษา ก็จะเป็นการช่วยให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาได้มากขึ้น⁴³

(2) การร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา

การที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาศาลปกครองนั้น อาจถือได้ว่าเป็นเรื่องที่สามารร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้ตามมาตรา 197 (1) (ข)⁴⁴ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประกอบกับมาตรา 16 (1) (ข)⁴⁵ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. 2542 โดยต้องตีความอย่างกว้างว่า การปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลเป็น "หน้าที่" อย่างหนึ่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

⁴³ อย่างไรก็ดี การที่ศาลปกครองจะมีข้อสังเกตอย่างนั้น สมควรให้สอดคล้องกับอำนาจของศาลที่จะสั่งได้ในคดีแต่ละประเภทด้วย ซึ่งประเด็นเกี่ยวกับอำนาจของศาลดังกล่าวเป็นประเด็นสำคัญอีกเรื่องหนึ่งที่น่าจะได้ทำการศึกษาต่อไป

⁴⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มาตรา 197 ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) พิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียนในกรณี

ฯลฯ

ฯลฯ

(ข) การปฏิบัติหรือละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องเรียนหรือประชาชนโดยไม่เป็นธรรมไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ก็ตาม

⁴⁵ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. 2542

มาตรา 16 ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) พิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียนในกรณี

ฯลฯ

ฯลฯ

(ข) การปฏิบัติหรือละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องเรียนหรือประชาชนโดยไม่เป็นธรรม ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ก็ตาม

ในกรณีนี้ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจะมีอำนาจความเห็น และข้อเสนอแนะส่งให้แก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อทราบหรือเพื่อพิจารณาดำเนินการต่อไป⁴⁶ และหากหน่วยงานดังกล่าวไม่ปฏิบัติตามภายในเวลาอันสมควร ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาอาจส่งเรื่องไปยังนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่ควบคุมหรือกำกับดูแลหน่วยงานดังกล่าวเพื่อให้สั่งการตามควรแก่กรณีได้ และหากยังไม่มีการดำเนินการอีก ในขั้นที่สุดอาจมีการทำรายงานเสนอต่อวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรเป็นการด่วนก็ได้⁴⁷

(3) ความรับผิดชอบทางอาญาและทางวินัยของเจ้าหน้าที่

การไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลปกครองอาจเข้าข่ายเป็นความผิดอาญา ตามมาตรา 157⁴⁸ แห่งประมวลกฎหมายอาญาก็ได้ แต่กรณีใดจะเป็น

⁴⁶ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. 2542

มาตรา 30 เมื่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้พิจารณาสอบสวนหาข้อเท็จจริงในเรื่องใดเสร็จแล้วให้จัดทำรายงานสรุปข้อเท็จจริง พร้อมทั้งความเห็นและข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขส่งให้หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องเพื่อทราบหรือพิจารณาดำเนินการต่อไป

๔๗

๔๗

⁴⁷ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. 2542

มาตรา 31 ในกรณีที่ข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจหรือของราชการส่วนท้องถิ่นไม่ปฏิบัติตามความเห็นหรือข้อเสนอแนะของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเรื่องใดในเวลาอันควร ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาอาจส่งเรื่องดังกล่าวไปยังนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่ควบคุมหรือกำกับดูแลหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นนั้นเพื่อให้สั่งการตามควรแก่กรณีได้

เมื่อได้ดำเนินการตามวรรคหนึ่งและระยะเวลาได้ล่วงเลยไปพอสมควรแล้ว ข้าราชการ พนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือของราชการส่วนท้องถิ่นยังไม่ปฏิบัติตามความเห็นหรือข้อเสนอแนะดังกล่าวโดยไม่มีเหตุอันควร และเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องสำคัญหรือเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ หรือเกี่ยวข้องกับประชาชนจำนวนมาก ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาอาจทำรายงานเรื่องนั้นเสนอต่อวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรเป็นการด่วนก็ได้

รายงานดังกล่าวให้เปิดเผยให้ประชาชนทราบตามวิธีการที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภากำหนด

⁴⁸ ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 157 ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

การกระทำความผิดดังกล่าว **ต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป**ว่ามีเจตนาที่จะกระทำการซึ่งเป็นการกระทำความผิดทางอาญาหรือไม่ ซึ่งเท่าที่ตรวจสอบคำพิพากษาศาลฎีกาก็ยังไม่พบกรณีที่ศาลฎีกาตัดสินไว้อย่างชัดเจนว่าการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาถือเป็นความผิดเรื่องนี้

ส่วนกรณีความผิดทางวินัยนั้น บทบัญญัติตามมาตรา 85⁴⁹ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ยังไม่ชัดเจนว่าจะครอบคลุมถึงการปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลด้วยหรือไม่ โดยหลักจึงมิใช่จะถือว่าเป็นความผิดทางวินัย แต่อาจเข้าข่ายเป็นความผิดวินัยฐานอื่น เช่น ไม่ตั้งใจปฏิบัติหน้าที่ราชการ⁵⁰ หรือประมาทเลินเล่อในหน้าที่ราชการ⁵¹ เป็นต้น อย่างไรก็ตามมีลักษณะเช่นเดียวกับการพิจารณาความผิดอาญา กล่าวคือ **จะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป**

(4) ความรับผิดทางละเมิด

โดยหลักแล้ว การไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลหากเกิดความเสียหายแก่ผู้ชนะคดี น่าจะถือเป็นความรับผิดของหน่วยงานและหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม ยังไม่เป็นที่ชัดเจนนักว่าแนวทางของกฎหมายไทยจะถือว่าการไม่ปฏิบัติตาม

⁴⁹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535

มาตรา 85 ข้าราชการพลเรือนสามัญต้องปฏิบัติหน้าที่ราชการให้เป็นไปตามกฎหมายระเบียบของทางราชการ มติคณะรัฐมนตรี และนโยบายของรัฐบาลโดยไม่ให้เสียหายแก่ราชการ

การปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยจงใจไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบของทางราชการ มติคณะรัฐมนตรี หรือนโยบายของรัฐบาล อันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง

⁵⁰ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535

มาตรา 83 ข้าราชการพลเรือนสามัญต้องตั้งใจปฏิบัติหน้าที่ราชการให้เกิดผลดีหรือความก้าวหน้าแก่ราชการ

⁵¹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535

มาตรา 84 ข้าราชการพลเรือนสามัญต้องปฏิบัติหน้าที่ราชการด้วยความอดุสาหะเอาใจใส่ รับผิดชอบรักษาประโยชน์ของทางราชการ และต้องไม่ประมาทเลินเล่อในหน้าที่ราชการ

การประมาทเลินเล่อในหน้าที่ราชการ อันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง

คำพิพากษาของศาลจะเป็นการละเมิดทุกกรณีหรือไม่⁵² ดังนั้น จึงอาจจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไปเช่นกัน

เมื่อการใช้มาตรการหลักยังไม่อาจทำได้ในขณะนี้ แนวทางแก้ไขปัญหในระยะต้นเพื่อให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามคำพิพากษา จึงต้องให้ความสำคัญกับมาตรการเสริมทั้งหลายที่กล่าวมาแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การมีข้อสังเกตของศาลปกครองเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษานั้น น่าจะเป็นประโยชน์อย่างมากและศาลปกครองก็สามารถใช้มาตรการดังกล่าวได้ตามกฎหมายอย่างแน่ชัด นอกจากนั้น ยังมี การให้ร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาซึ่งทำได้ตามกฎหมายเช่นกัน เพียงแต่ประสิทธิภาพของมาตรการดังกล่าวจะมีเพียงใดยังไม่อาจคาดหมายได้ ส่วนการดำเนินการทางวินัยนั้น หากประสงค์จะให้ความชัดเจนว่าสามารถดำเนินการทางวินัยกับเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ ก็สมควรดำเนินการเพื่อให้คณะรัฐมนตรีมีมติทำนองเดียวกับที่คณะรัฐมนตรีได้เคยมีมติมาแล้วในส่วนการปฏิบัติตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรีในเรื่องร้องทุกข์⁵³ สำหรับการดำเนินการทางอาญากฎีและการฟ้องให้รับผิดฐานละเมิดกิตติ อาจไม่สามารถใช้ได้กับทุกกรณี เพราะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป

⁵² คำพิพากษาฎีกา ที่ 96/2507 วินิจฉัยว่า การไม่ปฏิบัติราชการหรือปฏิบัติราชการฝ่าฝืนระเบียบข้อบังคับและคำสั่งของทางราชการนั้น อาจทำให้ข้าราชการต้องรับผิดในทางระเบียบวินัยก็จริง แต่เหตุเพียงเท่านี้หาอาจทำให้ข้าราชการผู้นั้นต้องรับผิดเพราะละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 เสมอไปไม่ เมื่อทางราชการฟ้องให้ข้าราชการผู้นั้นร่วมรับผิดในความเสียหายซึ่งเกิดจากการละเมิด โจทก์จะต้องสืบแสดงให้ปรากฏว่า การที่จำเลยไม่ปฏิบัติตามระเบียบวินัยนั้น เป็นผลโดยตรงที่ทำให้โจทก์ต้องเสียหาย

⁵³ หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0203/ว.69 ลงวันที่ 22 เมษายน 2528

การระบ๖ข้อพิพาทโดยวิธีการนอกศาล

**การประนีประนอมยอมความและอนุญาโตตุลาการในเรื่องทางปกครอง
(มีได้หรือไม่ เพียงใด) และการดำเนินการโต้แย้งคัดค้านภายใน
ฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง^{*}**

M. Jean MASSOT^{**}

หัวข้อที่จะกล่าวถึงเป็นเรื่องเกี่ยวกับการยุติข้อพิพาทก่อนมาศาล หากยุติได้ ก็จะไม่นำมาสู่การวินิจฉัยของศาล เรื่องของคดีปกครองที่มาสู่การพิจารณาของศาลปกครอง ฝรั่งเศสมีเป็นจำนวนมาก จึงมีความจำเป็นในการหาหนทางไม่ให้คดีมาสู่การพิจารณาของศาล มากจนเกินไป ฉะนั้น จึงมีข้อพิจารณาที่สำคัญ คือ ทำอย่างไรจะหลีกเลี่ยงไม่ให้คดีดำเนินไปถึง ขั้นที่จะต้องให้ศาลวินิจฉัย แต่ขณะเดียวกันสามารถหาข้อยุติที่เป็นธรรมและเป็นที่ยอมรับแก่ คู่กรณีได้ ซึ่งจะกล่าวถึง 4 เรื่อง คือ อนุญาโตตุลาการ การประนีประนอมยอมความ การไกล่เกลี่ย และในช่วงท้ายจะกล่าวถึงเรื่องการดำเนินการโต้แย้งคัดค้านภายในฝ่ายปกครองก่อน การฟ้องคดีต่อศาลปกครอง โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1) อนุญาโตตุลาการ (Arbitrage)

อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายฝรั่งเศส หมายถึง การหาข้อยุติในคดี โดยไม่ต้องนำคดีไปสู่ศาล เป็นเรื่องที่คู่กรณีเลือกผู้ที่จะทำหน้าที่ชี้ขาดเอง โดยไม่ใช่ศาลหรือ ตุลาการเหมือนในกรณีปกติ ซึ่งจะใช้กันมากในกรณีเรื่องของสัญญา การจัดซื้อจัดจ้าง และ โดยเฉพาะสัญญาระหว่างประเทศ

สำหรับส่วนที่เกี่ยวกับฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะกฎหมายมหาชนนั้น หลักการนี้ได้เริ่มใช้มาตั้งแต่มีประมวลกฎหมายแพ่งโดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 2060¹ ซึ่งถือ

^{*} การบรรยายพิเศษ จัดขึ้นโดย สำนักงานศาลปกครอง ร่วมกับ สถานเอกอัครราชทูต ฝรั่งเศสประจำประเทศไทย เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2544 ณ สำนักงานศาลปกครอง

แปลโดย ดร.วิษณุ วรรณุญ รองอธิบดีศาลปกครองกลาง เรียบเรียงโดย นายชวลา จันทรจนา พนักงานคดีปกครอง 7ว สำนักงานศาลปกครองสูงสุด น.ส. จุฬามาส แก้วจุลกาญจน์ พนักงานคดีปกครอง 5 และ น.ส. ยุพิน บุญพงษ์ พนักงานคดีปกครอง 4 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง พิมพ์ครั้งแรกใน วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 2 ฉบับที่ 1 (ม.ค. – เม.ย. 2545)

^{**} ปัจจุบันดำรงตำแหน่งประธานแผนกประจำสภาแห่งรัฐ ประเทศฝรั่งเศส

¹ มาตรา 2060 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง

เป็นหลักว่า ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจที่จะใช้อำนาจไต่สวนการ หากมีคดีข้อพิพาทเกิดขึ้นจะต้องนำคดีมาสู่ศาลปกครองเท่านั้น อย่างไรก็ตาม หลังจากระยะเวลาผ่านไปได้มีการนำหลักในเรื่องอนุญาตไต่สวนการมาใช้ในฝ่ายปกครองโดยปรากฏข้อยกเว้นหลายกรณี ทั้งนี้ ตามมาตรา L.311-6² แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2001

ห้ามมิให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาตไต่สวนการเกี่ยวกับสถานะและความสามารถของบุคคล การหย่าหรือการแยกกันอยู่ชั่วคราวระหว่างสามีภริยา หรือในข้อพิพาทที่ส่วนราชการ หรือองค์การมหาชนเป็นคู่กรณี หรือในคดีพิพาทใด ๆ ที่เกี่ยวกับกฎระเบียบเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม

องค์การมหาชนที่ดำเนินกิจการด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมอาจระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาตไต่สวนการได้ ทั้งนี้ ตามที่รัฐกฤษฎีกากำหนด

² มาตรา L.311-6 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง

ในกรณีที่ไม่นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองฉบับนี้มาใช้บังคับกับคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองชั้นต้น คู่กรณีอาจตกลงกันเสนอข้อพิพาทอันเกี่ยวกับประเด็นแห่งคดีให้อนุญาตไต่สวนการเป็นผู้ชี้ขาดได้ ทั้งนี้ ตามกรณีภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังนี้

(1) มาตรา 69 แห่งรัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 17 เมษายน ค.ศ. 1906 ว่าด้วย การกำหนดงบประมาณทั่วไปเกี่ยวกับรายจ่ายและรายรับในปี ค.ศ. 1906 ตามมาตรา 247 และมาตรา 361 ของประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ

(2) มาตรา 7 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับที่ 75-596 ลงวันที่ 19 กรกฎาคม ค.ศ. 1975 ว่าด้วย บทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการปรับปรุงแก้ไขกระบวนการพิจารณาความแพ่ง

(3) มาตรา 19 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับที่ 82-610 ลงวันที่ 15 กรกฎาคม ค.ศ. 1982 ว่าด้วยการกำหนดทิศทางและการวางโครงการงานวิจัยและการพัฒนาเทคโนโลยี

(4) มาตรา 25 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับที่ 82-1153 ลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 1982 ว่าด้วยการกำหนดทิศทางเกี่ยวกับการจัดการขนส่งภายในประเทศ

(5) มาตรา 9 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับที่ 86-972 ลงวันที่ 19 สิงหาคม ค.ศ. 1986 ว่าด้วย บทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

(6) มาตรา 28 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับที่ 90-568 ลงวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ. 1990 ว่าด้วยการจัดองค์กรเกี่ยวกับการบริการสาธารณะของการไปรษณีย์และการสื่อสารโทรคมนาคม

(7) มาตรา 24 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับที่ 95-877 ลงวันที่ 3 สิงหาคม ค.ศ. 1995 ว่าด้วยการกำหนดแนวทางปฏิบัติฉบับที่ 93/7 ลงวันที่ 15 มีนาคม 1993 ของสภาประชาคมยุโรปเกี่ยวกับการส่งคืนมรดกทางวัฒนธรรมที่ถูกนำออกนอกเขตแดนของประเทศสมาชิกโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

กรณียกเว้นให้มีอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทได้ มีดังนี้

(1) เป็นกรณีที่อนุสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศกำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งระบบกฎหมายฝรั่งเศสเป็นระบบที่กำหนดให้ลำดับชั้นทางกฎหมายของสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศมีลำดับชั้นที่สูงกว่ากฎหมายภายใน ฉะนั้น หากข้อตกลงระหว่างประเทศที่รัฐบาลฝรั่งเศสทำกับรัฐอื่นมีข้อความที่เปิดช่องทางให้เสนอคดีต่ออนุญาโตตุลาการ ข้อตกลงเช่นนั้นก็บังคับใช้ได้ (ซึ่งจะมีการตรากฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือกรณีต่าง ๆ ที่ใช้อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท)

ข้อยกเว้นในกรณีแรกนี้ ส่วนมากจะเป็นเรื่องของสัญญาหรือข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับเรื่องระหว่างประเทศ ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวมีมาเกือบ 100 ปีแล้ว โดยเริ่มนำมาใช้ในช่วงปี ค.ศ. 1906 ที่ประเทศฝรั่งเศสจัดนิทรรศการนานาชาติ ณ กรุงปารีส จึงจะต้องทำข้อตกลงกับประเทศอื่น ๆ

(2) เรื่องการดำเนินการก่อสร้างหรือโครงการใหญ่ ๆ ที่เกี่ยวกับระหว่างประเทศ เช่น การขุดอุโมงค์ลอดช่องแคบฝรั่งเศสกับอังกฤษ (tunnel sous la Manche)

(3) การก่อสร้างสวนสนุก Eurodisney ในเมือง Marne-la-Vallée เป็นกรณีที่บริษัท Walt Disney เข้าไปลงทุนในประเทศฝรั่งเศส โดยได้ทำข้อตกลงร่วมกับรัฐบาลจังหวัด Seine-et-Marne และ Épamarnne ในกรณีนี้ บริษัทฯ ไม่ประสงค์จะให้ข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นต้องขึ้นศาลปกครองซึ่งอาจพิจารณาล่าช้าและเปิดเผย ดังนั้น ประเทศฝรั่งเศสจึงออกกฎหมายเพื่อเปิดช่องให้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้³

(8) มาตรา 3 แห่งรัฐบัญญัติฉบับที่ 97-135 ลงวันที่ 13 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1997 ว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรมหาชนเกี่ยวกับการกำหนดโครงสร้างและเครือข่ายของการขนส่งทางรถไฟของประเทศฝรั่งเศสเพื่อปรับปรุงระบบการขนส่งทางรถไฟ

³ เพื่อตอบสนองข้อเรียกร้องของบริษัท Walt Disney มาตรา 9 แห่งรัฐบัญญัติ ก°86-972 ลงวันที่ 19 สิงหาคม 1986 ได้สอดแทรกบทบัญญัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการว่า “ห้ามมิให้นาบทบัญญัติมาตรา 2060 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับกับกรณีฟ้องคดีปกครองส่วนท้องถิ่นและองค์กรมหาชนที่ทำสัญญาร่วมกับบริษัทต่างชาติเพื่อดำเนินกิจการอันเป็นประโยชน์แก่ชาติ และได้มีข้อกำหนดในสัญญาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการโดยไม่ต้องขึ้นศาลของรัฐในข้อพิพาทเกี่ยวกับปัญหาการบังคับใช้หรือปัญหาการตีความในสัญญาดังกล่าว” (โปรดดู Laurent RICHER, Droit des contrats administratifs, Paris, L.G.D.J., 2^e éd., 1999, p. 256)

ทั้งนี้ เมื่ออนุญาตตุลาการมีคำชี้ขาด (sentence) แล้ว คู่กรณีอาจอุทธรณ์โต้แย้งไปยังสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดได้⁴

2) การประนีประนอมยอมความ (transaction)

การประนีประนอมยอมความเป็นวิธีการทำข้อตกลงระหว่างคู่กรณีเพื่อหาข้อยุติในกรณีพิพาท ซึ่งมีความแตกต่างไปจากวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ กล่าวคือ โดยหลักแล้วฝ่ายปกครองสามารถใช้วิธีการประนีประนอมยอมความในกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นได้เสมอ ซึ่งหลักการนี้มีใช้ตั้งแต่ปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 โดยเป็นหลักที่ไม่ได้ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ แต่เป็นหลักที่เกิดขึ้นจากตุลาการผู้แถลงคดีซึ่งเป็นนักกฎหมายมหาชนที่มีชื่อเสียงมากท่านหนึ่งชื่อ Omiller เป็นผู้วางหลักไว้ และตั้งแต่นั้นเป็นต้นมาหลักการประนีประนอมยอมความในทางปกครองนี้ก็ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส ซึ่งหลักการดังกล่าวใช้กับฝ่ายปกครองทั้งที่เป็นหน่วยงานของรัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่ถ้าเป็นองค์กรทางปกครองอื่น ๆ หลักการนี้ก็จะมีความแตกต่างเล็กน้อย กล่าวคือ ฝ่ายปกครองที่มีสถานะเป็นองค์การมหาชน (établissements publics) จะใช้วิธีการประนีประนอมยอมความได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากพระมหากษัตริย์ก่อน ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับหนึ่ง而出ในช่วงประเทศฝรั่งเศสปกครองโดยระบบพระมหากษัตริย์ แต่ปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสมิได้มีการปกครองระบบพระมหากษัตริย์แล้ว ดังนั้น รัฐบาลจึงทำหน้าที่พิจารณาอนุญาตให้ใช้วิธีการดังกล่าว

กรณีการนำหลักการประนีประนอมยอมความมาใช้ระงับข้อพิพาท

ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1985 เป็นต้นมา กฎหมายอนุญาตให้ใช้การประนีประนอมยอมความได้ เช่น กรณีพิพาทอันเกิดจากอุบัติเหตุทางรถยนต์เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมากเกินไป หรือกรณีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องการกระทำผิดตามประมวลรัษฎากรหรือตามกฎหมายศุลกากร ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้กระทำผิดกับฝ่ายปกครองสามารถตกลงกัน เสร็จจอตกลงกันในเรื่องของบทลงโทษตามกฎหมาย เช่น ค่าปรับ เป็นต้น

⁴ เมื่อมีการอุทธรณ์คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าวจะเป็นสภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ซึ่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 31 ธันวาคม 1987 กำหนดให้ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เป็นศาลทั่วไปที่มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์เกี่ยวกับคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็ม แต่ก็ไม่อาจชี้ว่าในบทบัญญัติดังกล่าวมีผลทำให้ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ เพราะคดีที่ศาลอุทธรณ์จะพิพากษาได้ต้องมาจากศาลปกครองชั้นต้นเท่านั้น ดังนั้น สภาแห่งรัฐจึงเป็นศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าวนี้ (เรื่องเดียวกัน p. 259)

อย่างไรก็ดี ปรากฏข้อยกเว้นที่ฝ่ายปกครองไม่อาจประนีประนอมยอมความได้ เช่น กรณีที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ซึ่งปรากฏในปี ค.ศ. 1971 ซึ่งเรื่องการประนีประนอมยอมความโดยทั่วไปเป็นเรื่องที่คู่กรณีตกลงกัน แต่บางกรณีอาจนำไปสู่การขอให้ศาลพิพากษตามยอมได้ กล่าวคือ กรณีคดีพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับราษฎร เป็นกรณีที่ราษฎรฟ้องว่าฝ่ายปกครองละเว้นไม่กระทำการให้ความช่วยเหลือ

ตัวอย่าง เจ้าของบ้านซึ่งเป็นผู้ให้เช่าขณะคดีที่ฟ้องขับไล่ผู้เช่า และถ้าผู้เช่าไม่ย้ายออกไปก็จะทำการบังคับคดี โดยขอให้หน่วยงานของรัฐใช้อำนาจรัฐบังคับคดีโดยการขับไล่ ซึ่งในทางปฏิบัติศาลปกครองฝรั่งเศสมีแนวคำพิพากษาที่ยอมรับกันว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการบังคับคดีที่จะเลือกเวลาบังคับคดีได้โดยอาจจะพิจารณาจังหวะหรือเวลาที่เหมาะสม เพราะหากเลือกเวลาไม่เหมาะสมอาจทำให้เกิดปัญหาเรื่องความเดือดร้อนขึ้นมาใหม่ และเกิดความไม่สงบสุขขึ้น ในกรณีตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองอาจใช้ดุลพินิจในการเลือกเวลาบังคับคดี ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องฝ่ายปกครองว่าไม่ดำเนินการบังคับคดีให้และเรียกค่าเสียหาย ซึ่งในคดีนี้มีการตกลงกันในเรื่องค่าเสียหายระหว่างราษฎรและฝ่ายปกครอง ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นเจ้าของบ้านได้นำข้อตกลงนั้นมาฟ้องขอให้ศาลพิพากษตามยอม ดังนั้น ปัญหาที่เกิดขึ้นในขณะนั้น ศาลพิจารณาว่าเมื่อคู่กรณีนำเอาข้อตกลงเกี่ยวกับการประนีประนอมยอมความมาศาล ศาลมีหน้าที่เพียงพิพากษตามยอม หรือว่าศาลมีอำนาจพิจารณาในเนื้อหาที่สืกลงไปด้วยว่าการประนีประนอมยอมความนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเรื่องดังกล่าวศาลไม่ได้มีบทบาทตั้งรับอย่างเดียว แต่มีบทบาทในการรุกเข้าไปแสวงหาข้อเท็จจริงในเรื่องที่เกิดขึ้นได้ด้วย โดยเฉพาะศาลหรือตุลาการมีอำนาจเข้าไปมีบทบาทแสวงหาข้อเท็จจริงได้ในเรื่องที่คู่กรณีได้แย้งเรื่องจำนวนเงินหรือเมื่อมีประเด็นเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยมาพิจารณาด้วย โดยคำพิพากษาคดี Maguit ได้วางหลักกฎหมายที่สำคัญว่า ศาลจะถือว่าเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หากฝ่ายปกครองยินยอมชดใช้เงินให้กับคู่กรณีซึ่งฝ่ายปกครองไม่ควรที่จะต้องชดใช้เงิน ทำให้คำพิพากษาในคดีนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก เพราะเป็นคำพิพากษาที่วางแนวข้อจำกัดในกรณีที่ฝ่ายปกครองตกลงหรือประนีประนอมยอมความกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

โดยสรุป การประนีประนอมยอมความเป็นวิธีการที่นิยมใช้กันมากในคดีปกครองเป็นผลให้ลดจำนวนคดีขึ้นสู่ศาล อันเป็นการลดภาระให้แก่ตุลาการอีกทางหนึ่งด้วย

3) การไกล่เกลี่ย (conciliation)

ตามภาษาฝรั่งเศสปรากฏคำศัพท์การไกล่เกลี่ยอยู่ 2 คำคือ conciliation กับ médiation ซึ่งทั้ง 2 คำนี้ นักวิชาการถือกันว่ามีความหมายไม่แตกต่างกันมาก แต่ในทางปฏิบัติมักจะใช้โดยถือเสมือนมีความหมายอย่างเดียวกัน

กรณีการไกล่เกลี่ยมีองค์การทำหน้าที่ไกล่เกลี่ย 3 ประเภทใหญ่ ๆ ดังนี้

(1) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยศาล

ลักษณะเฉพาะของการไกล่เกลี่ย คือ การที่มีบุคคลที่สามเข้ามา มีส่วนให้คู่กรณีเจรจากลลงกันเพื่อหาข้อยุติให้ได้ ซึ่งมีความแตกต่างจากกรณีประนีประนอม ยอมความที่คู่กรณีเจรจากันเองเพื่อหาข้อยุติติดก่อนขึ้นสู่ศาล ในคดีแพ่งหรือคดีที่ขึ้นสู่ ศาลยุติธรรมผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยโดยทั่ว ๆ ไปมักจะเป็นผู้พิพากษา สำหรับในคดีปกครองนั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง มาตรา L.211-4⁵ บัญญัติว่า “ให้ศาลปกครอง ชันตันกระทำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้” หลักการนี้เป็นหลักการที่มีมาเป็นระยะเวลา 15 ปีแล้ว ในคดีปกครองเรื่องที่ใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและใช้ปฏิบัติกันมาเป็นระยะเวลานานแล้ว ได้แก่ เรื่องสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (contrat des marchés publics) ซึ่งเป็นคดีพิพาทที่มีความสลับ ซับซ้อนและใช้ระยะเวลายาวนานในการพิจารณาพิพากษา จึงมีความพยายามหาทางทำให้คดี ประเภทนี้ยุติโดยเร็ว ดังนั้น ในเรื่องสัญญาจัดซื้อจัดจ้างจึงมีการจัดตั้งคณะกรรมการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทที่มีลักษณะไตรภาคี ประกอบด้วยตุลาการศาลปกครอง ทำหน้าที่เป็นประธาน กรรมการ ฝ่ายที่สองคือผู้แทนของฝ่ายปกครอง และฝ่ายที่สามคือผู้แทนของเอกชน โดยใช้วิธี การดำเนินการในลักษณะที่คล้าย ๆ กับวิธีการของศาล มีการแต่งตั้งเจ้าของสำนวนและ การนัดพิจารณาเพื่อหาข้อสรุป ซึ่งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนี้มีผลทำให้ลดจำนวนคดีขึ้นสู่ศาลได้ เป็นจำนวนมาก และขณะเดียวกันก็เป็นทีพอใจของคู่กรณีด้วย

(2) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยหน่วยงานทางปกครอง

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในกรณีของรัฐวิสาหกิจที่ให้บริการด้าน สาธารณูปโภคโดยส่วนใหญ่จะจัดให้มีกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่าง หน่วยงานของตนกับผู้ให้บริการ อาทิ การไฟฟ้าและการรถไฟ เป็นต้น และยังมีกรณีกระทรวง ศึกษาธิการที่จัดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างข้าราชการกับผู้มาติดต่อราชการ และ ขณะนี้ได้มีความพยายามหาวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในกระทรวงการคลังเพื่อที่จะยุติ

⁵ มาตรา L.211-4 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2001 ตรงกับมาตรา L.3 วรคสองแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองในศาลปกครอง ชันตันและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ซึ่งได้บัญญัติหลักการเช่นเดียวกัน

ข้อพิพาทระหว่างกระทรวงการคลังกับผู้เสียภาษี เพื่อลดจำนวนคดีไม่ให้เข้าสู่ศาลปกครองเป็นจำนวนมากเกินไปอีกด้วย

(3) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดย Le Médiateur (Ombudsman)

องค์กรที่ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่จัดตั้งเป็นสถาบันที่เรียกว่า “Le Médiateur (ผู้ไกล่เกลี่ย)”⁶ เป็นองค์กรที่นำเอาแนวความคิดเรื่อง Ombudsman ของกลุ่มประเทศสแกนดิเนเวียมาใช้ โดยองค์กรนี้จะเข้ามาดำเนินการหรือใช้อำนาจหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยภายหลังที่ใช้วิธีการต่าง ๆ แล้วยังไม่ได้ข้อยุติที่เป็นที่พอใจแก่คู่กรณี โดย Le Médiateur จะมีอำนาจในการนำเสนอหรือหาทางออกที่เป็นธรรม ซึ่งบางครั้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาจมีข้อจำกัดและไม่อาจให้ข้อยุติที่เป็นที่พอใจแก่ทุกฝ่ายได้

Le Médiateur มีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญ 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก Le Médiateur ไม่สามารถดำเนินการได้ด้วยตัวเอง ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนจากการปฏิบัติงานของส่วนราชการต้องยื่นคำร้องเรียนผ่านสมาชิกรัฐสภาผู้หนึ่งผู้ใด ซึ่งจะเป็นผู้พิจารณาก่อนลงในเบื้องต้นว่าคำร้องเรียนมีมูลหรือไม่และสมาชิกรัฐสภานั้นจะสามารถช่วยแก้ปัญหาให้เองได้หรือไม่ เมื่อได้รับคำร้องเรียนผ่านทางสมาชิกรัฐสภาแล้ว Le Médiateur ก็มีอำนาจที่จะขอข้อมูลหรือเอกสารทุกอย่างจากทางราชการได้ เว้นแต่ในเรื่องที่เป็นความลับเกี่ยวกับการป้องกันประเทศ ความมั่นคง หรือการต่างประเทศ

ประการที่สอง Le Médiateur ไม่มีอำนาจชี้ขาดโดยตรง มีเพียงอำนาจในการให้ข้อเสนอแนะที่ตนเห็นว่าจะเป็นการช่วยแก้ปัญหาในเรื่องนั้น โดยส่งไปยังหน่วยงานที่ถูกร้องเรียน หรืออาจจะเสนอแนะวิธีการปรับปรุงการปฏิบัติงานของหน่วยงานนั้นด้วยก็ได้ หาก Le Médiateur เห็นว่าคำร้องเรียนมีมูล อย่างไรก็ตาม อำนาจดังกล่าวถือเป็นเครื่องมือสำคัญในการทำงาน เพราะข้อเสนอแนะจะไปปรากฏอยู่ในรายงานประจำปีที่เสนอต่อประธานาธิบดีและรัฐสภา ซึ่งถือว่าเป็นรายงานสาธารณะ ดังนั้น ถ้า Le Médiateur เห็นว่าเรื่องใดมีข้อยุติที่ไม่เป็นธรรมและนำไปปรากฏในรายงานประจำปี หน่วยงานที่เกี่ยวข้องก็อาจเดือดร้อนที่มีเรื่องราวในแง่ไม่ดี

⁶ Le Médiateur มีหน้าที่พิจารณาคำร้องเรียนของราษฎรเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของส่วนราชการ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ หรือองค์กรอื่นใดซึ่งมีหน้าที่ให้บริการสาธารณะ โดยมีข้อจำกัดว่า Le Médiateur ไม่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทระหว่างส่วนราชการ ฯลฯ ดังกล่าวข้างต้นกับพนักงานของส่วนราชการ ฯลฯ นั้น ไม่อาจเข้าแทรกแซงในเรื่องที่มีการฟ้องคดีอยู่ในศาล และไม่อาจรื้อฟื้นเรื่องที่ศาลได้วินิจฉัยชี้ขาดไปแล้ว (โปรดดู ชาญชัย แสวงศักดิ์, *ข่าวกฎหมาย*, วารสารกฎหมายปกครอง, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เล่ม 6 เมษายน 2530 ตอน 1 หน้า 271)

4) การดำเนินการโต้แย้งคัดค้านภายในฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง (Recours administratifs préalables)

โดยหลักในระบบของประเทศฝรั่งเศส เมื่อมีการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ก่อนที่จะนำคำสั่งนั้นมาฟ้องต่อศาลปกครองจะมีขั้นตอนที่สามารถนำเอาคำสั่งนั้นมาโต้แย้งภายในของฝ่ายปกครองได้ก่อน ซึ่งการอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งทางปกครองก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส คือ

1. การโต้แย้งคัดค้านคำสั่งนั้นต่อเจ้าหน้าที่หรือฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งนั้นเอง เรียกว่า “Recours gracieux”⁷
2. การโต้แย้งคัดค้านคำสั่งต่อตัวผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือขึ้นไปของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งนั้น เรียกว่า “Recours hiérarchique”⁸

หลักในเรื่องการโต้แย้งคัดค้านภายในฝ่ายปกครอง ถือหลักกว่าราษฎรหรือผู้รับคำสั่งทางปกครองสามารถที่จะโต้แย้งคัดค้านภายในฝ่ายปกครองได้เสมอ และเมื่อมีการโต้แย้งคัดค้านคำสั่งทางปกครองต่อฝ่ายปกครองแล้วก็จะเกิดผลเป็นการทำให้อายุความในการฟ้องร้องต่อศาลสะดุดหยุดลง อย่างไรก็ตาม หลักที่ทำให้อายุความสะดุดหยุดลงอยู่นี้ใช้ได้เพียงครั้งเดียว คือต้องเลือกโต้แย้งต่อตัวผู้ออกคำสั่งเองหรือโต้แย้งต่อผู้บังคับบัญชาของผู้ออกคำสั่งนั้น มิฉะนั้นจะทำให้อายุความขยายระยะเวลาออกไปอีก หลักในเรื่องนี้เป็นหลักทั่วไปที่มีความสำคัญมาก และถึงแม้ว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ กำหนดไว้เป็นการเฉพาะก็ตาม แต่ถือเป็นหลักทั่วไปว่าราษฎรสามารถโต้แย้งคำสั่งของฝ่ายปกครองได้เสมอ และการโต้แย้งนั้นมีผลทำให้อายุความสะดุดหยุดลง หลักในเรื่องนี้มีคติที่ขึ้นสู่การพิจารณาของสภาแห่งรัฐ (ในฐานะศาลปกครองสูงสุด) เช่น กรณีที่หน่วยงานทางปกครองโต้แย้งว่ากฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้เพราะฉะนั้นจึงไม่สามารถโต้แย้งคัดค้านได้ หรือแม้ว่าจะโต้แย้งคัดค้านได้แต่ก็ไม่ทำให้มีผลต่ออายุความในการฟ้องคดี ซึ่งสภาแห่งรัฐวินิจฉัยตามหลักทั่วไปว่า “ถึงแม้กฎหมายจะไม่ได้บัญญัติไว้ก็ตามแต่คู่กรณีอาจนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้และมีผลให้อายุความสะดุดหยุดลง”

หลักเรื่องนี้ถือว่าเป็นทางเลือกหนึ่งของราษฎรที่จะสามารถโต้แย้งคัดค้านคำสั่งทางปกครองโดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล โดยมีได้หมายความว่า เป็นเรื่อง

⁷ หมายถึง การร้องเรียนเพื่อขอความเป็นธรรมต่อเจ้าหน้าที่หรือฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองและมีจุดมุ่งหมายให้มีการเพิกถอน (มีผลย้อนหลัง) ให้มีการยกเลิก (มีผลในอนาคต)

⁸ หมายถึง การยื่นคำร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง โดยมีจุดประสงค์เช่นเดียวกับการร้องเรียนเพื่อขอความเป็นธรรมจากเจ้าหน้าที่

ที่บังคับให้ราษฎรต้องดำเนินการตามนั้น แต่เป็นไปในลักษณะของการจูงใจหรือเชิญชวนราษฎรว่ายังไม่จำเป็นต้องนำคดีมาสู่การพิจารณาของศาล เพราะหากโต้แย้งคัดค้านต่อฝ่ายปกครองนั้นก่อนก็ไม่เสียสิทธิใด ๆ ในภายหลังที่จะนำคดีมาสู่การพิจารณาของศาล ซึ่งไม่มีผลกระทบเรื่องอายุความแต่อย่างใด

ขอยกเว้นกรณีราษฎรที่สามารถนำคดีขึ้นสู่การวินิจฉัยของศาลได้โดยตรง ไม่ต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับการได้สิทธิในฐานะผู้ลี้ภัยที่จะพำนักในประเทศฝรั่งเศส หากมีคำสั่งทางปกครองในเรื่องนี้ ไม่จำเป็นต้องโต้แย้งคำสั่งนั้นต่อฝ่ายปกครองก่อน จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้โดยตรง

กรณีที่ต้องอุทธรณ์บังคับ (recours administratif obligatoire)⁹ ภายในฝ่ายปกครองก่อนที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง

กรณีที่กฎหมายระบุไว้ว่าต้องโต้แย้งคัดค้านภายในฝ่ายปกครอง หรือในกรณีที่ระบุไว้ในสัญญาทางปกครอง ปรากฏกรณีตัวอย่างที่น่าสนใจดังต่อไปนี้

- กรณีพิพาทเกี่ยวกับภาษีในประเทศฝรั่งเศส คดีภาษีเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งก่อนปี ค.ศ. 1920 มีคดีภาษีขึ้นสู่ศาลปกครองมากมาย แต่หลังปี ค.ศ. 1920 เป็นต้นมา ได้มีการวางหลักไว้ในกฎหมายว่า ก่อนที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง จะต้องมีการโต้แย้งคัดค้านภายในฝ่ายปกครองก่อน จึงเป็นผลให้ลดจำนวนคดีที่จะขึ้นสู่ศาลปกครองเป็นจำนวนมาก

- กรณีพิพาทเกี่ยวกับการขอวีซ่า (VISA) เข้าประเทศฝรั่งเศส แต่ไม่ได้รับวีซ่า กรณีเช่นนี้มีกฎหมายบังคับให้ต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนจึงจะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ กล่าวคือ การมีคำสั่งปฏิเสธไม่ออกวีซ่าเข้าประเทศฝรั่งเศสมีรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 10 พฤศจิกายน ค.ศ. 2000 จัดตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาการคัดค้านหรืออุทธรณ์คำสั่งในเบื้องต้นก่อนจึงจะสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ รัฐกฤษฎีกาที่จัดตั้งคณะกรรมการพิจารณาดังกล่าวมีความสำคัญมากเพราะการยื่นขอวีซ่าเข้าประเทศจะต้องยื่นขอที่สถานกงสุล ณ ประเทศที่ชาวต่างประเทศผู้นั้นอาศัยอยู่ และถ้าสถานกงสุลปฏิเสธไม่ออกวีซ่า คดีก็จะไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น แต่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหจำนวนคดีประเภทนี้ที่จะต้องยื่นฟ้องต่อ

⁹ หมายถึง การบังคับให้การร้องเรียนต่อฝ่ายปกครองก่อนจะนำคดีไปสู่การพิจารณาของศาล มิฉะนั้นศาลจะไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาเนื่องจากไม่เข้าเงื่อนไขการฟ้องคดีปกครอง ผู้ฟ้องคดีจึงต้องปฏิบัติให้ครบเงื่อนไขก่อนการฟ้องคดี

สภาแห่งรัฐ มาตราการนี้จึงถือว่าเป็นมาตรการที่ช่วยลดจำนวนคดีที่จะขึ้นต่อสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดได้มาก

- กรณีพิพาทเกี่ยวกับข้าราชการ (fonction publique) ตามกฎหมาย ลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2000 มาตรา 23 กำหนดไว้ชัดเจนว่า ก่อนที่ข้าราชการจะนำคดีมาฟ้องต่อศาลให้ได้แย้งคัดค้านคำสั่งเป็นการภายในฝ่ายปกครองก่อน ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยรัฐกฤษฎีกาว่าด้วยเรื่องการอุทธรณ์บังคับในกรณีพิพาทเกี่ยวกับข้าราชการ โดยเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสถานะของข้าราชการ เช่น เงินเดือน ค่าตอบแทน การเลื่อนขั้น และเลื่อนตำแหน่ง เป็นต้น หากเป็นคดีพิพาทในเรื่องดังกล่าวจะต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน อย่างไรก็ตาม ในคดีพิพาทเกี่ยวกับวินัยหรือการเข้ารับราชการ ผู้ฟ้องคดีอาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้โดยตรง ไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์คัดค้านภายในฝ่ายปกครองก่อนเนื่องจากมิใช่เป็นเรื่องบังคับ นอกจากนี้ เมื่อเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2001 ได้มีการตรารัฐกฤษฎีกาตามความในบทบัญญัติมาตรา 23 เกี่ยวกับข้าราชการทหารในกรณีที่จะต้องโต้แย้งคำสั่งเป็นการภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดี รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวกำหนดว่าเมื่อมีการโต้แย้งคัดค้านคำสั่งภายในฝ่ายปกครองแล้วจะต้องตั้งคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่งเพื่อพิจารณาคำร้องคัดค้าน และคณะกรรมการดังกล่าวจะทำหน้าที่เสนอแนะต่อรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง ในการนี้ หากนำคดีไปฟ้องต่อศาลโดยตรง ศาลจะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณาเนื่องจากไม่เข้าเงื่อนไขที่ศาลจะรับไว้พิจารณาได้ แต่ในส่วนของการอุทธรณ์พลเรือนนั้น การตรารัฐกฤษฎีกายังไม่แล้วเสร็จยังอยู่ในขั้นตอนของการดำเนินการ ฉะนั้น หากรัฐกฤษฎีกาในเรื่องนี้ยังไม่ใช้บังคับ ข้าราชการพลเรือนก็สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้โดยตรง

ตามตัวอย่างที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ในกรณีพิพาทเกี่ยวกับข้าราชการและการขอวีซ่าเป็นกรณีตัวอย่างที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นเรื่องบังคับที่จะต้องคัดค้านหรือโต้แย้งคำสั่งก่อนฟ้องคดี อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่ามีบางกรณีที่ยกกฎหมายกำหนดให้จะต้องมีการอุทธรณ์คัดค้านโต้แย้งคำสั่ง แต่ไม่ได้กำหนดบังคับไว้ให้มีการโต้แย้งภายในของฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดีต่อศาล ในกรณีเช่นนี้สภาแห่งรัฐจึงพยายามที่จะตีความตามเจตนารมณ์ แม้กฎหมายจะมีได้กำหนดคำว่า “บังคับไว้” แต่ก็กำหนดถึงการอุทธรณ์โต้แย้งภายในของฝ่ายปกครองไว้ ดังนั้น สภาแห่งรัฐจึงตีความว่า แม้จะไม่มีคำว่าบังคับแต่โดยเจตนารมณ์ก็ถือว่าบังคับเหมือนกัน เช่นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่มีในโรงเรียน คือโรงเรียนในประเทศฝรั่งเศสถือว่าเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง ฉะนั้น คำสั่งต่าง ๆ ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่โดยที่มีเรื่องที่เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก แม้ในบทบัญญัติแห่งบทกฎหมายจะไม่ได้กำหนดคำบังคับไว้ให้ต้องอุทธรณ์คำสั่งก่อนก็ตาม แต่สภาแห่งรัฐได้

ตีความว่า กรณีเช่นนี้จำเป็นต้องอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งทางปกครองนั้น ๆ ต่อผู้บริหารของเขตพื้นที่ทางการศึกษา ก่อน

การที่ต้องคัดค้านหรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองต่อฝ่ายปกครองก่อนดังที่กล่าวมาแล้วเป็นตัวอย่างของกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ต่อไปจะกล่าวถึงกรณีที่หลักการ เช่นว่านี้ไปสอดแทรกอยู่ในสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะในเอกสารที่กำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาที่แนบท้ายสัญญาทางปกครอง ถ้ามีข้อความให้ต้องคัดค้านหรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ก็มักจะนำไปปฏิบัติตาม แต่ในกรณีของสัญญากับกรณีที่กำหนดไว้โดยกฎหมายจะมีลักษณะที่แตกต่างกันบางประการ คือ หากเป็นเรื่องที่กำหนดไว้ในกฎหมายจะถือว่าเป็นปัญหาอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อย ฉะนั้น แม้คู่กรณีมิได้ยกขึ้นอ้างปัญหาเช่นนั้น ศาลก็ยกขึ้นพิจารณาได้เอง เช่น ไม่มีการโต้แย้งคัดค้านคำสั่งภายในของฝ่ายปกครองก่อน แม้ว่าคู่กรณีจะไม่ได้ยกปัญหาดังกล่าวขึ้นอ้างก็ตาม ศาลก็มีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยได้เอง แต่ถ้าเป็นเรื่องที่ไปปรากฏอยู่ในสัญญาเรื่องนี้ไม่ถือว่าเป็นปัญหาอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อย หากคู่กรณีไม่ยกขึ้นมาโต้แย้ง ศาลมีอำนาจยกขึ้นมาพิจารณาเองได้

ในปี ค.ศ. 1987 ได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อพยายามที่จะทำให้หลักเรื่องการอุทธรณ์โต้แย้งภายในฝ่ายปกครองเป็นเรื่องบังคับ มิใช่เป็นการทั่วไปและขยายไปถึงกรณีที่มีการระบุไว้ในสัญญาด้วย แต่โดยที่กฎหมายลำดับรองคือ รัฐธรรมนูญที่จะปรับใช้กฎหมายปี ค.ศ. 1987 ยังไม่ออกบังคับใช้ ฉะนั้น ข้อความหรือหลักการนี้ที่ปรากฏในสัญญาจึงยังไม่มีผลแบบเดียวกับกรณีที่เป็นเรื่องบังคับโดยกฎหมาย อีกกรณีหนึ่งที่หลักในการโต้แย้งคัดค้านคำสั่งของฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองยังไม่บังคับใช้เป็นกฎหมายคือ คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดของฝ่ายปกครอง ซึ่งหากต้องนำหลักในเรื่องของการโต้แย้งคัดค้านภายในฝ่ายปกครองมาบังคับให้ต้องโต้แย้งคัดค้านก่อน คดีประเภทนี้ก็จะลดลงไปมาก เพราะคดีประเภทนี้นำมาฟ้องต่อศาลปกครองค่อนข้างมากโดยเฉพาะเรื่องของความเสียหายอันเกิดจากการก่อสร้างสาธารณูปโภค ซึ่งเป็นเรื่องที่ดีที่จะทำให้มีการแก้ไขในชั้นของฝ่ายปกครองก่อนที่จะมาฟ้องคดีต่อศาล

ในระยะหลังจุลาการศาลปกครองฝรั่งเศสมีอำนาจมากขึ้นในการดำเนินการสอบสวนพิจารณา ไม่ว่าจะเป็นการออกคำสั่งทุเลาการบังคับ หรือออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนที่จะมีการพิพาท ปัญหาที่ปรากฏขึ้นคือเมื่อมีกระบวนการพิจารณานี้เกิดขึ้นจึงจะนำไปโยงกับเรื่องของการที่จะบังคับให้คู่กรณีต้องอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งทางปกครองก่อนมาฟ้องคดีต่อศาล อาจทำให้กระบวนการพิจารณาที่จะต้องทำโดยเร่งด่วนขาดประสิทธิภาพเท่าที่ควร ซึ่งปรากฏปัญหาที่น่าสนใจในระยะหลังคือ การอนุญาตให้นำวัสดุในทางเภสัชกรรมออกวาง

จำหน่ายในท้องตลาด หากมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นกฎหมายบังคับให้ต้องมีการโต้แย้งคัดค้านคำสั่งทางปกครองภายในก่อน

ตัวอย่าง บริษัทแห่งหนึ่งนำคดีมาฟ้อง มิใช่ฟ้องว่าฝ่ายปกครองปฏิเสธไม่อนุญาตให้นำผลิตภัณฑ์ออกจำหน่ายในท้องตลาด แต่ฟ้องว่าบริษัทคู่แข่งได้รับใบอนุญาตให้นำผลิตภัณฑ์ของตนออกวางจำหน่าย ปัญหาที่เกิดขึ้นคือการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ยาคุมกำเนิดซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์ที่มีการใช้ในชีวิตประจำวัน ฉะนั้น หากการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลล่าช้าจะมีผลกระทบกระเทือนต่อธุรกิจอย่างมาก บริษัทที่จำหน่ายผลิตภัณฑ์ยาคุมกำเนิดดังกล่าวจึงยื่นฟ้องต่อสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุด โดยไม่รอคำตอบของหน่วยงานทางปกครองที่ตนได้ยื่นคัดค้านคำสั่งทางปกครองไว้ก่อนแล้ว ซึ่งโดยหลักทั่วไปในคดีเช่นนี้ศาลจะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณาเนื่องจากยังไม่เข้าเงื่อนไขการฟ้องคดี กล่าวคือ กระบวนการโต้แย้งคัดค้านคำสั่งทางปกครองยังไม่แล้วเสร็จ แต่คดีนี้สภาแห่งรัฐจำเป็นต้องพิจารณาวินิจฉัยโดยเร่งด่วน และเพื่อไม่ให้กระบวนการพิจารณาโดยเร่งด่วน (Procédure d'urgence) ไม่มีความหมาย ไร้ประสิทธิภาพ ดังนั้น สภาแห่งรัฐจึงได้วินิจฉัยวางหลักเกณฑ์ไว้ว่า “ในกรณีเช่นนี้หลักที่ว่าจะต้องอุทธรณ์โต้แย้งภายในฝ่ายปกครองก่อนเป็นหลักรอง ไม่จำเป็นต้องรอให้กระบวนการโต้แย้งคัดค้านคำสั่งทางปกครองแล้วเสร็จก็สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้” คดีนี้ถือว่าเป็นคดีที่มีความสำคัญ สภาแห่งรัฐจึงพิจารณาพิพากษาคดีให้เสร็จไปในวันนั้น การที่ยกตัวอย่างเรื่องนี้อย่างละเอียดเนื่องจากเป็นเรื่องที่น่าสนใจ และเป็นที่สังเกตว่าในปัจจุบันนี้กระบวนการยุติธรรมทางปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศสอยู่ระหว่างความจำเป็นสองด้านที่ขัดแย้งกันในตัวเอง กล่าวคือ ความจำเป็นที่ด้านหนึ่งพยายามทำให้คดีไม่มาค้างที่ศาลมากเกินไป จึงจำเป็นต้องมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยให้มีการโต้แย้งคัดค้านภายในฝ่ายปกครองก่อน แต่อีกด้านหนึ่งก็มีความจำเป็นที่จะต้องทำให้กระบวนการพิจารณาโดยเร่งด่วนนั้นมีประสิทธิภาพด้วยเพราะประเทศฝรั่งเศสมีการวิพากษ์วิจารณ์กันว่ากระบวนการพิจารณาคดีปกครองมีความล่าช้า ใช้ระยะเวลายาวนานในการพิจารณาพิพากษาไม่แตกต่างกับกระบวนการพิจารณาของศาลยุติธรรมแต่อย่างใด

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส

ดร.บุบผา อัครพิมาน

1. บทนำ

อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาท ซึ่งมีวิวัฒนาการอันยาวนานมาแล้ว โดยเป็นที่นิยมอย่างสูงในคดีทางแพ่ง โดยเฉพาะในวงการธุรกิจ เพราะเป็นวิธีการที่สะดวกรวดเร็วอีกทั้งประหยัดเวลาและค่าใช้จ่าย ซึ่งก็เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องนี้ที่ต้องการลดจำนวนคดีในศาลลง ความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนี้ในคดีทางแพ่งไม่เกิดเป็นประเด็นปัญหา เพราะเป็นเรื่องของเสรีภาพของคู่กรณีที่จะหาวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ในแง่ที่จะเป็นประโยชน์แก่คู่กรณีมากที่สุด เมื่อเป็นความยินยอมของคู่กรณีเอง กฎหมายก็ยอมรับและกำหนดวิธีการให้

แต่การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนี้ เริ่มจะเป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายเมื่อถูกนำมากำหนดไว้ในข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองประเภทต่าง ๆ ทั้งนี้โดยมิได้คำนึงถึงว่าการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการจะมีความเหมาะสมเพียงใดเมื่อนำมาใช้ในกรณีพิพาททางปกครอง ทั้งนี้เพราะในอดีตที่ผ่านมาเราได้มีการแยกระบบศาลออกเป็นระบบศาลคู่เช่นปัจจุบัน ดังนั้น เมื่อเกิดคดีข้อพิพาทต่าง ๆ ขึ้น ก็ล้วนแล้วแต่อยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม ซึ่งกฎหมายที่ศาลนำมาใช้บังคับในคดีต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นคดีทางแพ่งหรือคดีทางปกครองก็ล้วนเป็นกฎหมายแพ่ง จึงทำให้ไม่มีการพัฒนาหลักกฎหมาย ข้อความคิดและทฤษฎีต่าง ๆ ที่เหมาะสมในคดีที่เป็นข้อพิพาททางปกครอง

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นประเด็นที่สำคัญประเด็นหนึ่งในทางกฎหมายปกครองว่าในคดีพิพาททางปกครองนั้น คู่กรณีจะยินยอมตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทได้หรือไม่เพียงใด

บทความนี้เขียนขึ้นในปี พ.ศ. 2544 ซึ่งยังไม่มีมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยบทความนี้นั้นการศึกษาระบบของประเทศฝรั่งเศสเพื่อเสนอเป็นทางเลือกให้ระบบกฎหมายไทย

น.บ. (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), ประกาศนียบัตรชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน จากมหาวิทยาลัย Toulouse แห่งประเทศฝรั่งเศส (D.E.A. de droit public fondamental) ปริญญาเอกทางกฎหมายมหาชน (Doctorat en droit public: mention très honorable et les félicitations à l'unanimité) จากมหาวิทยาลัยเดียวกัน, ผู้อำนวยการศูนย์ศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ สำนักงานศาลปกครอง

ในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนี้ อาจเกิดขึ้นในขณะที่เกิดข้อพิพาทขึ้นแล้วคู่กรณีตกลงที่จะให้กรณีพิพาทได้รับการชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการแทนการนำคดีขึ้นสู่ศาล หรือในกรณีของสัญญา คู่สัญญาอาจกำหนดข้อสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการก็ได้

โดยหลัก อนุญาโตตุลาการประกอบด้วยบุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณี หรืออาจได้รับการแต่งตั้งโดยบุคคลภายนอกที่คู่กรณีตกลงมอบหมายให้เป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรืออาจได้รับการแต่งตั้งโดยศาล แล้วแต่กรณี

ถึงแม้ว่าในทางปฏิบัติจะมีการนำหลักเกณฑ์ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาต่าง ๆ ของรัฐโดยเฉพาะในสัญญาสัมปทานอย่างแพร่หลาย ทั้งนี้ ในแทบทุกสัญญาสัมปทานจะมีข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการไว้ ในอดีตเราอาจจะไม่มีปัญหาในทางปฏิบัติเพราะสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนมีจำนวนน้อย แต่ก็ได้หมายความว่า แนวทางปฏิบัติดังกล่าวจะถูกต้องและเหมาะสมในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและเอกชน ปัจจุบันนี้เมื่อสังคมกลับซับซ้อนขึ้น สัญญาที่ทำระหว่างภาครัฐกับเอกชนก็ทวีจำนวนขึ้น โดยเฉพาะในการให้สัมปทานแก่เอกชนเพื่อจัดให้มีและดำเนินการบริการสาธารณะต่าง ๆ ซึ่งมีจำนวนมากขึ้นอย่างรวดเร็ว บางครั้งปัญหาข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนที่เกิดขึ้นก็เป็นเรื่องละเอียดอ่อนเพราะเกี่ยวข้องกับประโยชน์มหาชน การระงับข้อพิพาทจึงไม่อาจใช้วิธีการและหลักเกณฑ์เดียวกับวิธีการทางแพ่งอีกต่อไป ทำให้ประเทศไทยจำเป็นต้องมีศาลปกครองขึ้นมาเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว ในการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นนั้นตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่า ต้องการศาลที่มีความเชี่ยวชาญทั้งด้านการบริหารรัฐกิจและกฎหมายมหาชน รวมทั้งกฎหมายเอกชนด้วย เพราะในการระงับข้อพิพาททางปกครองนั้น จะต้องเป็นการประสานประโยชน์สองลักษณะคือ ประโยชน์มหาชนและประโยชน์ของเอกชนซึ่งมีความไม่เท่าเทียมกันให้เกิดความสมดุล

ดังนั้น การยังคงให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในคดีปกครองจึงอาจจะขัดต่อเจตนารมณ์ดังกล่าว และเป็นการขัดขวางการพัฒนาของกฎหมายมหาชนด้วย เราอาจศึกษากรณีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในคดีปกครองได้จากการศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีของต่างประเทศซึ่งมีระบบกฎหมายปกครองที่ได้รับการพัฒนาอย่างเป็นระบบแล้วอย่างประเทศฝรั่งเศส

2. หลักกฎหมายเรื่องอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

อนุญาโตตุลาการกับกฎหมายปกครองนั้นเป็นข้อความคิดสองแนวซึ่งวางอยู่บนฐานที่แตกต่างกัน นักกฎหมายบางท่านถึงขนาดเห็นว่า สองข้อความคิดนี้เป็นเส้นขนานที่ไม่อาจบรรจบกันได้ โดยกล่าวให้เห็นภาพอย่างชัดเจนว่า สองข้อความคิดนี้เปรียบเสมือนน้ำกับไฟ¹ ซึ่งไม่อาจจะเข้ากันได้

2.1 หลักว่าด้วยการห้ามระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการ

(Le principe de l'interdiction aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage)

หลักการห้ามระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส มีที่มาจากหลักกฎหมายทั่วไป (principes généraux du droit public) ที่ศาลสร้างขึ้นและได้รับการบัญญัติรับรองไว้ด้วยกฎหมายลายลักษณ์อักษร คือ มาตรา 1004 ประกอบกับมาตรา 83 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเดิม ซึ่งถูกยกเลิกไปแล้วขณะนี้ มาตรา 2060 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งได้บัญญัติรับหลักการดังกล่าวไว้แทน

ในสัญญาทางปกครองประเภทต่าง ๆ นั้น ไม่อาจจะมีข้อกำหนดว่าด้วยการประนีประนอมยอมความ การไกล่เกลี่ย และการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ เพราะภายใต้หลักกฎหมายทั่วไป รัฐไม่อาจจะยินยอมอยู่ภายใต้การชี้ขาดของบุคคลหรือองค์กรซึ่งมิใช่ศาลที่จัดตั้งโดยรัฐได้ ด้วยเหตุว่าผลของการอนุญาโตตุลาการมักจะไม่มีความแน่นอน เพราะคำชี้ขาดเกิดจากการประนีประนอมไกล่เกลี่ยจากคนกลาง คือ อนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะไม่มีการสร้างหลักหรือสร้างแนวในการวินิจฉัยเหมือนในคดีที่วินิจฉัยโดยศาล ดังนั้น ข้อเท็จจริงเดียวกันอาจจะมีผลได้หลากหลาย ในคดีทางแพ่งไม่มีปัญหา เพราะเป็นการยุติข้อพิพาทโดยความยินยอมของทั้ง 2 ฝ่าย แต่ในคดีปกครองนั้น หลักความยินยอมไม่อาจนำมาใช้ได้เหมือนในคดีแพ่ง เพราะจะเกี่ยวพันถึงหลักเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (Principe d'ordre public) นอกจากนี้ ในหลักเกี่ยวกับความสงบยังต้องห้ามมิให้รัฐถูกตัดสินโดยองค์กรอื่น นอกจาก องค์กรนั้นจะเป็นองค์กรศาลที่ถูกจัดตั้งโดยกฎหมายระดับรัฐบัญญัติเท่านั้น²

¹ M. CAMBOURNAC, กล่าวในพิธีเปิดสัมมนา เมื่อ 17 กันยายน 1990 ซึ่งจัดขึ้นโดยสมาคมอนุญาโตตุลาการฝรั่งเศส

² E.LAFERRIÈRE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Paris 1888, t.2, pp. 145-146.

สภาแห่งรัฐในฐานะที่ปรึกษาแห่งรัฐ ได้เคยให้ความเห็นไว้อย่างชัดเจนในหลักเรื่องการห้ามการอนุญาตตุลาการในคดีทางปกครองว่า “หลักการห้ามมิให้มีการชี้ขาดข้อพิพาทในคดีปกครองโดยอนุญาตตุลาการนี้ เป็นหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติรับรองหลักดังกล่าวไว้ในมาตรา 2060 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนไม่อาจจะเลยหรือหลีกเลี่ยงหลักดังกล่าวด้วยการนำคดีพิพาทของตนไปให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดได้ เพราะหลักกฎหมายเรื่องนี้เป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจศาล ซึ่งเป็นหลักเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เว้นแต่มีบทบัญญัติของกฎหมายระดับรัฐบัญญัติยกเว้นหลักนี้ไว้อย่างชัดแจ้ง หรือมีบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งรัฐได้ให้สัตยาบันแล้วยกเว้นไว้”³

หลักการห้ามมิให้นำคดีทางปกครองให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสนี้วางอยู่บนเหตุผลทางกฎหมาย 3 ประการ⁴ ดังนี้

(1) ข้อความคิดว่าด้วยการแบ่งเขตอำนาจศาล (Le principe de la répartition des compétences juridictionnelles)

หลักการห้ามมิให้ฝ่ายปกครองนำคดีพิพาททางปกครองของตนไปให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดนี้ขัดกับหลักหรือแนวคิดพื้นฐานของการแบ่งแยกเขตอำนาจศาลออกเป็นศาลยุติธรรมและศาลปกครอง แนวคิดนี้วางอยู่บนฐานที่ว่า องค์การผู้มีอำนาจตัดสินคดีพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ต้องเป็นองค์กรที่เป็นผู้เชี่ยวชาญเท่านั้น ซึ่งก็คือศาลปกครองนั่นเอง ดังนั้น การเสนอคดีพิพาททางปกครองต่อองค์กรอนุญาตตุลาการจึงเป็นการฝ่าฝืนหลักกฎหมาย และแนวคิดที่ว่าด้วยการแบ่งแยกเขตอำนาจศาลดังกล่าว แนวคิดของนักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสส่วนใหญ่เห็นว่า องค์การตุลาการทางปกครองสามารถที่ควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองได้ดีกว่าการปล่อยให้คดีขึ้นสู่การชี้ขาดโดยอนุญาตตุลาการ (ซึ่งมิได้ตั้งขึ้นบนแนวคิดพื้นฐานเดียวกัน) หรือแม้แต่องค์กรตุลาการของศาลยุติธรรม⁵

³ C.E., ความเห็นลงวันที่ 6 มีนาคม 1986, Section des Travaux publics, N° 339710, Rapporteur D.LABETOULIE, Revue de l'arbitrage, 1992, p. 397.

⁴ A. PATRIKIOS, L'arbitrage en matière administrative, L.G.D.J., 1997, t.189, pp. 31-36.

⁵ F.COLLAVERET, De l'arbitrage dans les procès où sont parties les personnes publiques, R.D.P. 1906, p. 477 อ้างโดย PATRIDIOS เพิ่งอ้าง : E.LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative, อ้างแล้ว, p. 146.

แนวคิดว่ายอนญาโตตุลาการขัดกับหลักการแบ่งเขตอำนาจศาลของระบบกฎหมายฝรั่งเศสนี้มาจากแนวคิดที่ว่า องค์การอนญาโตตุลาการมีสถานะทางกฎหมายที่ทำหน้าที่เป็นศาล นอกจากนี้ การยอมรับการชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองโดยอนญาโตตุลาการยังเป็นการขยายเขตอำนาจของศาลยุติธรรมเข้ามาในคดีปกครองด้วย เพราะโดยปกติระบบอนญาโตตุลาการจะสัมพันธ์ใกล้ชิดกับศาลยุติธรรม เพราะในกระบวนการอนญาโตตุลาการเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมจะตัดสินพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น⁶ เมื่อเป็นปัญหาเรื่องการแบ่งแยกเขตอำนาจศาล คู่กรณีในคดีปกครองจึงไม่อาจจะทำข้อตกลงหรือสัญญายกเว้นหลักดังกล่าวได้ เว้นแต่มีกฎหมายระดับรัฐบัญญัติกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่ากรณีดังกล่าวให้นำกระบวนการชี้ขาดโดยอนญาโตตุลาการมาใช้ได้

(2) ข้อความคิดว่าด้วยหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (La notion d'ordre public)

ข้อห้ามการชี้ขาดข้อพิพาทในคดีปกครองโดยอนญาโตตุลาการ ถือว่าเป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย โดยหลักแล้ว หลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยจะจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งเนื้อหาของหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยนี้เป็นหลักที่สร้างขึ้นเพื่อพิทักษ์ประโยชน์มหาชนซึ่งจะอยู่เหนือประโยชน์ของเอกชน ในกระบวนการอนญาโตตุลาการ เราอาจจะพิจารณาแล้วเห็นประโยชน์ของกระบวนการนี้ เช่น เป็นวิธีการที่รวดเร็ว สะดวกและประหยัด แต่จะต้องพิจารณาในอีกแง่หนึ่งด้วย คือ ประโยชน์มหาชนซึ่งเป็นประโยชน์สูงสุด การห้ามมิให้มีการชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองโดยอนญาโตตุลาการนั้น มาจากแนวคิดที่ว่า ประโยชน์มหาชนไม่อาจถูกนำมาประนีประนอมกับประโยชน์ของเอกชนได้

หลักเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยนี้จะผูกพันอยู่กับการกระทำของรัฐ ในฐานะที่ใช้อำนาจปกครอง เรื่องใดที่มีลักษณะเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย การจะเปลี่ยนแปลง

⁶ อำนาจของศาลยุติธรรมในการพิพากษาให้เป็นไปตามคำชี้ขาดนี้ เป็นไปตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด ซึ่งก็เป็นธรรมดาอยู่เองว่า กฎหมายต้องกำหนดให้เป็นหน้าที่ของศาลยุติธรรมที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาในกรณีดังกล่าว เพราะโดยหลัก กระบวนการอนญาโตตุลาการถูกกำหนดอยู่ในกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง ส่วนในกระบวนการยุติธรรมทางปกครองมิได้กำหนดอนุญาตให้มีการอนญาโตตุลาการได้ แต่นักกฎหมายบางท่านเห็นว่าถ้าเป็นกระบวนการชี้ขาดข้อพิพาทในคดีปกครอง อนญาโตตุลาการจะทำหน้าที่คล้ายศาลปกครองชั้นต้น ดังนั้น จึงอยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองที่จะพิพากษาชี้ขาดตามคำชี้ขาดของอนญาโตตุลาการได้ (เช่น A. PATRIKIOS, เพิ่งอ้าง, น. 32)

แก้ไขเรื่องนั้นจะต้องทำโดยกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ⁷ เท่านั้น ดังนั้น การห้ามเสนอข้อพิพาทในคดีปกครองต่ออนุญาโตตุลาการจึงเป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เพราะคดีปกครองย่อมเกิดขึ้นจากการที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจปกครอง แล้วไปกระทบกับสิทธิของเอกชนจึงเกิดเป็นคดีขึ้นมา การยกเว้นหลักกฎหมายนี้จะทำได้แต่โดยมีกฎหมายให้อำนาจเท่านั้น⁸

(3) ทฤษฎีว่าด้วยการไร้ความสามารถของฝ่ายปกครองในการเสนอคดีต่ออนุญาโตตุลาการ (La théorie de l'incapacité de l'administration à l'arbitrage)

การอธิบายหลักกฎหมายว่าด้วยการห้ามฝ่ายปกครองเสนอคดีพิพาททางปกครองต่ออนุญาโตตุลาการตามทฤษฎีการไร้ความสามารถนี้ เป็นการยืมหลักในเรื่องผู้เยาว์ตามกฎหมายแพ่งมาใช้ โดยอธิบายว่า ฝ่ายปกครองเป็นเสมือนผู้ไร้ความสามารถในการเสนอคดีต่ออนุญาโตตุลาการ เพราะในฐานะที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้พิทักษ์ดูแลผลประโยชน์มหาชน ต้องได้รับการประกันทางศาล เพื่อให้ได้รับการประกันทางศาล ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจเสนอคดีของตนต่อองค์กรอื่นนอกจากองค์กรศาลแห่งรัฐ ทฤษฎีนี้มีประโยชน์ในทางปฏิบัติ เพราะทำให้หลักเรื่องการห้ามฝ่ายปกครองเสนอคดีต่ออนุญาโตตุลาการมีความยืดหยุ่น กล่าวคือ ทฤษฎีนี้อธิบายว่าการที่ฝ่ายปกครองทำข้อตกลงกับเอกชนคู่กรณี หรือกำหนดข้อสัญญาในสัญญาทางปกครองให้เสนอคดีพิพาททางปกครองที่จะมีขึ้นต่ออนุญาโตตุลาการ ข้อตกลง หรือข้อสัญญานี้เป็นโมฆียะ แต่มีเพียงฝ่ายปกครองเท่านั้นที่จะให้สัตยาบันหรือยกเลิกได้ เช่น ในคดีของศาลชั้นต้นแห่งเมืองลิลส์ (13 เมษายน 1929)⁹ ในคดีนี้ เมืองรูเบย์ทำข้อตกลงระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการกับเอกชน ศาลตัดสินว่าเมืองรูเบย์ไม่มีอำนาจทำข้อตกลงดังกล่าว แต่ศาลก็มีได้ยกเลิกข้อตกลงนั้น โดยให้เหตุผลว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นโมฆียะ และเป็นอำนาจหน้าที่ของเทศบาลแห่งเมืองนี้ที่จะยกเลิกข้อตกลงดังกล่าว

⁷ ทั้งนี้ มาจากหลักการพื้นฐานเรื่องประชาธิปไตยโดยทางอ้อม ซึ่งประชาชนไม่ใช่สิทธิหน้าที่ของตนโดยตรงแต่เลือกผู้แทนของตนเข้าไปทำหน้าที่แทน ดังนั้น เมื่อรัฐบัญญัติออกโดยรัฐสภาซึ่งสมาชิกรัฐสภาได้รับเลือกจากประชาชน จึงถือว่าการใด ๆ ที่รัฐสภาทำการกระทำในนามของประชาชนซึ่งฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตาม

⁸ ในความเป็นจริง หลักนี้มาจากหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่ว่า เอกชนมีเสรีภาพที่จะกระทำการใด ๆ ก็ได้ถ้าไม่มีกฎหมายห้ามไว้ แต่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดก็จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น

⁹ DH 29, p. 376 อ้างใน Patrikios อ้างแล้ว น.35

ทฤษฎีนี้มีจุดอ่อนในแง่ของการอธิบายทางกฎหมาย คือ หลักผู้อนุบาลผู้ไร้ความสามารถ (incapacité) ตามกฎหมายแพ่ง ไม่อาจนำมาเทียบกับเรื่องผู้กำกับดูแล (Tutelle) ตามกฎหมายปกครองได้ เพราะเป็นสองเรื่องที่มีธรรมชาติต่างกันโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ หลักผู้อนุบาลในกฎหมายเอกชน (tutelle civile) นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อพิทักษ์รักษาผลประโยชน์ของผู้ไร้ความสามารถนั่นเอง ในขณะที่การกำกับดูแลในทางปกครอง (tutelle administrative) มุ่งที่จะพิทักษ์ประโยชน์มหาชนมากกว่าที่จะรักษาผลประโยชน์ขององค์กรปกครองท้องถิ่นซึ่งอยู่ในกำกับดูแล¹⁰ นอกจากนี้ ทฤษฎีนี้ก็ไม่สามารถนำไปใช้อธิบายในกรณีที่ต้องครุผู้ทำข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นองค์กรปกครองท้องถิ่น

2.2 ข้อยกเว้นหลักการห้ามระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการ

(1) กรณีองค์กรมหาชนที่มีลักษณะอุตสาหกรรมและการค้า

ตามมาตรา 2060 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส กำหนดไว้ว่าการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการไม่อาจนำมาใช้ในกรณีที่เป็นข้อพิพาททางปกครอง ซึ่งคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองและมีสถานะเป็นนิติบุคคลมหาชน องค์กรมหาชน หรือในทศคดี ซึ่งเนื้อหาของคดีเกี่ยวข้องกับกฎหมายเกี่ยวกับความสงบฯ ต่อมา รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 9 กรกฎาคม 1975 ได้เพิ่มเติมวรรค 2 ในประมวลกฎหมายแพ่งมาตราดังกล่าว “อย่างไรก็ดี องค์กรมหาชนซึ่งมีลักษณะทางอุตสาหกรรมและการค้า (Etablissements publics industriels et commerciaux) อาจได้รับการยกเว้นโดยรัฐทฤษฎีการให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทของตนได้” ตามกฎหมายฉบับนี้ ข้อยกเว้นหลักการห้ามระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการ จะจำกัดอยู่เฉพาะกรณีขององค์กรมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและการค้าเท่านั้น ในกรณีขององค์กรมหาชนทางปกครอง (Etablissements publics administratifs) ก็ยังคงอยู่ภายใต้หลักทั่วไป คือ การห้ามเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ สำหรับเนื้อหาของข้อพิพาทนี้อาจเป็นข้อพิพาทตามสัญญาหรือข้อพิพาทซึ่งมิได้เกิดจากสัญญาก็ได้ อย่างไรก็ตามนี้ยังไม่มีรัฐทฤษฎีการออกตามความในกฎหมายฉบับนี้แต่อย่างใด ดังนั้น องค์กรมหาชนทั้งที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและการค้า และองค์กรมหาชนทางปกครองไม่อาจใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทของตนได้ เว้นแต่มีกฎหมายเฉพาะอนุญาติไว้เท่านั้น

¹⁰ R. Chapus, Droit administratif général, t.1, 9^e éd, p. 361.

ในเรื่องนี้ สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสได้ตัดสินยืนยันหลักการห้ามระงับคดีพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการไว้ในคดี *Société Nationale de Vente des Surplus* เมื่อปี ค.ศ. 1957 โดยพิจารณาว่า ถึงแม้ว่า *Société Nationale de Vente des Surplus* จะมีสถานะเป็นองค์กรมหาชนที่มีลักษณะทางการค้า แต่ก็ยังมีสถานะเป็นองค์กรมหาชนซึ่งต้องอยู่ภายใต้หลักการห้ามเสนอคดีพิพาทของदनต่ออนุญาโตตุลาการ

สภาแห่งรัฐยังได้ขยายหลักการนี้ไปใช้ในกรณีของสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน 2 องค์กรด้วย โดยศาลจะไม่ใช้หลักเกณฑ์เรื่ององค์กรมาวินิจฉัย เพราะโดยหลักนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน 2 องค์กรไม่อาจทำสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ศาลจึงใช้เนื้อหาของสัญญานั้นเองมาพิจารณาว่าเป็นสัญญาที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งตามระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าการพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองโดยปริยาย ดังนั้น ในสัญญาทุกสัญญาที่อยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองมีข้อสัญญาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการไม่ได้ เช่น ในคดีของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 3 มีนาคม 1989 *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes (AREA)* ข้อเท็จจริงในคดีนี้ บริษัท AREA ได้รับสัมปทานจากรัฐให้ก่อสร้างและแสวงหาประโยชน์ในทางด่วน 3 เส้นทาง ซึ่งบริษัท AREA ผู้รับสัมปทานได้ทำสัญญาช่วงกับบริษัทในกลุ่ม *Isère-Savoie-Autoroutes (ISA)* ให้ก่อสร้างเส้นทางทางด่วนสายหนึ่งที่ตนได้รับสัมปทาน โดยในสัญญาดังกล่าว คู่สัญญาได้กำหนดข้อสัญญาไว้ข้อหนึ่งว่า กรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก่อนจะนำคดีสู่ศาลให้คู่กรณีใช้วิธีประนีประนอมกันก่อน ในกรณีตกลงกันไม่ได้ให้เสนอข้อพิพาทดังกล่าวต่ออนุญาโตตุลาการ ผู้รับสัมปทานได้ร้องต่อสภาแห่งรัฐให้ยกเลิกคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ สภาแห่งรัฐได้ยกเลิกคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว¹¹ โดยอ้างประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 2061 ซึ่งห้ามมิให้มีข้อตกลงเกี่ยวกับการประนีประนอมยอมความแทนการนำคดีไปสู่ศาล ข้อสังเกตคือ ศาลหลีกเลี่ยงที่จะอ้างบทบัญญัติแห่ง มาตรา 2060 ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาว่าคู่สัญญามีใช้นิติบุคคลตาม

¹¹ กรณีมีประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลปกครอง ซึ่งศาลปกครองฝรั่งเศสได้วางหลักเรื่องสัญญาทางปกครองซึ่งทำโดยคู่สัญญาที่ต่างเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน โดยใช้หลักเรื่องตัวแทนโดยปริยาย (*mandat tacite*) มาอธิบายว่า ผู้รับสัมปทานทำสัญญาดังกล่าวในนามและเพื่อประโยชน์ของฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ให้สัมปทาน นอกจากนี้ ยังมีปัญหาเรื่องเขตอำนาจของสภาแห่งรัฐว่า มีอำนาจพิจารณาคดีนี้หรือไม่ เพราะเป็นกรณีการยกเลิกคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1486 กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรมชั้นอุทธรณ์ ซึ่งขณะนี้ในทางวิชาการปัญหาดังกล่าวยังไม่เป็นที่ยุติ แต่สำหรับศาลปกครองเองได้วินิจฉัยว่า คดีประเภทนี้อยู่ในเขตอำนาจของตน

กฎหมายมหาชน นอกจากนี้ ศาลไม่ได้พิจารณา มาตรา 631 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ ประกอบด้วย ซึ่งตามมาตราดังกล่าว กำหนดให้ยกเว้นหลักห้ามระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในเรื่องที่มีลักษณะทางการค้า ทั้งที่ในกรณีดังกล่าวคู่กรณีเป็นบริษัทที่มีลักษณะทางการค้า ทั้งนี้ เพราะศาลต้องการให้สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะทั้งปวงไม่ว่าคู่สัญญาจะเป็นนิติบุคคลมหาชนหรือนิติบุคคลเอกชนอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเดียวกัน (ทั้งนี้ เป็นหลักกฎหมายที่มาจากการวางแนวคำพิพากษาในคดี Peyrot (T.C. 8 d"8" 1963 Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 10^e ed, pp. 606 et s.))

นอกจากนี้ ในกรณีขององค์กรมหาชน การไฟฟ้าแห่งฝรั่งเศส และองค์กรก๊าซแห่งฝรั่งเศส (E.D.F. et G.D.F.) รัฐบัญญัติ (ลงวันที่ 8 เมษายน 1946) เกี่ยวกับการโอนกิจการการไฟฟ้าและก๊าซให้เป็นของรัฐ ได้กำหนดให้องค์กรมหาชนทั้งสองเป็นผู้รับสัมปทานโดยการกำหนดของกฎหมาย (concessionnaires obligatoires) และกำหนดว่าในกรณีมีข้อพิพาทระหว่างองค์กรมหาชนทั้งสองกับฝ่ายปกครองผู้ให้สัมปทาน ให้คู่พิพาทเสนอคดีต่อคณะกรรมการที่ปรึกษาระดับสูง (Conseil Supérieur) เพื่อพิจารณาชี้ขาด อย่างไรก็ตามก็ดี ในฝรั่งเศสมีการถกเถียงกันถึงสถานะทางกฎหมายขององค์กรที่ปรึกษานี้ว่าเป็นองค์กรอนุญาโตตุลาการหรือไม่ และสภาแห่งรัฐได้มีคำวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ในคดี Electricité de France ลงวันที่ 27 พฤษภาคม 1955 ว่ากระบวนการพิจารณาของคณะกรรมการที่ปรึกษาระดับสูงนี้ ไม่ใช่กระบวนการทางศาล ดังนั้น จึงไม่มีสถานะเป็นองค์กรอนุญาโตตุลาการ แต่เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายไว้โดยเฉพาะ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการฯ จึงมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง

(2) ข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ

ตามมาตรา 247 และ 361 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 17 เมษายน 1906 กำหนดว่า รัฐ จังหวัด และเทศบาล อาจใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งบัญญัติไว้ตามหมวด 3 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ ในกรณีที่เกี่ยวกับการคำนวณค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างงานโยธาต่าง ๆ และการจัดซื้อพัสดุ และในรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 25 กรกฎาคม 1960 ได้ขยายขอบเขตของหลักการนี้ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นสหภาพของเทศบาล (syndicats de communes) สหภาพผสม (syndicats mixtes) อำเภอ (districts urbains) ฝ่ายต่าง ๆ ในเทศบาลและองค์กรมหาชนแห่งจังหวัดและเทศบาล (secteurs de communes et Etablissements publics départementaux et communaux)

บทบัญญัติสองมาตรานี้เป็นผลพวงจากรัฐบัญญัติทางการเงิน ลงวันที่ 17 เมษายน 1906 ซึ่งกำหนดอนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาจัดซื้อจัดจ้างบางประเภทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้เกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองต่อข้อเรียกร้องของคู่สัญญาเอกชนในการจัด exposition universelle ที่กรุงปารีส เมื่อปี 1906 นั้นเอง

(3) ข้อยกเว้นตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้ยอมรับว่า กฎหมายระหว่างประเทศที่ฝรั่งเศสเข้าเป็นภาคี มีสถานะทางกฎหมายในระบบกฎหมายภายในต่ำกว่ารัฐธรรมนูญแต่สูงกว่ารัฐบัญญัติ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของฝรั่งเศส คือ ปี 1958 กำหนดไว้ในมาตรา 55 ว่า “อนุสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งได้มีการให้สัตยาบันโดยถูกต้อง จะมีสถานะเหนือกฎหมายระดับรัฐบัญญัติภายใน ตั้งแต่มีการประกาศโฆษณา ภายใต้ข้อสงวนที่ว่าอีกฝ่ายต้องปฏิบัติตามข้อตกลงหรืออนุสัญญาดังกล่าวด้วย”

อนุสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่ประเทศฝรั่งเศสได้ให้สัตยาบันแล้ว จะมีผลเป็นกฎหมายภายในโดยไม่ต้องมีกฎหมายภายในออกตามความในข้อสัญญาระหว่างประเทศรับรองอีก ดังนั้น อนุสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศฝรั่งเศสได้ลงนามและให้สัตยาบันแล้ว จึงมีสถานะทางกฎหมายสูงกว่ากฎหมายระดับรัฐบัญญัติ

ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 2060 กำหนดห้ามองค์กรฝ่ายปกครองระงับข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีอนุญาโตตุลาการนั้น ถือว่าเป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับข้อยกเว้น ได้มีข้อกำหนดอนุญาตให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้ในสัญญาที่รัฐฝรั่งเศสทำกับเอกชนต่างประเทศ เมื่อมีสนธิสัญญาที่ประเทศฝรั่งเศสเป็นภาคีกำหนดให้คู่กรณีใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ เช่น

1. อนุสัญญาแห่งนครนิวยอร์ก (Convention de New York) ลงวันที่ 10 มิถุนายน 1958 ซึ่งตามสนธิสัญญาดังนี้ คู่กรณีสามารถระงับข้อพิพาทเฉพาะในคดีที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางการค้าตามกฎหมายภายในเท่านั้น ดังนั้น ในคดีพิพาททางปกครองจึงไม่อยู่ภายใต้สนธิสัญญาดังนี้

2. อนุสัญญาแห่งนครเจนีวา (Convention de Genève) ลงวันที่ 21 เมษายน 1961 กำหนดไว้ในมาตรา 1 และ 2 ว่า นิติบุคคลมหาชนสามารถจะทำข้อตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทของตนโดยอนุญาโตตุลาการได้ เมื่อกรณีเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในประเทศสมาชิก และเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติการทางการค้าระหว่างประเทศ

อนุสัญญานี้มีข้อจำกัด 2 ประการ ในการขยายบทบาทของ อนุญาโตตุลาการ คือ ประเทศที่ลงนามในสนธิสัญญานับนี้มีเป็นจำนวนน้อย และศาลปกครอง ฝรั่งเศสมักจะอ้างว่าสัญญาทางปกครองไม่อยู่ในขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญานับนี้ ซึ่งจะ จำกัดอยู่แค่ข้อพิพาทที่เกิดจากปฏิบัติการทางการค้าระหว่างประเทศเท่านั้น

3. อนุสัญญาแห่งกรุงวอชิงตัน (Convention de Washington) ลงวันที่ 18 มีนาคม 1965 อนุสัญญานับนี้กำหนดว่า ในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาที่เกี่ยวกับการลงทุนซึ่งทำขึ้นระหว่างรัฐสมาชิกกับประชาชนในบังคับของรัฐสมาชิก ให้คู่กรณีเสนอ คดีพิพาทต่อองค์กรที่อนุสัญญานับนี้ตั้งขึ้น คือ Centre International

ตามอนุสัญญานับนี้ มีปัญหาการตีความว่า สัญญาเกี่ยวกับการลงทุน มีความหมายกว้างหรือแคบประการใด ซึ่งไม่มีการให้นิยามที่ชัดเจน จึงทำให้ศาลปกครอง ฝรั่งเศสมักจะตีความค่อนข้างแคบ เช่น ในโครงการยูโรติสนีย์แลนด์ สภาแห่งรัฐเห็นว่า โครงการนี้ไม่อยู่ในบังคับของอนุสัญญาแห่งกรุง Washington นอกจากนี้ การเสนอคดีพิพาท ของคู่กรณีต่อ Centre International ถือเป็นทางเลือกหนึ่งเท่านั้น คู่กรณีไม่อยู่ในสภาพบังคับ ว่าต้องระงับข้อพิพาทโดยการเสนอคดีต่อ Centre นี้เท่านั้น คู่กรณีอาจนำคดีขึ้นสู่ศาลภายใน ก็ได้

เนื่องจากการตีความค่อนข้างแคบขององค์กรศาล ทำให้ในบางกรณี ที่รัฐต้องการให้มีการลงทุนจากต่างประเทศจริง ๆ รัฐจำต้องออกเป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ เพื่อยกเว้นให้สามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งจะกล่าวต่อไปใน (4)

4. อนุสัญญาทวิภาคีระหว่างประเทศฝรั่งเศสกับสหราชอาณาจักร เกี่ยวกับการก่อสร้างอุโมงค์ใต้ดิน (Tunnel sous la Manche) เพื่อเชื่อมประเทศฝรั่งเศสและ สหราชอาณาจักรที่ช่องแคบ la Manche ในอนุสัญญาดังกล่าว กำหนดให้มีการจัดตั้งศาล อนุญาโตตุลาการ (tribunal arbitral) เพื่อชี้ขาดข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในสัญญาสัมปทานระหว่าง รัฐบาลและผู้รับสัมปทาน

(4) ข้อยกเว้นโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ

1. ข้อยกเว้นกรณีสัญญานั้นทำขึ้นเพื่อประโยชน์แห่งชาติ

หลังจากเกิดกรณี Eurodisneyland ซึ่งสภาแห่งรัฐ (ในฐานะ ที่ปรึกษาของรัฐบาล) ได้ให้ความเห็นว่า โครงการดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลภายใน เพราะมีการใช้สิทธิและอำนาจปกครองของฝ่ายปกครอง ในสัญญา นอกจากนี้ ข้อกำหนดในอนุสัญญาแห่งกรุงวอชิงตันที่กำหนดให้มีการระงับข้อพิพาท

คดีเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและสมาชิกของรัฐที่เป็นภาคี โดย Centre International ไม่มีผลเป็นการแก้ไขกฎหมายภายในเกี่ยวกับการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการที่มีอยู่

เมื่อผู้ลงทุนชาวอเมริกันต้องการให้มีการกำหนดข้อสัญญาลงในสัญญาลงทุนในโครงการ Eurodisneyland และรัฐบาลฝรั่งเศสเองก็ต้องการให้มีการลงทุนดังกล่าว จึงได้ออกกฎหมายรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 19 สิงหาคม 1986 ออกมายกเว้นหลักกฎหมายภายในที่ห้ามใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง ในมาตรา 9 กำหนดไว้ว่า “เพื่อยกเว้นหลักตามมาตรา 2060 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง สัญญาที่รัฐหรือองค์กรของรัฐทำกับบริษัทต่างชาติ เพื่อดำเนินการที่เป็นประโยชน์ของชาติ รัฐ นิติบุคคลมหาชน และองค์กรมหาชน อาจกำหนดข้อสัญญาเกี่ยวกับการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด และให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตีความสัญญาในกรณีมีปัญหาการตีความได้”

2. ข้อยกเว้นกรณีของการรถไฟแห่งประเทศไทย (SNCF)

การรถไฟฝรั่งเศส (S.N.C.F.) มีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลมหาชน ซึ่งโดยหลัก ต้องห้ามมิให้ใช้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ แต่รัฐบัญญัติลงวันที่ 30 ธันวาคม 1982 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 25 ว่า S.N.C.F. (ในกรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้น) อาจใช้วิธีการประนีประนอมไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยวิธีการตกลงกับคู่กรณีให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้

ดังนั้น S.N.C.F. ของฝรั่งเศสจึงอาจระงับข้อพิพาทของตนโดยการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ แต่ในทางปฏิบัติ S.N.C.F. ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการน้อย ด้วยเหตุผลว่าถึงแม้ว่าองค์กรนี้จะมีการบริหารจัดการคล้ายบริษัทเอกชน แต่ก็มีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลมหาชน ผู้บริหารของ S.N.C.F. จึงไม่นิยมให้มีการชี้ขาดข้อพิพาทของตนโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ เพราะจะเป็นการแสดงความไม่เชื่อถือองค์กรศาลของรัฐ และ S.N.C.F. เองก็พอใจกับระบบและกระบวนการดำเนินงานของศาลไม่ว่าจะเป็นกระบวนการทางศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองก็ตาม นอกจากนี้ สำหรับ S.N.C.F. การเสนอคดีต่อองค์กรศาลของรัฐสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการเสนอคดีให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด

3. ข้อยกเว้นกรณีของการไปรษณีย์และองค์กรการโทรศัพท์

ตามรัฐบัญญัติลงวันที่ 2 กรกฎาคม 1990 ซึ่งเป็นกฎหมายที่จัดตั้งการไปรษณีย์และองค์กรการโทรศัพท์ให้เป็นนิติบุคคลมหาชน ตามมาตรา 28 กำหนดให้ทั้งสององค์กรสามารถประนีประนอมไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยวิธีการเสนอให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้

อย่างไรก็ดี การกำหนดไว้ให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในกรณีองค์กรการโทรศัพท์และการไปรษณีย์อาจจะไม่มีความจำเป็น เพราะตามมาตรา 25 ของ

รัฐบัญญัติจัดตั้ง ได้กำหนดให้ความสัมพันธ์ทางกฎหมายของทั้งสององค์กรนี้กับผู้ใช้ คู่สัญญา ในการจัดซื้อจัดจ้าง และบุคคลภายนอกให้เป็นไปตามกฎหมายแพ่ง และข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม เว้นแต่ข้อพิพาทซึ่งโดยเนื้อหาเป็นเรื่องที่ต้องขึ้นศาลปกครอง ดังนั้น ถึงแม้จะไม่มี การอนุญาตให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท คู่กรณีสามารถใช้วิธีการดังกล่าวได้ แต่เนื่องจากศาลปกครองฝรั่งเศสมักจะตีความจำกัดการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับเอกชน ดังนั้น โดยระบบกฎหมายของฝรั่งเศสเองเมื่อผู้ร่างกฎหมายต้องการให้เรื่องใดสามารถใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ จึงมักจะกำหนดไว้ให้ชัดเจนโดยกฎหมาย

4. ข้อยกเว้นกรณีอื่น ๆ

เช่น รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 10 ธันวาคม 1919 เกี่ยวกับพลังงาน และ มาตรา 431 - 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งกำหนดให้มิอนุญาโตตุลาการได้เป็นกรณีพิเศษ

3. บทสรุป

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส โดยหลัก ห้ามมิให้มีการระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการโต้แย้งหรือออกคำสั่งทางปกครองซึ่งโดยเนื้อหาไม่อาจประนีประนอมยอมความกันได้ หรืออาจเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกระบวนการทางสัญญาทางปกครอง ซึ่งโดยหลักถือว่า กระบวนการในสัญญาทางปกครองมีเนื้อหาที่ไม่อาจประนีประนอมยอมความได้เช่นกัน เพราะเนื้อหาของสัญญาทางปกครองย่อมเกี่ยวกับการบริการสาธารณะที่มุ่งตอบสนองต่อประโยชน์มหาชน หลักเรื่องความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในสัญญาทางแพ่งไม่อาจนำมาใช้ในทางปกครองได้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐในฐานะผู้ดูแลรักษาประโยชน์มหาชนจึงมิได้มีสถานะเท่าเทียมกับเอกชนคู่สัญญา ซึ่งการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการถือเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ตั้งอยู่บนฐานความคิดเรื่องความเท่าเทียมกัน จึงไม่อาจนำมาใช้ในสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งหลักนี้เป็นหลักที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย คู่สัญญาไม่อาจจะทำสัญญาหรือกำหนดข้อสัญญาที่ขัดกับหลักการนี้ได้ ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีกฎหมายระดับรัฐบัญญัติกำหนดอนุญาตให้นำหลักอนุญาโตตุลาการมาใช้ได้ เช่น มาตรา 247 และ 361 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 19 สิงหาคม 1986 รัฐบัญญัติจัดตั้งการรถไฟ (S.N.C.F) ลงวันที่ 30 ธันวาคม 1982 ฯลฯ

นอกจากนี้ หลักการห้ามระบับข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีการอนุญาตตุลาการ นั้นตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส ถือว่า เป็นหลักที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล จึงเป็นหลักกฎหมายทั่วไป โดยเหตุผลที่ศาลอ้างก็คือ หลักการเสนอข้อพิพาททางปกครองให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกเขตอำนาจศาล เพราะถือว่าอนุญาตตุลาการมีสถานะทางกฎหมายเป็นศาล นอกจากนี้ ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรเองที่กำหนดเรื่องการอนุญาตตุลาการ ก็ห้ามมิให้นำมาใช้ในคดีพิพาทที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน

แนวโน้มการนำวิธีการระบับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการมาใช้ในคดีปกครอง ยังคงค่อนข้างจำกัด คือ กรณีต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น ซึ่งเท่าที่ผ่านมาก็มักจะเป็นการกำหนดยกเว้นให้นำอนุญาตตุลาการมาใช้ได้ในสัญญาระหว่างประเทศเป็นส่วนใหญ่ และศาลปกครองฝรั่งเศสก็มีแนวโน้มที่จะตีความตีความกฎหมายพิเศษเหล่านั้นอย่างเคร่งครัดด้วย ทั้งนี้ เพราะคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นหลักและประโยชน์ของคู่สัญญาเป็นรองนั่นเอง

ผลของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส¹

ดร.บุบผา อัครพิมาน²

1. การควบคุมตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส การชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการจะทำได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายอนุญาตไว้ให้ทำได้เท่านั้น แต่ในกฎหมายที่อนุญาตให้มีการอนุญาโตตุลาการได้ไม่ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการควบคุมคำชี้ขาดไว้ ดังนั้น ในเรื่องของการควบคุมคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงต้องศึกษาจากแนวคำพิพากษาของศาลเป็นหลัก

จากคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสนั้น ศาลปกครองมีแนวโน้มที่จะเข้าควบคุมคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอย่างค่อนข้างเข้มงวด โดยไม่ปล่อยให้องค์กรอนุญาโตตุลาการมีเสรีภาพในการชี้ขาดอย่างอิสระ เช่น สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสในฐานะศาลปกครองได้ยอมรับให้มีการฟ้องอุทธรณ์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้เสมอ ซึ่งนักกฎหมายส่วนหนึ่งพิจารณาว่า การควบคุมโดยการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอย่างเข้มงวดเกินไปทำให้ระบบการชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการขาดคุณลักษณะที่จำเป็นสำหรับสถาบันอนุญาโตตุลาการ นั่นคือ เสรีภาพในการทำคำชี้ขาด ดังนั้น จึงมีความพยายามที่จะลดบทบาทของศาลในคดีที่มีการฟ้องโต้แย้งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ส่วนในระบบกฎหมายของประเทศอื่น ๆ ในภาคพื้นทวีปยุโรป เช่น เบลเยียม เยอรมัน หรือกรีซ เป็นต้น การควบคุมคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยศาลจะมีลักษณะไม่เข้มงวดมากนัก โดยจะให้อำนาจศาลในการสั่งเพิกถอนหรือสั่งว่าคำชี้ขาดเป็นโมฆะเท่านั้น ซึ่งหลักกฎหมายที่ประเทศต่าง ๆ ใช้เพื่อเพิกถอนคำชี้ขาด เป็นหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการยุติธรรมที่ดี (Principe d'une bonne justice) อันได้แก่ หลักการให้เหตุผลในคำชี้ขาด และหลักบางอย่างเกี่ยวกับกระบวนการวินิจฉัย เช่น หลักสิทธิการโต้แย้งคัดค้าน (Droit de la défense) หรือหลักการให้คู่กรณีทุกฝ่ายมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน เป็นต้น

¹ แปลสรุปและเรียบเรียงจาก l'arbitrage en matière administrative ของ M. Apostolos Patrikios, pp. 265-303

² นบ. (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), D.E.A. de droit public fondamental, Doctorat en droit public (mention : très honorable et les félicitation à l'unanimité), ผู้อำนวยการศูนย์ศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ สำนักงานศาลปกครอง

นอกจากปัญหาข้างต้นแล้ว ยังมีปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลปกครองเหนือคดีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการด้วย บางความเห็นต้องการให้การควบคุมคำชี้ขาดอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมทั้งหมด ด้วยเหตุผลว่าศาลยุติธรรมมีประสบการณ์ในเรื่องอนุญาโตตุลาการมากกว่า ในขณะที่บางความเห็นสนับสนุนระบบที่เป็นอยู่ในฝรั่งเศส ที่ให้พิจารณาจากข้อพิพาทหลักกว่าเป็นคดีปกครองหรือคดีแพ่ง

1.1 การควบคุมตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการประเภทต่าง ๆ

โดยหลัก การควบคุมตรวจสอบในการวินิจฉัยคดีของศาลไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองจะมีระบบการควบคุมตรวจสอบโดยศาลชั้นที่สูงกว่า และศาลชั้นที่สูงกว่าจะควบคุมตรวจสอบคำวินิจฉัยของศาลล่าง 2 ส่วน คือ การตรวจสอบรูปแบบหรือกระบวนการ และการตรวจสอบส่วนของเนื้อหา โดยศาลที่สูงกว่าสามารถวินิจฉัยกลับคำวินิจฉัยของศาลต้นในส่วนหนึ่งของเนื้อหาได้ด้วย ซึ่งศาลจะนำระบบการควบคุมตรวจสอบดังกล่าวมาใช้กับการพิจารณาการควบคุมตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการด้วย ในทางวิชาการจึงมีปัญหาที่ถกเถียงกันในส่วนของการตรวจสอบเนื้อหาของคำชี้ขาดว่าขัดกับเหตุผลการมีระบบอนุญาโตตุลาการและจุดเด่นของการชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการที่ต้องการให้เรื่องพิพาทหลุดพ้นจากระบบศาลหรือไม่

ในทางปฏิบัติ การแทรกแซงของศาลเพื่อเข้าไปตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่กับปัจจัยภายนอกซึ่งไม่ใช่เหตุผลในทางวิชาการ กล่าวคือ ศาลมีแนวโน้มจะตรวจสอบแทรกแซงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศมากกว่ากรณีการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ศาลจะทำหน้าที่เหมือนตนเป็นศาลชั้นอุทธรณ์ คือ ตรวจสอบคำชี้ขาดทั้งในส่วนของรูปแบบและกระบวนการ และส่วนของเนื้อหาด้วย ในขณะที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้น ศาลจะควบคุมให้อนุญาโตตุลาการดำเนินการตามกฎหมายเกณฑ์ และตรวจสอบเท่าที่จำเป็นเท่านั้น

1.1.1 การโต้แย้งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ

การโต้แย้งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศอยู่ภายใต้มาตรา 1481-1491 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งหลักการสำคัญคือ การให้อุทธรณ์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศต่อศาลได้ เว้นแต่คู่กรณีปฏิเสธที่จะใช้สิทธิดังกล่าวโดยได้แสดงเจตนาอย่างชัดแจ้ง

หลักที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ หลักตามมาตรา 1481 วรรคสอง ที่กำหนดว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่อาจถูกขอให้พิจารณาใหม่ และไม่อาจฎีกา

คำชี้ขาดได้ ซึ่งสอดคล้องกับลักษณะของอนุญาโตตุลาการ เพราะหลักการขอให้พิจารณาใหม่ เป็นการขอให้ศาลที่วินิจฉัยคดีพิจารณาคดีใหม่เมื่อเข้าเงื่อนไขบางประการที่กฎหมายกำหนด ซึ่งไม่น่าจะนำมาใช้กับการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการได้ ส่วนการฎีกานั้น โดยที่ฝรั่งเศส ถือว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเปรียบเสมือนคำวินิจฉัยของศาลชั้นต้น ดังนั้น จึงไม่อาจนำไปฎีกาได้โดยตรง แต่คำชี้ขาดนั้นอาจถูกอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์หรืออาจถูกฟ้องเพิกถอนได้ และคำวินิจฉัยของศาลที่พิจารณาอุทธรณ์หรือที่เพิกถอนคำชี้ขาดจึงอาจถูกนำมาฎีกาต่อศาลสูงได้

ส่วนมาตรา 1482 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น ทำให้เกิดข้อสันนิษฐานสองประการ คือ ประการแรก คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดใน ข้อกฎหมาย (*rendue en droit*) อาจถูกอุทธรณ์ได้ ส่วนคำชี้ขาดที่อ้างหลักความเป็นธรรม (*rendue en équité*) นั้น ไม่อาจอุทธรณ์ได้ ทั้งนี้ เว้นแต่กรณีที่กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น หลักนี้เป็นหลักทางแพ่ง ดังนั้น จึงใช้บังคับในกรณีของอนุญาโตตุลาการทางแพ่ง ส่วนใน อนุญาโตตุลาการทางมหาชนที่มีคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง หากเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับ กิจกรรมที่มีลักษณะทางพาณิชย์ ผู้วิจัย คือ นาย Apostolos Patrikios เห็นว่า น่าจะใช้หลัก เดียวกันนี้ได้ เพราะ

(1) จากการศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศอื่น ๆ ในยุโรป ส่วนใหญ่ แล้วจะไม่อนุญาตให้อุทธรณ์เนื้อหาของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ศาลจะทำหน้าที่เพียงดู รูปแบบและกระบวนการทำคำชี้ขาดเท่านั้นว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากไม่ชอบด้วย กฎหมาย ศาลจะสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดนั้นเสีย

(2) จากผลทางปฏิบัติที่ผ่านมา แม้กฎหมายฝรั่งเศสจะเขียนเรื่อง การอุทธรณ์คำชี้ขาดไว้ แต่การอุทธรณ์คำชี้ขาดในทางปฏิบัติเกิดขึ้นน้อยมาก

ดังนั้น การฟ้องโต้แย้งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จึงเป็น การฟ้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาด ตามมาตรา 1484 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง วัตถุประสงค์ของการฟ้องเพื่อโต้แย้งสิ่งที่กระทบต่อหลักการพื้นฐานของอนุญาโตตุลาการ โดยหลัก ศาลไม่มีอำนาจไปเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาของคำชี้ขาด ซึ่งกรณีที่ฟ้องเพิกถอน ได้นั้นจะต้องเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 1484 ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ในลักษณะ ที่ค่อนข้างจะจำกัดอำนาจของศาล

อย่างไรก็ดี ไม่ว่าจะเป็นการอุทธรณ์คำชี้ขาดหรือการฟ้องเพิกถอน คำชี้ขาด ด้วยหลักความเป็นเอกภาพแห่งการฟ้องคดี เงื่อนไขการฟ้องเพิกถอนและการฟ้อง อุทธรณ์จะต้องเหมือนกัน และกระบวนการพิจารณาในคดีเพิกถอนกับกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์

จะต้องเหมือนกัน ทั้งนี้ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1487 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

สำหรับอำนาจของศาลที่จะพิจารณาคำชี้ขาดมีมากน้อยเพียงใดนั้น ในกรณีทั่วไป มีข้อสันนิษฐานว่า ศาลสามารถยกอำนาจของตนเพื่อพิจารณาคดีทั้งข้อกฎหมายและเนื้อหาของคดีด้วย แต่หากผู้กรณีได้แสดงเจตนาไว้ชัดแจ้งว่าจะไม่ใช่สิทธิฟ้องศาล เจตนาดังกล่าวจะมีผลให้ศาลไม่มีอำนาจพิจารณาในเนื้อหาของคำชี้ขาด มีเพียงอำนาจพิจารณารูปแบบหรือกระบวนการเท่านั้น อย่างไรก็ตาม การแสดงเจตนาไม่ใช่สิทธิฟ้องศาลไม่ตัดสิทธิในการฟ้องเพิกถอนหากผู้กรณีเห็นว่าคำชี้ขาดไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น อยู่ภายใต้หลักทั่วไปของคดีฟ้องเพิกถอน โดยสิ่งที่ศาลจะนำมาใช้เพิกถอนคำชี้ขาดหนึ่ง ๆ เพราะเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มีดังนี้

(1) ศาลจะเพิกถอนคำชี้ขาดเมื่อปรากฏว่า อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะ โดยผู้กรณีต้องโต้แย้งความไม่มีอยู่ของสัญญาอนุญาโตตุลาการตั้งแต่ในชั้นการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ จึงจะสามารถนำประเด็นนี้มาโต้แย้งคำชี้ขาดได้ในชั้นศาล ส่วนกรณีสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะนั้น ได้แก่ กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งลงนามโดยไม่มีความสามารถหรือเป็นการแสดงเจตนาที่ไม่สมบูรณ์ เช่น เพราะถูกข่มขู่หรือฉ้อฉล หรือ

(2) ศาลอาจสั่งเพิกถอน ในกรณีที่คำชี้ขาดเป็นของอนุญาโตตุลาการนายเดี่ยวและอนุญาโตตุลาการผู้นั้นได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบ หรือเมื่อคำชี้ขาดทำโดยองค์คณะอนุญาโตตุลาการที่มีองค์ประชุมไม่ชอบ ทั้งนี้ ผู้กรณีต้องโต้แย้งความไม่ชอบดังกล่าวตั้งแต่ต้น

(3) กรณีอื่น ๆ ที่ศาลอาจสั่งเพิกถอนคำชี้ขาด เช่น

- อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยไม่สอดคล้องกับหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย ในทางปฏิบัติศาลมักอ้างเหตุนี้ในการวินิจฉัยคำชี้ขาด เพราะเป็นหลักที่ค่อนข้างกว้าง ทำให้สามารถตีความให้ศาลมีอำนาจได้ โดยศาลจะอาศัยหลักนี้ตีความว่าศาลมีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำชี้ขาดทั้งในส่วนรูปแบบและเนื้อหาของคำชี้ขาด
- อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดโดยไม่เคารพต่อหลักวิธีพิจารณาทั่วไป เช่น หลักการฟังความทุกฝ่าย (Principe du contradictoire) หลักความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง เป็นต้น

- สำหรับคำชี้ขาดที่ศาลออกคำบังคับไปแล้ว ห้ามมิให้ฟ้องเพิกถอนคำชี้ขาดนั้นอีก แต่คำสั่งศาลที่ปฏิเสธไม่ออกคำบังคับให้นั้น อาจถูกโต้แย้งต่อศาลชั้นอุทธรณ์ได้

ข้อสังเกต ผลของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและคำสั่งทางปกครองนั้นแตกต่างกัน กล่าวคือ การฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับโดยอัตโนมัติ แต่การฟ้องเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลให้ไม่อาจปฏิบัติตามคำชี้ขาดจนกว่าคดีจะถึงที่สุด ทั้งนี้ ตามมาตรา 1486 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งประเด็นนี้ทำให้ข้อวิจารณ์ที่ว่า อาจก่อให้เกิดปัญหาที่ไม่สอดคล้องกับลักษณะสำคัญที่เป็นจุดเด่นของกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งเน้นความรวดเร็ว

1.1.2 การโต้แย้งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

ระบบเกี่ยวกับการโต้แย้งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะมีความเป็นเอกเทศ เน้นที่ความง่ายและชัดเจนของกระบวนการ แต่ยังคงหลักการบางประการที่ใช้อยู่ในกระบวนการโต้แย้งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ คือ การแยกการอุทธรณ์คำสั่งบังคับตามคำชี้ขาดกับการฟ้องเพิกถอนออกจากกัน ส่วนเรื่องอื่น ๆ นั้นกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปในแนวโน้มที่จะให้การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไม่อยู่ภายใต้ระบบศาลภายในประเทศ

ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส (มาตรา 1501-1507) ได้แยกสถานะของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และกระบวนการฟ้องโต้แย้งคำชี้ขาดทั้งสองประเภทก็แตกต่างกัน

ตัวอย่างเช่น อำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการศาลภายในจะมีอำนาจเพิกถอนเฉพาะคำชี้ขาดที่ทำโดยอนุญาโตตุลาการภายในเท่านั้น ไม่มีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดที่ทำโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้โดยตรง แต่ศาลภายในมีอำนาจโดยอ้อมเหนือคดีการเพิกถอนคำชี้ขาดที่ทำในต่างประเทศ กล่าวคือ (1) ศาลภายในมีอำนาจพิจารณาคดีการโต้แย้งคำบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งมีข้อต่อคือจะต้องมีการฟ้องบังคับตามคำชี้ขาดเสียก่อน ซึ่งผู้เริ่มคดีคือฝ่ายตรงข้าม หากไม่มีการฟ้องบังคับตามคำชี้ขาดที่ศาลภายในประเทศ อำนาจศาลก็ไม่เกิด (2) ศาลภายในมีอำนาจรับฟ้องคดีโต้แย้งคำวินิจฉัยของศาลที่ปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งจะมีปัญหาในทำนองเดียวกับอำนาจการฟ้องในกรณีแรก

สำหรับแนวโน้มของศาลภายในในการวินิจฉัยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้น ศาลยุติธรรมจะตัดสินในลักษณะที่สอดคล้องกับเงื่อนไข

การฟ้องคดีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้น แต่ศาลปกครองมีแนวโน้มจะควบคุมตรวจสอบคำชี้ขาดที่เคร่งครัดกว่า ซึ่งตรงจุดนี้เองทำให้เกิดข้อถกเถียงในทางวิชาการขึ้น และเป็นที่มาที่ผู้ที่เห็นว่าควรจำกัดบทบาทของศาลปกครองพากันเสนอว่า เพื่อความเป็นเอกเทศของระบบ ไม่ควรให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หรือบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนเกี่ยวกับการควบคุมคำชี้ขาดที่มีลักษณะทางปกครองของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศให้ชัดเจน

1.2 การฟ้องคดีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในทางปกครอง

ในประเทศฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับเรื่องนี้ ดังนั้นจึงมีปัญหาว່หากเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการควรจะให้ศาลใดมีอำนาจพิจารณาซึ่งมีความเห็นเป็นสองแนวทาง

แนวทางแรก พิจารณาจากเนื่อคดีเดิมว่าเป็นคดีทางแพ่งหรือทางปกครอง หากเป็นคดีแพ่ง การอนุญาโตตุลาการก็อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม หากเป็นคดีปกครอง การอนุญาโตตุลาการจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

แนวทางที่สอง ไม่ว่าเนื่อคดีเดิมจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีปกครอง ควรให้การอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมทั้งหมด เพราะพิจารณาเรื่องเขตอำนาจได้ง่ายและศาลยุติธรรมก็มีประสบการณ์ในคดีพิพาทลักษณะนี้มากกว่า

ในทางปฏิบัติที่ผ่านมา สภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสเคยวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ แต่มีข้อคดีโต้แย้งเกี่ยวกับคำชี้ขาดโดยตรง แต่เป็นการพิจารณาการโต้แย้งคำวินิจฉัยที่ตัดสินเกี่ยวกับคำชี้ขาด (เช่น การโต้แย้งคำบังคับตามคำชี้ขาด หรือการโต้แย้งคำปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาด)

1.2.1 วิธีการฟ้องคดีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการทางปกครอง

สภาแห่งรัฐในฐานะที่ปรึกษากฎหมายของรัฐ เคยให้ความเห็นไว้ว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถถูกอุทธรณ์ต่อศาลได้เสมอ เว้นแต่มีกฎหมายห้ามไว้โดยชัดแจ้ง¹ อย่างไรก็ตาม ในทางคดี ศาลยุติธรรมและศาลปกครองตีความในเรื่องสิทธิการอุทธรณ์คำชี้ขาดไว้แตกต่างกัน โดยศาลยุติธรรมยอมรับให้คู่กรณีมีสิทธิแสดงเจตนาปฏิเสธไม่ให้มีการอุทธรณ์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ เพราะในทางแพ่ง หลักการพิจารณาคดีโดยศาลสองชั้นไม่ใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ในขณะที่สภาแห่งรัฐในฐานะ

¹ C.E. Avis du 6 mars 1986, Section travaux publics, No 339710, Revue de l'arbitrage 1992, pp. 397-399

ศาลปกครอง กลับเห็นในทางตรงกันข้ามว่า การปฏิเสธไม่ให้อุทธรณ์ขัดกับหลักการพิจารณา คดีสองชั้นซึ่งเป็นหลักที่ต้องการพิทักษ์และเป็นหลักประกันให้แก่คู่ความจึงเป็นหลักกฎหมาย เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ดังนั้น คู่กรณีไม่อาจทำข้อตกลงล่วงหน้าเพื่อปฏิเสธการใช้สิทธิ อุทธรณ์ แต่คู่กรณีอาจปฏิเสธไม่อุทธรณ์ภายหลังจากเกิดข้อพิพาทได้

เมื่อศาลปกครองให้อุทธรณ์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดี ทางปกครองได้ ดังนั้น การอุทธรณ์ต้องอยู่ในเงื่อนไขทั่วไปของการอุทธรณ์คำสั่งหรือ คำพิพากษาของศาลด้วย กล่าวคือ ระยะเวลาการอุทธรณ์คำชี้ขาดต้องทำภายใน 2 เดือน และ คำอุทธรณ์ต้องให้เหตุผล นอกจากนี้ การอุทธรณ์ไม่เป็นการทุเลาการบังคับตามคำชี้ขาด (ถือว่าคำชี้ขาดเป็นคำวินิจฉัยเทียบเท่ากับคำวินิจฉัยของศาลชั้นต้น) ทำให้ขัดแย้งกับ บทบัญญัติมาตรา 1486 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ที่ว่าการฟ้องเพิกถอน คำชี้ขาดมีผลเป็นการยุติการปฏิบัติตามคำชี้ขาดไว้ก่อนจนกว่าศาลจะพิพากษาและคดีถึงที่สุด ซึ่งเป็นหลักที่ใช้อยู่ในคดีพิพาทเกี่ยวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทางแพ่ง ดังนั้น จึงอาจ จำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำชี้ขาดให้สอดคล้องกันทั้งในทางแพ่งและ ทางปกครอง

ปัญหาอีกประการหนึ่งที่สืบเนื่องจากสภาแห่งรัฐรับอุทธรณ์คำชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการทางปกครองก็คือ สภาแห่งรัฐจะหยิบยกปัญหาเกี่ยวกับเนื้อหาของ คำชี้ขาดมาพิจารณาด้วย เว้นแต่คู่กรณีจะแสดงเจตนาเป็นอย่างอื่น

นอกจากนี้ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการยังอยู่ภายใต้หลักทั่วไป ของการฟ้องคดีที่ว่า การฎีกาคำวินิจฉัยของศาลสามารถทำได้เสมอ แม้จะมีกฎหมายกำหนดว่า คำวินิจฉัยนั้นให้เป็นที่สุดไม่อาจโต้แย้งใด ๆ ต่อคำวินิจฉัยนั้นได้ก็ตาม ทั้งนี้ ตามหลักศาล สองชั้น ดังนั้น เมื่อถือเสมือนหนึ่งว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทางปกครองเป็นคำวินิจฉัย ของศาลชั้นต้น ดังนั้น จึงอาจฎีกาคำชี้ขาดได้เสมอ อย่างไรก็ตาม มีผู้เสนอความเห็นว่าการให้ คำชี้ขาดถูกฟ้องเพิกถอนได้เสมอ แล้วจึงค่อยโต้แย้งคำวินิจฉัยของศาลอีกทีหนึ่ง

1.2.2 เขตอำนาจศาลเหนือคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการทางปกครอง

ประเทศต่าง ๆ ในเขตภาคพื้นทวีปยุโรป กำหนดเรื่องเขตอำนาจ ศาลในคดีการโต้แย้งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแตกต่างกันออกไป ในกรีซและอิตาลีนั้น การโต้แย้งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและการขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดอยู่ในเขตอำนาจ ศาลยุติธรรมทั้งสิ้น ไม่ว่าเรื่องนั้นจะเป็นการชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองหรือข้อพิพาททางแพ่ง

ส่วนในเยอรมันและโปรตุเกส การโต้แย้งคำชี้ขาดจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลใดต้องดูว่าเนื้อหาของข้อพิพาทเป็นข้อพิพาททางปกครองหรือเป็นข้อพิพาททางแพ่ง

ในฝรั่งเศสนั้น การแบ่งเขตอำนาจศาลมีรากฐานอยู่ที่การแบ่งอำนาจทางปกครองและอำนาจทางศาล (*autorité administrative et autorité judiciaire*) ซึ่งอำนาจของศาลปกครองถือเป็นอำนาจทางปกครองอย่างหนึ่ง ดังนั้น ศาลปกครองจึงเป็นศาลที่มีอำนาจทั่วไปเกี่ยวกับการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย (*juge de la légalité*) การโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ส่วนจะได้แย้งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่อศาลชั้นใดนั้น โดยที่การชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นคำวินิจฉัยของศาลชั้นต้น ดังนั้น การโต้แย้งคำชี้ขาดจึงต้องโต้แย้งต่อศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ แต่เนื่องจากมีรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 31 ธันวาคม 1987 กำหนดว่าศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ของคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นเท่านั้น ดังนั้น ในทางปฏิบัติขณะนี้ สภาแห่งรัฐจึงทำหน้าที่เป็นศาลชั้นอุทธรณ์ให้การโต้แย้งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทางปกครอง ซึ่งสอดคล้องกับลักษณะของกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ต้องการความรวดเร็วด้วย

2. การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทางปกครอง

โดยทั่วไป เมื่อมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ผลที่เกิดตามมาตามปกติหากคู่กรณียอมรับคำชี้ขาดโดยดีและยอมปฏิบัติตามก็ไม่มีปัญหาใด แต่หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมรับคำชี้ขาด การบังคับให้คู่กรณียอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดจะต้องทำกันในศาลของรัฐ

แน่นอนว่าการยอมรับและปฏิบัติตามคำชี้ขาดย่อมเป็นสิ่งที่ปรารถนาและสอดคล้องกับการก่อตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการขึ้นมา ซึ่งการปฏิบัติตามคำชี้ขาดจะอยู่ภายใต้หลักสุจริต (*bonne foi*) ทั้งนี้ โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขเรื่องความยินยอมพร้อมใจของคู่กรณี และคำชี้ขาดนั้นได้ถูกกระทำขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมาย

2.1 เงื่อนไขการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

โดยหลักทั่วไป ระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าคำชี้ขาดเป็นนิติกรรมทางตุลาการประเภทหนึ่ง ดังนั้นเมื่อได้มีการทำคำชี้ขาดแล้ว คำชี้ขาดย่อมมีผลผูกพันต่อคู่กรณีทันที (*autorité de la chose jugée*) แต่สภาพบังคับ (*force exécutoire*) หรือการบังคับตามคำชี้ขาดโดยการใช้มาตรการบังคับหากคู่กรณีไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น ต้องอาศัยอำนาจศาลของรัฐในการออกคำบังคับตามคำชี้ขาด (*exequatur*) ก่อน คำชี้ขาดนั้นจึงจะมีสภาพบังคับ

(force exécutoire) ดังนั้น คำชี้ขาดจึงมีลักษณะต่างจากคำสั่งทางปกครองที่มีสภาพบังคับโดยทันที

หลักดังกล่าวนี้มีข้อยกเว้นในกรณีที่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน ซึ่งอนุสัญญาการลงทุนของฝรั่งเศส ลงวันที่ 8 มีนาคม 1965 ได้กำหนดเอาไว้ในมาตรา 54 ว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีค่าเท่ากับคำวินิจฉัยที่ถึงที่สุดของศาลภายในของประเทศสมาชิก ดังนั้น คำชี้ขาดในกรณีนี้จึงมีทั้งผลผูกพันและสภาพบังคับในตัวเองโดยไม่จำเป็นต้องขอให้ศาลออกคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาดให้ก่อน ทั้งนี้ ยกเว้นกรณีการตรวจสอบว่าคำชี้ขาดมีจริงหรือไม่ หรือกระบวนการทำคำชี้ขาดขัดต่อข้อกำหนดของอนุสัญญานับดังกล่าวหรือไม่

อย่างไรก็ดี ยังคงถือว่าการควบคุมให้มีการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต้องอาศัยอำนาจศาล โดยการควบคุมโดยศาลดังกล่าวมิได้ไปทำให้ความเป็นอิสระ (autonomie) ของอนุญาโตตุลาการเสียไป เพราะการควบคุมคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยศาลมีลักษณะเป็นเพียงการควบคุมทางรูปแบบและจำกัดขอบเขตของการควบคุมเพียงให้คำชี้ขาดนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองเท่านั้น นอกจากนี้ นับตั้งแต่ปี 1980 เป็นต้นมา การออกคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาดของศาลไม่ถือเป็นการเปลี่ยนสถานะทางกฎหมายของคำชี้ขาดให้เป็นนิติกรรมทางตุลาการ เพราะคำชี้ขาดมีสภาพเป็นนิติกรรมทางตุลาการตั้งแต่ต้นนับแต่อนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดแล้ว

สำหรับปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลเหนือคดีข้อพิพาทที่ได้มีการชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลใดนั้น แต่เดิมเป็นที่ถกเถียงกันมาก แต่ปัจจุบันเป็นที่ยุติในระดับหนึ่ง เมื่อศาลปกครองได้รับพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งปฏิเสธไม่ออกคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งทำให้ยากที่จะปฏิเสธว่าศาลปกครองไม่มีอำนาจออกคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาด ดังนั้น ในเรื่องเขตอำนาจศาลจึงควรพิจารณาจากประเภทของคำชี้ขาดว่าเรื่องที่ชี้ขาดนั้นอยู่ในขอบเขตของกฎหมายปกครองหรือกฎหมายแพ่ง และเป็นสิ่งที่มีเหตุมีผลที่จะให้การปฏิบัติตามคำชี้ขาด การโต้แย้งการปฏิบัติตามคำชี้ขาด และเนื้อหาของข้อพิพาทเรื่องเดียวกันอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายและเขตอำนาจศาลเดียวกัน ในปัจจุบันนี้ ได้มีการยอมรับอย่างกว้างขวางว่า ศาลปกครองมีอำนาจออกคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาดหากเนื้อหาของข้อพิพาทเป็นเรื่องทางปกครอง และศาลที่มีอำนาจทั่วไปในการออกคำสั่งบังคับในกรณีนี้ คือ ศาลปกครองชั้นต้น

2.2 วิธีการบังคับ

เมื่อศาลได้ออกคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาด (exequatur) แล้ว ปัญหาต่อมา คือ เรื่องการดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งบังคับ เพราะในการบังคับคดีต่อนิติบุคคลมหาชนนั้น

ยังต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายปกครองด้วย โดยเฉพาะที่ก่อให้เกิดปัญหามากที่สุด คือ หลักความคุ้มกัน (immunité d'exécution) ฝ่ายปกครอง เรื่องนี้เป็นปัญหาที่ถกเถียงกันมาก ในทางวิชาการ และเป็นปัญหาทั่วไปเกี่ยวกับการบังคับคดีปกครองด้วย ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้น เนื่องจากว่า ภายใต้หลักนิติรัฐ ฝ่ายปกครองย่อมต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล แต่ในทางปฏิบัติ หนี้ตามคำพิพากษามักเป็นเพียง “หนี้ในทางจิตใจ” (obligation morale) เท่านั้น มิใช่หนี้ที่แท้จริง เมื่อปรากฏว่าวิธีการบังคับให้ฝ่ายปกครองทำตามมีอยู่น้อย

นอกจากนี้ ก่อนปี ค.ศ. 1995 ยังมีการห้ามมิให้ศาลออกคำสั่งบังคับฝ่ายปกครองให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ (injonction) ด้วย ซึ่งมาจากหลักการแบ่งแยกศาลปกครองออกจากฝ่ายปกครองในฐานะผู้ปฏิบัติ การปฏิเสธอำนาจของศาลในการออกคำสั่งต่อฝ่ายปกครองมีผลทำให้มีการปฏิเสธอำนาจศาลในการบังคับให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลด้วย เพราะหาก injonction เป็นคำสั่ง การบังคับคดีให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลก็ต้องเป็นมากกว่านั้น คือ เป็นการลงโทษ อย่างไรก็ตาม หลักห้ามมิให้ศาลออกคำสั่ง injonction มีเหตุผลสนับสนุนน้อย เมื่อศาลยุติธรรมมีได้ถือหลักนี้ด้วย หลักนี้จึงค่อย ๆ หมดบทบาทลงในศาลปกครองด้วย ขณะเดียวกัน เหตุผลในทางตรงข้ามสนับสนุนให้ศาลมีอำนาจออกคำสั่งต่อฝ่ายปกครองเพราะเป็นหลักการทางนโยบายในการซึ่งนำหน้าระหว่างศาลกับฝ่ายปกครองมากกว่าเป็นหลักการทางกฎหมายล้วน ๆ

สำหรับหลักห้ามศาลบังคับคดีต่อฝ่ายปกครองมาจากหลักพื้นฐานที่เป็นสากลหลักหนึ่ง คือ หลักความคุ้มกันของฝ่ายปกครองนั่นเอง หลักความคุ้มกันของฝ่ายปกครองทำให้ไม่อาจนำหลักทางแพ่งมาใช้ในทางปกครองได้ ซึ่งหลักนี้มีลักษณะทั่วไป โดยในระบบกฎหมายภายในมักจะอธิบายหลักนี้ด้วยการอ้างความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ความต่อเนื่องของบริการสาธารณะจะหายไปหากยินยอมให้มีการบังคับฝ่ายปกครอง ส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น หลักความคุ้มกันจะถูกอธิบายด้วยหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ (souveraineté de l'Etat) เพราะเป็นการยากที่จะบังคับประเทศใดประเทศหนึ่งโดยไม่กระทบถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้น

ดังนั้น จึงชัดเจนว่า หลักความคุ้มกันมีเหตุผลสนับสนุนที่แน่นอน ทำให้ไม่อาจบังคับคดีต่อรัฐและนิติบุคคลมหาชนได้ แต่ก็ยังคงมีปัญหาสำหรับองค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (établissement public industriel et commercial หรือ EPIC) เพราะองค์การเหล่านี้อยู่ภายใต้หลักกฎหมายเอกชน ดังนั้น จึงมีผู้เห็นว่าทรัพย์สินขององค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมควรจะอยู่ในข่าย

การบังคับคดีได้ แต่ในความเป็นจริง ศาลยังใช้หลักองค์กรรมมาพิจารณา คือ ห้ามบังคับคดีกับนิติบุคคลมหาชนทุกประเภทรวมทั้ง EPIC ด้วย

อย่างไรก็ดี ได้เคยมีคำวินิจฉัยของศาลบางส่วนที่แสดงให้เห็นแนวโน้มที่จะบังคับคดีกับทรัพย์สินซึ่งไม่อยู่ในบัญชีสาธารณะ (comptable public) ขององค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เช่น กรณีของการรถไฟ (SNCF) ศาลตัดสินว่าทุนหรือทรัพย์สิน (fonds) ของ SNCF ที่มีอยู่เพื่อใช้ในการประกอบกิจการทางพาณิชย์กรรม ไม่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินของนิติบุคคลมหาชนจึงอยู่ภายใต้การบังคับคดีตามหลักกฎหมายแพ่ง ซึ่งคดีนี้มีประโยชน์ต่อแนวทางปฏิบัติในเรื่องการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมาก เพราะ SNCF เป็นองค์กรหนึ่งที่มีกึ่งจะนำข้อพิพาทของตนให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด อย่างไรก็ดี ข้อยุติในเรื่องนี้ยังมีปัญหาค่อนข้างมาก เพราะในคดีข้างต้น ศาลชั้นอุทธรณ์วินิจฉัยไว้ในทางตรงข้ามกับศาลฎีกาว่า ทรัพย์สินของนิติบุคคลมหาชนไม่อยู่ในข่ายแห่งการบังคับคดี² และศาลยุติธรรมได้มีคำวินิจฉัยยืนยันคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ดังกล่าว ในคดี BRGM³ ส่วนศาลปกครองหรือสภาแห่งรัฐยังไม่เคยวินิจฉัยคดีการบังคับคดีต่อฝ่ายปกครอง แต่สภาแห่งรัฐในฐานะที่ปรึกษาของรัฐบาลยืนยันไว้ในความเห็นของตนว่า ไม่อาจใช้มาตรการบังคับต่อฝ่ายปกครองได้⁴

ดังนั้น ในทางปฏิบัติมาตรการที่ใช้บังคับต่อนิติบุคคลในทางกฎหมายเอกชนให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่มีปัญหาแต่อย่างใด เพราะกฎหมายแพ่งสามารถแก้ปัญหาได้อยู่แล้ว แต่สำหรับการบังคับตามคำชี้ขาดต่อนิติบุคคลในทางมหาชนยังเป็นปัญหาอยู่ว่า จะใช้หลักเดียวกับการบังคับตามคำพิพากษาของศาลปกครองได้หรือไม่เพียงใด

มาตรการหนึ่งที่ใช้ในการบังคับฝ่ายปกครองให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลปกครองคือ การปรับ (astriente) ฝ่ายปกครองที่ไม่ทำตามคำพิพากษาของศาล ซึ่งวิธีการนี้จะใช้เฉพาะในศาลปกครอง ไม่นำไปใช้ในศาลยุติธรรม ดังนั้น จึงมีปัญหาว่าจะนำไปใช้ในอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ ซึ่งนักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่า อำนาจการสั่งให้จ่ายค่าปรับดังกล่าวเป็นอำนาจที่มาจากรัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 16 กรกฎาคม 1980 และรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่

² Cour d'appel de Paris, 11 juillet 1984, SNCF/Groupement regional des ASSEDIC de la région parisienne, AJDA, 1984, p. 615

³ 1er chambre civile du 12 décembre 1987

⁴ Avis du 6 février 1979 relatif aux offices publics d'HLM et aux offices publics d'aménagement et de construction. EDCE 1979-1980' p.216

30 กรกฎาคม 1963 ซึ่งใช้สำหรับศาลปกครองเท่านั้น ดังนั้น ไม่ใช่บังคับแก่กรณีอนุญาโตตุลาการ แต่มีเสียงส่วนน้อยเห็นว่า น่าจะนำมาใช้กรณีการบังคับตามคำชี้ขาดได้ โดยอนุโลม เพราะการปฏิเสธของนิติบุคคลมหาชนที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดเป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งสามารถถูกฟ้องเพิกถอนต่อศาลปกครองได้ และทำให้สามารถนำรัฐบัญญัติลงวันที่ 16 กรกฎาคม 1980 มาใช้บังคับได้ แต่การนำมาใช้อาจมีข้อจำกัด เพราะความซับซ้อนและความล่าช้าของกระบวนการวิธีพิจารณาอาจเป็นปัจจัยที่ผู้มีส่วนได้เสียไม่ยอมดำเนินการฟ้องศาล และข้อจำกัดดังกล่าวทำให้ข้อเด่นของการอนุญาโตตุลาการที่เน้นความรวดเร็วเสียไป

อย่างไรก็ดี รัฐบัญญัติฉบับนี้น่าจะมีประโยชน์และมีประสิทธิภาพที่จะนำมาปรับใช้ในการบังคับให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามคำชี้ขาด โดยเฉพาะในมาตราแรกของกฎหมายฉบับนี้กำหนดว่า “เมื่อคำวินิจฉัยทางตุลาการมีผลผูกพัน ให้ฝ่ายปกครองจ่ายเงินในจำนวนที่กำหนดไว้แน่นอน ภายในเวลา 4 เดือน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งศาล” ซึ่งคำวินิจฉัยที่มีผลผูกพัน (*autorité de la chose jugée*) น่าจะรวมถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการด้วย

3. บทสรุป

ปัญหาประการแรกสำหรับผลของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คือ ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาล ในภาคพื้นทวีปยุโรปบางประเทศ เช่น กรีซ อิตาลี คดีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมทั้งสิ้น ส่วนในฝรั่งเศส เนื่องจากศาลปกครองเป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปเกี่ยวกับการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ศาลปกครองจึงมีเขตอำนาจเหนือคดีโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำชี้ขาดที่เป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทางปกครอง และถือว่าอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เสมือนศาลชั้นต้น ดังนั้นการโต้แย้งคำชี้ขาดต้องโต้แย้งต่อศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ แต่ตามกฎหมาย ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มีอำนาจรับพิจารณาเฉพาะคดีอุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นเท่านั้น ดังนั้น การโต้แย้งคำชี้ขาดจึงต้องโต้แย้งต่อสภาแห่งรัฐ นอกจากนี้ สภาแห่งรัฐหาได้จำกัดอำนาจของตนเฉพาะการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายอย่างเดียวไม่ แต่รับพิจารณาการอุทธรณ์เนื้อหาของคำชี้ขาดด้วย

ดังนั้น ในทางปฏิบัติจึงมีปัญหว่าศาลปกครองกับศาลแพ่งใช้อำนาจเข้าไปตรวจสอบคำชี้ขาดไม่เท่าเทียมกัน แต่ในภาพรวมนั้น หากเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ การตรวจสอบของศาลจะจำกัด กล่าวคือ การเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ศาลภายในไม่มีอำนาจเพิกถอนโดยตรง แต่มีอำนาจโดยอ้อม เมื่อมีการโต้แย้งคำบังคับตามคำชี้ขาดหรือเมื่อศาลปฏิเสธการบังคับตาม

คำชี้ขาด และศาลจะตรวจสอบเฉพาะกระบวนการในการทำคำชี้ขาดและตรวจสอบเท่าที่จำเป็นเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองยังมีแนวโน้มจะเข้าไปควบคุมคำชี้ขาดเคร่งครัดกว่าศาลยุติธรรม

ส่วนที่มีปัญหาค่อนข้างมาก คือ การตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำภายในประเทศ

ในอนุญาโตตุลาการทางแพ่ง ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม เนื้อหาของคำชี้ขาดสามารถถูกฟ้องอุทธรณ์ได้ เว้นแต่คู่กรณีจะแสดงเจตนาปฏิเสธโดยชัดแจ้งที่จะไม่อุทธรณ์ โดยศาลจะตรวจสอบทั้งข้อกฎหมายและเนื้อหาของคดี ส่วนการฟ้องเพิกถอนสามารถทำได้เสมอ และเหตุที่ศาลยุติธรรมใช้เพื่อเพิกถอน เช่น สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีอยู่ หรือเป็นโมฆะ หรือการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ชอบ หรือพิจารณาโดยองค์ประชุมที่ไม่ชอบ หรืออนุญาโตตุลาการสั่งไม่สอดคล้องกับหน้าที่ หรือโดยไม่เคารพต่อหลักวิธีพิจารณาคดีทั่วไป เป็นต้น

ส่วนอนุญาโตตุลาการทางปกครองซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองนั้น คำชี้ขาดสามารถถูกอุทธรณ์ในเนื้อหาได้เสมอ เว้นแต่มีกฎหมายห้ามโดยชัดแจ้ง ส่วนคู่กรณีไม่อาจทำข้อตกลงล่วงหน้าปฏิเสธการใช้สิทธิอุทธรณ์ได้ เพราะศาลปกครองเห็นว่าหลักการพิจารณาคดีโดยศาลสองชั้นเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ส่วนการฟ้องเพิกถอนคำชี้ขาดนั้น ศาลปกครองใช้หลักเดียวกับศาลยุติธรรม แต่มีปัญหาในทางปฏิบัติ คือ การฟ้องเพิกถอนคำชี้ขาดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมีผลเป็นการทุเลาการบังคับไว้ก่อนจนกว่าศาลจะพิพากษา ส่วนการฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไม่เป็นการทุเลาการบังคับ

ปัญหาเกี่ยวกับสภาพบังคับของคำชี้ขาด โดยหลัก คำชี้ขาดมีผลผูกพันทันที แต่จะมีสภาพบังคับเมื่อศาลออกคำบังคับตามคำชี้ขาด (ซึ่งแตกต่างจากคำสั่งทางปกครองที่มีสภาพบังคับโดยทันที) ทั้งนี้ ยกเว้นข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนที่อยู่ภายใต้อนุสัญญากรุงวอชิงตัน 1965 ที่กำหนดให้คำชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีผลผูกพันและสภาพบังคับโดยไม่ต้องอาศัยอำนาจศาล

ปัญหาสุดท้าย คือ ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการที่จะใช้บังคับฝ่ายปกครองให้ทำตามคำชี้ขาด ซึ่งปัญหานี้จะไม่เกิดในการบังคับให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดในคดีทางแพ่ง แต่ฝ่ายปกครองได้รับความคุ้มครองตามหลักความคุ้มกันของฝ่ายปกครอง และจะใช้หลักการเดียวกับการบังคับตามคำพิพากษาได้มากนักน้อยเพียงใด ยังคงเป็นปัญหาในทางปฏิบัติของฝรั่งเศส ซึ่งหากถือว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นคำวินิจฉัยทางตุลาการประเภทหนึ่ง

(ซึ่งศาลปกครองฝรั่งเศสถือดังนี้ตลอดมา) การนำวิธีการบังคับตามคำพิพากษาในคดีทางปกครองมาใช้ในการบังคับให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดก็น่าจะไม่มีปัญหา แต่ปัญหาคือ คำชี้ขาดแม้มีผลผูกพันคู่กรณีแต่ไม่มีสภาพบังคับ ต้องอาศัยอำนาจศาลในการออกคำบังคับตามคำชี้ขาดเสียก่อน ดังนั้น การบังคับคดีให้ปฏิบัติตามคำบังคับตามคำชี้ขาดก็เป็นการบังคับให้ปฏิบัติตามคำสั่งศาลอย่างหนึ่ง จึงน่าจะใช้หลักการบังคับคดีทั่วไปมาใช้ได้

ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองตามกฎหมายของ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Die Schiedsgerichtsvereinbarung in verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten nach dem deutschen Recht)^{*}

ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี^{**}

1. บทนำ (Einleitung)

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ก่อนที่ประมวลกฎหมายว่าด้วย
วิธีพิจารณาคดีปกครอง ลงวันที่ 21 มกราคม ค.ศ. 1960 (Verwaltungsgerichtsordnung
เรียกโดยย่อว่า VwGO) จะมีผลใช้บังคับ ประเด็นเรื่อง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ
ในคดีพิพาททางปกครอง” จะมีได้หรือไม่ และในขอบเขตเพียงใดนั้น เป็นที่ถกเถียงกัน
อย่างมากในทางวิชาการ จนกระทั่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO)
มีผลใช้บังคับ ประเด็นปัญหาที่ว่าข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง
จะมีได้หรือไม่ จึงเป็นที่ยุติว่าข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง
สามารถเกิดขึ้นได้ เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 168 อนุมาตราหนึ่ง เลขที่ 5 และมาตรา 173
VwGO ได้บัญญัติรับรองเรื่อง “อนุญาโตตุลาการ” ไว้ อย่างไรก็ตาม โดยที่ประมวลกฎหมาย
ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองไม่ได้บัญญัติรายละเอียดของหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน
ดังนั้น ประเด็นปัญหาที่ว่าคู่กรณีที่มีข้อพิพาททางปกครองจะตกลงระงับข้อพิพาทโดย
อนุญาโตตุลาการได้ในขอบเขตมากน้อยเพียงใดนั้น จึงยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ในประเทศ
สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

สำหรับหลักเกณฑ์ในเรื่อง “อนุญาโตตุลาการ (Schiedsgerichtsbarkeit)”
ในระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น ได้มีการบัญญัติอยู่ในบรรพ 10
ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตามหลักทั่วไปแล้วอนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้
เฉพาะกับกรณีที่เป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งคู่กรณีที่มีข้อพิพาท
โดยปกติจะได้แก่เอกชนด้วยกันนั้นอยู่ในฐานะเท่าเทียมกันในการแสดงเจตนาตกลงแต่งตั้งหรือ

^{*} พิมพ์ครั้งแรกใน วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 2 ฉบับที่ 1 (ม.ค. – เม.ย. 2545)

^{**} นิติศาสตรบัณฑิต (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), เนติบัณฑิตไทย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต
(กฎหมายเอกชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), ปริญญาโททางกฎหมายเปรียบเทียบ (Magister juris
Comparativi), Dr.iur. : (เกียรตินิยมดี), มหาวิทยาลัยกรุงบอนน์ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,
ตุลาการศาลปกครองกลาง

มอบหมายให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแทน “องค์กรศาล” ทั้งนี้ เพื่อความสะดวกรวดเร็วประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

งานเขียนเรื่อง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองตามกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน” นี้ มุ่งประสงค์จะแสดงให้เห็นถึงข้อพิจารณาพื้นฐานในการนำหลักเกณฑ์เรื่อง “อนุญาโตตุลาการ” มาใช้กับคดีข้อพิพาททางปกครองตามกฎหมายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ทั้งนี้ เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาและตรวจสอบว่า ในระบบกฎหมายปกครองของประเทศไทยนั้น การที่จะยอมรับให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทตามกฎหมายปกครอง โดยวิธีการตกลงของกลุ่มที่มีข้อพิพาทที่ดีหรือโดยการกำหนดไว้ในสัญญาทางปกครองก็ดี จะมีความถูกต้องและเหมาะสมหรือไม่ เพียงใด

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่างานเขียนชิ้นนี้น่าจะมีประโยชน์ทางวิชาการอยู่บ้าง ไม่มากก็น้อย และหากงานเขียนชิ้นนี้มีส่วนดีอยู่บ้าง ผู้เขียนขอขอบแต่ศาสตราจารย์ ดร.อัคราทร จุฬารัตน (ประธานศาลปกครองสูงสุด), ศาสตราจารย์ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์ (เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา), รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ (อธิบดีศาลปกครองกลาง), Dr.Thomas Helfen, Dr.Norbert Eschborn และ Frau Ingrid Rottmann แห่งมูลนิธิ Konrad Adenauer Stiftung ซึ่งสนับสนุนให้ผู้เขียนได้มีโอกาสไปศึกษาวิจัยกฎหมายปกครองเพิ่มเติม ณ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และ Professor Dr. Karl-Peter Sommermann และ Professor Dr.Dr.h.c. Heinrich Siedentopf อาจารย์ที่ปรึกษาในระหว่างที่ผู้เขียนศึกษาวิจัยกฎหมายปกครอง ณ มหาวิทยาลัยวิชาการปกครองแห่งประเทศเยอรมัน (Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer หรือ The German University of Administrative Sciences Speyer)

2. ความหมายของ “อนุญาโตตุลาการ” (Begriff des Schiedsgerichts)

หลักเกณฑ์เรื่อง “อนุญาโตตุลาการ” ในระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันบัญญัติไว้ในบรรพ 10 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (10.Buch der Zivilprozeßordnung เรียกโดยย่อว่า ZPO) ตั้งแต่มาตรา 1025 ถึงมาตรา 1066¹

¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันประกาศใช้บังคับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1877 หลักเกณฑ์เรื่อง “กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (Schiedsrichterliches Verfahren)” ได้บัญญัติอยู่ในบรรพ 10 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ZPO) ตั้งแต่นั้นมาเป็นเวลา 100 ปี โดยไม่มีการแก้ไข จนกระทั่งต่อมาเมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1997

เนื้อหาสาระสำคัญของบทบัญญัติมาตราดังกล่าวส่วนใหญ่ นำมาจาก UNCITRAL-Model Law โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ให้เป็นไปอย่างสะดวกและไม่ยุ่งยาก (vereinfachtes Recht des Schiedsverfahrens) ซึ่งจะเป็นการส่งเสริมการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ตลอดจนเป็นการสนับสนุนให้มีการระงับข้อพิพาทภายในประเทศโดยอนุญาโตตุลาการอันมีผลเป็นการแบ่งเบาภาระให้กับองค์กรศาล (die staatlichen Gerichte) อีกด้วย²

“อนุญาโตตุลาการ (Schiedsgericht)” ตามนัยบรรพ 10 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ZPO) หมายถึง บุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อโต้แย้งทางกฎหมายแพ่ง (in bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten) แทน “องค์กรศาล (an Stelle staatlicher Gerichte)” ทั้งนี้ โดยการมอบหมายหรือแต่งตั้งของคู่กรณีที่มีข้อพิพาทดังกล่าว³

ในขอบเขตของกฎหมายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่ได้บัญญัติบทนิยามของคำว่า “อนุญาโตตุลาการ

สภาผู้แทนราษฎรของสหพันธ์ (Bundestag) ได้ลงมติเห็นชอบกับ “กฎหมายว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (Das Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz)” กฎหมายฉบับดังกล่าวได้แก้ไขหลักเกณฑ์เรื่อง “อนุญาโตตุลาการ” ซึ่งบัญญัติอยู่ในบรรพ 10 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเดิม เพื่อวางหลักเกณฑ์ให้เป็นไปตาม UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit (The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)-Model Law on International Commercial Arbitration) “กฎหมายว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ลงวันที่ 22 ธันวาคม ค.ศ. 1997 (Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts เรียกโดยย่อว่า SchiedsVfG)” ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 1997 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1998 รายละเอียดเกี่ยวกับสาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ โปรดดู Dr.Gino Lörcher, “Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit”, DB 1998, S.245-248 และ Kreindler/Mahlich, “Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht aus ausländischer Sicht,” NJW 1998, S.563-568

² Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Zivilprozeßordnung, Grundz § 1025, Rdnr. 2, 3, S.2278.

³ Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit Kommentar, Kapitel 1. Einleitung, Rdnr. 1, S. 1.

(Schiedsgericht)" ไว้อย่างชัดเจน⁴ (แต่ทั้งนี้ก็ไม่ได้หมายความว่าระบบกฎหมายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะปฏิเสธหรือไม่ยอมรับเรื่อง "อนุญาโตตุลาการ" โดยสิ้นเชิง รายละเอียดในเรื่องนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงต่อไป) ความหมายที่แตกต่างระหว่าง "อนุญาโตตุลาการตามนัยบรรพ 10 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ZPO)" และ "อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายปกครอง" อยู่ที่ว่า "อนุญาโตตุลาการตามนัยบรรพ 10 ZPO" เป็นการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อโต้แย้งทางกฎหมายแพ่ง ในขณะที่ "อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายปกครอง" เป็นการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อโต้แย้งทางกฎหมายปกครอง (in verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten) เท่านั้น

ดังนั้น ความหมายทั่วไปของคำว่า "อนุญาโตตุลาการ (Schiedsgericht)" ในระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจึงหมายถึง บุคคลหรือคณะบุคคล ซึ่งได้รับการมอบหมายหรือการแต่งตั้งจากคู่กรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อโต้แย้งทางกฎหมายให้ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวแทนองค์กรศาล

3. ประเภทของอนุญาโตตุลาการ (Arten von Schiedsgericht)

ในระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้แบ่งประเภทของอนุญาโตตุลาการไว้ 2 ประเภท ดังนี้

3.1 อนุญาโตตุลาการโดยแท้ (Echtes Schiedsgericht) หมายถึง อนุญาโตตุลาการที่มาจากการตกลงแต่งตั้งของคู่กรณีที่มีข้อพิพาททางกฎหมาย หรือโดยการตกลงของคู่กรณีตามที่กำหนดไว้ใน "ข้อกำหนดหรือข้อบังคับทางกฎหมายเอกชน (private Satzung)" เช่น ข้อบังคับของบริษัท จำกัด ข้อบังคับของสมาคม เป็นต้น อนุญาโตตุลาการโดยแท่นี้จึงได้แก่ อนุญาโตตุลาการที่มีพื้นฐานมาจาก "นิติกรรม (Rechtsgeschäft)" ตามความหมายของบทบัญญัติมาตรา 1025 ff. แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ZPO) นั้นเอง⁵

⁴ Wolterreck, "Unechte und echte Schiedsgerichte des Verwaltungsrechts", DöV 1966, S. 323.

⁵ Albers, in : Baumbach / Lauterbach / Albers / Hartmann : Zivilprozeßordnung, Grundz § 1025, Rdnr. 1, Rdnr 1,2, S.2279; § 1066, Rdnr. 1,2,3, S. 2329-2330; Stelkens, in : Schoch/ Schmidt – A; mann / Pietzner : Verwaltungsgerichtsordnung – Kommentar, § 1, Rdnr. 21, S.18

3.2 อนุญาโตตุลาการโดยกฎหมาย (Unechtes Schiedsgericht) หมายถึง อนุญาโตตุลาการที่มาจาก**บทบัญญัติของกฎหมาย (Rechtsnorm)** อนุญาโตตุลาการประเภทนี้จึงเกิดขึ้นมาจากการที่มีพระราชบัญญัติ กฎกระทรวง หรือข้อบังคับ ได้บัญญัติบทมาตราในเรื่องอนุญาโตตุลาการไว้โดยเฉพาะ และโดยที่อนุญาโตตุลาการประเภทนี้ไม่ได้เกิดขึ้นมาจากการตกลงแต่งตั้งของคู่กรณีที่มีข้อพิพาททางกฎหมาย ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญของอนุญาโตตุลาการ ในภาษาเยอรมันจึงเรียกอนุญาโตตุลาการประเภทนี้ว่า **“Unechtes Schiedsgericht”** ซึ่งแปลเป็นภาษาไทยว่า **“อนุญาโตตุลาการที่ไม่แท้”**⁶

“อนุญาโตตุลาการโดยกฎหมาย” หรือ “อนุญาโตตุลาการที่ไม่แท้” ส่วนใหญ่จะได้แก่ อนุญาโตตุลาการที่กำหนดไว้ในกฎหมายปกครอง เช่น ตามมาตรา 38a แห่งกฎหมายว่าด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณค่าของทรัพย์สิน ปี ค.ศ. 1997 (Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen (Vermögensgesetz)), มาตรา 83 แห่งกฎหมายว่าด้วยโรคระบาดสัตว์ ปี ค.ศ. 1995 (Tierseuchengesetz), มาตรา 16 g แห่งกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสัตว์ ปี ค.ศ. 1993 (Tierschutzgesetz), หรือมาตรา 71 แห่งกฎหมายว่าด้วยการประปา ปี ค.ศ. 1991 (Wasserverbandsgesetz) เป็นต้น⁷

4. ความสำคัญของอนุญาโตตุลาการในทางปฏิบัติ (Die Bedeutung der Schiedsgerichte in der Rechtspraxis)

“อนุญาโตตุลาการ” ได้เป็นที่รู้จักกันมานานตั้งแต่ยุคสมัยโบราณจนอาจจะถือได้ว่าเป็น “รูปแบบต้นกำเนิดของการพิจารณาคดีโดยศาล (die ursprünglichste Art der Gerichtsbarkeit)”⁸ และโดยเหตุที่ระบบการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทโดย “อนุญาโตตุลาการ” เป็นระบบการพิจารณาที่ไม่ยุ่งยาก รวดเร็วและเสียค่าใช้จ่ายไม่มากนัก อีกทั้ง “อนุญาโตตุลาการ” ที่มาทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทก็มาจากบุคคลที่คู่กรณีที่มีข้อพิพาทแต่งตั้งและให้ความไว้วางใจเอง⁹ ระบบการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจึงนำมาใช้

⁶ Albers, เฟ็งอ้าง ; Stelkens, เฟ็งอ้าง

⁷ Stelkens, เฟ็งอ้าง.

⁸ Schwab / Walter, Schiedsgerichtsbarkeit Kommentar, Kapitel 1. Einleitung, Rdnr. 7, S. 3.

⁹ แม้วาระบบการพิจารณาและวินิจฉัยข้อพิพาทโดย “อนุญาโตตุลาการ” จะมีข้อดี ระบบ “อนุญาโตตุลาการ” ก็มีข้อเสียเหมือนกัน กล่าวคือ การมอบหมายให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาท

กันมากในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อโต้แย้งทางการค้า ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อโต้แย้งทางกฎหมายแพ่ง ในส่วนข้อโต้แย้งทางกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองนั้น ก่อนที่ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung) ลงวันที่ 21 มกราคม ปี ค.ศ. 1960 จะมีผลใช้บังคับในทางปฏิบัติปรากฏว่าระบบ “อนุญาโตตุลาการ” แทบจะไม่ได้มีการนำมาใช้กับการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อโต้แย้งทางกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองเลย ทั้งนี้ จะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลปกครองที่ได้วินิจฉัยในคดีเกี่ยวกับเรื่องอนุญาโตตุลาการไว้มีเพียงแค่ 2-3 คดีเท่านั้น ซึ่งพอจะสรุปหลักกฎหมายที่สำคัญจากคำพิพากษาของศาลปกครอง (Verwaltungsgericht) ได้ ดังนี้

คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ เมือง Stuttgart เมื่อวันที่ 11 มีนาคม ปี ค.ศ. 1958¹⁰ ในคดีระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งปฏิบัติหน้าที่ให้กับเมือง Stuttgart ในฐานะผู้ฟ้องคดี กับ “สำนักงานสวัสดิการสังคมของสหพันธ์และมลรัฐ (Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder)” ในฐานะผู้ถูกฟ้องคดี ในคดีเกี่ยวกับการเรียกร้องสิทธิในเรื่องการประกันสวัสดิการสังคม ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ เมือง Stuttgart ได้พิพากษาวางหลักกฎหมายที่สำคัญ สรุปได้ดังนี้ :

“การฟ้องคดีในเรื่องสิทธิผลประโยชน์ที่จะได้รับการประกันสวัสดิการสังคมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (ผู้เอาประกัน) ที่มีต่อสำนักงานสวัสดิการสังคมของสหพันธ์และมลรัฐ เป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตอำนาจของศาลปกครอง (Für Klagen der Versicherten gegen die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder aus dem Versicherungsverhältnis ist der Rechtsweg zu den allgemeinen Verwaltungsgerichten gegeben) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคำฟ้องที่ขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง คู่กรณีจะนำข้อพิพาททางกฎหมายในเรื่องนี้ไปให้

มีความเสี่ยง 2 ประการด้วยกัน คือ ประการที่หนึ่ง บางครั้ง “อนุญาโตตุลาการ” อาจจะไม่มีความเป็นอิสระ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่อนุญาโตตุลาการที่ได้รับแต่งตั้งนั้นมาจากบริษัท สมาคม สำนักงานหรือองค์กรเอกชน เนื่องจากอนุญาโตตุลาการดังกล่าวยังจะต้องผูกพันกับข้อบังคับของบริษัท สมาคม ดังกล่าวอยู่ดี ประการที่สอง ไม่เป็นที่แน่นอนเสมอไปว่า อนุญาโตตุลาการจะไม่ลำเอียงหรือเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เพียงฝ่ายเดียว รายละเอียดในเรื่องนี้ดู Schwab / Walter, เพิ่งอ้าง, RdNr. 8,9, S. 4-6; Stober, Staatsgerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit, NJW 1979, S. 2001.

¹⁰ VGH Stuttgart vom 11.03.1958, DöV 1958, S. 951-953

อนุญาโตตุลาการชี้ขาดนั้น ไม่สามารถกระทำได้ (In Anfechtungssachen ist eine Erledigung des Rechtsstreites durch Schiedsgerichte unzulässig)"¹¹

คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ (Bundesverwaltungsgericht) เมื่อวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 1959¹² ในคดีฟ้องร้องเกี่ยวกับการเรียกเก็บภาษีที่ดินระหว่างเจ้าของที่ดินและเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่เรียกเก็บภาษี (Magistrats) ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้พิพากษาวางหลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในเรื่องของกฎหมายมหาชน สรุปได้ดังนี้ :

“สัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการสามารถกระทำได้ในเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนเช่นเดียวกัน แต่ทั้งนี้จะต้องปรากฏด้วยว่าเรื่องหรือข้อพิพาทดังกล่าวนั้น คู่กรณีที่มีข้อพิพาทสามารถตกลงหรือกำหนดได้โดยวิธีประนีประนอม และเนื้อหาของสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องไม่ใช่ “เรื่องการกระทำของรัฐ (Hoheitsakte)”¹³ และไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายของมลรัฐห้ามมิให้มีการตกลงทำสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการไว้ (Schiedsverträge können auch in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geschlossen werden, wenn die Angelegenheit durch Vergleich zwischen den Parteien geregelt werden kann, wenn nicht Hoheitsakte den Gegenstand des Schiedsvertrages bilden und wenn nicht besondere Vorschriften, insbesondere des Landesrechtes, den Abschluß des Schiedsvertrages ausschließen.)”¹⁴

ภายหลังที่ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung เรียกโดยย่อว่า VwGO) ลงวันที่ 21 มกราคม ปี ค.ศ. 1960

¹¹ VGH Stuttgart vom 11.03.1958, เพิ่งอ้าง.

¹² BVerwGE 8,89; NJW 1959, S.1985-1986 ; BB 1960, S. 532 ; DVBl. 1959, S. 712-713.

¹³ ตามหลักทั่วไปเรื่อง “การกระทำของรัฐ (Hoheitsakte)” จะได้แก่ มาตรการทั้งหลายตามกฎหมายมหาชน (alle öffentlich-rechtlichen Maßnahmen) สำหรับ “เรื่องการกระทำของรัฐ (Hoheitsakte)” ในคดีนี้ ได้แก่ “เรื่อง การเรียกเก็บภาษี (Steuerforderungen)” ซึ่งเป็นเรื่องอำนาจหน้าที่ของเมือง (Stadt) ที่จะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังนั้น เนื้อหาสาระของสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ตกลงกันไว้ให้ระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการเก็บภาษีโดยวิธีการทางอนุญาโตตุลาการตามข้อเท็จจริงในคดีนี้จึงกระทำไม่ได้ รายละเอียดปรากฏใน BVerwG, NJW 1959, S. 1986.

¹⁴ BVerwG, NJW 1959, S. 1985-1986; BB 1960, S. 532.

มีผลใช้บังคับ แม้ว่ามาตรา 168 อนุมาตรา 1 เลขที่ 5¹⁵ และมาตรา 173¹⁶ VwGO จะได้บัญญัติเรื่อง “อนุญาตตุลาการตามกฎหมายมหาชน” และบัญญัติให้สามารถนำหลักเกณฑ์เรื่องอนุญาตตุลาการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในกระบวนการวินิจฉัยคดีปกครองได้ ซึ่งแสดงให้เห็นได้ว่ากรณีที่ที่มีข้อพิพาทในคดีปกครองสามารถจะตกลงระงับข้อพิพาทดังกล่าวโดยอนุญาตตุลาการได้ก็ตาม ในทางปฏิบัติการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการในข้อโต้แย้งทางกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองมีไม่มากนัก¹⁷ หัวข้อเรื่อง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง” นั้น ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันมากในทางวิชาการของนักกฎหมายปกครองเยอรมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในประเด็นปัญหาที่ว่าอนุญาตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองจะเกิดขึ้นได้จากการตกลงโดยอิสระของคู่กรณีที่มีข้อพิพาทในคดีปกครอง หรือเฉพาะเมื่อมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น และหากอนุญาตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองสามารถมาจากการตกลงแต่งตั้งโดยอิสระของคู่กรณีที่มีข้อพิพาท อนุญาตตุลาการดังกล่าวจะมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองได้ในขอบเขตมากน้อยเพียงใด กล่าวคือ อนุญาตตุลาการจะมีอำนาจวินิจฉัยสั่งการให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือออกคำสั่งทางปกครองได้เองหรือไม่ นอกจากนี้ อนุญาตตุลาการในคดี

¹⁵ มาตรา 168 อนุมาตรา 1 เลขที่ 5 VwGO บัญญัติไว้ดังนี้

“การบังคับคดีให้กระทำได้ เมื่อมีคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการตามกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ ตราบเท่าที่คำวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องการบังคับคดีนั้นมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย หรือมีผลบังคับได้ก่อนมีคำวินิจฉัยชี้ขาด (ในกรณีการบังคับชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยชี้ขาด (Vorläufig))”

¹⁶ มาตรา 173 VwGO บัญญัติไว้ดังนี้

“ตราบเท่าที่บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการวินิจฉัยความใดไว้เป็นการเฉพาะ ให้นำหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยพระธรรมนูญศาลยุติธรรมและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม เมื่อความแตกต่างในสาระสำคัญของลักษณะแห่งกระบวนการพิจารณาความของทั้งสองกระบวนการนั้นไม่ได้เป็นการปิดกั้นหรือห้ามมิให้นำมาใช้กับวิธีพิจารณาคดีปกครอง ศาลตามนัยแห่งบทบัญญัติมาตรา 1062 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้แก่ ศาลปกครองชั้นต้นที่มีอำนาจและศาลตามนัยแห่งบทบัญญัติมาตรา 1065 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้แก่ ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์.”

¹⁷ คำวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการเกี่ยวกับเรื่องเงินสวัสดิการสังคมของข้าราชการ ลงวันที่ 18 สิงหาคม ค.ศ. 1962, DVBl. 1962, S. 833-835; คำวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการเกี่ยวกับเรื่องสิทธิในการเข้าประชุมและลงคะแนนเสียงของสมาชิกในคณะที่ปรึกษาทางเศรษฐกิจ (Sachverständigenrat) ลงวันที่ 21 พฤษภาคม ค.ศ. 1973, DöV 1973, S. 852-856.

พิพาททางปกครองนี้มีฐานะเป็น “ศาลปกครองลักษณะพิเศษ (besondere Verwaltungsgerichte)” หรือมีฐานะเป็นเพียง “เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Verwaltungsbehörden)” เท่านั้น

5. ความสอดคล้องของ “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง” กับกฎหมายรัฐธรรมนูญ และกฎหมายปกครอง (Verfassungsrechtliche und Verwaltungsrechtliche Zulässigkeit zur Schiedsgerichtsvereinbarung)

สิ่งสำคัญในการพิจารณาเพื่อหาคำตอบในประเด็นปัญหาต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นอยู่ที่การพิจารณาถึงความสอดคล้องของ “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง” กับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง กล่าวคือ

(1) การที่คู่กรณีที่มีข้อพิพาททางปกครองซึ่งปกติทั่วไปจะได้แก่ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หรือ “หน่วยงานทางปกครอง” ฝ่ายหนึ่ง และ “เอกชน” อีกฝ่ายหนึ่ง ตกลงให้มีการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองโดย “อนุญาโตตุลาการ” ซึ่งมาจากการแต่งตั้งของคู่กรณีที่มีข้อพิพาททางปกครองนั้นจะขัดแย้งกับ “หลักการคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชน (Rechtsschutzgarantie)” ตามนัยมาตรา 19 อนุมาตรา 4 แห่งกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz เรียกโดยย่อว่า GG) หรือไม่ และ

(2) การที่คู่กรณีที่มีข้อพิพาททางปกครองตกลงให้ “อนุญาโตตุลาการ” เป็นผู้นิติบัญญัติชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองนี้จะขัดแย้งกับ “หลักทั่วไปในการฟ้องคดีพิพาททางปกครองต่อศาลปกครอง (Verwaltungsrechtsweg)” ตามนัยมาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง (VwGO) หรือไม่

6. “หลักการรับประกันความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชนตามนัยมาตรา 19 อนุมาตรา 4 แห่งกฎหมายพื้นฐาน (Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG)”

มาตรา 19 อนุมาตรา 4 แห่งกฎหมายพื้นฐาน (GG) บัญญัติไว้ว่า

“มาตรา 19 (4) บุคคลใดซึ่งสิทธิของตนถูกละเมิดโดยการใช้อำนาจทางปกครอง บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิฟ้องร้องคดีต่อศาล

ในกรณีที่ไม่ได้มีการบัญญัติเรื่องเขตอำนาจของศาลใดไว้เป็นการเฉพาะ ให้ฟ้องร้องคดีต่อศาลยุติธรรม

บทบัญญัติมาตรา 10 อนุมาตรา 2 ประโยคที่สอง ยังคงมีผลใช้บังคับ¹⁸

6.1 มุมมองแนวความคิดในอดีตเกี่ยวกับมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG (Ideengeschichtliche Aspekte)

“หลักการรับประกันความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชน” ตามมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG เป็นการยุติปัญหาการต่อสู้ทางความคิดในเรื่องการคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชนจากการกระทำของฝ่ายปกครองโดย “องค์กรศาลพิเศษ” กล่าวคือ ในช่วงครึ่งแรกของศตวรรษที่ 19 แนวความคิดในเรื่องการคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชนจากการกระทำของฝ่ายปกครองในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีอยู่ 2 แนวความคิดด้วยกัน **แนวความคิดแรก** ได้ยึดถือแบบอย่างของประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ การกำหนดให้มีการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดย “เจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครอง (Verwaltungsrechtspflege)” เอง **แนวความคิดที่สอง** การกำหนดให้มีการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดย “องค์กรศาล” แทนที่จะให้ “เจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครอง” ตรวจสอบควบคุมกันเอง ทั้งนี้ ตามแนวทางของบทบัญญัติมาตรา 182 แห่ง Paulskirchenverfassung ซึ่งได้มีการนำไปใช้ในมลรัฐต่าง ๆ เช่น ในมลรัฐ Baden (ในปี ค.ศ. 1863) ในมลรัฐ Preußen (ในปี ค.ศ. 1872) และในมลรัฐ Bayern (ในปี ค.ศ. 1878) เป็นต้น¹⁹

ในระยะแรกเริ่ม ได้มีการโต้เถียงเกี่ยวกับหลักการตามบทบัญญัติมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG ว่า การที่บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ประชาชนมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลโต้แย้งการใช้อำนาจทางปกครองได้นี้มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อเป็นการควบคุมหรือตรวจสอบเรื่องการกระทำที่ ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง (Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns) หรือมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชน (subjektiver Rechtsschutz) ข้อโต้เถียงดังกล่าวเป็นเพียงความเห็นที่แตกต่างกันทางแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG เท่านั้น มิใช่เป็นข้อถกเถียงที่เป็นการปฏิเสธหลักการของบทบัญญัติมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG แต่ประการใด อย่างไรก็ดี **ปัจจุบัน** นักกฎหมายเยอรมันได้มีความเห็นในเรื่องนี้สอดคล้องตรงกันแล้วว่า บทบัญญัติมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG เป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยเรื่อง

¹⁸ Art.19 (4) Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Art. 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.

¹⁹ Schulze-Fielitz, Helmuth, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 IV, Rdnr. 2, S. 1123.

“การคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของปัจเจกชนอย่างสมบูรณ์ (für lückenlosen Individualrechtsschutz)” และในขณะเดียวกันบทบัญญัติมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG ยังเป็นเครื่องมือในการควบคุมตรวจสอบเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (eine objektive Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns) อีกด้วย²⁰

6.2 มาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG ในฐานะผลิตผลของหลักนิติรัฐ (Art.19

Abs. 4 GG als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips)

“หลักการรับประกันความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชน (Rechtsschutz-garantie)” ตามมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG นี้ บางครั้งก็เรียกว่า “หลักการรับประกันการนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาล (Rechtsweggarantie)” เมื่อพิจารณาภาพรวมทางแนวความคิดทั้งหมดของกฎหมายพื้นฐานจะเห็นได้ว่า ลักษณะพื้นฐานที่สำคัญของมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG ก็คือ การวางรากฐานเบื้องต้นทางกฎหมายในการโต้แย้ง “รัฐ (Staat)” ให้กับประชาชน ประชาชนสามารถโต้แย้งการใช้อำนาจทางปกครองได้ในฐานะประชาชนไม่ใช่ในฐานะ “ผู้ถูกปกครอง (Untertan)” มาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG เป็นการรับประกันถึงความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชนในกรณีที่มีข้อพิพาททางกฎหมายปกครอง อย่างไรก็ตาม แม้จะไม่มีบทบัญญัติมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG บทบัญญัติสำคัญซึ่งเป็นองค์ประกอบศูนย์กลางของ “หลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip)” ก็เป็นการรับประกันถึงความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชนในการฟ้องร้องคดีต่อศาลได้เช่นเดียวกัน ดังจะเห็นได้จาก ในมาตรา 1 อนุมาตรา 1 GG ได้วางรากฐานในการคุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง มาตรา 20 อนุมาตรา 3 GG ได้บัญญัติให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องผูกพันกับ “บทบัญญัติของกฎหมายและรัฐธรรมนูญ (Gesetzes- und Verfassungsbindung)” และอยู่ในขอบเขตเรื่องการแบ่งแยกอำนาจที่การใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารจะต้องถูกควบคุมตรวจสอบทางกฎหมายโดยอำนาจตุลาการหรือองค์กรศาล หลักเกณฑ์ทั่วไปของ “หลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip)” ดังกล่าวนี้นี้ได้ถูกนำมากำหนดไว้เป็นรูปธรรมอย่างชัดเจนอยู่ในมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG เพื่อให้องค์กรศาลสามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำในการใช้อำนาจทางปกครองได้²¹

²⁰ Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, S.130-133; Schenke, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4, Rdnr.25, S.33; Schulze-Fielitz, Helmuth, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 IV, Rdnr. 5, 6, S. 1124-1125.

²¹ Schulze-Fielitz, Helmuth, Grundgesetz-Kommentar, Art.19 IV. Rdnr. 26, 27, 28, S.1133-1134

6.3 มาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG ในฐานะ “สิทธิพื้นฐานในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณา (Art. 19 Abs. 4 GG als Verfahrensgrundrecht)”

มาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG เป็นการบัญญัติถึง “สิทธิพื้นฐานหลักในเชิงรูปแบบ (formelles Hauptgrundrecht)” ตามนัยความหมายของ “สิทธิในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณา (Verfahrensrecht)” กล่าวคือ มาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG เป็นการรับประกันถึงความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชนอย่าง “ไม่มีช่องว่าง (lückenlos)” ในการโต้แย้งการใช้อำนาจทางปกครองโดยองค์กรศาล “สิทธิพื้นฐานของประชาชนอย่างไม่มีช่องว่าง” นี้มีความหมายกว้างทำนองเดียวกับการคุ้มครองและรับประกันถึงสิทธิและเสรีภาพทุกประเภทที่ไม่ได้กำหนดชื่อไว้โดยเฉพาะตามนัยมาตรา 2 อนุมาตรา 1 GG ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองและรับประกันถึงสิทธิและเสรีภาพพื้นฐานได้อย่างไม่มีช่องว่าง นอกจากนี้ มาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG ยังเป็นบทบัญญัติตามกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) ที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึง “รูปแบบของการคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชนโดยองค์กร (ศาล) และการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณา (Erscheinungsform des Grundrechtsschutzes durch Organisation und Verfahren)”²²

ขอบเขตความคุ้มครองของ “การรับประกันการนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาล” เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในส่วนของบทบัญญัติว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่อง “องค์กรศาล (Gerichte)” กฎหมายว่าด้วยพระธรรมนูญศาลและกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความของศาล²³

6.4 ขอบเขตของ “หลักการรับประกันความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชน (Schutzbereich)”

การที่มาตรา 19 อนุมาตรา 4 ประโยคที่ 1 GG ได้บัญญัติไว้ว่า “บุคคลใดซึ่งสิทธิของตนถูกละเมิดโดยการใช้อำนาจทางปกครอง (durch die öffentliche Gewalt) บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิฟ้องร้องคดีต่อศาล” กรณีจึงมีประเด็นสมควรพิจารณาด้วยว่า “การใช้อำนาจทางปกครอง (Ausübung öffentlicher Gewalt)” ตามนัยมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG นี้ มีขอบเขตมากน้อยเพียงใด

า) มาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG ครอบคลุมถึงการใช้อำนาจทางปกครองทั้งในรูปแบบของการกระทำและการงดเว้นการกระทำ (Art. 19 Abs. 4 GG

²² Schulze-Fielitz, Helmuth, เพิ่งอ้าง, Art. 19 IV, Rdnr. 30, 31, 32, S. 1135.

²³ Schulze-Fielitz, Helmuth, เพิ่งอ้าง, Art. 19 IV, Rdnr. 33, S. 1135.

umfaßt sowohl die Vornahme als auch die Unterlassung hoheitlichen Verwaltungshandelns)

ในเบื้องต้น “การใช้อำนาจทางปกครอง” ตามมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG มีความหมายครอบคลุมไปถึงการดำเนินการและการใช้มาตรการทั้งหลายของรัฐบาลและฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ โดยไม่ได้ยึดติดอยู่กับ “รูปแบบทางกฎหมาย (Rechtsform)” ของการดำเนินการและการใช้มาตรการดังกล่าว²⁴ “การใช้อำนาจทางปกครอง” ตามมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG จึงหมายถึง การดำเนินการและการใช้มาตรการทางปกครองทั้งในรูปแบบของการจัดการและการงดเว้นการกระทำการ

b) มาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG ครอบคลุมถึงการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองในรูปแบบของกฎหมายเอกชน (Geltung des Art. 19 Abs. 4 GG auch im Bereich des Verwaltungsprivatrechts)

ในกรณีที่รัฐหรือฝ่ายปกครอง (Staat) ดำเนินการหรือปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่แห่งกฎหมายมหาชนที่ตนเองต้องรับผิดชอบโดยตรงโดยใช้วิธีการตามกฎหมายเอกชน ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่รัฐมีหน้าที่ดำเนินการเรื่องการจัดการทางสังคมให้กับ “บุคคลที่ไร้ถิ่นที่อยู่อาศัย” การที่รัฐไปทำสัญญาให้เช่าที่อยู่อาศัยให้กับบุคคลดังกล่าวตามหน้าที่ที่รัฐหรือฝ่ายปกครองมีความรับผิดชอบโดยตรง เป็นต้น การดำเนินการดังกล่าวของฝ่ายปกครองก็อยู่ในความหมายของการใช้อำนาจทางปกครองตามมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG เช่นเดียวกัน²⁵

c) มาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG ครอบคลุมถึงการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่กระทำการตามรูปแบบกฎหมายเอกชน (Geltung des Art. 19 Abs. 4 GG für fiskalische Tätigkeit)

ในการดำเนินการของรัฐหรือฝ่ายปกครอง บางครั้งรัฐหรือฝ่ายปกครองจำเป็นต้องดำเนินการกับเอกชนทั่วไป โดยการนำมาตรการหรือวิธีการตามกฎหมายเอกชนมาใช้เพื่อช่วยให้การดำเนินการหรือการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองดำเนินการต่อไปได้ (Hilfsgeschäfte) เช่น การจัดทำให้ได้มาซึ่งวัสดุเครื่องใช้ของสำนักงาน รถยนต์ที่ใช้ในสำนักงาน ตัวอาคารของสำนักงาน เป็นต้น การจัดการเพื่อให้มาซึ่งสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ รัฐหรือ

²⁴ Peter Michael Huber, Das Bonner Grundgesetz Kommentar, Art. 19 Abs. 4, Rdnr. 436, S. 2300.

²⁵ Schenke, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4, Rdnr. 191, S. 108, 109.

ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการโดยใช้วิธีการตามกฎหมายเอกชน เช่น โดยการตกลงทำสัญญาตามกฎหมายเอกชนกับเอกชนได้ เช่น โดยอาศัยสัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า หรือสัญญาจ้างทำของ เป็นต้น การดำเนินการของรัฐหรือฝ่ายปกครองในลักษณะเช่นนี้เรียกว่า **“Fiskalische Tätigkeit”**²⁶

นอกจากนี้ ในกรณีที่รัฐหรือฝ่ายปกครองได้กระทำการในรูปแบบของการดำเนินกิจการทางธุรกิจการค้าเสมือนบริษัทเอกชน (Die erwerbswirtschaftliche Betätigung) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่กิจการของรัฐได้มีการแปรรูปไปสู่รูปแบบของบริษัทเอกชนโดยรัฐยังเป็นผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่อยู่ ซึ่งส่วนใหญ่จะพบในกิจการเกี่ยวกับสาธารณูปโภค เช่น กิจการขนส่ง ไฟฟ้า การประปา เป็นต้น หรือกิจการเกี่ยวกับเหมืองแร่ โรงงานกลั่นเบียร์ กิจการด้านธนาคาร การดำเนินการกิจการของรัฐในเชิงธุรกิจการค้าเสมือนบริษัทเอกชนเช่นนี้จึงเป็นไปตามกลไกทางการตลาดโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งหากำไร วิธีการหรือมาตรการที่รัฐนำมาใช้จึงต้องพิจารณาตามกฎหมายเอกชนเช่นเดียวกัน เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) ประมวลกฎหมายพาณิชย์ (HGB) กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เป็นต้น การดำเนินการของรัฐหรือฝ่ายปกครองในลักษณะเช่นนี้เรียกว่า **“Fiskalische Tätigkeit”** ด้วยเช่นกัน²⁷

มาตรา 19 अनुมาตรา 4 GG ครอบคลุมถึงการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่กระทำการตามรูปแบบตามกฎหมายเอกชนที่เรียกว่า **“Fiskalische Tätigkeit”** หรือไม่ นั้นมีความเห็นแตกต่างกัน 2 ฝ่าย คือ

ความเห็นฝ่ายที่หนึ่ง ได้แก่ Professor Dr. Peter Michael Huber²⁸, Professor Dr. Hans D. Jarass²⁹ และ Dr. Dieter Lorenz³⁰ เห็นว่า **“การใช้อำนาจทางปกครอง**

²⁶ Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3, Rdnr. 7, S. 39.

²⁷ Emmerich, Volker, Die Fiskalgeltung der Grundrechte, namentlich bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand; BGHZ 52, 325 und BGH, Betr. 1969, 1791; JuS 1970, S. 332, 335, 336; Maurer, เพิ่งอ้าง, § 3. Rdnr. 8, S. 39, 40.

²⁸ Peter Michael Huber, Das Bonner Grundgesetz Kommentar, Art. 19 Abs. 4, Rdnr. 436, S. 2300.

²⁹ Jarass, Hans D. in : Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, Art. 19, Rdnr. 24, S. 441.

³⁰ Lorenz, Dieter, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, S. 89-93.

(**Öffentliche Gewalt**)” ตามความหมายของมาตรา 19 अनुมาตรา 4 GG ครอบคลุมถึง การดำเนินการทุกอย่างของรัฐหรือฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดก็ตาม เช่น ในรูปของคำสั่งทางปกครอง สัญญาทางปกครอง การปฏิบัติการทางปกครอง หรือในรูปแบบ “Fiskalische Tätigkeit” การดำเนินการของฝ่ายปกครองที่กระทำการตามกฎหมายเอกชน เป็นการใช้อำนาจของรัฐที่ต้องอาศัยเหตุผลทางกฎหมายเหมือนกันและในขณะเดียวกัน การดำเนินการดังกล่าวก็เป็นการแสดงให้เห็นถึงการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง³¹

ความเห็นฝ่ายที่สอง ได้แก่ Professor Dr. Bruno Schmidt-Bleibtreu³², Professor Dr. Franz Klein³³, Professor Dr. W.R. Schenke³⁴ และ Professor Dr. E. Schmidt-Aßmann³⁵ เห็นว่า เนื่องจากการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่กระทำการตามกฎหมายเอกชนในรูปแบบ Fiskalische Tätigkeit นี้ ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงลักษณะพิเศษของการใช้อำนาจปกครองที่ฝ่ายปกครองหรือรัฐอยู่ในฐานะเหนือกว่าเอกชน ทั้งนี้ ไม่ว่าจะพิจารณาจากวัตถุประสงค์ (Zielsetzung) หรือวิธีการ (Mitteln) ที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้ในการดำเนินการ การดำเนินการของฝ่ายปกครองดังกล่าวไม่มีความแตกต่างไปจากการกระทำของเอกชนโดยทั่วไป ฝ่ายปกครองหรือรัฐอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกับเอกชนทุกประการ ดังนั้น มาตรา 19 अनुมาตรา 4 GG ซึ่งเป็นเรื่อง “การใช้อำนาจทางปกครอง” จึงไม่ครอบคลุมถึงกรณีการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่กระทำการตามรูปแบบของกฎหมายเอกชน (Fiskalische Tätigkeit)

อย่างไรก็ดี แม้ว่ามาตรา 19 अनुมาตรา 4 GG จะไม่นำมาใช้กับกรณีการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่กระทำการตามรูปแบบกฎหมายเอกชนก็ตาม **ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่สอง**มีต่อไปว่า กรณีไม่ได้หมายความว่า หากเอกชนถูกละเมิดสิทธิจากการกระทำของรัฐหรือฝ่ายปกครองในกรณีดังกล่าว (Fiskalische Tätigkeit) แล้ว เอกชน

³¹ Lorenz, Dieter, เพิ่งอ้าง, S. 91.

³² Schmidt-Bleibtreu, Bruno, in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19, Rdnr. 24a, S. 501.

³³ Klein, Franz, in : Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19, Rdnr. 24a, S. 501.

³⁴ Schenke, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4, Rdnr. 192, 193, S. 109-110.

³⁵ Schmidt-Aßmann, in : Mauz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 19 Abs. IV, Rdnr. 65, S. 41.

จะไม่มีสิทธิฟ้องร้องคดีต่อศาลเลย ในกรณีที่เอกชนถูกละเมิดสิทธิจากการกระทำของรัฐหรือฝ่ายปกครองที่ดำเนินการในรูปแบบกฎหมายเอกชน (Fiskalische Tätigkeit) เอกชนยังคงมีสิทธินำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ ตาม “หลักทั่วไปเรื่องการอำนวยความยุติธรรมโดยศาล (Prinzip allgemeiner Justizgewährung)”^{36 37}

แม้ว่าความเห็นของนักกฎหมายในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันในประเด็นปัญหาที่ว่า มาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG จะครอบคลุมถึงการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่กระทำการตามรูปแบบกฎหมายเอกชน (Fiskalische Tätigkeit) หรือไม่ จะมีความเห็นแตกต่างกันดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นก็ตาม ผลทางกฎหมายในชั้นสุดท้ายแล้วมิได้มีความแตกต่างกันแต่อย่างใด กล่าวคือ เอกชนหรือประชาชนโดยทั่วไปยังคงมีสิทธินำคดีไปฟ้องร้องต่อ “องค์กรศาล” ได้เช่นเดียวกัน ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า “หลักการรับประกันความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชน” หรือ “หลักการรับประกันการนำคดีไปฟ้องร้องศาล” ตามนัยมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG นี้ เป็น “หลักการคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชนอย่างสมบูรณ์ (lückenloser Individualrechtsschutz)” โดยแท้จริง

7. การนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาล (Der Rechtsweg zu den Gerichten)

7.1 ความหมายของ “ศาล” (Der Begriff des Gerichts)

“ศาล (Gericht)” ตามนัยมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG ได้แก่ ศาลของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งการจัดองค์กรศาลและการกำหนดบุคคลที่จะเข้าดำรง

³⁶ Schmidt-Aßmann, เพิ่งอ้าง;

³⁷ “หลักทั่วไปเรื่องการอำนวยความยุติธรรมโดยศาล (Prinzip allgemeiner Justizgewährung)” เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่กำหนดหน้าที่ของรัฐในการให้ความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของเอกชน (elementare Staatliche Schutzpflicht) โดยให้สิทธิแก่เอกชนทุกคนสามารถนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลได้ (Individuelles Recht) สิทธิในการนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลได้ ตามหลัก “Prinzip allgemeiner Justizgewährung” นี้ได้หยั่งรากฐาน (Wurzeln) อยู่ใน “หลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip)” หลักนี้จึงถือเป็นหลักกฎหมายที่เป็นองค์ประกอบสำคัญอีกอย่างหนึ่งของ “หลักนิติรัฐ” โปรดดูรายละเอียดเรื่องนี้ใน Schmidt-Aßmann, in : Mauz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 19 IV, Rdnr. 16, 17, S. 18-20; Janernig, Zivilprozeßrecht, § 36, S. 141-142.

ตำแหน่งผู้พิพากษาจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติมาตรา 92³⁸ และมาตรา 97³⁹ แห่งกฎหมายพื้นฐาน (GG)⁴⁰

a) “ศาล” ตามนัยมาตรา 92 GG ได้แก่ “ศาลของรัฐ” เท่านั้น
(Gerichte gem. Art. 92 GG sind nur staatliche Gerichte)

“ศาล” ตามนัยมาตรา 92 GG ได้แก่ “ศาลของรัฐ” (staatliche Gerichte) เท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี มิได้เป็นการจำกัดว่า “ศาล” จะต้องมาจากการจัดตั้งขึ้นโดยตรงจากรัฐเท่านั้น “องค์กรตามกฎหมายมหาชน (Körperschaften des öffentlichen Rechts)” สามารถทำหน้าที่ศาลตามนัยมาตรา 92 GG ได้เช่นเดียวกัน (Träger staatlicher Gerichte) ยกตัวอย่าง เช่น สมาวิชาชีพ (berufsständischer Kammern)⁴¹ แต่ทั้งนี้ “องค์กรตามกฎหมายมหาชน” ดังกล่าวจะต้องอาศัยอำนาจจากการที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้ ซึ่งตามหลักแล้วกฎหมายดังกล่าวจะบัญญัติให้การแต่งตั้งบุคคลที่จะมาทำหน้าที่แทนศาลจะต้องมาจากการกำหนดโดยรัฐ (es muß durch den Staat bestimmt werden)⁴²

b) ผู้พิพากษาจะต้องเป็นผู้ที่ไม่ได้มีส่วนได้เสียทั้งในเรื่องข้อเท็จจริง (เนื้อหาแห่งคดี) และในเรื่องส่วนตัว (ความสัมพันธ์กับคู่ความในคดี) และมีอิสระในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี (Die Richter müssen als Unbeteiligte in sachlicher und persönlicher Unabhängigkeit entscheiden)

ผู้พิพากษามาตรา 92 และมาตรา 97 GG จะต้องเป็นผู้ที่ไม่ได้มีส่วนได้เสียทั้งในส่วนของเนื้อหาแห่งคดีที่มีข้อพิพาทและในส่วน of ความสัมพันธ์ส่วนบุคคลกับผู้ที่เป็นคู่ความในคดีที่มีข้อพิพาทและมีความอิสระในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดคดี ลักษณะ

³⁸ มาตรา 92 GG เป็นบทบัญญัติว่าด้วยเรื่อง “อำนาจตุลาการ (Rechtsprechende Gewalt)”

³⁹ มาตรา 97 GG เป็นบทบัญญัติว่าด้วยเรื่อง “หลักความมีอิสระของผู้พิพากษา (Unabhängigkeit der Richter)”

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 11, 233; 49, 340; Krebs, Walter, in : von Münch, Grundgesetz – Kommentar, Art. 19, Rdnr. 63, S. 1076.

⁴¹ Schulze-Fielitz, Helmuth, Grundgesetz – Kommentar, Art. 19 IV, Rdnr. 70, S. 1149.

⁴² Schenke, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4, Rdnr. 40, S. 42.

และคุณสมบัติดังกล่าวเป็นหลักประกันถึงความเป็นกลางและความมีอิสระของ “ผู้พิพากษา” หรือ “ศาล” ในการใช้อำนาจตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี⁴³

7.2 “อนุญาโตตุลาการ” ไม่อยู่ในความหมายของ “ศาล” ตามนัยมาตรา 19

อนุมาตรา 4 GG (Schiedsgerichte sind keine Gerichte i.S. des Art. 19 Abs.4 GG)

ความหมายของคำว่า “ศาล” ตาม “หลักการรับประกันความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชน” หรือ “หลักการรับประกันการนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาล” ตามนัยมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG นี้ ไม่ได้หมายความรวมไปถึงอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการไม่ได้มีคุณลักษณะและองค์ประกอบทำนองเดียวกันกับศาลตามมาตรา 92 GG อีกทั้งอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการไม่ได้มาจากกฎหมาย หากแต่เกิดขึ้นมาจากการตกลงระหว่างคู่กรณีที่มีข้อพิพาทซึ่งทำให้ขาดหลักประกันการให้ความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากประเด็นข้อพิพาทในคดีปกครองนั้นเป็นเรื่องการฟ้องร้องให้ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดหรือการฟ้องร้องให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁴⁴

Dr. Fritz Haueisen ประธานองค์คณะศาลสังคมสูงสุดของสหพันธ์ได้กล่าวเรื่องนี้ไว้ชัดเจนในบทความของท่านเรื่อง “การตัดสินข้อพิพาททางกฎหมายปกครองโดยอนุญาโตตุลาการ” ตอนหนึ่งว่า “หนทางในการนำคดีไปฟ้องร้อง (Rechtsweg)” ตามมาตรา 19 อนุมาตรา 4 ประโยคที่หนึ่ง GG หมายถึง หนทางในการนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลเท่านั้น ไม่ได้หมายถึงการนำคดีไปฟ้องร้องต่ออนุญาโตตุลาการ (daß unter “Rechtsweg” i.S. des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nur der Weg zu den staatlichen Gerichten, nicht aber der Weg zu Schiedsgerichten zu verstehen ist.)”⁴⁵

7.3 ข้อสรุป (Ergebnis)

เมื่อได้พิจารณารายละเอียดเกี่ยวกับบทบัญญัติมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว พอสรุปได้ว่า โดยหลักแล้วการระงับข้อพิพาททางปกครองคู่กรณีที่มีข้อพิพาททางปกครองซึ่งปกติโดยทั่วไปจะได้แก่ เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองกับเอกชน จะตกลงให้มีการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองโดย “อนุญาโตตุลาการ”

⁴³ Schenke, เพิ่งอ้าง, Rdnr. 41, S. 42.

⁴⁴ Schenke, เพิ่งอ้าง, Rdnr. 47, S. 45; Haueisen, Die Entscheidung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten durch Schiedsgerichte, NJW 1962, S. 2130.

⁴⁵ Haueisen, เพิ่งอ้าง, FN 15, S. 2130

แทนที่จะให้ “ศาล” เป็นผู้พิจารณาดัดสินข้อพิพาทนั้นไม่อาจกระทำได้ เพราะข้อตกลงดังกล่าวเป็นการตัดอำนาจของ “ศาล” โดยสิ้นเชิง ซึ่งเป็นการขัดกับ “หลักการรับประกันความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชน (Rechtsschutzgarantie)” หรือ “หลักการรับประกันการนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาล (Rechtsweggarantie)” ตามนัยมาตรา 19 अनुมาตรา 4 GG ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชน และเพื่อควบคุมตรวจสอบเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง

อย่างไรก็ดี หากคู่กรณีที่มีข้อพิพาททางปกครองได้มีการตกลงให้มีการรับข้อพิพาททางปกครองโดยใช้วิธีการทาง “อนุญาโตตุลาการ” เป็นเพียงกระบวนการหรือขั้นตอนหนึ่งของการรับข้อพิพาททางปกครองโดยไม่ได้ตัดสิทธิของคู่กรณีที่มีข้อพิพาททางปกครองในการที่จะนำข้อพิพาทนั้นไปฟ้องร้องต่อ “ศาล” ข้อตกลงให้มี “อนุญาโตตุลาการ” ดังกล่าวก็ไม่ขัดแย้งกับหลักการตามมาตรา 19 अनुมาตรา 4 GG แต่อย่างใด

8. “หลักทั่วไปในการฟ้องคดีพิพาททางปกครองต่อศาลปกครอง (Verwaltungsrechtsweg)” ตามนัยมาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung เรียกโดยย่อว่า VwGO)

มาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง (VwGO) บัญญัติไว้ว่า “มาตรา 40 (สิทธิในการนำคดีข้อพิพาททางปกครองไปฟ้องร้องต่อศาลปกครอง)

(1) ประโยคที่หนึ่ง ข้อพิพาททุกประเภทตามกฎหมายมหาชนซึ่งไม่ใช่ข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ คู่กรณีที่มีข้อพิพาทดังกล่าวมีสิทธินำคดีข้อพิพาทนั้นไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้ ทั้งนี้ เมื่อกฎหมายของสหพันธ์ไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้ข้อพิพาทดังกล่าวตกอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลประเภทอื่น

ประโยคที่สอง ข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนซึ่งอยู่ในขอบเขตของ “กฎหมายของมลรัฐ” อาจตกอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลประเภทอื่นก็ได้ เมื่อ “กฎหมายของมลรัฐ” ได้บัญญัติไว้ให้ศาลดังกล่าวมีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทดังกล่าว

(2) ประโยคที่หนึ่ง สิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินจาก “กรณีทรัพย์สินต้องถูกนำไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ (aus Aufopferung für das gemeine Wohl)” และจาก “กรณีเกี่ยวกับเรื่องการดูแลรักษาทรัพย์สินโดยรัฐตามกฎหมายมหาชน” และสิทธิเรียกร้องในเรื่องค่าเสียหายจากการที่ได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายมหาชน ซึ่งสิทธิ

เรียกร้องดังกล่าวเหล่านี้ไม่ใช่กรณีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ให้คดีฟ้องร้องเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องเหล่านี้อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

ประโยคที่สอง หลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นตาม (2) นี้ ไม่กระทบถึงบทบัญญัติพิเศษตามกฎหมายว่าด้วยข้าราชการและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการนำคดีเรื่องการเรียกร้องทดแทนค่าเสียหายทางทรัพย์สินจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”⁴⁶

8.1 เจตนารมณ์ของมาตรา 40 VwGO (Zweck und Bedeutung)

มาตรา 40 อนุมาตรา 1 ประโยคที่ 1 VwGO เป็นการวางหลักทั่วไปในการนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองว่า คดีที่เกี่ยวกับข้อพิพาททุกประเภทตามกฎหมายมหาชนซึ่งไม่ใช่ข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยหลักแล้วให้นำไปฟ้องร้องต่อ “ศาลปกครอง” ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การที่มาตรา 40 VwGO วางหลักเกณฑ์เป็นการทั่วไปในการนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองโดยไม่ได้กำหนดรายละเอียดว่าคดีหรือคำฟ้องประเภทใดบ้างที่สามารถนำไปฟ้องร้องต่อศาลปกครอง⁴⁷

⁴⁶ § 40 (Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges)

(1) Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten auf dem Gebiet des Landesrechts können einem anderen Gericht auch durch Landesgesetz zugewiesen werden.

(2) Für vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung für das gemeine Wohl und aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung sowie für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, die nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhen, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Die besonderen Vorschriften des Beamtenrechts sowie über den Rechtsweg bei Ausgleich von Vermögensnachteilen wegen Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte bleiben unberührt.

⁴⁷ เปรียบเทียบมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ของประเทศไทย จะเห็นความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างมาตรา 40 VwGO ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ของประเทศไทย

ดังนั้น จึงเรียกมาตรา 40 VwGO นี้ว่าเป็น “ข้อกำหนดทั่วไปในการนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครอง (sog. **Verwaltungsgerichtliche Generalklausel**)”⁴⁸

นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตรา 40 VwGO ยังมีประเด็นที่น่าพิจารณาอีก 2 ประการ⁴⁹ คือ ประการที่หนึ่ง หลักการของมาตรา 40 VwGO เป็นการทำให้ “หลักการรับประกันความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชน” ตามนัยมาตรา 19 อนุมาตรา 4 แห่งกฎหมายพื้นฐาน (GG) มีผลสมบูรณ์⁵⁰ ประการที่สอง มาตรา 40 VwGO มุ่งประสงค์โดยตรงที่จะคุ้มครองประชาชนที่ถูกละเมิดสิทธิจากการใช้อำนาจปกครองให้มีสิทธินำคดีไปฟ้องร้องต่อ “องค์กรศาลที่มีความเชี่ยวชาญโดยเฉพาะ (Fachgerichtsbarkeit)” ซึ่งก็คือ “ศาลปกครอง” นั่นเอง

แม้ว่ามาตรา 40 VwGO จะวางหลักการในการนำคดีไปฟ้องร้องยังศาลปกครองไว้ในลักษณะเป็น “ข้อกำหนดทั่วไป” ก็ตาม อาจแยกองค์ประกอบสาระสำคัญของบทบัญญัติมาตราดังกล่าวได้ 3 ประการ⁵¹ คือ

ประการที่หนึ่ง กรณีจะต้องเป็นเรื่อง “ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมาย (Rechtsstreitigkeit)”

ประการที่สอง ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายนั้นจะต้องเป็น “ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายทางกฎหมายมหาชน (Rechtsstreitigkeit öffentlich – rechtlicher Art)”

ประการที่สาม ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายทางกฎหมายมหาชนนั้นจะต้องไม่ใช่ “ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Rechtsstreitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art)”

⁴⁸ Rennert, Klaus, in : Eyermann / Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, § 40, Rdnr. 1, S.153; Vgl. BVerwGE 15, 43.

⁴⁹ Rennert, Klaus, เพิ่งอ้าง.

⁵⁰ โปรดดูคำแปลมาตรา 19 อนุมาตรา 4 GG ได้ในหน้า 388; von Oertzen, Han-Joachim von, in : Redeker/v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, § 40, Rdnr. 1, S.107.

⁵¹ Pensri, WONGSAREE, “Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs in Deutschland und Thailand (การนำคดีไปฟ้องยังศาลปกครองในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและประเทศไทย)”, B.I.1, S. 11.

8.2 กรณีจะต้องเป็นเรื่อง “ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมาย (Rechtstreitigkeit)”

มาตรา 40 อนุมาตรา 1 ประโยคที่ 1 VwGO⁵² ได้กำหนดองค์ประกอบเบื้องต้นในการนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองว่า กรณีจะต้องเป็น “ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายทางกฎหมายมหาชน” ดังนั้น องค์ประกอบสำคัญประการแรกในเรื่องนี้จึงได้แก่ กรณีจะต้องเป็น “ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมาย (Rechtstreitigkeit)” เท่านั้น กล่าวคือ จะต้องเป็นกรณีเกี่ยวกับข้อพิพาทหรือการโต้แย้งเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายบริหารซึ่งองค์กรศาลสามารถเข้าไปตรวจสอบได้ถึงความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าว (d.h. für die Streitigkeiten um die Akte der vollziehenden Gewalt, die die Gerichte nach rechtlichen Maß stäben überprüfen können.)⁵³ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ “วัตถุหรือประเด็นของข้อพิพาทหรือข้อโต้แย้งจะต้องเป็นเรื่องของปัญหาที่มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายเท่านั้น (Gegenstand des Streites muss damit eine Frage von rechtlicher Relevanz sein.)”⁵⁴

8.3 ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายนั้นจะต้องเป็น “ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายทางกฎหมายมหาชน (Rechtstreitigkeit öffentlich-rechtlicher Art)”

ตามบทบัญญัติมาตรา 40 VwGO การนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้นั้น ประเด็นแห่งคดีจะต้องเป็น “ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายทางกฎหมายมหาชน” ความหมายของ “ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายทางกฎหมายมหาชน” ได้แก่อะไรและมีความหมายของ “ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายทางกฎหมายมหาชน” ได้แก่อะไรและมีขอบเขตเพียงใด ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (VwGO) ไม่ได้บัญญัติบทนิยามให้ความหมายในเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะ ทั้งนี้ เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายประสงค์จะปล่อยให้เป็นหน้าที่ของ “องค์กรศาล” และนักวิชาการในการเสนอความเห็นทางวิชาการเพื่อให้คำอธิบายความชัดเจนในเรื่องนี้⁵⁵

⁵² โปรดดูคำแปลมาตรา 40 อนุมาตรา 1 ประโยคที่ 1 VwGO ได้ในหน้า 395.

⁵³ Pensri, WONGSAREE, “Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs in Deutschland und Thailand (การนำคดีไปฟ้องยังศาลปกครองในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและประเทศไทย)”, B.I.1, S. 11.

⁵⁴ Rennert, Klaus, in : Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, § 40, Rdnr. 8, S. 155.

⁵⁵ BT-Drucksache III / 55, S. 30; Oertzen, Han-Joachim von, in : Redeker / v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, § 40, Rdnr. 6, S. 110-111.

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์ทั่วไปที่นักวิชาการส่วนใหญ่จะนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าข้อพิพาทใดเป็น “ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายทางกฎหมายมหาชน” ก็โดยวิธีพิจารณาว่าการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวจะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายมหาชน (Wenn sie nach Maß gabe des öffentlichen Rechts zu beurteilen ist)⁵⁶ หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความหมายของ “ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายทางกฎหมายมหาชน” ครอบคลุมถึงกรณีข้อพิพาททั้งหลายซึ่งการพิจารณาถึงผลทางกฎหมายของกรณีข้อพิพาทต่าง ๆ เหล่านั้น จะต้องนำกฎหมายมหาชนมาใช้ (Der Begriff der öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten erfaßt alle Fälle, in denen um Rechtsfolgen gestritten wird, die sich aus der Anwendung öffentlichen Rechts ergeben.)⁵⁷ นอกจากนี้ เพื่อให้การพิจารณาให้ความหมายของคำว่า “ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายทางกฎหมายมหาชน” มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น แนวคำพิพากษาของศาลปกครอง⁵⁸ และนักกฎหมาย เช่น von Oertzen⁵⁹ เห็นว่า สมควรพิจารณาจาก “ลักษณะธรรมชาติของนิติสัมพันธ์ (Natur des Rechtsverhältnisses)” ที่ปรากฏตามสิทธิเรียกร้องซึ่งคู่กรณีนำมาใช้อ้างเพื่อฟ้องร้องต่อศาล แนวทางพิจารณาของศาลปกครอง และข้อเสนอของ von Oertzen ก็คือ การแยกลักษณะความแตกต่างระหว่างกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนนั่นเอง

คำพิพากษาของศาลและความเห็นทางวิชาการได้พยายามวางหลักเกณฑ์ในการแยกลักษณะความแตกต่างระหว่างกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน ทฤษฎีสำคัญที่นำมาใช้ในการแบ่งแยกลักษณะความแตกต่างระหว่างกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน มีอยู่ 3 ทฤษฎีด้วยกัน⁶⁰ ซึ่งพอสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้

⁵⁶ Kopp, Ferdinand, O., in : Kopp / Schenke, Verwaltungsgerichtsrordnung, § 40, Rdnr. 6, S. 158.

⁵⁷ Sommermann, Karl – Peter, Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit, III 1, S. 31.

⁵⁸ BVerwGE 27, 314/315; 38, 1/4; 87; 115/119; 89, 281/282; 96, 71/73.

⁵⁹ Oertzen, Han – Joachim von, in : Redeker/v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, § 40, Rdnr. 6, S. 111.

⁶⁰ โปรดดูรายละเอียดในเรื่องทฤษฎีการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ในบทความเรื่อง “หลักที่สำคัญของกระบวนการพิจารณาความในศาลปกครองเยอรมัน (Grundzüge des deutschen Verwaltungsgerichtsprozesses)” โดยเพ็ญศรี วงศ์เสรี, S. 7.

(a) “ทฤษฎีส่วนได้เสีย” หรือ “ทฤษฎีผลประโยชน์” (Interessentheorie)

ได้แก่ ทฤษฎีที่แยกความแตกต่างระหว่างกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนโดยพิจารณาจาก “ลักษณะของส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ (Art der Interessen)” บทบัญญัติหรือกฎหมายใดเป็นการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ของเอกชน บทบัญญัติหรือกฎหมายนั้น ได้แก่ กฎหมายเอกชน ในทางกลับกัน หากบทบัญญัติหรือกฎหมายใดเป็นการวางหลักเกณฑ์เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ บทบัญญัติหรือกฎหมายนั้นก็คือ กฎหมายมหาชน

“ทฤษฎีส่วนได้เสีย หรือทฤษฎีผลประโยชน์ (Interessentheorie)” นี้เป็นทฤษฎีเก่าแก่ที่สุดซึ่งมีมาตั้งแต่สมัยยุคกฎหมายโรมันดังปรากฏตามภาษาละติน (Satz des römischen Juristen Ulpian (170 – 228 n. Chr.)) ดังนี้ : “**publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.**”⁶¹

ทฤษฎีนี้มีข้อเสียตรงที่บทบัญญัติของกฎหมายส่วนใหญ่จะเป็นการคุ้มครองทั้งผลประโยชน์ของปัจเจกชนและประโยชน์สาธารณะด้วยในขณะเดียวกัน

(b) “ทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้การปกครอง” หรือ “ทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา” (Die Subordinationstheorie หรือ Über-, Unterordnungstheorie หรือ Subjektionstheorie) ได้แก่ ทฤษฎีที่แยกความแตกต่างระหว่างกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนโดยพิจารณาจากลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีหรือผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น กล่าวคือ กฎหมายมหาชนจะเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองหรือผู้ที่อยู่ในฐานะเหนือกว่ากับผู้อยู่ใต้การปกครองหรือผู้ที่อยู่ในฐานะต่ำกว่า ในขณะที่กฎหมายเอกชนจะเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ในฐานะเท่าเทียมกัน ตัวอย่างที่ชัดเจนในเรื่องนี้ เช่น การตรากฎหมายหรือการออกคำสั่งทางปกครองเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชนในขณะที่การตกลงทำสัญญาเป็นเรื่องของกฎหมายเอกชน

ทฤษฎีนี้มีข้อบกพร่องตรงที่ในบางกรณีเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองหรือผู้ที่อยู่ในฐานะเหนือกว่ากับผู้อยู่ใต้การปกครองหรือผู้ที่อยู่ในฐานะต่ำกว่าก็มีได้ ในกฎหมายเอกชน ยกตัวอย่างเช่น กรณีของความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง หรือกรณีของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจปกครองกับบุคคลผู้ไร้ความสามารถ เป็นต้น⁶² และใน

⁶¹ Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3, Rdnr. 15, S. 44 – 45.

⁶² Gersdorf, Hubertus, Verwaltungsprozessrecht, Rdnr. 4, S. 3.

บางกรณีเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันก็อาจมีได้ในกฎหมายมหาชนเช่นเดียวกัน เช่น กรณีของ “สัญญาทางปกครองประเภทที่คู่สัญญาอยู่ในฐานะเท่าเทียมกัน (koordinationsrechtlicher öffentlich – rechtlicher Vertrag)” ตามนัยมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Verwaltungsverfahrensgesetz เรียกโดยย่อว่า VwVfG) เป็นต้น⁶³

(c) “ทฤษฎีตัวการหรือประธาน” หรือ “ทฤษฎีว่าด้วยสิทธิพิเศษ”

(Die Sonderrechtstheorie bzw. Modifizierte Subjektstheorie, Die Zuordnungstheorie) ได้แก่ ทฤษฎีที่แยกความแตกต่างระหว่างกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนโดยการพิจารณาจาก “ตัวการหรือประธานของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” กล่าวคือ บทบัญญัติหรือกฎหมายใดที่กำหนดให้เฉพาะรัฐหรือผู้ใช้อำนาจปกครองเท่านั้น (ein Träger hoheitlicher Gewalt) เป็นผู้ที่มีสิทธิและหน้าที่หรือกำหนดให้ “ผู้ใช้อำนาจปกครอง (Hoheitsträger)” เท่านั้นเป็นผู้มีสิทธิพิเศษ บทบัญญัติหรือกฎหมายนั้นได้แก่ **กฎหมายมหาชน**⁶⁴ ยกตัวอย่างเช่น การที่ผู้ใช้อำนาจปกครองตกลงทำสัญญาซื้อขายกับเอกชนตามนัยมาตรา 433 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) ตัวการหรือประธานของบทบัญญัติมาตราดังกล่าวเป็นได้ทั้งรัฐหรือผู้ใช้อำนาจปกครองและเอกชน เอกชนก็สามารถมีสิทธิและหน้าที่ได้เช่นเดียวกันตามบทบัญญัติของมาตรา 433 BGB ดังนั้น มาตรา 433 BGB จึงเป็นเรื่องของกฎหมายเอกชน ในทางกลับกัน ในกรณีเรื่องการมีสิทธิในการออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายทั่วไปหรือกฎหมายเฉพาะซึ่งว่าด้วยการรักษาความสงบเรียบร้อย กรณีดังกล่าวเฉพาะรัฐหรือผู้ใช้อำนาจปกครองเท่านั้นที่มีสิทธิและหน้าที่ในเรื่องดังกล่าว (Sonderrecht des Hoheitsträgers) กรณีนี้จึงเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชน⁶⁵

ในทางปฏิบัติศาล (ทั้งศาลปกครองและศาลยุติธรรม) ไม่ได้ยึดติดกับทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งโดยเฉพาะ ศาลจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงในแต่ละคดี ๆ ไปตามความถูกต้องและเหมาะสม บางครั้งก็นำบางทฤษฎีมาใช้และบางกรณีก็นำทฤษฎีทั้งหลายมาผสมผสานในการปรับใช้กับคดีที่เกิดขึ้น⁶⁶

⁶³ Gersdorf, Hubertus, เพิ่งอ้าง.

⁶⁴ Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, § 11, Rdnr. 21.

⁶⁵ Gersdorf, Hubertus, Verwaltungsprozeßrecht, Rdnr. 4, S. 3.

⁶⁶ BVerwGE 89, 281/282; BGHZ 121, 126/128; Vgl. Rennert, Klaus, in : Eyermann /

8.4 ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายทางกฎหมายมหาชนนั้น จะต้องไม่ใช่ “ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Rechtsstreitigkeit nichtverfassungsgesetzlicher Art)”

โดยหลักแล้วข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายทางกฎหมายมหาชนเช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ดี มาตรา 40 VwGO ได้บัญญัติให้ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายตามกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้น คู่กรณีที่มีข้อพิพาทดังกล่าว**ไม่มีสิทธิ**นำคดีข้อพิพาทนั้นไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้ ทั้งนี้ เนื่องจากคดีข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายตามกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นตกอยู่ในขอบเขตอำนาจของ**ศาลรัฐธรรมนูญ** โดยทั่วไป “ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ” จะได้แก่ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายระหว่างองค์กรตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Verfassungsorgane) องค์กรตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐบาลของสหพันธ์ รัฐบาลของมลรัฐ ประธานรัฐสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น หรือได้แก่ ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายที่ต้องพิจารณาวินิจฉัยโดยการตีความหรือการนำบทบัญญัติหรือหลักเกณฑ์ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญมาใช้ในการตัดสินคดี⁶⁷

8.5 กรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติให้นำคดีพิพาททางปกครองหรือข้อพิพาททางกฎหมายมหาชนไปฟ้องยังศาลอื่นที่ไม่ใช่ศาลปกครอง (Die gesetzliche Zuweisung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten an andere Gerichte)

คดีพิพาททางปกครองหรือข้อพิพาททางกฎหมายมหาชนอาจจะไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองก็ได้ เมื่อมี**กฎหมายเฉพาะ** ซึ่งอาจจะเป็นกฎหมายของสหพันธ์หรือกฎหมายของมลรัฐที่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้คดีพิพาทหรือข้อพิพาทดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของ “ศาลอื่นที่ไม่ใช่ศาลปกครอง” เช่น ศาลยุติธรรม หรือ “ศาลปกครองพิเศษ” เช่น ศาลพาณิชย์ (Finanzgerichte) ศาลสังคม (Sozialgerichte) หรือศาลสิทธิบัตรของสหพันธ์ (Bundespatentgericht)⁶⁸

⁶⁷ BVerwGE 24, 272/279; 36, 218/228; 50, 124/130; 60, 162/172; 80, 355/357; Vgl. Rennert, Klaus, เพิ่งอ้าง, Rdnr. 20, S. 161.

⁶⁸ Pensri, WONGSAREE, “Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs in Deutschland und Thailand (การนำคดีไปฟ้องยังศาลปกครองในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและประเทศไทย)”, B. III. 2, S. 16-17; Vgl. Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, § 11, Rdnr. 72.

ตัวอย่างในเรื่องนี้ เช่น กรณีการฟ้องคดีเกี่ยวกับเรื่องการเรียกค่าเสียหายในความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา ๓๔ แห่งกฎหมายพื้นฐาน (GG) ประกอบกับมาตรา ๘๓๔ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) ได้บัญญัติไว้ชัดเจนให้นำคดีข้อพิพาทดังกล่าวไปฟ้องยังศาลยุติธรรม หรือกรณีการฟ้องเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายจากการถูกเวนคืนทรัพย์สิน มาตรา 14 อนุมาตรา 3 ประโยคที่ 4 แห่งกฎหมายพื้นฐาน (GG) บัญญัติให้ฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทในเรื่องนี้ต่อศาลยุติธรรม ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเฉพาะในประเด็นเรื่องของ “จำนวนเงินค่าทดแทน” เท่านั้น ประเด็นข้อพิพาทที่ว่า การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ยังคงอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง⁶⁹

นอกจากนี้ มาตรา 40 อนุมาตรา 2 ประโยคที่ 1⁷⁰ VwGO เองก็ได้บัญญัติให้ข้อพิพาททางกฎหมายมหาชนบางลักษณะจะต้องนำไปฟ้องต่อศาลยุติธรรม เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินที่เกิดขึ้นจากกรณีที่ทรัพย์สินต้องถูกนำไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือจากกรณีที่เกี่ยวกับเรื่องการดูแลรักษาทรัพย์สินโดยรัฐตามกฎหมายมหาชน⁷¹ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายมหาชน แต่ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องทั้งหลายเหล่านี้จะต้องไม่ใช่กรณีเกี่ยวกับเรื่องของสัญญาทางปกครอง เนื่องจากข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นมาจากสัญญาทางปกครองไม่ว่าจะเป็นสิทธิเรียกร้องจากการผิดสัญญาที่ดีหรือการไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้ถูกต้องตามสัญญาก็ดี สิทธิเรียกร้องต่าง ๆ เหล่านี้จะต้องนำไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองเท่านั้น

8.6 การระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการมีผลทำให้สิทธิในการนำคดีข้อพิพาททางปกครองไปฟ้องยังศาลปกครองระงับไปหรือไม่ (Ausschluß des Verwaltungsrechtsweges durch Schiedsgericht)

⁶⁹ Pensri, WONGSAREE, เฟื่องอ้าง, B. III. 2. (C), S. 18; Vgl.BVerwGE 77, 295; BGHZ 95, 28; Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, § 11, Rdnr. 77.

⁷⁰ โปรดดูคำแปลมาตรา 40 อนุมาตรา 2 ประโยคที่ 1 VwGO ได้ในหน้า 395.

⁷¹ ตัวอย่างของกรณีที่เกี่ยวกับเรื่องการดูแลรักษาทรัพย์สินโดยรัฐตามกฎหมายมหาชน เช่น การที่เจ้าหน้าที่ (ตำรวจ) ดูแลรักษาทรัพย์สินที่ยึดมาได้จากการกระทำความผิดตามกฎหมายตำรวจรายละเอียดปรากฏในบทความเรื่อง “หลักที่สำคัญของกระบวนการวิธีพิจารณาความในศาลปกครองเยอรมัน (Grundzüge des deutschen Verwaltungsgerichtsprozesses)” โดยเพ็ญศรี วงศ์เสรี, S. 13.

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า อนุญาตตุลาการสามารถจัดตั้งขึ้นได้โดย “กฎหมาย” หรือที่เรียกว่า “อนุญาตตุลาการโดยกฎหมาย” และโดยอาศัยความตกลงของ คู่กรณีที่มีข้อพิพาททางกฎหมายหรือที่เรียกว่า “อนุญาตตุลาการโดยแท้”⁷² ในขอบเขตของ กฎหมายมหาชน คู่กรณีที่มีข้อพิพาททางกฎหมายมหาชนซึ่งโดยทั่วไปจะได้แก่ รัฐ หรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายหนึ่งและเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งจะสามารถตกลงระงับข้อพิพาทโดยวิธีการ ทางอนุญาตตุลาการได้เพียงใดนั้น ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงรายละเอียดในหัวข้อต่อไป ในหัวข้อ 8.6 นี้จะพิจารณาเพียงแต่ว่าการระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาตตุลาการจะมี ผลเป็นการทำให้สิทธิในการนำคดีข้อพิพาทดังกล่าวไปฟ้องยังศาลปกครองตามหลักเกณฑ์ ทั่วไปของมาตรา 40 VwGO ระงับไปหรือไม่

การระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาตตุลาการซึ่งเกิดขึ้นมาจากการ ที่มี “บทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ” บัญญัติไว้เท่านั้นที่มีผลทำให้สิทธิในการนำคดีข้อพิพาท ดังกล่าวไปฟ้องยังศาลปกครองเป็นอันระงับ ทั้งนี้ เมื่ออนุญาตตุลาการดังกล่าวนั้นมีคุณลักษณะ ของตุลาการและขอบเขตหน้าที่ความรับผิดชอบเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ (Wenn das Schiedsgericht die Eigenschaft eines Gerichts hat und die Zuweisung des Zuständigkeitsbereiches durch Gesetz erfolgte.)⁷³ อนุญาตตุลาการในลักษณะดังกล่าว มีลักษณะเสมือน “ศาลปกครองพิเศษ” (besondere Verwaltungsgerichte) และการจัดตั้ง อนุญาตตุลาการในลักษณะเช่นนี้ไม่เป็นการขัดแย้งกับหลักการตามมาตรา 40 VwGO แต่ประการใด⁷⁴

สำหรับการระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอาศัยความตกลงของคู่กรณี ที่มีข้อพิพาททางกฎหมายหรือที่เรียกว่า “อนุญาตตุลาการโดยแท้” นั้น **ไม่มีผลทำให้สิทธิ** ในการนำคดีข้อพิพาททางปกครองดังกล่าวไปฟ้องยังศาลปกครองระงับไปแต่อย่างใด เนื่องจากอนุญาตตุลาการที่เกิดขึ้นมาจากการตกลงของคู่กรณีดังกล่าวไม่มีคุณลักษณะของ “ศาลหรือตุลาการ” และไม่ได้อาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามนัยแห่งมาตรา 40 อนุมาตรา 1

⁷² โปรดดูรายละเอียดในเรื่องนี้ได้ในหัวข้อ 3. ประเภทของอนุญาตตุลาการ, หน้า 380.

⁷³ Oertzen, Hans-Joachim von, in : Redeker/v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, § 40, Rdnr. 78, S. 152.

⁷⁴ Vgl. Stelkens, in : Schoch/Schmidt-Aßmann / Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, § 1, Rdnr. 22, S. 18; Ehlers, in : Schoch / Schmidt-Aßmann / Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, § 40, Rdnr. 726, S. 246; Kopp, in : Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, § 40, Rdnr. 56, S. 241.

ประโยคที่ 1 VwGO ข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเป็นเพียง “ข้อต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาความ (Prozeßhindernis)” เท่านั้น⁷⁵ กล่าวคือ เป็นเพียงข้อต่อสู้ที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถยกขึ้นมาคัดค้านหรือต่อสู้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้ปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้สัญญากันไว้ภายใต้หลักทั่วไปของการนำคดีพิพาททางปกครองไปฟ้องร้องต่อศาลปกครอง (innerhalb des Verwaltungsrechtswegs) เท่านั้น มิใช่เป็นข้อตกลงที่จะมีผลเป็นการตัดอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง (sie hat keine den Rechtsweg ausschließende Wirkung)⁷⁶

9. ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ (Schiedsgerichtsvereinbarung)

9.1 ข้อพิจารณาโดยทั่วไป (Allgemeine Zulässigkeitskriterien)

ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับการตกลงของคู่กรณีที่มีข้อพิพาททางปกครองว่าจะสามารถตกลงระงับข้อพิพาทดังกล่าวโดยใช้วิธีการทางอนุญาโตตุลาการแทนที่จะนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้หรือไม่นั้น อาจแยกพิจารณาได้ ๒ กรณี คือ **กรณีที่หนึ่ง** ข้อพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 40 อนุมาตรา 1 VwGO และ**กรณีที่สอง** ข้อพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 168 และมาตรา 187 VwGO

a) ข้อพิพาทตามบทบัญญัติมาตรา 40 อนุมาตรา 1 VwGO

เดิมนักวิชาการทางกฎหมายมหาชนของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันหลายท่าน เช่น **Klein, Wernicke, Ule, Lorenz** และ **Bullinger** เป็นต้น ได้แสดงความเห็นปฏิเสธเรื่องข้อตกลงด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางกฎหมายมหาชนหรือคดีปกครอง

Klein⁷⁷ และ **Wernicke**⁷⁸ เห็นว่า ในกรณีข้อพิพาททางกฎหมายมหาชน คู่กรณีจะตกลงระงับข้อพิพาทโดยใช้วิธีการทางอนุญาโตตุลาการไม่ได้ เนื่องจากการ

⁷⁵ Ehlers, in : Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, § 40, Rdnr. 725, S. 246.

⁷⁶ Lorenz, Dieter, Verwaltungsprozeßrecht, § 11, Rdnr. 91, S. 191.

⁷⁷ Klein, VVDStRL 8, S. 67 ff. (93) ; Mangoldt-Klein, Grundgesetz Kommentar, S. 574; อ้างไว้ใน Loos, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 35 (FN.2).

⁷⁸ Wernicke, Bonner Kommentar II 4f) zu Art. 19 GG; อ้างไว้ใน Loos, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 35 (FN. 3).

ระับข้อพิพาทโดยวิธีการดังกล่าวโดยหลักแล้วไม่ใช่วิธีการของการนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาล (daß die schiedsgerichtliche Erledigung grundsätzlich keinen Rechtsweg darstelle.)

Ule⁷⁹ เห็นว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเกิดขึ้นมาจากการที่สิทธิของเอกชนได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจทางปกครองตามนัยมาตรา 19 อนุมาตรา 4 ประโยคที่ 1 และประโยคที่ 2⁸⁰ แห่งกฎหมายพื้นฐาน (GG) นั้น **ไม่อาจมีได้** เนื่องจากการระับข้อพิพาทดังกล่าวด้วยวิธีการทางอนุญาโตตุลาการนั้นไม่ใช่หนทางของการนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลตามนัยแห่งบทบัญญัติมาตรา 19 อนุมาตรา 4 ประโยคที่ 1 และประโยคที่ 2 GG (weil der Weg zu einem Schiedsgericht kein Rechtsweg im Sinne der Bestimmung sei.)

Lorenz⁸¹ และ **Bullinger**⁸² ก็ได้แสดงความเห็นไม่เห็นด้วยกับการให้มีข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชน โดยให้เหตุผลทำนองเดียวกัน Klein, Wernicke และ Ule

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันคำอธิบายทางตำราเกี่ยวกับมาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO)⁸³ ได้ยอมรับเรื่องข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางกฎหมายปกครองว่า ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องเกี่ยวกับ "ข้อต่อสู้ในกระบวนการวิธีพิจารณาความ (Prozeßhindernis)" ที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถนำมาใช้เป็นข้อต่อสู้หรือข้อคัดค้านคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง มิใช่เป็นเรื่อง "การกำหนดสิทธินำคดีไปฟ้องต่อศาล (Rechtswegzuweisung)" อนุญาโตตุลาการมิได้ทำหน้าที่ "องค์กรศาลหรือตุลาการ" ตามความหมายแห่งมาตรา 92 GG กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงกระบวนการทางเลือกหนึ่งของคู่กรณีที่มีข้อพิพาททางปกครองก่อนที่จะนำคดีไปฟ้อง

⁷⁹ Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 5 III ; อ้างไว้ใน Loos, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 35 (FN.5).

⁸⁰ โปรดดูคำแปลมาตรา 19 อนุมาตรา 4 ประโยคที่ 1 และประโยคที่ 2 GG ได้ในหน้า 388.

⁸¹ Lorenz, Der Rechtsweg des Bürgers und die Rechtsweggarantie, S. 194 ; อ้างไว้ใน Loos, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 35 (FN. 6).

⁸² Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 90; อ้างไว้ใน Loos, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 35 (FN. 6).

⁸³ Redeker/von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, § 40, Rdnr. 79; Eyermann/Froehler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 40, Rdnr. 110; Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, § 40, Rdnr. 46 ; อ้างไว้ใน Loos, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 36 (FN. 1).

ร้องต่อศาลปกครอง ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการจึงมิใช่กระบวนการที่จะสามารถนำมาใช้เพื่อตัดอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ดังนั้น ข้อพิจารณาเรื่อง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในขอบเขตของกฎหมายปกครอง” เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 40 VwGO จึงต้องพิจารณาดูตรวจสอบก่อนว่าการที่คู่กรณีที่มีข้อพิพาทได้กำหนดทางเลือกในการยุติข้อพิพาทโดยการตกลงให้มีอนุญาโตตุลาการไว้ในกระบวนการทางกฎหมายในการนำคดีที่มีข้อพิพาททางปกครองไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองนั้น ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้กำหนดไว้เป็นการตัดอำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือไม่ ข้อพิจารณาเบื้องต้นตามมาตรา 40 VwGO นี้ จึงเป็น “องค์ประกอบทางรูปแบบในการพิจารณาว่าคู่กรณีจะตกลงระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ (Formelle Zulässigkeitsvoraussetzung)”⁸⁴

b) ข้อพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 168 และมาตรา 187 VwGO

ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจน บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองที่กล่าวอ้างถึงเรื่องอนุญาโตตุลาการจะมีก็เพียงแต่มาตรา 168 อนุมาตรา 1 เลขที่ 5 VwGO และมาตรา 187 อนุมาตรา 1 VwGO เท่านั้น

มาตรา 168 อนุมาตรา 1 เลขที่ 5 VwGO บัญญัติไว้ดังนี้

“การบังคับคดีให้กระทำได้ เมื่อมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ ตรีบทเท่าที่คำวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องการบังคับคดีนั้นมีผลบังคับได้ตามกฎหมายหรือมีผลบังคับได้ก่อนมีคำวินิจฉัยชี้ขาด (ในการดำเนินการบังคับชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยชี้ขาด (Vorläufig))”⁸⁵

มาตรา 187 อนุมาตรา 1 VwGO บัญญัติไว้ดังนี้

“มลรัฐสามารถมอบหมายหรือโอนอำนาจหน้าที่ของ “ศาลพิจารณาเรื่องวินัย” และของอนุญาโตตุลาการที่วินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับข้อโต้แย้งเรื่องทรัพย์สินของสหพันธ์ตามกฎหมายมหาชนให้แก่ศาลปกครองดำเนินการแทนได้ โดยมลรัฐสามารถจัดสรร

⁸⁴ Loos, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 41.

⁸⁵ “§ 168 Abs. 1 Nr. 5 VwGO : Vollstreckt wird...aus den für vollstreckbar erklärten Schiedssprüchen öffentlich-rechtlicher Schiedsgerichte, sofern die Entscheidung über die Vollstreckbarkeit rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt ist.”

ผู้พิพากษาโดยอาชีพตลอดจนกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าดำรงตำแหน่งและกระบวนการพิจารณาในเรื่องดังกล่าวได้”⁸⁶

บทบัญญัติมาตรา 187 อนุมาตรา 1 VwGO ไม่ได้ให้อำนาจคู่กรณีที่มีข้อพิพาทในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หากแต่ให้รัฐโดยมลรัฐเท่านั้นที่สามารถมอบหมายหรือโอนอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการให้ศาลปกครองดำเนินการแทนได้ ดังนั้น กรณีนี้จึงเป็นเรื่องของการแต่งตั้ง “ผู้พิพากษา (Richter)” ตามนัยแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญ (มาตรา 92 และมาตรา 101 อนุมาตรา 1 GG) สำหรับกรณีข้อพิพาทตามที่กฎหมาย (มาตรา 187 อนุมาตรา 1 VwGO) บัญญัติไว้ ตัวอย่างของมลรัฐที่ดำเนินการตามมาตรานี้ ได้แก่ มลรัฐ Bayern⁸⁷

แม้ว่ามาตรา 168 อนุมาตรา 1 เลขที่ 5 VwGO จะไม่ได้บัญญัติเรื่องข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจน ซึ่งแตกต่างไปจากกรณีมาตรา 187 อนุมาตรา 1 VwGO ที่ได้บัญญัติถึงการเกิดขึ้นได้ของ “อนุญาโตตุลาการโดยกฎหมาย (unechtes Schiedsgericht)” ในกระบวนการพิจารณาทางกฎหมายปกครอง การไม่มีบทบัญญัติหรือหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับ “อนุญาโตตุลาการโดยแท้ (echtes Schiedsgericht)” ไม่ได้หมายความว่า คู่กรณีที่มีข้อพิพาทจะตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ได้เลย และโดยที่ถ้อยคำของบทบัญญัติทั้ง 2 มาตรานี้ไม่ได้แสดงให้เห็นปรากฏโดยตรงว่าอนุญาโตตุลาการโดยแท้ซึ่งเกิดขึ้นมาจากข้อตกลงของคู่กรณีจะสามารถมีได้ในกฎหมายปกครอง การพิจารณาในเรื่องนี้จึงต้องพิจารณาจาก “ทฤษฎีหรือหลักทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาความในกฎหมายมหาชน (das im öffentlichen Recht herrschende Verfahrensprinzip)” ซึ่งได้บัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองทั้งของสหพันธ์และมลรัฐ และในประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ทั้งนี้ เนื่องจากทราบเท่าที่ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการมีความสอดคล้องกับ “เนื้อหาสาระ (Wesen)” ของข้อพิพาททางกฎหมายปกครองเท่านั้น คู่กรณีที่มีข้อพิพาททางปกครองนั้นจึงจะมีสิทธิตกลงให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้น โดยการสละ

⁸⁶ “§ 187 (1) Die Länder können den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit Aufgaben der Disziplinarggerichtsbarkeit und der Schiedsgerichtsbarkeit bei Vermögensauseinandersetzungen öffentlich-rechtlicher Verbände übertragen, diesen Gerichten Berufungsgerichte angliedern sowie dabei die Besetzung und das Verfahren regeln.”

⁸⁷ Loos, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 42.

“หลักการรับประกันความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชนโดยรัฐ (Staatlicher Rechtsschutz)” ไปให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทนั้นแทนได้⁸⁸

9.2 ข้อพิจารณาในทางเนื้อหา (Materielle Zulässigkeitsvoraussetzungen)

a) บทบัญญัติมาตรา 106 VwGO

ข้อพิจารณาในทางเนื้อหาเกี่ยวกับข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาก่อนว่า คู่กรณีที่มีข้อพิพาทนั้นจะต้องสามารถปฏิบัติการหรือจัดการในเรื่อง “วัตถุหรือสารัตถะแห่งข้อพิพาท (Streitgegenstand)” นั้นได้ เนื่องจากคู่กรณีจะมีอิสระในการเจรจาตกลงกันในกระบวนการวิธีพิจารณาได้ก็เฉพาะเมื่อคู่กรณีนั้นสามารถปฏิบัติการหรือจัดการในเรื่องของวัตถุหรือสารัตถะแห่งข้อพิพาทได้ การกำหนดเรื่องความสามารถของคู่กรณีในการปฏิบัติการหรือจัดการในเรื่องของวัตถุหรือสารัตถะแห่งข้อพิพาทนั้น ปรากฏอยู่ในมาตรา 106 VwGO ซึ่งเป็นเรื่องการประนีประนอมหรือระงับข้อพิพาทโดยศาล (Schließung eines gerichtlichen Vergleiches)

มาตรา 106 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองบัญญัติเรื่องการประนีประนอมโดยศาลไว้ว่า “ในการระงับข้อโต้แย้งทางกฎหมายทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน คู่กรณีสามารถตกลงประนีประนอมกันได้โดยวิธีการบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรโดยศาลหรือโดยผู้พิพากษาที่ได้รับมอบหมายหรือโดยการแต่งตั้ง ทั้งนี้ ครอบคลุมที่คู่กรณีที่มีข้อพิพาทดังกล่าวสามารถปฏิบัติการใน “เรื่องหรือวัตถุแห่งการประนีประนอม (Gegenstand des Vergleichs)” นั้นได้

การประนีประนอมโดยศาลสามารถกระทำได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ โดยการที่คู่กรณีตกลงยอมรับต่อหน้าศาลซึ่งข้อเสนอแนะในรูปแบบของมติที่จัดทำโดยศาลโดยหัวหน้าองค์กรหรือโดยตุลาการเจ้าของสำนวน⁸⁹

เรื่องการประนีประนอมมีลักษณะแตกต่างไปจากลักษณะของการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาฝ่ายเดียวตามที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายว่าด้วย

⁸⁸ Loos, เฟิงอ้าง, S. 43-45.

⁸⁹ § 106 Um den Rechtsstreit vollständig oder zum Teil zu erledigen, können die Beteiligten zur Niederschrift des Gerichts oder des beauftragten oder ersuchten Richters einen Vergleich schließen, soweit sie über den Gegenstand des Vergleichs verfügen können. Ein gerichtlicher Vergleich kann auch dadurch geschlossen werden, daß die Beteiligten einen in der Form eines Beschlusses ergangenen Vorschlag des Gerichts, des Vorsitzenden oder des Berichterstatters schriftlich gegenüber dem Gericht annehmen.

วิธีพิจารณาคดีปกครอง เช่น กรณีเรื่องการถอนฟ้อง กล่าวคือ การประนีประนอมจะมีความสมบูรณ์ได้ต่อเมื่อคู่กรณีแต่ละฝ่ายจะต้องมี “ความสามารถในการปฏิบัติการหรือจัดการในเรื่องข้อพิพาท” นั้นได้ และคู่กรณีแต่ละฝ่ายต่างก็ตกลงเห็นชอบด้วยกับสัญญาดังกล่าว⁹⁰

ลักษณะธรรมชาติทางกฎหมายของกระบวนการประนีประนอม (Rechtsnatur des Prozeßvergleichs) จะมีหน้าที่ซ้ำซ้อนกันอยู่ 2 ประการด้วยกัน คือ ด้านหนึ่งเป็นเรื่องของ “กระบวนการทางวิธีพิจารณา (Prozeßhandlung)” แต่อีกด้านหนึ่งจะเป็นเรื่องของ “สัญญาทางปกครอง (öffentlich – rechtlicher Vertrag)” ดังนั้น การพิจารณาถึงความถูกต้องสมบูรณ์ของกระบวนการประนีประนอมจึงต้องพิจารณาทั้งในเรื่อง “หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณา (Grundsätze des Prozeßrechts) และในส่วนบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งเป็นเนื้อหาในการเกิดขึ้นของสัญญา (Vertragsschluß) ซึ่งก็คือบทบัญญัติแห่งกฎหมายปกครองนั่นเอง เนื่องจากการประนีประนอมในศาลตามมาตรา 106 VwGO เป็นการรับข้อพิพาทตามกฎหมายปกครอง⁹¹

การพิจารณาเรื่องกระบวนการประนีประนอมในแง่ของ “กระบวนการทางวิธีพิจารณา” จะต้องพิจารณาในเรื่องต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ เช่น เรื่องของความสามารถในการเข้ามาเป็นคู่กรณีหรือความมีส่วนได้เสียในคดี (Beteiligungsfähigkeit) เรื่องความสามารถในการดำเนินคดี (Prozeßfähigkeit) ตลอดจนเรื่องความสมบูรณ์ของการเป็นตัวแทนของคู่กรณี ส่วนการพิจารณาในแง่ของ “องค์ประกอบความถูกต้องสมบูรณ์ทางบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Materiell-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung)” หรือการพิจารณาในเรื่องของ “สัญญาทางปกครอง” นั้น ก็จะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติมาตรา 54 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz เรียกโดยย่อว่า VwVfG)⁹²

ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองก็มีลักษณะทำนองเดียวกับเรื่องการประนีประนอมในศาลตามนัยมาตรา 106 VwGO กล่าวคือ มีลักษณะธรรมชาติทางกฎหมายซ้ำซ้อนกันอยู่ (Doppelnatur) 2 ประการ เช่นเดียวกัน คือ ในแง่ของ

⁹⁰ Eyermann/Froehler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 106, Rdnr. 1, 2; Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, § 106, Rdnr. 5; Redeker/von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, § 106, Rdnr. 1; อ้างไว้ใน Loos, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 47 (FN. 1).

⁹¹ Loos, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 47-48.

⁹² Loos, เพิ่งอ้าง, S. 48.

“กระบวนการทางวิธีพิจารณา (Verfahrenshandlung)” ได้แก่ การที่คู่กรณีตกลงให้การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทกระทำโดยอนุญาโตตุลาการและมีผลทำให้คู่กรณีไม่ต้องนำข้อพิพาทนั้นไปฟ้องต่อศาลปกครอง และในแง่ของ “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งเป็นส่วนของข้อตกลงทางเนื้อหา กล่าวคือ ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการจะถือได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครองครบเท่าที่ข้อตกลงนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์ในขอบข่ายของกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครอง (sofern eine Regelung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts getroffen wird.)⁹³

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การพิจารณาถึง “**ความมีอำนาจในการเจรจาตกลงของคู่กรณี (Dispositionsbefugnis)**” ทำนองเดียวกับเรื่องการประนีประนอมในศาลโดยศาลปกครอง ซึ่งก็จะต้องตรวจสอบเรื่อง “**องค์ประกอบหรือเงื่อนไขของความเป็นไปได้ในการดำเนินการดังกล่าว (Zulässigkeitsvoraussetzungen)**” ฉะนั้น ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการจะมีผลถูกต้องสมบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อคู่กรณีนั้นสามารถตกลงทำสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งก็หมายความว่าในเบื้องต้นคู่กรณีที่มีข้อพิพาททางปกครองนั้นจะต้องมีความสามารถในการปฏิบัติตามเรื่องหรือวัตถุแห่งข้อพิพาทนั้นได้นั่นเอง (d.h. bezüglich des Streitgegenstandes sind die Parteien verfügungsbefugt.)⁹⁴

ในขอบเขตของกฎหมายปกครอง หลักเกณฑ์และบทบัญญัติต่าง ๆ เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 54 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) เป็นต้นไป

b) บทบัญญัติมาตรา 54 มาตรา 55 และมาตรา 56 VwVfG

กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ลงวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1976⁹⁵ ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องความหมาย ประเภท การเกิดขึ้นและความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง ตลอดจนรายละเอียดอื่น ๆ เกี่ยวกับ

⁹³ Loos, เพิ่งอ้าง, S. 48-49

⁹⁴ Loos, เพิ่งอ้าง, S. 49.

⁹⁵ รายละเอียดเกี่ยวกับแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน โปรดดู ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ และ ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี, “ความเป็นเบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง”, สำนักพิมพ์วิญญูชน, พ.ศ. 2541, หน้า 104-134 และ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน, ในหนังสือ “สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ” โดย ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์, สำนักพิมพ์นิติธรรม, พ.ศ. 2543, หน้า 15-30.

สัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 VwVfG มาตรา 54 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) ได้วางหลักเป็นการทั่วไปให้มีสัญญาทางปกครองได้ **ตราบเท่าที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดห้ามไว้ในแห่งหนึ่งเท่ากับว่ามาตรา 54 VwVfG กำหนดหลักเกณฑ์ในการเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองได้เป็นการทั่วไป แต่ในอีกแห่งหนึ่งสำหรับสัญญาบางประเภทที่มีความสำคัญก็อาจจะถูกจำกัดโดยหลักเกณฑ์พิเศษหรือโดยเหตุผลพิเศษแห่งความเป็นโมฆะของสัญญาเป็นการเฉพาะก็ได้**⁹⁶

มาตรา 54 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) บัญญัติไว้ว่า “การก่อ เปลี่ยนแปลงหรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนสามารถกระทำได้ในรูปแบบของสัญญา (สัญญาทางปกครอง) ตราบเท่าที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เจ้าหน้าที่ของรัฐแทนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถจะทำสัญญาทางปกครองกับบุคคลซึ่งจะเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นได้”⁹⁷

จากหลักเกณฑ์ในมาตรา 54 VwVfG อาจกล่าวได้ว่า “สัญญาทางปกครอง” ได้แก่ สัญญาที่เป็นการกำหนดหรือเปลี่ยนแปลงซึ่งสิทธิหรือหน้าที่ทางกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องของสิทธิและหน้าที่ตามความสัมพันธ์ระหว่างผู้อยู่ในฐานะเหนือกว่าและผู้อยู่ในฐานะต่ำกว่าซึ่งถูกกำหนดหรือเปลี่ยนแปลงไปโดยข้อกำหนดของสัญญา⁹⁸

ในการพิจารณาเรื่องสัญญาทางปกครองนั้นจะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์หรือข้อกำหนดตามสัญญานั้นทั้งหมด (die Gesamtheit der Regelungen) ไม่ใช่

⁹⁶ หลักเกณฑ์เรื่อง “ความเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครอง” บัญญัติไว้ในมาตรา 59 VwVfG โปรดดูรายละเอียดในเรื่องนี้ได้ในหนังสือ “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง” ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ และ ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี, สำนักพิมพ์วิญญูชน, พ.ศ. 2541 หน้า 125-130.

⁹⁷ § 54 Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages. : Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde.

⁹⁸ Kopp, VwVfG, § 54, Rdnr. 2; Lüneburg, DöV 1968, S. 803 (804); Kassel, NJW 1972, S.2062; Wolff, Verwaltungsrecht I. § 44 II q; Menger, VerwArch Bd. 64 (1973), S.203 (205); อ้างไว้ใน Loos, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 55 (FN.1).

พิจารณาเพียงข้อสัญญาใดข้อสัญญาหนึ่ง⁹⁹ เมื่อพิจารณาจากโครงสร้างของสัญญาทางปกครอง อาจแยกสัญญาทางปกครองออกได้ 2 ประเภทด้วยกัน คือ (1) **สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน (koordinationsrechtlicher Vertrag)** ซึ่งสัญญาส่วนใหญ่จะได้แก่ สัญญาระหว่างองค์กรทางปกครองด้วยกันเอง เช่น สัญญาระหว่างราชการส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาแม่น้ำที่ไหลผ่านเขตแดนของท้องถิ่นทั้งสอง หรือสัญญาระหว่างราชการส่วนท้องถิ่นกับมลรัฐเกี่ยวกับเรื่องภาระหน้าที่ในการจำกัดขยะ เป็นต้น และ (2) **สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน (subordinationsrechtlicher Vertrag)** ซึ่งได้แก่ สัญญาทางปกครองระหว่างรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น สัญญาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตกลงกับเอกชนว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะไม่เข้าไปดำเนินการใด ๆ กับอาคารสิ่งปลูกสร้างของเอกชนที่ได้ก่อสร้างโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายภายในระยะเวลาที่ตกลงกันไว้ หากเอกชนเจ้าของอาคารดังกล่าวทำการรื้อถอนภายในระยะเวลาที่กำหนด เป็นต้น¹⁰⁰

ความเห็นส่วนใหญ่ทั้งในทางตำราและในคำพิพากษาของศาล¹⁰¹ เห็นว่า หลักเกณฑ์หรือข้อกำหนดทางกฎหมายของสัญญาทางปกครองจะต้องเป็นไปตามหลัก “ทฤษฎีกฎหมายต้องมาก่อน (Prinzip des Gesetzesvorrangs)”¹⁰² เท่านั้น ทั้งนี้ ทั้งในเรื่องของรูปแบบและในเรื่องของเนื้อหาของสัญญา กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถตกลง

⁹⁹ BVerwGE 22, 140; 42, 332f.; อ้างไว้ใน Loos, เพิ่งอ้าง, S. 55 (FN.3). อย่างไรก็ตาม Erichsen ไม่เห็นด้วยกับความเห็นนี้ โดย Erichsen เห็นว่า สมควรพิจารณาข้อสัญญาใดข้อสัญญาหนึ่ง ดู Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 207.

¹⁰⁰ ชาญชัย แสงศักดิ์ และ มานิตย์ วงศ์เสรี, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง”, สำนักพิมพ์วิญญูชน, พ.ศ. 2541, หน้า 112-114.

¹⁰¹ BVerwGE 42, 331, 335; Krebs, VVDStRL 1983, 265; Maurer, DVBI 1989, 805; Ule/Laubinger, § 70, Rdnr. 5; Vgl. Scherzberg, JuS 1992, 205, 211, 214, Loos, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 56; Bonk, in : Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 54, Rdnr. 96, S. 1595 – 1596; Henneke, in : Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, Vor § 54, Rdnr. 20, S. 1007; เปรียบเทียบ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, อ้างไว้ในหนังสือ “สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ” โดย ดร.ชาญชัย แสงศักดิ์, สำนักพิมพ์นิติธรรม, พ.ศ. 2543, หน้า 25 – 27.

¹⁰² “หลักทฤษฎีกฎหมายต้องมาก่อน (Prinzip des Gesetzesvorrangs)” ได้แก่ หลักที่ถือว่าหากเรื่องใดได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้แล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น

ทำสัญญาทางปกครองกับเอกชนได้เป็นการทั่วไป เว้นแต่ในเรื่องใดที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้แล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ไม่ใช่เป็นไปตามหลัก “ทฤษฎีข้อสงวนของกฎหมาย หรือหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ (Prinzip des Gesetzesvorbehalts)”¹⁰³ ดังนั้น ขอบเขตเนื้อหาของสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญาจะตกลงกันได้จึงมีขอบเขตค่อนข้างกว้าง กรณีจึงมีปัญหาว่าการมีอำนาจโดยทั่วไปของคู่สัญญาในการตกลงจัดทำสัญญาทางปกครองดังกล่าวนี้จะรวมไปถึง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ” ด้วยหรือไม่ การให้คำตอบในปัญหาดังกล่าวจะต้องพิจารณาตรวจสอบก่อนว่า ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยลำพังตัวเองแล้วจะสามารถนำมากำหนดเป็น “เนื้อหาหรือวัตถุแห่งสัญญาทางปกครอง (Regelungsgegenstand)” หรือเป็น “ส่วนประกอบหรือภาคผนวกของสัญญา (Vertraglicher Annex)” ของสัญญาทางปกครองตามหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติมาตรา 54 มาตรา 55 และมาตรา 56 VwVfG ได้หรือไม่¹⁰⁴

aa) ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการจะนำมากำหนดไว้เป็น “สัญญาแลกเปลี่ยนหรือสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง (Austauschvertrag)” ตามนัยมาตรา 56 VwVfG ได้หรือไม่ (Die Schiedsgerichtsvereinbarung als Austauschvertrag?)

“Austauschvertrag” อาจแปลตามถ้อยคำได้ว่า “สัญญาแลกเปลี่ยน” แต่มิได้มีความหมายในนัยเดียวกันกับเรื่องสัญญาแลกเปลี่ยนตามประมวลกฎหมายแพ่ง “Austauschvertrag” หรือ “สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง”¹⁰⁵ ตามนัย

¹⁰³ “หลักข้อสงวนของกฎหมายหรือหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ (Prinzip des Gesetzesvorbehalts)” ได้แก่ หลักที่ถือว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น

แม้ว่าความหมายของ “หลักทฤษฎีกฎหมายต้องมาก่อน” และ “หลักข้อสงวนของกฎหมายหรือหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” จะมีความหมายที่แตกต่างกันก็ตาม หลักกฎหมายทั้ง 2 หลักต่างก็เป็นส่วนหนึ่งของ “หลักกฎหมายว่าด้วยการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย (Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)” รายละเอียดในเรื่องนี้ดู กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “พื้นฐานความรู้ทั่วไป หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน”, สำนักพิมพ์นิติธรรม, พ.ศ. 2536, หน้า 99, Henneke, in : Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, Vor § 54, Rdnr. 20, S. 1007.

¹⁰⁴ Loos, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 57.

¹⁰⁵ ผู้เขียนเคยแปลคำว่า “Austauschvertrag” ตามมาตรา 56 VwVfG ไว้ว่า “สัญญาแลกเปลี่ยน” อย่างไรก็ดี ต่อมา ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้แปลถ้อยคำดังกล่าวว่า “สัญญาต่างตอบแทน

มาตรา 56 VwVfG ได้แก่ สัญญาที่คู่สัญญา (เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและเอกชน) ดกลงยอมรับหน้าที่ที่จะกระทำการตอบแทนซึ่งกันและกัน โดยการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) สอดคล้องหรือเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่แน่นอนหรือวัตถุประสงค์เฉพาะตามที่ตกลงกำหนดไว้ในสัญญา (für einen bestimmten Zweck)

(2) จะต้องเป็นไปเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบรรลุมารหน้าที่ทางปกครองหรือเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (zur Erfüllung Ihrer öffentlichen Aufgaben)

(3) มีความถูกต้องและเหมาะสม (angemessen) เมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งกรณีแล้ว และ

(4) จะต้องมีความสัมพันธ์ในทางเนื้อหากับการกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง¹⁰⁶ (im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen)

“สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง (Austauschvertrag)” ตามมาตรา 56 VwVfG เป็นสัญญาทางปกครองประเภทที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน (subordinationsrechtlicher Vertrag) ตามนัยมาตรา 54 ประโยคที่ 2 VwVfG เหตุผลสำคัญที่ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์เรื่อง “สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง” ตามมาตรา 56 VwVfG นี้ไว้ก็เพื่อป้องกันอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจาก “การขายอำนาจอรัฐ” (um der Gefahr eines Ausverkaufs von Hoheitsrechten) และในขณะเดียวกันก็เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เอกชนได้ทรัพย์สินหรือสิทธิประโยชน์ของรัฐไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งยังเป็นการคุ้มครองเอกชนไม่ให้ถูกเรียกร้องให้กระทำการตอบแทนโดยไม่เป็นธรรมหรือเป็นการเอาเปรียบเกินสมควร¹⁰⁷

ทางปกครอง” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การแปลดังกล่าวเป็นการให้ความหมายได้เหมาะสมดีกว่าคำว่า “สัญญาแลกเปลี่ยน”

¹⁰⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างไว้ในหนังสือ “สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ” โดย ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์, สำนักพิมพ์นิติธรรม, พ.ศ. 2543, หน้า 23-24; เปรียบเทียบ มานิตย์ วงศ์เสรี, อ้างไว้ในหนังสือ “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง”, โดย ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ และ ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี, สำนักพิมพ์วิญญูชน, พ.ศ. 2541, หน้า 115-116.

¹⁰⁷ BVerwGE 42, 339/340; BT-Drucksache 7/910, S.79-80.

เมื่อได้พิจารณาความหมาย ลักษณะ องค์ประกอบและเหตุผลของการกำหนดบทบัญญัติเรื่อง “สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง” ตามมาตรา 56 VwVG แล้วสรุปได้ว่า ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการไม่อาจนำมากำหนดหรือจัดให้อยู่ในรูปแบบของ “สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง” ตามนัยมาตรา 56 VwVG ได้ด้วยเหตุผลสำคัญ 2 ประการด้วยกัน คือ

เหตุผลประการที่หนึ่ง เนื่องจากเนื้อหาของสาระของ “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ” ไม่สอดคล้องกับลักษณะองค์ประกอบของ “สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง” กล่าวคือ ตาม “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” หรือ “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ” นั้น คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีความผูกพันต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามภาระหน้าที่ทางปกครอง เช่น การออกคำสั่งทางปกครองหรือการงดเว้นการดำเนินการบางอย่างตามมาตราการทางปกครอง เป็นต้น เป็นการตอบแทน และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ไม่มีหน้าที่ต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการตอบแทนด้วยเช่นเดียวกัน ข้อตกลงของคู่สัญญาที่ว่า “หากมีข้อพิพาททางกฎหมายเกิดขึ้นคู่สัญญาดกจะยังไม่นำไปฟ้องร้องยังศาลปกครอง หากแต่จะให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด” นั้น ข้อตกลงดังกล่าวไม่มีลักษณะของ “สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง” ตามนัยมาตรา 56 VwVG แต่อย่างใด¹⁰⁸

เหตุผลประการที่สอง เนื่องจาก “สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง” ตามมาตรา 56 VwVG เป็นสัญญาทางปกครองประเภทที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน (คือเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่งและเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง) แต่ “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” หรือ “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ” ซึ่งจะสามารถนำมาใช้กล่าวอ้างได้ว่าเกิดขึ้นมาจากข้อตกลงของคู่สัญญาได้นั้น คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการจะได้แก่คู่กรณีที่อยู่ฐานะเท่าเทียมกันเท่านั้น (als gleichgeordnete Rechtssubjekte gegenüber stehen)¹⁰⁹

bb) ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการจะสามารถนำมากำหนดไว้เป็น “ส่วนประกอบหรือภาคผนวกของสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง” ได้หรือไม่ (Die Schiedsgerichtsvereinbarung als annexe Regelung eines Austauschvertrages?)

Loos เห็นว่า ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการสามารถนำมากำหนดไว้เป็นข้อตกลงหนึ่งใน “สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง” ได้ แม้ว่าคู่สัญญา

¹⁰⁸ Loos, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 63.

¹⁰⁹ Loos, เพิ่งอ้าง, S. 61-62, 155-156.

ต่างตอบแทนทางปกครอง ซึ่งได้แก่ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีฐานะไม่เท่าเทียมกันก็ตาม แต่คู่สัญญาดังกล่าวอาจจะตกลงไว้ล่วงหน้าให้มีอนุญาโตตุลาการได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ข้อพิพาทตามสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในอนาคตตกอยู่ในกระบวนการพิจารณาโดยเฉพาะ (bestimmtes Verfahren) กล่าวคือ โดยการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในกรณีนี้เป็นเพียง “ส่วนประกอบหนึ่งหรือภาคผนวกของสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง (als annexe Regelung eines Austauschvertrages)” เท่านั้น มิได้เป็น “วัตถุหรือสาระสำคัญของสัญญา (Vertragsgegenstand)” แต่อย่างใด¹¹⁰

cc) ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการจะนำมากำหนดไว้เป็น “สัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง (Vergleichsvertrag)” ตามนัยมาตรา 55 VwVfG ได้หรือไม่ (Die Schiedsgerichtsvereinbarung als Vergleichsvertrag?)

“สัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง (Vergleichsvertrag)” ตามมาตรา 55 VwVfG ได้แก่ สัญญาระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชนตามนัยมาตรา 54 ประโยคที่ 2 VwVfG (สัญญาทางปกครองประเภทที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน) ที่ได้ตกลงกันเพื่อขจัดปัญหาในเรื่องข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่มีผลต่อการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องทางปกครอง เพราะข้อเท็จจริง (Sachverhalt) หรือข้อกฎหมาย (Rechtslage) นั้นมีความไม่แน่นอนหรือยังหาข้อยุติไม่ได้ และเป็นการยากที่จะพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้น หรือการพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นจะทำให้ต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก ตัวอย่างของสัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง (Vergleichsvertrag) เช่น สัญญาระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชนเกี่ยวกับเรื่องค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นมาจากการเวนคืนทรัพย์สิน เป็นต้น¹¹¹

“สัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง (Vergleichsvertrag)” นั้นมีองค์ประกอบที่สำคัญคือจะต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับ “ความไม่แน่นอนของข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย (die Ungewißheit der Sach – oder Rechtslage)” และมีการ

¹¹⁰ Loos, เพิ่งอ้าง, S. 63, 156

¹¹¹ มานิตย์ วงศ์เสรี, อ้างไว้ในหนังสือ “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง” โดย ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ และ ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี, สำนักพิมพ์วิญญูชน, พ.ศ. 2541, หน้า 115.

ตกลงยินยอมระหว่างคู่กรณีที่มีข้อพิพาทนั้น (das gegenseitige Nachgeben aller Beteiligten)¹¹² และการเกิดขึ้นของ “สัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง” มีผลเป็นการจัดไปซึ่งความไม่แน่นอนของข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย “สัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง” มีวัตถุประสงค์เป็นการหลีกเลี่ยงไม่ให้อำนาจมีกระบวนการฟ้องร้องกันในศาลปกครอง อีกทั้งยังเป็นการประหยัดเวลาการทำงานและค่าใช้จ่ายของฝ่ายปกครอง ตลอดจนทำให้เกิดความสัมพันธ์ที่ดีระหว่างคู่สัญญาอีกด้วย¹¹³

เมื่อได้พิจารณาถึงความหมาย ลักษณะ องค์ประกอบและเหตุผลของบทบัญญัติเรื่อง “สัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง (Vergleichsvertrag)” ดังกล่าวข้างต้นแล้ว สรุปได้ว่า ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่อาจนำมากำหนดหรือจัดให้อยู่ในรูปแบบของ “สัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง” ตามนัยมาตรา 55 VwVG ได้ เนื่องจากข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการไม่ได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือองค์ประกอบของเรื่องสัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองที่มุ่งประสงค์จะจัดหรือแก้ไขปัญหาในเรื่องของข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ไม่แน่นอน ตามข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีตกลงกันเพื่อกำหนดให้ข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตตกอยู่ใน การพิจารณาที่แน่นอนคือโดยให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดเท่านั้น ในขณะที่คู่กรณีตกลงกันในเรื่องอนุญาโตตุลาการนั้นไม่ได้มีปัญหาเกี่ยวกับ “เรื่องของข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ไม่แน่นอน (eine ungewisse Sach – oder Rechtslage)” เกิดขึ้นแต่อย่างใด นอกจากนี้ ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการก็ไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความตกลงยินยอมของคู่กรณีในเรื่องของข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ไม่แน่นอน (kein gegenseitiges Nachgeben bezüglich der ungewissen Sach – oder Rechtslage) หากแต่เป็นเรื่องของ “ข้อกำหนดเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณา (Verfahrensregelung)”¹¹⁴

¹¹² Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 55, Rdnr. 2; Stelkens/Bonk/-Leonhardt, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 55, Rdnr. 4.

¹¹³ Salzwedel, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, S. 129.

¹¹⁴ Loos, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 67, 156.

dd) ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการจะสามารถนำมากำหนดไว้เป็น “ส่วนประกอบหรือภาคผนวกของสัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง” ได้หรือไม่ (Die Schiedsgerichtsvereinbarung als annexe Regelung eines Vergleichsvertrages?)

ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการไม่อาจนำมากำหนดไว้เป็น “ส่วนประกอบหรือภาคผนวกของสัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง” ได้ เนื่องจากสัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองตามมาตรา 55 VwVfG นี้ เป็นการขจัดหรือแก้ไขปัญหากับเรื่องข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ไม่แน่นอน ความตกลงของคู่กรณีในเรื่องดังกล่าวเป็นการยุติหรือแก้ไขปัญหาคำถามที่ไม่ชัดเจน (Unklarheiten) หรือเป็นการระงับข้อพิพาททางปกครองอยู่แล้วในตัว กรณีจึงไม่จำเป็นต้องมีอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทอีกต่อไป

สัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองตามมาตรา 55 VwVfG อาจเรียกได้ว่าเป็นการประนีประนอมนอกศาล สัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองในศาลตามระบบกฎหมายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันก็อาจมีได้ตามนัยมาตรา 106 VwGO ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น¹¹⁵ ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการก็ไม่อาจนำมากำหนดเป็น “ส่วนประกอบหรือภาคผนวกของสัญญาประนีประนอมหรือสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองในศาลตามมาตรา 106 VwGO” ได้ เช่นเดียวกัน เนื่องจากในการประนีประนอมหรือการระงับข้อพิพาททางปกครองตามมาตรา 106 VwGO นั้น ข้อพิพาทหรือข้อโต้แย้งในปัญหาข้อกฎหมายได้ตกอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครองเรียบร้อยแล้ว¹¹⁶

ee) ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการจะนำมากำหนดไว้เป็นเนื้อหาของสัญญาทางปกครองตามนัยของมาตรา 54 VwVfG ได้หรือไม่ (Die Schiedsvereinbarung als Regelungsgegenstand des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Sinne des § 54 VwVfG?)

¹¹⁵ โปรดดูคำแปลมาตรา 106 VwGO และรายละเอียดในเรื่องนี้ได้ในส่วนข้อ 9.2 a), หน้า 409-411.

¹¹⁶ Loos, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 67, 156.

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ขอบเขตเนื้อหาของสัญญาทางปกครองตามนัยมาตรา 54 VwVfG มีขอบเขตก่อนข้างกว้าง¹¹⁷ มาตรา 54 ประโยคที่หนึ่ง VwVfG บัญญัติวางหลักการไว้ชัดเจนว่า “การก่อ เปลี่ยนแปลงหรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนสามารถกระทำได้ในรูปแบบของสัญญา **ตราบเท่าที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น**” ถ้อยคำ “... บัญญัติแห่งกฎหมาย ...” ดังกล่าวหมายความว่าถึงตัวบทกฎหมายตามพระราชบัญญัติ (ซึ่งหมายความรวมถึง กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (VwVfG) เองด้วย เช่น มาตรา 55 มาตรา 56 มาตรา 57 มาตรา 58 มาตรา 59 และมาตรา 61 VwVfG) หรือกฎหมายลำดับรอง (กฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ) **ตลอดจน “หลักกฎหมายทั่วไปแห่งกฎหมายมหาชน (allgemeine Rechtsgrundsätze des öffentlichen Rechts)”** ด้วย ยกตัวอย่างเช่น “หลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip)” “หลักกฎหมายว่าด้วยการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย” “หลักความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeitsprinzip)” “หลักความเสมอภาค (Gleichheitsgebot)” และ “หลักการห้ามมิให้กระทำการตามอำเภอใจ (Willkürverbot)” เป็นต้น¹¹⁸

ปัญหาที่ว่า “กรณีมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” หรือไม่ นั้น จะต้องพิจารณาจากเนื้อหาของสาระทั้งหมดของกฎหมายตลอดจนหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเชื่อมโยงเกี่ยวพันกัน¹¹⁹ นอกจากนี้ การที่จะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นนี้ก็ไม่จำเป็นต้องเป็นกรณีที่มีตัวบทกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องรูปแบบ (Vertragsform) หรือเนื้อหาของสัญญา (Vertragsinhalt) กรณีอาจจะพิจารณาได้จากวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือจากระบบโครงสร้างของกฎหมายโดยวิธีการตีความหรือพิจารณาจากหลักกฎหมายทั่วไป¹²⁰

ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการจะสามารถกำหนดอยู่ในรูปของ “สัญญาทางปกครอง” ตามนัยมาตรา 54 VwVfG ได้หรือไม่นั้น ในเบื้องต้นจะต้องพิจารณาความหมายของบทบัญญัติมาตรา 54 VwVfG นั้นเองก่อน ซึ่งตาม

¹¹⁷ โปรดดูรายละเอียดในเรื่องนี้ ในหน้า 411-414.

¹¹⁸ Bonk, in : Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 54, Rdnr. 90, S. 1593-1594; Rdnr. 94, S. 1595.

¹¹⁹ Begründung des Entwurfs 1973, S. 79; S. 79; อ้างไว้ใน Bonk, in : Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 54, Rdnr. 99, S. 1596 (FN. 274).

¹²⁰ Bonk, เพิ่งอ้าง.

บทบัญญัติมาตราดังกล่าว “สัญญาทางปกครอง” ได้แก่ สัญญาที่เป็นการกำหนดหรือเปลี่ยนแปลงซึ่งสิทธิหรือหน้าที่ทางกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของสิทธิและหน้าที่ตามความสัมพันธ์ระหว่างผู้ที่อยู่ในฐานะเหนือกว่าและผู้อยู่ในฐานะต่ำกว่าซึ่งถูกกำหนดหรือเปลี่ยนแปลงไปโดยข้อกำหนดของสัญญา¹²¹

ในการพิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครอง ปัญหาที่ว่าหลักเกณฑ์หรือข้อกำหนดที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาอาจจะเป็นกฎเกณฑ์หนึ่งตามกฎหมายมหาชนได้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับลักษณะของความสัมพันธ์หรือความเชื่อมโยงของสัญญาที่มีต่อนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายมหาชน (Es kommt auf die Art des Zusammenhangs des Vertrages mit einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis an.)¹²² และโดยที่ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองมีลักษณะเป็นเรื่องของการกำหนดสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับข้อพิพาทหรือข้อโต้แย้งทางกฎหมายก่อนนำคดีไปฟ้องยังศาลปกครอง ข้อตกลงหรือสัญญาดังกล่าวจึงมีเนื้อหาสาระที่มีความสัมพันธ์หรือมีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายมหาชนตามความหมายของมาตรา 54 VwVfG (so daß die schiedsvertragliche Vereinbarung inhaltlich so eng mit den öffentlich-rechtlichen Berechtigungen oder Verpflichtungen der materiell-rechtlichen Regelungsgegenstände zusammenhängt.)¹²³ ดังนั้น ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองจึงมีเนื้อหาอยู่ในความหมายของสัญญาทางปกครองตามนิยามตรา 54 VwVfG

Professor Heinz Joachim Bonk ผู้พิพากษาศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองตามมาตรา 54 VwVfG ไว้ พอสรุปสาระสำคัญได้ว่า ความหมายของคำว่า “นิติสัมพันธ์ (Rechtsverhältnis)” ตามมาตรา 54 VwVfG เป็นได้ทั้งนิติสัมพันธ์เกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติ (materielle Rechtsbeziehungen) และกฎหมายวิธีสบัญญัติ (prozessuale Rechtsbeziehungen) ข้อตกลงเกี่ยวกับเรื่องวิธีพิจารณา (Verfahrensabreden) สามารถก่อ เปลี่ยนแปลงหรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนได้เช่นเดียวกัน การแสดงเจตนาตกลงทำสัญญาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอยู่ในความหมายของการใช้

¹²¹ Loos, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. S. 70.

¹²² BVerwGE 22, 138 อ้างไว้ใน Loos, เพิ่งอ้าง.

¹²³ Loos, เพิ่งอ้าง, S. 72.

อำนาจทางปกครองตามนัยแห่งมาตรา 19 อนุมาตรา 4 แห่งกฎหมายพื้นฐาน (Der Abschluß eines öffentlichen Vertrages stellt i.S. von Art. 19 Abs. 4 GG Ausübung öffentlicher Gewalt dar.) ดังนั้น ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองซึ่งคู่สัญญาตกลงให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดก่อนนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองนั้นจึงสามารถกระทำได้ แต่คู่สัญญาจะตกลงห้ามมิให้ศาลปกครองควบคุมตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นไม่ได้¹²⁴ ทั้งนี้ เนื่องจากการตกลงดังกล่าวเป็นการขัดกับบทบัญญัติมาตรา 19 อนุมาตรา 4 แห่งกฎหมายพื้นฐานนั่นเอง

แม้ว่าเนื้อหาของข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองจะอยู่ในความหมายของ “สัญญาทางปกครอง” ตามนัยมาตรา 54 VwVfG ก็ตาม ข้อพิจารณาต่อไปก็คือ ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจะกระทำได้อย่างอาศัยมาตรา 54 VwVfG ก็ต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

ในระบบกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่บัญญัติห้ามเรื่อง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง” ไว้โดยชัดแจ้ง การพิจารณาในเรื่องนี้จึงต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือจากระบบโครงสร้างของกฎหมายโดยวิธีการตีความ หรือพิจารณาจากหลักกฎหมายปกครองโดยทั่วไป ตลอดจนพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเชื่อมโยงเกี่ยวพันกันดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น¹²⁵ และเมื่อได้พิจารณาเนื้อหาสาระทั้งหมดของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) แล้ว จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองไม่ได้ห้ามเรื่อง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง” ไว้ ตามมาตรา 168 อนุมาตราหนึ่ง เลขที่ 5¹²⁶ และมาตรา 187 อนุมาตราหนึ่ง¹²⁷ VwGO ได้บัญญัติถึงเรื่องอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองไว้แต่ก็ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องการเกิดขึ้นของอนุญาโตตุลาการโดยวิธีการตกลงของคู่กรณีไว้โดยตรง กรณีจึงยังเป็นที่โต้เถียงกันอยู่ว่าในคดีพิพาททางปกครองคู่กรณีจะตกลงให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทได้หรือไม่

¹²⁴ Bonk, in : Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 54, Rdnr. 19, S. 1565; Rdnr. 87, S. 1592, 1593.

¹²⁵ โปรดดูรายละเอียดเรื่องนี้ในหน้า 419-421.

¹²⁶ โปรดดูคำแปลมาตรา 168 อนุมาตราหนึ่ง เลขที่ 5 VwGO ได้ในหน้า 407.

¹²⁷ โปรดดูคำแปลมาตรา 187 อนุมาตราหนึ่ง VwGO ได้ในหน้า 407.

ความเห็นส่วนใหญ่ทางตำรา¹²⁸ และคำพิพากษาของศาล¹²⁹

เห็นว่า คู่กรณีสามารถตกลงระงับข้อพิพาททางปกครองโดยให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวได้โดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 173 ประโยคที่หนึ่ง¹³⁰ VwGO ประกอบกับบทบัญญัติมาตรา 1025 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilprozeßordnung เรียกโดยย่อว่า ZPO) แต่ทั้งนี้ ภายใต้ขอบเขตหรือเงื่อนไขที่ว่าคู่กรณีจะต้องอยู่ในฐานะที่สามารถตกลงประนีประนอมหรือระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้เท่านั้น (Die Beteiligten sind in der Lage, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich abzuschließen.) จากความเห็นดังกล่าว จึงมีประเด็นต้องแยกพิจารณาว่าความสัมพันธ์ทางกฎหมายของคู่กรณีที่มีข้อพิพาททางปกครองนั้นเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชนซึ่งอยู่ในฐานะที่ไม่เท่าเทียมกันอันตกอยู่ในขอบเขตเรื่อง “หลักการรับประกันความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชน (Rechtsschutzgarantie)” ตามนัยมาตรา 19 अनुมาตรา 4 แห่งกฎหมายพื้นฐาน (GG)¹³¹ หรือเป็นเรื่องความสัมพันธ์ทางกฎหมายตามกฎหมายมหาชนในลักษณะอื่น และเฉพาะแต่กรณีอย่างหลังนี้เท่านั้นที่คู่กรณีจะตกลงในการระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาตตุลาการได้ (Man wird dem gegenüber zu differenzieren haben, ob es sich um eine subordinationsrechtliche Rechtsbeziehung im Schutzbereich des Art. 19 Abs.

¹²⁸ Lorenz, Verwaltungsprozeßrecht, § 11, Rdnr. 91, S. 192; Ehlers, in : Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, § 40, Rdnr. 722, 723, S. 245; Oertzen, Mans-Joachim von, in : Redeker/v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, § 40, Rdnr. 79, S. 152-153; Kopp, in : Kopp/Schenke, § 40, Rdnr. 56, S. 241; Schmieszek, in : Brandt/Sachs, Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß, L'IV 8, Rdnr. 59, S. 456; Stern, Staatsrecht II (1980), S. 920; Schlosser, in : Festschrift für Arthur Bülow 1989, "Schiedsgerichtsbarkeit und öffentlich-rechtlich beeinflusste Streitgegenstände", S. 189-192; Schlosser, in : Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, vor § 1025 III, Rdnr. 20, S. 80-81; Erichsen, Hans-Uwe, in : Verwaltungsarchiv, "Zur Einordnung der Vorschriften über Organisation und Funktion des Sachverständigenrates und zur Zulässigkeit von Schiedsgerichtsvereinbarungen bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten", S. 315-318.

¹²⁹ BVerwG, DVBl. 1959, S. 712; BVerwG NJW 1959, S. 1985, 1986; BVerwG NVwZ 1993, S. 584, 585.

¹³⁰ โปรดดูคำแปลมาตรา 173 ประโยคที่หนึ่ง VwGO ได้ในเชิงอรรถที่ 16,

¹³¹ โปรดดูรายละเอียดในเรื่อง “หลักการรับประกันความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชน (Rechtsschutzgarantie)” ได้ในหัวข้อที่ 6, หน้า 385-392.

4 GG oder ein sonstiges öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis handelt, und nur im letzteren Fall eine Schiedsvereinbarung zulassen dürfen.) หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งก็คือ ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองจะมีได้เฉพาะแต่ในกรณีที่คู่กรณีหรือคู่สัญญานั้นอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันเท่านั้น เนื่องจากเนื้อหาหรือสาระสำคัญ (Wesen) ของเรื่องกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ ความเท่าเทียมของคู่กรณีที่มีข้อพิพาท (Da das Wesen des Schiedsverfahrens aber eine Gleichordnung der Parteien voraussetzt, ist es auf koordinationsrechtliche Beziehungen der Parteien beschränkt.)¹³²

นอกจากนี้ ในการที่คู่กรณีจะตกลงรับข้อพิพาททางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการได้นั้น คู่กรณีจะตกลงได้เฉพาะ “ข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ทางกฎหมายปกครองประเภทที่คู่กรณีอยู่ในฐานะเท่าเทียมกัน อันเป็นเหตุให้สามารถตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้” เท่านั้น ไม่ใช่ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับเรื่องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง (Aus dieser Gleichordnung der Prozeßparteien folgt, daß nur für Streitigkeiten, die sich aus verwaltungsrechtlichen Beziehungen koordinationsrechtlicher Art ergeben, die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts begründet werden kann, nicht aber für Anfechtungssachen, die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit hoheitlicher Maßnahmen der Verwaltung.)¹³³ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คดีเกี่ยวกับคำฟ้องให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) และคดีเกี่ยวกับคำฟ้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) นั้น คู่กรณีจะตกลงให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดไม่ได้¹³⁴

¹³² Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Rdnr. 3. S. 2.

¹³³ Haueisen, Fritz, Die Entscheidung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten durch Schiedsgerichte, NJW 1962, S. 2130; Vgl. Schwab/Walter, เพิ่งอ้าง, S. 3.

¹³⁴ Haueisen, Fritz, เพิ่งอ้าง, S. 2131.

9.3 ในคดีพิพาททางปกครอง ศาลปกครองจะหยิบยกประเด็นเรื่อง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ” ขึ้นมาพิจารณาได้เองหรือไม่ (Ist die Schiedsgerichtsvereinbarung von Amts wegen oder nur auf Einrede im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht zu Beachten?)

ปัญหาที่ว่าในกรณีที่คู่กรณีได้มีข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ในคดีพิพาททางปกครอง และต่อมา หากมีการฟ้องร้องคดีต่อศาลปกครอง ศาลปกครอง จะหยิบยกประเด็นเรื่อง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ” ขึ้นมาพิจารณาได้เองหรือ ศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาได้ต่อเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ต่อ ศาลปกครองนั้น ในทางวิชาการมีความเห็นแตกต่างกันเป็น 2 ฝ่ายด้วยกัน

ความเห็นฝ่ายที่หนึ่ง ซึ่งได้แก่ Professor Ferdinand O. Kopp¹³⁵ และ Professor Dieter Lorenz¹³⁶ เห็นว่า เนื่องจากเรื่อง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ” เป็นเรื่องเกี่ยวกับ “ข้อโต้แย้งหรือข้อต่อสู้ในกระบวนการวิธีพิจารณา” ซึ่งจะมีการพิจารณาได้ต่อเมื่อ คู่กรณีหยิบยกขึ้นมากล่าวอ้าง (Ein Prozeßhindernis, das auf Einrede zu berücksichtigen sei) มิใช่เป็นเรื่องว่าด้วย “แนวทางในการฟ้องร้องคดีต่อศาล (Rechtswegzuweisung)” ดังนั้น ศาลปกครองจึงไม่มีอำนาจหยิบยกประเด็นเรื่อง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ” ขึ้นมาพิจารณาเองได้

ความเห็นฝ่ายที่สอง ได้แก่ Professor Han-Joachim von Oertzen,¹³⁷ Dr. Hanswerner Müller¹³⁸, Dr. Christa M. Loos¹³⁹ เห็นว่า เนื่องจากในการดำเนินวิธีพิจารณา คดีปกครองนั้น ศาลปกครองจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยยึด “หลักวิธีพิจารณาแบบ ใต้สวน (Untersuchungsgrundsatz)” ศาลปกครองนั่นเองจะเป็นผู้เข้าไปตรวจสอบและค้นหา ถึงสิ่งที่ข้อพิพาทในทางปกครอง จึงเป็นหน้าที่ของศาลปกครองเองที่จะเป็นผู้ตรวจสอบถึง “สิ่งที่ป็นองค์ประกอบของข้อเท็จจริงที่ศาลปกครองจะนำมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี (Sachentscheidungs Voraussetzungen)” และด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ ศาลปกครองจึงมีอำนาจ

¹³⁵ Kopp, in : Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, § 40, Rdnr. 56, S. 241.

¹³⁶ Lorenz, Dieter, Verwaltungsprozeßrecht, § 11, Rdnr. 91, S. 191.

¹³⁷ Oertzen, Han-Joachim von, in : Redeker/V. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, § 40, Rdnr. 79, S. 152-153.

¹³⁸ Müller, Entscheidung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten durch Schiedsgerichte, NJW 1963. S. 282-285.

¹³⁹ Loos, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 139, 140.

พิจารณาและตรวจสอบได้เองว่าในคดีพิพาททางปกครอง คู่กรณีได้มีการตกลงกันในเรื่อง อนุญาโตตุลาการไว้หรือไม่

สำหรับแนวความเห็นตามคำพิพากษาของศาลปกครองนั้น เดิมใน คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ เมื่อวันที่ 24 ตุลาคม ค.ศ. 1957 (BVerwGE 5, 293) ซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการคัดค้านการเลือกตั้ง “ที่ปรึกษาด้านบริหารกิจการ (Betriebsrat)” ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้วางหลักกฎหมายไว้ว่า “คณะกรรมการ ตรวจสอบการเลือกตั้ง” ที่จัดตั้งตามมาตรา 13 แห่งข้อบังคับการเลือกตั้งของสหภาพแรงงาน ของสหพันธ์ มีฐานะเป็นอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายมหาชน ในกระบวนการพิจารณาของศาลปกครอง ศาลปกครองนั้นเองมีอำนาจตรวจสอบถึงอำนาจ หน้าที่ตลอดจนความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว (Der nach § 13 der Wahlordnung des Deutschen Gewerkschaftsbundes gebildete Wahlprüfungsausschuß ist ein durch öffentlich-rechtliche Satzung vorgesehenes Schiedsgericht. Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ist im verwaltungsgerichtlichen Verfahren von Amts wegen zu beachten.)” ทั้งนี้ ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาดังกล่าว ตอนหนึ่งว่า “... ในกระบวนการพิจารณาของศาลปกครอง การตรวจสอบถึงอำนาจหน้าที่และ ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการที่ได้จัดตั้งขึ้นโดยข้อบังคับตามกฎหมายมหาชนนั้น มีลักษณะแตกต่างไปจากกระบวนการพิจารณาในศาลแพ่ง ซึ่งอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นมาจาก ข้อตกลงตามสัญญาของคู่กรณี กล่าวคือ ในวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้นไม่จำกัดเฉพาะการหยิบยก ขึ้นเป็นประเด็นข้อต่อสู้ในคดีโดยคู่กรณีเท่านั้น หากแต่ศาลปกครองเองก็มีอำนาจในการ ตรวจสอบถึงอำนาจและหน้าที่ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ เพราะมีเช่นนั้นแล้ว ศาลปกครองก็จะมีอำนาจในการพิจารณาตรวจสอบถึงเรื่องอนุญาโตตุลาการได้ ... (Die satzungsmäßige Zuständigkeit des Schiedsgerichts ist im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, anders als im Verfahren von den bürgerlichen Gerichten die vertragliche Vereinbarung eines Schiedsgerichts, nicht nur auf Einrede, sondern von Amts wegen zu beachten, weil dadurch die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ausgeschlossen wird, ...)”¹⁴⁰

¹⁴⁰ BVerwGE 5, 293, 302.

อย่างไรก็ดี ต่อมาศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้พิพากษาเปลี่ยนแนวคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้นในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ เมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1992 (BVerwGE 5 C. 22.88-S.436.0 § 108 BSHG Nr.1) ซึ่งเป็นคดีพิพาทระหว่างมลรัฐกับสหพันธ์เกี่ยวกับการจ่ายเงินช่วยเหลือสวัสดิการทางสังคม ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้พิพากษาวาง**หลักกฎหมาย**ไว้ว่า “ในกระบวนการพิจารณาคดีปกครอง คู่กรณีที่ได้ตกลงเรื่องอนุญาโตตุลาการเท่านั้นที่มีสิทธิยับยั้งประเด็นเรื่องข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการขึ้นมาให้ศาลพิจารณา ศาลปกครองโดยลำพังไม่มีอำนาจที่จะยับยั้งขึ้นมาพิจารณาเองได้ (Eine Schiedsvereinbarung führt im Verwaltungsprozeß nicht von Amts wegen, sondern nur auf Einrede zur Abweisung der Klage als unzulässig)”¹⁴¹ ในการนี้ ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาดอนหนึ่งว่า

“... ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการไม่ได้เป็นการตัดอำนาจคู่กรณีในการนำคดีไปฟ้องต่อศาลซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย การเกิดขึ้นและความสมบูรณ์ของข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาตรวจสอบจากกระบวนการพิจารณาความของศาลตามกฎหมายวิธีพิจารณาความที่เกี่ยวข้อง ในกรณีเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องเงินทดแทนการจ่ายเงินช่วยเหลือสวัสดิการทางสังคมตามนัยมาตรา 108 แห่งกฎหมายว่าด้วยการช่วยเหลือสวัสดิการทางสังคมของสหพันธ์ซึ่งสามารถนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้นั้น คู่กรณี (สหพันธ์และมลรัฐ) สามารถตกลงให้มีอนุญาโตตุลาการโดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 173 VwGO ประกอบกับมาตรา 1025 อนุมาตราหนึ่ง ZPO ได้ ทั้งนี้ ตราบเท่าที่คู่กรณีมีสิทธิในการตกลงประนีประนอมหรือระงับข้อพิพาทในเรื่องที่ได้แย้งกันนั้นได้ โดยผลของบทบัญญัติมาตรา 173 VwGO ประกอบกับมาตรา 1027a ZPO คู่กรณีในข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเท่านั้นที่มีสิทธิกล่าวอ้างเรื่องข้อตกลงดังกล่าวเพื่อปฏิเสธคำฟ้องต่อศาลปกครอง ศาลปกครองไม่มีอำนาจยับยั้งเรื่องดังกล่าวขึ้นมาพิจารณาเองได้ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่าจำเลยไม่ได้ยับยั้งประเด็นเรื่องข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการขึ้นต่อสู้ ... ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์เห็นด้วยกับความเห็นของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่ว่า ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยอิสระของคู่กรณี เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีนี้เกิดขึ้นตามมาตรา 173 VwGO ประกอบกับมาตรา 1025 อนุมาตราหนึ่ง ZPO กรณีจึงต้องนำหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติมาตรา 1027a ZPO มาใช้ในกรณีนี้ด้วย. ... (Ein vereinbartes Schiedsverfahren schließt nicht den

¹⁴¹ BVerwGE 5 C 22.88-S.436.0 § 108 BSHG Nr.1, S.1.

gesetzlichen Rechtsweg aus. Vielmehr beurteilt sich die Zulässigkeit der Schiedsvereinbarung und ihre Wirkung auf das gerichtliche Verfahren gerade nach dem für den maßgeblichen Rechtsweg geltenden Verfahrensrecht. Im Verwaltungsrechtsweg, der für den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch nach § 108 BSHG gegeben ist, ist eine Schiedsabrede nach § 173 VwGO i. V.m. § 1025 Abs.1 ZPO zulässig, soweit die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen. Nach § 173 VwGO i.V.m § 1027a ZPO führt die Schiedsabrede nicht von Amts wegen, sondern nur auf – vom Beklagten hier nicht erhobene – Einrede zur Abweisung der Klage als unzulässig. ... Denn wie das OVG zutreffend ausgeführt hat, gehört die Schiedsvereinbarung in den Berich der Verfahrensdisposition. Setzt die Schiedsabrede nach § 173 VwGO i.V.m. § 1025 Abs.1 ZPO verwaltungsprozessuale Dispositionsbefugnis voraus, stehen einer entsprechenden Anwendung des § 1027a ZPO grundsätzliche Unterschiede der zivil-und verwaltungsprozessualen Verfahrensarten nicht entgegen. ...”¹⁴²

หลังจากนั้น ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้ตัดสินตามแนวคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้น เช่น คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ. 1996¹⁴³ ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้พิพากษาโดยอ้างอิงถึงคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์เมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1992 ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นด้วย

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ตามระบบกฎหมายปกครองประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ปัญหาที่ว่าในคดีพิพาททางปกครอง ศาลปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะหยิบยกประเด็นเรื่อง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ” ขึ้นมาพิจารณาได้เองหรือไม่นั้น ในเบื้องต้นสมควรพิจารณาที่มาของ “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ” ในคดีพิพาททางปกครองนั้นเองเป็นสำคัญ กล่าวคือ ในกรณีที่ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองเกิดขึ้นมาจากการที่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้ แม้ว่าคู่กรณีที่มีข้อพิพาทจะไม่หยิบยกประเด็นเรื่องข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการขึ้นต่อสู้ ศาลปกครองสมควรมีอำนาจในการหยิบยกขึ้นมาพิจารณาเองได้ เนื่องจากจะทำให้ศาลปกครองสามารถตรวจสอบได้ถึงอำนาจหน้าที่และขอบเขตความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการที่เกิด

¹⁴² BVerwGE 5 C 22.88 – S. 436.0 § 108 BSHG Nr. 1, S. 2.

¹⁴³ BVerwGE 8 B 155.96 - Buchholz 303 § 1025 ZPO Nr. 9, S. 1-4.

ขึ้นมาโดยอาศัยพื้นฐานทางกฎหมายนั้นได้ นอกจากนี้ ยังเป็นการทำให้ศาลปกครองสามารถตรวจสอบได้ด้วยว่า การเกิดขึ้นของ “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ” ดังกล่าวเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายเฉพาะดังกล่าวบัญญัติไว้หรือไม่ สำหรับในกรณีที่ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองเกิดขึ้นมาจากการตกลงโดยอิสระของคู่กรณีที่มีข้อพิพาท (ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าคู่กรณีอยู่ในฐานะเท่าเทียมกัน (Gleichordnung der Parteien) ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น) นั้น ในกรณีดังกล่าว ศาลปกครองสมควรปล่อยให้เป็นการหน้าที่ของคู่กรณีที่จะปกป้องผลประโยชน์ของตนเอง ทำนองเดียวกับคดีพิพาทในคดีแพ่งโดยทั่วไป เนื่องจากในกรณีดังกล่าวนี้ คู่กรณีที่มีข้อพิพาททางปกครองอยู่ในฐานะเท่าเทียมกัน อนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองในกรณีนี้จึงไม่ได้มีลักษณะแตกต่างไปจากอนุญาโตตุลาการในคดีแพ่งแต่อย่างใด

10. บทสรุป (Zusammenfassung)

จากการศึกษาเรื่อง “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครองตามกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน” ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในระบบกฎหมายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันไม่ได้ปฏิเสธการมีอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง อนุญาโตตุลาการอาจเกิดขึ้นได้ดังที่บทบัญญัติมาตรา 168 อนุมาตราหนึ่ง เลขที่ 5 VwGO และมาตรา 187 อนุมาตราหนึ่ง VwGO และมาตรา 173 VwGO ประกอบกับมาตรา 1025 ZPO บัญญัติให้อำนาจไว้ แต่อย่างไรก็ดี ในเรื่องของ “อนุญาโตตุลาการโดยแท้” ซึ่งเกิดขึ้นมาจากการตกลงแต่งตั้งของคู่กรณีที่มีข้อพิพาทนั้น อนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นได้ก็แต่ภายใต้เงื่อนไขเรื่อง “เนื้อหาสาระ (Wesen)” ของข้อพิพาทและเงื่อนไขเรื่อง “ฐานะของคู่กรณีที่มีข้อพิพาท” ดังกล่าว กล่าวคือ เฉพาะแต่เรื่องข้อพิพาททางปกครองซึ่งมีลักษณะเป็นเรื่องที่คู่กรณีสามารถประนีประนอมหรือระงับข้อพิพาทกันได้ (ตามนัยทำนองเดียวกับการประนีประนอมหรือการระงับข้อพิพาทในศาลตามมาตรา 106 VwGO) เท่านั้น ที่คู่กรณีจะตกลงให้มีอนุญาโตตุลาการได้ ข้อพิพาททางปกครองประเภทอื่น ๆ เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครองก็ดี ข้อพิพาทเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองก็ดี คู่กรณีจะตกลงแต่งตั้งหรือมอบหมายให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดไม่ได้ และเฉพาะแต่ในกรณีที่คู่กรณีที่มีข้อพิพาทอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกัน (koordinationsrechtlicher Art) เท่านั้น ที่คู่กรณีจะสามารถตกลงหรือสัญญาให้มีอนุญาโตตุลาการได้ ทั้งนี้ เนื่องจากการวินิจฉัยชี้ขาดหรือการตัดสินเกี่ยวกับเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองซึ่งอยู่ในฐานะเหนือกว่าเอกชนจะต้องกระทำโดย

ศาลปกครองเท่านั้น อีกทั้งเนื่องจากพื้นฐานหรือลักษณะธรรมชาติทางกฎหมายของ “อนุญาตตุลาการ” นั้น ได้แก่ ความมีอิสระของคู่กรณีที่มีฐานะเท่าเทียมกัน

นอกจากนี้ ใน “ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาตตุลาการในคดีพิพาททางปกครอง” กิติ ใน “สัญญาว่าด้วยอนุญาตตุลาการ” กิติ คู่กรณีจะตกลงให้มีการระงับข้อพิพาททางปกครอง โดยอนุญาตตุลาการในลักษณะเป็นการตัดอำนาจหรือยกเว้นไม่ให้ศาลปกครองตรวจสอบ คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการนั้นไม่อาจกระทำได้ เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นการขัดแย้งกับ “หลักการรับประกันความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชน (Rechtsschutzgarantie)” ตามนัยมาตรา 19 มาตรา 4 GG และ “หลักทั่วไปในการฟ้องคดีพิพาททางปกครองต่อศาลปกครอง (Verwaltungsrechtsweg)” ตามนัยมาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา คดีปกครอง (VwGO) .

อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยในคดีปกครองของไทย

ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี^๑

ขณะนี้คดีปกครองซึ่งเกี่ยวข้องกับกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการที่น่าสนใจ คือ คดีระหว่างการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (ผู้ฟ้องคดี) กับ บิลฟิงเกอร์ เบอร์กอร์ เอจี บริษัท ช. การช่าง จำกัด (มหาชน) วัลเทอร์ เบา เอจี ในนามของกิจการร่วมค้า บีบีซีดี (ผู้ถูกฟ้องคดี) โดยผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดข้อพิพาทกรณีสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางพิเศษสายบางนา – บางพลี – บางปะกง ให้ผู้ฟ้องคดีรับผิดชอบใช้ค่าใช้จ่ายหรือค่าเสียหายแก่ผู้ถูกฟ้องคดีโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีจึงขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำชี้ขาดข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าว หรือที่เรียกกันว่า “คดีค่าโง่ทางด่วน” กฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการจึงมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับคดีนี้ อย่างน่าสนใจและน่าติดตาม

โดยทั่วไป “อนุญาโตตุลาการ (Arbitrator)” จะหมายถึง บุคคลซึ่งคู่กรณีที่มีข้อพิพาทตั้งขึ้นเพื่อให้เป็นคนกลางและทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณี ซึ่งทางปฏิบัติที่ผ่านมาจะนำไปใช้กันมากในข้อพิพาททางแพ่ง โดยบทบัญญัติมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 เดิม ก็ได้บัญญัติรับรองแนวปฏิบัติดังกล่าวไว้ว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาหรือข้อตกลงในสัญญาที่คู่กรณีตกลงเสนอข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ไม่ว่าจะมีการกำหนดตัวผู้ซึ่งจะเป็นอนุญาโตตุลาการไว้หรือไม่ก็ตาม”

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ใหม่ของไทยซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 30 เมษายน 2545 เป็นต้นไป ได้บัญญัติให้ยกเลิกพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 เดิมทั้งฉบับ โดยมาตรา 11 วรรคหนึ่ง แห่ง

ถอดเทปและเรียบเรียงจากการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยในคดีปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและของไทย เมื่อวันที่ 21 สิงหาคม 2545 ณ สำนักงานศาลปกครอง โดย นางสาวยุพิน บุญพงษ์ พนักงานคดีปกครอง 4 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง พิมพ์ครั้งแรกใน วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 2 ฉบับที่ 3 (ก.ย. – ธ.ค. 2545)

^๑ นิติศาสตร์บัณฑิต (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), เนติบัณฑิตไทย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายเอกชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), ปริญญาโททางกฎหมายเปรียบเทียบ (Magister juris Comparativi), Dr.iur. : (เกียรตินิยมดี), มหาวิทยาลัยกรุงบอนน์ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน, ตุลาการศาลปกครองกลาง

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติไว้ว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาดกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการ แยกต่างหากก็ได้” และมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันนี้ได้บัญญัติไว้ว่า “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญา อนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา” กรณีจึงเกิดคำถามที่น่าพิจารณาว่า อนุญาโตตุลาการในคดีปกครองจะมีได้ภายในขอบเขตมากน้อยเพียงใด ซึ่งปัญหาดังกล่าวนี้เอง ที่มีความเกี่ยวพันกับข้อความคิด เรื่อง “อนุญาโตตุลาการในคดีปกครองของไทย” ซึ่งจะได้นำเสนอท่านต่อไป

กฎหมายอนุญาโตตุลาการทั้งกฎหมายเก่า (พ.ศ. 2530) และกฎหมายใหม่ (พ.ศ. 2535) ไม่ได้กำหนดบทนิยามของคำว่าอนุญาโตตุลาการไว้ เพราะฉะนั้น การพิจารณาความหมายของอนุญาโตตุลาการจึงต้องพิจารณาจากความหมายทั่ว ๆ ไปทั้งในทางกฎหมาย และในทางปฏิบัติ

คำว่า “อนุญาโตตุลาการของไทย” จึงมีความหมายอยู่ 2 นัย คือ

(1) นัยแรก หมายถึง วิธีการในการระงับข้อพิพาท (Arbitration)

(2) นัยที่สอง หมายถึง บุคคลที่คู่พิพาทตั้งขึ้นเพื่อให้เป็นคนกลางระงับข้อพิพาท (Arbitrator)

ลักษณะอนุญาโตตุลาการ¹

(1) อนุญาโตตุลาการ คือ วิธีการในการระงับข้อพิพาทอย่างหนึ่ง ส่วนจะเป็นข้อพิพาทใดบ้าง จะบัญญัติในกฎหมายอีกครั้งตามนโยบายของรัฐบาลหรือของรัฐสภา

(2) อนุญาโตตุลาการ คือ บุคคลที่จะมาเป็นผู้ระงับข้อพิพาทและต้องไม่ใช่คู่พิพาทนั่นเอง ซึ่งเป็นหลักที่เข้าใจได้ว่าคนที่จะมาเป็นคนกลางชี้ขาดข้อพิพาทจะต้องเป็นคนนอก

(3) ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามข้อตกลง ซึ่งเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะพิเศษของอนุญาโตตุลาการที่ต่างจากศาล เนื่องจากอนุญาโตตุลาการมาจากข้อตกลงระหว่างคู่กรณีหรือคู่พิพาท ฉะนั้น หลักส่วนใหญ่ของการ

¹ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, สำนักพิมพ์นิติธรรม 2536, หน้า 9-12

พิจารณาจะขึ้นอยู่กับข้อตกลงของคู่พิพาทหรือคู่กรณี ถ้าพิจารณาบทกฎหมายอนุญาโตตุลาการปี 2545 ส่วนใหญ่จะบัญญัติว่าในกรณีที่คู่พิพาทหรือคู่กรณีไม่ได้ตกลงเป็นอย่างอื่น ซึ่งหมายความว่าคู่กรณีจะตกลงเป็นอย่างอื่นได้ หากไม่ได้ตกลงกันไว้จึงจะเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ คู่กรณีมีอิสระในการที่จะกำหนดกระบวนการวิธีพิจารณาในการรับข้อพิพาทซึ่งจะต่างจากศาล เพราะศาลมาจากกระบวนการทางกฎหมายที่จะกำหนดคุณสมบัติและกำหนดวิธีพิจารณาไว้แล้ว

(4) อนุญาโตตุลาการจะต้องชี้ขาดข้อพิพาทตามกระบวนการวิธีพิจารณาความจะตัดสินตามอำเภอใจไม่ได้ แต่อนุญาโตตุลาการไม่ต้องยึดติดกับกฎหมายวิธีพิจารณาความโดยเคร่งครัดเหมือนศาล เพราะเจตนารมณ์ของอนุญาโตตุลาการมีขึ้นเพื่อต้องการลดความยุ่งยาก ลดวิธีพิจารณาให้รวดเร็ว ประหยัด ลดกระบวนการวิธีพิจารณาให้สั้น แต่อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการก็ต้องยึดถือหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เช่น หลักความเท่าเทียมกัน จะให้สิทธิคู่กรณีฝ่ายหนึ่งมากกว่าอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้

(5) อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท อันเป็นกระบวนการพิจารณาที่เอกชนทำกันเอง หากคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ได้ทำสัญญาในฐานะเอกชนแล้ว ก็น่าจะมีอนุญาโตตุลาการไม่ได้ แต่สำหรับประเทศไทยนั้น หากพิจารณากฎหมายอนุญาโตตุลาการปี 2545 จะบัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้ว่า แม้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐก็สามารถที่จะเข้าทำสัญญาอนุญาโตตุลาการได้

(6) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปแล้วถือว่าเป็นที่สุดและมีผลเป็นการยุติทั้งปัญหาข้อเท็จจริงหรือปัญหาข้อกฎหมาย คู่กรณีต้องผูกพัน หากคู่กรณีที่แพ้ไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด ฝ่ายที่ชนะก็ฟ้องศาลเพื่อบังคับ อย่างไรก็ตาม กฎหมายใหม่จะให้สิทธิแก่ฝ่ายที่แพ้ในการที่จะคัดค้านคำชี้ขาดได้ โดยการมาฟ้องศาลขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ ซึ่งเรื่องนี้ตรงกับหลักของกฎหมายเยอรมัน

(7) การพิจารณาและการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ใช่การใช้อำนาจอธิปไตยทางศาลของรัฐ คือ ไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจตุลาการ เพราะฉะนั้น จะมีผลในการที่จะนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของประเทศหนึ่งไปบังคับกับอีกประเทศหนึ่ง ถ้าเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้วก็เอาไปบังคับได้ง่ายกว่าคำพิพากษาของศาล เพราะไม่ใช่การใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศใดประเทศหนึ่งไปใช้บังคับกับอีกประเทศหนึ่ง แต่หมายถึงคำชี้ขาดขององค์กรใดองค์กรหนึ่ง ซึ่งส่วนใหญ่เรื่องอนุญาโตตุลาการจะสัมพันธ์กับอนุสัญญาต่าง ๆ

จากลักษณะทั้ง 7 ประการดังกล่าวข้างต้น สรุปได้ว่าอนุญาโตตุลาการนั้นมีลักษณะธรรมชาติ 2 ประการด้วยกัน คือ มีลักษณะทั้งที่เป็นเรื่องเงื่อนไขของสัญญา และเรื่องของกระบวนการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือกระบวนการวิธีพิจารณานั้นเอง

ความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ

กฎหมายอนุญาโตตุลาการเริ่มนำมาใช้ตั้งแต่กฎหมายตราสามดวง แต่กฎหมายตราสามดวงนั้นจะเรียก “ตุลาการ” ว่า “กระลาการ” ซึ่งอนุญาโตตุลาการจะหมายถึงตุลาการที่คู่ความทั้งสองฝ่ายตั้งขึ้น จะตัดสินอย่างไรก็ได้ ไม่มีโทษ ซึ่งต่างจากตุลาการที่พระมหากษัตริย์แต่งตั้ง สมัยเดิมกฎหมายตราสามดวงจะมีตุลาการ 2 ประเภทคือ ตุลาการที่พระมหากษัตริย์แต่งตั้งกับตุลาการที่คู่ความหรือคู่กรณีตกลงตั้งขึ้นเอง²

ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 ได้มีการปฏิรูปกฎหมายเพื่อให้ทัดเทียมกับนานาอารยประเทศในตะวันตก จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติกระบวนการพิจารณาความแพ่งรัตนโกสินทร์ศก 115 ตรงกับ พ.ศ. 2540 อยู่ในหมวดที่ 15 มาตรา 116-121 มีหลักการที่สำคัญคือ การที่คู่กรณีจะตกลงใช้ออนุญาโตตุลาการ ต้องเป็นข้อพิพาทที่เป็นคดีอยู่ในศาลแล้ว คือ ต้องมีคดีอยู่ในศาลและคู่กรณีจึงมาตกลงว่าควรจะมีอนุญาโตตุลาการ และร้องขอต่อศาลให้เชิญบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคนมาเป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อตัดสินคดีนั้น โดยสรุป คือ เป็นอนุญาโตตุลาการในศาลนั่นเอง จะเห็นได้ว่าอนุญาโตตุลาการในสมัยรัชกาลที่ 5 ยังไม่มีอนุญาโตตุลาการนอกศาล

นอกจากนี้ ยังได้กำหนดหลักการให้มีกระบวนการพิจารณา อนุญาโตตุลาการต้องถูกควบคุมโดยกฎหมายอย่างเคร่งครัด เมื่ออนุญาโตตุลาการชี้ขาดแล้ว คู่ความฝ่ายที่ชนะต้องนำคำชี้ขาดมาเสนอต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง หากศาลพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้ว จึงจะมีผลบังคับ

กล่าวโดยสรุปในสมัยรัชกาลที่ 5 มีเรื่องอนุญาโตตุลาการ แต่ว่าเป็นอนุญาโตตุลาการในศาล หลังจากนั้น ในปีพุทธศักราช 2452 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง รัตนโกสินทร์ศก 127 ซึ่งบัญญัติเรื่องอนุญาโตตุลาการโดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมในการอุทธรณ์คำพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอีก 2 ประการ เท่านั้น คือ กรณีที่อนุญาโตตุลาการทุจริตหรือกรณีที่ทำคำชี้ขาดไปโดยไม่สุจริต

หลังจากนั้น เมื่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2478 ได้บัญญัติเรื่องอนุญาโตตุลาการไว้กว้าง ๆ เท่านั้นว่า รายละเอียดของ

² อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยกระบวนการรับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, สำนักพิมพ์นิติธรรม 2536, หน้า 6-7

อนุญาโตตุลาการนอกศาลจะเป็นเช่นไร ให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด เป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้จะต้องมีการตรากฎหมายปี 2530 เพื่อแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 221 ว่ารายละเอียดของอนุญาโตตุลาการนอกศาลให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ส่วนอนุญาโตตุลาการในศาลให้เป็นไปตามมาตรา 210-222 ยกเว้นมาตรา 221 หลังจากนั้นอีก 15 ปี จึงมีการตรากฎหมายอนุญาโตตุลาการปี 2545 ขึ้น เนื่องจากปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมประกอบกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยยังไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่น ๆ จึงสมควรปรับปรุงใหม่โดยนำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ คือ Model Law on International Commercial Arbitration ของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) มาใช้เป็นหลักในการปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทย ซึ่งในประเทศเยอรมนีก็นำรูปแบบนี้มาใช้เช่นกัน

สาระสำคัญของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มีทั้งหมด 48 มาตราด้วยกัน แบ่งโครงสร้างกฎหมายออกเป็นได้ 3 ส่วนคือ ส่วนที่ 1 บทบัญญัติทั่วไป ส่วนที่ 2 เรื่องเนื้อหาสาระ มี 8 หมวด ส่วนที่ 3 เป็นบทเฉพาะกาล

ในบทบัญญัติทั่วไปนั้น มาตราที่สำคัญผู้บรรยายสรุปให้แล้ว ซึ่งปรากฏตามเอกสารประกอบการบรรยายว่าแต่ละมาตราว่าด้วยเรื่องอะไร แต่มีข้อสังเกต คือ ในมาตรา 5 คำนิยามอนุญาโตตุลาการ บางท่านเห็นว่าคำนิยามของคณะอนุญาโตตุลาการอาจจะเข้าใจว่าต้องเป็นพหูพจน์ อย่างน้อย 3 คน ในประเทศเยอรมนี ถ้าไม่ได้ตกลงกันไว้ให้มี 3 คน แต่คณะอนุญาโตตุลาการของไทยอาจมีคนเดียวก็ได้ นั้นเป็นข้อสังเกต นอกจากนี้ นิยามคำว่า “ศาล” หมายถึง องค์การหรือสถาบันที่มีอำนาจตุลาการ เพราะฉะนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นศาลในความหมายทั่ว ๆ ไป อาจจะเป็นองค์การหรือสถาบันที่ใช้อำนาจตุลาการก็ได้แต่ต้องเป็นองค์กรสถาบันตามกฎหมาย

ในประเทศเยอรมนี ถ้าคู่กรณีไม่ได้ตกลงกันไว้ โดยหลักแล้วให้มีได้ 3 คน แต่สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้ ขึ้นอยู่กับข้อตกลงของคู่กรณี ทั้งนี้ บทบัญญัติตรงนี้คงไม่ได้แตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับข้อตกลงของคู่กรณีหรือคู่พิพาท ถ้าไม่ได้ตกลงกันไว้ก็ 3 คน แต่ถ้าตกลงกันไว้ก็เป็นไปตามข้อตกลง

สัญญาอนุญาโตตุลาการ

ความหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น หลักการของกฎหมายเก่ากับกฎหมายใหม่จะคล้ายกัน คือ อนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นโดยสัญญาจากการตกลงโดยใจสมัครของคู่สัญญา อย่างไรก็ตาม กฎหมายใหม่ได้กำหนดบทบัญญัติที่เพิ่มขึ้นมากกว่าเดิม คือ

บทนิยามของสัญญาอนุญาตตุลาการ รายละเอียดเกี่ยวกับหลักฐานของสัญญา หลักเกณฑ์ ความสมบูรณ์ของสัญญาและผลของสัญญา กรณีที่มีการโอนสิทธิเรียกร้องโดยความรับผิดชอบ มีข้อสัญญาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการอยู่ด้วย กฎหมายใหม่บัญญัติให้ข้อตกลงเกี่ยวกับสัญญา อนุญาตตุลาการนั้นผูกพันผู้รับโอนด้วย นอกจากนี้ ยังมีเรื่องการบังคับตามสัญญา อนุญาตตุลาการ และข้อพิพาทที่อาจทำสัญญาอนุญาตตุลาการได้คือข้อพิพาทอะไรบ้าง รายละเอียดจะอยู่ในมาตรา 15 สิ่งที่สำคัญคือ ในมาตรา 15 เป็นการตอบคำถามที่ได้เถียงกัน มานานว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นจะเสนอให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดได้หรือไม่ ซึ่งเมื่อได้พิจารณามาตรา 15 แล้ว จะเห็นได้ว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น คู่สัญญาสามารถตกลงให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดได้

คณะอนุญาตตุลาการ

ตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาตตุลาการนั้นแยกพิจารณาได้ 3 เรื่องดังนี้

เรื่องที่หนึ่ง การตั้งอนุญาตตุลาการ โดยหลักแล้วอนุญาตตุลาการต้องเป็น จำนวนเลขคู่เพื่อแก้ไขปัญหาในทางปฏิบัติ ซึ่งหากเป็นจำนวนเลขคู่แล้วจะทำให้เกิดปัญหายุ่งยากในการที่จะต้องหาผู้มาชี้ขาดอีก นอกจากนี้ เมื่อได้ผู้ที่ชี้ขาดแล้วยังมีปัญหากว่า ก่อนมีคำชี้ขาด ผู้ชี้ขาดจะต้องดำเนินการกระบวนการพิจารณาใหม่หรือไม่ หรือจะยอมรับผลที่ได้พิจารณากันมาแล้ว³

เรื่องที่สอง ความเป็นกลางของอนุญาตตุลาการ กฎหมายกำหนดไว้ว่า อนุญาตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ และต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยในความเป็นกลางและความเป็นอิสระ ข้อเท็จจริงบางอย่างที่อาจจะมองไปถึงความไม่เป็นกลางและความไม่เป็นอิสระ เช่น เป็นญาติหรือรู้จักกับคู่กรณี หรือเคยทำงานกับคู่กรณีมาก่อน ก็ต้องเปิดเผยให้ทราบก่อน

นอกจากนี้ อนุญาตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ ถ้าปรากฏข้อเท็จจริงที่ควรสงสัย ในการคัดค้านคู่พิพาทฝ่ายที่จะคัดค้านจะต้องยื่นหนังสือแสดงเหตุในการคัดค้านต่อ คณะอนุญาตตุลาการภายใน 15 วัน นับแต่ที่รู้ถึงการตั้งอนุญาตตุลาการหรือนับแต่รู้ข้อเท็จจริง ซึ่งเป็นเหตุอันสมควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระ

เรื่องที่สาม การสิ้นสุดของการเป็นอนุญาตตุลาการ อนุญาตตุลาการสิ้นสุดลง เมื่อตายหรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ เช่น การไม่ยอมรับการตั้ง ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ เป็นต้น

³ เสาวนีย์ อัครโรจน์, พ.ร.บ.อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 : ทางแก้ไขใหม่ของการ อนุญาตตุลาการในประเทศไทย, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 32, ฉบับที่ 1, มีนาคม 2545, หน้า 9

ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบหรือไม่ เดิมมีความเห็นแยกเป็น 2 ความเห็น ความเห็นแรก เห็นว่า อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ต้องรับผิดชอบ ความเห็นที่สอง เห็นว่า แม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ แต่อนุญาโตตุลาการก็ต้องรับผิดชอบตามหลักกฎหมายทั่วไป เช่น อาจจะต้องรับผิดชอบทางอาญา ถ้าเข้าองค์ประกอบความผิดทางอาญาหรืออาจจะต้องรับผิดชอบทางละเมิดถ้าจงใจหรือประมาทเลินเล่อและทำให้คู่กรณีเสียหาย⁴

กฎหมายใหม่ปี 2545 แก้ไขปัญหาในเรื่องนี้ โดยกำหนดหลักการไว้ในมาตรา 23 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ว่า อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง ถ้าปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้องตามกฎหมาย เว้นแต่จะกระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียหาย ซึ่งเป็นหลักการเดียวกับหลักความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ส่วนความรับผิดชอบทางอาญานั้น ถ้าเข้าองค์ประกอบความรับผิดชอบทางอาญาก็ต้องรับผิดชอบ เช่น ถ้าเป็นการกระทำในลักษณะที่เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใด ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายเฉพาะฉบับนี้ แต่แม้กฎหมายอนุญาโตตุลาการไม่ได้บัญญัติไว้ หากเข้าองค์ประกอบความผิดทางอาญาก็น่าจะต้องรับผิดชอบทางอาญา หลักการเรื่องความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการนี้ถูกวิจารณ์และตั้งข้อสังเกตว่า จะทำให้บุคคลที่มีความรู้ความสามารถสูงไม่ยอมรับหรือปฏิเสธการเข้าทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการได้⁵

อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติเรื่อง “อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ” ซึ่งเป็นหลักการใหม่ไว้ว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตน รวมถึงวินิจฉัยความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และประเด็นข้อพิพาทอันอยู่ภายในขอบเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งเป็นการแก้ปัญห เพราะเดิมมีอยู่ 2 ความเห็นในประเด็นที่ว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนเองหรือไม่ ความเห็นแรก เห็นว่า อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนเอง เพราะตนมีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น การวินิจฉัยอำนาจน่าจะเป็นอำนาจของศาลมากกว่า ส่วนความเห็นที่สอง เห็นว่า หากเป็นการถกเถียงกันในชั้นอนุญาโตตุลาการสมควรให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสิน เพราะมิฉะนั้นจะเป็นช่องทางให้คู่กรณีประวิงคดีหรือถ่วงเวลาการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการโดยอ้างว่าอนุญาโตตุลาการ

⁴ เสาวนีย์ อัครโรจน์, เพิ่งอ้าง, หน้า 11,12

⁵ เสาวนีย์ อัครโรจน์, เพิ่งอ้าง, หน้า 11,12

ไม่มีอำนาจ จึงสมควรให้อนุญาตตุลาการตัดสินปัญหาดังกล่าวได้เอง หลักการใหม่ได้แก้ไขปัญหานี้ และเพื่อให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าวข้างต้น ได้มีการวางหลักการไว้อีกว่า ข้อสัญญาอนุญาตตุลาการสามารถที่จะแยกออกจากสัญญาหลักได้ คือ แม้สัญญาหลักจะเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์ก็ไม่กระทบกระเทือนถึงข้อสัญญาอนุญาตตุลาการ คือ อนุญาตตุลาการยังทำหน้าที่ต่อไปได้

วิธีพิจารณาชั้นอนุญาตตุลาการ มีหลักการที่สำคัญดังนี้

หลักประการที่หนึ่ง คณะอนุญาตตุลาการต้องให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันและให้โอกาสคู่พิพาทนำเสนอข้อพิพาทหลักฐาน เพื่อเสนอข้อต่อสู้หรือข้ออ้างของตนได้

หลักประการที่สอง อนุญาตตุลาการยึดหลักความตกลงกันของคู่พิพาทสถานที่ในการดำเนินการทางอนุญาตตุลาการจึงเป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกัน หากไม่ได้ตกลงกันกฎหมายจึงกำหนดเอาไว้ว่า ให้คณะอนุญาตตุลาการเป็นผู้กำหนดสถานที่ในการดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ แต่ทั้งนี้ก็กำหนดหลักเอาไว้ด้วยว่า คณะอนุญาตตุลาการจะต้องคำนึงถึงสภาพของข้อพิพาทและความสะดวกของคู่กรณีในการที่จะกำหนดสถานที่ในการดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ

หลักประการที่สาม การเริ่มต้นการดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ เป็นเรื่องที่สำคัญเพราะมีความสัมพันธ์กับการใช้สิทธิเรียกร้อง และระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาตตุลาการในกรณีที่มีการกำหนดให้ต้องเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการนับแต่วันที่เกิดข้อพิพาท⁶ หลักเกณฑ์ในการเริ่มการดำเนินการทางอนุญาตตุลาการเป็นไปตามมาตรา 27 คือ เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้รับหนังสือจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง ขอให้ระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาตตุลาการ จึงถือว่าได้มีการเริ่มการดำเนินการทางอนุญาตตุลาการแล้ว หรือเมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้บอกกล่าวเป็นหนังสือให้กับอีกฝ่ายหนึ่งทราบว่าได้มีการตั้งอนุญาตตุลาการหรือให้ความเห็นชอบในการตั้งอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทนั้น หรือเมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีหนังสือแจ้งข้อพิพาทที่จะระงับต่อคณะอนุญาตตุลาการ ซึ่งกรณีนี้ก็ได้อีกกรณีที่สัญญาอนุญาตตุลาการนั้นได้กำหนดคณะอนุญาตตุลาการไว้แล้ว หรือเมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้เสนอข้อพิพาทต่อหน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาตตุลาการตามที่ตกลงกัน ในทางปฏิบัติจะเสนอข้อพิพาทต่อสถาบัน

⁶ เสาวนีย์ อัครโรจน์, อ้างแล้ว, หน้า 15

อนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ซึ่งในอนาคตศาลปกครองอาจจะมีสถาบันอนุญาโตตุลาการ ที่ว่าด้วยสัญญาทางปกครองเป็นอีกหน่วยงานหนึ่งก็ได้

หลักประการที่สี่ ภาษาที่ใช้ในการระงับข้อพิพาท เนื่องจากสัญญา อนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จะเป็นกรณีของการค้าระหว่างประเทศ ภาษาที่จะนำมาใช้ในการ ระงับข้อพิพาทจึงเป็นสิ่งสำคัญอย่างหนึ่ง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องนี้ไว้ว่าคู่พิพาทสามารถที่จะตกลงกำหนดภาษาที่จะใช้ในการดำเนิน กระบวนพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการได้ หากคู่พิพาทไม่มีข้อตกลง ให้ คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดภาษาที่จะใช้ หลักการนี้นำไปใช้กับข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน คำร้องเป็นหนังสือ การสืบพยาน คำชี้ขาด คำวินิจฉัย โดยสรุป คือ ภาษาที่ใช้ให้เป็นไปตาม ข้อตกลงของคู่พิพาท ถ้าไม่ได้ตกลงกันไว้ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นคนกำหนด หากมีเรื่อง คำแปลเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย กฎหมายได้กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งให้คู่พิพาท แนนคำแปลเอกสารที่คู่พิพาทอ้างเป็นพยานได้

หลักประการที่ห้า การแสดงข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนข้อเรียกร้องหรือ คำคัดค้านและการแก้ไขเพิ่มเติมข้อเรียกร้องหรือคำคัดค้าน กฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ให้ความสำคัญกับเจตนาตามข้อตกลงของคู่พิพาท กล่าวคือ คู่พิพาทสามารถตกลงกันได้ แต่หากคู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้อย่างอื่น กฎหมายจะกำหนดให้คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องมีหน้าที่ ที่จะต้องแสดงข้อเท็จจริงเพื่อมาสนับสนุนข้อเรียกร้องและคำขอบังคับของตน ส่วนคู่พิพาท อีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นฝ่ายที่ถูกเรียกร้องมีหน้าที่ต้องแสดงถึงข้อต่อสู้ของตนในคำคัดค้าน ทั้งนี้ คู่พิพาททั้งสองฝ่ายสามารถแนบเอกสารที่เกี่ยวข้อง และแนบเอกสารบัญชีระบุพยานมาด้วย ก็ได้

สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมข้อเรียกร้องหรือคำคัดค้าน ถ้าคู่พิพาทไม่ได้ตกลง เป็นอย่างอื่น คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถที่จะขอแก้ไขเพิ่มเติมข้อเรียกร้องหรือคำคัดค้าน ในระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็ได้ เว้นแต่คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้ว เห็นว่า การอนุญาตให้มีการแก้ไขนั้นเป็นการไม่สมควร เพราะจะทำให้เกิดความล่าช้าในการ ดำเนินกระบวนพิจารณา

การสืบพยานและฟังคำแถลงการณ์ กฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการใหม่ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้โดยให้ความสำคัญกับเจตนาตามข้อตกลงของคู่พิพาท ทำนอง เดียวกับเรื่อง "การแสดงข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนข้อเรียกร้องหรือคำคัดค้าน" ดังที่กล่าวมาแล้ว ข้างต้น

คำสั่งให้ยุติกระบวนการพิจารณาและการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ

ในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งให้ยุติกระบวนการพิจารณาได้ ถ้าปรากฏว่าคู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องนั้นไม่ยื่นข้อเรียกร้องตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง (อย่างไรก็ตาม ในกรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการอาจจะดำเนินการพิจารณาต่อไป ถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องต้องการให้มีการดำเนินการพิจารณาต่อ) หรือหากคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำคัดค้านตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง แต่การที่คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำคัดค้านนี้ ไม่ถือว่าเป็นการยอมรับตามข้อเรียกร้อง คณะอนุญาโตตุลาการสามารถที่จะดำเนินการพิจารณาต่อไปได้ หรือถ้าคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มาในวันนัดสืบพยานหรือนัดพิจารณาหรือไม่เสนอพยานหลักฐานใด ๆ ให้ คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งขาดต่อไปได้ โดยก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะมีคำวินิจฉัย ออกมานั้น คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจได้สวนได้ตามที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควร ตามมาตรา 31 วรรคสอง

นอกจากนี้ ถ้าไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการสามารถที่จะแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญคนหนึ่งหรือหลายคนเพื่อให้เสนอความเห็นในประเด็นใดประเด็นหนึ่งที่ ต้องชี้ขาดก็ได้ ผู้เชี่ยวชาญสามารถเสนอความเห็นได้เท่านั้น แต่ผู้ที่วินิจฉัยชี้ขาดคือ คณะอนุญาโตตุลาการ

การขอความช่วยเหลือจากศาลในกระบวนการพิจารณา⁷

หลักการเรื่อง “การขอความช่วยเหลือจากศาลในกระบวนการพิจารณา” เป็นหลักการที่มีอยู่ทั้งในกฎหมายเดิม (มาตรา 18) และกฎหมายใหม่ (มาตรา 33) แต่มีความแตกต่างกัน คือ ตามหลักการของกฎหมายใหม่นั้น นอกจากอนุญาโตตุลาการจะมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อขอความช่วยเหลือแล้ว คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอความช่วยเหลือจากศาลได้ด้วย แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าโดยได้รับความยินยอมจากคณะอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมาก

การขอความช่วยเหลือจากศาลตามกฎหมายใหม่ จะขอความช่วยเหลือได้เฉพาะเรื่องการขอให้ศาลออกหมายเรียกพยานหรือขอให้ศาลมีคำสั่งให้ส่งเอกสารหรือวัตถุใดจะขอได้เฉพาะสองเรื่องนี้เท่านั้น กฎหมายเดิมให้สิทธิเฉพาะคณะอนุญาโตตุลาการเท่านั้นที่มีสิทธิที่จะขอความช่วยเหลือจากศาลและขอได้หลายเรื่อง เช่น การออกหมายเรียกพยาน การขอให้ศาลสั่งให้พยานสาบานตน การใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณี

⁷ เสาวนีย์ อัครโรจน์, อ้างแล้ว, หน้า 15

ในระหว่างการพิจารณา หรือการขอให้ศาลสั่งให้มีการชี้ขาด หรือขอให้ศาลชี้ขาดเบื้องต้น ในปัญหาข้อกฎหมายใด แต่กฎหมายใหม่ไม่ได้ให้สิทธิในเรื่องดังกล่าว

คำชี้ขาดและการสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา

กฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการใหม่ได้กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตาม “กฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทของตน” เพื่อให้เป็นไปตามเจตนาของคู่พิพาท และในกรณีที่มีการกำหนดถึงกฎหมายหรือระบบกฎหมายของประเทศที่จะใช้บังคับไว้แล้ว แต่ข้อความที่ตกลงกันนั้นไม่ชัดเจน กฎหมายกำหนดบทสันนิษฐานเอาไว้ให้หมายถึงกฎหมายสารบัญญัติของประเทศนั้น ไม่ใช่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย เพราะไม่เช่นนั้นแล้ว หากบริษัทของไทยเข้าทำสัญญากับบริษัทต่างประเทศ แต่มีการโต้เถียงกันว่าจะเอากฎหมายใดใช้บังคับ ถ้าหลักทั่วไปก็ให้เป็นไปตามหลักการว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กฎหมายอนุญาโตตุลาการใหม่จึงเขียนยกเว้นหลักอันนี้ไว้คือ ให้ใช้กฎหมายสารบัญญัติของประเทศนั้นไม่ใช่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย เหตุผลก็คือ การที่จะนำหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมาใช้บังคับจะมีความยุ่งยากและซับซ้อนกว่ากฎหมายสารบัญญัติ อีกทั้งหลักการนี้ยังสอดคล้องกับความต้องการของนักกฎหมายและนักการค้าหรือนักธุรกิจของต่างประเทศ⁹

ถ้าคู่กรณีหรือคู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้ว่าจะเอากฎหมายใดมาใช้บังคับกับข้อพิพาท คณะอนุญาโตตุลาการต้องชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย เว้นแต่กรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมายก็ให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาจากหลักการว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรนำมาใช้

อย่างไรก็ตาม คู่พิพาทอาจกำหนดไว้ให้คณะอนุญาโตตุลาการใช้ “หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม” ชี้ขาดข้อพิพาทได้โดยไม่ต้องใช้หลักกฎหมายก็ได้ แต่ต้องพิจารณาว่าหลักความสุจริตและเป็นธรรมนั้นคืออะไร และกฎหมายยังกำหนดให้การวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามข้อสัญญา แต่หากเป็นข้อพิพาททางการค้า คณะอนุญาโตตุลาการก็ต้องคำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้าด้วย

วิธีการทำคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ หากคู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันเอาไว้เป็นอย่างอื่น ในเรื่องการทำคำชี้ขาดก็ดี คำสั่งก็ดี หรือคำวินิจฉัยในเรื่องใด ๆ ของคณะอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามเสียงข้างมาก ถ้าไม่อาจหาเสียงข้างมากได้ก็ต้องให้

⁹ เสาวนีย์ อัครโรจน์, อ้างแล้ว, หน้า 17

ประธานคณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ทำคำชี้ขาด มีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยแต่เพียงผู้เดียว ตามมาตรา ๓๕ วรรคหนึ่ง

ถ้าในระหว่างการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทได้ประนีประนอมยอมความกัน คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องยุติกระบวนการพิจารณา หากคู่พิพาทร้องขอและคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อตกลงหรือการประนีประนอมยอมความนั้นไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการก็สามารถทำคำชี้ขาดไปได้ตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความนั้นได้

อย่างไรก็ตาม คำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความจะต้องทำตามรูปแบบเดียวกับคำชี้ขาด กฎหมายกำหนดไว้ให้คำชี้ขาดข้อตกลงประนีประนอมมีสถานะและผลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดที่วินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทในเรื่องประนีประนอมยอมความนั้น

รูปแบบและเนื้อหาของคำชี้ขาด รูปแบบเป็นไปตามหลักทั่ว ๆ ไปว่า ต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของผู้วินิจฉัย คือ คณะอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่มีคณะอนุญาโตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน ให้ลงลายมือชื่อคณะอนุญาโตตุลาการโดยเสียงข้างมาก ไม่จำเป็นต้องลงลายมือชื่อครบทุกคน แต่มีเงื่อนไขว่าจะต้องจดแจ้งเหตุขัดข้องของอนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้ลงลายมือชื่อนั้นไว้ด้วย นอกจากนี้ คำชี้ขาดต้องระบุวัน เดือน ปี และสถานที่ที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดจะคล้ายคำสั่งทางปกครอง คือต้องระบุเหตุผลในการวินิจฉัยทั้งปวงไว้ด้วยโดยชัดเจน และจะชี้ขาดเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำขอของคู่พิพาทไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นคำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความ หรือ เรื่องการกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายหรือค่าป่วยการของอนุญาโตตุลาการ

การสิ้นสุดของการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ

การสิ้นสุดของการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ มาตรา 38 ได้กำหนดให้การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดเมื่อคำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาดของคณะอนุญาโตตุลาการหรือมีคำสั่งให้ยุติกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ เมื่อปรากฏว่า

1) คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องขอถอนข้อเรียกร้อง เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องคัดค้านและคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาเห็นถึงประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องในการที่จะได้รับการวินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทนั้น คณะอนุญาโตตุลาการก็ต้องดำเนินการกระบวนการพิจารณาต่อไป จะยุติกระบวนการพิจารณาไม่ได้

2) คู่พิพาทตกลงกันได้แล้วและขอให้ยุติการพิจารณา

3) คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่จำเป็นต้องดำเนินการกระบวนการพิจารณาหรือไม่อาจดำเนินการกระบวนการพิจารณาต่อไปได้

การขอแก้ไขเพิ่มเติมคำชี้ขาดและการขอให้ตีความคำชี้ขาด

แม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะได้ชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว คู่พิพาทสามารถที่จะร้องขอให้แก้ไขเพิ่มเติมคำชี้ขาดได้ ตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 39 คือ โดยการยื่นคำร้องขอให้แก้ไขข้อผิดพลาดได้ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับคำชี้ขาด โดยเรื่องที่อาจยื่นคำร้องขอให้แก้ไขได้ เช่น เรื่องการคำนวณตัวเลขค่าเสียหาย หรือข้อผิดพลาดที่เกี่ยวกับการพิมพ์ที่ผิดพลาด หรือข้อผิดพลาดเล็กน้อย เพื่อให้คำชี้ขาดนั้นถูกต้อง หรือในกรณีที่เกิดกลไกกันไว้แล้ว คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการตีความ อธิบายข้อความหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของคำชี้ขาดได้ แต่ทั้งนี้ฝ่ายที่ยื่นคำร้องนั้นต้องส่งสำเนาคำร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งด้วย เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่ามีเหตุผลควรก็ให้แก้ไขหรือตีความคำชี้ขาดนั้น โดยคณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับคำร้อง โดยคำตีความหรือคำอธิบายความนี้ ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของคำชี้ขาดด้วย เพราะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมคำชี้ขาด และนอกจากนี้กฎหมายยังให้สิทธิคณะอนุญาโตตุลาการที่จะแก้ไขข้อผิดพลาดได้เองเช่นกัน เช่น กรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการคำนวณตัวเลขผิด พิมพ์ผิดพลาด หรือมีข้อผิดพลาดเล็กน้อยในคำชี้ขาด ก็สามารถแก้ไขได้เองภายใน 30 วันนับแต่วันที่มิคำชี้ขาด

การคัดค้านคำชี้ขาด

หลักการเรื่อง “การคัดค้านคำชี้ขาด” ของอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ “คดีค่าไถ่ทางด่วน” ที่มีการนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครอง การคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเป็นหลักการใหม่ ซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 40 เปิดโอกาสให้คู่พิพาทหรือคู่กรณีสามารถที่จะมาฟ้องคดีคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ ตามกฎหมายเดิมสิทธิของคู่พิพาทมีเพียงไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด เพื่อให้ฝ่ายที่ชนะไปฟ้องศาลให้บังคับตามคำชี้ขาดต่อไป แต่กฎหมายใหม่ให้สิทธิฝ่ายที่แพ้สามารถที่จะเริ่มต้นเองได้ คือ มาฟ้องคัดค้านคำชี้ขาดได้ทันที

มาตรา 40 วางหลักไว้ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ กล่าวคือ ถ้าเป็นสัญญาทางแพ่งให้ร้องขอต่อศาลยุติธรรม ถ้าเป็นสัญญาทางปกครองให้มาร้องต่อศาลปกครองเพื่อให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยมีเงื่อนไขว่าต้องยื่นต่อศาลภายใน 90 วัน นับแต่วันได้รับสำเนาคำชี้ขาด แต่กรณีที่มีการขอให้คณะอนุญาโตตุลาการแก้ไขหรือตีความคำชี้ขาดหรือชี้ขาดเพิ่มเติม ให้นับแต่วันที่ได้มีการแก้ไขหรือตีความคำชี้ขาดหรือทำคำชี้ขาดเพิ่มเติม

หลักคือต้องมายื่นคำร้องต่อศาลภายใน 90 วันนับแต่วันได้รับสำเนาคำชี้ขาด แต่เมื่อมีการร้องต่อศาลให้เพิกถอนไว้ กรณีที่ศาลจะเพิกถอนคำชี้ขาดได้ต้องเข้าองค์ประกอบ 2 เงื่อนไข คือ

(1) คู่พิพาทฝ่ายที่ขอเพิกถอนคำชี้ขาดมีหน้าที่พิสูจน์ว่า คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในความสามารถ หรือพิสูจน์ให้เห็นว่า สัญญานั้นไม่มีความผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือพิสูจน์ว่ามีความบกพร่องในกระบวนการพิจารณา คือ พิสูจน์ว่าไม่ได้มีการแจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าว่ามีการแต่งตั้งคณะอนุญาตตุลาการหรือไม่มีโอกาสที่จะต่อสู้คดี หรือพิสูจน์ว่าคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาตตุลาการอยู่นอกขอบเขตของสัญญาอนุญาตตุลาการ คือ พิสูจน์ว่าคำชี้ขาดนั้นไม่เคยตกลงกันไว้ในสัญญาอนุญาตตุลาการ

อย่างไรก็ตาม ถ้าคำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการที่เกินขอบเขตของอำนาจนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้ว ศาลอาจจะเพิกถอนเฉพาะส่วนที่วินิจฉัยเกินขอบเขตได้ คล้ายกับกรณีสัญญาบางส่วนเป็นโมฆะ ส่วนใดที่ยังใช้ได้ก็บังคับไปตามนั้น และเหตุผลอีกประการหนึ่งที่คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นเพื่อให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาด คือ นำสืบให้ศาลเห็นว่าองค์ประกอบของคณะอนุญาตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการนั้นไม่ได้เป็นไปตามที่ได้ตกลงกันไว้

(2) ในการเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการ เป็นกรณีที่ปรากฏต่อศาลว่า คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะมาระงับได้โดยการอนุญาตตุลาการตามกฎหมายหรือถ้ามีการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ถ้าเข้าเหตุสองประการนี้ ศาลสามารถที่จะเพิกถอนคำชี้ขาดได้ ในเรื่องนี้ผู้บรรยายมีข้อสังเกต 2 ประการ คือ

1) เหตุต่าง ๆ ที่ศาลจะนำมาใช้ในการเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการเป็นเหตุเดียวกับเหตุที่ศาลจะนำมาใช้ปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งจะได้บรรยายต่อไปในเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด

2) ความหมายของข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับได้โดยอนุญาตตุลาการตามกฎหมายมีความหมายเพียงใด เป็นสิ่งที่ต้องไปศึกษาเพิ่มเติม และเหตุใดบ้างที่ศาลมองว่าเป็นเรื่องขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็เป็นสิ่งที่ต้องมาศึกษากันอีกว่ามีขอบเขตความหมายมากน้อยเพียงใด

การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด

โดยหลักแล้วคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น มีผลผูกพันคู่พิพาทหรือคู่กรณี หากคู่พิพาทฝ่ายใดไม่ยอมรับ คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งจะบังคับตามคำชี้ขาดนั้นเองไม่ได้ ต้องไปยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายใน 3 ปี นับแต่วันที่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้ ซึ่งกฎหมายเก่ากำหนดไว้เพียง 1 ปี เท่านั้น แต่กฎหมายใหม่แก้ไขเป็น 3 ปี ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดจะต้องพิสูจน์ให้ได้ถึงสาเหตุที่ศาลจะปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสาเหตุส่วนใหญ่จะมีลักษณะทำนองเดียวกับสาเหตุที่ศาลจะเพิกถอนคำชี้ขาดเมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอตามนัยมาตรา 40 ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว เรื่องค่าธรรมเนียมค่าใช้จ่ายและค่าปฏวการนั้น ถ้าคู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้กำหนด

บทเฉพาะกาล

เป็นกรณีของการรองรับสิ่งที่เกิดขึ้นตามกฎหมายเก่า คือ บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติใหม่นี้ไม่กระทบกระเทือนถึงความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการและการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการใดที่ได้กระทำไปก่อนวันที่กฎหมายใหม่ใช้บังคับ นอกจากนี้สำหรับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการใดที่ยังมิได้กระทำและยังไม่ล่วงพ้นกำหนดเวลาที่จะต้องกระทำตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ก่อนพระราชบัญญัตินี้ ก็ให้ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการนั้นได้ภายในกำหนดเวลาตามที่พระราชบัญญัติใหม่กำหนด

อนุญาโตตุลาการในคดีปกครองของไทย

เมื่อพิจารณาคดีปกครองของไทย คดีพิพาทตามที่ระบุไว้ในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครอง เพื่อให้องค์กรศาลเป็นผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบการกระทำทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งได้แก่ หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองและการใช้อำนาจทางปกครองจะต้องอยู่ในอำนาจของศาลปกครองเท่านั้น จะตกลงให้บุคคลภายนอกคนใดคนหนึ่งหรืออนุญาโตตุลาการมาเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดไม่ได้เพราะเป็นการขัดกับ “หลักการรับประกันความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชน” ซึ่งตรงกับแนวความคิดของกฎหมายเยอรมันที่รองรับและคุ้มครองเรื่องสิทธิและเสรีภาพพื้นฐานของประชาชนไว้ในกฎหมายพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ในกรณีของประเทศไทยเทียบได้กับมาตรา 27 และมาตรา 276 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย การที่ยอมรับให้อนุญาโตตุลาการมาชี้ขาดคดีปกครองนั้น จึงน่าจะขัดกับ “หลักการรับประกันความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชน” และเป็นการไม่ถูกต้องที่จะนำประโยชน์สาธารณะให้เอกชนเป็นคนตัดสินหาความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์เอกชน

อย่างไรก็ตาม ในคดีพิพาทตามมาตรา 9 นั้น รวมถึงคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองด้วย ซึ่งในส่วนของคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง คู่กรณีจะตกลงมอบข้อพิพาทในคดีปกครองลักษณะดังกล่าวให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดได้หรือไม่ นั้น แยกพิจารณาได้ดังนี้

1) กรณีก่อนที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จะใช้บังคับ ถ้าพิจารณาสัญญาจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งได้กำหนด “แบบของสัญญาจ้าง” ไว้ และใน “แบบของสัญญาจ้าง” ทำระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ นี้เอง ได้กำหนดเรื่องการระงับพิพาทโดยอนุญาตตุลาการไว้ในข้อ 21 ซึ่งเป็นสิ่งที่ชี้ให้เห็นว่า ก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ อนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองนั้นมีได้ และนอกจากนี้ “คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์” ซึ่งเป็นองค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่ชี้ขาดคดีปกครองของไทยในขณะนั้น ได้เคยวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับข้อตกลงว่าด้วยอนุญาตตุลาการไว้แล้ว ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ 56/2528 เรื่อง สาทรบริดจ์ จอยท์เวนเจอร์ ร้องทุกข์ขอความเป็นธรรมในกรณีก่อสร้างสะพานสมเด็จพระเจ้าตากสินมหาราช โดยสาทรบริดจ์ จอยท์เวนเจอร์ ร้องทุกข์กรมโยธาธิการไม่ส่งมอบพื้นที่ในการก่อสร้างภายในกำหนดเวลาและทำผิดสัญญาเป็นเหตุให้งานก่อสร้างล่าช้า สาทรบริดจ์ จอยท์เวนเจอร์ จึงร้องทุกข์ขอต่ออายุสัญญาและขอเรียกค่าเสียหาย กรมโยธาธิการอนุญาตให้ขยายระยะเวลาบางส่วนและไม่ยอมรับผิดชอบในค่าเสียหาย บริษัทฯ จึงขอให้ส่งเรื่องนี้ให้อนุญาตตุลาการพิจารณาเพราะบริษัทฯ ผู้ร้องทุกข์ได้ตั้งอนุญาตตุลาการฝ่ายของผู้ร้องทุกข์เรียบร้อยแล้ว แต่กรมโยธาธิการไม่ยอมตั้งอนุญาตตุลาการของตนให้แล้วเสร็จตามสัญญา คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์พิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อกรมโยธาธิการเป็นคู่สัญญาแทนรัฐ รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อสัญญา กรมโยธาธิการจึงต้องผูกพันตามสัญญาและมีหน้าที่ต้องตั้งอนุญาตตุลาการตามข้อสัญญา คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จึงมีข้อเสนอแนะให้นายกรัฐมนตรีพิจารณาคัดเลือกบุคคลที่เหมาะสมเป็นอนุญาตตุลาการฝ่ายรัฐบาล แล้วแจ้งรายชื่อให้กรมโยธาธิการดำเนินการต่อไป คำวินิจฉัยที่ 56/2528 แสดงให้เห็นว่า คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ยอมรับเรื่องข้อตกลงว่าด้วยอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครอง

2) หลังจากที่มีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ใช้บังคับ ในระยะเริ่มต้นของการจัดตั้งศาลปกครองยังไม่มีคำพิพากษาของศาลปกครองวินิจฉัยว่า ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง คู่กรณีจะตกลงหรือมีข้อสัญญาให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทได้

หรือไม่ กระทรวงยุติธรรมเองมีความตื่นตัวในเรื่องนี้ จึงได้จัดสัมมนาขึ้นเมื่อวันที่ 23 มิถุนายน 2543 ซึ่งสรุปแนวความเห็นของนักกฎหมายไทยได้ 3 ความเห็นด้วยกัน⁹ คือ

ความเห็นแรก เห็นว่า สัญญาทางปกครองไม่อาจมีข้อสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการได้ เพราะสัญญาทางปกครองเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะ จะให้บุคคลภายนอกมาชี้ขาดตัดสินเกี่ยวกับข้อพิพาทสัญญาทางปกครองจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ และหลักความรับผิดชอบในการปฏิบัติทางราชการนั้นจะเสียไป เพราะการที่สัญญาทางปกครองกำหนดให้มือนอนุญาโตตุลาการจะทำให้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของส่วนราชการนั้น ไม่เป็นของส่วนราชการอีกต่อไป อธิบดีจะไม่ต้องรับผิดชอบ รัฐมนตรีก็จะไม่ต้องรับผิดชอบอีกต่อไป คนที่รับผิดชอบคืออนุญาโตตุลาการซึ่งขัดกับหลักความรับผิดชอบทางราชการ อีกเหตุผลหนึ่ง คือ โดยทั่วไปอนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยเฉพาะข้อสัญญาเท่านั้น โดยไม่คำนึง และให้ความสำคัญกับหลักกฎหมายปกครอง โดยเฉพาะหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง ที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองจะแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยอาศัยเงื่อนไขหรือเหตุผลที่ว่าเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องชดใช้ค่าทดแทนหรือค่าเสียหายให้แก่เอกชน

ความเห็นที่สอง เห็นว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น สามารถตกลงให้มือนอนุญาโตตุลาการได้ เพราะตามมาตรา 5 ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการปี 2530 ที่บัญญัติว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาหรือข้อตกลงในสัญญาที่คู่กรณีตกลงเสนอข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ไม่ว่าจะมีการกำหนดตัวผู้ซึ่งจะเป็นอนุญาโตตุลาการหรือไม่ก็ตาม บทบัญญัติมาตรานี้ยังมีผลใช้บังคับอยู่ทั้งก่อนและหลังการจัดตั้งศาลปกครอง เหตุผลที่มาตรา 5 ใช้คำว่า “ข้อพิพาททางแพ่ง” ก็เพื่อต้องการแยกให้ชัดเจนว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องทางแพ่งเท่านั้นมิใช่เรื่องทางอาญา เดิมยังไม่มีศาลปกครอง ศาลยุติธรรมก็รับพิจารณาพิพากษาคดีปกครองโดยเข้าใจว่า ข้อพิพาททางแพ่งตามมาตรา 5 นี้ หมายความว่ารวมถึง ข้อพิพาททางปกครองด้วย ศาลยุติธรรมพิจารณาคดีปกครองอยู่โดยไม่เกิดปัญหาแต่อย่างใด และเดิมสัญญาทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรมก็มีข้อสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการได้ เช่น สัญญาก่อสร้างทางด่วน โดยไม่มีผู้โต้แย้งว่าอนุญาโตตุลาการจะชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

⁹ สรุปจากรายงานการสัมมนา เรื่อง “มุมมองร่วมระหว่างนักกฎหมายเอกชนและมหาชนเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองกับอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ” จัดโดย สำนักงานอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม วันที่ 23 มิถุนายน 2543, บทบันทึกถ้อย เล่ม 5 ตอน 3, หน้า 144-168, ตอน 4, 2543, หน้า 119-166

ไม่ได้ และหากพิจารณาในด้านของการลงทุนทางการค้าสมควรจะมีข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองได้ มิฉะนั้นต่างประเทศจะไม่มาลงทุนในประเทศไทย

ความเห็นที่สาม เห็นว่า โดยหลักแล้วคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไม่อาจมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ ยกเว้นสัญญาทางปกครองบางประเภทที่ไม่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ เช่น สัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุบางประเภท เช่น ซื้อโต๊ะ เก้าอี้ ของหน่วยงาน หรือสัญญาที่เกี่ยวกับการพาณิชย์ อุตสาหกรรม หรือสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ความเห็นฝ่ายที่สามยังเห็นว่า อนุญาโตตุลาการที่จะมาทำหน้าที่ชี้ขาดนั้นต้องมีคุณสมบัติพิเศษ คือ ต้องมีความรู้เกี่ยวกับกฎหมายปกครองและมีความรู้เกี่ยวกับหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง เพราะจะเป็นผู้ทำหน้าที่ชี้ขาด นอกจากนี้ ยังมีความเห็นว่า มิได้เฉพาะในเรื่องที่ไม่กระทบต่อ “หลักการใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายปกครอง” เช่น ให้มีอนุญาโตตุลาการได้ในเรื่องเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายหรือค่าทดแทนในสัญญาเท่านั้น เรื่องอื่นจะมาชี้ขาดมิได้ เช่น การเวนคืนมีอนุญาโตตุลาการได้ แต่ต้องมาชี้ขาดเฉพาะเรื่องค่าทดแทนเท่านั้น จะพิจารณากระบวนการเวนคืนว่าชอบหรือไม่นั้นไม่ได้ เพราะเรื่องดังกล่าวเป็นหน้าที่ของศาลปกครองที่จะต้องตัดสิน

อย่างไรก็ตาม เมื่อจัดตั้งศาลปกครองและมีคำพิพากษาของศาลปกครองแล้ว ศาลปกครองได้ตัดสินยอมรับให้มีได้ ในคดีหมายเลขดำที่ 2371/2544 คดีหมายเลขดำที่ 1454/2544 ปัญหาต่าง ๆ มายุติ เมื่อมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการใหม่ปี 2545 ใช้บังคับโดยในมาตรา 15 ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการนั้นมีได้ในสัญญาทางปกครอง

บทบาทของศาลปกครอง

กฎหมายอนุญาโตตุลาการใหม่ได้กำหนดบทบาทหรือภาระหน้าที่ไว้ให้ศาลปกครองเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการในกรณีใดบ้างนั้นอาจพิจารณาได้ ในมาตรา 14 มาตรา 16 มาตรา 18 มาตรา 20 มาตรา 21 มาตรา 24 มาตรา 33 ซึ่งผู้บรรยายได้สรุปไว้ทั้งหมดแล้วในเอกสารประกอบการบรรยายว่าเรื่องไหนบ้างที่ศาลปกครองเข้าไปมีบทบาทและทำให้ศาลปกครองมีภาระหน้าที่ที่จะต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมาตราที่สำคัญคือ มาตรา 40 กรณีคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการและมาตรา 41 ถึงมาตรา 45 กรณีการบังคับตามคำชี้ขาด แต่ทั้งนี้ ยังมีสิ่งที่ต้องศึกษา ค้นคว้า และวิจัยกันต่อไปอีก เช่น ความหมายของคำว่า “คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย” และ “การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” บทบัญญัติในส่วนนี้ กฎหมายอนุญาโตตุลาการได้

บัญญัติไว้ค่อนข้างกว้าง เรื่องดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่นักกฎหมายโดยเฉพาะตุลาการศาลปกครอง จะต้องศึกษาค้นคว้าวิจัยเพื่อนำไปใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีในเรื่องนี้ต่อไป

เรื่องอื่น ๆ

การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง

เอกสารจากการประชุมใหญ่ทางวิชาการ ครั้งที่ 7

ของสมาคมศาลปกครองสูงสูदनานาชาติ

ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ

สมาคมศาลปกครองสูงสูदनานาชาติ (Association internationale des hautes juridictions administratives – AIHJA) ก่อตั้งเมื่อปี ค.ศ. 1983 ปัจจุบันมีประเทศต่าง ๆ เป็นสมาชิกถาวร 48 ประเทศ และมีประเทศผู้สังเกตการณ์และประเทศที่ได้รับเชิญให้ร่วมกิจกรรมอีกกว่า 32 ประเทศ รวมทั้งสิ้นราว 80 ประเทศ

AIHJA มีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมความร่วมมือระหว่างศาลปกครองประเทศต่าง ๆ และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว สมาคมฯ ได้ริเริ่มให้กำลังใจและทำการศึกษาปัญหากฎหมาย เผยแพร่หรือสนับสนุนการเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการ รวมทั้งข้อมูลเกี่ยวกับโครงสร้าง วิธีพิจารณา และแนวคำพิพากษาของศาลปกครองของประเทศสมาชิกแก่บรรดาสมาชิกและบุคคลอื่นที่สนใจ นอกจากนี้ สมาคมฯ ยังจัดให้มีการประชุมใหญ่ทางวิชาการ (Congrès) ทุก ๆ 3 ปี

ในปีนี้เป็นการประชุมใหญ่ทางวิชาการครั้งที่ 7 ซึ่งจัดขึ้น ณ กรุง Dakar เมืองหลวงของประเทศ Sénégal ในหัวข้อ “การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง” (La protection des droits et libertés de l'individu par le juge administratif)

ศ.ดร.อัคราทร จุฬารัตน ประธานศาลปกครองสูงสุดได้ให้ความสำคัญแก่ความร่วมมือทางวิชาการกับต่างประเทศและองค์กรระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก จึงได้นำคณะผู้แทนของศาลปกครองไทยเดินทางไปร่วมการประชุมดังกล่าว โดยคณะผู้แทนประกอบไปด้วย รองประธานศาลปกครองสูงสุด (รศ.ดร.โกคิน พลกุล) อธิบดีศาลปกครองกลาง (รศ.ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์) และตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองกลาง¹ (ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ) รวมทั้งหมด 4 ท่าน

¹ เอกสารจากการประชุมใหญ่ทางวิชาการ ครั้งที่ 7 ของสมาคมศาลปกครองสูงสูदनานาชาติ ที่กรุง Dakar ประเทศ Sénégal ระหว่างวันที่ 22-26 เมษายน 2544 พิมพ์ครั้งแรกในวารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 1 ฉบับที่ 3 (กันยายน – ธันวาคม 2544)

² รองอธิบดีศาลปกครองกลาง

³ ตำแหน่งในขณะนั้น

การประชุมใหญ่ของสมาคมฯ ถือเป็นการประชุมระหว่างประเทศที่สำคัญ เพราะมีสมาชิกเข้าร่วมเป็นจำนวนมาก และโดยปกติประธานศาลปกครองสูงสุดของแต่ละประเทศจะเข้าร่วมประชุม ในการประชุมครั้งนี้ ฯพณฯ Abdoulaye WADE ประธานาธิบดีของประเทศ Sénégal ได้ให้เกียรติมากกล่าวเปิดประชุม และนายกรัฐมนตรี Mme. Mame Madior BOYE มาทำพิธีปิดการประชุม

คณะผู้แทนของศาลปกครองไทยได้จัดส่งรายงานเกี่ยวกับความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครองให้แก่ที่ประชุมตามระเบียบและเนื่องจากศาลปกครองไทยเป็นศาลที่จัดตั้งขึ้นใหม่ จึงได้จัดทำเอกสารแนะนำศาลปกครองไทย และเอกสารเกี่ยวกับโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองไทยมอบให้แก่ฝ่ายเลขานุการของสมาคมฯ และประเทศสมาชิกด้วย

การประชุมได้เริ่มโดย Mr. Ousmane CAMARA ประธานสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ประเทศ Sénégal กล่าวรายงานต่อที่ประชุม และประธานาธิบดีกล่าวสุนทรพจน์เปิดประชุม จากนั้นได้มีการจัดแบ่งผู้เข้าร่วมประชุมออกเป็น 3 กลุ่มย่อยเพื่ออภิปรายปัญหา โดยประธานศาลปกครองสูงสุดและรองประธานศาลปกครองสูงสุดได้เข้าร่วมประชุมและอภิปรายในกลุ่มที่ 1 ในหัวข้อ “การใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน : หลักประกันและข้อจำกัด” (L'exercice des droits et libertés individuels : garanties et limites)

อธิบดีศาลปกครองกลางได้เข้าร่วมประชุมและอภิปรายในกลุ่มที่ 2 ในหัวข้อ “ศาลปกครองกับสิทธิของพลเมือง สิทธิทางการเมือง และสิทธิทางเศรษฐกิจ” (Le juge administratif et les droits civils politiques et économiques) และตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองกลาง ได้เข้าร่วมประชุมและแสดงความคิดเห็นในกลุ่มที่ 3 ในหัวข้อ “คนต่างด้าวกับศาลปกครอง” (L'étranger devant le juge administratif)

การประชุมกลุ่มย่อยใช้เวลา 2 วัน โดยเลขานุการของแต่ละกลุ่มเป็นผู้เสนอผลการประชุมเป็นรายงานต่อที่ประชุมใหญ่ เพื่อให้การรับรองและจะมีการจัดพิมพ์เป็นรายงานผลการประชุมใหญ่ครั้งที่ 7 ต่อไป

การประชุมใหญ่ครั้งที่ 7 นี้ นับเป็นประโยชน์ต่อศาลปกครองไทยเป็นอย่างมาก เพราะสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญของประเทศไทยฉบับปัจจุบันได้เขียนรับรองไว้อย่างชัดเจนและได้กำหนดให้มืองค์กรต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว ศาลปกครองไทยจะได้รับประโยชน์จากการเรียนรู้หลักกฎหมายและกลไกวิธีพิจารณาคดีของต่างประเทศที่พัฒนาไปเป็นอย่างมาก นอกจากนั้น ยังถือเป็นโอกาสดีที่คณะผู้แทนของศาลปกครองไทยจะได้สร้างความสัมพันธ์กับผู้แทนศาลปกครองของประเทศต่าง ๆ เพื่อ

ประโยชน์ในการติดต่อสื่อสาร และการแลกเปลี่ยนความร่วมมือและช่วยเหลือในทางวิชาการ และด้านอื่น ๆ ต่อไปในอนาคต

การประชุมใหญ่ทางวิชาการครั้งที่ 8 จะจัดขึ้นในปี ค.ศ. 2004 ที่ประเทศสเปน ในหัวข้อที่คณะกรรมการของ AIHJA จะได้กำหนดต่อไป

เพื่อให้ได้รับประโยชน์ยิ่งจากการประชุมใหญ่ครั้งนี้ วารสารวิชาการศาลปกครอง เห็นว่าเอกสารในการประชุมดังกล่าวเป็นเอกสารที่มีคุณค่าทางวิชาการ จึงได้จัดให้มีการแปล เอกสารดังกล่าวจากภาษาฝรั่งเศสเป็นภาษาไทยเพื่อเผยแพร่ 3 ชุด คือ

1. คำกล่าวของ Mr. Ousmane CAMARA ประธานสภาแห่งรัฐของประเทศ เซเนกัลในพิธีเปิดประชุมครั้งที่ 7
- 2.สุนทรพจน์ของ ฯพณฯ Abdoulaye WADE ประธานาธิบดีของประเทศ เซเนกัลในพิธีเปิดประชุมครั้งที่ 7
3. การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง รายงานสรุป ประกอบการประชุมครั้งที่ 7

**คำกล่าวของ Mr. Ousmane CAMARA ประธานสภาแห่งรัฐของประเทศเซเนกัล
ในพิธีเปิดประชุม ครั้งที่ 7 ของสมัชชาศาลปกครองสูงสุดนานาชาติ
23 เมษายน 2001**

ท่านประธานาธิบดี

หลังจากท่านได้สาบานตนและเข้ารับตำแหน่งประธานาธิบดีเมื่อ 3 สัปดาห์ที่ผ่านมา ไม่เพียงแต่ท่านจะได้ยืนยันข้อตกลงในหนังสือถึงนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ 21 เมษายน 2000 ถึงการจัดประชุมครั้งที่ 7 ของสมัชชาศาลปกครองสูงสุดนานาชาติ ณ เมือง Dakar ท่านยังได้ให้นโยบายที่ชัดเจนแก่รัฐบาลในการดำเนินการต่าง ๆ รวมทั้งความสนับสนุนทางการเงินเพื่อให้การจัดการประชุมครั้งนี้ประสบความสำเร็จ นอกจากนี้ ท่านยังได้ขอความช่วยเหลือทางการเงินจากองค์กรความร่วมมือระหว่างประเทศต่าง ๆ อีกทั้งท่านยังได้ให้เกียรติอยู่กับพวกเราในขณะนี้แม้ว่าท่านจะมีภารกิจมากมายก็ตาม

ความเอื้อเฟื้อของท่านไม่ได้ทำให้พวกเราแปลกใจ พวกเราทราบดีว่าตำแหน่งหน้าที่ของท่านไม่ทำให้ท่านลืมความสัมพันธ์ที่มีต่อพวกเรานักกฎหมายในฐานะที่ท่านเป็นทนายความ นอกจากนั้น ท่านยังให้เกียรติวงการนักกฎหมายของเราด้วยการเชิญผู้แทนของวงการนักกฎหมาย คือ Madame Mame Madior BOYE ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกาไปเป็นนายกรัฐมนตรี

ในนามของสมัชชาศาลปกครองสูงสุดนานาชาติซึ่งผมได้รับเกียรติให้เป็นประธาน ขอแสดงความขอบคุณเป็นอย่างยิ่งต่อท่านประธานาธิบดีและผู้ที่มีส่วนร่วมในการประชุมครั้งนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐบาลของท่าน รัฐบาลฝรั่งเศส และองค์การว่าด้วยการส่งเสริมการใช้ภาษาฝรั่งเศส

ท่านนายกรัฐมนตรี
ท่านสมาชิกของรัฐบาล
ท่านเอกอัครราชทูต
แขกผู้มีเกียรติ
ผู้เข้าร่วมประชุม

แปลโดย สุริย์ เผ่าสุทธาวาร น.บ. (ธรรมศาสตร์), D.E.A. de droit public (Limoges),
สำนักส่งเสริมงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง ตรวจคำแปลโดย ดร.ประสพ พงษ์สุวรรณ

นอกจากจะกล่าวต้อนรับทุกท่านแล้ว ผมขอขอบคุณสมาคมศาลปกครองสูงสูดนานาชาติที่ได้เลือกเมือง Dakar เพื่อจัดการประชุมครั้งที่ 7

การจัดการประชุมครั้งนี้ถือเป็นเกียรติอย่างยิ่งต่อสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ของประเทศเซเนกัล ต่อกระบวนการยุติธรรม และโดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อระบอบประชาธิปไตยในประเทศของเรา ผมขอขอบคุณท่านที่ได้เข้าร่วมในการประชุมครั้งนี้กันเป็นจำนวนมาก ซึ่งประกอบไปด้วยประเทศต่าง ๆ ราว 50 ประเทศ จาก 4 ทวีป แอฟริกา อเมริกา เอเชีย และยุโรป ซึ่งมีความแตกต่างอย่างมากทั้งทางภูมิศาสตร์และระบบกฎหมายซึ่งเป็นแหล่งที่จะได้ศึกษาและแลกเปลี่ยนความรู้กัน ศาลปกครองสูงสูดของ 22 ประเทศและศาลยุติธรรมสหภาพยุโรปได้ส่งผู้แทนเข้าร่วมประชุม ประเทศต่าง ๆ เหล่านี้บ้างก็มีศาลปกครองในระบบ romano-germanique บ้างก็เป็นระบบ anglo-saxon ซึ่งบางประเทศก็อยู่ในระบบศาลคู่ บางประเทศก็อยู่ในระบบศาลเดี่ยว การประชุมครั้งนี้ทำให้ผมเห็นความมีชีวิตชีวาของสมาคมของเรา

การเลือกที่จะประชุมปรึกษากันในหัวข้อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง เรามีความเสี่ยงถึง 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรกจะเป็นการพิจารณาในหัวข้อที่มีการพิจารณากันมาแล้วบ่อยครั้ง และประการที่สองเป็นหัวข้อที่ปัญหาต่าง ๆ ได้ถูกศึกษาและวิจัยกันมาจนเกือบหมดแล้ว แต่กระนั้นก็ตาม หัวข้อนี้นับเป็นโอกาสที่เราจะได้ประเมินตัวเองว่าเราอยู่ในจุดใดในเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

ตั้งแต่แนวความคิดเรื่อง “นิติรัฐ” ได้เกิดขึ้นในทฤษฎีกฎหมายของเยอรมันเมื่อปลายศตวรรษที่ 19 แนวความคิดดังกล่าวกลายเป็นมาตรฐานหรือข้อเรียกร้องที่กระจายไปทั่วโลก ถ้าเราผ่านถ้อยคำที่มีลักษณะเป็น “รูปแบบ” ที่คนรู้จักในช่วงต้นไปสู่คำจำกัดความในทางเนื้อหาของคำว่า “นิติรัฐ” จะพบว่า ในนิติรัฐนั้นได้จัดวางศาลปกครองไว้ที่ศูนย์กลางของระบบนิติรัฐ แม้วานิติรัฐจะมีลักษณะที่สามารถแสดงออกได้หลายรูปแบบและมีลักษณะที่ต่างกันออกไป เช่น หลัก rule of law ของอังกฤษ หรือหลัก due process of law ของสหรัฐอเมริกา นิติรัฐในปัจจุบัน คือ รัฐที่หน่วยงานทางปกครองต้องอยู่ภายใต้กฎหมายโดยมีการควบคุมโดยองค์กรศาล จะเห็นว่าองค์กรของศาลได้มีการพัฒนาอย่างมากในระยะเวลาสั้น ๆ ขณะเดียวกัน เครื่องมือและวิธีการทำงานของหน่วยงานของรัฐก็มีการพัฒนาให้มีความหลากหลายขึ้นและความต้องการเสรีภาพของบุคคลก็เพิ่มขึ้นอย่างมาก การเปลี่ยนแปลงในสาระทั้ง 3 ประการ ดังกล่าว ในปัจจุบันเป็นเหตุผลที่ว่าทำไมจึงต้องมีการวิเคราะห์อีกครั้งหนึ่งถึงบทบาทและตำแหน่งแห่งที่ของศาลปกครองในการปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเป็นหัวข้อในการประชุมครั้งนี้

การหาบทบาทและตำแหน่งของศาลปกครองในเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพนั้นจะสัมฤทธิ์ผลได้ก็ต่อเมื่อพิจารณาประกอบกับหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองซึ่งบทบาทของศาลในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองนี้เองที่จะเป็นตัวกำหนดขอบเขตของฝ่ายปกครองที่ได้รับมอบภารกิจให้ปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์สาธารณะซึ่งบางครั้งการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวก็อาจจะเมิดสิทธิของบุคคล

ความคิดแบบเสรีนิยมเชื่อว่า เมื่อรัฐต้องการทำสิ่งที่ดี รัฐทำได้ไม่ดี แต่ถ้ารัฐต้องการทำในสิ่งที่ไม่ดี รัฐกลับทำได้ดี (Selon la pensée libérale, quand l'Etat fait du bien, il le fait mal, et quand l'Etat fait du mal il le fait bien)

รายงานที่เสนอในการประชุมครั้งนี้แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองพยายามที่จะปรับบทบาทให้อยู่ในตำแหน่งที่จะสามารถปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ ซึ่งดูเหมือนว่าสิ่งที่ศาลปกครองทั้งหลายมีหลักการร่วมกัน คือ รักษาระดับของการควบคุมการใช้อำนาจมหาชนไม่ให้หย่อนยานเกินไปเพื่อที่จะไม่เปิดโอกาสให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ และไม่เคร่งครัดเกินไปจนเป็นอุปสรรคขัดขวางการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง

แต่บทบาทนี้ทำให้ศาลปกครองต้องเผชิญกับความท้าทายอย่างน้อย 3 ประการ

1. เป็นเวลานานแล้วที่ศาลปกครองแสดงบทบาทเกือบผู้เดียวในการปกป้องเสรีภาพของประชาชน แต่ปัจจุบันต้องมีการเผชิญกับการแข่งขันอย่างสูงจากศาลอื่น ๆ และศาลปกครองมักได้รับอิทธิพลจากแหล่งต่าง ๆ จากภายนอกและบางครั้งก็มีความเหนือกว่าและตั้งแต่มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นในหลายประเทศจะเห็นว่าศาลนี้มีบทบาทสำคัญมากขึ้นในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

เช่นเดียวกัน กฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศระดับสากลหรือระดับภูมิภาคล้วนเป็นแหล่งที่มาที่สำคัญของหลักสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แม้ศาลปกครองยังคงเป็นศูนย์กลางในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่ศาลปกครองก็มีข้อจำกัดหลักแต่ผู้เดียวอีกต่อไป

2. ความหมายและระบบกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพมีการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงไปมากจนไม่อาจจำกัดหรือผูกพันไว้กับอำนาจของศาลปกครองเท่านั้น เพราะในระยะแรก เสรีภาพของประชาชนเป็นสิทธิและเสรีภาพที่กำหนดโดยกฎหมายหรือระเบียบถ้าหน่วยงานของรัฐฝ่าฝืนก็จะถูกควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครอง การวิวัฒนาการในปัจจุบันเน้นในเรื่องสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเป็นสำคัญ ซึ่งสิทธิและเสรีภาพชนิดใหม่นี้ได้เปลี่ยนจากเสรีภาพตามความหมายดั้งเดิม โดยได้รวมสิทธิและเสรีภาพซึ่งปัจเจกชนสามารถใช้ได้ใน

ระหว่างปัจเจกชนกับนิติบุคคล ซึ่งความเปลี่ยนแปลงในคำจำกัดความของสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวย่อมมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงในองค์กรของศาลที่ทำหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพด้วย

เสรีภาพขั้นพื้นฐานได้แทรกเข้าไปในทุกสาขากฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญและองค์กรศาลต่าง ๆ แม้ว่าศาลปกครองจะเรียนรู้มากขึ้นจากการเกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพตามแนวความคิดใหม่นี้ แต่ศาลปกครองก็มีใช้ผู้ปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแต่เพียงผู้เดียวอีกต่อไป

3. มีการใช้อำนาจมหาชนในรูปแบบและวิธีการที่แตกต่างและซับซ้อนมากขึ้น ส่งผลให้มีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมากขึ้นและยับยั้งมากขึ้น เป็นหน้าที่ของศาลปกครองที่จะต้องยกมาตรฐานในการควบคุมหน่วยงานทางปกครองเพื่อให้การควบคุมเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

ความท้าทายเหล่านี้ทำให้เกิดจินตนาการและความคิดสร้างสรรค์ของศาลปกครอง และเป็นเรื่องที่น่าประหลาดใจ คือ การคุ้มครองสิทธิของประชาชนจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับการพัฒนาก้าวหน้ามากขึ้นทุกที

อย่างไรก็ตาม เราอาจกล่าวยืนยันได้โดยไม่ต้องไปเสียเวลาพูดถึงคำพิพากษาที่ดีหรือไม่ดีสำคัญมากหรือสำคัญน้อยว่า เราพบความพยายามของศาลปกครองที่จะค้นหาความสมดุลระหว่างความศักดิ์สิทธิ์ของอำนาจรัฐกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งความหลากหลายของระบบกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลแสดงให้เห็นบทบาทของศาลปกครองว่ามีอยู่เพียงใด และด้วยสภาวะแวดล้อม 3 ประการที่แตกต่างกันทางการเมือง เศรษฐกิจ วัฒนธรรม ของประเทศต่าง ๆ นี้เองที่เราจะนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการประเมินอย่างเป็นภาวะวิสัยผลงานของศาลปกครอง

ประการแรก บางประเทศมีระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยมาเก่าแก่ ในขณะที่ประเทศอื่น ๆ อยู่ในการระหว่างการสร้างประชาธิปไตย หรืออยู่ในระหว่างการเปลี่ยนแปลงเป็นระบอบประชาธิปไตย ในกรณีแรก ศาลจะตรวจสอบเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพเป็นไปในทางที่ดีขึ้น ซึ่งสิทธิเสรีภาพเป็นส่วนหนึ่งของมรดกที่มั่นคงทางกฎหมายร่วมกันของประชาชน ในขณะที่กรณีที่สอง เป็นเรื่องของการพยายามที่จะรับรองหรือทำให้มีขึ้นเป็นครั้งแรกซึ่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งบางประเภทเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

ประการที่สอง ศาลปกครองในบางประเทศพัฒนาไปในสภาวะแวดล้อมทางเศรษฐกิจของประเทศที่มั่นคง ในขณะที่ในประเทศอื่น ๆ ศาลปกครองดำเนินบทบาทไปใน

สภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจที่ไม่มั่นคง ซึ่งเป็นเรื่องธรรมดา แม้จะเป็นเรื่องที่น่าเสียใจว่า เนื้อหาและผลของคำพิพากษาที่ออกมาในสถานการณ์ที่ต่างกันจะมีความแตกต่างกันมาก

ประการสุดท้าย เป็นเรื่องสำคัญที่จะต้องคำนึงถึงสภาวะแวดล้อมทางวัฒนธรรม ในการอธิบายถึงความแตกต่างกันของคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในประเทศที่อำนาจรัฐคลายความศักดิ์สิทธิ์ลง และประชาชนนิยมใช้สิทธิทางศาลมักทำให้เกิดการขยายตัวของจำนวนคดีปกครอง ซึ่งเป็นกรณีของประเทศในแถบเหนือเส้นศูนย์สูตร ตรงกันข้ามกับประเทศทางใต้ การที่ประชาชนไม่รู้ถึงสิทธิของตน และความกลัวในความรุนแรงที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำของหน่วยงานทางปกครองก่อให้เกิดผลในทางตรงข้าม กล่าวคือ จะมีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนบ่อยครั้ง และคดีปกครองจะมีน้อยมากทั้งในเชิงคุณภาพและปริมาณ

กล่าวโดยทั่วไป แม้จะมีข้อจำกัดและความไม่พอเพียงในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองพยายามค้นหาจุดสมดุลในการทำหน้าที่ โดยท่ามกลางความก้าวหน้าในวิธีการและเทคนิคในการควบคุมนิติกรรมทางปกครองจะสังเกตเห็นแนวโน้มใหม่ที่จะให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากกว่าความศักดิ์สิทธิ์ของการกระทำของฝ่ายปกครอง เช่นเดียวกัน กฎหมายปกครองเริ่มที่จะกลายเป็นกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพพื้นฐานมากกว่าที่จะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็นแนวทางที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในความพยายามที่จะสร้างหลักกฎหมายทั่วไป โดยการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของนิติกรรมทางปกครอง และการนำหลักว่าด้วยศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ หลักความไว้เนื้อเชื่อใจโดยสุจริต หลักความระมัดระวัง หลักว่าด้วยเหตุผลจำเป็นทางมนุษยธรรม และหลักการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองมาเป็นเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

ด้วยเหตุดังกล่าวศาลจึงตีความหลักเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองโดยปราศจากความผิดให้ขยายขอบเขตมากยิ่งขึ้น

เช่นเดียวกัน วิธีพิจารณาคดีก็เป็นสิ่งสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แนวคำพิพากษาของศาลปกครองได้แสดงความก้าวหน้าอย่างเห็นได้ชัด โดยศาลกำหนดให้มีการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งหรือกำหนดวิธีการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวมากขึ้น และยังมีการใช้วิธีพิจารณาแบบเร่งด่วนมากขึ้นด้วย

แม้แนวโน้มใหม่ ๆ ดังกล่าวจะเป็นจริงและมั่นคง แต่ก็ความจริงที่ศาลของประเทศต่าง ๆ ไม่ได้ก้าวหน้าไปในระดับเดียวกันและในรูปแบบเดียวกัน มีความแตกต่าง

ระหว่างเรา ไม่ใช่แตกต่างในเรื่องแนวคิดและความเชื่อ ซึ่งเราแต่ละองค์กรก็มีบทบาทเฉพาะของตน แต่เป็นความแตกต่างในวิธีดำเนินการแก้ปัญหา

ถ้าในท้ายที่สุดของการประชุมของเราซึ่งแบ่งการพิจารณาออกเป็น 3 หัวข้อย่อย คือ

- การใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน : หลักประกันและข้อจำกัด
- ศาลปกครองกับสิทธิของพลเมือง สิทธิทางการเมือง และสิทธิทางเศรษฐกิจ
- คนต่างด้าวกับศาลปกครอง

เราสามารถหาจุดร่วมกันของแนวคำพิพากษาและค้นพบจุดที่ต่างกัน และแสวงหาความเป็นไปได้ที่จะทำให้แนวคำพิพากษาของศาลมีความสอดคล้องกันในเชิงที่จะเป็นประโยชน์และสร้างสรรค์การประชุมครั้งนี้คงเป็นการประชุมที่ประสบความสำเร็จโดยสมบูรณ์

**สุนทรพจน์ของ ฯพณฯ Abdoulaye WADE ประธานาธิบดีของประเทศเซเนกัล
ในพิธีเปิดประชุม ครั้งที่ 7 ของสมาคมศาลปกครองสูงสุดนานาชาติ
23 เมษายน 2001¹**

ท่านรัฐมนตรี

ท่านเอกอัครราชทูต

ท่านประธานและรองประธานสมาคมศาลปกครองสูงสุดนานาชาติ

ท่านกรรมการสมาคมศาลปกครองสูงสุดนานาชาติ

ท่านประธานศาลปกครองสูงสุด

ท่านประมุขของศาล

ท่านผู้แทนอัยการ

ท่านคณะผู้แทน

เพื่อน ๆ ที่รัก

การได้มีโอกาสในการต้อนรับการประชุมของสมาคมศาลปกครองสูงสุดนานาชาติในประเทศเซเนกัล ถือเป็นสิ่งที่น่ายินดีและน่าภาคภูมิใจของประเทศของเรา เป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ที่สมาคมของท่านได้จัดการประชุมในทวีปแอฟริกาตอนใต้ทะเลทรายซาฮารา (Afrique sub-saharienne) ผมขอเริ่มต้นกล่าวถึงหัวข้อของการประชุมซึ่งท่านรู้จักดี ท่านคงทราบถึงความผูกพันของประชาชนชาวเซเนกัลกับสิทธิมนุษยชน ประชาธิปไตยและการปกป้องเสรีภาพของประชาชน ประเทศของเราได้เลือกแนวทางตามหลักนิติรัฐมาเป็นเวลานานแล้วและเราทราบว่าทางเลือกนี้เป็นทางเลือกที่ดี ประเทศเซเนกัลเลือกที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นงานหลักควบคู่ไปกับการพัฒนาเศรษฐกิจสังคม ซึ่งทำให้เห็นว่าประชาชนที่เป็นอิสระเท่านั้นที่จะเป็นประชาชนที่พัฒนา ผมขอขอบคุณทุกท่านซึ่งเข้าประชุมในครั้งนี้เป็นพยานยืนยันถึงรูปแบบการพัฒนาของเรา ซึ่งวางอยู่บนฐานที่ประชาชนทราบถึงสิทธิและเสรีภาพของตน

ผมขออนุญาตกล่าวด้วยว่า ผมรู้สึกประทับใจในความหลากหลายในสมาคมของท่าน ซึ่งมีสมาชิกเข้าร่วมประชุมกว่า 50 ประเทศ ณ ที่นี้ มีผู้แทนของทวีปอเมริกาทั้งสอง

¹ แปลโดย สุริย์ เผ่าสุขถาวร น.บ. (ธรรมศาสตร์), D.E.A. de droit public (Limoges), สำนักงานส่งเสริมงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง ตรวจคำแปลโดย ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ

ทวีป ทวีปยุโรป ทวีปเอเชีย และแน่นอนทวีปแอฟริกา มีผู้แทนของประเทศทางใต้ ระบบกฎหมายทุกระบบในโลกได้เข้าร่วมในการประชุมครั้งนี้ หลายประเทศมีระบบใกล้เคียงกับระบบ anglo-saxon อีกหลายประเทศก็มีระบบกฎหมายตรงกันข้ามกับระบบแรกคือใกล้เคียงกับระบบลาติน-เยอรมัน (latines et germaniques) มีความแตกต่างของระบบศาล บางประเทศเป็นระบบศาลคู่ บางประเทศเป็นระบบศาลเดี่ยว ซึ่งผมเชื่อว่าความผสมผสานระหว่างประเพณีและนิติวิธีจะเป็นที่มาของความสำเร็จของการประชุมครั้งนี้ ผมมีความมั่นใจว่านอกเหนือจากความแตกต่างตามที่กล่าวมาแล้วทุกท่านต่างมีวัตถุประสงค์เดียวกันคือการส่งเสริมและรับรองหลักเรื่องนิติรัฐ

ท่านได้เลือกหัวข้อที่น่าสนใจ “การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง” ผมเป็นทนายความมาเป็นเวลานาน ดังนั้น ผมจึงมีความอ่อนไหวในเรื่องการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ด้วยเหตุนี้ผมในฐานะประธานาธิบดีจึงได้สร้างช่องทางสิทธิมนุษยชนซึ่งประชาชนสามารถใช้เป็นช่องทางในการป้องกันสิทธิของตน ผมขอใช้โอกาสนี้กล่าวถึงข้อสังเกตเกี่ยวกับรูปแบบของแนวความคิด 3 แนวความคิดซึ่งผมรู้สึกผูกพันมาก

ผมขอตั้งข้อสังเกตเบื้องต้นว่าแม้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะได้รับการรับรองก่อนการก่อตั้งศาลปกครองแต่ศาลปกครองก็ได้มีส่วนอย่างสำคัญในการเป็นผู้คุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่มีตามกฎหมาย

ในเรื่องที่เกี่ยวกับบทบัญญัติพื้นฐานซึ่งเกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ผมไม่อาจละเลยที่จะกล่าวถึงปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ลงวันที่ 10 ธันวาคม 1948 ผมต้องขอกล่าวด้วยว่าปฏิญญาทั้ง 2 ฉบับ ได้บัญญัติไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญของประเทศเซเนกัลทุกฉบับตั้งแต่ได้รับเอกราช และรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 22 มกราคม 2001 ซึ่งได้ผ่านการลงประชามติก็ได้ปฏิบัติตามประเพณีดังกล่าว ผมขอกล่าวเพิ่มเติมถึงเอกสารอื่นที่ผมยึดถือ ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ลงวันที่ 18 ธันวาคม 1979 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน 1989 และอนุสัญญาแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและประชาชน ลงวันที่ 28 มิถุนายน 1981

ความเท่าเทียมทางเพศ เผ่าพันธุ์ และการเคารพผู้อ่อนแอ ล้วนเป็นบทบัญญัติที่เป็นหัวใจของสัญญาประชาคมของสังคมของเรา ซึ่งเป็นเช่นเดียวกันกับเสรีภาพสำคัญ ๆ เช่น เสรีภาพในการคิด การติดต่อสื่อสาร การสมาคม การเดินทางและในการนับถือศาสนา ซึ่งจะไม่ยอมให้มีการกีดกันข่มเหงศาสนาอื่นหรือปล่อยให้มีกลุ่มหัวรุนแรงทางศาสนา เช่นเดียวกับสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคมซึ่งเป็นสิทธิที่เรามีความผูกพันและเราจะต้องทำให้เกิดขึ้น นอกจากนั้น

สิทธิในการประกอบอาชีพ สิทธิในสุขภาพ สิทธิในการรวมตัวเป็นสหภาพ เสรีภาพในการประกอบธุรกิจ สิทธิในการอยู่ในครอบครัวอย่างสงบก็เป็นหลักที่สำคัญ ซึ่งเป็นจุดเชื่อมโยงและเป็นพื้นฐานทางกฎหมายของเรา

บทบัญญัติเหล่านี้เป็นบทบัญญัติที่สำคัญเนื่องจากบทบัญญัติเหล่านี้เป็นรากฐานของรัฐสมัยใหม่ เป็นความจริงที่ว่า การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพนั้นจำเป็นต้องมีศาลที่มีอำนาจและหน้าที่ที่จะต่อสู้และคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งผมมีความประทับใจที่เห็นว่า ศาลปกครองได้แสดงบทบาทอย่างสม่ำเสมอในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยยังคงเคารพหลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เมื่อศาลปกครองพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้น การตรวจสอบดังกล่าวบังคับให้ศาลต้องพิจารณาถึงความขัดกันระหว่างเอกสิทธิ์ของรัฐกับสิทธิของประชาชนอยู่เสมอ

ดังนั้น ศาลปกครองจึงอยู่ในจุดกึ่งกลางบนความขัดแย้งระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชนกับประโยชน์ของส่วนรวม ซึ่งเป็นหน้าที่ที่ศาลจะต้องทำหน้าที่กรรมการหาความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ 2 ประการดังกล่าว และศาลเองก็ควรระลึกถึงความสำคัญของตนอยู่เสมอ และผมต้องการจะกล่าวถึงความสำคัญของศาลปกครองในการควบคุมฝ่ายปกครองว่ามีความสำคัญเพราะมีผลกระทบถึงเสรีภาพและสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนด้วย

เราจะต้องไม่ลืมว่าคำพิพากษาของศาลปกครองมีส่วนช่วยให้สิทธิและเสรีภาพซึ่งได้บัญญัติไว้ในกฎหมายชัดเจนขึ้น สมบูรณ์ขึ้นหรือแม้แต่เพิ่มเติมให้มากขึ้น และเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าว ศาลปกครองต้องใช้เครื่องมือคือหลักกฎหมายทั่วไปมาเป็นข้ออ้างอิง และในกรณีที่มีช่องว่างของกฎหมายศาลก็จะสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยคำนึงถึงสภาพแวดล้อมทางกฎหมายของรัฐต่าง ๆ เน้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้มากขึ้น

ผมขอกล่าวด้วยว่า แนวโน้มตามธรรมชาติของศาลปกครองที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพมิได้พัฒนาขึ้นเพื่อลดหรือทำลายเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง เพราะเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองดังกล่าวมิใช่สิทธิตามธรรมชาติของรัฐ เอกสิทธิ์ของรัฐจะจำเป็นก็เฉพาะในกรณีที่ประโยชน์สาธารณะมีมากกว่าประโยชน์ส่วนบุคคลเท่านั้น ศาลปกครองไม่เคยยอมรับที่จะปกป้องเหตุผลของรัฐที่จะละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยไม่เป็นธรรม

ท่านสุภาพสตรีและสุภาพบุรุษ ผมขอขอบคุณและแสดงความยินดีกับท่านประธาน Ousmane CAMARA ซึ่งได้ใช้เวลาหลายเดือนในการจัดเตรียมการประชุมครั้งนี้ด้วยความวิริยะอุตสาหะ

ในวันนี้ พวกเราได้ทราบถึงความสำคัญของงานของท่านประธานและเราก็ได้รับผลจากการทำงานของท่าน การประชุมครั้งนี้จะมีขึ้นไม่ได้ถ้าไม่ได้รับความเอาใจใส่พิเศษจากท่านและผู้ร่วมงานของท่าน ผมขอแสดงความยินดีอย่างจริงใจกับท่านและผู้ที่มีส่วนร่วมทุกท่านที่มีส่วนทำให้การประชุมครั้งนี้ประสบผลสำเร็จ

ผมหวังว่าช่วงระยะเวลาที่ท่านพำนักอยู่ในประเทศเซเนกัลจะเป็นช่วงที่ท่านมีความสุขและน่าสนใจ ผมขออวยพรให้การประชุมของท่านดำเนินไปด้วยเงื่อนไขที่ดีและเป็นการเผยแพร่จิตสำนึกที่ดีในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่ผมได้กล่าวมาแล้ว การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพดังกล่าวเป็นหัวใจของรูปแบบการพัฒนาของประเทศเซเนกัล และผมทราบดีว่าเราทุกคนมีความผูกพันอย่างลึกซึ้ง

ผมขอขอบคุณทุกท่านที่ให้ความสนใจ

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง^{*}

บทนำ

รายงานสรุปฉบับนี้ทำขึ้นเพื่อใช้ในการประชุม ครั้งที่ 7 ของสมาคมศาลปกครองสูงสุดนานาชาติ ในหัวข้อ บทบาทของศาลปกครองในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งบทบาทดังกล่าวของตุลาการศาลปกครองเป็นบทบาทที่มีความสำคัญมากเพราะในรัฐที่เป็นนิติรัฐ ศาลเป็นสถาบันสุดท้ายที่ชี้ขาดข้อกฎหมาย แม้ศาลจะใช้อำนาจได้เฉพาะภายในเขตอำนาจของตนก็ตามแต่ภายในขอบอำนาจนั้น ศาลก็สามารถใช้อำนาจได้อย่างกว้างขวาง

การประชุมในครั้งนี้นับเป็นโอกาสที่ดีที่จะได้มีการแลกเปลี่ยนประสบการณ์และเสนอปัญหาซึ่งเกิดขึ้นในระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน

รายงานฉบับนี้ได้จัดทำขึ้นโดยอาศัยข้อมูลจากรายงานของประเทศต่าง ๆ 23 ฉบับ ซึ่งได้รวมศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปด้วย รายงานทั้ง 23 ฉบับ เป็นรายงานที่ได้รับจนถึงวันที่ 15 มกราคม 2001 ซึ่งประกอบด้วยรายงานของประเทศเยอรมนี ออสเตรีย เบลเยียม บรูไน แคนาดา จีน สเปน ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส กาบอง ลักเซมเบิร์ก กรีซ อิสราเอล อิตาลี โมร็อกโก เนเธอร์แลนด์ โปรตุเกส เซเนกัล สโลวีเนีย สวีเดน สวิตเซอร์แลนด์ และตุรกี

รายงานบางฉบับได้มีการวิเคราะห์รายละเอียดในทุกหัวข้อ แต่รายงานบางฉบับให้ความสนใจเฉพาะบางหัวข้อเท่านั้น

รายงานของแต่ละประเทศแสดงให้เห็นถึงความหลากหลายอันเนื่องมาจากความแตกต่างของประเทศที่เป็นสมาชิก เช่น ประเทศในเขตเหนือหรือในเขตใต้ ประเทศในยุโรป อเมริกา แอฟริกา หรือเอเชีย ความแตกต่างของระบบกฎหมาย ระบบกฎหมาย Romano – germanique หรือระบบ Anglo – saxon หรือความแตกต่างของระบบศาล ระบบศาลคู่หรือศาลเดี่ยว และความแตกต่างของวิธีการ (approches) ในการศึกษาปัญหาและเนื้อหาของเรื่องที่ปรากฏในรายงาน ความหลากหลายเป็นทั้งแหล่งที่ทำให้เกิดความยุ่งยากและเป็นความอุดมสมบูรณ์ เป็นที่มาของความยุ่งยากเพราะทำให้การทำรายงานสรุปต้องคำนึงถึง

^{*} รายงานสรุปประกอบการประชุม ครั้งที่ 7 ของสมาคมศาลปกครองสูงสุดนานาชาติ ณ กรุง Dakar ประเทศ Sénégal วันที่ 23-26 เมษายน 2001

แปลโดย สุรีย์ เผ่าสุขถาวร น.บ. (ธรรมศาสตร์), D.E.A. de droit public (Limoges),
สำนักส่งเสริมงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง ตรวจคำแปลโดย ดร.ประสาธ พงษ์สุวรรณ

สถานการณ์ ซึ่งในบางครั้งมีความแตกต่างกันมาก แต่ความหลากหลายถือเป็นความอุดมสมบูรณ์เพราะจะทำให้สามารถเปรียบเทียบในเรื่องที่ประเทศต่าง ๆ ให้ความสำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยศาลปกครอง

รายงานฉบับนี้จะเป็นการวิเคราะห์บทบาทของตุลาการศาลปกครองในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยจะให้ความสนใจกับเทคนิคทางกฎหมายที่ศาลใช้ ซึ่งเทคนิคทางกฎหมายดังกล่าวจะทำให้สามารถประเมินถึงความเข้มข้นและประสิทธิภาพในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง

วิธีศึกษาในเรื่องนี้จะใช้วิธีการศึกษาเปรียบเทียบ โดยแยกพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนแรก จะศึกษาถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และส่วนที่สองจะเป็นการศึกษาถึงหลักประกันสิทธิเสรีภาพโดยศาล

รายงานฉบับนี้แบ่งออกเป็น 3 หัวข้อ คือ

I. การใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน : หลักประกันและข้อจำกัด

II. ศาลปกครองกับสิทธิของพลเมือง สิทธิทางการเมือง และสิทธิทางเศรษฐกิจ

III. คนต่างด้าวกับศาลปกครอง

I. การใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน : หลักประกันและข้อจำกัด

การยอมรับในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะมีความหมายก็ต่อเมื่อมีการวางกลไกและหลักประกันการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าว เพราะหลักประกันในการใช้สิทธิและเสรีภาพไม่ว่าจะมีประสิทธิภาพมากหรือน้อยเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งในรัฐที่เป็นนิติรัฐ อย่างไรก็ตาม แม้ว่ารัฐจะเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการในการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่รัฐก็มีอำนาจที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ในการจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้เช่นกัน

1. หลักประกันขั้นพื้นฐาน

เมื่อกล่าวถึงหลักประกันก็หมายถึงความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองนั่นเอง สิทธิและเสรีภาพที่แท้จริงจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีหลักประกันในการใช้สิทธิดังกล่าว ฉะนั้นบทบัญญัติของกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจึงถือเป็นหลักประกันการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับการยอมรับทั้งจากกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างในรายงานที่ผู้แทนของประเทศต่าง ๆ ได้เสนอในการประชุมครั้งนี้

1.1 หลักประกันการใช้สิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายภายใน

รัฐธรรมนูญจะเป็นแหล่งแรกที่เราจะพบบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองและประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญไม่สามารถที่จะบัญญัติหลักเกณฑ์ที่เป็นรายละเอียด ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้รับมอบหมายให้เป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์การใช้สิทธิและเสรีภาพ

1.1.1 หลักประกันตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น

ในปัจจุบันนี้รัฐเกือบทุกรัฐจะบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งแต่ละประเทศมีวิธีการที่แตกต่างกันในการบัญญัติถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญ โดยบางประเทศบัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ซึ่งทำให้ปัญหาว่าสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้จะมีค่าเทียบเท่ารัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ไม่เป็นที่ถกเถียงกันอีกต่อไป และปล่อยให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและหลักประกันขั้นพื้นฐานในการใช้เสรีภาพ เช่น รัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส ลงวันที่ 4 ตุลาคม 1958

บางประเทศก็ไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ แต่ได้บัญญัติแยกไว้เป็นภาคหรือหมวดว่าด้วยสิทธิเสรีภาพต่างหากจากบทอื่น ๆ ซึ่งประเทศส่วนใหญ่ที่เข้าร่วมในการประชุมครั้งนี้ต่างก็ได้บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพไว้เป็นบทเฉพาะแยกจากบทอื่น ยกตัวอย่างเช่น ประเทศสวิตส์ก็ได้มีการบัญญัติถึงสิทธิต่าง ๆ ไว้ในรัฐธรรมนูญ

แนวความคิดที่ให้มีการบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นมีการพัฒนาไปจนกระทั่งในประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญ เช่น ประเทศแคนาดา ก็ได้ประกาศปฏิญญาว่าด้วยเสรีภาพซึ่งได้กำหนดให้สิทธิบางประเภทมีค่าเทียบเท่ารัฐธรรมนูญหรือในประเทศที่ยังไม่มีรัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรม เช่น ประเทศอิสราเอลได้ตรากฎหมายพื้นฐาน 2 ฉบับ ที่เทียบได้กับส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญที่กำลังจะมีขึ้น ซึ่งกำหนดให้สิทธิมนุษยชนบางประเภทมีค่าเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญ

ตัวอย่างดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า สิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีที่มาหลัก ๆ จากกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่มีค่าเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามสิทธิเสรีภาพส่วนใหญ่ได้รับการยอมรับและกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นทั้งผู้วางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพรวมทั้งวางระบบการประกัน

การใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าว ดังนั้น การประกันสิทธิเสรีภาพโดยรัฐธรรมนูญจะได้รับการหนุนช่วยและเพิ่มเติมโดยกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้บัญญัติหลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน (เช่น ประเทศโปรตุเกส ฝรั่งเศส เซเนกัล ฟินแลนด์ เนเธอร์แลนด์ เป็นต้น) ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องคำนึงถึงสถานการณ์เฉพาะในการกำหนดหลักเกณฑ์การใช้เสรีภาพแต่ละประเภท ในการดำเนินการร่างกฎหมายนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติมีอิสระในขอบเขตหนึ่งที่จะกำหนดให้มีการประกันการใช้สิทธิเสรีภาพอย่างแท้จริง โดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถบัญญัติกฎหมายตรงข้ามกับเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ โดยการบัญญัติกฎหมายที่ปฏิเสธสิทธิและเสรีภาพที่กำหนดไว้

ดังนั้น เพื่อป้องกันและหาทางแก้ปัญหากฎหมายที่อาจออกมาตามอำเภอใจ รัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบว่า กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งแต่ละประเทศก็มีระบบควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกัน

บางประเทศก็มอบอำนาจในการควบคุมตรวจสอบว่ากฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ให้องค์กรที่เรียกว่าศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะกรรมการ (เช่น ประเทศฝรั่งเศส ตุรกี เซเนกัล) ในระบบนี้ศาลรัฐธรรมนูญอาจพิจารณาปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้แม้ไม่มีคดีพิพาทจากการร้องขอของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองบางตำแหน่ง ศาลอื่น หรือเอกชน การควบคุมตามระบบนี้เรียกว่าการควบคุมก่อนการออกกฎหมายเพราะเป็นการควบคุมก่อนจะมีการประกาศใช้กฎหมาย แต่มีใช้กฎหมายทุกฉบับจะผ่านการตรวจสอบจากศาลรัฐธรรมนูญ จะมีการตรวจสอบเฉพาะกรณีที่มีการยื่นคำร้องขอเท่านั้น ดังนั้น กฎหมายซึ่งขัดกับรัฐธรรมนูญอาจมีผลบังคับใช้เช่นเดียวกับกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว อย่างไรก็ตามศาลรัฐธรรมนูญได้พัฒนาหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนขึ้นเป็นอย่างมาก (ดูตัวอย่างคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศสและศาลสหพันธ์สวิสก่อนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ปี 1999)

ในประเทศที่ไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นเป็นหน้าที่ของศาลยุติธรรมที่มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบว่ากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ สวีเดน โดยศาลจะไม่บังคับใช้กฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญเพราะศาลต้องเคารพหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญโดยศาลทั่วไปซึ่งเป็นการควบคุมภายหลังจากที่กฎหมายประกาศใช้แล้วนั้นอาจควบคู่ไปกับการควบคุมก่อนที่กฎหมายจะประกาศใช้โดยคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นโดยรัฐสภาหรือองค์กรอื่น เช่น ในประเทศฟินแลนด์ ร่างกฎหมายแต่ละฉบับจะต้องผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการรัฐธรรมนูญของรัฐสภาซึ่งจะเป็นผู้ให้ความเห็นว่าร่างกฎหมายดังกล่าวขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือกรณีของประเทศสวีเดน คณะกรรมการนิติบัญญัติ (conseil de législation) ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกที่มาจากศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดเป็นผู้ให้ความเห็นว่า ร่างกฎหมายของรัฐบาลขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

นอกจากการประกันสิทธิและเสรีภาพโดยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติแล้วยังมีการประกันโดยศาลด้วย เพราะประชาชนอาจต้องเผชิญกับคำสั่งของฝ่ายปกครองที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของตน ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องมีการคุ้มครองประชาชนจากฝ่ายปกครองและองค์กรที่ทำหน้าที่นี้คือศาลนั่นเอง

1.1.2 การประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยองค์กรศาล

เสรีภาพตามที่กฎหมายบัญญัติรับรองไว้อาจถูกละเมิดโดยฝ่ายปกครองและผลของการละเมิดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวนำไปสู่คำอธิบายถึงอำนาจของศาลและความมีอยู่ของกฎหมายปกครองว่าด้วยเสรีภาพ เพราะศาลปกครองมีหน้าที่ที่จะพิพากษาถึงขอบเขตและข้อจำกัดของเสรีภาพนั้น ๆ

ในประเทศที่เป็นระบบศาลเดี่ยวในระบบ anglo – saxon ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการพิจารณาคดีทุกคดีที่มีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในทางตรงกันข้ามประเทศที่เป็นระบบศาลคู่ คดีเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิเสรีภาพโดยฝ่ายปกครองนั้นอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง อย่างไรก็ตาม ในประเทศที่ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีของฝ่ายปกครองเป็นศาลพิเศษที่ไม่ใช่ศาลยุติธรรม ศาลยุติธรรมก็อาจมีอำนาจพิจารณาคดีปกครองบางประเภทได้ นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญอาจมีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพได้ในคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบว่ากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่

บทบาทของตุลาการศาลปกครองอาจมีมากถึงขนาดไปตรวจสอบปัญหาความขัดแย้งกันของบทบัญญัติต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญ (เช่น ประเทศลักเซมเบิร์ก)

ศาลปกครองได้รับการพิจารณาว่าเป็นทั้งผู้คอยตรวจสอบฝ่ายปกครองในขณะเดียวกันก็เป็นผู้ร่วมงานของฝ่ายปกครองด้วย ดังนั้น จึงอาจพิจารณาว่าศาลปกครองมีบทบาท 2 บทบาท คือ ประการแรก ศาลปกครองจะต้องประกันสิทธิและเสรีภาพ

ของประชาชนจากการละเมิดของฝ่ายปกครอง และประการที่สอง คือ ต้องเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถทำภารกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะได้

ศาลปกครองควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง และสั่งเพิกถอนนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในบางประเทศมีการแยกแยะระหว่างการโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองที่เป็นกฎที่มีผลบังคับใช้แล้ว แต่บางประเทศ เช่น ประเทศโปรตุเกส นิติกรรมที่เป็นกฎนั้นจะต้องมีการนำไปใช้จริง ๆ กับกรณีเฉพาะจึงจะฟ้องโต้แย้งได้ หรือในบางประเทศ เช่น ประเทศฟินแลนด์ ถือหลักความมีค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยถ้ามีการบังคับใช้กฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญศาลต้องถือตามรัฐธรรมนูญ

ศาลปกครองสามารถอ้างอิงหลักกฎหมายทั่วไปแม้จะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้ เพราะหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวเป็นเครื่องมือที่ศาลปกครองสร้างขึ้นเอง

เพื่อที่จะให้การควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ศาลปกครองมีอำนาจในการกำหนดวิธีการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวโดยวิธีการทุเลาการบังคับตามคำสั่งของฝ่ายปกครอง ในกรณีที่มีการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง และวิธีการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ซึ่งศาลอาจกำหนดมาตรการเพื่อบรรเทาทุกข์ต่าง ๆ ให้แก่ผู้ฟ้องคดี หรือมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงโดยใช้วิธีพิจารณาแบบเร่งด่วน

อย่างไรก็ตาม การควบคุมฝ่ายปกครองของศาลในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีข้อจำกัด เนื่องจากมีนิติกรรมทางปกครองบางประเภทที่ไม่อยู่ในอำนาจการควบคุมของศาลปกครอง หรือหลักการที่ศาลไม่อาจบังคับให้ฝ่ายปกครองกระทำการ หรือปัญหาเกี่ยวกับการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาล

ศาลปกครองมีอำนาจสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองบางประเภทที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีอำนาจที่จะกำหนดค่าเสียหายที่เกิดจากการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

นอกจากหลักประกันตามกฎหมายภายใน รายงานฉบับต่าง ๆ ที่ได้รับมีการรายงานถึงหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

1.2 การประกันสิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ข้อตกลงระหว่างประเทศที่รัฐได้ให้สัตยาบันแล้ว (เช่น สนธิสัญญาอนุสัญญา ข้อตกลง พิธีสาร) ได้มีข้อกำหนดยอมรับและประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่สำคัญ ๆ ไว้ กฎหมายระหว่างประเทศถือเป็นแหล่งที่มาที่สำคัญในเรื่องของสิทธิมนุษยชน หรือเราอาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่ามีการทำให้สิทธิมนุษยชนเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ไปแล้ว กฎเกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้รับการคุ้มครองโดยองค์การระหว่างประเทศ และบ่อยครั้งก็ได้รับการคุ้มครองโดยศาลในแต่ละประเทศ ซึ่งเป็นไปตามข้อตกลงระหว่างประเทศสมาชิก การให้สัตยาบันแก่ข้อตกลงระหว่างประเทศทำให้ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศและกฎหมายภายในจึงสามารถยื่นฟ้องเป็นคดีต่อศาลได้ ดังนั้น จึงต้องศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศเสียก่อน ซึ่งในเรื่องนี้มีแนวความคิดอยู่ 2 แนว คือ แนวความคิดแบบ dualiste และแนวความคิดแบบ moniste

แนวความคิดแบบ dualiste เห็นว่า กฎหมายระหว่างประเทศจะนำมาบังคับใช้ภายในประเทศได้ก็ต่อเมื่อมีการรับเข้าในระบบกฎหมายภายใน ตัวอย่างเช่น ในประเทศฟินแลนด์ กฎหมายระหว่างประเทศจะมีผลบังคับใช้ภายในประเทศได้ก็ต่อเมื่อมีการออกกฎหมายเพื่อรับกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวเข้าในระบบกฎหมายภายใน และกฎหมายระหว่างประเทศก็ไม่มีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายในเช่นเดียวกับในประเทศสวีเดน

แนวความคิดแบบ moniste เห็นว่า กฎหมายระหว่างประเทศมีผลใช้บังคับได้โดยตรงและทันทีในระบบกฎหมายภายใน และในบางกรณีกฎหมายระหว่างประเทศอาจมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายใน (ตัวอย่างเช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ ซึ่งบทบัญญัติของสนธิสัญญาระหว่างประเทศมีผลบังคับและถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน) หรือบางกรณีกฎหมายภายในก็มีค่าเหนือกว่า

เพื่อให้กฎหมายระหว่างประเทศมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายใน กฎหมายรัฐธรรมนูญบางประเทศได้บัญญัติให้สนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้มีการให้สัตยาบันหรือให้ความยินยอมแล้วมีค่าเหนือกว่ากฎหมายภายใน (เช่น ประเทศฝรั่งเศส เซเนกัล) แต่ค่าบังคับที่เหนือกว่าของสนธิสัญญาดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าประเทศคู่สัญญาได้ปฏิบัติตามสนธิสัญญาดังกล่าวด้วย

กฎหมายระหว่างประเทศโดยปกติจะมีหลักเกณฑ์ที่เหมือนกัน เพราะมีที่มาจากสนธิสัญญาที่ทำขึ้นภายในกรอบของสหประชาชาติหรือองค์การระหว่างประเทศในภูมิภาค นอกจากที่มาที่เป็นสนธิสัญญาแล้วยังมีที่มาจากความตกลงระหว่าง 2 ประเทศ ที่แสดงเจตนาร่วมกันที่จะอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกันด้วย

1.2.1 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้กรอบของสหประชาชาติ

เพื่อที่จะทำให้เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศในการพัฒนาและสนับสนุนการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ องค์การสหประชาชาติได้สนับสนุนการทำอนุสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนเป็นจำนวนไม่น้อย ซึ่งอนุสัญญาเหล่านี้มีขอบเขตเนื้อหาที่แตกต่างกัน บางก็เป็นข้อตกลงที่มีเนื้อหาทั่วไป บางก็มีขอบเขตเนื้อหาเฉพาะสิทธิบางประการของประชาชน

องค์การสหประชาชาติได้นำเอาสิทธิที่มีการประกาศรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ลงวันที่ 10 ธันวาคม 1948 มากำหนดไว้ในข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่องค์การสหประชาชาติลงมติกำหนดขึ้นเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 1966 นอกจากนั้นข้อตกลงเกี่ยวกับสิทธิทางเศรษฐกิจ สิทธิทางสังคม และวัฒนธรรม ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 3 มกราคม 1976 ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิที่ถือว่าเป็นสิทธิในควมศรัทธาและเชื่อมั่น ได้แก่ สิทธิในการมีงานทำ สิทธิที่จะได้รับค่าจ้างที่เหมาะสมและเป็นธรรม สิทธิในการได้รับการประกันสังคม สิทธิในการรวมตัวเป็นสหภาพและอื่น ๆ และยังมีข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 23 มีนาคม 1976 ซึ่งเน้นในเรื่องของเสรีภาพของประชาชนและสิทธิทางการเมือง เช่น เสรีภาพในการเดินทาง สิทธิที่จะไม่ถูกละเมิดเคหสถานและการติดต่อสื่อสาร เสรีภาพในการรวมตัวและการชุมนุม เป็นต้น

ตรงข้ามกับข้อตกลงว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ซึ่งจะบังคับประเทศสมาชิกให้เพียงแต่ส่งรายงานตามระยะเวลาที่กำหนดต่อสภาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ แต่ข้อตกลงว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ได้จัดตั้งองค์กรที่ไม่ใช่ศาลมีชื่อว่า “คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน” (คณะกรรมการชุดนี้เป็นคนละชุดกับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติซึ่งตั้งขึ้นเมื่อปี 1946) ซึ่งมีหน้าที่ในการรับรายงานหรือรับคำร้องเรียน รวมทั้งมีหน้าที่ควบคุมประเทศสมาชิกให้เคารพเสรีภาพและสิทธิทางการเมือง คำร้องเรียนที่ยื่นต่อคณะกรรมการชุดนี้ อาจยื่นโดยประเทศสมาชิกหรือพลเมืองของประเทศที่ได้ให้สัตยาบันในข้อตกลง ถ้าผู้เสียหายได้ดำเนินการให้มีการแก้ไขความเดือดร้อนครบขั้นตอนตามกฎหมายภายในแล้ว

นอกเหนือจากข้อตกลงระหว่างประเทศ ปี 1966 แล้วหลายประเทศได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาเฉพาะกรณีอีกหลายฉบับ เช่น อนุสัญญาเพื่อการจัดทำการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก อนุสัญญาว่าด้วยผู้อพยพ

นอกจากนั้น ยังมีข้อตกลงระหว่างประเทศอีกหลายฉบับที่เป็นข้อตกลงเฉพาะภูมิภาค ซึ่งมีสมาชิกน้อยกว่าสนธิสัญญาที่ลงนามโดยประเทศที่เป็นสมาชิกสหประชาชาติ

1.2.2 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้กรอบของสภายุโรปและองค์การเอกภาพแอฟริกา (OUA)

ประเทศในยุโรปซึ่งเป็นสมาชิกของสภายุโรปต่างยอมรับหลักความสำคัญของสิทธิเสรีภาพ และหลักที่ว่าทุกคนซึ่งอยู่ภายในบังคับของสภายุโรป จะได้รับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (มาตรา 3 ของกฎบัตรของสภายุโรป) และเพื่อให้เป็นไปตามหลักดังกล่าว ประเทศสมาชิกของสภายุโรปต่างก็ได้ลงนามในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ปี 1950 และกฎบัตรยุโรปว่าด้วยสังคม ปี 1961

อนุสัญญายุโรปดังกล่าวได้กำหนดให้มีการคุ้มครองเสรีภาพและสิทธิทางการเมืองเช่นเดียวกับข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ปี 1966 และได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และศาลยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญายุโรปดังกล่าว

คณะกรรมการยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งประกอบด้วยกรรมการที่เป็นอิสระ อาจได้รับคำร้องจากประเทศสมาชิกที่เห็นว่าการฝ่าฝืนข้อกำหนดในอนุสัญญาหรือคำร้องที่ยื่นโดยประชาชน แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าประเทศสมาชิกล่าช้าได้ยอมรับสิทธิของประชาชนที่จะยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้ ซึ่งคำร้องของประเทศสมาชิกหรือคำร้องของประชาชนจะต้องเป็นคำร้องที่ผู้เสียหายได้ทำการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายจนครบขั้นตอนภายในประเทศแล้ว และต้องยื่นภายในระยะเวลา ถ้าคณะกรรมการยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่สามารถประนีประนอมยอมไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนก็จะส่งรายงานให้กับคณะกรรมการที่ประกอบด้วยรัฐมนตรี หรือศาลยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งประกอบไปด้วยผู้พิพากษา และเป็นหน้าที่ของศาลที่จะบังคับให้มีการปฏิบัติตามอนุสัญญาโดยวิธีการตีความภายใต้หลักที่เป็นที่ยอมรับกันในประเทศ

ประชาธิปไตยในปัจจุบัน (คำพิพากษาศาลยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน วันที่ 25 เมษายน 1978 คดี TYRER)

ข้อตกลงที่สอง คือ กฎบัตรยุโรปว่าด้วยสังคม ปี 1961 ซึ่งได้กำหนดถึงสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคมบางประเภท แต่กำหนดความสำคัญแตกต่างกัน กฎบัตรฉบับนี้ได้กำหนดรับรองสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคมไว้ 7 ประการว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน คือ : สิทธิในการมีงานทำ สิทธิในการรวมตัวกันเป็นสหภาพ สิทธิในการเจรจาต่อรอง สิทธิในการได้รับการประกันสังคม สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือทางสังคมและทางการแพทย์ สิทธิที่ครอบครัวจะได้รับความคุ้มครองทางสังคมและทางเศรษฐกิจ สิทธิของแรงงานต่างด้าวและครอบครัวที่จะได้รับความคุ้มครองและความช่วยเหลือ การบังคับการให้เป็นไปตามกฎบัตรดังกล่าวเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญที่เป็นอิสระ โดยคณะกรรมการนี้จะอาศัยรายงานต่าง ๆ ที่เสนอโดยประเทศที่เป็นสมาชิกเป็นพื้นฐานในการทำงาน

ในทวีปแอฟริกา ประเทศที่เป็นสมาชิกองค์การเอกภาพแอฟริกา (OUA) ซึ่งต่างสมัครเป็นสมาชิกในข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้ลงมติรับรองกฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและประชาชน ลงวันที่ 28 มิถุนายน 1981 ซึ่งกฎบัตรดังกล่าวมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 21 ตุลาคม 1986 กฎบัตรแอฟริกาฉบับนี้ได้กำหนดรับรองสิทธิต่าง ๆ โดยคำนึงถึงสภาพแวดล้อมของทวีปแอฟริกาซึ่งส่วนใหญ่เป็นสิทธิที่ได้มีการกำหนดไว้ในข้อตกลงระหว่างประเทศ นอกจากสิทธิของปัจเจกบุคคลแล้ว กฎบัตรฉบับนี้ยังกำหนดรับรองสิทธิของกลุ่มประชาชนด้วย และได้กำหนดให้มีคณะกรรมการแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและประชาชนทำหน้าที่คุ้มครองและเผยแพร่สิทธิมนุษยชนในประเทศสมาชิก และเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ประเทศที่เป็นสมาชิกองค์การเอกภาพแอฟริกา (OUA) ได้จัดทำพิธีสารเพิ่มเติมปี 1988 กำหนดให้มีศาลแอฟริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอย่างไรก็ตาม พิธีสารดังกล่าวยังไม่มีผลใช้บังคับ

2. ข้อจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน

การใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนอาจมีข้อจำกัด ซึ่งบรรดากฎหมายหรือกฎต่าง ๆ ที่ออกมาจำกัดสิทธินั้นอาจถึงขั้นห้ามการใช้สิทธิอย่างเด็ดขาด ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมโดยองค์กรศาล

ข้อจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพอาจเกิดจากการใช้อำนาจตำรวจของฝ่ายปกครองหรือการใช้ทฤษฎีสถานการณ์พิเศษ

2.1 อำนาจตำรวจของฝ่ายปกครอง

ฝ่ายปกครองอาจจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและเพื่อคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลอื่น การใช้อำนาจตำรวจฝ่ายปกครองคือ “การดำเนินการเพื่อป้องกันการละเมิดและการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม” ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตำรวจโดยการออกกฎหมายหรือออกคำสั่งเฉพาะราย ซึ่งอาจละเมิดต่อเสรีภาพของประชาชนได้ (เสรีภาพในการเดินทาง เสรีภาพในการชุมนุม เสรีภาพในการทำการค้าและอุตสาหกรรม เป็นต้น)

เสรีภาพของประชาชนถือเป็นหลัก การจำกัดเสรีภาพโดยอำนาจตำรวจเป็นข้อยกเว้น การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องคำนึงถึงหลัก 2 ประการ ได้แก่ หลักความจำเป็น (*principe de nécessité*) และหลักสัดส่วน (*principe de proportionnalité*) ซึ่งหมายความว่ามาตรการของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นและจำกัดอยู่เฉพาะมาตรการเท่าที่จะขาดเสียมิได้เท่านั้น และมาตรการดังกล่าวโดยหลักแล้วอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยศาล

อย่างไรก็ตาม ในรายงานบางฉบับเสนอกรณีที่เป็นสถานการณ์เฉพาะซึ่งรัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้มีการจำกัดสิทธิสำหรับสิทธิขั้นพื้นฐานบางประการได้ แต่การจำกัดสิทธิดังกล่าวต้องมีการกำหนดอย่างชัดเจนไว้โดยผู้ร่างรัฐธรรมนูญ เพื่อให้หลักดังกล่าวผ่อนคลายลง ในทางปฏิบัติฝ่ายนิติบัญญัติยอมรับความเป็นไปได้ที่จะให้มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้อย่างชัดเจน (เช่น ประเทศฟินแลนด์) ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงอาจอนุญาตให้ฝ่ายปกครองจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมได้

บางครั้งเราอาจพบว่าเสรีภาพบางประเภทได้รับการคุ้มครองอย่างเด็ดขาด และเป็นเสรีภาพที่ไม่อาจจำกัดได้ (เช่น ประเทศเยอรมนี สวีเดน) ฝ่ายปกครองจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายที่สอดคล้องรัฐธรรมนูญอนุญาตไว้เท่านั้น และบางประเทศ (เช่น ประเทศตุรกี) อาจมีการบัญญัติกฎหมายกำหนดอำนาจของตำรวจฝ่ายปกครองในการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้เป็นเรื่อง ๆ

ในบางประเทศรัฐธรรมนูญอาจกำหนดกรณีที่ฝ่ายปกครองสามารถละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ และฝ่ายนิติบัญญัติก็อาจกำหนดกรณีเช่นเดียวกันในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพที่กำหนดไว้ตามรัฐธรรมนูญ (เช่น ประเทศสเปน กรีซ)

รัฐธรรมนูญบางประเทศกำหนดให้อำนาจแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการจำกัดสิทธิพื้นฐานได้ (ประเทศโมร็อกโก)

2.2 สถานการณ์พิเศษ (circonstances exceptionnelles)

คำจำกัดความอย่างกว้างของคำว่า “สถานการณ์พิเศษ” คือ สถานการณ์ที่รุนแรงมากกระทบต่อการดำรงอยู่ของประเทศและการปฏิบัติงานตามปกติของเจ้าหน้าที่ของรัฐทำให้เจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการมาตรการพิเศษเพื่อให้การดำเนินการของรัฐเป็นไปอย่างต่อเนื่อง แต่ “คำจำกัดความอย่างเคร่งครัด” นั้นถือตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองว่า สถานการณ์พิเศษ หมายความว่า สถานการณ์ที่เป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ต้องใช้มาตรการพิเศษเพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ซึ่งฝ่ายปกครองไม่สามารถเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายได้เหมือนในสถานการณ์ปกติ (เช่นในประเทศฝรั่งเศส)

การกระทำทางปกครองที่กระทำขึ้นในขณะที่มีสถานการณ์พิเศษนั้น ถูกควบคุมโดยศาลปกครองเช่นกัน เพราะฝ่ายปกครองไม่อาจละเลยต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้ในทุกกรณี ฝ่ายปกครองจะต้องใช้มาตรการที่ได้สัดส่วนกับความรุนแรงของเหตุการณ์ และบางประเทศการกระทำบางประเภทอาจได้รับยกเว้นไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาล (เช่น ประเทศตุรกี)

บางประเทศไม่มีข้อยกเว้นในกรณีของสถานการณ์พิเศษ “เพราะการใช้อำนาจทุกกรณีต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย” (เช่น ประเทศสวีเดน) การจำกัดสิทธิอย่างแรงถึงขนาดที่อาจกระทบต่อเสรีภาพจะกระทำได้อีกเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจเท่านั้น (เช่น ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ฟินแลนด์)

II. ศาลปกครองกับสิทธิของพลเมือง สิทธิทางการเมือง และสิทธิทางเศรษฐกิจ

ในนามของระบอบเสรีนิยม ระบอบประชาธิปไตย และนิติรัฐ สิทธิของพลเมือง สิทธิทางการเมือง และสิทธิทางเศรษฐกิจได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือโดยบทบัญญัติที่มีค่าเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญเหล่านี้ได้บัญญัติให้มีการประกันการใช้สิทธิต่าง ๆ อย่างเสรี สิทธิและเสรีภาพเหล่านี้้อาจกำหนดขึ้นโดยข้อตกลงระหว่างประเทศ แนวคำพิพากษาหรือโดยกฎหมายก็ได้

สิทธิที่มีการรับรองหรือกำหนดขึ้นโดยกฎหมายอาจมีข้อจำกัดได้

รายงานของแต่ละประเทศได้แสดงให้เห็นถึงความหมาย เนื้อหา และขอบเขตของสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ เช่น เสรีภาพทางความเชื่อ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการรวมตัวเป็นสมาคมและเสรีภาพในการประกอบกิจการ แต่รายงานของแต่ละประเทศจะแสดงเนื้อหาและความหมายแตกต่างกัน

เสรีภาพต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้นมีความสัมพันธ์กัน และมีความสัมพันธ์กับเสรีภาพของบุคคลอื่น หรือเสรีภาพของส่วนรวม เช่น เสรีภาพของจิตวิญญาณ (เช่น เสรีภาพทางความเชื่อและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น) เสรีภาพในความสัมพันธ์ (เช่น เสรีภาพในการรวมตัวเป็นสมาคมและเสรีภาพในการประกอบกิจการ) เสรีภาพบางอย่างเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ โดยเสรีภาพดังกล่าวห้ามมิให้มีการกำหนดให้ต้องขออนุญาตก่อนจึงจะใช้เสรีภาพดังกล่าวได้ โดยหลักแล้วกฎหมายจะไม่สามารถจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้ เว้นแต่ในกรณีที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดดุลยภาพกับหลักเกณฑ์อื่นที่มีค่าเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญ เช่น หลักว่าด้วยการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม เป็นต้น

เสรีภาพดังกล่าวอาจขัดแย้งกันได้ ซึ่งในกรณีที่มีการขัดแย้งกัน ศาลพยายามที่จะทำให้เกิดดุลยภาพระหว่างเสรีภาพที่ขัดแย้งกันหรือไม่ก็ต้องถือตามเสรีภาพที่สังคมให้ความสำคัญมากที่สุดเป็นหลัก

ในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ศาลปกครองได้ค้นหากฎเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ เช่น หลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งเป็นหลักร่วมกันที่ศาลปกครองส่วนใหญ่ใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมฝ่ายปกครอง

โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลปกครองใช้เทคนิคในการควบคุมตามหลักสัดส่วนมากเป็นพิเศษ และพยายามที่จะแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างเสรีภาพ หรือพยายามที่จะหาจุดร่วมหรือการประนีประนอมระหว่างเสรีภาพที่แตกต่างกัน

หัวข้อนี้จะแบ่งออกเป็น 3 หัวข้อย่อย คือ เสรีภาพทางความเชื่อและการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการรวมตัวเป็นสมาคม และเสรีภาพในการประกอบกิจการ ซึ่งจะศึกษาเนื้อหา ข้อจำกัด และการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวโดยศาลปกครอง

1. เสรีภาพทางความเชื่อและการแสดงความคิดเห็น

แม้ว่าเสรีภาพทางความเชื่อและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นมีความสัมพันธ์กันแต่ก็อาจนำเสนอเสรีภาพทั้งสองประเภทแยกต่างหากจากกัน

1.1 เสรีภาพทางความเชื่อ

1.1.1 เนื้อหา

รายงานของประเทศต่าง ๆ เสนอให้เห็นว่าเนื้อหาของเสรีภาพทางความเชื่อมีความแตกต่างกัน ในบางประเทศถือเป็นเรื่องเดียวกับเสรีภาพในการนับถือศาสนา (เช่น ประเทศลักเซมเบิร์ก จีน โปแลนด์ สวีเดน ตุรกี) หรือบางประเทศถือเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการนับถือศาสนา (สิทธิในการเลือกและแสดงออกถึงความเชื่อ) ซึ่งรวมถึง

เสรีภาพในการประกอบพิธีกรรมใด ๆ (ประเทศฝรั่งเศส) หรืออาจมีความหมายกว้างซึ่งจะรวมถึงเรื่องทางปรัชญา (เช่น ประเทศสเปน เยอรมนี)

ในประเทศต่าง ๆ เสรีภาพทางความเชื่อได้รับการบัญญัติรับรองประกันและคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ ซึ่งในบางประเทศถือเป็นหลักที่เด็ดขาด (เช่น ประเทศโมร็อกโก สวีเดน ฝรั่งเศส) บางประเทศเป็นหลักที่ลွ่งละเมิดมิได้ (เช่น ประเทศโปรตุเกส กรีซ เยอรมนี) เช่น มาตรา 4 ของกฎหมายพื้นฐานของประเทศเยอรมนี บัญญัติว่า เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพทางความเชื่อ เสรีภาพในการสอนศาสนา และแนวคิดทางปรัชญา เป็นสิ่งที่ละเมิดมิได้

1.1.2 การคุ้มครองเสรีภาพทางความเชื่อ

ในแง่ของปริมาณแล้ว คำพิพากษาของศาลเรื่องเสรีภาพในการนับถือศาสนามีมากกว่าเสรีภาพทางความเชื่อ แต่ในแง่คุณภาพแล้ว ศาลปกครองมุ่งคุ้มครองเสรีภาพทางความเชื่อของประชาชนโดยทั่วไปและโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนราชการในกองทัพ และในผู้สอนในกระทรวงการศึกษา

โดยทั่วไป อำนาจของศาลปกครองขยายไปถึงคดีต่าง ๆ ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐตรวจสอบความเชื่อและการปฏิบัติทางศาสนาของประชาชน ประชาชนได้รับความคุ้มครองในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง ศาสนา วัฒนธรรม และอื่น ๆ และได้รับความคุ้มครองที่จะไม่ถูกบังคับให้เข้าร่วมในการชุมนุมเกี่ยวกับความเชื่อ หรือเพื่อแสดงความเชื่อใด ๆ ฝ่ายปกครองไม่สามารถอ้างอิงความคิดทางศาสนาใดเพื่อปฏิเสธการจัดตั้งสมาคมทางศาสนา ศาลปกครองเห็นว่าการเลือกปฏิบัติโดยอ้างความเชื่อทางศาสนาขัดกับหลักความเป็นรัฐฆราวาส และหลักความเสมอภาค (เช่น ประเทศฝรั่งเศส โปรตุเกส เนเธอร์แลนด์ ตุรกี แคนาดา อิตาลี) ดังเช่นกฎหมายที่ห้ามค้าขายในวันอาทิตย์ซึ่งเป็นวันทำพิธีทางศาสนาคริสต์ ถือว่าขัดแย้งกับเสรีภาพในการนับถือศาสนาของผู้ที่ไม่ได้เป็นชาวคริสต์ (ประเทศแคนาดา) ศาลปกครองจะเพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครองที่ปฏิเสธการจดทะเบียนสมาคมทางศาสนาหรือคำสั่งที่กำหนดให้ต้องมีการขออนุญาตก่อนจึงจะเปิดโบสถ์เล็ก ๆ หรือที่สอนศาสนาของเอกชนได้ (ประเทศสเปน) หลักเกณฑ์ดังกล่าวใช้กับเสรีภาพในการรวมตัวเป็นสมาคมด้วย ศาลปกครองเห็นว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจเพียงตรวจสอบว่าสมาคมดังกล่าวได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการรักษาความปลอดภัย สุขภาพ และศีลธรรมอันดีของประชาชน และด้วยเหตุดังกล่าว กลุ่มบุคคลจึงไม่อาจอ้างความชอบธรรมในการใช้สารเสพติดในสถานที่สาธารณะได้ แต่อย่างไรก็ตามในบางกรณีศาลปกครองมีความเคร่งครัดเกี่ยวกับลัทธิหรือนิกายนอกศาสนา (ประเทศฝรั่งเศส)

นอกจากเรื่องของศาสนาแล้ว ศาลปกครองเห็นว่าประชาชนมีสิทธิที่จะไม่แจ้งให้ทราบถึงแนวความคิด อุดมการณ์ หรือความเชื่อทางศาสนา แต่การระบุในเอกสารของสถาบันการศึกษาเกี่ยวกับการศึกษาทางศาสนาที่ได้รับมาไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ (ประเทศสเปน)

ในระบบราชการ ศาลปกครองห้ามการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากศาสนาหรือความเชื่อทางศาสนา ศาลจะเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองที่บังคับให้เจ้าหน้าที่แสดงความคิดเห็นทางศาสนา และการฝ่าฝืนข้อห้ามซึ่งกำหนดไว้สำหรับข้าราชการที่จะต้องไม่แสดงออกถึงความเชื่อทางศาสนา (เช่น ประเทศฝรั่งเศส โมร็อกโก ตุรกี) ตัวอย่างเช่น ศาลปกครองเห็นว่าคำสั่งของสหภาพความที่ลบชื่อทนายความฝึกหัดออกจากทะเบียนเนื่องจากทนายความผู้นั้นได้เข้าฟังการพิจารณาคดีโดยสวมหมวกที่แสดงสัญลักษณ์ของศาสนาอิสลามนั้นเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย (ประเทศตุรกี) ศาลปกครองคุ้มครองหลักรัฐฆราวาส ซึ่งเน้นหลักความเป็นกลางของบริการสาธารณะ นอกจากนี้ หน่วยงานไม่สามารถอ้างความเชื่อทางศาสนา หรือความเชื่อทางการเมืองของข้าราชการเพื่อปฏิเสธมิให้เป็นผู้สมัครเข้าแข่งขัน หรือเพื่อลงโทษทางวินัย (เช่น ประเทศฝรั่งเศส โมร็อกโก)

ในกองทัพ ศาลปกครองมีแนวคำพิพากษาที่ค่อนข้างกว้าง โดยเฉพาะในเรื่องของผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายหรือระเบียบ เพราะมีความเชื่อที่แตกต่าง กล่าวคือกรณีบุคคลไม่ยอมเกณฑ์ทหารเพราะมีความเชื่อทางศาสนาที่ปฏิเสธความรุนแรง ซึ่งก็เป็นเรื่องที่เป็นความขัดแย้งกันระหว่างความจำเป็นในการป้องกันประเทศและเสรีภาพทางความเชื่อ อย่างไรก็ตามมีคำพิพากษาจำนวนไม่มากนักในเรื่องนี้เพราะกฎหมายในหลายประเทศกำหนดให้ผู้ที่มีความเชื่อที่แตกต่างดังกล่าวไปปรับใช้ชาติด้วยการทำงานในส่วนราชการฝ่ายพลเรือน (เช่น ประเทศเยอรมนี ฝรั่งเศส สเปน อิตาลี โปรตุเกส) อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจพิจารณาระดับความลึกซึ้งของความเชื่อทางศาสนาหรือความถูกต้องของเหตุผลที่ผู้ฟ้องคดียกขึ้นอ้าง ฝ่ายปกครองมีอำนาจพิจารณาแต่เพียงความเป็นไปได้ หรือข้อเท็จจริงที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่าไม่เป็นความจริง

เรื่องในการตรวจการศึกษาของรัฐ จะพบปัญหาการประนีประนอมกันระหว่างหลักความเป็นกลางของการศึกษากับหลักเสรีภาพในการนับถือศาสนา การเคารพในหลักรัฐฆราวาสทำให้ศาลปกครองต้องปฏิเสธหลักว่าด้วยความเท่าเทียมในการเข้ารับราชการ โดยศาลเห็นว่าการปฏิเสธของรัฐมนตรียี่ไม่อนุญาตให้นักบวชเข้าร่วมในการสอบแข่งขันเพื่อเข้ารับราชการในตำแหน่งศาสตราจารย์ทางปรัชญาเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย

(ประเทศฝรั่งเศส) และศาลก็มีคำพิพากษาในแนวเดียวกันแต่ให้เหตุผลอย่างไม่ขัดแย้งในคดีที่ผู้สอนซึ่งเขียนหนังสือที่มีเนื้อหาต่อต้านชาวยิวและแบ่งแยกเชื้อชาติ (ประเทศแคนาดา)

จะเห็นว่าปัญหาเกี่ยวกับเสรีภาพทางวัฒนธรรมของนักเรียนได้มีแนวทางแก้ไขแล้วแต่ปัญหาเกี่ยวกับการแต่งกายของนักเรียนที่แสดงออกถึงการนับถือศาสนา ยังมีอยู่ต่อไป โดยทั่วไปแล้วนักเรียนมีเสรีภาพที่จะแสดงออกถึงการเป็นศาสนิกชนของศาสนาใดศาสนาหนึ่งแต่เสรีภาพดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับข้อปฏิบัติอื่น ๆ (เช่น ประเทศฝรั่งเศส ตุรกี) ศาลปกครองยอมรับหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้นักเรียนสามารถแสดงออกถึงความเชื่อทางศาสนาในสถาบันการศึกษา หลักความเป็นกลางของสถาบันการศึกษาของรัฐ ห้ามการกีดกันการรับนักเรียนเข้าเรียนโดยอ้างความเชื่อทางศาสนา ดังนั้น จึงไม่สามารถปฏิเสธการรับนักเรียนโดยอ้างเหตุผลทางศาสนา (เช่น ประเทศฝรั่งเศส ลักเซมเบิร์ก) ในเรื่องของการแต่งกายที่เป็นสัญลักษณ์แสดงถึงการนับถือศาสนาอื่น ๆ สภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสได้พิจารณาในคดีผ้าคลุมศีรษะของชาวมุสลิม แล้วเห็นว่าการแต่งกายดังกล่าวไม่ขัดกับหลักรัฐฆราวาส แต่สัญลักษณ์ดังกล่าวจะต้องไม่มีลักษณะเป็นความพยายามในการเผยแพร่ศาสนาหรือการโฆษณาชวนเชื่อ และไม่กระทบกับศักดิ์ศรีและเสรีภาพของนักเรียน ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบกับสุขภาพและความปลอดภัย ไม่ก่อความวุ่นวายในชั้นเรียน หรือกระทบต่อการสอนหรือกระทบต่อระเบียบปฏิบัติของสถาบันการศึกษานั้น ๆ ศาลปกครองจะพิพากษาเพิกถอนการห้ามที่มีลักษณะทั่วไปและเด็ดขาด ซึ่งจะต้องพิจารณาพฤติกรรมของนักเรียนเป็นรายกรณีไป ศาลปกครองพิพากษาให้นักเรียนแพะหากปรากฏว่านักเรียนมีพฤติกรรมในการเผยแพร่ศาสนาหรือมีการขาดเรียนในวิชาพลศึกษาบ่อย ๆ หรือการแต่งกายทางศาสนาที่ไม่สอดคล้องกับการเรียนการสอน ในประเทศตุรกี ศาลปกครองปฏิเสธที่จะเพิกถอนคำสั่งลงโทษนักศึกษาที่มามหาวิทยาลัยโดยสวมหมวกที่แสดงความเป็นอิสลาม ภายหลังจากที่ได้มีการดักเตือนแล้ว

1.1.3 ข้อจำกัดเสรีภาพทางความเชื่อ

การจำกัดเสรีภาพซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นนั้นต้องมีการอ้างเหตุผลสนับสนุน เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อย การปกป้องดินแดนของประเทศ หรือสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ศาลปกครองจะเพิกถอนทุกมาตรการที่เป็นการจำกัดเสรีภาพทางความเชื่อ โดยศาลปกครองแสดงให้เห็นถึงแนวความคิดที่ค่อนข้างเสรีโดยการปฏิเสธการแทรกแซงของรัฐในทุกรูปแบบในการใช้เสรีภาพดังกล่าว แต่ศาลปกครองก็ยอมรับว่าเสรีภาพดังกล่าวอาจถูกจำกัดโดยสิทธิอื่น ๆ เช่น สิทธิในการศึกษา โดยทั่วไปแล้วสิทธิในการศึกษาอาจนำมาเป็นข้อจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาหรือความเชื่ออื่น ๆ นอกจากนั้น ศาลปกครองก็ยอมรับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งของรัฐมนตรีที่ไม่อนุญาตให้นักเรียน

ขาดเรียนทุกวันเสาร์ เนื่องจากการขาดเรียนดังกล่าวอาจกระทบต่อการดำเนินการตามแผนการศึกษาของโรงเรียน (ประเทศลักเซมเบิร์ก) ในประเทศสวีเดน เสรีภาพทางความเชื่อเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่เด็ดขาดและไม่อาจมีการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้

1.2 เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

1.2.1 เนื้อหา

คำจำกัดความของคำว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น คือเสรีภาพในการเห็นด้วยกับความคิดหรือความเห็นใดและสามารถแสดงออกซึ่งความเห็นนั้น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นคือเสรีภาพในการเลือกสิ่งที่คุณคิดว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง แต่เสรีภาพในการแสดงออก คือ เสรีภาพในการแสดงให้เห็นถึงความคิดของตนแก่ผู้อื่น เช่นเดียวกันเสรีภาพของสื่อสิ่งพิมพ์กับเสรีภาพของสื่อวิทยุโทรทัศน์ประกอบกันเป็นลักษณะเฉพาะของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพในการแสดงออก เช่นเดียวกับเสรีภาพในการรวมตัวและเสรีภาพในการชุมนุม ถือเป็นการแสดงออกโดยร่วมกันของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพในการรวมตัว (เช่น ประเทศเยอรมนี อิสราเอล) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร เสรีภาพของสื่อสิ่งพิมพ์ เสรีภาพในการกระจายเสียงทางวิทยุ และวิทยุโทรทัศน์ และเสรีภาพในการพิมพ์โฆษณาเอกสารราชการ

เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่มีค่าเทียบเท่ารัฐธรรมนูญและกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลปกครองให้ความคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าวแต่ก็มีข้อจำกัดอยู่ด้วย

1.2.2 การคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

การห้ามมิให้มีการลงโทษหรือนำความคิดเห็นหรือการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นมาเป็นข้อพิจารณาในทางปกครองเป็นการแสดงถึงหลักกฎหมายปกครองประการหนึ่งนั่นคือ หลักความเป็นกลางของบริการสาธารณะ และเช่นเดียวกับเสรีภาพในความเชื่อ ศาลปกครองจะต้องเพิกถอนการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลจากการแสดงความคิดเห็นในทางการเมืองหรือศาสนา ผลจากหลักดังกล่าวทำให้ในการสมัครเข้ารับราชการ ผู้สมัครไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ทราบถึงความคิดเห็นทางการเมือง ศาสนา วัฒนธรรม หรืออื่น ๆ (เช่น ประเทศสวีเดน ตุรกี ฝรั่งเศส) เสรีภาพในการมีความเห็นใดและแสดงออกซึ่งความเห็นนั้นได้รับความคุ้มครองโดยศาลปกครอง อย่างไรก็ตามศาลปกครองเห็นว่าข้าราชการบางประเภทมีหน้าที่ต้องสงวนความคิดเห็น แต่หน้าที่ดังกล่าวมิใช่เป็นการดัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพียงแต่ต้องแสดงอย่างระมัดระวังและนุ่มนวล โดยทั่วไปเจ้าหน้าที่

ของรัฐจะต้องแสดงถึงความระมัดระวังและกำหนดขอบเขตให้เหมาะสมในการแสดงความคิดเห็น และเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องปฏิบัติต่อผู้ใช้บริการด้วยความเท่าเทียมกัน

ศาลปกครองยังมีหน้าที่ประกันและคุ้มครองเสรีภาพของสื่อมวลชนอีกด้วย โดยการตรวจสอบไม่ให้มีการตรวจข่าวหรือการกำหนดให้ขออนุญาตก่อนที่จะมีการเสนอข่าว (ประเทศเนเธอร์แลนด์) แต่ศาลต้องประนีประนอมระหว่างเสรีภาพของสื่อมวลชนกับการรักษาความสงบเรียบร้อย อย่างไรก็ตาม เสรีภาพของสื่อวิทยุโทรทัศน์อาจถูกกำหนดให้มีการขออนุญาตก่อน (ประเทศฟินแลนด์) เช่นเดียวกับเสรีภาพในการฉายภาพยนตร์ อาจถูกจำกัดเพื่อคุ้มครองเด็ก (ประเทศฟินแลนด์) แต่ในประเทศอิสราเอล ศาลมีคำพิพากษายกฟ้องคดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งไม่อนุญาตให้มีการแสดงละครที่มีเนื้อหาไปในทางเพศและการประพฤติที่ไม่เหมาะสม เช่นเดียวกับภาพยนตร์ที่ศาลเห็นว่ามิใช่ลามกหรือยั่วยุคนามธรรม

1.2.3 ข้อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

ศาลปกครองคำนึงถึงข้อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ ข้อจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเกี่ยวกับการคุ้มครองความสงบเรียบร้อย ความมั่นคงของสังคม ความปลอดภัยของประเทศ อนามัย และศีลธรรม การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น การเคารพชื่อเสียงของบุคคลและชีวิตส่วนตัว (สิทธิในเกียรติยศของตน) รวมไปถึงการพิจารณาเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดทางอาญา การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวและภาพลักษณ์ของบุคคล และการคุ้มครองเด็กและเยาวชน (เช่น ประเทศสวีเดน ลักเซมเบิร์ก ฝรั่งเศส สเปน)

จะเห็นว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นถูกจำกัดโดยเสรีภาพประเภทอื่น ศาลปกครองพยายามที่จะประนีประนอมระหว่างเสรีภาพต่าง ๆ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนาและเสรีภาพในการแสดงออก สิทธิในการชุมนุมแสดงความคิดเห็นกับสิทธิที่จะเดินทางอย่างเสรีของผู้ที่ไม่ได้ชุมนุมประท้วง เป็นต้น นอกจากนี้ ศาลปกครองยังพิจารณาถึงสัดส่วนระหว่างการจำกัดสิทธิของกรรมกรผู้ใช้แรงงานกับความมั่นคงของประเทศ

2. เสรีภาพในการรวมตัวเป็นสมาคม

2.1 เนื้อหา

เสรีภาพในการรวมตัวเป็นสมาคม คือการยอมรับในสิทธิที่จะมีการรวมตัวกันเพื่อดำเนินการเป็นกลุ่ม เป็นสิทธิที่จะร่วมกับบุคคลอื่น เสรีภาพในการรวมตัวเป็นสมาคมถือเป็นเสรีภาพร่วมและในบางกรณีเสรีภาพดังกล่าวก็ถือเป็นสิทธิของสถาบันและสิทธิของปัจเจกบุคคล (เช่น ประเทศโปรตุเกส แคนาดา) เสรีภาพในเรื่องนี้หากพิจารณา

ในเชิงบวกก็เป็นสิทธิที่จะรวมตัวอย่างเสรี หากพิจารณาในเชิงลบก็เป็นสิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้รวมตัวเป็นสมาคม (เช่น ประเทศสเปน โปรตุเกส กรีซ ฟินแลนด์ และสวีเดน)

จากรายงานของประเทศสมาชิกที่ได้เสนอนั้น เสรีภาพในการรวมตัวเป็นสมาคมเป็นเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของกฎหมายที่มีค่าเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญ

2.2 การคุ้มครองเสรีภาพในการรวมตัวเป็นสมาคม

เสรีภาพในการรวมตัวเป็นสมาคมเป็นหลักที่มาจากแนวคิดเสรีนิยม ซึ่งปฏิเสธการแทรกแซงทั้งปวงของฝ่ายปกครอง ซึ่งสามารถแยกพิจารณาเสรีภาพดังกล่าวในเชิงบวกและในเชิงลบ

พิจารณาในเชิงบวก ศาลปกครองจะคุ้มครองเสรีภาพในการรวมตัวเป็นสมาคมโดยการปฏิเสธการต้องขออนุญาตก่อนในทุกรูปแบบ (ประเทศสเปน) จะมีแต่เพียงการแจ้งให้ทางราชการทราบเท่านั้น โดยทั่วไปแล้วจะไม่มี การควบคุมของฝ่ายปกครองในขณะที่มีการยื่นเอกสารขอบังคับของสมาคมเมื่อมีการแจ้งถึงการจัดตั้งสมาคมก็จะมีผลทางกฎหมายทันที ศาลปกครองยืนยันถึงการไม่ต้องขออนุญาตฝ่ายปกครองก่อนและฝ่ายปกครองก็ไม่มีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของวัตถุประสงค์และวิธีการบรรลurpose วัตถุประสงค์ในการจัดตั้งสมาคมดังกล่าว นอกจากนั้นเสรีภาพในการจัดองค์กรของสมาคมก็ได้รับการคุ้มครองเช่นกัน โดยหลักแล้วฝ่ายปกครองไม่อาจจะยับยั้งหรือสั่งยุบสมาคมที่ได้จัดตั้งขึ้นในหลายประเทศการยุบสมาคมเป็นเรื่องต้องห้าม แต่จะทำได้ก็เฉพาะตามคำสั่งของศาลเท่านั้น (เช่น ประเทศตุรกี สเปน โปรตุเกส ฟินแลนด์) แต่ก็มีกรณีที่เป็นข้อยกเว้นที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งยุบสมาคมได้ ซึ่งในกรณีนี้ศาลจะตรวจสอบว่าคำสั่งยุบสมาคมดังกล่าวของฝ่ายปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ (เช่น ประเทศฝรั่งเศส เซเนกัล)

พิจารณาในเชิงลบ ศาลปกครองจะตรวจสอบเป็นรายกรณี โดยศาลจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่บังคับให้บุคคลใดให้เข้าร่วมเป็นสมาชิกของสมาคม (ประเทศกรีซ) แต่อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองยอมรับความชอบด้วยกฎหมายของการกำหนดให้มีข้อความบางประการในการจัดตั้งสมาคมเพื่อเหตุผลในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (เช่น ประเทศสเปน โปรตุเกส)

ศาลปกครองคุ้มครองเสรีภาพในการรวมตัวเป็นกรณีพิเศษสำหรับการรวมตัวเพื่อวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจ ทางศาสนา การจัดตั้งพรรคการเมืองและการจัดตั้งสหภาพ (เช่น ประเทศฟินแลนด์ สวิตเซอร์แลนด์ เนเธอร์แลนด์ ตุรกี)

โดยทั่วไปแล้ว ศาลปกครองคุ้มครองประชาชนจากการแทรกแซงของฝ่ายปกครองโดยในประการแรก ศาลปกครองจะตรวจสอบเงื่อนไขในการฟ้องคดีของสมาคมว่าสมาคมผู้นั้นเป็นผู้เสียหายหรือไม่ (เช่น ประเทศฝรั่งเศส ลักเซมเบิร์ก ฟินแลนด์ เซเนกัล) ประการต่อมา ศาลจะควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง และในบางครั้งก็ต้องตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำสั่งทางปกครองนั้น

ศาลมีหน้าที่ในการประนีประนอมระหว่างเสรีภาพประเภทต่าง ๆ รวมทั้งการแสวงหาจุดที่ส่งเสริมซึ่งกันและกันของเสรีภาพประเภทต่าง ๆ นั้นด้วย

2.3 ข้อจำกัดเสรีภาพในการรวมตัวเป็นสมาคม

ฝ่ายปกครองอาจห้ามไม่ให้มีการจัดตั้งสมาคม ศาลที่มีอำนาจก็จะตรวจสอบข้อห้ามดังกล่าว ซึ่งศาลจะตรวจสอบว่ามีข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุเพียงพอที่จะออกคำสั่งห้ามการจัดตั้งสมาคมหรือยุบสภาหรือไม่ เช่น ในกรณีของการจัดตั้งสมาคมของพวกหัวรุนแรงหรือนิยมความรุนแรง (เช่น ประเทศเยอรมนี โปรตุเกส เนเธอร์แลนด์) มีวัตถุประสงค์ในการทำลายล้าง ฝ่าฝืนกฎหมายอาญา หรือมีวัตถุประสงค์เพื่อก่ออาชญากรรมหรือการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (เช่น ประเทศเยอรมนี โปรตุเกส เนเธอร์แลนด์) สมาคมลับ (เช่น ประเทศสเปน อิตาลี) ดัดอาวุธหรือเป็นรูปแบบทหารหรือกึ่งทหาร (เช่น ประเทศสเปน โปรตุเกส เนเธอร์แลนด์ และสวีเดน) สมาคมของพวกขวาจัดที่มีแนวความคิดชาตินิยมและเหยียดผิว (ประเทศเนเธอร์แลนด์) หรือสมาคมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการกำจัดกลุ่มบุคคลเชื้อชาติ สีผิว หรือชนเผ่าใด ๆ (ประเทศสวีเดน)

3. เสรีภาพในการประกอบกิจการ

3.1 เนื้อหา

คำจำกัดความของเสรีภาพในการประกอบกิจการจะแตกต่างกันไปแล้วแต่ประเทศบางประเทศก็มีแนวความคิดที่แคบและบางประเทศก็มีแนวความคิดที่กว้าง เสรีภาพในการประกอบกิจการ คือ สิทธิในการเลือกอาชีพ เลือ่งานและสถานที่ทำงาน (ประเทศเยอรมนี) เสรีภาพในการก่อตั้งการดำเนินการ หรือโอนกิจการทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม (ประเทศฝรั่งเศส) อิสระในการเลือกอาชีพและอิสระที่จะเข้าสู่อาชีพต่าง ๆ และในการประกอบอาชีพนั้น ๆ อย่างอิสระ นอกจากนี้ยังรวมถึงสิทธิในการก่อตั้งกิจการ ซึ่งเป็นสิทธิตามกฎหมายประชาคมยุโรป (ประเทศลักเซมเบิร์ก) เสรีภาพในการจัดตั้งและบริหารวิสาหกิจ (ประเทศกรีซ) เสรีภาพในการก่อตั้งกิจการและเสรีภาพในการเลือกประเภทกิจการที่จะดำเนินการ (ประเทศเนเธอร์แลนด์)

เสรีภาพในการประกอบกิจการได้รับการจัดเป็นสาขาหนึ่งของเสรีภาพโดยรวมอยู่กับเสรีภาพในการแข่งขัน เสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรม (ประเทศฝรั่งเศส) หรือบางครั้งก็ถือเป็นการแสดงออกซึ่งเสรีภาพอย่างหนึ่งคู่ไปกับเสรีภาพอย่างอื่น เช่น เสรีภาพในการประกอบวิชาชีพ เสรีภาพในการทำการค้า เสรีภาพในการทำข้อตกลง และเสรีภาพในการประกอบกิจการที่ทำกำไร รายงานบางฉบับได้รวมสิทธิในทรัพย์สินไว้ในเสรีภาพในการประกอบกิจการด้วย (เช่น ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ฟินแลนด์ สวีเดน อิตาลี และศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป) และในบางประเทศเสรีภาพในการประกอบกิจการรวมถึงเสรีภาพในการทำสัญญา (เช่น ประเทศตุรกี แคนาดา กรีซ) โดยทั่วไปแล้วเสรีภาพในการก่อตั้งกิจการจะแตกต่างจากเสรีภาพในการดำเนินการ

สถานะทางกฎหมายของเสรีภาพในการประกอบกิจการก็มีความแตกต่างกัน เช่น บางประเทศมีการคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ (เช่น ประเทศเยอรมนี สเปน สวิตเซอร์แลนด์ ลักเซมเบิร์ก โมร็อกโก โปรตุเกส ฟินแลนด์ จีน สวีเดน ตุรกี อิตาลี เซเนกัล) และถือเป็นสิทธิพื้นฐาน (เช่น ประเทศโปรตุเกส สเปน อิสราเอล) หรือคุ้มครองโดยกฎหมายและหลักกฎหมายที่มีค่าเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญ (ประเทศฝรั่งเศส) หรือคุ้มครองโดยกฎหมาย (เช่น ประเทศกรีซ แคนาดา เนเธอร์แลนด์ อิสราเอล)

3.2 การคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการ

ศาลปกครองคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการ ไม่ว่าจะเป็นเสรีภาพในการจัดตั้งกิจการซึ่งได้แก่ เสรีภาพในการเลือกอาชีพโดยปราศจากการแทรกแซงจากอำนาจรัฐ หรือมีสิทธิในการประกอบอาชีพอย่างอิสระซึ่งการคุ้มครองเสรีภาพนี้อาจเป็นการให้ความคุ้มครองพิเศษก็ได้ โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเข้าใจถึงเนื้อหาสำคัญของเสรีภาพในการประกอบกิจการ (ประเทศสเปน) ศาลปกครองเห็นว่ารัฐบาลไม่อาจจะละเมิดเสรีภาพของประชาชนที่จะเข้าสู่อาชีพซึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดข้อจำกัดไว้ และการประกอบอาชีพใด ๆ นั้นจะต้องไม่มีการกำหนดให้มีการอนุญาตก่อน โดยเนื้อหาแล้ว ศาลปกครองคุ้มครองการเข้าสู่อาชีพและการประกอบอาชีพนั้น ๆ ศาลปกครองมีอำนาจที่จะพิจารณาคำสั่งขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ เช่น องค์กรควบคุมการแข่งขันในตลาดของประเทศอิตาลี ศาลปกครองยังมีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับการคัดเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะในกรณีการทำสัญญาด้วยวิธีตกลงราคาที่อาจจะกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการและการแข่งขันอย่างเสรี โดยทั่วไปแล้ว ศาลปกครองจะเพิกถอนคำสั่งที่จำกัดเวลาปิดเปิดของร้านค้าโดยปราศจากฐานทางกฎหมาย นอกจากนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจใช้อำนาจเข้าแทรกแซงกติกาของระบบการค้าเสรี (เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ ฝรั่งเศส)

นอกจากนั้น ศาลปกครองคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของประชาชน กฎหมายกำหนดว่าในกรณีที่มีการเวนคืน รัฐจะต้องชดใช้ค่าทดแทนให้แก่ผู้ถูกเวนคืน (เช่น ประเทศสวีเดน เนเธอร์แลนด์ ฟินแลนด์ สวีเดน อิตาลี และศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป)

โดยทั่วไปแล้ว ศาลปกครองควบคุมอย่างเข้มงวดการละเมิดเสรีภาพในการประกอบกิจการ โดยอาจจะถึงขนาดนำหลักสัดส่วนมาใช้ในการควบคุมหากศาลพบว่า คำสั่งของฝ่ายปกครองละเมิดอย่างร้ายแรงต่อสิทธิของประชาชนที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองจะตรวจสอบว่าการจำกัดสิทธิตามที่กฎหมายกำหนดไว้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติและอยู่ในขอบเขตของความจำเป็นที่จะต้องมีการจำกัดสิทธิดังกล่าว (เช่น ประเทศเยอรมนี สเปน กรีซ อิสราเอล เนเธอร์แลนด์) หลักสัดส่วนนี้อาจยกขึ้นเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งในการควบคุมอำนาจของฝ่ายปกครอง (ประเทศสเปน) นอกจากนี้ ศาลปกครองยังใช้ทฤษฎีที่ว่า ถ้ากรณีเป็นที่สงสัยให้ปล่อยตัวไป (in dubio pro libertate) (ประเทศเยอรมนี) และหลักว่าด้วยเหตุผล (ประเทศเนเธอร์แลนด์) ศาลปกครองพยายามที่จะผสมผสานเสรีภาพในการประกอบกิจการและสิทธิของผู้บริโภค ความสมดุลระหว่างเสรีภาพในทางการค้ากับการคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวม

3.3 ข้อจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการ

เสรีภาพในการประกอบกิจการอาจถูกจำกัดโดยกฎหมาย กฎที่ออกโดยฝ่ายปกครองไม่อาจจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้เว้นแต่มีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวอาจทำโดยรูปแบบของการขออนุญาตก่อน การให้สัมปทาน การเรียกเกณฑ์มาเพื่อประโยชน์ของราชการ การเวนคืน หรือกรณีที่มีความจำเป็นอื่น ๆ

การออกกฎหมายมาควบคุมการประกอบกิจการอาจทำได้เพราะความจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย (ประเทศฝรั่งเศส) เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของสังคม ความปลอดภัยหรือสุขอนามัยของส่วนรวม (เช่น ประเทศกรีซ ตุรกี สวีเดน อิตาลี ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป) หรือการคุ้มครองผู้บริโภค (เช่น ประเทศฟินแลนด์ อิตาลี) เพื่อการคุ้มครองสุขภาพและสิ่งแวดล้อม (ประเทศเนเธอร์แลนด์) เพื่อเสถียรภาพของความสามารถในการผลิต (ประเทศอิตาลี)

ในทุกกรณี ศาลปกครองจะต้องตรวจสอบว่าการจำกัดเสรีภาพของประชาชนดังกล่าวมีข้ออ้างที่รับฟังได้หรือไม่

III. คนต่างด้าวกับศาลปกครอง

ในหัวข้อนี้แบ่งการศึกษาออกเป็น 3 หัวข้อย่อย คือ (1) สิทธิในการลี้ภัย (2) มาตรการเนรเทศและการควบคุมตัวไปยังชายแดน และ (3) การส่งผู้ร้ายข้ามแดน

1. สิทธิในการลี้ภัย (le droit d'asile)

การพิจารณาในเรื่องสิทธิในการลี้ภัยนี้จะต้องศึกษา ถึงกลไกและกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภายใน สิทธิของผู้พวยพและสิทธิของผู้หลบหนีเข้าเมืองประกอบกัน

ในมุมมองทางกฎหมายและผลกระทบทางการเมืองและสังคมนั้น สิทธิในการลี้ภัยมีความสำคัญมาก

สิทธิในการลี้ภัยทางดินแดนที่กำลังกล่าวถึงนี้แตกต่างไปจากสิทธิในการลี้ภัยทางทูตซึ่งเป็นสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองทางการเมือง โดยบริเวณที่ทำการของทูตไม่อาจถูกละเมิดได้ แต่การให้สิทธิในการลี้ภัยทางทูตดังกล่าวไม่เป็นเอกภาพนัก โดยแต่ละประเทศมีแนวปฏิบัติที่ไม่เหมือนกัน นอกจากนี้กฎหมายและจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ยังไม่มีความเป็นหนึ่งเดียว สิทธิในการลี้ภัยนี้แยกไม่ออกกับคำถามเรื่องสถานะของผู้พวยพ สิทธิในการลี้ภัยเป็นสิทธิของทุกคนที่จะแสวงหาที่ปลอดภัยในประเทศอื่น ถ้าหากบุคคลนั้นถูกกดขี่ข่มเหง (persécution)

มาตรา 14 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ได้บัญญัติรับรองเรื่องการลี้ภัยว่าเป็น "สิทธิ" โดยกำหนดหน้าที่ให้รัฐต้องมีหน้าที่ปฏิบัติในเรื่องนั้นก็เฉพาะในทวีปอเมริกาเท่านั้นเพราะในทวีปดังกล่าวมีจารีตประเพณียอมรับสิทธิดังกล่าว (อนุสัญญา Havane ลงวันที่ 20 มกราคม 1928) อนุสัญญา Montevideo ลงวันที่ 26 ธันวาคม 1933 และอนุสัญญา Caracas ลงวันที่ 28 มีนาคม 1954) สิทธิในการลี้ภัยไม่ได้รับการรับรองไว้ในข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ปี 1966 หรือข้อตกลงในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ปี 1950 แม้ว่ามาตรา 5 ของข้อตกลงดังกล่าวจะบัญญัติคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนในเสรีภาพและความปลอดภัยไว้

อนุสัญญากรุงเจนีวา ลงวันที่ 28 กรกฎาคม 1951 และพิธีสาร New York ลงวันที่ 31 มกราคม 1967 ว่าด้วยสถานะของผู้ลี้ภัย ซึ่งถ้าดูโดยรวมแล้วถือว่าเป็นบทบัญญัติที่มีการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ลี้ภัยที่สมบูรณ์ที่สุด แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่มีข้อกำหนดบังคับให้ประเทศที่เป็นสมาชิกที่จะต้องให้สิทธิในการลี้ภัยแก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง เพียงแต่กำหนดให้ประเทศสมาชิกกำหนดสถานะของผู้ลี้ภัยและรับรองที่จะให้ความคุ้มครองและปฏิบัติตาม

ดังนั้น ประเทศต่าง ๆ จึงไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องให้สิทธิในการลี้ภัยแก่ผู้ใดซึ่งหลักดังกล่าวนี้ได้มีการรับรองยืนยันโดยคำพิพากษาของศาลภายในและศาลระหว่างประเทศ และก็ไม่มียุติธรรมระหว่างประเทศใดที่แสดงความไม่เห็นด้วย รวมทั้งไม่ขัดกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนด้วย ในทำนองเดียวกันเมื่อมีการค้นหาแนวทางการแก้ปัญหาดังกล่าวโดยได้มีการจัดการประชุมขึ้น ณ กรุงเจนีวา ในปี 1977 ภายใต้การสนับสนุนขององค์การสหประชาชาติ เพื่อที่จะให้มีการรับรองอนุสัญญาว่าด้วย การลี้ภัยแต่ก็ไม่สัมฤทธิ์ผลอีก เนื่องจากการประชุมดังกล่าวไม่สามารถทำให้ประเทศต่าง ๆ ยอมรับที่จะสละเอกสิทธิ์เหนือดินแดนที่มีอยู่

อย่างไรก็ตาม หลักการที่จะไม่เนรเทศและหลักการที่จะไม่ผลักดันนอกประเทศซึ่งบัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเจนีวา ปี 1951 ถือเป็นหลักที่แสดงออกถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่เป็นผู้ลี้ภัยที่จะได้รับการคุ้มครองตามหลักดังกล่าว และหลักดังกล่าวนี้เองที่แสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างสถานะของผู้ลี้ภัยกับสิทธิในการลี้ภัย

หลักการไม่เนรเทศและหลักการไม่ผลักดันนอกประเทศถือเป็นหลักที่เหมือนกันในแง่ของการกระทำ คือการที่บุคคลได้รับการยอมรับให้อยู่ในประเทศที่ผู้ขอลี้ภัยเลือกและถือเป็นผู้ลี้ภัยอย่างน้อยก็ในระหว่างกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์เพื่อพิจารณาว่าจะให้ผู้นั้นอาศัยอยู่ชั่วคราวหรือระยะยาวเพื่อกำหนดถิ่นฐานอยู่เลยตามที่บุคคลนั้นร้องขอ

นอกจากนี้เป็นที่ปรากฏอย่างชัดเจนในกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ว่าชาวต่างชาติที่จะขอลี้ภัยได้จะต้องเข้าเงื่อนไขตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยสถานะของผู้พลพ

ข้อจำกัดที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยสถานะของผู้พลพและอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หรือข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมืองอาจถูกยกขึ้นเป็นกรอบในการคุ้มครองสิทธิในการลี้ภัย ดังนั้น จึงต้องอธิบายถึงขอบเขตและการคุ้มครองตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายและการคุ้มครองโดยศาล

1.1 การคุ้มครองสิทธิในการลี้ภัยตามบทบัญญัติของกฎหมาย

การคุ้มครองสิทธิในการลี้ภัยตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้น บทบัญญัติดังกล่าวอาจมาจากอนุสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ รัฐธรรมนูญ หรือบทบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายบริหารของประเทศที่เกี่ยวข้อง

1.1.1 การคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ

การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองสิทธิในการลี้ภัยมีความสำคัญมากขึ้นในแง่ระหว่างประเทศ ทั้งนี้ไม่ใช่เพราะว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศจำนวนมากที่เกี่ยวกับการลี้ภัย แต่ผลของการลี้ภัยมีผลกระทบมากซึ่งผลกระทบดังกล่าวเป็นผลมาจากกฎหมายภายใน

- ความหลากหลายของข้อตกลงระหว่างประเทศ

ความหลากหลายของบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศมาจากลักษณะพิเศษของกฎข้อบังคับของกลุ่มประชาคมต่าง ๆ หรือกลุ่มประเทศในภูมิภาคต่าง ๆ นอกจากนั้นยังมีข้อตกลงระหว่างประเทศที่มีผลทั่วไปในด้านสิทธิมนุษยชนเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับสถานะของผู้อพยพ

ในบรรดาข้อตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ นั้น มีรายการที่สำคัญดังนี้

- อนุสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยสถานะของผู้อพยพ ลงวันที่ 28 กรกฎาคม 1951 และพิธีสารกรุงนิวยอร์ก ลงวันที่ 31 มกราคม 1967 ว่าด้วยการกำหนดขอบเขตของสิทธิในการลี้ภัย โดยเฉพาะอย่างยิ่งความหมายของคำว่าผู้อพยพและการห้ามการเนรเทศและผลักดันผู้อพยพไปยังประเทศซึ่งผู้นั้นอาจต้องโทษ หรือได้รับการปฏิบัติที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือการทารุณกรรม

- อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน วันที่ 4 พฤศจิกายน 1950

- ข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เมื่อปี 1966 ซึ่งบัญญัติห้ามการทรมาน การลงโทษ การกระทำที่ไร้มนุษยธรรม และการทารุณกรรม

- ข้อตกลง Schengen ลงวันที่ 14 มิถุนายน 1985 ระหว่างรัฐเบลลักซ์ ฝรั่งเศส และเยอรมนี ว่าด้วยการยกเลิกอย่างเป็นทางการเป็นขั้นตอนในการควบคุมบริเวณชายแดนของประเทศดังกล่าว และข้อตกลงร่วมกันในการบังคับใช้ข้อตกลง Schengen ซึ่งลงนามในเมื่อวันที่ 14 มิถุนายน 1990 ซึ่งต่อมาในปี 1990 และ 1996 ได้มีประเทศต่าง ๆ เข้าร่วมเป็นสมาชิกของข้อตกลง Schengen เพิ่มเติม คือ อิตาลี สเปน โปรตุเกส กรีซ ออสเตรีย เดนมาร์ก ฟินแลนด์ และสวีเดน

- อนุสัญญา Dublin ลงวันที่ 15 มิถุนายน 1990 ว่าด้วยการกำหนดรัฐที่จะรับผิดชอบในการตรวจสอบคำขอลี้ภัยที่มีการยื่นในประเทศใดประเทศหนึ่งของสมาชิกสหภาพยุโรป

- อนุสัญญาขององค์การเอกภาพแอฟริกา (OUA) ปี 1969 เกี่ยวกับเรื่องที่เป็นลักษณะพื้นฐานของปัญหาของผู้พลัดถิ่นในทวีปแอฟริกา

- กฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและประชาชน ปี 1981 ซึ่งมีการรับรองโดยที่ประชุมของผู้นำประเทศต่างๆ 18 ประเทศ ข้อตกลงฉบับนี้คุ้มครองสิทธิในการแสวงหาและสิทธิที่จะได้รับอนุญาตให้ลี้ภัยในดินแดนต่างประเทศและห้ามการขับไล่กลุ่มบุคคลต่างด้าว

นอกจากข้อตกลงต่าง ๆ ที่มีสมาชิกร่วมกันหลายประเทศแล้วยังมีข้อตกลงซึ่งมีคู่สัญญาเพียง 2 ประเทศ ในเรื่องเกี่ยวกับผู้หลบหนีเข้าเมือง ผู้พลัดถิ่น และการลี้ภัย

กฎหมายระหว่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้นมีผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันในระบบกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ

- ผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันของข้อตกลงระหว่างประเทศฉบับต่าง ๆ

บางประเทศใช้ระบบกฎหมาย moniste ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในอยู่ในระบบกฎหมายเดียวกันและเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน เช่น ประเทศฝรั่งเศส (มาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญ ปี 1958) ประเทศเชเนกัล (มาตรา 98 ของรัฐธรรมนูญรับรองเมื่อวันที่ 7 มกราคม 2001) หรือประเทศกรีซ (มาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญ ปี 1975) สำหรับในประเทศฟินแลนด์ สนธิสัญญาจะมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายใน แต่ในออสเตรียหรือแคนาดาใช้ระบบ dualiste ซึ่งในระบบนี้สนธิสัญญาระหว่างประเทศไม่มีค่าบังคับหรือมีผลบังคับใช้โดยตรงในระบบกฎหมายภายใน ต้องมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับข้อตกลงระหว่างประเทศให้เข้าอยู่ในระบบกฎหมายภายใน โดยข้อตกลงนั้นจะมีค่าเท่ากับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ตัวอย่างเช่น ข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ปี 1966 ซึ่งประเทศแคนาดาได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกเมื่อปี 1976 แต่ประเทศแคนาดาก็ยังไม่ได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับข้อตกลงดังกล่าวเข้าในระบบกฎหมายภายใน จึงยังไม่มีผลบังคับใช้ แต่ข้อตกลงดังกล่าวก็มีประโยชน์ในการตีความกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประเทศแคนาดา (กฎหมายรัฐธรรมนูญ ปี 1982) ซึ่งเป็นที่มาแหล่งที่สองของการคุ้มครองสิทธิในการลี้ภัยที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ

1.1.2 การคุ้มครองสิทธิในการลี้ภัยโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

ความพยายามในการคุ้มครองสิทธินี้มีการขยายตัวอย่างมาก เนื่องจากการเคลื่อนไหวย่างต่อเนื่องในการบัญญัติคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในรัฐธรรมนูญ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการลี้ภัย

ความพยายามในการคุ้มครองสิทธิในการลี้ภัยแม้จะไม่เกี่ยวข้องกับชัดเจนในประเทศตุรกี เนเธอร์แลนด์ ฟินแลนด์ หรือสวีเดน แต่ตรงกันข้ามจะเห็นได้ชัดในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 53.1 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันซึ่งแก้ไขเมื่อปี 1993 ซึ่งบัญญัติคุ้มครองสิทธิในการลี้ภัยเพื่อให้สอดคล้องกับข้อตกลง Schengen ในประเทศจีนนั้น รัฐธรรมนูญของประเทศจีน แม้จะไม่ยืนยันอย่างชัดเจนแต่ก็ได้บัญญัติว่าสาธารณรัฐประชาชนจีนอาจให้สิทธิในการลี้ภัยแก่คนต่างด้าวที่ยื่นขอลี้ภัยด้วยเหตุผลทางการเมือง (มาตรา 32 ส่วนที่สองของรัฐธรรมนูญประเทศจีนที่ได้มีการประกาศใช้ใหม่เมื่อปี 1954) แต่ในประเทศโปรตุเกส อิตาลี เยอรมนี จะมีการบัญญัติสิทธิในการลี้ภัยอย่างชัดเจน ตรงกันข้ามกับประเทศสวิตเซอร์แลนด์ที่ไม่ได้มีการบัญญัติสิทธิในการลี้ภัยไว้ในรัฐธรรมนูญแต่ยอมรับหลักไม่ผลักดันผู้ขอลี้ภัยและพลเมืองของตนไปยังประเทศที่จะมีความเสี่ยงภัย

การคุ้มครองสิทธิในการลี้ภัยตามรัฐธรรมนูญมีการขยายขอบเขตขึ้นโดยกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

1.1.3 การคุ้มครองสิทธิในการลี้ภัยโดยกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

การคุ้มครองโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้นมีกฎหมายเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไปแล้วกฎหมายที่เกี่ยวข้องจะนำหลักมาจากอนุสัญญากรุงเจนีวา ปี 1951 ว่าด้วยสถานะของผู้พลพและผู้ไร้สัญชาติ เพื่อบัญญัติหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการให้สถานะผู้พลพ และการให้ที่ลี้ภัย โดยกฎหมายจะมุ่งเน้นไปที่การหลบหนีเข้าเมือง (เช่น ประเทศสวีเดน แคนาดา อิตาลี เนเธอร์แลนด์ ซึ่งกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ถือว่าสิทธิในการลี้ภัยเป็นสิทธิโดยปริยายของผู้พลพที่จะอาศัยอยู่ในประเทศเนเธอร์แลนด์ได้) บางประเทศกฎหมายจะเน้นเกี่ยวกับการเข้าเมือง การพำนักอยู่ในประเทศ การตั้งถิ่นฐานหรือการส่งคนต่างด้าวออกนอกประเทศ (เช่น ประเทศเบลเยียม กรีซ ตุรกี) หรือเกี่ยวกับสถานะของผู้พลพ (ประเทศฟินแลนด์) หรือเกี่ยวกับการลี้ภัยและกระบวนการยื่นคำขอเป็นผู้ลี้ภัย (เช่น ประเทศฝรั่งเศส เยอรมนี สวิตเซอร์แลนด์ โปรตุเกส ลักเซมเบิร์ก ออสเตรีย และเบลเยียม) ซึ่งกฎหมายของเบลเยียมว่าด้วยสิทธิของคนต่างด้าว ลงวันที่ 15 ธันวาคม 1980 และพระราชกฤษฎีกา ลงวันที่ 10 ตุลาคม 1981 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อการคุ้มครองสิทธิของคนต่างด้าว

กฎหมายดังกล่าวนี้ต่างมีการจัดองค์กรและโครงสร้างเพื่อทำการตรวจสอบเพื่ออนุมัติสิทธิในการลี้ภัยหรือการให้สถานะเป็นผู้พลพ หรือยืนยันอำนาจของศาลปกครองในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการลี้ภัย จะเห็นว่าสิทธิในการลี้ภัยนั้นนอกจากจะได้รับความคุ้มครองโดยบทบัญญัติของกฎหมายแล้วยังได้รับการคุ้มครองโดยศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลปกครอง

1.2 การคุ้มครองสิทธิในการลี้ภัยโดยศาล

การคุ้มครองสิทธิในการลี้ภัยโดยศาลนั้น โดยสภาพแล้วทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาและในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาคดี จะพบว่ามักจะไม่ค่อยเปิดโอกาสหรืออำนวยความสะดวกแก่ผู้ยื่นคำขอเป็นผู้ลี้ภัยมากนัก นอกจากนี้ ศาลปกครองมีอำนาจในการคุ้มครองสิทธิในการลี้ภัยในบางกรณีเท่านั้น

จากรายงานของประเทศต่าง ๆ ที่เสนอในการประชุมครั้งนี้ พบว่า นอกจากกลุ่มประเทศส่วนใหญ่ที่ได้จัดให้มีกระบวนการที่มีประสิทธิภาพในการคุ้มครองผู้ยื่นคำขอลี้ภัยแล้วมีบางประเทศที่ยังไม่ดำเนินการตามแนวดังกล่าว

ดังจะเห็นว่าในประเทศส่วนใหญ่ คำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับคำขอลี้ภัยหรือคำขอมีสถานะภาพเป็นผู้พลพอาจถูกตรวจสอบโดยศาลปกครอง เช่น ในประเทศฟินแลนด์ คำสั่งปฏิเสธจะต้องระบุให้ทราบถึงสิทธิในการฟ้องคดี และการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้น ศาลปกครองอาจสั่งให้มีการทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งที่ถูกฟ้องได้ (มีมาตรการอื่นที่คล้ายคลึงกันในประเทศเยอรมนี โปรตุเกส กรีซ ออสเตรีย เบลเยียม ฝรั่งเศส ลักเซมเบิร์ก)

อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมอาจมีอำนาจในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสิทธิในการลี้ภัย เช่น ในประเทศอิตาลี การที่ไม่มีกฎหมายที่บัญญัติถึงสิทธิในการลี้ภัยตามที่ได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ศาลฎีกาของอิตาลีเห็นว่า สิทธิในการลี้ภัยเป็นสิทธิส่วนบุคคล ดังนั้น บุคคลที่ต้องการกล่าวอ้างถึงสิทธิในการลี้ภัยจึงต้องฟ้องคดีต่อศาลแพ่ง

ในประเทศสวีเดนไม่มีการกำหนดให้มีการฟ้องคดีต่อศาล กระบวนการในการดำเนินการทั้งหลายเป็นขั้นตอนในฝ่ายปกครอง แต่ก็อยู่ในระหว่างการรอให้ข้อเสนอจัดตั้ง “ศาลพิเศษสำหรับคนต่างด้าว” สำเร็จขึ้นมาเพื่อให้มีอำนาจในการตรวจสอบคดีโต้แย้งคำสั่งของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง (L'office national des Migrations) และคำวินิจฉัยของศาลพิเศษดังกล่าวอาจถูกอุทธรณ์ไปยังศาลปกครองชั้นต้นถ้าหากเป็นคำสั่งเกี่ยวกับการกักขังบุคคลดังกล่าวไว้

เมื่อก้าวถึงการกักขังทำให้นึกถึงกรณีของการเนรเทศและการควบคุมตัวไปยังชายแดน

2. มาตรการเนรเทศและการควบคุมตัวไปยังชายแดน (mesures d'expulsion et de reconduite à la frontière)

การดำเนินการเกี่ยวกับคนต่างด้าวเป็นอำนาจหน้าที่ของตำรวจฝ่ายปกครอง ซึ่งมีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจและวิธีพิจารณาที่เคร่งครัด

ตรงข้ามกับสิ่งที่ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องของสิทธิในการลี้ภัยซึ่งมีการคุ้มครองโดยกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน โดยผู้ยื่นคำขอจะได้รับการคุ้มครองให้สามารถพำนักอาศัยอยู่ในประเทศที่ยื่นคำขอได้ แต่ชาวต่างชาติซึ่งไม่ได้สิทธิในการลี้ภัยหรือไม่ได้สถานะผู้ขอพวยพอาจต้องตกอยู่ภายใต้มาตรการในการเนรเทศหรือการควบคุมตัวไปยังชายแดน

เราจะพบว่า สิทธิที่ชาวต่างชาติซึ่งถูกเนรเทศหรือถูกควบคุมตัวไปยังชายแดนอาจได้รับการคุ้มครองนั้นเป็นสิทธิที่ไม่ได้มีการกำหนดไว้ไว้ในรัฐธรรมนูญ ข้อตกลงระหว่างประเทศ หรือบทบัญญัติของกฎหมายใด ๆ เลยไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมายภายในหรือระหว่างประเทศ คงมีเฉพาะกรณีที่กฎหมายหรือข้อบังคับเกี่ยวกับการกำหนดตัวเจ้าหน้าที่และวิธีดำเนินการที่จะนำมาใช้ในการเนรเทศหรือการควบคุมตัวเพื่ออาจนำมาพิจารณาประกอบได้ และด้วยเหตุดังกล่าวจึงเป็นหน้าที่สำคัญของศาลปกครองที่จะเข้ามาวางแนวคำพิพากษาในเรื่องนี้

โดยหลักแล้วมาตรการเนรเทศจะใช้ก็ต่อเมื่อการปรากฏตัวอยู่ในประเทศของชาวต่างประเทศผู้นั้นกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประเทศ ในขณะที่การควบคุมตัวหรือการผลักดันไปยังชายแดนนั้นเป็นผลสืบเนื่องจากการที่บุคคลดังกล่าวปรากฏตัวอยู่ในประเทศนั้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

มีประเทศเพียงส่วนน้อยที่จะมีบทบัญญัติเช่นรัฐธรรมนูญของประเทศสวีเดนหรือแลนด์ ซึ่งได้บัญญัติหลักที่จะไม่เนรเทศหรือผลักดันบุคคลไปยังประเทศที่มีความเสี่ยงที่จะได้รับอันตราย (มาตรา 25 บรรค 2) หรือมีการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลและครอบครัว (มาตรา 13) หรือมีความสัมพันธ์เฉพาะกับประเทศที่ให้พำนักแก่คนต่างชาตินั้น

ความคุ้มครองที่ชาวต่างประเทศซึ่งได้รับคำสั่งเนรเทศหรือถูกควบคุมตัวไปยังชายแดนได้รับนั้นเกิดขึ้นมาจากการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง และศาลได้อาศัยเทคนิคทางกฎหมายวางหลักกฎหมายเพื่อคุ้มครองบุคคลดังกล่าว

2.1 การฟ้องคดีต่อศาล

คนต่างด้าวอาจฟ้องต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนคำสั่งเนรเทศหรือคำสั่งควบคุมไปยังชายแดนได้

คำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวออกนอกประเทศอาจถูกฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครอง โดยการฟ้องคดีดังกล่าวไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่ง (เช่น ประเทศฝรั่งเศส ฟินแลนด์) ในประเทศเช่นกัลคนต่างด้าวอาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งของรัฐมนตรีนว่าการกระทรวงมหาดไทย เช่นเดียวกัน ในประเทศตุรกีการยกอุทธรณ์ของผู้อุทธรณ์ที่ยื่นต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งซึ่งได้แก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยก็อาจถูกฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นได้

การคุ้มครองที่มีประสิทธิภาพมากขึ้นดูได้จากการที่สามารถอุทธรณ์คำสั่งของรัฐมนตรีนว่าการกระทรวงยุติธรรมที่สั่งกักขังก่อนการเนรเทศจริง ๆ การอุทธรณ์ต่อศาลที่มีเขตอำนาจอาจยื่นอุทธรณ์โดยผู้เสียหาย แต่การอุทธรณ์ต่อศาลได้กลายเป็นอุทธรณ์บังคับที่ยื่นโดยรัฐธรรมนุญในนามของผู้เสียหายถ้าผู้เสียหายไม่ได้ดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ หรือกรณีเกิดจากการที่บุคคลนั้นไม่สามารถอุทธรณ์ได้เพราะถูกกักขัง การฟ้องคดีดังกล่าวอาจนำไปสู่การเรียกให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายได้ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครอง (ประเทศเนเธอร์แลนด์)

ในประเทศอิตาลีการฟ้องคดีอาจทำได้ 2 ทางเนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายต่างบทกัน คือ การฟ้องคดีต่อศาลปกครองซึ่งมีผลเป็นการทุเลาการบังคับไว้ก่อนและการฟ้องคดีต่อศาลแพ่งซึ่งไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่ง ต่อมาเมื่อมีคำพิพากษาแล้ว ก็อาจมีการฎีกาต่อศาลฎีกาต่อไป

ถ้าการเนรเทศเป็นโทษทางอาญาตามคำพิพากษาของศาลอาญาแต่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ดำเนินการบังคับคดีตามคำพิพากษา ผู้เสียหายอาจอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งเนรเทศต่อศาลอาญา แต่การฟ้องคดีโต้แย้งการดำเนินการบังคับคดีตามคำพิพากษาดังฟ้องต่อศาลสหพันธรัฐ (ประเทศสวิตเซอร์แลนด์)

ในประเทศฝรั่งเศสผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องโต้แย้งคำสั่งควบคุมตัวไปยังชายแดนต่อศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งการฟ้องคดีดังกล่าวจะมีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งและอาจมีการยื่นอุทธรณ์ต่อสภาแห่งรัฐได้

อย่างไรก็ตาม การฟ้องคดีดังกล่าวข้างต้นก็มีผลจำกัดหากไม่มีการนำกฎเกณฑ์ที่ให้ความคุ้มครองที่เกิดจากแนวคำพิพากษาศาลมาใช้บังคับ

2.2 กฎเกณฑ์ที่คุ้มครองสิทธิ

กฎเกณฑ์การคุ้มครองสิทธิเกิดจากเทคนิคในการควบคุมของศาลปกครองซึ่งมุ่งหวังที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลและเสรีภาพของส่วนรวม

ศาลปกครองได้สร้างเทคนิคในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งโดยเฉพาะคำสั่งที่ให้ควบคุมคนต่างด้าวไปยังชายแดน ศาลปกครองจะใช้หลักการควบคุมที่เรียกว่า การประเมินผิดอย่างชัดเจน (erreur manifeste d'appréciation) และหลักสัดส่วน (proportionnalité) และยังต้องมีการเพิ่มหลักว่าด้วยเหตุผลจำเป็นอย่างยิ่งเกี่ยวกับมนุษยธรรม

ในการพิจารณาคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยมีการประเมินผิดอย่างชัดเจนในผลของคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวของฝ่ายปกครองเพราะคำสั่งมีผลกระทบอย่างรุนแรงต่อสถานะภาพของคนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศนั้น และการควบคุมนี้ยังเปิดโอกาสให้ศาลปกครองคำนึงถึงปัญหาสุขภาพของผู้ถูกขับไล่ด้วย โดยคดีนี้เมื่อศาลทราบกันจะเป็นเหตุที่ทำให้แน่ใจว่าไม่น่าจะมีการสั่งเนรเทศได้ (ประเทศฝรั่งเศส สภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) 29 มิถุนายน 1990, Imanbaccus) หรือผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับครอบครัวของคนต่างด้าวหรือสุขภาพของคู่สมรสมีมากกว่าที่ควรจะออกคำสั่งดังกล่าวได้ (เช่น ประเทศฝรั่งเศส, สภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) 20 กรกฎาคม 1990, Préfet de Haute Savoie c/Cavdar)

ศาลปกครองใช้หลักสัดส่วนในการพิจารณาคดี โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ที่มุ่งจะได้รับจากการเนรเทศกับหลักการเคารพสิทธิความเป็นส่วนตัว (ประเทศฝรั่งเศส สภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) 19 เมษายน 1991, Belgacem, ศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองตูลูส 29 พฤศจิกายน 2000, Issiaga CONDE c/Préfet de Haute – Garonne)

ศาลปกครองคำนึงถึงสิทธิพื้นฐานที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนโดยพิจารณาตามหลักว่าด้วยเหตุผลที่จำเป็นเกี่ยวกับมนุษยธรรม เพื่อพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวพำนักอาศัยอยู่ในประเทศด้วยเหตุผลในการอาศัยอยู่กับครอบครัว แม้ว่าคนต่างด้าวนั้นไม่ได้เป็นผู้อพยพ (เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ คำพิพากษาของศาลยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนคดีระหว่าง Berrehab กับประเทศเนเธอร์แลนด์ 21 มิถุนายน 1988) ซึ่งศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนคำสั่งเนรเทศที่จะทำให้เกิดความเสี่ยงภัยอย่างร้ายแรง

กรณีสุดท้ายที่คนต่างด้าวสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้ศาลพิจารณาคือการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

3. การส่งผู้ร้ายข้ามแดน (l'extradition)

การส่งผู้ร้ายข้ามแดน คือ การที่ประเทศหนึ่งส่งบุคคลที่อาศัยอยู่ในประเทศของตนให้กับประเทศที่ยื่นคำขอให้ส่งบุคคลดังกล่าวไปเพื่อดำเนินคดีทางอาญา

หลักกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้มีการบัญญัติไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ และมีการบัญญัติไว้หลายแห่งในกฎหมายภายใน ฉะนั้นจึงไม่ค่อยพบเรื่องดังกล่าวมากนักในรัฐธรรมนูญ (เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ อิตาลี สวิตเซอร์แลนด์)

ถ้าไม่มีสนธิสัญญาที่จะนำมาบังคับใช้ได้ ก็จะทำกฎหมายภายในของประเทศมาบังคับใช้ซึ่งเป็นสิ่งที่อธิบายถึงความมียุ่อย่างมาของกฎหมายภายในที่ได้มีการประกาศใช้แล้ว

อันที่จริงมีกฎหมายภายในที่บัญญัติเกี่ยวกับการเนรเทศและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่ขอให้ส่งผู้ร้ายกลับไปประเทศที่คนต่างด้าวพำนักอาศัยอยู่ แต่จะมีการใช้กฎหมายดังกล่าวก็ต่อเมื่อประเทศทั้งสองไม่มีข้อตกลงว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกัน

เมื่อไม่กี่ปีที่ผ่านมากระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้มีปัญหาโต้เถียงกัน อย่างหนักอันเนื่องมาจากความประสงค์จะจำกัดความเคร่งครัดของหลักการพื้นฐานที่สำคัญเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ถือว่าต้องปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนบุคคลที่ถูกตามจับหรือต้องคำพิพากษาด้วยเหตุผลทางการเมือง

ปัจจุบันนี้ หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้ผ่อนคลายลงมากเนื่องจากประการแรกได้มีความพยายามที่จะป้องกันปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติ และประการที่สองสืบเนื่องกันคือ มีการขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนมากขึ้นซึ่งแน่นอนด้วยเหตุผลทางการเมือง

สิทธิของคนต่างด้าวที่จะโต้แย้งกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกลับประเทศนั้น ได้รับการคุ้มครองในวิธีพิจารณาซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายภายใน (เช่น ประเทศฝรั่งเศส เซเนกัล เนเธอร์แลนด์ ฟินแลนด์ เยอรมนี อิตาลี สวิตเซอร์แลนด์) และสิทธิของคนต่างด้าวที่จะได้รับการคุ้มครองในเนื้อหาของคำสั่งส่งตัวกลับประเทศซึ่งจะเป็นการคุ้มครองโดยศาลปกครองซึ่งจะตรวจสอบในทุกประเด็นถึงเหตุผลและเหตุจูงใจในการส่งตัวกลับประเทศ และใช้การควบคุมแบบจำกัดในการตรวจสอบผลร้ายที่จะเกิดกับผู้ถูกส่งกลับ และการควบคุมคำสั่งให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนของศาลปกครองใช้วิธีควบคุมปกติ (เช่น ประเทศฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์)

นอกจากการคุ้มครองสิทธิที่กล่าวข้างต้นแล้วคนต่างด้าวซึ่งจะถูกส่งตัวกลับประเทศอาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ (การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งให้ส่ง

ผู้ร้ายข้ามแดนโดยสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส) และรัฐที่ขอให้ส่งบุคคลดังกล่าวกลับประเทศก็มีสิทธิฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งปฏิเสธการส่งตัวของประเทศที่ให้ที่พักแก่บุคคลที่ถูกขอให้ส่งตัว

อย่างไรก็ตาม นอกจากการฟ้องโต้แย้งคำสั่งให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือคำสั่งของรัฐบาลที่ปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนแล้ว การฟ้องคดีที่เกี่ยวข้องเนื่องกับกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม (เช่น ประเทศเซเนกัล เนเธอร์แลนด์) ซึ่งศาลปกครองจะไม่เข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเลย (เช่น ประเทศเยอรมนี อิตาลี)

บทสรุป

จากรายงานของประเทศต่าง ๆ ที่ได้รับในการประชุมครั้งนี้ แสดงให้เห็นถึงปริมาณและความหลากหลายของการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง โดยพิจารณาจากเครื่องมือหรือบทบัญญัติของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับ วิธีพิจารณา เทคนิค และกฎเกณฑ์ที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการพิจารณาคดี จะเห็นถึงความพยายามของศาลปกครองของประเทศต่าง ๆ ที่จะปรับปรุงและนำข้อสรุป และประสบการณ์ของแต่ละประเทศ ไปใช้ในศาลแต่ละทวีป เพื่อพัฒนาการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้มากยิ่งขึ้น

ประเทศซึ่งอยู่ในระยะเริ่มต้นของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเนื่องจากมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นใหม่ ซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีค่อนข้างจำกัด หรือประเทศที่ศาลปกครองยังมีงานที่ต้องศึกษาและวางรากฐานอีกมาก สามารถที่จะเก็บเกี่ยวประสบการณ์จากตัวอย่างของระบบที่มีการประกันสิทธิและเสรีภาพอย่างมีประสิทธิภาพ และศาลที่มีประสบการณ์ที่พิสูจน์แล้วว่าที่เสนอในการประชุมครั้งนี้เพื่อนำไปพัฒนาระบบกฎหมายและสถาบันของตนเอง

การศึกษากฎหมายมหาชนและการฝึกอบรมนักกฎหมายมหาชน ในประเทศฟินแลนด์

H.E. Mr. Pekka Hallberg**

การศึกษากฎหมายในฟินแลนด์

1. ในประเทศฟินแลนด์มีคณะนิติศาสตร์อยู่สามแห่ง ได้แก่ คณะนิติศาสตร์แห่ง University of Helsinki, University of Turku และ University of Lapland ซึ่งคณะนิติศาสตร์ที่ใหญ่ที่สุด ก็คือ คณะนิติศาสตร์แห่ง University of Helsinki โดยมีนักศึกษากฎหมายอยู่มากกว่า 2,400 คน นอกจากนี้ ยังมีมหาวิทยาลัยอื่น ๆ บางแห่ง เช่น University of Vaasa และ University of Joensuu ที่จัดการเรียนการสอนเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรม (judicial studies) เป็นจำนวนมาก

ด้วยเหตุที่กฎหมายเป็นหนึ่งในสาขาวิชาที่เป็นที่นิยมสูงที่สุดในประเทศฟินแลนด์ แต่จำนวนนักศึกษาที่มหาวิทยาลัยต่าง ๆ สามารถรับเข้าศึกษาในคณะนิติศาสตร์แต่ละปีมีจำนวนจำกัดอยู่ที่ประมาณร้อยละ 14 ของจำนวนผู้สมัคร ในปัจจุบันเกือบร้อยละ 70 ของนักศึกษากฎหมายใหม่จะเป็นผู้หญิง

จากบรรดามหาวิทยาลัยทั้งหมด จะมีนักศึกษากฎหมายที่สำเร็จการศึกษาในแต่ละปีเฉลี่ยประมาณ 450 คนและในจำนวนดังกล่าวจะเป็นนักศึกษาหญิงอยู่เกือบครึ่งหนึ่ง

ระดับปริญญาในมหาวิทยาลัย

1. **Master of Laws – Degree** ในประเทศฟินแลนด์ระดับปริญญาทางกฎหมายที่เป็นพื้นฐานคือ *Master of Laws* หรือ *LL.M.* และด้วยเหตุที่เป็นปริญญาจากมหาวิทยาลัยที่มีระดับสูงกว่าด้านอื่น ๆ ผู้ได้รับปริญญานี้จึงมีสิทธิในการเข้ารับราชการ และ

* ถอดความจากการบรรยายพิเศษของประธานศาลปกครองสูงสุดของประเทศฟินแลนด์ เมื่อวันที่ 29 มกราคม 2546 ณ สำนักงานศาลปกครอง แปลและเรียบเรียงโดยนางสาวรัชดาพร นิยมพงษ์ศักดิ์ พนักงานคดีปกครอง 5 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง ตรวจคำแปลโดย นายวสันต์ เดียวตระกูล พิมพ์ครั้งแรกในวารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 3 ฉบับที่ 2 (พ.ค. – ส.ค. 2546)

** ประธานศาลปกครองสูงสุดของประเทศฟินแลนด์

การได้รับปริญญาในระดับนี้ยังเป็นเงื่อนไขสำหรับผู้ที่จะเป็นตุลาการ หรือผู้ปฏิบัติหน้าที่ช่วยเหลือตุลาการในศาลต่าง ๆ (referendary)¹

การศึกษาปริญญา Master of Laws ใช้เวลาในการศึกษาโดยเฉลี่ยประมาณ 5.5 ปี สำหรับหลักสูตรการศึกษาประกอบด้วยความรู้เบื้องต้น (ร้อยละ 10) การศึกษาวิชากฎหมายต่าง ๆ (ร้อยละ 65) และการศึกษากฎหมายขั้นสูง (ร้อยละ 20) รวมทั้งการศึกษาทางด้านภาษาด้วย

โดยปกตินักศึกษาจะศึกษาวิชาความรู้เบื้องต้นจบในระหว่างภาคเรียนแรก ซึ่งวิชาเหล่านี้มีวัตถุประสงค์เพื่อปูพื้นฐานความรู้ว่าด้วยสังคมศาสตร์ การศึกษากฎหมาย และระบบกฎหมายของประเทศฟินแลนด์

ในระหว่างการศึกษาในระดับปริญญาตรี นักศึกษากฎหมายฟินแลนด์จะไม่เชี่ยวชาญในสาขาของกฎหมายด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะ นักศึกษาจะได้รับความรู้เกี่ยวกับภาพรวมของการพัฒนาและโครงสร้างของระบบกฎหมายของประเทศฟินแลนด์ ซึ่งวิชาบังคับจะครอบคลุมเรื่องต่าง ๆ เช่น ประวัติศาสตร์กฎหมาย กฎหมายและเศรษฐศาสตร์ กฎหมายเอกชนจารีตประเพณี (traditional private law) กฎหมายมหาชน ตลอดจนกฎหมายอาญา และกฎหมายวิธีพิจารณาความ

สำหรับกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายการคลัง และกฎหมายปกครองนั้น จะประกอบเป็นแกนหลักของการศึกษากฎหมายมหาชน หลักสูตรกฎหมายรัฐธรรมนูญจะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในองค์กรสูงสุดของรัฐ ตลอดจนสถานะและสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนแต่ละปัจเจกชนในส่วนที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ หลักสูตรกฎหมายระหว่างประเทศจัดให้มีการศึกษาภาพรวมของขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง โดยการเน้นในเรื่องสนธิสัญญาสำคัญ ๆ ที่ฟินแลนด์เป็นภาคีอยู่ด้วย กฎหมายสนธิสัญญา สหประชาชาติ และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

หลักสูตรกฎหมายการคลังจัดให้ศึกษาภาพรวมระบบการคลังของประเทศฟินแลนด์และเป้าหมายของระบบดังกล่าว รวมถึงข้อความคิดและหลักการของกฎหมายการคลัง บรรทัดฐานที่กำหนดความรับผิดชอบทางภาษีอากร และการคำนวณภาษีอากรที่อยู่ในประเภทต่าง ๆ บรรทัดฐานที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีภาษีอากรและการเยียวยาทางกฎหมายสำหรับผู้เสียภาษีอากร ตลอดจนการวางแผน โครงสร้าง และการควบคุมการบริหารการคลังในรัฐวิสาหกิจ

¹ ในศาลปกครองอาจเทียบได้กับพนักงานคดีปกครอง (หมายเหตุ ผู้ตรวจคำแปล)

การศึกษากฎหมายปกครองทั่วไปจะเน้นเกี่ยวกับเรื่องการจัดองค์กรในการบริหารรัฐกิจ หลักการสำคัญของวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง ตลอดจนพื้นฐานของคำพิพากษาในคดีที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง ส่วนการศึกษากฎหมายปกครองเฉพาะจะครอบคลุมถึงกฎหมายการปกครองท้องถิ่น กฎหมายสวัสดิการสังคม และกฎหมายว่าด้วยข้าราชการพลเรือน ได้มีการตราพระราชบัญญัติทั่วไปขึ้นใช้บังคับในปี ค.ศ. 1982 (พ.ศ. 2525) ซึ่งกฎหมายนี้ใช้บังคับกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (*Administrative Procedure Act*) โดยเนื้อหาของกฎหมายเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหมด กฎหมายนี้ได้รวมบทบัญญัติว่าด้วยหน้าที่ของเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับหน้าที่ในการให้คำปรึกษา การเผยแพร่วิธีปฏิบัติราชการ หน้าที่ในการแสวงหาพยานหลักฐาน การรับฟังคู่กรณี การได้สวนคดี การตรวจสอบ การให้เหตุผลในคำวินิจฉัย และการแก้ไขข้อผิดพลาดต่าง ๆ นอกจากนี้ ยังมีการตราพระราชบัญญัติเฉพาะใช้บังคับในปี ค.ศ. 1996 (พ.ศ. 2539) ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีปกครอง (*Administrative Judicial Procedure Act*) ซึ่งกฎหมายฉบับนี้บัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณาที่ใช้โดยศาลปกครอง โดยเน้นให้ศาลมีบทบาทเชิงรุกในการดำเนินกระบวนการพิจารณา และกำหนดให้เป็นบทบาทหน้าที่ของศาลในการพิจารณาดูสอบคดีด้วย

นอกจากนี้ อาจมีการบรรจุวิชากฎหมายอื่น ๆ บางวิชาเข้าไปในหลักสูตรสำหรับปริญญาตรีด้วย เช่น วิชากฎหมายและข้อมูลซึ่งจะเป็นการให้ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการใช้และผลกระทบของเทคโนโลยีสารสนเทศ การพัฒนาและการใช้ระบบสารสนเทศฐานข้อมูลทางกฎหมายและการให้บริการข้อมูลด้านกฎหมายผ่านระบบเครือข่าย และกฎหมายข้อมูลข่าวสาร สำหรับวิชากฎหมายการแพทย์นั้นจะเป็นการให้ความรู้เบื้องต้นเรื่องกฎหมายการแพทย์ในฐานะที่เป็นสาขากฎหมายที่มีลักษณะเป็นสหวิทยาการ ตลอดจนการนำเสนอข้อความคิด หลักการต่าง ๆ บทกฎหมายหลักและพัฒนาการของกฎหมายกลุ่มนี้ อนึ่ง ยังได้มีการสอนวิชากฎหมายที่ค่อนข้างใหม่วิชาหนึ่ง ได้แก่ วิชาการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับสตรีอีกด้วย

หลักสูตรภาษาภาคบังคับนั้นรวมทั้งภาษาทางการของประเทศฟินแลนด์ ซึ่งก็คือภาษาฟินแลนด์ (Finnish) และภาษาสวีเดน (Swedish) และภาษาต่างประเทศอีกอย่างน้อยหนึ่งภาษาไม่ว่าจะเป็น ภาษาอังกฤษ ภาษาฝรั่งเศส ภาษาเยอรมัน ภาษาอิตาลี ภาษารัสเซีย หรือภาษาสเปน

ในส่วนสุดท้ายของการศึกษาในระดับ Master's degree ประกอบด้วย การศึกษากฎหมายขั้นสูง โดยมีส่วนสำคัญอยู่ที่วิทยานิพนธ์จำนวนประมาณ 50-80 หน้า

ในขั้นนี้ นักศึกษาอาจเลือกสาขากฎหมายที่ตนต้องการมีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ซึ่งในทางปฏิบัติหมายความว่านักศึกษาแต่ละคนจะต้องมีส่วนร่วมในโครงการที่มีการควบคุมดูแลโดยศาสตราจารย์และมีระยะเวลาดำเนินการประมาณ 1 ปี ในระหว่างนั้นนักศึกษาจะเข้าร่วมในการประชุมสัมมนา เขียนบทความและทำวิทยานิพนธ์ของตน

2. การศึกษากฎหมายในระดับหลังปริญญา (Postgraduate Studies in Law)

มหาวิทยาลัย Helsinki จัดให้มีหลักสูตร international LL.M. Diploma ซึ่งมีการเรียนการสอนเป็นภาษาอังกฤษ และนับตั้งแต่มีการก่อตั้งหลักสูตรนี้เมื่อปี ค.ศ. 1992 (พ.ศ. 2535) เป็นต้นมา มีนักศึกษามากกว่า 180 คนจากทั่วทุกมุมโลกได้รับ LL.M. Diploma นี้

ภายใต้ระบบของประเทศฟินแลนด์ ปริญญาสำหรับการศึกษากฎหมายในระดับหลังปริญญาลำดับแรกได้แก่ “**The Licentiate's degree (LL.Lic.)**” โดยวิทยานิพนธ์ของ LL.Lic. ของประเทศฟินแลนด์นี้จะคล้ายคลึงกับวิทยานิพนธ์ในระดับปริญญาเอก (doctoral dissertation) ในประเทศแถบยุโรปหลาย ๆ ประเทศ และถือว่า LL.Lic. นี้มีความเท่าเทียมเท่ากับปริญญาเอกของต่างประเทศหลาย ๆ ประเทศ เช่น Doctor of Laws-degree ของประเทศเยอรมนี และต่อจาก LL.Lic. แล้ว อาจตามมด้วยระดับปริญญาเอก (**The Doctor's degree**) ซึ่งเป็นข้อกำหนดพื้นฐานสำหรับตำแหน่งศาสตราจารย์ในมหาวิทยาลัย สำหรับวิทยานิพนธ์ในระดับปริญญาเอกของประเทศฟินแลนด์นี้จะมีลักษณะคล้ายคลึงกับ “Habilitationsschrift” ของประเทศเยอรมนีไม่มากนัก

สำหรับปริญญาเอก (Doctor's degree) นั้นในเบื้องต้นออกแบบไว้สำหรับผู้ที่มีความสนใจจะประกอบวิชาชีพทางวิชาการในการดำเนินงานวิจัยในขณะที่ Licentiate's degree นั้น มุ่งจัดให้สำหรับผู้ประกอบอาชีพเป็นนักกฎหมายเพื่อให้มีความเชี่ยวชาญในวิชาชีพ หรือดำเนินการคล้ายกับเป็นขั้นตอนเริ่มต้นของการศึกษาระดับปริญญาเอก ทั้งนี้ปริญญา LL.Lic. นั้นควรจะสำเร็จการศึกษภายในเวลาสองปี และปริญญาเอกควรจะสำเร็จการศึกษภายในเวลาสี่ปี แต่อย่างไรก็ตาม ที่ผ่านมาระยะเวลาสำเร็จการศึกษาเฉลี่ยโดยปกติมักจะมากกว่าที่กล่าวแล้ว ทั้งนี้เนื่องจากนักศึกษาระดับหลังปริญญาส่วนใหญ่จะทำงานควบคู่ไปกับการเรียนด้วย ประกอบกับวิทยานิพนธ์สำหรับปริญญาในระดับนี้มีมาตรฐานสูง

เมื่อต้นปี ค.ศ. 1995 (พ.ศ. 2538) ได้เริ่มมีการจัดหลักสูตรการศึกษาระดับหลังปริญญาภาคพิเศษ (special postgraduate school programme) ขึ้นใน Helsinki โดยหลักสูตรนี้เป็นหลักสูตรการศึกษาระดับปริญญาเอกในระยะเวลา 4 ปี ที่มีข้อได้เปรียบแข่งขันสำหรับนักวิจัยรุ่นเยาว์ที่สำเร็จการศึกษา Master of Laws-degree แล้ว

การปรับตัวเพื่อรองรับความเปลี่ยนแปลงระหว่างประเทศ (Internationalisation)

1. กฎหมายฟินแลนด์ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายเยอรมันอย่างมากมาเป็นระยะเวลายาวนาน ทั้งนี้ ส่วนใหญ่เนื่องจากสภาพภูมิศาสตร์การเมืองที่มีลักษณะพิเศษของฟินแลนด์ จึงมีธรรมเนียมปฏิบัติในเรื่องความร่วมมือกับรัฐบาลรัฐของอดีตสหภาพโซเวียต โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัสเซียและเอสโตเนีย ตลอดจนกับประเทศในกลุ่มสแกนดิเนเวีย เช่น สวีเดน

2. ในส่วนที่เกี่ยวกับความร่วมมือแบบพหุภาคี ฟินแลนด์เป็นคู่ภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนถึงเกือบ 50 ฉบับ ซึ่งทำให้มีผลกระทบต่อบทกฎหมายของฟินแลนด์โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระยะสองสามปีที่ผ่านมา และที่สำคัญยิ่งไปกว่านั้นก็คืออิทธิพลของการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะที่ชัดเจนคือกระบวนการรวมกลุ่มของประเทศในแถบยุโรป และการเป็นสมาชิกในสหภาพยุโรปของฟินแลนด์มาตั้งแต่วันที่ ค.ศ. 1995 (พ.ศ. 2538) ด้วยความมีอิทธิพลต่อธรรมเนียมปฏิบัติทางกฎหมายของฟินแลนด์ดังกล่าวทำให้ไม่มีใครที่จะสามารถหลีกเลี่ยงไม่กล่าวถึงกระบวนการรวมกลุ่มของประเทศในแถบยุโรปได้ และในฐานะที่เป็นประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปทำให้ต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายฟินแลนด์ นอกจากนั้นการเป็นประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปยังนำมาซึ่งมุมมองใหม่เกี่ยวกับการศึกษาและการวิจัยด้านกฎหมาย ตลอดจนการตรากฎหมายและการปรับใช้กฎหมายในประเทศฟินแลนด์อีกด้วย ความร่วมมือระหว่างประเทศเริ่มมีความสำคัญต่อหลาย ๆ เรื่องที่เดิมถือว่าเป็นเรื่องภายในประเทศ (national) กลายเป็นต้องผูกพันนำเอากฎหมายของประชาคมยุโรป (European Community) มาใช้บังคับ ตัวอย่างเช่น มีการประมาณกันว่าหนึ่งในสามของคดีที่อยู่ในการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดของฟินแลนด์เกี่ยวข้องกับกฎหมายประชาคมยุโรป

3. อย่างไรก็ตาม โดยที่โลกาภิวัตน์ก่อให้เกิดข้อกำหนดใหม่ ๆ จนมีการกล่าวกันว่า โลกาภิวัตน์หมายถึง “สิ่งต่าง ๆ หลาย ๆ สิ่งที่มีไปยังผู้คนหลาย ๆ คน” แต่มีอยู่สิ่งหนึ่งที่แน่นอนก็คือ โลกาภิวัตน์กระทบต่อผู้คนทุกสาขาอาชีพ จากเศรษฐกิจถึงนิเวศวิทยา และจากอาชญากรรมและการลงโทษถึงการบริหารจัดการและภาษี ด้วยเหตุนี้โรงเรียนกฎหมายจึงไม่สามารถเพิกเฉยต่อแนวโน้มดังกล่าวและทำการฝึกอบรมนักศึกษากฎหมายตามแนวทางเดิมต่อไป โดยไม่นำองค์ประกอบด้านระหว่างประเทศมาพิจารณาาร่วมด้วยได้

4. มหาวิทยาลัย Helsinki ได้จัดเตรียมยุทธศาสตร์ในการปรับตัวเพื่อรองรับความเปลี่ยนแปลงระหว่างประเทศซึ่งได้เน้นว่า นักกฎหมายต้องสามารถที่จะทำงานในสถานการณ์และกับระบบกฎหมายอันหลากหลายได้ นักกฎหมายต้องสามารถปรับตัวให้คุ้นเคยกับข้อคิดเห็น แนวความคิดและกฎเกณฑ์ที่ไม่คุ้นเคยที่เกิดขึ้นจากแหล่งระหว่าง

ประเทศต่าง ๆ หรือวัฒนธรรมที่ไม่คุ้นเคย และในภาษาต่างประเทศ ให้ได้ภายในระยะเวลาอันสั้น แน่นอนว่าจะต้องไม่มีใครปฏิเสธว่ากฎหมายภายในประเทศจะยังคงเป็นสิ่งสำคัญ และยังคงเป็นองค์ประกอบหลักของกฎหมายและการศึกษากฎหมายต่อไป แต่นอกเหนือจากการเรียนการสอนแบบเดิมแล้ว ผู้เรียนยังต้องการที่จะสามารถสร้างทฤษฎี ทราบถึงความคล้ายคลึงและความแตกต่าง คิดในเชิงนามธรรม และพูดและเขียนเป็นภาษาต่างประเทศได้ ยิ่งไปกว่านั้น ระบบกฎหมายต่าง ๆ กำลังเติบโตหรือแผ่ขยายเข้าหากันอย่างช้า ๆ โดยมีการรับเอาคุณลักษณะของกันและกัน และกระบวนการนี้จะได้รับการส่งเสริมก็ด้วยการปรับตัวเพื่อรองรับความเปลี่ยนแปลงระหว่างประเทศที่กำลังดำเนินอยู่ในปัจจุบันเท่านั้น นอกจากนี้ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันจะเกิดขึ้นในรูปสถาบันที่เป็นทางการแล้ว ยังได้เกิดในลักษณะต่าง ๆ ที่ไม่เป็นทางการอีกด้วย ดังเช่นการที่ตุลาการได้มีการสร้างความสัมพันธ์กับตุลาการในต่างประเทศ รวมทั้งการที่นักศึกษากฎหมายรุ่นใหม่ ๆ ไปศึกษาอบรมยังต่างประเทศและนำสิ่งต่าง ๆ ที่ได้รับจากการศึกษาอบรมกลับมาใช้ประโยชน์

การฝึกอบรมนักกฎหมายมหาชนในฟินแลนด์

1. ประเทศฟินแลนด์มีประชากรประมาณ 5 ล้านคน และเป็นนักกฎหมายอยู่ประมาณ 15,000 คน โดยในปัจจุบัน จำนวนนักกฎหมายที่เป็นผู้หญิงกำลังเพิ่มมากขึ้น ซึ่งในขณะนี้อยู่ที่ร้อยละ 30 และมากกว่าครึ่งหนึ่งของผู้สำเร็จการศึกษาใหม่ ๆ เป็นผู้หญิง

นักกฎหมายในประเทศฟินแลนด์ส่วนใหญ่ทำงานในภาครัฐเป็นข้าราชการ โดยมากกว่าร้อยละ 60 ของนักกฎหมายกลุ่มนี้ทำงานให้กับรัฐบาลหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และน้อยกว่าร้อยละ 2 ที่เลือกทำงานด้านวิชาการ

ในปี ค.ศ. 2002 (พ.ศ. 2545) มีนักกฎหมายที่ทำงานในศาลจำนวน 1,560 คน และในจำนวนดังกล่าว น้อยกว่าหนึ่งในห้า กล่าวคือ ประมาณ 330 คน ทำงานในศาลปกครอง ซึ่งรวมถึงศาลปกครองสูงสุดด้วย

2. ไม่มีหลักสูตรฝึกอบรมพิเศษใด ๆ สำหรับบุคคลที่ประสงค์จะเป็นนักกฎหมายในศาล (court lawyer) ตุลาการศาลปกครองจะคัดเลือกทั้งจากนักกฎหมายในศาล และจากบุคคลในสาขาต่าง ๆ ของสังคม เช่น จากมหาวิทยาลัยหรือจากหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ทางปกครอง

อย่างไรก็ตาม ได้มีการหารือกันเกี่ยวกับความเป็นไปได้ในการจัดตั้งหลักสูตรการฝึกอบรมเกี่ยวกับงานศาลเป็นพิเศษสำหรับนักศึกษาที่สำเร็จระดับปริญญาแล้ว โดยแนว

ความคิดเบื้องหลังหลักสูตรการฝึกอบรมระยะเวลา 2 และ 5 ปี² นี่จะเป็นการประกัน การจ้างงานถาวรในศาลสำหรับบุคคลรุ่นหนุ่มสาวที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กำหนด แต่อย่างไรก็ตาม การฝึกอบรมนี้จะไม่เป็นสิ่งบังคับ กล่าวคือ หลักสูตรนี้จะไม่เป็นหนทางเพียง หนทางเดียวในการที่จะเป็นตุลาการ

3. เมื่อเราถามตัวเราเองว่ารัฐที่เราอาศัยอยู่นี้เป็นรัฐประเภทใด เราก็จะพบว่า วิธีพิจารณาคดีปกครอง (administrative judicial procedure) เป็นคำตอบที่มีความสำคัญ เราทั้งหมดต่างต้องติดต่อกับหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต่าง ๆ อยู่เสมอและมีการอ้างสิทธิ ต่าง ๆ ของเราตลอดมา เช่น ปัญหาเกี่ยวกับภาษีอากร สิ่งแวดล้อม สวัสดิการสังคมและการปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้งนี้ ศาลปกครองสูงสุดเป็นผู้ตรวจสอบคดีต่าง ๆ ที่มาจาก ฝ่ายปกครองทั้งหมดตลอดจนศาลปกครองทุกระดับชั้น ซึ่งสิ่งเหล่านี้สะท้อนให้เห็นถึงควมมี ประสิทธิภาพของหลักนิติธรรม (rule of law) ในประเทศฟินแลนด์

ในประเทศฟินแลนด์นั้น กฎหมายปกครองมีรากฐานที่แข็งแกร่ง ดังจะเห็น ได้จากการที่สิทธิทั่วไปในการอุทธรณ์คำวินิจฉัยสั่งการของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงาน ทางปกครองได้รับการยืนยันไว้โดยกฎหมายแล้วตั้งแต่เมื่อปี ค.ศ. 1950 (พ.ศ. 2493) โดยใน เวลานั้นสิทธิในการอุทธรณ์ได้แย่งคัดค้านคำวินิจฉัยของรัฐบาลต่อศาลปกครองสูงสุดก็ได้รับการ ยืนยันด้วยแล้วเช่นกัน

สืบเนื่องจากการปฏิรูปเพียงบางส่วนส่งผลให้ศาลปกครองภูมิภาคได้พัฒนา ให้เป็นอิสระและเป็นศาลที่มีอำนาจในการบริหารงานด้วยตัวเอง ในขณะที่ศาลปกครองสูงสุด ได้จัดตั้งขึ้นเสร็จเรียบร้อยตั้งแต่ภายหลังจากที่ประเทศฟินแลนด์ได้รับอิสรภาพ 1 ปี กล่าวคือ ในปี ค.ศ. 1918 (พ.ศ. 2461) ศาลปกครองภูมิภาคได้รับการจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1955 (พ.ศ. 2498) เพื่อทำหน้าที่ให้สอดคล้องประสานกับสำนักงานรัฐระดับจังหวัด (Provincial State Offices) ด้วยเหตุดังกล่าวศาลปกครองภูมิภาคในขณะนั้นจึงไม่ใช่ศาลอิสระอย่างแท้จริง ในปี ค.ศ. 1989 (พ.ศ. 2532) ศาลปกครองภูมิภาคซึ่งในขณะนั้นเรียกว่า ศาลปกครองประจำเทศมณฑล (County Administrative Courts) ได้รับการแยกตัวออกมาจากรัฐและกลายเป็นศาลที่มีอิสระ อย่างแท้จริง ต่อมาในปี ค.ศ. 1999 (พ.ศ. 2542) ศาลปกครองประจำเทศมณฑลจำนวนสิบเอ็ด ศาลได้ถูกแปรสภาพให้เป็นศาลปกครองภูมิภาคจำนวนแปดศาล สำหรับ Åland Islands ซึ่งมีความ เป็นอิสระในการปกครองตนเองมีศาลปกครองของตนเอง จำนวนคดีในแต่ละปีที่

² ดันฉบับใช้คำว่า "An idea behind this 2,5 year long training programme would be to guarantee permanent employment for young qualified person in courts." ซึ่งไม่ชัดเจนว่าระยะเวลา การฝึกอบรมในความคิดเป็นเท่าใด (หมายเหตุผู้ตรวจคำแปล)

ศาลปกครองวินิจฉัยชี้ขาดนั้นมีมากกว่า 20,000 คดี ทั้งนี้ คู่กรณีอาจอุทธรณ์คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลปกครองภูมิภาคต่อศาลปกครองสูงสุดได้ โดยไม่มีข้อกำหนดทั่วไปให้ต้องได้รับอนุญาตให้อุทธรณ์แต่อย่างใด

4. ความเปลี่ยนแปลงในระดับองค์กรเกี่ยวกับศาลปกครองพร้อมด้วยความต้องการของสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งอัตราเร่งของการพัฒนากฎหมายและข้อเรียกร้องเกี่ยวกับทักษะในการสื่อสาร ทำให้บุคลากรของศาลต้องมีทักษะในทางวิชาชีพที่กว้างขวางและลึกมากขึ้นเรื่อย ๆ การธำรงรักษาและการพัฒนาของทักษะดังกล่าวจำเป็นต้องมีการฝึกอบรมบุคลากรของศาลปกครองอย่างต่อเนื่องและมีประสิทธิภาพ ในการนี้ การศึกษาอย่างต่อเนื่องจึงเป็นสิ่งจำเป็นโดยมองว่าการศึกษานั้นถือเป็นการลงทุนอย่างหนึ่ง

การฝึกอบรมบุคลากรนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการปกป้องคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน โดยการปกป้องคุ้มครองตามกฎหมาย การพิจารณาที่เป็นธรรม และการบริหารจัดการที่ดีเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสำหรับทุก ๆ คน ตุลาการต้องตระหนักถึงหลักประกันเกี่ยวกับการพิจารณาที่เป็นธรรม ตัวอย่างเช่น การเปิดเผยการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี สิทธิที่จะได้รับการรับฟัง การดำเนินกระบวนการด้วยความรวดเร็ว ความเสมอภาคของคู่กรณี และการวินิจฉัยชี้ขาดที่มีเหตุมีผล

การมีบทบาทสำคัญของตุลาการในการดำเนินการกระบวนการพิจารณาเป็นคุณลักษณะของวิธีพิจารณาคดีปกครอง ในคดีที่เกี่ยวกับกฎหมายมหาชน คู่กรณีจะไม่เสมอภาคกันอยู่เสมอ ๆ จึงเป็นที่เชื่อกันว่าหากได้มีการทบทวนตรวจสอบความรับผิดชอบสำหรับคดีแล้วก็จะทำให้เกิดความสมดุลยิ่งขึ้นเมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง และเพื่อคุ้มครองความเป็นกลางที่แท้จริง (true impartiality) จึงทำให้หลักเรื่องความเท่าเทียมกันของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายและการมีบทบาทในการควบคุมการดำเนินการกระบวนการพิจารณาของตุลาการจึงมีความสำคัญยิ่ง

5. ในฟินแลนด์ บทคัดย่อคำสอนสำหรับตุลาการอาจสืบย้อนกลับไปได้จนถึงช่วงต้นของยุคใหม่ และสิ่งเหล่านี้ยังคงพบได้ในหน้าแรกของกฎหมายต่าง ๆ ของประเทศฟินแลนด์ สารสำคัญของคำสอนเหล่านี้ก็คือกฎหมายและอำนาจรัฐมีไว้เพื่อประโยชน์สุขของประชาชน (for the good of the people) และอำนาจนั้นต้องไม่ถูกใช้ในทางที่ผิด ทั้งนี้ คำสอนสำหรับตุลาการเป็นแหล่งรวมของหลักกฎหมายซึ่งร่างโดย Olaus Petri ซึ่งเป็นนักปฎิรูปเป็นรัฐมนตรี และเป็นปราชญ์ทางกฎหมายในช่วงปี ค.ศ. 1530-1539 (พ.ศ. 2073-2082) โดยปกติแล้วคำสอนจะสะท้อนให้เห็นถึงกาลเวลาที่มีคำสอนนั้น ๆ แต่เราก็สามารถค้นหาบางสิ่งที่มีความจำเป็นสำหรับการประพฤติปฏิบัติตนของตุลาการในปัจจุบันได้จากคำสอน

เหล่านั้นดังเช่นที่คำสอนเหล่านั้นเคยให้ไว้เมื่อหลายศตวรรษก่อน ซึ่งแก่นที่ลึกซึ้งที่สุดของสารที่คำสอนเหล่านั้นสื่อออกมาก็คือหน้าที่ที่เด็ดขาดที่จะต้องกระทำในสิ่งที่ถูกต้อง ต้องรับใช้ความจริง และทำทุก ๆ ทางเพื่อจัดความไม่ถูกต้องให้หมดไป

6. ตามรัฐธรรมนูญของฟินแลนด์ ศาลปกครองสูงสุดจะควบคุมดูแลการบริหารงานยุติธรรมที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองการทำหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพของระบบศาลปกครองทั้งระบบ หน้าที่นี้ได้เน้นความรับผิดชอบต่อสังคมหรือการพัฒนาการปกป้องคุ้มครองตามกฎหมาย ความยุติธรรม และหลักนิติธรรม หน้าที่ตามรัฐธรรมนูญในการควบคุมดูแลศาลปกครองระดับล่างนี้ไม่ได้หมายความว่าศาลปกครองสูงสุดจะสามารถเข้าไปแทรกแซงหน้าที่หรือเขตอำนาจของศาลปกครองระดับล่างได้ แต่หน้าที่ตามรัฐธรรมนูญนี้ได้เน้นถึงความรับผิดชอบของศาลปกครองสูงสุดในปัญหาเกี่ยวกับการศึกษา การฝึกอบรม และความร่วมมือ

7. โดยธรรมเนียมปฏิบัติแล้ว ในแต่ละปีศาลปกครองสูงสุดได้จัดให้มีการประชุมร่วมระหว่างนักกฎหมายของศาลปกครองสูงสุดและนักกฎหมายจากศาลปกครองภูมิภาคทั้งหมดมาโดยตลอด โดยหัวข้อที่อภิปรายแลกเปลี่ยนกันนั้นจะเปลี่ยนไปในแต่ละปี ซึ่งในช่วงสองสามปีที่ผ่านมาหัวข้อการประชุมที่ได้มีการหยิบยกขึ้นมาพิจารณาเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับแผนการใช้ที่ดินและแหล่งน้ำ สวัสดิการสังคม และการดูแลสุขภาพ ตลอดจนองค์ประกอบระหว่างประเทศของวิธีพิจารณาคดีปกครอง

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายในบางสาขาแตกต่างไปจากเดิมเป็นอย่างมากย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องจัดให้มีการฝึกอบรมในหลาย ๆ ลักษณะ ตัวอย่างเช่นเมื่อได้มีการปฏิรูปพระราชบัญญัติการใช้ที่ดินและอาคาร (Land Use and Building Act) ใหม่ทั้งหมดในปี ค.ศ. 1999 (พ.ศ. 2542) ศาลปกครองสูงสุดได้จัดให้มีการฝึกอบรมพิเศษขึ้นและนอกเหนือจากนั้นยังได้เชิญบรรดาพนักงานคดีปกครอง (referendaries) จากศาลปกครองต่าง ๆ มาฝึกหัดการดำเนินคดีเกี่ยวกับการใช้ที่ดินในศาลปกครองสูงสุดอีกด้วย

8. ด้วยเหตุที่ในฟินแลนด์มีภาษาราชการใช้อยู่สองภาษา จึงเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญสำหรับทุกคนในการใช้ภาษาของตนเองไม่ว่าจะเป็นภาษาฟินแลนด์หรือภาษาสวีเดนในการดำเนินการในศาลและการติดต่อกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองอื่น ดังนั้น บุคลากรแต่ละคนที่ทำงานในศาลจึงต้องสามารถให้บริการผู้ใช้บริการของศาลได้ทั้งสองภาษา แต่โดยที่มีประชากรเพียงประมาณร้อยละ 6 เท่านั้นที่ใช้ภาษาสวีเดนเป็นภาษาแม่ ดังนั้น จึงได้จัดการศึกษาต่อเนื่องในด้านภาษาสวีเดนแก่ผู้ซึ่งทำงานเป็น

เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือในหน่วยงานทางปกครองหรือในศาล การฝึกอบรมด้านภาษาโดยเฉพาะอย่างยิ่งภาษาอังกฤษและภาษาฝรั่งเศสนั้นก็มีความจำเป็นด้วยเช่นกันเนื่องจากความเติบโตของความร่วมมือระหว่างประเทศและโดยเฉพาะอย่างยิ่งการรวมกลุ่มในยุโรป

9. กรณีตัวอย่างของการฝึกอบรมพิเศษนั้น ข้าพเจ้าขอกล่าวถึงวิทยาลัยการยุติธรรมแห่งภาคเหนือของประเทศฟินแลนด์ (Judicial College of the North of Finland) ที่จัดการโดยคณะนิติศาสตร์ของ University of Lapland ซึ่งเป็นหลักสูตรการฝึกอบรมสามปีอย่างเข้มข้นสำหรับบุคลากรของศาลซึ่งทำงานในเขตภาคเหนือของประเทศฟินแลนด์ สำหรับบุคลากรนั้น วิทยาลัยแห่งนี้เป็นทั้งแหล่งการศึกษาสำหรับฟื้นฟูความรู้และสำหรับเพิ่มพูนความรู้ใหม่ ส่วนบุคลากรด้านธุรการศาลและบุคลากรสายสนับสนุนงานอื่น ๆ ของศาลนั้น ในเบื้องต้นถือเป็นโอกาสที่จะพัฒนาทักษะพื้นฐานทางด้านกฎหมายที่จำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่ ส่วนในภาคตะวันตกของประเทศฟินแลนด์และในเมือง Turku นั้น เมื่อไม่นานมานี้ศาลโดยความร่วมมือกับมหาวิทยาลัยต่าง ๆ ได้จัดหลักสูตรการฝึกอบรมพิเศษในสาขากฎหมายยุโรป (European Law)

10. โดยสรุป ศาลมีความรับผิดชอบสำคัญเพื่อนำหลักนิติธรรม (the rule of law) มาใช้ให้เกิดผลและเพื่อความยุติธรรมในสังคม และความรับผิดชอบนี้ถือได้ว่าเป็นของบุคลากรของศาลทุกคนด้วย จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมั่นใจว่าการปกป้องคุ้มครองตามกฎหมายเป็นจุดเริ่มหรือพื้นฐานของการพัฒนาวิธีพิจารณาคดีเสมอ ซึ่งเคล็ดลับของการบริหารงานยุติธรรมที่สมดุลง่ายก็คือความเป็นธรรมและความเป็นจริง รวมทั้งการมีบุคลากรซึ่งมีความรู้ความสามารถและได้รับการฝึกอบรมเป็นอย่างดี

การศึกษากฎหมายและการพัฒนานักกฎหมายมหาชนในประเทศตุรกี^{*}

S.E.M. Nuri ALAN^{**}

ก่อนที่จะเข้าสู่หัวข้อการศึกษากฎหมายและการพัฒนานักกฎหมายมหาชนในประเทศตุรกี จะกล่าวถึงข้อความคิดเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนและนักกฎหมายมหาชนก่อน

การแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายแพ่งมีต้นกำเนิดมาจากกฎหมายโรมัน และการแบ่งแยกกฎหมายทั้งสองสาขาดังกล่าวได้รับการพัฒนาต่อมาในประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป ซึ่งเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายพัฒนามาจากระบบกฎหมายโรมัน

โดยทั่วไป กฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชน ในขณะที่กฎหมายมหาชนนั้นกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนกับรัฐและองค์กรของรัฐ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ทั้งปวงของรัฐ รวมทั้งอำนาจเอกลัทธิซึ่งรัฐสงวนไว้

การแบ่งแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนนั้นไม่มีเกณฑ์ที่ชัดเจนและเข้มงวดนัก ทั้งนี้ อาจพบหลักกฎหมายมหาชนที่ปะปนอยู่ในกฎหมายแพ่ง หรือในทางตรงข้าม อาจพบหลักกฎหมายเอกชนที่ปะปนมากับกฎหมายมหาชนก็ได้ ดังนั้น การที่หลักกฎหมายหนึ่งจะเป็นหลักกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชน จึงไม่จำเป็นว่าหลักกฎหมายนั้นจะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนหรือเอกชน ผลที่ตามมาก็คือ มีกฎหมายบางสาขาที่มีลักษณะผสมทั้งกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน เช่น กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม

การป้องกันและควบคุมมลภาวะเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประชาชนได้อาศัยอยู่ในสภาพแวดล้อมที่สะอาด ซึ่งเป็นภารกิจของทั้งภาคเอกชนและภาครัฐ ภารกิจด้านนี้ของรัฐนับวันจะเพิ่มมากขึ้น จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายสาขานี้เป็นสาขากฎหมายมหาชน ซึ่งในประเทศตุรกีมีคดีจำนวนมากที่เกี่ยวกับกฎหมายสิ่งแวดล้อมจึงอยู่ในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายมหาชนแล้ว กฎหมายเอกชนมีความสำคัญมากกว่า ตลอดมาจนถึงศตวรรษที่ 19 แต่ในปัจจุบันนี้ วิวัฒนาการเกี่ยวกับภาระหน้าที่ของรัฐทำให้เกิดการพัฒนากระบวนการกฎหมายมหาชนตามมาอย่างมาก

^{*} ถอดความจากการบรรยายพิเศษโดยประธานสภาแห่งรัฐของตุรกี เมื่อวันที่ 26 กันยายน 2545 ณ สำนักงานศาลปกครอง, พิมพ์ครั้งแรกใน วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 2 ฉบับที่ 3 (ก.ย. - ธ.ค. 2545)

^{**} ประธานสภาแห่งรัฐของประเทศตุรกี

อย่างไรก็ดี แม้จะไม่มีเกณฑ์การแบ่งแยกที่เข้มงวดระหว่างกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนก็ตาม แต่ผลจากการพิจารณาและข้อสรุปที่ได้จากคดีที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงและความสัมพันธ์ทางสังคม ทำให้เห็นว่ามียุติวิธีหลายประการที่ทำให้คดีอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมหาชน ซึ่งวางอยู่บนฐานข้อความคิดที่เป็นสากล อันได้แก่ หลักนิติรัฐ หลักประชาธิปไตย และสิทธิมนุษยชน

โดยแท้จริงแล้ว ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ปัญหาที่สำคัญที่สุดเกี่ยวกับรัฐก็คือ การจำกัดอำนาจรัฐและการพิทักษ์สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ในแนวทางนี้ ทำให้การสอดแทรกหลักในเรื่องสิทธิมนุษยชนในกฎหมายของบ้านเมืองและการสร้างหลักนิติรัฐเป็นสิ่งที่ต้องดำเนินการเป็นคู่ขนานกับการพัฒนากฎหมายมหาชน

ภายใต้หลักนิติรัฐ รัฐหรือองค์กรของรัฐต้องดำเนินการกิจของตนโดยเคารพต่อกฎหมายซึ่งทำให้การกระทำของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้การควบคุมโดยวิธีการต่าง ๆ ได้แก่ การควบคุมภายในของฝ่ายปกครอง การควบคุมทางการเมือง การควบคุมโดยมติมหาชน และการควบคุมโดยศาล ซึ่งการควบคุมให้ฝ่ายปกครองกระทำการโดยเคารพต่อกฎหมายนี้ รูปแบบการควบคุมที่เป็นรูปธรรมและมีประสิทธิภาพก็คือการควบคุมโดยศาล

ในโอกาสนี้จะขอกล่าวถึงการควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลในสองระบบ คือ ระบบศาลเดี่ยวและระบบศาลคู่

ในระบบกฎหมายดุษฎีกาก็เช่นเดียวกับระบบกฎหมายในประเทศในทวีปยุโรปและแองโกล-อเมริกัน เมื่อนิติกรรมหรือการกระทำของฝ่ายปกครองได้ออกมาโดยกระทบต่อสิทธิประโยชน์ของผู้ใดโดยไม่ชอบ ผู้นั้นก็มีสิทธิที่จะฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อขอให้เพิกถอนนิติกรรมหรือขอให้ยุติการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ซึ่งระบบศาลเดี่ยว ศาลที่มีเขตอำนาจก็คือศาลยุติธรรม ส่วนในระบบศาลคู่ ศาลที่มีเขตอำนาจคือศาลปกครอง

ระบบศาลเดียวนั้นเป็นระบบที่พบในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแองโกล-อเมริกัน โดยในระบบศาลเดี่ยว ศาลเดียวจะมีอำนาจพิจารณาทั้งคดีที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนและคดีระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครอง ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบภาคพื้นยุโรปนั้น จะใช้ระบบศาลคู่ซึ่งการควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลจะกระทำโดยศาลปกครองที่เป็นอิสระแตกต่างหากจากศาลยุติธรรม

ประเทศดุษฎีกิได้นำระบบศาลคู่มาใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1868 ในสมัยจักรวรรดิออตโตมันซึ่งเป็นยุคก่อนการสถาปนาประเทศเป็นระบบสาธารณรัฐ โดยได้นำรูปแบบศาลมาจากประเทศฝรั่งเศส และได้จัดตั้งสภาแห่งรัฐขึ้น ทั้งนี้ สภาแห่งรัฐดุษฎีกิมีภาระหน้าที่

สองประการ คือ อำนาจหน้าที่ในการตัดสินใจ ขณะเดียวกันก็ทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายของรัฐด้วย

อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าประเทศตุรกีจะมีระบบศาลคู่ แต่การเรียนการสอนในมหาวิทยาลัยก็ไม่ได้มีการแยกวิชากฎหมายมหาชนและกฎหมายแพ่งออกจากกัน โดยไม่มีวิชาที่สอนเกี่ยวกับวิชาชีพนักกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นตุลาการ อัยการ ทนายความ หรือที่ปรึกษากฎหมายในมหาวิทยาลัย นักศึกษาจะได้รับการฝึกงานเกี่ยวกับวิชาชีพตามที่ตนเลือก เมื่อจบการศึกษาแล้วเท่านั้น

จากที่กล่าวมา การฝึกงานจึงไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในเชิงองค์กรกับคณะนิติศาสตร์ แต่อย่างใด ทั้งนี้ การฝึกงานจะเป็นภาระหน้าที่ที่จัดโดยสถาบันที่รับผิดชอบเกี่ยวกับวิชาชีพนั้น ๆ เช่น วิชาชีพตุลาการและอัยการ องค์กรที่รับผิดชอบในการฝึกอบรมหรือฝึกงาน คือ ศูนย์ฝึกอบรมตุลาการและอัยการ (Centre de Formation des Magistrats et des Procureurs) สังกัดกระทรวงยุติธรรม ถ้าเป็นอาชีพทนายความจะได้รับการฝึกอบรมโดยสภาทนายความ (barreaux)

ระบบการเรียนการสอนระดับปริญญาตรีในมหาวิทยาลัยของประเทศตุรกีจะจัดการศึกษาเป็น 4 ปี โดยในบางคณะจะจัดให้มีการเรียนการสอนเป็นภาษาต่างประเทศ (อังกฤษหรือฝรั่งเศส) สำหรับภาควิชาพื้นฐานเป็นเวลาหนึ่งปี ในคณะนิติศาสตร์นั้นจัดการเรียนการสอนเช่นเดียวกับคณะอื่น ๆ คือ 4 ปี โดยมหาวิทยาลัยจะเน้นวิชาเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนเป็นส่วนใหญ่ ด้วยเหตุผลดังกล่าว ช่วงเวลาของการฝึกงานและการศึกษาก่อนหรือระหว่างการเข้าสู่วิชาชีพจึงมีความสำคัญมาก อย่างไรก็ดี ยังคงกล่าวได้ว่าการเรียนการสอนกฎหมายมหาชนที่ได้ผลต้องกระทำกันในมหาวิทยาลัย

การเรียนการสอนวิชากฎหมายมหาชนจนถึงระดับปริญญาตรี (maîtrise) ที่จัดโดยคณะนิติศาสตร์ ได้แก่ วิชาหลัก ๆ ดังนี้ กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายมหาชนทั่วไป กฎหมายปกครอง กฎหมายมหาชนระหว่างประเทศ (droit public international) กฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง กฎหมายการคลัง กฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญา และกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ทั้งนี้ โดยจะศึกษากฎหมายดังกล่าวอย่างละเอียด

นอกจากนี้ ยังมีการเปิดให้มีการเรียนการสอนวิชากฎหมายมหาชนในคณะอื่น ๆ นอกจากคณะนิติศาสตร์ด้วย เช่น ในคณะรัฐศาสตร์ และคณะเศรษฐศาสตร์และการบริหารรัฐกิจ (sciences économiques et administratives) โดยเปิดวิชาเหล่านี้เป็นวิชาพื้นฐาน ได้แก่ วิทยาการจัดการทางมหาชน (administration publique) รัฐศาสตร์และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง กฎหมายระหว่างประเทศ

โดยหลัก วิชากฎหมายมหาชนที่เปิดสอนในคณะต่าง ๆ เหล่านี้ เพียงพอที่จะให้ความรู้แก่นักศึกษาระดับหนึ่ง แต่ยังไม่ละเอียดเท่ากับการศึกษาในคณะนิติศาสตร์โดยตรง ซึ่งในคณะเหล่านี้ก็มีระยะเวลาการศึกษา 4 ปี และแบ่งออกเป็นการศึกษาวิชาพื้นฐานเป็นภาษาต่างประเทศเป็นเวลา 1 ปี เช่นเดียวกับการศึกษาในคณะนิติศาสตร์

ส่วนการศึกษากฎหมายมหาชนในระดับที่สูงขึ้นไป คือ การศึกษาในระดับบัณฑิตศึกษา ได้แก่ ประกาศนียบัตรชั้นสูงและปริญญาเอก (DEA et Doctorat) จะจัดให้มีขึ้นในมหาวิทยาลัยโดยหน่วยงานที่รับผิดชอบ คือ สถาบันสังคมศาสตร์ (Instituts de sciences sociales) ในระดับนี้ นักศึกษาสามารถจะเลือกศึกษาเฉพาะแขนงวิชาที่ตนสนใจที่จะศึกษาวิจัยอย่างลึกซึ้งได้

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ระยะเวลา 4 ปีของการศึกษากฎหมายในคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยไม่ได้มีการแยกการศึกษากฎหมายเฉพาะด้าน ซึ่งกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนนั้นมีมิติที่แตกต่างกันมาก ดังนั้น หากคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยต่าง ๆ จะได้จัดแยกการเรียนการสอนกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนออกจากกันตั้งแต่ปีแรกของการศึกษา โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาความในศาล ก็จะเป็นประโยชน์กับนักศึกษาที่สนใจในสาขาเฉพาะด้านมากขึ้น

นอกจากนี้ ในระดับการศึกษาชั้นปริญญาตรีควรจะให้มีความเลือกซึ่งสำคัญต่อการประกอบวิชาชีพของนักกฎหมายมหาชนด้วย เช่น วิชารัฐศาสตร์ สังคมจิตวิทยา หรือปรัชญา ซึ่งวิวัฒนาการของความสำคัญของวิชาเหล่านี้เริ่มเป็นที่ตระหนักในระยะไม่กี่ปีมานี้

สถานที่ที่สำคัญสำหรับการประกอบวิชาชีพหลักของนักกฎหมายมหาชนส่วนใหญ่อยู่ในศาลปกครอง ดังนั้น ก่อนอื่นจึงขอกล่าวถึงตุลาการและอัยการในกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยตุลาการและอัยการของตุรกี ผู้ที่จะเป็นผู้พิพากษาหรืออัยการในศาลยุติธรรมจะต้องจบปริญญาตรีจากคณะนิติศาสตร์ ในขณะที่ตุลาการของศาลปกครองอาจจบปริญญาตรีทางนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ และเศรษฐศาสตร์การบริหารรัฐกิจก็ได้ หากคณะดังกล่าวได้จัดให้มีการเรียนการสอนในวิชากฎหมายอย่างเพียงพอ

สืบเนื่องจากความหลากหลายของกฎหมายมหาชนเมื่อเทียบกับกฎหมายเอกชน ตุลาการและอัยการที่จะปฏิบัติหน้าที่ในศาลปกครอง นอกจากต้องฝึกอบรมเกี่ยวกับกฎหมายแล้ว ยังต้องฝึกอบรมศาสตร์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปกครองและการบริการสาธารณะด้วย

เงื่อนไขหรือข้อเรียกร้องดังกล่าว ทำให้การจัดให้มีการเรียนการสอนวิชา กฎหมายโดยเฉพาะวิชากฎหมายมหาชนในคณะรัฐศาสตร์ และเศรษฐศาสตร์ทางปกครอง มีความสำคัญมาก ซึ่งจากประสบการณ์ที่ผ่านมาทำให้เห็นว่าในเรื่องนี้ยังมีช่องว่างของ กฎหมายอยู่ ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงควรมีการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อให้คณะต่าง ๆ เหล่านี้จัดให้มีการเรียนการสอนในสาขาวิชาหลักของกฎหมายมหาชน (กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง กฎหมายมหาชนทั่วไป กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง กฎหมาย สิ่งแวดล้อม กฎหมายภาษี กฎหมายการคลัง ฯลฯ) เพื่อให้ผู้ที่จบการศึกษาจากคณะอื่น นอกจากคณะนิติศาสตร์มีคุณสมบัติสามารถจะสมัครเข้ามาทำงานในกระบวนการยุติธรรม ทางปกครองได้

หากจะพิจารณาการฝึกอบรมนักกฎหมายมหาชนในมหาวิทยาลัยดังกล่าว ข้างต้น การศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีปกครองมีความสำคัญมากต่อการ ปฏิบัติหน้าที่ของนักกฎหมายมหาชน ซึ่งมีผลต่อการกำหนดเนื้อหาของวิชาดังกล่าวด้วย

การเรียนการสอนในมหาวิทยาลัยควรจะต้องมีการฝึกภาคปฏิบัติควบคู่ไปกับการ ศึกษาภาคทฤษฎี โดยในภาคปฏิบัตินั้น นอกจากนักศึกษาจะต้องเรียนรู้กฎหมายเกี่ยวกับ คดีปกครองแล้วยังจะต้องฝึกที่จะนำกฎเกณฑ์เหล่านี้ไปปรับใช้ในข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เพื่อให้ เป็นการศึกษาคือเป็นรูปธรรมมากขึ้น

ในประเทศตุรกี แม้ว่าจะได้จัดให้มีการฝึกภาคปฏิบัติเกี่ยวกับกฎหมาย ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองอยู่ก็ตาม แต่จะมีประโยชน์มากขึ้นไปอีก หากจะได้มี การปรับปรุงแก้ไขเนื้อหาของภาคปฏิบัติและมีการสอดแทรกคดีสมมติเพื่อให้นักศึกษา ได้ฝึกด้วย

นอกจากนี้ สิ่งที่สำคัญมากก็คือ ในช่วงของการเรียนการสอนวิชากฎหมาย ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ควรจะให้นักศึกษาได้มีโอกาสเข้าร่วมและเรียนรู้ ประสบการณ์จากผู้ปฏิบัติงานจริงอยู่ในศาลปกครองด้วย ทั้งนี้ เพราะคำอธิบายเกี่ยวกับ กฎหมายปกครองและข้อมูลต่าง ๆ ที่ได้จากประสบการณ์จริงของตุลาการซึ่งเป็นผู้ปฏิบัติงาน อยู่ย่อมจะเป็นความรู้เสริมที่มีค่าสำหรับภาคทฤษฎี และสิ่งนี้จะทำให้นักศึกษาเข้าใจกฎหมาย ในทางทฤษฎีอย่างแจ่มแจ้งขึ้น

นอกจากนี้ อาจารย์ผู้สอนกฎหมายมหาชนจะต้องสนใจติดตามและศึกษา ตรวจสอบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและของศาลปกครองเพื่อที่จะนำมาเป็นประเด็นถกเถียง ในชั้นเรียนวิชากฎหมายมหาชน โดยวิธีนี้นักศึกษาจะได้รับความรู้จากคำวินิจฉัยของศาล กฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีรวมทั้งกระบวนการก่อนที่จะก้าวสู่ชีวิตงานจริง

ระยะเวลา 4 ปีในคณะนิติศาสตร์ ไม่มีสาขาเฉพาะทางกฎหมายมหาชน ในขณะที่การฝึกภาคปฏิบัติมีความจำเป็นมาก ผู้จบการศึกษาจากคณะต่าง ๆ ที่กล่าวข้างต้นสามารถเข้าสู่อาชีพผู้พิพากษาได้หากผ่านการสอบที่จัดโดยกระทรวงยุติธรรม ซึ่งแบ่งเป็น 2 ระดับ คือ การสอบข้อเขียน และสอบสัมภาษณ์ การสอบข้อเขียนจะเป็นข้อสอบจากส่วนกลางเป็นแบบปรนัย บางปีจะจัดให้มีการสอบแบบอัตนัย ผู้สอบที่ได้คะแนนร้อยละ 70 จะผ่านเข้าสู่การสอบสัมภาษณ์จากคณะกรรมการซึ่งแต่งตั้งโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม และเมื่อผ่านการสอบสัมภาษณ์ ผู้สอบจะต้องฝึกงานเป็นระยะเวลา 2 ปี ผู้ได้รับการคัดเลือกจะมีสิทธิได้รับการคัดเลือกเป็นผู้พิพากษา และได้รับเงินเดือนเทียบเท่ากับเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ระยะเวลาการฝึกงาน 2 ปีดังกล่าว แบ่งออกเป็นระยะเวลาการเข้าฝึกอบรม 3 เดือน จากศูนย์ฝึกอบรมตุลาการและอัยการ (Centre de Formation des Juges et des Procureurs) หลังจากนั้นฝึกงานเป็นระยะเวลา 6 เดือน ในศาลปกครองชั้นต้นและศาลภาษี และฝึกงาน 6 เดือนที่สภาแห่งรัฐ ต่อจากนั้นจะต้องฝึกงานภาคปฏิบัติอีก 6 เดือน ในองค์กรหรือหน่วยงานฝ่ายปกครองต่าง ๆ เช่น จังหวัด เทศบาล และ 3 เดือนสุดท้ายจะต้องเข้ารับการฝึกอบรมที่ศูนย์ฝึกอบรมกลาง (Centre de formation)

ผู้เข้ารับการอบรมจะศึกษาภาคทฤษฎีในตอนต้นและตอนจบหลักสูตรจากศูนย์ฝึกอบรมโดยผู้ฝึกอบรมต้องศึกษาวิชาดังต่อไปนี้ กฎหมายปกครอง กฎหมายรัฐธรรมนูญ วิธีพิจารณาคดีปกครอง กฎหมายภาษี กฎหมายสิทธิมนุษยชน กฎหมายสิ่งแวดล้อม กฎหมายประชาคมยุโรป และยังมีวิชาการสนทนา การใช้ศัพท์ และคอมพิวเตอร์ด้วย ช่วงท้ายของการฝึกอบรมจะจัดให้มีหัวข้อเฉพาะ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือกฎหมายเกี่ยวกับงานก่อสร้าง (งานโยธาต่าง ๆ (construction))

การฝึกงานในศาลและในสภาแห่งรัฐจะนำความรู้จากภาคทฤษฎีที่ได้ศึกษามาจากมหาวิทยาลัย หรือศูนย์ฝึกอบรมฯ มาปรับใช้ในภาคปฏิบัติ ผู้เข้ารับการอบรมจะได้รับการฝึกโดยตรงจากตุลาการ ผู้ฝึกอบรมจะต้องเรียนรู้วิธีการตรวจสอบเอกสารต่าง ๆ และหาข้อสรุปเพื่อตัดสินคดีเหมือนกับตุลาการจริง ๆ จะต้องเขียนคำวินิจฉัย เข้าฟังการพิจารณาคดี และศึกษาวิธีการทำงานธุรการของศาล

การฝึกงานในหน่วยงานทางปกครอง ผู้เข้ารับการอบรมจะต้องเข้าใจในเรื่องโครงสร้างทางปกครองและการดำเนินงานในองค์กรหรือสถาบันทางปกครอง และเช่นเดียวกันจะต้องเรียนรู้การนำความรู้ในทางทฤษฎีมาปรับใช้กับปัญหาในทางปฏิบัติด้วย

ในการฝึกอบรมเป็นระยะเวลา 2 ปีดังกล่าว เมื่อจบการศึกษาอบรมแล้ว ผู้รับการฝึกอบรมจะต้องสอบผ่านจึงจะจบหลักสูตร ผู้ที่ถือว่าสอบผ่านและจะได้รับแต่งตั้งให้ทำงาน

ต่อไปนั้น จะต้องสอบผ่านข้อเขียนให้ได้คะแนนร้อยละ 70 ขึ้นไป โดยจะต้องผ่านการตรวจสอบสภาพว่าพร้อมที่จะได้รับแต่งตั้งให้ไปปฏิบัติงานตามภูมิภาคต่าง ๆ ของตุรกีได้ และจะต้องคำนึงถึงคะแนนระหว่างการศึกษาฝึกอบรบด้วย

หลังการศึกษาและการฝึกอบรบเป็นระยะเวลา 6 ปี ตุลาการใหม่จะเริ่มทำงานในวิชาชีพโดยในระหว่างการทำงานจะไม่มีการศึกษาฝึกอบรบใด ๆ อีก ซึ่งจะทำให้ตุลาการขาดการเพิ่มเติมความรู้ในเรื่องใหม่ ๆ จนอาจทำให้ตุลาการเชี่ยวชาญแต่ในงานของตนและไม่มีความรู้ในเรื่องนอกเหนือจากงานที่รับผิดชอบ ด้วยเหตุนี้จึงเห็นว่าควรจะต้องมีการฝึกอบรบอย่างต่อเนื่อง

แม้จะไม่มีการศึกษาฝึกอบรบในขณะที่เข้าปฏิบัติงานแล้ว ในระหว่างการทำงาน ตุลาการสามารถที่จะศึกษาหาความรู้เพิ่มเติมได้จากการศึกษาในระบบโดยอาจเข้าศึกษาในระดับสูงกว่าปริญญาตรีได้ (ปริญญาเอกหรือ DEA) โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการและอัยการ หรืออาจจะเข้าศึกษาหลักสูตรระดับสูงกว่าปริญญาตรีที่สถาบันด้านการบริหารรัฐกิจแห่งตะวันออกกลางและตุรกี (Institut d'Administration Publique du Moyen-Orient et de la Turquie) จัดขึ้น อันเป็นหลักสูตรฝึกอบรบผู้บริหาร การศึกษาระดับสูงกว่าปริญญาตรีจะช่วยให้ตุลาการมีการพัฒนาในด้านความรู้และเห็นได้อย่างชัดเจนว่าการฝึกอบรمدังกล่าวไม่อาจเข้ามาแทนที่การศึกษาฝึกอบรบในสาขาวิชาชีพได้

ปัจจัยที่สำคัญอีกประการหนึ่งซึ่งได้กล่าวไปแล้วก็คือ เนื้อหาของการศึกษากฎหมายมหาชน เพื่อให้กฎหมายมหาชนขยายขอบเขตออกไปได้ ควรจะมุ่งความสนใจไปที่กฎหมายต่าง ๆ ในสาขากฎหมายมหาชน อาจจะกล่าวในลักษณะทั่ว ๆ ไปได้ว่า กฎหมายมหาชนนั้นประกอบไปด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง กฎหมายอาญา กฎหมายมหาชนทั่วไป กฎหมายภาษี กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง กฎหมายสิทธิมนุษยชน และกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณา

จากลักษณะที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายบางสาขาของกฎหมายเอกชนก็อาจมีลักษณะที่เป็นกฎหมายมหาชนได้ เช่น กฎหมายแรงงานหรือกฎหมายครอบครัว ถึงแม้ว่าสาขากฎหมายมหาชนจะหลากหลาย แต่ก็มีจุดยึดโยงเดียวกัน ซึ่งก็คือลักษณะและมุมมอง ซึ่งทำให้ความสำคัญของนักกฎหมายมหาชนปรากฏขึ้น กล่าวคือ นักกฎหมายมหาชนไม่ได้หมายถึงเฉพาะแต่บุคคลที่ทำงานในสาขาต่าง ๆ ของกฎหมายมหาชนเท่านั้น แต่จะต้องเป็นผู้ที่มีมุมมองและวิธีการทำงานที่มีลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชน

ด้วยเหตุที่กฎหมายมหาชนมีขอบเขตกว้างขวางและมีลักษณะเฉพาะ นักกฎหมายมหาชนจึงมีมุมมองที่หลากหลาย มุมมองที่แคบและเป็นเทคนิคมากไปนั้น

ไม่เพียงพอ และปฏิเสธไม่ได้ที่นักกฎหมายมหาชนจะต้องศึกษาในสาขาวิชาที่หลากหลายให้มากขึ้น เช่น รัฐศาสตร์ สังคมวิทยา หรือปรัชญา ปัญหาที่นักกฎหมายมหาชนมักพบคือ ความซับซ้อนและหลากหลายของข้อเท็จจริง รวมถึงต้องใช้เวลาส่วนใหญ่ไปกับการแบ่งแยกสิ่งตรงข้ามกัน เช่น อำนาจกับเสรีภาพหรือรัฐกับเอกชน การแก้ไขปัญหาดังนี้จำเป็นต้องมีวิสัยทัศน์กว้างและหลายมิติ

ในความเป็นจริงลักษณะการแก้ไขปัญหาคือเป็นรูปธรรมซึ่งนักกฎหมายมหาชนนำไปใช้จะต้องแตกต่างจากรูปแบบที่นักกฎหมายเอกชนนำไปใช้ ตัวอย่างเช่น ปัญหาส่วนใหญ่ที่พบในศาลปกครองมักเป็นเรื่องเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำวินิจฉัยทางปกครองซึ่งเกิดขึ้นจากนโยบายทางการเมือง ดังนั้น ความยุ่งยากในการที่จะแก้ปัญหาก็เป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ .

จากลักษณะงานดังกล่าวตุลาการจะหลีกเลี่ยงการควบคุมเนื้อหาที่เป็นเรื่องทางการเมืองและตุลาการจะต้องไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลายเป็นชอบด้วยกฎหมายด้วยการอ้างหลักที่อยู่นอกขอบเขตของกฎหมาย ในเรื่องลักษณะนี้ จะต้องทำให้ข้อเท็จจริงที่ไม่ใช่ข้อกฎหมายยุติเสียก่อน ซึ่งการจะดำเนินการดังกล่าวได้ ตุลาการจะต้องมีความรู้ในหลายสาขา เช่น รัฐศาสตร์ ปรัชญา และเรียนรู้วิธีการแสวงหาคำตอบที่หลากหลาย

ศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นสถาบันที่มีความสำคัญสถาบันหนึ่งในการฝึกอบรมนักกฎหมายมหาชน ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ควบคุมให้รัฐบัญญัติและรัฐกฤษฎีกาชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้งสมาชิกศาลรัฐธรรมนูญจากสมาชิกของศาลปกครองและจากข้าราชการระดับสูง

อีกด้านหนึ่ง ตุลาการเจ้าของสำนวน (rapporteur) ของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งคัดเลือก มาจากผู้พิพากษาศาลอาญา ตุลาการศาลปกครองชั้นต้น ศาลบัญชี และนักกฎหมายในมหาวิทยาลัย ในช่วงเวลาการฝึกงานของตุลาการที่ศาลรัฐธรรมนูญนี้ ตุลาการเจ้าของสำนวนจะพบกับความยุ่งยากนับแต่ช่วงเริ่มปฏิบัติหน้าที่ในศาลรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ในช่วง 2 ปี ของการฝึกอบรมจึงจำเป็นต้องมีการฝึกงานที่ศาลรัฐธรรมนูญด้วย ประสบการณ์ในสภาแห่งรัฐและในศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นการฝึกอบรมที่ดีมากสำหรับนักกฎหมายมหาชน

สรุป

1. ในประเทศตุรกี คณะนิติศาสตร์และคณะอื่น ๆ ที่มีหลักสูตรกฎหมายก็ได้ให้ความสำคัญกับกฎหมายเฉพาะ ดังนั้น จนถึงระดับปริญญาตรี จึงไม่มีการศึกษากฎหมายมหาชนเฉพาะทาง แต่ก็มีการจัดการเรียนการสอนสาขากฎหมายมหาชนในลักษณะทั่วไป

2. การศึกษาตามความเชี่ยวชาญพิเศษเฉพาะทางจะมีในระดับสูงกว่าปริญญาตรี คือ ในระดับปริญญาเอกและระดับประกาศนียบัตรการศึกษาชั้นสูงหรือ DEA

3. การฝึกอบรมพิเศษมีความสำคัญมากสำหรับนักกฎหมายที่จะไปทำงานในสาขากฎหมายมหาชน ตุลาการในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครองจะต้องฝึกงานเป็นระยะเวลา 2 ปี ก่อนที่จะเข้าสู่ตำแหน่ง โดยในช่วงการฝึกงาน ผู้เข้ารับการฝึกอบรมจะต้องรับการฝึกอบรมทั้งทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ

4. ในประเทศตุรกี แม้จะไม่มี การฝึกอบรมในระหว่างการทำงาน แต่การปฏิบัติงานก็ถือเป็นวิธีการฝึกอบรมตุลาการได้เป็นอย่างดี

5. นอกจากนี้ สถาบันฝึกอบรม เช่น สถาบันด้านการบริหารรัฐกิจแห่งตะวันออกกลางและตุรกี มีการจัดการศึกษาระดับสูงกว่าปริญญาตรีซึ่งเป็นหนทางที่จะช่วยให้ตุลาการได้รับการฝึกอบรมและมีการพัฒนาความรู้ไปได้

รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลปกครอง เล่ม 3

ที่ปรึกษา

นางสาวพรทิพย์ ทองดี
นายสุชาติ เวโรจน์

เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง
รองเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง

คณะผู้จัดทำ

นายไกรรัช เยวจิตร

ที่ปรึกษาสำนักงานศาลปกครอง

ด้านวิชาการคดีปกครอง

รักษาการในตำแหน่งผู้อำนวยการ
สำนักวิจัยและวิชาการ

นายอนุชา สุนสวัสดิกุล

อดีตผู้อำนวยการสำนักวิจัยและวิชาการ
(ผู้ให้คำปรึกษา แนะนำ และตรวจสอบ)

เจ้าหน้าที่ศาลปกครอง 6ว

นางสาวปรานี สุขศรี

เจ้าพนักงานธุรการ 5

นางสาวละออง เกวะระ

เจ้าหน้าที่ศาลปกครอง 3

นางสาวสุนันทา ศรีเพ็ง

พนักงานคดีปกครอง 3

นายธีรวัฒน์ ขวัญใจ

พนักงานคดีปกครอง 3

นางสาวชนาวรรณ โชคดีมีบุญ

เจ้าหน้าที่ศาลปกครอง

นายจาตุรงค์ รอดกำเนิด

เจ้าหน้าที่ศาลปกครอง

นายอนุชา สมาน

เจ้าหน้าที่ศาลปกครอง

นายนิรัญ อินทร

เจ้าหน้าที่ศาลปกครอง

นายราชา เลอะเมะ

เจ้าหน้าที่ศาลปกครอง

นางสาวผการัตน์ มุสิกเจียรนนท์

เจ้าหน้าที่ศาลปกครอง

นางสาวแสงจันทร์ สมจิตร

เจ้าหน้าที่ศาลปกครอง

นางสาวภรณ์นิภา จันทรอำภาส

เจ้าหน้าที่ศาลปกครอง

นางสาวนิตา บุญยรัตน์

เจ้าหน้าที่ศาลปกครอง

นางสาวชวพิมพ์ ณ นคร



สำนักงานศาลปกครอง
เลขที่ ๑๔๕ อาคารเอ็มโพรียวทาวเวอร์
ถนนสาทรใต้ เขตสาทร กรุงเทพฯ ๑๐๑๒๐
โทรศัพท์ ๐ ๒๖๗๐ ๑๒๐๐ - ๖๓ โทรสาร ๐ ๒๒๘๖ ๑๒๑๑
<http://www.admncourt.go.th>