

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย  
ของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารโดยศาลปกครอง



นายวิโรจน์ ธิตา

ศูนย์วิทยทรัพยากร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2552

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE CONTROL OF LEGALITY OF THE ANNOUNCEMENTS AND ORDERS  
OF THE COUP D'ETAT COUNCIL BY THE ADMINISTRATIVE COURT



Mr.Wirote Thita

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2009

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของประกาศ  
และคำสั่งคณะรัฐประหารโดยศาลปกครอง

โดย

นายวิโรจน์ ธิตา

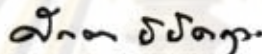
สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

รองศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์

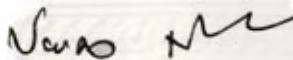
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์



..... คณบดีคณะนิติศาสตร์

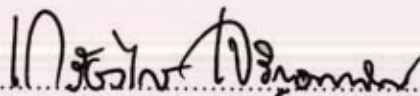
(รองศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



..... ประธานกรรมการ

(อาจารย์ นพดล เสงเจริญ)



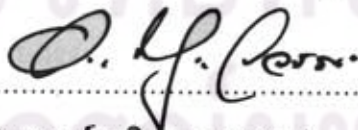
..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(รองศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์)



..... กรรมการ

(รองศาสตราจารย์ ดร.มนตรี รูปสุวรรณ)



..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(อาจารย์ คณิน บุญสุวรรณ)

ศูนย์วิจัยและพัฒนา  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



วิโรจน์ ธิตา : การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร โดยศาลปกครอง. (THE CONTROL OF LEGALITY OF THE ANNOUNCEMENTS AND ORDERS OF THE COUP D'ETAT COUNCIL BY THE ADMINISTRATIVE COURT) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก : รศ.ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 172 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งที่จะศึกษาเพื่อนำเสนอแนวทางในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีของศาลกรณีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารโดยศาลปกครอง ทั้งในเรื่องอำนาจศาล เงื่อนไขการฟ้องคดี และการวินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดี

จากผลการศึกษาพบว่า ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมายเทียบได้กับนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติ โดยอำนาจที่คณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหารใช้ในการออกประกาศและคำสั่งดังกล่าว เป็นอำนาจทางปกครอง และในการออกประกาศหรือคำสั่งฉบับนั้น ย่อมจะถือได้ว่า คณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหารอยู่ในฐานะฝ่ายปกครอง

กรณีที่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กำหนดให้ถือว่า ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นเพียงการรับรองสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารในทางรูปแบบ โดยให้มีผลบังคับใช้ได้เช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติเท่านั้น ไม่มีผลเป็นการยกเว้นหรือจำกัดขอบเขตอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบและวินิจฉัยเพิกถอนประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้พิจารณาเขตอำนาจศาล เงื่อนไขการฟ้องคดี และวินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดี ย่อมใช้หลักเกณฑ์เดียวกับการตรวจสอบกฎหมายและคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติ ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสและเยอรมัน แต่หากเป็นประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ซึ่งออกตามความจำเป็นเร่งด่วนในระหว่างที่เกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรง และเป็นกรณีที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทยมิได้บัญญัติไว้ ศาลปกครองจำต้องวินิจฉัยวางแนวเพื่อพัฒนาเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไป เช่นเดียวกับหลักกฎหมายทั่วไปของฝรั่งเศส ตามทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์พิเศษ

สาขาวิชา ..... นิติศาสตร์ ..... ลายมือชื่อนิติ..... ธีโรจน์ ธิตา  
ปีการศึกษา 2552 ..... ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก..... เจริญธนาวัฒน์

## 4986294334 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : THE CONTROL OF LEGALITY / THE ANNOUNCEMENTS AND ORDERS OF THE COUP D'ETAT COUNCIL / THE ADMINISTRATIVE COURT

WIROTE THITA : THE CONTROL OF LEGALITY OF THE ANNOUNCEMENTS AND ORDERS OF THE COUP D'ETAT COUNCIL BY THE ADMINISTRATIVE COURT. THESIS ADVISOR : ASSOC PROF.KRIENGGKRAI CHAROENTHANAVAT,Ph.D.,172 pp.

The objective of this thesis is to study and purpose the judicial power regarding the control of legality of the announcements and orders of the Coup d'Etat Council; the question of jurisdiction, the question of the prosecution's condition and the question of the judgment's process

The results of research are following. The administrative court has jurisdiction to consider the question of legality of the announcements and the orders of the Coup d'Etat Council. The hierarchy of the announcements and the orders of the Coup d'Etat Council as equal as administrative acts which are issued by administrative agencies in the normal situation.

The power of the Coup d'Etat Council in issuing the announcements and the orders is also the administrative power. Then the status of the Coup d'Etat Council should be considered as the administrative bodies in the normal situation.

The case of the stating by the Constitution that the announcements and the orders of the Coup d'Etat Council are always constitutionality and legality. This context is simply to ensure that the forms of announcements and the orders are constitutionality and legality. By which can enforce as an administrative act in the normal situation. So, it can not be a way to exempt the control of the legality from the administrative court.

The legal principle applied to the question of jurisdiction, the question of the prosecution's condition and the question of the judgment's process must be the same procedure and principle as the principle of the administrative act's control in the normal situation which is similar with the German and French principle.

Nevertheless, in the case of the announcements and the orders of the Coup d'Etat Council are issued in the emergency situation such as during the political crises, without the text written by law, the administrative court has to make the interpretative decision in the way to develop the administrative law principle same as the french "Théorie des circonstances exceptionnelles"

Field of Study : ..... LAWS ..... Student's Signature *Wirote thita*  
 Academic Year : ..... 2009 ..... Advisor's Signature *Kriengkrai Charoenthavatt*



## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงด้วยดี เพราะความเมตตากรุณาอย่างสูงของ รองศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ผู้ที่ให้ทั้งคำปรึกษา และเอาใจใส่แนะนำผู้เขียนในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วยดีเสมอมา ผู้เขียนขอขอบพระคุณ เป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ท่านอาจารย์นพดล เสงี่ยมเจริญ ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ที่กรุณาสละเวลารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.มนตรี รูปสุวรรณ และอาจารย์ คณิน บุญสุวรรณ ที่รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และ ให้ข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ รวมทั้งขอขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ณรงค์เดช ศรีไชยิต ที่กรุณารับรองการจ้องหัวข้อวิทยานิพนธ์ ท่านอาจารย์ ดร.มานิต วงศ์เสวี ที่กรุณา ช่วยตรวจและให้คำแนะนำเกี่ยวกับโครงร่างวิทยานิพนธ์ และ ดร.มาโนช นามเดช ที่ช่วยตรวจสอบ ความถูกต้องของคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส

ผู้เขียนขอขอบพระคุณคณาจารย์ทุกท่าน ที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาให้แก่ผู้เขียน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคุณพ่อแก้วและแม่ทองดี ธิดา ที่เป็นทั้งผู้ให้กำเนิดและเป็นครูสองคนแรกในชีวิต ขอขอบคุณทุกคนในครอบครัวโดยเฉพาะคุณสุกัญญา เนตรสีเงิน ที่คอยสนับสนุนและเป็นกำลังใจ ให้ทุกเรื่อง รวมทั้งเด็กหญิงวิชญ์ชยาภรณ์ เนตรสีเงิน ที่เป็นแรงบันดาลใจสำคัญ ทำให้ผู้เขียนศึกษา หลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิตและเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จ ตลอดจนขอขอบคุณ เพื่อนร่วมงานในสำนักงานศาลปกครอง เพื่อนร่วมชั้นเรียนและเจ้าหน้าที่คณะนิติศาสตร์ทุกท่าน ที่คอยช่วยเหลือและเป็นกำลังใจให้แก่ผู้เขียนตลอดมา

ท้ายนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีประโยชน์และมีคุณค่าทางการศึกษาอยู่บ้าง ผู้เขียนขอขอบคุณดีเป็นกตเวทิตาแด่พระคุณของบิดา มารดา และครูบาอาจารย์ทุกท่าน แต่ถ้าววิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่ผู้เดียว

ศูนย์วิจัยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## สารบัญ

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 สมมุติฐานของการศึกษาวิจัย.....	3
1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	4
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	4
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการการศึกษาวิจัย.....	5
บทที่ 2 แนวคิดทฤษฎีหรือหลักการตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร โดยศาลปกครอง.....	6
2.1 หลักการตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครอง.....	6
2.1.1 หลักนิติรัฐ.....	6
2.1.2 หลักการแบ่งแยกอำนาจ.....	9
2.1.3 หลักความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย.....	13
2.1.4 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง.....	14
2.1.5 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง โดยศาลปกครอง.....	16
2.1.5.1 ความสำคัญของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของนิติกรรมทางปกครองโดยศาลหรือองค์กรตุลาการ.....	16
2.1.5.2 ระบบศาลที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของนิติกรรมทางปกครอง.....	17
2.1.5.3 อำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง.....	19

2.2 สถานะและลำดับศักดิ์ทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร.....	22
2.2.1 การแยกสถานะทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารออก เป็น “นิติกรรมทางนิติบัญญัติ” และ “นิติกรรมทางปกครอง”.....	22
2.2.1.1 ลักษณะของนิติกรรมทางนิติบัญญัติ และนิติกรรมทางปกครอง.....	23
(1) นิติกรรมทางนิติบัญญัติ.....	23
(2) นิติกรรมทางปกครอง.....	24
2.2.1.2 ประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีสถานะเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ และนิติกรรมทางปกครอง.....	26
(1) ประกาศคณะรัฐประหารที่มีสถานะเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ.....	26
(2) ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีสถานะ เป็นนิติกรรมทางปกครอง.....	27
2.2.2 การยอมรับสถานะหรือคำบังคับทางกฎหมายของ ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร.....	30
2.2.2.1 แนวคิดแรก การรับรองสถานะของคณะรัฐประหาร และการยอมรับสถานะหรือคำบังคับทางกฎหมายของ ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารโดยปราศจากเงื่อนไข.....	30
(1) ประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ.....	33
(2) ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็น นิติกรรมทางปกครอง.....	36
2.2.2.2 แนวคิดที่สอง การไม่ยอมรับหรือการปฏิเสธสถานะหรือ คำบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร อย่างสิ้นเชิง.....	38
2.2.2.3 แนวคิดที่สาม การยอมรับสถานะหรือคำบังคับทางกฎหมายของ ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารโดยมีเงื่อนไขระยะเวลาสิ้นสุด.....	42
(1) ประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ.....	42
(2) ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง.....	44
2.2.2.4 แนวคิดที่สี่ การยอมรับสถานะหรือคำบังคับทางกฎหมายของ ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารเฉพาะในทางรูปแบบ.....	45



(1) ประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ.....	45
(2) ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง.....	49
2.2.3 การจัดลำดับศักดิ์ทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร.....	52
2.2.3.1 ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นการวางกฎเกณฑ์ทาง กฎหมายและมีผลบังคับเป็นการทั่วไป.....	53
(1) ประกาศคณะรัฐประหารที่มีลำดับศักดิ์ในระดับรัฐธรรมนูญ....	53
(2) ประกาศคณะรัฐประหารที่มีลำดับศักดิ์ในระดับกฎหมาย ที่ออกหรือเห็นชอบโดยรัฐสภา.....	54
(3) ประกาศคณะรัฐประหารที่มีลำดับศักดิ์ในระดับ กฎหมายลำดับรองหรือกฎ.....	55
2.2.3.2 ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีผลบังคับเฉพาะเรื่อง เฉพาะกรณีหรือเฉพาะราย.....	56
2.2.3.3 ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่ไม่มีค่าบังคับทางกฎหมายโดยสภาพ.....	57
2.3 การตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารโดยศาลปกครอง.....	58
2.3.1. การตรวจสอบประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ.....	58
2.3.2. การตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็น “นิติกรรมทางปกครอง” โดยศาลปกครอง.....	58
2.3.2.1 ลักษณะคดีพิพาทในการตรวจสอบประกาศและคำสั่ง คณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครอง.....	59
(1) คดีฟ้องเพิกถอนประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง.....	59
(2) คดีละเมิดอันเกิดจากประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง.....	59
(3) คดีเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่นอันเกิดจากประกาศและ คำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง.....	60
2.3.2.2 ประเด็นแห่งคดีที่ศาลปกครองจะต้องวินิจฉัยในการตรวจสอบ ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง.....	60

(1) ประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาล.....	60
(2) ประเด็นเงื่อนไขการฟ้องคดี.....	62
(2.1) ผู้มีสิทธิฟ้องคดี.....	62
(2.2) การแก้ไขความผิดหรือเสียหายก่อนการฟ้องคดี.....	62
(2.3) ระยะเวลาการฟ้องคดี.....	63
(2.4) ลักษณะของคำฟ้อง.....	65
(2.5) การฟ้องซ้ำ ฟ้องซ้อน และดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำ.....	67
(3) ประเด็นเนื้อหาแห่งคดี.....	67
(3.1) คดีฟ้องเพิกถอนประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง.....	67
(3.2) คดีละเมิดอันเกิดจากประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง.....	69
(3.3) คดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบอื่นอันเกิดจากประกาศ และคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง.....	69
บทที่ 3 การตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครองต่างประเทศ.....	70
3.1 แนวความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองของต่างประเทศ.....	70
3.1.1 ความหมายและความแตกต่างของนิติกรรมทางปกครองตามหลักกฎหมาย ปกครองฝรั่งเศสและเยอรมัน.....	70
3.1.1.1 นิติกรรมทางปกครองตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส.....	70
3.1.1.2 นิติกรรมทางปกครองตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน.....	74
3.1.1.3 ความแตกต่างระหว่างนิติกรรมทางปกครองตามหลักกฎหมาย ปกครองของฝรั่งเศสและเยอรมัน.....	77
3.2 การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองในศาลปกครองของต่างประเทศ.....	78
3.2.1 การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	78
3.2.1.1 การยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองฝรั่งเศสที่มีเขตอำนาจเหนือคดี.....	78
3.2.1.2 การแบ่งประเภทคดีปกครองของฝรั่งเศส.....	81
3.2.2 การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน.....	82
3.2.2.1 การยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองเยอรมันที่มีเขตอำนาจเหนือคดี.....	82
3.2.2.2 การแบ่งประเภทคดีปกครองของเยอรมัน.....	84

3.3 การตรวจสอบเงื่อนไขในการฟ้องคดีของศาลปกครองต่างประเทศ.....	85
3.3.1 เงื่อนไขเกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง.....	85
3.3.1.1 ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง ตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส.....	85
3.3.1.2 ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง ตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน.....	86
3.3.2 เงื่อนไขการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดี.....	87
3.3.2.1 การอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครอง ตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส.....	87
3.3.2.2 การอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครอง ตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน.....	89
3.3.3 อายุความการฟ้องคดีปกครอง.....	90
3.3.3.1 อายุความการฟ้องคดีปกครอง ตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส.....	90
3.3.3.2 อายุความการฟ้องคดีปกครอง ตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน.....	92
3.3.4 เงื่อนไขการฟ้องคดีอื่น .....	92
3.4 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง	
อันเป็นการวินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดีโดยศาลปกครองต่างประเทศ.....	93
3.4.1 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายทางด้านรูปแบบภายนอก	
หรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ.....	94
3.4.1.1 นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยปราศจากอำนาจ.....	94
3.4.1.2 นิติกรรมทางปกครองที่ผิดแบบ.....	94
3.4.1.3 นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ	
หรือผิดวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง.....	95
3.4.2 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายทางด้านสาระตะหรือเหตุภายใน	
หรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นกฎหมายสารบัญญัติ.....	96
3.4.2.1 นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนกฎหมาย.....	96
(1) นิติกรรมทางปกครองที่ขัดหรือแย้งต่อเนื้อหากฎหมายโดยตรง....	97
(2) นิติกรรมทางปกครองที่มีความผิดพลาดในข้อกฎหมาย	
หรือผิดพลาดในข้อเท็จจริง.....	97
3.4.2.2 นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยบิดเบือนอำนาจ	
หรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ.....	100
(1) นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยบิดเบือนอำนาจ.....	100
(2) นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ....	101



3.5 การตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกในภาวะที่เกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรง หรือในสถานการณ์พิเศษ.....	101
3.5.1 การตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกในวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือ ในสถานการณ์พิเศษ ตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส.....	102
3.5.1.1 การใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีตามมาตรา ๑๖ ของ รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	103
3.5.1.2 ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์พิเศษ.....	107
3.5.2 การตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกในวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือ ในสถานการณ์พิเศษ ตามหลักกฎหมายเยอรมัน.....	114
3.5.2.1 การใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน และกรณีที่มีประกาศภาวะ ป้องกันประเทศ ตามกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน.....	114
3.5.2.2 การตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกในวิกฤติการณ์ร้ายแรง หรือในสถานการณ์พิเศษ ตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน.....	119
3.5.3 เปรียบเทียบหลักกฎหมายฝรั่งเศสกับเยอรมันในเรื่องการตรวจสอบนิติกรรม ทางปกครองที่ออกในวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือในสถานการณ์พิเศษ.....	121
บทที่ 4 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร โดยศาลปกครองไทย.....	123
4.1 อำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร.....	123
4.1.1 เขตอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบประกาศและคำสั่ง คณะรัฐประหาร.....	123
4.1.2 การแยกเขตอำนาจเริ่มต้นในการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง.....	128
4.1.3 การแบ่งเขตอำนาจศาลปกครองในแง่ทางด้านพื้นที่.....	129
4.2 เงื่อนไขในการฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร.....	129
4.2.1 เงื่อนไขเกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดี.....	129
4.2.2 การแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดี.....	130
4.2.3 ระยะเวลาการฟ้องคดี.....	132
4.2.4 เงื่อนไขในการฟ้องคดีอื่นๆ.....	132
4.3 การตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารอันเป็นการวินิจฉัย เนื้อหาแห่งคดี.....	134

4.3.1 เหตุเพิกถอนประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีค่าบังคับเป็นนิติกรรม ทางปกครอง.....	134
4.3.1.1 เหตุเพิกถอนหรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทางด้านรูปแบบภายนอก.....	135
4.3.1.2 เหตุเพิกถอนหรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทางด้านสาระัตถะหรือเหตุภายใน.....	139
4.3.2 ข้อจำกัดหรือขอบเขตอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบประกาศและ คำสั่งคณะรัฐประหาร.....	142
4.3.2.1 กรณีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดให้ประกาศและคำสั่ง คณะรัฐประหารชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ.....	142
4.3.2.2 กรณีเป็นประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่ออกในระหว่างที่เกิด วิกฤติการณ์ร้ายแรง.....	150
(1) กรณีเป็นข้อยกเว้นตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร.....	151
(2) กรณีข้อยกเว้นหรือขอบเขตหลักความชอบด้วยกฎหมาย ที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้.....	153
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	156
5.1 บทสรุป.....	156
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	161
รายการอ้างอิง.....	164
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	172

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแล้วว่า รัฐสมัยใหม่เป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย หรือที่เรียกกันว่านิติรัฐ การใช้อำนาจรัฐไม่ว่าทางใดจะต้องชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การใช้อำนาจทางนิติบัญญัติจะต้องไม่ล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชน จนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่ออ้างและรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ<sup>1</sup> และ การใช้ อำนาจทางบริหารหรือทางปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ รวมทั้งจะต้องถูกต้องตรวจสอบได้โดยศาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการที่มีความอิสระในการทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจรัฐ ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และอ้างไว้ซึ่งความมั่นคงและความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมายภายในประเทศ

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ถูกนำมาใช้เป็นกรอบในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง มิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยถือว่า การกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครอง จะต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และศาลปกครองมีหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติรัฐ

การยึดอำนาจการปกครองประเทศโดยคณะรัฐประหาร เป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องชอบธรรม แต่เมื่อคณะรัฐประหารได้ยึดอำนาจการปกครองได้สำเร็จและได้ล้มล้างรัฐธรรมนูญ รวมทั้งได้มีการออกประกาศและคำสั่งของคณะรัฐประหารเพื่อบังคับใช้ภายในประเทศแล้ว ปราบกฏว่า มีการยอมรับให้ประกาศและคำสั่งของคณะรัฐประหารจำนวนมาก มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย<sup>2</sup> สำหรับหลักเกณฑ์การพิจารณาลำดับชั้นทางกฎหมายของประกาศและคำสั่ง คณะรัฐประหาร จะพิจารณาจากเนื้อหาของประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร แต่ละฉบับ ว่ามีเนื้อหาสอดคล้องกับกฎหมายลำดับใด ก็จะถือว่าประกาศหรือคำสั่ง คณะรัฐประหารฉบับนั้น มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมายในลำดับชั้นเดียวกับกฎหมายนั้นๆ เช่นเดียวกัน<sup>3</sup> ซึ่งเมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังกล่าว ย่อมมีประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารอีกจำนวนไม่น้อย ที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมายเป็นนิติกรรม

<sup>1</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, ศาลปกครองกับการดำเนินงานของตำรวจ(กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 4

<sup>2</sup> วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2523), หน้า 757.

<sup>3</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, “การปรับปรุงประกาศคณะปฏิวัติ,” *รพีสาร* 1,3 (เม.ย. - มิ.ย., 2536): 46.



ทางปกครอง และแม้ว่าสถานการณ์จะกลับเข้าสู่ภาวะปกติแล้วก็ตาม แต่ประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมายทุกลำดับชั้นจำนวนมาก ยังคงมีผลบังคับใช้ตลอดไป และกลายเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายในประเทศ ดังนั้นประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมายเป็นนิติกรรมทางปกครอง จึงควรต้องถูกตรวจสอบได้โดยศาลปกครอง ซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการที่มีอิสระ เช่นเดียวกับกรณีที่ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติ

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อคณะรัฐประหาร ได้ทำการยึดอำนาจการปกครองได้สำเร็จ เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 แทนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) ที่ถูกยกเลิกไป และโดยที่มาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ได้บัญญัติว่า ให้บรรดาประกาศและคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ที่ได้ประกาศหรือสั่งในระหว่างวันที่ 19 กันยายน 2549 จนถึงวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวดังกล่าว ไม่ว่าจะป็นรูปใด และไม่ว่าจะประกาศหรือสั่งให้มีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ ให้มีผลใช้บังคับต่อไป และให้ถือว่าประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว เป็นประกาศหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นอกจากนั้น เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ปรากฏว่า บทบัญญัติมาตรา 309 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติให้บรรดาการใดๆ ที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญ ให้ถือว่า การนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ด้วย

หลังจากที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ปรากฏว่า ในช่วงเวลาก่อนการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เมื่อวันที่ 23 ธันวาคม 2550 พรรคพลังประชาชนได้ยื่นคำร้องขอให้คณะกรรมการการเลือกตั้งพิจารณาวินิจฉัยกรณีคณะรัฐประหารมีเอกสารลับ สั่งให้มีการสกัดกั้นผู้สมัครของพรรคพลังประชาชนไม่ให้ได้รับการเลือกตั้ง ปรากฏว่าคณะกรรมการการเลือกตั้ง ได้มีมติในการประชุม เมื่อวันที่ 12 ธันวาคม 2550 วินิจฉัยยกคำร้องของพรรคพลังประชาชน โดยเห็นว่า คำสั่งของคณะรัฐประหารไม่อาจถูกตรวจสอบได้ นอกจากนั้น ในอดีตยังมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาอีกจำนวนมาก ที่วินิจฉัยในทำนองเดียวกันกับมติของคณะกรรมการการเลือกตั้งดังกล่าว

โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยยอมรับสถานะของรัฐบาลที่มาจากการทำรัฐประหาร หรือยอมรับสถานะทางกฎหมายของประกาศคณะรัฐประหาร หรือศาลจะไม่ทำการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารโดยอ้างเหตุผล แต่เพียงว่า คณะรัฐประหารมีอำนาจในฐานะรัฐสภาธิปไตย ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารดังกล่าว จึงชอบด้วยกฎหมาย แล้วแต่กรณี อย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1153-1154/2495, 45/2496, 1662/2505, 1234/2523, 2376/2526 และ 6411/2534 เป็นต้น\* ทำให้ทฤษฎีทวิภาคีถึงความไม่ถูกต้องในการบังคับใช้กฎหมายเป็นอย่างมาก แต่ด้วยเหตุที่ในปัจจุบัน ได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแล้ว ซึ่งถ้าหากคณะรัฐประหารได้ใช้อำนาจออกประกาศและคำสั่งใดๆ ในลักษณะดังกล่าว และเป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่มีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติทุกประการ แล้วถูกฟ้องโต้แย้งต่อศาลปกครอง ย่อมจะทำให้มีประเด็นปัญหาในทางวิชาการที่น่าสนใจเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร โดยเฉพาะประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งเป็นการตรวจสอบโดยศาลปกครอง ดังนั้นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งที่จะศึกษาวิเคราะห์เพื่อนำเสนอแนวทางการวินิจฉัยต่อศาลปกครองในการตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร โดยเฉพาะเกี่ยวกับประเด็นปัญหา ต่อไปนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจศาลปกครอง ในการตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ว่าศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารหรือไม่ อย่างไร และการตรวจสอบสามารถทำได้ในกรณีที่เป็นประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารประเภทใดบ้าง รวมทั้งมีแนวทางในการตรวจสอบอย่างไร

2. ปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารโดยศาลปกครอง ว่าศาลปกครองสามารถตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร โดยอาศัยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้ตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่มีขึ้นในภาวะปกติได้หรือไม่ อย่างไร

## 1.2 สมมติฐาน

ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมายเทียบได้กับนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติ น่าที่จะต้องถูกตรวจสอบได้โดยศาลปกครอง และในกรณีที่มิพบบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กำหนดให้ถือว่า ประกาศหรือ

\* สำหรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาเหล่านี้ ดูรายละเอียดได้ในเชิงอรรถเสริมความในบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.2.1(1) หน้า 33 - 34.

คำสั่งคณะรัฐประหารชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น เป็นเพียงการรับรองสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายในทางรูปแบบเท่านั้น ไม่มีผลเป็นการยกเว้นหรือจำกัดขอบเขตอำนาจศาลปกครองมิให้ตรวจสอบและวินิจฉัยเพิกถอนประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด ส่วนหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ศาลจะนำไปใช้ในการตรวจสอบ ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้ตรวจสอบกฎหมายหรือคำสั่งที่ออกในภาวะปกติ เว้นแต่กรณีที่เป็นประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารซึ่งออกตามความจำเป็นเร่งด่วนในระหว่างที่เกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรง และเป็นกรณีที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทยมิได้กำหนดไว้ ศาลปกครองควรวินิจฉัยวางแผนเพื่อพัฒนาเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไป เช่นเดียวกับหลักกฎหมายปกครองทั่วไปของฝรั่งเศส ตามทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์พิเศษ

### 1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีว่าด้วยหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง และอำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร
2. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่ควรอยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง
3. เพื่อศึกษาถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้ตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารโดยศาลปกครอง รวมทั้งนำเสนอแนวทางการตีความ มาตรา 309 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกอบกับมาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

### 1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์นี้มุ่งทำการศึกษาวิเคราะห์เฉพาะการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมายเป็นนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครองเท่านั้น

นอกจากนั้น คำว่า “การควบคุม” เฉพาะที่ปรากฏในหัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เนื่องจากเป็นถ้อยคำที่โดยปกติ ในทางวิชาการ นอกจากจะใช้กับกรณีการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ โดยองค์กรภายในของฝ่ายปกครองเองเป็นการเฉพาะแล้ว ยังมีการใช้ในความหมายอย่างกว้าง ในกรณีที่จะมีการกล่าวถึง การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง โดยองค์กรภายในและองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองในภาพรวม อย่างไรก็ตาม



สำหรับถ้อยคำดังกล่าวในหัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะมีความหมายอย่างกว้าง แต่จะจำกัดขอบเขตการศึกษาเฉพาะกรณีที่เป็น การตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยองค์การตุลาการหรือศาลปกครอง อันเป็นการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยองค์การภายนอกฝ่ายปกครองประเภทหนึ่งเท่านั้น หากได้มีความหมายหรือต้องศึกษารวมไปถึง การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์การภายในฝ่ายปกครองด้วยตนเองแต่อย่างใดไม่

อีกทั้ง ยังมีได้มีความหมายรวมไปถึง การควบคุมก่อนที่ประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารจะมีผลบังคับใช้ อย่างเช่นที่ศาลรัฐธรรมนูญควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายในบางกรณี ก่อนที่จะมีการประกาศใช้ ตามหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแต่อย่างใดไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยองค์การตุลาการหรือศาลปกครองของไทย จะเป็นการตรวจสอบภายหลังจากที่นิติกรรมทางปกครองถูกออกมาใช้บังคับแล้วเท่านั้น

### 1.5 วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย

เป็นการศึกษาวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) ด้วยการศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากเอกสารตำราหรือบทความทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ กฎหมายที่เกี่ยวข้อง รวมทั้ง คำพิพากษาของศาลไทยและต่างประเทศ ทั้งที่ถูกจัดเก็บไว้ในรูปของเอกสาร หรือข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. เพื่อนำเสนอแนวทางการตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารโดยศาลปกครอง เช่นเดียวกับการตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติ

2. เพื่อนำเสนอผลการศึกษาวิเคราะห์ต่อศาลและผู้เกี่ยวข้องในการพิจารณาวินิจฉัย ตีความหรือบังคับใช้กฎหมายให้ถูกต้องตามแนวคิดทฤษฎีทางนิติศาสตร์

3. ทำให้ผู้ศึกษาวิจัยมีความรู้เรื่องการทำวิทยานิพนธ์ และระเบียบวิธีวิจัยทางนิติศาสตร์ รวมทั้ง นำเสนอเป็นผลงานวิชาการเพื่อขอสำเร็จการศึกษา ตามหลักสูตรปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต

## บทที่ 2

### แนวคิดทฤษฎีหรือหลักการตรวจสอบ ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารโดยศาลปกครอง

#### 2.1 หลักการตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครอง

##### 2.1.1 หลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญ ที่ได้รับการยึดถืออย่างมั่นคงในประเทศภาคพื้นยุโรป เพื่อใช้เป็นเครื่องมือตรวจสอบมิให้องค์กรผู้ใช้อำนาจอรัฐใช้อำนาจเกินขอบเขตหรือใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยรัฐต้องเคารพกฎหมายและทำตามกฎหมาย หากไม่ทำตามกฎหมาย จะต้องมีการระบอบการหรือองค์กรชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับประชาชน เป็นการเยียวยาหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ประชาชน ที่ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจอรัฐ<sup>4</sup> ความหมายของคำว่า “นิติรัฐ” มีนักวิชาการทางด้านนิติศาสตร์จำนวนไม่น้อยที่พยายามให้คำจำกัดความหรืออธิบายไว้ เช่น Paul Bockelmann<sup>5</sup> Robert Von MOLH<sup>6</sup> กาเร่ เดอ มัลแบร์<sup>7</sup> ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย<sup>8</sup> ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนดุล<sup>9</sup> ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม<sup>10</sup> ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ<sup>11</sup> ศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกาววงศ์<sup>12</sup> ศาสตราจารย์ ดร.อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ<sup>13</sup> รองศาสตราจารย์ ดร.โกคิน พลกุล<sup>14</sup> อาจารย์ ดร.รองพล เจริญพันธุ์<sup>15</sup> และอาจารย์ สุจินต์

<sup>4</sup> เกียรติไกร เจริญธนาวัฒน์, “องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 8.

<sup>5</sup> Paul Bockelmann, “The Principles of the rule of law,” *Law and State* Vol. 4 : 97.

<sup>6</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญใหม่*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 23-24.

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>8</sup> หยุด แสงอุทัย, *คำบรรยายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป* (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เวียนแก้วการพิมพ์, 2526), หน้า 86.

<sup>9</sup> ประยูร กาญจนดุล, “นิติรัฐ,” *รพี* 26 (2526): 20.

<sup>10</sup> มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน* (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์สหมิตร, 2526), หน้า 727.

<sup>11</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชนเล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 279-282.

<sup>12</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์, *พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), หน้า 92.

<sup>13</sup> อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ* (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์พินอักษรกิจ, 2527), หน้า 4.

<sup>14</sup> โกคิน พลกุล, *เอกสารประกอบการบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน* (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 87.

<sup>15</sup> รองพล เจริญพันธุ์, *นิติปรัชญา* (กรุงเทพมหานคร: ป.สัมพันธ์พาณิชย์, 2525), หน้า 28.

ทังสุบุตร<sup>16</sup> เป็นต้น อย่างไรก็ตาม อาจสรุปสาระสำคัญของนิติรัฐ ตามคำอธิบายของนักวิชาการดังกล่าวว่า “นิติรัฐ” คือ รัฐที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย และยอมรับในสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมาย การใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรจะต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะที่กำหนดไว้เท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ การใช้อำนาจรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน จะต้องถูกตรวจสอบได้โดยศาล และการกระทำหรือละเว้นการกระทำของทุกองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่ทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายยอมก่อให้เกิดความรับผิดชอบตามที่กฎหมายกำหนดไว้

จากนิยามของหลักนิติรัฐ ทำให้สามารถอธิบายได้ 4 ประการ คือ (1) รัฐต้องยอมรับนับถือหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยโดยองค์กรทั้งหลาย (separation of powers) เพื่อมิให้เกิดการใช้อำนาจที่มิชอบ โดยองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดเพียงองค์กรเดียว (2) ในรัฐนั้น เมื่อฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับผู้ใต้ปกครอง ฝ่ายปกครองจะกระทำการอันเป็นการขัดแย้งหรือละเว้นไม่กระทำการตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่นั้นไม่ได้ (3) ฝ่ายปกครองจะวางข้อกำหนดหรือมีคำสั่งหรือใช้อำนาจทางปกครองใดๆ จะต้องมีการกฎหมายในรูปพระราชบัญญัติที่ตราโดยรัฐสภา ซึ่งเป็นองค์กรที่สมาชิกเป็นผู้แทนของปวงชนได้บัญญัติขึ้นเท่านั้น หากกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้แล้ว ถือว่า เป็นการกระทำที่ไม่ชอบ และมีหลักประกันแก่ผู้ใต้ปกครองที่จะฟ้องร้องเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อศาล เพื่อขอให้ยกเลิกแก้ไข หรือยุติการกระทำที่ละเมิดสิทธิของเขาได้ (4) หลักนิติรัฐ มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประชาชนให้พ้นจากการกระทำตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง โดยที่ประชาชนมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล เพื่อให้ตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ถูกต้องและทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของตน<sup>17</sup>

สำหรับในประเทศอังกฤษหลักการพื้นฐานที่ใช้ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐมิได้เรียกว่าหลักนิติรัฐ เช่นเดียวกับประเทศภาคพื้นยุโรป หากแต่ถูกเรียกว่า หลักนิติธรรม

<sup>16</sup> สุจินต์ ทังสุบุตร, *นิติรัฐ* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์รหัส, 2523), หน้า 105.

<sup>17</sup> โทคิน พลกุล, *เอกสารประกอบการบรรยายวิชากฎหมายมหาชน*, หน้า 87-88.



(The Rule of Law) โดยเป็นหลักเกณฑ์ที่อยู่ในกฎบัตรแมกนาคาร์ตา ค.ศ.1215<sup>18</sup> ซึ่ง A.V.Dicey ได้อธิบายความหมายของหลักนิติธรรมไว้ในหนังสือ Introduction to the study of the law of constitution<sup>19</sup> ไว้ 3 ประการ โดยสรุปคือ ประการแรก เป็นการปกครองที่มีกฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดล้นพ้น ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจตามอำเภอใจที่จะลงโทษหรือบังคับบุคคลทั้งทางร่างกายหรือทางทรัพย์สิน เว้นแต่ จะเป็นผลของการละเมิดกฎหมายอย่างชัดแจ้ง ซึ่งได้รับการพิสูจน์ตามวิธีพิจารณาของศาลยุติธรรม<sup>20</sup> ประการที่สอง บุคคลทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน โดยจะต้องมีระบบกฎหมายและศาลเดียวกัน<sup>21</sup> และประการที่สาม หลักรัฐธรรมนูญเป็นหลักการที่มาจากหลักกฎหมายทั่วไปของแผ่นดิน โดยถือว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษเป็นผลมาจากสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนที่ศาลได้พิพากษารับรองและคุ้มครองเป็นบรรทัดฐานไว้ มิได้เป็นเพียงผลมาจากตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น<sup>22</sup>

แนวคิดเรื่องหลักนิติธรรมดังกล่าว ได้รับการยึดถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัดมิใช่เฉพาะในประเทศอังกฤษ หากแต่ในประเทศสหรัฐอเมริกา ยังได้นำไปเป็นหลักในการปกครองประเทศและควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยศาลสูงสุด จนกระทั่งมีการพัฒนาหลักนิติธรรมเพื่อใช้เป็นกรอบในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และขยายไปสู่การใช้อำนาจด้านอื่นของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งหลักการที่บังคับให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจรัฐจะต้องใช้อำนาจตามกระบวนการที่ถูกต้องชอบธรรมนี้เรียกว่า หลัก due process of law ซึ่งเป็นหลักการสำคัญ ที่ถูกนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในสหรัฐอเมริกาอีกหลักการหนึ่ง นอกจากนี้ในปัจจุบันได้มีการสร้างหลักธรรมาภิบาลหรือหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี เพื่อใช้กับการบริหารองค์การภาครัฐและเอกชนอีกด้วย ซึ่งล้วนเชื่อมโยงและใกล้เคียงกับหลักนิติธรรมทั้งสิ้น<sup>23</sup>

<sup>18</sup> ฉานินทร์ กรัยวิเชียร, หลักนิติธรรม คำบรรยายในการอบรมหลักสูตรภาคจริยธรรม เนติบัณฑิต สมัยที่ 61 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา วันอาทิตย์ที่ 12 กรกฎาคม 2552(กรุงเทพฯ: ขอนพิมพ์ 50,2552), หน้า 3.

<sup>19</sup> A.V. Dicey, Introduction to The Study of the Law of Constitution, 10<sup>th</sup> ed (London : Macmillan, 1959), P.202.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Ibid, P.203.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> ฉานินทร์ กรัยวิเชียร, หลักนิติธรรม คำบรรยายในการอบรมหลักสูตรภาคจริยธรรม เนติบัณฑิต สมัยที่ 61 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา วันอาทิตย์ที่ 12 กรกฎาคม 2552, หน้า 8-11 และหน้า 13-15.

### 2.1.2 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

รูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ที่อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนในรัฐสมัยใหม่ ซึ่งเป็นรัฐที่มีขนาดใหญ่มีสภาพความซับซ้อนทางสังคมสูง มีประชาชนจำนวนมากจนเป็นไปได้ที่ประชาชนในรัฐ จะสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจอธิปไตยโดยตรงได้ทั้งหมด ดังนั้น การใช้อำนาจอธิปไตยโดยทางอ้อมหรือทางตัวแทน จึงเป็นวิธีการหนึ่งที่เป็น และเมื่อปวงชนได้ใช้อำนาจอธิปไตยผ่านตัวแทน ซึ่งไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของตัวบุคคลหรือคณะบุคคล การใช้อำนาจของตัวแทนปวงชนดังกล่าว ย่อมจะมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายในรัฐอย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ดังนั้น เพื่อป้องกันมิให้การใช้อำนาจอธิปไตยของผู้แทนปวงชนเป็นไปโดยมิชอบ และเพื่อให้การใช้อำนาจในการปกครองบังเกิดผลดีแก่ประชาชน และเป็นไปตามความต้องการของประชาชนภายในรัฐอย่างแท้จริง จึงมีแนวคิดในการแบ่งแยกอำนาจ<sup>24</sup> หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตย โดยองค์กรใช้อำนาจเหล่านี้ จะประกอบไปด้วยองค์กรต่างๆ และจะต้องมีความสัมพันธ์กันทั้งในแง่ความร่วมมือและการตรวจสอบซึ่งกันและกัน<sup>25</sup> ดังนั้น ในรัฐสมัยใหม่ที่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่กำหนดระเบียบแห่งอำนาจสูงสุดในรัฐ และความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจเหล่านั้นต่อกันและกัน<sup>26</sup> หลักการแบ่งแยกอำนาจ ได้ถูกนำมาใช้เป็นเทคนิคทางรัฐธรรมนูญ ในการกำหนดระเบียบและความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าว เพื่อมิให้มีการผูกขาดอำนาจและเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน<sup>27</sup>

แนวคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย และหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย ได้เกิดขึ้นตั้งแต่สมัยโบราณและได้วิวัฒนาการมาโดยลำดับ โดยเฉพาะแนวคิดของนักปราชญ์ชาวยุโรปที่สำคัญ ได้แก่ อริสโตเติล ฌอง โบแดง โทมัส ฮอบส์ ปุฟเฟินดอร์ฟ จอห์น ล็อค

<sup>24</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “การแบ่งแยกอำนาจกับการตีความรัฐธรรมนูญ,” *วารสารกฎหมายปกครอง*, 1,2 (สิงหาคม 2525): 376.

<sup>25</sup> พัฒนะ เรือนใจดี, “ศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษาปัญหาทางทฤษฎีและกฎหมายรวมทั้งปัญหาและอุปสรรคในการจัดตั้งและรูปแบบที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารศาสตรบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2537), หน้า 31.

<sup>26</sup> หยุต แสงอุทัย, *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), หน้า 39.

<sup>27</sup> เกียรติไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 211.

และมองเตสกีเออ<sup>28</sup> แต่แนวคิดที่มีการกล่าวอ้างถึง และมีการนำมาใช้ในระบบการปกครอง ในรัฐสมัยใหม่ในยุคปัจจุบันมากที่สุด คือ แนวคิดทฤษฎีของมองเตสกีเออ โดยมองเตสกีเออ ได้กล่าวถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ หรือการแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตย ในหนังสือ “เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” (De l’Esprit des Lois, ค.ศ. 1708) บทที่ 6 หัวข้อ “โครงสร้าง การปกครองของอังกฤษ”<sup>29</sup> ซึ่งได้เสนอหลักการปกครองที่รัฐบาลไม่มีอำนาจมากเกินไป โดยการศึกษามาจากการแบ่งแยกอำนาจของสถาบันการเมืองของอังกฤษในสมัยนั้น เพื่อชี้ให้เห็นว่า เสรีภาพของราษฎรได้รับการค้ำประกัน อันเป็นการมองรัฐแบบอุดมคติ แม้ว่าในเวลา ต่อมา F.H. Lawson และ D.J. Bentley ได้ศึกษาและพบว่า มองเตสกีเอออ้างถึงโครงสร้าง ทางการเมือง การปกครอง หรือรัฐธรรมนูญของอังกฤษไม่ตรงกับข้อเท็จจริงก็ตาม<sup>30</sup> แต่ถึง กระนั้น สาระสำคัญของผลงานมองเตสกีเออ ที่มุ่งจะนำเสนอให้อำนาจไปอยู่ที่บุคคลเพียง คนเดียวหรือคณะเดียว และการเสนอให้ต้องมีอำนาจหนึ่งยับยั้งอีกอำนาจหนึ่ง ตามวิถีทาง แห่งกำลัง หรือที่เรามักจะได้ยินคำกล่าวที่ว่า อำนาจย่อมหยุดยั้งได้โดยอำนาจ (Power Stop Power) โดยมีให้องค์กรใช้อำนาจเหล่านั้นขึ้นตรงต่อกัน แต่ให้แยกเป็นอิสระต่อกัน และมีความสัมพันธ์กันภายใต้ระบบแห่งการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน (Check and Balance) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การจัดโครงสร้างการปกครองที่ต้องให้มีองค์กรตุลาการหรือ ศาล ที่เป็นอิสระไม่ขึ้นอยู่กับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง<sup>31</sup> และทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจของ องค์กรฝ่ายอื่นๆ ทั้งนี้ เพื่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับ และถูกนำไปใช้ออกแบบในการจัดโครงสร้างการปกครองของรัฐสมัยใหม่ เกือบทุกรัฐ เริ่มจากคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้นำไปใช้ในการจัดโครงสร้าง การปกครองตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ซึ่งถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ฉบับแรกของโลกในยุคปัจจุบัน ที่ได้รับการประกาศใช้เมื่อปี ค.ศ. 1787 โดยมีการนำเอา แนวคิดของมองเตสกีเออมาใช้ และได้เพิ่มกลไกในการดุลและคานอำนาจไว้โดยสถาบัน

<sup>28</sup> ธีรภูมิ ไคภิชฐกุล, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (ละเซียงเทรา: เอ็มเอ็มคอมพิวออฟเซท, 2549), หน้า 68-70.

<sup>29</sup> มองเตสกีเออ, เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย, แปลโดย วิภาวรรณ ตูดยานนท์ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2528) หน้า 187-196.

<sup>30</sup> P.H. Lawson และ D.J. Bentley, “ความเป็นจริงกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ,” แปลโดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์, วารสารกฎหมายปกครอง 2,2 (สิงหาคม, 2526): 26-27.

<sup>31</sup> ยอดพล เทพสิทธิธา, “การใช้อำนาจรัฐของฝ่ายบริหารในประเทศไทยที่ไม่เป็นไปตามหลักนิติรัฐ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 48-49.



ต่างๆ ในรัฐธรรมนูญจำนวนมาก<sup>32</sup> จากนั้นเมื่อมีการปฏิวัติใหญ่ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส คณะผู้ว่าการปฏิวัติหรือสภานานด์ร (Les Etats Génér aux) ได้ประกาศเปลี่ยนแปลงตนเองเป็นสภานิติบัญญัติสูงสุดทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญ (Assemblée Nationale Constituante) และได้มีคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ซึ่งหลักการสำคัญประการหนึ่งคือเพื่อให้มีการตรวจสอบและถ่วงดุลกัน และเพื่อควบคุมมิให้อำนาจขององค์กรทั้งหลายกลายเป็นอำนาจพระราช โดยได้นำเอาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจอิปไตยมายบัญญัติไว้ในมาตรา 16 ของประกาศดังกล่าว และได้รับการยึดถืออย่างเคร่งครัดสืบเนื่องต่อกันมา โดยได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสฉบับต่อๆ มาจนถึงปัจจุบัน อีกทั้ง ยังเป็นแบบอย่างให้ประเทศต่างๆ ยึดถือและปฏิบัติตามทั่วโลก<sup>33</sup>

โดยสรุปสาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจจำแนกได้ 3 ประการ คือ<sup>34</sup>

(1) จะต้องมีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอิปไตยม ออกเป็นองค์กรต่างๆ หลายองค์กร โดยแบ่งตามลักษณะการใช้อำนาจของรัฐ 3 ประการ คือ ประการแรก อำนาจตราหรือแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมาย อันเป็นอำนาจนิติบัญญัติ เป็นหน้าที่หลักของรัฐสภา ประการที่สอง อำนาจบังคับหรือปฏิบัติตามกฎหมาย ในการบริหารประเทศหรืออำนาจบริหาร เป็นหน้าที่หลักของฝ่ายบริหาร และประการสุดท้าย อำนาจลงโทษผู้กระทำความผิดกฎหมายและวินิจฉัยข้อพิพาท หรืออำนาจตุลาการ เป็นหน้าที่หลักของศาล<sup>35</sup> โดยแต่ละองค์กรอาจทำหน้าที่ทั้งสามประเภทได้ เพียงแต่มีใช้ในเรื่องเดียวกันและในเวลาเดียวกัน และจะมีการเรียกชื่อตามหน้าที่หลักที่มีการใช้อำนาจส่วนใหญ่ขององค์กรนั้น<sup>36</sup>

(2) องค์กรผู้ใช้อำนาจแต่ละฝ่าย จะต้องมิอิสระไม่อยู่ในบังคับกัน และมีความสัมพันธ์ภายใต้ระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน (Check and Balance) ทั้งนี้ เพื่อมิให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งมีการใช้อำนาจเกินขอบเขต จึงต้องมีระบบตรวจสอบถ่วงดุล โดยองค์กรอื่นๆ ตามวิถีทางแห่งกำลัง หรือที่เรียกว่าอำนาจยับยั้งด้วยอำนาจ

<sup>32</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 58-64.

<sup>33</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ, หน้า 71.

<sup>34</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, "การแบ่งแยกอำนาจกับการตีความรัฐธรรมนูญ," วารสารกฎหมายปกครอง 1,2: 377

<sup>35</sup> อมร จันทรสุมบุรณ์, กฎหมายปกครอง(กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525), หน้า 51-52.

<sup>36</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, "การแบ่งแยกอำนาจกับการตีความรัฐธรรมนูญ," วารสารกฎหมายปกครอง 1,2: 377.

(3) องค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยที่สำคัญ มีพื้นฐานมาจากหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย หรือมีพื้นฐานมาจากประชาชน หรือมีส่วนยึดโยงกับประชาชน ซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยอย่างแท้จริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร จะต้องมาจากการเลือกตั้งของประชาชน ไม่ว่าจะเป็นการเลือกตั้งโดยตรงหรือทางอ้อม<sup>37</sup>

ในทางวิชาการ จะมีการแยกระบบการปกครองของการแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 2 ระบบ คือ การแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาด และการแบ่งแยกอำนาจอย่างไม่เด็ดขาด ซึ่งเป็นการแยกโดยพิจารณาจาก ระบบหรือลักษณะความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันขององค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย<sup>38</sup> โดยที่การแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาด (la séparation rigide des pouvoirs) องค์กรผู้ใช้อำนาจแต่ละอำนาจดังกล่าวนั้น จะต้องไม่มีความสัมพันธ์ต่อกันและไม่เข้าไปก้าวก่ายในการใช้อำนาจของกันและกัน<sup>39</sup> สำหรับการแบ่งแยกอำนาจอย่างไม่เด็ดขาด จะมีการจัดให้องค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยมีระบบตรวจสอบและถ่วงดุล (Check and Balance) ซึ่งกันและกัน เป็นระบบที่ทุกประเทศในโลกได้นำไปใช้ เนื่องจากในทางปฏิบัติไม่มีประเทศใดในโลก ที่นำหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาดมาใช้ได้อย่างเคร่งครัด<sup>40</sup> หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งไม่เคยมีประเทศใดในประวัติศาสตร์โลก ที่ได้จัดให้มีอำนาจทั้งสาม แยกต่างหากจากกันอย่างเด็ดขาด หรือไม่เคยมีประเทศใดสามารถทำเช่นนั้นได้นั่นเอง<sup>41</sup> เพราะแม้แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งให้ความสำคัญกับหลักการแบ่งแยกอำนาจก็จัดให้องค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยมีระบบตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน เนื่องจากคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐเชื่อว่า เผด็จการหรือการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรผู้ใช้อำนาจ มักจะเกิดจากการใช้อำนาจโดยปราศจากการตรวจสอบและถ่วงดุลโดยองค์กรอื่น<sup>42</sup>

ส่วนวิธีการจัดให้องค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยมีระบบตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน อันเป็นลักษณะการแบ่งแยกอำนาจอย่างไม่เด็ดขาด จะมีหลักเกณฑ์หรือวิธีการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกันขององค์กรผู้ใช้อำนาจมากมาย และที่สำคัญที่สุดคือการตรวจสอบถ่วงดุลฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ โดยที่ศาลจะต้อง

<sup>37</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “การแบ่งแยกอำนาจกับการตีความรัฐธรรมนูญ,” วารสารกฎหมายปกครอง 1,2: 377 และ 395.

<sup>38</sup> หยุต แสงอุทัย, หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, หน้า 93.

<sup>39</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 96-112.

<sup>40</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 113.

<sup>41</sup> Kenneth Culp Davis, “กฎหมายปกครอง : พื้นฐานทางปรัชญา,” แปลโดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, วารสารกฎหมายปกครอง 2,2 (สิงหาคม 2526): 48.

<sup>42</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 50

มีอำนาจตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร หรือการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือที่เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ และเป็นข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาล ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง<sup>43</sup>

### 2.1.3 หลักความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย

ตามทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย (Théorie pure de droit)<sup>44</sup> ที่ถือว่า กฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย (norms juridiques) เกิดขึ้นเพราะมีกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่เหนือกว่าให้อำนาจออกมาใช้บังคับได้ และเป็นเช่นนี้เป็นชั้น ๆ ขึ้นไปเรื่อย ๆ จนถึงกฎเกณฑ์สูงสุดคือรัฐธรรมนูญ ส่วนที่มาของรัฐธรรมนูญฉบับแรกสุด ก็จะเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐาน (grundnorm หรือ norme fondamentale) ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ถูกสมมุติขึ้น เพื่อให้รัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นกฎเกณฑ์สูงสุดในความเป็นจริงที่มีผลบังคับใช้ได้ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ถูกแบ่งเป็นชั้น ๆ ตามลำดับศักดิ์ (hiérarchie) ของกฎหมายเหล่านั้น รวมกันทั้งหมด เรียกว่า ระบบกฎหมาย (order juridique) โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่มีอยู่จริงในระบบกฎหมาย<sup>45</sup> ส่วนกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีลำดับต่ำลงมาถัดจากรัฐธรรมนูญ ก็จะเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งถูกตราขึ้นหรือเห็นชอบโดยรัฐสภา อันเป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้น และให้มีอำนาจในการออกกฎหมายโดยตรง ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด แล้วแต่กรณี และลำดับที่ต่ำลงมาอีกก็จะเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งในทางวิชาการอาจจะเรียกว่า “กฎหมายลำดับรอง” หรือตามคำนิยามในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เรียกว่า “กฎ” ถัดจากนั้นก็จะเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายปกครองและมีผลบังคับเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีหรือเฉพาะราย หรือตามคำนิยามในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เรียกว่า “คำสั่งทางปกครอง” และลำดับสุดท้าย จะเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ถูกจัดทำขึ้นระหว่างบุคคลและมีผลบังคับเฉพาะคู่กรณีที่เกี่ยวข้องกัน อย่างเช่นสัญญา<sup>46</sup>

<sup>43</sup> หยุด แสงอุทัย, *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*, หน้า 115-122.

<sup>44</sup> Hans kelsen, *Pure Theory of law*, trans. Max knight (Berkeley : University of Clifornia press, 1967), pp.194-195, pp.202-205.

<sup>45</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี* (กรุงเทพ ฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 7.

<sup>46</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.



ทั้งนี้ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายดังที่ได้กล่าวมาแล้วทั้งหมด ซึ่งรวมตัวกันเป็นระบบกฎหมายเพียงหนึ่งเดียว และจะต้องมีลักษณะที่เป็นเอกภาพ (Unité) และไม่ขัดกันเอง (Cohérent) เป็นอันขาด<sup>47</sup> สำหรับกลไกที่สำคัญที่สุด ในการที่จะรักษาความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย คือ การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการหรือศาล โดยที่ในการพิจารณาอรรถคดีหรือการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทต่าง ๆ ของศาล ถ้าหากผลการตรวจสอบกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่คู่ความหรือคู่กรณีกล่าวอ้าง หรือเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ศาลจำเป็นต้องนำมาบังคับใช้แก่คดี พบว่าเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าในระบบกฎหมาย องค์กรตุลาการหรือศาลจะต้องใช้อำนาจตุลาการ วินิจฉัยไม่ให้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายเช่นว่านั้น มีผลบังคับใช้แก่คดี หรือให้เป็นโมฆะ หรือพิพากษาเพิกถอนเพื่อมิให้มีผลใช้อีกต่อไป แล้วแต่กรณี

#### 2.1.4 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลัก “ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครอง ที่ทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นฝ่ายประจำที่ใช้อำนาจปกครองอันเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร จะต้องผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติ และกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองเองตราขึ้น หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง จะมีผลในทางปฏิบัติก็แต่โดยการที่ระบบกฎหมายกำหนดให้มีการตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ ระบบกฎหมายไทยกำหนดให้ศาลปกครอง เป็นองค์กรหลักในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ทั้งนี้ ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองตามที่กฎหมายกำหนด<sup>48</sup> หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการที่ว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ ใช้บังคับแก่การกระทำทางปกครองทุกประเภท ไม่ว่าจะ

<sup>47</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 9.

<sup>48</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 17-18.

การกระทำนั้นๆ จะเป็น “ปฏิบัติการทางปกครอง”(Administrative real act) หรือนิติกรรมทางปกครอง (Administrative juristic act)<sup>49</sup>

จากหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ที่ว่าฝ่ายปกครองจะกระทำใดๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนคนใดคนหนึ่งได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำการดังกล่าว ภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด นั้น แสดงให้เห็นว่า กฎหมายเป็นทั้ง “แหล่งที่มา(Source)” และ “ข้อจำกัด(Limitation)” ของอำนาจกระทำการต่างๆของฝ่ายปกครอง<sup>50</sup>

กรณีที่กฎหมายเป็นแหล่งที่มาของอำนาจในการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง ปกติแล้วจะได้แก่ กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชกำหนด แล้วแต่กรณี ทั้งนี้เนื่องจากตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) และหลักการปกครองรัฐในระบอบประชาธิปไตยโดยผู้แทนปวงชน (Representative Democracy) อันเป็นหลักการพื้นฐานของระบอบการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตย ถือกันว่ากฎหมายที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการใดๆ อันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ จะต้องเป็นกฎหมายที่ถูกร่างขึ้นโดยรัฐสภาหรือโดยความยินยอมของรัฐสภาที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในฐานะผู้แทนปวงชนเท่านั้น<sup>51</sup>

ส่วนกรณีกฎหมายเป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง หมายถึงกฎหมายจะถูกใช้เป็นการหรือข้อจำกัดในการกระทำหรือการใช้อำนาจใดๆของฝ่ายปกครองซึ่งจะต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยที่คำว่า “กฎหมาย” ในที่นี้จะมี ความหมายอย่างกว้างโดยหมายถึงกฎหมายทั้งหมดในระบบกฎหมายภายในประเทศ ทั้งที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร และไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีผลบังคับใช้ในขณะที่ฝ่ายปกครองกระทำการ และในขณะที่นิติกรรมทางปกครองอันเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองดังกล่าว ยังมีสภาพบังคับอยู่ โดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร ได้แก่ กฎหมายรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด และกฎหรือกฎหมายลำดับรองหรืออนุบัญญัติ(Subordinate legislation) ที่ฝ่ายปกครองได้

<sup>49</sup> วรพจน์ วิศุทธิ์พิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง(กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 24-25.

<sup>50</sup> วรพจน์ วิศุทธิ์พิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2(กรุงเทพฯ: คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543), หน้า 133.

<sup>51</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 134-136.

บัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์หรือวิธีการเพื่อบังคับให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บทอีกด้วย ส่วนกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ หลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่ยังมีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น หลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นต้น นอกจากนี้ ยังรวมถึงหลักกฎหมายทั่วไป (General Principles of Law) ยกตัวอย่างเช่น หลักความเป็นกลาง หลักการพึงความทุกฝ่าย หลักการบังคับบัญชา หลักความอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและองค์การมหาชนภายใต้การกำกับดูแล หลักความไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง หรือหลักว่าด้วยความต่อเนื่องในการบริการสาธารณะ เป็นต้น และกฎหมายประเพณี (Customary Law) อย่างเช่น เดิมแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายบัญญัติบังคับว่าก่อนที่รัฐมนตรีจะลงนามประกาศใช้กฎกระทรวงจะต้องเสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบ แต่ก็ได้มีการปฏิบัติต่อเนื่องกันจนเป็นประเพณี เป็นต้น<sup>52</sup>

### 2.1.5 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครอง

2.1.5.1 ความสำคัญของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยศาลหรือองค์กรตุลาการ

โดยที่นิติกรรมทางปกครองเป็นผลผลิตของการกระทำทางปกครอง และหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ถือเป็นหลักย่อยของหลักนิติรัฐ<sup>53</sup> ซึ่งหลักการดังกล่าว จะมีผลบังคับได้จริงในทางปฏิบัติ ก็ต่อเมื่อมีระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่มีประสิทธิภาพ<sup>54</sup> โดยที่ระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองมี 2 ระบบใหญ่ ๆ ได้แก่ ระบบการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายในของฝ่ายปกครองเอง และระบบการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง<sup>55</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม ระบบการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการหรือศาล เป็นระบบการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ที่ให้หลักประกันได้ดีกว่าระบบอื่น ๆ ถึงขนาดกล่าวกันว่า ประเทศใดไม่มีระบบการตรวจสอบ

<sup>52</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, หน้า 136-137.

<sup>53</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 22.

<sup>54</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, หน้า 173.

<sup>55</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 34.



การกระทำทางปกครองโดยองค์การตุลาการหรือศาล ประเทศนั้นไม่ใช่ประเทศเสรีประชาธิปไตยที่แท้จริง โดยมีเหตุผลสนับสนุน 4 ประการ คือ (1) ศาลหรือองค์การตุลาการมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพล ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมขององค์การทางการเมืองและของฝ่ายปกครอง (2) เมื่อราษฎรได้ยื่นคำฟ้องอย่างถูกต้อง ศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณาและพิพากษาเสมอ จะปฏิเสธไม่พิจารณาคดีไม่ได้ ดังนั้น ราษฎรจึงมีหลักประกันที่จะได้รับการขจัดปัดเป่าความเดือดร้อนหรือความเสียหายของตน (3) วิธีพิจารณาคดีของศาล เป็นไปอย่างเปิดเผย เปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาอย่างเปิดเผย และให้คู่ความทั้งสองฝ่ายนำพยานหลักฐานมาสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตนได้อย่างเต็มที่ อันทำให้การพิพากษาคดีของศาลถูกตรวจสอบได้โดยสาธารณชน และเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่าคำพิพากษาอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอย่างถูกต้องแท้จริง (4) ศาลต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาของตนเสมอ ซึ่งเป็นการบังคับให้ศาลต้องแสดงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เป็นเหตุผลในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี อันเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่า ศาลจะไม่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ<sup>56</sup> ดังนั้น เพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติรัฐ และหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ศาลจึงต้องมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

2.1.5.2 ระบบศาลที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

ศาลที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง มีทั้งระบบศาลเดี่ยวและศาลคู่ โดยประเทศที่มีระบบศาลเดี่ยว ศาลยุติธรรมจะเป็นผู้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ควบคู่ไปกับการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาและคดีแพ่ง อย่างเช่น ประเทศสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา อินเดีย ญี่ปุ่น ฯลฯ ส่วนประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ จะมีการจัดตั้งศาลปกครอง เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยเฉพาะ แยกต่างหากและเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรม ได้แก่ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ออสเตรเลีย หรือสาธารณรัฐกรีซ เป็นต้น<sup>57</sup>

สำหรับประเทศไทยแต่เดิมจะใช้ระบบศาลเดี่ยวหรือจะมีเพียงศาลยุติธรรมที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีต่าง ๆ ทั้งปวง ซึ่งรวมถึงคดีปกครองที่เป็นการ

<sup>56</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง, หน้า 56-60.

<sup>57</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 61.

ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองด้วย ในทางปฏิบัติจึงมีปัญหา อยู่บ้าง ไม่ว่าจะเป็นปัญหาอุปสรรคเกี่ยวกับวิธีพิจารณาที่ใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่มีความยุ่งยาก สลับซับซ้อน ทำให้เสียค่าใช้จ่ายสูง เน้นหนักไปทางระบบกล่าวหา ทำให้คู่กรณีที่เป็นเอกชน ไม่อาจแสวงหาพยานหลักฐานที่อยู่ใน ความครอบครองของฝ่ายปกครองได้ เอกชนไม่อาจฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่า การกระทำ ทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยตรงได้ ต้องรอให้ตนถูกฟ้องทางแพ่งหรืออาญา เสียก่อน จึงจะยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองขึ้นกล่าวอ้างได้ และคำพิพากษามีผลเฉพาะคู่กรณี ดังนั้น แม้ว่าศาลจะวินิจฉัยว่ากฎหมายไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ไม่อาจเพิกถอนได้ กฎดังกล่าวก็ยังคงมีผลบังคับใช้กับรายอื่น ๆ ต่อไป รวมทั้ง ผู้พิพากษาที่ ตัดสิน ยังไม่ได้รับการศึกษาอบรมให้มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชน และกฎหมายปกครองเป็นการเฉพาะ และยังขาดประสบการณ์ในการบริหารรัฐกิจในระดับ ที่ควรจะเป็นอีกด้วย<sup>58</sup>

อย่างไรก็ตามในอดีตได้เคยมีความพยายามที่จะจัดตั้งศาลปกครอง ในประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นการประกาศใช้พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2476 พระราชบัญญัติเรื่องราร้องทุกข์ พ.ศ. 2492 และพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ที่กำหนดให้มีคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ เพื่อเป็นองค์รวินิจฉัยคดีปกครอง อันเป็นการวางรากฐานเพื่อให้มีการจัดตั้งศาลปกครองในโอกาสต่อไป รวมทั้ง การบัญญัติ เรื่องศาลปกครองไว้ในมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 และมาตรา 195 ถึงมาตรา 195 เบญจ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไข เพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2538 แต่ในทางปฏิบัติก็ยังไม่สามารถจัดตั้งศาลปกครอง ขึ้นมาในประเทศไทยได้ จนกระทั่งหลังจากได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงได้มีการเปิดทำการศาลปกครองขึ้นอย่างเป็นทางการ เมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2544 ทำให้ประเทศไทยมีระบบศาลคู่ โดยมีศาลปกครองที่แยกต่างหาก และเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรม เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการ กระทำทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครองนับแต่นั้นเป็นต้นมา<sup>59</sup>

<sup>58</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง, หน้า 70-74.

<sup>59</sup> สำนักงานศาลปกครอง, กว่าจะมาเป็น...ศาลปกครอง(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์พิชิตการพิมพ์, 2549), หน้า 110-203.

### 2.1.5.3 อำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง เรียกว่า คดีปกครอง (contentieux administrative) ซึ่งเป็นคดีที่เกิดจากข้อโต้แย้งหรือข้อโต้เถียง ที่มีเหตุเกิดจากกิจกรรมของฝ่ายปกครอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ เป็นข้อพิพาท (litiges) ที่เกิดจากการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง หรือเป็นความเสียหายที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ก่อขึ้น ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม อันเนื่องมาจากการกระทำทางปกครอง<sup>60</sup> โดยที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง จะหมายถึง ราชการบริหารส่วนกลาง หรือกระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ซึ่งเกิดจากการจัดโครงสร้างของฝ่ายปกครองตามหลักการรวมศูนย์อำนาจปกครอง (Centralization) ราชการบริหารส่วนภูมิภาคหรือจังหวัดและอำเภอ ซึ่งเกิดจากการจัดโครงสร้างของฝ่ายปกครองตามหลักการแบ่งอำนาจปกครอง (Deconcentration) องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นหรือเทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา อันเกิดจากการจัดโครงสร้างของฝ่ายปกครอง ตามหลักการกระจายอำนาจทางด้านเขตแดนหรือทางด้านพื้นที่ (Décentralization territoriale) รัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชน ซึ่งเกิดจากการจัดโครงสร้างของฝ่ายปกครอง ตามหลักการกระจายอำนาจทางด้านกิจการ (Décentralization par service)

นอกจากนั้น ยังรวมถึงหน่วยงานอื่นของรัฐ และหน่วยงานอิสระของรัฐ หรือองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร (l'autorité administrative indépendante)<sup>61</sup> องค์กรวิชาชีพ และองค์กรเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองอีกด้วย<sup>62</sup> ส่วนเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะหมายถึง เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง หรือผู้ที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และยังรวมถึงบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง (Autorité unique) และคณะกรรมการ

<sup>60</sup> วิษณุ วรรณุญ, ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร, ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายทั่วไป (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ดอกเบี๋ย, 2551), หน้า 298.

<sup>61</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 79-157.

<sup>62</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์และวิษณุ วรรณุญ, เขตอำนาจศาลปกครอง(กรุงเทพฯ: เอกสารประกอบการฝึกอบรมการสัมมนาเตรียมความพร้อมผู้ที่จะปฏิบัติหน้าที่ตุลาการศาลปกครองชั้นต้น รุ่นที่ 4 (เล่ม 2) สำนักงานศาลปกครอง, 2548), (เอกสารจัดสำเนา), หน้า 754.



หรือคณะบุคคล (organe collectif) ที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองอีกด้วย<sup>63</sup> ซึ่งเป็นไปตามคำนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ส่วนอำนาจของศาลปกครองไทยในปัจจุบัน เป็นไปตามมาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งอาจแบ่งคดีปกครองในระบบกฎหมายไทย ออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ ๆ ได้แก่ คดีปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และคดีปกครองที่ไม่ได้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ดังนี้

(1) คดีปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

การพิจารณาประเภทคดีปกครอง ที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ต้องพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 9 ประกอบมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542<sup>64</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่า กฎหมายดังกล่าว ได้แยกประเภทคดีปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ออกเป็น 6 ประเภท คือ

(1.1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยศาลปกครองมีอำนาจออกคำสั่ง เพิกถอนกฎหรือคำสั่ง หรือห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

(1.2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยศาลปกครองมีอำนาจออกคำสั่งให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนด ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

(1.3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่

<sup>63</sup> วิษณุ วัลญญ และคณะ, ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายทั่วไป, หน้า 158-160.

<sup>64</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง, หน้า 138.

ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวซ้ำเกินสมควร ตาม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยศาลมีอำนาจกำหนดค่าบังคับคดีประเภทนี้ โดยสั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบ ทรัพย์สิน หรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

(1.4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยศาลมีอำนาจกำหนดค่าบังคับ สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สิน หรือให้ กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ด้วยก็ได้ ตาม มาตรา 72 วรรคหนึ่ง(3) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

(1.5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ฟ้องคดีต่อศาล เพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นการกระทำอย่าง หนึ่งอย่างใด ตามมาตร 9 วรรคหนึ่ง (5) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยศาลมีอำนาจกำหนดค่าบังคับ สั่งให้บุคคลกระทำหรือ ละเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายได้ ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (5) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

(1.6) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ตามมาตร 9 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ. 2542

## (2) คดีปกครองที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

เนื่องจากมีกฎหมายบัญญัติ ไม่ให้คดีปกครองบางประเภทอยู่ใน อำนาจศาลปกครอง โดยอาจแยกกฎหมายดังกล่าวเป็น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และกฎหมายอื่นๆ ดังนี้

(2.1) คดีปกครองที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ตามที่พระราช บัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดไว้มี 3 ประเภท ได้แก่

1) คดีพิพาทที่เกิดจากการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร ตามมาตรา 9 วรรคสอง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ. 2542

2) คดีพิพาทที่เกิดจากการดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการ ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ (ก.ต.) ตามมาตรา 9 วรรคสอง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

3) คดีที่อยู่ในอำนาจศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น ตามมาตรา 9 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

(2.2) คดีปกครองที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครองตามกฎหมายอื่น มีดังนี้

1) ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 219 วรรคสาม บัญญัติให้ คดีที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งและการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง ให้อยู่ในอำนาจของศาลฎีกา และศาลอุทธรณ์ หรือมาตรา 223 วรรคสอง บัญญัติให้ การวินิจฉัยชี้ขาดขององค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญ ที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง ไม่ให้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง เป็นต้น

2) ตามพระราชกำหนดหรือพระราชบัญญัติอื่น เช่น ตามมาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 หรือมาตรา 11 แห่งพระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2544 ที่บัญญัติมิให้นำพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาบังคับใช้ อันเป็นการตัดอำนาจศาลปกครอง ในการพิจารณาพิพากษาคดี ที่เกิดจากการกระทำทางปกครองตามพระราชกำหนดดังกล่าว เป็นต้น

## 2.2 สถานะและลำดับศักดิ์ทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร

2.2.1 การแยกสถานะทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ออกเป็น “นิติกรรมทางนิติบัญญัติ” และ “นิติกรรมทางปกครอง”

เนื่องจากประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีสภาพบังคับอยู่ในระบบกฎหมายของไทย มีทั้งประกาศคณะรัฐประหารที่มีสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายเป็น “นิติกรรมทางนิติบัญญัติ” และประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายเป็น “นิติกรรมทางปกครอง” และโดยที่ศาลปกครอง มีอำนาจตรวจสอบเฉพาะนิติกรรมทางปกครองแต่ไม่มีอำนาจตรวจสอบนิติกรรมทางนิติบัญญัติ ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ จึงศึกษาเฉพาะประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมาย



เป็นนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น ดังนั้น ในเบื้องต้นจำต้องศึกษาถึงลักษณะของนิติกรรมทางนิติบัญญัติ และนิติกรรมทางปกครอง และประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีสถานะเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ และนิติกรรมทางปกครอง ดังนี้

### 2.2.1.1 ลักษณะของนิติกรรมทางนิติบัญญัติ และนิติกรรมทางปกครอง

#### (1) นิติกรรมทางนิติบัญญัติ

ศาสตราจารย์ เดอ โลบาแดร์ (De Laubadère) แห่งมหาวิทยาลัยกรุงปารีส<sup>65</sup> ได้อธิบายถึง อำนาจหน้าที่ของรัฐในทางกฎหมายว่า มีอยู่ 3 ประเภท คือ อำนาจหน้าที่ทางนิติบัญญัติ อำนาจหน้าที่ทางปกครอง และอำนาจหน้าที่ทางตุลาการ ซึ่งหากจะกล่าวโดยเฉพาะเจาะจง สำหรับอำนาจหน้าที่ของรัฐในทางนิติบัญญัติแล้ว ศาสตราจารย์ เดอ โลบาแดร์ เรียกผลผลิตผลของการใช้อำนาจรัฐในทางนิติบัญญัติว่า เป็น “นิติกรรมทางนิติบัญญัติ (actes Législatifs)” โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร ซึ่งนิติกรรมทางนิติบัญญัติ จะต้องเกิดจากการใช้อำนาจรัฐทางนิติบัญญัติโดยองค์กรนิติบัญญัติ ประการสอง หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา โดยนิติกรรมทางนิติบัญญัติ ที่องค์กรทางนิติบัญญัติเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้นมานั้น จะมีลักษณะเป็นข้อกำหนดหรือเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรม และมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งที่จะใช้บังคับกับบุคคลคนใดโดยเฉพาะ ดังนั้น ในกรณีที่มีการแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจที่ชัดเจนและไม่ปะปนกัน ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว นิติกรรมทางนิติบัญญัติ ก็คือ กฎหมายที่ถูกตราขึ้นหรือเห็นชอบโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภา ซึ่งหมายถึงกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ (la loi) หรือเทียบเท่า<sup>66</sup>

จากลักษณะของนิติกรรมทางนิติบัญญัติดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่า กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นผลผลิตผลของการใช้อำนาจรัฐในทางนิติบัญญัติ โดยองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภา ซึ่งได้ตราขึ้นหรือให้ความเห็นชอบ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชกำหนดก็ตาม ล้วนแล้วแต่ เป็น “นิติกรรมทางนิติบัญญัติ” ทั้งสิ้น

<sup>65</sup> André de Laubadère, *Trait (Élémentaire de Droit Administratif)*, Tome I, L.G.D.J., pp 21-22. อ้างถึงใน โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2551), หน้า 81.

<sup>66</sup> โภคิน พลกุล, “คดีปกครองในฝรั่งเศส(2)” *วารสารอัยการ*, 6, 62 (กุมภาพันธ์ 2526): 42.

## (2) นิติกรรมทางปกครอง

“นิติกรรมทางปกครอง” เป็นการกระทำขององค์กระของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง ที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งโดยปกติจะเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคล เจตนาที่แสดงออกมานั้น ต้องมุ่งหมายที่จะให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้น ผลทางกฎหมายที่มุ่งหมายจะให้เกิดขึ้น คือ การสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลสองฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่ง มีอำนาจหรือสิทธิเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งมีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของอีกฝ่ายหนึ่ง นิติสัมพันธ์ดังกล่าว เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวขององค์กระของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง<sup>67</sup> หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง “นิติกรรมทางปกครอง” หมายถึง การที่องค์กระของรัฐฝ่ายบริหาร องค์กระอื่นของรัฐหรือองค์กระเอกชนอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งโดยปกติจะเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือตามกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติทำแทนหรือทำในนามหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐหรือหน่วยงานดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว เพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลคนหนึ่งหรือบุคคลคณะหนึ่งว่า ตนประสงค์จะให้เกิดผลทางกฎหมาย เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐกับบุคคลคนนั้นหรือบุคคลคณะนั้น โดยที่บุคคลคนนั้นหรือคณะนั้นไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม<sup>68</sup> นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกว้างอาจจำแนกออกได้ 2 ประเภท ได้แก่ กฎและคำสั่งทางปกครอง<sup>69</sup>

โดยที่ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ได้ให้คำนิยามของกฎไว้เหมือนกันว่า “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบังคับท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับหรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จากคำนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่า แท้ที่จริง กฎ ก็คือ กฎหมายลำดับรอง

<sup>67</sup> วิษณุ วรรณ และคณะ, ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป, หน้า 174.

<sup>68</sup> วรพจน์ วิศุทธิ์พิชญ์, การควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กระตุลาการ(กรุงเทพฯ: เอกสารประกอบการบรรยาย การสัมมนาเตรียมความพร้อมผู้ที่จะปฏิบัติหน้าที่ตุลาการศาลปกครองชั้นต้น รุ่นที่ 4 (เล่ม 5) สำนักงานศาลปกครอง, 2548 (เอกสารอัดสำเนา), หน้า 2222.

<sup>69</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 2223.

หรือนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการวางหลักเกณฑ์ หรือนิติกรรมที่เป็นนามธรรม และมีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่ได้เจาะจงตัวบุคคลที่จะได้รับผลกระทบเป็นการเฉพาะ นั่นเอง ทั้งนี้ บุคคลที่จะถูกบังคับตามกฎหมายนั้น จะเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภท โดยไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนได้ เช่น ผู้เยาว์ ผู้บรรลุนิติภาวะ ผู้มีสัญชาติไทย คนต่างด้าว ข้าราชการ ฯลฯ และบุคคลประเภทเหล่านั้น จะถูกบังคับให้กระทำการ ห้ามกระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ โดยต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้อย่างเป็นทางการเป็นนามธรรม (abstract) เช่น ให้กระทำการ ห้ามกระทำการ หรืออนุญาตให้กระทำการทุกวันที่ 1 ของเดือน ทุกวัน จันทร์ หรือกรณีอื่น ฯลฯ<sup>70</sup>

ส่วนคำสั่งทางปกครอง มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ได้ให้คำนิยามของคำสั่งทางปกครองไว้ว่า “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า (1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้ง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง การรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ (2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งตามกฎหมายกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้กำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง 1. การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณีดังต่อไปนี้ (1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ (2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ (3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน (4) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน 2. การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา จากคำนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่า แท้ที่จริง คำสั่งทางปกครอง ก็คือ การสั่งการ หรือข้อความที่บังคับให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือห้ามมิให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยมีความมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดและ/หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะนั่นเอง<sup>71</sup>

โดยสรุป นิติกรรมทางปกครองก็คือ ผลิตผลของการใช้อำนาจรัฐที่เป็นอำนาจทางปกครอง หรือเป็นอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือเทียบเท่าของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง และมีลักษณะเป็นกฎซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ทาง

<sup>70</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, การควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ, หน้า 2222-2224.

<sup>71</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 2226.



กฎหมายที่เป็นนามธรรมและมีผลบังคับใช้แก่ประชาชนเป็นการทั่วไป หรือมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นรูปธรรมและมีผลบังคับใช้แก่ประชาชนเป็นการเฉพาะรายหรือเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณี

2.2.1.2 ประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีสถานะเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติและนิติกรรมทางปกครอง

(1) ประกาศคณะรัฐประหารที่มีสถานะเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า พระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชกำหนด ล้วนแล้วแต่เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ที่เป็นผลผลิตของการใช้อำนาจอรัฐในทางนิติบัญญัติโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภา ซึ่งได้ตราขึ้นหรือให้ความเห็นชอบ และถือเป็น“นิติกรรมทางนิติบัญญัติ”ทั้งสิ้น ดังนั้น ประกาศคณะรัฐประหารซึ่งแม้ว่าจะออกโดยคณะรัฐประหารที่มีไต่ขององค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภา หากแต่มีการยอมรับให้ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารจำนวนมากมีค่าบังคับทางกฎหมาย<sup>72</sup> ส่วนหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาถึงสถานะและลำดับศักดิ์ทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร จะพิจารณาจากเนื้อหาและสภาพบังคับหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารฉบับนั้นๆ ว่ามีเนื้อหาสอดคล้องกับกฎหมายลำดับใด ก็จะถือว่ามีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมายเช่นเดียวกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในลำดับชั้นนั้น<sup>73</sup>

ดังนั้น ประกาศคณะรัฐประหารที่มีเนื้อหาและมีสภาพบังคับหรือมีผลบังคับใช้เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชกำหนด โดยเนื้อหาของประกาศคณะรัฐประหารเหล่านั้น อาจจะสอดคล้องใกล้เคียงกับพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชกำหนด หรือมีลักษณะเป็นการยกเลิกแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชกำหนด หรือระบุว่า การยกเลิกแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะรัฐประหารฉบับนั้น ๆ จะต้องทำโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชกำหนด หรือมีเนื้อหาอย่างอื่น ซึ่งโดยปกติจะต้องเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชกำหนดเท่านั้น ประกาศคณะรัฐประหารฉบับนั้นๆ ย่อมมีสถานะทางกฎหมายเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ

<sup>72</sup> วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2523), หน้า 757.

<sup>73</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, “การปรับปรุงประกาศคณะปฏิวัติ,” รัฐสภา 1,3 (เม.ย. – มิ.ย., 2536): 46.

หรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชกำหนด แล้วแต่กรณี และยอมถือเป็นประกาศคณะรัฐประหารที่มีสถานะเป็น “นิติกรรมทางนิติบัญญัติ” เช่นเดียวกัน ซึ่งนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ประกาศคณะรัฐประหารในลักษณะดังกล่าวนี้ มีอยู่มากมายในระบบกฎหมายไทย

(2) ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีสถานะเป็นนิติกรรมทางปกครอง

แม้ว่าคณะรัฐประหารอาจจะมีสถานะทางกฎหมายที่ไม่ชัดเจนหรือไม่แน่นอน และในการออกประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารมาบังคับใช้แก่ประชาชน คณะรัฐประหารก็ได้ใช้อำนาจหรืออ้างอำนาจตามกฎหมายฉบับใดๆ ในระบบกฎหมายมาเป็นฐานในการออกประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร อันจะทำให้สามารถแยกแยะได้ว่า คณะรัฐประหารได้ใช้อำนาจรัฐที่เป็นอำนาจทางปกครองในฐานะฝ่ายปกครองหรือไม่ก็ตาม แต่เนื่องจากมีประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารจำนวนมาก มีเนื้อหาและมีค่าบังคับทางกฎหมาย ในระบบกฎหมายภายในประเทศ เช่นเดียวกับกฎที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติทุกประการ ยกตัวอย่างเช่น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 22 ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน พ.ศ.2501 ให้ขยายเวลาการบังคับใช้พระราชกฤษฎีกาเวนคืนที่ดินฯ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 42 ลงวันที่ 7 มกราคม พ.ศ.2502 ให้เป็นพระราชกฤษฎีกาที่ออกตาม พ.ร.บ. ส่งเสริมอุตสาหกรรม พ.ศ.2497 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 52 ลงวันที่ 17 มกราคม พ.ศ.2502 ให้เป็นพระราชกฤษฎีกาที่ออกตาม พ.ร.บ. ส่งเสริมอาชีพแก่คนไทย พ.ศ.2499 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 53 ลงวันที่ 17 มกราคม พ.ศ.2502 ให้เป็นพระราชกฤษฎีกาที่ออกตาม พ.ร.บ. ควบคุมโภคภัณฑ์ พ.ศ.2495 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 164 ลงวันที่ 15 มิถุนายน พ.ศ.2515 เรื่อง ให้ตั้งคณะนิติศาสตร์เพิ่มขึ้นในจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 313 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2515 กำหนดแนวทางหลวงที่จะสร้างทางหลวงจังหวัดฯ หรือประกาศ รสช. ฉบับที่ 40 ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2534 เรื่อง แก้ไขเพิ่มเติมพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2520 เป็นต้น ซึ่งประกาศคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารเหล่านี้ล้วนมีเนื้อหาว่า ให้มีผลบังคับหรือให้เป็นพระราชกฤษฎีกา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือเป็น “กฎ” ตามความหมายใน มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 นั่นเอง

นอกจากนี้ ยังมีประกาศและคำสั่งอีกจำนวนมาก ที่มีเนื้อหา และมีค่าบังคับทางกฎหมายในระบบกฎหมายภายในประเทศ เช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติ ยกตัวอย่างเช่น ประกาศ คปค. ฉบับที่ 34 ลงวันที่ 30 กันยายน พ.ศ. 2549 เรื่องอนุญาตให้ข้าราชการอัยการลาออกจากราชการ คำสั่ง คปค. ที่ 9/2549 ลงวันที่ 20 กันยายน พ.ศ. 2549 เรื่อง ให้นายยงยุทธ ตียะไพรัช และ นายเนวิน ชิดชอบ ไปรายงานตัว คำสั่ง คปค. ที่ 11/2549 ลงวันที่ 21 กันยายน พ.ศ. 2549 เรื่อง ให้ข้าราชการปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรี คำสั่ง คปค. ที่ 21/2549 ลงวันที่ 28 กันยายน พ.ศ. 2549 ให้รับโอนข้าราชการครูมาบรรจุเป็นข้าราชการพลเรือนในพระองค์ คำสั่ง คปค. ที่ 22/2549 ลงวันที่ 28 กันยายน พ.ศ. 2549 ให้ข้าราชการพลเรือนในพระองค์ อาวุโส 1 ราย ได้รับเงินเพิ่มพิเศษ (พ.ช.อ.) คำสั่ง คปค. ที่ 23/2549 ลงวันที่ 28 กันยายน พ.ศ. 2549 รับโอนข้าราชการทหารมาบรรจุ เป็นข้าราชการพลเรือนในพระองค์ คำสั่ง คปค. ที่ 25/2549 และที่ 26/2549 ลงวันที่ 30 กันยายน พ.ศ. 2549 ให้ข้าราชการได้รับเงินตอบแทนเพิ่มพิเศษหรือคำสั่ง คปค. ที่ 27/2549 ลงวันที่ 30 กันยายน พ.ศ. 2549 อนุญาตให้ข้าราชการอัยการลาออกจากราชการ ฯลฯ เป็นต้น

ในภาวะที่ไม่ปกติและผู้ใช้อำนาจรัฐมีสถานะขององค์กรที่ไม่ชัดเจนแน่นอน แต่ได้ใช้อำนาจออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีเนื้อหาเหมือน “นิติกรรมทางปกครอง” ที่ปกติจะออกโดยฝ่ายปกครองนั้น ในประเทศฝรั่งเศสก็เคยมีปัญหานี้เช่นกัน โดยในสถานการณ์ที่มีผลกระทบต่อเอกราชของชาติ บูรณาการแห่งดินแดน หรือมีเหตุการณ์ฉุกเฉินร้ายแรง ซึ่งมีผลทำให้อำนาจการปกครองประเทศ หรือการใช้อำนาจมหาชนขององค์กรของรัฐในภาวะปกติต้องสะดุดหยุดลง ประธานาธิบดีฝรั่งเศสจึงได้ใช้อำนาจตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ เพื่อแก้ไขสถานการณ์ให้กลับสู่ภาวะปกติ และเพื่อให้การบริหารประเทศหรือการบริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ได้มีการออกประกาศหรือคำสั่งออกมาบังคับใช้แก่ประชาชน ซึ่งบางฉบับมีเนื้อหาเป็นรัฐบัญญัติ แต่บางฉบับมีเนื้อหาเป็นนิติกรรมทางปกครอง ปราภาว่า ที่ประชุมใหญ่ของสภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองสูงสุดของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีคำพิพากษาในคดี Rubin de Servens เมื่อวันที่ 2 มีนาคม 1962



(C.E.Ass.2 mars 1962,Rubin de Servens et autres,Rec.143)\* ว่า ถ้ามาตรการที่ใช้ อยู่ในขอบเขตของการตรารัฐบัญญัติ ถือว่าเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ แต่ถ้ามาตรการที่ใช้ อยู่ในขอบเขตของการออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารหรือเป็นนิติกรรมทางปกครอง ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง<sup>74</sup> อันแสดงให้เห็นว่า ในกรณีเช่นว่านี้ การพิจารณาถึงสถานะขององค์กรใช้อำนาจ ว่าขณะใช้อำนาจอยู่ในสถานะใด และการพิจารณาว่าอำนาจที่ใช้เป็นอำนาจประเภทใด จะต้องพิจารณาจากลักษณะของการใช้อำนาจ หรือต้องพิจารณาจากผลผลิตของการใช้อำนาจนั่นเอง โดยหากลักษณะของการใช้อำนาจ หรือผลผลิตของการใช้อำนาจมีเนื้อหาและมีผลบังคับใช้เช่นเดียวกับกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาในภาวะปกติ ย่อมต้องถือว่าผู้ใช้อำนาจ ใช้อำนาจในฐานะองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและอำนาจที่ใช้ก็เป็นอำนาจนิติบัญญัติ แต่ถ้าหากลักษณะของการใช้อำนาจ หรือผลผลิตของการใช้อำนาจมีเนื้อหาและมีผลบังคับใช้เช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติ ย่อมจะต้องถือว่า ผู้ใช้อำนาจอยู่ในฐานะฝ่ายปกครอง และอำนาจที่ใช้ก็เป็นเพียงอำนาจทางปกครองเช่นเดียวกัน

เมื่อประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารจำนวนมาก ซึ่งมีเนื้อหาและมีค่าบังคับทางกฎหมายในระบบกฎหมายภายในประเทศ เช่นเดียวกับกฎและคำสั่งทางปกครอง หรือเหมือนกับนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติ ดังที่ได้ยกตัวอย่างมาแล้ว ดังนั้น ในการออกประกาศและคำสั่งดังกล่าว ย่อมจะต้องถือว่า คณะรัฐประหารจะมีสถานะทางกฎหมายเป็นเพียง“เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง” ส่วนอำนาจรัฐที่

\* ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคดีนี้ เป็นกรณีสืบเนื่องมาจากวิกฤติการณ์สงครามอัลจีเรีย(ปี ค.ศ.1954 – 1962) ที่ทหารและประชาชนของอัลจีเรียพยายามต่อสู้ เพื่อจะประกาศเอกราชจากการเป็นอาณานิคมของฝรั่งเศส ซึ่งได้สร้างปัญหาให้แก่ฝรั่งเศสอย่างมาก จนทำให้นายพล ชาร์ล เดอ โกลล์ เข้ามามีบทบาทเป็นผู้นำปฏิรูปการเมืองฝรั่งเศส ด้วยการร่างและประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ.1958 และได้เป็นประธานาธิบดีในปี ค.ศ.1959 จากนั้นจึงได้ประกาศใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อแก้ไขวิกฤติการณ์สงครามอัลจีเรีย ด้วยการออกประกาศและคำสั่งมาบังคับใช้จำนวนมาก ซึ่งในจำนวนนั้น มีคำสั่งที่จัดตั้งศาลทหารและวิธีพิจารณาคดีแบบพิเศษเพื่อใช้กับผู้ก่อการกบฏอีกด้วย เมื่อนายทหารระดับนายพลของอัลจีเรีย จำนวน 3 คน ถูกดำเนินคดีฐานกบฏตามคำสั่งดังกล่าว จึงได้มีการยื่นฟ้องต่อสภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเป็นคดีนี้ เพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งของประธานาธิบดี ซึ่งแม้ว่าสภาแห่งรัฐ(โดยที่ประชุมใหญ่)จะวินิจฉัยว่า คำสั่งดังกล่าวมีสถานะเป็นกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ และไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของสภาแห่งรัฐก็ตาม แต่ก็ได้วางหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สำคัญไว้ ในเรื่องการแยกสถานะทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งของประธานาธิบดีในกรณีดังกล่าว โดยพิจารณาจากลักษณะของการใช้อำนาจเป็นสำคัญ (ดูรายละเอียดของคดีเพิ่มเติมใน M.Long, P.Weil, G.Braibant, P.Delvolvé และ B.Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 14<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2003, pp. 550 - 559.)

<sup>74</sup> โภคิน พลกุล, “คดีปกครองในฝรั่งเศส(2)” *วารสารอัยการ*, 6, 62 (กุมภาพันธ์ 2526): 44.

คณะรัฐประหารใช้ในการออกประกาศและคำสั่งเหล่านั้น ก็เป็นเพียง “อำนาจทางปกครอง” ไม่แตกต่างกับฝ่ายปกครอง ที่ใช้อำนาจตามกฎหมายในการออกนิติกรรมทางปกครอง ในลักษณะเช่นเดียวกันในภาวะปกตินั่นเอง และประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารเหล่านั้น ก็มีสถานะทางกฎหมายเป็นเพียง “นิติกรรมทางปกครอง” ซึ่งย่อมจะต้องอยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง เช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติ

## 2.2.2 การยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร

การพิจารณาถึงสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร จำต้องกำหนดขอบเขตการพิจารณาเฉพาะส่วนที่เป็นประกาศและคำสั่งที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ และนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น โดยไม่รวมถึงประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารในเรื่องนโยบายที่ไม่มีผลบังคับออกสู่ภายนอก หรือเป็นแถลงการณ์เพื่อแจ้งข้อมูลข่าวสารให้ประชาชนทราบ<sup>75</sup> ทั้งนี้ เนื่องจากประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารทั้งสองกรณีดังกล่าว ไม่มีค่าบังคับทางกฎหมายโดยสภาพอยู่แล้ว สำหรับแนวคิดเกี่ยวกับการยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร อาจแยกได้เป็น 4 แนวคิด ดังนี้

### 2.2.2.1 แนวคิดแรก การรับรองสถานะของคณะรัฐประหาร และการยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารโดยปราศจากเงื่อนไข

แนวคิดนี้จะตั้งอยู่บนพื้นฐานความเชื่อในเรื่องอำนาจอธิปไตย โดยเห็นว่า เมื่อคณะรัฐประหารทำการยึดอำนาจอธิปไตยได้สำเร็จ ย่อมถือได้ว่าเป็นรัฐอธิปไตย<sup>76</sup> หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การยอมรับว่า คณะรัฐประหารเป็นรัฐอธิปไตย ที่มีอำนาจสูงสุดฉันทัน จึงมีอำนาจออกประกาศและคำสั่งใด ๆ มาบังคับใช้แก่ประชาชนก็ได้ ซึ่งแนวคิดนี้จะปรากฏขึ้นในแวดวงการเมืองและกฎหมายของไทยยุคปัจจุบัน โดยได้รับการเผยแพร่อย่างเป็นทางการครั้งแรก ภายหลังจากที่มีการทำรัฐประหารในปี พ.ศ. 2490 ซึ่งคณะรัฐประหารได้ออกประกาศแถลงการณ์ของกองบัญชาการทหารแห่งประเทศไทย ฉบับที่ 15 ยืนยันสถานะของคณะรัฐประหารว่า เป็นองค์รัฐอธิปไตย ความว่า “..การกระทำ

<sup>75</sup> พีรศักดิ์ ภัทรปิติกุล, “ปัญหาทางกฎหมาย ว่าด้วยการยึดทรัพย์สินนักการเมืองตามประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) ฉบับที่ 26,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 54.

<sup>76</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 54.

รัฐประหารนั้น ในชั้นแรกเป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน แต่เมื่อได้กระทำรัฐประหารสำเร็จ จนผู้ทำรัฐประหารได้เข้าครองอำนาจอันแท้จริงในรัฐแล้ว ผู้กระทำรัฐประหารก็เป็นรัฐอธิปัตย์ มีอำนาจเลิกล้มรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ใช้อยู่ได้ และอาจออกรัฐธรรมนูญและกฎหมายใหม่ได้ บรรดาการกระทำที่ได้เป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ใช้อยู่เดิม ย่อมไม่เป็นการละเมิดอีกต่อไป...”<sup>77</sup>

จะเห็นได้ว่า เนื้อหาในประกาศแถลงการณ์ฉบับดังกล่าว ได้สะท้อนแนวคิดปรัชญาทางกฎหมายแบบปฏิฐานนิยมหรือสำนักกฎหมายบ้านเมืองของ John Austin<sup>78</sup> และ Hans Kelsen ซึ่งเป็นแนวคิดทางกฎหมายกระแสหลักที่มีอิทธิพลในระบบกฎหมายไทย โดยเฉพาะในแวดวงตุลาการหรือศาลยุติธรรมของไทย ที่ได้รับการถ่ายทอดความรู้และปลูกฝังแนวคิดปรัชญาทางกฎหมายดังกล่าวมาจากกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ในชั้นแรกเริ่ม และสืบทอดต่อเนื่องกันมาจวบจนถึงปัจจุบัน<sup>79</sup> โดยแนวคิดพื้นฐานของสำนักกฎหมายบ้านเมืองจะถือว่า กฎหมายคือคำสั่งหรือคำบัญชาของรัฐอธิปัตย์ ดังนั้น เมื่อยอมรับสถานะของคณะรัฐประหารว่าเป็นรัฐอธิปัตย์ แนวคิดนี้ จึงได้ยอมรับสถานะหรือคำบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งของคณะรัฐประหารไปด้วย

แนวคิดแรกที่ยอมรับสถานะของคณะรัฐประหารในฐานะรัฐอธิปัตย์ และการยอมรับประกาศและคำสั่งของคณะรัฐประหาร อันเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจของคณะรัฐประหารเช่นว่านี้ สอดรับกับความเชื่อของคนไทยที่ได้รับอิทธิพลทางวัฒนธรรมมาจากวรรณคดีเรื่องรามเกียรติ์ โดยเฉพาะความตอนหนึ่ง ที่กล่าวถึงพระรามและหนุมานได้ร่วมกันวางแผนและร่วมก่อการเพื่อให้สุครีพเข้าชิงเมืองและยึดอำนาจการปกครองจากพระยาพาลี ผู้เป็นกษัตริย์วานรแห่งเมืองขีดขินได้สำเร็จ เพื่อจะได้นำเอากองทัพวานรของเมืองขีดขิน มาเป็นกองทัพของพระราม ในการทำศึกกับทศกัณฐ์ โดยเนื้อความได้กล่าวถึงพระยาพาลีผู้เป็นกษัตริย์วานรแห่งเมืองขีดขิน จะต้องต่อสู้กับควายทพี่ พระยาพาลี จึงวางแผนให้มีการต่อสู้กันในถ้ำ และสั่งให้สุครีพผู้เป็นน้องชายให้ปกครองดูแลเมืองขีดขินแทน โดยสั่งเสียว่า หากเห็นเลือดไหลจากถ้ำมีสีจาง ซึ่งไม่ใช่เลือดควาย แสดงว่าทพี่ชนะ ให้ใช้

<sup>77</sup> อ้างถึงใน เสน่ห์ จามริก, การเมืองไทยกับพัฒนาการรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เรือนแก้ว, 2549) หน้า 230.

<sup>78</sup> John Austin, Lectures on Jurisprudence, the Great legal philosophy, edited by Clarence Morris (Philadelphia : University of Pennsylvania Press, 1963), P.337.

<sup>79</sup> จรัส โฆษณานันท์, ปรัชญากฎหมายไทย Thai Legal Philosophy, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550), หน้า 367 – 373.



หินปิดปากถ้ำ เพื่อมิให้ทศพีออกมาได้ เมื่อการต่อสู้ดำเนินไปจนครบเจ็ดวันเจ็ดคืน ทศพี ถูกฆ่าตาย แต่พายุฝนที่ตกหนักได้ชะล้างเลือดควายให้เจือจาง ทำให้สุครีพเข้าใจผิด คิดว่าเป็นเลือดของพาลี จึงสั่งทหารให้ชนหินปิดปากถ้ำ เมื่อพระยาพาลีระเบิดภูเขามาได้ จึงเข้าใจผิดและกล่าวหาสุครีพว่าคิดกบฏ และเนรเทศสุครีพให้ออกจากเมืองไป อยู่ในป่า หนุมานได้ทราบเรื่องราวจากสุครีพผู้เป็นน้ำชาย จึงนำความกราบบังคมทูลให้ พระรามได้ทรงทราบ จากนั้นจึงร่วมกันวางแผนให้สุครีพไปลวงล่อพระยาพาลีให้ออกมาต่อสู้อ กับสุครีพด้านนอกเมือง โดยพระรามได้ฉีกชายภูษาทรง ให้สุครีพใช้ผูกข้อแขนด้านขวาไว้ เป็นสัญลักษณ์(อาจเหมือนปัจจุบันที่ทหารฝ่ายก่อการรัฐประหารมักใช้ผ้าหรือริบบิ้นสีเหลือง หรือสีต่างๆ เป็นสัญลักษณ์ในการบ่งบอกฝ่าย) และในระหว่างที่พี่น้องสองกษัตริย์วานรกำลังต่อสู้กัน พระรามจึงได้แผลงศรไปฆ่าพระยาพาลี และได้แต่งตั้งให้สุครีพเป็นกษัตริย์ครองเมืองขีดขิน สืบแทน กองทัพวานรแห่งเมืองขีดขิน จึงกลายมาเป็นกองทัพของพระรามนับแต่บัดนั้น<sup>80</sup>

จากความในวรรณคดีดังกล่าว ได้แสดงให้เห็นถึง อิทธิพลทางความคิด ในเรื่องการยอมรับผู้ปกครองและการใช้อำนาจการปกครองบ้านเมืองของคณะบุคคลที่ได้ ร่วมกันล้มล้างอำนาจของผู้ปกครองคนเดิม จนสำเร็จลงไปได้ด้วยการใช้กำลัง หรือการทำรัฐประหาร นั้นเอง นอกจากนี้ แนวคิดที่ยอมรับสถานะและอำนาจของคณะรัฐประหารในฐานะรัฐอธิปไตย ตามแนวคิดแรกนี้ ยังสอดคล้องกับประวัติศาสตร์การเมืองของไทยที่มีมานับเนื่องแต่อดีตกาล ดังจะเห็นได้จาก การเมืองในสมัยอยุธยาที่มีการใช้กำลังทหารแย่งชิงอำนาจกันเองในหมู่ผู้นำ ทั้งระหว่างเจ้านายเชื้อพระวงศ์หรือเจ้านายชั้นสูงกับขุนนางผู้ใหญ่ จนถึงกับมีการเปลี่ยนแปลง ราชวงศ์ถึง 5 ราชวงศ์<sup>81</sup> และยังรวมถึงการยกทัพกลับจากประเทศกัมพูชาเข้ากรุงของ เจ้าพระยามหากษัตริย์ศึก เพื่อปราบยุคเข็ญและสถาปนาราชวงศ์ใหม่ในปี พ.ศ.2325<sup>82</sup> อีกด้วย

ด้วยอิทธิพลทางความคิดตามแนวคิดแรกนี้ ทำให้วงการนักกฎหมาย ของไทย ไม่ว่าจะเป็นองค์กรตุลาการหรือศาล นักวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ หรือแม้แต่ รัฐสภา ได้นำแนวคิดดังกล่าว มายึดถือปฏิบัติในทางรูปธรรม ที่มีลักษณะเป็นการรับรอง สถานะของคณะรัฐประหาร และการยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของ ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ทั้งที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติและนิติกรรม ทางปกครองโดยสมบูรณ์หรือปราศจากเงื่อนไขใดๆ ดังนี้

<sup>80</sup> สรุปลความจาก บทพระราชนิพนธ์ในพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก เรื่อง รามเกียรติ์ เล่ม 1 จัดพิมพ์โดย กรมศิลปากร(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ศิลปาบรรณาคาร, 2510), หน้า 775 – 802.

<sup>81</sup> ดนัย ไชยโยธา, ประวัติศาสตร์ไทย: ยุคอาณาจักรอยุธยา(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์โอเดียนสโตร์, 2546), หน้า 263.

<sup>82</sup> ทองต้อ กล้วยไม้ ณ อยุธยา, พระบรมราชจักรีวงศ์กับกรุงเทพมหานคร(กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์อักษรไทย, 2530), หน้า 1.

(1) การรับรองสถานะของคณะรัฐประหาร และการยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศคณะรัฐประหาร ที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติโดยปราศจากเงื่อนไข

การรับรองสถานะของคณะรัฐประหาร และการยอมรับสถานะทางกฎหมายหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศคณะรัฐประหาร ว่ามีสถานะหรือมีค่าบังคับเป็นกฎหมายเช่นว่านี้ เริ่มแรกเกิดจากการวางแผนวินิจฉัยของศาลฎีกา ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1153-1154/2495<sup>\*</sup>, 45/2496<sup>\*\*</sup>, 1662/2505<sup>\*\*\*</sup>, 1234/2523<sup>†</sup>,

<sup>\*</sup> ข้อเท็จจริงคดีนี้ เป็นกรณีสืบเนื่องมาจากเหตุการณ์กบฏเสนาธิการ เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2491 ที่มีคณะนายทหารกลุ่มหนึ่ง จะเข้ายึดอำนาจจากรัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงคราม ซึ่งเป็นรัฐบาลที่มาจากการทำรัฐประหารเช่นกัน แต่คณะนายทหารดังกล่าวถูกรัฐบาลจอมพล ป. จับได้ ทำให้ พลตรีเนตร ชะมะโยธิน และพันเอกกิตติ หัตถตานันท์ ผู้ร่วมก่อการ ถูกฟ้องในข้อหากบฏเป็นคดีนี้ โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยยอมรับสถานะของรัฐบาลที่มาจากการทำรัฐประหาร และพิพากษาว่าจำเลยทั้งสองกระทำผิดข้อหากบฏตามฟ้อง

<sup>\*\*</sup> ข้อเท็จจริงคดีนี้ เป็นกรณีสืบเนื่องมาจากคณะรัฐประหารได้เข้ายึดอำนาจการปกครองและประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2490 ต่อมา หม่อมเจ้า วิวัฒนชัย ชัยยันต์ ซึ่งเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว ได้สั่งลงโทษปลดนายทองเย็น หลีละเมียร ปลัดกระทรวงการคลัง ออกจากราชการ นายทองเย็น จึงฟ้องละเมิดจากคำสั่งดังกล่าว ศาลฎีกาได้วินิจฉัยยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของรัฐธรรมนูญที่มาจากการทำรัฐประหาร และเห็นว่าจำเลยมีอำนาจในฐานะรัฐมนตรีโดยชอบ ทำให้คำสั่งปลดออกจากราชการชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นละเมิด อันเป็นการวินิจฉัยเพียงอำนาจในการออกคำสั่ง โดยที่ศาลฎีกาไม่ได้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายทั้งทางด้านรูปแบบภายนอกเรื่องอื่นๆ และเหตุเพิกถอนภายในของคำสั่งดังกล่าว ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองแต่อย่างใด

<sup>\*\*\*</sup> ข้อเท็จจริงคดีนี้ นายจรัส พัฒนมงคล โจทก์ ได้ยื่นฟ้อง นายเชาวน์ พงษ์ประดิษฐ์ เป็นจำเลยที่ 1 และร้อยตำรวจเอก เสนีย์ เรืองวงษ์วาร เป็นจำเลยที่ 2 ว่าบ้างจากกันแกล้งจับกุมโจทก์มากักขังไว้ 27 วัน ขอให้ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157, 310 ในชั้นไต่สวน ศาลชั้นต้น และศาลอุทธรณ์ เห็นว่า คดีมีมูลเฉพาะจำเลยที่ 2 ส่วนจำเลยที่ 1 ให้ยกฟ้องคดีจึงมีร้อยตำรวจเอก เสนีย์เป็นจำเลยผู้เดียว และศาลฎีกาได้วินิจฉัยยอมรับสถานะและอำนาจของคณะรัฐประหาร โดยเห็นว่าการประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 21 เป็นประกาศหรือคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิวัติที่บังคับแก่ประชาชน และเป็นกฎหมาย จำเลยจึงอาศัยอำนาจตามประกาศฉบับนี้ทำการจับกุมควบคุมโจทก์ได้โดยชอบ

<sup>†</sup> ข้อเท็จจริงคดีนี้ เป็นกรณีที่นายวัชรชัย ชัยสิทธิเวช (อดีตเลขานุการของท่านปรีดี พนมยงค์ สมัยที่ท่านดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรี เมื่อปี พ.ศ.2489) เป็นโจทก์ยื่นฟ้องนายชาติ เอี่ยมกระสุนธุ์ กับพวกรวม 3 คน ต่อศาลอาญา ว่าสมคบกันพิมพ์และจำหน่ายหนังสือซึ่งนายชาติ แต่งขึ้น ชื่อ "ในหลวงอาสนันทมืดกับคดีลอบปลงพระชนม์" พิมพ์ครั้งแรกและครั้งที่สองเมื่อ พ.ศ. 2517 และครั้งที่สามเมื่อ พ.ศ. 2520 ข้อความในหนังสือดังกล่าว หลายตอนมีข้อความกล่าวหา นายวัชรชัย ว่าเป็นผู้ใช้นิยงหรือสมคบกับผู้อื่นปลงพระชนม์สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดล นายวัชรชัยจึงฟ้องต่อศาลขอให้ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83, 85, 288, 326, 328 โดยศาลฎีกาพิพากษาว่า เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร ไม่อยู่ในอำนาจศาลอาญา และได้วินิจฉัยหักล้างฎีกาโจทก์ โดยยอมรับสถานะและอำนาจของคณะรัฐประหาร รวมทั้ง สถานะและการมีผลใช้บังคับของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร แม้ว่ารัฐธรรมนูญหลังการทำรัฐประหารจะมีผลใช้บังคับแล้วก็ตาม

2376/2526\* และ 6411/2534\*\* ซึ่งคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีเหล่านี้ล้วนวินิจฉัยในทำนองเดียวกันว่า การล้มล้างรัฐบาลเก่าตั้งเป็นรัฐบาลใหม่ขึ้นโดยใช้กำลังนั้น ในตอนต้นอาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อคณะรัฐประหารได้ทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศได้เป็นผลสำเร็จ คณะรัฐประหารย่อมเป็นรัฐอธิปไตย มีอำนาจปกครองบ้านเมืองเพื่อบริหารประเทศต่อไปได้ มิฉะนั้นประเทศชาติจะตั้งอยู่ด้วยความสงบไม่ได้ หัวหน้าคณะรัฐประหารจึงเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ย่อมมีอำนาจออกประกาศหรือคำสั่งอันถือเป็นกฎหมายใช้บังคับแก่ประชาชนได้ แม้พระมหากษัตริย์จะมีได้ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสภานิติบัญญัติของประเทศ หรือจะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้วก็ตาม

จากแนวคำพิพากษาดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น แสดงให้เห็นว่า ศาลฎีกาของไทยในอดีต ได้วินิจฉัยรับรองสถานะของคณะรัฐประหารในการเป็นองค์รัฐอธิปไตยที่มีหัวหน้าคณะรัฐประหารเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย และยอมรับสถานะหรือคำสั่งทางกฎหมายของประกาศคณะรัฐประหาร ว่ามีสถานะเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ ที่ใช้บังคับแก่ประชาชนได้โดยสมบูรณ์อย่างไม่มีเงื่อนไขหรือปราศจากการตรวจสอบความชอบทางด้านเนื้อหาอีก และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลังจากที่ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 ท่านศาสตราจารย์ ดร.หยุดแสงอุทัย นักวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงของไทย ได้เขียนหมายเหตุท้ายฎีกาเพื่อสนับสนุนแนววินิจฉัยตามคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว ว่าเป็นแนววินิจฉัยที่ถูกต้อง และยกตัวอย่างของประเทศเยอรมันช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 เพื่ออ้างอิงประกอบ โดย

\* ข้อเท็จจริงคดีนี้ เป็นกรณีสืบเนื่องมาจากคณะรัฐประหารที่มีพลเรือเอก สงัด ชลออยู่ เป็นหัวหน้า ได้มีคำสั่งหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ที่ 9/2519 ลงวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ.2519 ให้ นายกัญจน์ นาคามตี ปลัดกระทรวงคมนาคม กับพวก ออกจากราชการ นายกัญจน์ จึงฟ้องเป็นคดีนี้ ขอให้เพิกถอนคำสั่งและขอให้นายรัฐมนตรีสั่งบรรจุกลับเข้ารับราชการ ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า หัวหน้าคณะรัฐประหารเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐอธิปไตย มีอำนาจออกคำสั่งดังกล่าว จึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย และพิพากษายกฟ้อง อันเป็นการวินิจฉัยเพียงอำนาจในการออกคำสั่ง โดยศาลฎีกามีได้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายทั้งทางด้านรูปแบบภายนอกเรื่องอื่นๆ และเหตุเพิกถอนภายในของคำสั่งดังกล่าว ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองแต่อย่างใด

\*\* ข้อเท็จจริงคดีนี้ เป็นกรณีที่นางถาวร ดินดี ถูกพนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีอาญาฐานไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน เนื่องจากนางถาวร มีบิดามารดาเป็นคนญวนอพยพ นางถาวรเกิดในประเทศไทยเมื่อ พ.ศ.2489 และได้สัญชาติไทย แต่ต่อมามีคำสั่งคณะรัฐปฏิวัติฉบับที่ 337 ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2515 เพิกถอนสัญชาติบุตรคนญวนอพยพ และกระทรวงมหาดไทยมีประกาศและคำสั่งห้ามคนญวนอพยพออกนอกเขตควบคุม แต่นางถาวรฝ่าฝืนด้วยการออกนอกเขตจังหวัดโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ว่าราชการจังหวัด จึงถูกจับกุมและถูกฟ้องเป็นคดีนี้ นางถาวรได้ต่อสู้คดีโดยอ้างว่าตนมีสัญชาติไทยและคำสั่งคณะปฏิวัติใช้บังคับแก่ตนไม่ได้ ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยยอมรับสถานะและอำนาจของคณะรัฐประหาร และเห็นว่าคำสั่งคณะปฏิวัติฉบับที่ 337 เป็นกฎหมาย และใช้บังคับย้อนหลังเพิกถอนสัญชาติได้ จำเลยจึงถูกถอนสัญชาติตามคำสั่งดังกล่าวและมีความผิดตามฟ้อง



เทียบเคียงการทำรัฐประหารของไทยเมื่อปี พ.ศ. 2490 ว่ามีลักษณะเช่นเดียวกับการปฏิวัติของเยอรมันในปี ค.ศ.1918 หลังสงครามโลกคราวแรก พร้อมทั้งแปลคำพิพากษาของศาลฎีกาเยอรมัน ที่วินิจฉัยรับรองกฎหมายที่ออกโดยคณะปฏิวัติช่วงนั้นว่า เป็นกฎหมายโดยสมบูรณที่ออกโดยรัฐสภาธิบดี<sup>83</sup> ทำให้คำพิพากษาศาลฎีกาที่รับรองสถานะของคณะรัฐประหารในฐานะรัฐสภาธิบดี และยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารว่าเป็นกฎหมาย หรือเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติโดยสมบูรณหรือปราศจากเงื่อนไขใดๆ ตามแนวคิดแรกนี้ มีความน่าเชื่อถือและได้รับการยอมรับนับถือในวงกว้าง

นอกจากนั้น องค์การฝ่ายนิติบัญญัติก็ได้ยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารโดยปราศจากเงื่อนไข เช่นเดียวกับองค์การฝ่ายตุลาการหรือศาลฎีกา ดังจะเห็นได้จาก ภายหลังจากการทำรัฐประหารในปี พ.ศ. 2514 ซึ่งจอมพลถนอม กิตติขจร เป็นนายกรัฐมนตรี และได้เป็นหัวหน้าคณะรัฐประหารทำการยึดอำนาจรัฐบาลของตนเอง พร้อมทั้ง มีการประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญและสภาผู้แทนราษฎร<sup>84</sup> นายอุทัย พิมพ์ใจชน นายอนันต์ ภัคดีประไพ และนายบุญเกิด หิรัญคำ อดีตสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จึงได้เป็นโจทก์ยื่นฟ้องจอมพลถนอมกับพวกรวม 17 คน ต่อศาลอาญา เมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2515 ในข้อหาฐานกบฏ แต่บุคคลทั้งสามกลับถูกจับกุม และจอมพลถนอมในฐานะหัวหน้าคณะรัฐประหาร ได้มีคำสั่งคณะปฏิวัติที่ 36/2515 ลงวันที่ 25 มิถุนายน 2515 ให้ลงโทษจำคุกนายอุทัยมีกำหนดสิบปี และให้จำคุกนายอนันต์ และนายบุญเกิดมีกำหนดคนละเจ็ดปี อย่างไรก็ตาม เนื่องมาจากการกระทำของบุคคลทั้งสาม เป็นการใช้สิทธิโดยสุจริต และเป็นการแสดงความคิดเห็นตามครรลองแห่งระบอบประชาธิปไตย ซึ่งเป็นสิทธิอันชอบธรรมของประชาชนทุกคน การใช้สิทธิฟ้องร้องคดีต่อศาลยุติธรรม ย่อมจะถือเป็นการกระทำผิดมิได้ ฉะนั้น การกระทำของบุคคลทั้งสาม จึงไม่ถือว่าเป็นความผิด รัฐสภาจึงได้ตราพระราชบัญญัติยกเลิกคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิวัติที่ 36/2515 ลงวันที่ 22 มิถุนายน พ.ศ. 2515 พ.ศ. 2517 เพื่อให้มีการปล่อยตัวบุคคลทั้งสาม<sup>85</sup>

<sup>83</sup> โปรดดู หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ.2496, หน้า 63 – 66.

<sup>84</sup> อาทรร จันทวิมล, ประวัติของแผ่นดินไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์อักษรไทย(หนังสือพิมพ์ฟ้าเมืองไทย), 2546), หน้า 318.

<sup>85</sup> โปรดดูหมายเหตุ: - เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติยกเลิกคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิวัติที่ 36/2515 ลงวันที่ 22 มิถุนายน พ.ศ. 2515 พ.ศ. 2517 ท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าว (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 91 ตอนที่ 11 วันที่ 25 มกราคม 2517)

อันแสดงให้เห็นว่า รัฐสภาหรือองค์กรนิติบัญญัติของไทย ได้ยอมรับว่า คำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิวัติที่ 36/2515 ดังกล่าว มีสถานะเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ หรือมีค่าบังคับทางกฎหมายเป็นกฎหมายในระดับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ จึงต้องมีการตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเช่นเดียวกันออกมายกเลิก ทั้งที่คำสั่งดังกล่าว ไม่น่าจะถือว่าเป็นกฎหมายหรือนิติกรรมทางนิติบัญญัติได้ เพราะมิได้เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ที่เป็นนามธรรมและมีผลบังคับใช้แก่ประชาชนเป็นการทั่วไป หากแต่เป็นรูปธรรมและมีผลบังคับแก่บุคคลเฉพาะราย หรือมุ่งที่จะให้มีผลบังคับเฉพาะแก่บุคคลเพียงสามคนที่ถูกระบุไว้ในคำสั่งเท่านั้น อีกทั้ง มิใช่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทหรือการมีคำสั่งหรือคำพิพากษาชี้ขาดอรรถคดี อันจะถือได้ว่า มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางตุลาการ ดังเช่นคำพิพากษาของศาล แต่อย่างไรก็ตาม การที่รัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติออกมายกเลิก ซึ่งถือเสมือนเป็นการยอมรับโดยปริยายว่า คำสั่งดังกล่าวมีสถานะเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ นอกจากนั้น นับแต่อดีตมาจนถึงปัจจุบัน รัฐสภายังได้ออกพระราชบัญญัติ เพื่อยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะปฏิวัติหรือประกาศคณะรัฐประหารฉบับอื่นๆ ที่มีสถานะเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ อีกเป็นจำนวนมากมา จนนับไม่ถ้วน ล้วนยอมแสดงให้เห็นว่า รัฐสภาหรือองค์กรนิติบัญญัติของไทย ได้รับรองสถานะของคณะรัฐประหาร และยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติโดยสมบูรณ์หรือปราศจากเงื่อนไขใดๆ ตามแนวคิดแรกนี้เช่นเดียวกับศาลฎีกา

(2) การรับรองสถานะของคณะรัฐประหาร และการยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง โดยปราศจากเงื่อนไข

สืบเนื่องจากกรณีที่ พลเรือเอก สงัด ชลออยู่ หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ซึ่งเป็นหัวหน้าคณะรัฐประหาร ได้มีคำสั่งหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ที่ 9/2519 ลงวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ.2519 ให้ นายกัญจน์ นาคามดี ปลัดกระทรวงคมนาคม นายประดิษฐ์ จันทรวัดนา อธิบดีกรมการขนส่งทางบก และนางสุดารัตน์ นาคามดี ผู้ตรวจราชการกระทรวงคมนาคม ออกจากราชการ โดยไม่ระบุเหตุผลใดๆ และแต่งตั้งให้ นาวาเอก เจริญ เจริญรักษ์ภาคย์ อธิบดีกรมอุตุนิยามวิทยา เป็น ปลัดกระทรวงคมนาคม แทนนายกัญจน์ นาคามดี ซึ่งจะเห็นได้ว่า คำสั่งดังกล่าว มิใช่กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นนามธรรมและมีผลบังคับแก่ประชาชนเป็นการทั่วไป อันจะเป็น

นิติกรรมทางนิติบัญญัติ และมีใช้คำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยชี้ขาดอรรถคดี อันจะถือเป็นนิติกรรมทางตุลาการ หากแต่คำสั่งดังกล่าว มีลักษณะเป็นรูปธรรมและมีผลบังคับแก่ข้าราชการพลเรือนเฉพาะรายที่ถูกระบุไว้ในคำสั่ง และเป็นคำสั่งที่เกิดจากการใช้อำนาจรัฐฝ่ายเดียวของหัวหน้าคณะรัฐประหาร ที่สั่งให้ข้าราชการพลเรือนออกจากราชการ และแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนให้ดำรงตำแหน่งสูงขึ้น ซึ่งมีลักษณะเหมือนกับคำสั่งที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจบรรจุและแต่งตั้งตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2518 ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติดังกล่าวในภาวะปกติทุกประการ โดยสภาพแล้วจึงเห็นได้ว่า คำสั่งคณะรัฐประหารดังกล่าว มีลักษณะหรือมีเนื้อหาและสภาพบังคับเหมือนกับคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติเท่านั้น

ต่อมาเมื่อนายกัญจน์ นาคามดี เป็นโจทก์ยื่นฟ้องต่อศาลยุติธรรม ขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว และขอให้พิพากษาหรือมีคำสั่งให้นายกรัฐมนตรี (พลเอกเปรม ติณสูลานนท์) กับพวก สั่งบรรจุโจทก์กลับเข้ารับราชการ ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 2376/2526 วินิจฉัยว่า เมื่อคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินยึดอำนาจของรัฐได้โดยเด็ดขาดแล้ว หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยย่อมมีอำนาจแต่งตั้งและถอดถอนข้าราชการได้ คำสั่งหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ที่ 9/2519 ลงวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ.2519 เป็นคำสั่งเกี่ยวเนื่องกับการบริหารราชการแผ่นดิน แม้ก่อนหน้านั้น จะมีคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินให้บรรดาอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ว่า เป็นอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรี ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของหัวหน้าคณะรัฐประหาร หรือผู้ที่หัวหน้าคณะรัฐประหารมอบหมาย และให้บรรดาอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ว่า เป็นอำนาจของรัฐมนตรี ให้เป็นอำนาจของปลัดกระทรวง คำสั่งดังกล่าว ก็ไม่ตัดอำนาจของหัวหน้าคณะรัฐประหารที่จะสั่งการเป็นกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะรายตามอำนาจที่มีอยู่ ดังนั้น คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อพิเคราะห์ถึงเนื้อหาสาระของคำวินิจฉัยในคำพิพากษาฎีกาที่ 2376/2526 จะพบว่า ศาลฎีกาของไทยได้วินิจฉัยรับรองความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งคณะรัฐประหารที่ออกมาบังคับใช้เป็นการเฉพาะเรื่องเฉพาะราย ซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองโดยปราศจากเงื่อนไข หรือเป็นการยอมรับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง โดยไม่มีการตรวจสอบความชอบทางด้านเนื้อหาใดๆ โดยอ้างเหตุผลแต่เพียงความสำเร็จในการทำรัฐประหาร จากนั้นจึงถือว่า หัวหน้าคณะรัฐประหารย่อมมีอำนาจออกคำสั่งใดๆ ก็ได้ และทำให้ผลผลิตของการใช้อำนาจของหัวหน้าคณะรัฐประหาร กลายเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วยทั้งหมด ซึ่งเป็นการสะท้อน



ถึงแนวคิดการรับรองสถานะของคณะรัฐประหาร และยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง โดยสมบูรณ์ หรือปราศจากเงื่อนไข ตามแนวคิดแรกนี้เช่นเดียวกัน

2.2.2.2 แนวคิดที่สอง การไม่ยอมรับหรือการปฏิเสธสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารอย่างสิ้นเชิง

แนวคิดนี้จะมีจุดยืนตามรากฐานความคิดในเชิงอุดมคติ หรือการอ้างหลักกฎหมายธรรมชาติ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ แนวคิดนี้เห็นว่า กฎหมายไม่ควรเกิดจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย<sup>86</sup> ดังนั้น เมื่อกระบวนการเข้าสู่อำนาจ หรือการได้มาซึ่งอำนาจรัฐ เป็นกระบวนการที่ไม่ถูกต้องชอบธรรม หรือเป็นกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นการกระทำผิดอาญา ฐานเป็นกบฏ ตามมาตรา 113 ถึงมาตรา 115 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และเป็นกรกระทำที่บัพัญญติ ตามมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติห้ามไว้อย่างชัดเจน การใช้อำนาจของคณะรัฐประหาร จึงไม่อาจอ้างความชอบธรรมในระบบกฎหมายได้ ส่งผลให้ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ซึ่งเป็นผลิตผลของการใช้อำนาจที่ไม่ถูกต้องชอบธรรมดังกล่าว ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของนิติกรรมทางนิติบัญญัติหรือนิติกรรมทางปกครอง ย่อมไม่มีสภาพบังคับใด ๆ ในระบบกฎหมายไปด้วย ซึ่งในอดีตมักจะมีผู้หยิบยกขึ้นมาอ้างอิง เพื่อสนับสนุนแนวความคิดนี้ได้แก่ คำพิพากษาศาลสูงสุดของปากีสถาน ที่ปฏิเสธคำสั่งคณะรัฐประหาร เนื่องจากเห็นว่าการเข้าสู่ตำแหน่งของนายพลยาซา خان (Gen. Yahya Khan) ที่ทำการรัฐประหารยึดอำนาจจากประธานาธิบดีอิสกันดาร์ เมอร์ซา (Iskandar Mirza) เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>87</sup> เป็นต้น และแนวคิดนี้ มักจะมีผู้หยิบยกขึ้นมากล่าวเสมอ เพื่อใช้อ้างในการต่อต้าน หรือปฏิเสธการใช้อำนาจคณะรัฐประหาร รวมทั้งความพยายามนำเสนอให้ศาลใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาพิพากษาคดี เพื่อปฏิเสธอำนาจของคณะรัฐประหาร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ภายหลังการทำรัฐประหาร เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 ที่ผ่านมา ได้มีนักวิชาการทางด้านนิติศาสตร์รุ่นใหม่หลายท่าน พยายามนำเสนอต่อสาธารณะ เพื่อแสดงให้เห็นถึงความไม่ถูกต้องชอบธรรม

<sup>86</sup> จรัญ โฆษณานันท์, นิติปรัชญา *Legal Philosophy*, พิมพ์ครั้งที่ 15, (กรุงเทพฯ ฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550), หน้า 113.

<sup>87</sup> Lyter, T.T.K., "Constitutional Law in Pakistan: Kelsen in the courts," *The American Journal of Comparative Law* (vol.21, 1973), p.760 – 766. อ้างถึงใน สมชาย ปรีชาศิลปกุล, "ปัญหาทางกฎหมายบางประการเกี่ยวกับการปฏิวัติ," หน้า 71 – 72.

ในการยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร  
ในระบบกฎหมายของไทย<sup>88</sup>

ต่อมา(เมื่อวันที่ 28 กันยายน 2552) ปรากฏว่า ได้มีผู้พิพากษา  
เสียงข้างน้อย ของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง (นายกีริติ  
กาญจนรินทร์) ได้มีคำวินิจฉัยส่วนตัว เห็นแย้งองค์คณะผู้พิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญา  
ของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ที่มีคำพิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ อม. 9/2552 ซึ่ง  
เป็นคดีที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) ผู้ร้อง ยื่นคำร้อง  
ขอให้พิจารณาว่า นายยงยุทธ ตียะไพรัช อดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและ  
สิ่งแวดล้อม จงใจปกปิดการยื่นรายการแสดงบัญชีทรัพย์สินนี้สิน เมื่อครั้งดำรง  
ตำแหน่งดังกล่าว เมื่อปี 2548 โดยผู้พิพากษาเสียงข้างน้อย ได้วินิจฉัยไม่ยอมรับทั้งสถานะ  
ทางกฎหมาย อำนาจ และผลผลิตจากการใช้อำนาจของคณะรัฐประหาร ความว่า

“...ปัญหาต้องวินิจฉัยว่า ผู้ร้องมีอำนาจฟ้อง (ยื่นคำร้อง) คดีนี้  
หรือไม่ เห็นว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ศาลเป็นหนึ่งในอำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็น  
ของประชาชน ศาลจึงต้องใช้อำนาจอ้างกล่าว เพื่อประชาชนอย่างสร้างสรรค์ในการวินิจฉัย  
คดี เพื่อให้เกิดผลในทางที่ขยายขอบเขตการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และ  
หากศาลไม่รับใช้ประชาชน ย่อมทำให้ระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมถูกทำลาย  
และสั่นคลอน นอกจากนี้ ศาลควรมีบทบาทในการพิทักษ์ความชอบด้วยกฎหมาย รวมถึง  
พันธกรณีในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจโดยมิชอบ  
และพันธกรณีในการปกป้องรักษาประชาธิปไตย ด้วยการได้อำนาจในการปกครองประเทศ  
โดยวิธีการ ซึ่งมีได้เป็นไปตามวิถีทางของระบอบประชาธิปไตย กล่าวคือ การได้อำนาจ  
ในการปกครองประเทศโดยความไม่ยินยอมพร้อมใจจากประชาชนส่วนใหญ่ เท่ากับ  
เป็นการล้มล้างระบอบประชาธิปไตย การปฏิวัติหรือรัฐประหาร เป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญ  
เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 113 ย่อมเป็นการได้อำนาจในการ  
ปกครองประเทศโดยวิธีการ ซึ่งมีได้เป็นไปตามวิถีทางของระบอบประชาธิปไตย หาก

<sup>88</sup> โปรดดู สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, “หลักนิติรัฐประหาร,” ใน ฟ้าเดียวกัน, ธนาพล อิวสกุล และคณะ, บรรณาธิการ  
(กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน, มกราคม 2550), หน้า 190-202. ปิยนุตร แสงกนกกุล, รัฐประหารในระบบกฎหมายไทย,  
(ออนไลน์), 26 ตุลาคม 2549. แหล่งที่มา <http://www.Pub-law.net/ Publaw/view.asp? PublawIDs=1001> และปิยนุตร แสงกนกกุล,  
สู่ประชาธิปไตย ต้องยกเลิกกฎหมายที่อุปถัมภ์, (ออนไลน์). 25 มีนาคม 2551. แหล่งที่มา <http://www.sameskybooks.org/2008/02/20/to-democracy>

ศาลรับรองอำนาจของบุคคลหรือคณะบุคคลที่ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ว่าเป็น รัฐสุธิปไตยแล้ว เท่ากับศาลไม่ได้รับใช้ประชาชนจากการใช้อำนาจโดยมิชอบ และเพิกเฉย ต่อการปกป้องรักษาประชาธิปไตยดังกล่าวมาข้างต้น ทั้งเป็นการละเลยหลักนิติธรรมตาม ธรรมชาติที่ว่า บุคคลใดจะรับประโยชน์จากความฉ้อฉลหรือความผิดของตนเองหาได้ไม่ รวมทั้งเป็นการส่งเสริมให้เกิดการปฏิวัติหรือรัฐประหาร เป็นวงจรอุบาทว์อยู่ร่ำไป ยิ่งกว่านั้น ยังเป็นช่องทางให้บุคคลหรือคณะบุคคลดังกล่าว ยืมมือกฎหมายเข้ามาจัดการสิ่งต่างๆ ข้อเท็จจริงเป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปว่า ปัจจุบันอยู่ในกระแสโลกาภิวัตน์ นานาอารยประเทศ ส่วนใหญ่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งไม่ยอมรับอำนาจที่ได้มาจากการปฏิวัติ หรือรัฐประหาร ฉะนั้น เมื่อกาลและเทศะในปัจจุบัน เปลี่ยนไปแล้วจากอดีต ศาลจึงไม่อาจ ที่จะรับรองอำนาจของบุคคลหรือคณะบุคคลที่ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ว่าเป็น รัฐสุธิปไตย ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น เมื่อข้อเท็จจริงเป็นที่รู้กันอยู่ทั่วไปเช่นกันว่า ผู้ร้องประกอบด้วยคณะกรรมการ ที่เป็นผลพวงของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข (คปค.) แต่ คปค. เป็นคณะบุคคลที่ ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหาร เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 113 จึงเป็น การใช้อำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางของระบอบ ประชาธิปไตยดังเหตุผลข้างต้น ย่อมไม่อาจถือได้ว่า เป็นรัฐสุธิปไตย แม้จะได้รับการ นิรโทษกรรมภายหลังก็ตาม หากก่อให้เกิดอำนาจที่จะสั่งการหรือกระทำการใดอย่าง รัฐสุธิปไตย ผู้ร้องประกอบด้วยคณะบุคคลที่เป็นผลพวงของ คปค. ย่อมไม่มีอำนาจหน้าที่ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันปราบปรามการทุจริต พุทธศักราช 2542 ด้วยเช่นกัน ผู้ร้องจึงไม่มีอำนาจฟ้อง (ยื่นคำร้อง) คดีนี้ อำนาจฟ้อง (ยื่นคำ ร้อง) เป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ศาลมีอำนาจหยิบยกขึ้นวินิจฉัย เมื่อวินิจฉัย ดังนี้แล้ว ปัญหาว่า ผู้คัดค้านจงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและเอกสารประกอบด้วย ข้อความอันเป็นเท็จ และปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบหรือไม่ จึงไม่จำต้องวินิจฉัย พิพากษาให้ยกคำร้องของผู้ร้อง”<sup>89</sup>

จะเห็นได้ว่า คำวินิจฉัยส่วนตนของผู้พิพากษาเสียงข้างน้อย (นายเกียรติ กาญจนรินทร์) ในคดีหมายเลขแดงที่ อม. 9/2552 ของศาลฎีกาแผนกคดีอาญา ของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ถือเป็นมติใหม่ในวงการตุลาการของประเทศไทย

<sup>89</sup> คำวินิจฉัยส่วนตน ของนายเกียรติ กาญจนรินทร์ ในคดีหมายเลขแดงที่ อม.9/2552 ของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของ ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เมื่อวันที่ 28 กันยายน 2552, หน้า 8 – 10.



ที่ได้มีคำพิพากษาปฏิเสธสถานะทางกฎหมายของคณะรัฐประหาร โดย “ไม่ยอมรับ” ว่า คณะรัฐประหาร เป็นรัฐาธิปัตย์ รวมทั้ง ปฏิเสธความชอบธรรมในการใช้อำนาจของคณะรัฐประหาร และ “ไม่ยอมรับ” ผลิตผลจากการใช้อำนาจของคณะรัฐประหาร อย่างสิ้นเชิง ซึ่งหมายความว่ารวมถึง การไม่ยอมรับค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศ และคำสั่งคณะรัฐประหารทั้งหมดด้วย กรณียอมรับถือได้ว่า เป็นการนำเอาแนวความคิด การไม่ยอมรับหรือการปฏิเสธสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารอย่างสิ้นเชิง ตามแนวความคิดที่สองนี้ มาประยุกต์ใช้ในการพิพากษาคดีอย่างเป็นรูปธรรม เป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ของศาลยุติธรรมของไทย

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าผู้เขียน จะเห็นด้วยกับแนววินิจฉัยดังกล่าวข้างต้นเป็นที่สุด และเห็นว่า น่าจะเป็นคำวินิจฉัยที่ถูกต้องตามหลักนิติรัฐ และตรงตามหลักการหรือแนวคิดทฤษฎีทางนิติศาสตร์ร่วมสมัยมากที่สุดแล้วก็ตาม แต่เนื่องจากนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ได้มีประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารจำนวนมากมาย ที่มีสภาพบังคับหรือมีค่าบังคับทางกฎหมาย แทรกอยู่และเคลื่อนกลืนเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับระบบกฎหมายภายในประเทศมาเป็นเวลาช้านาน จนไม่อาจทำให้ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารเหล่านั้น สิ้นสภาพบังคับไปในเวลาเดียวกันในทันทีทันใดได้ ดังนั้น ถ้าหากจะยึดถือตามแนวคำวินิจฉัยดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น เพื่อใช้เป็นบรรทัดฐาน หรือนำมาปรับใช้กับประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารหรือผลิตผลจากการใช้อำนาจของคณะรัฐประหารในกรณีอื่นๆ ทุกกรณี ที่มีอยู่ในระบบกฎหมายภายในประเทศแล้ว ย่อมจะทำให้เกิดปัญหาความวุ่นวายโกลาหลในระบบกฎหมายขนานใหญ่ ซึ่งทั้งนักวิชาการหรือผู้ที่พยายามนำเสนอแนวความคิดนี้ ก็ยังไม่เคยมีการกล่าวถึงผลกระทบหรือปัญหาที่จะตามมาดังกล่าว รวมทั้ง ยังไม่เคยมีการเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหานั้นๆ ที่เกิดขึ้น ภายหลังจากการถือปฏิบัติตามแนวคิดที่สองนี้มาก่อนเช่นเดียวกัน

การปฏิเสธสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารอย่างสิ้นเชิง ตามแนวคิดที่สองนี้ จึงไม่น่าจะใช้ได้กับสภาพการณ์ของระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันได้ เว้นเสียแต่ว่า องค์กฤษฎีกาหรือรัฐสภา จะมีการออกกฎหมาย ยกเลิกประกาศคณะรัฐประหารที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายอยู่ในปัจจุบัน หรืออาจแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงประกาศคณะรัฐประหารดังกล่าว ให้เป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาในภาวะปกติทั้งหมดหรือให้เหลืออยู่น้อยที่สุดแล้วเท่านั้น

2.2.2.3 แนวคิดที่สาม การยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร โดยมีเงื่อนไขระยะเวลาสิ้นสุด

(1) การยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ โดยมีเงื่อนไขระยะเวลาสิ้นสุด

แนวคิดนี้ จะยอมรับว่า ประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ ซึ่งออกมาบังคับใช้แก่ประชาชน มีสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายเช่นเดียวกับกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติในภาวะปกติเหมือนแนวคิดแรก เพียงแต่เป็นการยอมรับ โดยมีการกำหนดขอบเขตเฉพาะช่วงเวลาที่อยู่ระหว่างการทำรัฐประหารไปจนถึงเวลาที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ โดยถือว่า เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ อันเป็นกฎหมายสูงสุด เพื่อให้การปกครองประเทศกลับเข้าสู่ระบบนิติรัฐ หรือการปกครองโดยระบบกฎหมายแล้ว จะต้องถือว่า ประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ ซึ่งออกมาบังคับใช้ในช่วงเวลาก่อนหน้านั้น ย่อมไม่มีสภาพบังคับอีกต่อไป หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ สถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ จะสิ้นสุดลงทันทีที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญภายหลังการทำรัฐประหาร ซึ่งแนวคิดนี้ เป็นข้อเสนอของนักกฎหมายและนักวิชาการหลายท่าน ดังนี้

อาจารย์ พันธ์ ทศนียนนท์ อดีตอัยการระดับสูง ได้เสนอความเห็นตามแนวคิดนี้ว่า

“...การเสนอให้ศาลสูงสุดเป็นผู้วางเงื่อนไข กำหนดให้ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย เฉพาะภายในช่วงเวลาประเทศอยู่ภายใต้การปกครองแบบปฏิวัติหรือรัฐประหารเท่านั้น โดยเมื่อบ้านเมืองกลับคืนสู่สภาวะปกติแล้ว ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชนจะต้องสิ้นผลไปทันที...”<sup>90</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. อุดล วิเชียรเจริญ นักวิชาการด้านนิติศาสตร์ ได้เสนอความเห็นตามแนวคิดนี้ว่า

“...การใช้อำนาจของคณะรัฐประหารทางนิติบัญญัติ ในรูปของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารนั้น มีเป็นอันมาก แต่โดยหลักเหตุผลทางนิติศาสตร์ น่าที่จะได้ถือว่า ประกาศและคำสั่งเหล่านั้น มีสภาพบังคับเฉพาะกาลใน

<sup>90</sup> พันธ์ ทศนียนนท์, “สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลของชาวไทย,” *วารสารนิติศาสตร์* 11(2523): 449.

ช่วงเวลาที่ยังมีได้มีพระบรมราชโองการประกาศใช้รัฐธรรมนูญเท่านั้น มิใช่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายมีฐานะศักดิ์เท่าเทียมกับพระราชบัญญัติ...การยอมรับสภาพบังคับของรัฐธรรมนูญซึ่งสืบเนื่องมาจากรัฐประหาร แต่ในขณะเดียวกัน เห็นไม่ควรรับสภาพบังคับของประกาศหรือคำสั่งคณะปฏิวัติรัฐประหารเป็นกฎหมายตลอดไปในฐานะที่เท่าเทียมพระราชบัญญัติ นั้น มิใช่เป็นข้อคิดที่ขัดแย้งกันแต่อย่างใด ทั้งในทางทฤษฎีและในหลักเหตุผล เพราะสองเรื่องนี้ต่างกัน กล่าวโดยสรุปความข้างต้น คือ คณะรัฐประหารย่อมมีอำนาจตรารัฐธรรมนูญใหม่แทนรัฐธรรมนูญที่ยกเลิกไป เนื่องจากเป็นการอันจำเป็นที่ต้องทำต่อไป เพื่อให้การทำรัฐประหารสำเร็จผลตามความมุ่งหมาย อีกทั้ง ได้ตราเป็นกฎหมายโดยมีพระบรมราชโองการอันเป็นนิติประเพณี แต่การใช้อำนาจออกกฎหมายเสียเองในเรื่องต่าง ๆ อันไม่จำเป็นแก่การให้บ้านเมืองกลับคืนสู่สภาพปกติ ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ และจัดตั้งรัฐบาลใหม่นั้น เป็นการฉวยโอกาสใช้อำนาจเผด็จการ จึงเป็นการอันไม่ชอบธรรม การยอมรับให้ประกาศและคำสั่งคณะปฏิวัติรัฐประหารมีผลเป็นกฎหมายตลอดไป จึงมีผลช่วยส่งเสริมความไม่ชอบธรรมและไม่เกื้อกูลต่อระบอบประชาธิปไตย...”<sup>91</sup>

ศาสตราจารย์ เสน่ห์ จามริก นักวิชาการด้านรัฐศาสตร์ มีความเห็นตามแนวคิดนี้เช่นกันว่า

“...ปัญหาเรื่อง “ศักดิ์” หรือสถานภาพทางกฎหมายของคำสั่งหรือประกาศคณะปฏิวัตินั้น น่าจะต้องแยกวินิจฉัยชี้ให้เห็นชัดเสีย ระหว่างศักดิ์ทางกฎหมายในกระบวนการนิติบัญญัติและตุลาการปกติ กับศักดิ์อันเทียบเท่ากฎหมายตามข้อเท็จจริงของสถานการณ์ปฏิวัติรัฐประหาร ซึ่งเป็นการชั่วคราวช่วยยามไม่อยู่ในสภาวะปกติ ในแง่ดีอย่างดีที่สุด คำสั่งและประกาศคณะปฏิวัติ ก็มีศักดิ์หรือฐานะเพียง “เทียบเท่า” กฎหมายในสถานการณ์นั้น ๆ และย่อมต้องหมดสภาพความเป็นกฎหมายไปทันทีโดยอัตโนมัติเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญใหม่เข้าสู่กระบวนการนิติบัญญัติและตุลาการปกติ...”<sup>92</sup>

จะเห็นได้ว่า ข้อเสนอของนักวิชาการที่มีชื่อเสียงของไทยหลายท่าน ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ล้วนเห็นว่า ประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติควรมีสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมาย เฉพาะในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญเท่านั้น อันเป็นแนวคิดที่จะให้มีการยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ โดยมีเงื่อนไขระยะเวลาสิ้นสุด

<sup>91</sup> อุดล วิเชียรเจริญ, “รอยต่างในทฤษฎีรัฐชาติของไทย,” *วารสารรัฐศาสตร์* 39 (มิถุนายน 2543): 70.

<sup>92</sup> เสน่ห์ จามริก, *การเมืองไทยกับพัฒนาการรัฐธรรมนูญ*, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 236.



แต่อย่างไรก็ตาม แนวคิดนี้ก็เพียงข้อเสนอในทางวิชาการ โดยไม่ปรากฏว่าได้มีการยอมรับและถือปฏิบัติเป็นรูปธรรม

แต่ถ้าหากจะยึดถือตามแนวคิดนี้ ให้มีผลในทางปฏิบัติ ก็อาจทำให้ไม่ได้ในความเป็นจริง เพราะจะมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางนิติฐานะของกฎหมาย หรือผลกระทบต่อความเชื่อมั่นในความมั่นคงของกฎหมายอย่างร้ายแรง ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่มีการออกประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นกฎหมายว่าด้วยผังเมือง โดยอาจมีการกำหนดห้ามก่อสร้างอาคารสูงหรืออาคารบางประเภทในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง แต่เมื่อทุกคนรู้ว่าประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นข้อห้ามเช่นนั้น จะต้องสิ้นผลบังคับอย่างแน่นอนเมื่อมีรัฐธรรมนูญใหม่ ดังนั้น ทุกคนก็จะไม่ทำตาม หรือกรณีที่มีการออกประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจัดที่ดินเพื่อเกษตรกรรม โดยกำหนดว่า ผู้ที่ได้รับการจัดสรรที่ดินตามกฎหมายนี้ หากทำกินติดต่อกัน 5 ปี ขึ้นไป จะมีสิทธิขอลอกโฉนดได้ เพื่อจูงใจให้คนที่อยู่อาศัยในเขตอนุรักษ์ป่าต้นน้ำ ย้ายออกมาอยู่ในพื้นที่จัดสรร เพื่อแก้ไขปัญหาการบุกรุกป่า แต่เมื่อทุกคนทราบว่า หากย้ายมาแล้ว กว่าจะครบ 5 ปี รัฐธรรมนูญใหม่ประกาศใช้ ก็จะทำให้ประกาศคณะรัฐประหารที่จะให้สิทธิดังกล่าว สิ้นผลบังคับไปอย่างแน่นอน และไม่มีหลักประกันใดๆ ว่าจะมีการออกกฎหมายมารับ บุคคลเป้าหมายทุกคนย่อมไม่ให้ความร่วมมือในการแก้ไขปัญหา เป็นต้น ซึ่งกรณีเหล่านั้น ล้วนเกิดจากการไม่มีความมั่นคงทางนิติฐานะของกฎหมายนั่นเอง

นอกจากนั้น นักวิชาการที่เสนอแนวคิดนี้ ยังไม่มีผู้ใดเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่จะเกิดขึ้น จากปัญหาความโกลาหลวุ่นวายที่จะเกิดขึ้นในระบบกฎหมายภายในประเทศ ภายหลังจากที่ประกาศคณะรัฐประหารที่เคยถูกถือเป็นกฎหมายในระดับเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติจำนวนมากมานับแต่อดีต ซึ่งจะต้องเป็นอันสิ้นผลไปในทันทีทันใด เมื่อมีประกาศใช้รัฐธรรมนูญ อันเป็นปัญหาที่จะเกิดขึ้นเช่นเดียวกับที่ได้กล่าวมาแล้วตามแนวคิดที่สอง

(2) การยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง โดยมีเงื่อนไขระยะเวลาสิ้นสุด แม้ว่าจะมีนักวิชาการที่มีชื่อเสียงหลายท่าน พยายามนำเสนอแนวความคิด การยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ โดยมีเงื่อนไขระยะเวลาสิ้นสุด ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ผ่านมา แต่สำหรับในส่วนของการประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทาง

ปกครอง นักวิชาการเหล่านั้นกลับมิได้กล่าวถึง ซึ่งอาจเป็นไปได้ว่า การที่นักวิชาการเหล่านั้นมุ่งที่จะกล่าวถึงประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติเป็นการเฉพาะ โดยมีได้กล่าวถึงในส่วนที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง เนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าวความรู้เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง โดยเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง ยังไม่เป็นที่แพร่หลายสู่ประชาชน อย่างเช่นในปัจจุบัน ที่มีการพัฒนาองค์ความรู้ในเรื่องดังกล่าวนี้ อย่างจริงจัง และเป็นที่ยอมรับกันในวงกว้าง ภายหลังจากที่มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 และมีการจัดตั้งศาลปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าหากจะถือว่า ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง ย่อมมีผลสิ้นสุดลงไปทันทีที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญใหม่ ภายหลังจากการทำรัฐประหาร อย่างเช่นแนวคิดที่สาม ที่มีการเสนอในส่วนของประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติดังที่กล่าวมาแล้ว อาจจะมีข้อโต้แย้งในเรื่องผลกระทบที่มีต่อความมั่นคงทางนิติฐานะของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ที่บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอน หรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนไขเวลา หรือโดยเหตุอื่น” นอกจากนี้ ยังอาจจะกระทบต่อหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในความมั่นคงของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วยเช่นกัน

2.2.2.4 แนวคิดที่ดี การยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร เฉพาะในทางรูปแบบ<sup>93</sup>

(1) การยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติเฉพาะในทางรูปแบบ

แนวคิดนี้ จะยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ ว่ามีผลบังคับใช้ได้เช่นเดียวกับกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติในภาวะปกติ แต่มิได้รวมไปถึง การยอมรับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศคณะรัฐประหารเหล่านั้นแต่อย่างใด ทั้งนี้ ถ้าหากประกาศคณะรัฐประหารฉบับใดถูกโต้แย้งในศาล ถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลก็จะ

<sup>93</sup> วิชา มหาคุณ, “การตรวจสอบในทางตุลาการ : ศึกษาจากกรณีประกาศ รสช. ฉบับที่ 26,” บทบัญญัติ 51, 2 (มิถุนายน 2538): 70.

ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศเช่นนั้น เสมือนหนึ่งการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกในภาวะปกติ และหากผลการตรวจสอบพบว่า ประกาศคณะรัฐประหารฉบับนั้น ขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญ ศาลก็จะไม่นำมาบังคับใช้แก้คดี หรือวินิจฉัยมิให้บทบัญญัติดังกล่าว มีผลบังคับใช้อีกต่อไป แล้วแต่กรณี

ในอดีตเคยมีปรากฏเป็นความเห็นของศาลยุติธรรมชั้นต้นของไทย ที่ยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติตามแนวความคิดที่สี่นี้ โดยศาลแขวงอุบลราชธานี ได้มีความเห็นในคดีหมายเลขดำที่ 918/2512 เพื่อส่งความเห็นไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ พิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา 175 ของธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 ว่าประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ข้อ 1 และข้อ 2 ที่ให้ผู้บัญชาการตำรวจนครบาล หรือผู้ว่าราชการจังหวัด เป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดว่า บุคคลใดมีความผิดฐานเป็นบุคคลอันพึงพาตามประกาศคณะปฏิวัติหรือไม่ และให้มีอำนาจส่งตัวไปควบคุมไว้ในสถานอบรมและฝึกอาชีพ โดยมีได้กำหนดระยะเวลาการลงโทษที่แน่นอนไว้ เท่ากับเป็นการให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือเป็นการตั้งบุคคลซึ่งมิใช่ตุลาการให้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีได้อย่างศาล และให้สั่งลงโทษแก่บุคคล โดยไม่มีขอบเขตกำหนดเวลาสิ้นสุด จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญใช้บังคับมิได้ แต่ต่อมา คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 1/2513 วินิจฉัยไปในทางตรงกันข้ามกับความเห็นของศาลแขวงอุบลราชธานี ว่าประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 เป็นกฎหมายและมีผลใช้บังคับได้ หากได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ซึ่งคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าว มีผลทำให้แนวคิดตามความเห็นของศาลแขวงอุบลราชธานีถูกลบล้างไป

แต่อย่างไรก็ตาม ต่อมาภายหลัง ศาลฎีกา(โดยที่ประชุมใหญ่)ได้มีคำวินิจฉัย ตามแนวที่ศาลแขวงอุบลราชธานีเคยเสนอความเห็นไว้ โดยมีคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ 913/2536\* ยอมรับว่า ประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 มีสถานะหรือมีค่าบังคับทาง

\* ข้อเท็จจริงคดีนี้ เป็นกรณีสืบเนื่องมาจาก คณะรัฐประหาร(รสช.)ที่มีพลเอก สุจินดา คราประยูร เป็นหัวหน้า ได้ยึดอำนาจการปกครองจากรัฐบาลของพลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2534 และได้มีประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2534 แต่งตั้ง คตส. เพื่อตรวจสอบและยึดทรัพย์สินของข้าราชการในรัฐบาลพลเอก ชาติชาย ที่ร้ายว่ผิดปกติก่อนนั้น คตส. จึงได้ตรวจสอบและมีคำสั่งยึดทรัพย์สินของข้าราชการที่เคยเป็นรัฐมนตรีในรัฐบาลชุดที่ถูกล้มล้างไป จำนวน 25 คน รวมทั้งทรัพย์สินของภรรยาและบุตรของบุคคลเหล่านั้น โดยในกลุ่มคนดังกล่าว มีนายเสนาะ เทียนทอง รวมอยู่ด้วย นายเสนาะจึงยื่นคำร้องต่อศาลแพ่งเป็นคดีนี้ ขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งยึดทรัพย์สินของ คตส. ซึ่งต่อมาศาลฎีกา(โดยที่ประชุมใหญ่) จึงได้มีคำวินิจฉัยในคดีนี้ เมื่อวันที่ 26 มีนาคม 2536 โดยมีคำสั่งชี้ขาดให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของ คตส. ที่สั่งยึดทรัพย์สินของผู้ร้อง



กฎหมายเป็นกฎหมายเทียบเท่าพระราชบัญญัติ แต่ก็ได้วินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเนื้อหาในบทบัญญัติข้อ 2 และข้อ 6 แห่งประกาศ รสช.ฉบับที่ 26 ดังกล่าวว่าเป็นการบัญญัติจัดตั้งคณะบุคคล (คตส.) ที่มีศาล และให้มีอำนาจพิจารณาพรรคคดีเช่นเดียวกับศาล อันเป็นการขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย เป็นการออกและใช้กฎหมาย ที่มีโทษในทางอาญาอันหลังไปลงโทษแก่บุคคล ซึ่งขัดต่อมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 จึงใช้บังคับมิได้ เป็นเหตุให้คำวินิจฉัยของ คตส. ที่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าว ไม่มีผลบังคับไปด้วย นอกจากนั้น ยังได้วินิจฉัยอีกว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติรับรองให้ประกาศหรือคำสั่ง รสช. ชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นเพียงการรับรองทั่วไปว่าประกาศหรือคำสั่งของ รสช. ดังกล่าว มีผลให้ใช้บังคับได้เช่นกฎหมายเท่านั้น มิได้บัญญัติรับรองไปถึงว่า ให้ใช้บังคับได้ แม้เนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไร

จากแนววินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาในคดีดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ได้มีการวินิจฉัยวางหลักสำคัญ ในเรื่องการยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมาย ของประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ เฉพาะในทางรูปแบบ โดยถือว่า ให้มีผลใช้บังคับได้เช่นเดียวกับกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ออกในภาวะปกติทั่วไปเท่านั้น แต่จะชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นคนละเรื่องคนละประเด็นกัน โดยในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลย่อมมีอำนาจในการตรวจสอบ ซึ่งในกรณีนี้ ศาลได้ตรวจสอบความชอบทางด้านเนื้อหาของประกาศคณะรัฐประหาร ที่มีสถานะเป็นกฎหมาย เมื่อเห็นว่า เนื้อหาของประกาศคณะรัฐประหารดังกล่าว ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงวินิจฉัยว่าเป็นโมฆะ หรือไม่ให้มีผลใช้บังคับได้

แนววินิจฉัยของศาลฎีกาเช่นว่านี้ ได้รับการยอมรับและยึดถือมาจนถึงปัจจุบัน โดยในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 3-5/2550 คดีที่อัยการสูงสุดร้องขอให้ยุบพรรคไทยรักไทย พรรคพัฒนาชาติไทยและพรรคแผ่นดินไทย มีการโต้แย้งว่าบทบัญญัติ ข้อ 3 แห่งประกาศ คปค.ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน 2549 ที่ให้ตัดสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมืองที่ถูกยุบมีกำหนด 5 ปี ใช้บังคับย้อนหลังไม่ได้ ซึ่งมีตุลาการรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อย จำนวน 3 คน ประกอบด้วย นายธานีศ เกศวพิทักษ์<sup>94</sup>

<sup>94</sup> โปรดดู ความเห็นในการวินิจฉัยสวนตนของนายธานีศ เกศวพิทักษ์ ในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 124 ตอนที่ 33 ประเภท ก ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 2550 (เล่ม 2) หน้า 153 – 161.

นายกิตติศักดิ์ กิติคุณไพโรจน์<sup>95</sup> และนายปัญญา ฤณอมรอด<sup>96</sup> ที่วินิจฉัยว่า บทบัญญัติของประกาศคณะรัฐประหารดังกล่าว ขัดต่อหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม จึงไม่อาจนำมาบังคับใช้ ย้อนหลังกับการกระทำผิดที่เกิดขึ้นก่อนมีประกาศฉบับดังกล่าวได้ ส่วนตุลาการรัฐธรรมนูญ เสี่ยงข้างมากคนอื่น ๆ แม้จะเห็นว่า บทบัญญัติตามประกาศของคณะรัฐประหารดังกล่าว สามารถใช้บังคับย้อนหลังกับการกระทำผิดที่เกิดขึ้นก่อนการออกประกาศดังกล่าวได้ก็ตาม แต่ทุกคนล้วนวินิจฉัยถึงความชอบของเนื้อหาในประกาศคณะรัฐประหารฉบับดังกล่าว ด้วยแล้ว<sup>97</sup> รวมทั้ง ยังมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 5/2551 คดีที่ดินรัชดา ซึ่งพันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร และคุณหญิงพจมาน ชินวัตร ถูกฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามคดีหมายเลขดำ ที่ อม. 1/2550 หมายเลขแดงที่ อม. 1/2550 ฝ่ายจำเลยได้มีการโต้แย้งว่า ประกาศ คปค. ฉบับที่ 30 ลงวันที่ 30 กันยายน 2549 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าประกาศ คปค. ที่ถูกโต้แย้ง ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศ คปค. ดังกล่าวแล้วเช่นกัน

อีกทั้ง ศาลรัฐธรรมนูญยังมีคำวินิจฉัยล่าสุด ตามคำวินิจฉัย ที่ 12/2552 วินิจฉัยว่า ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ที่ห้ามสถานประกอบการมิให้จำหน่ายอาหารและสุราเกินกำหนดเวลานั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงใช้บังคับมิได้ อันแสดงให้เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญมิได้ยอมรับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ โดยมิได้ตรวจสอบก่อนแต่อย่างใด

นอกจากนั้น ยังมีตัวอย่างของคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ที่เคยวินิจฉัยยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศคณะรัฐประหาร ที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ เฉพาะในทางรูปแบบ ตามแนวคิดที่สืบนี้ได้แก่ คำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐไนจีเรีย (Nigeria Federal Supreme Court) ที่วินิจฉัย กรณีคณะนายทหาร

<sup>95</sup> โปรดดู ความเห็นในการวินิจฉัยส่วนตนของนายกิตติศักดิ์ กิติคุณไพโรจน์ ในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 124 ตอนที่ 33 ประเภท ก ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 2550 (เล่ม 2) หน้า 44 – 45.

<sup>96</sup> โปรดดู ความเห็นในการวินิจฉัยส่วนตนของนายปัญญา ฤณอมรอด ในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 124 ตอนที่ 33 ประเภท ก ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 2550 (เล่ม 1) หน้า 165 – 167.

<sup>97</sup> โปรดดู ความเห็นในการวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการรัฐธรรมนูญ ในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 124 ตอนที่ 33 ประเภท ก ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 2550 (เล่ม 1 และเล่ม 2)

ของกองทัพในจีเรียทำการรัฐประหารในปี ค.ศ.1967 และออกประกาศคณะรัฐประหาร เรียกว่า กฎฎีกา ฉบับที่ 45 (Decree No.45 of 1968) ซึ่งมีเนื้อหาในทำนองที่ให้รัฐธรรมนูญ มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าประกาศคณะรัฐประหารหรือกฎฎีกาฉบับดังกล่าว โดยศาลสูงสุด แห่งสหพันธรัฐในจีเรีย พิพากษาว่า เนื้อหาของประกาศคณะรัฐประหารเช่นนั้น ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นโมฆะใช้บังคับมิได้<sup>98</sup> อีกทั้ง ยังมีคำวินิจฉัยของผู้พิพากษา Fieldsend A.J.A. ในคดี Madzimbamuto v. Lardner-Burke and another ที่วินิจฉัยวางหลักว่า คำสั่งของคณะปฏิวัติที่ครองอำนาจหลังการประกาศอิสรภาพฝ่ายเดียวจาก สหราชอาณาจักรเจ้าอาณานิคม จะต้องเป็นคำสั่งที่มีวัตถุประสงค์และเหตุผลเพื่อให้การ บริหารประเทศดำเนินต่อไปได้ ต้องไม่ทำลายสิทธิของประชาชนที่ได้รับการคุ้มครอง ตามรัฐธรรมนูญฉบับเดิม และต้องไม่ตัดอำนาจศาลในการตรวจสอบการใช้อำนาจของ คณะปฏิวัติ<sup>99</sup>

(2) การยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศ และคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง เฉพาะในทางรูปแบบ

สืบเนื่องจากกรณีที่ศาลแขวงอุบลราชธานี ได้มีความเห็นในคดี หมายเลขดำที่ 918/2512 เพื่อส่งความเห็นไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณา วินิจฉัย ตามมาตรา 175 ของธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 ว่า ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ข้อ 1 และข้อ 2 ที่ให้ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลหรือผู้ว่า ราชการจังหวัด เป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดว่า บุคคลใดมีความผิดฐานเป็นบุคคล อันธพาล ตามประกาศคณะปฏิวัติหรือไม่ และให้มีอำนาจส่งตัวไปควบคุมไว้ในสถาน อบรมและฝึกอาชีพ โดยมีได้กำหนดระยะเวลาการลงโทษที่แน่นอนไว้ เท่ากับเป็นการให้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือเป็นการตั้งบุคคล ซึ่งมีใช่ตุลาการให้มีอำนาจพิจารณาพิพากษา อรรถคดีได้อย่างศาล และให้ส่งลงโทษแก่บุคคลโดยไม่มีขอบเขตกำหนดเวลาสิ้นสุด จึงขัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญใช้บังคับมิได้ แต่ต่อมาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ได้ มีคำวินิจฉัยที่ 1/2513 วินิจฉัยไปในทางตรงกันข้ามกับความเห็นของศาลแขวงอุบลราชธานี

<sup>98</sup> Ojo, Abiola, "The Search for a Grundnorm in Nigeria: The Lakanmi Case," *International and Comparative Law Quarterly* (vol.20,1971),p.120 – 123 อ้างถึงใน สมชาย ปรีชาศิลปกุล, "ปัญหาทางกฎหมายบางประการเกี่ยวกับการปฏิวัติ," หน้า 74 – 76.

<sup>99</sup> Madzimbamuto v. Lardner Burke and another, *ALL English Records*(1968), pp.561 – 587. อ้างถึงใน สมชาย ปรีชาศิลปกุล, "ปัญหาทางกฎหมายบางประการเกี่ยวกับการปฏิวัติ," หน้า 73.



ว่าประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 เป็นกฎหมายและมีผลใช้บังคับได้ หาได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

จะเห็นได้ว่า คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าว เป็นเพียงการวินิจฉัยว่า ประกาศคณะรัฐประหาร ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายหรือนิติกรรมทางนิติบัญญัติชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ อันอยู่ในขอบเขตอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเท่านั้น แต่โดยเนื้อหาของคดีที่มีการฟ้องต่อศาลแขวงอุบลราชธานีในคดีดังกล่าว แท้ที่จริงเป็นการฟ้องคำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัด ที่อาศัยอำนาจตามประกาศคณะรัฐประหารฉบับดังกล่าว สั่งว่าโจทก์เป็นบุคคลอันธพาล ซึ่งโดยสภาพแล้ว คำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัดในลักษณะเช่นว่านั้น ถือเป็นเพียงคำสั่งทางปกครอง อันเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่งเท่านั้น และการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครอง เป็นคนละเรื่องคนละกรณีกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ปัญหาที่เกิดขึ้นกับกรณีนี้ คือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมิได้มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งผู้ว่าราชการจังหวัด อันเป็นคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น ศาลยุติธรรมที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนี้ จะต้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวอีกชั้นหนึ่ง แต่กลับไม่ปรากฏว่ามีการตรวจสอบเช่นว่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากในอดีตก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครอง ศาลยุติธรรมจะตรวจสอบแต่เพียงว่า ผู้ออกคำสั่งมีอำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งหรือไม่ หากมีอำนาจตามกฎหมาย และเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้วว่า ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ก็จะถือโดยปริยายว่า เป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย อันเป็นการวินิจฉัยที่ไม่เป็นไปตามหลักการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ทำให้ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครอง ไม่ถูกตรวจสอบโดยศาลหรือองค์กรตุลาการเลย ซึ่งขัดต่อหลักนิติรัฐและหลักการแบ่งแยกอำนาจ

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในปี พ.ศ.2544 ปัญหาดังกล่าวข้างต้นไม่มีอีกต่อไป เพราะศาลปกครองได้ใช้อำนาจตรวจสอบนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติที่ถูกฟ้องโต้แย้งต่อศาล เพื่อให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง และยิ่งไปกว่านั้น ศาลปกครองยังได้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศหรือคำสั่ง

คณะรัฐประหารที่มีสถานะเป็นนิติกรรมทางปกครองอีกด้วย ดังจะเห็นได้จาก คำพิพากษาของศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 1049/2550 หมายเลขแดงที่ 1548/2551 และคดีหมายเลขดำที่ 1052/2550 หมายเลขแดงที่ 1549/2551 กรณี พลตำรวจโท ชะลอ ชูวงศ์ และพลตำรวจเอก เปรียงพันธ์ ดามาพงษ์ ฟ้องเพิกถอนคำสั่ง คปค. ที่ 11/2549 ลงวันที่ 21 กันยายน 2549 ที่ให้โอนย้ายจากสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ไปปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรี ซึ่งโดยสภาพแล้ว คำสั่งคณะรัฐประหารดังกล่าว เป็นเพียงคำสั่งทางปกครองที่หัวหน้าคณะรัฐประหารได้ใช้อำนาจทางปกครองในการออกคำสั่ง เท่านั้น ศาลปกครองกลาง จึงได้วินิจฉัยว่า การออกคำสั่ง คปค.ฉบับดังกล่าว ถือว่า หัวหน้า คปค.ได้ใช้อำนาจในฐานะนายกรัฐมนตรีออกคำสั่งโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ และไม่ชอบตามพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 และพิพากษาเพิกถอนคำสั่ง คปค.ดังกล่าว (คดีนี้คู่กรณีไม่ได้ยื่นอุทธรณ์ คดีจึงถือว่า เป็นอันถึงที่สุด ตาม มาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542) กรณีจึงเห็นได้ว่า ศาลปกครองได้ยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของคำสั่ง คณะรัฐประหารดังกล่าว เฉพาะในทางรูปแบบ ว่ามีผลบังคับเช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติเท่านั้น แต่จะชอบด้วยกฎหมายจริงหรือไม่ เป็นคนละเรื่องคนละประเด็นกัน และศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบได้ เมื่อผลการตรวจสอบพบว่า เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครอง จึงมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนมิให้มีผลบังคับอีกต่อไป อันเป็นการสะท้อนถึง แนวคิด การยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง เฉพาะในทางรูปแบบ ตามแนวคิดที่สืบนั่นเอง

กล่าวโดยสรุปแล้วจะเห็นได้ว่า ทั้งศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญและ ศาลปกครองของไทย รวมทั้ง ศาลสูงของต่างประเทศ ล้วนเคยวินิจฉัย โดยยึดถือตามแนวคิด การยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่ง คณะรัฐประหาร ทั้งที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ และที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง เฉพาะในทางรูปแบบ ตามแนวคิดที่สืบนี้อย่างสิ้น

เมื่อพิจารณาถึงแนวคิด การยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารโดยภาพรวมแล้ว จะเห็นได้ว่า แนวคิดที่สืบนี้น่าจะถือว่าเป็นแนวคิดที่ดีที่สุด สำหรับการยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศ และคำสั่งคณะรัฐประหาร ทั้งที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ และที่เป็นนิติกรรม

ทางปกครอง เพราะสามารถควบคุมตรวจสอบ มิให้คณะรัฐประหารใช้อำนาจออกกฎหมาย หรือออกนิติกรรมทางปกครองตามอำเภอใจ โดยปราศจากการตรวจสอบจากฝ่ายตุลาการ และทำให้เกิดความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมายภายในประเทศ รวมทั้ง ไม่ทำให้เกิดความแตกต่างระหว่างกฎหมายและนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติ กับประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีเนื้อหาและมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายหรือเป็นนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่จะต้องถูกตรวจสอบโดยศาลหรือองค์กรตุลาการ และจะต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งถือเป็นรูปธรรมของหลักนิติรัฐ อันเป็นเรื่องที่ดีและถูกต้องตามแนวคิดทฤษฎีทางนิติศาสตร์มากกว่าแนวคิดแรก ในขณะที่เดียวกัน ก็ไม่ก่อให้เกิดปัญหาความโกลาหลวุ่นวายในระบบกฎหมาย เหมือนกับแนวคิดที่ปฏิเสธสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารอย่างสิ้นเชิง หรือโดยมีระยะเวลาสั้นสุด ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ตามแนวคิดที่สอง และแนวคิดที่สาม ทั้งนี้ เนื่องจากนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ได้มีประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารจำนวนมากมาย แทรกอยู่จนเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับระบบกฎหมายภายในประเทศ มาเป็นเวลาช้านาน จนไม่อาจทำให้ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารเหล่านั้นสิ้นสภาพบังคับไปในเวลาเดียวกันในทันที ดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั่นเอง

### 2.2.3 การจัดลำดับศักดิ์ทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร

เมื่อพิจารณาเนื้อหาของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารทั้งหมดแล้ว จะเห็นได้ว่า แท้ที่จริงประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร มิได้มีเพียงประกาศหรือคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปเท่านั้น หากแต่ยังมีประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารอีกจำนวนมากไม่น้อยที่ไม่มีสภาพบังคับหรือไม่มีค่าบังคับทางกฎหมาย เช่น ประกาศคณะหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) ฉบับที่ 5 ฉบับที่ 6 ฉบับที่ 10 หรือคำสั่งการณฉบับที่ 1 และฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2549) ที่เป็นเพียงการประชาสัมพันธ์ การขอความร่วมมือหรือแจ้งข้อมูลข่าวสารให้แก่ประชาชนทราบ เป็นต้น หรือในบางกรณี แม้จะมีสภาพบังคับหรือมีค่าบังคับทางกฎหมาย แต่ก็มีผลเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีหรือเฉพาะรายเท่านั้น ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารประเภทนี้ จะมีอยู่เป็นจำนวนมากเช่นกัน ดังนั้น จึงอาจแยกประเภทของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ออกเป็น



ประเภทต่าง ๆ ตามสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมาย และแยกลำดับศักดิ์ทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารทั้งหมดได้ ดังนี้

2.2.3.1 ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นการวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ที่มีลักษณะเป็นนามธรรมและมีผลบังคับเป็นการทั่วไป

ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรมและมีผลบังคับเป็นการทั่วไป หรือที่มีค่าบังคับทางกฎหมายเป็นกฎหมายในระดับต่าง ๆ ซึ่งประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารประเภทนี้ จะมีหลากหลาย และมีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายที่แตกต่างกันออกไป แต่โดยปกติ การจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมาย จะพิจารณาจากหลักเกณฑ์ 2 ประการ<sup>100</sup> คือ (1) หลักเกณฑ์ทางด้านรูปแบบ โดยพิจารณาจากระบอบการตราและสถานะขององค์กรผู้ตรากฎหมายตามทฤษฎีองค์กร (2) หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา โดยพิจารณาจากเนื้อหาและความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายฉบับนั้นๆ กับกฎหมายอื่น ตามทฤษฎีบริสุทธิแห่งกฎหมาย ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงลำดับศักดิ์ของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ตามหลักเกณฑ์ทางด้านรูปแบบแล้ว จะเห็นได้ว่า ไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ได้โดยสภาพ เนื่องจากประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารทุกฉบับ มิได้มีกระบวนการตราที่แตกต่างกัน และสถานะของคณะรัฐประหารก็ไม่เป็นที่แน่ชัด ไม่เหมือนกับองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายปกครองอย่างเช่นปกติทั่วไป ดังนั้น จึงจำเป็นต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาเท่านั้น<sup>101</sup> โดยจะพิจารณาจากเนื้อหาของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารฉบับนั้นๆ เองว่า มีฐานะและศักดิ์อย่างไร<sup>102</sup> ซึ่งเมื่อได้พิจารณาตามหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาดังกล่าวนี้แล้ว อาจแยกสถานะหรือลำดับศักดิ์ของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปได้ ดังนี้

(1) ประกาศคณะรัฐประหารที่มีลำดับศักดิ์ในระดับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ

ประกาศคณะรัฐประหารฉบับใด ที่มีเนื้อหาเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือมีลักษณะเป็นการก่อตั้งหรือยกเลิกสถาบันทางการเมือง ซึ่งโดยปกติ จะต้องได้รับการก่อตั้งหรือยกเลิกโดยรัฐธรรมนูญ ย่อมถือได้ว่า ประกาศ

<sup>100</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, หน้า 14-15.

<sup>101</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, “การปรับปรุงประกาศของคณะปฏิวัติ,” *รพีสาร* 1, 3 (เมษายน – มิถุนายน 2536): 46.

<sup>102</sup> วิษณุ เครืองาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2523), หน้า 766 – 767.

คณะรัฐประหารฉบับนั้น มีสถานะหรือลำดับศักดิ์ในระดับกฎหมายรัฐธรรมนูญ ยกตัวอย่างเช่น ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 ที่ให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 2 ลงวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2520 ที่ให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2516 ประกาศ รสช. ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 ที่ให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ล้มล้าง หรือประกาศ คปค. ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ที่ให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ล้มล้าง ให้วุฒิสภา สมาชิกผู้แทนราษฎร คณะรัฐมนตรี และศาลรัฐธรรมนูญ ล้มล้าง พร้อมกับรัฐธรรมนูญ ให้องคมนตรีคงดำรงตำแหน่งและปฏิบัติหน้าที่ต่อไป และให้ศาลทั้งหลาย นอกจากศาลรัฐธรรมนูญคงมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ตามบทกฎหมายและตามประกาศ คปค. เป็นต้น

(2) ประกาศคณะรัฐประหารที่มีลำดับศักดิ์ในระดับเทียบเท่ากฎหมายที่ออกหรือเห็นชอบโดยรัฐสภา

ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารฉบับใดที่มีเนื้อหาสอดคล้องใกล้เคียงกับพระราชบัญญัติ หรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชกำหนด หรือมีลักษณะเป็นการยกเลิกแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ หรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชกำหนด หรือระบุว่า การยกเลิกแก้ไขเพิ่มเติมประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารฉบับนั้น ๆ จะต้องทำโดยพระราชบัญญัติ หรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชกำหนด หรือมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่นในลักษณะที่ไม่ใช่กฎหมายรัฐธรรมนูญ แต่มีเนื้อหาเหมือนกับกฎหมายที่ออกตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หรือมีเนื้อหาขยายความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ในขณะเดียวกัน อาจมีเนื้อหาที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายปกครอง ให้ไปออกกฎหมายลำดับรองหรือนิติกรรมทางปกครองอีกชั้นหนึ่ง หรือมีบทกำหนดโทษ หรือมีเนื้อหา ซึ่งโดยปกติจะต้องเป็นกฎหมายที่ผ่านรัฐสภาเท่านั้น จึงจะมีบทบัญญัติในลักษณะเช่นว่านี้ได้ หรือบางฉบับอาจจะบรูอย่างชัดเจนว่า ให้มีผลบังคับใช้ เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ หรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีลักษณะเช่นว่านี้ ย่อมถือได้ว่าเป็นกฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติ หรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชกำหนด แล้วแต่กรณี ซึ่งถือเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ในระดับกฎหมายที่ออกหรือเห็นชอบโดยรัฐสภา

ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารประเภทนี้ จึงไม่อาจขัดหรือแย้งกับกฎหมายรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้ ตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น ประกาศ รสช.ฉบับที่ 37 ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2534 เรื่อง แก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร ประกาศ รสช.ฉบับที่ 38 ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2534 เรื่อง แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ.2521 ประกาศ คปค.ฉบับที่ 7 ลงวันที่ 20 กันยายน พ.ศ.2539 เรื่อง การห้ามชุมนุมทางการเมือง หรือประกาศ คปค.ฉบับที่ 12 ฉบับที่ 13 ฉบับที่ 14 และฉบับที่ 19 เรื่อง ให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญบางฉบับมีผลใช้บังคับต่อไป ฯลฯ เป็นต้น

(3) ประกาศคณะรัฐประหารที่มีลำดับศักดิ์ในระดับเทียบเท่ากฎหมายลำดับรองหรือกฎ

ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารฉบับใด ที่มีเนื้อหาสอดคล้องใกล้เคียงกับกฎหมายลำดับรองหรือกฎ ที่โดยปกติจะออกโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง หรือมีลักษณะเป็นการยกเลิกแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลำดับรองหรือกฎ หรือมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่น ในลักษณะที่เป็นกฎเกณฑ์ที่ออกตามบทบัญญัติของกฎหมายแม่บทหรือออกได้ โดยมีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชกำหนดให้อำนาจ หรือมีเนื้อหาในลักษณะที่เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นตอนหรือวิธีการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่มีกฎหมายแม่บทให้อำนาจอยู่แล้ว โดยเนื้อหาของหลักเกณฑ์เช่นว่านั้น จะต้องมิใช่เป็นการบัญญัติให้อำนาจ หรือก่อตั้งอำนาจให้ฝ่ายปกครองไปมีอำนาจในเรื่องใดๆ หรือบางฉบับอาจจะระบุอย่างชัดเจนว่า ให้มีผลบังคับใช้ เช่นเดียวกับกฎหมายลำดับรองหรือกฎ หรือระบุให้การยกเลิกแก้ไขเพิ่มเติมประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารฉบับนั้นๆ ต้องทำโดยกฎหมายลำดับรองหรือกฎ หรือมีเนื้อหาซึ่งโดยปกติจะต้องออกเป็นกฎหมายลำดับรองหรือกฎ ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีลักษณะเช่นว่านี้ ย่อมถือได้ว่าเป็นกฎหมายลำดับรองหรือกฎซึ่งโดยปกติจะออกโดยฝ่ายปกครองเท่านั้น

ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารประเภทนี้ จึงจะต้องชอบด้วยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่สูงกว่า หรือไม่อาจขัดหรือแย้งกับกฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติหรือเทียบเท่าขึ้นไปได้ ทั้งนี้ ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ยกตัวอย่างเช่น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 22 ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน พ.ศ.2501 ให้ขยายเวลาการบังคับใช้พระราชกฤษฎีกาเวนคืนที่ดินฯ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 42



ลงวันที่ 7 มกราคม พ.ศ.2502 ให้เป็นพระราชกฤษฎีกาที่ออกตาม พ.ร.บ.สงเสริมอุตสาหกรรม พ.ศ.2497 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 52 ลงวันที่ 17 มกราคม พ.ศ.2502 ให้เป็นพระราชกฤษฎีกาที่ออกตาม พ.ร.บ.สงเสริมอาชีพแก่คนไทย พ.ศ.2499 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 53 ลงวันที่ 17 มกราคม พ.ศ.2502 ให้เป็นพระราชกฤษฎีกาที่ออกตาม พ.ร.บ.ควบคุมโรคภัย พ.ศ.2495 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 313 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ.2515 กำหนดแนวทางหลวงที่จะสร้างทางหลวงจังหวัด หรือประกาศ รชช. ฉบับที่ 40 ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2534 เรื่อง แก้ไขเพิ่มเติมพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2520 หรือประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 164 ลงวันที่ 15 มิถุนายน พ.ศ.2515 เรื่อง ให้ตั้งคณะนิติศาสตร์เพิ่มขึ้นในจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เป็นต้น

ซึ่งเนื้อหาของประกาศคณะรัฐประหารดังกล่าว ล้วนระบุว่า ให้มีผลบังคับเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกา กรณีย่อมต้องถือว่า ประกาศคณะรัฐประหารเหล่านั้น ล้วนแล้วแต่เป็นกฎหมายลำดับรองหรือกฎ ประเภทพระราชกฤษฎีกาทั้งสิ้น

2.2.3.2 ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมและมีผลบังคับเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีหรือเฉพาะราย

ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่แม้จะมีผลบังคับออกสู่ภายนอก หรือมีค่าบังคับทางกฎหมาย และมีผลกระทบกระเทือนต่อสถานภาพแห่งสิทธิเสรีภาพของบุคคลก็ตาม แต่ก็มิได้มีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป หากแต่ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารประเภทนี้ จะมีลักษณะเป็นรูปธรรมและมีผลบังคับเพียงเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีหรือเฉพาะรายเท่านั้น ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารประเภทนี้โดยสภาพแล้ว จึงเป็นเพียงนิติกรรมทางปกครอง ประเภทคำสั่งทางปกครอง ซึ่งโดยปกติจะออกโดยฝ่ายปกครองเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น ประกาศ คปค. ฉบับที่ 34 ลงวันที่ 30 กันยายน พ.ศ. 2549 เรื่อง อนุญาตให้ข้าราชการอัยการลาออกจากราชการ คำสั่ง คปค. ที่ 9/2549 ลงวันที่ 20 กันยายน พ.ศ. 2549 เรื่อง ให้นายยงยุทธ ดิยะไพรัช และนายเนวิน ชิดชอบ ไปรายงานตัว คำสั่ง คปค. ที่ 11/2549 ลงวันที่ 21 กันยายน พ.ศ. 2549 เรื่อง ให้ข้าราชการปฏิบัติราชการสำนักนายรัฐมนตรี คำสั่ง คปค. ที่ 21/2549 ลงวันที่ 28 กันยายน พ.ศ. 2549 ให้รับโอนข้าราชการครู มาบรรจุเป็นข้าราชการพลเรือนในพระองค์ คำสั่ง คปค. ที่ 22/2549 ลงวันที่ 28 กันยายน พ.ศ. 2549 ให้ข้าราชการพลเรือนในพระองค์อาวุโส 1 ราย ได้รับเงินเพิ่มพิเศษ (พ.ช.อ.) คำสั่ง คปค.ที่ 23/2549 ลงวันที่ 28 กันยายน พ.ศ. 2549 รับโอนข้าราชการทหาร มาบรรจุเป็นข้าราชการ

พลเรือนในพระองค์ คำสั่ง คปค. ที่ 25/2549 และที่ 26/2549 ลงวันที่ 30 กันยายน พ.ศ. 2549 ให้ข้าราชการได้รับเงินตอบแทนพิเศษ หรือคำสั่ง คปค. ที่ 27/2549 ลงวันที่ 30 กันยายน พ.ศ. 2549 อนุญาตให้ข้าราชการลาออกจากราชการ ฯลฯ เป็นต้น

ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารเหล่านี้ โดยเนื้อหาแล้ว เป็นเพียงคำสั่งทางปกครองหรือเป็นนิติกรรมทางปกครอง จึงจะต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของกระทำทางปกครอง เช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองโดยทั่วไป ทั้งนี้ เนื่องจากเมื่อพิจารณาถึงผลผลิตจากการใช้อำนาจของคณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหาร ที่เป็นเพียงคำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวแล้ว ย่อมแสดงให้เห็นว่า อำนาจที่ใช้เป็นเพียงอำนาจทางปกครอง มิใช่อำนาจนิติบัญญัติ หรืออำนาจตุลาการ และย่อมต้องถือได้ว่า ในการใช้อำนาจออกประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว คณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหาร จะอยู่ในฐานะฝ่ายปกครองเท่านั้น มิใช่ในฐานะรัฐสภาธิบดี ที่ใช้อำนาจยกเลิกหรือประกาศใช้รัฐธรรมนูญ และมีในฐานะฝ่ายนิติบัญญัติที่ใช้อำนาจออกกฎหมาย ทั้งนี้ โดยมีพิกัดข้อพิจารณาถึงประกาศ คปค. ฉบับที่ 4 ลงวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ที่ให้อำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีตามที่กฎหมายบัญญัติ ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของหัวหน้า คปค. ซึ่งมีผลบังคับใช้ก่อนหน้าที่จะมีการออกประกาศหรือคำสั่งที่มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง หรือนิติกรรมทางปกครองเหล่านั้นแต่อย่างใดไม่ และถ้าหากประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมาย เป็นเพียงคำสั่งทางปกครองเช่นว่านี้ ไม่อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ย่อมจะทำให้คำสั่งทางปกครอง หรือนิติกรรมทางปกครอง ที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมาย เหมือนกัน ในระบบกฎหมายเดียวกัน ถูกแยกออกเป็น 2 ส่วน หรือมีลักษณะทวิภาวะทางกฎหมาย โดยปราศจากเหตุผลและไม่สามารถอธิบายได้ในทางนิติศาสตร์

2.2.3.3 ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่ไม่มีสถานะหรือไม่มีค่าบังคับทางกฎหมายโดยสภาพ

ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่ไม่มีค่าบังคับทางกฎหมายหรือไม่มีสภาพบังคับออกสู่ภายนอกไปกระทบต่อสถานภาพของสิทธิและหน้าที่ของบุคคล ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารประเภทนี้ มักจะเป็นแถลงการณ์ของคณะรัฐประหารหรือเป็นประกาศคณะรัฐประหารที่มีเนื้อหาเป็นเพียงการประชาสัมพันธ์ การขอความร่วมมือหรือการแจ้งข้อมูลข่าวสารให้แก่ประชาชนทราบ หรือเป็นคำสั่งภายในหรือเป็นแนวทาง

การปฏิบัติหน้าที่ภายในหน่วยงาน ยกตัวอย่างเช่น ประกาศ รสช. ฉบับที่ 34 ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2534 เรื่อง ขอความร่วมมือประชาชนช่วยแจ้งเบาะแสนักการเมืองที่ร่ำรวยผิดปกติ ประกาศ คปค. ฉบับที่ 5 ลงวันที่ 20 กันยายน พ.ศ. 2549 เรื่อง การให้นิสิตนักศึกษามีส่วนร่วมในทางการเมือง ประกาศ คปค. ฉบับที่ 6 ลงวันที่ 20 กันยายน พ.ศ.2549 เรื่อง การแก้ไขความเดือดร้อนของบรรดาพี่น้องผู้ใช้แรงงาน ชาวนา ชาวไร่ หรือประกาศ คปค. ฉบับที่ 9 ลงวันที่ 20 กันยายน พ.ศ. 2549 เรื่อง นโยบายต่างประเทศ ฯลฯ เป็นต้น

## 2.3 การตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารโดยศาลปกครอง

### 2.3.1. การตรวจสอบประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.2.1.2 (1) และหัวข้อ 2.2.3.1(2) ว่า มีประกาศคณะรัฐประหารจำนวนมาก ในระบบกฎหมายไทย ที่มีสถานะเป็น “นิติกรรมทางนิติบัญญัติ” และมีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ หรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชกำหนด แล้วแต่กรณี ซึ่งประกาศคณะรัฐประหารเหล่านั้นจะต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เช่นเดียวกับกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาในภาวะปกติ แต่โดยที่ศาลปกครองไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือของนิติกรรมทางนิติบัญญัติ เพราะกรณีดังกล่าวเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือศาลยุติธรรม แล้วแต่กรณี ในขณะที่ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบเพียงความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ตามมาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกอบมาตรา 9 และมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ศาลปกครองจึงมีอำนาจตรวจสอบเฉพาะประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีลักษณะเป็น “นิติกรรมทางปกครอง” เท่านั้น ดังนั้น การตรวจสอบประกาศคณะรัฐประหารที่มีลักษณะเป็นกฎหมายหรือเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ จึงไม่อยู่ในขอบเขตการศึกษาของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ แต่อย่างไรก็ตาม

### 2.3.2. การตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็น “นิติกรรมทางปกครอง” โดยศาลปกครอง

จากหลักความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย และหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งถือว่านิติกรรมทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลำดับรองหรือกฎที่เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นนามธรรมออกโดยฝ่ายปกครอง และมีผลบังคับเป็นการทั่วไป และคำสั่งทางปกครองที่เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นรูปธรรม



ออกโดยฝ่ายปกครอง และมีผลบังคับเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีหรือเฉพาะราย ล้วนแล้วแต่จะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายอื่นๆ ที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่า ในระบบกฎหมาย ทั้งนี้ ไม่ว่าจะป็นในขณะเวลาที่มีการออกนิติกรรมทางปกครอง และรวมถึงตลอดระยะเวลาที่กฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นๆ มีสภาพบังคับหรือมีค่าบังคับทางกฎหมาย และมีผลบังคับใช้อยู่ในระบบกฎหมาย ดังนั้น เมื่อประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารจำนวนมากโดยเนื้อหาแล้ว จะมีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมาย เป็นเพียงแค่นิติกรรมทางปกครอง ไม่ว่าจะป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.2.3.1.(3) และหัวข้อ 2.2.3.2 ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารเช่นนั้น จึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และจะต้องถูกตรวจสอบได้โดยศาลปกครอง เช่นเดียวกับกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองทั่วไป ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ เพราะมิฉะนั้น นอกจากจะไม่เป็นไปตามหลักความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย และหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองแล้ว ยังจะต้องถือว่า ขัดต่อหลักนิติรัฐ อันเป็นหลักการพื้นฐานในการปกครองของรัฐอย่างร้ายแรงจนมิอาจยอมรับได้

2.3.2.1 ลักษณะคดีพิพาทในการตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครอง

สำหรับการตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมายเป็นนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครอง นั้น เมื่อพิจารณาถึงประเภทคดีปกครอง ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 ประกอบมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.1.5.3 (1) จะเห็นได้ว่า สามารถแบ่งออกเป็น 3 ลักษณะคดี ได้แก่

(1) คดีประเภทแรก เป็นคดีฟ้องเพิกถอนประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง ทั้งประเภทที่เป็นกฎและคำสั่งทางปกครอง อันเป็นคดีพิพาท ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(1) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง(1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

(2) คดีประเภทที่สอง เป็นคดีละเมิดอันเกิดจากประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง ทั้งประเภทที่เป็นกฎและคำสั่งทางปกครอง อันเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(3) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง(3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

(3) คดีประเภทที่สาม เป็นคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบอย่างอื่นอันเกิดจากประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง อันเป็นคดีพิพาท ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(3) ประกอบตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง(3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

2.3.2.2 ประเด็นแห่งคดีที่ศาลปกครองจะต้องวินิจฉัยในการตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง

การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่เป็นนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครอง ตามลักษณะคดีพิพาททั้ง 3 ประเภทคดีดังกล่าว มีประเด็นแห่งคดีที่ศาลปกครองจะต้องพิจารณาวินิจฉัยทั้งในประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาล เงื่อนไขการฟ้องคดี และที่เป็นเนื้อหาแห่งคดี ดังนี้

(1) ประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาล

(1.1) คดีประเภทแรก ซึ่งเป็นคดีที่ฟ้องเพิกถอนประกาศคณะรัฐประหาร ที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมาย เป็นนิติกรรมทางปกครอง แม้ว่าจะเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่ในการยื่นฟ้องคดี จะต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองที่มีเขตอำนาจเหนือคดีดังกล่าว ตามที่กฎหมายกำหนดด้วย ซึ่งสามารถแยกพิจารณาในเรื่องเขตอำนาจศาลปกครองสำหรับคดีประเภทแรก ดังนี้

1) คดีที่ต้องยื่นฟ้องตรงต่อศาลปกครองสูงสุด

เนื่องจากมาตรา 11(2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ประกอบกับมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติให้ ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ยกเว้นแต่ คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด และมาตรา 47 วรรคสอง บัญญัติให้การฟ้องคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองสูงสุด ให้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุด ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าว ทำให้คดีที่ผู้ฟ้องคดีประสงค์จะฟ้องเพิกถอนพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี จะต้องยื่นฟ้องตรงต่อศาลปกครองสูงสุด และ

แม้ว่าหัวหน้าคณะรัฐประหารหรือคณะรัฐประหารจะมีใช้คณะรัฐมนตรีก็ตาม แต่เนื่องจากคณะรัฐประหารเป็นองค์กรสูงสุดที่ใช้อำนาจบริหารแทนคณะรัฐมนตรี อีกทั้งประกาศคณะรัฐประหารจำนวนไม่น้อย มีเนื้อหาและมีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมายเป็นกฎประเภทพระราชกฤษฎีกา ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.2.3.1(3) ดังนั้น การฟ้องเพิกถอนประกาศคณะรัฐประหารประเภทดังกล่าว จึงจะต้องยื่นฟ้องโดยตรงต่อศาลปกครองสูงสุด ตามมาตรา 11(2) ประกอบมาตรา 47 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ด้วย

## 2) คดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองชั้นต้น

เนื่องจากมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ยกเว้นแต่ คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด และโดยที่มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว มิได้บัญญัติให้คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดแต่อย่างใด ทำให้คดีที่ผู้ฟ้องคดีประสงค์จะฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง จะต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น โดยอาจจะยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นที่ผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาอยู่หรือที่มูลคดีเกิดขึ้นก็ได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 47 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ดังนั้น การฟ้องเพิกถอนประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมายเป็นนิติกรรมทางปกครอง ประเภทคำสั่งทางปกครอง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.2.3.2 จะต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น โดยผู้ฟ้องคดีอาจจะยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นที่ผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาอยู่ หรืออาจยื่นฟ้องต่อศาลปกครองกลาง ซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือพื้นที่ที่มูลคดีเกิดขึ้นก็ได้

(1.2) คดีประเภทที่สอง และประเภทที่สาม ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น อันเกิดจากประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีสถานะเป็นนิติกรรมทางปกครอง ทั้งประเภทที่เป็นกฎและที่เป็นคำสั่งทางปกครอง อันเป็นคดีพิพาท ตามบทบัญญัติมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(3) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง(3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เนื่องจากมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว มิได้บัญญัติให้คดีเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นอันเกิดจากกฎหรือคำสั่งทางปกครอง เป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองสูงสุดแต่อย่างใด ดังนั้น คดีประเภทที่สอง และประเภทที่สามดังกล่าวนี้ จึงเป็นคดีปกครองที่



อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองชั้นต้น ตามมาตรา 10 โดยผู้ฟ้องคดีอาจจะยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นที่ผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาอยู่ หรืออาจยื่นฟ้องต่อศาลปกครองกลาง ซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือพื้นที่ที่มูลคดีเกิดขึ้นก็ได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 47 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

(2) ประเด็นเงื่อนไขการฟ้องคดี แบ่งออกเป็น 5 ประเด็นย่อย ดังนี้

(2.1) ผู้มีสิทธิฟ้องคดี

โดยที่มาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง” จากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่า ผู้ที่จะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพื่อขอให้ตรวจสอบประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง ทั้ง 3 ลักษณะประเภทคดีจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ จะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงหรือสิทธิของตน จะต้องถูกกระทบกระเทือนจากประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารเช่นว่านั้น และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหาย ศาลต้องมีคำบังคับ ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วย

(2.2) การแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนการฟ้องคดี

โดยที่มาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มิใช่กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้ โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้น จะกระทำได้อต่อเมื่อ มีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควรหรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด” ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่า กฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะให้ผู้ฟ้องคดีจะต้องไปดำเนินการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยฝ่ายปกครองหรือให้ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจเหนือกว่าได้มีโอกาสทบทวนเพื่อแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อน ก่อนที่จะมีการนำคดีมายื่นฟ้อง

ต่อศาลปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับการฟ้องเพิกถอนประกาศหรือคำสั่ง คณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการประกาศคณะรัฐประหารที่เป็น กฎหรือประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นคำสั่งทางปกครองก็ตาม เนื่องจาก ออกโดยคณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหาร ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ในระดับสูงสุด ที่ใช้อำนาจทางปกครองในขณะนั้น ดังนั้น การแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหาย โดยฝ่ายปกครองที่มีอำนาจเหนือขึ้นไปจึงไม่มีโดยสภาพ นอกจากนี้ การฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น อันเกิดจากประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง ก็ไม่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องมีการแก้ไขความเดือดร้อน หรือเสียหายโดยฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดีเช่นกัน ดังนั้น การฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพื่อให้ตรวจสอบประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง ทั้ง 3 ลักษณะประเภทคดีดังกล่าว จึงไม่มีขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไข ความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนการฟ้องคดี ตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่อย่างใด

### (2.3) ระยะเวลาการฟ้องคดี

1) คดีประเภทแรก ซึ่งเป็นคดีที่ฟ้องเพิกถอนประกาศ คณะรัฐประหารที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมาย เป็นนิติกรรมทางปกครอง โดยที่มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “การฟ้องคดีปกครองจะต้องยื่นฟ้อง ภายในเก้าสิบวัน นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี หรือนับแต่วันที่พ้นกำหนด เก้าสิบวัน นับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ ของรัฐเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด และไม่ได้รับหนังสือชี้แจงจากหน่วยงาน ทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือได้รับแต่เป็นคำชี้แจงที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่มีเหตุผล แล้วแต่กรณี เว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น” และมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว บัญญัติว่า “คำสั่งใดที่อาจฟ้องต่อศาลปกครองได้ ให้ผู้ออก คำสั่งระบุวิธีการยื่นคำฟ้องและระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องไว้ในคำสั่งดังกล่าวด้วย” วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีที่ปรากฏต่อผู้ออกคำสั่งใดในภายหลังว่า ตนมิได้ปฏิบัติตาม วรรคหนึ่ง ให้ผู้นั้นดำเนินการแจ้งข้อความ ซึ่งพึงระบุตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้รับคำสั่งทราบโดย ไม่ชักช้า ในกรณีนี้ให้ระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้อง เริ่มนับใหม่ นับแต่วันที่ผู้รับคำสั่งได้รับแจ้ง ข้อความดังกล่าว” และวรรคสาม บัญญัติว่า “ถ้าไม่มีการแจ้งใหม่ตามวรรคสองและ

ระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องมีกำหนดน้อยกว่าหนึ่งปี ให้ขยายเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องเป็นหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับคำสั่ง”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในการพิจารณาถึงระยะเวลาการฟ้องคดี ขอให้เพิกถอนประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง จำต้องมีการแยกพิจารณาตามประเภทของประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง โดยถ้าหากเป็นประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครองประเภท “กฎ” ผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องต่อศาล ภายในกำหนดเวลาเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี ตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่หากเป็นประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครองประเภท “คำสั่งทางปกครอง” ผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องต่อศาล ภายในกำหนดเวลาเก้าสิบวัน นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี หรือในกรณีที่ประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นคำสั่งทางปกครองดังกล่าว มิได้ระบุวิธีการยื่นคำฟ้องและระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครองไว้ ระยะเวลาการฟ้องคดี จะขยายเป็นหนึ่งปี ตามมาตรา 49 และมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

2) คดีประเภทที่สอง และประเภทที่สาม ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น อันเกิดจากประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง

เนื่องจากมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “การฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(3) ให้ยื่นฟ้องภายในหนึ่งปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปี นับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี” ดังนั้น การฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น อันเกิดจากประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง อันเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงต้องยื่นฟ้องภายในหนึ่งปี นับแต่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ว่าประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่เป็นนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว กระทบต่อสิทธิและทำให้ตนเองได้รับความเสียหาย แต่ไม่เกินสิบปี นับแต่วันที่มิประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว



#### (2.4) ลักษณะของคำฟ้อง

คำฟ้องต้องมีถ้อยคำสุภาพ และต้องมีรายการถูกต้องครบถ้วน ตามมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนี้

- 1) ชื่อและที่อยู่ของผู้ฟ้องคดี
- 2) ชื่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี ซึ่งในกรณีนี้อาจแยกตามประเภทคดีได้ ดังนี้

คดีประเภทแรก ซึ่งเป็นการฟ้องเพิกถอนประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีจะต้องระบุให้คณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหาร เป็นผู้ถูกฟ้องคดี แต่หากขณะยื่นฟ้องคดี คณะรัฐประหารและหัวหน้าคณะรัฐประหารได้สิ้นอำนาจไปตามกฎหมาย หลังจากที่คณะรัฐมนตรีที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้เข้ารับหน้าที่บริหารประเทศแล้ว ผู้ฟ้องคดีจะต้องพิจารณาว่ากฎหรือคำสั่งทางปกครองในรูปแบบประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารฉบับนั้นๆ หากออกในภาวะปกติ จะมีหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใดเป็นผู้ออก ก็จะต้องระบุชื่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น เป็นผู้ถูกฟ้องคดี ยกตัวอย่างเช่น การฟ้องเพิกถอนประกาศคณะรัฐประหารที่เป็นพระราชกฤษฎีกาเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งหากเป็นภาวะปกติ พระราชกฤษฎีกาจะออกโดยคณะรัฐมนตรี ผู้ฟ้องคดีก็จะต้องระบุให้คณะรัฐมนตรี เป็นผู้ถูกฟ้องคดี หรือในกรณีการฟ้องเพิกถอนประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่เป็นคำสั่งย้ายปลัดกระทรวง ซึ่งหากเป็นภาวะปกติจะออกโดยนายกรัฐมนตรี ผู้ฟ้องคดีก็จะต้องระบุให้นายกรัฐมนตรี เป็นผู้ถูกฟ้องคดี เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่สถานะของคณะรัฐประหารและหัวหน้าคณะรัฐประหารในทางกฎหมายได้สิ้นสุดลงไปแล้ว ในขณะที่คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาคดีของศาล ศาลย่อมจะต้องเรียกให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้อง หรือที่อาจได้รับผลกระทบจากคำพิพากษาหรือผลแห่งคดี ให้เข้ามาในคดี โดยเรียกให้เข้ามา เป็นผู้ถูกฟ้องคดี ด้วยการร้องสอด ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และข้อ 78 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ประกอบกับมาตรา 57 และมาตรา 58 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

คดีประเภทที่สอง ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการกระทำละเมิด อันเกิดจากประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง ในกรณี

ปกติ การฟ้องคดีประเภทนี้ ผู้ฟ้องคดีจะต้องฟ้องหน่วยงานทางปกครองที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้ออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองสังกัดอยู่ ให้เป็นผู้ถูกฟ้องคดี ทั้งนี้ ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหาร ไม่ถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ที่สังกัดอยู่ในหน่วยงานใด ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงจะต้องฟ้องกระทรวงการคลัง ให้เป็นผู้ถูกฟ้องคดี ทั้งนี้ ตามมาตรา 5 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

คดีประเภทที่สาม ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่น อันเกิดจากประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง โดยปกติคดีประเภทนี้ จะเป็นคดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานที่ดำเนินการในเรื่องนั้นๆ จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนให้แก่บุคคลที่ถูกกระทบสิทธิจากการใช้อำนาจทางปกครองดังกล่าว และในการฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีก็ต้องฟ้องหน่วยงานทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้รับผิดชอบดำเนินการ ซึ่งจะเป็นหน่วยงานที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลเช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น การฟ้องเรียกเงินค่าทดแทนที่ดินที่ถูกเวนคืนตามประกาศคณะรัฐประหาร ซึ่งในประกาศคณะรัฐประหารฉบับดังกล่าว อาจจะกำหนดให้กรมทางหลวง หรือกรุงเทพมหานคร หรือกรมทางหลวงชนบท หรือ...ฯลฯ ให้เป็นหน่วยงานที่มีอำนาจในการดำเนินการเวนคืนตามโครงการดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีก็ต้องฟ้องโดยระบุให้กรมทางหลวง หรือกรุงเทพมหานคร หรือกรมทางหลวงชนบท หรือ...ฯลฯ แล้วแต่กรณี ให้เป็นผู้ถูกฟ้องคดี เป็นต้น

3) การกระทำทั้งหลายที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี พร้อมทั้งข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ตามสมควรเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าว

4) คำขอของผู้ฟ้องคดี ในกรณีคดีประเภทแรก หมายถึง คำขอท้ายฟ้อง ที่ขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเพิกถอนประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง อันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีดังกล่าว ซึ่งศาลสามารถกำหนดค่าบังคับได้ ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง(1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และในกรณีคดีประเภทที่สองและประเภทที่สาม หมายถึง คำขอท้ายฟ้องที่ขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ฟ้องคดี หรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ ซึ่งศาลสามารถกำหนดค่าบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง(3) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

5) ลายมือชื่อของผู้ฟ้องคดี ถ้าเป็นการยื่นฟ้องคดีแทนผู้อื่น จะต้องแนบใบมอบฉันทะให้ผู้ฟ้องคดีมาด้วย

(2.5) การฟ้องซ้ำ ฟ้องซ้อน และการดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำ การฟ้องคดีต่อศาลปกครอง จะต้องไม่ปรากฏว่า เป็นการฟ้องซ้อน ตามข้อ 36(1) หรือ ดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำ ตามข้อ 96 หรือฟ้องซ้ำ ตามข้อ 97 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543

(3) ประเด็นเนื้อหาแห่งคดี อาจแยกได้ตามลักษณะประเภทคดี ดังนี้

(3.1) คดีประเภทแรก ซึ่งเป็นการฟ้องเพิกถอนประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง

สำหรับประเด็นเนื้อหาแห่งคดีประเภทแรกนี้ ศาลปกครอง จะต้องพิจารณาวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง อันเป็นวัตถุแห่งคดี โดยที่ศาลจะต้องพิจารณาถึงเหตุของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนี้

1) การออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ สำหรับในประเด็นนี้ เนื่องจากประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง ออกโดยคณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหาร ซึ่งแม้จะนี้อาจอ้างอำนาจตามระบบกฎหมายในภาวะปกติได้ แต่ก็มีอำนาจตามความเป็นจริง ดังนั้นในประเด็นนี้จึงไม่อาจนำมาพิจารณาได้โดยสภาพ เว้นแต่ศาลจะไม่ยอมรับหรือจะปฏิเสธสถานะหรือคำบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารโดยสิ้นเชิง ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 2.2.2.2 หรือเป็นการยอมรับสถานะหรือคำบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารเฉพาะในช่วงเวลา ก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญใหม่ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 2.2.2.3(2)

2) เป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ในประเด็นนี้ จะเป็นกรณีที่ศาลจะต้องตรวจสอบเนื้อหาของประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง อันเป็นวัตถุแห่งคดี ว่ามีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่าหรือไม่ หากผลการตรวจสอบปรากฏว่าเนื้อหาของประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลย่อมมีอำนาจกำหนดคำบังคับเพิกถอนได้

3) การออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองโดยไม่ถูกต้อง ตามรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น ประเด็นนี้ จะเป็นกรณีที่



ศาลจะตรวจสอบรูปแบบภายนอก ยกตัวอย่างเช่น การจัดทำเป็นหนังสือ การลงลายมือชื่อ หรือการประทับตราประจำตำแหน่งของผู้ออกคำสั่ง หรือการแสดงผลในคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น ซึ่งหากกฎหรือคำสั่งทางปกครอง มิได้กระทำตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดและเป็นรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญ ศาลย่อมมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับเพิกถอนได้

4) การออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น ประเด็นนี้จะเป็นกรณีที่ศาลจะตรวจสอบกระบวนการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ว่าได้ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ หากการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง มิได้กระทำตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด และเป็นขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ศาลย่อมมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับเพิกถอนได้

5) การออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองโดยไม่สุจริต เป็นกรณีที่ผู้มีอำนาจมิได้ออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะตามวัตถุประสงค์หรือตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างแท้จริง หากแต่มีเจตนาแอบแฝงเพื่อเอื้อประโยชน์แก่ตนเองหรือพวกพ้อง ซึ่งหากผลการตรวจสอบพบว่าเป็นกรณีเช่นนั้นจริง ศาลย่อมมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับเพิกถอนได้

6) การออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองโดยมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ประเด็นนี้ จะเป็นกรณีที่ศาลจะตรวจสอบว่ากฎหรือคำสั่งทางปกครองมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ หากผลการตรวจสอบพบว่ามีลักษณะเช่นนั้นจริง ศาลย่อมมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับเพิกถอนได้

7) การออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองโดยมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร ซึ่งหากศาลตรวจสอบแล้วพบว่า กฎหรือคำสั่งทางปกครองมีลักษณะเช่นนั้นจริง ศาลย่อมมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับเพิกถอนได้

8) เป็นกรณีที่มีการใช้ดุลพินิจในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบ ประเด็นนี้ จะเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจตัดสินใจในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง แต่ฝ่ายปกครองกลับใช้ดุลพินิจโดยไม่มีเหตุผลหรือออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองตามอำเภอใจ ซึ่งหากศาลตรวจสอบแล้วพบว่ามีลักษณะเช่นนั้นจริง ศาลย่อมมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับเพิกถอนได้

(3.2) คดีประเภทที่สอง ซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดอันเกิดจากประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง โดยปกติศาลจะตรวจสอบประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองเป็นประเด็นเบื้องต้น โดยมีรายละเอียดการพิจารณาดังที่กล่าวมาแล้วตามหัวข้อ (3.1) ส่วนประเด็นเนื้อหาแห่งคดี ที่ศาลปกครองจะต้องพิจารณาวินิจฉัย ตามหลักความรับผิดชอบของรัฐ นั้น เนื่องจากเรื่องดังกล่าว มีหลักกฎหมายที่แตกต่างหากเป็นการเฉพาะ ซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงจะไม่กล่าวถึงเรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด

(3.3) คดีประเภทที่สาม ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบอื่นอันเกิดจากประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง ยกตัวอย่างเช่นในอดีตจะมีบางกรณีที่มีการออกประกาศคณะรัฐประหารกำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืนฯ โดยในประกาศคณะรัฐประหารดังกล่าว จะระบุให้ถือว่า เป็นประกาศคณะรัฐประหารที่มีสถานะเป็นพระราชกฤษฎีกา ดังจะเห็นตัวอย่างได้จาก ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 22 ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน พ.ศ.2501 เรื่อง ให้ขยายเวลาการบังคับใช้พระราชกฤษฎีกาเวนคืนที่ดินฯ หรือประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 313 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ.2515 เรื่อง กำหนดแนวเขตทางหลวงที่จะสร้างเป็นทางหลวงจังหวัดฯ หรือในกรณีอื่นๆ ที่มีลักษณะเดียวกัน ซึ่งในกรณีการดำเนินการตามประกาศคณะรัฐประหารเหล่านั้น มีผลทำให้ประชาชนที่ถูกเวนคืนที่ดินที่ไม่พอใจจำนวนเงินค่าทดแทนที่ดินที่ได้รับ และได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลขอค่าทดแทนที่ดินเพิ่มขึ้น นั้น ถ้าหากเป็นกรณีที่เกิดขึ้นในปัจจุบันซึ่งมีการจัดตั้งศาลปกครองแล้ว คดีดังกล่าว ย่อมเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากเรื่องดังกล่าว มีหลักกฎหมายที่แตกต่างหากเป็นการเฉพาะ และไม่อยู่ในขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงจะไม่กล่าวถึงรายละเอียดเช่นเดียวกัน

### บทที่ 3

## การตรวจสอบนิติกรรม

### ทางปกครอง โดยศาลปกครองของต่างประเทศ

เนื่องจากศาลปกครองของไทยถูกจัดตั้งขึ้นโดยได้นำเอาระบบศาลปกครองของประเทศเยอรมันและของประเทศฝรั่งเศสมาเป็นแม่แบบ<sup>103</sup> และเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทยรวมทั้งได้เปิดทำการอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมแล้ว ปรากฏว่าหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสยังคงมีอิทธิพลต่อแนวทางการพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองของไทย รวมถึงแนวทางการวินิจฉัยชี้ขาดหรือการตัดสินคดีของศาลปกครองไทยเป็นอย่างมาก ดังนั้น ในการศึกษาเรื่องการตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครองของต่างประเทศในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ จึงมุ่งที่จะศึกษาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้ในการตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสและของประเทศเยอรมัน รวมทั้งหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส ในเรื่องการตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ฝ่ายปกครองออกในสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรงที่ไม่ปกติหรือในสถานการณ์พิเศษ โดยไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครองไว้ ทั้งนี้ เพื่อนำมาศึกษาเปรียบเทียบและนำเสนอแนวทางการตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่ถือเป็นนิติกรรมทางปกครอง โดยศาลปกครองของไทย

#### 3.1 แนวความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองของต่างประเทศ

##### 3.1.1. ความหมายและความแตกต่างของนิติกรรมทางปกครองตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสและเยอรมัน

###### 3.1.1.1 นิติกรรมทางปกครองตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสเรียกนิติกรรมทางปกครองว่า “Actes administratifs” ซึ่งย่อมาจากคำว่า “Actes juridiques du droit administratif”<sup>104</sup> อย่างไรก็ตาม ความหมายของนิติกรรมทางปกครองมิได้มีบทบัญญัติใดกำหนดค่านิยามไว้ เป็นลายลักษณ์อักษร หากแต่เกิดจากการพัฒนาหลักกฎหมายโดยศาลปกครองสูงสุดหรือ

<sup>103</sup> สำนักงานศาลปกครอง, *กว่าจะมาเป็น... ศาลปกครอง* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์พิชการพิมพ์, 2549), หน้า 158.

<sup>104</sup> Charles Eisenmann, *cours de droit administratif*, Tome II L.G.D.J., pp.188 – 189 อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส,” *วารสารกฎหมายปกครอง*, 9,1( เมษายน 2533): 55.



สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) และความเห็นของนักวิชาการ<sup>105</sup> Jean RIVERO และ Jean WALINE ได้อธิบายถึงนิติกรรมทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำทางปกครอง (Les actes de l'administration) อย่างหนึ่งไว้ว่า นิติกรรมทางปกครองก็มีลักษณะเหมือนนิติกรรมอื่นๆ คือ เป็นการแสดงเจตนาที่นำมาซึ่งความเปลี่ยนแปลงของความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่มีอยู่ในขณะที่เกิดนิติกรรมนั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ เป็นการแสดงเจตนาที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง<sup>106</sup> นิติกรรมทางปกครองของฝรั่งเศสในความหมายอย่างกว้าง จึงอาจถูกจำแนกได้หลายลักษณะทั้งนี้ขึ้นกับหลักเกณฑ์ที่จะนำมาจำแนก อย่างเช่น หากพิจารณาจากวัตถุประสงค์ (Objet) ของนิติกรรมทางปกครอง จะแบ่งออกได้ 3 ประเภท ได้แก่ (1) นิติกรรมทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นนามธรรมและมีผลบังคับเป็นการทั่วไป (disposition générale) หรือนิติกรรมที่มีลักษณะเป็น “กฎ” (acte – règle) (2) นิติกรรมทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์ซึ่งมีสถานะทางกฎหมายเฉพาะตัว (situation juridique individuelle) หรือเป็นนิติกรรมเชิงอัตตวิสัย (acte – subjectif) ที่มีลักษณะเป็นสัญญา และ (3) นิติกรรมทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์เป็นการปรับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายให้มีผลบังคับกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องเฉพาะราย (l'application à un cas individuel d'un statut général) หรือเป็นนิติกรรมเชิงเงื่อนไข (acte – condition) ที่ออกตามเงื่อนไขของกฎหมายเพื่อปรับใช้ให้มีผลเฉพาะกรณีเฉพาะเรื่องหรือเฉพาะราย<sup>107</sup> หรือที่เรียกว่า “คำสั่งทางปกครอง” แต่หากจะพิจารณาจากลักษณะของการก่อให้เกิดนิติกรรมทางปกครอง (la formation de l'acte) ก็จะมีการแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ (1) นิติกรรมฝ่ายเดียว (l'acte unilatéral) ซึ่งเป็นนิติกรรมที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจรัฐฝ่ายเดียวออกมาเพื่อบังคับใช้แก่ประชาชน และ (2) นิติกรรมทางปกครองสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย (l'acte bi ou pluri latéral) ซึ่งเป็นนิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาาร่วมกันของคู่กรณีสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย อันได้แก่สัญญา<sup>108</sup> หรืออาจจะมีการแบ่งประเภทออกในลักษณะอย่างอื่นอีก ตามที่ผู้แบ่งจะใช้หลักเกณฑ์ใด ทั้งนี้ ย่อมขึ้นกับวัตถุประสงค์ในการแบ่งเป็นสำคัญ

<sup>105</sup> มานิตย์ จุมปา, “การยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 11.

<sup>106</sup> Jean RIVERO et Jean WALINE, *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส(DROIT ADMINISTRATIF)*, แปลโดย สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 87.

<sup>107</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>108</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

ในปัจจุบันหลักเกณฑ์ในการแบ่งประเภทของนิติกรรมทางปกครองของฝรั่งเศสที่ได้รับการยอมรับมากที่สุดก็คือ การแบ่งประเภทนิติกรรมทางปกครองตามลักษณะของการก่อให้เกิดนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งมีการแบ่งออกเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว และนิติกรรมทางปกครองสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย<sup>109</sup> แต่อย่างไรก็ตาม ตามหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสเมื่อกล่าวถึง “นิติกรรมทางปกครอง” หรือ “Actes administratifs” จะหมายถึง นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (les actes unilatéraux de l'administration) เท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากกิจกรรมของฝ่ายปกครองล้วนทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ (intérêt général) ของมหาชน วิธีการ (moyen) ที่ฝ่ายปกครองใช้จึงได้รับเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชน (Prérogative de la puissance publique) การดำเนินกิจกรรมทางปกครอง จึงปรากฏออกมาในรูปของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลบังคับทันที (decision exécutoire) เป็นหลัก ส่วนนิติกรรมทางปกครองสองฝ่ายหรือสัญญาทางปกครองเป็นเพียงวิธีการเสริมที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้ ดังนั้น ตามหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส เมื่อกล่าวถึง “นิติกรรมทางปกครอง” หรือ “Actes administratifs” จึงหมายถึง นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (les actes unilatéraux de l'administration) มิได้หมายถึงนิติกรรมทางปกครองสองฝ่ายหรือสัญญาทางปกครองด้วยแต่อย่างใด<sup>110</sup>

นิติกรรมทางปกครอง (Actes administratifs) หรือนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (les actes unilatéraux de l'administration) ซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียว เพื่อออกนิติกรรมทางปกครองและก่อให้เกิดผลทางกฎหมายในการบังคับใช้แก่เอกชนนั้น จะแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทแรก คือ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป (les actes réglementaires) และประเภทที่สองคือ นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลบังคับเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีหรือเฉพาะราย (les actes administratifs unilatéraux)<sup>111</sup>

กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป (les actes réglementaires) เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายหรือเป็นมาตรการต่าง ๆ ที่ฝ่ายปกครองระดับสูงมีอำนาจกำหนด

<sup>109</sup> Jean RIVERO et Jean WALINE, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (DROIT ADMINISTRATIF), แปลโดย สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, หน้า 87.

<sup>110</sup> บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, “หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 62 – 64.

<sup>111</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 125.

ขึ้นเพื่อใช้บังคับเป็นการทั่วไป เช่น รัฐกฤษฎีกา คำสั่งหรือประกาศของรัฐมนตรี ของผู้ว่าราชการจังหวัด ของรัฐบาลหรือขององค์การฝ่ายปกครองอื่น ๆ<sup>112</sup> ซึ่งแต่เดิมในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้ยึดหลักการที่ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของปวงชนเท่านั้น ที่จะเป็นผู้มีอำนาจบัญญัติกฎหมายเพื่อออกมาบังคับใช้แก่ประชาชน ส่วนฝ่ายปกครองซึ่งไม่ใช่ตัวแทนของปวงชนย่อมไม่มีอำนาจดังกล่าว ดังนั้น กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปที่ออกโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองจึงมีขึ้นเพื่อขยายหลักการพื้นฐานของกฎหมายแม่บทที่ฝ่ายนิติบัญญัติออก และเป็นกฎเกณฑ์ที่กฎหมายแม่บทบัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครองออกได้เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันหรือฉบับปี ค.ศ. 1958 ปรากฏว่า บทบัญญัติมาตรา 34 และมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ได้กำหนดขอบเขตการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติไว้ โดยให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจออกกฎหมายได้เฉพาะเรื่องที่เป็นบทบัญญัติดังกล่าวของรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้เท่านั้น ส่วนเรื่องอื่นนอกเหนือจากที่กำหนดไว้กลายเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะออกเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ส่งผลทำให้ฝ่ายบริหารกลายเป็นฝ่ายที่มีอำนาจทั่วไปในการออกกฎหมาย ส่วนฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจออกกฎหมายเฉพาะเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น<sup>113</sup> รวมทั้งอำนาจของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่ขยายความหลักการพื้นฐานของกฎหมายแม่บทยังคงมีอยู่เช่นเดิม ทำให้บทบาทของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองของฝรั่งเศสในการออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปมีอย่างกว้างขวางมาก สิทธิของประชาชนจึงถูกกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจเช่นว่านี้ของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองมากด้วยเช่นกัน ดังนั้น เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ศาลปกครองจึงมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปซึ่งออกโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองดังที่ได้กล่าวมาแล้วทั้งหมด ไม่เว้นแม้แต่รัฐกำหนดที่รัฐสภาพังไม่ได้ให้สัตยาบันก็อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครองอีกด้วย<sup>114</sup>

ส่วนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลบังคับเฉพาะเรื่องหรือเฉพาะราย (les actes administratifs unilatéraux) จะเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจรัฐหรือเอกสิทธิ์พิเศษออกคำสั่งฝ่ายเดียวมาบังคับใช้แก่เอกชน และก่อให้เกิด

<sup>112</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, พิมพ์ครั้งที่ 2, หน้า 125.

<sup>113</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 125 - 129.

<sup>114</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.



ข้อผูกพันหรือสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ แก่ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งนั้น ๆ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งดังกล่าว ซึ่งนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวเช่นว่านี้จะมีผลบังคับได้เองทันที (le caractère exécutoire) โดยอาจจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับต่อผู้รับคำสั่งเป็นการเฉพาะตัว หรือต่อบุคคลเป็นการทั่วไปเฉพาะเรื่องหรือเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่งก็ได้ และเนื่องจากนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวหรือคำสั่งทางปกครองทั้งสองแบบ ล้วนก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลทั้งสิ้น ดังนั้น จึงอยู่ในอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองเช่นเดียวกัน ส่วนคำสั่งของฝ่ายปกครองบางประเภทที่ไม่มีผลบังคับ (la décision non exécutoire) อย่างเช่น คำสั่งที่เกิดขึ้นในขั้นตอนเตรียมการออกนิติกรรมทางปกครอง หรือที่มีขึ้นเพื่อจัดระบบงานภายในของฝ่ายปกครองและมีผลบังคับเฉพาะกับฝ่ายปกครองด้วยกันภายในเท่านั้น คำสั่งประเภทนี้ไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายใด ๆ ต่อบุคคลเป็นการเฉพาะตัว ดังนี้ บุคคลทั่วไปจึงไม่มีสิทธิหยิบยกขึ้นฟ้องร้องต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนได้<sup>115</sup> นอกจากนั้นยังมีคำสั่งของฝ่ายปกครองบางประเภทที่เป็นเพียงเครื่องมือการบริหารงานภายในของฝ่ายปกครอง อย่างเช่น หนังสือเวียน (circulaire) หรือแนวปฏิบัติ (directive) จะไม่มีผลบังคับออกสู่ภายนอก จึงไม่มีสิทธิที่จะหยิบยกขึ้นฟ้องต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอน ยกเว้น เฉพาะหนังสือเวียนหรือแนวปฏิบัติที่มีผลบังคับออกสู่ภายนอก ด้วยเหตุที่เป็นการบัญญัติเพิ่มเติมหรือขยายความกฎหมาย หรือเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองได้อาศัยหนังสือเวียนหรือแนวปฏิบัติเหล่านั้นไปเป็นฐานในการออกคำสั่งและกระทบสิทธิของบุคคลภายนอก กรณีเช่นนี้ ผู้ได้รับผลกระทบย่อมฟ้องต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนหนังสือเวียนได้ สำหรับแนวปฏิบัติแม้เอกชนจะไม่สามารถฟ้องเพิกถอนแนวปฏิบัติได้โดยตรง แต่ก็สามารถฟ้องเพิกถอนคำสั่งที่ออกโดยอาศัยแนวปฏิบัติเป็นฐานได้<sup>116</sup>

### 3.1.1.2 นิติกรรมทางปกครองตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน

นิติกรรมทางปกครองตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน เรียกว่า Rechtsgeschäft des Verwaltungsrechtes หรือที่เรียกกันทั่วไปว่า Verwaltungsakt เป็นแนวคิดทางกฎหมายที่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง (Rechtsschutz) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นการกำหนดเขตอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง

<sup>115</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, พิมพ์ครั้งที่ 2, หน้า 130 – 132.

<sup>116</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 132 – 134.

อันมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในขอบเขตของกฎหมายปกครอง<sup>117</sup> นิติกรรมทางปกครองนับเป็นแกนหลักของกฎหมายปกครองเยอรมัน โดยเยอรมันได้รับเอาทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองมาจากกฎหมายปกครองฝรั่งเศสและได้มีการนำมาพัฒนานับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1826 เป็นต้นมา<sup>118</sup> สำหรับความหมายของนิติกรรมทางปกครอง Otto Mayer ได้อธิบายไว้ว่า นิติกรรมทางปกครองเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาหรือคำสั่งของฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจเหนือต่อประชาชนในกรณีเฉพาะรายตามกฎหมาย<sup>119</sup> ต่อมาได้มีการตราคำนิยามไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร ตามมาตรา 35 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ.1976 ซึ่งได้บัญญัติคำนิยามไว้ว่า นิติกรรมทางปกครอง คือ คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการของฝ่ายปกครองใด ๆ ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการกำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่องเฉพาะรายในขอบเขตกฎหมายมหาชน ซึ่งมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก<sup>120</sup>

จากคำนิยามของนิติกรรมทางปกครองตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว อาจแยกพิจารณาสาระสำคัญของกรกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมันได้ 6 ประการ ดังนี้<sup>121</sup>

(1) นิติกรรมทางปกครองจะต้องมีลักษณะเป็นคำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการ (Maßnahme) ที่มีวัตถุประสงค์อันแสดงออกด้วยลายลักษณ์อักษร หรือด้วยวาจา หรือผ่านทาง การเคลื่อนไหวร่างกาย หรือเกิดจากเครื่องจักรกลหรือเครื่องคอมพิวเตอร์ที่เรียกว่า Verwaltungsfabrikate ก็ได้<sup>122</sup> และจะต้องเกิดจากการออกคำสั่ง คำวินิจฉัยหรือมาตรการโดยฝ่ายปกครองฝ่ายเดียว ไม่ได้เกิดจากการเจรจาตกลงกับอีกฝ่ายอย่างเช่น

<sup>117</sup> กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 141 – 142.

<sup>118</sup> Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, (Berlin Heidelberg: Springer – Verlag, 1985), P.32. อ้างถึงใน มานิตย์ จุมปา, “การยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารรัฐศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 15.

<sup>119</sup> Mayer,O,Deutsches Verwaltungsrecht,vol 1, 1895, p.95. อ้างถึงใน Mahendra P.Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, p.32. และกมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 142.

<sup>120</sup> กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 143.

<sup>121</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>122</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 144.

สัญญา แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงคำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการที่เกิดขึ้นในขั้นตอนเตรียมการออกนิติกรรมทางปกครอง (Vorbereitungsakt)<sup>123</sup>

(2) เป็นคำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการที่ออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Behörde) โดยที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หมายถึง องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่รับผิดชอบและปฏิบัติงานปกครองของฝ่ายบริหารตามโครงสร้างการแบ่งส่วนราชการของรัฐ รวมถึงส่วนราชการหรือเจ้าหน้าที่ที่อยู่ภายใต้บังคับขององค์กรเจ้าหน้าที่นั้นด้วย<sup>124</sup> นอกจากนี้ ยังรวมถึงองค์การฝ่ายนิติบัญญัติและองค์การฝ่ายตุลาการที่ใช้อำนาจทางปกครอง หรือองค์กรปกครองตนเอง คณะกรรมการต่าง ๆ ที่ใช้อำนาจรัฐ บุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ใช้

อำนาจทางปกครอง<sup>125</sup> องค์กรอิสระหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ<sup>126</sup> และองค์กรวิชาชีพที่ใช้อำนาจทางปกครอง<sup>127</sup> อีกด้วย ทั้งนี้ ตามมาตรา 1 (4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ ค.ศ. 1976 ซึ่งได้ให้คำนิยามไว้ว่า “ฝ่ายปกครอง คือ องค์กรที่มีหน้าที่กระทำการทางปกครอง”<sup>128</sup>

(3) เป็นคำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย กล่าวคือ จะต้องมิใช่ผลทางกฎหมายโดยเป็นการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองที่มุ่งให้เกิดผลทางกฎหมาย หรือก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายแก่ประชาชนเฉพาะรายเจาะจงตัวบุคคลและเป็นรูปธรรม (individualisiert und Konkretisiert) และจะต้องเป็นกฎเกณฑ์ฝ่ายเดียวเท่านั้น (einseitige Regelung)<sup>129</sup>

(4) เป็นคำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการที่เกิดจากการใช้อำนาจทางปกครอง (hoheitlich) กล่าวคือ อำนาจทางปกครองนี้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายปกครอง ดังนั้น หลักเกณฑ์การแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน และการ

<sup>123</sup> กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*, หน้า 144.

<sup>124</sup> H.U. Erichsen u. W. Martens, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, พิมพ์ครั้งที่ 2, Berlin, New York, หน้า 135. อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*, หน้า 145.

<sup>125</sup> กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*, หน้า 145.

<sup>126</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, “คดีปกครองเยอรมัน,” ใน *รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์*, (กรุงเทพฯ: พี.เค.พรินติ้งเฮาส์, 2531), หน้า 169.

<sup>127</sup> สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง,” *วารสารนิติศาสตร์* 20, 4 (ธันวาคม 2533): 65.

<sup>128</sup> Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, p.33.

<sup>129</sup> กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*, หน้า 146 - 147.



แบ่งกฎหมายมหาชนออกเป็นกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ จึงมีความสำคัญมากในการพิจารณาถึงองค์ประกอบในข้อนี้<sup>130</sup>

(5) เป็นคำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการที่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก (Die unmittelbare Rechtswirkung nach außen) องค์ประกอบข้อนี้เป็น การกำหนดขอบเขตระหว่างสิทธิเสรีภาพและการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐว่า เฉพาะกรณีที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเท่านั้น จึงจะถือเป็นนิติกรรมทางปกครอง หากเป็นเรื่องภายในของฝ่ายปกครอง (innerdienstliche Weisungen) นั้น ย่อมจะไม่ใช่นิติกรรมทางปกครองแต่ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากนิติกรรมทางปกครองอาจอ้างเพื่อให้ศาลตรวจสอบเป็นประเด็นเบื้องต้นว่า คำสั่ง หนังสือเวียน แนวปฏิบัติหรือมาตรการภายในเช่นว่านั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายและส่งผลให้นิติกรรมทางปกครองไม่ชอบไปด้วย<sup>131</sup>

(6) เป็นคำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการที่มีผลบังคับเฉพาะราย (individual) หรือบังคับต่อข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมเฉพาะเรื่อง (Konkret) เท่านั้น โดยจะต้องมีผลต่อข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมและระบุตัวผู้รับนิติกรรมเฉพาะรายหรือเฉพาะกลุ่ม หรือมีลักษณะเป็น “Konkret – individualer Charakter” แต่ไม่มีลักษณะเป็นปทัสฐานทางกฎหมายหรือเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป (general) ในลักษณะเป็นนามธรรม (abstrakt)<sup>132</sup>

3.1.1.3 ความแตกต่างระหว่างนิติกรรมทางปกครองตามหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสและเยอรมัน

จากแนวคิดหรือลักษณะของนิติกรรมทางปกครองของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสและเยอรมัน จะเห็นได้ว่าองค์ประกอบเกือบทั้งหมดจะมีลักษณะเช่นเดียวกัน ยกเว้นที่แตกต่างกันเฉพาะองค์ประกอบในเรื่องผลบังคับของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมันจะถือว่านิติกรรมทางปกครองจะต้องเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลบังคับต่อข้อเท็จจริงเรื่องใดเรื่องหนึ่งอย่างเป็นรูปธรรม หรือมีผลบังคับแก่บุคคลเฉพาะรายเท่านั้น ส่วนกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปและมีลักษณะเป็นนามธรรม โดยไม่เจาะจงกับข้อเท็จจริงในเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือผู้รับนิติกรรมคนใดคนหนึ่ง หรือที่มีลักษณะเป็นกฎหมายลำดับรอง ย่อมไม่ถือเป็นนิติกรรมทางปกครองตามหลัก

<sup>130</sup> กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 148.

<sup>131</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 149 - 150.

<sup>132</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 152 - 153.

กฎหมายปกครองเยอรมัน<sup>133</sup> ในขณะที่นิติกรรมทางปกครองตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจะมีความหมายกว้างกว่าโดยจะมีความหมายครอบคลุมทั้งที่เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลบังคับเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีหรือเฉพาะราย และที่เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปและมีลักษณะเป็นนามธรรมหรือที่เป็นกฎหมายลำดับรองด้วย

ดังนั้น ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากมีการอ้างอิงถึงนิติกรรมทางปกครองตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน จะหมายถึงนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีหรือเฉพาะรายหรือที่มีลักษณะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” เท่านั้น แต่หากอ้างอิงถึงนิติกรรมทางปกครองตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ย่อมหมายถึงนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณี หรือเฉพาะราย และยังรวมถึงที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปในลักษณะที่เป็นนามธรรมหรือที่เป็นกฎหมายลำดับรอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ นิติกรรมทางปกครองของฝรั่งเศสจะมีความหมายรวมทั้ง “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง” นั่นเอง

### 3.2 การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองในศาลปกครองของต่างประเทศ

#### 3.2.1. การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

##### 3.2.1.1 การยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองฝรั่งเศสที่มีเขตอำนาจเหนือคดี

###### (1) โครงสร้างศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะมีทั้งศาลปกครองตามลำดับชั้นสามัญ และปกครองชำนาญพิเศษ โดยที่ศาลปกครองตามลำดับชั้นสามัญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส จะแบ่งออกเป็น 3 ชั้นศาล ประกอบไปด้วย ศาลปกครองชั้นต้น (les tribunaux administratifs) ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (les Cours administratifs d'appel) และศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) และนอกจากศาลปกครองลำดับชั้นสามัญทั้งสามชั้นศาลดังกล่าวมาแล้ว ฝรั่งเศสยังมีศาลปกครองชำนาญพิเศษ (les juridictions spécialisées) จำนวนหนึ่ง<sup>134</sup> อีกด้วย เช่น ศาลบัญญัติภาค (Chambres régionales des

<sup>133</sup> Vgl. Schapats, *Vesfahren nach der verwaltungsgerichtsordnung*, 3 Aufl. 1982 VII, p.6 อ้างถึงใน สมยศ เท่อไทย, “การกระทำทางปกครอง,” *วารสารนิติศาสตร์* 20, 4 (ธันวาคม 2533): 66.

<sup>134</sup> ปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์, “องค์กรวินิจัยคดีปกครองต่างประเทศ(สาธารณรัฐฝรั่งเศส),” *วารสารวิชาการศาลปกครองฉบับพิเศษ*, (1 ตุลาคม 2552): 18.

comptes) ศาลบัญชี (Cour des comptes) ศาลทางวินัยแห่งมหาวิทยาลัย (juridictions disciplinaires de l'Université) หรือศาลผู้ประกอบวิชาชีพหรือสภาวิชาชีพ (juridictions des orders professionnels) เป็นต้น<sup>135</sup>

(2) เขตอำนาจ (compétence) ของศาลปกครองชั้นต้น ในการพิพากษาคดีปกครองทั่วไป

ตามโครงสร้างของศาลปกครองฝรั่งเศส เรียกศาลที่มีเขตพิจารณาพิพากษาคดีปกครองทั่วไป (juge de droit commun) ว่าศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทุกประเภทที่อยู่ในอำนาจตามโครงสร้างศาลตามลำดับชั้นสามัญ โดยมีต้องอาศัยอำนาจบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่ในทางตรงกันข้ามศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะหรือมีอำนาจเท่าที่ได้รับมอบหมาย (juge d'attribution) หรือศาลปกครองชำนาญพิเศษ (les juridictions spécialisées) จะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเฉพาะคดีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้ชัดแจ้งเท่านั้น เมื่อคดีใดที่ไม่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองชำนาญพิเศษเป็นการเฉพาะแล้ว ผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องคดีนั้นต่อศาลปกครองที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีทั่วไป ซึ่งก็คือ ศาลปกครองชั้นต้น ตามรัฐกฤษฎีกากลางวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 1953<sup>136</sup> ซึ่งได้กำหนดให้การฟ้องคดีที่นอกเหนือจากคดีที่กฎหมายกำหนดให้ฟ้องต่อศาลปกครองอื่นจะต้องยื่นฟ้องที่ศาลปกครองชั้นต้น<sup>137</sup> ดังนั้น การฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนหรือตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง โดยทั่วไปแล้วย่อมจะต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น เว้นแต่เป็นคดีที่มีกฎหมายกำหนดให้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดโดยตรงหรือกำหนดให้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชำนาญพิเศษ

(3) การแบ่งเขตอำนาจทางพื้นที่ของศาลปกครองชั้นต้น (la compétence ratione loci)

สำหรับการแบ่งเขตอำนาจทางพื้นที่ของศาลปกครองชั้นต้นทั้ง 27 แห่งนั้น ตามรัฐกฤษฎีกากลางวันที่ 28 พฤศจิกายน 1953 กำหนดให้คดีปกครองทุกเรื่องที่มาจากนิติกรรมทางปกครองให้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองที่มีเขตอำนาจเหนือพื้นที่ที่นิติกรรมทางปกครองนั้นออก แต่เนื่องจากปัญหาที่ศาลปกครองชั้นต้นแห่งกรุงปารีสต้องรับคดีจำนวนมหาศาล รัฐกฤษฎีกากลางวันที่ 1510 ลงวันที่ 27 ธันวาคม 1960 จึงได้กำหนดให้มีการ

<sup>135</sup> Jean RIVERO et Jean WALINE, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส(DROIT ADMINISTRATIF), แปลโดย สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, หน้า 172.

<sup>136</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 175.

<sup>137</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 194.



ฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นที่มีเขตอำนาจเหนือสถานที่ที่อาคารพิพาทตั้งอยู่ สถานที่ที่มีการกระทำละเมิด สถานที่ที่ผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาอยู่ สถานที่ที่มีการแต่งตั้งให้ข้าราชการพลเรือนไปดำรงตำแหน่ง นอกจากนี้ กฎหมายฉบับลงวันที่ 2 มีนาคม 1982 ยังกำหนดให้คดีที่หน่วยงานตัวแทนส่วนกลางหรือจังหวัดต่าง ๆ ยื่นคำร้องต่อศาลปกครองขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์การกระจายอำนาจ ให้ยื่นคำร้องต่อศาลปกครองชั้นต้นที่มีเขตอำนาจเหนือพื้นที่ที่หน่วยงานหรือจังหวัดที่เป็นผู้ยื่นคำร้องตั้งอยู่<sup>138</sup>

(4) คดีที่ต้องยื่นฟ้องตรงต่อสภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองสูงสุด มีอยู่ 2 ประเภทคดี ได้แก่

(4.1) คดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนรัฐกฤษฎีกา (les recours pour excès de pouvoir tendant à l'annulation d' un décret) หรือคดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนรัฐกำหนด และคดีเกี่ยวกับสถานะภาพของข้าราชการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยกฤษฎีกาของประธานาธิบดี แต่คดีเกี่ยวกับสถานะภาพข้าราชการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยกฤษฎีกาที่ตราโดยนายกรัฐมนตรีอยู่ในอำนาจของศาลปกครองชั้นต้น(รัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 29 มกราคม 1969) นอกจากนี้ คดีที่ต้องฟ้องตรงต่อศาลปกครองสูงสุดยังรวมถึงคดีเกี่ยวกับการแต่งตั้งสมาชิกสภาเศรษฐกิจ(รัฐกำหนดลงวันที่ 29 ธันวาคม 1958) และ(รัฐกฤษฎีกาปี 1963) คดีขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เป็น “กฎ” ของรัฐมนตรีต่าง ๆ ไม่ว่าจะตราขึ้นรูปแบบใด คดีขอให้เพิกถอนการกระทำของรัฐมนตรีที่ ต้องขอความเห็นชอบจากสภาแห่งรัฐก่อน (รัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 13 มิถุนายน 1966) และคดีเกี่ยวกับการเลือกตั้งเข้าสู่สภายุโรป (l'Assemblée européenne) ตามกฎหมายลงวันที่ 7 กรกฎาคม 1977

(4.2) คดีที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร หรือที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองชั้นต้นหลายศาลหรือที่เกิดจากการกระทำขององค์กรกลุ่มหรือคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทที่มีอำนาจหน้าที่ระดับประเทศ (รัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 26 สิงหาคม 1975)

อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐมักจะตีความจำกัดอำนาจของตนเองในการรับคดีฟ้องตรงต่อสภาแห่งรัฐ อย่างเช่น แม้ว่าคดีฟ้องขอให้เพิกถอนรัฐกฤษฎีกา จะเป็น

<sup>138</sup> Jean RIVERO et Jean WALINE, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส(DROIT ADMINISTRATIF), แปลโดย สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, หน้า 194 – 195.

คดีที่ต้องฟ้องตรงต่อสภาแห่งรัฐ แต่ในเรื่องการฟ้องขอชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากรัฐกฤษฎีกาหรือรัฐบัญญัติต้องฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น เป็นต้น<sup>139</sup>

### 3.2.1.2 การแบ่งประเภทคดีปกครองของฝรั่งเศส

การฟ้องคดีต่อศาลปกครองฝรั่งเศส โดยปกติแล้วจะมีการแบ่งประเภทคดีปกครองในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ออกเป็น 2 ลักษณะ ดังนี้

(1) การแบ่งประเภทคดีปกครองตามอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง ในการกำหนดค่าบังคับ ซึ่งเป็นการแยกแบบดั้งเดิมตามหลักเกณฑ์หรือแนวทางของ Professeur Laferrière<sup>140</sup> โดยแยกออกเป็น 4 ประเภท ดังต่อไปนี้<sup>141</sup>

(1.1) คดีที่ฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (contentieux d'annulation) เป็นคดีพิพาทอันเกิดจากฝ่ายปกครองได้ออกนิติกรรมทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือเกินอำนาจ (recours pour excès de pouvoir) โดยมุ่งขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบดังกล่าว

(1.2) คดีที่ศาลมีอำนาจเต็มหรือฟ้องขอให้ศาลสั่งให้ชำระเงิน (contentieux de pleine juridiction) เป็นคดีปกครองที่ขอให้ศาลมีอำนาจเต็มในการกำหนดค่าบังคับเพื่อเยียวยาความเสียหายโดยไม่เพียงแต่จะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น หากแต่สามารถสั่งให้ฝ่ายปกครองชำระเงินหรือชดเชยความเสียหายอันเกิดจากนิติกรรมทางปกครองหรือเกิดจากการกระทำทางปกครองได้อีกด้วย

(1.3) คดีที่ฟ้องขอให้ศาลวินิจฉัยเพียงว่านิติกรรมทางปกครองชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นคดีที่ขอให้ศาลตีความ (contentieux de l'interprétation)

(1.4) คดีที่ฟ้องขอให้ศาลพิพากษาลงโทษทางอาญา (contentieux de la répression) เป็นคดีอาญาที่ขึ้นศาลปกครองเพื่อสั่งลงโทษอาญาแก่บุคคลที่กระทำความผิดทางอาญาเกี่ยวกับที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน (contraventions de voirie) ซึ่งคดีประเภทนี้จะไม่เกี่ยวข้องกับการฟ้องขอให้ตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองแต่อย่างใด

<sup>139</sup> Jean RIVERO et Jean WALINE, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส(DROIT ADMINISTRATIF), แปลโดย สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, หน้า 189.

<sup>140</sup> วิษณุ วรรณุญ, ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร, ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป (กรุงเทพฯ: โครงการพัฒนาศึกษาวิจัยด้านกฎหมายมหาชน สำนักงานกฤษฎีกา, 2551), หน้า 299.

<sup>141</sup> Jean RIVERO et Jean WALINE, หลักกฎหมายปกครอง(DROIT ADMINISTRATIF), แปลโดย สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, หน้า 199.

(2) การแบ่งประเภทคดีปกครองตามสถานะทางกฎหมายบนพื้นฐานแบบภาวะวิสัยและอัตตะวิสัย แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ดังต่อไปนี้<sup>142</sup>

(2.1) คดีทางภาวะวิสัย (contentieux objectif) เป็นการฟ้องเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองหรือฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทั่วไป

(2.2) คดีทางอัตตะวิสัย (droit subjectif) เป็นการฟ้องเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคลที่ถูกกระทบหรือได้รับความเสียหาย และต้องการจะให้ศาลมีอำนาจเต็มในการกำหนดค่าบังคับให้ฝ่ายปกครองชำระเงินหรือชดเชยค่าเสียหาย ซึ่งการฟ้องเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากนิติกรรมทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองจึงอยู่ในประเภทคดีนี้

### 3.2.2 การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน

#### 3.2.2.1 การยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองเยอรมันที่มีเขตอำนาจเหนือคดี

##### (1) โครงสร้างศาลปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

ระบบศาลปกครองของเยอรมันแบ่งออกเป็น 3 ชั้นศาล โดยมีศาลปกครองชั้นต้นมี 52 ศาล ศาลอุทธรณ์ 15 ศาล และศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเป็นศาลปกครองสูงสุด<sup>143</sup>

(2) การแบ่งเขตอำนาจศาลในแง่ทางพื้นที่ (die oertliche Zuständigkeit)<sup>144</sup>

โดยทั่วไปการฟ้องคดีปกครองประเภทต่าง ๆ จะต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น<sup>145</sup> แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากศาลปกครองชั้นต้นมีจำนวนหลายแห่งมาก ดังนั้น ในการพิจารณาเขตอำนาจของศาลปกครองชั้นต้นแต่ละแห่ง จึงต้องใช้หลักเกณฑ์การแบ่งเขตอำนาจในแง่พื้นที่ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการแยก 6 ประการ ดังนี้<sup>146</sup>

<sup>142</sup> Jean RIVERO et Jean WALINE, *รวมหลักกฎหมายปกครองสาธารณรัฐฝรั่งเศส(DROIT ADMINISTRATIF)*, แปลโดย ยงยุทธ อนุกุล และคณะ(กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2547), หน้า 174.

<sup>143</sup> เติตดูมิ ลินพิมลบูรณ, "องค์กรวินัจฉัยคดีปกครองของต่างประเทศ (สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี)," *วารสารวิชาการศาลปกครอง ฉบับพิเศษ*, (1 ตุลาคม 2552): 52.

<sup>144</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, "เงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองของเยอรมัน," *วารสารนิติศาสตร์*, 29, 2 (มิถุนายน, 2542): 284.

<sup>145</sup> Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, หน้า 202. อ้างถึงใน นรินทร์ อธิสาร, "การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 79.

<sup>146</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, "เงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองของเยอรมัน," *วารสารนิติศาสตร์*, 29, 2: 284.



(2.1) ให้ฟ้องต่อศาลที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่ (มาตรา 52 ข้อ 1 VwGO)

(2.2) ในกรณีที่ฟ้องนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนหรือในกรณีที่ฟ้องอันเกี่ยวเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในทางกฎหมายมหาชน ให้ยื่นฟ้องต่อศาลอันเป็นที่ตั้งของหน่วยนั้น (มาตรา 52 ข้อ 4 VwGO)

(2.3) ในกรณีที่ฟ้องโต้แย้งนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งออกโดยเจ้าหน้าที่ของสหพันธ์รัฐ หรือนิติบุคคลของสหพันธ์รัฐ ให้ยื่นฟ้องต่อศาลที่หน่วยของสหพันธ์นั้น ๆ ตั้งอยู่ (มาตรา 52 ข้อ 2 VwGO)

(2.4) ในกรณีที่ฟ้องโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองในกรณีอื่น ๆ ให้ยื่นฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเหนือพื้นที่ที่มีการออกนิติกรรมทางปกครองนั้น ในกรณีที่นิติกรรมทางปกครองออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหลายองค์กร่วมกัน ให้ยื่นฟ้องต่อศาลที่ผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาอยู่ (มาตรา 52 ข้อ 3 VwGO)

(2.5) ในกรณีการฟ้องเพื่อพิสูจน์สิทธิ (Feststellungsklage) และการฟ้องเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการ (Leistungsklage) ให้ยื่นฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเหนือพื้นที่ที่หน่วยงานผู้ถูกฟ้องคดีตั้งอยู่ (มาตรา 52 ข้อ 5 VwGO)

(2.6) ในกรณีที่มีการยื่นฟ้องต่อศาลปกครองใด และศาลที่รับเรื่องเห็นว่าคดีดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองอื่น ให้ศาลปกครองอื่นที่ถูกวินิจฉัยถึงผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่รับเรื่อง แม้ว่าจะเป็นการวินิจฉัยที่ผิดก็ตาม ทั้งนี้ ตามมาตรา 83 VwGO และมาตรา 17a และมาตรา 17b GVG อันเป็นการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งในเรื่องเขตอำนาจศาล

(3) การแยกเขตอำนาจศาลในแง่ของเนื้อหาแห่งข้อพิพาท (die sachliche Zuständigkeit)<sup>147</sup>

เนื่องจากมีคดีปกครองบางประเภทที่กฎหมายบัญญัติให้ยื่นฟ้องโดยตรงต่อศาลปกครองชั้นที่สูงกว่าศาลปกครองชั้นต้น (Oberverwaltungsgericht)<sup>148</sup> หรือต้องยื่นฟ้องตรงต่อศาลปกครองชั้นอุทธรณ์โดยไม่ต้องฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งในปัจจุบันศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี 3 ประเภท ดังนี้<sup>149</sup>

<sup>147</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, “เงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองของเยอรมัน,” *วารสารนิติศาสตร์*, 29, 2: 284.

<sup>148</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>149</sup> Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, หน้า 202. อ้างถึงใน นรินทร์ อธิสาร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 80.

(3.1) คดีเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

(3.2) คดีที่ฟ้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง (Antrag auf Normenkontrolle) ซึ่งตามมาตรา 47 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ได้กำหนดให้ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง ดังต่อไปนี้<sup>150</sup>

(3.2.1) กฎหมายลำดับรองที่ออกภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายควบคุมอาคาร หรือออกตามกฎหมายที่ออกตามมาตรา 246 วรรคสอง ของกฎหมายควบคุมอาคาร

(3.2.2) กฎหมายลำดับรองของมลรัฐตามที่กฎหมายของมลรัฐ ได้กำหนดไว้หรือกฎหมายลำดับรองของนิติบุคคลมหาชนและองค์การกระจายอำนาจ

(3.3) คดีเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยพลังงานปรมาณู การก่อสร้างสถานีพลังงาน การวางระบบการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับสนามบิน ถนนและทางหลวง การคมนาคมทางบกและทางน้ำ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายเฉพาะได้กำหนดไว้

### 3.2.2.2 การแบ่งประเภทคดีปกครองของเยอรมัน

โดยปกติแล้วในระบบกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะมีการแบ่งประเภทคดีปกครองออกเป็น 5 ประเภทคดี ดังนี้<sup>151</sup>

(1) คดีฟ้องโต้แย้งนิติกรรมทางปกครอง (Anfechtungsklage) ตามมาตรา 42 VwGO เป็นคดีที่ฟ้องเพื่อมุ่งจะให้ศาลเพิกถอนหรือลบล้างนิติกรรมทางปกครอง โดยผู้ฟ้องคดีจะต้องถูกกระทบสิทธิจากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว และได้มีการอุทธรณ์โต้แย้งนิติกรรมทางปกครองตามขั้นตอนการเยียวยาโดยฝ่ายปกครองจนถึงที่สุดแล้ว<sup>152</sup>

(2) คดีฟ้องขอให้เจ้าหน้าที่ออกนิติกรรมทางปกครอง (Verpflichtungsklage) ตามมาตรา 75 VwGO เป็นกรณีที่ฟ้องว่าเจ้าหน้าที่ปฏิเสธหรือละเลยไม่ออกนิติกรรมทาง

<sup>150</sup> Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, หน้า 202. อ้างถึงใน นรินทร์ อธิสาร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 80.

<sup>151</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน, โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์(กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2547), หน้า 91-137.*

<sup>152</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 91 - 109.

ปกครองให้แก่ตน จึงฟ้องขอให้ศาลมีคำสั่งบังคับให้เจ้าหน้าที่ออกนิตินกรรมทางปกครองดังกล่าว<sup>153</sup>

(3) คดีฟ้องขอให้เจ้าหน้าที่กระทำการ (Leistungsklage) ซึ่งมีการบัญญัติแทรกไว้ในมาตรา 43 วรรคสอง มาตรา 111 และมาตรา 113 วรรคสี่ VwGO เป็นการฟ้องขอให้เจ้าหน้าที่กระทำการหรือละเว้นกระทำการอันมีนิตินกรรมทางปกครองแต่เป็นการกระทำทางกายภาพ (Realakte)<sup>154</sup>

(4) คดีฟ้องขอให้พิสูจน์สิทธิ (Feststellungsklage) ไม่ว่าจะเป็นการพิสูจน์สิทธิทั่วไป (die allgemeine Feststellungsklage) ตามมาตรา 43 I 1 AIT. อันเป็นการพิสูจน์การมีหรือไม่มีอยู่ของนิติสัมพันธ์ใด ๆ (Rechtsverhältnis) หรือฟ้องพิสูจน์สิทธิแบบป้องกันการกระทำที่จะเกิดขึ้นในอนาคต (die vorbeugende Feststellungsklage) หรือพิสูจน์สิทธิเพื่อแสดงความเป็นโมฆะของนิตินกรรมตามมาตรา 43 I 2 AIT หรือฟ้องขอให้พิสูจน์สิทธิเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่สิ้นไปแล้ว (die Fortsetzungsfeststellungsklage) ตามมาตรา 113 I 4 VwGO หรือฟ้องขอให้พิสูจน์สิทธิในเรื่องขอบเขตของกฎหมายวิธีบัญญัติ (die Zwischenfeststellungsklage) ตามมาตรา 173 VwGO ประกอบมาตรา 256 II ZPO<sup>155</sup>

(5) คำฟ้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง (Antrag auf Normenkontrolle) ตามมาตรา 47 วรรคหนึ่งและวรรคสอง VwGO เป็นการฟ้องเพื่อขอให้ยกเลิกหรือเพิกถอนกฎหมายลำดับรองเพื่อไม่ให้มีผลบังคับต่อไป<sup>156</sup>

### 3.3 การตรวจสอบเงื่อนไขในการฟ้องคดีของศาลปกครองต่างประเทศ

#### 3.3.1 เงื่อนไขเกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง

##### 3.3.1.1 ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง ตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส

โดยปกติคุณสมบัติของผู้ที่จะยื่นฟ้องคดี (Qualité Pour Agir)<sup>157</sup> โดยเฉพาะการฟ้องขอให้ตรวจสอบนิตินกรรมทางปกครองจะมีหลักเกณฑ์ 2 ประการ ดังนี้<sup>158</sup>

<sup>153</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน, โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 119 - 115.

<sup>154</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 115 - 121.

<sup>155</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 121 - 129.

<sup>156</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 129 - 137.

<sup>157</sup> โภคิน พลกุล, "คดีปกครองในฝรั่งเศส (37)," วารสารอัยการ, 9, 97 (มกราคม 2529): 50.

<sup>158</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.



(1) ความสามารถในการใช้สิทธิทางศาล (capacité d'ester en justice)<sup>159</sup>

กล่าวคือ จะต้องมีส่วนบุคคลและมีความสามารถตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการฟ้องคดีแบบภววิสัย (Contentieux Objectif) เป็นคดีที่มุ่งปกป้องประโยชน์สาธารณะ ส่วนการฟ้องคดีแบบอัตตวิสัย (Contentieux Subjectif) เป็นคดีที่มุ่งจะปกป้องสิทธิส่วนบุคคลของผู้ฟ้องคดี<sup>160</sup> ดังนั้น ในคดีแบบภววิสัย จึงตีความค่อนข้างกว้าง ทำให้กลุ่มบุคคลที่ไม่ได้เป็นนิติบุคคลก็มีสิทธิฟ้องคดีได้<sup>161</sup>

(2) ผู้ฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้ที่มีส่วนได้เสีย (intérêt) แม้ว่าคดีแบบภววิสัย จะเป็นการฟ้องเพื่อมุ่งรักษาประโยชน์ส่วนสาธารณะก็ตาม แต่ก็มีได้หมายความว่าผู้ใดก็มีสิทธิฟ้องได้ในลักษณะ Action populaire หรือ Actio popularis แต่อย่างใด<sup>162</sup> แต่ผู้ที่จะมีสิทธิฟ้องคดีได้จะต้องได้รับความเสียหายหรือเป็นผู้มีส่วนได้เสียจากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวด้วย และจะต้องเป็นความเสียหายหรือส่วนได้เสียโดยตรงและเฉพาะเจาะจง (Intérêt Direct et Personnel) หรือเป็นความเสียหายร่วม (Intérêt collectif) สำหรับการรวมกลุ่มของบุคคล หรือจะต้องมีส่วนได้เสียทางจิตใจ (Intérêt Moral) ที่ไม่ใช่ส่วนได้เสียทางความรู้สึก (Intérêt sentimental) และจะต้องเป็นส่วนได้เสียที่เกิดขึ้นและยังมีอยู่ในขณะฟ้อง (Intérêt Né Et Actuel) หรือจะเกิดขึ้นแน่นอนในอนาคตที่เห็นได้โดยไม่อาจหลีกเลี่ยง<sup>163</sup>

## 3.3.1.2 ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง ตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน

ผู้มีสิทธิฟ้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขการฟ้องคดีตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung – VwGo) ค.ศ.1960 ซึ่งได้บัญญัติกำหนดเงื่อนไขไว้หลายประการ<sup>164</sup> ซึ่งอาจสรุปรวมกันได้ 2 กรณี ดังนี้

(1) เงื่อนไขเรื่องความสามารถของผู้ฟ้องคดี ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความสามารถในการเข้าไปมีส่วนร่วมในคดี (Beteiligtenfaehigkeit) ตามมาตรา 61

<sup>159</sup> Jean RIVERO et Jean WALINE, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส(DROIT ADMINISTRATIF), แปลโดย สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, หน้า 233.

<sup>160</sup> โภคิน พลกุล, “คดีปกครองในฝรั่งเศส (30),” วารสารอัยการ, 8, 90 (มิถุนายน 2528): 58.

<sup>161</sup> โภคิน พลกุล, “คดีปกครองในฝรั่งเศส (37),” วารสารอัยการ, 9, 97: 50.

<sup>162</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.

<sup>163</sup> โภคิน พลกุล, “คดีปกครองในฝรั่งเศส (37),” วารสารอัยการ, 9, 97: 50 – 53, และ “คดีปกครองในฝรั่งเศส (38),” วารสารอัยการ, 9, 98 (กุมภาพันธ์ 2529): 37 – 40.

<sup>164</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, “เงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองของเยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์, 29, 2(มิถุนายน, 2542): 278.

VwGO อำนาจในการดำเนินคดี (Prozessfuehrungsbefugnis) ตามมาตรา 78 VwGO ความสามารถในการดำเนินคดี (Prozessfaehigkeit) และการมีตัวแทนในคดี (Prozessvertretung) ตามมาตรา 62 และมาตรา 67 VwGO<sup>165</sup>

(2) เงื่อนไขเกี่ยวกับความจำเป็นที่จะต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิและการมีอำนาจฟ้องคดี โดยที่ความจำเป็นที่จะต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิ (Rechtsschutzbeduerfnis) หมายความว่า ความประสงค์ในการฟ้องคดีจะต้องสามารถที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิโดยทางศาลได้<sup>166</sup> ส่วนอำนาจฟ้องคดี (Klagebefugnis) กรณีฟ้องโต้แย้งนิติกรรมทางปกครอง (Anfechtungsklage) และฟ้องว่าฝ่ายปกครองปฏิเสธหรือละเว้นไม่ออกนิติกรรมทางปกครอง (Verpflichtungsklage) ผู้ฟ้องคดีจะต้องถูกละเมิดสิทธิจากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว หรือจากการปฏิเสธหรือละเว้นไม่ออกนิติกรรมทางปกครองตามมาตรา 42 วรรคสอง VwGO โดยมาตราดังกล่าวจะไม่ยอมรับหลักการ Popularklage ที่จะให้ผู้ใดฟ้องคดีก็ได้<sup>167</sup> อีกทั้งการฟ้องขอให้ตรวจสอบกฎหมายลำดับรอง ผู้ฟ้องคดีก็ต้องถูกระทบสิทธิจากกฎหมายลำดับรองตามหลักเกณฑ์มาตรา 42 วรรคสอง VwGO เช่นเดียวกัน และแม้ว่าการตีความถึงความเสียหายที่สิทธิถูกระทบกระเทือนจากกฎหมายลำดับรองจะมีการตีความกว้างกว่าความเสียหายที่สิทธิถูกระทบกระเทือนจากนิติกรรมทางปกครอง แต่ก็เป็นปฏิเสธหลักการฟ้องคดีแบบ Popularklage เช่นเดียวกัน<sup>168</sup>

### 3.3.2 เงื่อนไขเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดี

#### 3.3.2.1 การอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครอง ตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายกฎหมายปกครองฝรั่งเศส จะใช้ระบบอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง (les recours administratif) โดยแยกออกเป็น 2 ระบบ ได้แก่ ระบบอุทธรณ์ปกติ (recours administrative ordinaire) และระบบอุทธรณ์พิเศษ (recours spéciaux)<sup>169</sup> โดยที่ระบบอุทธรณ์แบบปกติ จะเป็นระบบอุทธรณ์เพื่อเลือก<sup>170</sup> กล่าวคือ ผู้อุทธรณ์ที่ต้องการจะร้องเรียนคัดค้านคำสั่งทางปกครอง จะร้องเรียนหรืออุทธรณ์

<sup>165</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, “เงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองของเยอรมัน,” *วารสารนิติศาสตร์*, 29, 2: 285 – 288.

<sup>166</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 289.

<sup>167</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, “เงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองของเยอรมัน,” *วารสารนิติศาสตร์*, 29, 2: 294.

<sup>168</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>169</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์, 2540), หน้า 369 –

<sup>170</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 370.

คัดค้านไปยังเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง (les recours gracieux) หรือผู้บังคับบัญชาของผู้ออกคำสั่ง (les recours hierarchique) หรือจะร้องเรียนหรืออุทธรณ์คัดค้านไปยังผู้กำกับดูแล (le recours de tutelle) ก็ได้ และการร้องเรียนหรือการอุทธรณ์สามารถทำได้ ไม่ว่าจะมีความหมายบัญญัติไว้หรือไม่ก็ได้ โดยทั่วไปจะไม่มีรูปแบบสามารถอุทธรณ์ด้วยวาจาก็ได้ ทั้งไม่มีอายุความ และไม่มีเงื่อนไขว่าต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งเป็นข้อแตกต่างกับการฟ้องคดีต่อศาล (le recours juridictionnel) ดังนั้น การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองจึงไม่ผูกพันกับการพิจารณาคดีของศาล และหาได้เป็นเหตุตัดสิทธิที่จะฟ้องคดีต่อศาลไปพร้อม ๆ กันไม่ (l'exemption de recours parallèle) ถ้าฝ่ายปกครองวินิจฉัยอุทธรณ์เสร็จก่อนก็ไม่มีผลต่อการพิจารณาคดีของศาล เว้นแต่จะได้มีการวินิจฉัยอุทธรณ์เพิกถอนคำสั่งทางปกครองอันเป็นวัตถุแห่งคดีแล้ว กรณีเช่นนี้ศาลจะยกฟ้องเพราะสมประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีและไม่มีประโยชน์ที่จะพิจารณาพิพากษาอีก แต่หากศาลพิพากษาก่อน ฝ่ายปกครองก็วินิจฉัยอุทธรณ์ต่อไป แต่ทั้งนี้ผลการวินิจฉัยต้องไม่ขัดหรือแย้งกับคำพิพากษาที่ถึงที่สุด<sup>171</sup>

สำหรับการอุทธรณ์ระบบพิเศษ (les recours speciaux)<sup>172</sup> หรืออาจเรียกว่า การอุทธรณ์ในลักษณะกึ่งข้อพิพาท (les recours Quasi - contentieux)<sup>173</sup> จะเป็นข้อยกเว้นของระบบอุทธรณ์แบบปกติ กล่าวคือ จะเป็นกรณีที่กฎหมายพิเศษกำหนดให้ต้องมีการอุทธรณ์ก่อนการฟ้องคดี ดังนั้น การที่จะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลได้ จะต้องดำเนินการอุทธรณ์ตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดเสียก่อน มิเช่นนั้นไม่อาจจะใช้สิทธิทางศาลได้ โดยทั่วไปผู้เดือดร้อนหรือเสียหายจะต้องอุทธรณ์ก่อนขาดอายุความฟ้องร้อง ซึ่งปกติอายุความฟ้องคดีจะเป็นเวลา 2 เดือน นับแต่ทราบถึงการกระทำทางปกครองที่ทำให้ตนเสียหาย เมื่ออุทธรณ์แล้วอายุความการฟ้องคดีจะสะดุดหยุดลง ถ้าฝ่ายปกครองไม่พิจารณาอุทธรณ์ภายใน 4 เดือน รัฐธรรมนูญกลางวันที่ 11 มกราคม 1965 ให้ถือว่าเป็นการปฏิเสธ ผู้อุทธรณ์ต้องยื่นฟ้องคดีเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (les recours en annulation) ภายในอายุความ 2 เดือน นับแต่พ้น 4 เดือนนับแต่ยื่นอุทธรณ์ ยกเว้นกรณีการฟ้องเรียกค่าเสียหายหรือเกี่ยวกับสัญญา (le recours de plein - contentieux) อายุความ 2 เดือน จะเริ่มนับตั้งแต่ได้รับคำตอบปฏิเสธอย่างชัดแจ้งจากฝ่ายปกครองเท่านั้น ไม่ว่าจะ

<sup>171</sup> โภคิน พลกุล, "คดีปกครองในฝรั่งเศส," วารสารอัยการ, 6, 61 (มกราคม 2526): 58 - 59.

<sup>172</sup> Jean - Marie Auby et Roland Drago, *Traite des recours en matiere administrative* (1992), อ้างถึงในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*, (กรุงเทพฯ : จีวรจักรพิมพ์, 2540) หน้า 371.

<sup>173</sup> ขวัญชัย สันตสว่าง, *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2539) หน้า 28.



ระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์ของฝ่ายปกครองจะนานเท่าใดก็ไม่สำคัญ สำหรับกรณีตัวอย่างที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้ต้องมีการอุทธรณ์ก่อน เช่น ตามกฎหมายว่าด้วยเรื่องการจัดรูปที่ดินในชนบทลงวันที่ 9 มีนาคม 1941 หรือการฟ้องคดีเกี่ยวกับสถาบันวิชาชีพทั้งหลาย (les Ordres professionnels) เป็นต้น<sup>174</sup> และการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองโดยหลักแล้วจะไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น<sup>175</sup>

### 3.3.2.2 การอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครอง ตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง (Vorverfahren) สำหรับการฟ้องคดีโต้แย้งนิติกรรมทางปกครอง (Anfechtungsklage) และฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครอง (Verpflichtungsklage) ถือเป็นระบบอุทธรณ์บังคับ กล่าวคือ ด้านหนึ่งเป็นกระบวนการภายในฝ่ายปกครอง แต่ขณะเดียวกันอีกด้านหนึ่งก็เป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีสำหรับการฟ้องคดีทั้งสองประเภทดังกล่าว ทั้งนี้ ตามมาตรา 68 VwGO ดังนั้น หากจะยื่นฟ้องคดีทั้งสองประเภทจะต้องอุทธรณ์นิติกรรมทางปกครองภายในฝ่ายปกครองก่อน<sup>176</sup> แต่สำหรับคำฟ้องประเภทอื่นจะไม่ตกอยู่ในบังคับให้ต้องอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดีแต่อย่างใด ยกเว้นจะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น<sup>177</sup>

อย่างไรก็ตาม สำหรับการอุทธรณ์นิติกรรมทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง มีข้อยกเว้น 3 กรณี ได้แก่ (1) กรณีที่มีกฎหมายบัญญัติยกเว้นไม่ให้อุทธรณ์ (2) เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองชั้นสูงของสหพันธ์ ได้แก่ ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี (3) เป็นกรณีที่บุคคลที่สามที่ได้รับผลกระทบจากนิติกรรมทางปกครองสามารถยื่นฟ้องเพิกถอนได้โดยไม่ต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน ตามมาตรา 70 วรรคหนึ่ง VwGO กำหนดให้การอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือหรือบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร และให้ยื่นอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งภายใน 1 เดือน นับแต่ได้รับทราบคำสั่ง<sup>178</sup>

<sup>174</sup> โทคิน พลกุล, “คดีปกครองในฝรั่งเศส,” วารสารอัยการ, 6, 61 (มกราคม 2526): 59 – 60.

<sup>175</sup> ฤทัย หงส์ศิริ, “นิติกรรมทางปกครอง,” ในคู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545), หน้า 327.

<sup>176</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน*, (กรุงเทพฯ : บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2547), หน้า 87.

<sup>177</sup> Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective* 123 (1985) อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*, หน้า 376.

<sup>178</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน*, หน้า 88.

เมื่อผู้อุทธรณ์ได้ยื่นอุทธรณ์ภายในกำหนดดังกล่าวแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ และการอุทธรณ์ถือเป็นการทูลเกล้า การบังคับตามคำสั่งทางปกครอง (Suspensiveffekt) เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น<sup>179</sup> รวมทั้งยังมีทำให้อายุความฟ้องร้องคดีสะดุดหยุดลง

### 3.3.3 อายุความการฟ้องคดีปกครอง

#### 3.3.3.1 อายุความการฟ้องคดีปกครอง ตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส

โดยทั่วไปในการฟ้องคดีปกครอง บทบัญญัติตามมาตรา 1 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐกฤษฎีกาเลขที่ 65 – 29 ฉบับลงวันที่ 11 มกราคม 1965 มาตรา R.421 – 1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง<sup>180</sup> และมาตรา 8 ของรัฐกฤษฎีกาฉบับลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 1983<sup>181</sup> จะกำหนดให้ฟ้องคดีปกครองภายใน 2 เดือน นับแต่วันที่มติกรมทางปกครองอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี

สำหรับนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะเรื่องเฉพาะราย (décision individuelle) อายุความการฟ้องคดี 2 เดือนจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่ผู้เกี่ยวข้องได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง แต่ถ้าเป็นกรณีคำสั่งทางปกครองไม่ได้เกิดจากการริเริ่มของฝ่ายปกครองหากแต่เกิดจากการยื่นคำร้องขอของประชาชน และฝ่ายปกครองเพิกเฉยไม่ยอมออกคำสั่งทางปกครองเป็นระยะเวลา 4 เดือนนับแต่วันที่ยื่นคำร้องขอ กรณีนี้จะถือว่าคำสั่งปฏิเสธโดยปริยาย อายุความ 2 เดือน จะเริ่มนับตั้งแต่วันที่ครบระยะเวลา 4 เดือนนับแต่วันที่ยื่นคำร้องขอ แต่ต่อมาในระหว่างที่ยังอยู่ในช่วงเวลาการฟ้องคดี 2 เดือนดังกล่าว ฝ่ายปกครองได้มีคำสั่งทางปกครองโดยชัดแจ้งออกมา อายุความ 2 เดือน จะเริ่มนับใหม่ตั้งแต่วันที่ได้รับทราบคำสั่งปฏิเสธดังกล่าว<sup>182</sup>

กรณีนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎ (acte réglementaire) อายุความการฟ้องคดี 2 เดือน จะเริ่มนับตั้งแต่วันที่มีการประกาศโฆษณากฎดังกล่าวให้

<sup>179</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “ความชอบด้วยกฎหมาย ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย และผลบังคับทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ตามกฎหมายเยอรมัน,” ใน รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540) หน้า 85 – 86.

<sup>180</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (กรุงเทพฯ : จีระการพิมพ์, 2540), หน้า 373 - 374.

<sup>181</sup> Jean RIVERO et Jean WALINE, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส(DROIT ADMINISTRATIF), แปลโดย สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, หน้า 207.

<sup>182</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

ประชาชนทราบ<sup>183</sup> แต่ในกรณีที่กฎได้มีการประกาศใช้เกิน 2 เดือนแล้ว ต่อมาเมื่อฝ่ายปกครองได้นำกฎดังกล่าวมาเป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครอง ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งดังกล่าวก็ฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง โดยอ้างเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎได้ ซึ่งศาลจะมีการพิจารณาเป็นประเด็นเบื้องต้นถึงความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้นไปในตัว<sup>184</sup> นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญกาลลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 1983 ยังเปิดโอกาสให้ประชาชนร้องขอให้หน่วยงานที่มีอำนาจยกเลิกกฎที่ไม่ชอบได้ตลอดเวลา และเมื่อฝ่ายปกครองปฏิเสธไม่ยกเลิกกฎสามารถฟ้องเพิกถอนคำสั่งปฏิเสธภายใน 2 เดือน นับแต่มีการปฏิเสธดังกล่าว<sup>185</sup>

ส่วนคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็ม (recours de pleine juridiction) ซึ่งเป็นการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองและเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว การฟ้องคดีประเภทนี้จะต้องมีคำร้องขอให้ฝ่ายปกครองมีนิติกรรมทางปกครองก่อน ซึ่งในกรณีที่เป็นการฟ้องเรียกเงินจากรัฐทุกกรณีจะใช้อายุความ 4 ปี เป็นหลัก โดยนับจากวันแรกของปีที่ถัดมาจากปีที่เกิดสิทธิ (มาตรา 1 ของกฎหมาย loi no.68 – 1250 du 31 décembre 1968) แต่ถ้ามีการร้องขอให้ฝ่ายปกครองกำหนดค่าเสียหายและฝ่ายปกครองได้มีคำสั่งตามคำขออย่างชัดเจน (la décision expresse) ก็จะต้องฟ้องภายใน 2 เดือน นับแต่วันที่รับแจ้งคำสั่งตามมาตรา 1 วรรคสี่ ของรัฐกฤษฎีกา Décret no. 65 – 29 du 11 janvier 1965 แต่ถ้ายื่นคำร้องขอแล้ว ฝ่ายปกครองนิ่งเฉยโดยไม่มีผลการพิจารณาใด ๆ ออกมา กรณีนี้จะไม่ถือว่าฝ่ายปกครองมีคำสั่งปฏิเสธโดยปริยายแต่อย่างใด แต่จะใช้อายุความ 4 ปี เสมอ<sup>186</sup> ส่วนคดีเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะสามารถฟ้องคดีได้โดยไม่ต้องมีคำสั่งก่อนและจะฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้<sup>187</sup>

<sup>183</sup> Jean RIVERO et Jean WALINE, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส(DROIT ADMINISTRATIF), แปลโดย สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, หน้า 207.

<sup>184</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, หน้า 373.

<sup>185</sup> Jean RIVERO and Jean WALINE, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส(DROIT ADMINISTRATIF), แปลโดย สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, หน้า 208.

<sup>186</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, หน้า 373 - 374.

<sup>187</sup> C.E.16 October 1970, T.G.P.des Hauts-de-Seinc.Rec.p.584. และ C.E.19 janvier 1963, Wierel.p.28. อ้างถึงใน ตระหง่าน เกียรติศิริโรจน์, “อายุความหรือระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2547), หน้า 55 – 58.



### 3.3.3.2 อายุความการฟ้องคดีปกครอง ตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน

คดีที่ฟ้องโต้แย้งหรือขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) จะต้องฟ้องภายในระยะเวลา 1 เดือน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองกรณีที่เป็นการอุทธรณ์บังคับ ส่วนกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้ไม่ต้องอุทธรณ์ (มาตรา 68 วรรคแรก และมาตรา 68 วรรคแรก ข้อ 1 และข้อ 2 VwGO) จะต้องฟ้องคดีภายใน 1 เดือน นับแต่ได้รับคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ ตามมาตรา 74 VwGO<sup>188</sup>

คดีที่ฟ้องขอให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) จะต้องฟ้องภายใน 1 เดือน นับแต่วันที่ได้รับทราบคำสั่งปฏิเสธไม่ออกคำสั่งตามที่ร้องขอ และในกรณีนี้ฝ่ายปกครองเพิกเฉยหรือมิได้มีคำสั่งปฏิเสธโดยชัดแจ้ง ซึ่งเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองละเลยที่จะออกคำสั่งทางปกครองใด ๆ (Untätigkeitsklage) จะต้องยื่นฟ้องภายใน 1 เดือน นับแต่พ้นระยะเวลา 3 เดือน นับแต่วันที่ได้ยื่นคำร้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง<sup>189</sup>

คดีที่ฟ้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือกฎหมายลำดับรอง (Antrag auf Normenkontrolle) จะต้องฟ้องภายใน 2 ปี นับแต่ได้มีการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย ทั้งนี้ ตามมาตรา 47 วรรคสอง VwGO<sup>190</sup>

ส่วนคดีละเมิดทางปกครองแม้จะมีหลักความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่แตกต่างจากหลักกฎหมายแพ่งทั่วไป แต่การฟ้องคดีละเมิดจะอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม วิธีการฟ้องคดีและอายุความจึงเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่ง<sup>191</sup> ซึ่งมาตรา 852 BGB ให้ยื่นฟ้องภายใน 3 ปี นับแต่รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้ต้องชดใช้ค่าเสียหาย

### 3.3.4 เงื่อนไขการฟ้องคดีอื่น ๆ

สำหรับเงื่อนไขการฟ้องคดีอื่น ๆ อย่างเช่น ตามหลักทั่วไปของหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจะมีข้อห้ามให้มีการฟ้องคดีหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีซ้ำซ้อนกัน ส่วนกรณีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเพราะเหตุกระทำเกินอำนาจแล้วยังสามารถฟ้องคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มเพื่อขอให้มีการชดใช้ค่าเสียหายจากนิติกรรมทาง

<sup>188</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน, หน้า 101 - 102.

<sup>189</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 112 - 113.

<sup>190</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 132.

<sup>191</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 380.

ปกครองดังกล่าวอีก<sup>192</sup> ก็เป็นไปตามหลักสิทธิที่จะดำเนินคดีแบบอื่นคู่กันไป (Recours Parallele)<sup>193</sup> ซึ่งก็เป็นการฟ้องคดีคนละประเภทคดีกันอยู่แล้ว สำหรับตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมันก็มีเงื่อนไขห้ามฟ้องซ้ำฟ้องซ้อนไว้เช่นกัน โดยมีเงื่อนไขว่าเรื่องที่จะฟ้องจะต้องยังไม่เคยมีการฟ้องเป็นคดีต่อศาลมาก่อน (Fehlende Rechtshängigkeit) และจะต้องยังไม่เคยมีคำพิพากษาของศาลในคดีนั้น (Rechtskraft)<sup>194</sup>

ส่วนรูปแบบของคำฟ้องก็ถือหลักที่ไม่มีอีกรูปแบบอย่างเคร่งครัดหรือมีรูปแบบน้อย (peu formaliste)<sup>195</sup> เช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น ไม่มีแบบพิมพ์ เพียงแต่ปิดอากรแสตมป์และระบุคำขอพร้อมเหตุผล และแนบคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีหรือแสดงหลักฐานว่าเป็นคำสั่งทางปกครองโดยปริยาย<sup>196</sup> สำหรับหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ที่ถูกฟ้องก็ไม่มีปัญหาเช่นกันโดย "รัฐ" ถือเป็นนิติบุคคล ดังนั้น กิจการของการปกครองส่วนกลางจึงทำในนามรัฐ รัฐจึงเป็นผู้ถูกฟ้องคดีโดยหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องซึ่งเป็นผู้ทำงานแทนรัฐ จะเป็นผู้ถูกฟ้องคดีแทนหรือในนามของรัฐ<sup>197</sup>

### 3.4 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองอันเป็นการวินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดีโดยศาลปกครองต่างประเทศ

สำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองอันเป็นการวินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดีนั้น ศาลจะต้องวินิจฉัยถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง หากพบว่านิติกรรมทางปกครองนั้นมีเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงเหตุใดเหตุหนึ่งเพียงแห่งเดียว ย่อมถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลย่อมเพิกถอนได้ ซึ่งตามหลักกฎหมายปกครองทั้งของฝรั่งเศสและเยอรมันจะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเหมือนกัน เพียงแต่อาจจะมีข้อแตกต่างกันเฉพาะการแบ่งแยกหัวข้อย่อยเพื่อความสะดวกในการศึกษาทางวิชาการเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามตามหลักกฎหมายปกครองของทั้งสองประเทศ สามารถที่จะแบ่งหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย

<sup>192</sup> Jean RIVERO and Jean WALINE, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (DROIT ADMINISTRATIF), แปลโดย สุพล นิติไกรพจน์ และคณะ, หน้า 236.

<sup>193</sup> โภคิน พลกุล, "คดีปกครองในฝรั่งเศส (31) – (33)," *วารสารอัยการ*, 8, 91 - 93 (กรกฎาคม 2528 – กันยายน 2528): 62 – 65 และ 55 - 59.

<sup>194</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน*, หน้า 80.

<sup>195</sup> Jean RIVERO and Jean WALINE, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (DROIT ADMINISTRATIF), แปลโดย สุพล นิติไกรพจน์ และคณะ, หน้า 207.

<sup>196</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>197</sup> โภคิน พลกุล, "คดีปกครองในฝรั่งเศส (2)," *วารสารอัยการ*, 6, 62 (กุมภาพันธ์ 2526): 47.

เกี่ยวกับเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองออกเป็น 2 ลักษณะกว้าง ๆ ได้เช่นเดียวกัน ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.4.1 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายทางด้านรูปแบบภายนอก (l'illégalité externe)<sup>198</sup> หรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ (Die formelle Rechtmässigkeit)<sup>199</sup>

เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายทางด้านรูปแบบภายนอก (l'illégalité externe) หรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ (Die formelle Rechtmässigkeit) ทั้งหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสและเยอรมันต่างมีเนื้อหาในลักษณะเช่นเดียวกัน โดยอาจแบ่งออกได้เป็น 3 กรณี ดังนี้<sup>200</sup>

3.4.1.1 นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยปราศจากอำนาจ (l'incompétence de l'auteur de l'acte) หรือ (Zuständigkeit) ในกรณีนี้จะเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองได้ออกนิติกรรมทางปกครองโดยไม่มีอำนาจ ไม่ว่าจะด้วยเหตุที่ขณะมีการใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครอง ผู้ใช้อำนาจไม่อยู่ในฐานะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแล้ว หรือเป็นเจ้าหน้าที่แต่เป็นการใช้อำนาจ ซึ่งเป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น หรือเป็นการมอบหมายหรือการปฏิบัติราชการแทนหรือรักษาราชการแทนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นการใช้อำนาจนอกเขตพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่ตนรับผิดชอบ หรือเป็นการใช้อำนาจก่อนหรือหลังกำหนดเวลาอันเป็นเงื่อนไขในการออกนิติกรรมทางปกครองไปแล้ว<sup>201</sup> ดังนั้น หากศาลตรวจสอบแล้วเห็นว่านิติกรรมทางปกครองอันเป็นวัตถุแห่งคดี เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยปราศจากอำนาจย่อมเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองมีอำนาจเพิกถอนได้<sup>202</sup>

3.4.1.2 นิติกรรมทางปกครองที่ผิดแบบ (le vice de forme)<sup>203</sup> โดยปกติแล้วนิติกรรมทางปกครองจะไม่มีแบบที่เคร่งครัด (Grundsatz der Formfreiheit)<sup>204</sup> แต่ในบางกรณีกฎหมายอาจกำหนดให้นิติกรรมทางปกครองต้องทำตามแบบเป็นพิเศษ และแบบเช่นนั้น

<sup>198</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (กรุงเทพฯ : เอกสารประกอบการบรรยายการสัมมนาเตรียมความพร้อมผู้ที่จะปฏิบัติหน้าที่ตุลาการศาลปกครองชั้นต้น รุ่นที่ 4 (เล่ม 3) สำนักงานศาลปกครอง, 2548), (เอกสารอัดสำเนา), หน้า 1387.

<sup>199</sup> กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 157.

<sup>200</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง, หน้า 1388 – 1414.

<sup>201</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 1388 – 1399.

<sup>202</sup> โภคิน พลกุล, “คดีปกครองในฝรั่งเศส(42),” *วารสารอัยการ*, 9, 102 (มิถุนายน 2529): 30.

<sup>203</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง, หน้า 1399.

<sup>204</sup> กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 158.



ถือเป็นเรื่องอันเป็นสาระสำคัญที่จะทำให้นิติกรรมทางปกครองมีผลสมบูรณ์ ยกตัวอย่าง เช่น แบบของการยื่นคำร้อง หรือนิติกรรมทางปกครองที่ต้องทำเป็นหนังสือ หรือต้องทำเป็น หนังสือและประกาศในราชกิจจานุเบกษา หรือการลงนามกำกับโดยผู้มีอำนาจออกนิติกรรม ทางปกครอง หรือการลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ หรือการต้องแสดงเหตุผลใน นิติกรรมทางปกครอง หรือแบบในเรื่องอื่น ๆ เป็นต้น<sup>205</sup> ดังนั้น หากนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ ถูกต้องตามแบบอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนด ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองจึงมีอำนาจเพิกถอนได้

3.4.1.3 นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procédure)<sup>206</sup> หรือผิดวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Verfahren)<sup>207</sup> โดยปกติ แล้วการออกนิติกรรมทางปกครองมีหลักทั่วไปว่าฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการตาม ความเหมาะสมได้อย่างยืดหยุ่นและไม่เคร่งครัด (Grundsatz der Nichtförmlichkeit des Verfahrens)<sup>208</sup> หากแต่ในบางกรณีมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองจะต้อง ดำเนินการตามขั้นตอน หรือวิธีการในการออกนิติกรรมทางปกครองเอาไว้ ฝ่ายปกครอง ก็จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการดังกล่าว<sup>209</sup> เมื่อฝ่ายปกครองมิได้ปฏิบัติตาม ขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการออกนิติกรรมทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนการ ปรึกษาหารือจากคณะกรรมการ หรือองค์กรปรึกษาหารือที่กฎหมายกำหนดไว้ การทำประชา วิจารณ์หรือดำเนินการรับฟังความคิดเห็นตามที่กฎหมายกำหนด การประกาศหรือแจ้ง เพื่อให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทราบ การแจ้งข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอแก่ผู้ที่จะได้รับผลกระทบ จากคำสั่ง การให้สิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานเพื่อคัดค้านการออกนิติกรรมทางปกครอง หรืออื่น ๆ ซึ่งหากเป็นขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่มี ผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ที่จะต้องอยู่ในบังคับของนิติกรรมทางปกครอง หรือหาก ทำตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดแล้ว จะทำให้การตัดสินใจออกนิติกรรมทาง ปกครองเปลี่ยนแปลงไป ย่อมถือเป็นเรื่องอันเป็นสาระสำคัญ<sup>210</sup> หากไม่ทำ ย่อมเป็นนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและศาลมีอำนาจเพิกถอนได้

<sup>205</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง, หน้า 1399 – 1404.

<sup>206</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 1404.

<sup>207</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 157.

<sup>208</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>209</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 157 – 158.

<sup>210</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง, หน้า 1404 - 1414.

### 3.4.2 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายทางด้านสารัตถะหรือเหตุภายใน (l'illégalité interne)<sup>211</sup> หรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นกฎหมายสารบัญญัติ (Die materielle Rechtsmäßigkeit)<sup>212</sup>

สำหรับเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายทางด้านสารัตถะหรือเหตุภายใน หรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นกฎหมายสารบัญญัตินี้ ตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจะมีการแบ่งออกเป็น 2 เหตุใหญ่ ๆ และแต่ละเหตุก็จะแบ่งเป็นหัวข้อย่อยอีกหลายกรณีมาก<sup>213</sup> ส่วนตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมันจะมีการแบ่งออกเป็น 5 กรณีย่อย<sup>214</sup> แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงรายละเอียดในแต่ละกรณีแล้ว ปรากฏว่าเนื้อหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายไม่มีความแตกต่างกันแต่อย่างใด คงต่างกันเฉพาะการแบ่งหัวข้อเพื่อความสะดวกในการศึกษาเท่านั้น และเนื่องจากการแบ่งตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจะมีการจัดระบบที่ง่ายต่อการศึกษาเข้าใจ และครอบคลุมเนื้อหาปลีกย่อยได้มากกว่า ดังนั้น ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงยึดการแบ่งหัวข้อนี้ตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส โดยจะมีการนำเอาหลักกฎหมายปกครองเยอรมันในเรื่องเดียวกันมาอธิบายประกอบไว้ในหัวข้อที่เกี่ยวข้อง ดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### 3.4.2.1 นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi)<sup>215</sup>

เป็นกรณีที่นิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยเนื้อหาของกฎหมายหรือขัดหรือแย้งต่อกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าทุกประเภท และเป็นกฎหมายในความหมายอย่างกว้าง ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรตั้งแต่กฎหมายรัฐธรรมนูญลงมา จนถึงกฎหรือกฎหมายลำดับรอง รวมถึงกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรไม่ว่าจะเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป เช่น หลักความเสมอภาค หรือหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) หรือหลักกฎหมายทั่วไป อย่างเช่น หลักความเป็นกลาง หลักการบังคับบัญชา หลักความอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นภายใต้การกำกับดูแล หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง หลักว่าด้วยความต่อเนื่องหรือการพัฒนาปรับปรุงเปลี่ยนแปลงหรือความเสมอภาคในการให้บริการสาธารณะ เป็นต้น หรือแม้แต่กฎหมายประเพณี (Customary Law) อย่างเช่นกฎหมายประเพณีของไทย เดิมตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงการ

<sup>211</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง, หน้า 1414.

<sup>212</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 160.

<sup>213</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง, หน้า 1414 – 1431.

<sup>214</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 160 – 166.

<sup>215</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง, หน้า 1414.

ปกครองในปี พ.ศ.2475 เป็นต้นมา แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติบังคับว่าก่อนที่รัฐมนตรีจะลงนามประกาศใช้กฎกระทรวงต้องให้คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบ แต่ก็ได้มีการปฏิบัติต่อเนื่องกันจนประเพณี ดังนั้น การออกกฎกระทรวงก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมายประเพณีดังกล่าว เป็นต้น<sup>216</sup>

สำหรับตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมันจะถือว่าเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้ เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่สอดคล้องกับบทกฎหมายและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง<sup>217</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งนิติกรรมทางปกครองที่ขัดต่อหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นหลักกฎหมายที่มีผลใช้โดยตรง (unmittelbar geltendes Recsht) ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 วรรคสาม ของกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐาน<sup>218</sup> แต่อย่างไรก็ตาม หากเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนหรือหลักการออกนิติกรรมทางปกครองตามสมควรแก่เหตุ (Grundsatz der Verhältnismässigkeit) จะถูกแยกออกเป็นหัวข้อหนึ่งต่างหาก แต่ยังคงมีเนื้อหาสรุปได้ไม่แตกต่างจากหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสตามหัวข้อนี้แต่อย่างใด<sup>219</sup>

นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยไม่ถูกต้องหรือฝ่าฝืนกฎหมายนี้ ตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจะแบ่งออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

(1) นิติกรรมทางปกครองที่ขัดหรือแย้งต่อเนื้อหาของกฎหมายโดยตรง (la violation directe de la règle de droit) เป็นกรณีที่นิติกรรมทางปกครองขัดหรือแย้งต่อเนื้อหาของกฎหมายโดยตรง (Contenu หรือ Objet)<sup>220</sup>

(2) นิติกรรมทางปกครองที่มีความผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง (l'erreur de droit et l'erreur de fait)<sup>221</sup> โดยในกรณีนี้เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายจะไม่ได้เกิดจากเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองโดยตรง หากแต่เกิดจากมูลเหตุจูงใจ (motif) ในการออกนิติกรรมทางปกครองนั้น ในการพิจารณาของศาลจะไม่ได้พิจารณาเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครอง แต่จะพิจารณาจากเหตุผลทั้งที่เป็นข้อกฎหมายและ

<sup>216</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 1414 – 1415. และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : คู่มือการศึกษาวិชาการกฎหมายปกครองสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัญญัติสภา, 2543), หน้า 136 – 137.

<sup>217</sup> กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 163.

<sup>218</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>219</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 164 – 165.

<sup>220</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง, หน้า 1414 – 1416.

<sup>221</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 1416.



ข้อเท็จจริง (raisons de droit ou de faits) ที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้ในการตัดสินใจออกนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว ดังนั้น เราอาจจะเรียกกรณีนี้อีกอย่างหนึ่งว่า เป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากมูลเหตุจูงใจในการออกนิติกรรมทางปกครอง (l'illégalité en raison des motifs de l'acte) ซึ่งอาจแบ่งเป็นกรณีย่อยได้อีก 3 กรณี คือ<sup>222</sup>

(2.1) นิติกรรมทางปกครองที่มีความผิดพลาดในข้อกฎหมาย (l'erreur de droit) หมายถึง เจ้าหน้าที่ผู้ทำนิติกรรมทางปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ใช้บังคับไม่ได้ด้วยเหตุ 3 กรณี ดังต่อไปนี้

(2.1.1) กรณีนิติกรรมทางปกครองออกโดยอาศัยกฎหมายที่ไม่มีอยู่ (norme inexistant) หรือมีความผิดพลาดเกี่ยวกับกฎหมายที่นำมาใช้เป็นฐานในการออกนิติกรรมทางปกครอง (l'erreur de base légale) เพราะเหตุที่กฎหมายนั้นใช้บังคับไม่ได้ หรือยังไม่ประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาคดีของศาล หากศาลพบว่า แม้ฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครองโดยอ้างกฎหมายเดิมที่ถูกยกเลิกไปแล้วโดยผิดพลาด เนื่องจากมีกฎหมายใหม่ออกมาบังคับแทนแล้วโดยชอบ และทำให้นิติกรรมทางปกครองชอบตามกฎหมายใหม่ ในกรณีเช่นนี้ศาลย่อมมีอำนาจปรับบทกฎหมายที่ใช้เป็นฐานในการออกนิติกรรมทางปกครองให้ถูกต้องได้ แต่ทั้งนี้การปรับบทกฎหมายที่เป็นฐานในการออกนิติกรรมทางปกครองไม่อาจทำได้หากเนื้อหาของกฎหมายเปลี่ยนแปลงหรือมีกระบวนการออกนิติกรรมทางปกครองที่แตกต่างออกไปจากกฎหมายเดิม หรือเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองจะเปลี่ยนไปจากเดิมหากใช้กฎหมายใหม่เป็นฐานในการออก กรณีเหล่านี้การปรับบทกฎหมายย่อมไม่อาจทำได้<sup>223</sup>

(2.1.2) นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยอาศัยกฎหมายลำดับรองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (une norme illégale)<sup>224</sup>

(2.1.3) นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยอาศัยกฎหมายที่สมบูรณ์แต่มีการตีความกฎหมายผิด (l'erreur dans l'interprétation du texte) เป็นกรณีที่ผู้ออกนิติกรรมทางปกครองสำคัญผิดในข้อกฎหมายที่ใช้เป็นฐานในการออกนิติกรรมทางปกครอง โดยเจ้าหน้าที่เห็นว่ามิใช่เงื่อนไขตามกฎหมายที่ให้ออกนิติกรรมทางปกครองได้ ทั้งที่ความจริงไม่มีเงื่อนไขเช่นนั้นอยู่ ซึ่งเป็นการพิจารณาถึงเงื่อนไขตามกฎหมายที่เป็นเหตุจูงใจในการ

<sup>222</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง, หน้า 1416.

<sup>223</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 1416 – 1419.

<sup>224</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 1419.

ออกนิติกรรมทางปกครอง ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่มีกฎหมายให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจ แต่ฝ่ายปกครองไม่ได้ใช้โดยเข้าใจผิดว่าเป็นอำนาจผูกพัน เป็นต้น<sup>225</sup>

สำหรับตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมันเรียกนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยอาศัยกฎหมายที่สมบูรณ์แต่มีการตีความผิดนี้ว่า เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยผิดเงื่อนไขของกฎหมาย (Zulässigkeit)<sup>226</sup> ซึ่งมีเนื้อหาไม่แตกต่างกับที่ได้กล่าวมาแล้ว

(2.2) นิติกรรมทางปกครองที่มีความผิดพลาดในข้อเท็จจริง (l'erreur de fait) เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองได้อาศัยข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งในการออกนิติกรรมทางปกครองแต่ปรากฏว่าเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้อง และหากผู้นั้นทราบถึงข้อเท็จจริงที่ถูกต้องเป็นจริงจะไม่ออกนิติกรรมทางปกครองเช่นว่านั้น กรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อาศัยข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้อง ศาลจะต้องเพิกถอน อันแสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองมีหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้องของข้อเท็จจริงที่ใช้เป็นเหตุผลในการออกนิติกรรมทางปกครอง (Contrôle de l'exactitude matérielle de faits)<sup>227</sup>

(2.3) นิติกรรมทางปกครองที่มีความผิดพลาดในการปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงหรือการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่ผิดพลาด ((l'erreur de qualification juridique des faits) เป็นความผิดพลาดที่เกิดขึ้นหลังจากฝ่ายปกครองได้แสวงหาจนได้ข้อเท็จจริงที่ยุติและถูกต้องตามความเป็นจริงแล้ว จึงได้นำข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมมาปรับบทเข้ากับถ้อยคำตามกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรม แต่เป็นการปรับบทหรือให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่ผิดพลาด อย่างเช่น กฎหมายให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจออกคำสั่งไม่อนุญาตให้ก่อสร้างอาคารในบริเวณที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ควรค่าแก่การอนุรักษ์ไว้เป็นอนุสรณ์สถาน (Perspective monumentale) ซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัด Seine สั่งไม่อนุญาตให้ก่อสร้างอาคารในบริเวณ Place Beauvau โดยเห็นว่าเป็นสถานที่ perspective monumentale แต่แท้ที่จริงสถานที่ Place Beauvau มิได้มีลักษณะเป็น perspective monumentale แต่อย่างใด ดังนั้น ศาลปกครองจึงพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัด Seine (C.E., 4 avril 1914, Gomel, P.488) หรือกรณีที่ต้องวินิจฉัยว่าเป็นสถานที่มีทิวทัศน์สวยงาม (Pittoresque) หรือไม่ (C.E., 2 mai 1975, Dme. Ebri, P.280) เป็นคุณหาสนของผู้มีอันจะกิน (habitation bourgeoise) หรือไม่

<sup>225</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง, หน้า 1419 – 1421.

<sup>226</sup> กมลชัย รัตนสกวาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 160 – 161.

<sup>227</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง, หน้า 1421 – 1423.

(C.E., 28 jan. 1977, Ep. Agopyan, p.53) เป็นการชุมนุมที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม (l'ordre public) หรือไม่ (C.E., 19 mai 1933, Benjamin, P.541) พฤติการณ์ของข้าราชการถือเป็นเหตุในการถูกลงโทษหรือไม่ (C.E., 28 avril 1938, Dille Weiss, D.1939, 3,41) หรือผู้พิการชนชาติถือว่าเป็นผู้ขาดคุณสมบัติในการเป็นผู้ตรวจการไปรษณีย์หรือไม่ (C.E., 6 avril 1979, Picot, P.768) เป็นต้น<sup>228</sup>

อย่างไรก็ตาม กรณีนิติกรรมทางปกครองที่มีความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้น ศาลอาจเปลี่ยนมูลเหตุจูงใจในการออกเสียใหม่ให้ถูกต้องได้ (Substitution de motifs) หรือกรณีมีเหตุจูงใจหลายประการ ถ้าเพียงประการเดียวก็เพียงพอที่จะออกนิติกรรมทางปกครองได้ ศาลจะงดที่จะวินิจฉัยถึงมูลเหตุจูงใจอื่นที่ไม่มีผลต่อการพิพากษาคดีก็ได้ (la neutralisation de ces motifs illégaux)<sup>229</sup>

3.4.2.2 นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) หรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procédure) ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 กรณีย่อย ดังนี้<sup>230</sup>

(1) นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) เป็นกรณีฝ่ายปกครองใช้อำนาจของตนเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ของกฎหมาย สิ่งที่เกี่ยวข้องเป็นลักษณะพิเศษของเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองในกรณีนี้ คือ ศาลจะมีการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการออกนิติกรรมทางปกครองว่ามีอย่างไร เหตุดังกล่าวนี้ไม่มีองค์ประกอบทางกฎหมายที่แน่นอน แต่เป็นกรณีที่ศาลปกครองฝรั่งเศสได้วินิจฉัยวางแนวไว้ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ ดังนี้<sup>231</sup>

(1.1) มีการบิดเบือนอำนาจโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่ง (intérêt particulier) ไม่ว่าจะเป็นการออกนิติกรรมทางปกครองโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดประโยชน์ส่วนตัวของผู้ออกนิติกรรมทางปกครองเอง (intérêt personnel) หรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นเป็นการเฉพาะ (intérêt d'une personne)

<sup>228</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง, หน้า 1423 – 1424.

<sup>229</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 1424.

<sup>230</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 1424 – 1431.

<sup>231</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 1425 – 1428.



หรือเพื่อประโยชน์ทางศาสนาหรือการเมืองของตนเองและพวกพ้อง (intérêt confessionnel ou politique)<sup>232</sup>

(1.2) มีการบิดเบือนอำนาจโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น แต่มิใช่ประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งประสงค์ (intérêt général autre que celui pouvant légalement être poursuivi)<sup>233</sup>

(2) นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procédure) เป็นกรณีที่ผู้ออกนิติกรรมทางปกครองออกโดยบิดเบือนอำนาจอีกประเภทหนึ่ง โดยฝ่ายปกครองใช้ขั้นตอนหรือวิธีการที่ต่างออกไปจากที่ควรจะใช้กับเรื่องนั้น ๆ หรือเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่ไม่ตรงไปตรงมาตามข้อเท็จจริงของเรื่อง ยกตัวอย่างเช่น สมมติที่ถูกสงสัยว่าจะทำผิดกฎหมายอาญา แทนที่ผู้มีอำนาจจะทำการสืบสวนสอบสวนเพื่อดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่กลับเลี้ยวไปใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารสั่งไม่ให้สมาคมเข้าใช้อาคารและห้ามมิให้ผู้ใดเข้าไปในเขตอาคารดังกล่าว เพื่อจะได้หยุดกิจกรรมที่อาจเป็นความผิดอาญาไปโดยปริยาย ซึ่งแม้จะมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยไม่ให้เกิดการกระทำความผิดทางอาญาอันเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะก็ตาม แต่ก็เป็นการใช้อำนาจที่นอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของกฎหมายควบคุมอาคาร เป็นต้น<sup>234</sup>

### 3.5 การตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกในภาวะที่เกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือในสถานการณ์พิเศษ

หลักความชอบด้วยกฎหมายที่บังคับฝ่ายปกครองต้องอยู่ในกรอบของกฎหมายอย่างเคร่งครัดนั้น สำหรับในบางสถานการณ์หรือในบางเรื่องแล้ว แทนที่จะเป็นผลดี แต่กลับกลายเป็นผลเสีย เพราะฝ่ายปกครองไม่อาจแก้ไขปัญหาหรือดำเนินการบริหารราชการแผ่นดินไปได้ หรือเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีอิสระในการตัดสินใจหรือดำเนินการได้พอสมควร หรืออาจเป็นกรณีที่ตามสภาพความเป็นจริงไม่อาจนำหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ออกในภาวะปกติมาบังคับใช้ได้โดยสภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การใช้อำนาจทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรงที่ไม่ปกติหรือในสถานการณ์พิเศษ อย่างเช่นในช่วงเวลาที่มีการก่อการกบฏหรือการทำรัฐประหารยึดอำนาจ

<sup>232</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง, หน้า 1426 – 1427.

<sup>233</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 1427 – 1428.

<sup>234</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 1428 – 1431.

รัฐบาล ในระหว่างสงคราม หรือเหตุการณ์อื่นในลักษณะเดียวกัน เป็นต้น ดังนั้น ในต่างประเทศซึ่งโดยเฉพาะของฝรั่งเศสและเยอรมันจึงมีหลักกฎหมายปกครองที่ใช้สำหรับนิติกรรมทางปกครองที่ออกในสถานการณ์พิเศษดังกล่าว หรือมีข้อยกเว้นสำหรับหลักความชอบด้วยกฎหมายในภาวะปกติในบางเรื่อง ดังนี้

### 3.5.1 การตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกในวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือในสถานการณ์พิเศษ ตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส

ศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส ได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายขึ้นมาเพื่อใช้ตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกในสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรงที่ไม่ปกติหรือในสถานการณ์พิเศษ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในสถานการณ์พิเศษเช่นว่านั้น จะเป็นกรณีที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติทำได้อยู่แล้ว หรือเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้อำนาจไว้หากแต่ฝ่ายปกครองได้ออกนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวตามสภาพความจำเป็นในระหว่างที่เกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรงที่ไม่ปกติอันเป็นสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจริงและไม่อาจปฏิบัติตามกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการออกนิติกรรมทางปกครองในภาวะปกติได้โดยสภาพ

สำหรับนิติกรรมทางปกครองที่ออกในวิกฤติการณ์ร้ายแรงที่ไม่ปกติ ซึ่งมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครองออกได้อยู่แล้ว มีอยู่ 3 กรณี ได้แก่ (1) การใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (2) การใช้อำนาจตามประกาศกฎอัยการศึก ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายฉบับลงวันที่ 9 สิงหาคม ค.ศ. 1849 และฉบับลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1878 และ (3) การใช้อำนาจตามประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายฉบับลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1955

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการใช้อำนาจตามประกาศกฎอัยการศึก และตามประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ไม่อยู่ในขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงไม่ขอกล่าวถึงแต่อย่างใด ดังนั้น สำหรับในกรณีที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองในระหว่างที่เกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรง วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะกล่าวถึงเฉพาะการตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกในวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือในสถานการณ์พิเศษอันเกิดจากการใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ซึ่งเป็นเรื่องที่จะนำมาเปรียบเทียบกับการใช้อำนาจของคณะรัฐประหารที่มีการใช้อำนาจหลายลักษณะทั้งที่เป็นอำนาจทางปกครองหรืออำนาจนิติบัญญัติในเวลาเดียวกัน

เท่านั้น จากนั้นจึงจะกล่าวถึงการตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกในวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือในสถานการณ์พิเศษ โดยที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครองไว้ ตามทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์พิเศษ ดังนี้

### 3.5.1.1 การใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

#### (1) ความเป็นมา

สืบเนื่องจากเหตุการณ์สำคัญในประวัติศาสตร์ของฝรั่งเศสช่วงระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 กองทัพนาซีของเยอรมันได้กรีธาทัพเข้ารุกรานประเทศฝรั่งเศส และในเดือนพฤษภาคม 1940 นายพล ชาร์ลส์ เดอโกลล์ (General Charles De Gaulle) ได้เผชิญกับการบุกของกองทัพนาซี แต่ทว่า อำนาจการตัดสินใจในการแก้ไขปัญหาในภาวะที่เกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรงกลับกลายเป็นอัมพาต โดยที่ฝ่ายบริหารไม่สามารถดำเนินการใด ๆ เพื่อแก้ไขวิกฤติการณ์ให้ทันต่อเหตุการณ์ได้เลย<sup>235</sup> ทำให้ในเดือนมิถุนายน 1940 ฝรั่งเศสต้องประกาศยอมแพ้ต่อเยอรมันและอนุญาตให้กองทัพนาซีเข้ายึดครองแผ่นดินฝรั่งเศสได้ จากเหตุการณ์ในครั้งนั้น นายพล ชาร์ลส์ เดอโกลล์ เห็นว่าส่วนหนึ่งเป็นเพราะความอ่อนแอและไร้เสถียรภาพของรัฐบาล ในยามวิกฤติ รัฐบาลไม่มีอำนาจที่เด็ดขาดและเข้มแข็งเพียงพอที่จะรักษาเอกราชของประเทศได้ ในเวลาต่อมาเมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่และประกาศเริ่มต้นสาธารณรัฐที่ 5 นายพล ชาร์ลส์ เดอโกลล์ ในฐานะผู้นำการปฏิรูปการเมือง จึงเสนอให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจพิเศษของผู้นำประเทศในกรณีที่เกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรง<sup>236</sup> และด้วยเหตุดังกล่าวจึงเป็นที่มาของอำนาจพิเศษในสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรงของประธานาธิบดีตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

#### (2) เนื้อหาของมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

“มาตรา 16 ในกรณีที่สถาบันแห่งสาธารณรัฐ ความเป็นเอกราชของชาติ บูรณภาพแห่งดินแดน หรือการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศถูกคุกคามอย่างร้ายแรงและปัจจุบันทันด่วน และการดำเนินการตามปกติของสถาบันทางการเมืองแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญหยุดชะงักลง ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐมีอำนาจใช้มาตรการที่จำเป็น

<sup>235</sup> ญัฐกร วิทิตานนท์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ Constitutional law ภาคที่ 2 บทที่ 9 กฎหมายรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ข้อ 9.5.4 อำนาจฉุกเฉินในสถานการณ์พิเศษ(ออนไลน์), แหล่งที่มา <http://e-learning.mfu.ac.th/mfiu/1604101/chapter2/Lesson9.htm>

<sup>236</sup> ปิยนุตร แสงนกกุล, “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส,” *ประชาชาติธุรกิจ*(1-4 มกราคม 2552): 34.



สำหรับจัดการกับสถานการณ์ดังกล่าวได้ ภายหลังจากที่ได้มีการปรึกษาหารืออย่างเป็นทางการกับนายกรัฐมนตรี ประธานสภาทั้งสองและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว

ประธานาธิบดีจะต้องแถลงให้ประชาชนทราบถึงการใช้มาตรการดังกล่าว

มาตรการดังกล่าวจะต้องใช้โดยมีเจตจำนงที่จะทำให้สถาบันการเมืองแห่งรัฐสามารถปฏิบัติตามภารกิจของตนได้ภายในระยะเวลาที่จำกัดที่สุด ทั้งนี้ โดยมีการปรึกษาหารือกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

รัฐสภาเปิดสมัยประชุมตัวเอง

ในระหว่างที่มีการใช้อำนาจฉุกเฉินดังกล่าว จะมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรมิได้”<sup>237</sup>

### (3) เงื่อนไขในการใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดี

บทบัญญัติตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้กำหนดให้ประธานาธิบดีมีอำนาจพิเศษในวิกฤติการณ์ร้ายแรงโดยมีเงื่อนไขในการใช้อำนาจ 2 ลักษณะ ดังนี้<sup>238</sup>

#### (3.1) เงื่อนไขทางด้านเนื้อหา

(3.1.1) จะต้องเกิดสถานการณ์หรือวิกฤติการณ์ที่สถาบันแห่งสาธารณรัฐ ความเป็นเอกราชของชาติ บุรณภาพแห่งดินแดน หรือการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศถูกคุกคามอย่างร้ายแรงและปัจจุบันทันด่วน และ

(3.1.2) สถานการณ์หรือวิกฤติการณ์ที่เกิดขึ้นดังกล่าวส่งผลทำให้การดำเนินการตามปกติของสถาบันทางการเมืองแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญหยุดชะงักลงและ

(3.1.3) มาตรการที่ประธานาธิบดีใช้ จะต้องดำเนินไปในระยะเวลาที่จำกัดที่สุด และเป็นไปเพื่อให้สถาบันการเมืองแห่งรัฐสามารถปฏิบัติตามภารกิจได้ตามปกติ

<sup>237</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 29.

<sup>238</sup> ปิยนุตร แสงนกกุล, “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส,” ประชาชาติธุรกิจ: 34.

## (3.2) เงื่อนไขทางด้านรูปแบบ

(3.2.1) ประธานาธิบดีต้องปรึกษาหารืออย่างเป็นทางการกับนายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อนการประกาศใช้อำนาจ อย่างไรก็ตาม ความเห็นของผู้ที่ต้องเข้าร่วมให้คำปรึกษาหารือเหล่านั้น เป็นเพียงการเสนอความเห็นมิได้ผูกพันประธานาธิบดีให้ต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด

(3.2.2) ประธานาธิบดีจะต้องแถลงการณ์การใช้อำนาจพิเศษในสถานการณ์พิเศษดังกล่าวให้ประชาชนทราบ

## (4) ผลของการประกาศใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดี

เมื่อประธานาธิบดีประกาศใช้อำนาจตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญแล้วย่อมมีผลทำให้ประธานาธิบดีสามารถใช้อำนาจใด ๆ ก็ได้เพื่อแก้ไขวิกฤติการณ์ที่เกิดขึ้น<sup>239</sup> ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองที่มีลักษณะเป็นการกระทำของรัฐบาลหรือเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติในการออกกฎหมายมาบังคับใช้ รวมทั้งการใช้อำนาจทางปกครองในการออกกฎ คำสั่ง หรือนิติกรรมทางปกครองใด ๆ มาบังคับใช้แก่ประชาชน โดยที่ในขณะนั้นก็ยังมีรัฐสภาหรือฝ่ายปกครองที่มีและใช้อำนาจในเรื่องนั้น ๆ ปฏิบัติหน้าที่อยู่ก็ตาม

## (5) ขอบเขตการใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดี

แม้ว่าประธานาธิบดีจะสามารถใช้อำนาจระหว่างการประกาศใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญอย่างไรก็ได้ อันมีลักษณะเป็นการรวมศูนย์อำนาจอยู่ที่บุคคลคนเดียวหรือมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจแบบเผด็จการชั่วคราว<sup>240</sup> ก็ตาม แต่ก็เชื่อว่าการใช้อำนาจของประธานาธิบดีจะไม่มีข้อจำกัดเลยก็หาไม่ หากแต่ยังคงมีขอบเขตอยู่ 2 ลักษณะ คือ

## (5.1) ขอบเขตทางด้านเนื้อหา

(5.1.1) ประธานาธิบดีไม่อาจยุบสภาได้

(5.1.2) ประธานาธิบดีไม่อาจแก้ไขรัฐธรรมนูญได้

## (5.2) ขอบเขตทางด้านระยะเวลา

สืบเนื่องจากกรณีที่ประธานาธิบดี ชาร์ลส์ เดอโกลล์ ได้ประกาศใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขวิกฤติการณ์สงคราม

<sup>239</sup> ปิยนุตร แสงนกกุล, “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส,” ประชาชาติธุรกิจ: 34.

<sup>240</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้าเดียวกัน,

อัลจีเรีย โดยใช้ระยะเวลาจนถึง 5 เดือนเศษ ทั้ง ๆ ที่วิกฤติการณ์ได้คลี่คลายลงแล้ว ดังนั้นในเวลาต่อมาจึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญกำหนดขอบเขตในเรื่องระยะเวลาการใช้อำนาจของประธานาธิบดี กล่าวคือ ในกรณีที่ประธานาธิบดีประกาศใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 แล้ว เป็นเวลา 30 วัน ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 60 คนขึ้นไป หรือสมาชิกวุฒิสภา 60 คนขึ้นไป อาจร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อให้พิจารณาว่า ณ เวลานั้น เงื่อนไขทางด้านเนื้อหาที่ประธานาธิบดีนำมาอ้างเพื่อประกาศใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 ยังคงดำรงอยู่หรือไม่ และในกรณีที่มีการประกาศใช้อำนาจพิเศษดังกล่าว เป็นเวลา 60 วันขึ้นไป คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหยิบยกขึ้นพิจารณาเองได้ โดยไม่ต้องมีผู้ได้ร้องขอ<sup>241</sup>

(6) การตรวจสอบการใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีโดยศาลปกครอง

เนื่องจากการใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มิได้มีเพียงการกระทำที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองหรือเป็นการกระทำของรัฐบาลหรือเป็นการออกกฎหมายอันมีลักษณะเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติเท่านั้น หากแต่ยังมีการใช้อำนาจทางปกครองและผลผลิตของการใช้อำนาจก็มีจำนวนไม่น้อยที่เป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครองอันมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง ดังนั้นที่ประชุมใหญ่ของสภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส จึงได้มีคำพิพากษาวางหลักเกณฑ์ไว้ในคดี Rubin de Servens เมื่อวันที่ 2 มีนาคม 1962(C.E., Ass.2 mars 1962, Rubin de Servens et autres, Rec.143)<sup>\*</sup> ว่า ถ้ามาตรการที่ใช้ อยู่ในขอบเขตของการตรารัฐบัญญัติ ถือว่าเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ แต่ถ้ามาตรการที่ใช้ อยู่ในขอบเขตของ

<sup>241</sup> ปิยนุตร แสงกนกกุล, “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส,” *ประชาชาติธุรกิจ*: 34.

<sup>\*</sup> ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคดีนี้ เป็นกรณีสืบเนื่องมาจากวิกฤติการณ์สงครามอัลจีเรีย(ปี ค.ศ.1954 – 1962) ที่ทหารและประชาชนของอัลจีเรียพยายามต่อสู้ เพื่อจะประกาศเอกราชจากการเป็นอาณานิคมของฝรั่งเศส ซึ่งได้สร้างปัญหาให้แก่ฝรั่งเศสอย่างมาก จนทำให้นายพล ชาร์ลส์ เดอ โกลล์ เข้ามามีบทบาทเป็นผู้นำปฏิรูปการเมืองฝรั่งเศส ด้วยการร่างและประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ.1958 และได้เป็นประธานาธิบดีในปี ค.ศ.1959 จากนั้นจึงได้ประกาศใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อแก้ไขวิกฤติการณ์สงครามอัลจีเรีย ด้วยการออกประกาศและคำสั่งมาบังคับใช้จำนวนมาก ซึ่งในจำนวนนั้น มีคำสั่งที่จัดตั้งศาลทหารและวิธีพิจารณาคดีแบบพิเศษเพื่อใช้กับผู้ก่อการกบฏอีกด้วย เมื่อนายทหารระดับนายพลของอัลจีเรีย จำนวน 3 คน ถูกดำเนินคดีฐานก่อการกบฏตามคำสั่งดังกล่าว จึงได้มีการยื่นฟ้องต่อสภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเป็นคดีนี้ เพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งของประธานาธิบดี ซึ่งแม้ว่าสภาแห่งรัฐ(โดยที่ประชุมใหญ่)จะวินิจฉัยว่า คำสั่งดังกล่าวมีสถานะเป็นกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ และไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของสภาแห่งรัฐก็ตาม แต่ก็ได้วางหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สำคัญไว้ในเรื่องการแยกสถานะทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งของประธานาธิบดีในกรณีดังกล่าว โดยพิจารณาจากลักษณะของการใช้อำนาจเป็นสำคัญ (ดูรายละเอียดของคดีเพิ่มเติมใน M.Long, P.Weil, G.Braibant, P.Delvolvé และ B.Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 14<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2003, pp. 550 - 559.)



การออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารหรือเป็นนิติกรรมทางปกครอง ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง<sup>242</sup> ดังนั้น ในกรณีที่ลักษณะของการใช้อำนาจ เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง หรือผลิตผลจากการใช้อำนาจพิเศษตามรัฐธรรมนูญของประธานาธิบดี มีสถานะหรือมีค่าบังคับเทียบได้กับนิติกรรมทางปกครอง ไม่ว่าจะ เป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองจึงมีอำนาจตรวจสอบได้ และหากศาลตรวจสอบแล้วพบว่า เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมถูกเพิกถอนได้เช่นกัน

### 3.5.1.2 ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์พิเศษ (Théorie des circonstances exceptionnelles)

(1) การพัฒนาหลักกฎหมายปกครองตามทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์พิเศษ (Théorie des circonstances exceptionnelles) โดยศาลปกครองฝรั่งเศส

หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรงที่ไม่ปกติหรือในสถานการณ์พิเศษ ซึ่งไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้ล่วงหน้านี้ ถือเป็นขอบเขตหรือข้อจำกัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ออกในภาวะปกติ โดยตามทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์พิเศษ (Théorie des circonstances exceptionnelles) จะยอมรับการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครองในกรณีที่มีความจำเป็นตามสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรงที่ไม่ปกติหรือในสถานการณ์พิเศษที่เกิดขึ้นจริง ซึ่งฝ่ายปกครองจะต้องแก้ไขปัญหาในสถานการณ์ดังกล่าวอย่างจำเป็นเร่งด่วน โดยไม่อาจจะปฏิบัติตามกฎหมายที่ใช้อยู่ในภาวะปกติได้ เพราะการปฏิบัติตามกฎหมายที่ใช้อยู่ในภาวะปกติ หรือการเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย มีความเสี่ยงที่จะทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้เลยหรือไม่มีประสิทธิภาพ อันจะส่งผลกระทบต่อการดำรงอยู่หรือความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยภายในรัฐอย่างร้ายแรง<sup>243</sup> ดังนั้น จึงต้องยอมให้ฝ่ายปกครองฝ่าฝืนกฎหมายเพื่อเร่งแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริงในสถานการณ์เช่นว่านั้น โดยที่เหตุการณ์ซึ่งถือว่าเป็นสถานการณ์พิเศษ อาจจะเป็นกรณีที่เกิดสงครามความขัดแย้งระหว่างรัฐกับรัฐอื่น เกิดสงครามกลางเมืองหรือสงครามประชาชนขึ้นภายในรัฐเอง การก่อการจลาจล การใช้กำลังโค่นล้มรัฐบาลไม่ว่าจะเป็นการก่อการกบฏหรือการใช้กำลังทำรัฐประหารยึดอำนาจรัฐบาล หรือการเกิดภัยพิบัติตามธรรมชาติอย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นการกระทำหรือเป็นเหตุการณ์ที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางการเมือง เศรษฐกิจ

<sup>242</sup> โภคิน พลกุล, “คดีปกครองในฝรั่งเศส(2)” *วารสารอัยการ*, 6, 62 (กุมภาพันธ์ 2526): 44.

<sup>243</sup> วิษณุ วรรณุญ, ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศิลป์, *ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป* (กรุงเทพฯ: โครงการพัฒนาตำรานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน สำนักงานกฤษฎีกา, 2551), หน้า 57-58.

และสังคมอย่างร้ายแรง หรือส่งผลกระทบต่ออารยธรรมของประเทศชาติ ดังนั้น การใช้ อำนาจรัฐหรืออำนาจทางปกครองเพื่อระงับหรือแก้ไขสถานการณ์ที่วิกฤติให้กลับสู่ภาวะปกติ โดยผู้ปกครองหรือฝ่ายปกครอง จึงไม่อาจปฏิบัติตามหลักความชอบด้วยกฎหมายที่บังคับใช้ในภาวะปกติได้<sup>244</sup>

ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์พิเศษ(Théorie des circonstances exceptionnelles) เกิดจากการพัฒนาหลักกฎหมายโดยศาลหรือองค์กรตุลาการของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่กำหนดขอบเขตหรือข้อจำกัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาช้านานจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริงเป็นกรณีๆไป โดยในชั้นแรกศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐได้มีคำพิพากษาลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ.1918 ในคดี Hayriés (Gr. Ar.,n° 35) และคำพิพากษาลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1919 ในคดี Dilles Dolet Laurent (Gr. Ar.,n° 37) ซึ่งวินิจฉัยว่าสงครามเป็นสถานการณ์พิเศษที่ฝ่ายปกครองสามารถตรารัฐกฤษฎีกาขึ้นเพื่อระงับใช้ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นหลักประกันของข้าราชการเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยเพื่อให้สามารถสั่งลงโทษข้าราชการได้อย่างรวดเร็วตามความจำเป็นในการป้องกันประเทศ และแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวได้รับการยืนยันอีกครั้งระหว่างสงครามที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1939 ถึง ค.ศ. 1945 ต่อมาศาลคดีขัดกันได้มีคำพิพากษาลงวันที่ 27 มีนาคม ค.ศ. 1952 ในคดี dame de la Murette (Gr.Ar.,n° 38) ขยายขอบเขตสถานการณ์พิเศษให้รวมถึงความตึงเครียดทางการเมืองในการต่อสู้เพื่อปลดปล่อยสาธารณรัฐฝรั่งเศสในระหว่างสงครามโลกครั้งที่สอง และสภาแห่งรัฐได้มีคำพิพากษาลงวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 1947 ในคดี Jarrigion,S.,1948 III,p.33 วินิจฉัยว่าการนัดหยุดงานทั่วไปทั้งประเทศเป็นสถานการณ์พิเศษ<sup>245</sup> คำพิพากษาลงวันที่ 19 พฤษภาคม ค.ศ. 1954 ในคดี Office Publicitaire De France วินิจฉัยว่าเหตุการณ์การก่อความไม่สงบในลักษณะที่เป็นกบฏเป็นสถานการณ์พิเศษ คำพิพากษาลงวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1954 ในคดี Andreani วินิจฉัยว่าสงครามอินโดจีนของฝรั่งเศสเป็นสถานการณ์พิเศษ คำพิพากษาลงวันที่ 7 มกราคม ค.ศ. 1955 ในคดี Andriamisera วินิจฉัยว่าเหตุการณ์การก่อความไม่สงบในดินแดนโพ้นทะเลของฝรั่งเศสเป็นสถานการณ์พิเศษ<sup>246</sup> คำพิพากษาลงวันที่ 18 พฤษภาคม ค.ศ. 1983 ในคดี Félix odes,A.J.,1984,p.44

<sup>244</sup> สาโรช โชติพันธุ์, "การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 23.

<sup>245</sup> Jean RIVERO et Jean WALINE, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส(DROIT ADMINISTRATIF), แปลโดย สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, หน้า 84.

<sup>246</sup> โคนิน พลกุล, "คดีปกครองในฝรั่งเศส(54)," วารสารอัยการ, 10, 114 (มิถุนายน 2530): 50.

วินิจฉัยว่าภัยพิบัติธรรมชาติเป็นสถานการณ์พิเศษ นอกจากนั้นเหตุการณ์การชุมนุมประท้วงในเดือนพฤษภาคม ค.ศ.1968 สภาแห่งรัฐก็ได้มีคำพิพากษา ลงวันที่12 กรกฎาคม ค.ศ. 1969 ในคดี Chambre de Commerce de Saint – Étienne, A.J.D.A.,1969, p.565 วินิจฉัยว่าเป็นสถานการณ์พิเศษ<sup>247</sup> รวมทั้ง มีคำพิพากษาในคดี C.E.,Ass.19 octobre 1962 Canal ก็วินิจฉัยว่าเหตุการณ์จลาจลอันเนื่องมาจากสงครามอัลจีเรีย เป็นสถานการณ์พิเศษเช่นกัน<sup>248</sup>

(2) สภาพข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขที่ก่อให้เกิดอำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครองในสถานการณ์พิเศษ

สำหรับองค์ประกอบเกี่ยวกับสภาพข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขและมีผลทำให้นิติกรรมทางปกครองใดๆ ถูกถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ออกในสถานการณ์พิเศษมี 2 ประการ คือ<sup>249</sup>

(2.1) การเกิดข้อเท็จจริงที่เป็นสถานการณ์พิเศษ

เงื่อนไขที่ก่อให้เกิดอำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครองในสถานการณ์พิเศษ ในกรณีนี้ คือ จะต้องมียุทธการอันจัดได้ว่าเป็นสถานการณ์พิเศษเกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นกรณีการเกิดสงคราม เกิดภัยพิบัติธรรมชาติที่ร้ายแรง การก่อการจลาจลจู่โจม หรือแม้แต่การใช้กำลังเข้ายึดอำนาจรัฐ ไม่ว่าจะเป็นกรก่อการกบฏหรือการทำรัฐประหาร<sup>250</sup> หรือเหตุการณ์อื่นซึ่งเป็นสถานการณ์พิเศษจริงๆ และจะต้องมีลักษณะที่แตกต่างจากสถานการณ์ฉุกเฉินธรรมดา<sup>251</sup>

(2.2) ข้อเท็จจริงที่ทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจปฏิบัติตามกฎหมายได้

ข้อเท็จจริงอันเป็นสถานการณ์พิเศษดังกล่าวต้องมีผลทำให้ฝ่ายปกครองตกอยู่ในสภาวะที่ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้เลย หากจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดไว้ตามวิถีทางปกติ<sup>252</sup>

<sup>247</sup> Jean RIVERO et Jean WALINE, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส(DROIT ADMINISTRATIF), แปลโดย สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, หน้า 84.

<sup>248</sup> วิษณุ วรรณฤณ และคณะ, ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป, หน้า 58.

<sup>249</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>250</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>251</sup> โภคิน พลกุล, “คดีปกครองในฝรั่งเศส(54),” 10, 114: 51.

<sup>252</sup> วิษณุ วรรณฤณ และคณะ, ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป, หน้า 58.



## (3) ขอบเขตการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในสถานการณ์พิเศษ

ขอบเขตการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในสถานการณ์พิเศษมีดังนี้<sup>253</sup>

## (3.1) เป็นการใช้อำนาจชั่วคราวเพื่อแก้ปัญหาสำหรับสถานการณ์พิเศษ

การใช้อำนาจในสถานการณ์พิเศษของฝ่ายปกครอง จะต้องเป็นการกระทำชั่วคราวเพื่อระงับเหตุหรือแก้ไขปัญหาในช่วงที่เกิดสถานการณ์พิเศษเท่านั้น<sup>254</sup> และหากสถานการณ์พิเศษที่มีความร้ายแรงดังกล่าวได้สิ้นสุดลงความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องระงับเหตุแบบฉับพลันทันด่วนไม่มีแล้ว แต่ฝ่ายปกครองยังคงใช้มาตรการดังกล่าวโดยไม่ปฏิบัติตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในภาวะปกติอีกต่อไป ย่อมต้องถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>255</sup>

## (3.2) มาตรการที่ใช้จะต้องมีความสัมพันธ์กับความมุ่งหมาย

มาตรการต่างๆ ที่ฝ่ายปกครองใช้ในสถานการณ์พิเศษ จะต้องมีความสัมพันธ์โดยตรงกับจุดมุ่งหมายที่ประสงค์ หากไม่เป็นไปดังนี้แล้ว มาตรการดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>256</sup>

## (3.3) เป็นการใช้อำนาจที่ถูกตรวจสอบได้โดยศาลปกครอง

การกระทำของฝ่ายปกครองในสถานการณ์พิเศษ จะต้องถูกตรวจสอบได้โดยศาลปกครอง ซึ่งแม้ว่าผลของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในสถานการณ์พิเศษ จะทำให้การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายถูกถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่ศาลจะเป็นผู้ตรวจสอบว่ามีข้อเท็จจริงอันถือว่าเป็นสถานการณ์พิเศษดังกล่าวจริงหรือไม่ เป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุในสถานการณ์เช่นนั้นหรือไม่<sup>257</sup> ซึ่งก็คือการตรวจสอบว่ามีข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขก่อให้เกิดอำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครองในสถานการณ์พิเศษ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.5.2 จริงหรือไม่ และการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองอยู่ในขอบเขต ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.5.3.1 และ 3.5.3.2 หรือไม่ นั่นเอง

## (4) ผลทางกฎหมายของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในสถานการณ์พิเศษ

ผลของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในสถานการณ์พิเศษ คือการกระทำของฝ่ายปกครองหากเป็นการกระทำในภาวะปกติอาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย

<sup>253</sup> วิชาญ วรวิญญู และคณะ, ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป, หน้า 57-60.

<sup>254</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>255</sup> โภคิน พลกุล, “คดีปกครองในฝรั่งเศส(54),” วารสารอัยการ, 10, 114: 51.

<sup>256</sup> โภคิน พลกุล, “คดีปกครองในฝรั่งเศส(54),” วารสารอัยการ, 10, 114: 51.

<sup>257</sup> วิชาญ วรวิญญู และคณะ, ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป, หน้า 57-60.

แต่ถ้าการกระทำนั้นได้กระทำในช่วงที่มีสถานการณ์พิเศษ อาจจะถูกถือว่าเป็นการกระทำที่ ชอบด้วยกฎหมาย (คือเป็น *Légalité d'exception*)<sup>258</sup> ทั้งนี้ เนื่องจากการใช้อำนาจของ ฝ่ายปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรงที่ไม่ปกติหรือในสถานการณ์พิเศษ ตามทฤษฎี ว่าด้วยสถานการณ์พิเศษ ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายหลายประการ ดังนี้<sup>259</sup>

(4.1) ถือเป็นขอบเขตหรือข้อจำกัดของหลักความชอบด้วยกฎหมาย การใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรงที่ไม่ปกติหรือ ในสถานการณ์พิเศษตามทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์พิเศษนี้ ถือเป็นขอบเขตหรือข้อจำกัดของ หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ออกในภาวะปกติ กล่าวคือ จะมีผล ทำให้ฝ่ายปกครองไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายอันอาจมีผลทำให้หน้าที่ของตนเสียไป เช่น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้อำนาจ โดยฝ่ายปกครองสามารถกระทำการนอกเหนือไปจาก อำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมายปกติได้ หรือไม่ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการอันเป็น สาระสำคัญสำหรับการออกนิติกรรมทางปกครอง หรือสามารถกระทำการที่กระทบต่อสิทธิ เสรีภาพทางมหาชนได้ เป็นต้น ทั้งนี้ ศาลจะสงวนอำนาจที่จะเลือกกว่ากฎเกณฑ์ใดที่จะไม่ สามารถบังคับได้หรือกฎเกณฑ์ใดยังคงต้องบังคับใช้อยู่ โดยศาลจะคำนึงถึงสถานการณ์ตาม ความเป็นจริงมากที่สุด จนถึงขั้นที่มีการยอมรับว่าในสถานการณ์ไม่ปกติเช่นนั้น เอกชน สามารถใช้อำนาจแทนที่ฝ่ายปกครองได้ในกรณีที่ยังคงปฏิบัติหน้าที่ได้ และ ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดสาธารณรัฐ ฝรั่งเศสหรือสภาแห่งรัฐลงวันที่ 7 มกราคม ค.ศ. 1944 ในคดี *Lecoq, R.D.P.*, 1944)<sup>260</sup>

(4.2) เกิดความผูกพันตามหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ใช้ ในสถานการณ์พิเศษ

กรณีฝ่ายปกครองจะต้องถูกผูกพันโดยหลักความชอบด้วย กฎหมายที่บังคับใช้บังคับในสถานการณ์พิเศษนี้ เป็นหลักการที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานว่า การ กระทำในภาวะฉุกเฉินร้ายแรงที่ไม่ปกติหรือในสถานการณ์พิเศษนั้น จะต้องมิวัตถุประสงค์ เพื่อสนองตอบหรือแก้ไขสถานการณ์ไม่ปกติและวิธีการที่นำมาใช้จะต้องสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ดังกล่าวด้วย<sup>261</sup>

<sup>258</sup> วิชาญ วรวิญญู และคณะ, ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป, หน้า 57.

<sup>259</sup> Jean RIVERO et Jean WALINE, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส(DROIT ADMINISTRATIF), แปลโดย สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, หน้า 84-85.

<sup>260</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 84-85.

<sup>261</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 85.

(4.3) ความรับผิดของฝ่ายปกครองอันเนื่องจากการออกนิติกรรมทางปกครองในสถานการณ์พิเศษ

ในเรื่องความรับผิดทางปกครองของฝ่ายปกครองที่เป็นผลมาจากการกระทำของฝ่ายปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรงที่ไม่ปกติหรือในสถานการณ์พิเศษนั้น หากกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นในภาวะปกติ อาจเป็นความผิดตามหลักความชอบด้วยกฎหมายและฝ่ายปกครองอาจจะต้องรับผิดตามหลักความรับผิดของรัฐ แต่เนื่องจากการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรงที่ไม่ปกติหรือในสถานการณ์พิเศษ จึงมีผลทำให้ฝ่ายปกครองไม่ต้องรับผิดหรือพ้นจากความรับผิดได้ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่ได้ทำในสถานการณ์พิเศษ แม้จะถือว่าเป็นความผิด แต่ฝ่ายปกครองอาจจะต้องรับผิดตามหลักเรื่องความเสี่ยงภัย อันถือว่าเป็นความรับผิดของรัฐที่ปราศจากความผิดประเภทหนึ่ง<sup>262</sup>

(5) การตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกในสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรงที่ไม่ปกติหรือสถานการณ์พิเศษโดยศาลปกครอง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า อำนาจของฝ่ายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครองในวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือในสถานการณ์พิเศษ นั้น แม้ว่าการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครองในสถานการณ์ดังกล่าว จะถือเป็นข้อจำกัดหรือขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่ก็ได้หมายความว่า การกระทำทุกอย่างของฝ่ายปกครอง จะได้รับการยกเว้นไม่ต้องถูกตรวจสอบโดยศาลปกครองแต่อย่างใดไม่ เพราะศาลปกครองยังคงมีอำนาจตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ฝ่ายปกครองได้ออกในระหว่างวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือในสถานการณ์พิเศษได้ เพียงแต่การตรวจสอบของศาลจะแตกต่างไปจากการตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกในภาวะปกติเท่านั้น โดยศาลปกครองจะมีการพิจารณาวินิจฉัยในประเด็น ดังต่อไปนี้<sup>263</sup>

(5.1) การตรวจสอบสภาพข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขที่ก่อให้เกิดอำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครองในสถานการณ์พิเศษ

สำหรับหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการพิจารณาว่า ข้อเท็จจริงตามที่ฝ่ายปกครองกล่าวอ้าง จะถือเป็นสถานการณ์อันเป็นเงื่อนไขที่ก่อให้เกิด

<sup>262</sup> Jean RIVERO et Jean WALINE, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส(DROIT ADMINISTRATIF), แปลโดย สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, หน้า 85.

<sup>263</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.



อำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครองในสถานการณ์พิเศษ หรือไม่ นั้น มี 5 เงื่อนไข ดังนี้<sup>264</sup>

(5.1.1) สถานการณ์ที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นสถานการณ์ที่มีความรุนแรงเป็นพิเศษ

(5.1.2) จะต้องเป็นสถานการณ์ที่ผิดปกติ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ มิใช่สถานการณ์ฉุกเฉินที่เกิดขึ้นได้ตามปกติหรือเหตุฉุกเฉินธรรมดา

(5.1.3) จะต้องเป็นสถานการณ์ที่ฝ่ายปกครองไม่อาจจะสามารถคาดการณ์ได้มาก่อน

(5.1.4) เมื่อเกิดเหตุการณ์ไม่ปกติดังกล่าวแล้วฝ่ายปกครองจะต้องไม่สามารถเข้าไปจัดการยุติปัญหาโดยปฏิบัติตามกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ในภาวะปกติได้เลย

(5.1.5) จะต้องเป็นกรณีฉุกเฉินร้ายแรงที่ฝ่ายปกครองไม่อาจรอช้าได้ และหากปล่อยเวลาให้เนิ่นช้าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติและประชาชนอย่างร้ายแรง

(5.2) การตรวจสอบการสิ้นสุดของสถานการณ์พิเศษ

ในกรณีนี้ ศาลปกครองจะตรวจสอบว่า วิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือในสถานการณ์พิเศษได้สิ้นสุดลงแล้ว หรือไม่<sup>265</sup>

(5.3) การตรวจสอบความผูกพันของฝ่ายปกครองตามหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ใช้ในสถานการณ์พิเศษ

ในกรณีนี้ ศาลปกครองจะพิจารณาว่า การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเช่นว่านั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อสนองตอบหรือแก้ไขวิกฤติการณ์ร้ายแรงในสถานการณ์พิเศษ หรือไม่ และวิธีการที่นำมาใช้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ดังกล่าว หรือไม่ เพียงใด<sup>266</sup>

(5.4) อำนาจในการวินิจฉัยให้สถานการณ์ที่เกิดขึ้นถือเป็นข้อจำกัดของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

<sup>264</sup> บันทึกคำบรรยายของ Prof. Jean – Pierre Théron เรื่องการจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญที่อาจทำได้ในเวลาปกติและในสถานการณ์พิเศษ และการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยศาลและโดยองค์กรอื่นที่ไม่ใช่ศาล ณ ห้องเธียร์เตอร์ อาคารสำนักงานศาลปกครอง, 21-23 เมษายน 2552

<sup>265</sup> Jean RIVERO et Jean WALINE, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส(DROIT ADMINISTRATIF), แปลโดย สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, หน้า 85.

<sup>266</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

ศาลปกครองจะมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยว่า สถานการณ์ที่เกิดขึ้นสมควรจะถือเป็นข้อจำกัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ใช้ใน สถานการณ์พิเศษ หรือไม่ เพียงใด<sup>267</sup>

(5.5) ผลการตรวจสอบกรณีการออกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นไป ตามหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจตามทฤษฎีสถานการณ์พิเศษ

ในกรณีที่การออกนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครอง เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจตามทฤษฎีสถานการณ์พิเศษ ศาลปกครองจะวินิจฉัย ให้นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถูกถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย (คือเป็น *Légalité d'exception*)<sup>268</sup> และฝ่ายปกครองอาจจะไม่ต้องรับผิดตามหลักความรับ ผิดของรัฐ เว้นแต่ จะเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองยังต้องรับผิดตามหลักเรื่องความเสี่ยงภัย ซึ่งถือ ว่าเป็นความรับผิดของรัฐที่ปราศจากความผิด<sup>269</sup>

(5.6) การตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองกรณีที่ยกโดยไม่เป็นไป ตามหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจตามทฤษฎีสถานการณ์พิเศษ

ในกรณีที่การออกนิติกรรมทางปกครองไม่เป็นไปตาม หลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจตามทฤษฎีสถานการณ์พิเศษ การตรวจสอบนิติกรรมทาง ปกครองดังกล่าวโดยศาลปกครอง ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์การตรวจสอบความชอบด้วย กฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองเช่นในภาวะปกติทั่วไป<sup>270</sup>

### 3.5.2 การตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกในวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือ ในสถานการณ์พิเศษตามหลักกฎหมายเยอรมัน

3.5.2.1 การใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินและกรณีที่มีประกาศภาวะป้องกัน ประเทศ ตามกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน

<sup>267</sup> Jean RIVERO et Jean WALINE, *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส(DROIT ADMINISTRATIF)*, แปลโดย สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, หน้า 85.

<sup>268</sup> วิษณุ วรัญญ และคณะ, *ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป*, หน้า 57.

<sup>269</sup> Jean RIVERO et Jean WALINE, *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส(DROIT ADMINISTRATIF)*, แปลโดย สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, หน้า 85.

<sup>270</sup> บันทึกคำบรรยายของ Prof. Jean – Pierre Théron เรื่องการจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ที่อาจทำได้ในเวลาปกติและในสถานการณ์พิเศษ และการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยศาลและโดยองค์กรอื่นที่ไม่ใช่ ศาล ณ ห้องเจียร์เตอร์ อาคารสำนักงานศาลปกครอง, 21-23 เมษายน 2552.

เนื่องจากประสบการณ์อันเลวร้ายจากประวัติศาสตร์การเมืองของเยอรมันในยุคนาซีที่เป็นการปกครองแบบเผด็จการ ทำให้กฎหมายพื้นฐานของเยอรมันไม่มีบทบัญญัติที่มอบอำนาจแบบเบ็ดเสร็จชั่วคราวให้แก่ประธานาธิบดี อย่างเช่นมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส และการใช้อำนาจในภาวะที่เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน ล้วนเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องเท่านั้น ซึ่งเป็นการยึดมั่นในหลักนิติรัฐอย่างมั่นคง โดยที่การบังคับใช้กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินหรือในภาวะตึงเครียดก็ต้องอยู่ในกรอบของมาตรา 80a ของกฎหมายพื้นฐาน\* ซึ่งกำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการเห็นชอบให้มีการบังคับใช้กฎหมายเช่นว่านั้นเป็นครั้งคราวระหว่างที่มีสถานการณ์ฉุกเฉินหรือในภาวะตึงเครียดเท่านั้น<sup>271</sup> แต่อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวก็เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินหรือในภาวะตึงเครียด และการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองยังคงเป็นการใช้อำนาจที่อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งไม่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้นหลักความชอบด้วยกฎหมายเหมือนดังทฤษฎีสถานการณ์พิเศษของฝรั่งเศส และไม่ใช่ว่าเป็นการใช้อำนาจที่ไม่มีฐานทางกฎหมายรองรับ อย่างเช่นคณะรัฐประหารของไทย ดังนั้น การใช้อำนาจตามกฎหมายว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินหรือในภาวะตึงเครียดที่อยู่ในกรอบของมาตรา 80a ของกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน จึงไม่อยู่ในขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แต่อย่างใด

\* Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Art. 80a

(1) Ist in diesem Grundgesetz oder in einem Bundesgesetz über die Verteidigung einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung bestimmt, daß Rechtsvorschriften nur nach Maßgabe dieses Artikels angewandt werden dürfen, so ist die Anwendung außer im Verteidigungsfalle nur zulässig, wenn der Bundestag den Eintritt des Spannungsfalles festgestellt oder wenn er der Anwendung besonders zugestimmt hat. Die Feststellung des Spannungsfalles und die besondere Zustimmung in den Fällen des Artikels 12a Abs. 5 Satz 1 und Abs. 6 Satz 2 bedürfen einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen.

(2) Maßnahmen auf Grund von Rechtsvorschriften nach Absatz 1 sind aufzuheben, wenn der Bundestag es verlangt.

(3) Abweichend von Absatz 1 ist die Anwendung solcher Rechtsvorschriften auch auf der Grundlage und nach Maßgabe eines Beschlusses zulässig, der von einem internationalen Organ im Rahmen eines Bündnisvertrages mit Zustimmung der Bundesregierung gefaßt wird. Maßnahmen nach diesem Absatz sind aufzuheben, wenn der Bundestag es mit der Mehrheit seiner Mitglieder verlangt.

<sup>271</sup> สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, กฎหมายพื้นฐานสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (กรุงเทพฯ: บริษัท พี.เพรส จำกัด, 2551), หน้า 53.



นอกจากนี้ ในกรณีที่บทบัญญัติมาตรา 115 ของกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน\* ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการการใช้อำนาจในระหว่างที่มีการประกาศภาวะป้องกันประเทศ ก็เป็นเรื่องที่อาณาเขตของสหพันธ์รัฐเยอรมันถูกโจมตีจากกองกำลังติดอาวุธหรือคุกคาม<sup>272</sup> หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นกรณีที่ถูกรุกรานจากรัฐอื่นอันมีลักษณะเป็นการประกาศสงคราม ที่เกิดจากภัยคุกคามจากภายนอกประเทศนั่นเอง ซึ่งไม่ใช่เป็นกรณีการยึดอำนาจการปกครองแทนผู้ปกครองกลุ่มเดิมโดยคณะรัฐประหารอย่างเช่นของไทย ดังนั้น บทบัญญัติตามมาตรา 115 ของกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน จึงไม่อยู่ในขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เช่นเดียวกัน

ส่วนกรณีบทบัญญัติเรื่อง เหตุฉุกเฉินภายใน ตามมาตรา 91 ของกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน\*\* ซึ่งกำหนดว่า (1) เพื่อป้องกันภัยอันตรายอันใกล้จะถึงที่อาจเกิดขึ้นได้หรือเพื่อระบอบพื้นฐานเสรีประชาธิปไตยของสหพันธ์รัฐหรือของมลรัฐ มลรัฐอาจขอคำสั่งตำรวจของมลรัฐอื่น หรือขอให้บุคลากรและสิ่งอำนวยความสะดวกของหน่วยงาน

\* Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Art. 115

(1) Die Aufnahme von Krediten sowie die Übernahme von Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen, die zu Ausgaben in künftigen Rechnungsjahren führen können, bedürfen einer der Höhe nach bestimmten oder bestimmaren Ermächtigung durch Bundesgesetz. Die Einnahmen aus Krediten dürfen die Summe der im Haushaltsplan veranschlagten Ausgaben für Investitionen nicht überschreiten; Ausnahmen sind nur zulässig zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts. Das Nähere wird durch Bundesgesetz geregelt.

(2) Für Sondervermögen des Bundes können durch Bundesgesetz Ausnahmen von Absatz 1 zugelassen werden.

<sup>272</sup> สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, กฎหมายพื้นฐานสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, หน้า 86 - 93.

\*\* Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Art. 91

(1) Zur Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes kann ein Land Polizeikräfte anderer Länder sowie Kräfte und Einrichtungen anderer Verwaltungen und des Bundesgrenzschutzes anfordern.

(2) Ist das Land, in dem die Gefahr droht, nicht selbst zur Bekämpfung der Gefahr bereit oder in der Lage, so kann die Bundesregierung die Polizei in diesem Lande und die Polizeikräfte anderer Länder ihren Weisungen unterstellen sowie Einheiten des Bundesgrenzschutzes einsetzen. Die Anordnung ist nach Beseitigung der Gefahr, im übrigen jederzeit auf Verlangen des Bundesrates aufzuheben. Erstreckt sich die Gefahr auf das Gebiet mehr als eines Landes, so kann die Bundesregierung, soweit es zur wirksamen Bekämpfung erforderlich ist, den Landesregierungen Weisungen erteilen; Satz 1 und Satz 2 bleiben unberührt.

ทางปกครองอื่นและของตำรวจตระเวนชายแดนแห่งสหพันธรัฐ (2) หากมลรัฐที่เผชิญภัยอันตรายอันใกล้จะถึงไม่ประสงค์หรือไม่สามารถรับมือกับภัยอันตรายดังกล่าว รัฐบาลสหพันธรัฐอาจสั่งการตำรวจในมลรัฐนั้นและกองกำลังตำรวจของมลรัฐอื่นแทน และอาจใช้หน่วยตำรวจตระเวนชายแดนแห่งสหพันธรัฐได้ แต่ให้ยกเลิกการสั่งการดังกล่าวทันทีที่ภัยอันตรายหมดไป หรือในเวลาใดๆ ตามที่วุฒิสภาเรียกร้อง หากภัยอันตรายดังกล่าวขยายเกินอาณาเขตของมลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง รัฐบาลแห่งสหพันธรัฐอาจออกคำสั่งแก่รัฐบาลแห่งมลรัฐเหล่านั้นเท่าที่จำเป็นเพื่อรับมือกับภัยอันตรายดังกล่าวโดยต้องไม่กระทบต่อความในวรรคนี้<sup>273</sup>

นอกจากนี้ บทบัญญัติตามมาตรา 87a(4) ของกฎหมายพื้นฐานแห่งเยอรมัน\* ซึ่งกำหนดว่า เพื่อระงับภัยอันตรายอันใกล้จะถึง หรือเพื่อระบอบพื้นฐานเสรีประชาธิปไตยของสหพันธรัฐหรือของมลรัฐ รัฐบาลแห่งสหพันธรัฐอาจใช้กองทัพในการสนับสนุนงานตำรวจและตำรวจตระเวนชายแดนแห่งสหพันธรัฐเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินของพลเรือนและเพื่อต่อสู้กับกลุ่มผู้ก่อการร้ายติดอาวุธ หากมีเงื่อนไขตามที่ระบุไว้ตามมาตรา 91(2) และเป็นกรณีที่กองกำลังตำรวจและตำรวจตระเวนชายแดนแห่งสหพันธรัฐมีไม่เพียงพอ แต่การใช้กองทัพดังกล่าวให้ยุติลงเมื่อวุฒิสภาเรียกร้องให้ยุติ<sup>274</sup>

<sup>273</sup> สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, กฎหมายพื้นฐานสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, หน้า 64.

\* Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Art. 87a(4)

Zur Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes kann die Bundesregierung, wenn die Voraussetzungen des Artikels 91 Abs. 2 vorliegen und die Polizeikräfte sowie der Bundesgrenzschutz nicht ausreichen, Streitkräfte zur Unterstützung der Polizei und des Bundesgrenzschutzes beim Schutze von zivilen Objekten und bei der Bekämpfung organisierter und militärisch bewaffneter Aufständischer einsetzen. Der Einsatz von Streitkräften ist einzustellen, wenn der Bundestag oder der Bundesrat es verlangen.

<sup>274</sup> สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, กฎหมายพื้นฐานสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, หน้า 59.

และมาตรา 35\* ความช่วยเหลือทางกฎหมายและทางปกครอง ความช่วยเหลือในระหว่างเกิดภัยพิบัติ (1) หน่วยงานของสหพันธรัฐและมลรัฐต้องให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายและทางปกครองแก่กันและกัน (2) เพื่อรักษาหรือฟื้นฟูความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยสาธารณะโดยเฉพาะในกรณีที่ย้ำแรง มลรัฐอาจขออนุญาตและสิ่งอำนวยความสะดวกจากกองกำลังตำรวจตระเวนชายแดนแห่งสหพันธรัฐ เพื่อช่วยเหลือกำลังตำรวจของตน ในกรณีที่ตำรวจของตนไม่สามารถทำงานตามความรับผิดชอบของตนได้หรือสามารถทำงานได้ด้วยความยากลำบากหากไม่ได้รับความช่วยเหลือดังกล่าว และเพื่อรับมือกับอุบัติเหตุหรือภัยพิบัติทางธรรมชาติที่ย้ำแรง มลรัฐอาจขอความช่วยเหลือจากกำลังตำรวจของมลรัฐอื่น จากบุคลากรและสิ่งอำนวยความสะดวกของหน่วยงานทางปกครองอื่น จากกองทัพ หรือจากกองกำลังตำรวจตระเวนชายแดนแห่งสหพันธรัฐ (3) หากภัยพิบัติทางธรรมชาติหรืออุบัติเหตุก่อให้เกิดอันตรายต่อเขตแดนของมลรัฐมากกว่าหนึ่งมลรัฐ รัฐบาลแห่งสหพันธรัฐอาจสั่งให้รัฐบาลแห่งมลรัฐจัดกำลังตำรวจเพื่อให้มลรัฐอื่นสั่งการได้ และอาจจัดกำลังของหน่วยในกองกำลังตำรวจตระเวนชายแดนแห่งสหพันธรัฐหรือกองทัพเพื่อสนับสนุนงานตำรวจ มาตรการที่รัฐบาลแห่งสหพันธรัฐนำมาใช้ตามวรรคนี้ต้องถูกยกเลิกได้ตลอดเวลาเมื่อวุฒิสภาเรียกร้อง และไม่ว่าในกรณีใดต้องถูกยกเลิกทันทีที่อันตรายนั้นผ่านพ้นไปแล้ว<sup>275</sup>

\* Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Art. 35

(1) Alle Behörden des Bundes und der Länder leisten sich gegenseitig Rechts und Amtshilfe.

(2) Zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung kann ein Land in Fällen von besonderer Bedeutung Kräfte und Einrichtungen des Bundesgrenzschutzes zur Unterstützung seiner Polizei anfordern, wenn die Polizei ohne diese Unterstützung eine Aufgabe nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten erfüllen könnte. Zur Hilfe bei einer Naturkatastrophe oder bei einem besonders schweren Unglücksfall kann ein Land Polizeikräfte anderer Länder, Kräfte und Einrichtungen anderer Verwaltungen sowie des Bundesgrenzschutzes und der Streitkräfte anfordern.

(3) Gefährdet die Naturkatastrophe oder der Unglücksfall das Gebiet mehr als eines Landes, so kann die Bundesregierung, soweit es zur wirksamen Bekämpfung erforderlich ist, den Landesregierungen die Weisung erteilen, Polizeikräfte anderen Ländern zur Verfügung zu stellen, sowie Einheiten des Bundesgrenzschutzes und der Streitkräfte zur Unterstützung der Polizeikräfte einsetzen. Maßnahmen der Bundesregierung nach Satz 1 sind jederzeit auf Verlangen des Bundesrates, im übrigen unverzüglich nach Beseitigung der Gefahr aufzuheben.

<sup>275</sup> สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, กฎหมายพื้นฐานสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, หน้า 25 - 26.



จากบทบัญญัติทั้งสามมาตราดังกล่าว แม้ว่าจะเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจอรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินหรือสถานการณ์พิเศษก็ตาม แต่ก็เป็นเรื่องการจัดความสัมพันธ์ในการใช้อำนาจระหว่างรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐกับรัฐบาลของมลรัฐ หรือระหว่างมลรัฐหนึ่งกับอีกมลรัฐหนึ่ง ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของประเทศที่มีโครงสร้างแบบสหพันธรัฐเท่านั้น ไม่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้นหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่จะนำมาเทียบเคียงกับการใช้อำนาจของคณะรัฐประหารของไทยได้แต่อย่างใด

3.5.2.2 การตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกในวิกฤติการณ์ร้ายแรง หรือในสถานการณ์พิเศษตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน

เนื่องจากแนวคิดในการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสกับเยอรมัน โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับนิติกรรมทางปกครองจะมีความแตกต่างกัน โดยที่การพัฒนาหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสนั้น ศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส จะมีบทบาทสำคัญเป็นอย่างมากในการค้นหาและพัฒนาหลักกฎหมาย โดยการนำเอาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวมาใช้วินิจฉัยวางแนวในการพิพากษาคดีจนได้รับการยอมรับและกลายเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ในขณะที่การพัฒนาหลักกฎหมายปกครองของเยอรมัน จะเป็นการพัฒนาด้วยการจัดทำเป็นบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังนั้น หลักกฎหมายปกครองที่เกี่ยวข้องกับนิติกรรมทางปกครองของเยอรมันทั้งในส่วนที่เป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติและสารบัญญัติ จะเป็นไปตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG) และรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของมลรัฐ ที่แต่ละมลรัฐบัญญัติออกมาเพื่อให้บังคับกับการกระทำของหน่วยงานทางปกครองของมลรัฐ<sup>276</sup> ด้วยเหตุผลดังกล่าว ศาลปกครองเยอรมันจึงมิได้มีการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปหรือสร้างทฤษฎีทางกฎหมายเพื่อใช้สำหรับการตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกในภาวะที่เกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือในสถานการณ์พิเศษ อย่างเช่นศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสแต่อย่างใด

การตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ฝ่ายปกครองออกในภาวะที่เกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือในสถานการณ์พิเศษตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน จึงเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยเฉพาะกฎหมายกลางที่ใช้บังคับกับการกระทำของหน่วยงานทางปกครองสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ที่เรียกว่า รัฐบัญญัติ

<sup>276</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 15-23.

ว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz หรือ VwVfG) โดยที่ตามบทบัญญัติของรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz หรือ VwVfG) จะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายไว้เป็นข้อยกเว้นหลักทั่วไป สำหรับการออกนิติกรรมทางปกครองในภาวะที่เกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือในสถานการณ์พิเศษ เฉพาะเรื่องการรับฟังคู่กรณีเท่านั้น ทั้งนี้ ตามมาตรา 28 วรรคสอง (1) และวรรคสาม VwVfG<sup>277</sup> ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) กรณีฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะไม่รับฟังคู่กรณี

ตามมาตรา 28 วรรคสอง (1) VwVfG ได้บัญญัติให้ฝ่ายปกครองอาจไม่ต้องรับฟังคู่กรณีก่อนที่จะออกนิติกรรมทางปกครองได้ หากปรากฏว่ามีความจำเป็นที่จะต้องตัดสินใจโดยฉับพลันเพื่อป้องกันภัยอันตรายที่มีอยู่เฉพาะหน้า (Wegen Gefahr im Verzuge) หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ (im Öffentlichen Interesse)<sup>278</sup> ซึ่งจากบทบัญญัติของกฎหมายเช่นว่านี้ จะเห็นได้ว่าในกรณีที่เกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือในสถานการณ์พิเศษ อันเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขตามข้อยกเว้นดังกล่าว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะตัดสินใจว่าสมควรที่จะรับฟังคู่กรณีหรือไม่ หากเห็นว่า มีความจำเป็นที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อป้องกันภัยอันตรายที่มีอยู่เฉพาะหน้าหรือที่เกิดในภาวะวิกฤติการณ์ร้ายแรงเช่นว่านั้น หรือเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองไม่ฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองก็ได้

หลักกฎหมายอันเป็นข้อยกเว้นหลักการรับฟังคู่กรณีตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมันในกรณีนี้ ถูกนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 30 วรรคสอง (1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ของไทยเช่นกัน โดยมีเนื้อหาในทำนองเดียวกันว่า บทบัญญัติในเรื่องการให้คู่กรณีมีโอกาที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน มิให้นำมาใช้บังคับในกรณีที่มีความจำเป็นรีบด่วน หากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ เว้นแต่เจ้าหน้าที่ที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น

<sup>277</sup> โปรตุเกตุ เวเจตน์ ภาศิริรัตน์, วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา(ออนไลน์), 2548 แหล่งที่มา [www.Lawreform.go.th](http://www.Lawreform.go.th)

<sup>278</sup> เวเจตน์ ภาศิริรัตน์, วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน, หน้า 65.

## (2) กรณีห้ามหน่วยงานรับฟังคู่กรณี

ตามมาตรา 28 วรรคสาม VwVfG ได้บัญญัติให้ฝ่ายปกครองจะรับฟังคู่กรณีไม่ได้ ถ้าปรากฏว่าการให้สิทธิคู่กรณีเช่นนั้นจะขัดต่อประโยชน์สาธารณะที่จำเป็นยิ่ง (zwingendes Öffentliches Interesse) โดยในร่างรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ค.ศ.1973 ยกตัวอย่าง “ประโยชน์สาธารณะที่จำเป็นยิ่ง” ว่าได้แก่ ความปลอดภัยของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน<sup>279</sup>

หลักกฎหมายอันเป็นข้อยกเว้นหลักการรับฟังคู่กรณีตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมันในกรณีนี้ ก็ถูกนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 30 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ของไทยเช่นเดียวกัน โดยมีเนื้อหาในทำนองเดียวกันว่า ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ให้โอกาสคู่กรณีที่ขอทราบบ้างข้อเท็จจริง ได้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนถ้าจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ

กรณีจึงเห็นได้ว่า เมื่อเกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรืออยู่ในสถานการณ์พิเศษ ไม่ว่าจะเป็นการก่อการกบฏ หรือการทำรัฐประหาร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจตามกฎหมายของเยอรมันย่อมออกคำสั่งทางปกครองใดๆ โดยอาจใช้ดุลพินิจไม่ฟังคู่กรณีหรือออกโดยจะต้องไม่ฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดได้แล้วแต่กรณี และหากมีการฟ้องโต้แย้งต่อศาล ศาลปกครองก็จะตรวจสอบว่ามีข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ที่เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายจริงหรือไม่ หากมีจริงก็ย่อมเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามกฎหมายหรือตามข้อยกเว้นที่ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 28 วรรคสอง(1) และวรรคสาม VwVfG ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

### 3.5.3 เปรียบเทียบหลักกฎหมายฝรั่งเศสกับเยอรมันในเรื่องการตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกในวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือในสถานการณ์พิเศษ

เมื่อเปรียบเทียบหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของเยอรมัน ในกรณีที่ศาลจะนำมาใช้ในการตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ฝ่ายปกครองออกในภาวะที่เกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือในสถานการณ์พิเศษ อย่างเช่น การก่อการกบฏเพื่อยึดอำนาจการปกครอง หรือการปฏิวัติรัฐประหารล้มล้างรัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสจะมีหลักกฎหมายปกครองทั่วไปและทฤษฎีทางกฎหมายที่ศาลปกครองสูงสุดได้พัฒนาขึ้น ซึ่งมีลักษณะครอบคลุมและเปิดช่องให้ศาลนำมาประยุกต์ใช้ให้เข้ากับสถานการณ์ในความเป็นจริงได้ดีและกว้างขวางกว่าหลักกฎหมายของเยอรมันซึ่งมีข้อยกเว้นเฉพาะหลักการรับฟังคู่กรณีในการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากหลักกฎหมายปกครองเยอรมันในเรื่อง

<sup>279</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน, หน้า 66.



ดังกล่าว ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังนั้น ในเรื่องการตรวจสอบ  
นิติกรรมทางปกครองที่ออกในภาวะที่เกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือในสถานการณ์พิเศษ  
ศาลปกครองเยอรมัน จึงสามารถหยิบยกบทกฎหมายดังกล่าวขึ้นวินิจฉัยได้ทันที โดยไม่มีปัญหา  
เรื่องการยอมรับ เพราะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่แล้ว ซึ่งก็ถือเป็นข้อดีเช่นกัน



ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## บทที่ 4

### การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารโดยศาลปกครองไทย

เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นงานวิชาการชิ้นแรกที่ศึกษาหรือกล่าวถึงประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมายเทียบได้กับนิติกรรมทางปกครอง เพราะงานวิชาการที่ศึกษาหรือกล่าวถึงประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีอยู่แล้วทั้งหมดในวงการวิชาการของไทย ซึ่งมีไม่มากนัก นั้น ล้วนแล้วแต่ศึกษาหรือกล่าวถึงเฉพาะที่เป็นประกาศคณะรัฐประหาร ซึ่งมีสถานะเทียบเท่ากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติทั้งสิ้น ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงมุ่งที่จะศึกษาวิเคราะห์หลักกฎหมายปกครอง ในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง เพื่อนำเสนอเป็นแนวทางในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารโดยศาลปกครองของไทย ซึ่งจะเป็นการศึกษวิเคราะห์ทางทฤษฎีกฎหมายอย่างกว้างโดยไม่เน้นเฉพาะหลักกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเพียงเรื่องเดียว ทั้งนี้ เพื่อให้ครอบคลุมเนื้อหาตามประเด็นที่ศาลปกครองจะต้องพิจารณาวินิจฉัย ทั้งในเรื่องอำนาจศาล เงื่อนไขการฟ้องคดี และที่เป็นประเด็นเนื้อหาแห่งคดี ดังต่อไปนี้

#### 4.1 อำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร

##### 4.1.1. เขตอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร

เนื่องจากอำนาจของศาลปกครองไทยได้รับการบัญญัติไว้ตามมาตรา 276 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้วแต่กรณี ประกอบมาตรา 9 และมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งโดยสรุปแล้ว คดีพิพาทที่จะอยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามบทบัญญัติดังกล่าว จะต้องเป็นคดีพิพาทอันเนื่องมาจาก “ฝ่ายปกครอง” ได้ใช้ “อำนาจทางปกครอง” แล้วไปกระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดี ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส และเยอรมัน

ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องโต้แย้งประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารต่อศาลปกครอง ปัญหาที่ต้องพิจารณาเป็นประเด็นแรก คือ คณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหารเป็น “ฝ่ายปกครอง” และอำนาจที่ใช้ในการออกประกาศหรือ

คำสั่งดังกล่าว เป็น “อำนาจทางปกครอง” อันจะทำให้คดีอยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง หรือไม่

ในการพิจารณาประเด็นปัญหานี้ ตามคำพิพากษาของศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 1049/2550 หมายเลขแดงที่ 1548/2551 และคดีหมายเลขดำที่ 1052/2550 หมายเลขแดงที่ 1549/2551 (คดีเป็นอันถึงที่สุดทั้งสองคดี เนื่องจากไม่มีคู่กรณีอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด) ได้วินิจฉัยในประเด็นนี้ไว้เช่นเดียวกัน โดยสรุปได้ว่า เนื่องจากตามข้อ 1 แห่งประกาศคณะปฏิรูปการปกครองฯ ฉบับที่ 4 กำหนดว่า ในระหว่างที่ยังไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ให้บรรดาอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายได้บัญญัติว่า เป็นอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรี ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองหรือผู้ซึ่งหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองฯ มอบหมาย และตามมาตรา 11 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 บัญญัติให้ นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลมีอำนาจหน้าที่สั่งให้ข้าราชการ ซึ่งสังกัดกระทรวง ทบวง กรมหนึ่ง มาปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรี โดยจะให้ขาดจากอัตราเงินเดือนทางสังกัดเดิมหรือไม่ก็ได้ ดังนั้น เมื่อคำสั่งหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองฯ (เป็นคำสั่งที่สั่งให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นข้าราชการตำรวจ ตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ จำนวน 1 คน และ ตำแหน่ง ผู้ช่วยผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ อีก 1 คน ไปปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรี) อ้างอำนาจตามมาตรา 11 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาเป็นฐานในการออกคำสั่ง ดังนั้น คำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองฯ จึงเป็นการสั่งการในฐานะนายกรัฐมนตรี โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 11 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534

นอกจากนั้น คำพิพากษาของศาลปกครองกลางทั้งสองคดีดังกล่าว ยังได้วินิจฉัยอีกในทำนองที่ว่า ต่อมาเมื่อ ก.พ. ได้มีมติอนุมัติให้รับโอนผู้ฟ้องคดีมาบรรจุเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ ตำแหน่ง ที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ ด้านความมั่นคง (ระดับ 10) และหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองฯ ในฐานะผู้ใช้อำนาจคณะรัฐมนตรี ได้มีคำสั่งให้ยกเว้นมติคณะรัฐมนตรี ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดกรอบอัตรากำลังและมาตรการควบคุมค่าใช้จ่ายด้านบุคลากรภาครัฐ และอนุมัติให้รับโอนรวมทั้ง การมีคำสั่งแต่งตั้งและการดำเนินการ จนมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ผู้ฟ้องคดี (ทั้งสองคน) พ้นจากข้าราชการตำรวจมาเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ ในตำแหน่งดังกล่าว อันถือเป็นกระบวนการโอนข้าราชการตำรวจ มาบรรจุเป็นข้าราชการ



พลเรือนสามัญ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจนายกรัฐมนตรี้ ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ทั้งสิ้น

ศาลจึงเห็นว่า หากหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองฯ มีเจตนาที่จะใช้อำนาจในฐานะหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองฯ ซึ่งเป็นรัฐสภาธิปไตยอยู่ในขณะนั้น ก็ไม่มีเหตุผลหรือความจำเป็น ที่จะต้องมีการขออนุมัติหรืออนุมัติเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการในการโอนข้าราชการจากหน่วยงานหนึ่ง ไปรับราชการในสำนักนายกรัฐมนตรี แต่อย่างใด เนื่องจากหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองฯ สามารถสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปดำรงตำแหน่งใดๆ ได้ตามอำนาจดังกล่าวอยู่แล้ว ดังนั้น เมื่อหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองฯ มิได้แสดงเจตนาในการใช้อำนาจรัฐสภาธิปไตยให้ปรากฏ แต่กลับดำเนินการตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง กระบวนการเพื่อนำไปสู่การออกประกาศฉบับดังกล่าว จึงต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วย

จากแนววินิจฉัยในคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นด้วยเป็นอย่างยิ่งว่าการออกประกาศหรือคำสั่งหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองฯ ที่ให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองคนมาปฏิบัติหน้าที่สำนักนายกรัฐมนตรี และการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการสั่งให้โอนผู้ฟ้องคดีทั้งสองคนจากข้าราชการตำรวจ ไปบรรจุเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ เป็นการสั่งการในฐานะนายกรัฐมนตรี และเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งย่อมหมาความว่า ในกรณีนี้ศาลเห็นว่า หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองฯ ถือเป็นเพียง “เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง” และอำนาจที่หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองฯ ใช้ออกประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว เป็น “อำนาจทางปกครอง” เช่นเดียวกัน

แต่อย่างไรก็ตาม ด้วยความเคารพอย่างสูงต่อคำพิพากษาศาลปกครองกลางดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า เหตุผลที่ศาลนำมาอ้างในการวินิจฉัย โดยมีความเห็นในทำนองที่ว่า หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองฯ อยู่ในฐานะผู้ใช้อำนาจรัฐสภาธิปไตย สามารถสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปดำรงตำแหน่งใดๆ ได้อยู่แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องดำเนินการ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนด แต่เมื่อหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองฯ ออกคำสั่งหรือประกาศ โดยอ้างอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาเป็นฐานในการออกคำสั่ง และมีการดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด จึงถือว่า มีเจตนาที่จะไม่ใช้อำนาจรัฐสภาธิปไตย หรือแสดงออกซึ่งเจตนาที่จะใช้อำนาจตามกฎหมาย จึงต้องดำเนินการตามกระบวนการที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องได้กำหนดไว้ด้วย นั้น เป็นการวินิจฉัยโดยพิจารณาทางด้านอัตวิสัย หรือขึ้นอยู่กับอำเภอใจของหัวหน้าคณะรัฐประหาร

เป็นสำคัญว่า ในการออกประกาศหรือคำสั่งฉบับดังกล่าวหรือฉบับใด ๆ ต้องการที่จะออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายหรือไม่ก็ได้ ดังนั้น ถ้าหากคณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหาร ไม่ต้องการที่จะให้ประกาศและคำสั่งทุกฉบับ ถูกตรวจสอบได้โดยศาล อย่างเช่นกรณีนี้อีก ก็จะระบุดลงในประกาศและคำสั่งว่า “ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐสภาธิปไตย” หรือในฐานะผู้ใช้อำนาจรัฐสภาธิปไตย” ก็จะกลายเป็นว่า ศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบได้เลย ซึ่งไม่น่าจะเป็นเรื่องที่ถูกต้อง

นอกจากนั้น การให้เหตุผลเช่นว่านี้ ยังก่อให้เกิดผลประหลาดอีกประการหนึ่ง คือ ถ้าหากคณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหาร ออกคำสั่งหรือประกาศที่มีสภาพบังคับหรือมีค่าบังคับเป็นนิติกรรมทางปกครองหรือเป็นคำสั่งทางปกครอง ที่มีเนื้อหาเหมือนกับคำสั่งหรือประกาศที่เป็นวัตถุแห่งคดีนี้ทุกประการ อีกทั้ง ยังเป็นการออกในเวลาเดียวกัน แต่ฉบับดังกล่าว เจ้าหน้าที่ไม่ได้ระบุหรือลืมนำพิมพ์ถ้อยคำที่อ้างอำนาจตามกฎหมายลงไป ในประกาศหรือคำสั่ง กรณีกลับทำให้ประกาศหรือคำสั่งฉบับนั้นๆ ถูกถือว่า ออกโดยรัฐสภาธิปไตย และไม่อาจถูกตรวจสอบได้โดยศาล ซึ่งอาจจะมีผลเป็นว่า เจ้าหน้าที่ผู้ทำหน้าที่เรียงพิมพ์ กลับกลายเป็นผู้ที่กำหนดสถานะของหัวหน้าคณะรัฐประหารว่าจะให้อยู่ในฐานะรัฐสภาธิปไตย หรือให้อยู่ในฐานะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ในการออกประกาศและคำสั่งฉบับนั้น ๆ ก็ได้ โดยเพียงแค่นำพิมพ์หรือไม่พิมพ์ข้อความที่อ้างอำนาจตามกฎหมายลงไป ซึ่งก็ไม่น่าจะเป็นเรื่องที่ถูกต้องเช่นเดียวกัน

ในกรณีนี้ อาจเปรียบเทียบได้กับคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส(โดยที่ประชุมใหญ่) ในคดี Rubin de Servens เมื่อวันที่ 2 มีนาคม 1962 ที่วินิจฉัยวางแนวเกี่ยวกับการใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีฝรั่งเศส ตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งประธานาธิบดีฝรั่งเศสได้ใช้อำนาจเผด็จการชั่วคราว เพื่อแก้ไขวิกฤติการณ์ร้ายแรงของชาติ โดยได้ออกประกาศและคำสั่งมากมาย บางฉบับมีค่าบังคับเป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ แต่บางฉบับเป็นเพียงกฎหรือคำสั่งทางปกครอง อันทำให้มีปัญหาเกี่ยวกับสถานะและอำนาจของประธานาธิบดี ในการออกประกาศหรือคำสั่งฉบับนั้นๆ ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับปัญหาในเรื่องสถานะและอำนาจที่หัวหน้าคณะรัฐประหารให้ออกประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร โดยในกรณีดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้วินิจฉัยว่า ถ้ามาตรการที่ใช้ อยู่ในขอบเขตของการตราบัญญัติ ถือว่าการใช้อำนาจของประธานาธิบดีเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ แต่ถ้ามาตรการที่ใช้ อยู่ในขอบเขตของการออกนิติกรรมทางปกครอง ย่อมถือเป็นการกระทำทางปกครอง

จากแนววินิจฉัยดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส พิจารณาสถานะและอำนาจของประธานาธิบดี ที่ออกประกาศหรือคำสั่งฉบับใด ๆ ในภาวะเช่นนั้น จากผลผลิตของการใช้อำนาจนั่นเอง กล่าวคือ ถ้าหากลักษณะของการใช้อำนาจ เป็นการตรากฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ หรือผลผลิตจากการใช้อำนาจมีค่าบังคับทางกฎหมายเป็นรัฐบัญญัติ หรือโดยปกติอยู่ในขอบเขตที่จะต้องตราเป็นรัฐบัญญัติ แสดงว่า การใช้อำนาจของประธานาธิบดี เป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ แต่ถ้าลักษณะของการใช้อำนาจ เป็นการออกนิติกรรมทางปกครอง หรือผลผลิตจากการใช้อำนาจมีค่าบังคับทางกฎหมายเป็นนิติกรรมทางปกครอง หรือโดยปกติอยู่ในขอบเขตที่จะต้องออกเป็นนิติกรรมทางปกครอง แสดงว่า การใช้อำนาจของประธานาธิบดี เป็นการกระทำทางปกครอง กรณีจึงเห็นได้ว่า การพิจารณาตามหลักเกณฑ์เช่นว่านี้ จะเป็นการพิจารณาทางด้านภาวะวิสัย กล่าวคือ จะพิจารณาจากสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งฉบับนั้น ๆ อันเป็นผลผลิตจากการใช้อำนาจเป็นสำคัญ

สำหรับประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า หากพิจารณาถึงสถานะของคณะรัฐประหารและหัวหน้าคณะรัฐประหารตามทฤษฎีองค์กรแล้ว จะเห็นได้ว่า ไม่อาจหาคำตอบเป็นที่ยุติได้ ทั้งนี้ เนื่องจากต้องยอมรับว่า คณะรัฐประหารเกิดจากการรวมตัวกันของกลุ่มบุคคลที่ร่วมกันทำการยึดอำนาจรัฐ และล้มล้างรัฐธรรมนูญโดยวิถีทางที่ไม่เป็นไปตามครรลองของรัฐธรรมนูญ เป็นกระบวนการเข้าสู่อำนาจรัฐที่ผิดกฎหมาย ไม่มีกฎหมายฉบับใดในระบบกฎหมาย กำหนดสถานะทางกฎหมายของคณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหาร เราจึงไม่อาจนำเอาโครงสร้างของรัฐในระบบกฎหมายที่ใช้อยู่ในภาวะปกติ มาพิจารณาสถานะของคณะรัฐประหารและหัวหน้าคณะรัฐประหารตามทฤษฎีองค์กรของรัฐได้เลย

ดังนั้น ในการพิจารณาถึงสถานะของคณะรัฐประหารและหัวหน้าคณะรัฐประหาร ในการออกประกาศและคำสั่งที่เป็นเหตุให้ถูกฟ้องโต้แย้งต่อศาลปกครอง ศาลจึงต้องพิจารณาถึง “ลักษณะของการใช้อำนาจ” ที่คณะรัฐประหารได้ออกประกาศหรือคำสั่งฉบับนั้น ๆ ซึ่งเป็นการพิจารณาตามทฤษฎีอำนาจ และการจะพิจารณาถึงอำนาจที่คณะรัฐประหารใช้ก็ต้องพิจารณาจาก “เนื้อหาหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศหรือคำสั่ง ซึ่งเป็นผลผลิตจากการใช้อำนาจ” อันเป็นการพิจารณาทางด้านภาวะวิสัย เหมือนกับแนววินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส กล่าวคือ ถ้าหากประกาศหรือคำสั่งอันเป็นผลผลิตจากการใช้อำนาจ เป็นประกาศคณะรัฐประหารที่ยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิม หรือประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่หลังการทำรัฐประหารสำเร็จ



อำนาจดังกล่าวย่อมเป็น “อำนาจล้มล้างหรืออำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ” แล้วแต่กรณี ซึ่งในกรณีเช่นนี้ ย่อมทำให้คณะรัฐประหารมีสถานะเป็น “องค์กรเหนือรัฐธรรมนูญ” หรือที่ในวงการนิติศาสตร์ไทย เรียกว่า “รัฐสภาธิปไตย” แต่ถ้าประกาศหรือคำสั่งอันเป็นผลผลิตจากการใช้อำนาจ เป็นประกาศคณะรัฐประหาร ที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมาย เทียบเท่ากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งโดยปกติจะต้องถูกตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ อำนาจดังกล่าว ย่อมถือเป็น “อำนาจนิติบัญญัติ” ซึ่งในกรณีเช่นนี้ ย่อมทำให้คณะรัฐประหารมีสถานะเสมือนเป็น “องค์กรที่ทำหน้าที่แทนองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ” เท่านั้น

และถ้าหากประกาศหรือคำสั่งอันเป็นผลผลิตจากการใช้อำนาจของคณะรัฐประหาร เป็นเพียงประกาศหรือคำสั่งที่มีค่าบังคับทางกฎหมายเป็น “นิติกรรมทางปกครอง” ไม่ว่าจะเป็กฎหรือคำสั่งทางปกครองก็ตาม ซึ่งโดยปกติจะออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง อำนาจที่คณะรัฐประหารใช้ในการออกประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว ย่อมเป็นเพียง “อำนาจทางปกครอง” และในกรณีเช่นว่านี้ ย่อมจะต้องถือว่า คณะรัฐประหารมีสถานะเสมือนเป็น “ฝ่ายปกครอง” เช่นเดียวกัน และย่อมมีผลทำให้ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารฉบับนั้นๆ อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง เช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในภาวะปกติ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะถ้อยคำในประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารฉบับนั้นๆ จะระบุว่าออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใดหรือไม่ก็ตาม

#### 4.1.2 การแยกเขตอำนาจเริ่มต้นในการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

สำหรับในกรณีนี้ จะเป็นการแยกเขตอำนาจเริ่มต้นในการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง และถือเป็นการแยกเขตอำนาจศาลทางด้านเนื้อหาข้อพิพาท โดยที่กฎหมายจะกำหนดให้คดีบางประเภท จะต้องยื่นฟ้องตรงต่อศาลปกครองชั้นสูง โดยไม่ต้องฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นก่อน ซึ่งตามหลักกฎหมายปกครองทั้งของฝรั่งเศส เยอรมันและไทย ล้วนมีลักษณะคล้ายคลึงกัน สำหรับตามหลักกฎหมายของไทย เมื่อพิจารณาเฉพาะกรณีการฟ้องขอให้ตรวจสอบประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร คงมีเฉพาะประกาศคณะรัฐประหารที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมายเป็นหรือเทียบเท่ากฎหมายประเภทพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่โดยปกติ จะออกหรือเห็นชอบโดยคณะรัฐมนตรีเท่านั้น ที่จะต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุด เพราะเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกหรือเห็นชอบโดยคณะรัฐมนตรี ตามมาตรา 11 (2) แห่ง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ถ้าหากเป็น กฎที่โดยปกติแล้ว จะมีได้ออกหรือเห็นชอบโดยคณะรัฐมนตรี หรือเป็นคำสั่งของหัวหน้า คณะรัฐประหารที่มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง ย่อมต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น ตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

ส่วนข้อหาละเมิดที่แม้จะเป็นการฟ้องละเมิดจากประกาศคณะรัฐประหาร ที่มีสถานะเป็นพระราชกฤษฎีกาก็ตาม กรณีก็ต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น เพราะ โดยหลักการแล้ว ศาลปกครองชั้นต้นถือเป็นศาลทั่วไปสำหรับคดีปกครอง ดังนั้น คดี ที่กฎหมายบัญญัติให้ยื่นฟ้องตรงต่อศาลปกครองสูงสุด ถือเป็นข้อยกเว้น จึงต้องตีความ อย่างแคบหรือต้องไม่ตีความขยายอำนาจ ซึ่งก็มีลักษณะเช่นเดียวกับหลักกฎหมาย ปกครองฝรั่งเศสและเยอรมัน

#### 4.1.3 การแบ่งเขตอำนาจศาลปกครองในแง่ทางด้านพื้นที่

เนื่องจากศาลปกครองชั้นต้นมีหลายแห่ง มีทั้งศาลปกครองกลางและ ศาลปกครองในภูมิภาค ดังนั้น มาตรา 47 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงบัญญัติให้ ยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้น ที่ผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาหรือที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลปกครองชั้นต้นนั้น โดยบทบัญญัติ ดังกล่าว เป็นการแบ่งเขตอำนาจศาลปกครองชั้นต้นในแง่ทางด้านพื้นที่ ซึ่งมีลักษณะ เช่นเดียวกับของต่างประเทศ สำหรับ การฟ้องขอให้ตรวจสอบประกาศและคำสั่ง คณะรัฐประหารทุกคดี โดยปกติย่อมฟ้องต่อศาลปกครองกลางได้ ตามมาตรา 8 วรรคสอง ประกอบมาตรา 47 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เพราะเหตุเกิดขึ้นใน กรุงเทพมหานคร แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ฟ้องคดีสามารถเลือกที่จะยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง ชั้นต้นในภูมิภาคที่ตนมีภูมิลำเนาอยู่ก็ได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 47 ประกอบมาตรา 94 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

## 4.2 เจื่อนไขในการฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร

### 4.2.1 เจื่อนไขเกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดี

สำหรับเจื่อนไขเกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดี ไม่ว่าจะจะเป็นกรณีความมีส่วนได้เสีย หรือการเป็นผู้เดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ฟ้องคดี การมีความสามารถในการใช้สิทธิทาง ศาล และความจำเป็นต้องมีคำบังคับของศาล ในการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อน ซึ่ง ตามหลักกฎหมายไทยและของต่างประเทศก็มีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน โดยตามกฎหมาย ปกครองฝรั่งเศส ในกรณีที่มีการฟ้องเพิกถอนหรือขอให้ตรวจสอบนิติกรรมทางปกครอง

หรือเรียกว่า คดีแบบภววิสัย (Contentieux Objectif) ศาลจะมีการตีความแบบกว้าง แต่ก็มิได้หมายความว่า ใครก็ฟ้องได้ในลักษณะ Action populaire หรือ Actio populairs เพราะการฟ้องแบบ Action populaire หรือ Actio populairs มีลักษณะที่เปิดโอกาสให้ประชาชนยื่นฟ้องได้แบบกว้างขวางมากเกินไป เพียงแค่อ้างสิทธิความเป็นพลเมือง หรือเป็นแค่ผู้เสียภาษีก็มีสิทธิฟ้องได้ ซึ่งจะต่างกับการฟ้องคดีแบบภววิสัย โดยอย่างน้อย ผู้ฟ้องคดีจะต้องมีส่วนได้เสียจากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวด้วย เช่น หากเป็นการฟ้องโดยมูลนิธิหรือสมาคม ก็ต้องมีวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่มีการฟ้องขอให้เพิกถอน เป็นต้น แนวทางการตีความเช่นนี้ ทั้งตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสและหลักกฎหมายปกครองเยอรมันมีลักษณะที่ไม่แตกต่างกัน

คดีที่ฟ้องเรียกให้ชดเชยค่าเสียหาย หรือคดีแบบอัตตวิสัย (Contentieux Subjectif) ศาลปกครองฝรั่งเศสจะมีการตีความผู้เสียหายอย่างแคบ ส่วนตามหลักกฎหมายเยอรมันคดีที่ฟ้องเรียกค่าเสียหายจะอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม

สำหรับตามหลักกฎหมายไทย เจื่อนไขการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี เป็นไปตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และข้อ 25 ข้อ 26 และข้อ 27 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ในกรณีที่มีการฟ้องเพิกถอนประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร ศาลจึงต้องตีความผู้เสียหาย ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว อย่างกว้าง แต่ไม่ถึงกับใครก็ฟ้องได้ เพื่อให้สอดคล้องกันแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมายตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสและเยอรมัน โดยผู้มีสิทธิฟ้องคดีจะต้องมีส่วนได้เสียหรืออย่างน้อยสิทธิจะต้องถูกระทบจากประกาศหรือคำสั่งดังกล่าวด้วย ส่วนคดีที่ฟ้องเรียกค่าเสียหายอันเป็นคดีละเมิดจากประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร ศาลต้องตีความอย่างแคบ โดยผู้ฟ้องคดีต้องเป็นผู้ที่สิทธิถูกระทบกระเทือนโดยตรงและเป็นการเฉพาะตัวจริง ๆ

#### 4.2.2 การแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดี

สำหรับการฟ้องคดีโต้แย้งประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารต่อศาลปกครอง จะมีปัญหาที่ต้องพิจารณาตามเงื่อนไขการฟ้องคดีในกรณีนี้ เฉพาะในกรณีที่เป็นคำสั่งของหัวหน้าคณะรัฐประหาร ที่มีคำสั่งบังคับทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครองเท่านั้น เนื่องจากตามหลักกฎหมายของไทย กำหนดให้การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองเป็นระบบอุทธรณ์บังคับ ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับหลักกฎหมาย



ปกครองเยอรมัน กล่าวคือ กระบวนการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง ถือเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดี ตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยเฉพาะในกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายโดยฝ่ายปกครองไว้ ผู้ฟ้องคดีจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดก่อนการฟ้องคดี อย่างเช่น คดีตามคำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขดำที่ 1049/2550 หมายเลขแดงที่ 1548/2551 และคดีหมายเลขดำที่ 1052/2550 หมายเลขแดงที่ 1549/2551 เมื่อศาลเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งหัวหน้าคณะรัฐประหารที่ใช้อำนาจในฐานะนายกรัฐมนตรี และผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้ร้องทุกข์ต่อ ก.พ. ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 แต่ ก.พ. มีมติไม่รับพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ดังกล่าว ศาลจึงถือว่า ได้ดำเนินการตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าหากมีการฟ้องในกรณีอื่นๆ ซึ่งไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายภายในฝ่ายปกครองไว้ ผู้เขียนเห็นว่า ย่อมเป็นไปตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป แต่เนื่องจาก มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว กำหนดให้มีการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งที่ไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี ทั้งนี้ เนื่องจากเจตนารมณ์ในเรื่องการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ต้องการให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับสูง ได้มีโอกาสตรวจสอบหรือทบทวนการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ระดับต่ำกว่า เมื่อถือว่า รัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับสูงอยู่แล้ว กฎหมายจึงกำหนดไม่ให้มีการอุทธรณ์โต้แย้งอีก ซึ่งสอดคล้องกับ รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz หรือ-VwVfG) ของเยอรมัน ที่กำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ระดับสูงของสหพันธรัฐหรือมลรัฐ ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเช่นกัน ดังนั้น โดยตรรกะทางกฎหมายเช่นนี้ คำสั่งทางปกครอง ที่ออกโดยหัวหน้าคณะรัฐประหาร ซึ่งถือเป็นเจ้าหน้าที่ระดับสูงที่สุด จึงไม่ต้องอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งต่อผู้ใดอีก ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

นอกจากนี้ คำสั่งคณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหารฉบับใด ถ้าหากออกในภาวะปกติแล้ว จะออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือจะต้องออกโดยเป็นมติหรือคำสั่งของคณะกรรมการที่ใช้อำนาจตามกฎหมาย การที่จะยื่นฟ้องโต้แย้งคำสั่งคณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหารเช่นว่านั้น ก็ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ภายใน

ฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดีอีก ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มิให้ใช้บังคับแก่คณะรัฐมนตรี และมาตรา 48 ประกอบตามมาตรา 87 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ไม่ได้กำหนดให้มีการอุทธรณ์คำสั่งที่ออกโดยคณะกรรมการ

#### 4.2.3 ระยะเวลาการฟ้องคดี

สำหรับเงื่อนไขในกรณีนี้ ไม่มีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาเป็นพิเศษแต่อย่างใด เพราะถ้าหากเป็นคดีที่ฟ้องเพิกถอนประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหาร แม้ตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดให้การฟ้องคดีปกครอง ต้องฟ้องภายใน 90 วัน นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดี แต่เนื่องจากโดยปกติประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารทุกฉบับ ไม่มีการแจ้งสิทธิการฟ้องคดีอยู่แล้ว ดังนั้น ระยะเวลาการฟ้องคดีจึงขยายเป็น 1 ปี ตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ส่วนในกรณีที่เป็นการฟ้องคดีละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น อันเกิดจากประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหาร ต้องยื่นฟ้องภายใน 1 ปี นับแต่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดีแต่ไม่เกิน 10 ปี นับแต่มีประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว ตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

#### 4.2.4 เงื่อนไขในการฟ้องคดีอื่นๆ

เงื่อนไขการฟ้องคดีอื่นๆ ในกรณีที่มีการฟ้องโต้แย้งประกาศและคำสั่งหัวหน้าคณะรัฐประหาร ไม่ว่าจะกรณีห้ามมิให้มีการฟ้องซ้ำ ฟ้องซ้อน หรือดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำ และเกี่ยวกับรูปแบบคำฟ้อง โดยทั่วไปไม่มีปัญหาที่ต้องพิจารณาเป็นพิเศษ เพราะเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดอยู่แล้ว เว้นแต่รูปแบบคำฟ้องที่ต้องระบุชื่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้อง อันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี ตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เท่านั้น เพราะการรวมตัวกันของคณะรัฐประหารหรือการใช้อำนาจในฐานะหัวหน้าคณะรัฐประหารเกิดขึ้นเฉพาะเพียงช่วงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น และจะสิ้นสภาพไปเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญและมีรัฐบาลตามรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เข้ารับหน้าที่ตามปกติ ดังนั้น การระบุตัวผู้ถูกฟ้องคดี ในการฟ้องโต้แย้งประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร จึงน่าจะแยกพิจารณาได้เป็น 2 ช่วงเวลา ดังนี้

(1) ในช่วงเวลา ก่อนที่รัฐบาลตามรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ จะเข้ารับหน้าที่ ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่คณะรัฐประหารและหัวหน้าคณะรัฐประหาร ยังคงใช้อำนาจในการปกครองประเทศอยู่ การฟ้องคดีโต้แย้งประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหาร ก็ต้องระบุให้คณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหาร ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจ ออกประกาศหรือคำสั่งที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี เป็นผู้ถูกฟ้องคดี แล้วแต่กรณี ต่อมา ในระหว่างการพิจารณาคดี ถ้าหากคณะรัฐประหารและหัวหน้าคณะรัฐประหาร สิ้นสภาพไป ตามรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ศาลก็ต้องพิจารณาว่า ในภาวะปกติแล้ว ประกาศและคำสั่ง เช่นว่านั้น จะออกโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐตำแหน่งใด หรือหากศาลมีคำพิพากษา หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหน่วยใด หรือตำแหน่งใด ที่ได้รับผลกระทบ หรือจะต้องปฏิบัติเพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษา ศาลก็ต้องมีคำสั่งเรียกให้หน่วยงานทางปกครองนั้น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตำแหน่งนั้นๆ เข้ามาในคดีในฐานะเป็นผู้ถูกฟ้องคดี ด้วยการร้องสอด ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และข้อ 78 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ประกอบมาตรา 57 และมาตรา 58 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

(2) ในกรณีที่มีการฟ้องคดีโต้แย้งประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร ภายหลังจากที่คณะรัฐประหารและหัวหน้าคณะรัฐประหารได้สิ้นสภาพไปแล้ว ผู้ฟ้องคดีก็ต้องพิจารณาว่า ถ้าหากประกาศหรือคำสั่งดังกล่าวออกในภาวะปกติ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตำแหน่งใด จะเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายในออกประกาศหรือคำสั่งเช่นว่านั้น ผู้ฟ้องคดี ก็จะต้องระบุให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตำแหน่งนั้นๆ เป็นผู้ถูกฟ้องคดี เพื่อให้คำฟ้องสมบูรณ์ครบถ้วนตามรูปแบบ ตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีระบุชื่อหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ให้เป็นผู้ถูกฟ้องคดี ผิดพลาดคลาดเคลื่อน หรือระบุไม่ถูกต้อง ศาลก็ย่อมมีอำนาจสั่งไม่รับฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีรายดังกล่าว ด้วยเหตุที่ผู้ฟ้องคดีไม่มีสิทธิฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีรายนั้น ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และศาลชอบที่จะมีคำสั่งเรียกให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นผู้มีอำนาจออกประกาศหรือคำสั่งดังกล่าวในภาวะปกติ หรือเรียกหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อาจได้รับผลกระทบจากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลหรือผลแห่งคดีนั้น ให้เข้ามาในคดี ในฐานะเป็นผู้ถูกฟ้องคดี ด้วยการร้องสอด ตาม



มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และข้อ 78 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ประกอบมาตรา 57 และมาตรา 58 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเช่นเดียวกัน

สำหรับกรณีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องเรียกค่าเสียหาย ซึ่งเป็นคดีละเมิดอันเกิดจากประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหาร เนื่องจากคณะรัฐประหารและหัวหน้าคณะรัฐประหารไม่ได้สังกัดหน่วยงานใด ดังนั้น การฟ้องคดีละเมิดอันเกิดจากประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหาร โดยปกติก็ต้องยื่นฟ้องกระทรวงการคลัง ให้รับผิดชอบ ตามมาตรา 5 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าหากเป็นกรณีที่มีการออกประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว เป็นการปฏิบัติหน้าที่ให้แก่หน่วยงานใด ในกรณีเช่นนั้นก็ต้องให้หน่วยงานนั้นๆ เป็นผู้รับผิดชอบทางละเมิด ไม่ใช่ฟ้องกระทรวงการคลัง ทั้งนี้ ตามแนวคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 674/2551 ยกตัวอย่างเช่น หัวหน้าคณะรัฐประหารมีคำสั่งให้นายตำรวจออกจากราชการ ซึ่งหากในภาวะปกติ ผู้ที่มีอำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งดังกล่าว จะต้องเป็นผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติหรือเป็นนายกรัฐมนตรีแล้วแต่กรณี ในกรณีเช่นนี้ หากผู้ที่ถูกสั่งให้ออกจากราชการยื่นฟ้องละเมิด อันเกิดจากคำสั่งหัวหน้าคณะรัฐประหารที่ให้ออกจากราชการดังกล่าว ก็ต้องฟ้องสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ให้เป็นผู้ถูกฟ้องคดี เป็นต้น

#### 4.3 การตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารอันเป็นการวินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดี

##### 4.3.1 เหตุเพิกถอนประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีค่าบังคับเป็นนิติกรรมทางปกครอง

เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ศาลปกครองจะนำมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง อันเป็นการวินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดี นั้น คือ เหตุเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่ง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งได้บัญญัติไว้หลายประการ ได้แก่ การออกกฎหมายหรือคำสั่งเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการ

เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างชั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาวะให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

เพื่อความสะดวกในการศึกษา วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงแบ่งเหตุเพิกถอนกฎหรือคำสั่ง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ เพื่อให้สอดคล้องกับเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสและเยอรมัน ดังนี้

4.3.1.1 เหตุเพิกถอนหรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายทางด้านรูปแบบภายนอก

(1) การกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่

สำหรับเหตุเพิกถอนหรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือคำสั่งในกรณีนี้ โดยปกติ จะต้องพิจารณาถึงอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ในขณะที่มีการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจออกกฎหรือคำสั่งเช่นนั้นหรือไม่ และเป็นการออกกฎหรือคำสั่งที่อยู่ในขอบเขตการใช้อำนาจที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับประกาศและคำสั่ง คณะรัฐประหาร การนำเหตุเพิกถอนหรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้มาใช้ ย่อมขึ้นอยู่กับแนวคิดในการยอมรับอำนาจของคณะรัฐประหาร ดังนี้

(1.1) กรณีมีแนวคิดที่ปฏิเสธหรือไม่ยอมรับอำนาจของคณะรัฐประหารอย่างสิ้นเชิง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.2.2.2 ว่า แนวคิดเช่นว่านี้ จะมีจุดยืนตามรากฐานแนวคิดในเชิงอุดมคติ หรือตามหลักกฎหมายธรรมชาติ ที่เห็นว่าการเข้าสู่อำนาจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมไม่อาจก่อให้เกิดอำนาจที่ชอบด้วยกฎหมายได้ เมื่อการทำรัฐประหารล้มล้างรัฐธรรมนูญ เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 113 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นการได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งไม่เป็นไปตามครรลองในระบอบประชาธิปไตย ขัดต่อหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม คณะรัฐประหาร ย่อมไม่อาจมีหรืออ้างอำนาจโดยชอบในระบบกฎหมายได้ การใช้อำนาจใดๆ ของคณะรัฐประหาร รวมทั้ง ประกาศหรือคำสั่งใดๆ อันเป็นผลผลิตจากการใช้อำนาจโดยคณะรัฐประหาร ไม่ว่าจะให้มีผลบังคับในลักษณะใดในระบบกฎหมาย ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น ดังนั้น เมื่อประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่ถูกฟ้องโต้แย้งต่อศาลปกครอง ออกโดยคณะรัฐประหารที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใด (ในระบบกฎหมายเดิม) ให้อำนาจ ย่อมถือว่า เป็นประกาศหรือคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ศาลปกครองย่อมมีอำนาจเพิกถอน ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

ในกรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยตามแนวทางนี้ ย่อมถือได้ว่าเป็นการยื่นหยัดให้หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม ดำรงอยู่อย่างมั่นคง โดยปราศจากความหวั่นไหว ต่ออำนาจนอกระบบ ที่ไม่ถูกต้องชอบธรรม และยอมเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง เช่นเดียวกับหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสและเยอรมัน นอกจากนี้ ยังเป็นการปฏิบัติต่อนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับอยู่ในระบบกฎหมายเหมือนกัน โดยใช้มาตรฐานทางกฎหมายเดียวกัน

แต่อย่างไรก็ตาม ผลของการวินิจฉัยในลักษณะดังกล่าว อาจมีผลทำให้คณะรัฐประหาร หรือผู้สืบทอดอำนาจ หรือฝ่ายที่ได้ประโยชน์จากการทำรัฐประหารไม่พอใจ รวมทั้ง อาจทำให้ฝ่ายผู้สูญเสียอำนาจ นำไปอ้างอิงหรือขยายความจนทำให้ศาลปกครองอาจถูกมองว่า เป็นองค์กรนำในการต่อต้านการทำรัฐประหารและไม่ยอมรับอำนาจของคณะรัฐประหารอย่างสิ้นเชิง ซึ่งหากจะกล่าวตามสำนวนของลอร์ดเดนนิง ผู้พิพากษาผู้เรืองนามชาวอังกฤษ ก็อาจจะพูดได้ว่า กรณีดังกล่าว ย่อมเสมือนประหนึ่งว่าองค์กรศาลได้ถูกลากให้ก้าวลงจากบัลลังก์ ไปคลุกฝุ่นในเวทีแห่งการต่อสู้ทางการเมือง ซึ่งหากเป็นเช่นนี้ ถ้าคณะรัฐประหารยังคงมีอำนาจในการปกครองประเทศอยู่ ศาลปกครองก็ย่อมตกอยู่ในภาวะสุ่มเสี่ยงต่อการถูกสั่งยุบ ซึ่งไม่ต่างอะไรกับรัฐธรรมนูญที่เคยเป็นเสาหลักค้ำจุนระบบนิติรัฐ แต่กลับถูกล้มล้างไปอย่างง่ายดาย โดยอำนาจของคณะรัฐประหารนั่นเอง หรืออย่างน้อยที่สุดก็คงถูกควบคุม ครอบงำ หรือแทรกแซง จนมิอาจดำรงความเป็นอิสระเช่นองค์กรตุลาการอย่างแท้จริงได้ นอกจากนี้ หากทุกภาคส่วนของสังคมยังคงยอมรับอำนาจของคณะรัฐประหารตามความเป็นจริงอยู่ และฝ่ายปกครองที่ต้องถือปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษา ซึ่งยังคงอยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมบังคับบัญชาของคณะรัฐประหาร อาจไม่ยอมปฏิบัติตาม หรือไม่ยอมบังคับคดีตามคำพิพากษาก็ย่อมมีผลทำให้คำพิพากษาเป็นอันไร้ผลในทางปฏิบัติได้เช่นกัน

#### (1.2) กรณียอมรับอำนาจของคณะรัฐประหาร

ตามแนวคิดนี้ จะเป็นการยอมรับอำนาจของคณะรัฐประหารตามความเป็นจริง โดยมีได้อำนาจตามระบบกฎหมายเดิม ทั้งนี้ เนื่องจากกรณีที่คณะรัฐประหารใช้อำนาจเผด็จการล้มล้างรัฐธรรมนูญ และจัดให้มีรัฐธรรมนูญใหม่ด้วยอำนาจของตนเอง มิได้อาศัยอำนาจตามระบบกฎหมายใด จึงอาจถือได้ว่า คณะรัฐประหารอยู่สถานะที่เป็น “องค์กรเห็นรัฐธรรมนูญ” หรือที่สังคมไทย เรียกว่า รัฐฐาธิปัตย์ และการที่



คนในสังคมยอมรับการใช้อำนาจ ในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ รวมทั้ง ยอมรับ การใช้อำนาจ ในการออกประกาศคณะรัฐประหารที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับเป็นกฎหมาย เทียบเท่ากับพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญได้อีกเช่นกัน ดังนั้น จึงมีข้อเสนอเรื่องแปลกที่จะยอมรับการใช้อำนาจ ในการออกประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่มีค่าบังคับหรือมีสถานะทางกฎหมายเป็นเพียงกฎหรือคำสั่งทางปกครอง

และถ้าหากศาลปกครองยอมรับการใช้อำนาจในการออก ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่มีค่าบังคับเป็นนิติกรรมทางปกครองของ คณะรัฐประหารเช่นว่านี้ ย่อมถือว่า ศาลยังคงยอมรับแนวคิดแบบปฏิธานนิยมทางกฎหมาย ซึ่งเป็นแนวคิดตามกระแสหลักของนักกฎหมายหรือนักนิติศาสตร์ไทย ที่ยอมรับอำนาจของ คณะรัฐประหารมาเป็นเวลาช้านาน ซึ่งแนวคิดทางกฎหมายดังกล่าว เป็นแนวคิดที่แยก ระบบกฎหมายออกมาจากการต่อสู้ทางการเมืองหรือการแย่งชิงอำนาจทางการเมือง ดังเช่น ที่มีนักวิชาการทางด้านนิติศาสตร์บางท่าน เรียกสถานการณ์การแย่งชิงอำนาจทางการเมือง ดังกล่าวไว้ว่า “เป็นข้อเท็จจริงนอกกฎหมาย”

แต่อย่างไรก็ตาม แนวคิดในการยอมรับอำนาจของผู้ปกครอง คนใหม่หรือกลุ่มใหม่ที่มาจากการทำรัฐประหารในสังคมไทย มิได้มีรากฐานหรือเพิง จะเกิดขึ้นตามแนวคิดปรัชญาทางกฎหมาย แบบปฏิธานนิยมของ John Austin และ Hans Kelsen แต่อย่างใดไม่ หากแต่รากฐานแนวคิดดังกล่าว มีอยู่แล้วในสังคมไทย นับตั้งแต่ โบราณ ซึ่งเป็นความเชื่อและทัศนคติที่ได้รับอิทธิพลมาจากวรรณคดี เรื่องรามเกียรติ์ โดยเฉพาะตอนที่กล่าวถึง พระรามและหนุมานร่วมกันสนับสนุนให้สุครีพยึดอำนาจชิงเมือง ชีตชินมาจากพระยาพาลี รวมทั้ง ข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์การเมืองของไทย ที่มีการ แย่งชิงอำนาจกันเองระหว่างชนชั้นนำ จนมีการเปลี่ยนแปลงราชวงศ์กันหลายครั้งหลายครา นับแต่ยุคสมัยกรุงศรีอยุธยาสืบเนื่องต่อมาเป็นลำดับ ดังที่ได้กล่าวรายละเอียดมาแล้ว ในบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.2.1

ส่วนในยุคสมัยปัจจุบัน หลักกฎหมายปกครองที่อาจนำมา กล่าวอ้าง เพื่ออธิบายถึงความจำเป็นที่ต้องยอมรับการใช้อำนาจของคณะรัฐประหาร ดังกล่าว อาจจะเป็น “หลักความต่อเนื่องในการบริการสาธารณะ” เพราะเมื่อ คณะรัฐประหารทำการยึดอำนาจการปกครองจากผู้ปกครองเดิมสำเร็จและล้มล้าง รัฐธรรมนูญ พร้อมทั้งเข้าทำการปกครองประเทศแทนผู้ปกครองเดิมแล้ว ย่อมมีความจำเป็น ที่จะต้องยอมรับการใช้อำนาจในการปกครองประเทศของผู้มีอำนาจกลุ่มใหม่ตามความเป็น จริง ทั้งนี้เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินและการบริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่อง

โดยเฉพาะในช่วงที่อยู่ในภาวะไม่ปกติ ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ไม่มีทั้งกฎหมายรัฐธรรมนูญ และไม่มีองค์กรทางการเมืองที่สำคัญ ตามรัฐธรรมนูญหลายองค์กร อันเป็นผลมาจากรัฐธรรมนูญถูกล้มล้างไปแล้วดังกล่าว

(2) ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญ

ในกรณีที่ศาลได้วินิจฉัยยอมรับอำนาจของคณะรัฐประหารตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ (1.2) และคดีมีประเด็นต้องวินิจฉัยต่อไป ในเรื่องรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร นั้น ถ้าหากเป็นประกาศและคำสั่งที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมายเป็นเพียงคำสั่งทางปกครอง น่าจะไม่มีปัญหาในการวินิจฉัยมากนัก เนื่องจากมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าว บัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 อยู่แล้ว โดยมาตรา 34 และมาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้เปิดช่องให้สามารถออกคำสั่ง เป็นหนังสือหรือวาจาหรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้ และกรณีคำสั่งทางปกครอง ที่ทำเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือที่ต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย นั้น ก็มีข้อยกเว้น ที่อาจนำมาปรับใช้กับการออกประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารได้ โดยเฉพาะในกรณีที่เป็นการออกในกรณีเร่งด่วน ตามมาตรา 37 วรรคสาม (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับประกาศคณะรัฐประหารที่มีค่าบังคับทางกฎหมายเป็นกฎหมาย เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายหรือกฎหมายลำดับรองไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของศาลปกครองที่จะต้องวินิจฉัยวางหลักกฎหมายในส่วนนี้ และถ้าหากผลการพิจารณาพบว่า ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารนั้นๆ ออกโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญ ที่กำหนดไว้สำหรับการออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองย่อมมีอำนาจเพิกถอนได้ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ทั้งนี้ อาจมีข้อยกเว้น สำหรับประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่ออกในระหว่างที่กำลังเกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือในสถานการณ์พิเศษ ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป ในเรื่องข้อจำกัดหรือขอบเขตอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ในหัวข้อ 4.3.2.2 (1.1)

(3) ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ

ในกรณีศาลได้วินิจฉัยยอมรับอำนาจของคณะรัฐประหารตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ (1.2) และคดีมีประเด็นต้องวินิจฉัย ในเรื่องขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ในการออกประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร นั้น ถ้าหากเป็นประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ ตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือตามกฎหมายที่บัญญัติไว้สำหรับเรื่องดังกล่าวเป็นการเฉพาะ ส่วนประกาศคณะรัฐประหารที่มีค่าบังคับเป็นกฎ เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายกลางที่กำหนดขั้นตอนหรือวิธีการในการออกกฎไว้เป็นการเฉพาะเช่นเดียวกัน ดังนั้นศาลจะต้องพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องที่บัญญัติไว้สำหรับขั้นตอนหรือวิธีการในการออกกฎเรื่องนั้นๆ เช่น การทำประชาพิจารณ์ การรับฟังความคิดเห็น การปรึกษาหารือหรือการปิดประกาศ เป็นต้น ซึ่งหากผลการตรวจสอบพบว่า ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารดังกล่าว ออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น ๆ ศาลปกครองย่อมมีอำนาจเพิกถอนตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ทั้งนี้อาจมีข้อยกเว้น สำหรับประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่ออกในระหว่างกำลังเกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือในสถานการณ์พิเศษ ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป ในเรื่องข้อจำกัดหรือขอบเขตอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารในหัวข้อ 4.3.2.2 (1.2)

4.3.1.2 เหตุเพิกถอนหรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายทางด้านสารัตถะหรือเหตุภายใน

(1) ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับเหตุเพิกถอนหรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎและคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดไว้ 4 กรณี ได้แก่ (1) กฎและคำสั่งที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือ (2) มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ



ที่ไม่เป็นธรรม หรือ (3) มีลักษณะเป็นการสร้างชั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือ (4) เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

เหตุเพิกถอนหรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทั้ง 4 กรณีดังกล่าว แท้ที่จริงล้วนเป็นเรื่องนิติกรรมที่ออกโดยไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น หรือตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เรียกว่า นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi) และตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน เรียกว่า นิติกรรมทางปกครองที่ขัดหรือแย้งกับบทกฎหมายและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องนั่นเอง

ในการพิจารณาเหตุเพิกถอนหรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีนี้ ศาลปกครองจะพิจารณาว่า เนื้อหาของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร และการออกประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารดังกล่าว ชอบด้วยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าหรือไม่ โดยที่กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีลำดับสูงกว่าดังกล่าว จะเป็นกฎหมายตามความหมายอย่างกว้าง ทั้งกฎหมายลายลักษณ์อักษรตั้งแต่รัฐธรรมนูญลงมาจนถึงกฎหรือกฎหมายลำดับรอง และกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือหลักกฎหมายทั่วไป รวมถึงกฎหมายประเพณี

ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดเหตุเพิกถอนกฎและคำสั่งที่ออกโดยมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม แท้ที่จริงก็คือ นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยขัดหรือแย้งกับหลักความเสมอภาค อันเป็นหลักกฎหมายที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ กรณีจึงเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และไม่ชอบด้วยกฎหมาย และกรณีกฎและคำสั่งที่ออกโดยมีลักษณะเป็นการสร้างชั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร แท้ที่จริงก็คือ นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยขัดต่อหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) อันเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปและหลักกฎหมายปกครองทั่วไป รวมทั้ง กรณีกฎและคำสั่งที่ออกโดยเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ก็ถือว่า เป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันมีสาเหตุมาจากมูลเหตุจูงใจ ตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส และเป็นนิติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi) ประเภทหนึ่งเช่นเดียวกัน

หากผลการตรวจสอบของศาลปกครองพบว่า ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารดังกล่าว ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ศาลย่อมมี

อำนาจเพิกถอนได้ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่ทั้งนี้ อาจมีข้อยกเว้น สำหรับประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่ออกในระหว่างที่กำลังเกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือในสถานการณ์พิเศษ ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป ในเรื่องข้อจำกัดหรือขอบเขตอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร

## (2) ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่ออกโดยไม่สุจริต

เหตุเพิกถอนหรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎและคำสั่งในกรณีนี้ จะมีลักษณะเช่นเดียวกับหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ในเรื่องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยบิดเบือนอำนาจ (la détournement de pouvoir) โดยเฉพาะการบิดเบือนอำนาจ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของผู้ออกนิติกรรมทางปกครองเอง (intérêt personnel) หรือเพื่อประโยชน์ของผู้อื่นเป็นการเฉพาะ (intérêt d'une personne) หรือเพื่อประโยชน์ทางศาสนาหรือการเมืองของตนและพวกพ้อง (intérêt confessionnel ou politique)

เนื่องจากหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชน ถือว่า รัฐซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน ที่ถูกสมมุติขึ้นให้มีสถานะทางกฎหมาย เพื่อให้สามารถมีและใช้อำนาจแทนปวงชนได้ ทั้งนี้ เพื่อมิให้อำนาจรัฐไปขึ้นอยู่กับตัวบุคคล ไม่ว่าจะ เป็นบุคคลที่เป็นภษัตริย์ ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชแบบดั้งเดิม หรือบุคคลหรือคณะบุคคลที่เป็นผู้ปกครอง ในระบอบการปกครองแบบใดๆ ก็ตาม ดังนั้น การใช้อำนาจรัฐทุกรูปแบบทุกลักษณะขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกคนทุกองค์กร จึงเป็นการใช้อำนาจแทนหรือในนามรัฐทั้งสิ้น มิใช่กระทำหรือใช้อำนาจในฐานะส่วนตัวแต่อย่างใด และด้วยเหตุที่รัฐถูกตั้งขึ้นหรือถูกสมมุติขึ้น เพื่อให้มีและใช้อำนาจแทนปวงชน การใช้อำนาจรัฐหรืออำนาจมหาชนโดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงจะต้องมีวัตถุประสงค์เป็นไปเพื่อประโยชน์ของปวงชนหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ถ้าหากองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจรัฐโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนตน หรือเพื่อพวกพ้อง ซึ่งมีมิใช่เพื่อประโยชน์สาธารณะ ย่อมเป็นการใช้อำนาจโดยไม่สุจริตและไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้น ในกรณีที่คณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหาร ออกประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารฉบับใดๆ ก็ตาม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใด อันมิใช่ประโยชน์สาธารณะ ไม่ว่าจะ เป็นไปเพื่อประโยชน์ของตนเองและพวกพ้อง หรือเพื่อประโยชน์ทางการเมืองในการกำจัดศัตรูทางการเมือง หรือกลั่นแกล้งผู้ที่เป็นผู้ปกครองเดิมหรือข้าราชการหรือผู้ที่เคยทำงานให้แก่ผู้ปกครองเดิม ที่เป็นศัตรู

ทางการเมืองของตนเองและพวกพ้อง หรือเพื่อป้องกันมิให้คนเหล่านั้นมีอำนาจหน้าที่ทางราชการ อันอาจจะเป็นอุปสรรคต่อการครองอำนาจของตนเองและพวกพ้อง หรือเป็นกรณีอื่นใดในทำนองเดียวกัน ล้วนแล้วแต่ มีผลทำให้ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารฉบับนั้นๆ เป็นประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่ออกโดยไม่สุจริต และไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น ศาลปกครองย่อมมีอำนาจเพิกถอนได้ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และเนื่องจากเป็นกรณีที่มีได้กระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ อันเป็นการขัดต่อหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชน ดังนั้น กรณีเช่นนี้ จึงไม่มีข้อยกเว้นใด ๆ ที่จะทำให้ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารดังกล่าวไม่ถูกเพิกถอนได้

#### 4.3.2 ข้อจำกัดหรือขอบเขตอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร

4.3.2.1 กรณีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดให้ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

โดยปกติในการทำรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองทุกครั้ง คณะรัฐประหารจะมีการออกประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร มาบังคับใช้แก่ประชาชนจำนวนมาก ต่อมาในช่วงไม่นานมานี้ นักนิติศาสตร์ที่ทำงานรับใช้คณะรัฐประหาร ได้พยายามบัญญัติรัฐธรรมนูญจำกัดขอบเขตอำนาจศาล เพื่อมิให้ทำการตรวจสอบและเพิกถอนประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร รวมทั้งบัญญัติคุ้มครองการกระทำใดๆ ของคณะรัฐประหารและพวกพ้อง มิให้ถูกฟ้องร้องต่อศาลหรือมิให้ศาลตรวจสอบและวินิจฉัยว่าประกาศ คำสั่ง และการกระทำเหล่านั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นเครื่องมือ เพื่อสร้างความมั่นใจในการที่จะไม่ให้มีผู้ใดมาตรวจสอบการใช้อำนาจทุกอย่างของตน ซึ่งจะได้ไม่ต้องรับผิดชอบจากการกระทำทุกรูปแบบของตนและพวกพ้อง ที่อาจจะถูกฟ้องร้อง หรือถูกตรวจสอบหลังจากที่คณะรัฐประหารได้หมดอำนาจไปในอนาคต

ดังนั้น จึงได้มีการบัญญัติรัฐธรรมนูญรับรองให้ ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารเหล่านั้น ให้ถือว่า เป็นประกาศและคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเริ่มขึ้นครั้งแรก ตามมาตรา 21 ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 ภายหลังจากคณะรัฐประหาร ซึ่งมีจอมพล ถนอม กิตติขจร เป็นหัวหน้า ได้ทำการยึดอำนาจการปกครอง เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2514 โดยที่บทบัญญัติ ตามมาตรา 21 ของธรรมนูญ



การปกครองดังกล่าว ได้บัญญัติให้ บรรดาประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่หัวหน้าคณะรัฐประหาร ได้ประกาศหรือสั่งระหว่างวันที่มีการยึดอำนาจ จนถึงวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ และการกระทำตามประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว ให้ถือว่าเป็นประกาศหรือคำสั่ง หรือการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

ในการประกาศใช้รัฐธรรมนูญภายหลังจากการทำรัฐประหารครั้งต่อๆ มา ทุกครั้ง จึงมีการบัญญัติรัฐธรรมนูญรับรองให้ ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร และการกระทำตามประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว ให้ถือว่าเป็นประกาศ คำสั่ง และการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ มาตรา 21 ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 มาตรา 32 ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 มาตรา 32 ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 มาตรา 222 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และมาตรา 309 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ตามมาตรา 222 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ยังได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมจากทุกครั้งที่ผ่านมาอีกว่า ถ้าประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารมีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ หรือในทางตุลาการ การยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลง หรือแก้ไขประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว ให้ตราเป็นพระราชบัญญัติ การตราพระราชบัญญัติตามมาตรา นี้ ไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อการกระทำตามประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว และให้บุคคลหรือคณะบุคคล ซึ่งกระทำตามประกาศหรือคำสั่งนั้นได้รับความคุ้มครอง ผู้ใดจะนำไปเป็นเหตุฟ้องร้องในทางใดมิได้ นอกจากนี้ ตามมาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และมาตรา 309 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็มีลักษณะที่ไม่แตกต่างกัน โดยได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมอีกเช่นกันว่า ให้ประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

กรณีจึงมีปัญหาว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติรับรอง ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ให้ถือเป็นประกาศ หรือคำสั่ง หรือการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังกล่าว เป็นบทบัญญัติที่ยกเว้นอำนาจศาล หรือมิให้ศาลวินิจฉัยเพิกถอนประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่มีค่าบังคับเป็นนิติกรรมทางปกครอง ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง หรือไม่ อย่างไร

เนื่องจากกฎหมายทุกฉบับ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญทุกลำดับชั้น เมื่อถูกประกาศให้มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายแล้ว ย่อมถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมาย ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องเชื่อมโยงกันทั้งระบบ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายภายในประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศ ตามความเกี่ยวข้องสัมพันธ์เชิงซับซ้อนของสังคมมนุษย์ในโลกยุคโลกาภิวัตน์ นอกจากนั้น ตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ล้วนแล้วแต่มีแนวคิดทฤษฎีทางนิติศาสตร์กำกับอยู่เบื้องหลังทั้งสิ้น ถ้อยคำหรือตัวอักษรในบทบัญญัติใด ที่ถูกบัญญัติขึ้นตามอำเภอใจอย่างเลื่อนลอย โดยขัดแย้งไม่สอดคล้องประสานเชื่อมโยงเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับระบบกฎหมายทั้งระบบ และไม่เป็นไปตามแนวคิดทฤษฎีทางนิติศาสตร์ การบังคับใช้หรือการตีความบทบัญญัติที่มีลักษณะเช่นว่านั้น จึงจำเป็นจะต้องตีความให้สอดคล้องเชื่อมโยง หรือให้สอดคล้องประสานเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับระบบกฎหมายที่มีอยู่ทั้งระบบ และต้องให้เป็นไปตามแนวคิดทฤษฎีทางนิติศาสตร์อีกด้วย

แม้ว่าในขณะที่มีการร่างกฎหมาย ไม่ว่าจะผู้ร่างกฎหมายคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง จะมีความรู้สึกนึกคิดส่วนตัวเป็นอย่างไร มีความต้องการส่วนตัว ให้บทบัญญัติที่ตนยกร่างขึ้น มีผลเป็นประการใดก็ตาม แต่เมื่อกฎหมายถูกประกาศใช้ให้เป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายแล้ว บทบัญญัติแห่งกฎหมายเช่นว่านั้น ย่อมมีชีวิต มีจิตวิญญาณ หรือมีคุณค่าแห่งกฎหมาย (Spirit of Law) ที่แยกต่างหากจากความรู้สึกนึกคิด ความคิดเห็น ความต้องการ หรือความประสงค์ส่วนตัวของผู้ร่างกฎหมาย การตีความกฎหมาย จึงไม่อาจยึดถือแต่เพียงตัวอักษร หรือจะต้องย้อนกลับไปค้นหาความคิดเห็นส่วนตัวของผู้ที่มีส่วนยกร่างกฎหมายคนใดหรือกลุ่มใดก็ตาม

ดังนั้น การตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 309 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกอบมาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พุทธศักราช 2549 ที่กำหนดให้ประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร และการกระทำตามประกาศและคำสั่งดังกล่าว ให้เป็นประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นั้น จึงจำเป็นจะต้องพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติมาตราอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ มิใช่จะพิจารณาเฉพาะถ้อยคำหรือตัวอักษรที่ปรากฏในมาตราดังกล่าวเท่านั้น ทั้งนี้ โดยมีพักต้องไปคำนึงถึงความคิดเห็นหรือความต้องการส่วนตัวของผู้มีส่วนร่างรัฐธรรมนูญบางคนหรือบางกลุ่ม ที่อาจจะต้องการจำกัดขอบเขตอำนาจศาล มิให้มีโอกาสวินิจฉัย

เนื้อหาแห่งคดี เกี่ยวกับประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่ง คณะรัฐประหาร แต่อย่างไรก็ตาม

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ทั้งฉบับแล้ว จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญยังคงยึดมั่นในหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักนิติรัฐ อย่างเคร่งครัด โดยจะปรากฏหลักการดังกล่าว ตามมาตรา 3 มาตรา 29 และ มาตราอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องจำนวนมาก อีกทั้ง เนื้อหาของรัฐธรรมนูญทั้งหมด ยังมีสาระสำคัญ มุ่งที่จะบัญญัติคุ้มครอง ส่งเสริม และขยายสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังจะเห็นได้จากการมีบทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพเพิ่มมากขึ้น อย่างเช่น การเพิ่มบทบัญญัติ ที่รับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากกว่ารัฐธรรมนูญปี 2540 ไม่น้อยกว่า 20 มาตรา การกำหนดให้ประชาชนใช้สิทธิและเสรีภาพได้ง่ายขึ้นกว่าเดิม การบัญญัติให้ สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครองอย่างแท้จริงและชัดเจน หรือการกำหนด แนวนโยบายของรัฐ ที่กำหนดให้รัฐต้องผูกพันต่อแนวนโยบายด้านต่างๆ อย่างชัดเจนรอบ ด้านกว่าเดิม เป็นต้น และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การมีบทบัญญัติที่มุ่งจะจัดการใช้อำนาจอธิปไตย อย่างไม่เป็นธรรม โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดมาตรการต่างๆ ไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ไม่น้อยกว่า 30 มาตรา การมีบทบัญญัติที่กำหนดให้ การใช้อำนาจอธิปไตยต้องเป็นไปอย่าง โปร่งใส มีคุณธรรมและจริยธรรม รวมทั้ง การให้ความสำคัญอย่างสูงสุด ต่อระบบตรวจสอบ การใช้อำนาจอธิปไตยทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการหรือศาล และ โดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

ดังนั้น หากศาลพิจารณาเฉพาะถ้อยคำหรือตัวอักษรที่ปรากฏ ตามมาตรา 309 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกอบมาตรา 36 ของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พุทธศักราช 2549 แล้วตีความ ตาม ตัวอักษรว่า ประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร และการกระทำตามประกาศและ คำสั่งคณะรัฐประหาร ถือว่า ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตาม บทบัญญัติดังกล่าวแล้ว จากนั้น ศาลจึงไม่เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ทางด้านสาระหรือเนื้อหาของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารหรือการกระทำ ดังกล่าวอีก ซึ่งการวินิจฉัยในทำนองนี้ จะเห็นได้จาก ตัวอย่างในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 5/2550 และคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีในคดีของศาลปกครองกลาง หมายเลข คำที่ 1049/2550 หมายเลขแดงที่ 1548/2551 และคดีหมายเลขคำที่ 1052/2550 หมายเลข แดงที่ 1549/2551 เป็นต้น



ด้วยความเคารพอย่างสูงต่อคำวินิจฉัยและคำแถลงการณ์ของศาลในคดีดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า การวินิจฉัยโดยยึดตามถ้อยคำหรือตัวอักษรที่ระบุว่า ให้ประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร รวมทั้ง การกระทำที่เกี่ยวข้องกับประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ไม่ว่าจะกระทำก่อนหรือหลังวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ให้ถือว่าเป็นประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นั้นย่อมเป็นคำวินิจฉัยที่มีผลทำให้ศาลทุกศาล ไม่อาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศ คำสั่ง และการกระทำใดๆ ตามประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารดังกล่าวได้เลย ซึ่งนอกจากจะขัดต่อหลักนิติรัฐและหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว ยังมีผลทำให้บทบาทนิติของรัฐธรรมนูญ ในเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การจัดการใช้อำนาจอธิปไตยที่ไม่เป็นธรรม การกำหนดให้การใช้อำนาจอธิปไตยต้องเป็นไปอย่างโปร่งใสเป็นธรรม และระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นหัวใจหรือเป็นสาระสำคัญและครอบคลุมบทบาทนิติของรัฐธรรมนูญทั้งฉบับเป็นอันไร้สภาพบังคับสำหรับกรณีเหล่านั้นลงอย่างสิ้นเชิง อันเป็นผลมาจากการยึดถ้อยคำตามตัวอักษรในบทบัญญัติดังกล่าวเพียงมาตราเดียว

นอกจากนั้น ยังก่อให้เกิดผลประหลาดขึ้นในระบบกฎหมายภายในประเทศ กล่าวคือ ในกรณีที่คณะรัฐประหารได้มีประกาศแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ หรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือประมวลกฎหมายฉบับใดๆ ก็ตาม โดยแก้ไขเพิ่มเติมเพียงบางมาตรา ต่อมาเมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาล และคู่กรณีได้แย้งว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ปรากฏว่าเกือบทุกมาตรา ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบและวินิจฉัยเพิกถอนได้หมด แต่สำหรับบทบัญญัติตามมาตราที่เกิดขึ้นจากประกาศคณะรัฐประหารดังกล่าว แม้จะอยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกัน ศาลรัฐธรรมนูญกลับไม่สามารถตรวจสอบและวินิจฉัยเพิกถอนได้เลย และในทำนองเดียวกัน ในกรณีที่เป็นการแก้ไขหรือคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยคณะรัฐประหาร หรือเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามบทบัญญัติมาตราที่เกิดจากประกาศคณะรัฐประหารดังกล่าว ไปเป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องเนื่องจากประกาศคณะรัฐประหาร ตามมาตรา 309 ของรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองก็จะไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและไม่อาจพิพากษาเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้เช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญ กรณีจึงเห็นได้ว่า ระบบกฎหมายภายในประเทศ ภายใต้รัฐธรรมนูญเดียวกัน กลับถูกแยกออกเป็น 2 ส่วน หรือมีลักษณะดังที่นักวิชาการทางด้านนิติศาสตร์บางท่าน เรียกว่า เกิดสภาพ “ทวิภาวะทางกฎหมาย” ขึ้นนั่นเอง ซึ่งน่าจะเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องอย่างยิ่ง

ส่วนคำพิพากษาของศาลปกครองกลางเกี่ยวกับประเด็นปัญหานี้ ตามคำพิพากษาในคดีหมายเลขดำที่ 1049/2550 หมายเลขแดงที่ 1548/2551 และคดีหมายเลขดำที่ 1052/2550 หมายเลขแดงที่ 1549/2551 ได้มีคำวินิจฉัยทั้งสองคดีเช่นเดียวกันว่า ประกาศหรือคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองฯ ที่จะถือว่า เป็นประกาศและคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พุทธศักราช 2549 จะต้องเป็นการกระทำในฐานะคณะปฏิรูปการปกครองฯ หรือหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองฯ ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐสภาธิปไตยโดยตรงเท่านั้น เมื่อคำสั่งพิพาทเป็นคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองฯ ที่ออกในฐานะผู้ใช้อำนาจนายกรัฐมนตรี จึงไม่ได้รับความคุ้มครอง ตามมาตรา 36 ดังกล่าว

กรณีจึงเห็นได้ว่า ศาลปกครองกลางได้วินิจฉัยตีความ เพื่อจำกัดขอบเขตการบังคับใช้ของบทบัญญัติ มาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พุทธศักราช 2549 ที่บัญญัติรับรอง ให้ประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร เป็นประกาศหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังกล่าว ให้มีผลบังคับเฉพาะกรณีที่เป็นประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร ซึ่งเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐสภาธิปไตย โดยผู้ออกประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว ออกในฐานะผู้ใช้อำนาจรัฐสภาธิปไตยโดยตรงเท่านั้น

จากแนววินิจฉัยดังกล่าว ถ้าหากจะพิจารณาอำนาจที่หัวหน้าคณะรัฐประหารใช้ในการออกประกาศและคำสั่ง ว่าเป็นอำนาจรัฐสภาธิปไตย หรือไม่ และเป็นการออกในฐานะผู้ใช้อำนาจรัฐสภาธิปไตย หรือไม่ โดยพิจารณาจากสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งเหล่านั้น ซึ่งเป็นผลผลิตจากการใช้อำนาจ ตามที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ไว้ในหัวข้อ 4.1.1 โดยเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์การพิจารณาของสภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส(โดยที่ประชุมใหญ่) ในคดี Rubin de Servens เมื่อวันที่ 2 มีนาคม 1962 จะเห็นได้ว่า ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่จะไม่ได้รับความคุ้มครองไม่ถูกตรวจสอบหรือถูกเพิกถอนโดยองค์กรตุลาการ ตามแนววินิจฉัยของศาลปกครองกลาง คงมีเพียงประกาศคณะรัฐประหารที่ล้มล้างรัฐธรรมนูญฉบับเดิม หรือที่ก่อตั้งหรือสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับใหม่หลังการทำรัฐประหารเท่านั้น เพราะกรณีดังกล่าวย่อมต้องถือว่า คณะรัฐประหารได้ใช้อำนาจเหนือรัฐธรรมนูญ หรือที่เรียกว่า อำนาจรัฐสภาธิปไตย และเป็นการใช้อำนาจในฐานะองค์กรเหนือรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง

ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นจริง ย่อมถือเป็นผลดีอย่างยิ่ง เพราะจะมีผลทำให้ประกาศคำสั่ง หรือการกระทำใดๆ ของคณะรัฐประหารที่เหลืออยู่ทั้งหมด ล้วนต้องถูกตรวจสอบได้ โดยองค์กรตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง หรือศาลยุติธรรม แล้วแต่กรณี

อันจะมีผลทำให้การใช้อำนาจรัฐของคณะรัฐประหารถูกต้องตรวจสอบได้ ซึ่งย่อมจะเป็นไปตามหลักนิติรัฐอย่างแท้จริง

แต่อย่างไรก็ตาม ด้วยความเคารพอย่างสูงต่อคำพิพากษาศาลปกครองกลางดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า ด้วยเหตุที่ตามแนวคิดทฤษฎีทางด้านรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ต่างยอมรับตรงกันว่า อำนาจอธิปไตย เป็นอำนาจสูงสุดล้นพ้น ที่ไม่อาจถูกจำกัดในทางใดๆ ได้ และเป็นอำนาจที่สามารถล้มล้างหรือก่อตั้งหรือสถาปนาระบบกฎหมายภายในประเทศขึ้นใหม่ได้ ดังนั้น ในกรณีของไทย เมื่อคณะรัฐประหารได้ทำการยึดอำนาจการปกครองสำเร็จ และล้มล้างรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดไปแล้ว ซึ่งแม้ว่าในทางวิชาการยังมีข้อถกเถียงเกี่ยวกับสถานะของคณะรัฐประหารก็ตาม แต่ศาลก็ได้วินิจฉัยยอมรับตลอดมาว่า คณะรัฐประหารอยู่ในฐานะรัฐอธิปไตย ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้ ถ้าหากคณะรัฐประหารได้ใช้อำนาจของตนโดยพลการ ออกประกาศคณะรัฐประหารฉบับหนึ่งขึ้นมาเพื่อก่อตั้งหรือประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่หลังการรัฐประหาร ก็ต้องยอมรับเช่นกันว่า ประกาศคณะรัฐประหารฉบับดังกล่าว ออกโดยคณะรัฐประหารที่ใช้อำนาจอธิปไตยโดยตรง ดังนั้น การที่ศาลตีความตามตัวบทในมาตราใดมาตราหนึ่งของรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ว่า ประกาศคณะรัฐประหารที่ออกโดยคณะรัฐประหารที่ใช้อำนาจในสถานะรัฐอธิปไตยโดยตรงเท่านั้น จึงจะได้รับความคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญดังกล่าว ให้ถือว่าเป็นประกาศที่ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นการตีความให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าว ย้อนกลับไปรับรองประกาศคณะรัฐประหารฉบับที่ก่อตั้งหรือประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับนั้นขึ้นมาจากตัวเองด้วย เมื่อเป็นเช่นนี้ ย่อมเปรียบเสมือนดัง รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นลูกที่คลอดออกมาจากประกาศคณะรัฐประหารฉบับดังกล่าว เมื่อถูกคลอดออกมาแล้ว ได้ย้อนกลับไปให้การรับรองแก่แม่ของตน เพื่อให้มีอำนาจคลอดตนเองได้โดยชอบ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ไม่น่าจะมีความสมเหตุสมผลในเชิงตรรกะทางกฎหมายแต่อย่างใด

ผู้เขียนจึงเห็นว่า การตีความบทบัญญัติตามมาตรา 309 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกอบมาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พุทธศักราช 2549 น่าจะยึดตามแนววินิจฉัยตามคำวินิจฉัยของศาลฎีกา (โดยที่ประชุมใหญ่) ที่ 913/2536 ลงวันที่ 26 มีนาคม 2536 ที่เคยวินิจฉัยตีความมาตรา 32 ของรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 และมาตรา 222 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ซึ่งเป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ที่ถูกนำมาใช้เป็นต้นแบบและมีเนื้อความทำนองเดียวกับบทบัญญัติมาตรา



309 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกอบมาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พุทธศักราช 2549 ที่บัญญัติให้ถือว่า ประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร เป็นประกาศและคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นั้น ศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่ ได้วินิจฉัยว่า เป็นเพียงการรับรองโดยทั่วไปว่า ประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารดังกล่าว มีผลให้ใช้บังคับได้เช่นกฎหมายเท่านั้น มิได้บัญญัติรับรองไปถึงว่า ให้ใช้บังคับได้ แม้เนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เมื่อประกาศคณะรัฐประหารมีเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงเป็นโมฆะ หรือไม่มีผลใช้บังคับได้ ทำให้คำสั่งของ คตส.ที่อาศัยอำนาจตามประกาศที่เป็นโมฆะดังกล่าว สั่งยึดทรัพย์นักการเมือง จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย

จากแนววินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาในคดีดังกล่าว จะเห็นได้ว่า แม้ว่ารัฐธรรมนูญ จะบัญญัติให้ถือว่า ประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร เป็นประกาศและคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ศาลก็ได้ตีความให้เป็นไปตามหลักนิติรัฐและหลักการแบ่งแยกอำนาจ และให้สอดคล้องเชื่อมประสานเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับบทบัญญัติมาตราอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน และเมื่อพิเคราะห์จากแนววินิจฉัยดังกล่าวให้ดีจะเห็นว่า ศาลฎีกาได้ตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว ให้มีผลเป็นการรับรองเฉพาะ “สถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร” เท่านั้น มิได้ถือว่า เป็นบทบัญญัติที่ยกเว้นหรือจำกัดขอบเขตอำนาจศาล มิให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารเหล่านั้น รวมทั้ง มิใช่เป็นบทบัญญัติห้ามมิให้ศาลวินิจฉัยเพิกถอนประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใดไม่

ดังนั้น ในทำนองเดียวกัน หากเป็นประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่มีสถานะเป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองจึงน่าจะตีความมาตรา 309 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกอบมาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พุทธศักราช 2549 ว่า บทบัญญัติดังกล่าว มีผลเป็นการรับรอง “สถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมาย” ของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารฉบับนั้นๆ ในทางรูปแบบ โดยให้มีผลบังคับใช้ได้เช่นเดียวกับกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติเท่านั้น ส่วนประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารดังกล่าว จะชอบด้วยกฎหมายจริงหรือไม่ ศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบได้ และถ้าผลการตรวจสอบพบว่า เป็นประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่ไม่ชอบ

ด้วยกฎหมาย ศาลปกครองย่อมมีอำนาจเพิกถอนได้ เช่นเดียวกับกฎและคำสั่งทางปกครอง ที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติ ซึ่งน่าจะเป็นการวินิจฉัยที่ถูกต้องตามแนวคิดทฤษฎีทางนิติศาสตร์ และสอดคล้องเชื่อมประสานเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับบทบัญญัติอื่นๆ ในรัฐธรรมนูญและระบบกฎหมายเดียวกัน รวมทั้ง ไม่เป็นการปฏิเสธบทบัญญัติของกฎหมาย ที่ถูกตราขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรอีกด้วย

สรุปได้ว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ที่กำหนดให้ ประกาศและคำสั่ง คณะรัฐประหาร ให้ถือเป็น ประกาศหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นั้น เป็นเพียงบทบัญญัติที่รับรอง “สถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมาย” ของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารในทางรูปแบบเท่านั้น ไม่มีผลเป็นการยกเว้น หรือจำกัดขอบเขตอำนาจศาลปกครองมิให้ตรวจสอบ หรือมิให้พิพากษาเพิกถอนประกาศและคำสั่ง คณะรัฐประหารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด

4.3.2.2 กรณีเป็นประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่ออกในระหว่างที่เกิด วิกฤติการณ์ร้ายแรง

เนื่องจากการทำรัฐประหาร เป็นการยึดอำนาจการปกครอง โดยวิถีทางที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ปฏิบัติตามครรลองในระบอบประชาธิปไตย ดังนั้น จึงย่อมจะมีผู้ที่ต่อต้านหรือไม่เห็นด้วยจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คณะบุคคลที่เคยเป็น ผู้ปกครองที่มีอำนาจอยู่เดิม รวมทั้งผู้สนับสนุน เมื่อถูกล้มล้าง ย่อมจะมีความพยายามทุกวิถีทางในการต่อต้าน ต่อสู้ขัดขืน หรือพยายามช่วงชิงอำนาจกลับคืน และในกรณีที่ ฝ่ายต่อต้านคณะรัฐประหารดังกล่าว ได้กระทำการใดๆ ที่ทำให้เกิดการปะทะกันขึ้น ไม่ว่าจะโดยกองกำลังทหารติดอาวุธ และหรือโดยพลังมวลชนที่ให้การสนับสนุน อันก่อให้เกิด วิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือสถานการณ์ฉุกเฉิน คณะรัฐประหารจึงอาจจะมีการออกประกาศ และคำสั่งจำนวนหนึ่ง เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการแก้ไขวิกฤติการณ์เช่นว่านั้น และถ้าหาก ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารเหล่านั้น มีผลบังคับใช้หรือมีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมาย เป็นนิติกรรมทางปกครอง ต่อมาได้ถูกฟ้องโต้แย้งต่อศาลปกครอง

การที่ศาลปกครองจะใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้ตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกในภาวะปกติ มาใช้ในการตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่ออกในระหว่างวิกฤติการณ์ร้ายแรง ย่อมจะขัดแย้งต่อสภาพความเป็นจริง หรือมีความไม่สมเหตุสมผลเป็นอย่างยิ่ง ยกตัวอย่างเช่น นายทหารหรือนายตำรวจที่มีอำนาจคุมกองกำลังติดอาวุธ ได้อาศัยอำนาจหน้าที่ราชการ สั่งการให้ผู้ใต้บังคับบัญชาเข้าต่อสู้กับ ฝ่ายรัฐประหาร เพื่อช่วงชิงอำนาจคืนด้วยวิธีการรุนแรง คณะรัฐประหารต้องออกคำสั่ง

ให้นายทหารหรือนายตำรวจผู้นั้น พ้นจากตำแหน่งโดยทันทีทันใด เพื่อมิให้บุคคลดังกล่าว อาศัยอำนาจในหน้าที่ราชการ กระทำการเช่นว่านั้น อันเป็นการแก้ไขหรือยุติวิกฤติการณ์ร้ายแรง กรณีเช่นนี้ คณะรัฐประหารย่อมไม่อาจดำเนินการตามหลักการให้สิทธิรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองได้ เป็นต้น

ดังนั้น ในกรณีที่ศาลปกครองจะต้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่ออกมาบังคับใช้ในระหว่างที่เกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขหรือยุติวิกฤติการณ์ร้ายแรงดังกล่าว ศาลจำเป็นต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นข้อยกเว้น หรือที่เป็นขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติ ดังนี้

(1) กรณีเป็นข้อยกเว้นตามบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ในกรณีที่ศาลปกครองต้องตรวจสอบคำสั่งคณะรัฐประหาร ซึ่งมีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมายเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ศาลย่อมนำหลักเกณฑ์ทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรวจสอบได้อยู่แล้ว โดยเฉพาะกรณีที่เป็นคำสั่งคณะรัฐประหารที่ออกในระหว่างที่กำลังเกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรง หรือในกรณีมีเหตุฉุกเฉินเร่งด่วน มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายอันเป็นข้อยกเว้นหลักทั่วไปอยู่ 2 กรณี ดังต่อไปนี้

(1.1) ข้อยกเว้นเกี่ยวกับรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครอง

ตามมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 บัญญัติให้ คำสั่งทางปกครอง อาจทำเป็นหนังสือหรือวาจา หรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้ แต่ต้องมีข้อความ หรือความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้ และมาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งด้วยวาจา ถ้าผู้รับคำสั่งนั้น ร้องขอและการร้องขอได้กระทำโดยมีเหตุอันสมควร ภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่มีคำสั่งดังกล่าว เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งต้องยืนยันคำสั่งนั้นเป็นหนังสือ

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า กฎหมายได้เปิดช่องให้สามารถออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจา หรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นได้อยู่แล้ว ดังนั้น ถ้าหากเป็นกรณีที่ต้องออกคำสั่งในระหว่างที่เกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรง หรือในกรณีฉุกเฉินเร่งด่วน การร้อออกคำสั่งเป็นหนังสือจะไม่ทันการณ์ คณะรัฐประหารย่อมสามารถออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจา หรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้



นอกจากนี้ มาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 บัญญัติให้ คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ ต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย (1) ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ (2) ข้อกฎหมายที่อ้างอิง (3) ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ และมาตรา 37 วรรคสี่ (4) บัญญัติว่า บทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง ไม่ให้ใช้บังคับกับกรณีเป็นการออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจา หรือเป็นกรณีเร่งด่วน แต่ต้องให้เหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษรในเวลาอันควร หากผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งนั้นร้องขอ

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า เป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องต่อเนื่องมาจากมาตรา 34 และมาตรา 35 ข้างต้น เพราะโดยปกติ การออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือ ย่อมต้องมีการให้เหตุผลในการออกคำสั่ง ซึ่งถือว่าเป็นรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญ แต่กรณีที่คณะรัฐมนตรีหรือการออกคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือในภาวะที่กำลังเกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรง ซึ่งไม่อาจระบุนเหตุผลได้ ก็สามารถออกโดยไม่ต้องระบุนเหตุผล ตามข้อยกเว้นมาตรา 37 วรรคสี่ (4) ได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากศาลปกครองตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้วพบว่า ขณะนั้นมิได้อยู่ในภาวะฉุกเฉินเร่งด่วนจริง ย่อมไม่เข้าข้อยกเว้นตามบทบัญญัติดังกล่าว ศาลปกครองย่อมเพิกถอนได้ เว้นแต่ จะมีการให้เหตุผลก่อนที่จะมีการฟ้องคดีต่อศาล ตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2) และวรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

(1.2) ข้อยกเว้นเกี่ยวกับขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญในการออกคำสั่งทางปกครอง

ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 บัญญัติว่า ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน มาตรา 30 วรรคสอง ความในวรรคหนึ่ง มิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น (1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วน หากปล่อยให้เนิ่นช้าไป จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ และมาตรา 30 วรรคสาม ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ให้โอกาสตามวรรคหนึ่ง ถ้าจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ถ้าหากคณะรัฐประหาร จำเป็นต้องออกคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองในกรณีจำเป็นรีบด่วน ย่อมมีดุลพินิจที่จะไม่ให้โอกาสคู่กรณีได้ทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสโต้แย้ง อันเป็นขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญก่อนออกคำสั่งได้ ซึ่งเป็นไปตามข้อยกเว้นตามมาตรา 30 วรรคสอง (1) ส่วนกรณีที่ใช้สิทธิคู่กรณีดังกล่าว จะก่อให้เกิดผลเสียหายร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ ก็ต้องห้ามมิให้มีการใช้สิทธิคู่กรณีเช่นนั้น ตามมาตรา 30 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ส่วนกรณีใดเข้าข่ายเป็นข้อยกเว้นตามวรรคสองหรือวรรคสาม ศาลปกครองจะต้องวินิจฉัยเพื่อวางหลักเกณฑ์ต่อไป

ทั้งนี้ บทบัญญัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วทุกกรณี ล้วนแล้วแต่มีเนื้อหาในลักษณะเช่นเดียวกับรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ.1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG)

(2) กรณีข้อยกเว้นหรือขอบเขตหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้

ในการพิจารณาเหตุเพิกถอน หรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมายเป็น “กฎ” นั้น เนื่องจากตามหลักกฎหมายของไทยในปัจจุบัน ยังไม่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นกฎหมายกลาง สำหรับการออกกฎโดยเฉพาะ ไม่ว่าจะป็นรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญของกฎแต่ละประเภท กระบวนการหรือขั้นตอนวิธีการอันเป็นสาระสำคัญในการออกกฎแต่ละประเภท ผลทางกฎหมาย การยกเลิกเพิกถอน ฯลฯ ดังนั้น ในการตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นกฎ ซึ่งออกในระหว่างที่กำลังเกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรง จึงไม่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่จะนำมาพิจารณาได้เช่นกัน นอกจากนั้น หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่จะนำมาพิจารณาตรวจสอบคำสั่งคณะรัฐประหารที่เป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งออกในระหว่างวิกฤติการณ์ร้ายแรง นอกเหนือจากบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วตามหัวข้อ 4.3.2.2 (1) ก็ไม่ปรากฏว่ามีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นใดที่บัญญัติไว้อีกเช่นเดียวกัน

แต่ด้วยเหตุที่ ศาลปกครองจะปฏิเสธการตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่ออกในระหว่างที่กำลังเกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรง หรือในสถานการณ์ฉุกเฉินเร่งด่วน ที่เป็นข้อพิพาทในศาล เพียงเพราะไม่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่จะนำมาพิจารณา

หาได้ไม่ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ศาลปกครองควรนำหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ตามทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์พิเศษ (Théorie des circonstances exceptionnelles) ดังที่ได้กล่าว รายละเอียดมาแล้วในบทที่ 3 หัวข้อ 3.5.1.2 มาเทียบเคียงเพื่อวินิจฉัยวางแนวและพัฒนา เป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปของไทยต่อไป

โดยในการพิจารณา ศาลปกครองจะต้องพิจารณาก่อนว่า ประกาศ และคำสั่งคณะรัฐประหารดังกล่าว ออกในระหว่างที่เกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือ ในสถานการณ์ฉุกเฉินเร่งด่วน จริงหรือไม่ และเป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้หลักเกณฑ์ทาง กฎหมายในภาวะปกติ มาบังคับใช้เพื่อยุติวิกฤติการณ์เช่นนั้นได้ จริงหรือไม่ รวมทั้ง การออกประกาศและคำสั่งดังกล่าว มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขหรือยุติวิกฤติการณ์ร้ายแรง ที่เกิดขึ้น จริงหรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาเงื่อนไขที่จะนำเอาหลักความชอบด้วยกฎหมาย ของนิติกรรมทางปกครองที่ออกในวิกฤติการณ์ร้ายแรงมาใช้ ตามทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ พิเศษ หากศาลปกครองตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้ว เห็นว่า เป็นไปตามเงื่อนไข ย่อมมีผลทำให้ ประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว ถูกถือว่า เป็นประกาศ หรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายได้ (คือเป็น *Légalité d'exception*)

แต่หากศาลปกครองตรวจสอบแล้ว ปรากฏว่า ข้อเท็จจริงไม่เป็น ไปตามเงื่อนไขในการออกนิติกรรมทางปกครองในสถานการณ์พิเศษหรือในวิกฤติการณ์ ร้ายแรง ตามทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์พิเศษ ศาลปกครองก็ต้องวินิจฉัยตามหลัก ความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ออกในภาวะปกติ และหากพบว่า เป็นประกาศหรือคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองย่อมเพิกถอนประกาศหรือ คำสั่งคณะรัฐประหารดังกล่าวได้

อย่างไรก็ตาม สำหรับประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่ออกโดย ไม่สุจริต ไม่ว่าจะเป็นการออกเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของผู้ออกหรือพวกพ้อง หรือเพื่อ ประโยชน์ทางการเมือง ที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจอรัฐเพื่อกำจัดศัตรูทางการเมือง หรือในลักษณะอื่นใด ที่มีใช่เป็นการใช้อำนาจอรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งถือว่า ขัดต่อหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชน ดังที่ได้กล่าวรายละเอียดมาแล้ว ในหัวข้อ 4.3.1.2 (2) ย่อมไม่เข้าข่ายยกเว้นที่จะไม่ถูกศาลเพิกถอนได้

โดยสรุป ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่ง คณะรัฐประหารโดยศาลปกครองของไทย สำหรับประเด็นอำนาจศาล ศาลปกครอง จะต้องวินิจฉัยในเบื้องต้นก่อนว่า ประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารดังกล่าว “มีสถานะ หรือมีค่าบังคับทางกฎหมาย” ในระดับใด หากเป็นประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร



ที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมาย เทียบได้กับกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติ ประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารฉบับนั้นๆ ย่อมอยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง

ส่วนประเด็นเงื่อนไขการฟ้องคดี ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย เช่นเดียวกับการฟ้องโต้แย้งกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติ

สำหรับเนื้อหาแห่งคดี ศาลปกครองจำต้องพิจารณาในเรื่องข้อจำกัดหรือขอบเขตอำนาจศาล ในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารเสียก่อน โดยจะต้องวินิจฉัยว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ที่บัญญัติให้ประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นั้น เป็นเพียงการรับรองสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายในทางรูปแบบเท่านั้น ไม่มีผลเป็นการยกเว้นอำนาจศาล หรือมิให้ศาลตรวจสอบและวินิจฉัยเพิกถอนประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด นอกจากนั้น ศาลปกครองยังต้องวินิจฉัยก่อนอีกเช่นกันว่า ประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารดังกล่าว ออกในระหว่างที่กำลังเกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรง อันจะเข้าข่ายตามข้อยกเว้นบางประการ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.253 หรือไม่ และเข้าเงื่อนไขที่เป็นไปตามทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์พิเศษ อันจะถือเป็นข้อจำกัด หรือขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ใช้กับนิติกรรมทางปกครองที่ออกในภาวะปกติ หรือไม่

หากตรวจสอบแล้วไม่เข้าข้อยกเว้นดังกล่าว ศาลปกครองย่อมตรวจสอบประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารดังกล่าว ตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎและคำสั่งทางปกครอง ที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติ และถ้าหากผลการตรวจสอบพบว่า เป็นประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองย่อมมีอำนาจเพิกถอนได้ตามกฎหมาย

ศูนย์วิจัยทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

### 5.1 บทสรุป

การที่รัฐจะถูกปกครองด้วยกฎหมาย หรือเป็นนิติรัฐอย่างแท้จริง ศาลหรือองค์กรตุลาการ จะต้องตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของผู้ปกครองหรือการใช้อำนาจขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายปกครอง ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และดำรงไว้ซึ่งความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมายภายในประเทศ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ถ้าหากฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจรัฐ ซึ่งเป็นอำนาจทางปกครอง เพื่อออกนิติกรรมทางปกครองไม่ว่าจะเป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครองมาบังคับใช้กับประชาชน ศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎและคำสั่งดังกล่าวได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

เมื่อคณะรัฐประหารได้ยึดอำนาจสำเร็จและได้เข้าปกครองหรือใช้อำนาจรัฐแทนผู้ปกครองกลุ่มเดิม ปรากฏว่า คณะรัฐประหารได้มีการออกประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารจำนวนมาก เพื่อบังคับใช้กับประชาชน ซึ่งประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารเหล่านั้น มีจำนวนไม่น้อย ที่มีสภาพบังคับหรือมีผลบังคับใช้เช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติ ทำให้มีปัญหาที่ต้องศึกษาเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครอง ในการตรวจสอบประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร รวมทั้ง หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ศาลปกครองจะนำมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารดังกล่าว

จากผลการศึกษาพบว่า ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีสภาพบังคับอยู่ในระบบกฎหมายภายในประเทศของไทย มีเป็นจำนวนมาก โดยมีทั้งประกาศคณะรัฐประหารที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมาย เทียบได้กับนิติกรรมทางนิติบัญญัติ และมีทั้งประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมาย เทียบได้กับนิติกรรมทางปกครอง อีกทั้ง ยังมีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายตั้งแต่ระดับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ เทียบเท่ากฎหมายที่ออกหรือเห็นชอบโดยรัฐสภา เทียบเท่ากฎหมายลำดับรองหรือกฎ และที่มีสภาพบังคับเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครอง โดยหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาสถานะและลำดับศักดิ์ของประกาศ

และคำสั่งคณะรัฐประหาร จะพิจารณาจากเนื้อหาและผลบังคับใช้ของประกาศและคำสั่งเหล่านั้น โดยเทียบเคียงกับกฎหมายที่ออกโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และเทียบเคียงกับนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติ

สำหรับแนวคิดในการยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร แม้ว่าในทางวิชาการจะมีแนวคิดที่แตกต่างกันอย่างหลากหลาย ซึ่งอาจแยกได้เป็น 4 แนวคิด แต่แนวคิดที่ดีที่สุด คือ แนวคิดที่ยอมรับสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร เฉพาะในทางรูปแบบ โดยแนวคิดดังกล่าวนี้ จะยอมรับว่า ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารมีผลใช้บังคับได้เช่นเดียวกับนิติกรรมทางนิติบัญญัติ หรือนิติกรรมทางปกครองที่ออกในภาวะปกติทั่วไป ส่วนประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารดังกล่าว จะชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลหรือองค์กรตุลาการย่อมมีอำนาจตรวจสอบได้ และโดยเฉพาอย่างยิ่ง ถ้าหากเป็นประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมาย เทียบได้กับนิติกรรมทางปกครอง ย่อมอยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง เช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติ

หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ศาลปกครองจะต้องนำไปปรับใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยที่ประเด็นเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลที่จะต้องเริ่มต้นการฟ้องคดี ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องขอให้เพิกถอนประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร หรือการฟ้องละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น อันเกิดจากประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหาร โดยปกติ จะต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น เว้นแต่เฉพาะกรณีเป็นการฟ้องขอให้เพิกถอนประกาศคณะรัฐประหารที่มีเนื้อหา หรือเมื่อเทียบเคียงกับการออกกฎหมายของฝ่ายปกครองในภาวะปกติแล้ว จะต้องออกเป็นพระราชกฤษฎีกา หรือเป็นกฎที่ออกหรือเห็นชอบโดยคณะรัฐมนตรี ในกรณีเช่นว่านี้ การยื่นฟ้องขอให้เพิกถอนประกาศคณะรัฐประหารเช่นว่านั้น ย่อมต้องยื่นฟ้องตรงต่อศาลปกครองสูงสุด ส่วนประเด็นเกี่ยวกับการแบ่งเขตอำนาจศาลปกครองชั้นต้นในแง่ทางด้านพื้นที่ กรณีการฟ้องคดีเกี่ยวกับประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารทุกคดี ย่อมฟ้องต่อศาลปกครองกลางได้ เพราะถือเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือพื้นที่ที่เหตุแห่ง



การฟ้องคดีเกิดขึ้น หรือสามารถยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นในภูมิภาค ที่มีเขตอำนาจเหนือพื้นที่ที่ผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาอยู่ ซึ่งตามหลักกฎหมายของไทยเกี่ยวกับประเด็นเหล่านี้ล้วนมีลักษณะไม่แตกต่างกับหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสและเยอรมัน

การพิจารณาเงื่อนไขการฟ้องคดี เกี่ยวกับการฟ้องขอให้เพิกถอนประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร หรือการฟ้องละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น อันเกิดจากประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร ทั้งในเรื่องเงื่อนไขการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี และระยะเวลาการฟ้องคดี ปรากฏว่า ตามหลักกฎหมายของไทย มีลักษณะเช่นเดียวกับหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสและเยอรมัน นอกจากนั้น เกี่ยวกับประเด็นการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดี หากเป็นกรณีฟ้องเพิกถอนประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมาย เทียบได้กับคำสั่งทางปกครอง และเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดชั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือความเสียหายโดยฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ย่อมไม่จำเป็นต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดี โดยทั้งนี้ จะต้องตีความ มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ตามเจตนารมณ์ว่า คำสั่งของรัฐมนตรีตามมาตราดังกล่าว ย่อมหมายถึง คำสั่งของหัวหน้าคณะรัฐประหารที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมาย เทียบได้กับคำสั่งทางปกครองด้วย ซึ่งสอดคล้องกับรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz หรือ-VwVfG) ของเยอรมัน ที่กำหนดให้คำสั่งทางปกครอง ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ระดับสูงของสหพันธรัฐหรือมลรัฐ ไม่ต้องการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเช่นกัน

การวินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดี ซึ่งศาลปกครองจะต้องพิจารณาเหตุเพิกถอนหรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมายเป็นนิติกรรมทางปกครอง ย่อมต้องพิจารณาตามเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือคำสั่งที่กำหนดไว้ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งหลักเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าว มีลักษณะเช่นเดียวกับเหตุเพิกถอนหรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ตามหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสและเยอรมัน โดยที่ตามหลักกฎหมายปกครองของทั้งสองประเทศดังกล่าว อาจมีการแบ่งแยกออกเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายทางด้านรูปแบบภายนอกหรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ และทางด้านสาระัตถะ

หรือเหตุภายในหรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นกฎหมายสาระบัญญัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ยังอาจมีการแบ่งแยกรายละเอียดปลีกย่อยออกไปได้อีกอย่างเป็นระบบ ทำให้ศาลปกครองสามารถนำมาปรับใช้ได้ อย่างครอบคลุมเนื้อหาข้อพิพาทมากกว่าหลักกฎหมายปกครองของไทย

นอกจากนั้น ตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส ยังได้พัฒนาหลักกฎหมายปกครองทั่วไป ตามทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์พิเศษ เพื่อนำมาใช้ในการตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกในระหว่างที่เกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรง ซึ่งตามหลักกฎหมายของไทยไม่มีหลักกฎหมายเช่นว่านี้

สำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่ง คณะรัฐมนตรี โดยศาลปกครองของไทย ซึ่งเคยมีการพิจารณาพิพากษาคดี โดยศาลปกครองกลาง จากผลการศึกษาพบว่า ประเด็นเกี่ยวกับอำนาจศาล ศาลเห็นว่า คำสั่งของหัวหน้าคณะรัฐมนตรีที่สั่งให้ข้าราชการตำรวจไปปฏิบัติหน้าที่สำนักนายกรัฐมนตรี และที่เกี่ยวข้องกับการโอนข้าราชการตำรวจดังกล่าว จากข้าราชการตำรวจ โอนไปเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง โดยศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งรับคำฟ้องไว้พิจารณา และมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของหัวหน้าคณะรัฐมนตรีรวมสองคดี

แต่เหตุผลในคำวินิจฉัย โดยเฉพาะเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของหัวหน้าคณะรัฐมนตรี และอำนาจที่หัวหน้าคณะรัฐมนตรีใช้ในการออกคำสั่งพิพาท ว่าหัวหน้าคณะรัฐมนตรีอยู่ในฐานะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือไม่ และเป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือไม่ อันจะแสดงให้เห็นว่า คดีดังกล่าวอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง นั้น ยังไม่เป็นไปตามแนวคิดทฤษฎีทางนิติศาสตร์ และเป็นการพิจารณาทางด้านอัตตะวิสัยของผู้ออกคำสั่ง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ให้ขึ้นอยู่กับอำนาจตามอำเภอใจของหัวหน้าคณะรัฐมนตรีที่จะใช้อำนาจในฐานะรัฐอธิปัตย์ หรือจะแสดงเจตนาที่จะไม่ใช้อำนาจรัฐอธิปัตย์ แต่จะใช้อำนาจตามกฎหมายในฐานะฝ่ายปกครองแทนก็ได้

ซึ่งแตกต่างกับคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส (โดยที่ประชุมใหญ่) ในคดี Rubin de Servens เมื่อวันที่ 2 มีนาคม 1962 ที่วินิจฉัยสถานะและอำนาจของประธานาธิบดี ในการออกประกาศหรือคำสั่งใดๆ ในระหว่างที่มีการประกาศใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส โดยในคำพิพากษาดังกล่าว ได้มีการวินิจฉัยวางหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย เกี่ยวกับสถานะและอำนาจของประธานาธิบดี ด้วยการพิจารณาจาก

ลักษณะของการใช้อำนาจหรือผลผลิตของการใช้อำนาจว่า ถ้าหากอยู่ในขอบเขตของการตรา รัฐบัญญัติ จะถือว่าเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ แต่ถ้าอยู่ในขอบเขตของการออกนิติกรรมทางปกครอง ก็จะถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง อันเป็นการพิจารณาทางด้านภาวะวิสัย และถือเป็นแนววินิจฉัยที่ถูกต้องตามแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมาย

ศาลปกครองกลางได้วินิจฉัยประเด็นเนื้อหาแห่งคดี โดยเฉพาะการวินิจฉัยตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ที่กำหนดให้ถือว่า ประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร เป็นประกาศและคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ยังไม่สมเหตุสมผล และไม่น่าจะถูกต้องตามแนวคิดทฤษฎีทางนิติศาสตร์ ซึ่งแตกต่างกับคำวินิจฉัยของศาลฎีกา (โดยที่ประชุมใหญ่) ที่ 903/2536 ลงวันที่ 26 มีนาคม 2536 ที่วินิจฉัยในทำนองที่ว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว เป็นเพียงการรับรองโดยทั่วไปว่า ให้ประกาศคณะรัฐประหารที่มีสถานะเทียบเท่ากฎหมายหรือนิติกรรมทางนิติบัญญัติ มีผลให้ใช้บังคับได้เช่นกฎหมายเท่านั้น มิได้บัญญัติรับรองไปถึงว่า ให้ใช้บังคับได้ แม้เนื้อหาจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่ ได้วินิจฉัยตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเช่นนั้นว่า เป็นการรับรองเพียง “สถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมาย” ของประกาศคณะรัฐประหารในทางรูปแบบเท่านั้น มิได้มีผลเป็นการยกเว้นหรือจำกัดขอบเขตอำนาจศาล มิให้ตรวจสอบและเพิกถอนประกาศคณะรัฐประหารที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด อันถือได้ว่า เป็นการวินิจฉัยเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติรัฐและหลักการแบ่งแยกอำนาจ รวมทั้ง ยังสอดคล้องประสานเชื่อมโยงเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับบทบัญญัติมาตราอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน

แนววินิจฉัยดังกล่าว เป็นแนววินิจฉัยที่สามารถนำมาปรับใช้กับการตรวจสอบของศาลปกครอง เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร ที่มีค่าบังคับทางกฎหมาย เทียบได้กับนิติกรรมทางปกครองได้เช่นเดียวกัน นอกจากนี้ ศาลปกครองกลาง ยังมีได้มีการวินิจฉัยว่า คำสั่งคณะรัฐประหารดังกล่าว ออกในกรณีจำเป็นเร่งด่วนในระหว่างที่เกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรงหรือไม่ ซึ่งอาจจะต้องมีการพิจารณาตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้สำหรับการออกนิติกรรมทางปกครองในภาวะเช่นนั้นโดยเฉพาะอีกด้วย



## 5.2 ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่ง คณะรัฐประหาร โดยศาลปกครองของไทย เป็นไปตามแนวคิดทฤษฎีทางนิติศาสตร์ จึงนำเสนอแนวทางในการวินิจฉัยในประเด็นอำนาจศาล เงื่อนไขการฟ้องคดี และที่เป็นเนื้อหาแห่งคดี ดังต่อไปนี้

### (1) ประเด็นเกี่ยวกับอำนาจศาล

เนื่องจากคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง จะต้องเป็นคดีปกครอง ที่เกิดจากองค์กรหรือเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายปกครอง ได้ใช้อำนาจทางปกครอง และมีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี ดังนั้น การพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นอำนาจศาล ในคดีที่มีการฟ้องโต้แย้งประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารต่อศาลปกครอง ศาลจึงต้องวินิจฉัยในเบื้องต้นเกี่ยวกับสถานะของคณะรัฐประหาร หรือหัวหน้าคณะรัฐประหาร และอำนาจที่คณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหารใช้ในการออกประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารฉบับนั้นๆ โดยศาลจะต้องพิจารณาจากเนื้อหาและผลใช้บังคับของประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารฉบับดังกล่าว อันเป็นการพิจารณาจากลักษณะของการใช้อำนาจหรือจากผลผลิตผลจากการใช้อำนาจของคณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหาร โดยเทียบกับนิติกรรมทางนิติบัญญัติ และนิติกรรมทางปกครองที่ออกในภาวะปกติ ซึ่งถ้าหากพบว่า ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารฉบับพิพาท มีเนื้อหาหรือมีผลใช้บังคับ เช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครอง อันแสดงให้เห็นว่า ประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว “มีสถานะหรือมีค่าบังคับทางกฎหมาย” เทียบได้กับกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในภาวะปกติ

หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ถ้าต้องออกประกาศและคำสั่งเช่นว่านั้น ในภาวะปกติ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกเป็นนิติกรรมทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็กฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง โดยอำนาจที่ใช้ ออก เป็นอำนาจทางปกครอง หรือเป็นอำนาจตามกฎหมายแล้ว กรณีย่อมต้องถือว่า อำนาจที่คณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหาร ใช้ในการออกประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว เป็นเพียง “อำนาจทางปกครอง” และย่อมต้องถือว่า ในการออกประกาศหรือคำสั่งฉบับนั้นๆ คณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหาร อยู่ในฐานะฝ่ายปกครอง หรือมีสถานะเสมือนเป็น “ฝ่ายปกครอง” เท่านั้น ซึ่งศาลปกครองย่อมจะมีอำนาจตรวจสอบประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร เช่นว่านั้นได้ เช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครอง ที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติทั่วไป

ตามมาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกอบ มาตรา 9 และมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

### (2) ประเด็นเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดีปกครอง

หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ศาลปกครองจะนำมาพิจารณาเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดี กรณีที่มีการฟ้องโต้แย้งประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย เช่นเดียวกับที่ศาลปกครอง นำมาใช้ในการพิจารณาเงื่อนไขการฟ้องคดี กรณีที่มีการฟ้องโต้แย้งกฎและคำสั่งทางปกครอง ที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติ

### (3) ประเด็นเนื้อหาแห่งคดี

(3.1) กรณีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ถือว่า ประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร เป็นประกาศหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองควรต้องวินิจฉัยตามแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกา (โดยที่ประชุมใหญ่) ที่ 913/2536 ลงวันที่ 26 มีนาคม 2536 ด้วยการวินิจฉัยตีความว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว เป็นเพียงการรับรอง “สถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมาย” ของประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารในทางรูปแบบ เพื่อให้ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารดังกล่าว มีผลบังคับใช้ได้ เช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติเท่านั้น มิใช่บทบัญญัติที่มีผลเป็นการยกเว้น หรือจำกัดขอบเขตอำนาจศาลปกครอง มิให้ตรวจสอบและวินิจฉัยเพิกถอนประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติรัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย

(3.2) การวินิจฉัยเกี่ยวกับข้อยกเว้นหลักทั่วไป โดยศาลปกครอง จำต้องพิจารณาก่อนว่า ประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารที่พิพาท ถูกออกมาบังคับใช้ด้วยความจำเป็นเร่งด่วน ในระหว่างที่กำลังเกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรง หรือในสถานการณ์พิเศษหรือไม่ ถ้าหากผลการตรวจสอบข้อเท็จจริงพบว่า เป็นการออกประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารในกรณีจำเป็นเร่งด่วน ศาลปกครองจะต้องพิจารณาตามข้อยกเว้นบางประการ ตามที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติไว้สำหรับกรณีการออกคำสั่งทางปกครองกรณีจำเป็นเร่งด่วนเป็นการเฉพาะ และถ้าหากเป็นการออกประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารในกรณีจำเป็นเร่งด่วน ในระหว่างที่เกิด

วิกฤติการณ์ร้ายแรง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขหรือยุติวิกฤติการณ์ดังกล่าว อีกทั้งยังเป็นกรณีที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับอื่นๆ มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ที่ศาลจะนำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดีได้ ศาลปกครองจึงสมควรที่จะวินิจฉัยวางแนวเพื่อพัฒนาเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไป เช่นเดียวกับหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส ตามทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์พิเศษ ซึ่งเกิดจากการพัฒนาหลักกฎหมายของสภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเช่นกัน

(3.3) ในกรณีศาลได้พิจารณาข้อเท็จจริง ที่เกิดขึ้นในขณะที่มีการออกประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารฉบับพิพาทแล้วพบว่า การออกประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารดังกล่าว มิใช่เป็นการออกนิติกรรมทางปกครองในกรณีจำเป็นเร่งด่วนระหว่างที่กำลังเกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรง หรือไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่จะนำหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้สำหรับการตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกในสถานการณ์พิเศษโดยเฉพาะ มาใช้บังคับกับประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหารฉบับดังกล่าวได้ ในกรณีเช่นว่านี้ ศาลปกครองย่อมต้องพิจารณาตามเหตุเพิกถอนหรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือคำสั่ง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ประกอบกับกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่นเดียวกับที่ใช้ตรวจสอบนิติกรรมทางปกครอง ที่ออกโดยฝ่ายปกครองในภาวะปกติ และหากพบว่า ประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารดังกล่าว ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองย่อมต้องพิพากษาเพิกถอนตามกฎหมายต่อไป

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



## รายการอ้างอิง

### ภาษาไทย

กนิษฐา เชื้อองวิทย์. การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดย  
องค์การตุลาการ. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. กฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545.

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. พื้นฐานความรู้ทั่วไป หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร:  
สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537.

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. องค์การพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญก่อนจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ  
ในประเทศไทย ในศาลรัฐธรรมนูญไทย อดีต ปัจจุบัน อนาคต. กรุงเทพมหานคร : นานา  
สิ่งพิมพ์, 2543.

กระมล ทองธรรมชาติ. องค์การตามรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ใน  
รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 5 : ศาลรัฐธรรมนูญกับ  
หลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน.  
กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. แนวคิดอำนาจอธิปไตยของฝรั่งเศสและในประเทศไทย. ใน รวม  
บทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-Law.net, หน้า 329 – 339 และ  
หน้า 379 – 388. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. รัฐธรรมนูญในแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม. ใน รวมบทความกฎหมาย  
มหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-Law.net, หน้า 319 – 410. กรุงเทพมหานคร : สำนักงาน  
ศาลรัฐธรรมนูญ, 2546.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย.  
พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. องค์การและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายใน  
ฝ่ายปกครองในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์  
มหาวิทยาลัย, 2530.

คณิน บุญสุวรรณ. ฉีกรัฐธรรมนูญประเทศได้อะไร. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ร่วมด้วยช่วยกัน,  
2550.

จรัญ โฆษณานันท์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย  
รามคำแหง, 2545.

- จรัญ โฆษณานันท์. นิติปรัชญา legal Philosophy. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร : จีระวิชาการพิมพ์, 2540.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. การแบ่งแยกอำนาจกับการตีความรัฐธรรมนูญ. วารสารกฎหมายปกครอง, 1,2 (สิงหาคม 2525): 376.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. ศาลปกครองกับการดำเนินงานของตำรวจ. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2545.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. กฎหมายมหาชน เล่มที่ 2 หน่วยที่ 1 – 7 และหน่วยที่ 8-15. พิมพ์ครั้งที่ 29. นนทบุรี : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2545.
- เชาวนะ ไตรมาศ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับพัฒนาการของรัฐธรรมนูญไทย. ใน รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-Law.net, หน้า 165 – 186. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2546.
- ฐิติพร ศรีมงคละ. การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสรรหาตุลาการรัฐธรรมนูญและผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.
- दनัย ไชโยธยา. ประวัติศาสตร์ไทย: ยุคอาณาจักรอยุธยา. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์โอเดียนสโตร์, 2546.
- ทองศักดิ์ รักศักดิ์สกุล. ข้อคิดว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินและการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.
- ทองต่อ กล้วยไม้ ณ อยุธยา. พระบรมราชจักรีวงศ์กับกรุงเทพมหานคร. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์อักษรไทย, 2530.
- ภัชกรณีย์ ชุ่ม. การตรวจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. หลักนิติธรรม คำบรรยายในการอบรมหลักสูตรภาคจริยธรรม เนติบัณฑิตสมัยที่ 61. กรุงเทพมหานคร : ชวนพิมพ์ 50, 2552.

- ธีระวุฒิ ไศภิชฐิกุล. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 3. ฉะเชิงเทรา: เอ็มเอ็มคอมพิวเวอร์เซท, 2549.
- ธีระเดช ยุวชิต. การควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลเฉพาะตามพระราชบัญญัติในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524.
- นพดล เสงเจริญ. ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน. ใน รวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 1 : ศาลรัฐธรรมนูญไทย, หน้า 21 – 52. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2544.
- นรินทร์ อภิธิตสาร. การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูศาลปกครองเพิกถอน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.
- นันทวัฒน์ บรรมานันท์. ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทย. ใน รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net), หน้า 107 – 165. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545.
- นันทวัฒน์ บรรมานันท์. คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครองหรือไม่. ใน รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net), หน้า 133 – 153. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548.
- นันทวัฒน์ บรรมานันท์. ศาลรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส. ใน รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net), หน้า 113 – 165. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545.
- นันทวัฒน์ บรรมานันท์. รายงานการวิจัยเรื่องศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548.
- นันทวัฒน์ บรรมานันท์. อภิปรายนิติรัฐกับประชาสังคม. ใน รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) (พ.ศ. 2544-2549), หน้า 180 – 182. กรุงเทพมหานคร : การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค, 2549.
- บรรเจ็ด สิงคะเนติ. การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐ. ใน รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net), หน้า 341 – 377. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545.
- บรรเจ็ด สิงคะเนติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544.
- บรรเจ็ด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543.



- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน – เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และนันทชัย เพียรสนอง. คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545.
- ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุลชัย. การประกันสิทธิตามข้อเรียกร้องของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.
- ปรีดี พนมยงค์. คำอธิบายกฎหมายปกครองในประมุขกฎหมายมหาชนและเอกชน. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- ไพฑูริย์ เอกจริยากร. เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของฝ่ายปกครองในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- พัฒนา เรือนใจดี. ศาลรัฐธรรมนูญศึกษาปัญหาทางทฤษฎีและกฎหมายรวมทั้งปัญหาและอุปสรรคในการจัดตั้งและรูปแบบที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2537.
- พิสิฐ ธรรมกุล. การควบคุมประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และศาลยุติธรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540.
- พีรศักดิ์ ภัทรปติกุล. ปัญหาทางกฎหมายว่าด้วยการยึดทรัพย์สินของนักการเมืองตามประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) ฉบับที่ 26. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.
- ภัสวรรณ อุซุงศ์อมร. การจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 : ศึกษาเฉพาะกรณีการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.
- โกคิน พลกุล. นิติรัฐกับประชาสังคม. ใน รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net, หน้า 247 – 283. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2547.

- โกคิน พลกุล. เอกสารประกอบการบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน ภาควิชากฎหมายมหาชน  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์  
มหาวิทยาลัย, 2525.
- โกคิน พลกุล และชาญชัย แสงศักดิ์. หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 5.  
กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2549.
- มานิตย์ จุมปา. เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2550
- ยงยุทธ อนุกุล. สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของ  
ฝ่ายปกครอง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533
- ยอดพล เทพสิทธิ์า. รัฐตำรวจกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญไทย.  
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.
- รองพล เจริญพันธุ์. นิติปรัชญา. กรุงเทพมหานคร: ป.สัมพันธ์พาณิชย์, 2525.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ. วารสารกฎหมาย  
ปกครอง 8 : 33-58.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ข้อคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน รวมบทความบางเรื่อง  
เกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 1-24 และ 60-75.  
กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,  
2544.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540.  
พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร:  
สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ. ใน รวมบทความ  
ทางวิชาการเนื่องในวโรกาสครบรอบ 90 ปี ศาสตราจารย์สัญญาธรรมศักดิ์, หน้า 91 –  
200. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครอง  
และภาระกระทำทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. รายงานการวิจัยเรื่องวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน.  
กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกฤษฎีกา, 2548.

- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. รายงานการวิจัยเรื่องวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545.
- วราภรณ์ ปิยะมงคลวงศ์. การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530.
- วิชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล. การควบคุมฝ่ายบริหาร. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520.
- วัลยา จิลาณุพันธ์. การใช้สิทธิของประชาชนในกรณีที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรตุลาการ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.
- วิจิตรา พุ่งลัดดา. ระบบควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523.
- วิษณุ เครืองาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2523.
- วิษณุ วรรณุญ, ปิยะศาสตร์ ไชวพันธ์ และเจตน์ สถาวรศิลป์พร. ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ดอกเบี๊ยะ, 2551.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. กฎหมายรัฐธรรมนูญ หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. การปรับปรุงประกาศคณะปฏิวัติ. รพีสาร 1,3 (เม.ย. – มิ.ย., 2536) : 46.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. รัฐธรรมนูญสิ้นสุดลง กฎหมายทั้งหลายสิ้นสุดลงตามด้วยหรือไม่. ในรวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) เล่ม 6, หน้า 245 – 249. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550.
- สมชาย ปรีชาศิลป์กุล. ปัญหาทางกฎหมายบางประการเกี่ยวกับการปฏิวัติ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.
- สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.
- สมยศ เชื้อไทย (บรรณาธิการ). นิติรัฐกับอำนาจในการตราพระราชกำหนด. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.
- สมยศ เชื้อไทย. หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.



สิทธิพร เสาภายน. การควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ.

วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.

สิริวัฒน์ สุภรณ์ไพบูลย์. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย  
รามคำแหง, 2524.

สุจินต์ ทังสุบุตร. นิติรัฐ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์รหัส, 2523.

สุเจตน์ สถาพรนานนท์. การควบคุมการออกกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทย.

วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

สุเทพ พรหมวงศ์. การตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ :  
ศึกษากรณีคณะกรรมการการเลือกตั้งและ คณะกรรมการ ปปช. วิทยานิพนธ์ปริญญา  
มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

สุนิสา อิติชัยโย. ความรับผิดชอบของรัฐและผู้พิพากษาอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจตุลาการ.

วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2547.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย  
ธรรมศาสตร์, 2515.

หยุด แสงอุทัย. หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,  
2538.

หยุด แสงอุทัย. หลักรัฐธรรมนูญและกฎหมายเลือกตั้งทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2513.

อนุวัฒน์ ศรีพงษ์พันธุ์กุล. การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของ  
ศาลไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

อมร จันทรสมบุญ. การปฏิรูปการเมือง คอนสติติวชันแนลลิสม์ ทางออกของประเทศไทย.

กรุงเทพมหานคร : บริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวมบัวหลวงจำกัด, 2539.

อมร จันทรสมบุญ. คอนสติติวชันแนลลิสม์ (Constitutionalism) ทางออกของประเทศไทย.

กรุงเทพมหานคร : สถาบันนโยบายศึกษา, 2537.

อมร จันทรสมบุญ. ปัญหาการแต่งตั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินกับพื้นฐานกฎหมายมหาชนของ  
ประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.

อาทร จันทวิมล. ประวัติของแผ่นดินไทย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรไทย,  
2546.

อิสสระ นิตินันท์ประภาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ. กรุงเทพมหานคร: คุณพินอักษรกิจ,  
2527.

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย. วิทยานิพนธ์  
ปริญญาามหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534.

อุดม รัฐอมฤต และคณะ. รายงานการวิจัยเรื่องสภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ.  
กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550.

### ภาษาต่างประเทศ

Andersen, W. R. Judicial Review of State Administrative action designing  
the Statutory Framework Administrative Law Review. Summery volume 44,  
Number 3, 1992 : 523 – 566.

CHAPUS, R. Droit Administratif Général. Paris: editions montchrestien, 1986.

Götz, V. allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. C.H.Beck. Allgemeines  
Verwaltungsakt, 2.Aufl. Münehen: 1979.

Jonöha, H. ABC des Verwaltungsrechts, Stuttgart: 1979.

Kelsen, H. Pure Theory of law. trans. Max knight. Berkeley : University of Clalifornia  
press, 1967.

Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, 5.A.München: 1981. Verwaltungsuetahrengesetz  
mit Erlaeuterungen, Müchen: 2.Aufl., 1980.

Long, M. Weil, P. Braibant, G. Delvolvé, P. และ Genevois, B. Les grands arrêst de la  
jurisprudence administrative. 14<sup>e</sup> edition. Dalloz, 2003.

Martens, W. Immissionsschutzrecht und Polizeirech und Polixeirecht, DVBI. 1981,597.

Maurer, H. Allgemeines Verwaltungsrecht, 1. A.München: 1980.

Mayer, O. Deutsches Verwaltungsakt, Bd.I.1.Aufl., 1895.

Ossenbühl, F. Die Quellen des verwaltungsrechts, in allgemeines Verwaltungsrecht  
Hrsg. Von H.U. Drichsen u. D Martens, 2.Aufl., Berlin, New York

RIVERO, J. Droit Administratif. Paris: Dalloz, 1977.

Singh, M. P. Germen Administrative Law in common Law Perspective.  
Springer – Verlag Berlin Heideberge, 1985.

Wade, H.W.K. Administrative Law. Fourth edition London: Clarendon press, 1977.

## ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายวิโรจน์ ธิตา เกิดเมื่อวันที่ 2 พฤศจิกายน 2511 จังหวัดเชียงราย สำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง และศิลปศาสตรมหาบัณฑิต (เศรษฐศาสตร์การเมือง) มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ รับราชการตำรวจ ปลัดอำเภอ และปัจจุบัน ดำรงตำแหน่ง พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ สำนักงานศาลปกครองสูงสุด



ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย