

ปรัชญากฎหมายมหาชน

พื้นฐานของนักกฎหมายไทยกับปรัชญากฎหมายมหาชน

พื้นฐานของนักกฎหมายไทย กับ ปรัชญากฎหมายมหาชน*

วารสารกฎหมายปกครอง (เล่ม 3 ตอน 2) นี้ เป็นวารสารกฎหมายปกครองอีกเล่มหนึ่งที่เรา (กองบรรณาธิการ)** ได้คัดเลือกบทความทางวิชาการและคำวินิจฉัยทางปกครองมาเสนอต่อท่านผู้อ่าน โดยมีความมุ่งหมาย จะให้สาระแก่ท่านผู้อ่านให้ลึกเข้าไปในขอบเขตของหลักกฎหมายปกครอง ให้มากยิ่งขึ้น ฉะนั้น เมื่อท่านได้อ่านบทความและคำวิจารณ์เกี่ยวกับคำวินิจฉัยทางปกครอง ที่ได้นำมาลงในวารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้แล้ว ท่านผู้อ่านอาจจะต้องแปลกใจว่า เพราะเหตุใด ประเทศที่พัฒนาทางกฎหมายปกครองแล้วจึงสามารถพัฒนาหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการบริหารไปได้ไกลจนถึงระดับนั้น และท่านผู้อ่านอาจสงสัยว่า สภาพของกฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนี้ จะมีสถานะความเป็นจริงเป็นอย่างไรกัน

ท่านผู้อ่านคงจะจำได้ว่า นับตั้งแต่วารสารกฎหมายปกครองได้เริ่มจัดพิมพ์เผยแพร่จากเล่มแรกมาจนถึงบัดนี้ รวมได้ 8 เล่มรวมทั้งเล่มนี้ และในการจัดพิมพ์เผยแพร่นั้นกองบรรณาธิการได้แยกนโยบายการจัดทำวารสารกฎหมายปกครองออกเป็น 2 ช่วง (หมายเหตุ :- โปรดดูจากบทบรรณาธิการของวารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 2 ตอน 3) คือ

ช่วงต้น เริ่มตั้งแต่วารสารกฎหมายปกครองเล่มที่ 1 ตอนที่ 1 จนถึงเล่มที่ 2 ตอนที่ 2 รวม 5 เล่ม ซึ่งจะมีบทความที่แสดงพื้นฐานของปัญหาทางบริหารและ “รายการไม่ทันโลก” ของกฎหมายไทย

ช่วงที่สอง เป็นช่วงที่กองบรรณาธิการจะคัดเลือกบทความและกรณีตัวอย่าง (case law) ทั้งของไทยและต่างประเทศที่เกี่ยวกับ **กฎหมายปกครองโดยตรง** มาเสนอต่อท่านผู้อ่าน โดยเริ่มต้นจากวารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ 2 ตอนที่ 3 และเล่มที่ 3 ตอนที่ 1 รวม 2 เล่ม โดยมี

* บทความนี้คัดลอกจาก “บทบรรณาธิการ” วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ 3 ตอน 2 (สิงหาคม) 2527 หน้า (1)-(38)

** หมายเหตุ :- เลขหน้าที่อ้างถึงในบทความนี้คือเลขหน้าของ “วารสารกฎหมายปกครอง”

บทบรรณาธิการที่ใช้ชื่อว่า “แนวความคิดของนักกฎหมายไทยในปัจจุบัน” และ “ทาง 2 แพร่งของการจัดองค์กรในกระบวนการยุติธรรมของไทย” ตามลำดับ

วารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้จึงเป็นลำดับเล่มที่ 3 เพื่อนำผู้อ่านเข้าสู่ “หลักกฎหมายปกครอง” ที่แท้จริง โดยจะอาศัยข้อวิจารณ์จาก **กรณีตัวอย่าง** ซึ่งเป็นคดีปกครองของประเทศไทยเราเอง นำมาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายปกครองของสถาบันผ่านกฎหมายปกครองของต่างประเทศ เพื่อให้ท่านผู้อ่านมองเห็นพื้นฐานที่แตกต่างกันของนักกฎหมายไทยกับนักกฎหมายของต่างประเทศ และด้วยเหตุนี้ “บทบรรณาธิการ” ของวารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้จึงใช้ชื่อว่า “พื้นฐานของนักกฎหมายไทยกับปรัชญากฎหมายมหาชน”

เป็นที่แน่นอนว่า วารสารกฎหมายปกครองนี้ จะมีใช้ผู้ชี้ขาดว่า “พื้นฐานทางปรัชญากฎหมาย” ของนักกฎหมายไทยเป็นอย่างไร (ไม่ว่าจะเป็นพื้นฐานปรัชญาทางด้านกฎหมายเอกชนหรือปรัชญาทางด้านกฎหมายมหาชน) เพราะวารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้หรือเล่มอื่น ๆ เป็นแต่เพียง **สื่อที่นำข้อเท็จจริงต่าง ๆ** ที่เกิดขึ้นในวงการกฎหมายของไทยในปัจจุบัน ซึ่งได้แก่ คำวินิจฉัยทางกฎหมาย คำพิพากษาของศาล คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ฯลฯ มาเสนอต่อท่านผู้อ่านเท่านั้น แต่สิ่งที่วารสารกฎหมายปกครองนี้ได้ทำก็คือการนำบทวิจารณ์เชิงกฎหมายเปรียบเทียบและข้อสังเกตต่าง ๆ มาเสนอต่อท่านผู้อ่านที่สนใจ ซึ่งท่านผู้อ่านอาจใช้เวลาว่าง ๆ ของท่านพิจารณาวิเคราะห์ดูอีกชั้นหนึ่ง

วารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้ได้นำบทความและคำวินิจฉัยทางปกครองของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะกรรมการร่างกฎหมายกับคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์) ซึ่งเป็น **กรณีตัวอย่าง (case law)** ที่ค่อนข้างหนักและเป็น “คดีปกครอง” โดยตรง พร้อมทั้งเสนอ **บทวิจารณ์เชิงทฤษฎีของกฎหมายปกครอง** มาเสนอต่อท่านผู้อ่าน โดยกองบรรณาธิการได้คัดเลือก “บทวิจารณ์” ที่ให้ข้อคิดเห็นที่ชัดเจนว่า ทฤษฎีกฎหมายอาจแยกออกได้เป็น 2 แนวคือ แนวหนึ่ง จะเป็นแนวความคิดทางกฎหมายตามสภาพที่เป็นอยู่ในปัจจุบันตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัยทางปกครอง และอีกแนวหนึ่ง จะเป็นแนวการวิจารณ์ที่อาศัยพื้นฐานของกรณีตัวอย่าง (case law) ของประเทศที่ใช้หลักปรัชญาของกฎหมายทางบริหาร (กฎหมายปกครอง) มาเทียบเคียง

ในวงการวิชาการ คงไม่ต้องการการตัดสินใจชี้ขาดว่า พื้นฐานทางปรัชญากฎหมายของนักกฎหมายไทยเป็นอย่างไร แต่สิ่งที้อาจจะเป็นประโยชน์แก่วงการวิชาการ ก็คือโอกาสของนักกฎหมายและนักวิชาการในวงการมหาวิทยาลัยที่จะหันมามองดูตนเองและมองดูไปรอบ ๆ ว่า วงการนิติศาสตร์ของประเทศที่พัฒนาแล้วเขาอยู่ ณ ที่ใด และเมื่อท่านมองดูแล้ว ท่านจะมีความรู้สึกเช่นใดหรือไม่รู้สึกเลย ก็ย่อมเป็นความเป็นอิสระของนักกฎหมาย

อันที่จริงบทความและบทวิจารณ์ที่นำลงในวารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้อาจจะทำ

ความลำบากใจให้แก่ท่านผู้อ่านที่มีได้เป็นนักกฎหมายอยู่บ้าง และแม้แต่สำหรับท่านผู้อ่านที่เป็นนักกฎหมายเอง แต่ถ้าหากมิได้ติดตามวารสารกฎหมายปกครองมาโดยใกล้ชิด หรือมิได้สนใจกับ “หลักกฎหมายปกครอง” มาก่อนแล้ว ก็คงจะประสบความลำบากใจเช่นเดียวกัน

แต่วารสารกฎหมายปกครองใคร่ขอเชิญชวนท่านผู้อ่าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งท่านที่เป็นนักวิชาการในวิชาการบริหาร และท่านที่เป็นผู้รับผิดชอบในการปฏิรูปหรือพัฒนาการบริหารได้โปรดสละเวลาอันมีค่าของท่าน บางที่ท่านอาจจะมองเห็นว่า เพราะเหตุใด “หลักกฎหมายปกครอง” จึงสามารถนำมาใช้แก้ไขปัญหาความไม่มีประสิทธิภาพของการบริหารราชการแผ่นดินได้ (และสามารถลดปัญหาการคอร์รัปชันได้) และท่านก็อาจเข้าใจได้ว่า เพราะเหตุใดประเทศในกลุ่มคอมมอนลอร์ (สหรัฐอเมริกา-อังกฤษ) จึงต้องหันมาสนใจกับวิธีการแก้ไขปัญหาทางบริหารตามแนวทางของกฎหมายปกครองของประเทศในกลุ่มซีวิลลอร์

โดยหัวข้อของบทความวิชาการนี้ จะแยกออกเป็น 4 หัวข้อ คือ

- (1) หลักกฎหมายปกครอง : มิติใหม่ของกฎหมายไทย
- (2) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ : มิติเดิมของกฎหมายไทย
- (3) บทความทางวิชาการ และ
- (4) สรุป

(1)

“หลักกฎหมายปกครอง : มิติใหม่ของกฎหมายไทย

วารสารกฎหมายปกครองได้เคยนำบทความทางวิชาการของนักวิชาการ และนักนิติศาสตร์ชาวต่างประเทศ ทั้งฝ่ายกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์และกลุ่มประเทศซีวิลลอร์จำนวนมาก มาเสนอต่อท่านผู้อ่านในวารสารกฎหมายปกครองเล่มก่อน ๆ รวมถึง 7 เล่ม เพื่อเป็นข้อคิดแก่ท่านผู้อ่าน และเพื่อเปิดทางให้แก่หลักกฎหมายปกครอง-มิติใหม่ (New Dimension) ของกฎหมายไทย

หลักกฎหมายปกครอง ได้กระบวนแบบแผนในการปฏิบัติราชการซึ่งถูกสร้างขึ้นให้เป็น “หลักกฎหมายจากกรณีตัวอย่าง (case law)” โดยอาศัยบรรทัดฐานจากคำวินิจฉัยของสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง หลักกฎหมายเหล่านี้เป็นหลักกฎหมายที่สนับสนุนด้วยการให้เหตุให้ผล (reasoning) ที่สมบูรณ์แบบหรือพยายามให้สมบูรณ์ให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ในขณะนั้น ๆ

ความสมบูรณ์ของการให้เหตุผล ในคำวินิจฉัยของสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองจะเกิดจากการจัดรูปแบบองค์การของสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองในลักษณะของการสร้างความเชี่ยวชาญ (specialization) คือ มีการจัดระบบคุณสมบัติของผู้พิพากษา (หรือกรรมการ) ที่มีความชำนาญ

และมีประสบการณ์ในทางบริหาร มีระบบวิธีพิจารณาที่ถ่วงดุลการใช้อำนาจของผู้พิพากษาหรือนักกฎหมาย (เจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทต่าง ๆ ในกระบวนการพิจารณา) และมีการประเมินผลตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้พิพากษา (หรือกรรมการ) ฯลฯ

1. ทฤษฎีกฎหมายปกครองคืออะไร ทฤษฎีกฎหมายปกครอง ก็คือ หลักกฎหมายปกครองที่สถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองได้สร้างขึ้น

วารสารกฎหมายปกครองคงจะไม่เริ่มต้นอธิบายคำว่า “ทฤษฎีกฎหมายปกครอง” ด้วยการพยายามอธิบายความหมายของคำว่า “ทฤษฎี” ตามที่ปรากฏอยู่ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน และคงจะไม่พยายามอธิบายคำว่า “ทฤษฎี” ว่า จะตรงกับคำในภาษาอังกฤษว่า theory หรือ doctrine หรือ principle of law ฯลฯ เพราะถ้าหากว่าวารสารกฎหมายปกครองจะเริ่มต้นด้วยการอธิบายเช่นนั้นแล้ว นักกฎหมายเราก็คงจะใช้เวลาเกี่ยวกับอธิบายความหมายของคำว่า “ทฤษฎี” จนไม่มีเวลาที่จะคิดค้นสร้าง “หลักกฎหมาย” เพื่อนำมาใช้ประโยชน์ในการบริหารราชการได้

ดังนั้น วารสารกฎหมายปกครองขอเรียก “หลักกฎหมายปกครอง” ทั้งหมดโดยขอเรียกอย่างรวม ๆ กันว่า ทฤษฎีกฎหมายปกครอง ซึ่งตามความเป็นจริงแล้ว คำว่า “ทฤษฎีกฎหมายปกครอง” ก็มีไข่อื่นไกล แต่เป็นแนวทางของการตีความบทกฎหมายและแนวทางของการวินิจฉัยปัญหากฎหมายทางบริหาร ที่กระทำขึ้นโดยอาศัยพื้นฐานของปรัชญากฎหมายมหาชนนั่นเอง

ทฤษฎีกฎหมายปกครองเกิดขึ้นจากการที่สถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองได้ใช้หลักปรัชญาของกฎหมายมหาชน มาวินิจฉัยคดีจนทำให้เกิดเป็นกฎเกณฑ์ในทางบริหารสำหรับยึดถือเป็นหลักในการปฏิบัติราชการเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของบทกฎหมายที่รัฐได้ตราขึ้น

ทฤษฎีกฎหมายปกครองจะปกป้องประโยชน์ของเอกชนในกรณีที่เอกชนกระทำการโดยสุจริตและสมเหตุสมผล แต่ในขณะเดียวกัน ทฤษฎีกฎหมายปกครองจะอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่เอกชนมีเจตนาจะแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากช่องว่างของบทกฎหมาย ทฤษฎีกฎหมายปกครองจึงเป็นหลักกฎหมายที่สามารถประสานประโยชน์ระหว่างประโยชน์ของเอกชน (ส่วนตัว) กับประโยชน์ของสาธารณะได้

ทฤษฎีกฎหมายปกครองของต่างประเทศ มีอยู่เป็นจำนวนมากและยังคงพัฒนาต่อไป (dynamic) พร้อม ๆ กับการขยายตัวของอำนาจหน้าที่ของรัฐสมัยใหม่ (modern state)

การสร้างทฤษฎีกฎหมายปกครองของประเทศใด จะทำได้เหมาะสม (กับสภาพของระบบบริหาร) และสมบูรณ์มากน้อยเพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับการจัดรูปแบบองค์กรของสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองและพื้นฐานทางปรัชญากฎหมายของนักกฎหมายของประเทศนั้น ๆ

ทฤษฎีกฎหมายปกครองมีตั้งแต่ทฤษฎีที่สามารถอธิบายได้ด้วยการใช้วิธีการให้เหตุให้ผล ตามหลักตรรกวิทยาอย่างง่าย ๆ จนกระทั่งไปถึงทฤษฎีที่เกิดจากกรณีตัวอย่าง (case law) ที่มี ข้อเท็จจริงอันสลับซับซ้อน

นักกฎหมายไทยในปัจจุบันจะสร้างหลักกฎหมายปกครองของไทยได้เพียงใดหรือไม่ วารสารกฎหมายปกครองขอให้ท่านผู้อ่านได้โปรดพิจารณาวิเคราะห์ (ด้วยตนเอง) จาก “กรณีตัวอย่าง” ของไทย ที่จะปรากฏในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะกรรมการร่างกฎหมายและคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์) ที่นำมาลงในวารสารเล่มนี้ได้ โดยทำการศึกษาเปรียบเทียบกับบทวิจารณ์ของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือของเจ้าหน้าที่นิติกรของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ได้นำมาลงคู่เคียงกัน ทั้งนี้ โดยขอให้ท่านผู้อ่านโปรดระลึกว่า การให้ความเห็นทางกฎหมายของกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมายและคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์) ก็ดี และการให้ความเห็นของเลขาธิการหรือนิติกรก็ดีนั้น มิใช่เป็นเรื่องของความผิดหรือความถูก แต่เป็นเรื่องของน้ำหนักของการให้เหตุให้ผล (reasoning) ที่มุ่งไปสู่ข้อยุติที่แตกต่างกัน กับ ขอได้โปรดระลึกด้วยว่า ความคิดเห็นของท่านผู้อ่านซึ่งเป็นบุคคลภายนอกนี้เองต่างหาก ที่จะเป็นสิ่งผลักดันให้ทฤษฎีกฎหมายปกครองพัฒนาต่อไปโดยไม่หยุดยั้ง ควบคู่ไปกับสภาพปัญหาของสังคมและเศรษฐกิจของรัฐสมัยใหม่ที่เปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา

ในวารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้ วารสารกฎหมายปกครองจะขอเริ่มต้นด้วย “ทฤษฎีเบื้องต้น” ของหลักกฎหมายปกครอง ทฤษฎีนั้นคือ “ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครอง”

2. “ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครอง” คืออะไร คำตอบอย่างง่าย ๆ อย่างกำปั้นทุบดิน ก็คือ ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครอง เป็นทฤษฎีหนึ่งในจำนวนหลาย ๆ ทฤษฎีของกฎหมายปกครอง ที่เป็น “หลักกฎหมาย” สำหรับการบริหารราชการแผ่นดิน

ท่านผู้อ่านหลายท่านอาจจะสงสัยว่า “นิติกรรมทางปกครอง” นั้นคืออะไร และทำไมถึงจะต้องสร้างทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองขึ้นมา และเมื่อสร้างทฤษฎีเหล่านี้ขึ้นแล้วจะนำมาใช้ให้เกิดประโยชน์ในการบริหารราชการแผ่นดินได้อย่างไร

วารสารกฎหมายปกครองคงจะไม่ประสงค์จะเขียน “ตำรากฎหมายปกครองของไทย” ไว้ในวารสารนี้ แต่วารสารกฎหมายปกครองอยากจะทำให้ท่านผู้อ่านที่บังเอิญเป็นนักกฎหมายหรือนักนิติศาสตร์ ลองพิจารณาบททวนดูว่า ถ้าหากในการเรียนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของเรา นักศึกษาไม่รู้จักคำว่า “นิติกรรม” ตามมาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แล้ว การศึกษาวิชากฎหมายแพ่ง (เอกชน) ของเราจะสับสนสักเพียงใด

ถ้าเราไม่รู้จักคำว่า “นิติกรรม” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสียแล้ว เราก็คงไม่รู้หลักของ “การแสดงเจตนา” ในการทำนิติกรรม และเราก็คงไม่ทราบว่านิติกรรมนั้นเป็น “โมฆะ” หรือ “โมฆียะ” ได้อย่างใด และอะไรคือ “ความสามารถ” ของบุคคลในการทำนิติกรรม ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ

“ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครอง” จึงเป็นทฤษฎีแรกที่นักกฎหมายปกครองควรจะต้องสนใจ และทำความเข้าใจเป็นเบื้องต้น เหมือน ๆ กับที่นักกฎหมายแพ่ง (เอกชน) จะต้องรู้จักคำว่า “นิติกรรม (ทางแพ่ง)” เสียก่อน แล้วจึงจะไปศึกษาเรื่องการแสดงเจตนาและความสามารถของบุคคล ฯลฯ ตลอดจนไปจนถึง “นิติเหตุ” เช่น การละเมิด เป็นต้น

นิติกรรมทางปกครอง ตรงกับศัพท์ภาษาอังกฤษว่า administrative act (หรือ acte administratif ในภาษาฝรั่งเศส) ตำรากฎหมายปกครองของประเทศไทยเคยแปลคำว่า administrative act ว่า “การกระทำทางปกครอง”

การแปลเช่นนี้ ได้ทำให้นักกฎหมายไทยเกิดความสับสนและไม่สามารถนำหลักกฎหมายในเรื่อง “นิติกรรมทางปกครอง” ของประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์มาใช้โดยมีแนวทางที่เหมาะสม (ที่อาจเทียบเคียงกับหลักนิติกรรมทางแพ่ง) ได้

ความสับสนนี้จะเหมือน ๆ กับที่นักกฎหมายปกครองในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ (สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ) ได้เคยที่จะพยายามสร้างหลักกฎหมายปกครองขึ้นใช้ในประเทศของตน โดยถือเอาว่าการกระทำทุกชนิด ทั้ง “นิติกรรม” และ “นิติเหตุ” ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำลงไปนั้นย่อมเป็น administrative act ทั้งสิ้น (หมายเหตุ :- โปรดระลึกว่าหลักเรื่อง “นิติกรรม” นี้ไม่มีในหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา-อาจยกเว้นบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกาและสกอตแลนด์)

ลองนึกถึงสภาพของประเทศกลุ่มคอมมอนลอว์ที่ไม่มี “ประมวลกฎหมายแพ่ง” ใช้บังคับ และนักกฎหมายทั้งหลายในประเทศเหล่านี้มิได้เคยชินกับหลักเกณฑ์อันเป็นองค์ประกอบของ “นิติกรรม” และแล้วก็มีผู้พิพากษาคนหนึ่งพยายามที่จะนำ “หลักนิติกรรม” ของประเทศภาคพื้นยุโรปมาอธิบายใช้ในการพิพากษาเพื่อให้เกิด “หลักนิติกรรม” ขึ้นโดยอาศัย case law ท่านก็คงพอจะคาดหมายได้ว่า อรรถาธิบายที่จะปรากฏอยู่ในคำพิพากษานั้นจะอยู่ในลักษณะที่สับสนเพียงใด และจะทำให้ให้นักกฎหมายทั่ว ๆ ไปของประเทศนั้น ๆ เข้าใจหลักนิติกรรมได้หรือไม่ และในทางตรงกันข้ามก็ยังคงเป็นที่น่าสงสัยอยู่ว่า นักกฎหมายของไทย (ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย) ที่ได้ไปศึกษาและได้รับปริญญาจากประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์ โดยได้ศึกษาและอ่านตำราว่าด้วยหลักสัญญา (contracts) และละเมิด (torts) จากสถานอบรมกฎหมายหรือมหาวิทยาลัยของ

ประเทศคอมมอนลอว์เหล่านั้น จะนำความรู้จากตำราเหล่านั้นมาปรับใช้ประโยชน์ในประเทศไทย ได้คุ้มค่าเพียงใด หรือว่าเป็นความเสียหายของการศึกษา

สำหรับทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองนี้ วารสารกฎหมายปกครองของขอกล่าวอย่างสั้น ๆ ว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ในกฎหมายปกครอง ก็เทียบได้กับ “นิติกรรม (ทางแพ่ง)” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง แต่มีข้อแตกต่างในชั้นพื้นฐานระหว่าง “นิติกรรมทางปกครอง” กับ “นิติกรรม (ทางแพ่ง)” ที่สมควรยกขึ้นกล่าวไว้ในที่นี้ ก็คือ

นิติกรรมทางแพ่งนั้น มีคำนิยามกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 112 ว่า “อันว่านิติกรรมนั้น ได้แก่การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ” แต่นิติกรรมทางปกครองนั้น ไม่มีตัวบทกฎหมายใดนิยามไว้ให้ หากแต่เกิดจาก case law ดังนั้น คำนิยามของนิติกรรมทางปกครองจึงเกิดขึ้นและพัฒนาขึ้นโดยสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง

คำถามต่อไปก็คือ ถ้าเช่นนั้นแล้วนิติกรรมทางปกครองคืออะไร มีหลักเกณฑ์เหมือนกับนิติกรรมทางแพ่งหรือไม่

วารสารกฎหมายปกครองก็ขอตอบไปพลาง ๆ เพื่อความเข้าใจง่าย ๆ ในชั้นนี้แต่เพียงว่า “นิติกรรมทางปกครองได้แก่การสั่งการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (บริหาร) ที่ก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง ฯลฯ ซึ่งสิทธิและหรือหน้าที่แก่เอกชนคนหนึ่งหรือหลายคน” และใคร่ขอเรียนด้วยว่า นิติกรรมทางปกครองมีหลักเกณฑ์ไม่เหมือนกับหลักเกณฑ์ของ “นิติกรรมทางแพ่ง”

ผู้ที่สนใจอาจถามต่อไปว่า ถ้าเช่นนั้น เราจะตรากฎหมายเพื่อกำหนดคำนิยามของ “นิติกรรมทางปกครอง” ขึ้นจะดีหรือไม่ วารสารกฎหมายปกครองนี้ขอตอบในชั้นนี้ **ปัญหาในทางบริหาร** นั้น มิใช่อยู่ที่คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” คืออะไร หรือมีความหมายอย่างไร แต่ปัญหาอยู่ที่ว่า หลักกฎหมายใดบ้างที่จะใช้กับนิติกรรมทางปกครอง เช่น นิติกรรมทางปกครองมีกี่ประเภท เมื่อใดจะถือว่านิติกรรมทางปกครองประเภทใดมีความสมบูรณ์คือมีผลบังคับใช้ หรือไม่สมบูรณ์ และไม่มีผลบังคับใช้ ฯลฯ ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองจึงเป็นเรื่องที่จะไปเกี่ยวข้องกับ “หลักกฎหมายปกครอง” อีกเป็นจำนวนมาก

เมื่อเร็ว ๆ นี้ คือเมื่อวันที่ 23-24 กรกฎาคม 2528 สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย กับคณะนิติศาสตร์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยและมหาวิทยาลัยรามคำแหง ได้เริ่มทำการ “สัมมนาหลักกฎหมายปกครอง” ขึ้นเป็นครั้งแรก ณ มหาวิทยาลัยรามคำแหง และอาจารย์ผู้สอนวิชากฎหมายปกครองและกฎหมายมหาชน ของมหาวิทยาลัยทั้ง 2 แห่ง ได้ทำการบรรยายให้แก่นักกฎหมาย

ของส่วนราชการต่าง ๆ จากทั่วประเทศจำนวน 200 คน การสัมมนานี้อาจเรียกได้ว่าเป็นการริเริ่มของการศึกษากฎหมายปกครองที่แท้จริงครั้งแรกของประเทศไทย และรายงานผลการสัมมนาที่จะจัดพิมพ์ขึ้นนั้นจะเป็นเอกสารที่สำคัญอันหนึ่งของไทยในด้านนี้

ทฤษฎีกฎหมายปกครองต่าง ๆ รวมทั้งทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองเป็นหลักกฎหมายที่มีลักษณะพลวัต (dynamic) และปรับตัวไปด้วยเหตุผลตามหลักตรรกวิทยาด้วยแนวคำวินิจฉัยที่กระทำโดยสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง และเนื่องจากความจริงมีอยู่ว่า **ไม่มีบทกฎหมายใด** ที่เขียนขึ้นและใช้บังคับได้โดยสมบูรณ์ ไม่มีช่องว่างหรือข้อบกพร่อง และ **ไม่มีบทกฎหมายใด** ที่เขียนขึ้นและใช้บังคับได้โดยเหมาะสมตลอดกาลในสภาพของสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ ดังนั้นด้วยเหตุนี้ประเทศที่พัฒนาแล้วจึงได้ปล่อยให้หลักกฎหมายปกครองพัฒนาต่อเนื่องกันไปตามสภาพของความเป็นจริง โดยมอบหน้าที่สำคัญให้แก่สถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองให้อุดช่องว่างของบทกฎหมายด้วยการให้หลักตรรกวิทยาในการตีความหรือด้วยการสร้างหลักกฎหมายโดยการพัฒนาจากกรณีตัวอย่าง (case law)

3. ทฤษฎีกฎหมายปกครองมีประโยชน์อย่างไร ทฤษฎีกฎหมายปกครองเป็นหลักเกณฑ์และแบบแผนในการบริหารราชการแผ่นดินที่ถูกกำหนดขึ้นจาก **บรรทัดฐานของคำวินิจฉัย** ในรายการ (case law) ความสำเร็จในการสร้างหลักเกณฑ์และระเบียบแบบแผนทางบริหารจากคำวินิจฉัยของสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง จะมีมากน้อยเพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับโครงสร้างการจัดรูปแบบองค์กรของสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง

ถ้าสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองมีคำวินิจฉัยที่มีการให้เหตุให้ผลที่ดี มีหลักเกณฑ์ที่แน่ชัด และสามารถประสานประโยชน์ในด้านของเอกชนกับประโยชน์ของสาธารณะได้ **แนวคำวินิจฉัยของสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง** ย่อมจะเป็นที่ยึดถือในการปฏิบัติราชการของข้าราชการทั่วไป และข้าราชการทั้งหลายย่อมทราบได้โดยแน่ชัดว่าตนสมควรจะปฏิบัติราชการโดยมีหลักหรือกฎเกณฑ์อย่างไร และตนจะสามารถใช้ “ดุลพินิจ” อันเป็นอำนาจในทางบริหารของตนได้ภายในขอบเขตเพียงใด และตนจะต้องรับผิดชอบเพียงใด เป็นต้น แต่ในทางตรงกันข้ามถ้าคำวินิจฉัยของสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองมีการให้เหตุให้ผลในลักษณะที่ไม่มีหลักเกณฑ์แต่เป็นการแสดงออกของการใช้อำนาจชี้ขาดตามอำเภอใจ (arbitrarily) เล่นถ้อยคำสำนวนเปิดโอกาสให้เอกชนแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากช่องว่างของกฎหมาย ฯลฯ คำวินิจฉัยประเภทนี้นอกจากจะไม่แก้ปัญหาในทางบริหารในเรื่องที่มีคำวินิจฉัยนั้นแล้ว ยังจะเป็นคำวินิจฉัยที่สร้างอุปสรรคสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารในกรณีต่อ ๆ ไปอีกด้วย

4. การสร้างทฤษฎีกฎหมายปกครองในประเทศไทยจะเป็นผลสำเร็จเพียงใด ความมุ่งหมาย

สำคัญของวารสารกฎหมายปกครองฉบับที่ท่านถืออยู่นี้ ก็คือการทำ ความคุ้นเคยกับ “วิธีการ” สร้างทฤษฎีกฎหมายปกครองขึ้นในประเทศไทย

หลังจากที่กฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกาฉบับใหม่ได้มีผลใช้บังคับตั้งแต่ พ.ศ. 2522 เป็นต้นมา “สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา” ได้ติดตามวิเคราะห์ปัญหาข้อกฎหมายและปัญหา การร้องทุกข์ประเภทต่าง ๆ ที่มาสู่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะกรรมการร่างกฎหมายและคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์) ตลอดมา และสำนักงานฯ ได้จัดทำบทวิจารณ์เพื่อประเมินคุณค่า (values) ของคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาไว้เป็น “กรณีตัวอย่าง” เป็นจำนวนมาก โดย กองบรรณาธิการได้จัดนำมาลงไว้ในวารสารกฎหมายปกครองเล่มที่แล้ว ๆ มาหลายเรื่อง การที่ วารสารกฎหมายปกครองได้นำกรณีตัวอย่างมาลงไว้ในวารสารกฎหมายปกครองเล่มก่อน ๆ โดย สม่่าเสมอก็เพื่อให้ท่านผู้อ่านมีความเคยชินต่อระบบการวิจารณ์และระบบการถ่วงดุลที่มีอยู่ภายใน ของการจัดรูปแบบของคกรของสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง (คณะกรรมการกฤษฎีกา) แต่สำหรับ วารสารกฎหมายปกครองฉบับนี้ กองบรรณาธิการได้จัดทำขึ้นเป็นพิเศษ โดยมีความมุ่งหมายเป็น การรวบรวม “กรณีตัวอย่าง case law” จำนวนหนึ่ง เพื่อให้เป็นการเริ่มต้นของการสร้างทฤษฎี กฎหมายปกครองขึ้นในประเทศไทยเป็นฉบับแรก และเป็นการย้ำให้เห็นถึงแนวทางของการสัมมนา ณ มหาวิทยาลัยรามคำแหง เมื่อเดือนกรกฎาคมดังกล่าวมาแล้วข้างต้น

“สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา” ได้ตัดสินใจนำทฤษฎีกฎหมายปกครองเข้าสู่สถาบัน ฝ่ายกฎหมายปกครอง (คณะกรรมการกฤษฎีกา) โดยอาศัยการเขียน “บทวิจารณ์” โดยเลขธิการ คณะกรรมการกฤษฎีกาและโดยเจ้าหน้าที่นิติกรของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และใน วารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้ ก็จะมี “กรณีตัวอย่าง” ของหลักกฎหมายปกครองทั้งทฤษฎีด้าน สารบัญญัติ (ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครอง) และทฤษฎีด้านวิธีสบัญญัติ (แนวการตีความ “ผู้เสียหายในคดีปกครอง”)

วารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้ได้จัดชุดหรือกลุ่มของ “กรณีตัวอย่าง” ที่เกี่ยวข้องกับทฤษฎี ทั้งสอง มาเสนอต่อท่านผู้อ่านรวมหลายเรื่อง เพื่อทดสอบ “วิธีการ” สร้างทฤษฎีกฎหมายปกครอง โดยระบบการพัฒนาของกรณีตัวอย่าง (case law) และให้ท่านผู้อ่านได้มองเห็น “ประโยชน์” ของการใช้นิติปรัชญาของกฎหมายทางบริหาร (กฎหมายปกครอง) ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท

อันที่จริง วารสารกฎหมายปกครองไม่ได้มีความหวังว่า จะทำให้ท่านผู้อ่านสามารถเข้าใจ และมองเห็นประโยชน์ของการใช้ “ระบบกฎหมายปกครอง” เพื่อการแก้ไขปัญหาการบริหาร ราชการแผ่นดินได้ ด้วยการอ่านวารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้ เพียงฉบับเดียว แต่วารสารกฎหมาย ปกครองประสงค์จะให้มีความกระตือรือร้นของท่านผู้อ่านว่าในวงการนิติศาสตร์ของประเทศที่พัฒนาแล้วนั้น

ยังมีบางสิ่งบางอย่างที่ทางการนิติศาสตร์หรือนักกฎหมายของไทยได้มองข้ามเลยไป ไม่ว่าจะเป็นด้วยเหตุใด ๆ ก็ตาม

5. การศึกษา “กรณีตัวอย่าง” (case law) : วิธีการสร้างทฤษฎีกฎหมายปกครองขึ้นในประเทศไทย

ในการศึกษา “กรณีตัวอย่าง” จะขอแยกออกเป็น 2 ด้าน คือ ทฤษฎีด้านสารบัญญัติ กับทฤษฎีด้านวิธีบัญญัติ

ทฤษฎีกฎหมายปกครองด้านสารบัญญัติ (substantive law)

(ก) กรณีตัวอย่าง - “นิติกรรมทางปกครองคืออะไร”

1) เรื่องแรก ได้แก่คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ กรณีของนายสมนึก เรืองพริ้ม (หน้า 523) ซึ่งนายสมนึกฯ ร้องทุกข์ขอความเป็นธรรมเกี่ยวกับการสอบคัดเลือกเพื่อเลื่อนตำแหน่งข้าราชการ

ในการร้องทุกข์เรื่องนี้ เลขานุการฯ ได้วิจารณ์โดยทำเป็นข้อสังเกตเพื่อให้มีการนำ “ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครอง” เข้ามาใช้ในสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองของไทย ข้อสังเกตนี้ได้ทำเมื่อวันที่ 30 พฤศจิกายน 2527 และถือเป็นกรณีแรกที่เลขานุการฯ ได้นำศัพท์เทคนิคทางกฎหมายปกครอง คือ คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” เข้ามาใช้ในการวินิจฉัยคำวินิจฉัยของสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองหลังจากที่กฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีระบบร้องทุกข์มาตั้งแต่ พ.ศ. 2522 โดยเลขานุการฯ ได้ให้ความเห็นไว้ว่าขณะนี้สมควรที่จะต้องนำ “ทฤษฎีของกฎหมายปกครอง” เข้าสู่การศึกษากฎหมายปกครองและเลขานุการฯ มีความเห็นว่า ข้อเท็จจริงในกรณีร้องทุกข์ของนายสมนึกฯ นี้มีลักษณะเหมาะสมที่จะนำทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองมาใช้อ้างอิงได้โดยไม่ยุ่งยากนัก เรื่องร้องทุกข์นี้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มีมติไม่รับเรื่องร้องทุกข์นี้ไว้พิจารณาเพราะเห็นว่าการกำหนดคะแนนให้แก่ผู้เข้าสอบในการสอบเลื่อนขั้น เป็นกรณีเกี่ยวกับ “การใช้ดุลพินิจ” ของผู้ตรวจกระดาษคำตอบ โดยเห็นว่าคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ยังไม่อาจรับเรื่องร้องทุกข์นี้ไว้พิจารณาได้เพราะยังไม่มีกฎกระทรวงออกตามมาตรา 19 วรรคสอง ซึ่งกำหนดให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มีอำนาจตรวจสอบ “เหตุผล” ของผู้ตรวจกระดาษคำตอบ

ปัญหาที่น่าศึกษามีว่า การให้คะแนนในกระดาษคำตอบโดยผู้ตรวจนั้นเป็น “นิติกรรมทางปกครอง” หรือไม่ และปัญหามีว่า ดุลพินิจในการให้คะแนนโดยผู้ตรวจเป็น “ดุลพินิจทางบริหาร” หรือไม่

กรณีตัวอย่างนี้ เป็นกรณีตัวอย่างที่วารสารกฎหมายปกครองขอแนะนำให้ท่านผู้อ่าน

โดยเฉพาะอย่างยิ่งท่านผู้อ่านที่เป็นนิติกรของส่วนราชการหรือเป็นนักบริหารที่สนใจในปัญหากฎหมายโปรดกรุณาอ่าน เพราะกรณีนี้เป็นกรณีพื้นฐานเรื่องแรกของทฤษฎี “นิติกรรมทางปกครอง”

2) เรื่องที่สอง มีปัญหาที่น่าศึกษาว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับ “หลักนิติกรรมทางแพ่ง (สัญญาตัวแทน)” ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีความเหมาะสมที่จะนำมาใช้อ้างอิงในการตีความปัญหากฎหมายที่เกี่ยวกับ “นิติกรรมทางปกครอง” ของกฎหมายปกครองได้เพียงใด

กรณีนี้มีใช่เป็นเรื่องร้องทุกข์ที่มีเอกชนเป็นผู้ร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ดังเช่นในกรณีแรก แต่เป็นกรณีที่คณะกรรมการร่างกฎหมาย (คณะที่ 7) ได้ตอบข้อหารือของกรรมการขนส่งทางบก (กระทรวงคมนาคม) ในปัญหาที่เกี่ยวกับอำนาจของ “นายทะเบียนกลาง (อธิบดีกรมการขนส่งทางบก)” ในการออกใบอนุญาตประกอบการขนส่ง (ตามกฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางบก) หลังจากที่ดินเอง (นายทะเบียนกลาง) ได้มอบหมายอำนาจนี้ให้ผู้อื่นไปแล้ว (หน้า 417)

ในกรณีนี้ กรรมการร่างกฎหมายได้ทำการวินิจฉัยโดยอ้างอิงบทบัญญัติ มาตรา 807 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

วารสารกฎหมายปกครองได้นำข้อสังเกต (วิจารณ์) ของเจ้าหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (นายชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์) มาเสนอเพื่อประกอบการพิจารณาของท่านผู้อ่านไว้ด้วยว่า มาตรา 807 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะนำมาใช้อ้างอิงในเรื่องนี้ได้เพียงใด ข้อสังเกตของคุณชัยวัฒน์ฯ คงจะให้ **ข้อสรุปใจ** แก่ท่านผู้อ่านในเรื่องความแตกต่างระหว่างการใช้ปรัชญากฎหมายมหาชนในทางบริหารกับพื้นฐานทางปรัชญากฎหมายแพ่ง (เอกชน) ของนักกฎหมายไทยในปัจจุบันได้บ้าง เพราะ คุณชัยวัฒน์ฯ เห็นว่าการมอบอำนาจตามกฎหมายปกครอง (นิติกรรมทางปกครอง) ไม่อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติ มาตรา 807 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(จ) กรณีตัวอย่าง - หลักความไม่สมบูรณ์ (หรือความสมบูรณ์) ของ “นิติกรรมทางปกครอง”

การศึกษาถึงความไม่สมบูรณ์ของ “นิติกรรมทางปกครอง” ก็เปรียบเสมือนกับการศึกษาถึงการเป็น “โมฆะ” หรือ “โมฆียะ” ของ “นิติกรรมทางแพ่ง” นั่นเอง นิติกรรมทางแพ่งที่เป็นโมฆะหรือเป็นโมฆียะย่อมเสียเปล่าหรือไม่มีผลใช้บังคับ “นิติกรรมทางปกครอง” ที่ไม่สมบูรณ์ก็จะกระทบไปถึงผลใช้บังคับของนิติกรรมทางปกครองได้เช่นเดียวกัน แต่กฎเกณฑ์ของนิติกรรมทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์นี้ มีทฤษฎีที่แตกต่างไปจากกฎเกณฑ์ความเสียเปล่าของนิติกรรมทางแพ่งที่เป็นโมฆะหรือโมฆียะ

ในหลักกฎหมายปกครองที่เกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ (หรือความสมบูรณ์) ของ “นิติกรรมทางปกครอง” นี้ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาขอคัดเลือก “กรณีตัวอย่าง” มาเสนอท่านผู้อ่านรวม 2 ประเด็น (3 เรื่อง) ดังต่อไปนี้

1) **ประเด็นแรก** คือ นิติกรรมทางปกครอง ที่กระทำขึ้นโดยผู้กระทำให้มีความสำคัญผิดในสาระสำคัญ จะมีผลใช้บังคับได้เพียงใด

ในประเด็นนี้ มีกรณีตัวอย่าง 2 กรณีด้วยกัน

กรณีแรก เป็นความเห็นของกรรมการร่างกฎหมายที่ตอบข้อหารือในปัญหาของกรมตำรวจ (กระทรวงมหาดไทย) เกี่ยวกับปัญหาที่ว่า คำสั่งแต่งตั้งข้าราชการตำรวจชั้นสัญญาบัตร จะสมบูรณ์หรือไม่ ในเมื่อต่อมาข้อเท็จจริงปรากฏว่า การสั่งการ (นิติกรรมทางปกครอง) นั้นได้กระทำไปโดยผิดพลาด เพราะบันทึกรายงานที่เจ้าหน้าที่ได้ทำและนำเสนอต่อ “ผู้มีอำนาจสั่งการ” มีข้อความที่ไม่ตรงต่อความเป็นจริง (หน้า 387)

กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 2 มีความเห็นว่า คำสั่งบรรจุ ว่าที่ ร.ต.ต. ก: (ชื่อสมมติ) ย่อมสมบูรณ์เพราะการออกคำสั่งดังกล่าวได้เป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจแล้ว แต่เลขาธิการฯ เห็นด้วยกับความเห็นของเจ้าหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (นายไมตรี ดันเต็มทรัพย์) ที่ว่า ความเห็นของกรรมการร่างกฎหมายคณะที่ 2 ก่อให้เกิดผลค่อนข้างประหลาดในการปฏิบัติราชการ กล่าวคือ ผู้ที่มีข้อเท็จจริงปรากฏแน่ชัดว่าเป็นบุคคลที่มีความประพฤติไม่สมควรเข้ารับราชการเป็น “พลตำรวจสำรอง” แต่ผู้นั้นกลับสามารถได้รับแต่งตั้งเป็นข้าราชการตำรวจชั้นสัญญาบัตรได้โดยถูกต้องและสมบูรณ์ ดังนั้น เลขาธิการฯ จึงเสนอปัญหานี้ต่อ “ที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมาย” เพื่อพิจารณาทบทวน

ที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมายมีความเห็นยืนยันตามคำวินิจฉัยของกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 2 และเลขาธิการฯ ได้ทำบันทึกข้อสังเกต (วิจารณ์) เรื่องนี้เสนอต่อกรมตำรวจ เพื่อนำไปพิจารณาใช้ประโยชน์ในการปฏิบัติราชการและเพื่อใช้ประโยชน์ในการศึกษาวิชากฎหมายปกครองต่อไป

ประเด็นในเรื่องนี้มีว่า “คำสั่ง (นิติกรรมทางปกครอง)” ที่ผู้ที่มีอำนาจตามกฎหมายได้สั่งการไปโดยผิดพลาดเพราะได้รับการรายงานข้อเท็จจริงที่ไม่ตรงต่อความจริงจากเจ้าหน้าที่ที่ไม่ปฏิบัติตามระเบียบของทางราชการ จะเป็นคำสั่งที่สมบูรณ์และทางราชการ (รัฐ) ไม่สามารถสั่งแก้ไขคำสั่งนั้นได้ ใช่หรือไม่ (?) ปัญหานี้เป็นเรื่องที่น่าสนใจและมีความสำคัญอยู่ไม่น้อยสำหรับการที่คำวินิจฉัยนี้จะถูกถือให้เป็น “ระเบียบแบบแผน” หรือบรรทัดฐานของทางราชการ หากท่านผู้อ่านสนใจปัญหานี้ก็ขอได้โปรดอ่านในรายละเอียด

กรณีที่สอง ซึ่งเป็นกรณีที่น่าสนใจในประเด็นนี้อีกกรณีหนึ่ง ก็คือ กรณีร้องทุกข์

ของนายวิษณุ หงส์พงศ์ (หน้า 453) โดยในกรณีนี้ ผู้ร้องทุกข์ได้ร้องทุกข์โดยอ้างอิงถึงหลักกฎหมาย ปกครองไว้ในคำร้องทุกข์ของตน (หมายเหตุ :- แสดงว่า ผู้ร้องทุกข์เป็นผู้ที่สนใจศึกษากฎหมาย ปกครองอยู่ด้วยผู้หนึ่ง) และผู้ร้องทุกข์มีความเห็นว่า ประกาศของกระทรวงสาธารณสุข (ที่ ประกาศกำหนดท้องที่ของร้านขายยา ที่ผู้รับใบอนุญาตขายยาแผนปัจจุบันจำต้องจัดให้มีเภสัชกร ประจำอยู่ตลอดเวลาที่จะเปิดทำการ) เป็น “การกระทำทางปกครอง” ที่ผิดพลาดและไม่มีผล บังคับใช้ในทางกฎหมายเพราะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขสำคัญผิดทั้งในข้อเท็จจริง และในข้อกฎหมาย

ท่านผู้อ่านลองคาดคิดว่า คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์และเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา จะมีความเห็นในประเด็นนี้ที่ผู้ร้องทุกข์ยกขึ้นอ้างได้อย่างไร แล้วจึงค่อยอ่าน ในรายละเอียด

2) *ประเด็นที่สอง* คือ การทำนิติกรรมทางปกครอง (การสั่งการของเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครอง) จะต้องมีเหตุผลสนับสนุนเพียงใด หรือไม่

กรณีนี้ได้แก่กรณีร้องทุกข์ของนายไพโรจน์ โตอ่อน นายไพโรจน์ฯ ร้องทุกข์ ขอให้ยกเลิกคำสั่งของอธิบดีกรมที่ดิน (นิติกรรมทางปกครอง) ที่สั่งให้เพิกถอนโฉนดที่ดินของ ผู้ร้องทุกข์ โดยข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ปรากฏว่า เป็นที่ยืนยันและเชื่อได้ว่าโฉนดที่ดินของผู้ร้องทุกข์ ได้ออกทับทางสาธารณะ (กว้างประมาณ 2 เมตร) จริง และเมื่อทางราชการได้ตรวจสอบพยาน หลักฐานโดยรอบคอบแล้ว ทางราชการ (กรมที่ดิน) จึงได้พยายามให้ผู้ร้องทุกข์นำรังวัดเพื่อกันเขต ทางสาธารณะออกจากโฉนดที่ดิน แต่เจ้าของที่ดินไม่ยินยอม ดังนั้นทางราชการ (กรมที่ดิน) จึง สั่งเพิกถอนโฉนดที่ดิน (ทั้งฉบับ)

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ (คณะที่ 3) วินิจฉัยว่า อธิบดีกรมที่ดินสั่งการ ถูกต้องแล้ว แต่เลขาธิการฯ เห็นว่าอธิบดีกรมที่ดินสมควรจะสั่ง “แก้ไขโฉนดที่ดิน” โดยกันพื้นที่ ออกเฉพาะส่วนที่เป็นเขตทางสาธารณะเท่านั้น ไม่สมควรสั่งเพิกถอนโฉนดที่ดินทั้งฉบับ และ เห็นว่าการที่เจ้าของที่ดินไม่ให้ความร่วมมือในการรังวัด มิใช่เป็นเหตุผลที่พอเพียงสำหรับการที่ ทางราชการจะสั่งเพิกถอนโฉนดที่ดินเสียทั้งฉบับ

(ค) *กรณีตัวอย่าง* - นิติกรรมทางปกครอง สิ้นสุดลงเมื่อใด

อันที่จริง “เหตุ” ที่ทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นสุดลง ย่อมมีได้หลายเหตุเหมือน ๆ กับการสิ้นสุดของนิติกรรมทางแพ่ง (เอกชน) ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากหลายสาเหตุ เช่น นิติกรรมทางแพ่ง ย่อมสิ้นสุดลงตามกำหนดเวลาที่ผู้ทำนิติกรรม (ทางแพ่ง) ได้กำหนดไว้เป็นการล่วงหน้า หรือ สิ้นสุดลงเมื่อผู้ทำนิติกรรม (ทางแพ่ง) ได้แสดงเจตนาให้นิติกรรมนั้นสิ้นสุดลง ฯลฯ

กรณีตัวอย่างเรื่องการสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครองในกรณีนี้ เป็นเพียง “กรณีตัวอย่าง” ที่แสดงให้เห็นถึงปัญหาของความสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครองเพียง “เหตุเดียว” เท่านั้น แต่อันที่จริงแล้ว นิติกรรมทางปกครองยังอาจสิ้นสุดลงเพราะเหตุอื่น ๆ ได้อีกมากมาย

ข้อเท็จจริงมีว่า เมื่อพระราชบัญญัติล้างมลทินฯ มีผลใช้บังคับและทำให้คำสั่งตัดเงินเดือนข้าราชการซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองสิ้นสุดลง ปัญหาเกิดขึ้นว่าคำสั่งตัดเงินเดือนจะสิ้นสุดลงในวันใด คือ คำสั่งตัดเงินเดือนจะสิ้นสุดลงในวันที่พระราชบัญญัติล้างมลทินฯ มีผลใช้บังคับ (คือวันที่ 11 มีนาคม 2526) หรือจะถือว่าคำสั่งนั้นสิ้นสุดลงก่อนนั้นได้โดยจะถือเอา “วันจ่ายเงินเดือน” เมื่อสิ้นเดือนเป็นสำคัญ กล่าวคือ ถ้าในวันจ่ายเงินเดือนข้าราชการผู้นั้นถูกล้างมลทินเสียแล้ว รัฐก็ต้องจ่ายเงินเดือนให้แก่ผู้ถูกล้างมลทินนั้น “เต็ม” ทั้งเดือน คือต้องจ่ายย้อนไปจนถึงวันที่ 1 มีนาคม 2526 ด้วย (หน้า 425)

ปัญหานี้ เป็นปัญหาที่กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 2 วินิจฉัยเพื่อตอบข้อหารือของกระทรวงการคลัง โดยกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 2 มีความเห็นว่าทางราชการต้องถือ “วันจ่ายเงินเดือน” เป็นหลัก และดังนั้น จึงต้องจ่ายเงินเดือน (ให้แก่ผู้ถูกล้างมลทิน) เต็มทั้งเดือน โดยย้อนไปจนถึงวันที่ 1 มีนาคม 2526

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาส่งความเห็นของกรรมการร่างกฎหมายไปยังกระทรวงการคลังพร้อมด้วยความเห็นแย้งของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยเลขาธิการฯ เห็นว่าการจ่ายเงินเดือนจะกระทำในวันที่เท่าใดของเดือน ย่อมมิใช่เป็นประเด็นที่จะต้องวินิจฉัย แต่ประเด็นวินิจฉัยอยู่ที่ว่า คำสั่งตัดเงินเดือน (นิติกรรมทางปกครอง) จะมีผลให้ใช้บังคับจนถึงวันที่เท่าใด และเลขาธิการฯ เห็นว่าคำสั่งตัดเงินเดือนย่อมต้องมีผลใช้บังคับมาจนกระทั่งถึงวันที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการล้างมลทินฯ มีผลใช้บังคับ (วันที่ 12 มีนาคม 2526) และไม่มีบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติว่าด้วยการล้างมลทินฯ บัญญัติให้คำสั่งเหล่านั้นต้องสิ้นสุดลงโดยมีผลย้อนหลัง ดังนั้น การจ่ายเงินเดือนจึงต้องกระทำให้เป็นไปตามระยะเวลาที่คำสั่งตัดเงินเดือน (นิติกรรมทางปกครอง) ยังมีผลใช้บังคับอยู่ คือต้องตัดเงินเดือนตั้งแต่วันที่ 1-11 มีนาคม 2526 ออกด้วย (หมายเหตุ :- ความเห็นของเลขาธิการฯ ในเรื่องนี้เป็นเรื่องเดิม คือ เป็นเรื่องก่อนที่เลขาธิการฯ จะได้เริ่มนำศัพท์เทคนิค “นิติกรรมทางปกครอง” มาใช้ในการวิจารณ์ ดังนั้นในการวิจารณ์เรื่องนี้ เลขาธิการฯ จึงยังใช้คำว่า “การกระทำทางปกครอง” และมีได้ใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง”)

กระทรวงการคลังเห็นด้วยกับความเห็นแย้งของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา และได้ขอทบทวนกลับไปยัง “ที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมาย” ซึ่งในที่สุดที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมายได้กลับความเห็นของกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 2

เท่าที่กล่าวมานี้ เป็นเพียงกลุ่ม **กรณีตัวอย่าง** ที่เกี่ยวกับ “ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครอง” อันเป็นทฤษฎีของกฎหมายปกครองเพียงทฤษฎีเดียวเท่านั้น ในเวลาต่อ ๆ ไป ถ้าหากประเทศไทยยังประสงค์จะแก้ไขปัญหามาในทางบริหารราชการแผ่นดิน ระบบสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองก็จะต้องมีการระหนึ่งที่ในการพัฒนาทฤษฎีกฎหมายปกครองที่เหมาะสมขึ้นอีกเป็นจำนวนมาก และแม้แต่ “ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครอง” นี้เอง หลักเกณฑ์ของทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองก็ยั่งต้องพัฒนาต่อไป ปัญหาของประเทศไทยในขณะนี้อยู่ที่ว่า “นักกฎหมาย” ที่ทำหน้าที่อยู่ในสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองจะสามารถนำปรัชญาของกฎหมายทางบริหาร (กฎหมายปกครอง) มาใช้ได้ (ดี) เพียงใด หรือไม่ และการใช้ปรัชญาดังกล่าวจะทำให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะกรรมการร่างกฎหมายและคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์) สามารถมี “หลักกฎหมายปกครอง” และมี “ข้อยุติ” ในการวินิจฉัยที่แตกต่างไปจากพื้นฐานในปัจจุบันได้เพียงใด ซึ่งเรื่องนี้คงเป็นเรื่องที่ท่านผู้อ่านจะต้องรอดูจาก “กรณีตัวอย่าง” ที่จะตามมาในวารสารฉบับต่อ ๆ ไป หลักกฎหมายปกครองเป็นหลักของการบริหารราชการที่ถูกพัฒนาขึ้นด้วยระบบของการให้เหตุให้ผลตามหลักตรรกวิทยา โดยมี “เจตนารมณ์ของกฎหมาย” และ “สิทธิโดยสุจริตของเอกชน” เป็นเกณฑ์กำกับและเรา (วารสารกฎหมายปกครอง) คงต้องขอลอ่ยไว้ให้คำวินิจฉัยของระบบสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองในอนาคตเป็นเครื่องบ่งแสดงต่อท่านผู้อ่านในเวลาต่อไปด้วยตนเอง

อันที่จริง นอกเหนือไปจากปัญหาหรือประเด็นของ “ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครอง” ตามที่ได้กล่าวไว้ในกรณีตัวอย่างดังกล่าวข้างต้นแล้ว ในการให้ข้อสังเกต (วิจารณ์) ของเลขานุการคณะกรรมการกฤษฎีกา เลขานุการฯ ยังได้เริ่มวางแนวทางของทฤษฎีเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองในประเด็นอื่นไว้อีกด้วยในบางประเด็น เช่น ประเด็นเรื่องการแบ่งประเภทของ “นิติกรรมทางปกครอง” และเรื่องความแตกต่างของ “นิติกรรมทางปกครอง” กับ “นโยบายของฝ่ายบริหาร” เป็นต้น (โปรดดูกรณีร้องทุกข์ของนายวิษณุฯ หน้า 453) หากแต่เลขานุการฯ ยังมีได้ยกขึ้นกล่าวระบุไว้เป็นพิเศษ โดยเฉพาะเจาะจง เพราะประเด็นเหล่านั้นยังมีใช่เป็น “ประเด็นโดยตรง” ที่วารสารกฎหมายปกครองประสงค์จะเน้นเป็น “ทฤษฎี” ไว้ในครั้งนี ต่อไปในวารสารกฎหมายปกครองจะขอกล่าวถึง “ทฤษฎีกฎหมายปกครองด้านวิธีสบัญญัติ” ต่อไป

ทฤษฎีกฎหมายปกครองด้านวิธีสบัญญัติ (procedural law)

นอกเหนือจากหลักกฎหมายสบัญญัติ (substantive law) ในเรื่องนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากหลักนิติกรรมทางแพ่งแล้ว สถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง (ของต่างประเทศ) ยังได้แยกหลักกฎหมายด้าน “วิธีสบัญญัติ (procedural law)” ของคดีปกครองออกจากวิธีสบัญญัติของคดีแพ่งอีกด้วย แต่ก่อนที่จะกล่าวถึง “กรณีตัวอย่าง” ในด้านวิธีสบัญญัตินี้ วารสารกฎหมายปกครองใคร่ขอกล่าวถึงความสำคัญของกฎหมายวิธีสบัญญัติไว้พอเป็นสังเขปสักเล็กน้อย

เป็นที่น่าประหลาดใจอย่างมากที่ผู้เชี่ยวชาญวิชาการบริหารที่ดีหรือนักจัดองค์กร (O&M) ของเราก็ดี มักจะมองข้ามความสำคัญของบทกฎหมายที่เป็นวิธีพิจารณา อันเป็นบทกฎหมายที่นักกฎหมายเรียกกันว่า “กฎหมายวิธีสบัญญัติ”

ตัวอย่างเช่น เมื่อปรากฏความล้มเหลวในด้านการปราบปรามอาชญากรรมผู้เชี่ยวชาญวิชาการบริหารหรือนักจัดองค์กรเหล่านี้ก็จะมุ่งไปสู่กฎหมายว่าด้วยการแบ่งส่วนราชการของกรมตำรวจหรือของกรมอัยการ หรือการแบ่งส่วนราชการของกระทรวงยุติธรรม และการจัดตั้งศาลเพิ่มขึ้น แต่ถ้าจะลองถามนักวิชาการบริหารหรือนักจัดองค์กรเหล่านั้นดูว่า “อำนาจหน้าที่” ของตำรวจ-อัยการ-ผู้พิพากษา (ศาล) ที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีอยู่อย่างใด และอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐเหล่านั้นมีความสัมพันธ์ระหว่างกันอย่างไร วารสารกฎหมายปกครอง ก็คงจะไม่ประหลาดใจว่า จะมีนักวิชาการบริหารและนักจัดองค์กร (O&M) จำนวนน้อยมากที่จะสามารถเข้าใจและอธิบายถึงหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้ง 3 ประเภท ตำรวจ-อัยการ-ผู้พิพากษา (ศาล) ได้อย่างพอเพียง

ประเทศไทยคงจะไม่สามารถแก้ไขปัญหาการปราบปรามอาชญากรรมได้ ถ้าหากเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบในการปรับปรุงหรือปฏิรูประบบราชการ ไม่ทราบถึง “อำนาจหน้าที่” และความสัมพันธ์ของอำนาจหน้าที่ของตำรวจ-อัยการ-ผู้พิพากษา (ศาล) เป็นอย่างดี และการนำ “ระบบการจัดการบริหารโดยกำหนดเป้าหมาย (MBO)” คงนำมาใช้ไม่ได้ผลในการจัดกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ถ้าเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบในการปรับปรุงหรือปฏิรูประบบราชการจะ “จำกัดเป้าหมาย” ของการปรับปรุงไว้เฉพาะหน้าที่ของกรมใดกรมหนึ่ง (ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา) โดยเฉพาะ เพราะกระบวนการยุติธรรมในทางอาญานั้นเป็นระบบบริหารงานขนาดใหญ่ โดยกฎหมายได้กำหนดอำนาจหน้าที่ส่วนใหญ่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐเหล่านี้ไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และอำนาจหน้าที่นี้ของเจ้าหน้าที่ของรัฐตำรวจ-อัยการ-ผู้พิพากษา (ศาล) จะมีเป้าหมายเดียวกัน คือ การปราบปรามการกระทำผิดทางอาญา และทุกฝ่ายมีความสัมพันธ์ในการปฏิบัติหน้าที่ต่อเนื่องกันในการพิจารณาพิพากษาคดีแต่ละคดี ดังนั้น การปรับปรุงและการวิเคราะห์ถึงอำนาจหน้าที่และระบบบุคลากรของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม ตำรวจ-อัยการ-ผู้พิพากษา (ศาล) ในกระบวนการยุติธรรม จึงควรต้องกระทำพร้อมกันและกำหนดให้สอดคล้องกัน เป้าหมาย (objective) จึงจะบรรลุผล

กฎหมายสารบัญญัติจำนวนมาก (เช่นการแก้ไขกฎหมายเพิ่มอัตราโทษขั้นสูงของการกระทำผิดอาญา) ได้กลายเป็นเพียงตัวอักษรและไม่สามารถบังคับใช้ให้บังเกิดผลตามเจตนารมณ์ของกฎหมายสารบัญญัติได้ เพราะความบกพร่องในกระบวนการวิธีสบัญญัติ และถ้าจะพิจารณาให้

ไกลไปถึงประวัติความเป็นมาในอดีตที่รัฐจำเป็นต้องตรา “วิธีพิจารณา” ให้มีขั้นตอนของการใช้อำนาจขึ้นเป็นบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็จะทราบได้ว่า รัฐจำเป็นต้องเข้ามาควบคุมดุลพินิจของ “ผู้พิพากษา” ในการชี้ขาด เนื่องจากผู้พิพากษาในอดีตกาล (ซึ่งมีอำนาจกำหนดวิธีพิจารณาด้วยตนเอง) นั้น ได้บิดเบือนการใช้อำนาจ (abuse of power) ในการรับฟังพยานหลักฐานและในการใช้ดุลพินิจชี้ขาดนั่นเอง จริงอยู่ปัญหาในขณะนี้อาจจะแตกต่างกับปัญหาในอดีต แต่อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงก็ยังมีอยู่ว่า นักกฎหมายในปัจจุบันก็ยังมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจ “เลือก” ตัดสินชี้ขาดตามที่ตนเองเห็นสมควรได้อยู่นั่นเอง

การมองข้ามความสำคัญของกฎหมายวิธีสบัญญัติ (วิธีพิจารณาความ) ของนักวิชาการบริหารหรือนักจัดองค์กร (O&M) นี้เอง ที่อาจเป็นผลทำให้กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลภาษีและวิธีพิจารณาความในศาลภาษีสามารถตราออกมาใช้บังคับได้โดยมิได้ผ่านการวิเคราะห์ของนักวิชาการบริหารหรือนักจัดองค์กรอย่างแท้จริง

กฎหมายวิธีสบัญญัติมีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายสารบัญญัติ กล่าวคือ มีทั้งที่บัญญัติไว้เป็นตัวบทกฎหมายแน่ชัด (เป็นลายลักษณ์อักษร) และมีทั้งที่ต้องอุดช่องว่างของกฎหมายด้วยอาศัยการตีความกฎหมายหรืออาศัย case law ดังนั้น ถ้านักกฎหมาย (กรรมการหรือผู้พิพากษา) ที่ทำหน้าที่อยู่ในสถาบันฝ่ายกฎหมายจะตีความหรืออุดช่องว่างของกฎหมายวิธีสบัญญัติ โดยมีพื้นฐานทาง “ปรัชญากฎหมาย” ที่ปราศจากแนวทางที่แน่นอน **หลักกฎหมายสารบัญญัติก็อาจไร้สภาพบังคับไปได้** และด้วยเหตุนี้ วารสารกฎหมายปกครองจึงได้ทำหน้าที่ติดตาม “กรณีตัวอย่าง” ในส่วนที่เกี่ยวกับทฤษฎีกฎหมายปกครองด้านวิธีสบัญญัติ เพื่อนำมาเสนอต่อท่านผู้อ่านเช่นเดียวกับการติดตาม “กรณีตัวอย่าง” ที่เกี่ยวกับทฤษฎีกฎหมายปกครองด้านสารบัญญัติ

ในวารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้ กองบรรณาธิการจะขอนำกรณีตัวอย่างที่เกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วย “ผู้เสียหายในคดีปกครอง” มาเสนอต่อท่านผู้อ่าน โดยบางกรณีจะเป็นกรณี que se que แสดงให้เห็นว่าในการตีความกฎหมายวิธีสบัญญัตินั้น บางทีก็มีความจำเป็นต้องอาศัยพื้นฐานจากทฤษฎีด้านสารบัญญัติ (เช่น ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครอง) อยู่ด้วย

ปัญหาที่ว่า ใครบ้าง คือ “ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย” ที่จะมีสิทธิร้องทุกข์ต่อสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง ตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา

แนวทางการตีความ “ผู้เสียหายในคดีปกครอง” โดยคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์) นี้ ท่านผู้อ่านคงจะยังจำได้ถึงกรณีตัวอย่างสำคัญที่วารสารกฎหมายปกครองเล่มที่ 2 ตอนที่ 3 ได้นำมาเสนอต่อท่านผู้อ่านไว้แล้ว คือกรณีคำร้องทุกข์ของเรือเอก เบญจจะวิสมิตะนันท์ โดยในกรณีของเรือเอก เบญจจะฯ นั้นนายกรัฐมนตรีนั่งฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหาร

ได้สั่ง “กลับ” คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์และได้สั่งการ โดยยึดถือเหตุผลตามข้อวิจารณ์ของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา และผลของการสั่งการของท่านนายกรัฐมนตรีได้ทำให้แนวทางการตีความ “ผู้เสียหายในคดีปกครอง” แตกต่างออกไปอย่างตรงกันข้ามกับความหมายของคำว่า “ผู้เสียหายในคดีอาญา” ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญา วารสารกฎหมายปกครองเชื่อว่ากรณีนี้จะเป็นกรณีตัวอย่างที่ชัดเจนว่า การสั่งการของนายกรัฐมนตรีได้ทำให้เห็นถึงลักษณะเฉพาะ (characteristic) ของ “ปรัชญากฎหมายปกครอง” ในฐานะที่กฎหมายปกครองเป็นสาขากฎหมายเอกเทศแยกออกจากสาขากฎหมายอื่น และเป็นการสั่งการที่ทำให้เกิด “บรรทัดฐาน” ของคดีปกครองที่แตกต่างไปจากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของศาลยุติธรรม (ที่มีอำนาจทางคดีอาญา)

ดังนั้น เพื่อความต่อเนื่องเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วย “ผู้เสียหายในคดีปกครอง” ที่วารสารกฎหมายปกครองเล่มก่อนได้นำมาเสนอต่อท่านผู้อ่านไว้แล้ว วารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้ จึงได้นำ “กลุ่ม” คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์พร้อมด้วยข้อวิจารณ์ของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เกี่ยวกับปัญหา “ผู้เสียหายในคดีปกครอง” มาเสนอต่อท่านอีก 3 เรื่อง คือ กรณีร้องทุกข์ของร้อยตรี ปณิธาน เลิศฤทธิ์ (หน้า 544) กรณีของนายวิษณุ หงส์พงศ์ (หน้า 453) และกรณีของนางนงเยาว์ วิจารณ์ภูธร (หน้า 481)

กรณีตัวอย่างในประเด็นที่ว่า “ใครคือผู้เสียหายในคดีปกครอง” ของทั้ง 3 กรณีนี้ มีตั้งแต่กรณีเลขที่ ๗ ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์และนายกรัฐมนตรี (โดยรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี นายมีชัย ฤชุพันธุ์) ได้สั่งการโดยถือตาม “เหตุผล” ของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ไปจนถึงเรื่องที่เลขที่ ๗ เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เป็นการชั่วคราว

กรณีแรก คือกรณีร้องทุกข์ของร้อยตรี ปณิธานฯ เป็นกรณีที่เลขที่ ๗ ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ในเรื่องนี้ เลขที่ ๗ ได้กำหนดประเด็นวินิจฉัยไว้แตกต่างกับประเด็นที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้กำหนดไว้ กล่าวคือ เลขที่ ๗ ได้กำหนดประเด็นโดยอ้างอิงไปถึงทฤษฎีกฎหมายปกครองทางสารบัญญัติ (นิติกรรมทางปกครอง) ข้อเท็จจริงในเรื่องนี้มีว่า ผู้ที่เคยดำรงตำแหน่งราชการตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่งมาก่อน และในขณะดำรงตำแหน่งนั้น ผู้นั้นได้ออกคำสั่งทางราชการ (นิติกรรมทางปกครอง) อย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ต่อมาปรากฏว่า ผู้ดำรงตำแหน่งคนใหม่ได้สั่งเปลี่ยนแปลงคำสั่งเดิม โดยผู้ที่เคยดำรงตำแหน่งนั้นเห็นว่าคำสั่งใหม่ (นิติกรรมทางปกครอง) เป็นการสั่งการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ปัญหาที่จะวินิจฉัยมีว่า ผู้ที่เคยดำรงตำแหน่งแต่เดิมนั้น จะมีสิทธิร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือไม่

กรณีที่สอง คือกรณีร้องทุกข์ของนางนงเยาว์ฯ เป็นกรณีที่เลขาธิการฯ เห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เป็นการชั่วคราวไปพลางก่อน (สำหรับระยะที่สถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองกำลังอยู่ในขั้นพัฒนา) โดยในกรณีร้องทุกข์นี้ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้วินิจฉัยยอมรับว่า “ผู้ใช้ถนน” เป็นผู้มีสิทธิร้องทุกข์เกี่ยวกับความไม่พอเพียงของแสงสว่างบนท้องถนนได้

และ**กรณีที่สาม** ซึ่งเป็นกรณีสุดท้าย คือ กรณีร้องทุกข์ของนายวิชาญฯ ซึ่งเป็นกรณีเป็นที่สนใจของสมาคมร้านขายยา และเจ้าของและผู้ประกอบการร้านขายยาโดยทั่วไป เรื่องนี้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์และเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นร่วมกันว่า บุคคลที่ยังไม่ได้รับความเสียหายแต่อาจจะได้รับความเสียหายจากกฎหมาย (คือ ประกาศกระทรวงสาธารณสุข) ซึ่งยังไม่มีผลใช้บังคับ เพราะยังไม่ถึงกำหนดวันใช้บังคับที่ได้กำหนดไว้โดยแน่นอนแล้ว บุคคลเช่นนี้ย่อมถือได้ว่าเป็น “ผู้เสียหายในคดีปกครอง” แล้ว และสามารถร้องทุกข์ได้ตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา

เท่าที่วารสารกฎหมายปกครองกล่าวถึงการตีความของ “กฎหมายวิธีสบัญญัติ (procedural law)” มาเพียงเท่านี้และกล่าวเพียงประเด็นเดียว คือ “ผู้เสียหายในคดีปกครอง” ท่านผู้อ่านก็คงจะพอมองเห็นความสำคัญของกฎหมายวิธีสบัญญัติได้แล้วว่า**กฎหมายว่าด้วยวิธีสบัญญัติ** มีความสำคัญพอที่จะทำให้**กฎหมายสารบัญญัติ (substantive law)** ไร้ผลได้มากน้อยเพียงใด ถ้าหากนักกฎหมาย (กรรมการหรือผู้พิพากษา) ที่ทำหน้าที่ชี้ขาดคดีหรือข้อพิพาทจะ “เลือก” วินิจฉัยไปในทางหนึ่งทางใดตามที่นักกฎหมายเห็นสมควร

แต่ก่อนที่วารสารกฎหมายปกครองจะกล่าวถึงหัวข้อต่อไป ซึ่งเป็นหัวข้อที่กล่าวถึงบทบัญญัติแห่ง**ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์** (กฎหมายแพ่งเอกชน-มิติเดิมของกฎหมายไทย) ทั้งนี้ เพื่อให้ท่านผู้อ่านได้เปรียบเทียบกับ**กฎหมายปกครอง** (มิติใหม่ของกฎหมายไทย) ยังมีคำวินิจฉัยทางปกครองอยู่อีกเรื่องหนึ่ง ที่วารสารกฎหมายปกครองได้นำมาลงไว้แต่ยังมีได้กล่าวถึงคำวินิจฉัยนั้นคือคำวินิจฉัยในกรณีร้องทุกข์ของนายศุภชัย ทนงคงสวัสดิ์ (หน้า 441) ในเรื่องนี้ นายศุภชัยฯ ได้ร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ว่า ตนไม่ได้รับความเป็นธรรมในการขออนุญาตเปิดร้านขายยาจากทางราชการ (กระทรวงสาธารณสุข) แต่ปรากฏว่า หลังจากที่เกิดคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้รับเรื่องร้องทุกข์ของนายศุภชัยฯ ไว้พิจารณาแล้ว ทางราชการได้แก้ไขปัญหามาให้ผู้ร้องทุกข์ล่วงไปได้

ดังนั้น คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จึงได้ยุติเรื่องร้องทุกข์นั้นเสีย ซึ่งในการร้องทุกข์เรื่องนี้ เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีข้อสังเกตไว้ว่า การแก้ไขปัญหของส่วนราชการ (กระทรวง-

สาธารณสุข) ดังกล่าว เป็นเพียงการแก้ไข “เฉพาะกรณี” หรือเฉพาะหน้า แต่ปัญหาในระยะยาวยังมิได้รับการแก้ไข ดังนั้น เลขานุการฯ จึงได้เสนอให้ท่านนายกรัฐมนตรีสั่งการให้กระทรวง-สาธารณสุขแก้ไขปัญหาระยะยาวด้วยการแก้ไขกฎกระทรวงที่เกี่ยวกับเรื่องนี้เสียใหม่ และกอง-บรรณาธิการใคร่ขอเรียนว่า การที่วารสารกฎหมายปกครองได้นำกรณีร้องทุกข์ของนายศุภชัยฯ มาลงไว้ ก็เพื่อให้ท่านผู้อ่านได้ทราบถึงประโยชน์ของการจัดองค์กรในระบบร้องทุกข์ว่า หน่วย-งานบริหาร (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา) มิได้มุ่งแต่เฉพาะการแก้ปัญหาเฉพาะกรณีเป็น-ราย ๆ ไป แต่ความสำคัญของการจัดองค์กรของระบบสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง จะมุ่งการ-แก้ไขปัญหาระยะยาวเป็นหลักและเป็นเรื่องสำคัญ เพราะการแก้ไขปัญหาระยะยาวด้วยการวาง “บรรทัดฐานของคำวินิจฉัย” หรือด้วยการแก้ไขกฎหมายให้เหมาะสมนั้น จะเป็นการแก้ไขปัญหาที่ “ต้นเหตุ” ของปัญหา อันจะเป็นผลทำให้จัดปัญหาที่คล้ายคลึงกันในอนาคตไปได้เป็นจำนวนมาก- ดังนั้น จึงหวังว่า ท่านผู้อ่านคงจะเข้าใจ “ภาวะ” ของหน่วยงานบริหาร (สำนักงานคณะกรรมการ-กฤษฎีกา) ได้โดยแท้จริงยิ่งขึ้น

(2)

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ : มิติเดิมของกฎหมายไทย

ในหัวข้อที่แล้วมา บรรณาธิการได้กล่าวถึงหลักกฎหมายปกครอง-มิติใหม่ของกฎหมายไทย-ไปแล้ว ดังนั้น เพื่อให้ท่านผู้อ่านได้มีโอกาสพิจารณาถึงปัญหาสภาพพื้นฐานของนักกฎหมายไทย-ในด้านปรัชญากฎหมาย (เอกชน) ด้วยตัวของท่านผู้อ่านเองในบางเรื่อง วารสารกฎหมายปกครอง-จึงขอนำบทความที่เกี่ยวกับหลักกฎหมายแพ่ง (เอกชน) ว่าด้วยเรื่องสิทธิของบุตรที่ไม่ชอบด้วย-กฎหมายมาลงไว้ ณ ที่นี้

ท่านผู้อ่านอาจจะกำลังอยากทราบว่า การบังคับใช้ (law enforcement) บทบัญญัติแห่ง-ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นมิติเดิมของกฎหมายไทย (original dimension) เท่าที่-มีอยู่ในปัจจุบันนี้ในเรื่องต่าง ๆ ได้เป็นไปตามแนวทางของประเทศอื่น ๆ ในโลกหรือไม่

บทความเรื่อง “สิทธิของบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” เป็นบทความที่เจ้าหน้าที่ของสำนัก-งานคณะกรรมการกฤษฎีกา คือ คุณชัชววัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ คุณประสงค์ วินัยแพทย์ และ-คุณอัชพร จารุจินดา ได้ทำการเขียนร่วมกัน (หน้า 329) และบทความนี้เป็นบทความที่กอง-บรรณาธิการได้จัดทำขึ้น โดยมีความมุ่งหมายให้เป็นการค้นคว้าเพิ่มเติมจากบทความเรื่องเดียวกันนี้-ที่บรรณาธิการเองเคยเขียนไว้เองตั้งแต่ปี พ.ศ. 2512 (หมายเหตุ :- โปรดดูบทความเรื่อง “ความ-เป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายและความเป็นบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” โดย ดร.อมร จันทรสมบูรณ์-วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เล่ม 1 ตอนที่ 2 พ.ศ. 2511)

บทความใหม่นี้มีลักษณะเป็นบทความทางวิจัยเพื่อติดตามแนวความคิดของนักกฎหมายไทยหลังจากที่ได้มีบทความในเรื่องบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้มาแล้วเมื่อ 16 ปี โดยกลุ่มผู้เขียน (คุณชัยวัฒน์ ฯลฯ) ได้ทำการตรวจสอบแนวความคิดปัจจุบันของนักกฎหมายไทยในเรื่องเดียวกันนี้ จากตำราการสอนในระดับปริญญาตรีของมหาวิทยาลัยและตามที่ปรากฏจากคำพิพากษาของศาล (ที่มีอำนาจทางแพ่ง) ในระยะหลัง ๆ นี้

เพราะเหตุใด บทความใหม่นี้จึงมีความสำคัญในการศึกษาวิจัยนิติปรัชญา (ทางกฎหมาย เอกชน) ของนักกฎหมายไทย

ท่านผู้อ่านคงจำได้ว่า ในวารสารกฎหมายปกครองเล่มก่อนหน้านี กงบรรณธิการได้นำ “กรณีตัวอย่าง” เกี่ยวกับความหมายของคำว่า “ผู้เสียหายในคดีปกครอง” มาเปรียบเทียบกับความหมายของคำว่า “ผู้เสียหายนิตินัยในคดีอาญา” และบรรณธิการได้ให้ข้อสังเกตต่อท่านผู้อ่านไว้ว่า ความหมายของคำว่า “ผู้เสียหายนิตินัยในคดีอาญา” ที่วงการนิติศาสตร์ (ไทย) ได้ยอมรับกันมาเป็นบรรทัดฐานตามคำพิพากษาศาลก็ภูตังแต่ปี พ.ศ. 2479 จนถึงปัจจุบัน พ.ศ. 2528 (เป็นเวลา 50 ปี) นั้น เป็นการตีความที่มีได้มีแนวทางมาจากต่างประเทศใด ๆ ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นประเทศในระบบแองโกลแซกซอนหรือในระบบประมวลกฎหมาย

บทความเกี่ยวกับ “สิทธิของบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ที่บรรณธิการได้เขียนไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2512 นั้น บรรณธิการก็ได้เขียนขึ้นด้วยความสนใจในลักษณะเดียวกันกับปัญหาเรื่อง “ผู้เสียหายนิตินัยในคดีอาญา” นั่นเอง กล่าวคือ ในขณะนั้น บรรณธิการได้อ่าน “รายงานของสหประชาชาติเกี่ยวกับสิทธิของบุตรนอกสมรส” และพบว่า ในรายงานของสหประชาชาติที่จัดทำโดยผู้เชี่ยวชาญกฎหมาย (ชาวต่างประเทศ) ได้เขียนไว้มีความว่า ตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย “บุตรนอกสมรส” สามารถเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากบิดา (ตามธรรมชาติ) ได้ ซึ่งทำให้บรรณธิการฉงนเป็นอย่างยิ่งว่า เพราะเหตุใด ความเข้าใจของผู้เชี่ยวชาญของสหประชาชาติจึงขัดกับความเข้าใจของบรรณธิการเองและของนักกฎหมายไทยอย่างตรงกันข้าม และขัดแย้งขัดกับการสอนกฎหมายในเรื่องนี้ที่ทำกันอยู่ในคณะนิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัยต่าง ๆ ของไทยโดยสิ้นเชิง

ด้วยความอยากรู้ ทำให้บรรณธิการต้องทำการศึกษาค้นคว้าหลักกฎหมายของต่างประเทศในเรื่อง “สิทธิของบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” รวมทั้งตรวจสอบความเป็นมาในการยกวางบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวด้วยและในที่สุดก็ค้นพบว่า ตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 นี้ (อาจ) มีความหมายให้เข้าใจได้ว่าบุตรนอกสมรสมีสิทธิได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดูจากบิดา (ตามธรรมชาติ) ได้ และ

พบว่า หลักการในเรื่องสิทธิของบุตรนอกสมรสนี้ เป็นหลักการที่ประเทศที่พัฒนาแล้วได้ยอมรับกันมาไม่ต่ำกว่า 80-90 ปีแล้ว (ในขณะนั้น) ดังนั้น บรรณาธิการจึงได้เรียบเรียงและเขียนบทความขึ้นในปี พ.ศ. 2512 (หมายเหตุ :- เพื่อให้ท่านผู้อ่านได้เปรียบเทียบสาระของบทความเดิมและบทความใหม่ วารสารกฎหมายปกครองจึงได้นำบทความเดิมมาลงไว้ในวารสารกฎหมายปกครองนี้อีกครั้งหนึ่ง (หน้า 353) แต่ขอให้ท่านผู้อ่านโปรดระลึกว่า เลขหมายมาตราต่าง ๆ ตามที่ระบุไว้ในบทความเดิม จะเป็นเลขหมายตามมาตราเดิมของ ป.พ.พ.บรรพ 5 ก่อนมีการแก้ไข ป.พ.พ. ในปี พ.ศ. 2519 ทั้งสิ้น)

อันที่จริง ก่อนปี พ.ศ. 2519 คือขณะยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ซึ่งได้ประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2519 นั้น เจ้าหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้เสนอความเห็นเกี่ยวกับการปรับปรุงสิทธิของบุตรนอกสมรสนี้ต่อคณะกรรมการที่ทำหน้าที่พิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในขณะนั้นแล้ว เพื่อให้มีการแก้ไขถ้อยคำในบทบัญญัติต่าง ๆ ในเรื่องนี้เสียใหม่ให้ชัดเจนไปในทางหนึ่งทางใดว่า จะให้บุตรนอกสมรสมีสิทธิได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดูจากบิดา (ตามธรรมชาติ) หรือไม่ ทั้งนี้ โดยจะได้ไม่ต้องมีการตีความหรือใช้แนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาศาลฎีกาที่นักกฎหมายยึดถือกันมาตั้งแต่ พ.ศ. 2484 อีกต่อไป แต่อย่างไรก็ตามถ้อยคำในบทบัญญัติเรื่องนี้ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ฉบับใหม่ (พ.ศ. 2519) ก็มิได้รับการแก้ไขให้ชัดเจนขึ้นแต่อย่างใด และยิ่งกว่านั้น ถ้อยคำที่ใช้อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน กลับดูเหมือนว่าจะทำให้ปัญหาเกี่ยวกับ “สิทธิของบุตรนอกสมรส” ที่มีต่อบิดา (ตามธรรมชาติ) สลับซับซ้อนยิ่งขึ้น

ฉะนั้น ในปีนี้ (พ.ศ. 2528) วารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้จึงได้จัดทำบทความเกี่ยวกับสิทธิของบุตรนอกสมรสซ้ำอีกครั้งหนึ่ง เพื่อที่จะตรวจสอบ “แนวความคิดของนักกฎหมายไทย” ในเรื่องนี้สำหรับช่วงระยะเวลา 16 ปีที่ล่วงมาแล้ว โดยบรรณาธิการได้ขอให้ผู้รับภาระเขียนบทความใหม่นี้ทำการตรวจสอบวิวัฒนาการของกฎหมายต่างประเทศอีกครั้งหนึ่ง และตรวจสอบเปรียบเทียบกับ “คำบรรยายวิชากฎหมายครอบครัว” ที่สอนกันอยู่ในมหาวิทยาลัยทั่ว ๆ ไป ในปัจจุบันนี้ และตรวจดูคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับสิทธิของบุตรนอกสมรส โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องสิทธิของบุตรนอกสมรสในการเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากบิดา (ตามธรรมชาติ)

สิ่งที่ปรากฏจากบทความใหม่นี้ คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1230/2522 ได้วินิจฉัยว่าชายหญิงอยู่กันโดยเปิดเผยแต่ไม่จดทะเบียน มีบุตร 2 คน มีสูติบัตรของนายทะเบียน บุตรจะได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดูจากบิดาได้ต่อเมื่อมารดาต้องฟ้องให้บิดารับรองบุตรเสียก่อน และบุตรจะได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดูได้ต่อเมื่อมีคำพิพากษาถึงที่สุด และในคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและ

พาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวที่จัดพิมพ์ในปี พ.ศ. 2521 ได้อธิบายไว้ว่า “...บุตรนอกสมรส ไม่มีความสัมพันธ์อันใดกับบิดา”

บทความเรื่อง “สิทธิของบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ของคุณชัยวัฒน์-คุณประสงค์-คุณอัชพร จะให้ข้อเท็จจริงแก่ท่านผู้อ่านว่า กฎหมายของต่างประเทศ (ฝรั่งเศส เยอรมัน อังกฤษ) ได้เป็นไปตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยและตามคำบรรยายของมหาวิทยาลัยของไทยดังกล่าวหรือไม่

ท่านผู้อ่านที่รัก การที่ “บุตรนอกสมรส” ของไทยไม่สามารถเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากบิดา (ตามธรรมชาติ) ได้นั้น เป็นไปเพราะความผิดพลาดของการใช้ถ้อยคำในกฎหมาย หรือเพราะความผิดพลาดของการตีความโดยผู้พิพากษา หรือเพราะความผิดพลาดแม้แต่การสอนวิชากฎหมายครอบครัวในมหาวิทยาลัย หรือเพราะคนไทยเราไม่ต้องการให้บุตรนอกสมรสได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดูจากบิดา (ตามธรรมชาติ) คำถามนี้คงเป็นคำถามที่เราทั้งหลายคงต้องถามตัวเองกันอยู่ตลอดไป

ในหลัก “กฎหมายครอบครัว” อะไรคือ legitimation (การทำให้เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย) อะไรคือ acknowledgement หรือ recognition (การรับรองบุตร) และอะไรคือการก่อตั้งความเป็นบิดามารดากับบุตร (affiliation) สิ่งเหล่านี้เป็นที่สอนหรือเข้าใจกันเป็นสามัญในระหว่างนักกฎหมายไทยหรือในการสอนระดับปริญญาตรีของประเทศไทยแล้วหรือยัง แต่วารสารกฎหมายปกครองขอเรียนต่อท่านผู้อ่านว่า สิ่งเหล่านี้อยู่ในตำราการสอนในระดับปริญญาตรีของต่างประเทศมาแล้ว นับเป็นร้อยปี

ในบทความเรื่องนี้ ผู้เขียนได้อ้างอิงไว้ว่า “...พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้เคยพระราชทานความเห็นเมื่อ พ.ศ. 2456 ไว้ว่า...ระบบการมีภริยาได้หลายคนนั้นไม่ได้ขัดกับศีลธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณีในประเทศไทย...เมื่อเห็นว่าระบบผัวเดียวเมียเดียวดีกว่าในแง่ให้ความสำคัญแก่ฐานะสตรีมากขึ้น แต่ถ้ากฎหมายเปลี่ยนไปเช่นนี้ ก็ควรมีวิธีการมีให้บุตรที่เกิดจากภริยาน้อยต้องเดือดร้อนควรต้องให้มีระบบกึ่งบังคับให้ต้องรับเลี้ยงดูเด็กเหล่านั้น...มิฉะนั้นบิดาตามธรรมชาติจะหนีหายไปไม่ดูแลบุตรของตน”

นักกฎหมายของไทยเราเอง เป็นสาเหตุของการ “ทำให้บิดาตามธรรมชาติหนีหายไปไม่ดูแลบุตรของตนใช่หรือไม่” (?)

วารสารกฎหมายปกครองจึงขอเสนอบทความเกี่ยวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นมรดกของกฎหมายไทย มาเพื่อที่ท่านผู้อ่านและนักบริหารจะได้ช่วยกันพิจารณาและให้คำตอบแก่ตัวของตนเอง แต่สิ่งที่วารสารกฎหมายปกครองจะขอยืนยันไว้ก็คือ ปัญหาเกี่ยวกับ

การบังคับใช้กฎหมาย (law enforcement) สำหรับกฎหมายแพ่ง (เอกชน) สำหรับประเทศไทย ก็ยังมีอยู่อีกมาก มิใช่จะมีแต่เรื่อง “สิทธิของบุตรนอกสมรส” เพียงเรื่องเดียว และนอกเหนือไปจาก “คดีแพ่ง” เหล่านี้แล้ว ก็ยังคงจะมี “คดีอาญา” “คดีปกครอง” “คดีแรงงาน” ฯลฯ (หรือ อาจจะมี “คดีภาษี” ที่จะตามมาอีกในอนาคต!)

(3)

บทความทางวิชาการ

ในวารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้ ได้นำบทความทางวิชาการมาเสนอต่อท่านผู้อ่านรวม 3 เรื่องด้วยกัน คือ เรื่องแรกเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับ “กฎหมายปกครอง” ของต่างประเทศ และเป็นบทความที่แสดงให้เห็นถึงความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ต่างประเทศ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความแตกต่างของระบบกฎหมายและการจัดรูปแบบขององค์กรที่ใช้อยู่ในประเทศคอมมอนลอว์ (อังกฤษ) กับระบบฯ ของประเทศฝรั่งเศส (ซึ่งเป็นประเทศต้นแบบของหลักกฎหมายปกครองของประเทศกลุ่มซีวิลลอว์) บทความนั้นคือ “กฎหมายปกครองตามทัศนะของอังกฤษ (ต่อ)” โดยคุณชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนคานต์ เรื่องที่สองเป็นเรื่องของไทยเราเองคือเรื่อง “อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย” โดยคุณชาญชัย แสวงศักดิ์ กับเจ้าหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ส่วนเรื่องที่สามเป็นเรื่องการให้ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน โดยคุณยุกต สาระสมบัติ ซึ่งเป็นบทความที่ผู้เขียนในฐานะผู้อ่านได้ส่งมายังวารสารกฎหมายปกครอง

บทความเรื่อง “กฎหมายปกครองตามทัศนะของอังกฤษ (ต่อ)” ของคุณชัยวัฒน์ฯ ได้นำมาลงในวารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้เป็นตอนที่ 3 โดยลงต่อจากวารสาร 2 เล่มก่อน บทความของคุณชัยวัฒน์ ตอนที่ 3 นี้ เป็นบทความที่ย่อบทวิจารณ์ที่นักกฎหมายที่มีชื่อของอังกฤษเองได้ทำการวิจารณ์หนังสือของ Dicey

กองบรรณาธิการหวังว่า ท่านผู้อ่านคงจำได้ว่า Dicey เป็นนักกฎหมายมหาชน ซึ่งมีชื่อเสียงมากในปลายศตวรรษที่ 19 และได้เขียนหนังสือที่มีการกล่าวขวัญกันมากที่สุดคือ The Introduction to the Study of the Law of the Constitution (ค.ศ. 1885-พ.ศ. 2428) และหลักนิติธรรม (the Rule of law) ที่ปรากฏในหนังสือของ Dicey ได้เป็นเรื่องที่นักกฎหมายไทยจำนวนหนึ่งชอบนำมากล่าวขวัญถึงบ่อย ๆ ทั้ง ๆ ที่หลาย ๆ ท่านเหล่านั้นอาจจะยังไม่ได้อ่านหนังสือของ Dicey ซึ่งในเรื่องนี้ คุณชัยวัฒน์ฯ ได้คัดย่อสาระจากหนังสือของ Dicey ที่มีจำนวนประมาณ 500 หน้า มาเสนอต่อท่านผู้อ่านไว้แล้ว และได้นำลงไว้ในวารสารกฎหมายปกครองเล่มก่อนหน้า (เล่ม 3 ตอนที่ 1)

ในวารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้ คุณชัยวัฒน์ ได้ย่อบทของศาสตราจารย์ต่าง ๆ ที่มีชื่อเสียงของอังกฤษในศตวรรษที่ 20 ซึ่งวิจารณ์ความคิดเห็นของ Dicey ในปลายศตวรรษที่ 19 มาเสนอต่อท่านผู้อ่านถึง 5 ท่านด้วยกัน คือ

- C.J. Hamson ศาสตราจารย์วิชากฎหมายเปรียบเทียบแห่งมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์ หนังสือเรื่อง Executive Discretion and Judicial Control (ค.ศ. 1954-พ.ศ. 2497)
- E.C.S. Wade ศาสตราจารย์วิชากฎหมาย มหาวิทยาลัยเคมบริดจ์ หนังสือ Law of the Constitution (ค.ศ. 1959-พ.ศ. 2502)
- Sir Ivor Jennings หนังสือ The Law and the Constitution (ค.ศ. 1959-พ.ศ. 2502)
- W.A. Robson ศาสตราจารย์วิชารัฐประศาสนศาสตร์ มหาวิทยาลัยลอนดอน หนังสือ Law and Opinion in England in the 20th Century (ค.ศ. 1959-พ.ศ. 2502) และ
- H.W.R. Wade ศาสตราจารย์วิชากฎหมาย มหาวิทยาลัยอ็อกซ์ฟอร์ด หนังสือ Administrative Law (ค.ศ. 1961-พ.ศ. 2504)

วารสารกฎหมายปกครองคงไม่มีความจำเป็นต้องย่อสาระของข้อวิจารณ์ของท่านศาสตราจารย์ทางกฎหมายของอังกฤษทั้ง 5 ท่านดังกล่าวข้างต้นที่ปรากฏอยู่ในบทความของคุณชัยวัฒน์ มาลงไว้ในบทบรรณาธิการนี้อีก เนื่องจากคุณชัยวัฒน์ ได้เขียนไว้โดยสรุปสาระไว้แล้ว และข้อวิจารณ์ของท่านศาสตราจารย์เหล่านี้ ก็ย่อมเหมือนกับข้อวิจารณ์ทางกฎหมายของบรรดาศาสตราจารย์ที่ยิ่งใหญ่ทั้งหลาย กล่าวคือ เฉพาะท่านผู้อ่านที่มีพื้นฐานทาง “กฎหมายเปรียบเทียบ” หรือเคยศึกษาวิวัฒนาการของระบบศาลของต่างประเทศและระบบผู้พิพากษาของต่างประเทศมาบ้างแล้วเท่านั้น จึงจะ “อ่าน” ความคิดเห็นของท่านศาสตราจารย์ชาวอังกฤษเหล่านี้ได้

แต่สิ่งที่แน่นอนก็คือ บทวิจารณ์ของศาสตราจารย์ชาวอังกฤษฯ จะชี้ไปในแนวทางเดียวกัน คือ ความผิดพลาดในแนวความเห็นของ Dicey ได้มีผลกระทบต่อการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองของอังกฤษ และทำให้หลักกฎหมายปกครองของอังกฤษเริ่มต้นพัฒนาช้าเกินไปกว่าสภาพการขยายตัวของอำนาจหน้าที่ของรัฐในปัจจุบัน

ความคิดเห็นของ Dicey ก็ดี และความคิดเห็นของนักกฎหมายไทยที่อ้างอิงความคิดเห็นของ Dicey ก็ดี จะมีผลกระทบต่อการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองประเทศไทยเราหรือไม่ คงจะเป็นปัญหาที่วารสารกฎหมายปกครองปล่อยให้ท่านหาคำตอบเอาเอง แต่สิ่งที่กองบรรณาธิการอยากจะกล่าวไว้เพื่อเป็นข้อสังเกตก็คือ หนังสือต่าง ๆ ของศาสตราจารย์ชาวอังกฤษที่ได้ระบุชื่อไว้ดังกล่าวข้างต้นนั้น ได้เป็นหนังสือที่จัดพิมพ์อยู่ในระหว่างปี ค.ศ. 1954-1961 ซึ่งถ้าจะนับเวลาจากที่หนังสือเหล่านั้นได้จัดพิมพ์ขึ้นจนถึงปัจจุบันนี้ คือ ถึงเวลาที่วารสารกฎหมายปกครองเล่ม

นี้ได้ถ่ายทอดมายังท่านผู้อ่าน (พ.ศ. 2528) นั้น ก็จะเป็นเวลาประมาณ 25-30 ปี

วารสารกฎหมายปกครองขอรับผิดที่ถ่ายทอดมายังท่านผู้อ่านในประเทศไทยเข้าไป และวารสารกฎหมายปกครองอาจไม่สามารถบอกกับท่านผู้อ่านได้ว่า สภาพการศึกษาวิชานิติศาสตร์ ในมหาวิทยาลัยของไทยในปัจจุบันนี้ เมื่อเทียบกับมหาวิทยาลัยในประเทศอังกฤษแล้ว การสอนของเราอยู่ ณ ปีใดของประเทศอังกฤษ (หมายเหตุ :- ทั้งนี้ โดยยังไม่กล่าวถึงการสอนวิชานิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของประเทศในกลุ่มซิวิลลอร์)

ปัญหามีอยู่ว่า เมื่อใดนักศึกษาที่มีศักยภาพ (potential) ในมหาวิทยาลัยของไทย จึงจะมีโอกาสอ่านและเข้าถึง (access) “ตำรากฎหมายที่เขียนเป็นภาษาต่างประเทศ” ได้ ซึ่งตำราแต่ละเล่มเหล่านั้น ศาสตราจารย์ชาวต่างประเทศผู้เขียนได้ใช้เวลาศึกษาค้นคว้า เพื่อเขียนขึ้นนับเป็นเวลาเกือบตลอดชีวิตของแต่ละท่านเหล่านั้น หรือว่า นักศึกษาในมหาวิทยาลัยของไทยคงจะต้องอ่านแต่ตำรากฎหมาย (ภาษาไทย) ซึ่งจำนวนมากเป็นเพียงตำราที่คัดลอกหรือย่อกันมาตั้งแต่สมัยที่ประเทศไทยเริ่มมีการสอนวิชากฎหมาย

อนาคตของวิชานิติศาสตร์ของไทยจะเป็นอย่างไร ผู้ใดจะให้คำตอบได้ หรือว่ามหาวิทยาลัยของเรามีเป้าหมายแต่เพียงการสอนกฎหมายสำหรับผู้รับการศึกษาที่มีพื้นฐานเพียงเพื่อประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย ซึ่งอาจจะเหมาะสมสำหรับการเป็นทนายความ และเป็นทนายความสำหรับคดีที่เกิดขึ้นภายในประเทศไทยและใช้ “บรรทัดฐาน” จากคำพิพากษาของไทยเท่านั้น

บทความเรื่องที่ 2 ได้แก่ เรื่อง “อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย” เขียนโดย คุณชาญชัย แสวงศักดิ์ คุณวีรวัฒน์ จันทโชติ นางสาวเสริมครุณี กระสินธุ์ และนางสาวพิมพ์ใจ รื่นเริง ซึ่งเป็นข้าราชการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ชื่อเรื่องของบทความนี้ ดูเหมือนจะทำให้ท่านผู้อ่านเข้าใจไปว่า กฎหมายไทยของเรานั้น เคยได้รับการปฏิรูปมาแล้ว ดังนั้นกฎหมายไทยจึงน่าจะเป็นกฎหมายที่ทันสมัยทัดเทียมกับประเทศอื่น ความจริงเป็นเช่นนั้นหรือไม่

ในสาระของบทความนี้ เป็นบทความที่ผู้เขียนได้รวบรวมค้นคว้าวิวัฒนาการของระบบกฎหมายไทย ตั้งแต่สมัยดั้งเดิม (กรุงสุโขทัย ฯลฯ) ตลอดมาจนถึงการปฏิรูประบบกฎหมายไทยตามหลักของประเทศตะวันตกในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 และถึงสมัยต้นของการเปลี่ยนแปลงระบบการปกครองในปี พ.ศ. 2475 อาจกล่าวได้ว่า บทความนี้เป็นบทความที่ได้รวบรวมวิวัฒนาการของกฎหมายไทย ตลอดจนปัญหาในอดีตของบทกฎหมายไทย และการจัดองค์กรในกระบวนการยุติธรรมในสมัยก่อน ๆ โดยมีความสมบูรณ์ที่ดีที่สุดบทความ

หนึ่ง กล่าวคือ การเขียนเป็นไปโดยรวบรัดและครอบคลุมระยะเวลาในอดีตอันยาวนานได้อย่างรัดกุม ไม่เสียเวลาแก่ท่านผู้อ่านที่คิดว่าเวลาของท่านมีคุณค่าและอยากจะทราบประวัติศาสตร์ของกฎหมายไทยภายในระยะเวลาอันสั้น

นอกจากนั้น บทความนี้ได้กล่าวถึงการดำเนินการของทางราชการที่เกี่ยวกับ “การยกร่างประมวลกฎหมายต่าง ๆ” ของประเทศไทยและเกี่ยวกับปัญหาที่เกิดขึ้นในขณะยกร่างอย่างชัดเจน เช่น ปัญหาความขัดแย้งระหว่างการเลือกใช้ระบบคอมมอนลอว์แบบอังกฤษกับการใช้ระบบโค้ต (ประมวล) ซึ่งในเรื่องนี้ “ที่ปรึกษากฎหมาย” ของกระทรวงยุติธรรม นาย J. Steward Black ชาวอังกฤษมีความเห็นแตกต่างกับความเห็นของ “ที่ปรึกษาในการร่างกฎหมาย” (Conseiller Legislatif) คือ นาย Georges Padoux ซึ่งเป็นชาวฝรั่งเศส

บทความนี้ได้กล่าวไว้ว่า พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ได้ทรงเป็นผู้วินิจฉัยให้ประเทศไทยใช้ระบบโค้ต (ประมวล) ในการปฏิรูประบบกฎหมายของไทย ซึ่งกรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมในขณะนั้น (อาจ) ไม่ทรงเห็นด้วยบทความดังกล่าวได้กล่าวถึงข้อเท็จจริงว่า กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ไม่ทรงรับเป็นประธานคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายอาญา ตามที่นาย Padoux ทำรายงานถวายพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ในปี พ.ศ. 2447 ทั้ง ๆ ที่ในปี พ.ศ. 2446 (ร.ศ. 122) คือ ก่อนหน้าที่นาย Padoux ชาวฝรั่งเศสจะได้รับแต่งตั้งให้เป็น “ที่ปรึกษาในการร่างกฎหมาย” ของรัฐบาลไทยในปี พ.ศ. 2447 นั้น กรมหมื่นราชบุรีฯ ได้ทูลพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวว่า “...ความเห็นของข้าพระพุทธเจ้าเองนั้นออกจะรักโค้ต แต่ก็ทราบอยู่ว่าในสมัยนี้ โค้ตเป็นอันสำเร็จไปไม่ได้..การที่จะทำโค้ตนั้นยากยิ่งกว่าทำรถไฟสายเมืองเพชรบุรี...”

ตามรายงานที่กรมพระสวัสดิวัตน์วิเศษภูมถวายต่อพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 ได้มีข้อความว่า “การที่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเห็นว่าควรใช้ระบบกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายมากกว่า ทำให้กรมหมื่นราชบุรีฯ ไม่ทรงพอพระทัยและไม่ทรงเป็นธุระในการร่างประมวลกฎหมาย... ฯลฯ” และเจ้าพระยามหิธร (ลออ ไกรฤกษ์) ได้เล่าว่า “การที่กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์เสด็จยุโรปนั้น เป็นเพราะพระองค์ไม่พอพระทัยร่างกฎหมายอาญาที่นายปาดูร่างขึ้นและกรมหลวงดำรงราชานุภาพทรงเป็นประธานตรวจร่าง โดยกรมหมื่นราชบุรีฯ เห็นว่า กฎหมายอาญาฉบับนี้ร่างขึ้นตามพระราชประสงค์ของกรมหลวงดำรงราชานุภาพ ซึ่งเป็นนักปกครอง มิใช่ นักกฎหมาย”

วารสารกฎหมายปกครองเห็นว่า บทความเรื่อง “อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย” นี้ มิใช่เป็นเรื่องที่น่าสนใจของนักกฎหมายเท่านั้น แต่เป็นสิ่งที่น่าสนใจสำหรับนักประวัติ-

ศาสตร์อีกด้วย

บทความเรื่องที่ 3 ที่วารสารกฎหมายปกครองได้นำมาลง เป็นบทความที่เกี่ยวกับ “กฎหมายเฉพาะเรื่อง” คือกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน เรื่อง “ข้อสังเกตเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ปว.218” โดยคุณยงยุทธ สารสมบัติผู้เขียนเป็นทันตแพทย์และสำเร็จนิติศาสตร์บัณฑิตและเนติบัณฑิต ขณะนี้ดำรงตำแหน่งเป็นผู้อำนวยการกองนิติการสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข ผู้เขียน (คุณยงยุทธฯ) ได้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับ “ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ปว.218 (ฉบับที่...) พ.ศ....” ซึ่งคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการและระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้ง) ได้เป็นผู้ยกร่างขึ้นเสนอต่อคณะรัฐมนตรี ในการเขียน ผู้เขียนได้ยกประเด็นต่าง ๆ ไว้อย่างชัดเจน เช่น ปัญหาของการไม่ให้มีตำแหน่งผู้ช่วยระดับกรมและผู้ช่วยระดับกระทรวงปัญหาการมอบอำนาจช่วงของผู้ว่าราชการจังหวัดและปัญหาเกี่ยวกับฐานะของผู้ว่าราชการจังหวัดในการเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการฝ่ายอื่นที่มาปฏิบัติราชการในเขตจังหวัด ฯลฯ เป็นต้น

ข้อสังเกตเหล่านี้ ถ้าหากผู้ที่เกี่ยวข้องกับการตรากฎหมาย จะได้นำไปพิจารณา ก็จะเป็นประโยชน์อย่างมาก

(4)

สรุป

กองบรรณาธิการจะไม่ขอกว่าสรุปให้ยาวเกินไป เพราะดูเหมือนว่า บทความและคำวินิจฉัยทางปกครองซึ่งเป็น “กรณีตัวอย่าง” ในวารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้กำลังจะสร้างความหนักอกหนักใจให้แก่ผู้อ่านมากพออยู่แล้ว และท่านนักกฎหมายหรือนักบริหารหลายท่านคงนึกอยากจะเลิกรับหรือขว้างวารสารกฎหมายปกครองนี้ทิ้งไป แต่เรากองบรรณาธิการก็คงจะต้องขอร้องท่านไว้ก่อน เพราะหลักกฎหมายปกครอง-มิติใหม่ของกฎหมายไทย แม้จะเป็นเรื่องค่อนข้างเข้าใจยากในขั้นนี้ แต่ถ้าหากประเทศไทยประสบความสำเร็จในการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองแล้ว การปรับปรุงประสิทธิภาพของระบบบริหารราชการแผ่นดินก็ควรจะอยู่ไม่ไกลนัก

ในการวินิจฉัยหรือในการพิพากษา คงมิใช่เป็นเรื่องของการเล่นสำนวนโวหารหรือเป็นเรื่องของการใช้สามัญสำนึก (common sense) แต่การตีความกฎหมายที่ดี การให้ความเห็นทางกฎหมายที่ดี หรือการพิพากษาโดยศาลก็ดี เป็นเรื่องของการใช้ปรัชญากฎหมายในภาคปฏิบัติ

การวินิจฉัยปัญหากฎหมายคงมิใช่เป็นเรื่องที่พูดกันง่าย ๆ ว่า นี่เป็นเรื่องรัฐศาสตร์ มิใช่กฎหมาย หรือพูดว่านี่คือบทกฎหมาย ท่านจำต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้เพราะ “หลักรัฐศาสตร์” ที่

ผิดกฎหมายนั้นย่อมไม่สามารถยอมรับให้เป็นกฎเกณฑ์ของสังคมได้ และ “หลักกฎหมาย” ที่ไม่สามารถปรับตัวกับสภาพสังคมและไม่สามารถอธิบายได้ด้วยเหตุผลตามหลักตรรกวิทยา สิ่งนั้นก็สมควรเป็นกฎเกณฑ์ของสังคมเช่นเดียวกัน

ในขณะนี้ อาจจะเป็นการเร็วเกินไปที่จะพูดถึง “กฎหมายที่มีชีวิต (living law)” ในวงการนิติศาสตร์ของประเทศไทย “กฎหมายที่มีชีวิต” หมายถึงการที่สถาบันกฎหมายหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถบังคับใช้บทกฎหมายให้บังเกิดผลได้ แม้ว่าสภาพและปัญหาของสังคมจะเปลี่ยนแปลงต่อเนื่องกันไปโดยไม่หยุดยั้งและแม้ว่าสภาพหรือปัญหาของสังคมนั้น ๆ จะเป็นสภาพหรือปัญหา ที่บุคคลผู้ตรากฎหมายในอดีตจะไม่เคยประสบหรือคาดคิดมาก่อนเลยก็ตาม

การใช้ปรัชญากฎหมายในภาคปฏิบัติ เป็นเรื่องของการใช้หลักตรรกวิทยา (logic) เป็นเรื่องของ การมีประสบการณ์ เป็นเรื่องของความชำนาญในการมองปัญหาและเป็นเรื่องของ การมีความมุ่งหมายที่ดี

การเข้าเป็นผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาหรือเป็นกรรมการผู้วินิจฉัยชี้ขาด ที่ทำหน้าที่อยู่ในสถาบันทางกฎหมาย น่าจะมีใช่เป็นเรื่องของการสอบไล่ได้รับปริญญาบัตรชั้นสูงทางกฎหมายหรือสอบผ่านการศึกษาศึกษาจากสถาบันศึกษาทางกฎหมายใด ๆ แต่ควรเป็นเรื่องของความสำเร็จของบุคคล ที่ได้แสดงความเห็นของตนไว้ต่อสาธารณะ และความเห็นนั้น ๆ ได้ผ่านการพิสูจนและได้รับการยอมรับแล้วจากสังคม

ผู้ที่มีความจำอย่างยอดเยี่ยมในหนังสือตำราว่านี้ อาจจะเป็นผู้ที่ว่านี้ไม่เป็นฉันใดก็ฉันนั้น ผู้ที่มีความจำอย่างยอดเยี่ยมในตำรานิติปรัชญา อาจมีใช่เป็นผู้ที่มีความสามารถใช้ปรัชญากฎหมายในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่ดีก็ได้

กฎหมายปกครอง เป็นกฎหมายที่มีสาระ (substance) ของตนเองเป็นเอกเทศและความ เป็นเอกเทศนั้นเกิดขึ้นจาก รูปแบบ ของการจัดองค์กร คุณสมบัติ ของผู้พิพากษา (หรือกรรมการ) และ การกำหนดวิธีพิจารณา ในลักษณะของความเชี่ยวชาญ (specialization) และในลักษณะ ของการถ่วงดุลการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับต่าง ๆ อันจะเป็นการควบคุมตรวจสอบ พฤติกรรมของบุคคล (behaviour) ที่มีอยู่ตามหลักสังคมวิทยา (sociology) การจัดรูปแบบองค์กร และการกำหนดวิธีพิจารณาที่เหมาะสมจะทำให้ความบกพร่องหรือความไม่สุจริตใจที่ (อาจ) มีอยู่ในการใช้อำนาจชี้ขาดของนักกฎหมาย ซึ่งเป็นอำนาจของการใช้ “ดุลพินิจ” (ตามที่ตนเอง เห็นว่าถูกต้อง) และยากที่จะสร้างระบบความรับผิดชอบแก่ผู้ชี้ขาดได้นั้นกลายเป็นสิ่งที่อาจมองเห็นได้ (visible) และสามารถประเมินติดตามได้ทั้งภายในระบบราชการและโดยวงราชการภายนอก

ประเทศไทย อาจจำเป็นต้องใช้ระยะเวลาหนึ่งก่อนที่ “หลักกฎหมายปกครอง” จะก่อตัว (established) ขึ้นได้ แต่วารสารกฎหมายปกครองหวังว่า ประเทศไทยคงจะมีความสำเร็จในด้านนี้ได้

ก่อนที่จะจบบทบรรณาธิการนี้ กองบรรณาธิการขอกล่าวถึงเรื่องเล็ก ๆ น้อย ๆ ใน “ข่าวกฎหมาย” ของวารสารกฎหมายปกครองไว้ด้วย เรื่องที่เราได้นำมาลงไว้ คือ เรื่องเงินประจำตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของเยอรมันจาก “วารสารกฎหมายมหาชน” ของฝรั่งเศส ศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ประกาศเรียกร้องให้ยุติ “วิธีปฏิบัติของทางราชการ” ที่ยอมให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีสិทธิได้รับยกเว้นภาษีเงินได้มาแล้วเป็นเวลานาน ซึ่งต่อมาสภาผู้แทนราษฎรของสหพันธ์ฯ ก็ได้ตอบสนองข้อเรียกร้องของศาลรัฐธรรมนูญ โดยได้ตราบัญญัติขึ้นมาฉบับหนึ่ง มิให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้รับยกเว้นภาษีเงินได้อีกต่อไป แต่อย่างไรก็ตามก็คงไม่เป็นที่น่าประหลาดใจนักว่าโดยรัฐบัญญัติฉบับนั้นเอง สภาผู้แทนราษฎรก็ได้กำหนดเงินเดือนของตนให้สูงขึ้นด้วย (หมายเหตุ :- ศาลรัฐธรรมนูญหรือ Constitutional Court นี้ ตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยก็มีอยู่เช่นเดียวกัน แต่รัฐธรรมนูญของเรามีได้เรียกชื่อว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ” แต่ได้ใช้ชื่อว่า “ตุลาการรัฐธรรมนูญ”)

เรื่องเล็ก ๆ น้อย ๆ เรื่องที่สอง เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ “นิติกรรมทางปกครอง (administrative act)” ปัญหาในเรื่องนี้มีว่า คำสั่งของรัฐมนตรี (เกี่ยวกับการไม่อนุมัติให้ข้าราชการต่อเกษียณอายุ) ซึ่งรัฐมนตรีได้สั่งการไว้ล่วงหน้าเป็นการชั่วคราว โดยคำสั่งดังกล่าวจะยังไม่ผลใช้บังคับ (เพราะบทกฎหมายได้กำหนดไว้ว่า ในการต่ออายุราชการให้ผู้มีอำนาจสั่งการ พิจารณาสั่งการใน “วันที่ครบเกษียณอายุ”) จะถือว่าเป็น “นิติกรรมทางปกครอง (administrative act)” ที่อาจนำมาฟ้องต่อสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส (Conseil d’Etat) ได้หรือไม่ ในปัญหานี้ สภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสเห็นว่า การสั่งการของรัฐมนตรีดังกล่าวยอมเป็น “นิติกรรมทางปกครอง” แล้วแม้ว่าการสั่งการนั้นจะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ยังอยู่ภายใต้เงื่อนไขอันเป็นข้อเท็จจริง ที่ยังอาจมีการเปลี่ยนแปลงได้จนถึง “วันที่ครบเกษียณอายุ” ก็ตาม (หมายเหตุ :- คำว่า administrative act นี้ ผู้รวบรวมเรื่อง (คุณชาญชัยฯ) ยังคงใช้คำแปลว่า เป็น “การกระทำทางปกครอง” อยู่ มิได้ใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง”)

เรื่องเล็ก ๆ น้อย ๆ ดังกล่าวข้างต้น คงจะช่วยให้ท่านผู้อ่านมองเห็นถึง “ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครอง” ได้ชัดเจนยิ่งขึ้น เมื่ออ่านเปรียบเทียบกับ “กรณีตัวอย่าง” ที่ได้นำมาลงไว้ในวารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้

ถ้าหากท่านผู้อ่านได้อ่านบทบรรณาธิการนี้มาถึง ณ ที่นี้ได้ กองบรรณาธิการย่อมต้องขอขอบคุณท่านผู้อ่านเป็นอย่างยิ่ง เพราะเรากองบรรณาธิการเชื่อว่าท่านจะต้องเป็นผู้ที่สนใจ

กฎหมายปกครองอย่างแท้จริง เราเชื่อว่าวาระสารกฎหมายปกครองเล่มนี้ มิใช่เป็นเล่มที่อ่านเพื่อความบันเทิง หากแต่เป็นเล่มที่นำ “กฎหมายปกครอง (administrative law)” ที่แท้จริงและนำ “ปัญหาของการพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินของประเทศไทย” มาเสนอต่อท่านผู้อ่าน การสร้าง “หลักกฎหมายปกครอง” โดย case law เป็นมิติอันใหม่ของกฎหมายไทย และทฤษฎีกฎหมายปกครองในด้านสารบัญญัติ (substantive law) ทฤษฎีแรกที่วาระสารกฎหมายปกครองได้นำเข้าสู่วงการกฎหมายไทย คือ ทฤษฎีว่าด้วย “นิติกรรมทางปกครอง”

ขอขอบคุณ

กองบรรณาธิการ

กันยายน 2528