

# หลักกฎหมายมหาชน

Principles of Public Law

LW 101

บทที่ 2

การแบ่งประเภทของกฎหมายมหาชน

รองศาสตราจารย์ ดร.สุริชญา วัฒนรุ่ง

ภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

## บทที่ 2

### การแบ่งประเภทของกฎหมายมหาชน และกฎหมายเอกชน

#### 1. การแบ่งประเภทของกฎหมายมหาชน และกฎหมายเอกชน

การแบ่งประเภทกฎหมายมหาชนของศาสตราจารย์ทางกฎหมายมหาชนแต่ละท่านเป็นเพียงวิธีการแบ่งที่ประดิษฐ์ขึ้น เพื่อเหตุผลในทางการเรียนการสอนเป็นหลัก หรืออาจแบ่งด้วยเหตุผลเพื่อการจัดเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี เช่น การแบ่งประเภทของกฎหมายมหาชนในประเทศฝรั่งเศส การแบ่งดังกล่าวนอกจากเพื่อความสะดวกในด้านการเรียนการสอนแล้ว ยังเป็นการแบ่งเพราะได้รับอิทธิพลจากการแบ่งแยกเขตอำนาจศาลที่แยกออกเป็นศาลยุติธรรม และศาลปกครองอีกด้วย

##### 1.1 การแบ่งประเภทกฎหมายมหาชนตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศส

ศาสตราจารย์ André de LAUBADERE แห่งมหาวิทยาลัยปารีส 2 ได้กล่าวถึงการแบ่งสาขาของกฎหมายมหาชนว่า

"กฎหมายรัฐธรรมนูญ และกฎหมายปกครอง ไม่ได้กินความถึงกฎหมายมหาชนทั้งหมด เพราะเรายังอาจแยกกฎหมายมหาชนออกเป็นสาขาอื่น ๆ ได้อีก เช่น

กฎหมายการคลัง ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับองค์กร และการดำเนินงานของหน่วยงานด้านการคลังของรัฐ

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ LAUBADERE ยังกล่าวต่อไปอีกว่า นอกจากกฎหมายมหาชนภายในแล้วยังมีกฎหมายมหาชนระหว่างประเทศ ซึ่งว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐต่างประเทศอีกด้วย"

ศาสตราจารย์ Marie José GUEDON และ Louis IMBERT อาจารย์ผู้สอนกฎหมายมหาชนของมหาวิทยาลัยปารีส 1 กล่าวว่า

"กฎหมายมหาชน แบ่งออกเป็นกฎหมายมหาชนภายใน (droit public interne) และกฎหมายมหาชนระหว่างประเทศ (droit public international)

กฎหมายมหาชนภายใน คือ กฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดระเบียบภายในรัฐแบ่งออกเป็นสามสาขาใหญ่ ๆ คือ

- กฎหมายรัฐธรรมนูญ

- กฎหมายปกครอง

- กฎหมายการคลัง

กฎหมายมหาชนระหว่างประเทศ ได้แก่ กฎหมายที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์  
ระหว่างรัฐ

ศาสตราจารย์ DUGUIT ซึ่งเป็นศาสตราจารย์ผู้มีชื่อเสียงทางกฎหมาย  
มหาชนของฝรั่งเศส ได้ให้เหตุผลว่า "กฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาเป็นกฎหมายมหาชน เพราะ  
เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการดำเนินการทางด้านบริการสาธารณะทางความยุติธรรม หรือทางศาลของรัฐ"

สรุป แนวความคิดของฝรั่งเศสในการแบ่งประเภทของกฎหมายมหาชน และ  
กฎหมายเอกชนนั้น มีดังนี้

กฎหมายมหาชนภายใน ในคำราทางกฎหมายมหาชนทุกเล่มจะยอมรับตรง  
กันคือ กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง และกฎหมายการคลัง เป็นการแบ่งแบบคลาส-  
สิค แม้กฎหมายการคลังนักกฎหมายฝรั่งเศสระยะหลังมองต่อไปอีกว่า กฎหมายการคลัง หรือ  
การคลังสาธารณะน่าจะแยกเป็นวิชาแยกเทศต่างหาก

ส่วนกฎหมายมหาชนภายนอก ได้แก่ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดี  
เมือง

## 1.2 การแบ่งประเภทกฎหมายมหาชนตามแนวทางของประเทศเยอรมัน

ตามแนวทางของเยอรมัน ถือว่า กฎหมายมหาชน เป็นกฎหมายที่กำหนด  
สถานะ และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐ และระหว่างรัฐกับเอกชน หรือองค์กรมหาชนอื่น ๆ  
เยอรมันจึงได้แบ่งแยกสาขาย่อยดังนี้ คือ

1. กฎหมายรัฐธรรมนูญ
2. กฎหมายปกครอง
3. กฎหมายภาษี
4. กฎหมายอาญา
5. กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
6. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
7. กฎหมายวิธีพิจารณาภาคบังคับคดี
8. กฎหมายล้มละลาย
9. กฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครอง

10. กฎหมายศาสนจักร

11. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง

ส่วนกฎหมายเอกชนนั้นในเยอรมัน แบ่งเป็น กฎหมายแพ่ง และกฎหมายเอกชนเฉพาะสาขาได้แก่ กฎหมายพาณิชย์ กฎหมายหุ้นส่วนบริษัท กฎหมายตั๋วเงิน กฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายการแข่งขันทางการค้า และกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล แต่กฎหมายแรงงานนั้น ถือว่าเป็นกฎหมายเฉพาะที่ไม่ใช่ทั้งกฎหมายเอกชน และกฎหมายมหาชน

ประเทศอื่น ๆ ในยุโรป ที่ยึดตามแนวทางการแบ่งประเภทสาขาย่อยของเยอรมัน เช่น สวิตเซอร์แลนด์ อิตาลี สเปน ออสเตรีย

ส่วนเบลเยียม และเนเธอร์แลนด์ ยึดตามแนวฝรั่งเศส โดยเนเธอร์แลนด์ ถือว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และกฎหมายล้มละลายเป็นกฎหมายเอกชน

ในประเทศฝรั่งเศสถือว่า กฎหมายอาญาก็ดี กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็ดี กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็ดี ล้วนเป็นกฎหมายเอกชนทั้งสิ้น โดยมีเหตุผล 3 ประการคือ *ประการแรก* กฎหมายต่างๆข้างต้นนี้จะมีนักกฎหมายผู้เชี่ยวชาญ อันได้แก่ นักกฎหมายเอกชน *ประการที่สอง* คดีเหล่านี้ขึ้นศาลยุติธรรมซึ่งใช้กฎหมายเอกชน และ*ประการสุดท้าย* แม้กฎหมายเหล่านี้จะมีอำนาจรัฐเข้าไปเกี่ยวข้อง เช่น ในกฎหมายอาญา แม้ว่าจะมีการจับกุมผู้กระทำความผิดโดยตำรวจ ไล่สวนและฟ้องคดีโดยอัยการ พิเคราะห์โดยศาล ซึ่งล้วนเป็นองค์กรของรัฐในกระบวนการยุติธรรมก็ตาม แต่นักกฎหมายฝรั่งเศสก็ยังถือว่าเป็นกฎหมายเอกชน เพราะความผิดอาญาส่วนใหญ่กำหนดขึ้นเพื่อรักษาความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อกัน (เช่น ไม่ให้เอกชนลักทรัพย์กัน ฆ่ากัน) ส่วน รัฐเป็นผู้รักษาตึกเท่านั้น ไม่ใช่กฎหมายที่กำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนโดยตรง นอกจากนี้ การยอมให้ผู้เสียหายเข้าร่วมฟ้องคดีได้ก็ดี การกำหนดความผิดอันยอมความได้ไว้ก็ดี เหล่านี้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในฝรั่งเศส เบลเยียม เนเธอร์แลนด์ ก็มีลักษณะเหตุผลคล้ายคลึงกันนี้

แต่น่าสังเกตว่า ในเยอรมันกลับถือว่ากฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา วิธีพิจารณาความแพ่ง การบังคับคดี กฎหมายล้มละลาย ล้วนเป็นกฎหมายมหาชนโดยสภาพ แต่ไม่ใช่กฎหมายมหาชนในทางวิชาการที่สอนในมหาวิทยาลัย ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะเยอรมันพิจารณาว่ากฎหมายเหล่านี้ แม้ส่วนใหญ่จะเกี่ยวกับการบังคับตามสิทธิหน้าที่ของเอกชน แต่ก็เป็นการใช้อำนาจรัฐแบบรวมศูนย์ ผ่านกระบวนการ ขั้นตอน และองค์กรที่รัฐกำหนดในกฎหมาย ซึ่งทำให้โดยสภาพกฎหมายเหล่านี้เป็นกฎหมายมหาชน

ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ มีความเห็นว่าวิธีการมองปัญหาแบบฝรั่งเศสน่าจะเหมาะสมสำหรับประเทศไทยมากกว่า ด้วยเหตุผลดังนี้ :-

**ประการแรก** ถ้าเราถือตามคติเยอรมัน ก็แทบจะไม่มีกฎหมายใดเลยที่ไม่ใช่กฎหมายมหาชน เพราะกฎหมายทุกฉบับ (ถ้าเป็นลายลักษณ์) หรือหลักกฎหมายทุกหลัก (ถ้าเป็นจารีตประเพณีหรืออื่น ๆ) ล้วนแล้วแต่ต้องมาจากรัฐหรือต้องผ่านองค์การของรัฐทั้งสิ้น (เช่น การจะถือว่าจารีตประเพณีใดเป็นกฎหมาย ก็ต้องให้ศาลยอมรับเช่นนั้นและบังคับได้) และยิ่งในรัฐสมัยใหม่ด้วยแล้ว การบังคับตามกฎหมายทุกประเภท หากเกิดปัญหา ก็ต้องไปสิ้นสุดที่กระบวนการและองค์การของรัฐทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน เรื่อง ฆ่าคนตาย หรือการฟ้องร้องส่วนราชการ และเมื่อเป็นเช่นนั้น ก็จะกลายเป็นกฎหมายมหาชนไปหมด ซึ่งจะทำให้การแบ่งประเภทกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนหมดความจำเป็นไป

ในทางตรงกันข้าม เราต้องยอมรับว่าแม้จะมีรัฐหรือองค์การในกระบวนการยุติธรรมของรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องกับเรื่องเหล่านี้ก็จริง แต่เป็นการเข้ามาในฐานะที่ **รัฐผู้รักษากฎกติกา** หรือเป็นผู้รักษากฎเกณฑ์ของกฎหมายเท่านั้น รัฐไม่ได้เข้ามาเป็น **"คู่กรณีโดยตรง"** อย่างในคดีรัฐธรรมนูญ หรือคดีปกครอง หรือในการเก็บภาษีอากร ซึ่งเห็นได้ชัดว่าในสามกรณีหลังนี้ รัฐจะเป็นคู่กรณีโดยตรงในนิติสัมพันธ์เลยทีเดียว และรัฐก็อาจถูกดำเนินคดีได้ ทั้งที่รัฐเองเป็นผู้รักษากฎกติกาโดยการตัดสินใจเอง (โดยองค์การอิสระที่มีอำนาจตามหลักการแบ่งแยกการใช้ อำนาจอธิปไตยที่เราจะศึกษาต่อไป) กรณีจึงไม่อาจถือว่ากฎหมายปกครอง หรือกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายภาษีอากร เหมือนกับกฎหมายอาญา หรือเหมือนกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

**ประการที่สอง** การแบ่งแยกตามคติเยอรมันโดยถือเอาสภาพของเรื่องว่าเกี่ยวกับรัฐนั้นนำไปสู่ทวิภาวะ (duality) ของกฎหมาย คือ กฎหมายมหาชนโดยสภาพ (เช่น กฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความทั้งหลาย) กับกฎหมายมหาชนโดยการใช้ (เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ และกฎหมายปกครอง) ซึ่งจะนำไปสู่สภาพปัญหาหลายประการคือ กฎหมายมหาชนโดยสภาพหลายสาขาคงขึ้นศาลยุติธรรม (กฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา) และอีกหลายสาขาคงขึ้นศาลพิเศษ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ (ถ้าเป็นคดีรัฐธรรมนูญ) ศาลปกครอง (ถ้าเป็นคดีปกครอง) หากจะพูดง่าย ๆ ก็คือ ทั้ง ๆ ที่ต่างก็เป็นกฎหมายมหาชนด้วยกัน แต่กลับขึ้นศาลต่างกัน ใช้วิธีพิจารณาต่างกัน



แม้ในทางเทคนิคของกฎหมายก็จะเกิดวิภาวะขึ้นเช่นกัน กล่าวคือ ทั้ง ๆ ที่ต่างก็เป็นกฎหมายมหาชน แต่กฎหมายอาญาคงจะมีนิติวิธีในการศึกษา ในการใช้ และการตีความแตกต่างเป็นอย่างมากจากกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง หรือกฎหมายภาษีอากร ด้วยเหตุนี้ แม้ในการศึกษาในเยอรมันเอง ก็กลับหันมายึดแนวทางคล้ายคลึงกับของฝรั่งเศส คือ นักกฎหมายมหาชนก็จะศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง กฎหมายภาษีอากร หรือวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง และไม่ได้ศึกษากฎหมายอาญา หรือกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ทั้ง ๆ ที่ทั้งสองสาขานี้ต่างก็เป็นกฎหมายมหาชนโดยสภาพ)

ด้วยเหตุนี้ ในตำราเล่มนี้จึงยึดการแบ่งแยกประเภท และการแบ่งประเภทย่อยของกฎหมายมหาชนตามสภาพของนิติสัมพันธ์ที่รัฐหรือองค์กรของรัฐเป็นคู่กรณีโดยตรงซึ่งกฎหมายบังคับในฐานะที่กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่ทั้งให้อำนาจรัฐหรือองค์กรของรัฐพร้อมทั้งจำกัดอำนาจรัฐและองค์กรของรัฐไปด้วยในตัว ไม่ใช่ในฐานะที่เป็นผู้รักษากฎเกณฑ์ประการหนึ่ง ประกอบกับลักษณะเฉพาะของนิติวิธี เทคนิค การใช้และการตีความกฎหมายมหาชนที่แตกต่างจากกฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฯลฯ อีกประการหนึ่ง ดังจะเห็นได้ว่า ในคดีที่มีปัญหาว่ากฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมต้องส่งเรื่องไปให้ตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย และมีกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความของตุลาการรัฐธรรมนูญต่างหากจากวิธีพิจารณาความของศาลยุติธรรม หรือในปัญหาเกี่ยวกับคดีปกครอง ก็อาจไปร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ได้ เป็นต้น

นอกจากนั้น ประการสุดท้ายก็คือ ในทางวิชาการต้องยอมรับว่า กฎหมายมหาชนนั้นมีเนื้อหาต่างจากกฎหมายอาญา และกฎหมายวิธีพิจารณาความอื่น ๆ โดยสิ้นเชิง การแยกศึกษาจะทำให้สามารถสร้างนักกฎหมายมหาชนผู้เชี่ยวชาญเฉพาะขึ้นมาได้ ซึ่งจำเป็นมากสำหรับประเทศไทยในปัจจุบันที่มีลักษณะเป็นรัฐอำเภोज เพราะในขณะที่กฎหมายมหาชนยอมรับรัฐและอำนาจรัฐว่ามีอยู่เหนือเอกชนกฎหมายมหาชนก็ต้องจำกัดและควบคุมอำนาจนั้น โดยกระบวนการและหลักกฎหมายที่เราจะสร้างขึ้นได้ก็โดยนักกฎหมายมหาชนเท่านั้น ไม่ใช่ นักกฎหมายเอกชนปฏิฐานนิยม (positivist civil lawyer) ซึ่งเชี่ยวชาญแต่กฎหมายเอกชน และยอมรับกฎหมายทุกชนิดที่รัฐออกมาใช้บังคับ ทั้ง ๆ ที่กฎหมายเหล่านั้นหลายฉบับขัดต่อหลักและทฤษฎีของกฎหมายมหาชนโดยสิ้นเชิง

อนึ่ง เป็นที่น่าประหลาดใจว่า รัฐธรรมนูญซึ่งสอนกันในมหาวิทยาลัยว่าเป็นกฎหมายสูงสุดของแผ่นดินที่กฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้งมิได้ กลับมีความสูงสุดอยู่บนกระดาษและในห้องเรียนเท่านั้น เพราะไม่ปรากฏว่ามีคดีที่มีปัญหาว่า กฎหมายใดขัดหรือแย้ง

กับรัฐธรรมนูญส่งไปให้ตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสักก็คดีเท่าที่ศึกษาตั้งแต่ พ.ศ. 2489 มาจนถึง พ.ศ. 2534 ยังมีไม่ถึง 20 คดี ในขณะที่ประเทศประชาธิปไตยตะวันตกอย่างในฝรั่งเศส เยอรมัน อเมริกา คดีว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่ละปี มีเป็นร้อยคดี เราควรศึกษาวิจัยต่อไป ว่า ทำไมคดีที่มีปัญหาว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทยมีน้อย ? หรือเป็นเพราะผู้บัญญัติกฎหมายไทยเก่งและระมัดระวังมาก กฎหมายจึงไม่ขัดรัฐธรรมนูญเลย ? หรือเป็นเพราะรัฐธรรมนูญและกฎหมายมหาชนไม่สำคัญเท่ากฎหมายแพ่ง ? หรือเป็นเพราะนักกฎหมายไทยทั้งทนายความ อัยการ และศาล ล้วนเป็นนักกฎหมายเอกชน จึงไม่สนใจกฎหมายมหาชนที่จำกัดอำนาจรัฐ ? หรือเป็นเพราะคนไทยยอมรับอำนาจทุกชนิด ?

*อย่างน้อยที่สุดถ้ายึดถือแนวทางการแบ่งแยกประเภทกฎหมายมหาชนและเอกชนแบบฝรั่งเศส และมุ่งสร้างนักกฎหมายมหาชน หรืออย่างน้อยทำให้มีกฎหมายทั่วไปมีทัศนคติถูกต้องของกฎหมายมหาชน สภาพทั้งหลายก็อาจดีขึ้นสำหรับประเทศเป็นส่วนรวมก็ได้*

ถึงแม้จะยึดแนวทางการแบ่งแยกประเภทกฎหมายดังกล่าว เราก็ต้องเข้าใจว่า ยังมีกฎหมายอีกหลายสาขาที่คาบเกี่ยวอยู่ระหว่างเส้นแบ่งแยกของกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะกฎหมายสาขาใหม่ ๆ ทางเศรษฐกิจที่รัฐเข้ามาบทบาทมากขึ้นทุกที กล่าวคือ รัฐไม่ใช้รัฐผู้รักษาการ (Etat Gendarme) ระหว่างเอกชนกับเอกชนเมื่อเกิดปัญหาขึ้นขึ้นระหว่างเอกชนอีกต่อไป แต่รัฐลงไปแทรกแซงในนิติสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจโดยรัฐเข้าไปควบคุมกำกับ หรือลงมือตั้งแต่ต้น ทำให้รัฐกลายเป็นรัฐผู้ควบคุม หรือเป็นรัฐคู่กรณีไปกฎหมายทำนองนี้มีอยู่มาก เช่นกฎหมายแรงงาน ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นกฎหมายแพ่ง (สัญญาจ้างแรงงาน) แต่อีกส่วนหนึ่งเป็นการใช้อำนาจรัฐแทรกแซงโดยตรง (เช่น การระงับข้อพิพาทแรงงาน การกำหนดค่าจ้างขั้นต่ำ) หรือกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งส่วนหนึ่งก็เป็นเรื่องทางแพ่ง (ซื้อขาย เช่าซื้อ) แต่อีกส่วนหนึ่งรัฐก็ลงไปแทรกแซงในเรื่องการโฆษณา ในเรื่องสัญญาไม่เป็นธรรม หรือกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาสินค้า หรือกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่รัฐลงไปควบคุมไม่ให้เอกชนกระทำการอันไม่ชอบที่กระทบต่อราคาหรือการแข่งขันโดยเสรีในตลาดหรือกฎหมายประกันภัย *ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นสัญญาทางแพ่ง แต่ส่วนที่เป็นการควบคุมเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชนในฐานะที่รัฐเป็นผู้ควบคุม* เป็นต้น ตัวอย่างทำนองนี้ยังมีอีกมาก ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการค้า การธนาคาร การขนส่ง การโทรคมนาคม ฯลฯ ด้วยเหตุนี้ นักนิติศาสตร์หลายท่านจึงตั้งข้อสังเกตว่า การผสมผสานเหล่านี้เกิดจากแนวโน้มการเพิ่มขึ้นของบทบาทและการแทรกแซงของรัฐจนทำให้กฎหมายเอกชนกลายเป็นกฎหมายมหาชนไป

นักนิติศาสตร์บางคนไปไกลกว่านั้น โดยเสนอว่านอกจากการแบ่งแยกประเภทออกเป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนอย่างดั้งเดิมแล้ว น่าจะมีการแบ่งแยกประเภทสาขาที่สาม

ของกฎหมาย คือ กฎหมายผสม (droit mixte) ซึ่งแยกออกเป็นกฎหมายผู้กำหนดกฎหมายอื่น (droit regulateur) และกฎหมายวิชาชีพ (droit professionnel) ซึ่งเป็นข้อเสนอมใหม่ที่ยังไม่เป็นที่ยอมรับในทางนิติศาสตร์

### 1.3 แนวการแบ่งประเภทกฎหมายของประเทศไทย

การสอนกฎหมายของประเทศไทยในช่วงเริ่มแรกซึ่งมีการสอนกันในโรงเรียนกฎหมายของกระทรวงยุติธรรม โดยเสด็จในกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ได้มีการแบ่งกฎหมายออกเป็นกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญาและกฎหมายระหว่างประเทศ

ในสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งมีการปฏิรูประบบกฎหมาย ระบบศาล ระบบการปกครอง มีการออกกฎหมายเคาน์ซิลออฟสเตต ที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายมหาชน แต่เนื่องจากในยุคสมัยนั้นยังไม่รู้จักการแบ่งแยกเป็นกฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชน แต่ก็ต้องถือว่ามีการใช้หลักกฎหมายมหาชนในการปฏิรูปแล้วในสมัยรัชกาลที่ 5 เพียงแต่ว่ายังไม่เป็นที่รู้จักกันทั่วไปในขณะนั้น อาทิเช่น การเลิกทาส การจัดระเบียบการปกครองแบบใหม่ การจัดเก็บภาษี ฯลฯ ก็ต้องใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับหลักกฎหมายมหาชน เป็นต้น

ก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 ได้เริ่มมีการสอนกฎหมายมหาชน คือกฎหมายปกครอง โดยทำการเปิดสอนในโรงเรียนกฎหมายกระทรวงยุติธรรม ตั้งแต่ ปี พ.ศ. 2474 โดยมี ดร.ปรีดี พนมยงค์ (หลวงประดิษฐมนูธรรม) เป็นผู้บรรยาย

การเปิดสอนวิชานี้ได้ทำให้ความรู้ทางกฎหมายมหาชน เปิดกว้างออกไปอย่างมากมาย เพราะกฎหมายปกครองที่มีการสอนขึ้นนี้ มีลักษณะที่แตกต่างกับกฎหมายปกครองที่เข้าใจกันมาแต่ดั้งเดิม คือมิใช่เป็นเพียงกฎหมายว่าด้วยลักษณะการปกครองที่ (พ.ร.บ. ลักษณะปกครองท้องถิ่น 2457) หรือระเบียบการจะตั้งกระทรวง ทบวง กรม หรือการแบ่งส่วนราชการบริหารออกเป็น มณฑล จังหวัด อำเภอ หรือเป็นวิชาที่ว่าด้วยการสุขาภิบาล หรือการตำรวจเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อย เท่านั้น เพราะยังมีการอธิบายถึงการปกครองท้องถิ่นรูปแบบต่าง ๆ ทั้งมีการบรรยายให้ทราบถึงคดีปกครองและศาลปกครอง ซึ่งเรายังมิได้มีขึ้นในขณะนั้น<sup>2</sup>

ปลายรัชสมัยของรัชกาลที่ 6 ต้นรัชกาลที่ 7 มีนักกฎหมายชาวต่างชาติที่เข้ามาสอนกฎหมายในประเทศไทยมากขึ้น โดยได้แยกให้เห็นถึงแนวความคิดในการแบ่งแยก

<sup>1</sup> P.Roubier, Theorie Generale du Droit, [ Paris : Dalloz, 2 ed, 1951 ] สันไว้ใน บรรดาศักดิ์ สุวรรณโณ . กฎหมายมหาชน 2 . สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2539 . หน้า 32 .

<sup>2</sup> ไทโรจน์ ชีนาณ . สถาบันการเมือง และกฎหมายรัฐธรรมนูญ . โครงการตำราคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2527 หน้า (2).



ถึงรูปแบบต่าง ๆ ทั้งมีการบรรยายให้ทราบถึงคดีปกครองและศาลปกครอง ซึ่งเรายังมิได้มีขึ้น  
ในขณะนั้น<sup>1</sup>

ปลายรัชสมัยของรัชกาลที่ 6 ต้นรัชกาลที่ 7 มีนักกฎหมายชาวต่างชาติที่  
เข้ามาสอนกฎหมายในประเทศไทยมากขึ้น โดยได้แยกให้เห็นถึงแนวความคิดในการแบ่งแยก  
สาขากฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชน หรือสิทธิตามกฎหมายแพ่ง และสิทธิ  
มหาชน กับ กฎหมายคอนสติติวชัน ซึ่งในขณะนั้นยังไม่ค่อยเป็นที่รู้จักกันเท่าใดนักเนื่องจาก  
ประเทศไทยยังปกครองอยู่ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และยังไม่มียุทธวิธีใช้ในการปก  
ครองประเทศ

หลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 ซึ่งเปลี่ยนจากการ  
ปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็นการปกครองในระบอบพระมหากษัตริย์ภาย  
ใต้รัฐธรรมนูญ ประเทศไทยจึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดิน  
สยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2475 การแบ่งแยก  
กฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชน จึงเริ่มเป็นที่รู้จักชัดเจนมากขึ้น และมีการสอนกฎหมาย  
มหาชน โดยเฉพาะกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง ในมหาวิทยาลัยต่าง ๆ

การสอนกฎหมายในระยะหลัง ๆ มีการแบ่งแยกประเภทกฎหมาย แต่ก็มีได้  
อธิบายเหตุผลในการจัดแบ่งเอาไว้ว่าเพราะเหตุใดถึงจัดแบ่งไว้เช่นนั้น ตัวอย่างเช่น

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้แยกสาขาย่อยในกฎหมายมหาชนไว้  
ดังนี้

1. กฎหมายรัฐธรรมนูญ
2. กฎหมายปกครอง
3. กฎหมายอาญา
4. กฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาลยุติธรรม
5. กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญา
6. กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง

การที่นักกฎหมายแต่ละท่านมีวิธีการแบ่งประเภทย่อยของกฎหมายมหาชนที่  
แตกต่างกันดังกล่าวข้างต้นนั้น ผู้เขียนเข้าใจว่าเป็นเพราะแต่ละท่านใช้เกณฑ์ในการแบ่งที่ไม่  
เหมือนกัน กล่าวคือ นักกฎหมายบางท่านอาจจะเห็นว่าสาขากฎหมายใดที่รัฐเข้ามามีบทบาท  
เกี่ยวข้องด้วยแล้วก็ถือว่าสาขากฎหมายนั้นเป็นกฎหมายมหาชนไปหมด ซึ่งความจริงแล้วไม่

<sup>1</sup> ไทโรจน์ ชัยนาม, สถาบันการเมือง และกฎหมายรัฐธรรมนูญ, โครงการตำราคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2527 หน้า (2).

สำหรับศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้อธิบายการแบ่งแยกประเภทกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนเอาไว้ว่า

การแบ่งแยกที่สำคัญและเก่าแก่ที่สุด คือ การแยกออกเป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน กฎหมายเอกชน หมายถึง กฎหมายที่บัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ในฐานะที่เท่าเทียมกัน ส่วนกฎหมายมหาชน หมายถึง กฎหมายที่บัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน หรือระหว่างเจ้าหน้าที่ หรือผู้ใช้อำนาจของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างองค์การของรัฐกับเอกชนในฐานะที่ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใช้ อำนาจปกครอง และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้อยู่ใต้อำนาจการปกครอง

การแยกกฎหมายเป็นกฎหมายมหาชนและเอกชน แยกมาตั้งแต่สมัยโรมันเป็นเวลายาว 2,000 กว่าปีมาแล้ว โดยติอองหรือประโยชน์เป็นมาตรฐานในการแบ่งแยก Ulpian ได้อธิบายเรื่องกฎหมายมหาชนและเอกชนไว้ว่า บทบัญญัติใดเกี่ยวกับกิจการส่วนรวมของบ้านเมืองโรมัน กฎหมายนั้นเป็นกฎหมายมหาชน แต่ถ้ากฎหมายใดมีบทบัญญัติเกี่ยวกับประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนแล้วก็เป็นกฎหมายเอกชน

อะไรเป็นประโยชน์ส่วนตัว อะไรเป็นประโยชน์ส่วนรวมเป็นสิ่งที่ชี้ขาดได้ยาก แต่เพื่อจะเป็นแนวทางแบ่งแยกกฎหมายใดเป็นกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชน มีข้อพิจารณาอยู่ 3 ประการ คือ

(1) **พิจารณาถึงกิจการที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย** นั้นว่าเป็นเรื่องของเอกชนหรือส่วนรวม ถ้าเป็นเรื่องผลประโยชน์ของส่วนรวม เช่น เรื่องการปกครองบ้านเมืองก็เป็นกฎหมายมหาชน ถ้าเป็นเรื่องกิจการส่วนตัวของเอกชนก็เป็นกฎหมายเอกชน

(2) **พิจารณาถึงผู้ถืออำนาจหรือผู้ทรงสิทธิ** คือ ตัวผู้ถือ (Subject) สิทธิหรืออำนาจนั้นว่าเป็นใคร ถ้าเป็นองค์การของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็เป็นกฎหมายมหาชน ถ้าเป็นบุคคลธรรมดาก็เป็นกฎหมายเอกชน

(3) **พิจารณาถึงสถานะหรือความสัมพันธ์ของบุคคลในกฎหมายนั้น** ถ้าเป็นความสัมพันธ์ซึ่งฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกฝ่ายหนึ่ง เช่น ในฐานะที่ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง อีกฝ่ายหนึ่งอยู่ใต้อำนาจปกครอง ความสัมพันธ์ที่อยู่ในลักษณะไม่เสมอภาคเช่นนี้ กฎหมายนั้นเป็นกฎหมายมหาชน แต่ถ้าความสัมพันธ์อยู่ในลักษณะเสมอภาค เช่น ระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขายก็เป็นกฎหมายเอกชน

ตัวอย่างกฎหมายมหาชนประเภทต่าง ๆ

1. กฎหมายรัฐธรรมนูญ
2. กฎหมายปกครอง

3. ประมวลกฎหมายอาญา
4. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
5. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
6. พระธรรมนูญศาลยุติธรรม
7. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง

**ตัวอย่างกฎหมายเอกชนประเภทต่าง ๆ**

1. กฎหมายแพ่งทั่วไป
2. กฎหมายแพ่งพิเศษ เช่น กฎหมายที่ดิน กฎหมายลิขสิทธิ์
3. กฎหมายพาณิชย์ เช่น หุ้นส่วนบริษัท ตัวเงิน ประกันภัย
4. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล<sup>1</sup>

มีข้อนำสังเกตว่า การแบ่งประเภทย่อยภายในกฎหมายมหาชนของนักนิติศาสตร์สองท่านนี้มีแนวโน้มคล้ายคลึงกับการแบ่งประเภทย่อยในกฎหมายมหาชนแนวของเยอรมันเพราะทั้ง ดร.หยุด แสงอุทัย และ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ทั้งสองท่านได้รับการศึกษาและจบปริญญาเอกจากประเทศเยอรมัน

สำหรับนักนิติศาสตร์ที่ได้รับอิทธิพล การแบ่งประเภทมาจากฝรั่งเศส ได้แก่

**ศาสตราจารย์ ไพโรจน์ ชัยนาม<sup>2</sup>** ซึ่งได้แบ่งแยกสาขาของกฎหมายมหาชนโดยอธิบายไว้ว่า

กฎหมายมหาชน แบ่งออกเป็น

1. **กฎหมายมหาชนภายใน** ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงความสัมพันธ์ หรือ ความเกี่ยวพันระหว่างรัฐกับพลเมืองของรัฐ โดยกำหนดฐานะของนิติบุคคลหรือสถาบันในกฎหมายมหาชนกับเอกชน

กฎหมายมหาชนภายใน แบ่งออกเป็น

- (1) กฎหมายรัฐธรรมนูญ
- (2) กฎหมายปกครอง

<sup>1</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, ความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์หรือกฎหมายต่าง ๆ หลักทั่วไป, เอกสารประกอบคำสอนปริญญาตรี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จัดพิมพ์โดยคณะกรรมการนิกศึกษาคณะนิติศาสตร์, ไม่ปรากฏสถานที่และปีพิมพ์, หน้า 47 - 48.

<sup>2</sup> ไพโรจน์ ชัยนาม, สถาบันการเมือง และกฎหมายรัฐธรรมนูญ, พ.ศ. 2527 หน้า 66 - 70

### (3) กฎหมายการคลัง

นอกจากกฎหมายทั้ง 3 สาขา คือ กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง และกฎหมายการคลัง ซึ่งเป็นที่รับรองกันทั่วไปและเป็นการแบ่งสาขากฎหมายแบบดั้งเดิมหรือแบบคลาสสิก

**2. กฎหมายมหาชนภายนอก หรือกฎหมายมหาชนระหว่างประเทศ** ซึ่งบัญญัติถึงความสัมพันธ์ หรือความเกี่ยวพันระหว่างรัฐต่อรัฐ

นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายมหาชนอีกสาขาหนึ่ง คือ **กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ** ซึ่งเป็นภาคของกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวกับขอบเขตด้านเศรษฐกิจ เป็นแขนงหรือสาขาของกฎหมายที่ยังใหม่อยู่ และการพัฒนาของกฎหมายนี้ผูกพันอยู่กับวิวัฒนาการแห่งการเข้าแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจ

แนวการแบ่งของนักกฎหมายรุ่นใหม่ ที่แบ่งกฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชน และเป็นที่ยอมรับ คือ ของ ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ซึ่งเป็นแนวการแบ่งเพื่อที่จะสร้างนักกฎหมายเชี่ยวชาญ สาขากฎหมายเอกชน และผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชน ให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น จึงขอยกคำอธิบายของ ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ มาไว้ ณ ที่นี้

#### การแยกสาขาย่อยในกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน<sup>1</sup>

เมื่อเราทราบเกณฑ์การแยกสาขาใหญ่ของกฎหมายเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนแล้ว เราต้องทราบต่อไปว่าในสองสาขานี้ มีการแยกสาขาย่อยของกฎหมายออกไปอย่างไรอีก

#### 1. การแยกสาขาย่อยในกฎหมายเอกชน

เมื่อกฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะและนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกัน สาขาย่อยของกฎหมายเอกชนจึงจำแนกได้ ดังนี้

##### 1.1 กฎหมายแพ่ง (civil law)

**กฎหมายแพ่ง (Jus civile)** คือ กฎหมายที่กำหนดสถานะและนิติสัมพันธ์ของบุคคลในฐานะเอกชนทั่วไป ซึ่งจะครอบคลุมสถานะ (บุคคล, ครอบครัว), ทรัพย์สิน (ทรัพย์, มรดก), และหนี้ (ป้อเกิดแห่งหนี้และผลแห่งหนี้)

<sup>1</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน 2, นิตยสาร พ.ศ.2537, หน้า 17-19.

พึงสังเกตว่า กฎหมายแพ่ง (jus civile) ในกฎหมายโรมันนั้นเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะและความสัมพันธ์ของบุคคลแต่ละคน อันต่างจากกฎหมายมหาชน (jus gentium) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้กับกลุ่มบุคคลที่เรียกว่าประชาชนเป็นส่วนรวม และนักกฎหมายโรมันให้ความสนใจศึกษาและพัฒนากฎหมายแพ่งอย่างยิ่งจนเกิดเป็นประมวลกฎหมายจัด-ตี-เขียน (Corpus Juris Civilis) และวงการนิติศาสตร์ในยุโรปตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 13 ก็ศึกษาและพัฒนากฎหมายแพ่งอย่างต่อเนื่องเรื่อยมาจนเกิดความสมบูรณ์สูงสุด และสามารถจัดทำเป็นประมวลกฎหมาย (code) ได้ โดยมีประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (code civil) ปี 1804 เป็นประมวลกฎหมายที่มีชื่อเสียงที่สุดของโลก และต่อมาก็มียประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (ปี 1900) ซึ่งเป็นฉบับที่สมบูรณ์ที่สุดตามมา ด้วยเหตุนี้เราจึงเรียกสกุลกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรปที่ใช้ประมวลว่า "สกุลกฎหมายแพ่ง" (civil law system) บ้าง สกุลกฎหมายโรมานอ - เยอรมันนิค (romano - germanique) บ้าง

### 1.2 กฎหมายพาณิชย์ (commercial law)

กฎหมายพาณิชย์เป็นสาขากฎหมายเอกชนที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนในฐานะที่เป็นผู้ผลิตและผู้จำหน่ายสินค้า เป็นปกติธุระและครอบคลุมตั้งแต่การตั้งองค์กรทางธุรกิจ (ห้างหุ้นส่วน บริษัท) การจัดหาทุน (fonds de commerce) การทำนิติกรรมทางพาณิชย์ (acte de commerce) เช่น ซื้อขาย เช่า รวมถึงกิจการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น การธนาคารพาณิชย์ การค้าหลักทรัพย์ ฯลฯ

พึงสังเกตว่า ในยุโรปกฎหมายพาณิชย์เป็นสาขาของกฎหมายเอกชนที่แยกจากกฎหมายเอกชนอย่างชัดเจนมาตั้งแต่โบราณกาล กล่าวคือ มีจารีตประเพณีทางการค้าของพ่อค้าวานิชทั้งหลายที่เรียกว่า lex mercantile เพื่อหลีกเลี่ยงการที่ต้องใช้กฎหมายจารีตประเพณีของท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่ง มีศาลของตนเองที่ประกอบด้วยบรรดาพ่อค้าทั้งหลาย (Juridictions Consulaires) ในฝรั่งเศสเองในรัชสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 คอลแบร์ (Colbert) ก็ได้ตรากฎหมายพาณิชย์สำคัญสองฉบับ คือ กฎหมายพาณิชย์ทางบก (ปี 1673) และกฎหมายพาณิชย์ทางทะเล (ปี 1681) แม้กระทั่งในการจัดทำประมวลกฎหมายในสมัยนโปเลียน นโปเลียนก็ได้ให้สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) แยกจัดทำประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Code de Commerce) ออกจากประมวลกฎหมายแพ่งเมื่อปี 1807 และมีการตั้งศาลพาณิชย์ (Tribunal de Commerce) เพื่อพิจารณาคดีระหว่างบรรดาพ่อค้าวานิชทั้งหลายมาจนถึงปัจจุบัน

กฎหมายพาณิชย์ประกอบด้วยกฎหมายย่อย ๆ อีก เช่น กฎหมายว่าด้วยการค้าทางทะเล (droit maritime) กฎหมายว่าด้วยการพาณิชย์ทางอากาศ (droit aerien) กฎหมายว่าด้วยงานฝีมือหัตถกรรม (droit artisanal) กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา



(droit intellectuel) กฎหมายว่าด้วยล้มละลาย (droit de la faillite) กฎหมายธนาคารพาณิชย์ (droit bancaire) และกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า (droit de la concurrence)

### 1.3 กฎหมายการเกษตร (droit rural)

ซึ่งเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยกิจกรรมทางการเกษตรเป็นส่วนใหญ่ และในฝรั่งเศสเพิ่งมีการจัดทำประมวลกฎหมายเพิ่มเติมจากกฎหมายแพ่งเมื่อปี 1955 นี้เอง เป็นกฎหมายเกี่ยวกับที่ดินเพื่อการเกษตร เกี่ยวกับแหล่งน้ำชลประทาน ปศุสัตว์ ฯลฯ

1.4 กฎหมายสังคม (droit social) ซึ่งประกอบด้วย กฎหมายแรงงาน (droit du travail) และ กฎหมายประกันสังคม (Securite Sociale)

### 1.5 กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Procedure Civile)

ซึ่งกำหนดเขตอำนาจศาลและการดำเนินกระบวนการพิจารณาตลอดจนการบังคับคดีทั้งหลายในคดีแพ่ง

### 1.6 กฎหมายอาญา (droit penal)

ได้แก่ กฎหมายที่กำหนดความผิดทางอาญาพื้นฐานที่สังคมเห็นว่าเป็นการกระทำที่ต้องลงโทษ การจัดทำประมวลกฎหมายอาญาเองก็เริ่มในฝรั่งเศสในยุคนโปเลียน (ปี 1810 ) เช่นกัน นอกจากกฎหมายอาญาแล้ว ก็ยังมีกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อาชญาวิทยา ทัณฑวิทยา และนิติเวชศาสตร์ด้วย

1.7 กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (droit international prive)

กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เป็นกฎหมายที่จะใช้ในการกำหนดความสัมพันธ์ทางแพ่งและทางพาณิชย์ในกรณีที่มีปัจจัยต่างชาติ (element d'extraneite) อยู่ เพื่อที่จะชี้ว่า เมื่อใดต้องใช้กฎหมายใด และศาลชาติใดตัดสินคดี

ในบรรดากฎหมายเอกชนนี้ ต้องถือว่ากฎหมายแพ่งเป็นกฎหมายเอกชนทั่วไป (droit prive general) ซึ่งไม่มีกฎหมายเอกชนอื่นกำหนดเรื่องใดไว้เป็นพิเศษก็ต้องใช้หลักกฎหมายแพ่ง หรือในหลายกรณีแม้จะมีกฎเกณฑ์พิเศษแล้ว แต่หลักทั่วไปก็ยังใช้หลักกฎหมายแพ่ง เช่น ในกฎหมายพาณิชย์ สัญญาซื้อขายระหว่างพ่อค้าถือว่าต้องใช้กฎหมายพาณิชย์ แต่หลักทั่วไปของสัญญาก็ต้องกลับไปใช้กฎหมายแพ่งนั่นเอง

## 2. การแยกสาขาย่อยในกฎหมายมหาชน<sup>1</sup>

เมื่อกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะ และ **นิติสัมพันธ์ของรัฐ** หรือหน่วยงานของรัฐระหว่างกัน หรือกับเอกชนแล้ว เราสามารถแยกประเภทของกฎหมายมหาชน (jus gentium - jus publicum) ออกเป็นอย่างน้อย 2 สาขาหลัก คือ

### 2.1 กฎหมายมหาชนภายใน (*droit public interne*)

กฎหมายมหาชนภายในนี้ เป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะและนิติสัมพันธ์ในรัฐ ซึ่งแยกเป็นสาขาย่อยได้ ดังนี้

**2.1.1 กฎหมายรัฐธรรมนูญ (*droit constitutionnel*)** กฎหมายรัฐธรรมนูญจะกำหนดการจัดอำนาจและองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในรัฐ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือกฎหมายรัฐธรรมนูญจะครอบคลุม การจัดองค์กร การดำเนินการ อำนาจหน้าที่และความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรดังกล่าวต่อกันและต่อประชาชน โดยปกติสาระของกฎหมายรัฐธรรมนูญจะปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ (constitution) เป็นหลัก แต่ยังมีกฎเกณฑ์อื่นที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษร หรือเป็นลายลักษณ์อักษรแต่ไม่ได้รวมอยู่ในรัฐธรรมนูญด้วย เช่น กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (lois organiques) ซึ่งขยายรัฐธรรมนูญในรายละเอียด อาทิ กฎหมายรัฐสภา กฎหมายเลือกตั้ง กฎหมายวิธีพิจารณาความของตุลาการรัฐธรรมนูญ เป็นต้น นอกจากนี้ กฎหมายรัฐธรรมนูญยังประกอบด้วยกฎเกณฑ์ที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติ (conventions) จารีตประเพณี (coutume) หรือแม้แต่คำพิพากษาของศาลในกฎหมายมหาชน อาทิ ตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือศาลปกครอง

**2.1.2 กฎหมายปกครอง (*droit administratif*)** กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่กำหนด **สถานะและความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครอง (administration) ของรัฐต่อกันและต่อประชาชน** จุดที่น่าสนใจและเป็นปัญหาทางทฤษฎีจุดแรกก็คือ การแบ่งแยกระหว่าง **ฝ่ายปกครอง (administration)** กับ **ฝ่ายการเมือง (autorité politique)** ซึ่งในหลายกรณีสถาบันหนึ่งหรือตำแหน่งหนึ่งอาจมีสองฐานะได้ เช่น รัฐมนตรีในฐานะฝ่ายการเมืองและในฐานะผู้บังคับบัญชาระดับสูงของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาทางวิชาการตามมาว่า ข้อสังเกตเบื้องต้น ณ จุดนี้คือว่า เราคงต้องใช้เกณฑ์ทางนิติสัมพันธ์เป็นเรื่องแยก กล่าวคือ ถ้าการกระทำเป็นเรื่องการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ซึ่งจะมีระบบการเมืองก็เป็นเรื่องของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ถ้าเป็นฝ่ายปกครองก็เป็นเรื่องของกฎหมายปกครอง ซึ่งเราจะได้ศึกษารายละเอียดต่อไปในเรื่องการแบ่งแยกระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายการเมือง

<sup>1</sup> บรรณาคัด ดุวรรณ ไชย, อ้างแล้ว, หน้า 20-24.

อย่างไรก็ดี ถ้ามีการควบคุมและตรวจสอบทางการเมืองโดยรัฐสภา หรือโดยวิธีอื่นแล้ว ก็ต้องถือว่ารัฐมนตรีกระทำในฐานะฝ่ายการเมือง แต่เมื่อใดรัฐมนตรีทำนิติกรรมทางปกครอง (acte administratif) อันเป็นการใช้อำนาจในฐานะผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกระทรวงนั้น ๆ เช่น การแต่งตั้งข้าราชการ การอนุมัติ อนุญาต ฯลฯ ก็ต้องถือว่ารัฐมนตรีเป็นฝ่ายปกครอง (administration) ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายและการควบคุมโดยศาล<sup>1</sup>

จากจุดนี้เราจะเห็นได้ว่า **กฎหมายปกครองจึงเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะ และการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง** ความสำคัญจึงอยู่ที่คำตอบว่าอะไรคือฝ่ายปกครองและอะไรคือการกระทำทางปกครอง ซึ่งเราจะได้ศึกษาโดยละเอียดต่อไป แต่ตรงจุดนี้มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ถ้าเป็นเรื่องสถานะ อำนาจ และกิจกรรม ตลอดจนนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครอง ซึ่งในกฎเกณฑ์พิเศษของกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะก็ไม่มีปัญหา เราเรียกกฎหมายปกครองในทำนองนี้ว่า กฎหมายทั่วไปของอำนาจมหาชน (droit commun de la puissance publique) ซึ่งจะมีกฎเกณฑ์ทั้งสารบัญญัติ และวิธีบัญญัติ แต่ดังที่ได้ทราบแล้วว่าในปัจจุบันฝ่ายปกครองเองก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเอกชน เช่น กฎหมายแพ่ง ภาษี กิจกรรมของรัฐวิสาหกิจก็ดี สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองก็ดี ในเรื่องนี้นักกฎหมายบางคนมีความเห็นว่าจะถือว่า กฎหมายทุกชนิดที่ใช้กับ**ฝ่ายปกครอง (administration)** เป็นกฎหมายปกครอง (ซึ่งรวมถึงกฎหมายแพ่งด้วย) แต่นักกฎหมายส่วนใหญ่ยังถือคติเดิมอยู่ว่า กฎหมายปกครองในฐานะกฎหมายมหาชนที่เป็นกฎหมายพิเศษแยกออกจากกฎหมายมหาชน และต้องขึ้นศาลปกครองต่างหาก ที่จะถือว่าเป็นกฎหมายอิสระออกจากกฎหมายแพ่ง เมื่อเป็นเช่นนี้ **ไม่ใช่กฎหมายทุกชนิดที่ใช้กับฝ่ายปกครองจะเป็นกฎหมายปกครอง (action administrative) ซึ่งต้องขึ้นศาลปกครอง** ถ้าถือตามความเห็นหลัง ซึ่งเป็นความเห็นส่วนใหญ่<sup>2</sup> เราก็ต้องถือว่ากิจกรรมของฝ่ายปกครองที่ใช้กฎหมายแพ่ง หรือใช้กฎหมายเอกชนอื่นบังคับ และต้องขึ้นศาลยุติธรรม **ไม่ใช่กฎหมายปกครอง** ถ้าเป็นเช่นนี้ความสำคัญของการดูว่า เมื่อใดจะใช้กฎหมายปกครองในฐานะกฎหมายมหาชนที่เป็นอิสระแยกจากกฎหมายเอกชน จึงไม่ได้อยู่ที่ว่าอะไรคือ**ฝ่ายปกครอง (administration)** เสียแล้ว แต่อยู่ที่ว่าอะไรคือ**กิจกรรมทางปกครอง (activite administrative)** ซึ่งต้องใช้**ระบบกฎหมายปกครอง (regime administratif)** ในฐานะที่เป็นระบบกฎหมายพิเศษ (regime exorbitant)

<sup>1</sup> อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายมหาชนบางคนเห็นว่า ปัญหานี้เป็นปัญหาทฤษฎีโดยแท้ มีความสำคัญทางปฏิบัติเพียง เพราะหากเกิดขึ้น เขกกันอำนาจนิติบัญญัติ รัฐมนตรีกระทำโดยมิชอบมาสู่ศาลปกครองได้ โดยไม่ต้องทราบว่าเป็นเรื่องกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง จะให้เป็นเรื่องกฎหมายมหาชนหรือไม่ ดู Maurice Duverger, elements de droit public, (Paris: PUF, 12 ed, 1985), p.22.

ถ้าพิจารณาโดยนัยหลังนี้ จะเห็นได้ว่ากฎหมายปกครองมีลักษณะพิเศษ มีกฎเกณฑ์ทางสารบัญญัติ ทางวิธีสบัญญัติ และมีศาลของตนเอง และกฎหมายปกครองในส่วนนี้ยังประกอบด้วยกฎหมายย่อย ๆ อย่างน้อย 2 ประการ คือ *กฎหมายปกครองทั่วไป (droit administratif general)* ซึ่งรวมกฎเกณฑ์เกี่ยวกับโครงสร้างทางปกครอง (ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น และราชการอิสระ) การกระทำทางปกครอง (นิติกรรมทางปกครอง สัญญาทางปกครอง) กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองดำเนินการ (บริการสาธารณะ คำรวจทางปกครอง) ความรับผิดชอบทางปกครอง และการควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง และ*กฎหมายปกครองพิเศษ (droit administratif special)* ซึ่งประกอบด้วย กฎหมายข้าราชการ (fonction publique) กฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินของแผ่นดิน (biens publiques) กฎหมายการโยธาสาธารณะ (travaux publics) ฯลฯ เป็นต้น

**2.1.3 กฎหมายการคลังและการภาษีอากร (droit financier et fiscal)** กฎหมายการคลังและการภาษีอากร เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการหารายได้เข้ารัฐ และหน่วยงานของรัฐ (เช่น ภาษีอากร กู้ยืม ฯลฯ) การจัดการทรัพย์สินที่เป็นเงินตราของรัฐ เช่น การเก็บรักษา การจัดทำบัญชี (droit budgetaire) และการใช้จ่ายเงินของรัฐโดยงบประมาณแต่ละปี (droit budgetaire)

อันที่จริงกฎหมายการคลังและการภาษีอากรนั้น อาจจัดเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายปกครองได้ เช่น ถ้าเป็นเรื่องการออกกฎหมายเก็บภาษี หรือการออกกฎหมายงบประมาณ ก็เป็นเรื่องกฎหมายรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าเป็นเรื่องการใช้จ่าย และการควบคุมการบัญชีและงบประมาณก็เป็นเรื่องกฎหมายปกครอง แต่เนื่องจากเรื่องดังกล่าวทั้งหมดนี้ มีความสลับซับซ้อนเชิงเศรษฐกิจอยู่มากประการหนึ่ง และมีกฎเกณฑ์พิเศษของตนเองมากพอสมควร ตลอดจนมีศาลพิเศษของตนเอง (ศาลการบัญชีหรือ Cour des Comptes หรือศาลวินัยงบประมาณ Cour de la discipline budgetaire ในฝรั่งเศส เป็นต้น) จึงนิยมแยกสาขาออกมาศึกษาเป็นพิเศษต่างหากจากกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง แต่นักนิติศาสตร์บางคนไปไกลกว่านั้น โดยถือว่ากฎหมายการคลังและภาษีอากรไม่ใช่สาขาหนึ่งในกฎหมายมหาชนธรรมดาเสียแล้ว แต่เป็นกฎหมายสาขาใหม่แยกโดยเด็ดขาดจากกฎหมายมหาชนเดิมโดยสิ้นเชิง เพราะกฎหมายการคลังและการภาษีอากรมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับสังคมศาสตร์อื่น เช่น เศรษฐศาสตร์ มากกว่ากับกฎหมายมหาชน<sup>1</sup> และในทางกลับกัน นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสบางคนเสนอว่า ควรจะใช้แนวคิดหลักในการใช้ประโยชน์สูงสุดจากทรัพย์สิน

<sup>1</sup>ดู P. - M<sup>e</sup> Gaudemet, Finances publiques, T I, (Paris : Montchrestien, 2 ed, 1974), p.6.

ของรัฐ (Utilisation optimale des deniers publics) เป็นแนวคิดพื้นฐานของกฎหมายปกครอง  
ด้วยซ้ำไป<sup>1</sup>

## 2.2 กฎหมายมหาชนระหว่างประเทศ (droit public international)

กฎหมายมหาชนระหว่างประเทศ หรือที่รู้จักกันในภาษาไทยว่า กฎหมาย  
ระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองนั้น แท้จริงแล้วเป็นกฎหมายมหาชน (droit des gens) สาขาหนึ่ง  
ซึ่งว่าด้วยกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับสถานะและความสัมพันธ์ระหว่างรัฐในฐานะอธิปไตยที่เท่าเทียมกัน  
ดังนั้น แนวความคิดพื้นฐานหลายแนวคิดต่างก็เป็นหลักเดียวกันทั้งในกฎหมายมหาชนภายใน  
และในกฎหมายมหาชนระหว่างประเทศ เช่น แนวความคิดเรื่องรัฐ องค์ประกอบของรัฐ สภาพ  
นิติบุคคลของรัฐ รูปของรัฐ ประมุขของรัฐ เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของรัฐ อำนาจอธิปไตย ฯลฯ  
ทฤษฎีหรือแนวคิดพื้นฐานเหล่านี้ เหมือนหรือคล้ายคลึงกันในกฎหมายทั้งสองสาขานี้มาก จน  
เกือบจะเรียกได้ว่าเป็นเรื่องเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ข้อแตกต่างที่สำคัญระหว่างกฎหมาย  
มหาชนภายในและกฎหมายมหาชนระหว่างประเทศอยู่ตรงสภาพบังคับ (sanction) ซึ่งใน  
กฎหมายมหาชนภายในนั้น รัฐแต่ผู้เดียวรวมศูนย์อำนาจการบังคับตามกฎหมายเอาไว้โดยมี  
องค์กรทั้งหลาย เช่น ตำรวจ อัยการ ศาลเป็นผู้บังคับตามกฎหมายมหาชนภายในและกฎหมาย  
เอกชน แต่ในกฎหมายมหาชนระหว่างประเทศนั้น ลักษณะของสภาพบังคับเป็นสภาพบังคับ  
แบบกระจายอำนาจ (sanction decentralisee) คือ แต่ละรัฐหรือหลายรัฐร่วมกันบังคับตาม  
กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งก็เป็นธรรมชาติของกฎหมายที่ไม่มีองค์กรกลางที่มีอำนาจรวมศูนย์  
สภาพบังคับไว้ที่เดียว เหมือนในอดีตที่ในระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศก็เคยผ่าน  
พัฒนาการที่สภาพบังคับรวมศูนย์ยังไม่เกิดขึ้น ดังที่จะได้ศึกษาต่อไปในประวัติและวิวัฒนาการ  
ของกฎหมายมหาชน

อย่างไรก็ตาม ณ จุดนี้ มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศมีความเกี่ยวข้องกับกิจกรรมและกฎหมายระหว่างประเทศมากขึ้น เพราะความ  
สะดวกในการคมนาคมและการค้าขายแลกเปลี่ยน อิทธิพลของกฎหมายภายในทั้งกฎหมาย  
มหาชน และกฎหมายเอกชน ก็เพิ่มมากขึ้นในการสร้างหลักกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>2</sup> ใน  
ทำนองกลับกัน กฎหมายระหว่างประเทศก็มีอิทธิพลมากขึ้นต่อกฎหมายภายในเช่นกัน โดยเฉพาะประเทศที่มีการรวมตัวกันในรูปเขตศุลกากรร่วม (common tariff) หรือประเทศที่เป็น

<sup>1</sup> C. Debbarh, Institutions et droits administratif, T 1, (Paris : PUF, 1976) . p. 78.

<sup>2</sup> สำหรับอิทธิพลของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสต่อกฎหมายปกครองขององค์กรระหว่างประเทศ

โปรดดู L.Neville Brown and J.F. GARNER, French Administrative Law, (London : Butterworths, 3 rd ed, 1983),  
pp.162-171. อ้างไว้ใน บรรดาศักดิ์ สุวรรณ ใจ : กฎหมายมหาชน 2, หน้า 24.



ตลาดร่วม (common market) อย่างประชาคมยุโรปในอดีต ซึ่งมีองค์กร คือ คณะมนตรี (Council) และกรรมาธิการ (Commission) ที่สามารถออกกฎเกณฑ์ในรูปแบบต่าง ๆ ให้มีผลใช้บังคับในประเทศภาคีได้เหนือกฎหมายของประเทศภาคีด้วยซ้ำไป ด้วยเหตุนี้จึงมีผู้ให้ข้อสังเกตว่า เรากำลังอยู่ในยุคของการทำให้กฎหมายภายในเป็นเรื่องระหว่างประเทศ (internalisation du droit interne) มากขึ้นทุกที<sup>1</sup>

## 2. ความหมายของกฎหมายรัฐธรรมนูญ และกฎหมายปกครอง

### ความหมายของกฎหมายรัฐธรรมนูญ

ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม ได้ให้ความหมายของ "กฎหมายรัฐธรรมนูญ" ว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่กล่าวกำหนด หรือวางระเบียบ "สถาบันการเมือง" คือการศึกษาสถาบันการเมืองในแง่หรือในด้านกฎหมาย ส่วน "รัฐธรรมนูญ" คือ ดัชนีกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ตามปกติได้มีการประกาศใช้อย่างเป็นทางการ เป็นกฎหมายที่กำหนดองค์การทางการเมืองของรัฐ<sup>2</sup>

กฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นคำที่กว้างกว่ารัฐธรรมนูญ เพราะครอบคลุมถึงตัวบทรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร และจารีตประเพณีของรัฐธรรมนูญที่เป็นที่รับรู้กันอย่างแน่นอนในทางปฏิบัติของรัฐสภาและของรัฐบาล (รัฐธรรมนูญจารีตประเพณี) รวมทั้งบทบัญญัติของกฎหมายทั้งหลายที่ออกมาโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ และที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการใช้รัฐธรรมนูญ เช่น กฎหมายว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ในประเทศที่มีพระมหากษัตริย์

กฎหมายรัฐธรรมนูญ (Constitutional Law) จึงเป็นกฎหมายสาขามหาชน (Public Law)

กฎหมายมหาชน หมายถึง กฎหมายที่ว่าด้วยความเกี่ยวพันระหว่างรัฐกับพลเมืองของรัฐ โดยรัฐหรือสังคมเป็นผู้ได้สิทธิหรือประโยชน์จากกฎหมายนั้น<sup>3</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนดุล ได้อธิบายไว้ว่า

"กฎหมายรัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการวางระเบียบการปกครองรัฐในทางการเมืองโดยกำหนดโครงสร้างของรัฐ ระบอบการปกครอง การใช้อำนาจ

<sup>1</sup> ดู Max Gounelle , เรื่องเดิม , หน้า 16.

<sup>2</sup> ไพโรจน์ ชัยนาม, สถาบันการเมือง และกฎหมายรัฐธรรมนูญ, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527 หน้า 77.

<sup>3</sup> วิมล เครืองาม,กฎหมายรัฐธรรมนูญ,สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, หน้า 29.

อธิปไตย และการดำเนินงานของสถาบันสูงสุดของรัฐที่ใช้อำนาจอธิปไตย กล่าวย่อ ๆ คือ กำหนดวิธีการปกครองหรือระบอบการเมืองของรัฐ<sup>1</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อธิบายไว้ว่า

“กฎหมายรัฐธรรมนูญ (*droit constitutionnel*) เป็นกฎหมายที่กำหนดการจัดอำนาจ และองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในรัฐ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือ กฎหมายรัฐธรรมนูญ จะครอบคลุม การจัดองค์กรการดำเนินการ อำนาจหน้าที่และความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรดังกล่าวต่อกันและต่อประชาชน

### ความหมายของกฎหมายปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล ได้ให้ความหมายของกฎหมายปกครองไว้ว่า “ เป็นกฎหมายที่วางหลักเกี่ยวกับการจัดระเบียบการปกครองรัฐในทางปกครอง หรือที่เรียกตามศัพท์กฎหมายปกครองของไทยว่า การจัดระเบียบราชการบริหาร รวมทั้งการวางระเบียบเกี่ยวกับกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่เรียกว่า “ บริการสาธารณะ” ซึ่งเพื่อปกครองจัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน กล่าวง่าย ๆ ก็คือ วางหลักเกี่ยวกับการจัดระเบียบฝ่ายปกครองและการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง รวมทั้งความเกี่ยวพันในทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน “

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ได้ให้ความหมายของกฎหมายปกครองไว้ว่า “ กฎหมายมหาชนเป็นกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการบริหารราชการ ( บริการสาธารณะ ) และกำหนดอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ราชการ “<sup>2</sup>

ศาสตราจารย์ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า “ กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะและความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครอง ( *administration* ) ของรัฐต่อกันและต่อประชาชน จุดที่น่าสนใจและเป็นปัญหาทางทฤษฎีจุดแรก ก็คือ การแบ่งแยกระหว่างฝ่ายปกครอง ( *administration* ) กับฝ่ายการเมือง ( *autorité politique* ) ซึ่งในหลายกรณี ผู้ดำรงตำแหน่งอาจมีหลายสถานะได้ เช่นรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายการเมืองและในฐานะผู้บังคับบัญชาระดับสูงของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาทางวิชาการตามมาว่า ถ้าเป็นฝ่ายการเมืองก็เป็นเรื่องกฎหมายรัฐธรรมนูญ ถ้าเป็นฝ่ายปกครองก็เป็นเรื่องของกฎหมายปกครอง กล่าวคือ เมื่อใดที่รัฐมนตรีกระทำการอันเป็นเรื่องการกระทำของรัฐบาล ( *acte de gouvernement* ) ซึ่งจะมีระบบคว

<sup>1</sup> ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2523 หน้า 4.

<sup>2</sup> ออมร จันทรมบูรณ์, “บทบรรณาธิการ”, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 1 ตอน 1, พ.ศ. 2525

คุมและตรวจสอบทางการเมืองโดยรัฐสภาหรือโดยวิธีอื่นแล้ว ก็ต้องถือว่ารัฐมนตรีกระทำใน  
ฐานะฝ่ายการเมือง<sup>1</sup>

แต่เมื่อได้รัฐมนตรีทำนิติกรรมทางปกครอง ( acte administratif ) อันเป็นการใช้อำนาจใน  
ฐานะผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกระทรวงนั้นๆ เช่น การแต่งตั้งข้าราชการ การอนุมัติ การอนุญาต  
 ฯลฯ ก็ต้องถือว่า รัฐมนตรีเป็นฝ่ายปกครอง ( administration ) ซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบ  
ด้วยกฎหมายและการควบคุมโดยศาล

จากจุดนี้ เราจะเห็นได้ว่า กฎหมายปกครองจึงเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะและการ  
กระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง..."

### ความเหมือนและความแตกต่างระหว่างกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า "...กฎหมายรัฐธรรมนูญมี  
ส่วนคล้ายกับกฎหมายปกครองที่ว่า ต่างก็เป็นกฎหมายมหาชน และวางระเบียบการปกครอง  
ของรัฐ แต่ก็ยังมีความแตกต่างกันอยู่นั่นเอง กล่าวคือ :-

1. ในด้านเนื้อหา กฎหมายรัฐธรรมนูญวางระเบียบการปกครองรัฐในระดับสูงและ  
กว้างขวางกว่ากฎหมายปกครอง เช่น กล่าวถึง การเข้าสู่อำนาจ การสิ้นอำนาจ  
และระเบียบเกี่ยวกับการบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ ในขณะที่  
กฎหมายปกครองวางระเบียบรัฐในทางปกครอง หรือในการบริหารราชการแผ่นดิน  
เท่านั้น โดยไม่เกี่ยวกับฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ ยิ่งกว่านั้น กฎหมายปก  
ครองเพ่งเล็งการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่เรียกว่า "บริการสาธารณะ" เป็น  
พิเศษ ในขณะที่กฎหมายรัฐธรรมนูญกำหนดเพียงว่า การให้บริการสาธารณะเป็น  
หน้าที่ของฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหาร ส่วนที่ว่าจะกำหนดรูปแบบและวิธีการจัด  
บริการสาธารณะอย่างไร เป็นเรื่องที่ต้องกำหนดในกฎหมายปกครองต่อไป
2. ในด้านความสัมพันธ์ระหว่างราษฎรกับรัฐ แม้กฎหมายรัฐธรรมนูญจะเป็ฯ  
กฎหมายมหาชนแต่แสดงความเกี่ยวพันระหว่างรัฐกับราษฎรเอาไว้ด้วย หากแต่  
เป็นรูปของกลุ่มราษฎรเป็นส่วนรวม ในขณะที่กฎหมายปกครองแสดงความเกี่ยว  
พันระหว่างราษฎรเป็นรายบุคคลกับรัฐ ทั้งนี้ เพราะฝ่ายปกครองมีความเกี่ยวพัน  
กับราษฎรเป็นรายบุคคลอยู่เป็นนิจ กฎหมายปกครองจึงต้องวางหลักเพื่อคุ้มครอง

<sup>1</sup> บรรพศักดิ์ อูวรรณ ไช , กฎหมายมหาชน 2 , หน้า 21 .

สิทธิและเสรีภาพของราษฎรในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายบริหารเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองบังคับเอาแก่ราษฎรตามใจชอบ

3. ในด้านฐานะของกฎหมาย เมื่อกฎหมายรัฐธรรมนูญกำหนดกฎเกณฑ์การปกครองประเทศเป็นส่วนรวมและในทุกด้าน ไม่ว่าจะส่วนที่เป็นรัฐประศาสนนโยบาย หรือ รัฐวิเทศนโยบาย กฎหมายรัฐธรรมนูญจึงมีความสำคัญมากกว่ากฎหมายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐธรรมนูญนั้น โดยทั่วไปแล้วถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ<sup>1</sup>

### 3. ความหมายของกฎหมายการคลังและการภาษีอากร

**กฎหมายการคลัง (Public Finance Law)** หมายถึง กฎหมายที่เกี่ยวกับการคลังของรัฐ โดยมุ่งศึกษาเกี่ยวกับหลักกฎหมายการคลังที่เกี่ยวกับการเงินการคลัง วิจัยงบประมาณ และระบบภาษีอากร หลักเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวกับการเงิน และการคลังที่องค์กรของรัฐ ได้แก่ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายนิติบัญญัติ ใช้เป็นเครื่องมือในการบริหารประเทศ

กฎหมายการคลัง จัดเป็นกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ (Public Economic Law) และเป็นกฎหมายมหาชนภายใน เพราะเป็นกฎเกณฑ์ทางเศรษฐกิจด้านการเงิน การคลัง การงบประมาณ และระบบภาษีอากร อันมีผลกระทบต่อสาธารณชนภายในประเทศโดยตรง

ศาสตราจารย์ Andre de LAUBADERE ได้ให้ความหมายว่า กฎหมายการคลัง เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับองค์กร และการดำเนินงานของหน่วยงานด้านการคลังของรัฐ

ดังนั้น เวลาเราพูดถึงกฎหมายมหาชน เรามักจะหมายถึง กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง และกฎหมายการคลัง เป็นหลัก เพราะเป็นสาขาใหญ่ที่เป็นลักษณะของกฎหมายมหาชนให้ชัด อันได้แก่ เพื่อสาธารณประโยชน์ และมีวิธีการหรือเทคนิคเฉพาะของตน ต่างไปจากกฎหมายเอกชน

ศาสตราจารย์กฎหมายฝรั่งเศส ที่สอนกฎหมายการคลัง บางท่าน เช่น ศาสตราจารย์ GAUDEMET เห็นว่ากฎหมายการคลังไม่น่าจะเป็นสาขาของกฎหมายมหาชน แต่เป็นวิชาเฉพาะอิสระต่างๆ เพราะเป็นกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับศาสตร์อื่น ๆ ทางสังคมอย่างมาก ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่า กฎหมายการคลังมีวิธีการเทคนิคเฉพาะของตน

<sup>1</sup> วิษณุ เครืองาม, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายมหาชนหน่วยที่ 3 : ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ : สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช , พ.ศ.2526 ), หน้า 106 - 107

และยังสามารถแยกออกได้เป็นกฎหมายภาษีอากร กฎหมายงบประมาณ กฎหมายบัญชี  
สาธารณะ (Comptabilite publique) ซึ่งแต่ละสาขาย่อย แนวโน้มที่จะเป็นอิสระมากขึ้นทุกวัน  
เพราะมีลักษณะเฉพาะของตนออกไป

กฎหมายการคลังจะมุ่งเน้นการทำความเข้าใจหลักกฎหมายที่สำคัญที่เกี่ยวข้อง  
พร้อมทั้งศึกษาศาสตร์อื่นในระดับพื้นฐานประกอบด้วย คือหลักเศรษฐศาสตร์ และการบริหาร  
ควบคู่กันไป กล่าวคือ

การศึกษาทางด้านกฎหมาย (Legal Approach) ได้แก่กฎหมายเกี่ยวกับการเงิน  
การคลัง และการงบประมาณที่สำคัญพร้อมด้วยระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ เช่น

(1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เฉพาะบางมาตราที่เกี่ยวข้อง  
กับการเงินการคลัง และการงบประมาณ ได้แก่ มาตรา 69, 87, 92-94, 169-172, 174-182,  
193(5), 218-221, 284, 312, 329 และ มาตรา 333

(2) พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5)  
พ.ศ. 2534

(3) พระราชบัญญัติเงินคงคลัง พ.ศ. 2491 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2534

(4) พระราชบัญญัติตัวเงินคลัง พ.ศ. 2487

(5) พระราชบัญญัติกำหนดอำนาจกระทรวงการคลังในการค้าประกัน

พ.ศ. 2510

(6) พระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินจากต่างประเทศ

พ.ศ. 2519

(7) พระราชบัญญัติกู้เงินเพื่อป้องกันประเทศ พ.ศ. 2519

(8) พระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินจากรัฐบาลต่างประเทศ เพื่อ  
จัดซื้อยุทธโศปกรณ์ทางทหาร พ.ศ. 2524

(9) พระราชบัญญัติการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2522

(10) พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังปรับโครงสร้างเงินกู้  
ต่างประเทศ. พ.ศ. 2528

(11) ประมวลรัฐฎการ พระราชบัญญัติ สรรพสามิต และพระราชบัญญัติ  
ศุลกากร

(12) ข้อบังคับ ระเบียบ และกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ได้ออกตามพระราชบัญญัติใน (2)  
และ (3)



**การศึกษาทางด้านเศรษฐกิจ (Economic Approach)** ศึกษาระดับพื้นฐานทาง เศรษฐศาสตร์จุลภาคและมหภาค ได้แก่ การคลังรัฐบาล เศรษฐศาสตร์ การภาษีอากร เศรษฐศาสตร์รัฐวิสาหกิจ เศรษฐกิจการคลัง นโยบายการคลัง โดยเน้นที่การคลังรัฐบาล (Public Finance) ประกอบด้วยงบประมาณแผ่นดิน รายจ่ายของรัฐบาล รายได้ของรัฐบาล และการก่อหนี้สาธารณะของรัฐบาล

**การศึกษาทางการบริหาร (Administration Approach)** โดยมุ่งเน้นที่การบริหารงบประมาณแผ่นดินทั้งภาครายจ่ายและรายได้โดยองค์กรของรัฐ (ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ) ที่มีหน้าที่และเกี่ยวข้องกับการใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน และเป็นผู้จัดเก็บรายได้ส่งคลังแผ่นดิน ส่วนหนึ่งจึงเป็นการศึกษาในเชิงบริหารองค์กรของรัฐ หรือรัฐประศาสนศาสตร์ (Public Administration)

### **กฎหมายภาษีอากร**

การจัดเก็บภาษีเป็นการหารายได้ของรัฐเพื่อที่รัฐจะได้นำไปเป็นค่าใช้จ่ายในการบริการสาธารณะ และ ในการพัฒนาประเทศด้านต่างๆ ดังนั้น กฎหมายภาษีอากรจึงเป็นกฎหมายมหาชน

รัฐสร้างสภาพบังคับให้แก่กฎหมายภาษีอากรด้วยการตราเป็นกฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในหลายระดับด้วยกัน กล่าวคือ

1. เจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่ในการประเมินภาษีและติดตามเรียกเก็บภาษี
2. คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในการประเมินภาษี ( เช่น คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามประมวลรัษฎากร , คณะกรรมการพิกัตอัตราศาลการ ฯลฯ เป็นต้น )
3. ผู้พิพากษาศาลภาษี ซึ่งทำหน้าที่พิจารณาและตัดสินคดีภาษีอากร