



# กฤษฎีกาสาร

ปีที่ ๑๐ ฉบับที่ ๖ สิงหาคม - กันยายน ๒๕๕๘

[www.krisdika.go.th](http://www.krisdika.go.th)



**การพิมพ์เอกสาร  
จากอุปกรณ์สมาร์ทโฟน  
หรือแท็บเล็ต**

**การร่างกฎหมาย  
และแบบของกฎหมาย**

**โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง  
: มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ  
และพัฒนาการล่าสุดในระบบกฎหมายไทย**



นายดิสทัต โทตระกิตย เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นประธานในพิธีเปิดการสัมมนาเพื่อเสริมสร้างความรู้เกี่ยวกับการร่างกฎหมายและแบบกฎหมาย จัดโดยฝ่ายวิเคราะห์การร่างกฎหมาย สำนักหลักนิติบัญญัติ โดยนายมีชัย ฤชุพันธุ์ ประธานกรรมการกฤษฎีกา คณะที่ ๑ เป็นวิทยากรบรรยายให้ความรู้ เมื่อวันที่ ๒๖ มิถุนายน ๒๕๕๘ ณ โรงแรมเดอะ สุกุศล กรุงเทพฯ การสัมมนา จัดขึ้นเพื่อให้บุคลากรของหน่วยงานที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกระบวนการด้านการจัดทำกฎหมายเกิดความเข้าใจในวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของแบบการร่างกฎหมายในแต่ละเรื่องให้เป็นแนวทางเดียวกัน และสามารถนำไปปฏิบัติงานได้อย่างถูกต้อง ทำให้การปฏิบัติงานด้านการร่างกฎหมายในขั้นตอนต่าง ๆ เป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ โดยจะได้รวบรวมข้อมูลและความคิดเห็นที่ได้จากการสัมมนา นำไปพิจารณาปรับปรุงเพื่อจัดทำคู่มือแบบการร่างกฎหมายที่สมบูรณ์ต่อไป



นายธรรมนิตย์ สุมนต์กุล รองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นประธานในพิธีเปิดการสัมมนา เรื่อง การกำหนดหลักกฎหมายการคลังและการงบประมาณในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส จัดโดยสถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน เมื่อวันที่ ๑๓ กรกฎาคม ๒๕๕๘ ณ ห้องประชุมปรีดี พนมยงค์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดย Prof.Frederique Rueda-Despouey ผู้เชี่ยวชาญจากมหาวิทยาลัย Montesquieu-Bordeaux 4 เป็นวิทยากรบรรยายให้ความรู้ และสัมมนาเรื่อง หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมหนี้สาธารณะ โดยนางภานุมาศ สิทธิเวคิน กรรมการร่างกฎหมายประจำ ร่วมเป็นวิทยากร เมื่อวันที่ ๑๔ กรกฎาคม ๒๕๕๘ ผู้เข้าร่วมสัมมนา ประกอบด้วย นักกฎหมายกฤษฎีกาของสำนักงานฯ ข้าราชการสายงานกฎหมายของส่วนราชการที่เกี่ยวข้ององค์กรอิสระ สถาบันอุดมศึกษา และสื่อมวลชน จำนวน ๑๙๘ คน

## บทบรรณาธิการ

วันเวลาช่างผ่านไปอย่างรวดเร็วจริง ๆ กฎษฎีกาสารฉบับนี้เป็นฉบับสุดท้ายของปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๘ สฎีปฏิบัติจึงขอนำเสนอเรื่องที่น่าสนใจและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งสำหรับนักร่างกฎหมายทุกท่าน คือเรื่อง “การร่างกฎหมายและแบบกฎหมาย” ซึ่งเป็นการรวบรวมข้อมูลและประสบการณ์อันทรงคุณค่ายิ่งของรองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา (นายธรรมนิตย สุมันตกุล) และเป็นการการ์นต์ไว้ในกฤษฎีกาสารฉบับนี้ว่า แม้ท่านจะเกษียณอายุราชการในเดือนกันยายน ๒๕๕๘ แต่กฤษฎีกาสารยังคงได้รับการสนับสนุนบทความและสาระดี ๆ จากท่านต่อไป กองบรรณาธิการจึงขอถือโอกาสนี้แสดงความขอบคุณในความเมตตาและความตั้งใจดีในการถ่ายทอดความรู้และประสบการณ์ อันเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่านทุกท่านผ่านทางกฤษฎีกาสารอย่างต่อเนื่องยาวนาน และขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ทั้งหลายได้โปรดดลบันดาลให้ท่านมีความสุขภาพแข็งแรง เจริญด้วยอายุ วรรณะ สุขะ พละ

สำหรับบทความเรื่อง โฆษะกรรมของคำสั่งทางปกครองฯ ต่อจากฉบับที่แล้วนั้น ในฉบับนี้จะกล่าวถึงผลของโฆษะกรรมคือการไม่มีผลบังคับในทางกฎหมาย ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อบุคคล องค์กรที่เกี่ยวข้องอย่างไร มีแนวทางปฏิบัติเป็นอย่างไร ติดตามได้เป็นประโยชน์ต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งในกรณีที่เป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครองและกรณีเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองที่อาจไม่เป็นธรรม เทคโนโลยีสารสนเทศฉบับนี้เสนอเรื่อง การพิมพ์เอกสารจากอุปกรณ์สมาร์ตโฟนและแท็บเล็ต เป็นประโยชน์ไม่เฉพาะต่อเจ้าหน้าที่ของสำนักงานฯ เท่านั้น แต่ผู้ใช้ทั่วไปจะได้ทราบวิธีการขั้นตอนในการสั่งพิมพ์จากอุปกรณ์สมาร์ตโฟนและแท็บเล็ต ในหลากหลายรูปแบบด้วย ปิดท้ายด้วย เกร็ดการร่างกฎหมายจากกรรมการร่างกฎหมายประจำ (นายปกรณ์ นิลประพันธ์) อธิบายถึงความแตกต่างของการใช้คำว่า “อาจ” กับ “จะ” ในการร่างกฎหมาย พบกันใหม่ ในกฤษฎีกาสารฉบับที่ ๑ ของปีงบประมาณ ๒๕๕๙ สวัสดี

บรรณาธิการ

บทความ ข้อความ หรือความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏในกฤษฎีกาสาร เป็นความคิดเห็นส่วนตัวของผู้เขียน ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

## สารบัญ

### เทคโนโลยีสารสนเทศ

๒ การพิมพ์เอกสารจากอุปกรณ์สมาร์ตโฟนหรือแท็บเล็ต

### บทความทางกฎหมาย

๔ โฆษะกรรมของคำสั่งทางปกครอง: มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบและพัฒนาการล่าสุดในระบบกฎหมายไทย (ต่อจากฉบับที่แล้ว)

### สฎีพิเศษ

๑๓ การร่างกฎหมายและแบบของกฎหมาย

### ความเห็นทางกฎหมาย

๒๕ ความเห็นทางกฎหมายที่น่าสนใจ

### เกร็ดการร่างกฎหมาย

ปกหลัง “อาจ” กับ “จะ”

## คณะผู้จัดทำ

### ที่ปรึกษา

นายคิสทัต โทตระกิตย

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

นายธรรมนิตย สุมันตกุล นายนิพนธ์ สะกิมิ

นายอภิมุข สุขประสิทธิ์ นางสาวจาวรอรณ เสงตะกุล

รองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

และกรรมการร่างกฎหมายประจำทุกท่าน

### บรรณาธิการ

ผู้ช่วยเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

### กองบรรณาธิการ

นางกรรณกนก ช่างกลึงเหมาะ นายนพดล เกร็ดฤกษ์

นายเชวง ไทยยิ่ง นางณัฐนันท์ อัครเลิศศักดิ์

นางพงษ์สวาท กายอรุณสุทธิ์ นางสาววันดี สุชาติกุลวิทย์

### ผู้ช่วยบรรณาธิการ

นางสาวพรเพ็ญ คำนุณวัฒน์ นางสาวรัชณี สังข์ทองงาม

นางเกลิณี แสงสุวรรณ นางชุตินา ใหญ่น้อย

นายนพดล เปลินเสวี

### จัดทำโดย

ส่วนช่วยอำนวยการและประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

เลขที่ ๑ ถนนพระอาทิตย์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ ๑๐๒๐๐

โทรศัพท์ ๐-๒๒๒๒-๐๒๖๙-๙ ต่อ ๑๒๐๕, ๑๖๔๐

โทรสาร ๐-๒๒๒๐-๗๖๓๙

www.krisdika.go.th, www.lawreform.go.th

# การพิมพ์เอกสาร จากอุปกรณ์สมาร์ทโฟน หรือแท็บเล็ต

ส่วนสารสนเทศ สำนักงานเลขาธิการ

โดยปกติแล้วบุคลากรในสำนักงานคณะกรรมการ  
กฤษฎีกามีคุ้นเคยกับการพิมพ์เอกสารจาก  
เครื่องคอมพิวเตอร์พีซี แต่หากมีเอกสารที่เก็บไว้ใน  
เครื่องโทรศัพท์สมาร์ทโฟน หรือแท็บเล็ต และต้องการจะ  
สั่งพิมพ์โดยไม่ต้องส่งไปยังเครื่องคอมพิวเตอร์พีซีก่อน  
จะอย่างไร วิธีการทำให้อุปกรณ์ที่กล่าวมาแล้วนั้น  
สามารถพิมพ์เอกสารได้มีขั้นตอน ดังนี้

๑. เชื่อมต่อสมาร์ทโฟน หรือแท็บเล็ต เข้ากับ WiFi  
ภายในของสำนักงานฯ ซึ่ง WiFi ของสำนักงานคณะ  
กรรมการกฤษฎีกาใช้ชื่อ APK

๒. ตรวจสอบดูว่าเครื่องพิมพ์ที่ใช้อยู่เป็นเครื่อง  
พิมพ์ที่ต่อเข้ากับเน็ตเวิร์ค มียี่ห้อ รุ่นใด และ IP Address  
หมายเลขอะไร

๓. ติดตั้งแอปพลิเคชันที่สนับสนุนเครื่องพิมพ์  
ยี่ห้อและรุ่นดังกล่าว

๔. ติดตั้งค่า IP Address ของเครื่องพิมพ์ โดย  
ดูจากคู่มือของแอปพลิเคชัน หรือส่วนช่วยเหลือ (Help)  
เพียงเท่านี้ก็สามารถสั่งพิมพ์จากเครื่องโทรศัพท์  
สมาร์ทโฟน หรือแท็บเล็ตได้แล้ว

ส่วนการสั่งพิมพ์จากนอกสำนักงานฯ นั้นสามารถ  
ใช้การพิมพ์แบบ Google Cloud Print ได้ ซึ่งเทคโนโลยี  
นี้เป็นเทคโนโลยีใหม่ที่เชื่อมต่อเครื่องพิมพ์กับเว็บ เมื่อใช้  
Google Cloud Print จะสามารถใช้เครื่องพิมพ์ที่บ้าน  
และที่ทำงานจากแอปพลิเคชันที่สนับสนุนเทคโนโลยีนี้  
Google Cloud Print ทำงานได้บน แท็บเล็ต สมาร์ทโฟน  
โครมบุ๊ก แลปท็อป เครื่องคอมพิวเตอร์พีซี และอุปกรณ์  
อื่น ๆ ที่เชื่อมต่อกับเว็บซึ่งสามารถจะสั่งพิมพ์เอกสารได้

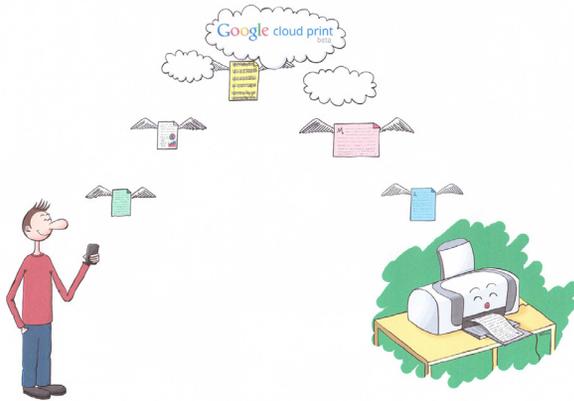
สำหรับเครื่องพิมพ์ที่ใช้งานได้กับระบบคลาวด์ (Cloud  
Ready printers) เมื่อเชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ตจะ  
สามารถลงทะเบียนกับ Google Cloud Print ได้จาก  
ตัวเครื่องเองโดยไม่ต้องเชื่อมต่อกับแลปท็อปหรือ  
เครื่องคอมพิวเตอร์พีซี ซึ่งสามารถศึกษาได้จากคู่มือ  
ของเครื่องพิมพ์ที่ใช้งาน หรือเข้าไปศึกษารายละเอียด  
ได้ที่ [http://www.google.com/landing/cloudprint/  
index.html](http://www.google.com/landing/cloudprint/index.html)

ส่วนเครื่องพิมพ์แบบเก่าที่ไม่สนับสนุนระบบ  
คลาวด์ (Cloud Ready printers) ต้องเชื่อมต่อกับ  
แลปท็อปหรือเครื่องคอมพิวเตอร์พีซี และลงทะเบียนกับ  
Google Cloud Print โดยใช้คุณลักษณะของ Google  
Chrome และต้องเปิดเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ลงทะเบียน  
นั้นไว้ด้วยเมื่อต้องการสั่งพิมพ์จากอุปกรณ์อื่น

บทความนี้จะมาแนะนำวิธีการตั้งค่าและสั่งพิมพ์  
จากอุปกรณ์สมาร์ทโฟน หรือแท็บเล็ตไปยังเครื่องพิมพ์  
แบบเก่า ซึ่งเชื่อมต่ออยู่กับแลปท็อปหรือเครื่อง  
คอมพิวเตอร์พีซี ดังนี้

## การลงทะเบียนเครื่องพิมพ์

๑. ควรจะใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ที่ติดตั้งระบบ  
ปฏิบัติการ Windows 7 หรือที่สูงกว่า
๒. สมัครบัญชี Gmail เพื่อล็อกอินเข้าใช้งาน
๓. ดาวน์โหลดและติดตั้งโปรแกรม Chrome  
browser
๔. เชื่อมต่อเครื่องพิมพ์เข้ากับเครื่องคอมพิวเตอร์  
และติดตั้งไดรเวอร์ของเครื่องพิมพ์ให้เรียบร้อย



๕. เปิดโปรแกรม Chrome browser จากนั้นพิมพ์ `chrome://devices` ในช่องที่อยู่ของเว็บไซต์
๖. ภายใต้หัวข้อ เครื่องพิมพ์แบบเดิม (Classic printers) คลิกปุ่มเพิ่มเครื่องพิมพ์ (Add printers)
๗. ใส่ชื่อและ password ที่ได้จากการสมัครบัญชี Gmail
๘. คลิกเลือกเครื่องพิมพ์ที่ไม่ต้องการออกไป โดยคลิกเครื่องหมายถูกหน้าเครื่องพิมพ์ เครื่องหมายถูกจะหายไป หรือไม่คลิกเพื่อเลือกทั้งหมด คลิกเพิ่มเครื่องพิมพ์ (Add printer(s))
๙. คลิกลิงค์จัดการเครื่องพิมพ์ของคุณ (Manage your printers)
๑๐. จะมายังหน้า Cloud Print แล้วรอสักครู่
๑๑. หากยังไม่ปรากฏชื่อเครื่องพิมพ์ที่เพิ่มเข้าไป ให้คลิกปุ่มเครื่องหมาย  เพื่อโหลดใหม่

### การสั่งพิมพ์

การสั่งพิมพ์จากอุปกรณ์สมาร์ทโฟน หรือแท็บเล็ต จะสั่งพิมพ์จากแอปพลิเคชันที่สนับสนุนเทคโนโลยี Google Cloud Print ของแต่ละระบบปฏิบัติการ บทความนี้จะขอยกตัวอย่างแอปพลิเคชันของระบบปฏิบัติการ Android ที่ชื่อ Cloud Print 

๑. ติดตั้ง Cloud Print จาก Play store
๒. เปิดแอปพลิเคชัน Cloud Print แล้วแตะที่ 
๓. เลือกไฟล์จากแอปพลิเคชัน
๔. หรือจะเปิดแอปพลิเคชันแล้วเลือกไฟล์โดยที่ไม่ต้องเปิดแอปพลิเคชัน Cloud Print แล้วแตะที่  เลือก Cloud Print

๕. เลือกเครื่องพิมพ์ และตั้งค่าตามที่ต้องการ
๖. แตะที่  ส่งไฟล์ไปพิมพ์ที่เครื่องพิมพ์ สำหรับอุปกรณ์ที่ใช้ระบบปฏิบัติการอื่นให้ศึกษาได้จาก <https://www.google.com/cloudprint/learn/apps.html> สำหรับอุปกรณ์ iPhone/iPad/iPod แอปพลิเคชันที่สนับสนุนระบบนี้ยังต้องซื้อจาก App store แนะนำให้ติดตั้งแอปพลิเคชัน Google Drive ล็อกอินเข้าด้วยบัญชี Gmail อัปโหลดไฟล์ที่จะพิมพ์ เข้าไปแล้วแตะที่เครื่องหมาย  เพื่อเลือกพิมพ์ไฟล์ด้วย Google Cloud Print ก็หวังว่าบทความนี้จะเป็นประโยชน์กับผู้อ่านที่จะนำไปทดลองใช้ได้ไม่มากก็น้อย 

ที่มา : <http://androidtabletthailand.com/วิธี-สั่ง-print-จาก-android-tablet/>  
<https://support.google.com/cloudprint/answer/1686197?hl=th&rd=1>  
<http://www.google.com/cloudprint/learn/?hl=th>  
<https://support.google.com/a/answer/6106126?hl=th>



# โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง : มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ และพัฒนาการล่าสุดในระบบกฎหมายไทย\*

ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ\*\*

## ๑.๒ ผลของโมฆะกรรม: การไม่มีผลบังคับในทางกฎหมาย

คำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจน ย่อมไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น การไม่มีผลทางกฎหมายนี้ มีผลทั้งต่อบุคคลที่เกี่ยวข้ององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง

### (๑) ปัญหาเกี่ยวกับผลบังคับของคำสั่งที่เป็นโมฆะต่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง

กรณีที่คำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองทำขึ้น อาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากคำสั่งยังไม่ถูกเพิกถอนหรือทุเลาการบังคับไว้ บุคคลผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งย่อมถูกผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามคำสั่ง จะอ้างว่าคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายและเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งมิได้ แต่กรณีของคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจนถึงขนาดตกเป็นโมฆะ เมื่อในทางทฤษฎีถือว่าคำสั่งนั้นไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมาย จึงมีปัญหว่าบุคคลผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้นหรือไม่

ในเยอรมัน นักวิชาการส่วนหนึ่งเสนอความเห็นว่าการคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะย่อมเสียเปล่าหรือไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น ผู้รับคำสั่งจึงไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้น และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งนั้นได้<sup>๑</sup> ในทำนองเดียวกันฝ่ายตุลาการในฝรั่งเศสก็มีความเห็นว่า ประชาชนไม่มีหน้าที่ต้องเคารพเชื่อฟังคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ<sup>๒</sup> เพราะ “หากบังคับให้ประชาชนต้องปฏิบัติตามคำสั่งที่ผิดพลาดร้ายแรงเช่นนี้ ย่อมเท่ากับยอมรับการใช้อำนาจโดยมิชอบอย่างชัดเจนของฝ่ายปกครอง”<sup>๓</sup> โดยนักวิชาการบางท่านได้เสนอความเห็นที่เห็นว่า กรณีคำสั่งภายในฝ่ายปกครองที่ผู้บังคับบัญชาสั่งการต่อผู้ใต้บังคับบัญชานั้น เมื่อแนวคำพิพากษาของศาลยังยอมรับว่าเจ้าหน้าที่ผู้ใต้บังคับบัญชามีสิทธิและมีหน้าที่ที่จะไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจนและหากปฏิบัติตามจะก่อความเสียหายร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ<sup>๔</sup> ดังนั้น กรณีของคำสั่งที่บังคับแก่ประชาชนทั่วไป ประชาชนผู้รับคำสั่งก็ย่อมสามารถปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจนและหากปฏิบัติตาม

\* เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ “ความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง” จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันที่ ๒๐ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๘ ณ โรงแรมรอยัล ปริ๊นเซส หลานหลวง กรุงเทพฯ

\*\* นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ สำนักกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

<sup>๑</sup> MAURER (H.), Droit administratif allemand, traduit par FROMONT (M.), (Paris: L.G.D.J., 1994), p. 263.

<sup>๒</sup> AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), Traité des recours en matière administrative, (Paris: Litec, 1983), p.101.

<sup>๓</sup> WALINE (M.), Traité élémentaire de droit administratif, (5e édition: Paris: Sirey, 1950), p.407.

<sup>๔</sup> เช่น กรณีที่นายทเทศมนตรีมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่เทศบาลลงทะเบียนหัวคะแนนของตนในบัญชีรายชื่อคนว่างงาน เพื่อให้บุคคลดังกล่าวมีสิทธิได้รับเงินช่วยเหลือจากทางราชการ เจ้าหน้าที่ยอมมี “หน้าที่” ต้องปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว หากเจ้าหน้าที่ปฏิบัติตามคำสั่ง ก็ชอบที่จะถูกลงโทษทางวินัยในภายหลังโดยนายทเทศมนตรีคนใหม่จะอ้างว่าเป็นการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเพื่อไม่ต้องรับผิดชอบได้ไม่ (C.E. Sect., 10 novembre 1944, Langneur, p.288, D. 1945 p.87, concl. Chenot)

จะก่อความเสียหายร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะได้ เช่นเดียวกัน<sup>๔</sup> อย่างไรก็ตาม สมควรตั้งเป็นข้อสังเกตไว้ว่า ในทางปฏิบัติยังไม่เคยปรากฏแนวคำพิพากษาที่ยอมรับว่าประชาชนไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจน และแม้จะมีคำพิพากษาในบางคดีที่คล้ายจะยอมรับแนวทางดังกล่าวอยู่บ้าง<sup>๕</sup> แต่ก็ยังเป็นคำพิพากษาเก่าและน่าจะเป็นการวินิจฉัยเฉพาะกรณี ไม่อาจยึดถือเป็นบรรทัดฐานโดยแน่นอนได้

ส่วนในเบลเยียม ฝ่ายตำรายังมีความเห็นไม่ลงรอยกัน โดยนักวิชาการส่วนหนึ่งเห็นว่าประชาชนไม่จำเป็นต้องเคารพเชื่อฟังและปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ<sup>๖</sup> แต่นักวิชาการอีกส่วนหนึ่งเห็นว่า หากยอมรับให้ประชาชนยกโมฆะกรรมขึ้นกล่าวอ้างได้เอง โดยไม่ต้องมีการพิสูจน์ความเป็นโมฆะในชั้นศาลและมีคำพิพากษาของศาลก่อน ย่อมเท่ากับยินยอมให้ประชาชนสามารถวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองได้เอง และปฏิเสธที่จะเคารพเชื่อฟังคำสั่งการของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะขัดต่อหลักว่าด้วยเอกสิทธิ์ในการดำเนินการของฝ่ายปกครอง อันเป็น “ฐานคิด” สำคัญของกฎหมายปกครอง ทั้งยังขัดต่อหลักความมั่นคงแน่นอนในทางกฎหมายอีกด้วย<sup>๗</sup> ในระบบกฎหมายต่างประเทศจึงยังไม่มีข้อสรุปทั้งในทางวิชาการและในแนวคำวินิจฉัยของศาลเป็นที่ยุติว่า ประชาชนมีสิทธิอันชอบธรรมที่จะ “ดื้อแพ่ง” ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจนหรือไม่ อย่างไรก็ตาม เพื่อเป็น

การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง ระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ก็ได้กำหนดกลไกในการพิสูจน์หรือประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง ทั้งในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและในชั้นศาล

## (๒) การประกาศโมฆะกรรมโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

ในประเทศที่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง ผู้ตรากฎหมายมักจะกำหนดวิธี “จัดการ” กับคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะไว้เป็นการเฉพาะ แยกต่างหากจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายธรรมดา เมื่อคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น จึงไม่ต้องเพิกถอนให้สิ้นผลไปเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถประกาศความเสียเปล่าหรือความเป็นโมฆะได้ ไม่ว่าจะริเริ่มดำเนินการเองหรือโดยการร้องขอของบุคคลที่เกี่ยวข้อง การประกาศความเป็นโมฆะนี้เป็นวิธีการที่บัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของหลายประเทศ ไม่ว่าจะเป็นเยอรมนี<sup>๘</sup> ออสเตรีย<sup>๙</sup> สเปน<sup>๑๐</sup> หรือโปรตุเกส<sup>๑๑</sup> ซึ่งกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่จะกำหนดให้ฝ่ายปกครองประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองได้ทุกเมื่อโดยไม่มีกำหนดเวลายกเว้นกฎหมายของบางประเทศที่จำกัดกรอบเวลาในการประกาศความเป็นโมฆะสำหรับคำสั่ง

<sup>๔</sup> CHAPUS (R.), Droit administratif général – Tome II, (15e édition: Paris: Montchrestien, 2001), p.1171.

<sup>๕</sup> คำพิพากษาที่อ้างบ่อยในทางตำรา: คำพิพากษาศาลแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E., 27 mai 1863, Drillet de Lannigou, R.p.470: ฝ่ายปกครองมีคำสั่งกำหนดให้ที่ดินของผู้ฟ้องคดีเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินเนื่องจากเห็นว่าเป็นสวนควบของชายฝั่งทะเล แต่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าที่ดินยังคงเป็นกรรมสิทธิ์ของตนและได้ฝ่าฝืนคำสั่งโดยทำรั้วในที่ดินดังกล่าว กรณีนี้สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า เมื่อที่ดินที่พิพาทตั้งอยู่ห่างจากชายฝั่งถึงสิบห้ากิโลเมตร จึงไม่อาจถือเป็นสวนควบของชายฝั่งทะเลได้ ดังนั้น การที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งกำหนดให้ที่ดินพิพาทเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน จึงต้องถือว่าคำสั่งดังกล่าวไม่เคยมีอยู่เลยในทางกฎหมาย บุคคลที่เกี่ยวข้องจึงไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่ง

<sup>๖</sup> GOFFAUX (P.), Dictionnaire élémentaire de droit administratif, (Bruxelles: Bruylant, 2006), pp.16-17.

<sup>๗</sup> FLAMME (M.-A.), Droit administratif Tome Premier, (Bruxelles: Bruylant, 1989), p.11.

<sup>๘</sup> มาตรา ๔๔ วรรคห้า VwVfG.

<sup>๙</sup> มาตรา ๖๘ วรรคสี่ AVG.

<sup>๑๐</sup> มาตรา ๑๐๒ Ley 30/1992.

<sup>๑๑</sup> มาตรา ๑๓๔ (๒) CAP.

ทางปกครองที่ต้องด้วยเหตุโมฆะกรรมในบางกรณี<sup>๑๓</sup> นอกจากนี้ กฎหมายของบางประเทศอาจกำหนดขั้นตอนการประกาศความเป็นโมฆะไว้เป็นพิเศษ เช่น กฎหมายสเปน ที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่จะประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการกฤษฎีกา (Consejo de Estado) หรือคณะกรรมการที่ปรึกษาของประชาคมปกครองตนเองต่าง ๆ (Comunidad Autónoma) เสียก่อน สำหรับสถานะทางกฎหมายของการประกาศความเป็นโมฆะนั้น ในระบบกฎหมายเยอรมัน ถือว่าการประกาศความเป็นโมฆะก็เป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง ดังนั้น บุคคลที่ไม่พอใจในผลของการประกาศความเป็นโมฆะจึงอาจยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนประกาศความเป็นโมฆะนั้นได้<sup>๑๔</sup>

สำหรับประเทศที่ไม่มีกฎหมายกำหนดวิธีการประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ เช่น ฝรั่งเศส การลบล้างคำสั่งทางปกครอง



ที่เป็นโมฆะจะใช้วิธีการ “เพิกถอน” ให้มีผลย้อนหลังไปในอดีตตั้งแต่ต้น (retrait) เสมือนว่าไม่เคยมีการทำคำสั่งนั้นมาก่อนเลยการใช้วิธีการเพิกถอนกับคำสั่งที่เป็นโมฆะนี้ออกจะเป็นเรื่องที่ขัดแย้งกันในตัวเอง เพราะเมื่อคำสั่งที่เป็นโมฆะไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมายแล้ว ย่อมไม่มีอะไรให้ต้องเพิกถอนอีก อย่างไรก็ตาม ในอีกแง่หนึ่ง แม้คำสั่งที่เป็นโมฆะจะไม่มีอยู่ในทางกฎหมาย คือ ไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมาย แต่เมื่อมีอยู่ในทางข้อเท็จจริง ก็จำเป็นต้องลบล้างออกไป ดังที่มีผู้เปรียบเทียบไว้อย่างน่าฟังว่า การเพิกถอนคำสั่งที่เป็นโมฆะนั้น เป็นเพียง “การดำเนินการในทางข้อเท็จจริงเพื่อสร้างสุขอนามัยทางกฎหมายโดยเก็บกวาดขยะออกไปจากสารบบกฎหมาย” (“c’est tout au plus une sorte d’opération matérielle de nettoyage, de salubrité juridiques, d’enlèvement d’un déchet de l’organisme juridique”)<sup>๑๕</sup>

ส่วนหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนคำสั่งที่เป็นโมฆะนั้น สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสได้มีแนวคำพิพากษาวางหลักว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถ “เพิกถอน” คำสั่งที่เป็นโมฆะได้ทุกเมื่อโดยไม่มีกำหนดเวลา<sup>๑๖</sup> และไม่ต้องให้เหตุผลประกอบคำสั่งเพิกถอน<sup>๑๗</sup> ซึ่งแตกต่างจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีทั่ว ๆ ไปที่ต้องระบุเหตุผลประกอบคำสั่งเพิกถอนและการเพิกถอนต้องกระทำภายในระยะเวลาอันจำกัดหากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิแก่ผู้รับคำสั่ง (acte créateur de droit)<sup>๑๘</sup> ทั้งนี้ คำสั่งทางปกครอง

<sup>๑๓</sup> กฎหมายออสเตรียกำหนดว่าการประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองที่สร้างขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น หรือโดยคณะกรรมการที่มีองค์ประกอบไม่ถูกต้องตามกฎหมาย จะต้องกระทำภายในสามปีนับแต่วันครบกำหนดเวลาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ขณะที่คำสั่งทางปกครองที่ต้องด้วยเหตุโมฆะกรรมในกรณีอื่น ๆ (ที่พิเคราะห์ว่าร้ายแรงยิ่งกว่า) เช่น คำสั่งที่มีเนื้อหาเป็นไปไม่ได้ หรือคำสั่งที่หากปฏิบัติตามจะเป็นการกระทำความผิดอาญานั้น กฎหมายมิได้กำหนดกรอบเวลาในการประกาศความเป็นโมฆะไว้

<sup>๑๔</sup> MAURER (H.), Droit administratif allemand, traduit par FROMONT (M.), (Paris: L.G.D.J., 1994), p.265.

<sup>๑๕</sup> EISENMANN (C.), Cours de droit administratif, (Paris: L.G.D.J., 1983), p.81.

<sup>๑๖</sup> คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E. Sect., 3 février 1956, de Fontbonne, précité.

<sup>๑๗</sup> คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E., 21 février 1997, Romano, R. p.55.

<sup>๑๘</sup> ตามแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส ฝ่ายปกครองสามารถยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ภายในระยะเวลาสี่เดือนนับแต่วันที่มีคำสั่ง สำหรับรายละเอียด โปรดดู ศุภวัฒน์ สิงห์สูงษ์, “ระยะเวลาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์”, www.krisdika.go.th (เมษายน ๒๕๕๖)

ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในบางกรณีอาจมีความคล้ายคลึงกับคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะหรือไม่ได้อยู่เลยในทางกฎหมาย เช่น คำสั่งทางปกครองที่ทําขึ้นด้วยกลฉ้อฉลของผู้รับคำสั่ง (acte obtenu par fraude) ที่ถือว่าไม่ก่อตั้งสิทธิเป็นการถาวรและอาจถูกเพิกถอนได้ทุกเมื่อโดยไม่มีกำหนดเวลา<sup>๑๙</sup> ทำนองเดียวกันกับคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ อย่างไรก็ตาม โดยที่คำสั่งที่ทําขึ้นด้วยกลฉ้อฉลของผู้รับคำสั่งยังไม่ถือว่าบกพร่องร้ายแรงถึงขั้นตกเป็นโมฆะหรือไม่ได้อยู่เลยในทางกฎหมาย ดังนั้น トラบโดที่ยังไม่มีการเพิกถอนคำสั่งย่อมมีผลทางกฎหมายและฝ่ายปกครองย่อมถูกผูกพันให้ดำเนินการให้เป็นไปตามคำสั่ง จะทำเสมือนไม่มีคำสั่งนั้นอยู่ในสารบบกฎหมายมิได้<sup>๒๐</sup> นอกจากนี้ ยังมีหลักว่าฝ่ายปกครองไม่ถูกผูกพันให้ต้องเพิกถอนคำสั่งที่ทําขึ้นด้วยกลฉ้อฉลของผู้รับคำสั่งเสมอไป<sup>๒๑</sup> และหากจะเพิกถอนคำสั่ง ก็ต้องมีการระบุเหตุผลประกอบคำสั่งเพิกถอนด้วย<sup>๒๒</sup> ซึ่งแตกต่างจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะที่ไม่ต้องระบุเหตุผลประกอบคำสั่งเพิกถอน กรณีจึงเห็นได้ว่า ในบรรดาคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องนั้น คำสั่งทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะหรือไม่ได้อยู่เลยในทางกฎหมาย ถือเป็นคำสั่งที่มีความร้ายแรงมากที่สุดจึงมีการผ่อนคลายนโยบายหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนคำสั่งให้กระทำได้ง่ายที่สุด

### (๓) การประกาศโมฆะกรรมโดยองค์กรตุลาการ

ในระบบกฎหมายเยอรมัน นอกจากการยื่นคำขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งสามารถยื่นคำขอได้ทุกเมื่อโดยไม่มีกำหนดเวลาแล้ว บุคคลที่เกี่ยวข้องยังมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้พิสูจน์หรือประกาศความ

เป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองได้อีกทางหนึ่งด้วยตามที่กำหนดในมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติแห่งสหพันธ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. ๑๙๖๐ (Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO) ซึ่งการฟ้องคดีประเภทนี้เรียกว่า “Nichtigkeitsfeststellungsklage” ซึ่งเป็นคดีคนละประเภทกับการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) ทั้งนี้ โดยที่การพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะหรือไม่ อาจจะไม่ใช่เรื่องง่ายสำหรับประชาชนทั่วไป กรณีจึงอาจมีการฟ้องคดีผิดประเภทได้ เช่น ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจน แทนที่จะตั้งฟ้องเป็นขอให้ศาลประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่ง ในกรณีเช่นนี้ ศาลปกครองก็จะเปลี่ยนคำฟ้องให้สอดคล้องกับประเภทของคดี โดยถือว่าผู้ฟ้องคดีขอให้ประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งที่พิพาท

ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส บุคคลที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจน ก็สามารถฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งได้โดยไม่มีกำหนดอายุความฟ้องคดี<sup>๒๓</sup> โดยคำฟ้องประเภทนี้เรียกกันในทางเทคนิคว่า “recours en déclaration d’inexistence” ซึ่งแตกต่างจากคำฟ้องขอให้เพิกถอน



<sup>๑๙</sup> คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐฝรั่งเศส (ประชุมใหญ่) C.E. Ass. 12 avril 1935, Sarovitch, R. p.520.

<sup>๒๐</sup> คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E. Sect., 29 novembre 2002, Assistance publique-Hôpitaux de Marseille, req. n°223027, A.J.D.A. 2003, chron. Donnat et Casas, p. 276-278: แม้ว่าคำสั่งแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐจะทําขึ้นโดยกลฉ้อฉลของผู้รับคำสั่ง แต่ตราบโดที่คำสั่งดังกล่าวยังไม่ถูกยกเลิกเพิกถอน หน่วยงานย่อมถูกผูกพันให้ดำเนินการให้เป็นไปตามคำสั่งนั้น หน่วยงานจะยกเหตุที่ว่าคำสั่งแต่งตั้งทําขึ้นโดยกลฉ้อฉลเพื่อปฏิเสธไม่ให้เจ้าหน้าที่ได้ใช้สิทธิประโยชน์ในการลาป่วยและลาพักผ่อนหาได้ไม่

<sup>๒๑</sup> คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐฝรั่งเศส (ประชุมใหญ่) C.E. Ass. 10 février 1961, Chabran, R. p.102.

<sup>๒๒</sup> คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E., 25 avril 1990, Mme Figueréo et Bernachy, R. tables p.546.

<sup>๒๓</sup> คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E. 8 décembre 1982, Commune de Dompierre-sur-Besbre, R. p.707.

คำสั่งทางปกครองในกรณีทั่วไป (recours pour excès de pouvoir) โดยกรณีและผู้ฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง แต่ศาลเห็นว่าคำสั่งที่พิพาทมีลักษณะผิดพลาดอย่างร้ายแรงและขัดแย้งถึงขนาดไม่มีอยู่เลย ในทางกฎหมายหรือตกเป็นโมฆะ ศาลก็จะเปลี่ยนคำฟ้องเป็นการฟ้องขอให้ประกาศโมฆะกรรม และพิพากษาว่าคำสั่งที่พิพาทเป็นโมฆะ ทั้งนี้ ในทำนองเดียวกันกับในเยอรมัน นอกจากนี้ ศาลปกครองยังมีอำนาจกระเด็นเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองขึ้นวินิจฉัยได้เองโดยผู้ฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องยกขึ้นกล่าวอ้างในคำฟ้อง เพราะถือเป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (moyen d'ordre public)<sup>๒๔</sup>

ในระบบกฎหมายอิตาลี ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง ค.ศ. ๒๐๑๐ (Codice del processo amministrativo)<sup>๒๕</sup> ได้แบ่งแยกการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (มาตรา ๒๙) และการฟ้องคดีขอให้ประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง (มาตรา ๓๑ วรรคสี่) ออกจากกันอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรก การฟ้องคดีขอให้ประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง (azione di nullità) มีกำหนดอายุความฟ้องคดีด้วย แต่อายุความจะยาวกว่า

การฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง มาตรา ๓๑ วรรคสี่ ได้กำหนดให้การฟ้องคดีขอให้ประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองต้องกระทำภายในกำหนดเวลาหนึ่งร้อยแปดสิบวัน ขณะที่มาตรา ๒๙ กำหนดให้การฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองต้องกระทำภายในกำหนดเวลาหกสิบวัน อย่างไรก็ตาม โดยที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองไม่ใช่บังคับแก่การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมและการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ดังนั้น การฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมขอให้ประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองจึงสามารถกระทำได้โดยไม่มีกำหนดอายุความ และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็สามารถประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองได้โดยไม่มีกำหนดเวลาเช่นกัน นอกจากนี้ ตามมาตรา ๓๑ วรรคสี่ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง ผู้ถูกฟ้องคดีสามารถยกโมฆะกรรมขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ทุกเมื่อ และศาลปกครองยังยกโมฆะกรรมขึ้นวินิจฉัยได้เองด้วย<sup>๒๖</sup>

ในระบบกฎหมายสเปน มีการแยกการฟ้องคดีขอให้ประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง ออกจากการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ โดยในช่วงแรกศาลฎีกาสเปนได้มีแนวคำพิพากษาว่า การฟ้องคดีขอให้ประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไม่มีกำหนดอายุความ แต่ในช่วงหลัง ศาลได้กลับแนวคำพิพากษาวางหลักใหม่ว่า การฟ้องคดีประเภทนี้มีอายุความ เช่นเดียวกับการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เพราะเป็นการฟ้องคดีต่อศาลเช่นเดียวกัน ซึ่งแตกต่างจากการประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่สามารถกระทำได้ทุกเมื่อโดยไม่มีกำหนดเวลา ทั้งนี้ ฝ่ายดำรงส่วนหนึ่งเห็นพ้องด้วยกับแนวคำพิพากษาใหม่นี้ เพราะสอดคล้องกับ



<sup>๒๔</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E. 5 mai 1971, Préfet de Paris, R. p.329; A.J.D.A 1972 p.301 note V.S.

<sup>๒๕</sup> มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๑๖ กันยายน ค.ศ. ๒๐๑๐.

<sup>๒๖</sup> สำหรับรายละเอียด โปรดดู BOCKSANG HOLA (G.), อ้างแล้วใน (๑๑), pp. 164-166.

หลักที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าคำสั่งทางปกครองชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการโต้แย้งหักล้างบทสันนิษฐานดังกล่าวจะต้องกระทำภายในกำหนดเวลาที่จำกัด นอกจากนี้ แนวคำพิพากษาใหม่ที่ถือว่าการฟ้องคดีขอให้ประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองมีกำหนดอายุความนั้นยังสอดคล้องกับหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะอีกด้วย อย่างไรก็ตาม ฝายตำราอีกส่วนหนึ่งไม่เห็นด้วยกับการมีกำหนดอายุความฟ้องคดีในการฟ้องขอให้ประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง โดยเห็นว่าหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะไม่อาจนำมาใช้กับกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจนได้ และเป็นเรื่องที่ไม่อาจยอมรับได้ที่คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเช่นนี้จะมีผลบังคับผูกพันเป็นที่สุด (ไม่อาจถูกโต้แย้งคัดค้านต่อไปได้) ก่อนที่จะมีการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ<sup>๒๗</sup>

เมื่อพิจารณาระบบกฎหมายต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า ระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ อาจมีหลักการแตกต่างกันไปบ้างในรายละเอียด ไม่ว่าจะเป็นส่วนของเหตุแห่งโมฆะกรรมหรือผลของโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งความแตกต่างดังกล่าวอาจเป็นไปด้วยเหตุผลของวัฒนธรรมทางกฎหมายหรือเหตุผลทางเทคนิคของแต่ละประเทศ แต่ในภาพรวมแล้ว เราอาจกล่าวได้ว่า แนวคิดว่าด้วยความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ มีหลักการใหญ่ ๆ สอดคล้องไปในทางเดียวกันอย่างเป็นเอกภาพ โดยเฉพาะการไม่ยอมรับผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจน ระบบกฎหมายของประเทศไทยอาจจะยังพัฒนาแนวคิดในเรื่องนี้ไปไม่ไกลเหมือนกับในต่างประเทศ แต่ที่ผ่านมามีหลักกฎหมายเกี่ยวกับโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองก็เริ่มก่อร่างสร้างตัวและเป็นหลักที่สำคัญเรื่องหนึ่งในทางกฎหมายปกครอง

## ๒. การพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

ผู้ตรากฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมิได้บัญญัติเกี่ยวกับโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองไว้ อย่างไรก็ตาม จากการตรวจสอบเอกสารการยกร่างกฎหมายดังกล่าว<sup>๒๘</sup> พบว่า ปัญหาเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองเป็นประเด็นหนึ่งที่คณะกรรมการยกร่างฯ ได้ให้ความสนใจและอภิปรายกันอย่างกว้างขวาง<sup>๒๙</sup> โดยมีการพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ที่กำหนดเรื่องดังกล่าวไว้<sup>๓๐</sup> โดยเฉพาะกฎหมายเยอรมันซึ่งใช้เป็นต้นแบบสำคัญในการยกร่างกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยกรรมการยกร่างฯ บางท่าน เช่น รศ.ดร. กมลชัยรัตน์สกาวงศ์ ได้สนับสนุนให้บัญญัติเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้ให้ชัดเจนและเป็นระบบ เช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมัน อย่างไรก็ตาม กรรมการยกร่างฯ ส่วนใหญ่เห็นว่า การแบ่งแยกโมฆียกรรมและโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองนั้นยังเป็นแนวคิดที่ซับซ้อนสำหรับประเทศไทย และอาจทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จึงควรปล่อยให้องค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองเป็นผู้วางหลัก



<sup>๒๗</sup> สำหรับรายละเอียด โปรดดู เรื่องเดียวกัน, pp. 561-563.

<sup>๒๘</sup> เรื่องเสรีจที่ ๖๙/๒๕๓๕

<sup>๒๙</sup> โปรดดูรายงานการประชุมคณะกรรมการยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางปกครอง ครั้งที่ ๘-๘/๒๕๓๔ วันที่ ๒๒ กรกฎาคม ๒๕๓๔ และครั้งที่ ๙-๙/๒๕๓๔ วันที่ ๒๔ กรกฎาคม ๒๕๓๔ (เรื่องเสรีจที่ ๖๙/๒๕๓๕)

<sup>๓๐</sup> เช่น ออสเตรีย สเปน อิตาลี เนเธอร์แลนด์ โปแลนด์ ยูโกสลาเวีย ฯลฯ

ในภายหลังต่อไป<sup>๓๑</sup> ซึ่งปรากฏว่า ต่อมาองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองก็ได้นำแนวคิดเรื่องโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทสมดังเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย

## ๒.๑ การพัฒนาหลักกฎหมายโดยองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาท

เมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นทำหน้าที่เป็นองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองได้ไม่นานนัก ศาลปกครองสูงสุด (ประชุมใหญ่) ก็นำแนวคิดเรื่องโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองมาใช้ในคำพิพากษาที่ อ.๔๗/๒๕๕๖<sup>๓๒</sup> หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่าคำพิพากษา “คดี อบรม.ผาจุ” คดีนี้มีที่มาจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นที่องค์การบริหารส่วนตำบลผาจุ (จังหวัดอุดรธานี) สรุปรายข้อเท็จจริงได้ว่าองค์การบริหารส่วนตำบลผาจุได้ดำเนินการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดแก่เจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องกับการจัดทำสัญญาจ้างก่อสร้างถนน กรณีเกิดความเสียหายจากการที่ทางราชการต้องจ่ายเงินสูงกว่าที่ควรจะเป็น ซึ่งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงมีความเห็นว่า ความเสียหายเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความบกพร่องและประมาทเลินเล่อของเจ้าหน้าที่จำนวน ๔ คน ซึ่งรวมถึงผู้ฟ้องคดีในฐานะหัวหน้าพัสดุด้วย ประธานกรรมการองค์การบริหารส่วนตำบลผาจุพิจารณาแล้วเห็นชอบด้วยกับคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงฯ จึงมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ทั้ง ๔ คน ร่วมรับผิดชอบใช้เงินจำนวน ๗๑,๓๕๘.๒๐ บาท ให้แก่องค์การบริหารส่วนตำบลผาจุ โดยก่อนออกคำสั่งดังกล่าวไม่ได้มีการส่งสำนวนการสอบข้อเท็จจริงฯ ให้กระทรวงการคลังตรวจสอบก่อนแต่อย่างใด ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้ศาลพิพากษาว่าผู้ฟ้องคดีควรรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นจำนวนเท่าใด ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้วเห็นว่า การที่ผู้ฟ้องคดีได้ออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีและบุคคลอื่นอีก

๓ คนร่วมกันชดใช้เงินจำนวน ๗๑,๓๕๘.๒๐ บาท โดยไม่ส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ทั้งที่เป็นเรื่องที่ไม่ได้รับยกเว้นตามประกาศกระทรวงการคลังเรื่อง ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ เป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามขั้นตอนและวิธีการที่เป็นสาระสำคัญของ การออกคำสั่ง และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีและบุคคลอื่นร่วมกันชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในฐานะลูกหนี้ร่วม โดยไม่ได้ระบุว่าผู้ใดต้องรับผิดชอบใช้เฉพาะส่วนของตนเท่าใด และไม่ได้พิจารณาว่าบุคคลทั้ง ๔ คน กระทำการด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ อย่างไร สาระสำคัญของคำสั่งดังกล่าวจึงขัดกับมาตรา ๘ มาตรา ๑๐ และมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นจึงพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีจึงยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ และบทบัญญัติในมาตรา ๑๐ ประกอบกับมาตรา ๘ กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบเฉพาะเมื่อจงใจกระทำให้เกิดความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้นซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายต้องการ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ความเสียหายอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีมิได้เกิดจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีก็ได้ยืนยันไว้ในอุทธรณ์ซึ่งยื่นต่อศาลปกครองสูงสุดว่า การกระทำของผู้ฟ้องคดีกับพวกเป็นการประมาทเลินเล่อไม่ร้ายแรง ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่มีอำนาจเรียกให้ผู้ฟ้องคดีรับผิดชอบใช้ค่าสินไหม

<sup>๓๑</sup> กรรมการร่างฯ ที่เห็นตามแนวทางนี้ เช่น รศ. ดร. โภคิน พลกุล รศ. ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ รศ. ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ ซึ่งเป็นนักกฎหมายที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศฝรั่งเศสที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

<sup>๓๒</sup> คดีระหว่าง นางราตรี บริบูรณ์ ผู้ฟ้องคดี และองค์การบริหารส่วนตำบลผาจุ ผู้ถูกฟ้องคดี

ทดแทนตามนัยมาตรา ๑๐ ประกอบกับมาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ทั้งกรณีนี้เป็นความเสียหายที่ผู้ถูกฟ้องคดีต้องรายงานกระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบก่อนตามที่กำหนดในประกาศกระทรวงการคลัง แต่ผู้ฟ้องคดีมิได้รายงานกระทรวงการคลัง ดังนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้เงิน จึง “เป็นการกระทำที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงในทางกฎหมายจึงถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง” ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้โดยไม่ต้องยื่นอุทธรณ์ก่อนร้องทุกข์ และเมื่อเรื่องร้องทุกข์ได้โอนมาเป็นคดีของศาลปกครองแล้ว ศาลปกครองย่อมมีอำนาจรับคดีไว้พิจารณาพิพากษาต่อไปได้ เมื่อคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้เงินมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ซึ่งถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง “ศาลปกครองจึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่ง เพราะคำสั่งนั้นย่อมไม่มีผลบังคับตามกฎหมายอยู่ในตัว” จึงพิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นไม่เพิกถอนคำสั่ง แต่ให้ผู้ถูกฟ้องคดีระงับการกระทำเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้เงินแก่ผู้ถูกฟ้องคดี

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ว่าคำสั่งทางปกครองผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง “ในทางกฎหมาย ถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง” แล้ว ยากที่จะปฏิเสธได้ว่า คำพิพากษาดังกล่าวเป็นกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดได้นำทฤษฎีว่าด้วย “นิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่ในทางกฎหมาย” ตามกฎหมายฝรั่งเศสมาใช้<sup>๓๓</sup> ซึ่งการนำทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศสมาใช้<sup>๓๓</sup> นี้ น่าจะเป็นไปตามข้อเสนอของนายโกคิน พลกุล ตุลาการเจ้าของสำนวนในคดีดังกล่าว ซึ่งเป็นนักกฎหมายที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศฝรั่งเศส และเป็นผู้สนับสนุนให้องค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองเป็นผู้พัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองในชั้นที่มีการร่างกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการ

ทางปกครองจากคำพิพากษาคดีดังกล่าว ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับการใช้ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่ในทางกฎหมาย ดังนี้

- ในแง่เหตุแห่งโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองสูงสุดได้ให้ตัวอย่างของคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดแจ้ง ซึ่งหากพิเคราะห์ให้ดีแล้วจะเห็นได้ว่า เหตุหลักที่ทำให้คำสั่งให้ชดใช้เงินในกรณีนี้ตกเป็นโมฆะ น่าจะเป็นการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ทางสารบัญญัติ (หลักในเรื่องความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ - ให้เจ้าหน้าที่รับผิดชอบทางละเมิดทั้งที่ประมาทเลินเล่อธรรมดา มิได้จงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง) ส่วนการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ทางวิธีบัญญัติ (การไม่ส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ) น่าจะเป็นเหตุรองหรือเหตุประกอบเท่านั้นเพราะมีความรุนแรงน้อยกว่า นอกจากนี้มีข้อควรสังเกตว่า คำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้เงินเพื่อการละเมิดที่จะถือว่าผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดแจ้ง และไม่มีผลในทางกฎหมายนั้นจะต้องเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐยอมรับเองว่า เจ้าหน้าที่ประมาทเลินเล่อธรรมดา ไม่ได้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง แต่กลับออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้เงิน แต่หากเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า ความเสียหายเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของเจ้าหน้าที่และมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้เงิน



<sup>๓๓</sup> สำหรับบทวิเคราะห์ในแนวทางเดียวกันนี้ โปรดดู ยงยุทธ อนุกุล และดารารพร นพแก้ว, วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๖ ฉบับที่ ๑ มกราคม-เมษายน ๒๕๔๙, หน้า ๑๓๕-๑๓๘.

หรือหน่วยงานของรัฐได้ออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้เงินตามความเห็นของกระทรวงการคลัง แต่ศาลปกครองพิจารณาแตกต่างออกไปโดยเห็นว่า เจ้าหน้าที่มิได้กระทำละเมิดหรือการกระทำละเมิดมิได้เกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และเจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิด คำสั่งให้ชดใช้เงินย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายธรรมดา ไม่ถึงกับผิดพลาดอย่างร้ายแรงและขัดแย้งในกรณีเช่นนี้ ศาลปกครองจะมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งให้ชดใช้เงิน ไม่ได้ประกาศความเสียหายของคำสั่งแต่อย่างใด<sup>๓๔</sup>

- ในแง่ผลของโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งทางปกครองสามารถนำคำสั่งไปฟ้องคดีต่อศาลได้โดยไม่ต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน ซึ่งหากศาลเห็นว่าคำสั่งนั้นผิดพลาดร้ายแรงและขัดแย้งถึงขั้นตกเป็นโมฆะ ก็จะไม่เพิกถอนคำสั่ง แต่จะประกาศความเสียหายของคำสั่งแทน ซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับศาลปกครองของต่างประเทศที่ปรับคำฟ้องให้ผู้ฟ้องคดี จากคำฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองเป็นคำฟ้องขอให้ประกาศความเสียหายของคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ดี ในส่วนของหลักที่ว่าผู้ฟ้องคดีไม่ต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดีนั้นในทางปฏิบัติออกจะเป็นเรื่องที่ “สับสน” อยู่ไม่น้อยสำหรับผู้ฟ้องคดี เพราะหากมีการฟ้องคดีต่อศาล ย่อมขึ้นอยู่กับศาลที่จะวินิจฉัยว่าคำสั่งที่พิพาทนั้นเป็นโมฆะหรือไม่ ซึ่งหากศาลเห็นว่าคำสั่งมิได้ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและขัดแย้งถึงขั้นตกเป็นโมฆะ แต่เป็นเพียงคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้ แต่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้อุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดีต่อศาล ก็จะกลับกลายเป็นว่า ผู้ฟ้องคดีมิได้ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดก่อนฟ้องคดีตามที่กำหนดในมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ศาลย่อมไม่อาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ และคำสั่งที่พิพาทนั้นย่อมมีผลบังคับผูกพันเป็นที่สุดซึ่งจะเป็นผลร้ายแก่ผู้ฟ้องคดีเอง

ดังนั้นศาลปกครองสูงสุดจึงได้ระบุในคำพิพากษาคดีดังกล่าวด้วยว่าผู้รับคำสั่งชอบที่จะยื่นอุทธรณ์คำสั่งตามขั้นตอนและวิธีการที่บัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือที่กฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะก่อนฟ้องคดี

- ในแง่เหตุผลความจำเป็นในการใช้แนวคิดที่ว่าด้วยโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง มีประเด็นน่าคิดว่า การนำแนวคิดนี้มาใช้ในคดี อบต. ผาจุก จะเป็นไปด้วยเหตุผลความจำเป็นเฉพาะกรณี เพื่อเป็น “ทางออก” ให้แก่ผู้ฟ้องคดีที่ไม่ได้อุทธรณ์คำสั่งก่อนร้องทุกข์หรือไม่ เพราะหากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นอุทธรณ์ โดยถูกต้อง ศาลปกครองสูงสุดย่อมรับคำฟ้องไว้พิจารณาและพิพากษาเพิกถอนคำสั่งที่พิพาทได้อยู่แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องใช้ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลยเพื่อผ่อนคลายความเข้มงวดของหลักเกณฑ์ในการฟ้องคดี ซึ่งหากบทวิเคราะห์นี้ถูกต้อง ก็จะเท่ากับว่า ศาลปกครองสูงสุดของไทยใช้แนวคิดเรื่องโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองในลักษณะที่เป็น “notion fonctionnelle” ที่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นสำคัญ ทั้งนี้ ในทำนองเดียวกันกับการใช้ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลยโดยสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส

คำพิพากษาคดี อบต. ผาจุก นี้ถือเป็น “หลักหมุด” สำคัญของแนวคิดที่ว่าด้วยโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทย และสะท้อนให้เห็นถึงบทบาทของศาลปกครองในการพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง ซึ่งแม้ว่าต่อมากจะไม่ปรากฏว่าศาลปกครองสูงสุดได้นำแนวคิดดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีอีกเลย แต่แนวคิดเรื่องโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองก็พัฒนาต่อไปได้โดยการสานต่อขององค์กรที่ปรึกษาทางกฎหมายที่นำแนวคิดนี้มาใช้ในการให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐ 

อ่านต่อฉบับหน้า...

**๒.๒ การพัฒนาหลักกฎหมาย**  
**โดยองค์กรที่ปรึกษาทางกฎหมาย**

<sup>๓๔</sup> ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.๓๓๑/๒๕๕๑, อ.๓๕๗/๒๕๕๑, อ.๑๐/๒๕๕๒, อ.๑๔๖/๒๕๕๓, อ. ๒๒๘-๒๒๙/๒๕๕๓, อ.๕๕๖/๒๕๕๔, อ.๘๖๔/๒๕๕๖ และ อ.๑๗๙/๒๕๕๗

# การร่างกฎหมาย และแบบของกฎหมาย

ธรรมนิติย์ สุมนัตกุล\*

## บทนำ

การจัดทำเอกสาร “การร่างกฎหมายและแบบของกฎหมาย” ผู้เขียนค้นคว้าและสะสมข้อมูลจากการที่ได้รับมอบหมายให้ไปบรรยายวิธีการร่างกฎหมายในที่ต่าง ๆ ข้อมูลการร่างกฎหมายส่วนใหญ่ผู้เขียนอ้างอิงสื่อต่างประเทศและความเห็นของนักวิชาการต่างประเทศ ก็เพื่อสืบหาประสบการณ์ความคิดเท่าที่เคยมีการบันทึกวิชาการการร่างกฎหมายไว้ และเข้าใจดีว่าการร่างกฎหมายของแต่ละประเทศไม่เหมือนกันเสียทีเดียว เพราะแต่ละสังคมก็มีแบบอย่างการร่างกฎหมายและการสื่อสารความคิดที่อาจแตกต่างกันได้ การเก็บประสบการณ์ของต่างประเทศจึงเก็บแต่แนวความคิดที่เห็นว่าเป็นประโยชน์และสามารถนำมาใช้ได้ใน การร่างกฎหมายของเราเท่านั้น และอีกส่วนหนึ่งได้เก็บประสบการณ์ของไทยจากความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิ โดยเฉพาะท่านกรรมการกฤษฎีกาหลายท่าน และ ความเห็นจากบันทึกความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับการวางแบบหรือตีความกฎหมาย และคู่มือการร่างกฎหมายนี้จะเพียงคำแนะนำเท่านั้น

เพราะลึก ๆ ไปจากส่วนนี้แล้ว ดังที่ G.C. Thornton ผู้เขียนตำราหลักการร่างกฎหมายได้กล่าวไว้ ซึ่งเราจะได้ศึกษาต่อไป ว่าในการร่างกฎหมายจริงนั้น ลึกลงไปแล้ว ยังมีปัญหาให้พิจารณาและตัดสินใจอีกมากมาย เหมือนภูเขาที่ได้น้ำยังมีน้ำแข็งมากมายกว่าพื้นผิวน้ำเสียอีก

## ๑. ความสำคัญของการร่างกฎหมาย

ในการจัดทำร่างกฎหมายนั้น ผู้ทำหน้าที่ร่างกฎหมาย (draftsman) มองว่ากฎหมายเป็นเครื่องมือในการออกแบบกำหนดโครงสร้างทางสังคมและกำหนดพฤติกรรมของคนในสังคมและสื่อสารไปยังสมาชิกสังคมให้พร้อมปฏิบัติตาม (law compliance) ในแง่มุมนี้กฎหมายจึงมีหน้าที่อยู่ ๒ ประการ คือ (๑) การทำหน้าที่กำหนดอำนาจและควบคุมการใช้อำนาจทางการเมือง (political power) และ (๒) การทำหน้าที่สร้างคุณค่าให้กับสังคมโดยให้การสอนและการเรียนรู้และสร้างความสมานฉันท์ให้เกิดขึ้นในสังคม (social cohesion) เพื่อการอยู่ร่วมกันโดยสงบสุขของสังคม จาก การสื่อสารนั้น<sup>๑</sup>

\* รองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

บทความนี้คัดมาจาก: หนังสือการร่างกฎหมายและแบบของกฎหมาย ความรู้เกี่ยวกับการร่างกฎหมาย เล่ม ๑ โดยนายธรรมนิติย์ สุมนัตกุล สำหรับเนื้อหาของหนังสือเล่มนี้ แบ่งเป็น ความสำคัญของการร่างกฎหมาย ซึ่งได้นำมาเผยแพร่ไว้ ณ ที่นี้ บทที่ ๑ โครงสร้างและแบบกฎหมายของพระราชบัญญัติ บทที่ ๒ แบบของกฎหมายลำดับรอง บทที่ ๓ การใช้ถ้อยคำในกฎหมาย บทที่ ๔ คุณภาพของร่างกฎหมาย และบทที่ ๕ ปัญหาการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ผู้สนใจอ่านเพิ่มเติมได้จากเว็บไซต์ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา [www.krisdika.go.th](http://www.krisdika.go.th)

<sup>๑</sup> Mark van Hoecke, Law as Communication, Oxford : Hart Publishing, 2002, pp. 62-65.

เมื่อเราพิจารณาการออกกฎหมายในช่วงเวลาหนึ่งเวลาใดแล้ว เราจะพบว่าตัวบทกฎหมายเองก็จะสะท้อนถึงนโยบายสาธารณะของแต่ละยุคแต่ละสมัย ซึ่งอาจแตกต่างกันได้ กฎหมายจึงย่อมมีวัตถุประสงค์ (purposive) อย่างหนึ่งอย่างใดเสมอ ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นวิธีการ (means) ที่นำไปสู่ปลายทางหรือวัตถุประสงค์ (end) ที่สังคมต้องการ

ร่างกฎหมายที่ดีย่อมจะช่วยให้การบริหารราชการแผ่นดินมีประสิทธิภาพ<sup>๖</sup> เพราะว่าร่างกฎหมายจะนำนโยบาย (ที่ดี) ของผู้กำหนดนโยบายไปเขียนเป็นบทบังคับด้วยภาษาของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งการร่างกฎหมายจะเป็นการนำแนวความคิดและนโยบายทางกฎหมายไปเขียนต่อด้วยภาษาซึ่งเป็นสัญลักษณ์สื่อสารให้สมาชิกสังคมเข้าใจ<sup>๗</sup> และยอมรับนับถือปฏิบัติตาม โดยการใช้ภาษาที่มีความชัดเจน (clear) สั้น (concise) มีเหตุและผล (logical) สอดคล้องต้องกัน (consistent) และเหมาะสมเป็นประโยชน์สำหรับสังคมนั้น (social useful)<sup>๘</sup>



จนประชาชนสามารถเข้าใจถึงสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของตนได้ ร่างกฎหมายจึงเป็นกฎระเบียบของสังคมที่เขียนขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร (rules in fixed verbal form)<sup>๙</sup> เพื่อให้สมาชิกสังคมถือปฏิบัติ

คำว่า “กฎหมาย” ที่ใช้ในคู่มือการร่างกฎหมายเล่มนี้ ผู้เขียนต้องการให้มีความหมายอย่างกว้าง หมายถึงไม่ว่ากฎหมายในระดับที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นหรือกฎหมายที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้ออก และในความหมายสมัยใหม่ที่ยังมองถึงการออกกฎระเบียบ (regulation) ที่มีผลต่อการกระทำหรือความประพฤติที่เป็นการแทรกแซงพฤติกรรมของคนไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรก็ตาม<sup>๑๐</sup>

ในการร่างกฎหมายนั้น มีเทคนิคว่านอกจากผู้ร่างกฎหมายต้องอาศัยความรู้ทางกฎหมายอันเป็นเนื้อหาสาระ (content) ของกฎหมายนั่นเองแล้ว สิ่งที่สำคัญมากที่ผู้ร่างกฎหมายยังจะต้องเข้าใจในกลไกเบื้องหลังของร่างกฎหมาย คือ การเข้าใจถึงความหมายของ **หลักนิติธรรม** **ความเป็นธรรม** (โดยเฉพาะ retributive justice, distributive justice และ transitional justice ซึ่งถ้ามีโอกาสผู้เขียนจะได้เขียนถึงต่อไป) **ระบบกฎหมาย** **หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ** **หลักการบริหารราชการแผ่นดิน** **วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง** เพื่อวางโครงสร้างของร่างกฎหมาย และยังคงเข้าใจสภาพสังคมและแรงจูงใจทางเศรษฐศาสตร์ของคน และมากกว่านั้น ต้องมีความรู้ความเข้าใจแนวโน้มของกฎหมายระดับระหว่างประเทศและพันธะของความตกลงระหว่างประเทศที่จะส่งผลกระทบต่อกฎหมายภายในและการรักษาผลประโยชน์ของประเทศ และสามารถคาดการณ์ได้ถึงผลกระทบของร่างกฎหมายนั้นที่จะมีขึ้นแก่สังคม การคำนึง

<sup>๖</sup> ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสุมบุรณ์, กฎหมายปกครองกับการบริหารประเทศ (ที่กำลังพัฒนา) , บทความพิเศษสำหรับวันครบรอบ ๘๘ ปี สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันที่ ๙ ธันวาคม ๒๕๒๔, หน้า ๒๘ ถึง ๓๔.

<sup>๗</sup> G.C. Thornton, Legislative Drafting, 3rd ed., London : Butterworths, 1987, p.1.

<sup>๘</sup> Robert J. Martineau, Drafting Legislation and Rules in Plain English, 5th ed. West Publishing Co., 1991, บทนำ.

<sup>๙</sup> David R. Miers and Alan C. Page, Legislation, London : Sweet & Maxwell, 1982, p.2.

<sup>๑๐</sup> ตัวอย่างของกฎระเบียบ (regulations) ซึ่งเป็นกฎหมายเช่นกันเช่น ประมวลจริยธรรม (code of conduct) หรือข้อตกลงในระหว่างผู้ประกอบการ (self regulated) หรือคู่มือปฏิบัติการที่จะลดกฎเกณฑ์จากรัฐและให้มีการยอมรับการบังคับการตามกฎหมาย (law compliance) จากผู้ที่เกี่ยวข้องด้วยการสร้างกติกาดังกล่าว ร่วมกัน นักเศรษฐศาสตร์ถือว่ากฎหมายเป็นเครื่องมือที่สำคัญ ซึ่งเป็น “สถาบัน” (institution) อย่างหนึ่งที่ทำให้คนเรามีพฤติกรรมร่วมกันในสังคม

ถึงปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้ ทำให้การร่างกฎหมายจึงเป็นทั้งศาสตร์และศิลป์ไปพร้อมกัน<sup>๗</sup> และในที่สุดแล้วการร่างกฎหมายเป็นประสบการณ์ที่สะสมมาจากการทำงานของตัวผู้ร่างกฎหมายเอง<sup>๘</sup>

G.C. Thornton<sup>๙</sup> ให้คำแนะนำว่า คู่มือการร่างกฎหมายจะเป็นเพียงคำแนะนำเบื้องต้นเท่านั้น โดยเปรียบเทียบว่าการร่างกฎหมายก็เหมือนกับการลงว่ายน้ำ ผู้ร่างกฎหมายอาจจะจมน้ำหรือรอดก็ได้ แต่ไม่จำเป็นต้องจมน้ำเสมอไป คู่มือการร่างกฎหมายจึงเป็นแค่ไฟส่องทางในความมืด และนอกเหนือจากนั้นการร่างกฎหมายก็เหมือนกับภูเขาน้ำแข็ง ซึ่งลึกกว่านั้นใต้น้ำย่อมมีปัญหามากมายอยู่หลายอย่าง ดังที่กล่าวข้างต้น

David R. Miers และ Alan C. Page<sup>๑๐</sup> ให้คำแนะนำในบทนำในหนังสือการร่างกฎหมายของเราให้เราเบาใจได้ว่า การร่างกฎหมายนั้นต้องมองกระบวนการทั้งระบบ เริ่มจากการเตรียมการร่างกระบวนการตรากฎหมาย การตีความกฎหมาย และการใช้กฎหมาย

## ร่างกฎหมายที่มีคุณภาพ

การร่างกฎหมายที่มีคุณภาพ จะมาจากการร่างกฎหมายที่ผู้ร่างฯ มีทักษะในการเขียน (writing skill) การออกแบบ และมีความสามารถในการทำความเข้าใจวิเคราะห์เนื้อหา

เนื่องจากโครงสร้างของภาษาเป็นโครงสร้างของความคิด ในวิธีการนำเสนอ (style) กฎหมาย จึงมีความสำคัญเช่นเดียวกับเนื้อหาสาระของกฎหมาย (substance) ด้วย ในการที่จะให้ร่างกฎหมายมีคุณภาพนั้น Robert J. Martineau<sup>๑๑</sup> แนะนำว่าการคิดและการเขียนกฎหมายควรกระทำไปพร้อมกัน ซึ่งวิธีการดังกล่าวจะแก้ไขปัญหาคความซับซ้อนของร่างกฎหมายได้ เนื่องจากว่าผู้ร่างกฎหมายจะต้องถามตนเองอย่างต่อเนื่องเสมอว่าร่างกฎหมายที่ตนคิดและเขียนขึ้นมีเนื้อหาครบถ้วน มีความชัดเจนและเข้าใจง่ายหรือยัง และตนสามารถเขียนกฎหมายให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่ต้องการได้แล้วหรือไม่ กลไกการบังคับใช้ได้ด้อย่างถ้วนแล้วหรือไม่

<sup>๗</sup> G.C. Thornton, *Legislative Drafting*, 3rd, London: Butterworths, 1987. กล่าวในบทนำการพิมพ์หนังสือดังกล่าว ครั้งที่ ๓ โดยอ้างถึง Gorge Coode, *On Legislative Expression* (reprinted in E.A. Driedger, *The Composition of Legislation* (2nd edn) p. 317. ว่า “Legislation is not science but a practical art” นอกจากนี้แล้ว P.M. Bakshi, *An Introduction to Legislative Drafting* (3rd ed. 1985) อ้างในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศานต์, “การร่างกฎหมาย”, เอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกรหลักสูตรการร่างกฎหมาย (ครั้งที่ ๑) สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ณ ศูนย์ฝึกอบรม ปตท. เขาปอয়া อำเภอศรีราชา จังหวัดชลบุรี วันที่ ๒๐ - ๒๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๑ และต่อมาตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายปกครอง เล่ม ๗ เมษายน ๒๕๓๑ ตอนที่ ๑ หน้า ๑ ถึง ๓๙. ความเห็นดังกล่าวที่ว่ากรร่างกฎหมายเป็นทั้งศาสตร์และศิลป์ยังปรากฏในบทความเกี่ยวกับการร่างกฎหมายของต่างประเทศหลายเรื่องด้วยกัน เช่น Deborah Macnair, “Legislative Drafter: A Discussion of Ethical Standards from a Canadian Perspective”, *Statute Law Review*, vol. 24, November 2003. p. 125-156. เป็นต้น.

<sup>๘</sup> นักวิชาการสหรัฐอเมริกาที่มีความเห็นว่าทัศนคติและบุคลิกของผู้ร่างกฎหมายมีผลต่อความสำเร็จในการร่างกฎหมาย เจ้าหน้าที่ที่ทำงานเกี่ยวกับกฎหมายมีอยู่ ๕ ประเภท คือ (๑) คนไฝสูง (climbers หรือ ambitious) เป็นพวกที่เพ้อเหิม (๒) เป็นพวกหัวอนุรักษ์ (conserve) มีความระมัดระวัง จนมีความกลัวไม่ชอบเปลี่ยนแปลงสิ่งที่มีอยู่หรือเคยชิน (๓) พวกนิสัยนายหรือผู้สนับสนุน (advocates) ซึ่งเป็นนักปฏิบัติ จะต่อสู้เพื่อสิ่งที่ตนเสนอ (๔) กระตือรือร้นหรือเล็ดร้อน (zealots) เป็นผู้มีความเชื่อมั่น ผู้ศรัทธาเป็นนักอุดมคติที่เสนอว่าความเห็นของเขาเท่านั้นที่ต้องชอบธรรม และ (๕) statespersons มองที่องค์การของเขาเป็นส่วนรวมหาความเห็นพ้องกันหรือพูดคุยกันก่อน (Cornelius M. Kerwin and Scott R. Furling, *Rulemaking : How Government Agencies Write Law and Make Policy*, QC Press (Washington DC) 4th edition, 2011, p. 237.) ความเห็นเช่นนี้ก็เพราะในสหรัฐอเมริกาการร่างกฎหมายไม่ได้กระทำโดยข้าราชการหรือนักการเมืองเท่านั้นแต่กระทำโดยทนายความด้วย จึงสะท้อนบุคลิกส่วนตัวจากอาชีพ สำหรับผู้ร่างกฎหมายในประเทศไทยเกือบทั้งหมดเป็นข้าราชการ จะมีบุคลิกแบบใดก็โปรดสังเกตดู

<sup>๙</sup> G.C. Thornton, *Legislative Drafting*, 3rd ed., London: Butterworths, 1987. preface 3rd edition.

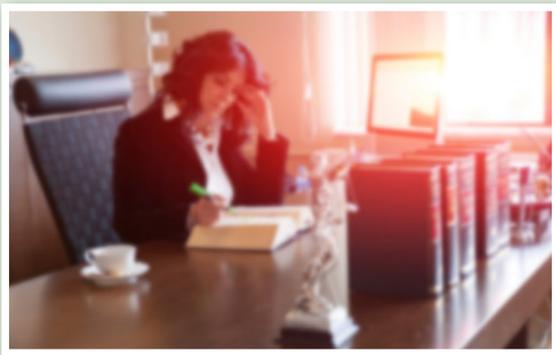
<sup>๑๐</sup> David R. Miers และ Alan C. Page, *Legislation*, London: Sweet & Maxwell, 1982.

<sup>๑๑</sup> Robert J. Martineau, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๖.

## ๒. คุณสมบัติของผู้ร่างกฎหมาย

Reed Dickerson ในหนังสือ *Fundamentals of Legal Drafting*<sup>๑๖</sup> ให้คำแนะนำว่าผู้ร่างกฎหมายต้องมีคุณสมบัติรวมทั้งระหว่างทักษะ (skill) และความสามารถ (aptitude) มีความสามารถในการใช้ภาษากฎหมาย เป็นนักกฎหมายที่ผ่านการฝึกอบรม มีความคิดเป็นระบบและลำดับความคิดเป็น สนใจในรายละเอียด สามารถทำงานในสภาพกดดันได้ สามารถร่วมงานกับผู้ประกอบวิชาชีพอื่นได้ ให้และยอมรับคำวิจารณ์และคำแนะนำ มีสามัญสำนึก เข้าใจภาวะทางสังคมและเศรษฐกิจ รวมทั้งมีอารมณ์ขัน และเนื่องจากการใช้ภาษาที่ต้องชัดเจนจะมาจากความคิดข้างใน จึงต้องฝึกฝนความคิดเสมอ ความคิดของนักวิชาการต่างประเทศดังกล่าวนี้ก็ไม่ต่างจากการร่างกฎหมายของประเทศเรา

ผู้ร่างกฎหมายต้องยอมรับว่าสิ่งที่ตนคิดหรือเขียนซึ่งเห็นว่าชัดเจนแล้วนั้น อาจจะไม่สอดคล้องตามความคิดของผู้อื่นได้ เราไม่สามารถคิดแทนผู้อื่นได้ แต่ผู้ร่างกฎหมายก็ต้องใช้ความพยายามอย่างดีที่สุดที่จะลดความกำกวมให้เหลือน้อยที่สุด และไม่ควรถูกหนีการวิพากษ์วิจารณ์เพราะกฎหมายเขียนขึ้นเพื่อ



ใช้กับผู้คนหลากหลาย ความเข้าใจจึงย่อมหลากหลาย และต้องมองว่าภายใต้ร่างกฎหมายนั้นมีทั้งความสุขและความทุกข์ของผู้คน<sup>๑๗</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสุมบุรณ์<sup>๑๘</sup> ให้ความเห็นว่าในการร่างกฎหมายนั้น นักกฎหมายควรจะต้องสนใจอะไรบ้าง

(๑) ต้องรู้เรื่อง Organization Management (O&M) ซึ่งไม่ได้อยู่ในขอบเขตของวิชากฎหมาย เช่น ต้องรู้ว่างานใดควรทำโดยคณะกรรมการ งานลักษณะใดควรทำโดยนักการเมืองระดับรัฐมนตรี งานใดควรทำโดยข้าราชการประจำระดับปลัดกระทรวง กรณีนี้จึงเป็นการวิเคราะห์การจัดองค์กร จะสร้างสมดุลในแต่ละระดับได้อย่างไร

(๒) กฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะการเปรียบเทียบกฎหมาย (comparative law) รู้จักการเลือกตั้งแบบมาวิเคราะห์<sup>๑๙</sup>

(๓) ต้องรู้โครงสร้างการบริหารของกฎหมายไทยทั้งหมด กฎหมายที่เป็นโครงสร้างสำคัญของรัฐทั้งหมดอยู่ที่ไหนบ้าง

(๔) ต้องรู้กฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนั้น ๆ โดยเฉพาะจะต้อง memorized structure ของกฎหมายนั้นเข้าไปในหัวสมองของท่านเสียก่อน แม้ว่าแก้ไขกฎหมายมาตราเดียว ก็ต้องรู้ว่าที่แก้ไขนั้นมีผลกระทบอะไรบ้าง และควรสนใจวิชาอื่น ๆ เช่น ตรรกวิทยา และสังคมวิทยา

## ๓. จริยธรรมของผู้ร่างกฎหมาย

หลายปีที่ผ่านมาได้มีการหยิบยกปัญหาของจริยธรรมขึ้นมาพิจารณาไม่ว่าในภาคเอกชนหรือภาคราชการก็ตาม Deborah Macnair<sup>๒๐</sup> ได้เสนอว่าผู้ที่ทำ

<sup>๑๖</sup> อ้างใน VCRAC Crabbe, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๖.

<sup>๑๗</sup> VCRAC Crabbe เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๖ ถึง ๑๗.

<sup>๑๘</sup> เอกสารการบรรยายของ ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสุมบุรณ์, หลักเบื้องต้นในการร่างกฎหมาย, เลขที่การคณะกรรมการกฤษฎีกาในการฝึกอบรมนิติกรหลักสูตรการร่างกฎหมาย ครั้งที่ ๑ ณ ศูนย์ฝึกอบรม ปตท. เขาปอয়া อำเภอบึงสามพัน จังหวัดลพบุรี วันที่ ๒๐-๒๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๑ หน้า ๘ - ๑๑.

<sup>๑๙</sup> เพราะระบบกฎหมายในโลกนี้ทั้งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์มีแนวโน้มที่จะหลอมรวมกันเมธอดวิทยา (Methodology) ยังต่างกันก็ตาม แต่การนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้ต้องมีความระมัดระวัง เพราะเขามีแนวคิด แนวตีความ เป้าหมายทางสังคมการเมือง ความเข้าใจเรื่องหลักนิติธรรม และวิธีการร่างต่างจากเรา

<sup>๒๐</sup> Deborah Macnair, Legislative Drafter: A Discussion of Ethical Standards from a Canadian Perspective, 24 Statute Law Review, 2003. p. 125-156.

หน้าที่ร่างกฎหมาย (Legislative Drafter) ก็ควรต้องมีจริยธรรมเช่นกัน ข้อเสนอของเธอ ผู้เขียนก็เห็นด้วยดังนี้

“ผู้ร่างกฎหมายมีหน้าที่ทำให้ร่างกฎหมายหรือกฎระเบียบข้อบังคับมีความง่ายและเป็นที่ยอมรับโดยผู้ต้องการใช้กฎหมายโดยทั่วไป”

“การร่างกฎหมายเป็นการทำงานของกลุ่มวิชาชีพเฉพาะ ร่างกฎหมายจะมีผลกระทบต่อความเจริญเติบโตและความก้าวหน้าของสังคม ผู้ร่างกฎหมายจะเป็นผู้ควบคุมการใช้ถ้อยคำ รับผิดชอบต่อการเขียนกฎหมายให้สอดคล้องเป็นระบบและสอดคล้องกับนโยบายที่กำหนดขึ้น และแม้ว่าในวงการร่างกฎหมายจะมีผู้ทำหน้าที่ร่างกฎหมายอยู่จำนวนน้อย แต่ผลผลิตของงาน จะมีผลกระทบต่อวงการกฎหมายอย่างมาก”

### ความหมายของ “จริยธรรมในการร่างกฎหมาย”

จริยธรรมมีความหมายที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับทางเลือกระหว่าง “สิ่งถูก” และ “สิ่งผิด” (what is right and what is wrong) ซึ่งจริยธรรมที่อยู่ในตัวบุคคลมีที่มาอย่างใดนั้นมีความเห็นอยู่หลายสำนัก ดังนี้

บางสำนักความคิด เห็นว่า บุคคลกระทำการจากใจของตนเอง บุคคลจึงเรียนรู้มาตลอดเวลา และเป็นผู้ตัดสินใจเลือกเส้นทางศีลธรรมด้วยตนเอง เราจะรู้เองโดยไม่ต้องมีใครบอก ถูกหรือผิดอยู่ในใจ แต่อีกสำนักเห็นว่าการเลือกทางจริยธรรมมาจากสัญญาตญาณการต่อสู้ของตนเอง ซึ่งไม่ได้อยู่ในใจเราเลย แต่มาจากประสบการณ์การแพ้หรือชนะที่สอนเรา

แต่ที่สุดแล้วการตัดสินใจทางจริยธรรมก็มาจากทั้งสองทาง

### อะไรคือจริยธรรมของผู้ร่างกฎหมาย

Deborah Macnair พูดถึงการทำงานร่างกฎหมายว่า ผู้ร่างกฎหมายต้องการทักษะซึ่งไม่ได้มีการสอนในมหาวิทยาลัย เขาต้องทำงานแข่งกับเวลา งานต้องสำเร็จด้วยความเร็ว มีความถูกต้อง ความชัดเจน และต้องการความรู้ทางด้านสาระบัญญัติ ผู้ร่างกฎหมายในทุกประเทศโดยปรกติแล้วมักเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ การทำหน้าที่ร่างกฎหมายจึงต้อง

กระทำด้วยความเป็นกลาง เป็นที่ปรึกษาที่มีอิสระ (independent advisors) มีความรับผิดชอบ เช่นในกรณีของแคนาดา ถ้าเป็นผู้ร่างกฎหมายของรัฐสภา ก็ต้องปฏิบัติหน้าที่เพื่อรัฐสภา ไม่ใช่ทำหน้าที่เพื่อบุคคลประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ

นอกจากนี้การร่างกฎหมายเป็นทั้งศาสตร์และศิลป์ (art and profession) ซึ่งอาจกล่าวถึงหน้าที่ความรับผิดชอบต่อการทำงานของผู้ร่างกฎหมายเปรียบเทียบกับผู้ทำงานอื่นทางด้านกฎหมาย ได้ดังนี้

(๑) ผู้ร่างกฎหมายอาจเป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐหรือไม่ก็ได้ แต่ในแคนาดาผู้ร่างกฎหมายส่วนใหญ่ทำงานอยู่ในภาครัฐ

(๒) ผู้ร่างกฎหมายไม่จำเป็นต้องมีคุณวุฒิทางการศึกษาใดเป็นพิเศษ แต่มีประสบการณ์ที่สะสมได้มาจากการทำงาน (experience on the job) ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญมากกว่า (แม้ว่าจะมีการอบรมการร่างกฎหมายในบางมหาวิทยาลัยบ้างก็ตาม) การสร้างประสบการณ์จึงเป็นหน้าที่ที่ผู้ร่างกฎหมายต้องเรียนรู้และสะสมเสมอ

(๓) ผู้ร่างกฎหมายเป็นผู้นำความคิดและนโยบายมาเขียนเป็นตัวหนังสือ ในขณะที่บางคนเห็นว่าเป็นเพียงงานเทคนิค ตัดต่อถ้อยคำ หรือเป็นเพียงการจดขวเลขที่นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีสั่งมา ซึ่งไม่ใช่เช่นนั้นแน่

(๔) บางท่านสงสัยว่าการร่างกฎหมายเป็นการประกอบวิชาชีพกฎหมายหรือไม่ สภานายความของแคนาดาตอบว่า “ไม่ใช่”

(๕) ผู้ร่างกฎหมายได้รับการยอมรับว่าต้องเป็นอิสระ เช่นเดียวกับพนักงานอัยการ หรือผู้พิพากษา ผู้ร่างกฎหมายจึงมีบทบาทของตนเองเมื่อปฏิบัติงานร่วมกับรัฐบาล และรัฐสภา

(๖) ผู้ร่างกฎหมายไม่ได้เป็นผู้ควบคุมคุณภาพของกฎหมายที่จะตราขึ้นมาในขั้นที่สุด เพราะก่อนหน้านี้จะมีบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้องกับกรแก้ไขมากมาย

(๗) แม้ผู้ร่างกฎหมายไม่ใช่ผู้กำหนดนโยบาย แต่ก็สามารถนำสิ่งที่ถูกต้องได้ และหากเห็นว่าไม่ถูกต้องก็ต้องเสนอความเห็นของตน ไม่ว่าต่อผู้บริหารหรือสมาชิกรัฐสภาก็ตาม

(๘) เมื่อมีความเปลี่ยนแปลงในสังคม นโยบายในทางกฎหมายย่อมต้องเปลี่ยนเช่นกัน ในการจัดทำ

ตัวร่างกฎหมาย นอกจากต้องพิจารณาไปถึงความสอดคล้องกับกฎหมายอื่นที่มีอยู่แล้ว ยังต้องพิจารณาถึงความ เป็นธรรม และความสอดคล้องของระบบกฎหมายด้วย

(๙) แม้ต้องตอบสนองอย่างรวดเร็วเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น และเป็นเรื่องยากที่ผู้ร่างกฎหมายจะเปลี่ยนนโยบายเสียเอง แต่เป็นเรื่องง่ายที่จะทบทวน ผู้ร่างกฎหมายจะต้องทำหน้าที่นี้อย่างกระตือรือร้น (active partner) ให้มีการใช้กฎหมายที่ถูกต้องเป็นธรรมและเหมาะสมแก่กาลสมัยด้วย

ผู้คนทั่วไปมักจะมองไม่เห็นบทบาทของผู้ร่างกฎหมาย เนื่องจากไม่ใช่การชี้ขาดคดีความซึ่งเห็นได้ชัดว่ามีผู้ได้ประโยชน์ (ชนะ) และผู้เสียประโยชน์ (แพ้) แต่การร่างกฎหมายจะเป็นการร่างเพื่อองค์กรหรือหน่วยงานหรือของประเทศเป็นส่วนรวม หรือแก้ไขปัญหาเมื่อองค์กรอื่นชี้ขาดว่าไม่ใช่เช่นนั้น แม้ว่างานของผู้ร่างกฎหมายจะเป็นการทำงานในนามขององค์กร แต่ผู้ร่างกฎหมายก็มีความเป็นอิสระและมีความรับผิดชอบในการทำงานและมีส่วนในการสร้างความชอบธรรมของกฎหมายและสังคม

#### ๔. การทำความเข้าใจกระบวนการร่างกฎหมาย

ผู้ร่างกฎหมายควรทำความเข้าใจกระบวนการร่างกฎหมายด้วยว่าต้องผ่านขั้นตอนใดบ้าง เนื่องจากในแต่ละขั้นตอนจะมีตัวแทนของผู้ใช้กฎหมายที่จะตรวจสอบหลักการและความเข้าใจ ซึ่งผู้พิจารณาแต่ละชั้นจะมีมุมมองที่ต่างกัน ขั้นตอนการพิจารณาที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกานั้น เป็นการมองในเชิงเทคนิคและกลไกการบังคับใช้กฎหมาย ตรวจสอบความสอดคล้องของกฎหมายกับหลักกฎหมาย รัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายอื่น ส่วนสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเป็นการมองในฐานะตัวแทนของประชาชนผู้ที่จะต้องมีการะหรือมีสิทธิหน้าที่ตามกฎหมาย และกลั่นกรองกฎหมายซึ่งไม่ว่าจะเป็นการร่างกฎหมายในขั้นตอนใด ผู้ร่างกฎหมายที่รับผิดชอบร่างนั้นก็ต้องพร้อมปรับปรุงและชี้แจงได้เสมอ ภาระหน้าที่ของผู้ร่างกฎหมายดังกล่าวนี้ VCRAC Crabbe<sup>๑๗</sup> ได้บรรยายไว้ซึ่งก็ไม่ต่างจากผู้ทำหน้าที่ร่างกฎหมายของเราสัก ดังนี้

“การร่างกฎหมายเป็นงานยาก บ่อยครั้งที่ผู้ร่างกฎหมายไม่อาจควบคุมการตรวจพิจารณาแก้ไขถ้อยคำได้ ผู้ร่างกฎหมายต้องเผชิญกับแรงกดดันที่รุนแรงจะต้องคิดถึงอดีต ปัจจุบัน และอนาคตไปพร้อมกัน จะต้องคิดถึงพฤติกรรมของคนในสังคมในอดีต เขียนกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาของปัจจุบัน และยังคงมองไปในอนาคตเพื่อสร้างแนวทางสำหรับข้างหน้า

จะต้องมองปัญหาที่เกี่ยวข้องในทุกแง่มุม ไม่ว่าปัญหาเรียบง่ายหรือซับซ้อน การร่างกฎหมายไม่ใช่ความต้องการที่จะเปลี่ยนกฎหมายตามใจชอบ ผู้ร่างกฎหมายจะต้องคิดถึงผู้ใช้กฎหมายซึ่งจะเป็นผู้อ่านกฎหมาย อาจจะใช้กฎหมายด้วยเจตนาบิดเบือนก็ได้ จากช่องว่างของกฎหมายนั้น

ผู้ร่างกฎหมายอาจเผชิญหน้ากับนักปฏิรูปสังคมที่ประณามร่างกฎหมายนั้นว่าเป็นกฎหมายหัวเก่า และร่างกฎหมายฉบับเดียวกันนั้นเผชิญหน้ากับนักอนุรักษ์นิยมที่กล่าวหาผู้ร่างกฎหมายว่าเป็นพวกหัวก้าวหน้าเกินไป และบ่อยครั้งที่ต้องร่างในเวลาที่ไม่เพียงพอ

งานร่างกฎหมายต้องการสมาธิและปัญญาอย่างมาก จะต้องวางแผนและมีกลยุทธ์ในกฎหมาย ความต้องการของฝ่ายการเมืองมักจะมาด้วยความรีบด่วนเหมือนกับการโบกรถให้วิ่ง (requests for legislation come with urgent, immediate flags) การร่างกฎหมายจะต้องกระทำให้เสร็จภายในเวลาที่กำหนด และเมื่อต้องร่างกฎหมายที่ยาว ด้วยความระมัดระวัง ด้วยความอดทน ด้วยการไตร่ตรองอย่างละเอียด เวลาจะเป็นศัตรูแก่ผู้ร่างกฎหมายเสมอ

การร่างกฎหมายไม่ใช่เขียนจบในคนเดียว จะต้องพิจารณาร่างเบื้องต้น มีการหารือและประชุมครั้งแล้วครั้งเล่า แก้ไขปรับปรุงร่าง และแก้ไขอีก เว้นแต่ผู้ร่างกฎหมายผู้มีประสบการณ์และเป็นอัจฉริยะเท่านั้นที่จะสามารถเขียนกฎหมายได้อย่างรวดเร็ว แต่ก็ต้องจัดทำคำอธิบายร่างให้แก่ผู้สั่งการร่างกฎหมายเข้าใจอีก

เมื่อร่างเสร็จแล้วดูเหมือนว่าทุกฝ่ายจะพอใจ แต่ผู้ร่างกฎหมายยังต้องมาพะวงกับงานที่ตนร่างนั้นว่าสมบูรณ์หรือไม่ ยังมีข้อบกพร่อง ช่องโหว่ หรือจุดที่ไม่ได้คิดถึงมาก่อนอีกหรือไม่

<sup>๑๗</sup> VCRAC Crabbe, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๑ ถึง ๑๒.



บริหารเท่านั้น ในกรณีนี้ก็ยกเลิกเปลี่ยนแปลงโดยออกคำสั่งใหม่ได้เสมอ เช่น

- คำสั่งกองบัญชาการคณะปฏิวัติที่ ๒๒/๒๕๐๑ ลงวันที่ ๒๙ พฤศจิกายน ๒๕๐๑ ให้กรรมการคณะนี้มีหน้าที่พิจารณาเรื่องการผลิตและการค้าน้ำแข็งเพื่อให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อยยุติธรรม กับให้เป็นผู้พิจารณาก่อนที่จะอนุญาตให้ตั้งโรงงานน้ำแข็ง และขยายกำลังผลิตของโรงงานน้ำแข็งได้ตามกฎหมายด้วย คำสั่งฯ ดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นกฎหมาย เพราะข้อความในคำสั่งเป็นเพียงคำสั่งในทางบริหารให้คณะกรรมการมีหน้าที่เพียงพิจารณาให้ความเห็นเรื่องการผลิตและการค้าน้ำแข็งก่อนที่จะอนุญาตให้ตั้งหรือขยายโรงงานน้ำแข็งต่อเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจออกใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยสาธารณสุขและกฎหมายว่าด้วยโรงงานทั้งสองฉบับเท่านั้น

(บันทึก เรื่อง หรือเรื่องคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิวัติ (คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย กองที่ ๕) - เรื่องเสร็จที่ ๑๕๑/๒๕๑๐)

ส่วนสถานะของประกาศและคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติเป็นอย่างไร โปรดดู บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง สถานะและคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติบางฉบับ (คณะกรรมการกฤษฎีกา คณะที่ ๑) - เรื่องเสร็จที่ ๙๕๓/๒๕๕๓)

ระเบียบ ประกาศ ข้อบังคับ และคำสั่งที่เป็นกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารต่าง ๆ นั้น ยังมีกฎหมายลำดับรองที่ไม่ใช่เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารหรือราชการส่วนกลางเป็นผู้ออก แต่เป็นอำนาจคณะกรรมการตามกฎหมาย รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐอีก รวมทั้งข้อบัญญัติของท้องถิ่น ซึ่งกฎหมายทำนองนี้เป็น byelaw ประเภทหนึ่งตามความหมายของอังกฤษ นอกจากนี้แล้วกฎหมายแม่บทบางฉบับยังให้อำนาจออกกฎหมายลำดับรองที่มีลักษณะเฉพาะ เช่น พระบัญญัติของสมเด็จพระสังฆราช หรือกฎหมายตราสามดวง เป็นต้น<sup>๒๑</sup>

## ๖. ขั้นตอนการร่างกฎหมาย

Thomas R. Haggard และ George W. Kunej ในหนังสือ Legal Drafting – Process, Techniques and Exercises<sup>๒๒</sup> ให้ข้อคิดเห็นว่า ฟังระลึกว่าการร่างกฎหมายเริ่มจากความคิด (idea) แล้วไปจบ (end) ที่ถ้อยคำบนกระดาษ หน้าที่ของผู้ร่างกฎหมายไม่ได้เป็นผู้ออกความคิดเอง ผู้ร่างกฎหมายยกร่างกฎหมายในสิ่งที่วางนโยบายมาแล้ว แต่ผู้ร่างกฎหมายก็ปรึกษาหารือกับผู้กำหนดนโยบายได้ ถ้านโยบายไม่ชัดเจน และหากต้องตัดสินใจเลือกก็ต้องเสนอทางเลือกในทางที่ดี ผู้ร่างกฎหมายต้องคาดถึงผลกระทบด้วย และเลือกเทคนิคในการเขียนที่ดี ที่จะป้องกันแก้ไขปัญหาได้ และควรปรึกษาหารือกับผู้กำหนดนโยบายดังนี้

(๑) มีความจำเป็นต้องมีกฎหมายนี้ออกมาบังคับใช้หรือไม่ หรือว่าควรปล่อยให้ไปไปตามกลไกของสังคมหรือตลาดที่จะบังคับกันเอง

(๒) กฎหมายนี้จะแก้ไขปัญหาได้จริงหรือไม่ หรือเป็นเพียงเพื่อกลบซ่อนปัญหา

(๓) อะไรจะเป็นผลกระทบตามมา เช่น ประชาชนจะมีพฤติกรรมหลีกเลี่ยงไปทำอย่างอื่นแทนหรือไม่ ซึ่งจะทำให้เป็นผลเสียขึ้นไปอีก

(๔) ผลกระทบระยะยาวคืออะไร

(๕) ที่แน่ ๆ คือ ใครจะได้ประโยชน์ หรือต้องเสียประโยชน์ และอย่างไร

(๖) กฎหมายจะบังคับการได้อย่างไรที่เขียนหรือไม่

(๗) ถ้าใช้ได้ อะไรจะเป็นต้นทุนในการบังคับ – เวลา งบประมาณ หรือเจ้าหน้าที่ ต้องเพิ่มหรือไม่ หรือมีอยู่แล้วหรือไม่

(๘) อะไรคือปรัชญาที่อยู่เบื้องหลังข้อเสนอของร่างกฎหมายนี้ และจะสามารถถูกทดสอบความถูกต้องเมื่อใช้กฎหมายนี้ได้หรือไม่

G.C. Thornton<sup>๒๓</sup> ในหนังสือ Legislative Drafting เป็นผู้เสนอแนะขั้นตอนการร่างกฎหมาย เป็นต้นแบบทั้ง ๕ ขั้นตอน

<sup>๒๑</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า ๒๓ - ๒๔.

<sup>๒๒</sup> Thomas R. Haggard and George W. Kunej, Legal Drafting – Process, Techniques and Exercises, 2nd Thomson/ West, 2007, p. 50 -51.

<sup>๒๓</sup> G.C. Thornton, Legislative Drafting. 3rd edition, Butterworths, 1987. p. 110-133.



ศาสตราจารย์พิเศษ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ อดีตเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้เสนอแนะ ขยายความขั้นตอนการร่างกฎหมายของ Thornton ไว้ ดังนี้<sup>๒๔</sup>

(๑) การทำความเข้าใจนโยบาย (understand the proposal)

(๒) การวิเคราะห์ปัญหาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง (analyzing the proposal)

(๓) การออกแบบโครงสร้างกฎหมาย (designing the law)

(๔) การเขียน (composing and developing the draft)

(๕) การตรวจพิจารณา (verifying the draft)

ขั้นตอนข้างต้นมิใช่จะแยกกันเด็ดขาดเสมอไป บางครั้งก็เป็นกระบวนการที่ต่อเนื่อง หรือย้อนกลับได้

การทำความเข้าใจนโยบายนั้นเป็นการหาเป้าหมายหรือความต้องการของการมีกฎหมายว่าผู้มีอำนาจ กำหนดนโยบายต้องการอะไร ในบางครั้งนโยบายมีความชัดเจนในตัว แต่หลายครั้งที่การสื่อสารนโยบายมายังผู้ร่างกฎหมายอาจไม่ชัดเจน ผู้ร่างกฎหมายจึงมีหน้าที่ต้องตรวจสอบข้อเท็จจริง ซึ่งอาจประสานงานกับผู้กำหนดนโยบายโดยตรง หรือโดยส่วนราชการที่มีหน้าที่รับผิดชอบเรื่องนั้น จนได้หลักการที่ต้องการ ขั้นตอนนี้อาจกระทำไปพร้อมกับการวิเคราะห์ปัญหาที่เกี่ยวข้อง ซึ่งไม่ใช่เพียงข้อเท็จจริงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการวิเคราะห์ข้อกฎหมาย สังคม และปัญหาการบริหารด้วย

การวิเคราะห์ปัญหาเป็นการพิจารณาถึงกฎหมายและระบบกฎหมาย และผลกระทบต่อหลักกฎหมายเพียงใด เช่น กระบดต่อสิทธิและเสรีภาพพื้นฐานในชีวิต ร่างกาย กระบดต่อสิทธิในทรัพย์สินเพียงใด เป็นกฎหมายที่มีผลย้อนหลังหรือไม่ สอดคล้องกับความตกลงระหว่าง

ประเทศหรือไม่ สร้างภาระในระบอบราชการหรือไม่ รวมทั้งบรรทัดฐานการแปลความที่เคยมีมาก่อนเป็นอย่างไร บ่อยครั้งที่ขั้นตอนที่หนึ่งและที่สองจะต้องกระทำในเวลาอันสั้น ฉะนั้น ผู้ร่างกฎหมายจึงต้องเป็นผู้ที่พร้อมเสมอในการสังเกตการณ์นโยบายและมีความรอบรู้ในหลักกฎหมายและกฎหมายเฉพาะเรื่อง ไม่ใช่เริ่มศึกษาเมื่อได้รับนโยบายหรือร่างฯ มาถึงมือ นอกจากนี้ ในการร่างกฎหมายของปัจจุบันนี้ ก็จะต้องจัดทำการวิเคราะห์ผลของการมีกฎหมาย ผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคม (check list) อีกด้วย<sup>๒๕</sup> ซึ่งหากมีการจัดทำวิเคราะห์ที่สมบูรณ์แล้ว จะช่วยในขั้นตอนการร่างกฎหมายได้มาก เนื่องจากไม่ต้องหาข้อมูลใหม่ โดยเฉพาะผลที่จะเกิดขึ้นจากร่างกฎหมายนั้นต่อสังคม

อย่างไรก็ตาม แม้ผู้ร่างกฎหมายจะไม่ได้มีหน้าที่ในการกำหนดนโยบาย แต่หากนโยบายขัดต่อกฎหมายแล้ว ผู้ร่างกฎหมายก็ต้องทบทวนหาทางออกให้แก่ผู้กำหนดนโยบาย เมื่อทุกอย่างลงตัวแล้วก็เขียนโครงสร้างและเขียนรายละเอียด ร่างฯ แรกก็ย่อมไม่สมบูรณ์ ซึ่งในการเขียนกฎหมายนั้นก็จะมีแนวทางการเขียนกฎหมาย ซึ่งเราเรียกว่า “แบบกฎหมาย” ต่อจากนั้นจึงตรวจพิจารณา ซึ่งจะโดยคณะกรรมการซึ่งประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิหลายด้านหรือบุคคลใดก็ได้แล้วแต่ แต่จะเป็นการตรวจสอบว่าที่ร่างฯ มานั้นมีข้อบกพร่องหรือปัญหาใดที่ควรแก้ไขเพิ่มเติมอีกหรือไม่ ซึ่งขั้นตอนนี้ผู้ร่างฯ ก็จะได้รับคำแนะนำที่จะปรับปรุงร่างฯ ให้สมบูรณ์ขึ้น

นอกจากที่ศาสตราจารย์พิเศษ ชัยวัฒน์ฯ ได้นำเสนอข้างต้นแล้ว ขอเสนอแนวทางการร่างกฎหมายจาก “คู่มือการร่างกฎหมาย” ของ Department of Legislative Service รัฐแมริแลนด์<sup>๒๖</sup> (ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเคยเชิญผู้เชี่ยวชาญมาบรรยาย) ซึ่งอาจทำให้ผู้ร่างกฎหมายเห็นแนวทางการร่างกฎหมายได้ ดังนี้

<sup>๒๔</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, เรื่องเดียวกัน หน้า ๑๔ ถึง ๒๕.

<sup>๒๕</sup> โปรดดู บทที่ ๔ คุณภาพของร่างกฎหมาย และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. ๒๕๔๘ ข้อ ๑๔

<sup>๒๖</sup> Department of Legislative Service, Legislative Drafting Manual, 2004, p. 14-15. โปรดสังเกตว่าคู่มือการร่างกฎหมายนี้ได้ปรับปรุงแก้ไขเป็นรายปี เพื่อให้ทันสมัยเสมอ

## ขั้นตอนการร่างกฎหมาย (The Bill Drafting Process) ของ Department of Legislative Service

### (๑) ทำความเข้าใจนโยบาย (Determining the Sponsor's Intent)

ผู้กำหนดนโยบายต้องการอะไร อะไรคือปัญหาที่ผู้กำหนดนโยบายต้องการแก้ไข ใครจะเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากร่างกฎหมาย ร่างกฎหมายต้องการให้ผลลัพธ์บังคับเมื่อใด เป็นกฎหมายเร่งด่วนหรือไม่ จะหาข้อมูลเพิ่มเติมได้จากที่ใด มีสิ่งใดที่ผิดปรกติที่ต้องการให้เขียนในร่างหรือไม่ ทำอย่างไรจึงจะให้ผู้กำหนดนโยบายสามารถใช้กฎหมายให้บรรลุผลได้

ผู้ร่างกฎหมายควรต้องมีโอกาสสื่อสารหรือหารือกับผู้กำหนดนโยบายได้อย่างเต็มที่ เพื่อที่จะให้เกิดความชัดเจนในกฎหมายที่ต้องการให้ยกร่าง

### (๒) ตรวจสอบกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะยกร่าง (Researching the Existing Law)

ผู้ร่างกฎหมายต้องรู้ว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักการที่ต้องการยกร่างที่ใช้ในขณะนั้น รวมทั้งบรรทัดฐานของศาล เพื่อที่จะทราบว่าต้องยกร่างกฎหมายอย่างไรบ้าง เพื่อเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่ฉบับใด

### (๓) จัดทำร่างเค้าโครงของร่างกฎหมาย (Developing an Outline)

การร่างเค้าโครงจะมีประโยชน์เพื่อเป็นการสรุปยอดรวมความคิดของผู้กำหนดนโยบาย และเพื่อให้เกิดความชัดเจนให้มากที่สุด นอกจากนี้โครงสร้างกฎหมายยังทำให้ร่างมีตรรกะ จะช่วยลดช่องว่างในร่าง การเขียนที่อาจซ้ำซ้อน และการขัดแย้งกันของร่าง

### (๔) เตรียมร่างแรก (Preparing a First Draft)

ในขั้นตอนนี้ผู้ร่างฯ จะยกร่างคร่าว ๆ (a rough draft) ขึ้นมา มุ่งไปที่ภาพใหญ่ของหลักการ ยังไม่ต้องสนใจรายละเอียดหรือความถูกต้องชัดเจนของถ้อยคำมากนัก ในขั้นตอนนี้เองผู้ร่างฯ จะรู้ว่าสาระสำคัญตอนใดขาดหายไป และอาจต้องสอบถามข้อเท็จจริงหรือความ

ต้องการจากผู้กำหนดนโยบายหรือส่วนราชการที่รับผิดชอบก็ได้

### (๕) แก้ไขปรับปรุงร่างฯ (Revising - and revising again!)

ขั้นตอนนี้ผู้ร่างฯ ต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถในการวิเคราะห์ความคิดและการอ่านเป็นสำคัญ ต้องอ่านร่างฯ อย่างเป็นกลาง ไม่ควรถือความเข้าใจของตนเป็นหลัก พยายามพิจารณาว่าหากเป็นผู้อื่นจะเข้าใจอย่างไร ซึ่งจะทำให้ผู้ร่างฯ มีสมมติได้ว่าร่างกฎหมายที่ต้องการเป็นอย่างไร ไม่ใช่เป็นร่างฯ ที่มาจากความเข้าใจของตนเอง ในการแก้ไขให้ตั้งคำถาม ดังนี้

- ชัดเจนแล้ว หรือยังกำกวมอยู่หรือไม่

- ร่างทั้งฉบับสอดคล้องกันหรือยัง

- ร่างทั้งฉบับสอดคล้องกับกฎหมายอื่นแล้วหรือไม่ (ร่างฯ ต้องไม่ขัดหรือแย้ง หรือสร้างความสับสนให้กับกฎหมายอื่นที่ไม่ต้องการให้ยกเลิก)

- ที่สำคัญที่สุด ผู้ร่างฯ ต้องตรวจสอบกับ checklist

(คู่มือตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย) ไปพร้อม ๆ กันด้วย

### (๖) เสนอต่อคณะกรรมการตรวจร่าง (Submitting the Bill for Review)

การเสนอต่อคณะกรรมการตรวจร่างอีกครั้งหนึ่ง จะช่วยให้เกิดความรอบคอบ ในที่นี้ผู้ตรวจจะพิจารณาร่างฯ ด้วยสายตาที่มีมุมมองต่างออกไป (a fresh pair of eyes) ซึ่งจะทำให้ร่างกฎหมายมีคุณภาพขึ้น การตรวจพิจารณาที่ดีจะช่วยลดช่องว่างในกฎหมาย และให้คำแนะนำในการแก้ไขเพื่อให้ร่างกฎหมายมีความชัดเจนและสอดคล้องได้ ซึ่งการรับฟังคำแนะนำนี้ยังมีผลที่จะทำให้ผู้ร่างฯ สามารถที่จะปรับปรุงเทคนิคในการยกร่างฯ ของตนให้ดียิ่งขึ้นต่อไปได้

## ๗. ความสัมพันธ์ระหว่างการตีความกฎหมายกับการร่างกฎหมาย

Voltaire ได้ให้คำแนะนำว่า “กฎหมายต้องชัดเจนมีรูปแบบที่สอดคล้องกัน และแน่ชัด การที่ต้อง

ตีความกฎหมายก็เกือบเท่ากับว่าฉ้อฉลต่อกฎหมายนั้น”  
(Let all the laws be clear, uniform and precise: to interpret laws is almost always to corrupt them)<sup>๒๗</sup>

อย่างไรก็ตาม ในการร่างกฎหมายนั้นผู้ร่างกฎหมายต้องคำนึงถึงกติกากฎหมายในการตีความของผู้อ่านหรือผู้บังคับใช้กฎหมายหรือศาลอยู่ในใจด้วย เพราะมีฉ้อฉลแล้วผู้ร่างกฎหมายอาจสร้างปัญหาการบังคับใช้กฎหมายขึ้นแล้ว ดังนี้

- วิธีการตีความมีขึ้นเพื่อกำหนดกติกากฎหมายให้ความหมายแก่คำที่ไม่ชัดเจน

- โดยปรกติแล้วไม่มีปัญหาในการตีความ เว้นแต่ถ้าถ้อยคำมีความหมายมากกว่าหนึ่งความหมาย เพราะฉะนั้นเมื่อกฎหมายมีถ้อยคำและความหมายชัดเจนก็มีความหมายตามนั้น

- การตีความกฎหมายมุ่งที่จะขจัดความคลุมเครือของกฎหมาย

- การหาเหตุผลของกฎหมายก็เพื่อที่จะหาความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น

- กฎหมายมีความหมายตามความหมายของถ้อยคำในวันที่กฎหมายประกาศใช้

- กฎหมายต้องมีผลบังคับใช้ เพราะกฎหมายตราขึ้นเพื่อเป้าหมายบางอย่าง

- กฎหมายจะไม่ใช้กับสิ่งที่กฎหมายไม่ต้องการให้มีอย่างชัดเจน (Expressio Unius Est Exclusio Alterius)

- กฎหมายที่ชัดเจนว่ามีผลลึกลับไม่เป็นธรรมหรือไม่เหมาะสม ถือว่าไม่มีผล

- ศาลหรือผู้ตีความไม่มีหน้าที่แก้ไขถ้อยคำในกฎหมาย

- ต้องสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติใช้วิธีการที่ชัดเจนในการแสดงเจตนา

- การบัญญัติกฎหมายจะต้องมีความกระชับชัดเจนที่สุด ใช้ภาษาที่กะทัดรัดและได้ใจความที่สุด และไม่ขัดต่อเหตุผลและสามัญสำนึก

- เมื่อมีเหตุอย่างเดียวกันต้องใช้กฎหมายเดียวกัน และเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน ต้องตัดสินอย่างเดียวกัน

- อันกฎหมายนั้น ท่านว่าต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัติ

## ๘. บันทึกแสดงเจตนาของร่างกฎหมาย (Explanatory Notes หรือ Exposé des motifs d'un project de loi)

G.C. Thornton ได้กล่าวไว้ในบทความการพิมพ์หนังสือ Legislative Drafting ของเขาในการพิมพ์ครั้งที่ ๓ (1987) ว่า กฎหมายก็เป็นเพียงรูปแบบการขีดเขียนที่เราประดิษฐ์ขึ้น (an artificial form of writing) กฎหมายไม่สามารถเล่าเรื่องได้ทั้งหมด (rarely tell the whole story) กฎหมายจึงไม่อาจสร้างความเข้าใจให้ผู้อ่านได้ทุกเรื่อง สิ่งที่ต้องกระทำไปควบคู่กันคือการจัดทำคำอธิบายกฎหมาย (publication of explanatory material concerning new laws) โดยเขียนด้วยภาษาที่ง่าย ตรงไปตรงมา มีการยกตัวอย่าง อาจจะแสดงแผนภูมิกราฟฟิก มีคำถามคำตอบ

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็มีความเห็นนี้เช่นเดียวกัน โดยเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาในขณะนั้น ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสุมบุรณ์ ในการบรรยายหลักเบื้องต้นในการร่างกฎหมาย ซึ่งสำนักงานฯ จัดหลักสูตรการร่างกฎหมายแก่นิติกรของสำนักงานฯ นอกสำนักงานฯ เป็นครั้งแรก (พ.ศ. ๒๕๓๑)<sup>๒๘</sup> ให้ความเห็นดังนี้

“สำนักงานฯ ได้วางเป้าหมายไว้ว่าการร่างกฎหมายนั้นควรจะมีสมบูรณ์ในหลักการอย่างน้อยที่สุด ๒ ประการ คือ ประการแรกนั้นจะต้องมีองค์กรจัดระบบ

<sup>๒๗</sup> อ้างใน Thomas R. Haggard and George W. Kuney, Legal Drafting – Process, Techniques and Exercises, 2nd Thomson/West, 2007, p. 67.

<sup>๒๘</sup> เอกสารการบรรยายของ ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสุมบุรณ์, หลักเบื้องต้นในการร่างกฎหมาย, เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ในการฝึกอบรมนิติกรหลักสูตรการร่างกฎหมาย ครั้งที่ ๑ ณ ศูนย์ฝึกอบรม ปตท. เขาบ่อยา อำเภอศรีราชา จังหวัดชลบุรี วันที่ ๒๐ - ๒๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๑ หน้า ๘

ที่ดี และประการที่สองจะต้องมีบันทึกอธิบายได้ว่า องค์กรเหล่านั้นคืออย่างไร ในการฝึกอบรมภายในสำนักงานฯ ผมได้ย้ำเสมอว่า การเขียนกฎหมายที่ว่าดีที่ว่ายาก ๆ นั้น เราอาจจะเขียนได้โดยใช้เวลาไม่มากนัก แต่การเขียนบันทึกอธิบายแกลงเหตุผลที่ดี เพื่อที่จะให้ผู้ที่ไม่รู้ได้รู้นั้น เขียนยาก คือ การจะอธิบายได้ว่าทำไมจึงเขียนอย่างนี้มีผลดีและผลเสียอย่างไร ทำไมจึงไม่เขียนอย่างอื่น กรณีนี้เขียนยาก เพราะว่าประการแรก คนอื่นไม่รู้ และประการต่อมา การเขียนของเรานั้น อาจจะไปขัดประโยชน์ผู้อื่นไว้ด้วยก็ได้ เพราะฉะนั้นการเขียนบันทึกปะหน้าในลักษณะที่เป็น *exposé* นั้น จึงเป็นเรื่องที่ยาก และเราก็กำลังพยายามที่จะพัฒนาการเขียนบันทึกในลักษณะนี้ เพราะถ้าหากว่าเราสร้างการเขียนบันทึกที่อธิบายทั้ง *pro* และ *con* ไม่ได้ ก็ขอให้ระลึกไว้ว่ากฎหมายในอนาคตข้างหน้าจะเป็นกฎหมายที่แก้การขัดประโยชน์ระหว่างกลุ่มผลประโยชน์แตกต่างกัน ดังนั้น ถ้าหากท่านไม่มีบันทึกหรือตัว *exposé* แล้ว ท่านก็จะถูกตีตกได้ง่าย ๆ ด้วยการช้อนผลประโยชน์ของผู้มีอำนาจชี้ขาด”

เราอาจศึกษาการจัดทำบันทึกประกอบร่าง (explanatory notes) ของอังกฤษ และการจัดทำคำอธิบายร่างกฎหมายระดับพระราชบัญญัติของฝรั่งเศส (*Exposé des motifs d'un projet de loi*) เป็นตัวอย่าง ซึ่งเอกสารทั้งสองประเทศมีลักษณะที่คล้ายกัน ดังนี้

(๑) เขียนด้วยภาษาง่าย ๆ แบ่งเนื้อหาออกเป็นหมวดหมู่

(๒) บอกวัตถุประสงค์ของเอกสารว่าจัดทำขึ้นเพื่อใช้สื่อสารต่อรัฐสภาที่จะทำให้เข้าใจถึงเนื้อหาของบทบัญญัติของร่างพระราชบัญญัติที่เสนอต่อรัฐสภา

(๓) เอกสารที่จัดทำขึ้นนี้ไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของตัวร่างพระราชบัญญัติ แต่จะชี้แจงถึงเหตุผลและที่มาของการเสนอร่างกฎหมายนั้น รวมทั้งเจตนารมณ์ของร่างกฎหมาย ความประสงค์ที่ต้องการ และการที่ต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายปัจจุบันในส่วนใดที่เกี่ยวข้องบ้าง

โดยปรกติแล้วบันทึกประกอบร่างฯ ประกอบไปด้วยสองส่วน ดังนี้

**ส่วนที่หนึ่ง** เป็นความทั่วไป ที่จะบอกถึงขอบเขต ประวัติความเป็นมา ความสัมพันธ์กับต่างประเทศ มติทางเศรษฐกิจ สังคม หรือกฎหมาย รวมทั้งหลักการทั่วไปที่ต้องการให้มีขึ้น และในส่วนนี้อาจอ้างอิงถึงรายงานผลกระทบการออกกฎหมาย (*l'étude d'impact*) หรือ Checklist ด้วยก็ได้

**ส่วนที่สอง** เป็นการอธิบายรายละเอียด สำหรับกฎหมายที่มีความยาวมาก อาจอธิบายเป็นหมวดหรือส่วนก็ได้

บันทึกประกอบร่างฯ จะไม่ถูกนำไปอภิปรายในสภาโดยสมาชิกเพราะไม่ใช่ตัวร่างกฎหมาย และจะไม่นำลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา แต่อย่างไรก็ตาม เอกสารนี้ในฝรั่งเศสจะนำไปลงเว็บไซต์ *Légifrance-dossiers législative* (<http://www.legifrance.gouv.fr/>) และถือว่าเป็นเอกสารที่อ้างอิงเจตนารมณ์ของร่างกฎหมาย (*travaux préparatoires*) ที่ศาลสามารถใช้ค้นคว้าและอ้างอิงเมื่อมีข้อสงสัยเกี่ยวกับการแปลความกฎหมายนั้นได้ และอังกฤษจะนำลงเว็บไซต์กฎหมายของรัฐบาล (United Kingdom of Parliament) แนบท้ายพระราชบัญญัติที่ประกาศ และเว็บไซต์ของ Office of Public Sector Information ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหอจดหมายเหตุแห่งชาติ<sup>๒๙</sup>

## ๙. ความสำคัญของ “แบบ” ของกฎหมาย

เนื่องจากร่างกฎหมายเป็นการถ่ายทอดเจตนารมณ์ของการปกครอง ภาษาที่ใช้ และลีลาที่ใช้ย่อมมีผลต่อการถ่ายทอด และแม้แต่ความถักถักของถ้อยคำเป็นสิ่งที่ไม่ควรเกิดขึ้น ในประวัติศาสตร์ของการตรากฎหมายไทยจะมีแบบการเขียนและลีลาการเขียนเป็นไปตามยุคสมัย ในสมัยหนึ่งต้องการแบบพิธีและความศักดิ์สิทธิ์ ร่างกฎหมายก็จะเป็นการถ่ายทอดอุดมคติตามนั้น แต่เมื่อร่างกฎหมายต้องการความง่ายในการเข้าใจและการใช้กฎหมาย ลีลาการร่างกฎหมายก็จะเปลี่ยนไป ปัจจุบันนี้แบบกฎหมายจะเป็นแนวทางเบื้องต้นที่ช่วยให้เกิดความสอดคล้องในการร่างกฎหมาย ไม่เกิดการขัดกัน ง่ายต่อการเข้าใจของผู้ใช้กฎหมาย 

<sup>๒๙</sup> ที่มา - La documentation française, Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires, Paris, juin 2005, หน้า ๑๖๑ และ (<http://www.parliament.uk/business/bills-and-legislation/>) และ (<http://www.opsi.gov.uk/acts.htm>)

# ความเห็นทางกฎหมาย ของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่น่าสนใจ

กองกฎหมายไทย

## การชดเชยเยียวยาตัวเงินตามหลักมนุษยธรรม ให้แก่ผู้ได้รับผลกระทบจากเหตุการณ์ชุมนุมทางการเมือง (พ.ศ. ๒๕๕๖ - ๒๕๕๗)



ในทางรัฐประศาสนโยบาย การที่คณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วเห็นว่า มีความจำเป็นที่จะต้องรับดำเนินการชดเชยเยียวยาตัวเงินตามหลักมนุษยธรรมให้แก่ผู้ได้รับผลกระทบจากเหตุการณ์ชุมนุมทางการเมือง (พ.ศ. ๒๕๕๖ - ๒๕๕๗) ซึ่งเป็นนโยบายและหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีที่ต้องส่งเสริมความสามัคคีและความสมานฉันท์ของประชาชนในชาติตามมาตรา ๑๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ และจำเป็นต้องใช้งบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นจึงเป็นเรื่องในทางนโยบายที่อยู่ในอำนาจของคณะรัฐมนตรีที่จะพิจารณาให้ความเห็นชอบได้ หากการใช้จ่ายงบประมาณดังกล่าวเป็นการดำเนินการเพื่อช่วยเหลือเยียวยาปัญหาความเดือดร้อนของประชาชนเป็นการทั่วไป โดยเสมอภาค และเป็นธรรมมิได้มุ่งหมายที่จะให้ประโยชน์แก่กลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๐๒ ระเบียบว่าด้วยการบริหารงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๘ และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่

๑๖ กันยายน ๒๕๕๗ ที่กำหนดแนวทางปฏิบัติการขออนุมัติใช้เงินงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น ส่วนจะดำเนินการจ่ายในอัตรา หลักเกณฑ์ และวิธีการอย่างไรนั้น เป็นเรื่องที่คณะรัฐมนตรีจะพิจารณากำหนดได้ตามความเหมาะสม โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมตลอดจนความพร้อมด้านงบประมาณของรัฐ ซึ่งอาจนำผลการศึกษาของคณะกรรมการศึกษาหลักเกณฑ์และเสนอแนวทางการเยียวยาด้านการเงินตามหลักมนุษยธรรมแก่ผู้ได้รับผลกระทบจากเหตุการณ์ความรุนแรงทางการเมืองในปี ๒๕๕๖ - ๒๕๕๗ ที่ได้แต่งตั้งไว้ มาประกอบการพิจารณากำหนดแนวทางดังกล่าวต่อไปได้

(เรื่องเสร็จที่ ๔๘๐/๒๕๕๘ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การชดเชยเยียวยาตัวเงินตามหลักมนุษยธรรมให้แก่ผู้ได้รับผลกระทบจากเหตุการณ์ชุมนุมทางการเมือง (พ.ศ. ๒๕๕๖ - ๒๕๕๗), คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๒)) 



## การดำเนินการทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่ ผู้กระทำละเมิดซึ่งเกษียณอายุราชการแล้ว

กรณีเจ้าหน้าที่ของมหาวิทยาลัยรามคำแหง ปฏิบัติหน้าที่โดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เจ้าหน้าที่ดังกล่าวต้องรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติ ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ ส่วนการดำเนินการทางวินัยอย่างไรนั้น ย่อมเป็นดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาในการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางวินัยและสามารถดำเนินการทางวินัยตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๗ ได้หรือไม่ ซึ่งการดำเนินการทั้งสองกรณีต้องดำเนินการแยกต่างหากจากกัน แม้ว่าเจ้าหน้าที่ดังกล่าวต้องรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ แล้วก็ตาม

หากเจ้าหน้าที่ซึ่งต้องรับผิดชอบได้เกษียณอายุราชการแล้ว โดยผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวยังไม่ได้เริ่มดำเนินการทางวินัย จนกระทั่ง

เจ้าหน้าที่ดังกล่าวพ้นจากราชการโดยเกษียณอายุไป เกินหนึ่งปีแล้ว กรณีเช่นนี้มหาวิทยาลัยรามคำแหง ย่อมไม่สามารถดำเนินการทางวินัยกับเจ้าหน้าที่ดังกล่าวได้ เนื่องจากมาตรา ๕๓ แห่งพระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๗ ประกอบกับข้อ ๔ แห่งข้อบังคับ มหาวิทยาลัยรามคำแหงว่าด้วยการดำเนินการทางวินัย แก่ข้าราชการซึ่งพ้นจากราชการไปแล้วอันมิใช่เพราะ เหตุตาย พ.ศ. ๒๕๕๒ กำหนดให้ต้องดำเนินการทางวินัย ภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่พ้นจากราชการ

(เรื่องเสรีจที ๖๘๗/๒๕๕๘ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การดำเนินการทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดซึ่งเกษียณอายุราชการแล้ว, คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๒)) 

# ความเห็นทางกฎหมาย ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ที่น่าสนใจ

สำนักกฎหมายปกครอง



## การพิจารณาคำสั่งทางปกครองใหม่

เนื่องจากมีพยานหลักฐานใหม่หรือข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไป

: กรณีคำสั่งอนุญาตให้ข้าราชการ  
ลาออกจากราชการของกรมทางหลวง

กฤษฎีกาสารณฉบับนี้ สำนักกฎหมายปกครองขอเสนอความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่น่าสนใจ เกี่ยวกับการพิจารณาคำสั่งทางปกครองใหม่ ซึ่งเป็นมาตรการอย่างหนึ่งของเจ้าหน้าที่ในการทบทวนคำสั่งทางปกครอง ภายหลังจากมีการออกคำสั่งทางปกครองไปและปรากฏต่อมาว่าการพิจารณาที่ดำเนินการมีข้อบกพร่องสำคัญที่ทำให้เกิดผลผิดพลาดที่จะต้องย้อนกลับมาพิจารณาใหม่อีกครั้ง โดยมาตรา ๕๔ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ กำหนดให้คู่กรณีมีสิทธิขอให้เจ้าหน้าที่พิจารณาเพิกถอนหรือแก้ไขเพิ่มเติมคำสั่งทางปกครองนั้นได้แม้จะพ้นกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์ไปแล้วก็ตาม โดยข้อเท็จจริงในเรื่องนี้สรุปได้ว่ากรมทางหลวงได้มีคำสั่งอนุญาตให้ นาย พ. ข้าราชการของกรมทางหลวงลาออกจากราชการเพื่อพักรักษาตัวเนื่องจากป่วยเป็นโรคเส้นเลือดในสมองตีบ หลังจากคำสั่งอนุญาตให้ลาออกจากราชการมีผลแล้ว ภรรยาของ นาย พ. ได้มีหนังสือขอให้กรมทางหลวงพิจารณาทบทวนคำสั่งดังกล่าว เนื่องจาก นาย พ. มีอายุราชการไม่ครบ ๒๕ ปีบริบูรณ์ มีเพียงสิทธิได้รับบำเหน็จปกติ แต่ไม่มีสิทธิเบิกค่ารักษาพยาบาลให้ตนเองและครอบครัว จึงประสงค์ให้กรมทางหลวงมีคำสั่งใหม่เป็นสั่งให้

ออกจากราชการเพื่อรับบำเหน็จบำนาญเหตุทดแทน ซึ่งจะทำให้ได้รับค่ารักษาพยาบาลจากราชการด้วย พร้อมแนบใบรับรองแพทย์ที่แสดงว่า นาย พ. ป่วยเป็นโรคเส้นเลือดในสมองแตกเดิมและอัมพฤกษ์ครึ่งซีกซ้ายต้องได้รับการฟื้นฟูสมรรถภาพระยะยาว แต่กรมทางหลวงได้ทบทวนคำสั่งอนุญาตให้ลาออกจากราชการแล้วเห็นว่า กรณีของ นาย พ. ไม่เข้าหลักเกณฑ์การให้ข้าราชการพลเรือนสามัญลาออกจากราชการเพื่อรับบำเหน็จบำนาญเหตุทดแทนตามมาตรา ๑๑๐ (๑) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ ประกอบกับกฎ ก.พ. ว่าด้วยการสั่งให้ข้าราชการพลเรือนสามัญออกจากราชการ กรณีเจ็บป่วยไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ราชการของตนได้ โดยสม่าเสมอ พ.ศ. ๒๕๕๖ ข้อ ๓ (๑) ที่จะต้องปรากฏว่าข้าราชการผู้นั้นมีวันลาป่วยรวมกันในหนึ่งปีงบประมาณเกินหนึ่งร้อยยี่สิบวันทำการ หรือมีวันลาป่วยรวมกันเกินหกสิบวันทำการในแต่ละปีงบประมาณติดต่อกันสองปีงบประมาณ แต่ นาย พ. มีวันลาป่วยไม่เป็นไปตามกฎ ก.พ. ดังกล่าว กรมทางหลวงจึงขอหารือไปยังสำนักงาน ก.พ. ซึ่งสำนักงาน ก.พ. มีความเห็นว่าเมื่อไม่ปรากฏว่า นาย พ. ได้ยื่นหนังสือขอลอนหรือระงับการลาออกจากราชการก่อนวันที่ขอลาออกคำสั่ง



อนุญาตให้ นาย พ. ลาออกจากราชการจึงมีผลสมบูรณ์ และเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว แต่เห็นควรให้หาหรือประเด็นเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ต่อคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง กรมทางหลวงจึงขอหารือมาว่า กรมทางหลวงสามารถยกเลิกคำสั่งให้ นาย พ. ลาออกจากราชการตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้หรือไม่ อย่างไร

โดยในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปรากฏจากคำชี้แจงของผู้แทนกระทรวงการคลัง (กรมบัญชีกลาง) ว่าพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. ๒๔๙๔ มาตรา ๙ กำหนดว่า ข้าราชการมีสิทธิได้รับบำเหน็จบำนาญปกติด้วยเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ (๑) เหตุทดแทน (๒) เหตุทุพพลภาพ (๓) เหตุสูงอายุ และ (๔) เหตุรับราชการนาน และมาตรา ๑๒ กำหนดว่า อาจให้บำเหน็จบำนาญทุพพลภาพแก่ข้าราชการผู้เจ็บป่วยทุพพลภาพซึ่งแพทย์ที่ทางราชการรับรองได้ตรวจและลงความเห็นว่าไม่สามารถที่จะรับราชการในตำแหน่งหน้าที่ซึ่งปฏิบัติอยู่นั้นต่อไป ประกอบกับพระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. ๒๕๕๓ มาตรา ๔ กำหนดว่าผู้มีสิทธิได้รับค่ารักษาพยาบาลหมายถึงผู้ได้รับบำนาญปกติหรือผู้ได้รับบำนาญพิเศษเพราะเหตุทุพพลภาพตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการด้วย ดังนั้นเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า นาย พ. ได้ไปตรวจรักษาที่แพทย์ประจำโรงพยาบาลเทรนต์นครราชสีมา และแพทย์ได้วินิจฉัยและมีความเห็นว่า นาย พ. ป่วยเป็นโรคเส้นเลือดในสมองแตกเดิมและอัมพฤกษ์ครึ่งซีกซ้ายทำงานไม่ได้เป็นปกติ ต้องได้รับการฟื้นฟูสมรรถภาพระยะยาว นาย พ. จึงอาจขอให้กรมทางหลวงมีคำสั่งให้ออกจากราชการด้วยเหตุทุพพลภาพตามมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการฯ เพื่อที่จะมีสิทธิได้รับบำนาญและได้รับค่ารักษาพยาบาลจากทางราชการได้ ซึ่งการสั่งให้ออกจากราชการด้วยเหตุทุพพลภาพไม่มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับจำนวนวันลาป่วยเช่นเดียวกันกับการสั่งให้ออกจากราชการเพื่อรับบำเหน็จบำนาญเหตุทดแทนตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนประกอบกับกฎ ก.พ. ที่เกี่ยวข้องแต่อย่างใด

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพิจารณาข้อหารือประกอบกับข้อเท็จจริงเพิ่มเติมแล้วมีความเห็นว่า หนังสือของภரியานาย พ. ที่ขอให้กรมทางหลวงทบทวนคำสั่งอนุญาตให้ นาย พ. ออกจากราชการ อาจพิจารณาได้ว่าเป็นคำขอให้พิจารณาคำสั่งทางปกครองใหม่ตามมาตรา ๕๔ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เนื่องจากเดิมกรมทางหลวงได้มีคำสั่งอนุญาตให้ นาย พ. ลาออกจากราชการโดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่า นาย พ. ป่วยเป็นโรคเส้นเลือดในสมองตีบและต้องการพักรักษาตัว แต่ต่อมาหลังจากออกจากราชการได้ไม่นาน นาย พ. ได้ไปตรวจรักษาที่แพทย์ประจำโรงพยาบาลเทรนต์นครราชสีมา และมีใบรับรองแพทย์ระบุว่า นาย พ. ป่วยเป็นโรคเส้นเลือดในสมองแตกเดิมและอัมพฤกษ์ครึ่งซีกซ้ายทำงานไม่ได้เป็นปกติ ต้องได้รับการฟื้นฟูสมรรถภาพระยะยาว อันเป็นเหตุให้กรมทางหลวงสามารถสั่งให้ นาย พ. ออกจากราชการด้วยเหตุทุพพลภาพตามมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการฯ ได้ ซึ่งจะทำให้ นาย พ. มีสิทธิได้รับบำนาญและค่ารักษาพยาบาลจากทางราชการ กรณีนี้จึงอาจพิจารณาได้ว่ามีพยานหลักฐานใหม่อันอาจทำให้ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นที่ยุติแล้วเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ หรือเป็นกรณีข้อเท็จจริงที่เจ้าหน้าที่ได้ใช้ในการทำคำสั่งทางปกครองได้เปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญในทางที่จะเป็นประโยชน์แก่คู่กรณีตามมาตรา ๕๔ วรรคหนึ่ง (๑) หรือ (๔) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ดังนั้นหากกรมทางหลวงพิจารณาข้อเท็จจริงแห่งกรณีแล้วเห็นว่าเป็นเหตุแห่งการขอให้พิจารณาใหม่ตามบทบัญญัติข้างต้น กรมทางหลวงก็อาจเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาตให้ นาย พ. ลาออกจากราชการเป็นคำสั่งให้ นาย พ. ออกจากราชการด้วยเหตุทุพพลภาพตามมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการฯ เพื่อที่ นาย พ. จะได้รับสิทธิประโยชน์ตามที่กฎหมายกำหนดต่อไป

(เรื่องเสร็จที่ ๗๘๕/๒๕๕๘ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องการพิจารณาคำสั่งทางปกครองใหม่เนื่องจากมีพยานหลักฐานใหม่หรือข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไป: กรณีคำสั่งอนุญาตให้ข้าราชการลาออกจากราชการของกรมทางหลวง ) 



นายนิพนธ์ ะกะมี รองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นประธานในพิธีเปิดการสัมมนาเชิงปฏิบัติการเกี่ยวกับกฎหมายปกครองให้แก่ข้าราชการส่วนท้องถิ่นกรุงเทพมหานคร จัดโดยสำนักกฎหมายปกครอง เมื่อวันที่ ๒๕ มิถุนายน ๒๕๕๘ ณ โรงแรมมารี วอเตอร์เกท กรุงเทพฯ ผู้เข้าร่วมสัมมนา ประกอบด้วย ข้าราชการและลูกจ้างในสังกัดกรุงเทพมหานคร จำนวน ๒๐๐ คน



นายอภิมุข สุขประสิทธิ์ รองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นประธานพิธีเปิดการสัมมนาเชิงปฏิบัติการเพื่อสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับความปลอดภัยด้านอาหารของประเทศไทย จัดโดยฝ่ายกฎหมายสาธารณสุข กองกฎหมายสวัสดิการสังคม เมื่อวันที่ ๔ สิงหาคม ๒๕๕๘ ณ ห้องประชุมปรีดี พนมยงค์ โดยวิทยากรผู้ทรงคุณวุฒิจากทั้งภาครัฐและภาคเอกชน ผู้เข้าร่วมสัมมนา ประกอบด้วย ข้าราชการสายงานนักกฎหมายกฤษฎีกาและสายงานอำนวยการ จำนวน ๔๐ คน



นางฐนันท์ อิศวเลิศศักดิ์ กรรมการร่างกฎหมายประจำ เป็นประธานในพิธีเปิดการสัมมนาเพื่อเผยแพร่ข้อมูลกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียน ข้อมูลพันธกรณีและหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ภายใต้กรอบประชาคมอาเซียน จัดโดยฝ่ายอาเซียนและกิจการต่างประเทศ สำนักกฎหมายต่างประเทศ เมื่อวันที่ ๑๕ กรกฎาคม ๒๕๕๘ ณ โรงแรมโนโวเทล กรุงเทพ สยามสแควร์

# “อาจ” กับ “จะ”

ปกรณ์ นิลประพันธ์\*

“อาจ” กับ “จะ” นั้นเป็นภาษาไทยและมีใช้ในร่างกฎหมายอยู่มาก

หากพิจารณาอย่างผิวเผิน ทั้งสองคำนี้มีความหมายใกล้เคียงกันมาก โดยหมายถึงเรื่องที่ไม่แน่นอนในอนาคต แต่หากพิจารณาตามความหมายที่ให้ไว้ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ แล้ว ปรากฏดังนี้

“จะ” เป็นคำช่วยกริยาบอกอนาคต เช่น จะไป จะอยู่

“อาจ” เป็นคำช่วยกริยาบอกความคาดคะเน เช่น พรุ่งนี้เขาอาจมาประชุมได้ หรือใช้แสดงว่าสิ่งหนึ่งใช้แทนอีกสิ่งหนึ่งได้ เช่น เมื่อไม่มีกะทิกก็อาจใช้นมสดได้

ดังนั้น การใช้คำว่า “อาจ” หรือ “จะ” จึงขึ้นอยู่กับบริบทของการใช้ตามนัยข้างต้น มิใช่คำที่ใช้แทนกันหรือใช้คำหนึ่งเป็นสร้อยของอีกคำหนึ่ง (อาจจะ) ดังที่ใช้กันต่อ ๆ กันมา

วันนี้คงมีสั้น ๆ เพียงเท่านี้ เพราะจะไปประชุม แต่ถ้าฝนยังตกหนักอยู่อาจไม่ไปประชุม เห็นความแตกต่างไหม

## ข้อมูลอ้างอิง

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔

อาจ  
จะ