

บทที่ 2

แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง วิธีพิจารณาคดีของศาลปกครอง และข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ในแง่ทฤษฎีของระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความนั้นสามารถแบ่งกลุ่มหรือประเภท โดยพิจารณาจากอำนาจและหน้าที่ของคู่ความและศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ซึ่งแบ่งออก ได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ คือ วิธีพิจารณาในระบบกล่าวหา¹ (procedure accusatoire) และวิธีพิจารณา ในระบบไต่สวน² (procedure inquisitoire) ซึ่งวิธีพิจารณาทั้งสองมีลักษณะที่ตรงข้ามกัน โดยระบบกล่าวหาเน้นเรื่องบทบาทและสิทธิของคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เป็นสำคัญ คู่ความไม่เพียงแต่เป็นฝ่ายกำหนดขอบเขตของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ในการดำเนินคดี แต่ยังมีบทบาทที่สำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอีกด้วย และกระบวนการ พิเคราะห์ในระบบนี้จะมีลักษณะเป็นกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาโดยเปิดเผยและมีการดำเนินการ ได้แย้งต่อสู้ซึ่งกันและกันระหว่างคู่ความ การแสวงหาข้อเท็จจริงในระบบนี้อธิบายถึงอำนาจ ของคู่ความที่มีต่อการกำหนดลักษณะของข้อพิพาทในคดี รวมทั้งกำหนดลักษณะความสัมพันธ์ ในทางกฎหมายวิธีพิจารณาความ ระบบไต่สวนนั้นได้เน้นเรื่องบทบาทของศาลในการควบคุม

¹ ระบบกล่าวหา มีที่มาจากประเทศอังกฤษและกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Common Law เช่น สหรัฐอเมริกา นิวซีแลนด์ แคนาดา รวมทั้งกลุ่มประเทศอาณานิคมของอังกฤษ โดยมีพื้นฐานวิธีคิดมาจากการแก้แค้นกันระหว่างผู้กระทำผิดกับผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาเพื่อลงโทษผู้กระทำผิดด้วยตนเอง แล้วรวบรวมพยานหลักฐานมานำสืบความผิดของจำเลยในศาล ส่วนศาลหรือผู้พิพากษาจะวางตัวเป็นกลาง โดยเคร่งครัด ไม่ถามหรือแสวงหาพยานหลักฐานใดเพิ่มเติม หากขาดพยานหลักฐานในส่วนใด ศาลจะถือว่าเป็น ความบกพร่องของผู้เสียหายเอง และจะยกประ โขชนในข้อนี้ให้แก่จำเลย

² ระบบไต่สวน มีพื้นฐานและวิธีคิดว่า ผู้มีอำนาจในการไต่สวนควรจะเป็นผู้มีอำนาจในบ้านเมือง อันที่จริง มีอิทธิพลจากศาสนา ว่ากันว่าระบบไต่สวนมีที่มาจากศาลทางศาสนาของคริสต์ศาสนา นิกายคาทอลิก ในสมัยกลาง ซึ่งทางศาสนจักร โดยเฉพาะอย่างยิ่งสันตปาปาแห่งกรุงโรม มีอิทธิพลเหนือฝ่ายอาณาจักรคือ กษัตริย์ หรือเจ้าผู้ครองนครต่าง ๆ ในสมัยกลาง ศาลศาสนาของยุโรปมีวิธีการพิจารณาคดีผู้กระทำผิดเกี่ยวกับกฎหมาย ของทางศาสนาด้วยวิธีการซักฟอกพยาน โดยพระผู้ทำการไต่สวนจะมีอำนาจซักฟอก ซักถามตัวผู้กระทำผิดความผิด ได้โดยตรง

กระบวนการพิจารณาเป็นสำคัญ โดยศาลไม่ถูกจำกัดเฉพาะข้อเท็จจริงที่คู่ความเสนอ แต่มีอำนาจในการค้นหาความจริงเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีด้วย ซึ่งศาลเป็นผู้กำหนดทิศทางการดำเนินกระบวนการพิจารณา กระบวนการพิจารณาในระบบนี้มักจะเป็นการพิจารณาโดยเอกสารหรือเป็นลายลักษณ์อักษร และศาลมีภาระหน้าที่ในการค้นหาความจริง โดยไม่ถูกจำกัดให้พิจารณาเฉพาะข้อเท็จจริงที่นำเสนอโดยคู่ความ³

2.1 อำนาจหน้าที่ของศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

ศาลปกครองมีอยู่แทบทุกประเทศทั่วโลกซึ่งอาจมีชื่อเรียกและมีลักษณะที่คล้ายคลึงหรือแตกต่างกันไป เพราะองค์ประกอบของรัฐหรือประเทศทั่วโลกนอกจากมีดินแดนและอำนาจอธิปไตยแล้วยังมีรัฐบาลและประชากรหรือประชาชนเป็นองค์ประกอบสำคัญอีกด้วย⁴ โดยรัฐบาลหรือภาครัฐ หมายถึง เจ้าหน้าที่ของรัฐและหน่วยงานของรัฐทั้งข้าราชการประจำและข้าราชการการเมือง ส่วนประชาชน หมายถึง ภาคเอกชน ทั้งภาครัฐ(Public Sector) และภาคเอกชน (Private Sector) ต่างมีความสัมพันธ์และดำเนินกิจกรรมร่วมกันเสมอ แต่ในบางกรณีก็เกิดความขัดแย้งหรือเกิดข้อพิพาททางปกครองและนำไปสู่การฟ้องร้องในคดีปกครองขึ้นได้ โดยคดีปกครองเป็นลักษณะที่ประชาชนได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ เช่น ใช้ดุลพินิจในทางมิชอบ ละเลยหรือล่าช้าเกินสมควร หรือใช้อำนาจหน้าที่เกินขอบเขต ประชาชนจึงอาจนำคดีปกครองมาฟ้องต่อศาลปกครองซึ่งมีวิธีการพิจารณาพิพากษาคดีที่สะดวก รวดเร็ว ประหยัด และสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่กรณี เมื่อเป็นเช่นนี้ในทุกประเทศทั่วโลกจึงจำเป็นและหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องมีศาลปกครองหรือมีองค์กรของรัฐที่อาจเรียกชื่ออื่นเข้ามาทำหน้าที่พิจารณาพิพากษา

³ คีตงาม คงตระกูล. (2547). วิธีพิจารณาคดีปกครอง:อำนาจของตุลาการในระบบไต่สวน. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 4 (3). หน้า 111.

⁴ องค์ประกอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศเป็นไปตามมาตรา 1 ของอนุสัญญามอนเตวิเดโอว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐ (Montevideo convention on rights and duties of State) ค.ศ. 1933 ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 1 รัฐเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งมีองค์ประกอบดังต่อไปนี้ (a) ประชากรที่อยู่รวมกันอย่างถาวร (b) ดินแดนที่กำหนดได้แน่นอน (c) รัฐบาล และ (d) ความสามารถที่สถาปนาความสัมพันธ์กับต่างประเทศได้ (อำนาจอธิปไตย)

Montevideo convention on rights and duties of State, signed at Montevideo, December 26, 1933

Article 1. The State as a person of international law should possess the following qualifications: (a) a permanent population; (b) a defined territory; (c) government; and (d) capacity to enter into relations with the other states.

คดีดังกล่าว อันเป็นลักษณะของการอำนวยความสะดวกและปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในเวลาเดียวกันก็มีส่วนช่วยให้การปฏิบัติราชการของภาครัฐเป็นไปด้วยความรอบคอบและมีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้นด้วย⁵

2.1.1 การจัดตั้งสภาแห่งรัฐ อำนาจหน้าที่ และวิธีพิจารณาคดีปกครองของสภาแห่งรัฐในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

การที่จะเข้าใจได้ถึงระบบกฎหมายคู่ (Duality of Law) โดยมีกฎหมายแพ่งคู่กับกฎหมายปกครอง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการมีระบบศาลคู่ (Dualité de juridiction)⁶ นั้น จำเป็นต้องศึกษาระบบกฎหมายและระบบศาลของประเทศฝรั่งเศส เพราะกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเป็นกฎหมายสาขาหนึ่งในระบบกฎหมาย Civil Law ที่ไม่มีการประมวลเป็นกฎหมาย ซึ่งสำหรับนักกฎหมาย Common Law แล้ว กฎหมายปกครองฝรั่งเศสมีสิ่งที่น่าพิจารณา โดยมีทั้งความคล้ายคลึงกันและในขณะเดียวกันก็มีความแปลกแตกต่างจากกฎหมาย Common Law ความคล้ายคลึง คือ กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่ผู้พิพากษาเป็นผู้สร้างขึ้น (judge-made law) ส่วนความแตกต่างอยู่ที่รูปแบบและเนื้อหาของคำพิพากษา ซึ่งประกอบขึ้นเป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากคดี (Case Law) อยู่ที่เทคนิคของวิธีพิจารณาก่อนที่ศาลจะมีคำวินิจฉัยเช่นนั้น⁷

1) การจัดตั้งสภาแห่งรัฐ

ประเทศฝรั่งเศสมีแนวความคิดแต่ดั้งเดิมว่าผู้พิพากษาศาลยุติธรรมควรพิจารณาพิพากษาเฉพาะคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกัน ส่วนคดีปกครองซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเกิดจากการดำเนินงานของฝ่ายปกครองไม่ควรอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะพิจารณา แต่ควรเป็นหน้าที่ของผู้มีความเชี่ยวชาญในคดีปกครอง ดังนั้น ใน ค.ศ. 1799 จึงได้มีการจัดตั้งสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ขึ้นมาให้ทำหน้าที่สองหน้าที่ คือ ให้ความเห็นทางกฎหมายกับฝ่ายบริหาร

⁵ วิรัช วิรัชนิการวรรณ. (2542). *ศาลปกครองไทย: วิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลปกครองอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมนี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 266.

⁶ การควบคุมทางตุลาการต่อฝ่ายปกครอง (contrôle juridictionnel de l'administration) โดยผ่านสถาบันทางตุลาการ (institution juridique) อาจแบ่งได้สองระบบ คือ (1) ระบบศาลเดี่ยว (unité de juridiction) ซึ่งมักปรากฏอยู่ในระบบ Common Law โดยการดำเนินคดีจะมีเพียงระบบศาลเดี่ยว คือ ศาลยุติธรรม (tribunaux judiciaires) ซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญา (contentieux civils et pénaux) รวมทั้งคดีปกครอง (litiges administratifs) และ (2) ระบบศาลคู่ (dualité de juridiction) ซึ่งแยกคดีปกครองออกมาโดยให้เป็นอำนาจของศาลปกครอง (tribunaux administratifs) Voir. Jacques Viguier. (2005). *Le contentieux administratif*. 2^e édition. Paris : Dalloz. Coll. « Connaissance du droit ». page 1.

⁷ อมร จันทรสุมบุรณ์. (2527). *กฎหมายปกครอง*. ห้องสมุดกฎหมายมหาชน ศาลปกครอง. หน้า 11.

และพิจารณาคำร้องทุกข์ของประชาชนเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยสภาแห่งรัฐไม่สามารถวินิจฉัยชี้ขาดได้ แต่จะทำหน้าที่เป็นผู้เสนอแนะคำวินิจฉัยให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้สั่งการ ต่อมาใน ค.ศ. 1872 เมื่อสภาแห่งรัฐได้สร้างและพัฒนาระบบพิจารณาคดีปกครองจนเป็นที่ยอมรับจากสังคม จึงมีการตรากฎหมายมอบอำนาจให้สภาแห่งรัฐสามารถวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองได้เองโดยไม่ต้องให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้สั่งการเช่นที่เป็นมา ในระหว่าง ค.ศ. 1799 ถึง ค.ศ. 1872 สภาแห่งรัฐในส่วนที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครองจึงกลายเป็นศาลปกครองนับแต่นั้นมา และเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองชั้นต้นขึ้น สภาแห่งรัฐในส่วนที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครองจึงมีสถานะเป็นศาลปกครองสูงสุด⁸ และทำให้ประเทศฝรั่งเศสมีระบบศาลคู่ คือ มีระบบศาลที่เป็นเอกเทศจากระบบศาลยุติธรรม ระบบนี้อาจเรียกว่า *justice déléguée*⁹

2) อำนาจหน้าที่และวิธีพิจารณาคดีปกครอง ของสภาแห่งรัฐ

เนื่องจากศาลปกครองของฝรั่งเศสมีสามชั้นศาล คือ ศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และสภาแห่งรัฐในฐานะที่เป็นศาลปกครองสูงสุด ดังนั้น อำนาจหน้าที่ของศาลปกครองแต่ละชั้นศาลย่อมแตกต่างกัน โดยทั่วไปแล้ว ศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีที่มีลักษณะ ดังนี้

(1) คดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือหน่วยงานของรัฐ หรือขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่มีผลใช้บังคับเป็นการเฉพาะรายหรือกลุ่มบุคคล โดยการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองอาจมีพื้นฐานมาจาก

- การไม่มีอำนาจหน้าที่ (Lack of Authority)
- ไม่ดำเนินการตามแนวทางที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจหน้าที่ไว้ (Failure to Observe Procedures)

- การใช้อำนาจในทางมิชอบ (Abuse of Power)
- การฝ่าฝืนกฎหมาย (Violation of the Law)¹⁰

(2) คดีที่ฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือเปลี่ยนแปลงการกระทำทางปกครองที่ถูกฟ้องใหม่ เช่น คดีภาษีอากร คดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบตามสัญญา คดีเกี่ยวกับความผิดในมูลละเมิด เป็นต้น

⁸ Philippe Georges et Guy Siat. (2002). *Droit public*. 13^e édition. Paris : Sirey. page 209 and page 235.

⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2547). *หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 62.

¹⁰ William Safran. *The French Polity* (Fourth Edition, White Plains, New York : Longman Publishers, 1995). page 271.

(3) คดีที่ศาลยุติธรรมขอให้ศาลปกครองตีความข้อกฎหมายที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

(4) คดีเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญาต่อทางหรือถนนสาธารณะซึ่งศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาให้ผู้กระทำความผิดชำระค่าปรับและชดใช้ค่าเสียหาย¹¹

(5) คดีที่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติให้อำนาจไว้ ในคดีอำนาจของศาลปกครองได้กระจายอยู่ในรัฐบัญญัติ (Laws) และกฤษฎีกา (Decrees) รวมทั้งในคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่ผ่านมา ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้กฎหมายฝรั่งเศสไม่มีประมวลกฎหมายศาลปกครอง หรือไม่มี การรวบรวมบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองไว้เป็นหมวดหมู่เดียวกัน เมื่อเป็นเช่นนี้ ศาลปกครองจึงจำเป็นต้องศึกษากฎหมายหลายฉบับ รวมทั้งคำวินิจฉัยของศาลปกครองเพื่อให้ได้มาซึ่งความรู้อันสมบูรณ์เกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครอง อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายเฉพาะนั้น ได้บัญญัติอำนาจทั่วไปของศาลปกครอง เช่น

- อำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทเกี่ยวกับงานโยธา ซึ่งหมายถึง การก่อสร้าง การจัดการ หรือการซ่อมแซมอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้สำหรับงานที่เป็นการบริการสาธารณะ และดำเนินการ โดยนิติบุคคล เช่น เทศบาล

- อำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทเกี่ยวกับเส้นทางคมนาคมทางบก เช่น ถนนของรัฐบาลใน ส่วนกลางและถนนของท้องถิ่น ทางรถไฟ ทางอากาศ และทางน้ำ เช่น แม่น้ำ คลอง ฝั่งทะเล และท่าเรือ

- อำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทเกี่ยวกับสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

- อำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทเรื่องภาษีโดยตรง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ภาษีเงินได้ ซึ่งเป็นการเรียกร้องหรือร้องทุกข์ของผู้เสียภาษีในเรื่องการจัดเก็บภาษีและการคำนวณภาษีผิดพลาดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

- อำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้บังคับกฎหมายเกี่ยวกับโรงงานที่เป็นอันตราย ผิดสุขลักษณะ หรือไม่เหมาะสม

- อำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่น สภาเทศบาล หรือสมาชิกหอการค้า

- มีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาททางปกครองเล็กน้อยอันที่เกี่ยวกับการปกครองของฝรั่งเศส¹²

¹¹ William Safran. (1995). *The French Polity*. 4th edition. New York: Longman Publishers. page 271.

¹² ชาญชัย แสงวงศ์. (2555). *คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 49.

โดยทั่วไปแล้ว สภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองสูงสุดได้แสดงบทบาทในการเยียวยา การกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองที่สร้างความเดือดร้อนหรือความเสียหายให้แก่ประชาชน สืบต่อกันมาช้านาน โดยมีอำนาจหน้าที่หลักที่สำคัญ คือ พิจารณาพิพากษาคดีปกครองและ ให้คำปรึกษาต่อรัฐบาล¹³ สำหรับเงื่อนไขก่อนการฟ้องคดีต่อศาลปกครองของฝรั่งเศสนั้น มีขั้นตอน สำคัญ ดังนี้

(1) ก่อนนำคดีมาฟ้องศาลปกครองผู้ฟ้องคดีจะต้องผ่านขั้นตอนการร้องขอต่อ ฝ่ายปกครองให้ดำเนินการให้เป็นไปตามความต้องการของผู้ฟ้องคดีแล้ว แต่ฝ่ายปกครอง มีคำวินิจฉัยไม่สนองตอบความประสงค์ของผู้ฟ้องคดีทั้งหมดหรือบางส่วนโดยชัดแจ้งหรือ โดยปริยาย เช่น ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำขอต่อฝ่ายปกครองแล้ว แต่ฝ่ายปกครองนิ่งเฉยเป็นเวลา 4 เดือน กฎหมายฝรั่งเศสถือว่าฝ่ายปกครองมีคำวินิจฉัยปฏิเสธโดยปริยายแล้ว

(2) จากนั้นผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ ซึ่งโดยปกติอายุความ ในการฟ้องคดีปกครอง คือ 2 เดือน โดยผู้ฟ้องคดีมีสิทธิที่จะฟ้องต่อศาลปกครองได้ภายใน 2 เดือน นับแต่วันที่รับคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครอง¹⁴

ประเทศฝรั่งเศสจัดระเบียบศาลโดยมีศาลยุติธรรม (Juridiction judiciaire) และ ศาลปกครอง (Juridiction administrative) แยกจากกัน ซึ่งแบ่งออกเป็นศาลยุติธรรม (juridictions de l'ordre judiciaire) และศาลปกครอง (juridictions de l'ordre administratif)¹⁵ โดยศาลยุติธรรมสูงสุด ของฝรั่งเศส คือ Cour de Cassation ซึ่งมีอำนาจควบคุมคำพิพากษาของศาลทั้งหลายที่จัดอยู่ใน จำพวกศาลยุติธรรม (Juridiction judiciaires) เช่น ศาลแพ่ง (Tribunal civil) ศาลพาณิชย์ (Tribunal du commerce) ศาลอาญา (Cour d'assises) และศาลแรงงาน (Conseil de prud' hommes) เป็นต้น ศาลปกครองสูงสุด คือ Conseil d'État ซึ่งมีอำนาจควบคุมคำพิพากษาของศาลทั้งหลายที่จัดอยู่ในจำพวกศาลปกครอง (Juridictions administratives) เช่น ศาลปกครองชั้นต้น (Tribunal administratif) ศาลบัญชี (Cour des Comptes) และศาลวินัยงบประมาณและการคลัง (Cour de discipline budgétaire et financière) อนึ่ง Conseil d'État นั้น มี 2 ฐานะ คือ เป็นทั้งศาล และที่ปรึกษาของรัฐบาลหรือ

¹³ Lionel Neville Brown and John Bell. (1993). French administrative law. 4th edition. Oxford: Clarendon Press. page 59 and page 61.

¹⁴ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2537). ข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับระบบศาลปกครองในต่างประเทศเพื่อ ประกอบการสัมมนาเชิงปฏิบัติการ เรื่อง การตรากฎหมายเพื่อจัดตั้งศาลปกครองตามนโยบาย ของรัฐบาล วันที่ 4-6 กุมภาพันธ์ 2537 ณ โรงแรมริเจนท์ ซะอ่ำ บีช รีสอร์ท. หน้า 493-494.

¹⁵ Voir, Dominique Grandguillot. (2015). *L'essentiel des institutions politiques et administratives de la France*. 12^e édition. Paris : Gualino-Lextenso éditions, DL. Coll. « Les carrés ». page 131-142.

องค์การปกครอง (Administration) ในฐานะที่เป็นศาลนั้น Conseil d'État มีฐานะเป็นทั้ง ศาลอุทธรณ์ สำหรับการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลที่จัดอยู่ในจำพวกศาลปกครอง และเป็นศาล สูงสุดสำหรับศาลทุกศาลที่จัดอยู่ในจำพวกศาลปกครอง¹⁶

สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้รับการยอมรับนับถือว่าเป็นประเทศแม่แบบของศาลปกครอง ประเทศหนึ่ง จนมีประเทศต่าง ๆ หลายประเทศได้นำรูปแบบศาลปกครองของฝรั่งเศสไปใช้เป็น แบบอย่างเป็นจำนวนมาก และศาลยุติธรรมของประชาคมยุโรปก็ได้นำระบบวิธีพิจารณาคดี ปกครองของฝรั่งเศสไปใช้ด้วย โดยการที่ฝรั่งเศสสามารถพัฒนาระบบศาลปกครองของตนขึ้นมา จนประสบความสำเร็จได้นั้นเป็นเพราะปัจจัย 3 ประการ คือ

(1) มีการจัดองค์กรที่ดี กล่าวคือ สภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสมีอำนาจหน้าที่ทั้งในด้านการเป็น ที่ปรึกษากฎหมายของรัฐบาล และการเป็นศาลปกครองโดยข้าราชการของสภาแห่งรัฐแยกกันทำ หน้าที่ดังกล่าวและมีการสับเปลี่ยนหน้าที่กันได้ การจัดองค์กรเช่นนี้ทำให้ข้าราชการของ สภาแห่งรัฐมีโอกาสได้รับทราบและเข้าใจปัญหาทางบริหารต่าง ๆ ได้เป็นอย่างดี และเกิดความ เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายปกครองขึ้น จนสามารถพิจารณาวินิจฉัยคดีปกครองได้อย่างเหมาะสม และเป็นที่ยอมรับของฝ่ายปกครองและประชาชน

(2) มีบุคลากรที่มีคุณสมบัติเหมาะสม กล่าวคือ บุคลากรของสภาแห่งรัฐนั้นเป็นผู้ซึ่งมี ความรู้และประสบการณ์ในการบริหารงานแผ่นดินมาแล้ว จึงย่อมรู้ว่ากรณีใดสามารถเข้าไป ควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองได้โดยไม่ทำให้เสียประสิทธิภาพในการบริหาร และ รู้ว่าเมื่อใดไม่ควรจะก้าวล่วงเข้าไปแทรกแซงในเรื่องที่ควรเป็นดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายปกครอง เพื่อมิให้ศาลปกครองก้าวเข้าไปทำตนเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของฝ่ายปกครอง

(3) มีวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยเฉพาะ มิใช่ นำวิธีพิจารณาคดีความแพ่งที่ใช้บังคับกับคดี ระหว่างเอกชนกับเอกชนซึ่งมีฐานะเท่าเทียมกันมาใช้บังคับกับคดีปกครองซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่าง เอกชนกับรัฐซึ่งมีฐานะไม่เท่าเทียมกัน วิธีพิจารณาคดีปกครองของฝรั่งเศสจึงใช้ระบบไต่สวนและมี การดูแลและคานอำนาจกันระหว่างผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดี¹⁷

2.1.2 การจัดตั้งศาลปกครอง อำนาจหน้าที่ และวิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครอง สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประเทศเยอรมนี (Germany) หรือชื่ออย่างเป็นทางการ คือ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Federal Republic of Germany) โดยศาลปกครองเยอรมันนั้นมีความเป็นมาแบ่งออกเป็น 2 ช่วง คือ

¹⁶ หอสมุดกฎหมายมหาชน. (2517). ศาลปกครองของฝรั่งเศส. *วารสารท้องถิ่น*, 14 (3). หน้า 19.

¹⁷ สำนักงานศาลปกครอง. (2540). *ศาลปกครอง*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 107-108.

ช่วงก่อนและช่วงหลังการจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองที่มีลักษณะเป็นศาลพิเศษที่เรียกว่า ศาลปกครอง ซึ่งมีพัฒนาการเกี่ยวกับการจัดตั้งศาลปกครอง ดังนี้

ช่วงที่ 1 ช่วงก่อนจัดตั้งศาลปกครอง เมื่อปลายคริสต์ศตวรรษที่ 15 หรือในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1495 ซึ่งอยู่ในช่วงที่เรียกเยอรมนีว่าจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ของประชาชาติเยอรมนี และการปกครองแบ่งเป็นระดับจักรวรรดิและระดับมลรัฐ ได้เกิดการเปลี่ยนแปลงของศาลสูงสุด (The Highest Courts) ในระดับจักรวรรดิจำนวน 2 แห่ง โดยศาลยุติธรรมสูงสุดที่อยู่ในอำนาจของกษัตริย์ ได้เปลี่ยนมาเป็นศาลยุติธรรมสูงสุดที่อยู่ในอำนาจของอาณาจักร (Reichskammergericht) การเปลี่ยนแปลงของศาลแห่งแรกเริ่มใน ค.ศ. 1495 ที่ Frankfurt ซึ่งต่อมาใน ค.ศ. 1527 ย้ายไปอยู่ที่ Speyer และใน ค.ศ. 1693 ย้ายไปอยู่ที่ Wetzlar อีกศาลหนึ่งเกิดขึ้นใน ค.ศ. 1498 ที่ Vienna ต่อมาใน ค.ศ. 1693 ศาลยุติธรรมสูงสุดดังกล่าวมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอย่างกว้างขวางทั้งคดีตามกฎหมายเอกชน คือ คดีแพ่งและคดีอาญา ตลอดจนคดีตามกฎหมายมหาชน คือ คดีปกครอง ซึ่งเกี่ยวข้องกับเจ้าที่ดินหรือเจ้าขุนมูลนาย ตลอดจนคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินของกษัตริย์ เมื่อเป็นเช่นนั้น นับแต่คริสต์ศตวรรษที่ 15 ศาลยุติธรรมสูงสุดในระดับจักรวรรดิเริ่มมีอำนาจคุ้มครองสิทธิของประชาชนในทางปกครองและมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองระหว่างเจ้าผู้ปกครองมลรัฐและผู้อยู่ใต้ปกครองของเจ้าผู้ปกครองมลรัฐ แต่อำนาจของศาลยุติธรรมดังกล่าวอยู่ในวงจำกัดเนื่องจากเจ้าผู้ปกครองไม่ส่งคดีไปให้ศาลพิจารณาพิพากษา ส่วนในระดับมลรัฐเจ้าผู้ปกครองได้จัดให้มีคณะบุคคลหรือองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง ประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองของมลรัฐที่ได้รับมอบอำนาจให้พิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทคดีทางปกครอง ซึ่งเคยอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม (Ordinary Courts) การมอบอำนาจเช่นนั้นนำไปสู่ความขัดแย้งเรื่องเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีระหว่างศาลยุติธรรมและองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองอยู่เสมอ สาเหตุสำคัญของความขัดแย้งเนื่องจากศาลยุติธรรมมีวัตถุประสงค์หลักที่ต้องการปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเอกชนเมื่อได้รับความเสียหายหรือความเดือดร้อนจากการกระทำของฝ่ายปกครอง แต่องค์กรดังกล่าวกลับมีวัตถุประสงค์หลักที่ต้องการให้การบริหารงานของฝ่ายปกครองบังเกิดผลอย่างจริงจังและมีประสิทธิภาพ โดยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเอกชนเป็นเรื่องสำคัญในลำดับรอง¹⁸ ซึ่งการจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองโดยให้อยู่ในสังกัดฝ่ายปกครองของมลรัฐนั้นถือว่าเป็นก้าวแรกของศาลปกครองเยอรมัน โดยรูปแบบและโครงสร้างขององค์กรวินิจฉัยชี้ขาดดังกล่าวในแต่ละมลรัฐอาจแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับ

¹⁸ Mahendra Pal Singh. (1985). *German administrative law: in common law perspective*. Berlin: Springer, cop. page 9.

ความเข้มแข็งของฝ่ายการเมืองและฝ่ายปกครองควบคู่ไปกับความต้องการที่จะตั้งอำนาจการพิจารณาชี้ขาดคดีมาจากศาลยุติธรรม และในต้นคริสต์ศตวรรษที่ 18 อำนาจของศาลยุติธรรมในสมัยนั้นก็ได้ถูกจำกัดอีกโดยให้คดีที่เป็นผลประโยชน์ของเอกชนฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรม ส่วนคดีทางปกครอง เช่น คดีเกี่ยวกับการทหาร การภาษีอากร หรือการปฏิบัติของตำรวจ ให้ฟ้องคดีต่อองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง

ช่วงที่ 2 ช่วงหลังจัดตั้งศาลปกครองใน ค.ศ. 1863 มลรัฐ Baden ซึ่งอยู่ทางตอนใต้ของเยอรมนีเป็นมลรัฐแรกที่จัดตั้งศาลปกครองชั้นต้น (Verwaltungsgerichtshof) ที่เป็นอิสระแห่งแรกขึ้นในเยอรมนี¹⁹ โดยออกกฎหมายของมลรัฐเมื่อวันที่ 5 ตุลาคม ค.ศ. 1863 จัดตั้งศาลปกครองอิสระขึ้นเพื่อพิจารณาพิพากษาคำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย พร้อมกับมีหลักประกันให้ประชาชนใช้สิทธิทางศาลปกครองด้วย ทั้งนี้ ผู้ฟ้องคดีปกครองจะต้องผ่านขั้นตอนการยื่นคำร้องขอภายในฝ่ายปกครองตามลำดับสายการบังคับบัญชาของฝ่ายปกครองมาก่อน หรือต้องผ่านขั้นตอนการยื่นคำร้องขอต่อองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางการปกครองชั้นต้นของฝ่ายปกครองมาก่อน ศาลปกครองที่จัดตั้งในมลรัฐ Baden นั้นมีความเป็นอิสระมากกว่าองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดชั้นต้นของฝ่ายปกครอง โดยประกอบด้วยประธาน 1 คน และที่ปรึกษาอีก 6 คน แต่ต้องมีองค์คณะในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองไม่ต่ำกว่า 5 คน นอกจากนี้ ยังมีตุลาการสำรองซึ่งแต่งตั้งจากผู้มีความรู้ทางกฎหมายที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย ความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครอง²⁰ (juge administratif) ปรากฏจากการดำรงตำแหน่งตลอดชีวิต ไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครอง และมีวิธีพิจารณาคดีปกครองของตนเองสำหรับเขตอำนาจของศาลปกครองในขณะนั้น ไม่กว้างขวาง แต่จำกัดอยู่เฉพาะบางเรื่องที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น ผู้ฟ้องคดีปกครอง โดยอาจเป็นบุคคล กลุ่มบุคคล หรือหน่วยงานของรัฐ ฟ้องคดีปกครองได้เท่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ซึ่งมีเพียง 10 เรื่อง เช่น เรื่องเกี่ยวกับกฎหมายสัญชาติ สิทธิเรียกร้องของประชาชนต่อหน่วยงาน การปกครองท้องถิ่น ภาษีอากร ค่าธรรมเนียม การให้เงินช่วยเหลือ ข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งท้องถิ่น และข้อบังคับที่ออกโดยรัฐบาล ทั้งนี้ ต้องเป็นกรณีที่เป็นการกระทบสิทธิของเอกชน ความสำเร็จของศาลปกครองในมลรัฐ Baden ทำให้เป็นที่นิยมของประชาชนและส่งผลให้ฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐสนับสนุนด้วยการขยายเขตอำนาจของศาลปกครองพร้อมทั้งส่งเสริมให้ศาลปกครองและองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางการปกครอง

¹⁹ August Walter Backhaus. (2537). บทความประกอบการสัมมนาเรื่อง วิเคราะห์ระบบศาลปกครองเปรียบเทียบ: ทางเลือกที่เหมาะสมที่สุดสำหรับประเทศไทย. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 41 (3). หน้า 4.

²⁰ Jeanne Lemasurier. (2001). *Le contentieux administratif en droit comparé*. Paris : Economica.

ขั้นต้นของฝ่ายปกครองมีอิสระมากขึ้น พิจารณาแล้วจะเห็นได้จากการที่มลรัฐ Baden ได้ตรากฎหมายวิธีพิจารณาความในศาลปกครองของมลรัฐอีก 2 ฉบับ เมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1880 และ 14 มิถุนายน ค.ศ. 1884 บัญญัติให้ศาลปกครองมีอิสระมากขึ้น และเรียกองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองขั้นต้นของฝ่ายปกครองดังกล่าวว่า ศาลปกครองขั้นต้น

1) การจัดตั้งศาลปกครองเยอรมัน

ศาลปกครองตามมลรัฐต่าง ๆ ได้พัฒนาในเรื่องความเป็นอิสระจากฝ่ายปกครองและเขตอำนาจซึ่งกว้างขวางมากขึ้น จนกระทั่งถึงช่วงก่อนเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 ประมาณ ค.ศ. 1933 เป็นต้นมา ศาลปกครองได้เปลี่ยนแปลงไปในทิศทางตรงกันข้ามอย่างมาก โดยผู้นำประเทศในขณะนั้น คือ Adolf Hitler²¹ (20 เมษายน ค.ศ. 1889–30 เมษายน ค.ศ. 1945)

²¹ Adolf Hitler เกิดเมื่อ 20 เมษายน ค.ศ. 1889 เป็นนักการเมืองเยอรมัน สัญชาติออสเตรียโดยกำเนิด เป็นหัวหน้าพรรคแรงงานสังคมนิยมแห่งชาติเยอรมัน หรือที่รู้จักกันทั่วไปในชื่อ พรรคนาซี Hitler ดำรงตำแหน่ง นายกรัฐมนตรีเยอรมนี ระหว่าง ค.ศ. 1933 ถึง ค.ศ. 1945 และตำแหน่งผู้เผด็จการของนาซีเยอรมนี ตั้งแต่ ค.ศ. 1934 ถึง 1945 Hitler อยู่ ณ ศูนย์กลางของนาซีเยอรมนี ช่วงสงครามโลกครั้งที่สองในทวีปยุโรป และหอโลกอสต์ Hitler เป็นทหารผู้ผ่านศึกสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง และได้รับการประดับอิสริยาภรณ์จากการรบ ต่อมา Hitler ได้เข้าร่วมพรรคกรรมกรเยอรมัน ใน ค.ศ. 1919 ซึ่งเป็นพรรคการเมืองก่อนหน้าพรรคนาซี ก่อนจะได้เป็นหัวหน้าพรรคนาซี ใน ค.ศ. 1921 Hitler พยายามก่อรัฐประหาร ซึ่งเป็นที่รู้จักกันว่า กบฏโรงเบียร์ ในเมืองมิวนิก เมื่อวันที่ 8-9 พฤศจิกายน ค.ศ. 1923 แต่ล้มเหลว Hitler ถูกจำคุกเป็นเวลาหนึ่งปี ซึ่งในระหว่างนั้นเองที่ Hitler เขียนบันทึก ความทรงจำ Mein Kampf (การต่อสู้ของข้าพเจ้า) หลังได้รับการปล่อยตัวเมื่อวันที่ 20 ธันวาคม ค.ศ. 1924 Hitler ได้รับการสนับสนุนจากประชาชนโดยการ โจมตีสนธิสัญญาแวร์ซาย และการเสนออุดมการณ์รวมกลุ่มเยอรมัน การต่อต้านยิว และการต่อต้านคอมมิวนิสต์ ด้วยวาทศิลป์อันมีเสน่ห์ดึงดูดและการโฆษณาชวนเชื่อนาซี หลังได้รับแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 30 มกราคม ค.ศ. 1933 Hitler เปลี่ยนสาธารณรัฐไวมาร์ เป็นจักรวรรดิไรช์ที่สาม ซึ่งเป็นรัฐเผด็จการพรรคการเมืองเดียว ภายใต้อุดมการณ์นาซีอันมีลักษณะเป็นเผด็จการ เบ็ดเสร็จและอัตตาธิปไตย เป้าหมายของ Hitler คือ ระเบียบโลกใหม่ ที่ให้นาซีเยอรมนีครอบงำยุโรปภาคพื้นทวีป อย่างสมบูรณ์ นโยบายต่างประเทศและในประเทศของ Hitler มีความมุ่งหมายเพื่อยึดพื้นที่ที่อยู่อาศัย เป็นของชาวเยอรมัน เขาเป็นผู้นำการสร้างเสริมกำลังอาวุธขึ้นใหม่และการบุกครองโปแลนด์ ในเดือนกันยายน ค.ศ. 1939 อันนำไปสู่การปะทุของสงครามโลกครั้งที่สองในทวีปยุโรป ในระยะเวลาสามปีภายใต้การนำของ Hitler กองทัพเยอรมันและพันธมิตรในยุโรปยึดครองดินแดนยุโรปและแอฟริกาเหนือส่วนใหญ่ อย่างไรก็ตาม สถานการณ์ค่อพลิกผันหลัง ค.ศ. 1941 กระทั่งกองทัพสัมพันธมิตรเอาชนะกองทัพเยอรมัน ใน ค.ศ. 1945 ช่วงปลายสงครามครั้งที่สอง ระหว่างยุทธการเบอร์ลิน ใน ค.ศ. 1945 Hitler แต่งงานกับเอวา บราวน์ ทั้งสองทำอัตวินิบาตกรรมเมื่อวันที่ 30 เมษายน ค.ศ. 1945 เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้ถูกกองทัพแดงของโซเวียตจับตัว และสั่งให้เผาร่างของตน

ได้ปกครองแบบเผด็จการหรือระบอบรวมอำนาจเบ็ดเสร็จ (Totalitarian Regim) พร้อมทั้งประกาศใช้นโยบาย การกระทำของรัฐบาล (Acts of Government) ซึ่งมีจุดมุ่งหมายที่ต้องการให้การปกครองประเทศมีเอกภาพ ไม่เกิดความวุ่นวายหรือความขัดแย้งระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครอง และไม่ต้องการให้ศาลปกครองมาควบคุมบริหารราชการของฝ่ายปกครอง Hitler ได้ลดอำนาจของศาลปกครองด้วยการออกกฎหมายว่าด้วยการทำเรื่องทางปกครองให้ง่าย ลงวันที่ 28 สิงหาคม ค.ศ. 1939 บัญญัติให้เอกชนยื่นคำร้องทุกข์ต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแทนที่ยื่นต่อศาลปกครอง พร้อมกับบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ชั้นต้นของฝ่ายปกครองทำหน้าที่เป็นศาลปกครองชั้นต้น นับแต่วันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1939 เป็นต้นมา ในส่วนของศาลปกครองสูงสุดของมลรัฐยังคงมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดี แต่อยู่ในขอบเขตจำกัด ต่อมาเมื่อวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1941 ได้มีการจัดตั้งศาลปกครองของจักรวรรดิ (Administrative Court of the Empire) ขึ้นแห่งหนึ่ง พร้อมกับการนำศาลปกครองสูงสุดของมลรัฐ Prussia (Prussian Supreme Administrative Court) มารวมไว้ด้วยกัน ในวันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ. 1944 มีการยกเลิกศาลปกครองสูงสุดของมลรัฐอื่นทั่วประเทศ นโยบายการกระทำของรัฐบาลที่กล่าวมานั้นส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างมากโดยเฉพาะในช่วง Hitler เป็นผู้นำประเทศจนกระทั่งถึง ค.ศ. 1945 นโยบายดังกล่าวจึงได้ถูกยกเลิก ใน ค.ศ. 1945 ซึ่งเป็นปีที่สงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุด โดยเยอรมนีแพ้สงคราม ในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1945 ประเทศมหาอำนาจฝ่ายสัมพันธมิตรได้ยึดครองเยอรมนี และตระหนักถึงความสำคัญและความจำเป็นของศาลปกครองในการควบคุมการบริหารราชการของฝ่ายปกครอง แต่การนำระบบศาลปกครองเดิมมาใช้ย่อมเป็นไปได้ยากเพราะประเทศได้รับความเสียหายอย่างมากจากสงคราม อีกทั้งประเทศยังถูกแบ่งและครอบครองโดยประเทศมหาอำนาจฝ่ายสัมพันธมิตร ดังนั้น เมื่อวันที่ 6 สิงหาคม ค.ศ. 1946 ที่กรุงเบอร์ลินจึงได้มีการบัญญัติให้จัดตั้งศาลปกครองขึ้นในทุกมลรัฐที่ถูกยึดครองและมลรัฐในยึดครองของสหรัฐอเมริกา ได้จัดตั้งคณะกรรมการ ไฮเคลเบิร์ก เพื่อร่างกฎหมายที่จำเป็นสำหรับศาลปกครอง และประกาศใช้เมื่อวันที่ 16 ตุลาคม ค.ศ. 1946 ที่เมือง Stuttgart ซึ่งอยู่ในมลรัฐ Württemberg ผลจากการประกาศใช้กฎหมายเมื่อวันที่ 16 ตุลาคม ค.ศ. 1946 ดังกล่าว รวมทั้งผลจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐ ค.ศ. 1949 หรือที่เรียกว่า กฎหมายพื้นฐาน ค.ศ. 1949 (The Basic Law for the Federal Republic of Germany, 23 May 1949) ซึ่งได้บัญญัติให้จัดตั้งศาลปกครองซึ่งเป็นศาลพิเศษที่เป็นอิสระ เหล่านี้ได้มีส่วนสำคัญทำให้หลายมลรัฐจัดตั้งศาลปกครองขึ้น ส่วนในระดับสหพันธ์รัฐนั้น ผลจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐหรือที่เรียกว่า กฎหมายพื้นฐาน ทำให้เมื่อวันที่ 23 กันยายน ค.ศ. 1952 ได้มีการจัดตั้งศาลปกครองของสหพันธ์รัฐหรือเรียกว่า ศาลปกครองสูงสุดขึ้นจำนวนหนึ่งแห่ง จากนั้นใน ค.ศ. 1960 สหพันธ์รัฐได้ตราประมวลกฎหมาย

วิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1960 (Law of Administrative Court Procedure of 1960) ซึ่งมีผลใช้บังคับทั่วสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กฎหมายฉบับนี้ได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 21 มกราคม ค.ศ. 1960 พร้อมกับยกเลิกกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองก่อนหน้านั้นและบัญญัติให้มีศาลปกครองในทุกมลรัฐเป็นระบบและรูปแบบเดียวกัน ในเวลาต่อมา แต่ละมลรัฐได้ตรากฎหมายเพื่อรองรับการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองในมลรัฐของตนเอง โดยสอดคล้องกับกฎหมายในระดับสหพันธรัฐ²²

2) อำนาจหน้าที่และวิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ผลจากการศึกษาระบบการเมืองและการบริหารเยอรมันทำให้กล่าวได้ว่า สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นผู้นำของระบบหลายศาล ซึ่งเป็นระบบศาลที่เป็นเอกลักษณ์ของตนเอง (Unique of Judicial Protection)²³ เพื่อคุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่เกินขอบเขต นอกเหนือจากศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลเยอรมันยังแบ่งออกเป็น 5 สาขา (Five Branches of the German Judiciary) ดังนี้

- (1) ศาลยุติธรรม (Ordinary Courts) ซึ่งถือว่าเป็นศาลทั่วไป
- (2) ศาลปกครอง (Administrative Courts)
- (3) ศาลแรงงาน (Labour Courts)
- (4) ศาลสังคม (Social Courts)
- (5) ศาลภาษีอากร (Tax Courts หรือ Finance Courts)²⁴

ศาลปกครอง ศาลแรงงาน ศาลสังคม และศาลภาษีอากร จำนวน 4 ศาล ถือว่าเป็นศาลพิเศษ ทั้งนี้ เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐหรือเรียกว่า กฎหมายพื้นฐาน ค.ศ. 1949 ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 และในมาตรา 101 (2) ที่เปิดโอกาสให้จัดตั้งศาลพิเศษขึ้นได้ตามกฎหมายที่ผ่านกระบวนการของรัฐสภา และให้มีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับกฎหมายเฉพาะเรื่องซึ่งรวมทั้งคดีปกครองได้²⁵

ศาลปกครองเยอรมันมี 3 ชั้นศาล คือ ศาลปกครองชั้นต้น (Administrative Court of First Instance) ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Administrative Court of Appeal) และศาลปกครองสูงสุด

²² วิรัช วิรัชนิการวรรณ. (2542). *ศาลปกครองไทย: วิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลปกครองอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมนี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 267.

²³ Mahendra Paul. Singh. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18. page 114.

²⁴ ศาลภาษีอากร ขึ้นอยู่กับกระทรวงการคลัง ศาลแรงงาน ขึ้นอยู่กับกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม

²⁵ วิรัช วิรัชนิการวรรณ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 22. หน้า 283.

หรืออาจเรียกว่า ศาลปกครองของสหพันธรัฐ (Federal Administrative Court) โดยศาลปกครองเยอรมันมีอำนาจหน้าที่ทั่วไป หรือมีคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ดังนี้

(1) ศาลปกครองมีอำนาจปกครอง (อำนาจบริหารงาน) เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับศาลปกครองเท่านั้น กิจกรรมทางปกครองอื่น ไม่อาจโอนให้ศาลปกครองได้

(2) คดีพิพาทตามกฎหมายมหาชนที่มีใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายสหพันธรัฐ มิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ศาลพิเศษอื่นใดพิจารณาพิพากษา

(3) คดีขอให้ศาลปกครองยกเลิกการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง เช่น เอกชนฟ้องหน่วยงานของรัฐที่ทำการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของเอกชน รวมทั้งคดีที่ร้องขอให้ศาลปกครองออกคำสั่งทางปกครองซึ่งถูกปฏิเสธหรือละเว้น โดยฝ่ายปกครอง

(4) คดีขอให้ศาลปกครองสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการทางปกครองเนื่องจากฝ่ายปกครองปฏิเสธหรือละเว้นที่จะกระทำการทางปกครองนั้น และผู้ฟ้องคดีอ้างว่าสิทธิของตนถูกระทบทำให้ได้รับความเดือดร้อนหรือความเสียหาย ทั้งนี้ ศาลปกครองมีอำนาจออกคำพิพากษาหรือคำสั่งทางปกครองให้ยกเลิกการกระทำทางปกครอง ถ้าการกระทำทางปกครองนั้นกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ได้รับมอบหมายจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือกฎหมายว่าได้ใช้ดุลพินิจในขอบเขตหรือไม่ อีกทั้งขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้นหรือไม่

(5) คดีพิพาทระหว่างหน่วยการปกครองท้องถิ่นด้วยกันภายใต้กฎหมายมหาชน

(6) ศาลปกครองไม่มีอำนาจหน้าที่ให้คำปรึกษาต่อฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร ตุลาการในศาลปกครองถูกห้ามมิให้เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจการบริหารของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร²⁶

โดยการฟ้องคดีปกครองนั้น กฎหมายพื้นฐานของเยอรมนีได้ให้สิทธิประชาชนในการฟ้องคดีได้ไม่ว่าจะมีศาลปกครองหรือไม่ก็ตาม และมีเงื่อนไขก่อนการฟ้องคดีปกครอง กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีจะต้องผ่านขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมาก่อน โดยมีหลักการ ดังนี้

(1) ก่อนการฟ้องคดี โดยหลักกฎหมายของเยอรมัน ผู้ฟ้องคดีจะต้องผ่านขั้นตอนการร้องขอภายในฝ่ายปกครองเพื่อให้ควบคุมตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยเนื้อหาของวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีจะต้องร้องขอภายใน 1 เดือน นับแต่วันที่ได้รับการกระทำทางปกครอง โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการทางปกครองให้ผู้ฟ้องคดีเดือดร้อนหรือเสียหาย ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นเห็นว่าการร้องขอมีเหตุผลก็วินิจฉัยใหม่ได้ แต่ถ้าไม่เห็นด้วยก็ส่งการร้องขอไปให้คณะกรรมการของฝ่ายปกครองพิจารณาวินิจฉัยและออกเป็นคำวินิจฉัย

²⁶ Mahendra Paul. Singh. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18. page 106.

อุทธรณ์ของฝ่ายปกครอง และถ้าคณะกรรมการดังกล่าวไม่อาจแก้ไขปัญหาได้แล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงจะมีสิทธินำเรื่องขึ้นฟ้องร้องต่อศาลปกครอง²⁷

(2) ถ้าผู้ฟ้องคดีไม่พอใจคำวินิจฉัยที่ได้รับจากการร้องขอภายในฝ่ายปกครองดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิที่จะฟ้องต่อศาลปกครองภายใน 1 เดือน นับแต่ได้รับคำวินิจฉัยอุทธรณ์นั้น

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

กฎหมายทุกลักษณะที่ใช้บังคับแก่ประชาชนย่อมมีจุดหมายเพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวม²⁸ ดังภาษิตกฎหมายที่กล่าวว่า “*Salus populi est suprema.*” (ประโยชน์สุขของประชาชนย่อมเป็นกฎหมายสูงสุด) ดังนั้น วัตถุประสงค์ที่สำคัญของการใช้บังคับกฎหมาย ก็เพื่อสร้างความผาสุกให้แก่ผู้คนในสังคม เมื่อสภาพสังคมมีความเจริญก้าวหน้ามากขึ้น การกระทำผิดกฎหมายกลับยังมีมากขึ้นตามไปด้วย กฎหมายทั้งหลายที่ใช้บังคับอยู่อาจไม่เป็นหลักประกันต่อการล่วงละเมิดความสงบเรียบร้อยของสังคมได้อย่างเพียงพอ เมื่อระยะเวลาได้เปลี่ยนแปลงไปอาจเกิดเหตุการณ์ใหม่ซึ่งเป็นการทำลายความสงบเรียบร้อยของสังคม

ผู้บัญญัติกฎหมายจึงพยายามสรรหาเทคนิคที่เหมาะสมมาใช้บังคับเพื่อควบคุมการกระทำที่เป็นผลเสียต่อส่วนรวมไว้ล่วงหน้า โดยใช้วิธีการบัญญัติศัพท์เทคนิคทางกฎหมายที่เป็นคำกว้าง ๆ เพื่อสามารถนำมาปรับใช้กับเรื่องต่าง ๆ โดยไม่ต้องบัญญัติหลักเกณฑ์ที่ตายตัว ซึ่งมีข้อดี คือ ไม่ว่ากาลเวลาหรือสภาพสังคมจะเปลี่ยนแปลงไปอย่างไร หลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ยังคงสามารถนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงต่าง ๆ ได้” นักนิติศาสตร์บางคนได้เสนอให้ใช้คำว่า “ความมั่นคงปลอดภัยของสังคม” บางคนก็มีความเห็นว่าควรใช้คำว่า “การกระทำที่มีลักษณะที่มีความเหมาะสมต่อสังคม”³⁰ แต่ในที่สุด นักนิติศาสตร์ก็มีความเห็นตรงกันว่าควรใช้คำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องทำความเข้าใจถึงหลักทั่วไปอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพื่อให้ทราบถึงแนวคิดและหลักเกณฑ์ของเรื่องดังกล่าว อันจะนำไปสู่ความเข้าใจที่ลึกซึ้งยิ่งขึ้น

²⁷ กองกรรมาธิการ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. (2537). รายงานการพิจารณาศึกษา เรื่อง องค์การวินิจฉัยคดีปกครอง ของ คณะกรรมาธิการการบริหารและการยุติธรรม วุฒิสภา. หน้า 32.

²⁸ ถนัด คอมันตร์. (2522). เอกสารประกอบคำบรรยายวิชาปรัชญากฎหมาย. เอกสารประกอบคำบรรยายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 1.

²⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2515). คำบรรยายหลักกฎหมายแห่งทั่วไป. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 14.

³⁰ อุกฤษ มงคลนาวิน. (2537). ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน. กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้ง แอนด์พับลิชชิ่ง. หน้า 14.

2.2.1 ข้อความคิดพื้นฐานในการจัดทำคำพิพากษาของศาลปกครอง

การทำคำพิพากษาของศาลมิได้เกิดจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจตามแต่จะคิดเห็นเองของตุลาการแต่ละคน หากแต่เกิดจากการใช้อำนาจตุลาการอย่างเป็นภาวะวิสัยที่มีเหตุผลในอันที่จะรับฟังได้ตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งการใช้อำนาจตุลาการดังกล่าวจะมีคุณภาพได้ ย่อมขึ้นอยู่กับข้อความคิดซึ่งเป็นปัจจัยที่สำคัญหลายประการ ดังนี้

(1) ความคิดพื้นฐานในการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งประกอบไปด้วย

ก. หลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยที่หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานในนิติรัฐใช้สำหรับการจัดระเบียบการใช้อำนาจอธิปไตยภายในรัฐนั้น ๆ (Organization of Sovereignty) แนวความคิดของหลักนี้ ปรากฏขึ้นตั้งแต่สมัย Plato³¹ (427–347 BC) และ Aristotle³² (384–322 B.C.) ซึ่งอยู่ในยุคที่มีการกล่าวถึงการปกครองที่มีองค์กรหลายองค์กร

³¹ Plato เกิดที่กรุงเอเธนส์ (Athens) เป็นนักปรัชญาชาวกรีกโบราณที่มีอิทธิพลอย่างสูงต่อแนวคิดตะวันตก เขาเป็นลูกศิษย์ของ Socrates เป็นอาจารย์ของ Aristotle เป็นนักเขียน และเป็นผู้ก่อตั้งอคาเดมี (Academy) ซึ่งเป็นสำนักวิชาในกรุงเอเธนส์ Plato ใช้เวลาส่วนใหญ่สอนอยู่ที่อคาเดมี แต่เขาก็ได้เขียนเกี่ยวกับปัญหาทางปรัชญาไว้เป็นจำนวนมาก โลกปัจจุบันรู้จักเขาผ่านทางงานเขียนที่หลงเหลืออยู่ ซึ่งถูกนำขึ้นมาแปลและจัดพิมพ์เป็นในช่วงการเคลื่อนไหวด้านมนุษยนิยม งานเขียนของ Plato นั้นส่วนมากแล้วเป็นบทสนทนา คำถาม และจดหมาย ผลงานที่เป็นที่รู้จักของ Plato นั้นหลงเหลืออยู่ทั้งหมด อย่างไรก็ตาม ชุดรวมงานแปลปัจจุบันของ Plato มักมีบางบทสนทนาที่นักวิชาการจัดว่าน่าสงสัย หรือคิดว่ายังขาดหลักฐานที่จะยอมรับว่าเป็นของแท้ได้ ในบทสนทนาของ Plato นั้น บ่อยครั้งที่มี Socrates เป็นตัวละครหลัก ซึ่งเป็นสิ่งที่สร้างความสับสนว่าความเห็นส่วนตัวเป็นของ Socrates และส่วนใดเป็นของ Plato ทั้งนี้ Plato เสียชีวิตที่กรุงเอเธนส์ (Athens) รวมอายุได้ประมาณ 80 ปี

³² Aristotle เกิดเมื่อประมาณ 384 ปีก่อนคริสตกาลที่เมืองสตากิรา (Stagira) ในแคว้นมาเซโดเนีย (Macedonia) ซึ่งเป็นแคว้นที่แหล่งเส้นทางตอนเหนือสุดของทะเลเอเจียน (Aegean Sea) ของนครรัฐกรีก เป็นบุตรชายของนายนิโคมาคัส (Nicomachus) ซึ่งมีอาชีพทางการแพทย์ประจำอยู่ที่เมืองสตาราเนีย และยังเป็นแพทย์ประจำพระองค์ของพระเจ้าอามินตัสที่ 2 (King Amyntas II) แห่งมาเซโดเนีย ในวัยเด็กนั้นผู้ที่ให้การศึกษาแก่ Aristotle คือบิดาของเขานั้นเองซึ่งเน้นหนักไปในด้านธรรมชาติวิทยา เมื่อเขาอายุได้ 18 ปี ก็ได้เดินทางไปศึกษาต่อกับปรัชญาเมธีผู้ยิ่งใหญ่ที่สุดในยุคนั้น คือ Plato ในกรุงเอเธนส์ (Athens) ในระหว่างการศึกษายู่กับ Plato 20 ปีนั้น ทำให้ Aristotle เป็นนักปราชญ์ที่ลือนามต่อมาจาก Plato ต่อมาเมื่อ Plato ถึงแก่กรรมใน 347 ปีก่อนคริสต์ศักราช Aristotle จึงเดินทางไปรับตำแหน่งเป็นพระอาจารย์ของพระเจ้าอเล็กซานเดอร์ ในช่วงระยะเวลา 343-342 ก่อนคริสต์ศักราช ต่อมาใน 336 ก่อนคริสต์ศักราช พระเจ้าอเล็กซานเดอร์ได้ขึ้นครองราชสมบัติต่อจากพระเจ้าฟิลิป พระองค์จึงได้พระราชทานทุนให้แก่ Aristotle เพื่อจัดตั้งโรงเรียนที่สตากิรา ชื่อไลเซียม (Lyceum) ในการทำการศึกษาและค้นคว้าของ Aristotle ทำให้เขาเป็นผู้รอบรู้สรรพวิชา และได้เขียนหนังสือไว้มากมายประมาณ 400-1,000 เล่ม ซึ่งงานต่าง ๆ ที่ได้เขียนขึ้นมานั้น ได้มีอิทธิพลต่อความเชื่อ

ที่ร่วมกันใช้อำนาจต่าง ๆ ภายในรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจเป็นเหตุเป็นผลมากกว่า และทำให้รัฐมีการปกครองที่ดีกว่า ต่อมา John Locke³³ (1632–1704 A.D.) ได้อธิบายเพิ่มเติมถึงความจำเป็นในการแบ่งแยกอำนาจธิปไตยว่า “อำนาจออกกฎหมายและอำนาจบังคับใช้กฎหมายไม่ควรอยู่ในบุคคลเดียวกัน เพราะจะทำให้มีการออกกฎหมายเพื่อยกเว้นการใช้บังคับกับตนเองหรืออาจออกกฎหมายเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของตนได้” และเห็นต่อมามากกว่าอำนาจมี 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติรัฐ (Legislative) อำนาจบริหารกิจการภายในรัฐหรือบังคับใช้กฎหมายภายใน (Executive) และอำนาจการบริหารภายนอกหรือบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ (Federative) ในการทำสงคราม โดยอำนาจบริหารกิจการภายในและอำนาจบริหารกิจการภายนอกแยกออกจากกัน ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวได้รับการพัฒนาต่อเนื่องมาจนถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจตามความคิดของ Montesquieu³⁴

ในศาสนาคริสต์ จวบจนกระทั่งยุคกลางหรือยุคมืด ซึ่งมีเวลาประมาณ 1,500 ปีเป็นอย่างน้อย Aristotle เสียชีวิตด้วยโรคกระเพาะ เมื่อ 322 ปีก่อนคริสตกาล ที่เมืองคาลซิส ขณะมีอายุได้ 62 ปี

³³ John Locke เป็นนักปรัชญาชาวอังกฤษ บิดาของ Locke เป็นพวกสนับสนุนรัฐสภาให้ทำสงครามกลางเมือง และยังเป็นพวก Puritanต่อต้านนิกาย Church of England ในประเทศอังกฤษ จึงหนีไปอเมริกา จบการศึกษาจาก Westminster และ Oxford เติบโตท่ามกลางความปั่นป่วนของความคิดทางสังคม การเมือง ปรัชญา และการต่อสู้ระหว่างกษัตริย์กับรัฐสภา เป็นผู้เขียนหนังสือเรื่อง Two Treatises of Government (ค.ศ. 1689) แนวคิดหลักของหนังสือ คือ การเสนอทฤษฎีที่ว่ารัฐบาลจัดตั้งขึ้นโดยความยินยอมของประชาชน และต้องรับผิดชอบต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน แนวคิดทางการเมืองของ Locke สรุปได้ว่าประชาชนเป็นที่มาของอำนาจการเมือง มีอำนาจในการจัดตั้งรัฐบาลขึ้นได้ รัฐและรัฐบาลมีหน้าที่ปกครองโดยคำนึงถึงประโยชน์และสิทธิธรรมชาติของประชาชน ได้แก่ ชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สิน รัฐบาลมีอำนาจภายในขอบเขตที่ประชาชนมอบให้ และจะใช้เฉพาะเพื่อผลประโยชน์ของประชาชนเท่านั้น รัฐต้องไม่เข้าแทรกแซงในกิจการของปัจเจกชน นอกจากในกรณีที่เป็นจริง ๆ เพื่อรักษาเสรีภาพและทรัพย์สินของผู้นั้น แนวคิดทางการเมืองดังกล่าวจึงเป็นรากฐานความคิดของระบอบประชาธิปไตยสมัยใหม่และมีอิทธิพลต่อปัญญาชนและปรัชญาเมธีของยุโรป โดยเฉพาะกลุ่มนักคิดทางการเมือง (Philosophes) ของฝรั่งเศส Locke เสียชีวิตที่เมือง Somerset ประเทศอังกฤษ รวมอายุได้ 72 ปี

³⁴ Montesquieu เป็นนักวิพากษ์สังคมและนักคิดทางการเมืองชาวฝรั่งเศส มีชีวิตอยู่ในยุคเรืองปัญญา มีชื่อเสียงเกี่ยวกับทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจที่พูดถึงในการปกครองสมัยใหม่และใช้ในรัฐธรรมนูญในหลายประเทศ และเป็นผู้ที่ทำให้คำว่า ระบบเจ้าขุนมูลนาย (Feudalism) และจักรวรรดิไบแซนไทน์ (Byzantium) ใช้กันอย่างแพร่หลาย โดยผลงานเขียนที่มีอิทธิพลมากที่สุดของเขาได้แบ่งแยกฝรั่งเศสออกเป็นสามชนชั้น ได้แก่ กษัตริย์ อภิสิทธิ์ชน และประชาชนทั่วไป แล้วเขายังมองเห็นรูปแบบอำนาจของรัฐออกเป็นสองแบบ คืออำนาจธิปไตยและอำนาจบริหารรัฐกิจ ซึ่งอำนาจบริหารรัฐกิจประกอบด้วย อำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการ โดยแต่ละอำนาจควรเป็นอิสระและแยกออกจากกัน ทำให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งไม่สามารถก้าวก่ายอีกสองอำนาจที่เหลือหรือรวมกันเป็นอำนาจเบ็ดเสร็จได้ หากพิจารณาในแบบยุคสมัยของ Montesquieu แนวคิดนี้จะถูกพิจารณาว่าเป็นแนวคิดหัวรุนแรง เพราะหลักการของแนวคิดดังกล่าวเท่ากับเป็น

(18 มกราคม ค.ศ. 1689-10 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1755) โดย Montesquieu ยอมรับว่า อำนาจอธิปไตยอาจแบ่งได้ 3 อย่าง เรียกว่า สามอำนาจ ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ และกรณีเป็นเรื่องจำเป็นที่จะต้องกระจายสิ่งต่าง ๆ เพื่อให้อำนาจยับยั้งการใช้อำนาจ คังนังในการปกครองจึงต้องจัดวางกลไก มิให้ผู้ใดถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่ไม่มีกฎหมายบังคับให้กระทำหรือมิให้ผู้ถูกบังคับมิให้กระทำในสิ่งที่กฎหมายอนุญาตให้ผู้นั้นสามารถกระทำได้จากหลักการแบ่งแยกอำนาจนี้ปรากฏหลักการสำคัญที่ยึดถือกันมาจนถึงปัจจุบัน คือ ให้การใช้อำนาจทั้งหลายยับยั้งอำนาจด้วยกันเองเพื่อคานและดุลกัน (Checks and Balances) กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นการให้อำนาจทั้งสามตรวจสอบซึ่งกันและกัน และไม่ให้อำนาจทั้งสามรวมอยู่ที่คนเพียงคนเดียวเพื่อป้องกันมิให้เกิดทรราชขึ้น³⁵

เมื่อพิจารณาหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างละเอียดแล้ว พบว่า หากเป็นหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย³⁶ (Pure Doctrine of the Separation of Powers) จะเรียกรื่องสำหรับกรณีการจัดตั้งองค์กรให้มีลักษณะที่เป็นอิสระจากกัน จึงต้องแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 สาขา คือ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ โดยแต่ละองค์กรต้องใช้อำนาจในหน้าที่ของตนไม่ก้าวล่วงอำนาจหน้าที่ของสาขาอื่น และบุคคลที่อยู่ในองค์กรทั้งสามนี้ต้องแยกต่างหากจากกัน และแต่ละสาขาจะคอยทำการตรวจสอบซึ่งกันและกัน อย่างไรก็ตาม แนวความคิดเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจได้มีการแปลความและนำไปปรับใช้ในทางปฏิบัติแตกต่างกันตามลักษณะเฉพาะสภาพทางการเมือง ประวัติศาสตร์ และความเชื่อของแต่ละประเทศ³⁷

ข. หลักการประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ถือเป็นหลักการสำคัญในนิติรัฐ³⁸ โดยหลักการดังกล่าวเรียกรื่องให้รัฐต้องเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในขณะที่เดียวกันรัฐจะจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้หรือภายในกรอบแห่งกฎหมายเท่านั้น กฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มาและข้อจำกัดการใช้อำนาจ

การล้มล้างการปกครองของฝรั่งเศสในสมัยนั้นที่ยึดถือฐานันดรแห่งราชอาณาจักรอย่างสิ้นเชิง และท้ายที่สุดแนวคิดนี้จะเป็นแนวคิดที่ทำลายระบบเจ้าขุนมูลนายในฝรั่งเศสลง

³⁵ สุรพล นิติไกรพจน์. (2537). ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจกับการห้ามศาลพิจารณาที่ฝ่ายปกครองเป็นจำเลย. *วารสารกฎหมายปกครอง*, 13 (2). หน้า 57.

³⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2526). หลักรัฐธรรมนูญนิยมและหลักการแบ่งแยกอำนาจ. *วารสารกฎหมายปกครอง*, 12 (3). หน้า 59.

³⁷ สุรพล นิติไกรพจน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 35. หน้า 59.

³⁸ หลักนิติรัฐ คือ หลักการที่รัฐและหน่วยงานของรัฐใช้อำนาจดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน กฎหมายนั้นก็ต้องจำกัดอำนาจรัฐและหน่วยงานของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจนอกกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั่นเอง

ของรัฐ ดังนั้น ในมุมมองการใช้อำนาจของรัฐ รัฐจะตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เท่าที่ไม่กระทบถึงสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ และการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนี้ต้องมีลักษณะทั่วไป ไม่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผู้หนึ่งผู้ใด โดยเฉพาะเจาะจงหรือเฉพาะกรณี รวมถึงการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพเช่นว่านี้ จะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรตามหลักประชาธิปไตยอีกด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง จึงต้องใช้อำนาจตุลาการในการรับรองคุ้มครอง เพราะการคุ้มครองหรือหลักประกันทั้งหลายจะปราศจากความหมายหากไม่ให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลในการโต้แย้งการกระทำของรัฐ³⁹ เช่นนี้ จึงต้องอาศัยองค์กรศาลที่มีความเป็นกลางเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกโต้แย้งว่าละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ฝ่ายปกครองจะดำเนินการใดที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ จะต้องมีความหมายวางระเบียบในการดำเนินการไว้อย่างชัดเจน และฝ่ายปกครองต้องผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายนั้น ๆ โดยไม่อาจวินิจฉัยหรือดำเนินการให้นอกเหนือไปจากที่บทกฎหมายให้อำนาจไว้ได้⁴⁰ ส่งผลให้การกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครองต้องตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality) ทั้งสิ้น⁴¹ ดังนั้น หากฝ่ายปกครองใช้อำนาจขัดต่อกฎหมายหรือกระทำการโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ศาลปกครองซึ่งมีหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ศาลปกครองจึงต้องยกเลิกหรือเพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว

ค. หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการ ด้วยเหตุที่องค์กรตุลาการมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาทและควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองและเอกชน ภารกิจหลักขององค์กรตุลาการจึงได้แก่การคุ้มครองหลักความชอบด้วยกฎหมายให้บังเกิดผล ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นเกณฑ์หรือมาตรการสำคัญยิ่งที่องค์กรตุลาการต้องใช้อย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน โดยถือว่าเป็นหลักความเสมอภาคในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่ฝ่ายตุลาการต้องยึดถือเสมอ⁴²

³⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 26-27.

⁴⁰ ประยูร กาญจนกุล. (2538). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 62.

⁴¹ วรพจน์ วิสริตพิชญ์. (2544). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 19.

⁴² บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 39. หน้า 28.

ง. หลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ เป็นหลักสำคัญในนิติรัฐอีกประการหนึ่ง ซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการจะไม่เกิดผลเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ หากฝ่ายตุลาการถูกรอบงำหรือถูกแทรกแซงการใช้อำนาจจากฝ่ายอื่น ดังนั้น ความอิสระ (Independence) ของฝ่ายตุลาการจะต้องอยู่บนพื้นฐานของความอิสระ 3 ประการ กล่าวคือ ความอิสระจากคู่ความ ความอิสระจากรัฐ และความอิสระจากสังคม ประกอบกับต้องปราศจากความลำเอียงหรือไม่มีอคติในเรื่องตัวตนด้วย หากปราศจากความอิสระดังกล่าวแล้ว ความไม่เป็นกลางอันเป็นหลักกฎหมายตามธรรมชาติจะปรากฏตัวขึ้น⁴³

(2) ข้อความคิดพื้นฐานที่เกี่ยวกับคำพิพากษาของศาลปกครอง ประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

ก. หลักที่ศาลต้องมีคำพิพากษา ซึ่งเป็นหลักที่ศาลไม่อาจปฏิเสธการปฏิบัติหน้าที่ของตนได้ เพราะการปฏิเสธไม่ให้ประชาชนได้ใช้สิทธิทางศาล ย่อมทำให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเสียไป ทั้งนี้ ในการทำคำพิพากษาดังกล่าว ถือเป็นหัวใจหรือเครื่องแสดงความรู้ความสามารถและความรับผิดชอบของผู้ที่ทำคำพิพากษาหรือคำสั่ง ดังนั้น ในการดำเนินการกระบวนการพิจารณาของศาลในทุกขั้นตอน จึงจำเป็นต้องได้รับการพิจารณาอย่างรอบคอบ ปราศจากอคติลำเอียง และมีเหตุผลแห่งคำวินิจฉัยที่รับฟังได้เป็นยุติ อย่างไรก็ตาม การดำเนินการกระบวนการพิจารณาของศาลนั้น ข้อพิพาทอาจยุติลงในแต่ละขั้นตอนหนึ่ง เช่น ผู้ฟ้องคดีได้ถอนฟ้องในเวลาใด ๆ ก่อนศาลมีคำพิพากษา หรือเป็นกรณีที่ศาลได้วินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีซึ่งได้ดำเนินการกระบวนการพิจารณาแสวงหาข้อเท็จจริงจนครบขั้นตอนก็ได้ แล้วแต่กรณี

ข. หลักที่ศาลต้องพิจารณาคดีตรงตามคำขอ (Application) ของผู้ฟ้องคดี เป็นหลักหนึ่งในหลักกฎหมายวิธีพิจารณาคดีความทั่วไปที่นำมาใช้กับศาลทุกระบบ ทั้งนี้ เนื่องจากศาลไม่อาจหยิบยกประเด็นปัญหาขึ้นพิจารณาได้เอง ทั้งยังไม่อาจกำหนดรายละเอียดของประเด็นปัญหาที่ตนเห็นควรเพิ่มเติมได้โดยปราศจากความต้องการของผู้ฟ้องคดี ดังนั้น การเสนอคำฟ้องและกรอบของข้อโต้แย้งจึงเป็นหน้าที่ของคู่ความ (Party) ในการจัดสมดุลผลประโยชน์ที่มีต่อกัน มิใช่หน้าที่ของศาลที่จะไปทำลายสมดุลดังกล่าว หลักการข้างต้นจึงนำไปสู่ผลสุดท้ายซึ่งเป็นหลักกฎหมาย

⁴³ ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุลชัย. (2531). การประกันสิทธิตามข้อเรียกร้องของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในกฎหมายปกครองของไทย. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 19.

ทั่วไปในการตัดสินใจที่ศาลไม่อาจพิพากษาให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มากกว่าที่ขอมาได้⁴⁴ อย่างไรก็ตาม การที่ศาลจำกัดตนอยู่ภายใต้กรอบของข้อโต้แย้งอาจทำให้สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองได้รับผลกระทบเพียงเพราะผู้ฟ้องคดีไม่ได้ยื่นมากล่าวอ้าง จึงเกิดข้อยกเว้นให้ศาลสามารถหยิบยกประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยมาวินิจฉัยเองได้ตลอดเวลา และในทุกชั้นศาลเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคนในสังคมนั่นเอง

ค. หลักที่ห้ามศาลพิพากษาเป็นฝ่ายปกครองเสียเอง โดยที่การใช้อำนาจตุลาการตามหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้น จะต้องจำกัดอยู่แต่เพียงการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หากใช้อำนาจตุลาการพร้อมกับอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายแล้ว ก็จะทำให้ตุลาการประพฤติเป็นผู้บังคับบัญชาหรือบริหารประเทศเสียเอง ส่งผลให้การใช้อำนาจอ้างกล่าวว่ามีแนวโน้มที่จะละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น โดยหลักแล้วตุลาการศาลปกครองจึงไม่อาจบังคับฝ่ายปกครองให้ทำการใด ๆ ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ศาลไม่อาจทำแทนที่ฝ่ายปกครองในการตัดสินใจใด ๆ ในขั้นตอนการพิจารณา ซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองโดยแท้ อย่างไรก็ตาม การที่ศาลไม่อาจพิพากษาเป็นฝ่ายปกครองได้ตามหลักแบ่งแยกอำนาจนั้น อาจทำให้คำพิพากษาไม่มีประสิทธิภาพหรือไร้สภาพบังคับได้ ศาลจึงได้ปรับการทำคำพิพากษาให้มีผลในทางปฏิบัติมากขึ้น⁴⁵

ง. หลักความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษาถึงที่สุด⁴⁶ ตามหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายวิธีพิจารณาความ (Procedure Law) เมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้วทั้งคู่ความหรือบุคคลที่คำพิพากษาให้มีผลไปถึง รวมทั้งศาลที่พิจารณาคดีนั้น ย่อมต้องถูกผูกมัดตามคำพิพากษา ส่งผลในทางรูปแบบที่ทำให้คู่ความย่อมไม่อาจที่จะอุทธรณ์โต้แย้งคำพิพากษานั้นได้อีกต่อไป คดีนั้นจึงเป็นอันยุติสิ้นลง ส่วนในทางเนื้อหานั้น ผลแห่งคำพิพากษาย่อมผูกพันคู่ความในคดีและผูกพันศาลเป็นยุติเด็ดขาด การรื้อคดีที่ถึงที่สุดและเกิดสภาพเสร็จเด็ดขาดในทางกฎหมายไปแล้วมาฟ้องใหม่ย่อมไม่อาจ

⁴⁴ Jean-Marie Auby. (1974). "L'Ultra petita" dans la procédure contentieuse administrative. In : *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence. page 265-269.

⁴⁵ พรทิพย์ รัตนจงจิตรกวี. (2557). *ปัญหาการพิจารณาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนในคดีปกครอง*. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 29.

⁴⁶ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2550). *การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยและผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี*. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 14-20.

กระทำได้ เพราะหากยอมให้ทำเช่นนั้นได้ ความไม่แน่นอนในทางกฎหมายจะเกิดขึ้นอันนำมาสู่ผลกระทบอย่างสำคัญต่อนิติฐานะ (Legal Status) ของบุคคลต่อไป

2.2.2 ที่มาและความหมายของคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชน

สังคมไม่ว่าอารยะหรืออารยะอาจมองได้ในรูปศูนย์รวมแห่งสถาบันต่าง ๆ ของมนุษย์ ซึ่งต่างมีความมุ่งหมายที่จำชัดแจ้งไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคม สถาบันเหล่านี้อาจจะมีวัตถุประสงค์อื่นและเพื่อสนองความต้องการอย่างอื่น แต่การบรรลุถึงความสงบเรียบร้อยย่อมเป็นมูลฐานอันสำคัญที่สุด ทำไมความสงบเรียบร้อยของสังคมจึงเป็นสิ่งที่มนุษย์ทุกหมู่เหล่าแสวงหาคำตอบอาจจะมีได้หลายอย่าง แต่ที่สำคัญอย่างหนึ่ง คือ เพราะสวัสดิภาพของมนุษย์ต้องการซึ่งความสงบเรียบร้อย อย่างน้อยที่สุดก็ให้เป็นการเพียงพอเพื่อเป็นหลักประกันว่าความจำเป็นขั้นมูลฐาน เช่น การหาอาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัย ยารักษาโรค และการอบรมเลี้ยงดูบุตรจะต้องอยู่ในระดับที่น่าพอใจ มิใช่อยู่ในระดับที่ระส่ำระสายและขัดแย้งอยู่เป็นนิจ แต่อยู่บนรากฐานแห่งความสงบเรียบร้อยมีความมั่นคงพอสมควรด้วย

ความสงบเรียบร้อยของสังคมบรรลุถึงอย่างไร สิ่งนี้มิได้เกิดขึ้นตามธรรมชาติ โดยปราศจากความมานะพยายาม นับแต่มนุษย์เริ่มเข้าอยู่ร่วมกันเป็นหมู่เหล่า ร่วมมือกันจัดหาสิ่งจำเป็นแก่ชีวิต มนุษย์ประสบกับความจริงว่า ไม่อาจวางใจได้ว่าสมาชิกทุกคนจะปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของสังคม แม้แต่ในสังคมซึ่งมีความกลมกลืนกันที่สุด ก็ยังมีปัญหาของผู้ที่ปฏิบัติตนออกนอกรอยเกิดขึ้นเสมอ ด้วยเหตุนี้ เทคนิคการควบคุมสังคม (Technich of Social Control) จึงถูกพัฒนาขึ้นในทุกสังคม เพื่อจัดการปัญหาความสงบเรียบร้อยของสังคม

(1) ความหมายของคำว่าความสงบเรียบร้อย

ในสังคมเริ่มแรก ความสงบเรียบร้อยของสังคมเกิดขึ้นจากความกลมกลืนกับค่านิยมมูลฐานเป็นหลักใหญ่ เสริมด้วยระบบเครือญาติอันแน่นแฟ้น พิธีกรรม ข้อห้ามศรัทธาในศาสนา ซึ่งทุกคนยอมรับ และจารีตประเพณี อย่งไรก็ดี เมื่อสังคมลับซับซ้อนมากขึ้น มาตรการที่ใช้เพื่อได้มาซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคม การระงับข้อพิพาท การชำระไว้ซึ่งจารีตประเพณีก็ยุ่งยากมากขึ้น ซึ่งมีโครงสร้างสูงขึ้นและไม่เกี่ยวกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยเฉพาะ สถาบันทางกฎหมาย (Legal Institution) ซึ่งมีรูปแบบซับซ้อนก็เข้าแทนที่สถาบันเก่า ๆ ในการจรจรของสังคม” ต่อมาจึงได้มีการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งริเริ่มโดยชาวโรมันเป็นครั้งแรกในโลก และกฎหมายโรมันเป็นที่มาของแนวความคิดเรื่องความสงบเรียบร้อยของสังคม⁴⁸

⁴⁷ อุกฤษ มงคลนาวิน. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 30. หน้า 13.

⁴⁸ อุกฤษ มงคลนาวิน. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 30. หน้า 13.

ต่อมา คำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชน (ordre public) ปรากฏอยู่ในมาตรา 1131 และมาตรา 1133 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส โดยคำเนนรยตามกฎหมายโรมันดังกล่าว⁴⁹ ในทำนองเดียวกัน มีหลักฐานยืนยันว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนของอังกฤษ (Public Policy) นั้นได้รับแนวคิดมาจากกฎหมายโรมัน และคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนของเยอรมันก็มีที่มาจากกฎหมายโรมันเช่นกัน⁵⁰ ฉะนั้น คำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนของไทยก็มีที่มาจากกฎหมายโรมันด้วย เพราะคำนี้มีการเลียนแบบมาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งดำเนินรอยตามกฎหมายโรมัน⁵¹

คำว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยหลายฉบับ อาทิเช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113 มาตรา 114 และมาตรา 1465 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 มาตรา 225 และมาตรา 249 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 มาตรา 177 และมาตรา 195 พระราชบัญญัติสัญญาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 17 และมาตรา 19 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 5 เป็นต้น แต่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้กล่าวถึงมานี้ กลับไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติใดที่ให้คำนิยามคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ไว้ในตัวของกฎหมายเลย

แม้ผู้บัญญัติกฎหมายจะเจตนาไม่ให้อำนาจนิยามถึงความหมายของคำว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ไว้ในตัวของอย่างชัดเจน แต่ผู้ใช้กฎหมาย เช่น ผู้พิพากษา อัยการ ทนายความ นักนิติศาสตร์ ก็จำเป็นต้องแสวงหาความหมายของคำว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนั้น จึงยังคงมีความจำเป็นที่จะแสวงหาความหมายของคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้คำนี้จะมีหลักการที่ไม่แน่นอนก็ตาม แต่การที่จะรู้ความหมาย (Meaning) หรือหลักการ (Principles) ที่สำคัญเกี่ยวกับเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็ยังคงดีกว่าการไม่รู้หรือไม่มีหลักการอะไรเลย

เพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายรู้ความหมายหรือหลักการที่สำคัญเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนและสามารถใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ รวมถึงเพื่อให้เกิดความสมบูรณ์ทางวิชาการจึงต้องพยายามค้นหาความหมายของคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนจากแนวความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ผู้ทรงคุณวุฒิ ดังต่อไปนี้

⁴⁹ Owen Hood Phillips. (1970). *A first book of English law*. London: Sweet & Maxwell. page 103.

⁵⁰ สุรพล ธรรมสติติ. (2521). *ความสงบเรียบร้อยของประชาชน*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 10.

⁵¹ อุทกษ มงคลนาวิน. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 30. หน้า 12.

หลวงประดิษฐมนูธรรม ได้ให้ความหมายว่า คำว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ในทางกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเคยตีความว่า เกี่ยวแก่การรักษาความสงบ การคุ้มครองความปลอดภัยอันจะเกิดขึ้นจากบุคคลหรือทรัพย์สินบุคคล⁵²

ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน ได้กล่าวในเรื่องการให้ความหมายของคำว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ไว้ว่า การที่จะให้คำจำกัดความว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน มีความหมายอย่างไรนั้น เป็นสิ่งที่ทำได้ยาก และคิดว่าคงไม่มีผู้ใดสามารถให้คำจำกัดความได้อย่างสมบูรณ์แต่จะกล่าวถึงแต่เพียงวัตถุประสงค์ของคำดังกล่าวนี้ อาจพูดได้ว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีความมุ่งหมายที่จะให้ยกขึ้นมาใช้ในกรณีที่ผลประโยชน์ของส่วนรวมของสังคม ขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัว ผลประโยชน์ส่วนรวมย่อมมีความสำคัญกว่า และเนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคม ดังนั้น คู่กรณีจะแสดงเจตนาเป็นอย่างอื่น ยกเลิกไม่นำบทบัญญัตินั้นมาใช้บังคับไม่ได้ โดยสรุป ความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงหมายถึงประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและสังคม⁵³

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช อธิบายว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ การใดๆ ที่เกี่ยวข้องความปลอดภัยของประชาชนทั้งหลายภายในและภายนอกประเทศ⁵⁴

ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร อธิบายว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ ข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชน เป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมยอมเหนือเอกชน ทั้งนี้ เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้ เพื่อคุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง⁵⁵

วิริยะ เกิดศิริ ได้ให้ความหมายไว้ว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ได้แก่ วินัยข้อบังคับแก่บุคคลเพื่อรักษาไว้ให้มั่นคงซึ่งความปลอดภัยและเพื่อรักษาความยุติธรรมให้มีอยู่ในความเกี่ยวพันระหว่างประชาชน และยังหมายความตลอดถึงรัฐประศาสน์นโยบายหรือความปลอดภัยของประเทศและบุคคลภายในประเทศด้วย⁵⁶

เสริม วินิจฉัยกุล กล่าวว่า การที่จะทราบว่ายกกฎหมายใดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาถึงว่าประโยชน์ส่วนรวมของบุคคลนั้นเป็นอุปสรรคให้ทำ

⁵² ประดิษฐมนูธรรม. (2503). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: นิติเวช. หน้า 902.

⁵³ อุกฤษ มงคลนาวิน. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 30*. หน้า 13.

⁵⁴ เสนีย์ ปราโมช. (2509). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: อักษร. หน้า 148.

⁵⁵ จิต เศรษฐบุตร. (2512). *คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1*. กรุงเทพฯ: แสงทองการพิมพ์. หน้า 21.

⁵⁶ วิริยะ เกิดศิริ. (2517). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม สัญญา และหนี้*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 17

การตกลงกันได้โดยชอบหรือไม่ ถ้าหากว่าประ โยชน์ส่วนรวมไม่อำนวยให้ตกลงกัน โดยชอบแล้วก็ย่อมเป็นการห้าม และถ้าบทกฎหมายนั้น ไม่ได้กล่าวข้อความไว้ชัดเจนแล้ว ก็ต้อง พิจารณาว่าบทกฎหมายนั้นเป็นบทอันรักษาผลประ โยชน์ส่วนรวมของบุคคลในสังคม ซึ่งกฎหมาย ไม่ยอมให้ใครหลีกเลี่ยงตกลงเป็นอย่างอื่นหรือไม่⁵⁷ เรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นเรื่อง ความต้องการของสังคมและประ โยชน์สาธารณะมากกว่าประ โยชน์ส่วนบุคคล โดยจัดว่าเป็น หลักกฎหมายทั่วไปที่ว่าบุคคลทุกคนไม่มีสิทธิที่จะกระทำการใดที่จะเป็นผลร้ายต่อส่วนรวม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ หลักการนิติวิธี (Juristic Method) ในการพิจารณาคดีหรือ การตีความซึ่งกระทำไปตามความต้องการหรือผลประ โยชน์ของส่วนรวมในปัจจุบัน และเป็น แนวทางที่ศาลสามารถละเว้นหลักการใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัดซึ่งอาจเป็นผลเสียต่อนโยบาย ทางสังคมหรือผลประ โยชน์ของส่วนรวม ซึ่งคำว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นเรื่องที่ยาก ที่จะให้คำนิยาม แต่อาจหมายถึงหลักการใช้ดุลพินิจของศาลให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลง ทางสังคมและทัศนระของมหาชนซึ่ง ไม่มีหลักเกณฑ์ตายตัวบัญญัติไว้ในกฎหมายจึงจัดได้ว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ หลักการที่ไม่มีผู้ใดสามารถกระทำการขัดต่อผลประ โยชน์ ของส่วนรวมได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็คือนโยบายทางกฎหมายของ รัฐในระยะเวลาหนึ่ง ๆ หรือรัฐประศาสนนโยบายนั่นเอง คำว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน เป็นหลักการซึ่งศาลปกครองใช้ลงโทษสิ่งที่ยึดต่อบรรทัดฐานทางศีลธรรมในสังคม แม้จะไม่มี กฎหมายบัญญัติห้ามไว้โดยตรง และเป็นผลประ โยชน์ของส่วนรวม ในทางตรงกันข้าม คำว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน อาจหมายถึงมาตรฐานความประพฤติที่ถูกต้องตามประเพณี แห่งท้องถิ่น ซึ่งคนในท้องถิ่นนั้นจะต้องปฏิบัติตาม

ศีลธรรมอันดีของประชาชน หมายความว่า ธรรมเนียมประเพณีของสังคม ธรรมเนียม ประเพณีนั้นอาจเปลี่ยนแปลงไปได้ตามยุคสมัย สิ่งซึ่งสังคมไม่ยอมรับในสมัยหนึ่ง อาจกลับกลายเป็นธรรมเนียมประเพณีของสังคมอีกสมัยหนึ่งก็ได้ และธรรมเนียมประเพณี ของสังคมในชาติหนึ่งอาจไม่เป็นที่ยอมรับของสังคมในอีกชาติหนึ่งก็ได้ ดังนั้น การที่จะพิจารณา ว่า ธรรมเนียมประเพณีของสังคมอันใดเป็นศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงต้องพิจารณาทั้งยุคสมัย และท้องถิ่นประกอบกันการ ใดที่กระทบกระเทือนถึงศาสนาหรือหลักในศาสนาใดศาสนาหนึ่ง อาจเกี่ยวทั้งความสงบเรียบร้อยของประชาชน และศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะศาสนา (Religion) ก็เป็นเรื่องของสังคมด้วย มิใช่เกี่ยวกับธรรมเนียมประเพณีอย่างเดียว

⁵⁷ เสริม วินิจฉัยกุล. (2515). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้*. กรุงเทพฯ: กรมสรรพสามิต. หน้า 14.

พิเคราะห์แล้วจึงสรุปได้ว่า การที่จะให้คำจำกัดความว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” มีความหมายอย่างไรนั้น เป็นสิ่งที่ทำได้ยาก และคงไม่มีผู้ใดสามารถให้คำจำกัดความได้อย่างถูกต้องสมบูรณ์ แต่หากจะให้พิจารณาในด้านวัตถุประสงค์ของคำดังกล่าวนี้ อาจกล่าวได้ว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ หลักกฎหมายที่ถือว่าเรื่องผลประโยชน์โดยทั่วไปของส่วนรวม⁵⁸ (Public Interest) ย่อมอยู่เหนือผลประโยชน์ของเอกชน และสามารถเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาและโครงสร้างของสังคมซึ่งหลักเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายเกือบทุกฉบับมาเป็นเวลานาน เพียงแต่แตกต่างกันตรงวิธีการที่นำมาใช้ ซึ่งขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น ๆ แต่หลักการสำคัญ คือ เพื่อดำรงไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของประชาชน และบางกรณีก็รวมถึงศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย

(2) หลักกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยในคดีแพ่ง

แต่เดิมไม่ได้ใช้คำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนดังเช่นในปัจจุบัน จากหลักฐานพบว่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับ พ.ศ. 2466 มาตรา 12 ใช้คำว่า “รัฐประศาสนโยบาย” หรือความปลอดภัยแห่งบุคคลแห่งบุคคลถาวรพัสสิน และต่อมาในพระราชบัญญัติสมุดเอกสารและการพิมพ์ พ.ศ. 2470 มาตรา 6 (3) ใช้คำว่า “ความสงบราบคาบของประชาชน”⁵⁹ และได้เริ่มใช้คำว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชนเพียงอย่างเดียวในพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2476 (กฎหมายฉบับนี้ได้ยกเลิกไปแล้ว) ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 142 มาตรา 225 และมาตรา 249 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 47 ในบางครั้งก็ใช้คำว่า เพื่อประโยชน์แก่ประเทศ หรือเพื่อความสงบเรียบร้อย หรือความผาสุกของประชาชน ดังเช่น พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2493 มาตรา 16 แต่ปรากฏว่าส่วนมากใช้ถ้อยคำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” เช่น ในพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2484 ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 3 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 พระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 30 มาตรา 40 มาตรา 44 มาตรา 46 และมาตรา 48 รวมทั้งกฎหมายอื่น ๆ อีกหลายฉบับ

⁵⁸ ประโยชน์แก่ส่วนรวม หมายความว่า ประโยชน์ต่อสาธารณะหรือประโยชน์อันเกิดแก่การจัดทำบริการสาธารณะหรือการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือประโยชน์อื่นใดที่เกิดจากการดำเนินการหรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นการส่งเสริม หรือสนับสนุนแก่ประชาชนเป็นส่วนรวม หรือประชาชนส่วนรวมจะได้รับประโยชน์จากการดำเนินการหรือการกระทำนั้น

⁵⁹ ธานีรินทร์ กรชัยเชิธร. (2514). *ภาษากฎหมายไทย*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 55.

หลักการเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนของไทย แต่เดิมใช้บังคับแก่หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) โดยถือเป็นข้อจำกัดอย่างหนึ่ง แต่เมื่อล่วงมาถึงปัจจุบัน หลักการดังกล่าวได้กลายเป็นหลักการสำคัญที่ใช้บังคับแก่กฎหมายเอกชนโดยทั่วไปของนานาประเทศ สำหรับประเทศไทยก็อยู่ในทำนองเดียวกัน ทั้งนี้ อาจเห็นได้จากบทบัญญัติหลายแห่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ยอมรับหลักการเช่นนั้นโดยตรงและในส่วนที่มีได้บัญญัติไว้โดยตรง ในทางปฏิบัติก็เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปดังที่ปรากฏตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาซึ่งได้ยอมรับหลักการนี้อย่างกว้างขวาง⁶⁰ มิได้จำกัดเฉพาะกรณีนิติกรรมแต่อย่างใดเหมือนในยุคก่อน ๆ

1. หลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชนในกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law)

หลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชนในคดีแพ่งได้มีการบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไว้หลายกรณี เช่น

มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมายเป็นการพ้นวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน การนั้นเป็น โฆษะ”

มาตรา 151 บัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็น โฆษะ”

มาตรา 188 บัญญัติว่า “นิติกรรมใดมีเงื่อนไขอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นิติกรรมนั้นเป็น โฆษะ”

พิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า แม้กฎหมายแพ่งจะมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเอกชนในการทำนิติกรรม แต่การตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็จะไม่มีผลในทางกฎหมาย เช่น ข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือกระทำโดยไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่มุ่งคุ้มครองบุคคลภายนอก คุ้มครองสถาบันครอบครัว และคุ้มครองผู้ที่เสียเปรียบในสังคม ทั้งนี้ เพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั่นเอง

โดยนิติกรรมที่ถือว่ามีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มีหลักเกณฑ์ที่ศาลฎีกาวินิจฉัยแยกออกได้เป็น 5 กลุ่ม ดังนี้

(1) นิติกรรมที่มีผลเป็นการขัดขวางไม่ให้การเป็นไปตามครรลองของกระบวนการยุติธรรม

⁶⁰ อุทกฤษ มงคลนาวิน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 30. หน้า 29.

จะเห็นได้ว่าในกรณีที่มีคดีอาญาเกิดขึ้น ถ้าบุคคลที่ต้องการหาว่ากระทำความผิดอาญา หรือ ญาติหรือเพื่อนผู้ที่ต้องหานั้น ไปตกลงกับฝ่ายผู้เสียหายเพื่อให้ฝ่ายผู้ต้องเสียหายนั้น ไม่แจ้งความ ดำเนินคดีอาญากับผู้ต้องหา (Alleged Offender) หรือ ไม่ให้ผู้เสียหาย (Injured Person) ฟ้องคดีอาญา หรือถ้าหากฝ่ายผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาไปแล้วก็ขอให้ถอนฟ้องเสีย ทั้งนี้ โดยฝ่ายที่ต้องการหาสัญญาว่าจะให้เงินตอบแทนในการที่ฝ่ายผู้เสียหายกระทำเช่นนั้น มีปัญหาว่าข้อสัญญาที่สองฝ่ายตกลงกัน เช่นนั้นมีผลใช้บังคับได้หรือไม่ ในเรื่องนี้ต้องพิจารณาว่าคดีอาญาที่กล่าวถึงนั้นเป็นคดีอะไร สำหรับคดีความผิดที่ยอมความกันได้ นั้น กฎหมายยอมให้มีการตกลงกันดังที่กล่าวมาข้างต้น ในคดีนั้นได้ ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39⁶¹ บัญญัติให้สิทธิ นำคดีอาญามาฟ้องระงับ เช่น เมื่อมีการยอมความ ถอนฟ้องหรือถอนคำร้องทุกข์โดยชอบ ฉะนั้น ข้อตกลงดังกล่าวยอมจะไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชน มีผลบังคับให้ทำตามข้อตกลงนั้นได้ แต่สำหรับคดีความผิดอาญาต่อแผ่นดินนั้น ถ้าตกลง กันดังกล่าวข้างต้น ข้อตกลงนั้นถือว่าไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม อันดีของประชาชนเป็น โมฆะใช้บังคับไม่ได้

การกระทำอย่างหนึ่งนอกจากเป็นความผิดทางอาญาแล้วบางครั้งก็เป็นความผิดทางแพ่ง ด้วย เช่น ขับรถยนต์โดยประมาทชนคน ทำให้คนที่ถูกชนนั้นถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตราย แก่กาย การขับรถยนต์ชนคนตายหรือได้รับอันตรายโดยประมาทนั้นเป็นความผิดอาญาต่อแผ่นดิน (Public Offence) และเป็นการละเมิดต่อคนที่ถูกชนถ้าหากผู้กระทำความผิดหรือญาติมิตรของผู้กระทำให้ไปตกลงกับฝ่ายผู้เสียหาย ยอมจ่ายเงินเพื่อให้ผู้เสียหายนั้นระงับคดีแพ่งคดีอาญาที่เกิดขึ้น ข้อตกลงในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา (Criminal Case) จะใช้บังคับไม่ได้ เพราะเป็นสัญญาที่มี วัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในส่วนของ คดีแพ่งถือว่าเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความในทางแพ่งซึ่งบังคับกันได้ ซึ่งศาลจะพิจารณาคดี

⁶¹ มาตรา 39 สิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับไปดังต่อไปนี้

- (1) โดยความตายของผู้กระทำผิด
- (2) ในคดีความผิดต่อส่วนตัว เมื่อได้ถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้องหรือยอมความกันโดยถูกต้องตามกฎหมาย
- (3) เมื่อคดีเลิกกันตาม มาตรา 37
- (4) เมื่อมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้อง
- (5) เมื่อมีกฎหมายออกใช้ภายหลังการกระทำผิดยกเลิกความผิดเช่นนั้น
- (6) เมื่อคดีขาดอายุความ
- (7) เมื่อมีกฎหมายยกเว้นโทษ

แพ่งตามหลักที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยเป็นไปตามมาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา⁶²

บุตรจำเลยทำให้บุตร โจทก์ตาย จำเลยตกลงใช้ค่าเสียหายให้โจทก์เพื่อไม่ให้โจทก์แจ้งความดำเนินคดีอาญาแก่บุตรจำเลย แต่หลังจากที่ตกลงกันจำเลยไม่จ่ายเงินให้ตามสัญญา โจทก์มาฟ้องเรียกให้จำเลยจ่ายเงินตามที่ตกลงกันได้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า วัตถุประสงค์ของสัญญาที่จำเลยทำกับโจทก์ยอมให้เงินแก่โจทก์นั้น มีวัตถุประสงค์เป็นการระงับคดีอาญาแผ่นดิน ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เป็นโมฆะ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 958/2519)

บันทึกข้อตกลงชดใช้ค่าเสียหายที่จำเลยกระทำละเมิดต่ออำนาจปกครองของโจทก์โดยพรากผู้เยาว์ไปจากโจทก์ ไม่มีข้อความตอนใดระบุว่าคู่กรณีประสงค์จะระงับคดีอาญาที่เป็นความผิดต่อแผ่นดิน สัญญาประนีประนอมยอมความตามบันทึกดังกล่าวมิได้มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อันจะเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1010/2551)

การตกลงกันให้ฝ่ายผู้เสียหายเบิกความว่าจำเลยไม่ได้กระทำความผิด ทั้ง ๆ ที่กระทำความผิด เป็นข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนเช่นเดียวกัน

(2) นิติกรรมที่เป็นการยุงส่งเสริมให้คนอื่นเขาเป็นความกัน รวมถึงการซื้อขายความ

การยุงส่งเสริมให้คนอื่นเป็นความกัน หมายถึง กรณีที่บุคคลคนหนึ่งซึ่งมิได้มีส่วนได้เสียกับคนที่เป็นคนคิดกัน แต่ไปให้ความช่วยเหลือแก่คนที่เป็นคนคิด การช่วยเหลือนั้น อาจเป็นโดยการให้เงินเพื่อให้มีเงินไปดำเนินคดี หรือให้ความช่วยเหลือทางด้านอื่น โดยมุ่งหวังที่จะได้ประโยชน์จากการที่บุคคลอื่นเป็นคนคิดกัน เช่น ตกลงว่าถ้าบุคคลที่ได้รับความช่วยเหลือ ไปฟ้องคดีแล้วชนะได้ทรัพย์สินอะไรมา ก็จะเอาทรัพย์สินนั้นมาแบ่งให้แก่ผู้ที่ให้ความช่วยเหลือในการดำเนินคดี ในกรณีเช่นนี้นิติกรรมที่ทำกันระหว่างผู้ที่ให้ความช่วยเหลือกับผู้ที่ได้รับความช่วยเหลือถือว่าเป็นนิติกรรมที่ยุงส่งเสริมให้คนอื่นเป็นความกัน มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นโมฆะตามมาตรา 150

ผู้ที่ไม่มีส่วนได้เสียในคดีไปช่วยเหลือดำเนินคดี โดยมีข้อตกลงว่าถ้าฝ่ายที่ได้รับความช่วยเหลือให้ดำเนินคดีนั้นได้อะไรมาจากคดี ต้องยกสิ่งที่ได้มาทั้งหมดให้แก่ผู้ที่ให้ความช่วยเหลือในการดำเนินคดี ถือว่าเป็นการซื้อขายความ เพราะคนที่ให้ความช่วยเหลือนั้น ไม่ได้มีส่วนได้เสีย แต่ไปให้ความช่วยเหลือเพื่อที่จะรับโอนผลประโยชน์ในคดีที่คนอื่นเขาเป็นความกันมาเป็นของตน

⁶² มาตรา 40 การฟ้องคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาจะฟ้องต่อศาลซึ่งพิจารณาคดีอาญาหรือต่อศาลที่มีอำนาจชำระคดีแพ่งก็ได้ การพิจารณาคดีแพ่งต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ทั้งหมด นิติกรรมที่ทำไปนั้นมิวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นโมฆะเช่นกัน⁶³

หากคนที่ไปให้ความช่วยเหลือมีส่วนได้เสีย (Interest) ก็ไม่ถือว่าเป็นการยุยงส่งเสริมให้คนอื่นเป็นความกัน หรือซื้อขายความ สัญญาที่ทำกันจึงมีผลใช้บังคับ เช่น ผู้ที่ร่วมกันเป็นหุ้นส่วนค้าขายที่ดิน ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนคนหนึ่งจะฟ้องคดีเพื่อป้องกันสิทธิในที่ดินนั้นก็สามารถทำได้ หุ้นส่วนอีกคนหนึ่งออกเงินให้หุ้นส่วนอีกคนที่จะฟ้องนั้น ไปฟ้องคดีโดยตัวเองไม่เป็นโจทก์ด้วย จะถือว่าเขายุยงส่งเสริมให้คนอื่นเป็นความกัน ไม่ได้

ส่วนได้เสียนั้น ไม่จำกัดว่าเป็นส่วนได้เสียทางการเงินหรือทรัพย์สินเท่านั้น แม้กระทั่งการเป็นพี่น้องกันที่ให้ความช่วยเหลือออกเงินในการฟ้องคดี ก็อาจจะถือได้ว่าพี่หรือน้องที่ให้ความช่วยเหลือเช่นนั้นมีส่วนได้เสียในคดีได้ ซึ่งทำให้สัญญาที่เขาทำกับน้องหรือพี่ที่ไปดำเนินคดีนั้นไม่เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ทั้งนี้ไม่ใช่ว่าจะถือว่ามีส่วนได้เสียในคดีเสมอไป ต้องดูข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไปว่าช่วยโดยหวังผลประโยชน์อย่างอื่นหรือไม่ ถ้าช่วยโดยหวังผลประโยชน์อย่างอื่นแล้ว ก็อาจจะถือได้ว่าเป็นการยุยงส่งเสริมให้คนอื่นเป็นความกันได้เช่นเดียวกัน

จำเลยอ้างว่า โจทก์เป็นทนายความในคดีฟ้องขับไล่มีข้อสัญญาว่าจำเลยจะชำระค่าจ้างให้โจทก์เมื่อคดีถึงที่สุดและจำเลยเป็นฝ่ายชนะคดี โดยโจทก์ออกเงินทರรองค่าขึ้นศาล ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในระหว่างดำเนินคดีจนกว่าคดีจะถึงที่สุด แต่ถ้าจำเลยไม่ได้รับที่ดินพิพาทคืน โจทก์ก็จะไม่ได้ค่าจ้าง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อตกลงนั้นมีลักษณะเป็นการหาประโยชน์จากการที่ผู้อื่นเป็นความกันหรือยุยงให้ผู้อื่นเป็นความกัน เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตกเป็น โมฆะ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 191/2539)

โจทก์ทำสัญญาจะซื้อขายที่ดินจากจำเลยโดยวางมัดจำไว้แก่จำเลย มีข้อตกลงว่าผู้ขายจะโอนที่ดินให้เมื่อผู้ขายชนะคดีความ มีลักษณะเป็นเงื่อนไขในสัญญาประการหนึ่ง ไม่ถือว่าเป็นการแสวงหาประโยชน์จากการที่ผู้อื่นเป็นความกัน ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนไม่เป็น โมฆะ เงินมัดจำที่โจทก์วางไว้ จึงไม่ใช่เงินที่ชำระโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 411⁶⁴ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1273/2550)

⁶³ พรทิพย์ รัตนจงจิตรกวี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 45. หน้า 59.

⁶⁴ มาตรา 411 บุคคลใดได้กระทำการเพื่อชำระหนี้เป็นการอันฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี ท่านว่าบุคคลนั้นหาอาจจะเรียกร้องคืนทรัพย์ได้ไม่

(3) สัญญาเรียกค่าจ้างว่าความที่หมายความตกลงแบ่งส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาท ที่ลูกความจะได้จากคดี

เดิมมีพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12 (2) บัญญัติว่า ทนายความที่เข้าว่าความแก่ต่าง โดยวิธีแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินเป็นมูลพิพาทอันพึงจะได้แก่ลูกความอาจถูกห้ามมิให้เป็นทนายความหรือลบชื่อออกจากทะเบียนทนายความ บทบัญญัติดังกล่าว ศาลฎีกาได้วินิจฉัยมาโดยตลอดว่า ถ้ามีการเรียกค่าจ้างว่าความในลักษณะที่เรียกเอาส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความจะได้จากการพิพาทแล้ว ถือว่าสัญญาจ้างว่าความนั้นมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นโมฆะ เช่น สัญญาจ้างว่าความตกลงกันว่า ถ้าเรียกเงินจากอีกฝ่ายได้มาทำไร ทนายความได้ 30 เปอร์เซ็นต์ของจำนวนเงินที่ได้มาจากการที่ศาลพิพากษาให้ ซึ่งเป็นการแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่จะได้แก่ลูกความ ข้อตกลงดังกล่าวตกเป็น โมฆะ หรือฟ้องเรียกที่ดินได้ที่ดินมาแล้วขอแบ่งครึ่งก็เป็นการแบ่งส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่จะได้แก่ลูกความ⁶⁵

ถ้าสัญญาจ้างว่าความกำหนดค่าจ้างโดยการคำนวณเปอร์เซ็นต์เอาจากทุนทรัพย์ที่ฟ้องสัญญามีผลบังคับได้ ไม่เป็นโมฆะ เพราะไม่ได้เป็นการคิดคำนวณโดยการแบ่งเอาจากส่วนของทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่จะได้แก่ลูกความจากคำพิพากษาของศาล เนื่องจากการฟ้องร้องก็ไม่แน่ว่าลูกความจะแพ้หรือชนะ การกำหนดค่าจ้างว่าความตามจำนวนทุนทรัพย์จึงมิใช่เป็นการหวังส่วนแบ่งจากทรัพย์สินพิพาทที่ลูกความ ได้จากการฟ้องคดี เช่น ฟ้องเรียกเงิน 5 แสนบาท คิดว่าทนายความ 10 เปอร์เซ็นต์จากทุนทรัพย์ที่ฟ้อง กรณีนี้เป็นการแบ่งจากส่วนที่ฟ้องมิใช่เป็นการแบ่งจากส่วนที่เป็นมูลพิพาทที่จะได้แก่ลูกความ กรณีนี้ใช้ได้ไม่เป็นโมฆะ หรืออาจกล่าวได้ว่าฟ้องขอแบ่งเปอร์เซ็นต์จากส่วนที่ศาลตัดสินให้เป็นโมฆะ แต่ถ้าตกลงว่าจ้างฟ้องเรียกเงิน 1 ล้านตกลงค่าจ้างว่าความ 10 เปอร์เซ็นต์ ของจำนวนเงินที่ฟ้องก็คือตกลงแน่นอนว่าค่าจ้างว่าความ 1 แสนบาท สัญญานี้ไม่เป็น โมฆะ ใช้บังคับได้ เพราะมิใช่แบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความจะได้จากคดี⁶⁶

ต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 ซึ่งไม่ได้มีการบัญญัติเรื่องนี้ไว้โดยตรง คงมีแต่บทบัญญัติมาตรา 17 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ทนายความต้องปฏิบัติให้ต้องตามมรรยาททนายความตามที่เนติบัณฑิตยสภากำหนด การกำหนดมรรยาททนายความให้เนติบัณฑิตยสภาตราเป็นข้อบังคับและประกาศในราชกิจจานุเบกษา และในวรรคสอง บัญญัติว่า ทนายความผู้ใดฝ่าฝืนข้อความที่เนติบัณฑิตยสภาตราขึ้นตามวรรคก่อน ทนายความผู้นั้น

⁶⁵ พรทิพย์ รัตนจงจิตรกวี. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 45. หน้า 60.

⁶⁶ พรทิพย์ รัตนจงจิตรกวี. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 45. หน้า 60.

ประพฤติผิดมารยาททนายความ และมาตรา 41 บัญญัติว่า ในระหว่างที่เนติบัณฑิตยสภาฯ ยังไม่ได้ตราข้อบังคับตามมาตรา 17 ให้ถือว่าความในมาตรา 12 (2) แห่งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 เป็นเสมือนข้อบังคับที่เนติบัณฑิตยสภาฯ ขึ้นตามมาตรา 17 ซึ่งก็ปรากฏว่าเนติบัณฑิตยสภาฯ ยังไม่ได้ตราข้อบังคับทนายความในส่วนนี้ จึงยังคงต้องใช้หลักเดิมตามมาตรา 12 (2) ของพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 ที่ว่าทนายความจะเรียกค่าจ้างว่าความโดยคิดเอาจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความจะได้จากคดีไม่ได้ ถือเป็นความผิดตามมารยาททนายความ เพราะมีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ต่อมามีการตราพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528⁶⁷ ซึ่งในบทบัญญัติมาตรา 27 (3) (จ) ประกอบมาตรา 51 บัญญัติให้คณะกรรมการสภาทนายความมีอำนาจออกข้อบังคับสภาทนายความ (Regulation of Lawyers Council) กำหนดการกระทำที่เป็นการผิดมารยาททนายความ ซึ่งภายหลังได้มีการออกข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมารยาททนายความ พ.ศ. 2529 ซึ่งคณะกรรมการสภาทนายความก็ได้อาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติดังกล่าวออกข้อบังคับมารยาททนายความ⁶⁸ เมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2529 โดยในข้อบังคับดังกล่าวไม่ได้ระบุว่าการเรียกเอาส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความจะได้จากคดีเป็นการผิดมารยาททนายความ แต่แม้ว่าจะไม่ได้มีการบัญญัติไว้เช่นนั้น ศาลฎีกาก็ยังคงยึดตามหลักเดิมว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมีผลเป็นโมฆะ แม้จะไม่ได้ถือว่าเป็นการผิดตามระเบียบข้อบังคับมารยาททนายความก็ตาม

การที่จำเลยที่ 1 ถึง ที่ 3 ตกลงให้เงินรายละ 400,000 บาท และจำเลยที่ 4 ตกลงให้เงิน 300,000 บาท แก่โจทก์เป็นค่าทนายความนั้น หมายถึง กรณีที่ฝ่ายจำเลยชนะคดีมรดกแล้ว ไม่ได้รับส่วนแบ่งมาเป็นที่ดิน แต่ได้รับส่วนแบ่งมาเป็นเงินที่ได้มาจากการขายที่ดินพิพาทนั่นเอง ซึ่งจำเลยทั้งสองจะต้องแบ่งให้โจทก์ตามจำนวนที่ตกลงกันไว้ในบันทึกข้อตกลง บันทึกข้อตกลงถึงถือได้ว่าเป็นสัญญารับจ้างว่าความโดยวิธีแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันพึงจะได้แก่ลูกความชนะคดีเท่านั้น หากจำเลยทั้งสองตกเป็นฝ่ายแพ้คดี โจทก์ย่อมไม่ได้รับส่วนแบ่งตามข้อตกลง อันมีลักษณะเข้าทำนองซื้อขายความกัน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6919/2554)

วิชาชีพทนายความเป็นวิชาชีพที่มีลักษณะผูกขาดที่ผู้เป็นทนายความได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหลายประการ ผู้ที่ได้จดทะเบียนและรับใบอนุญาตให้เป็นทนายความจึงมีพันธกรณีต่อ

⁶⁷ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528. ตราไว้ ณ วันที่ 19 กันยายน 2528. *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 102 (ตอนที่ 129), ฉบับพิเศษ. หน้า 1.

⁶⁸ ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมารยาททนายความ พ.ศ. 2529. ตราไว้ ณ วันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2529. *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 103 (ตอนที่ 25), ฉบับพิเศษ. หน้า 10.

สังคม ที่จะต้องปฏิบัติและดำรงคนให้ต้องด้วยหลักจริยธรรมทางวิชาชีพ ในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความในฐานะที่ทนายความมีส่วนสำคัญในการจรรโลงความยุติธรรมในสังคม ทนายความจึงไม่พึงทำสัญญากับลูกความของตนในลักษณะที่ตนเองเข้าไปมีส่วนได้เสียโดยตรงในคดีจนกระทบกระเทือนต่อการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ข้อสัญญาที่ให้ทนายความเข้าไปมีส่วนได้เสียในผลคดีโดยตรงในทำนองซื้อขายความกัน ย่อมไม่ต้องด้วยหลักจริยธรรมทางวิชาชีพ ทนายความ ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน⁶⁹

แม้ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความฯ ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติทนายความฯ จะมีได้กำหนดให้การเข้าเป็นทนายความโดยวิธีสัญญาเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความของทนายความเป็นการประพฤตินิยมมรรยาททนายความเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 และพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 ก็มีผลเพียงว่าการทำสัญญาระหว่างทนายความกับลูกความทำนองนี้ไม่เป็นการประพฤตินิยมมรรยาททนายความอันเป็นมูลให้ลงโทษตามมาตรา 52 เท่านั้น หากมีผลทำให้ข้อตกลงระหว่างโจทก์กับจำเลยทั้งสี่ดังกล่าวซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนกลับมีความสมบูรณ์แต่อย่างใดไม่ สัญญาอ้างว่าความระหว่างโจทก์กับจำเลยทั้งสี่จึงเป็น โฆษณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150

(4) นิติกรรมที่เป็นการห้ามการประกอบการแข่งขันในการทำอาชีพหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ

ปกติแล้วบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการที่จะประกอบอาชีพ⁷⁰ (Libertics in Occupation) ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 43 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่ในบางครั้งลูกจ้าง (Employee) ตกลงกับนายจ้าง (Employer) ว่า ถ้าลูกจ้างพ้นจากการเป็นลูกจ้างแล้วจะไม่ประกอบอาชีพแข่งขันกับนายจ้างเดิม หรือไปเป็นลูกจ้างของคนอื่นที่ประกอบอาชีพอย่างเดียวกับนายจ้างเดิม สัญญาที่ลูกจ้างทำกับนายจ้างเช่นนี้เป็นการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพของลูกจ้าง ศาลฎีกาถือหลักว่า สัญญาที่มีลักษณะเป็นการห้ามการแข่งขันในการประกอบอาชีพนั้นภายในขอบเขตพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งไม่ใช่ห้ามทั่วไปทั้งหมดหรือมีการกำหนดประเภทของอาชีพที่ห้ามเอาไว้ ไม่ได้ห้ามให้ทำทุกอาชีพทั้งหมด เป็นเรื่องที่ฝ่ายยอมทำสัญญาได้ยอมจำกัดสิทธิ

⁶⁹ พรทิพย์ รัตนจงจิตรกวี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 45. หน้า 61.

⁷⁰ มาตรา 43 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรม

ของคนที่จะประกอบอาชีพและข้อตกลงนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติหรือประชาชน โดยส่วนรวมจึงมีผลใช้บังคับได้

แต่หากข้อตกลงนั้นจำกัดการประกอบอาชีพหรือห้ามการแข่งขันจำกัดไปหมดทุกอย่างทุกสถานที่ ก็ถือว่าข้อตกลงเช่นนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน⁷¹

โจทก์จ้างจำเลยเป็นลูกจ้างในร้านซ่อมเครื่องพิมพ์ดีดของ โจทก์ซึ่งอยู่ในกรุงเทพมหานคร มีข้อตกลงระหว่างโจทก์กับจำเลยว่าถ้าจำเลยออกจากร้านโจทก์ไปแล้ว ห้ามจำเลยไปทำงานเป็นช่างซ่อมเครื่องพิมพ์ดีดที่ร้านอื่นในกรุงเทพมหานคร ข้อตกลงดังกล่าวไม่เป็นการเกินสมควรและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ใช้บังคับได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 586/2480)

สัญญาที่โจทก์ออกค่าใช้จ่ายส่งจำเลยไปฝึกงานที่ญี่ปุ่น เมื่อฝึกงานสำเร็จแล้ว จำเลยจะกลับมาทำงานให้โจทก์ไม่น้อยกว่า 5 ปี โดยยินยอมให้โจทก์กำหนดอัตราเงินเดือนของจำเลยได้ตามความพอใจแต่ฝ่ายเดียวนั้น เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่โจทก์จำเลยสมัครใจทำกันเอง ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ฉะนั้น เมื่อจำเลยผิดสัญญาไม่ทำงานกับโจทก์ครบ 5 ปี ก็ต้องใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์ แต่จะไปบังคับให้จำเลยกลับมาทำงานให้โจทก์ก็ไม่ได้ เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 725/2519)

ข้อตกลงระหว่างโจทก์กับจำเลยที่กำหนดว่าในระหว่างการจ้างงานหรือภายใน 5 ปี นับแต่สัญญาจ้างสิ้นสุดลง จำเลยจะต้องไม่ทำงานให้แก่บริษัทคู่แข่งทางการค้าของโจทก์หรือมีหุ้นในบริษัทคู่แข่งทางการค้าของโจทก์ซึ่งครอบคลุมถึงประเทศไทย สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ราชอาณาจักรกัมพูชา สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และสาธารณรัฐแห่งสหภาพพม่า เกี่ยวกับกิจการขนย้ายของตามบ้าน เป็นเพียงข้อจำกัดห้ามการประกอบอาชีพแข่งขันกับโจทก์โดยจำกัดประเภทของธุรกิจไว้อย่างชัดเจน มิได้ห้ามประกอบอาชีพปิดทางทำมาหารายได้ของจำเลยอย่างเด็ดขาด และจำเลยสามารถประกอบอาชีพหรือทำงานในบริษัทประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการขายสินค้าหรือบริการอื่น ๆ ที่อยู่นอกเหนือข้อตกลงได้ เพียงแต่เป็นการห้ามการประกอบอาชีพบางอย่างที่แข่งขันกับโจทก์ในระยะเวลาหนึ่ง ขอบเขตพื้นที่ที่ห้ามเฉพาะในกลุ่มประเทศในแหลมอินโดจีน มิได้รวมถึงประเทศใกล้เคียงอื่น ๆ ด้วย ไม่ใช่เป็นการตัดการประกอบอาชีพของจำเลยทั้งหมดทีเดียว เพียงแต่เป็นการห้ามการประกอบอาชีพบางอย่างที่แข่งขันกับโจทก์ในระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่รักษาสีทธิและประโยชน์ของคู่กรณีที่ชอบในเชิงของธุรกิจไม่เป็นการปิดการทำมาหาได้ของฝ่ายใดโดยเด็ดขาดจนไม่อาจดำรงอยู่ได้ จึงไม่ขัดต่อ

⁷¹ พรทิพย์ รัตนจงจิตรกรวิ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 45. หน้า 62.

ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่เป็นโมฆะ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1275/2543)

ข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการห้ามการแข่งขันในการประกอบอาชีพอีกอย่างหนึ่งก็คือ เรื่องของการฮั้วกันหรือการสมยอมกัน (Collusion) ในการประมูลราคา ซึ่งการฮั้วกันยังเป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542⁷² จึงเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งตามกฎหมายด้วย

ใน พ.ศ. 2540 มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540⁷³ ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน 2540 มีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนด 180 วันนับแต่วันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา คือ ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 15 พฤษภาคม 2541 มาตรา 12 บัญญัติว่า พระราชบัญญัตินี้ไม่ให้ใช้บังคับแก่นิติกรรมหรือสัญญาที่ทำขึ้นก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ฉะนั้น นิติกรรมสัญญาที่ทำขึ้นก่อนวันที่ 15 พฤษภาคม 2541 หากมีผลสมบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็มีผลใช้บังคับได้ตามที่ตกลงกันเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญาของกลุ่มสัญญา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8591/2547) แต่ถ้าเป็นนิติกรรมสัญญาที่ทำขึ้นตั้งแต่วันที่ 15 พฤษภาคม 2541 เป็นต้นไป นอกจากคู่ความจะต้องพิจารณาว่านิติกรรมนั้น เป็นโมฆะด้วยเหตุต่าง ๆ หรือไม่แล้ว ถ้าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมรวมทั้งในเรื่องของข้อตกลงจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน แม้ข้อสัญญานั้นไม่เป็นโมฆะ แต่การจะบังคับตามข้อสัญญานั้น กฎหมายให้ศาลมีอำนาจลดสภาพบังคับลงมาได้ ไม่บังคับเต็มตามสัญญา แต่บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ ถือว่าเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน คู่สัญญาจะทำสัญญาแตกต่างไปจากที่กฎหมายบัญญัติไม่ได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 11 ซึ่งบัญญัติว่า ข้อสัญญาใดที่มีให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ข้อสัญญานั้นเป็นโมฆะ⁷⁴

(5) กลุ่มที่เหลือนอกเหนือจาก 4 กลุ่มที่กล่าวมา

นิติกรรม (Juristic Act) ที่มีวัตถุประสงค์ที่จะให้เจ้าหน้าที่ใช้ตำแหน่งหน้าที่ช่วยเหลือทำอะไรให้คู่สัญญา โดยมีการให้บำเหน็จต่อเจ้าหน้าที่ตอบแทนในการที่ทำอะไรให้ตน อาจกล่าว

⁷² พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542. ตราไว้ ณ วันที่ 29 พฤศจิกายน 2542. ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 116 (ตอนที่ 120 ก), หน้า 70.

⁷³ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540. ตราไว้ ณ วันที่ 16 พฤศจิกายน 2540. ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 114 (ตอนที่ 72 ก), หน้า 32.

⁷⁴ พรทิพย์ รัตนจงจิตรกวี. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 45. หน้า 64.

อ้างได้ว่าเป็นนิติกรรมที่มีการให้สินบนต่อเจ้าหน้าที่ ถือว่าเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็น โฆษะ

ชายมีภริยาอยู่แล้ว ไปตกลงอยู่กับเป็นสามีภริยากับหญิงอื่น โดยจะให้เงินหญิงนั้นถ้าเขายอมเป็นภริยาอีกคนหนึ่ง ข้อตกลงนี้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ถ้าหญิงไม่ยอมเป็นภริยา ชายก็ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากหญิงมิได้ หรือถ้าหญิงยอมแล้วชายไม่ให้เงิน หญิงก็มาฟ้องเรียกเงินจากชายไม่ได้ เพราะวาสัญญานี้เป็น โฆษะ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1513/2505)

การรถไฟแห่งประเทศไทย จำกัด เป็นรัฐวิสาหกิจซึ่งดำเนินกิจการที่กระทบกระเทือนต่อผลประโยชน์ของประชาชน รัฐจึงต้องควบคุมอย่างใกล้ชิด เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น คู่กรณีจะต้องนำเข้าสู่กระบวนการตามขั้นตอนที่รัฐกำหนดขึ้นตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มาตรา 23⁷⁵ การที่โจทก์ซึ่งเป็นพนักงานของจำเลยและจำเลยตกลงกันให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดข้อขัดแย้งเกี่ยวกับการเงินระหว่าง โจทก์และจำเลย โดยมีเจตนาหลีกเลี่ยงไม่ยอมอยู่ในบังคับบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว อันเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงตกเป็น โฆษะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113 เดิม เป็นเหตุให้คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการไม่มีผลบังคับไปด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3222-3225/2540)

⁷⁵ มาตรา 23 เมื่อมีข้อพิพาทแรงงานที่ตกลงกันไม่ได้ในกิจการ ดังต่อไปนี้

- (1) การรถไฟ
- (2) การท่าเรือ
- (3) การโทรศัพท์หรือการโทรคมนาคม
- (4) การผลิตหรือการจำหน่ายพลังงานหรือกระแสไฟฟ้าแก่ประชาชน
- (5) การประปา
- (6) การผลิตหรือการกลั่นน้ำมันเชื้อเพลิง
- (7) กิจการโรงพยาบาลหรือกิจการสถานพยาบาล
- (8) กิจการอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ให้พนักงานประนอมข้อพิพาทแรงงานส่งข้อพิพาทแรงงานให้คณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์เพื่อพิจารณาวินิจฉัย และแจ้งให้ทั้งสองฝ่ายทราบภายในสามสิบวันนับแต่วันที่รับข้อพิพาทแรงงาน

นายจ้าง สมาคมนายจ้าง สหพันธ์นายจ้าง ลูกจ้าง สหภาพแรงงานหรือสหพันธ์แรงงานมีสิทธิอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ได้รับคำวินิจฉัย ให้รัฐมนตรีวินิจฉัยอุทธรณ์และแจ้งให้ทั้งสองฝ่ายทราบภายในสิบวันนับแต่วันที่รับคำอุทธรณ์

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ที่มีใ้สิทธิอุทธรณ์ภายในกำหนด และคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของรัฐมนตรีให้เป็นที่สุด ฝ่ายแจ้งข้อเรียกร้องและฝ่ายรับข้อเรียกร้องต้องปฏิบัติตาม

นิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่กฎหมายจะไม่บังคับให้นั้น ยังมีอีกตามที่ มาตรา 151 บัญญัติไว้ว่า การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมาย อันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ ซึ่งบทบัญญัติ ในมาตรา 151 พิจารณาโดยทั่วไปอาจคล้ายกับมาตรา 150 ที่เกี่ยวกับนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็น การขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ความจริงนั้นเป็นคนละเรื่อง⁷⁶ โดยที่บทบัญญัติตามมาตรา 151 เป็นเรื่องของกรกระทำที่เป็นการผิดแผกแตกต่างไปจาก บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนที่กฎหมาย กำหนดเป็นโมฆะ แม้ว่ามาตรา 151 ไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงเช่นนั้น แต่เป็นเรื่องที่พิเคราะห์ มาตรา 151 อย่างกลับความ คือ ถ้าแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่เกี่ยวกับความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้วไม่เป็นโมฆะ แต่สิ่งที่แตกต่างจากกฎหมายที่เกี่ยวกับ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมจะเป็นโมฆะ ซึ่งมาตรา 151 กับมาตรา 150 ตอนทำนี้ไม่ใช่เรื่องเดียวกัน เพราะนิติกรรมที่จะเป็น โมฆะตามมาตรา 150 นั้น จะต้องเป็น นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่วนนิติกรรมที่จะเป็น โมฆะตามมาตรา 151 นั้น จะเป็นโมฆะก็ต่อเมื่อเป็นการแตกต่าง จากบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งวัตถุประสงค์ของนิติกรรมนั้นอาจจะชอบด้วยกฎหมาย ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนของประชาชนเลย นิติกรรมนั้นก็ควรจะสมบูรณ์ เพราะไม่ต้องห้ามตามมาตรา 150⁷⁷แต่นิติกรรมนั้นเกิดแตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย ที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ฉะนั้น นิติกรรมนั้นแม้จะสมบูรณ์ ตามมาตรา 150 ก็จะเป็น โมฆะตามมาตรา 151 เช่น การทำสัญญาซื้อขายบ้าน ถ้าคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ทำสัญญาโดยต่างรู้ว่าคนซื้อจะเอาบ้าน ไปทำเป็นบ่อนการพนัน อาจจะถือได้ว่านิติกรรมนี้ มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็น โมฆะ ถ้าซื้อขายบ้านโดยไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชน นิติกรรมนั้นก็สมบูรณ์ไม่เป็น โมฆะตามมาตรา 150 แต่ถ้าเผชิญในการซื้อขายบ้าน หลังจากนั้นคู่สัญญาคงกันว่า ถ้ามีเรื่องจะฟ้องร้องเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายบ้านรายนี้แล้วให้ใช้ กฎหมายในเรื่องอายุความของสหรัฐอเมริกาบังคับแทน กรณีเช่นนี้ในเรื่องอายุความมีกฎหมาย บังคับไว้แล้ว ข้อตกลงที่ให้เอาอายุความของกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับ เป็นข้อตกลงที่ผิด

⁷⁶ พรทิพย์ รัตนจงจิตรกวี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 45. หน้า 65.

⁷⁷ มาตรา 150 การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดย กฎหมายเป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อ ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็น โมฆะ

แตกต่างกันไปจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้ และบทบัญญัติในเรื่องอายุความเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ข้อตกลงดังกล่าวจึงเป็นโมฆะ เพราะต้องห้ามตามมาตรา 151 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1583/2511)

ในบางกรณีแม้คู่กรณีทำนิติกรรมผิดแผกแตกต่างไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้และกฎหมายนั้นเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนควรให้การกระทำนั้นเป็นโมฆะตามมาตรา 151 แต่ถ้ากฎหมายกำหนดว่าการผิดแผกแตกต่างเช่นนั้นไม่ควรจะทำการกระทำเช่นนั้นเป็นโมฆะ กฎหมายก็จะบัญญัติผลไว้เป็นการพิเศษว่าให้มีผลอย่างไร ซึ่งถ้ากฎหมายบัญญัติผลเป็นพิเศษเช่นนี้ ก็จะไม่เป็นโมฆะตามหลักทั่วไปที่มาตรา 151 บัญญัติไว้ แต่จะไปมีผลตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ เช่น ในเรื่องการขายฝาก (Sale with Right of Redemption) จะกำหนดเวลาสูงสุดที่คู่สัญญาจะตกลงกันได้คืนทรัพย์สินที่ขายฝากไว้ตามมาตรา 494⁷⁸ ว่าถ้าทรัพย์สินที่ขายฝากนั้น เป็นอสังหาริมทรัพย์ (Immorable Property) ให้ได้คืนภายในเวลาไม่เกิน 10 ปี นับแต่เวลาซื้อขาย ซึ่งภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้คู่สัญญาจะตกลงกำหนดเวลาได้กันเมื่อไรก็ได้ กำหนดเวลาในการได้ทรัพย์สินที่ขายฝากนั้น ถือได้ว่าเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ถ้าคู่สัญญาตกลงกันได้ที่ดินซึ่งเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่ขายฝากคืนภายใน 15 ปี ข้อตกลงนี้เป็นการผิดแผกแตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้ได้คืนได้ภายใน 10 ปี น่าจะเป็นโมฆะตามมาตรา 151 แต่ผู้บัญญัติกฎหมายอาจเห็นว่ากรณีเช่นนี้อาจจะแรงไปจึงบัญญัติในเรื่องนี้ไว้เป็นพิเศษว่า ให้ลดกำหนดเวลาได้ที่สูงกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้มาเป็นกำหนดขั้นสูงที่กฎหมายกำหนดไว้ ทำให้ข้อตกลงในเรื่องกำหนดเวลาได้นี้มีผลใช้บังคับได้ 10 ปี ไม่ใช่กลายเป็นโมฆะไป⁷⁹

กฎหมายอะไรที่ถือว่าเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจะต้องดูตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยไว้ ในเบื้องต้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายบัญญัติว่าการกระทำอะไรเป็นความผิดและกำหนดโทษทางอาญาไว้นั้น ย่อมถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ฉะนั้น หากทำนิติกรรมที่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว การกระทำนั้นก็จะเป็นโมฆะตามมาตรา 151

ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 19 เป็นกฎหมายพิเศษเกี่ยวกับแรงงาน ซึ่งใช้แทนพระราชบัญญัติแรงงาน พ.ศ. 2499 มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองอำนวยการ ประโยชน์แก่ลูกจ้างไม่ให้มี

⁷⁸ มาตรา 494 ท่านห้ามมิให้ใช้สิทธิได้ทรัพย์สินซึ่งขายฝากเมื่อพ้นเวลาคั่งจะกล่าวคือ ไปนี้

- (1) ถ้าเป็นอสังหาริมทรัพย์ กำหนดสิบปีนับแต่เวลาซื้อขาย
- (2) ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ กำหนดสามปีนับแต่เวลาซื้อขาย

⁷⁹ พรทิพย์ รัตนจงจิตรกวี. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 45. หน้า 66.

เหตุการณ์ที่จะไม่เป็นธรรมแก่ลูกจ้าง เป็นการป้องกันไม่ให้เกิดความระส่ำระสายในทางเศรษฐกิจของประเทศชาติและความสงบสุขของบ้านเมือง เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 283/2516 (ประชุมใหญ่))

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาปรากฏว่า ลูกจ้างของโจทก์ตายขณะปฏิบัติหน้าที่ซึ่งโจทก์มีหน้าที่ต้องจ่ายค่าทดแทนให้แก่ทายาทของลูกจ้างนั้นตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 19 ตามคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ซึ่งกระทรวงมหาดไทยแต่งตั้งเป็นรายเดือน เดือนละ 200 บาท เป็นเวลา 5 ปี คิดเป็นเงิน 12,000 บาท ให้แก่ทายาทของลูกจ้าง หลังจากที่เจ้าหน้าที่วินิจฉัยไปแล้วโจทก์ไปตกลงกับมารดาของลูกจ้างว่าโจทก์จะจ่ายให้ 2,000 บาท แล้วทำสัญญาประนีประนอมยอมความกัน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อตกลงนั้นเป็นการผิดแผกแตกต่างไปจากประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 19 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงเป็นโมฆะ ฉะนั้น มารดาของลูกจ้างนั้นไม่ได้รับค่าทดแทน 2,000 บาท ตามที่ได้ทำสัญญาประนีประนอมยอมความ แต่จะได้ 12,000 บาท ตามที่เจ้าหน้าที่วินิจฉัย

กฎหมายคุ้มครองลูกหนี้ กฎหมายคุ้มครองผู้ย่อนความสามารถกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์และความมั่นคงของสถาบันครอบครัว ก็เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

จำเลยคู่เงิน โจทก์โดยตกลงชำระดอกเบี้ยเป็นรายเดือน ผิดนัดไม่ชำระดอกเบี้ยยอมให้โจทก์คำนวณดอกเบี้ยค้างชำระทบกับต้นเงิน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อตกลงเกี่ยวกับดอกเบี้ยทบต้นเป็นโมฆะ เพราะเป็นการฝ่าฝืนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 255 วรรคหนึ่ง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1527/2517)

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 466⁸⁰ วรรคสอง ที่กำหนดเรื่องการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ แล้วผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินขาดตกบกพร่องหรือลำจำนวนไม่เกินกว่าร้อยละห้าของเนื้อที่ทั้งหมดที่ได้ระบุไว้ มิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่กรณีจึงอาจกำหนดไว้ในสัญญาเป็นการแตกต่างจากบทบัญญัตินี้ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 975/2543)

⁸⁰ มาตรา 466 ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้น หากว่าได้ระบุจำนวนเนื้อที่ทั้งหมดไว้และผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินน้อยหรือมากไปกว่าที่ได้สัญญาไว้ ท่านว่าผู้ซื้อจะปิดเสีย หรือจะรับเอาไว้และใช้ราคาตามส่วนก็ได้ตามแต่จะเลือก

อนึ่ง ถ้าขาดตกบกพร่องหรือลำจำนวนไม่เกินกว่าร้อยละห้าแห่งเนื้อที่ทั้งหมดอันได้ระบุไว้แล้วไซ้ ท่านว่าผู้ซื้อจำต้องรับเอาและใช้ราคาตามส่วนแต่ผู้ซื้ออาจจะเลิกสัญญาเสียได้ในเมื่อขาดตกบกพร่องหรือลำจำนวนถึงขนาดซึ่งหากผู้ซื้อได้ทราบก่อนแล้วคงจะมีได้เข้าทำสัญญานั้น

2. หลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในกฎหมายวิธีสบัญญัติ (Procedural Law)

ในเรื่องวิธีพิจารณาความนั้น มาตรา 142 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบัญญัติว่า คำพิพากษาหรือคำสั่งศาลที่ชี้ขาดคดีต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อ แต่ห้ามมิให้พิพากษาหรือทำคำสั่งให้สิ่งใด ๆ เกินไปกว่าหรือนอกเหนือจากที่ปรากฏในคำฟ้อง เว้นแต่ (5) ในคดีที่เห็นสมควร ศาลจะยกข้อเหล่านั้นขึ้นวินิจฉัยแล้วพิพากษาไปก็ได้ ซึ่งหลักการนี้มาจากแนวคิดที่ว่าคดีแพ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับประโยชน์ทางแพ่ง (Civil Interest) ของคู่ความ ศาลต้องจำกัดกรอบในการพิจารณาพิพากษาคดีเฉพาะสิ่งที่คู่ความนำเสนอต่อศาล แต่มีข้อยกเว้นให้ศาลมีดุลพินิจที่จะยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นวินิจฉัยได้โดยไม่เป็นการพิจารณาเกินคำขอ ซึ่งมีหลักสำคัญ ดังนี้

(1) ข้อเท็จจริงที่จะนำไปสู่การวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนจะต้องเป็นข้อเท็จจริงที่ได้มาจากการดำเนินการกระบวนการพิจารณาโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือต้องเป็นข้อเท็จจริงที่ได้จากพยานหลักฐานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่คู่ความจะต้องนำเสนอหรือได้จากเอกสารที่มีกฎหมายบังคับให้คู่ความที่กล่าวอ้างต้องแสดง

(2) ข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนอาจเป็นกรณีสัญญาหรือข้อตกลงที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

(3) การไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งส่วนใหญ่เป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี เช่น การไม่แจ้งคำสั่งศาลแก่คู่ความ การยื่นคำให้การไม่ครบ การฟ้องแย้งที่ไม่เกี่ยวกับฟ้องเดิม เป็นต้น

(4) กรณีที่เกี่ยวกับบุคคลในวงจำกัดเป็นส่วนน้อย ซึ่งมีโฆษณา (Public) โดยทั่วไปถือว่าไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น คดีเกี่ยวกับชายชูซึ่งเกี่ยวข้องกับบุคคลเพียงสามฝ่ายปัญหาว่าคำฟ้องเคลือบคลุมหรือไม่เป็นเรื่องระหว่างโจทก์กับจำเลยรวมทั้งปัญหาว่าฟ้องของโจทก์ขาดอายุความหรือไม่ ปัญหาการฟ้องซ้ำหรือการดำเนินกระบวนการซ้ำ เป็นต้น

พิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า แม้กฎหมายจะให้อำนาจแก่ศาลที่จะหยิบยกปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นวินิจฉัยได้เอง ทั้งที่คู่ความมิได้ร้องขอ แต่ก็อยู่ในดุลพินิจของศาลจะหยิบยกขึ้นวินิจฉัยให้ก็ได้ ทางปฏิบัติมีอยู่เสมอที่ศาลจะไม่ยกขึ้นวินิจฉัยได้ คู่ความจำเป็นต้องนำเสนอปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนต่อศาลเสียแต่เริ่มคดีหรือชั้นร้องสอดหรือให้การต่อสู้คดี⁸¹

⁸¹ พรทิพย์ รัตนจงจิตรกวี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 45. หน้า 68.

ในส่วนของความหมายที่ชัดเจนของคำว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน นั้นเนื่องจากลักษณะที่พิเศษเฉพาะตัวของคำนี้ จึงทำให้เป็นการยากต่อการให้คำนิยามที่ชัดเจน อย่างไรก็ตาม อาจพอให้ความหมายกว้าง ๆ ได้ว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ เรื่องผลประโยชน์โดยทั่วไปของสังคมที่ย่อมอยู่เหนือผลประโยชน์ของเอกชน (Private Interest) และจำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงไปตามพฤติกรรมและกาลสมัย ความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นคำที่กว้างมาก มีขอบเขตรอบคลุมทั้งกฎหมายมหาชน กฎหมายเอกชน และกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วยเหตุเพราะความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับประโยชน์ทั่วไปของสังคม ซึ่งครอบคลุมถึงกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Written Law) และกฎหมายที่ไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่แม้ว่าขอบเขตของความสงบเรียบร้อยจะมีขอบเขตกว้างขวางเพียงใด แต่ก็ยังคงต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักนิติธรรม⁸² (Rule of Law) ซึ่งการมีขอบเขตที่กว้างขวางของคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชน ประกอบกับการที่มีลักษณะเป็นนามธรรม (Abstract) มีผลทำให้นักกฎหมายต้องระมัดระวังการใช้หลักการในเรื่องนี้ เพราะหากใช้พร่ำเพรื่อเกินขอบเขต จะทำให้เกิดผลเสียถึงหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ อย่างไรก็ตาม ลักษณะที่เป็นนามธรรมของความสงบเรียบร้อยของประชาชนทำให้ใช้หลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้นาน โดยไม่ต้องแก้ไขกฎหมายลายลักษณ์อักษร อีกทั้งยังสามารถใช้เป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างของกฎหมายและรักษาความเป็นธรรมตามพฤติกรรมและกาลสมัย ซึ่งทำให้สามารถใช้ปกป้องผลประโยชน์ของสังคมได้ทันทีเมื่อต้องการ จึงถือได้ว่าสภาพอันเป็นนามธรรมของความสงบเรียบร้อยของประชาชนย่อมมีผลดีมากกว่าผลเสีย แต่ผลดีจะเกิดขึ้นได้เมื่อเรารู้หลักเกณฑ์ในเรื่องการพิจารณาเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน ไม่ใช่พิจารณาโดยอาศัยความนึกคิดของบุคคลโดยไม่มีหลักการที่แน่นอน ดังนั้นการพิจารณาเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น ควรจะพิจารณาถึงหลักทางทฤษฎีและหลักตามแนวคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานของกฎหมายประกอบกันไปด้วย

2.3 หลักกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยในคดีปกครองฝรั่งเศส

ฝรั่งเศสยอมรับแนวคิดเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนจากกฎหมายโรมัน (Roman Law) แต่การยอมรับแนวความคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนนี้ ในยุคที่ยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (Code Civil) ได้มีการยอมรับแนวความคิดเช่นนั้นเฉพาะที่ใช้บังคับแก่หลักการเสรีภาพในการทำสัญญา โดยถือเป็นข้อจำกัดอย่างหนึ่งเท่านั้น แต่เมื่อล่วงมา

⁸² นิติธรรม (Rule of Law) หมายถึง ความเป็นธรรมมีอยู่ในกฎหมาย หรือกฎหมายให้ความเป็นธรรมได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือ “คุณธรรมทางกฎหมาย” นั่นเอง

ถึงปัจจุบัน เสรีภาพในการทำสัญญาถูกจำกัดมากขึ้นทุกที จนปรากฏว่าเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าแนวความคิดดังกล่าวได้กลายเป็นหลักการสำคัญที่ใช้บังคับแก่กฎหมายเอกชน โดยทั่วไปมิได้จำกัดเฉพาะกรณีนิติกรรมแต่อย่างใดเหมือนในยุคก่อน ๆ⁸³

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ศาลจะวินิจฉัยคดีโดยพิจารณาจากข้อเท็จจริง (les faits) ประเด็นข้อโต้แย้งต่าง ๆ (les moyens) ที่ปรากฏในคำฟ้องและคำขอ (les conclusions) ในสำนวนคดี อย่างไรก็ตาม หากปรากฏประเด็นที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย⁸⁴ (Moyens d'ordre public) ย่อมอยู่ในบังคับของศาลที่ต้องหยิบยกประเด็นดังกล่าวขึ้นพิจารณา⁸⁵ แม้ไม่มีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอโดยไม่ถือว่าเป็นการพิจารณาคำฟ้องหรือเกินคำขอแต่อย่างใด แต่ประเด็นเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่ศาลหยิบยกขึ้นพิจารณานั้น ต้องปรากฏว่ามีเอกสารหรือพยานหลักฐานในสำนวนที่อ้างอิงหรือเชื่อมโยงเกี่ยวกับเรื่องความสงบเรียบร้อย⁸⁶ จึงอาจกล่าวได้ว่าประเด็นว่าด้วยความสงบเรียบร้อยอาจทำให้ศาลฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ที่ว่า ห้ามศาลพิพากษาเกินคำขอ (*l'ultra petita*)

การแสวงหาข้อเท็จจริงของศาลในระหว่างการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครองของฝรั่งเศสนั้น ใช้วิธีการแสวงหาข้อเท็จจริงจากคำฟ้อง คำให้การ คำคัดค้านคำให้การ และคำให้การเพิ่มเติมจากคู่กรณี รวมถึงการแสวงหาข้อเท็จจริงโดยศาลเองซึ่งใช้วิธีการไต่สวน ดังนั้น การดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครอง ตุลาการศาลปกครองจึงมีบทบาทสำคัญในการแสวงหาข้อเท็จจริง รวบรวมพยานหลักฐาน รวมถึงปกป้องคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีในระหว่างการดำเนินสำคัญกระบวนการพิจารณา ทั้งนี้ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริง เอกสารและพยานหลักฐานต่าง ๆ ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล

การตรวจพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับอำนาจศาล เงื่อนไขการฟ้องคดี และประเด็นเนื้อหาของคดีนั้น ศาลจะพิจารณาข้ออ้างตามคำขอของผู้ฟ้องคดีเท่านั้น เว้นแต่กรณีที่ปรากฏในสำนวนว่า

⁸³ พรทิพย์ รัตนจงจิตรกวี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 45. หน้า 42.

⁸⁴ ประเด็นว่าด้วยความสงบเรียบร้อย (ordre public) เป็นเกณฑ์ที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัย สุขอนามัย และความสงบเรียบร้อยส่วนรวมของสังคม หรืออาจกล่าวได้ว่า เป็นกฎเกณฑ์ที่มุ่งปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ทั่วไป (ordre public de direction qui protégé l'intérêt general) และประเด็นเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่ปกป้องผู้ด้อยโอกาสหรือผู้ที่เสียเปรียบในสังคม (ordre public de direction qui protège les plus faibles comme les consommateurs) เช่น ผู้บริโภค เป็นต้น

⁸⁵ CE, Sect., 17 décembre 1937, Simon ; CE, 29 janvier 1958, Vincent (อ้างถึงใน Moyens d'ordre public, LexisNexis SA-2010, page 18. (V.n°99 à 176))

⁸⁶ CE, 21 octobre 1959, Korsec ; CE, 14 novembre 1980, n°17172, min.Travail et Participation c/Union dptale syndicats CFDT Tarn (อ้างถึงใน Moyens d'ordre public, LexisNexis SA-2010, page 18. (V.n°99 à 176))

กรณีมีเหตุที่ศาลจะต้องยกปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นพิจารณา ศาลก็จะยกปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นพิจารณาดังนั้น การศึกษาในส่วนนี้จึงเน้นศึกษาคำจำกัดความของปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนและแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสที่วินิจฉัยว่า ปัญหาข้อกฎหมายใดบ้างที่เป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ลักษณะสำคัญของวิธีพิจารณาคดีปกครองของฝรั่งเศสโดยทั่วไป ดังนี้

1) วิธีพิจารณาใช้ระบบไต่สวน ซึ่งผู้พิพากษามีบทบาทสำคัญในการสอบสวนและแสวงหาข้อเท็จจริง โดยผู้พิพากษามีอำนาจกลับภาระการพิสูจน์ได้ถ้าเห็นว่าข้ออ้างของผู้ฟ้องคดีมีมูลแม้จะหาหลักฐานมาสนับสนุนไม่ได้ก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเสมอภาคระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่าย

2) วิธีพิจารณาเป็นลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องแสดงข้ออ้างข้อหักล้างกันเป็นลายลักษณ์อักษร โดยคู่กรณีอาจสนับสนุนข้ออ้างของตนด้วยวาจาในวันนัดพิจารณาได้

3) วิธีพิจารณาเปิดโอกาสให้คู่ความทุกฝ่ายได้รับทราบและโต้แย้งข้ออ้างข้อเถียงของฝ่ายตรงข้ามได้

4) วิธีพิจารณาเป็นความลับ กล่าวคือ เฉพาะคู่ความเท่านั้นที่มีสิทธิรับทราบคำคู่ความและเอกสารหลักฐานต่าง ๆ เกี่ยวกับคดีของตน

5) การฟ้องคดีไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับหรือการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยทางปกครองที่ถูกนำมาฟ้องคดี⁸⁷

และการพิจารณาประเด็นในคดีของศาลปกครองจะต้องพิจารณาประเด็นต่อไปนี้ตามลำดับ คือ

1) พิจารณาว่าคดีที่ฟ้องนั้นอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษาหรือไม่

2) พิจารณาว่าคดีที่ฟ้องนั้นเป็นคดีที่ฟ้อง โดยถูกต้องและสมบูรณ์ครบถ้วนตามเงื่อนไขในการฟ้องคดีหรือไม่

3) พิจารณาวินิจฉัยในเนื้อหาคดีว่า คดีนั้นมีเหตุผลสนับสนุนคำขอของผู้ฟ้องคดี และฟังได้หรือไม่⁸⁸

⁸⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 14. หน้า 495.

⁸⁸ ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2543). ลำดับการพิจารณาประเด็นในคดีของศาลปกครองฝรั่งเศส. ใน *รวมกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง*. ของสำนักงานศาลปกครอง. หน้า 413-417.

ปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่เกิดขึ้นในขณะดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลปกครองฝรั่งเศส ได้แก่

2.3.1 เหตุแห่งการไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาอันเนื่องจากเขตอำนาจศาล

2.3.1.1 เขตอำนาจศาลระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรม

ปัญหาเรื่องอำนาจศาลเป็นปัญหาที่ยุงยากซับซ้อน โดยเฉพาะในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งเป็นระบบศาลคู่ที่อาจก่อให้เกิดปัญหาเรื่องอำนาจศาล นอกจากนี้ ในระบบศาลยุติธรรมหรือศาลหลัก เรื่องการแบ่งแยกอำนาจระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลปกครองเป็นหลักที่มีมาตั้งแต่สมัยปฏิวัติฝรั่งเศส (Révolution française) ปัจจุบันศาลคดีขัดกันเคารพหลักเกณฑ์เรื่องการแบ่งแยกอำนาจระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรมอย่างเคร่งครัด อย่างไรก็ตาม ความซับซ้อนของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจของศาลปกครองกับศาลยุติธรรมทำให้การพิจารณาปัญหาเรื่องเขตอำนาจของศาลคดีขัดกันมีความยุ่งยากไม่น้อย แต่ศาลคดีขัดกันก็จะเน้นในคำวินิจฉัยบ่อยครั้งว่า ศาลคดีขัดกันไม่เพียงแต่ต้องตรวจสอบข้ออ้างของผู้ว่าราชการจังหวัดที่ได้แย้งเขตอำนาจศาล แต่ศาลคดีขัดกันมีหน้าที่ต้องยกปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลขึ้นพิจารณาว่ากรณีพิพาทดังกล่าวอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม หรือเป็นประเด็นที่ศาลยุติธรรมต้องวินิจฉัยในเบื้องต้น เพราะปัญหาเรื่องการแบ่งแยกอำนาจศาลของศาลปกครองกับศาลยุติธรรม เป็นปัญหาว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

สภาแห่งรัฐได้มีแนวคำวินิจฉัยที่แสดงออกอย่างชัดเจนว่า หลักเรื่องอำนาจศาลเป็นหลักที่เป็นปัญหาว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในคดี Trani⁸⁹ ซึ่งระบุว่า ปัญหาเรื่องอำนาจศาลของศาลปกครองเป็นปัญหาว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งคู่กรณียกขึ้นอ้างได้ตลอดระยะเวลาของกระบวนการพิจารณาคดี และเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องยกปัญหาเรื่องอำนาจของศาลขึ้นอ้างเอง เช่น กรณีที่นิติบุคคลมหาชนขอให้มีการตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อวินิจฉัยปัญหาข้อพิพาทได้ในบางเรื่องเท่านั้น ดังนั้น ศาลปกครองมีหน้าที่ต้องยกปัญหาเรื่องการตั้งอนุญาโตตุลาการของนิติบุคคลมหาชนเพื่อวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้นอ้างเอง เพราะการกำหนดให้อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจของศาลปกครองเป็นปัญหาว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

เมื่อศาลปกครองรับคดีไว้พิจารณา ศาลจะต้องตรวจสอบในเบื้องต้นว่า คดีดังกล่าวอยู่ในอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ โดยต้องยกปัญหาเรื่องอำนาจศาลขึ้นพิจารณาก่อน แม้ว่าคำฟ้องดังกล่าวเป็นคำฟ้องที่ส่งมาจากศาลยุติธรรมก็ตาม เพราะการวินิจฉัยเรื่องอำนาจศาลของศาล

⁸⁹ CE, 4 oct 1967, Trani, *Rec.*, page 352.

ยุติธรรมอาจผิดพลาดได้ ในบางกรณีศาลปกครองเองก็อาจต้องส่งปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลให้ศาลคดีขัดกันพิจารณาวินิจฉัย สภาแห่งรัฐจะยกปัญหาเรื่องอำนาจศาลขึ้นพิจารณาถ้าสภาแห่งรัฐเห็นว่า เรื่องดังกล่าวไม่ได้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง เช่น สภาจังหวัด ไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้น ขอให้ตีความเกี่ยวกับค่าโดยสารของการรถไฟ สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่า ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับการบังคับใช้ค่าโดยสารของการรถไฟ ศาลปกครองซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีสัญญาสัมปทาน ไม่มีอำนาจตีความปัญหาเรื่องการบังคับใช้ค่าโดยสาร สภาแห่งรัฐจึงสั่งไม่รับปัญหาดังกล่าวไว้พิจารณา

2.3.1.2 ปัญหาเรื่องอำนาจศาลภายในระบบศาลปกครอง

ปัญหาเรื่องอำนาจศาลเป็นปัญหาว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนกรณีศาลปกครองชั้นต้นปฏิเสธว่าตนไม่มีอำนาจในการพิจารณาทั้งที่เป็นเรื่องที่คดีต้องอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองอุทธรณ์หรือสภาแห่งรัฐต้องยกปัญหาเรื่องอำนาจศาลของศาลปกครองชั้นต้นขึ้นพิจารณาเอง

ศาลปกครองที่มีอำนาจพิจารณาคดีเป็นการทั่วไปหรือมีอำนาจพิจารณาคดีเป็นการเฉพาะจะมีอำนาจในการพิจารณาคดีต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติกฎหมาย ศาลปกครองแต่ละศาลมีอำนาจในการพิจารณาคดีตามที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน ตั้งแต่ ค.ศ. 1953 ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจในการพิจารณาคดีทั่วไป และสภาแห่งรัฐกลายเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีในชั้นอุทธรณ์และในชั้นฎีกา และมีอำนาจในการพิจารณาคดีในฐานะที่เป็นศาลชั้นต้นและศาลสูงเฉพาะคดีบางประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้ การแบ่งแยกอำนาจของศาลแต่ละศาลภายในระบบศาลปกครองเป็นปัญหาว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งศาลปกครองที่รับคดีไว้พิจารณาต้องยกขึ้นพิจารณาเสมอแม้ว่าคู่กรณีมิได้ยกขึ้นอ้างก็ตาม เช่น

คดี Kraemer⁹⁰ ผู้ฟ้องคดีได้แย้งว่าการพิจารณาคดีลงโทษทัณฑ์เพิกถอนที่ไม่ได้ลงทะเบียนกับคณะกรรมการจังหวัดเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีเฉพาะ ไม่ใช่ในอำนาจของศาลซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาคดีทั่วไป ซึ่งปัญหาเรื่องอำนาจศาลเป็นปัญหาว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนที่ศาลต้องยกขึ้นอ้าง ผู้ฟ้องคดีจึงอาจยกปัญหาเรื่องอำนาจศาลขึ้นอ้างครั้งแรกต่อสภาแห่งรัฐ

คดี Société unichadienne⁹¹ ผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์ต่อสภาแห่งรัฐ และสภาแห่งรัฐได้ยกปัญหาเรื่องอำนาจศาลขึ้นพิจารณาเอง เนื่องจากคู่สัญญาได้ตกลงกันว่าถ้ามีข้อผิดพลาดเกิดขึ้นในการดำเนินการตามสัญญา ให้คู่กรณีฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้น แต่สภาแห่งรัฐเห็นว่ารัฐกฤษฎีกา

⁹⁰ CE, 31 mai 1963, Kraemer, *Rec.*, page 337.

⁹¹ CE, jan 1972, Société unichadienne, *Rec.*, page 4.

ลงวันที่ 28 พฤศจิกายน ค.ศ. 1953 ได้กำหนดให้สภาแห่งรัฐมีอำนาจในการพิจารณาคดีในฐานะศาลชั้นต้น สภาแห่งรัฐจึงได้ส่งยกคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นที่พิจารณาคดีปกครองดังกล่าว โดยไม่พิจารณาถึงข้อโต้แย้งเรื่องความไม่ถูกต้องของคำพิพากษา ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลระหว่างสภาแห่งรัฐกับศาลปกครองชั้นต้นเป็นปัญหาว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งศาลมีหน้าที่ต้องยกขึ้นอ้าง และไม่อาจกำหนดยกเว้น โดยคู่สัญญา

ในเรื่องเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลของศาลปกครองชั้นต้นเป็นปัญหาว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งสภาแห่งรัฐก็เคยยกปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลของศาลปกครองชั้นต้นขึ้นพิจารณา ในคดีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมือง Paris ที่ตั้งเพิกถอนคำสั่งของรัฐมนตรี สภาแห่งรัฐได้ยกปัญหาเรื่องเขตอำนาจของศาลชั้นพิจารณาโดยคู่กรณีไม่ได้ร้องขอ โดยสภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าข้อพิพาทในคดีนี้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองแห่งเมือง Verailles⁹² และในคดี Vincent สภาแห่งรัฐวินิจฉัยไว้อย่างชัดเจนว่า ถ้าศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าคดีไม่อยู่ในเขตพื้นที่ที่ตนมีอำนาจ ศาลปกครองชั้นต้นมีหน้าที่ต้องยกปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลชั้นพิจารณา เพราะเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

2.3.2 เหตุแห่งการไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาอันเนื่องมาจากเงื่อนไขการฟ้องคดี

เงื่อนไขการฟ้องคดีปกครอง (conditions de recevabilité) เป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง โดยในการยื่นฟ้องคดีศาลจำเป็นต้องตรวจสอบว่าได้มีการดำเนินการตามเงื่อนไขแห่งการฟ้องคดีหรือไม่ หากยังไม่ดำเนินการศาลก็ไม่อาจรับคำฟ้องนั้นไว้พิจารณาได้ ซึ่งเงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครองของฝรั่งเศส ประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้⁹³

2.3.2.1 การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองก่อน (recours administratifs)

การร้องทุกข์ (recours) หมายถึง วิธีการทุกอย่างที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลหนึ่งเรียกร้องให้องค์กรของรัฐแก้ไขสถานะทางกฎหมายของตนให้ถูกต้อง และยังหมายถึงวิธีการร้องเรียนทุกวิธีที่จัดให้มีขึ้นตามกฎหมายด้วย⁹⁴

ในระบบกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสนั้น โดยหลักถือว่าการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองเป็นเรื่องที่แตกต่างหากออกจากการฟ้องศาล ผู้เดือดร้อนจากการกระทำทางปกครองสามารถเลือก

⁹² CE, 14 juin 1961, *Ministre des Armées A.J.D.A., Rec.*, page 564.

⁹³ สุริย์ เฝ้าสุชถาวร. (2551). เหตุเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ในกระบวนการพิจารณาคดีปกครอง. *รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 4 : กฎหมายปกครองต่างประเทศ*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 99.

⁹⁴ สุริย์ เฝ้าสุชถาวร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 93. หน้า 99.

ได้ว่าคนจะใช้วิธีการใด และถ้าเลือกใช้วิธีร้องเรียน ก็หาเป็นเหตุตัดสิทธิที่จะฟ้องคดีต่อศาลไปพร้อม ๆ กันไม่ (exception de recours parallèle) ถ้าฝ่ายปกครองได้วินิจฉัยเสร็จก่อนศาลคำวินิจฉัยนั้น ๆ ไม่มีผลใด ๆ ต่อคดีที่อยู่ในระหว่างพิจารณาของศาล แต่ถ้าคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ถูกร้องเรียนว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ก็สมประโยชน์ผู้ร้องเรียนศาลจะพิพากษายกฟ้อง ซึ่งหลักนี้แตกต่างจากคดีแพ่งในศาลยุติธรรมตรงที่ในคดีแพ่งเมื่อเกิดข้อโต้แย้งสิทธิขึ้น เอกชนไม่จำเป็นต้องขอให้เอกชนอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตนให้ถูกต้องโดยคณะกรรมการละเมิด ให้ใช้ค่าเสียหาย หรือปฏิบัติตามสัญญา ก่อน ผู้ถูกโต้แย้งสิทธินำคดีมาฟ้องศาลโดยตรงได้เลย (droit de citation directe) แต่ในคดีปกครองทุกประเภทถือว่าจะต้องมีนิติกรรมทางปกครอง (acte administratif) เป็นฐานอยู่เสมอ ผลจึงมีว่าถ้าเป็นคดีร้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเอกชนจึงนำคดีมาฟ้องศาลได้เลยโดยไม่ต้องกลับไปขอให้ฝ่ายปกครองเยียวยาความไม่ชอบด้วยกฎหมายเสียก่อน เพราะมีนิติกรรมทางปกครองแล้ว แต่ในคดีอื่น ๆ ที่ศาลมีอำนาจเต็มไม่ว่าจะเป็นคดีความรับผิดชอบตามสัญญา (contentieux) หรือคดีความรับผิดชอบทางละเมิด (contentieux de la responsabilité) ซึ่งปกติอาศัยการปฏิบัติการทางกายภาพของฝ่ายปกครอง หากมีการผิดสัญญาหรือละเมิดขึ้น ผู้ฟ้องคดีจะสามารถยื่นฟ้องต่อศาลได้เฉพาะหลังจากที่เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจไม่รับคำร้องขอของคน ฉะนั้น หลักการที่ว่าจะต้องมีคำสั่งทางปกครองเลย จึงทำให้การฟ้องคดีปกครอง (recours contentieux) ต้องมีการร้องเรียนภายในต่อฝ่ายปกครองก่อน⁹⁵ (recours administratif) และมีคำสั่งปฏิเสธก่อน ในกรณีที่ฝ่ายปกครองรับคำขอแล้ว ฝ่ายปกครองนิ่งเฉยไม่ตอบ (silence de l'administration) ศาลปกครองได้สร้างหลักการยอมรับโดยปริยายของฝ่ายปกครอง ภายหลังจากที่มีการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองเมื่อรับคำขอเป็นเวลามาแล้วเป็นเวลา 1 เดือน ถึง 4 เดือน แล้วแต่กรณี⁹⁶ เท่ากับเป็นการปฏิเสธคำร้องโดยปริยาย ซึ่งถือว่ามีนิติกรรมทางปกครองโดยปริยายแล้ว เอกชนจึงสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้

2.3.2.2 การที่ต้องมีคำสั่งทางปกครองก่อน (règle de la décision préalable)

⁹⁵ การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง (recours administratif) นี้ อาจแบ่งออกเป็น

- (1) การร้องเรียนต่อฝ่ายปกครองที่เป็นผู้กระทำการทางปกครองนั้น (recours gracieux) และ
- (2) การร้องเรียนต่อฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาซึ่งอยู่เหนือขึ้นไป (recours hiérarchique)

Voir. Pierre Moor. (2002). *Droit administratif. Volume II, Les actes administratifs et leur contrôle*. 2^e édition. mise à jour et augmentée, Berne : Stämpfli, Coll. « Précis de droit Stämpfli ». pp. 531-533 et voir Georges Dupuis, Marie-José Guédon et Patrice Chrétien. (2002). *Droit administratif*. 7^e édition. Paris : Armand Colin. Coll. « U. Droit (Paris) ». page 41.

⁹⁶ สุริย์ เผ่าสุขถาวร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 93. หน้า 99.

ตามบทบัญญัติมาตรา 1 แห่งรัฐกฤษฎีกา หมายเลข 65-29 วันที่ 11 มกราคม ค.ศ. 1965 ที่บัญญัติว่า เว้นแต่เรื่องโยธาสาธารณะ ศาลปกครองจะรับฟ้องไว้พิจารณาได้ก็ต่อเมื่อเป็นการฟ้องคดีโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว เป็นการวางหลักว่า การที่จะนำคดีมาฟ้องศาลปกครองนั้น ต้องเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องทำนิติกรรมทางปกครองก่อน ทั้งนี้ มีข้อพิจารณาอยู่ 3 กรณี

1) คดีเกี่ยวกับการโยธาสาธารณะ เป็นการดำเนินการเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ขององค์กรของรัฐ (รัฐ ภูมิภาค จังหวัด สถาบันของรัฐ) เพื่อประชาชนทั่วไป⁹⁷ หรือเป็นงานโยธาสาธารณะที่จัดทำโดยองค์กรมหาชนในการจัดทำบริการสาธารณะ หรือการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการตามสัญญา ซึ่งสามารถนำมาฟ้องต่อศาลได้โดยไม่จำเป็นต้องรอให้ฝ่ายปกครองมีคำสั่งก่อน

2) กรณีที่มีคำสั่งทางปกครองมาก่อนแล้ว การฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นสามารถกระทำได้

อย่างไรก็ตามในกรณีที่ผู้เสียหายต้องการเรียกค่าเสียหายพร้อมทั้งดอกเบี้ยมาในคำฟ้องขอให้เพิกถอนด้วย ในกรณีนี้บุคคลนั้นต้องเรียกให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายก่อน

3) คดีที่มีสาเหตุมาจากความบกพร่องของฝ่ายปกครอง เช่น กรณีที่มีการรักษาพยาบาลผิดพลาด ทำให้คนไข้ต้องเป็นอัมพาต บุคคลดังกล่าวจะนำเรื่องมาฟ้องคดีไม่ได้ หากบุคคลนั้นไม่ได้มีหนังสือให้ฝ่ายปกครองพิจารณาเรื่องและมีคำสั่งโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย การร้องขอในกรณีนี้ไม่มีแบบพิธีแต่อย่างใด แต่ผู้ร้องควรมีหนังสือลงทะเบียจนถึงฝ่ายปกครองพร้อมใบตอบรับและเก็บสำเนาไว้เพื่อใช้เป็นหลักฐานในการพิจารณาคดี⁹⁸

3.1.2.3 ผู้มีส่วนได้เสียที่จะมีสิทธิฟ้องคดี (L'intérêt à agir)

การที่ศาลต้องวางหลักเกณฑ์เรื่องผู้มีสิทธิฟ้องคดี มีสาเหตุพื้นฐาน 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก โดยที่องค์กรศาล (ไม่ว่าจะเป็นในคดีประเภทใด) จะมีอำนาจพิจารณาคดีหรือวินิจฉัยข้อพิพาทเรื่องหนึ่งเรื่องใดได้ก็ต่อเมื่อมีการเสนอคดีโดยบุคคลอื่น ส่วนองค์กรศาลจะเป็นผู้เสนอคดีเองเสียมิได้⁹⁹

⁹⁷ สุรีย์ เผ่าสุขถาวร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 93. หน้า 99.

⁹⁸ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2549). *วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 107.

⁹⁹ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2548). การฟ้องคดีปกครองของนิติบุคคลหรือคณะบุคคล: ความจำเป็นในการพิจารณา เรื่อง ความสามารถและคุณสมบัติของผู้ฟ้องคดีโดยไม่ปะปนกัน. ในหนังสือรวมบทความทางวิชาการ เล่ม 3 : กฎหมายปกครอง ภาควิธีบัญญัติ และกฎหมายอื่น ๆ. หน้า 45.

ประการที่สอง ในขณะเดียวกัน การที่ปราศจากหลักเกณฑ์ที่กำหนดตัวผู้มีสิทธิฟ้องคดีก็เท่ากับยอมรับให้บุคคลทุกคนไม่ว่าใครก็ตามอาจฟ้องคดีได้ (*actio popularis*) ซึ่งจะเป็นการเปิดช่องให้มีการใช้สิทธิจนพรั้าหรือเกินขอบเขต อย่างไรก็ตาม การพัฒนาการในการฟ้องคดีปกครองเริ่มมาจากปรัชญาที่ว่าเป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง ไม่ใช่เป็นการฟ้องคดีระหว่างตัวบุคคล ด้วยเหตุนี้ เกณฑ์ที่ศาลใช้จึงเป็นเพียงการพิจารณาถึงประโยชน์ที่เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย (*intérêt*) ของผู้ฟ้องคดี ระดับความมากน้อยของประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย และความสัมพันธ์ระหว่างประโยชน์เกี่ยวข้องดังกล่าวกับสิ่งที่กฎหมายที่ถูกฝ่าฝืนนั้นมุ่งให้ความคุ้มครอง ศาลปกครองของฝรั่งเศสได้ใช้เกณฑ์เรื่องประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาตัวผู้มีสิทธิฟ้องคดี¹⁰⁰

ผู้ที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่กระทำนอกอำนาจหน้าที่จะต้องแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างสถานภาพทางกฎหมายของผู้ฟ้องคดีกับวัตถุประสงค์แห่งการฟ้องคดีเสียก่อน กล่าวคือ ผู้ที่จะนำคดีประเภทดังกล่าวมาฟ้องได้นั้นจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงและเฉพาะเจาะจง (*intérêt direct et personnel*) อันเกิดจากนิติกรรมทางปกครองที่จะนำมาฟ้องขอให้เพิกถอนนั้น นอกจากนี้ ส่วนได้เสียโดยตรงและเฉพาะเจาะจงดังกล่าว จะต้องเกิดขึ้นแล้วและมีอยู่ในขณะฟ้องคดี (*intérêt et actuel*) อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐซึ่งทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีปกครองไม่ได้เคร่งขมวดกับหลักดังกล่าว โดยได้วินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัย ลงวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1938 ว่าหากสถานภาพทางกฎหมายของผู้ฟ้องคดีจะต้องถูกกระทบกระเทือนอย่างแน่นอนในอนาคต จึงถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องที่จะฟ้องคดีได้แล้ว¹⁰¹

สำหรับเรื่องความเสียหายทางจิตใจ (*intérêt moral*) นั้น สภาแห่งรัฐได้วางหลักไว้ว่า ความเสียหายทางจิตใจนั้น จะต้องเป็นความเสียหายที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจง โดยตรง และแน่นอน เช่น คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ใน ค.ศ. 1949 คดี *Association des anciens élèves de l'École Polytechnique* ได้ยอมรับคำฟ้องของสมาคมนักเรียนเก่าที่ฟ้องเพื่อขอให้ปกป้องรักษาชื่อเสียงของโรงเรียนเก่าของตน คำวินิจฉัย ลงวันที่ 28 กรกฎาคม ค.ศ. 1911 วินิจฉัยว่า นิติกรรมทางปกครองที่มีผลกระทบต่อความเชื่อทางศาสนา ถือเป็นความเสียหายทางด้านจิตใจประเภทหนึ่ง ที่ผู้ได้รับผลกระทบสามารถฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมนั้นได้ เป็นต้น¹⁰²

¹⁰⁰ เรื่องเดียวกัน. หน้า 49.

¹⁰¹ พรทิพย์ รัตนจงจิตรกวี. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 45. หน้า 117.

¹⁰² นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2534). ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองของฝรั่งเศส. *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช*. 3 (1). หน้า 128.

สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยเกี่ยวกับความเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่จะมีสิทธิฟ้องคดีเพื่อจะขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองไว้หลายกรณี เช่น เจ้าของที่ดินข้างเคียงสามารถฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อนุญาตให้ก่อสร้างอาคารและทำให้ตนได้รับความเสียหายได้ เจ้าของอาคารซึ่งมีร้านขายยาร้านหนึ่งจะต้องเปิดทำการ แต่เจ้าของอาคารนั้นไม่ใช่ผู้ประกอบการร้านขายยา จึงไม่สามารถร้องเรียนต่อฝ่ายปกครองที่ปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตให้เปิดร้านขายยาดังกล่าวได้ เพราะไม่ได้เป็นผู้เสียหายโดยตรงที่ได้รับผลกระทบจากนิติกรรมทางปกครองนั้น

บริษัทโทรทัศน์ซึ่งได้รับสัมปทานจากรัฐบาลให้แพร่ภาพทางโทรทัศน์เป็นผู้มีส่วนได้เสียที่จะฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่อนุญาตให้บริษัทคู่แข่งอื่นดำเนินกิจการในลักษณะเดียวกับตนได้ และผู้เสียหายในเขตเทศบาลเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่จะฟ้องขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เทศบาลจะดำเนินการจัดให้มีการรักษาพยาบาลฟรีแก่ประชาชนทุกคนในเขตเทศบาล โดยจะใช้เงินภาษีอากรที่เก็บจากผู้เสียหายในเขตเทศบาลมาเป็นค่าใช้จ่ายทั้งหมด ผู้เสียหายไม่ได้เป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงที่จะฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวกับเรื่องการเงินที่จะใช้เงินภาษีอากร ประชาชนธรรมดาทั่วไปไม่ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนกฎีกากำหนดอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีได้

ชมรมผู้ต่อต้านการดื่มสุราแห่งชาติเป็นกลุ่มบุคคลอิสระที่มีส่วนได้เสียในการฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนกฎกระทรวงที่สนับสนุนให้มีการกลั่นสุราในบ้าน โดยอ้างเหตุได้รับความเสียหายและกระทบกระเทือนทางจิตใจ¹⁰³

ในขณะที่กรณีการฟ้องคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มนั้นศาลจะถือว่าผู้มีส่วนได้เสียเป็นผู้ทรงสิทธิ (titulaire du droit) ซึ่งการเป็นการพิจารณาถึงสิทธิ (droits) ทางด้านอัตตะวะสัย (subjectif) แต่การพิจารณาถึงสิทธินี้เองที่สนับสนุนให้เห็นว่าแท้จริงแล้วเป็นการพิจารณาจากฐานอันเดียวกัน คือ พิจารณาจากประโยชน์ที่เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสีย (intérêt) เพราะสิทธิ หมายถึงประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองนั่นเอง และการที่ศาลพิจารณาโดยถือเกณฑ์เรื่องสิทธิ สำหรับคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มนั้น เป็นเรื่องที่เป็นเหตุเป็นผลในตัวเอง เพราะการจะมีประโยชน์เกี่ยวข้องในเรื่องความรับผิดชอบทางปกครองหรือเรื่องสัญญาทางปกครองจนถึงขนาดที่ขอให้ศาลพิจารณาให้ฝ่ายปกครองชดใช้เงินได้นั้น ก็เห็นอยู่ในตัวว่า ผู้มีส่วนได้เสียจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือ

¹⁰³ พรทิพย์ รัตนจงจิตรกวี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 45. หน้า 118.

ประโยชน์เกี่ยวข้องถึงขนาดเป็นผู้ทรงสิทธิเท่านั้น เพราะศาลจะต้องพิจารณาจากสิทธิทางอรรถวิสัยของบุคคลดังกล่าว¹⁰⁴

สำหรับสิทธิการฟ้องขอให้เพิกถอนสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นโดยอ้อม หรืออาจจะเป็นการยอมรับสิทธิการฟ้องเพิกถอนสัญญาโดยตรง ได้แก่ ทฤษฎีคำสั่งทางปกครองที่อาจแยกออกจากตัวสัญญาได้ (acte détachable) ในกระบวนการทำสัญญาทางปกครองนั้นจะมีขั้นตอนต่าง ๆ ทั้งช่วงก่อนทำสัญญาและช่วงหลังทำสัญญา ซึ่งกระบวนการต่าง ๆ เหล่านี้ ฝ่ายปกครองต้องมีการออกคำสั่งทางปกครอง เช่น การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอของผู้เสนอราคาเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐ คำสั่งอนุมัติให้ทำสัญญาหรืออาจจะเป็นคำสั่งให้ยกเลิกกระบวนการทำสัญญาต่าง ๆ เหล่านี้โดยทฤษฎีถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองหรือที่กฎหมายไทยเรียกว่า คำสั่งทางปกครองที่อาจแยกออกจากตัวสัญญาได้ ดังนั้นหากคำสั่งเหล่านี้ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้มีส่วนได้เสียย่อมมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งเหล่านี้ได้ และหากศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเหล่านี้ ก็จะมีผลโดยตรงต่อความสมบูรณ์ของสัญญา ส่วนผลความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเหล่านี้จะมีผลโดยตรงต่อความสมบูรณ์ของสัญญาโดยมีผลทำให้สัญญาลิ้นผลโดยทันทีหรือไม่หลังจากมีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาลปกครองให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มีแนวคิดอยู่ 2 แนวทาง¹⁰⁵ คือ

ฝ่ายแรกเห็นว่า หากคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทำสัญญาทางปกครองถูกยกเลิกเพิกถอนแล้ว จะมีผลโดยอัตโนมัติให้สัญญานั้นสิ้นผลบังคับไม่จำเป็นต้องมีการฟ้องต่อศาลให้ศาลพิพากษาให้สัญญานั้นสิ้นผลอีกครั้งหนึ่ง

แต่นักทฤษฎีอีกแนวทางหนึ่ง เห็นว่า การที่คำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว¹⁰⁶ (actes administratifs unilatéraux) ที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาและปฏิบัติการตามสัญญานั้นถูกเพิกถอน ไม่มีผลทำให้ตัวสัญญาถูกยกเลิกโดยปริยายความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างคู่กรณียังคงมีอยู่ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลเป็นเพียงเหตุที่คู่สัญญา

¹⁰⁴ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2548). *การฟ้องคดีปกครอง ประเภทคดีปกครองและผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองแต่ละประเภท*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 3.

¹⁰⁵ พรทิพย์ รัตนจงจิตรกวี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 45. หน้า 119.

¹⁰⁶ ตามกฎหมายฝรั่งเศส คำสั่งทางปกครอง ถือเป็นนิติกรรมทางปกครอง (acte administratif) อย่างหนึ่งซึ่งเรียกว่านิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (actes administratifs unilatéraux) Voir. Jean-François Lachaume. (2002). *Droit administratif*. 13^e édition. Paris : Presses Universitaires de France, Coll. « Thémis. Les Grandes décisions de la jurisprudence ». page 447.

จะนำมาอ้างเพื่อขอยกเลิกสัญญา โดยการฟ้องร้องต่อศาล ครบไต่ยังไม่มีการฟ้องให้เพิกถอนสัญญา ด้วยเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการทำสัญญา สัญญาดังกล่าวย่อมยังคงมีผลบังคับระหว่างคู่สัญญา¹⁰⁷

การพิจารณาความเป็นผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับการฟ้องเพิกถอนสัญญามอบหมายให้เอกชนดำเนินการบริการสาธารณะหรือสัมปทานบริการสาธารณะนั้น เนื่องจากในสัญญา มอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะหรือสัญญาสัมปทานบริการ สาธารณะเกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกโดยตรง ข้อสัญญาที่ทำระหว่างคู่สัญญาจะมีผลกระทบสิทธิ และหน้าที่ของบุคคลภายนอก มิได้เป็นเพียงความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ดังนั้น ข้อความคิดและหลักกฎหมายที่ใช้ในการกำหนดความสัมพันธ์ของคู่สัญญาตามหลักกฎหมายแพ่ง จึงไม่อาจนำมาใช้อธิบายกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะได้ จึงมีการสร้างหลักทฤษฎีเกี่ยวกับ สัญญาทางปกครองขึ้นมาอธิบายความสัมพันธ์ทางกฎหมายของการบริการและผู้ใช้บริการในกรอบ ความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่กำหนดโดยสัญญาสัมปทานและสถานะทางกฎหมายของข้อกำหนด ในสัญญาดังกล่าว ทฤษฎีที่เป็นที่รู้จักและยอมรับกันอย่างแพร่หลายในฝรั่งเศสมี 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมสองสถาน (acte double nature) และทฤษฎีนิติกรรมผสม (acte mixte)

ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมสองสถาน (acte double nature) สร้างขึ้นโดยนักวิชาการฝรั่งเศส และได้รับการยืนยันโดยแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสเพื่อตอบปัญหาเรื่องสิทธิการ ฟ้องร้องขอให้เพิกถอนสัญญาทางปกครองที่ทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทฤษฎีนี้มักจะนำมาใช้ใน สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ โดยอธิบายว่า สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะมีสองสถานะ ขึ้นอยู่กับว่าเป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใด หากเป็นความสัมพันธ์กับผู้ให้บริการสัญญาสัมปทาน บริการสาธารณะจะมีสถานะเป็นกฎ แต่หากเป็นความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาแล้ว สัญญา สัมปทานจะมีสถานะเป็นความสัมพันธ์ทางสัญญา

ศาสตราจารย์ Duguit¹⁰⁸ ให้ความเห็นว่า หากพิจารณาในแง่ของบุคคลภายนอก สัมปทาน บัตรมิใช่สัญญา แต่โดยเนื้อหามีสถานะเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ (acte legislative) อาจจะเป็น สัญญาในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองและผู้รับสัมปทาน แต่สำหรับบุคคลภายนอกผู้ต้องการ

¹⁰⁷ บุนผา อัครพิมาน. (2545). *สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศส*. กรุงเทพฯ: สำนักงาน ศาลปกครอง. หน้า 47.

¹⁰⁸ Duguit (ค.ศ. 1859-1928) เป็นนักนิติปรัชญาชาวฝรั่งเศส ที่มีพื้นฐานทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยเป็น ศาสตราจารย์สอนวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ อยู่ที่เมือง Bordeaux โดย Duguit ไม่เห็นด้วยกับแนวความคิด (traditional conceptions) ที่ว่าด้วย รัฐ - อำนาจอธิปไตย - กฎหมาย ตามที่ยึดถือตาม ๆ กันมาโดยอาศัย ข้อสมมติฐาน ทั้งนี้ Duguit เห็นว่า ควรมอง (approach) สถาบันเหล่านี้จากด้านของสังคม (aspect social)

ให้บริการแล้ว สัมปทานบัตรมีสถานะเป็นกฎหมาย ทั้งนี้ ไม่ว่าบริการสาธารณะจะถูกจัดทำโดยฝ่ายปกครองหรือผู้ได้รับมอบหมาย ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลภายนอกกับบริการสาธารณะอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน ซึ่งมีใช้ความสัมพันธ์ตามสัญญาแต่เป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมาย

การนำทฤษฎีนิติกรรมสองสถานมาปรับใช้ในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับสิทธิการฟ้องคดี โดยผู้ใช้บริการหรือผู้ใช้บริการในอนาคตมีสิทธิที่จะฟ้องเพิกถอนข้อกำหนดในสัญญาที่กระทบสิทธิและหน้าที่ของตนได้ หากปรากฏว่า ข้อสัญญาดังกล่าวถูกกำหนดขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนจะทำให้สัญญาทั้งฉบับสิ้นผลไปด้วยหรือไม่ หากศาลยกเลิกข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าว ต้องพิจารณาว่าข้อกำหนดไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น แยกแยกจากตัวสัญญาได้หรือไม่ ถ้าแยกไม่ได้มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทั้งฉบับ แต่ถ้าหากแยกได้ต้องดูว่าเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาหรือไม่ หากเป็นสาระสำคัญจะมีผลเป็นการเพิกถอนสัญญาทั้งฉบับ หากไม่เป็นสาระสำคัญก็เพิกถอนเฉพาะข้อสัญญาที่ไม่ชอบนั้น ส่วนสัญญายังใช้บังคับได้อยู่¹⁰⁹

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดีนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยซึ่งคู่กรณีสามารถยกเรื่องเงื่อนไขการรับคำฟ้องว่าเป็นเรื่องที่ศาลไม่อาจรับไว้พิจารณาได้ในระหว่างการพิจารณาของศาล และศาลสามารถยกปัญหาดังกล่าวพิจารณาเองได้อีกด้วย (คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1965 คดี VveMelard, คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 19 พฤศจิกายน ค.ศ. 1949 คดี Marquis, คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 1973 คดี *Ministre de l'économie et des finances*) เมื่อผู้ฟ้องคดีไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ซึ่งเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดี ศาลก็จะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา โดยไม่พิจารณาในประเด็นเนื้อหาของการฟ้องคดี โดยเหตุที่ศาลไม่รับคดีไว้พิจารณา เนื่องจากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในการฟ้องคดีซึ่งเป็นเหตุแห่งความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้ไม่มีคู่ความฝ่ายใดยกขึ้นต่อสู้ศาลก็ต้องยกเหตุดังกล่าวขึ้นพิจารณาแก่คดี

อย่างไรก็ตาม ผู้ฟ้องคดีที่ไม่เข้าใจถึงหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้เป็นเงื่อนไขในการรับคดีไว้พิจารณา มักจะรู้สึกว่าได้ได้รับความเป็นธรรม นอกจากนี้ ข้อขัดข้องบางประการในการดำเนินการของตุลาการทำให้ตุลาการหรือฝ่ายนิติบัญญัติ พยายามยืดหยุ่นหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้เหตุแห่งการไม่รับคดีไว้พิจารณาเป็นเหตุแห่งความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน¹¹⁰

ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) หลักการในเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนสามารถใช้บังคับการกระทำทุกอย่างที่ไม่ถูกต้องหรือขัดต่อมโนธรรม แต่ในระบบ

¹⁰⁹ พรทิพย์ รัตนจงจิตรกวี. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 45. หน้า 121.

¹¹⁰ พรทิพย์ รัตนจงจิตรกวี. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 45. หน้า 122.

กฎหมายอังกฤษ (Common Law) ศาลจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับเสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคล เอกชนจะถูกปล่อยให้ทำสัญญาอย่างเสรีภาพแล้วแต่จะเลือก ศาลมีหน้าที่อย่างเดียว คือ แปลความ และบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา เหตุที่เป็นเช่นนี้ เพราะเป็นนโยบายและความเหมาะสมของแต่ละประเทศ

แนวความคิดของหลักในเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นมีลักษณะเปลี่ยนแปลงไปมา ในระยะแรกนั้นจะถือเอาผลประโยชน์ของส่วนรวมเป็นหลักในการวินิจฉัยอย่างไม่มีขอบเขต โดยศาลมักตีความในเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนในลักษณะกว้างขวาง หากสิ่งใดกระทบต่อประโยชน์ต่อส่วนรวม ศาลจะพิพากษาทันทีว่าสิ่งนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนโดยมิได้พิจารณาว่าการตัดสินดังกล่าวจะขัดกับผลประโยชน์ของปัจเจกชนหรือไม่ จนในเวลาต่อมาเมื่อลัทธิปัจเจกนิยม¹¹¹ (Individualism) กำลังรุ่งเรืองใน ค.ศ. 1853 หลักการเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนกลับให้ความสำคัญต่อผลประโยชน์ของเอกชนหรือเสรีภาพในการทำสัญญามากยิ่งกว่าหลักประโยชน์ของส่วนรวม จนกระทั่งปัจจุบัน เพื่อป้องกันการใช้เสรีภาพอย่างเกินขอบเขต หลักในเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงต้องเปลี่ยนมาให้ความสำคัญกับผลประโยชน์ของส่วนรวมโดยประสานกับผลประโยชน์ของเอกชน ทั้งนี้ เพราะเป็นลักษณะพิเศษเฉพาะของคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ต้องมีความยืดหยุ่น (Elasticity) และสามารถเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาและสภาพสังคม (Variability)

¹¹¹ ปัจเจกนิยม (Individualism) เป็นแนวคิดแบบมนุษยนิยมแบบหนึ่งที่มีมองว่า ตัวบุคคลหนึ่งคนสำคัญเท่า ๆ กันอย่างเสมอภาค ไม่มีใครสูงค่า หรือดีเลวไปกว่ากัน แนวคิดนี้เป็นรากฐานการปกครองแบบประชาธิปไตยเสรีทุนนิยม และเป็นฐานคติแบบสิทธิมนุษยชนอีกด้วย