

## บทที่ 2

### แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ และการออกกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

ในรัฐสมัยใหม่ (Modern State) การที่รัฐ (State) หน่วยงานของรัฐ (State Agency) และเจ้าหน้าที่ของรัฐ (State Official) มีหน้าที่ดำเนินงานมหาชนหรือจัดทำบริการสาธารณะ (Public Service) เพื่อสนองความต้องการร่วมกันของบุคคลทุกคนในสังคม<sup>1</sup> ทำให้รัฐได้ขยายบทบาทและอำนาจของตน เพื่อจัดทำบริการสาธารณะต่าง ๆ มากขึ้น จึงเกิดแนวความคิดว่ารัฐควรรับผิดชอบในการกระทำของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งอาจเกิดจากมูลสัญญา มูลละเมิด หรือมูลความรับผิดอย่างอื่น<sup>2</sup> ผู้วิจัยจึงขอสรุปแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ และการออกกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ดังนี้

#### 2.1 ลักษณะของการทำละเมิดของเจ้าหน้าที่

การตราพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ขึ้น<sup>3</sup> เพื่อแก้ไขปัญหาวางประการของหลักความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้เกิดความเป็นธรรมและเพิ่มพูนประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของรัฐ อย่างไรก็ตาม การกำหนดหลักความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ในพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ดังกล่าว ยังคงไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายสารบัญญัติเกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากในประเทศไทย ยังไม่มีการพัฒนาหลักกฎหมายสารบัญญัติเกี่ยวกับละเมิดทางปกครอง โดยเฉพาะขึ้น<sup>4</sup> กล่าวคือ

<sup>1</sup> สมยศ เชื้อไทย. (2554). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*. (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 35.

<sup>2</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. (2558). *คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิด*. (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 21.

<sup>3</sup> พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539. *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 113 ตอนที่ 60 ก ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน 2539

<sup>4</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์. หน้า 369.

การกระทำในลักษณะใดเป็นการกระทำละเมิดหรือไม่ จึงยังคงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่นเดิม<sup>5</sup>

มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว การกระทำที่ถือว่าเป็นละเมิดจึงมี หลักเกณฑ์ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ 3 ประการ<sup>6</sup> คือ

- (1) กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
- (2) กระทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมาย
- (3) บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย

### 2.1.1 กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

- (1) การกระทำโดยจงใจ

การกระทำโดยจงใจ (To Act Willfully) มีนักกฎหมายหลายท่านได้ให้ความหมายไว้ดังนี้

การกระทำโดยจงใจ คือ การกระทำโดยรู้สึกลึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ถ้ารู้ว่าการกระทำนั้นจะเกิดผลเสียหายแก่เขาแล้วก็คือเป็นการกระทำโดยจงใจ ส่วนผลเสียหายจะเกิดขึ้นมากน้อยเพียงใดไม่สำคัญ<sup>7</sup>

การกระทำโดยจงใจนั้น หมายถึงกระทำโดยรู้สำนึกถึงการกระทำว่าจะเป็ผลเสียหายต่อบุคคลอื่น แต่ไม่ได้หมายเลยไปถึงว่าต้องเจาะจงให้เกิดผลเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นโดยเสมือนเช่นกระทำโดยเจตนาในทางอาญา<sup>8</sup>

<sup>5</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 8/2552 วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 อันเป็นกฎหมายเฉพาะที่บัญญัติถึงความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่มิได้บัญญัติถึงลักษณะของการกระทำละเมิดไว้เป็นพิเศษ จึงต้องนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นกฎหมายทั่วไปมาพิจารณา ซึ่งมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

<sup>6</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 46.

<sup>7</sup> ศักดิ์ สนองชาติ. (2556). *คำอธิบายโดยย่อ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ละเมิด และความรับผิดทางละเมิด*. (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 19.

ในกรณีของคำว่า จงใจ มีการให้หมายความไว้ว่า หมายถึง กระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดแก่ผู้อื่น<sup>9</sup>

อาจกล่าวสรุปสั้น ๆ ได้ว่า จงใจ คือ การกระทำโดยรู้ว่าจะเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น แต่ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องมีเจตจำนงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายนั้น ๆ

การกระทำโดยจงใจมีความหมายแตกต่างจากการกระทำโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59<sup>10</sup> กล่าวคือ เจตนาในทางอาญาเป็นการกระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำและในขณะเดียวกัน ผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล นอกจากผู้กระทำผิดในทางอาญาจะรู้สำนึกในการกระทำแล้ว ยังต้องประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลจากการกระทำนั้น แต่การกระทำโดยจงใจในทางแพ่งไม่ได้มุ่งต่อผลของการกระทำ เพียงแต่ผู้กระทำทราบว่าตนกำลังกระทำการอันอาจทำความเสียหายให้บุคคลอื่นก็เป็นจงใจในทางแพ่งแล้ว แม้ความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจมากหรือน้อยกว่าที่ผู้กระทำได้คาดคิดไว้ ย่อมเป็นการกระทำโดยจงใจแล้ว<sup>11</sup>

สำหรับประเด็นนี้ มีผู้ให้ความเห็นว่า โดยทั่วไปแล้วจงใจในทางแพ่งกับเจตนาในทางอาญาไม่มีความแตกต่างกัน การกระทำโดยจงใจ หมายถึง การกระทำที่ผู้กระทำรู้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และความเสียหายนั้นเป็นความเสียหายต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ที่ว่าผู้รู้หมายความว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผลคือ ความเสียหายที่จะเกิดขึ้น หรือแม้ไม่ได้ตั้งใจหรือ

<sup>8</sup> สุขุม สุภนิธย์. (2553). *คำอธิบาย กฎหมายลักษณะละเมิด*. (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 15.

<sup>9</sup> ภัทรศักดิ์ วรรณแสง. (2546). *หลักกฎหมายละเมิด*. (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 31.

<sup>10</sup> มาตรา 59 บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา

กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้

กระทำโดยประมาท ได้แก่กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

การกระทำ ให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้น โดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำ เพื่อป้องกันผลนั้นด้วย

<sup>11</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 386.

ไม่ต้องการให้เกิดผลนั้นแต่ก็สังเกตเห็นได้โดยแน่แท้ว่าจะเกิดผลเช่นนั้นถือว่ากระทำโดยจงใจเช่นกัน (เทียบได้กับเจตนาข่มเล็งเห็นผลในกฎหมายอาญา)<sup>12</sup>

ตัวอย่างแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำโดยจงใจ<sup>13</sup> เช่น

ศาลปกครองสูงสุด วินิจฉัยว่า นาง ส. และนาง ฉ. ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของกรมการขนส่งทางบก ผู้ถูกฟ้องคดี อาศัยโอกาสในตำแหน่งหน้าที่กระทำการสวมทะเบียนรถของผู้ฟ้องคดี โดยใช้เอกสารราชการปลอมและนำเอกสารดังกล่าวมอบให้นาย ข. เจ้าหน้าที่ขนส่ง 5 ฝ่ายทะเบียนรถ โดยนาย ข. หลงเชื่อจึงไม่ได้ตรวจสอบรายละเอียดตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ และได้นำไปดำเนินการทางทะเบียนรถ โดยไม่ปรากฏตัวผู้ยื่นคำขอหรือผู้รับมอบอำนาจ เป็นการดำเนินการที่ขัดต่อข้อ 8 ของระเบียบกรมการขนส่งทางบกว่าด้วยการดำเนินการเกี่ยวกับทะเบียนและภาษีรถตามกฎหมายว่าด้วยรถยนต์ พ.ศ. 2531 พฤติการณ์ดังกล่าวของนาง ส. และนาง ฉ. เป็นการกระทำโดยจงใจ จึงต้องรับผิดชอบผู้ฟ้องคดีในผลแห่งละเมิดตามนัยมาตรา 5 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 390/2556<sup>14</sup>)

ตัวอย่างความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เกี่ยวกับการกระทำโดยจงใจ<sup>15</sup> เช่น  
คณะกรรมการกฤษฎีกา เห็นว่า เจ้าหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนตำบลปรีอ (อบต. ปรีอ) กระทำการทุจริตยกยอกเงินขององค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.) โดยดำเนินการปลอมแปลงลายมือชื่อในเช็คเพื่อเบิกเงินตามเช็คจากธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร การกระทำความผิดดังกล่าวจึงเป็นกรณีการจงใจกระทำละเมิดต่อ อบต. แต่เนื่องจากเจ้าหน้าที่ได้กระทำ

<sup>12</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 386-387.

<sup>13</sup> พัทธมา จิตรมहिมา. (2563). ปัญหาความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พิเคราะห์หลักเกณฑ์การพิจารณา และการแยกความผิด โดยเปรียบเทียบกับการจัดแบ่งความผิดตามกฎหมายฝรั่งเศส. *บทความเชิงพิเคราะห์กฎหมายความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่*. หน้า 14.

<sup>14</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 390/2556 วินิจฉัยว่า นาง ส. และนาง ฉ. ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของกรมการขนส่งทางบก ผู้ถูกฟ้องคดี อาศัยโอกาสในตำแหน่งหน้าที่กระทำการสวมทะเบียนรถของผู้ฟ้องคดีโดยใช้เอกสารราชการปลอมและนำเอกสารดังกล่าวมอบให้นาย ข. เจ้าหน้าที่ขนส่ง 5 ฝ่ายทะเบียนรถ โดยนาย ข. หลงเชื่อจึงไม่ได้ตรวจสอบรายละเอียดตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ และได้นำไปดำเนินการทางทะเบียนรถ โดยไม่ปรากฏตัวผู้ยื่นคำขอหรือผู้รับมอบอำนาจ เป็นการดำเนินการที่ขัดต่อข้อ 8 ของระเบียบกรมการขนส่งทางบกว่าด้วยการดำเนินการเกี่ยวกับทะเบียนและภาษีรถตามกฎหมายว่าด้วยรถยนต์ พ.ศ. 2531 พฤติการณ์ดังกล่าวของนาง ส. และนาง ฉ. เป็นการกระทำโดยจงใจ จึงต้องรับผิดชอบผู้ฟ้องคดีในผลแห่งละเมิดตามนัยมาตรา 5 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

<sup>15</sup> พัทธมา จิตรมहिมา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13. หน้า 15.

ละเมิดโดยมิได้กระทำในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่ซึ่งต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ อบต. ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนี้ การที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดนำเช็คที่มีลายมือชื่อปลอมไปขึ้นเงินกับธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร ยังเป็นการทำละเมิดโดยตรงต่อธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร อีกด้วย ดังนั้น เมื่อธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร ได้ชดใช้เงินคืนให้แก่ อบต. ปรีอ ตามคำชี้ขาดของคณะกรรมการพิจารณาชี้ขาดการยุติในการดำเนินคดีแพ่งของส่วนราชการและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องแล้ว จึงมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายแก่ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) (เรื่องเสร็จที่ 864/2552)<sup>16</sup>)

## (2) การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ

นอกจากผู้กระทำจะกระทำโดยจงใจแล้ว อาจต้องรับผิดชอบละเมิดแม้จะมีได้กระทำโดยจงใจ แต่มีความประมาทเลินเล่อ (Negligently) จึงมีปัญหาว่า ประมาทเลินเล่อในมาตรา 420 นี้ ควรหมายความว่าอย่างไร เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัตินิยามดังกล่าวไว้ การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ มีนักกฎหมายได้ให้ความหมายไว้ ดังนี้

ประมาทเลินเล่อ ในมาตรา 420 ควรจะหมายถึงการกระทำโดยไม่จงใจ แต่กระทำโดยขาดความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเท่ากับบุคคลซึ่งอยู่ในภาวะอย่างเดียวกันกับผู้กระทำพึงใช้ความระมัดระวังได้ แต่ผู้กระทำหาได้ใช้ไม่ โดยศาสตราจารย์สุหม สุกนิตย์ เห็นว่า อาจต้องเทียบเคียงกับการกระทำโดยประมาทในทางอาญาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ ซึ่งบัญญัติว่าการกระทำโดยประมาท ได้แก่การกระทำผิดโดยมิใช่เจตนา แต่กระทำโดยปราศจาก

<sup>16</sup> คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เรื่องเสร็จที่ 864/2552 ให้ความเห็นว่า เจ้าหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนตำบลปรีอ (อบต. ปรีอ) กระทำการทุจริตยกยอกเงินขององค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.) โดยดำเนินการปลอมแปลงลายมือชื่อในเช็คเพื่อเบิกเงินตามเช็คจากธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร การกระทำดังกล่าวจึงเป็นกรณีการจงใจกระทำละเมิดต่อ อบต. แต่เนื่องจากเจ้าหน้าที่ได้กระทำละเมิดโดยมิได้กระทำในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่ซึ่งต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ อบต. ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนี้ การที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดนำเช็คที่มีลายมือชื่อปลอมไปขึ้นเงินกับธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร ยังเป็นการทำละเมิดโดยตรงต่อธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตรอีกด้วย ดังนั้น เมื่อธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร ได้ชดใช้เงินคืนให้แก่ อบต. ปรีอ ตามคำชี้ขาดของคณะกรรมการพิจารณาชี้ขาดการยุติในการดำเนินคดีแพ่งของส่วนราชการและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องแล้ว จึงมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายแก่ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจำเป็นต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่<sup>17</sup>

กระทำโดยประมาทเลินเล่อ ได้แก่ การกระทำโดยไม่ตั้งใจ แต่ผู้กระทำได้กระทำโดยขาดความระมัดระวังตามสมควร คือ เป็นการกระทำที่อยู่ในลักษณะที่บุคคลผู้มีความระมัดระวังไม่กระทำด้วย เพราะฉะนั้นการที่เขาทำไป ถือว่าเป็นการกระทำที่ปราศจากความระมัดระวัง เรียกว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อแล้ว<sup>18</sup>

ประมาทเลินเล่อ หมายถึงไม่ตั้งใจ แต่ไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรที่จะใช้ รวมถึงในลักษณะที่บุคคลผู้มีความระมัดระวังจะไม่กระทำด้วย ซึ่งศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ ได้ให้ความเห็นว่า ความระมัดระวังที่ว่านี้ต่างกับความระมัดระวังในความรับผิดชอบทางสัญญา ซึ่งกฎหมายวางระดับโดยทั่วไปไว้ในระดับของวิญญูชน เว้นแต่บางกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติให้ใช้ความระมัดระวังยิ่งหรือหย่อนกว่านั้น คืออาจไม่ถึงระดับความระมัดระวังอย่างวิญญูชนหรือเหนือกว่าก็ได้ ความรับผิดชอบทางสัญญาวิญญูชนที่สมมติขึ้นเปรียบเทียบเป็นมาตรฐานความระมัดระวังในกรณีปกติทั่วไป แต่ความรับผิดชอบละเมิดนั้น ระดับความระมัดระวังที่จะสมมติขึ้นเปรียบเทียบเป็นมาตรฐานเพื่อวินิจฉัยความรับผิดชอบของผู้กระทำความเสียหายนั้นแตกต่างจากความรับผิดชอบทางสัญญา โดยต้องเปรียบเทียบกับบุคคลที่มีความระมัดระวังตามพฤติการณ์และตามฐานะในสังคมเช่นเดียวกับผู้กระทำความเสียหาย ความระมัดระวังจึงอาจแตกต่างกันไปตามพฤติการณ์แห่งตัวบุคคล ไม่แน่นอนคงที่เหมือนกรณีความรับผิดชอบทางสัญญา<sup>19</sup>

สรุปแล้วอาจกล่าวได้ว่า การจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ นั้น ต้องพิจารณาขนาดความระมัดระวังของบุคคลในภาวะเช่นผู้กระทำจะต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

วิสัย หมายถึง สภาพเกี่ยวกับตัวผู้กระทำ เช่น อายุ เพราะเด็กและผู้ใหญ่จะมีความระมัดระวังในเรื่องเดียวกันต่างกันเนื่องจากมีประสบการณ์แตกต่างกัน เพศชายและหญิงต่างมีความระมัดระวังในแต่ละเรื่องต่างกัน ผู้ประกอบวิชาชีพใดวิชาชีพหนึ่งหรือผู้เชี่ยวชาญ

<sup>17</sup> สุขุม สุนิตย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 386.

<sup>18</sup> เพิ่ง เพิ่งนิติ. (2558). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ลักษณะละเมิด พระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง*. (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: จีรรัชการพิมพ์. หน้า 86.

<sup>19</sup> ไพจิตร ปุญญพันธุ์. (2541). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด*. (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 9.

ในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง หรือผู้ปฏิบัติงานใดงานหนึ่งมาเป็นระยะเวลาาน ก็ย่อมมีความระมัดระวัง ในวิชาชีพหรือเรื่องที่ตนเชี่ยวชาญหรือชำนาญมากกว่าคนทั่วไป

พฤติกรรม หมายถึง ปัจจัยแวดล้อมผู้กระทำ เช่น เหตุเกิดกลางวันหรือกลางคืน มีฝนตกถนนลื่นหรือไม่ มีเวลาที่จะคิดคำนวณ ไตร่ตรองให้รอบคอบก่อนที่จะกระทำการใดการหนึ่ง ลงไปหรือไม่ เพราะพฤติกรรมแวดล้อมจะมีผลต่อระดับความระมัดระวังในการกระทำที่เกิดขึ้น ในสภาพแวดล้อมเช่นนั้น<sup>20</sup>

ตัวอย่างแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำ โดยประมาทเลินเล่อ<sup>21</sup> เช่น

ศาลปกครองสูงสุด วินิจฉัยว่า พนักงานขับรถยนต์ได้ตรวจเช็คสภาพรถและ เครื่องยนต์ก่อนออกเดินทางไปปฏิบัติราชการยอมแสดงให้เห็นว่าได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร ในการตรวจสอบสภาพรถก่อนออกเดินทางแล้ว แต่ในระหว่างเดินทางมาตรวจระดับความร้อนแสดงว่า ความร้อนสูงขึ้นที่หน้าปัดรถยนต์อันเป็นสัญญาณเตือนความผิดปกติของน้ำในหม้อน้ำซึ่งผู้ขับรถยนต์ ดังกล่าวอาจจะทราบแต่ไม่ได้สังเกตเห็นและยังคงขับรถต่อไปจนกระทั่งเครื่องยนต์หยุดทำงาน จึงอาจ รับฟังได้ว่าเหตุละเมิดที่ทำให้รถยนต์ของราชการได้รับความเสียหายดังกล่าวเกิดจากการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อของพนักงานขับรถยนต์ แต่ความประมาทเลินเล่อดังกล่าวยังไม่ถึงขนาด เป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 146/2553<sup>22</sup>)

ศาลปกครองสูงสุด วินิจฉัยว่า เจ้าหน้าที่เทศบาลเมืองพังงาร่วมกันตั้งงบประมาณรายจ่าย ให้มีการทำประกันภัยรถยนต์ของทางราชการโดยเชื่ออย่างสุจริตใจว่าสามารถเบิกจ่ายงบประมาณ ที่ได้รับการอนุมัติแล้วเป็นค่าเบี้ยประกันภัยรถยนต์ได้ โดยชอบ เนื่องจากสภาเทศบาลและ ผู้ว่าราชการจังหวัดพังงาพิจารณาอนุมัติโดยไม่ได้ทักท้วงแต่อย่างใดทั้งที่เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืน ต่อพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสบภัยจากรถ พ.ศ. 2535 และระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วย

<sup>20</sup> สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. (2553). *แนวคำวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับการกระทำละเมิด ของเจ้าหน้าที่ : กรณีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ*. กรุงเทพฯ: พี.เพรส. หน้า 18.

<sup>21</sup> พัชณา จิตรมหีมา. อ่างแล้วเชิงอรรดที่ 13. หน้า 15-16.

<sup>22</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 146/2553 วินิจฉัยว่า พนักงานขับรถยนต์ได้ตรวจเช็คสภาพรถและเครื่องยนต์ ก่อนออกเดินทางไปปฏิบัติราชการยอมแสดงให้เห็นว่าได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการตรวจสอบ สภาพรถก่อนออกเดินทางแล้ว แต่ในระหว่างเดินทางมาตรวจระดับความร้อนแสดงว่าความร้อนสูงขึ้นที่หน้าปัด รถยนต์อันเป็นสัญญาณเตือนความผิดปกติของน้ำในหม้อน้ำซึ่งผู้ขับรถยนต์ดังกล่าวอาจจะทราบแต่ไม่ได้ สังเกตเห็นและยังคงขับรถต่อไปจนกระทั่งเครื่องยนต์หยุดทำงาน จึงอาจรับฟังได้ว่าเหตุละเมิดที่ทำให้รถยนต์ ของราชการได้รับความเสียหายดังกล่าวเกิดจากการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อของพนักงานขับรถยนต์ แต่ความประมาทเลินเล่อดังกล่าวยังไม่ถึงขนาดเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

วิธีการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541 การกระทำดังกล่าวของเจ้าหน้าที่เทศบาลเมืองพังงาเป็นการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อและก่อให้เกิดความเสียหายต่อเทศบาลเมืองพังงา แต่มิได้ถึงขั้นเป็นการกระทำด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 686/2556<sup>23</sup>)

## 2.1.2 กระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย

### (1) กระทำต่อบุคคลอื่น

กระทำต่อบุคคลอื่น (To Act Another Person) หมายความว่า กระทำต่อผู้อื่นซึ่งจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ กระทำต่อสิทธิหรือทรัพย์สินของผู้อื่นก็เป็นการกระทำต่อบุคคลอื่น กระทำต่อตนเองหรือทรัพย์สินของตนเองอันก่อความเสียหายแก่ผู้อื่นก็เป็นการกระทำต่อบุคคลอื่น ถ้าการกระทำใด ๆ ไม่ก่อความเสียหายแก่ผู้อื่นย่อมไม่ใช่การกระทำต่อบุคคลอื่น<sup>24</sup>

### (2) กระทำโดยผิดกฎหมาย

กระทำโดยผิดกฎหมายหรือการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawfully)<sup>25</sup> หมายความว่า การกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ที่กฎหมายให้ความสำคัญ หรือให้ความคุ้มครอง และอาจรวมถึงกรณีต่อไปนี้

(2.1) มีกฎหมายกำหนดชัดแจ้งว่าเป็นความผิดเช่นกฎหมายอาญา การกระทำฝ่าฝืนกฎหมายจึงเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายหรือมิชอบด้วยกฎหมายอยู่ในตัว

(2.2) ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง แต่ทำให้เสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดอย่างใดอย่างหนึ่งที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 420 กล่าวคือ ทำให้เสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด สิทธิเด็ดขาด (Absolute Right) หมายถึงสิทธิของบุคคลหนึ่งที่บุคคลอื่น ๆ ทุกคนในสังคมต้องเคารพ อย่างไรก็ตาม สิทธิเด็ดขาดของบุคคล

<sup>23</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 686/2556 วินิจฉัยว่า เจ้าหน้าที่เทศบาลเมืองพังงาร่วมกันตั้งงบประมาณรายจ่ายให้มีการทำประกันภัยรถยนต์ของทางราชการ โดยเชื่ออย่างสุจริตใจว่าสามารถเบิกจ่ายงบประมาณที่ได้รับ การอนุมัติแล้วเป็นค่าเบี้ยประกันภัยรถยนต์ได้โดยชอบเนื่องจากสภาเทศบาลและผู้ว่าราชการจังหวัดพังงา พิจารณาอนุมัติโดยไม่ได้ทักท้วงแต่อย่างใดทั้งที่เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสบภัยจากรถ พ.ศ. 2534 และระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยวิธีการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541 การกระทำดังกล่าวของเจ้าหน้าที่เทศบาลเมืองพังงาเป็นการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อ และก่อให้เกิดความเสียหายต่อเทศบาลเมืองพังงา แต่มิได้ถึงขั้นเป็นการกระทำด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

<sup>24</sup> ศักดิ์ สนองชาติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 31.

<sup>25</sup> สนันทกรณ โสทธิพันธุ์. (2553). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลาภมิควรได้*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ:วิญญูชน. หน้า 71-74.



ธรรมดาและนิติบุคคลอาจแตกต่างกันในรายละเอียดเพราะนิติบุคคลซึ่งไม่มีชีวิต ร่างกาย หรืออนามัย สิทธิเด็ดขาดของนิติบุคคลจึงหมายถึงเฉพาะสิทธิในทรัพย์สินและสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดเท่านั้น

(2.3) การใช้สิทธิที่มีแต่จะทำให้บุคคลอื่นเสียหายตามมาตรา 421<sup>26</sup> ต้องเข้าหลักเกณฑ์ ดังนี้

(ก) ผู้กระทำโดยรู้สำนึกนั้นมีสิทธิ ซึ่งสิทธิหมายถึงประโยชน์ที่กฎหมายยอมรับและยอมคุ้มครองให้

(ข) ผู้กระทำซึ่งมีสิทธินั้น ใช้สิทธิของตน

(ค) ผู้ซึ่งใช้สิทธินั้นมีความมุ่งหมายให้ความเสียหายเกิดแก่บุคคลอื่นด้วยการใช้สิทธิของตน

ผลคือ เมื่อเข้าหลักเกณฑ์ทั้งสามประการแล้ว การใช้สิทธิดังกล่าวจึงเรียกว่าเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 421 อันถือเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมายประการหนึ่ง ตามมาตรา 420

ตัวอย่างแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่เกี่ยวกับการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย<sup>27</sup> เช่น

ศาลปกครองสูงสุด วินิจฉัยว่า การขุดลอกขยายความกว้างของลำห้วย พร้อมทั้งก่อสร้างคันดินเป็นถนนเลียบตลอดแนวสองฝั่งนั้น เมื่อข้อเท็จจริงรับกันว่าได้มีการรุกกล้าเข้ามาในที่ดินของผู้ฟ้องคดี โดยผู้ถูกฟ้องคดี (กรมชลประทาน) ไม่ได้ดำเนินการเวนคืนที่ดินของผู้ฟ้องคดีตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์หรือได้มีการตกลงซื้อขายที่ดินของผู้ฟ้องคดีดังกล่าวและไม่ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะขุดลอกเอาที่ดินของผู้ฟ้องคดีโดยวิธีอื่น ๆ ฉะนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีเข้าใช้ที่ดินของผู้ฟ้องคดีเพื่อดำเนินการขุดลอกขยายลำห้วยและก่อสร้างถนนเลียบลำห้วยรุกกล้าที่ดินของผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการกระทำโดยจงใจ ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายแก่ทรัพย์สิน อันเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 70/2552<sup>28</sup>)

<sup>26</sup> มาตรา 421 การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะทำให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย

<sup>27</sup> ชาญชัย แสวงศักดิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 55.

<sup>28</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 70/2552 วินิจฉัยว่า การขุดลอกขยายความกว้างของลำห้วย พร้อมทั้งก่อสร้างคันดินเป็นถนนเลียบตลอดแนวสองฝั่งนั้น เมื่อข้อเท็จจริงรับกันว่าได้มีการรุกกล้าเข้ามาในที่ดินของผู้ฟ้องคดี โดยผู้ถูกฟ้องคดี (กรมชลประทาน) ไม่ได้ดำเนินการเวนคืนที่ดินของผู้ฟ้องคดีตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์หรือได้มีการตกลงซื้อขายที่ดินของผู้ฟ้องคดีดังกล่าว และไม่ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะขุดลอกเอาที่ดินของผู้ฟ้องคดีโดยวิธีอื่น ๆ ฉะนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีเข้าใช้ที่ดินของ

ศาลปกครองสูงสุด วินิจฉัยว่า เหตุที่เจ้าหน้าที่การเงินของผู้ฟ้องคดี (สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน) ไม่สามารถจ่ายเงินค่าเช่าบ้านให้ผู้ฟ้องคดีได้นั้น เนื่องจากใบเสร็จรับเงินของธนาคารมิได้ระบุว่าเป็นการชำระเงินของงวดเดือนใด และเมื่อแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีไปติดต่อธนาคารเพื่อแก้ไข ผู้ฟ้องคดีก็ยืนยันว่าถูกต้องแล้ว เจ้าหน้าที่การเงินจึงจัดทำฎีกาเบิกค่าเช่าบ้าน แต่เจ้าหน้าที่ของสำนักงานสามัญศึกษาจังหวัดทักท้วงว่าหลักฐานการเบิกค่าเช่าบ้านไม่ชัดเจนและให้แก้ไข แต่กว่าที่ผู้ฟ้องคดีจะทำการแก้ไขและส่งคืนเจ้าหน้าที่การเงิน ก็ล่วงพ้นกำหนดเวลาทำเรื่องขอเบิกเงินค่าเช่าบ้านแล้ว เหตุที่ทำให้เกิดความล่าช้าจึงเป็นความบกพร่องของผู้ฟ้องคดีอยู่ด้วย ประกอบกับการตรวจสอบความถูกต้องของการเบิกเงินค่าเช่าบ้าน รวมทั้งเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ในการเบิกนั้นย่อมเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติของเจ้าหน้าที่การเงิน ซึ่งปรากฏว่าเจ้าหน้าที่การเงินได้ดำเนินการแก้ไขเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีเบิกค่าเช่าบ้านได้ตามสิทธิอย่างต่อเนื่องแล้ว แต่ด้วยเหตุของการเบิกค่าเช่าบ้านของผู้ฟ้องคดีมีการตั้งเบิกผิดหลงมาตั้งแต่ต้น ทำให้เจ้าหน้าที่การเงินต้องตรวจสอบกับธนาคาร ทั้งตรวจสอบหลักฐานการเบิกเงินที่ได้เบิกมาแล้วกับสำนักงานสามัญศึกษาจังหวัดเพื่อแก้ไขแบบขอรับเงินค่าเช่าบ้านของผู้ฟ้องคดีให้ถูกต้อง และรีบดำเนินการส่งเรื่องเบิกเงินค่าเช่าบ้านของผู้ฟ้องคดีไปยังสำนักงานศึกษาธิการจังหวัด ซึ่งเป็นการกระทำเพื่อรักษาประโยชน์ให้แก่ผู้ฟ้องคดีในการให้ได้รับเงินค่าเช่าบ้าน (ตกเบิก) ดังนั้น เจ้าหน้าที่การเงินจึงไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ในการเบิกจ่ายเงินค่าเช่าบ้านให้ผู้ฟ้องคดีล่าช้าเกินสมควร จึงไม่เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 95/2552<sup>29</sup>)

---

ผู้ฟ้องคดีเพื่อดำเนินการขุดลอกขยายลำห้วยและก่อสร้างถนนเลียบลำห้วยรูกกล้าที่ดินของผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการกระทำโดยจงใจ ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายแก่ทรัพย์สิน อันเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี

<sup>29</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 95/2552 วินิจฉัยว่า เหตุที่เจ้าหน้าที่การเงินของผู้ฟ้องคดี (สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน) ไม่สามารถจ่ายเงินค่าเช่าบ้านให้ผู้ฟ้องคดีได้นั้น เนื่องจากใบเสร็จรับเงินของธนาคารมิได้ระบุว่าเป็นการชำระเงินของงวดเดือนใด และเมื่อแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีไปติดต่อธนาคารเพื่อแก้ไข ผู้ฟ้องคดีก็ยืนยันว่าถูกต้องแล้ว เจ้าหน้าที่การเงินจึงจัดทำฎีกาเบิกค่าเช่าบ้าน แต่เจ้าหน้าที่ของสำนักงานสามัญศึกษาจังหวัดทักท้วงว่าหลักฐานการเบิกค่าเช่าบ้านไม่ชัดเจนและให้แก้ไข แต่กว่าที่ผู้ฟ้องคดีจะทำการแก้ไขและส่งคืนเจ้าหน้าที่การเงิน ก็ล่วงพ้นกำหนดเวลาทำเรื่องขอเบิกเงินค่าเช่าบ้านแล้ว เหตุที่ทำให้เกิดความล่าช้าจึงเป็นความบกพร่องของผู้ฟ้องคดีอยู่ด้วย ประกอบกับการตรวจสอบความถูกต้องของการเบิกเงินค่าเช่าบ้านรวมทั้งเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ในการเบิกนั้นย่อมเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติของเจ้าหน้าที่การเงิน ซึ่งปรากฏว่าเจ้าหน้าที่การเงินได้ดำเนินการแก้ไขเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีเบิกค่าเช่าบ้านได้ตามสิทธิอย่างต่อเนื่องแล้ว แต่ด้วยเหตุของการเบิกค่าเช่าบ้านของผู้ฟ้องคดีมีการตั้งเบิกผิดหลงมาตั้งแต่ต้น ทำให้เจ้าหน้าที่การเงินต้องตรวจสอบกับธนาคาร ทั้งตรวจสอบหลักฐานการเบิกเงินที่ได้เบิกมาแล้วกับสำนักงานสามัญศึกษาจังหวัดเพื่อแก้ไขแบบขอรับเงินค่าเช่าบ้านของผู้ฟ้องคดีให้ถูกต้อง และรีบดำเนินการส่งเรื่องเบิกเงินค่าเช่าบ้านของผู้ฟ้องคดีไปยัง

### 2.1.3 ทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย

เมื่อการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่บุคคลหนึ่งได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อนั้นจะเป็นละเมิดและทำให้ผู้ก่อความเสียหายต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่นั้นสาระสำคัญจะต้องพิจารณาด้วยการกระทำดังกล่าวก่อความเสียหายหรือไม่ (To Injure Another Person) เพราะหากไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น ความมุ่งหมายของมาตรา 420 ที่กำหนดให้ผู้ก่อความเสียหายต้องรับผิดชอบคือเยียวยาผู้เสียหายให้อยู่ในสถานะเสมือนความเสียหายไม่ได้เกิดขึ้นก็ไม่มี การเยียวยาความเสียหายจึงจะมีได้เมื่อมีความเสียหายเท่านั้น<sup>30</sup>

ความเสียหาย (Damage) ที่เกิดขึ้นที่จะถือว่าเป็นการกระทำละเมิดนั้น มีลักษณะสำคัญ ดังนี้<sup>31</sup>

(1) เป็นความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงและมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการกระทำละเมิด (Causation)

(2) เป็นความเสียหายที่แน่นอน ไม่ว่าจะเป็ความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือเป็นความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่นซึ่งกฎหมายรับรองคุ้มครอง ซึ่งอาจเป็นความเสียหายที่เป็นตัวเงินหรือความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินหรือเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วในเวลาปัจจุบันหรือความเสียหายในอนาคต อันจะต้องเกิดขึ้นแน่นอน

(3) เป็นความเสียหายที่กฎหมายรับรองและคุ้มครอง

ตัวอย่างแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่เกี่ยวกับความเสียหาย เช่น

ศาลปกครองสูงสุด วินิจฉัยว่า เมื่อคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีไม่มีผลโดยตรงที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิในความเจริญก้าวหน้าในราชการ ไม่มีลักษณะหรือมีผลโดยตรง เป็นการทำร้ายร่างกายหรือจิตใจ และไม่มีลักษณะเป็นการบีบบังคับให้ผู้ฟ้องคดีต้องลาออกจากราชการก่อนครบเกษียณอายุราชการ อันจะเป็นการทำให้เสียหายแก่จิตใจและเสรีภาพของผู้ฟ้องคดี อีกทั้งในขณะที่มีคำสั่งย้ายให้ไปปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานอื่น ผู้ถูกฟ้องคดีก็มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีอยู่ช่วยปฏิบัติราชการ ณ หน่วยงานเดิมโดยไม่ต้องเดินทางไปปฏิบัติราชการในตำแหน่งที่ได้รับการแต่งตั้งดังกล่าว ดังนั้น เมื่อไม่ปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายหรือได้รับความเสียหายเป็นพิเศษ

---

สำนักงานศึกษาธิการจังหวัด ซึ่งเป็นการกระทำเพื่อรักษาประโยชน์ให้แก่ผู้ฟ้องคดีในการให้ได้รับเงินค่าเช่าบ้าน (ตกเบิก) ดังนั้น เจ้าหน้าที่การเงินจึงไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ในการเบิกจ่ายเงินค่าเช่าบ้านให้ผู้ฟ้องคดีล่าช้าเกินสมควร จึงไม่เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี

<sup>30</sup> ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 25. หน้า 81.

<sup>31</sup> วุฒิเกียรติ เกียรติธนาคุณ. (2558). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ศึกษากรณีคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต กลุ่มวิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 105.

แม้การออกคำสั่งจะถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ไม่เป็นการละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 77/2547<sup>32</sup>)

ศาลปกครองสูงสุด วินิจฉัยว่า การก่อสร้างฝายน้ำล้นเป็นการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดี (กรมทรัพยากรน้ำ) และเมื่อการก่อสร้างฝายน้ำล้นเป็นเหตุให้ที่ดินที่ผู้ฟ้องคดีได้รับอนุญาตให้เข้าทำประโยชน์อยู่ต่ำกว่าระดับเก็บกักน้ำของฝายน้ำล้นและระดับปากท่อระบายน้ำ และต่ำกว่าระดับดินถมปรับแต่งหน้าคันดินหุฝาย ทำให้ที่ดินถูกน้ำท่วมขังในเวลาต่อมา อันเป็นเหตุให้ต้นไม้ของผู้ฟ้องคดีที่ปลูกไว้นานสี่ปี ต้องตาย ซึ่งเป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิดของผู้ฟ้องคดี ฉะนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดนั้น (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 343/2549<sup>33</sup>)

นอกจากนี้ หากพิจารณาในกรณีของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 แล้วจะเห็นได้ว่า นอกจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งกระทำให้นุคคลอื่นได้รับความเสียหายแล้ว ยังมีกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำให้นายงานของรัฐได้รับความเสียหายอีกด้วย<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 77/2547 วินิจฉัยว่า เมื่อคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีไม่มีผลโดยตรงที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิในความเจริญก้าวหน้าในราชการ ไม่มีลักษณะหรือมีผลโดยตรง เป็นการทำร้ายร่างกายหรือจิตใจ และไม่มีลักษณะเป็นการบีบบังคับให้ผู้ฟ้องคดีต้องลาออกจากราชการก่อนครบเกษียณอายุราชการ อันจะเป็นการทำให้เสียหายแก่จิตใจและเสรีภาพของผู้ฟ้องคดี อีกทั้งในขณะที่มีคำสั่งย้ายให้ไปปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานอื่น ผู้ถูกฟ้องคดีก็มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีอยู่ช่วยปฏิบัติราชการ ณ หน่วยงานเดิมโดยไม่ต้องเดินทางไปปฏิบัติราชการในตำแหน่งที่ได้รับการแต่งตั้งดังกล่าว ดังนั้น เมื่อไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายหรือได้รับความเสียหายเป็นพิเศษ แม้การออกคำสั่งจะถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ไม่เป็นการละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี

<sup>33</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 343/2549 วินิจฉัยว่า การก่อสร้างฝายน้ำล้นเป็นการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดี (กรมทรัพยากรน้ำ) และเมื่อการก่อสร้างฝายน้ำล้นเป็นเหตุให้ที่ดินที่ผู้ฟ้องคดีได้รับอนุญาตให้เข้าทำประโยชน์อยู่ต่ำกว่าระดับเก็บกักน้ำของฝายน้ำล้นและระดับปากท่อระบายน้ำ และต่ำกว่าระดับดินถมปรับแต่งหน้าคันดินหุฝาย ทำให้ที่ดินถูกน้ำท่วมขังในเวลาต่อมา อันเป็นเหตุให้ต้นไม้ของผู้ฟ้องคดีที่ปลูกไว้นานสี่ปี ต้องตาย ซึ่งเป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิดของผู้ถูกฟ้องคดี ฉะนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดนั้น

<sup>34</sup> พัทธมา จิตรมหีมา. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 13. หน้า 21.

## 2.2 ทฤษฎีที่เกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิด

หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของบุคคล โดยหลักการสามารถแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ ความรับผิดที่ไม่อยู่บนพื้นฐานของความผิด (Without Fault) ซึ่งตามหลักกฎหมายแพ่งเรียกว่า “ความรับผิดโดยเด็ดขาด (Strict Liability)” หรือในทางกฎหมายปกครองที่เรียกกันว่า “ความรับผิดของรัฐ โดยปราศจากความผิด (Responsabilité sans Faute)” และความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานความผิด (Fault) ซึ่งเป็นไปตามหลัก “ไม่มีความรับผิด โดยปราศจากความผิด (No Liability without Fault)”

ทฤษฎีที่ใช้ในการกำหนดความรับผิดทางละเมิดที่สำคัญมี 3 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีความผิด (Fault Theory) ทฤษฎีรับภัย (Risk Theory) และทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาด (Absolute Liability) โดยเมื่อนำบทกฎหมายอาญามาเปรียบเทียบกับบทกฎหมายแพ่ง จะเห็นว่า ในบทกฎหมายอาญา ผู้ต้องหาจะต้องรับผิดทางอาญาหรือไม่นั้น อยู่ในเกณฑ์ที่ว่า “เมื่อไม่มีกฎหมายย่อมไม่มีการลงโทษ (Nulla poena sine lege)” แต่ในเรื่องความรับผิดทางละเมิดจะนำหลักเมื่อไม่มีกฎหมายย่อมไม่มีการลงโทษ ที่ว่ามาใช้บังคับไม่ได้เพราะไม่ใช่ปัญหาที่จะหาคนมาลงโทษ หากแต่เป็นปัญหาเพียงหาคนมาชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเท่านั้น ผู้วิจัยจึงขออธิบายในรายละเอียดของทฤษฎีที่เกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิด ดังนี้

### 2.2.1 ทฤษฎีความผิดฐานความคิดแห่งความรับผิดทางละเมิดตามหลักกฎหมายแพ่ง

ทฤษฎีความผิดพลาด (Fault Theory/Théorie défauts) หรือความผิดที่อยู่บนพื้นฐานของความผิด (Liability Based on Fault) เป็นแนวความคิดที่ได้รับการพัฒนาต่อมาจากทฤษฎีความรับภัย<sup>35</sup> ช่วงเวลาก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 19 กฎหมายลักษณะละเมิดมีแนวความคิดมุ่งคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของบุคคล ทฤษฎีความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้เน้นที่ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อแต่พิเคราะห์ถึงความเสียหายมากกว่า และถือว่าผู้ก่อให้เกิดความเสียหายต้องรับผิด ต่อมาทฤษฎีนี้ได้รับอิทธิพลจากศาสนามากขึ้นและถือว่าผู้ละเมิดเป็นผู้ประพฤติดีศีลธรรมไปในตัว และขยายหลักความรับผิดในทางละเมิดไปสู่เกณฑ์ที่ต้องพิจารณาการจงใจกระทำ ทำให้ความรับผิดในทางละเมิดจะเกิดแต่เฉพาะกรณีละเมิดโดยจงใจกระทำหรือประมาทเลินเล่อเท่านั้น เท่ากับเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของการใช้เสรีภาพของบุคคล ทฤษฎีนี้จึงถือหลักว่า ผู้ก่อความเสียหายจะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อการกระทำของตนเป็นความผิด โดยเกิดจาก

<sup>35</sup> ปรินทร์ ใจแก้ว. (2552). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคที่ได้รับอันตรายจากสินค้า : ศึกษากรณีการเยียวยาความเสียหายจากโทรศัพท์มือถือ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตรมหาวิทาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 18.

ความจงใจหรือความประมาทเลินเล่อ หรืออาจเรียกว่า ไม่มีความรับผิดชอบปราศจากความผิด และทฤษฎีนี้ยังมุ่งคุ้มครองเสรีภาพของผู้กระทำมากกว่ามุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย เนื่องจากผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบใช้เยียวยาความเสียหายก็ต่อเมื่อตนจงใจหรือประมาทเลินเล่อเท่านั้น โจทก์จึงมีหน้าที่พิสูจน์ความผิดของจำเลยให้ศาลเห็นว่าจำเลยได้กระทำความผิดเช่นนั้นจริง ถึงจะมีสิทธิได้รับการชดเชยเยียวยาความเสียหายนั้น หากโจทก์พิสูจน์ให้ศาลเห็นไม่ได้ว่าจำเลยมีความผิด ศาลก็ต้องพิพากษายกฟ้องโจทก์<sup>36</sup>

ความรับผิดทางละเมิดตามทฤษฎีความผิด (Fault Theory) ประกอบไปด้วยองค์ประกอบส่วนที่เป็นการกระทำและองค์ประกอบทางจิตใจซึ่งหมายถึง จงใจหรือความประมาทเลินเล่อ โดยผู้เป็นโจทก์ในคดีละเมิดต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นตามองค์ประกอบของความรับผิดว่า มีการกระทำหรือไม่ โดยฝ่าฝืนหน้าที่หรือไม่ โดยผิดกฎหมายหรือไม่ การกระทำนั้นจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ และความเสียหายเป็นผลมาจากความผิดของผู้กระทำนั้นหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ทฤษฎีความผิด คือ ทฤษฎีที่ต้องมีองค์ประกอบเรื่องจงใจหรือประมาทเลินเล่อที่เป็นส่วนหนึ่งของความผิด และมีความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ได้รับความเสียหาย จึงจะเป็นละเมิดได้ สำหรับการกำหนดความรับผิดตามกฎหมายไทยปรากฏว่า ความรับผิดทางละเมิด โดยเฉพาะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งถือเป็นกฎหมายแม่บทของหลักความรับผิดทางละเมิดได้กำหนดความรับผิดทางละเมิดเป็นไปตามหลักของทฤษฎีความผิด<sup>37</sup>

### 2.2.2 ทฤษฎีรับภัยแนวคิดให้ผู้ประกอบการรับผิดจากการจัดทำสินค้า

ทฤษฎีรับภัย (Risk Theory/Théorie du Risque) หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ทฤษฎีรับภัยที่สร้างขึ้นเป็นทฤษฎีที่เห็นว่า หลักเกณฑ์แห่งความรับผิดทางละเมิดนั้น ไม่จำเป็นที่ผู้ละเมิดจะต้องกระทำความผิดด้วย เมื่อความเสียหายเกิดขึ้นและรู้ว่าผู้ใดเป็นผู้กระทำหรือผู้ก่อแล้ว ก็ควรถือว่าผู้นั้นเป็นผู้ละเมิด ไม่ว่าจะการกระทำที่ก่อความเสียหายนั้นจะผิดหรือถูก เพราะถือว่ามนุษย์เราเมื่อได้กระทำการใด ๆ ขึ้นแล้วย่อมเป็นการเสี่ยงภัยอย่างหนึ่ง คืออาจมีผลดีก็ได้ผลร้ายก็ได้ ผู้ทำก็จะต้องรับผลแห่งการเสี่ยงภัยนั้น ถ้ามีภัยคือความเสียหายเกิดขึ้นเขาก็จะต้องรับเคราะห์ ต้องรับความเสียหายนั้น ความเสียหายต้องเป็นภัยไปกับเขา จึงได้มีนามแห่งความคิดนี้ว่า ทฤษฎีรับภัย<sup>38</sup>

<sup>36</sup> กุลธดา วุฒิสารวัฒนา. (2558). *ปัญหากฎหมายในการเยียวยาผู้เสียหายที่ถูกกระทำละเมิดจากร่างกายพิการ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 21-22.

<sup>37</sup> กุลธดา วุฒิสารวัฒนา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 36. หน้า 21-22.

<sup>38</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร. (2550). *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด*. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 105.

โดยมีเหตุผลทางทฤษฎีมาสนับสนุนว่าไม่ควรมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความผิดในเรื่องความรับผิดในทางละเมิดอยู่ 2 ประการ คือ

(1) เหตุผลทางกฎหมายผลแห่งความรับผิดทางละเมิด คือ การบังคับให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายไม่ใช่เป็นการลงโทษอย่างความผิดในทางอาญา ฉะนั้นกฎเกณฑ์ละเมิดก็ควรจะให้เข้ากับผลละเมิดเหมือนกัน คือไม่จำเป็นจะต้องมีความผิด การที่เอาความผิดเข้ามาในหลักเกณฑ์ละเมิดทำให้หลักกฎหมายไขว้เขวไปทำให้ผลแห่งความรับผิดทางละเมิดเป็นการลงโทษ<sup>39</sup>

(2) เหตุผลทางพฤติการณ์ ผู้ถือทฤษฎีรับภัยได้อ้างว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นแม้จะหาผู้รับผิดชอบไม่ได้ก็ไม่ควรจะให้ผู้เสียหายเป็นผู้รับเคราะห์โดยที่ความเสียหายมิได้เกิดจากการกระทำของเขา กล่าวคือ หากจะให้ผู้เสียหายรับภัยที่ตนไม่ได้ก่อ คงเป็นการไม่ยุติธรรม เพราะความเสียหายจะเกิดขึ้นหรือไม่ก็แล้วแต่การกระทำของผู้อื่น ผู้เสียหายไม่มีอำนาจกีดกันความเสียหายนั้นได้เลย ดังนั้น การที่ถือหลักความผิดในเรื่องละเมิดนั้นเท่ากับให้ผู้ที่อยู่เฉย ๆ (Passif) ได้รับเคราะห์ แต่หากถือตามทฤษฎีรับภัย คือ ให้ผู้ก่อภัยรับภัยเองจึงจะเป็นการยุติธรรม<sup>40</sup>

### 2.2.3 ทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาดซึ่งเป็นฐานแนวคิดแห่งความรับผิดโดยเคร่งครัด

ต่อมาเกิดแนวคิดหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ตามทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability Theory/Théorie du la responsabilité stricte) หรือทฤษฎีความรับผิดโดยไม่มี ความผิด (Liability without Fault) หรือทฤษฎีความรับผิดโดยสมบูรณ์ (Absolute Liability) เป็นทฤษฎีที่มีพื้นฐานมาจากการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในอันที่จะไม่ถูกทำให้เสียหาย ความผิดในลักษณะดังกล่าวนี้ มีรากฐานมาจากทฤษฎีรับภัย หรือเสี่ยงภัย ทฤษฎีนี้ถูกพัฒนาขึ้นในยุคปฏิวัติอุตสาหกรรม ช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ซึ่งมีที่มาจากกรณีที่มนุษย์ได้นำเอาเทคโนโลยีการผลิตโดยเครื่องจักรมาใช้แทนแรงงานคน ทำให้ความเสียหายของคนในสังคมมีมากขึ้น อันเป็นผลมาจากความสลับซับซ้อนของเทคโนโลยีและความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ทำให้หลักเกณฑ์แห่งความรับผิดทางละเมิดเปลี่ยนแปลงไป จากหลักที่ว่าภาระจะเป็นละเมิดได้นั้นต้องมีการกระทำที่ผิดกฎหมาย คือ จงใจหรือประมาทเลินเล่อ เปลี่ยนมาเป็นการพิจารณาความรับผิดโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความรู้สึก

<sup>39</sup> นุจิรา มีชัย. (2557). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันความเสียหายจากการกระทำละเมิด กรณีศึกษา : คำขอคุ้มครองชั่วคราวให้หยุดกระทำละเมิดก่อนฟ้อง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต กลุ่มวิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 13.

<sup>40</sup> จุติกา คนสูงดี. (2560). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่: ศึกษากรณีการไม่กำหนดให้สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นหน่วยงานของรัฐ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต กลุ่มวิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 52.

นี่ก็คิดภายในใจของผู้ก่อความเสียหายว่ามีเจตนา (Intention) หรือไม่<sup>41</sup> กล่าวคือ บุคคลที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น บุคคลนั้น ต้องรับผิดชอบ (He who breaks, must pay.)<sup>42</sup> เพราะการให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายต้องพิสูจน์ความจริงว่าผู้กระทำจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เป็นการพิสูจน์ที่ยากลำบาก<sup>43</sup> เพราะกระบวนการผลิตทั้งหมดเป็นเรื่องที่อยู่ในความควบคุมของผู้ผลิตเพียงฝ่ายเดียว<sup>44</sup> ผู้เสียหายซึ่งเป็นเพียงประชาชนธรรมดาไม่อาจรู้ได้ ทำให้การที่จะพิสูจน์ว่า ความชำรุดบกพร่องของสินค้านั้น เป็นผลมาจากขั้นตอนใดในการผลิตซึ่งจะต้องอาศัยความรู้ของผู้เชี่ยวชาญเฉพาะสาขาผู้บริโภค โดยทั่วไปย่อมไม่สามารถพิสูจน์เองได้ หรือไม่สามารถว่าจ้างผู้เชี่ยวชาญให้มาพิสูจน์ได้ เมื่อผู้เสียหายไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายเกิดจากความผิดของผู้ผลิต ศาลจึงไม่อาจพิพากษาให้ผู้ผลิตต้องรับผิดชอบโดยอาศัยหลักในเรื่องละเมิดได้<sup>45</sup> ซึ่งทำให้สาธารณชนไม่ได้รับความคุ้มครองจากความเสียหายที่เกิดขึ้น รัฐจำต้องเข้ามาแทรกแซงเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของสาธารณชน โดยให้ผู้ผลิตที่เป็นตัวการให้เกิดความเสียหายต้องรับผิดชอบในความเสียหายโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาเรื่องของความผิดโดยถือหลักว่าเมื่อบุคคลใดกระทำการใด ๆ ก็ตามเพื่อที่เขาจะได้มาซึ่งประโยชน์จากการกระทำนั้น ๆ และการกระทำนั้นเกิดผลร้ายขึ้น คือ มีภัยเกิดขึ้นกับบุคคลอื่นผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในภัยที่เกิดขึ้นนั้นด้วย กล่าวคือ เป็นการนำเอาแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของบุคคลทางแพ่งในยุคแรก ๆ ที่ไม่ได้พิจารณาถึงความนึกคิดภายในจิตใจของผู้กระทำ หรือการขาดความระมัดระวังในการกระทำของผู้กระทำ มาพิจารณาแต่เพียงว่าเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว และสามารถที่จะทราบตัวผู้ก่อความเสียหาย ผู้นั้นต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ตนก่อขึ้นทั้งสิ้น โดยไม่มีสิทธิ์ปฏิเสธความรับผิดชอบ<sup>46</sup> อีกทั้งทฤษฎีนี้ยังก่อให้เกิดหน้าที่ต่อผู้ผลิต ผู้ประกอบการ หรือ

<sup>41</sup> กิรติ บัวสด. (2564). *ปัญหาการฟ้องชำระค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต กลุ่มวิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 29-30.

<sup>42</sup> William L. Prosser. (1971). *Handbook of the Law of Torts*. (4<sup>th</sup> edition). St. Paul : West Pub Co. p. 492.

<sup>43</sup> *res ipsa loquitur* เป็นทฤษฎีประเภทหนึ่งในการพิสูจน์ความผิดในเรื่องละเมิดในระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งใช้ในเรื่องละเมิดอันเกิดจากความประมาทเลินเล่อ เนื่องจากคดีธรรมดาเกี่ยวกับละเมิด การพิสูจน์ความรับผิดชอบเป็นภาระการพิสูจน์ของโจทก์ที่จะนำสืบถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลยให้ศาลเห็น จึงจะบังคับให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายได้ แต่ในบางเรื่อง โจทก์ไม่มีทางจะสืบได้เลย เพราะข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประมาทอยู่ในอำนาจและความรู้ของฝ่ายจำเลยทั้งหมด ไม่มีใครทราบต้นเหตุได้นอกจากจำเลย ซึ่งถ้าจะยังใช้หลักเกณฑ์ให้โจทก์สืบถึงความประมาทของจำเลยอยู่โจทก์ก็ไม่มีทางทำได้ ดังนั้น เพื่อบรรเทาความเดือดร้อน หลักในเรื่องนี้ จึงเกิดหลักที่เรียกว่า *res ipsa loquitur* คือ เหตุการณ์ย่อมแจ้งชัดในตัวเอง

<sup>44</sup> ปรินทร์ ใจแก้ว. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 35. หน้า 18.

<sup>45</sup> Dix W. Noel and Jerry J. Phillips. (1981). *Products Liability in a Nutshell*. (2<sup>nd</sup> edition). New York : West Publishing Co. pp. 28-31.

<sup>46</sup> กิรติ บัวสด. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 41. หน้า 29-30.



ผู้จำหน่ายสินค้าที่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care)<sup>47</sup> ในการผลิต จำหน่าย และการให้บริการที่ได้มาตรฐาน รวมถึงหน้าที่ในการให้คำแนะนำการใช้สินค้าที่ก่อให้เกิดอันตราย ตลอดจนมีคำเตือนให้ผู้บริโภคได้ทราบถึงอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้สินค้าหรือบริการด้วย<sup>48</sup>

## 2.3 ทฤษฎีลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

หากพิจารณาบรรดากฎหมายต่าง ๆ ที่ดำรงอยู่ในรัฐ จะพบว่าโครงสร้างทางสถาปัตยกรรมของกฎหมาย ที่มีลักษณะเป็นลำดับคล้ายพีระมิด กล่าวคือ มีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่สูงที่สุด จากนั้นก็จะมีกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่ต่ำลงมาเป็นชั้น ๆ ตามลำดับ โดยกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่าจะเป็นที่มา (Source of Law) ของการเกิดขึ้นและการดำรงอยู่ของกฎหมายในลำดับศักดิ์ที่อยู่ถัดลงมาตามลำดับ<sup>49</sup> ผู้วิจัยจึงขออธิบายในรายละเอียดที่เกี่ยวกับทฤษฎีลำดับศักดิ์ของกฎหมาย (The Hierarchy Theory of Law) ดังนี้

### 2.3.1 ทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมายของ Hans Kelsen

ทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย (Reine Rechtslehre; The Pure Theory of Law)<sup>50</sup> ปรากฏครั้งแรกในหนังสือ *Rein Rechtslehre: Einleitung in Die Rechtswissenschaftliche Problematik* ใน ค.ศ. 1934<sup>51</sup> ซึ่งทฤษฎีดังกล่าวตามความคิดของฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) เห็นว่า กฎหมายเป็นศาสตร์บริสุทธิ์ ในเนื้อแท้ของกฎหมายเชิงวิทยาศาสตร์ที่ปลอดจากการประเมินค่าทางคำพิพากษา (Judgement)

<sup>47</sup> คดี *Donoghue v Stevenson* (1932) เป็นคดีที่โจทก์ฟ้องจำเลยซึ่งเป็นบริษัทผู้ผลิตเบียร์ เนื่องจากโจทก์ไปดื่มเบียร์ที่ร้านอาหารแห่งหนึ่ง เมื่อโจทก์ดื่มเบียร์หมดแล้ว เพื่อนของโจทก์ได้รินเบียร์ที่เหลือในขวดเดิมให้ ในขณะที่เพื่อนโจทก์รินเบียร์ที่เหลือให้นั้น ปรากฏว่ามีซากของตัวทากที่เน่าเปื่อยตายในขวดเบียร์ออกมาด้วย โจทก์ตกใจ และอาเจียนสิ่งที่รับประทานเข้าไปออกมา และต่อมาต้องเข้ารักษาตัวในโรงพยาบาลเนื่องจากกระเพาะอาหารอักเสบ ศาลฎีกาเห็นว่า กรณีนี้ถือว่าบริษัทผู้ผลิตเบียร์มีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังต่อผู้บริโภคด้วย ไม่ใช่แต่เฉพาะหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อร้านอาหารซึ่งซื้อเบียร์จากตนไปจำหน่ายเท่านั้น โจทก์จึงสามารถฟ้องบริษัทผู้ผลิตเบียร์ให้รับผิดชอบทางละเมิดฐานประมาทได้ โปรดดู *Donoghue v. Stevenson*. (1932) AC 562.

<sup>48</sup> คัมภีร์ แก้วเจริญ. (2525). ละเมิดเนื่องจากทรัพย์สินอันตราย. *วารสารนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์*, 12(4). หน้า 153.

<sup>49</sup> เจดน์ สดาวรศิลป์. (2556). ข้อพิจารณาบางประการว่าด้วยนิติรัฐกับลำดับชั้นของกฎหมาย. *บทความสำนักงานศาลปกครอง*. หน้า 2.

<sup>50</sup> ศศิภา พฤษญาจันทร์. (2560). *สำนักกฎหมายบ้านเมืองสมัยใหม่: ข้อความคิดว่าด้วยกฎหมายในทรรศนะของ Hans Kelsen และ H.L.A. Hart และข้อวิจารณ์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 23.

<sup>51</sup> Hans Kelsen. (1971). *Reine Rechtslehre*. Berkeley and Los Angeles : University of California Press. p. 1.

ทางการเมือง (Political) ทางศาสนา (Religious) และทางศีลธรรม (Moral)<sup>52</sup> ดังนั้น สำหรับฮันส์ เคลเซ่น (Hans Kelsen) กฎหมายที่อยู่เหนือกฎหมายบัญญัติตามแนวคิดแบบสำนักกฎหมายธรรมชาตินั้น ไม่มีอยู่จริง กฎหมายและศีลธรรมเป็นสิ่งที่แยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด ศีลธรรมเป็นเรื่องอัตวิสัย โดยแท้ แต่วิชานิติศาสตร์เป็นเรื่องที่อยู่เหนือไปจากเจตจำนงส่วนตัว<sup>53</sup> โดยฮันส์ เคลเซ่น (Hans Kelsen) ได้รับเอาอิทธิพลแนวคิดดังกล่าวจาก Kant ในเรื่องแนวความคิดการแบ่งโลกออกเป็น โลกแห่งข้อเท็จจริง (Sein) และโลกแห่งบรรทัดฐาน (Sollen) เพื่อมาใช้ในการอธิบายความแตกต่างของวิทยาศาสตร์กฎหมาย และแนวความคิดเรื่องบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน (Grundnorm) ซึ่งพัฒนามาจากแนวความคิดของ Kant เช่นกัน<sup>54</sup> ฮันส์ เคลเซ่น (Hans Kelsen) จึงอธิบายว่ากฎหมายเป็นศาสตร์ของบรรทัดฐาน ระบบแห่งบรรทัดฐาน ดังนั้นเมื่อกฎหมายเป็นเรื่องของบรรทัดฐาน เรื่องใดหรือสิ่งใดที่เป็นบรรทัดฐาน จึงเป็นเรื่องหรือสิ่งที่ทุกคนควรจะกระทำ ดังนั้น กฎหมายเมื่อเป็นบรรทัดฐานแล้วก็ต้องเป็นสิ่งที่ทุกคนควรกระทำตามกฎหมาย ในสายตาของฮันส์ เคลเซ่น (Hans Kelsen) นั้น กฎหมายไม่ใช่สิ่งที่บังคับให้ทุกคนต้องกระทำ (Must) ฮันส์ เคลเซ่น (Hans Kelsen) จึงกล่าวว่า เนื้อหาสาระของกฎหมายเป็นเรื่องความสัมพันธ์ของสิ่งที่ควรเป็นหรือควรเกิด กฎหมายจึงเป็นศาสตร์ที่ว่าด้วยบรรทัดฐานหรือมาตรฐานความประพฤติของมนุษย์ เมื่อกฎหมายเป็นศาสตร์ว่าด้วยบรรทัดฐาน ซึ่งมีลำดับของบรรทัดฐานที่แตกต่างกันออกไปและเรียงลำดับซ้อนกันเป็นชั้น ๆ ไปในลักษณะที่เป็นระบบ บรรทัดฐานชั้นต่ำสุดจะได้อำนาจหรือเกิดมีขึ้น ได้นั้นก็เมื่อมีบรรทัดฐานที่อยู่สูงกว่าให้ไว้หรือสร้างไว้ ไล่เรียงไปเช่นนี้จนไปจรดลำดับศักดิ์ของบรรทัดฐานที่อยู่สูงสุดที่เป็นรากฐานของบรรทัดฐานทั้งหลายที่เรียกว่า บรรทัดฐานขั้นพื้นฐานหรือ Grundnorm ความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นความสัมพันธ์แบบห่วงโซ่ที่คล้องหรือร้อยตามกันไปจนก่อให้เกิดระบบแห่งบรรทัดฐานขึ้น ในสายตาของฮันส์ เคลเซ่น (Hans Kelsen) บรรทัดฐานเหล่านี้ก็คือ กฎหมายแต่ละชนิดที่มีลำดับศักดิ์ของกฎหมายสูงต่ำแตกต่างกันไป กฎหมายใดมีลำดับศักดิ์ที่ต่ำย่อมจะเกิดขึ้นได้หรือมีอำนาจได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าให้อำนาจไว้หรือสร้างขึ้นมาและไล่เรียงเช่นนี้จนไปถึงกฎหมายที่มีลำดับสูงสุด ความสัมพันธ์แบบนี้ก่อให้เกิดระบบกฎหมายเกิดขึ้น ในระบบกฎหมายของรัฐ มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและเป็นที่มาของกฎหมายทั้งปวงของรัฐ ถ้าพิจารณาจากทฤษฎีบริสุทธ์แห่งกฎหมายของฮันส์ เคลเซ่น (Hans Kelsen) รัฐธรรมนูญก็จะเป็นบรรทัดฐาน

<sup>52</sup> วุฒิชัย จิตदानุ. (2547). กลไกทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ ระบบรวมศูนย์ (Centralized System) หรือรูปแบบยุโรป (European model) ในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 6(17). หน้า 66.

<sup>53</sup> Matthias Mahlmann *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*. (2015). *Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft*. p. 159.

<sup>54</sup> Philipp Horst Schüller. (2009). *Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie und Hans Kelsens Reine Rechtslehre: Ein Vergleich*. (Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen). p. 170.

ขั้นพื้นฐาน หรือ Grundnorm ของกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าทั้งหมด พระราชบัญญัติก็จะเป็นบรรทัดฐานที่อยู่เหนือกว่าพระราชกฤษฎีกา ประกาศกระทรวง เป็นต้น ดังนั้น การจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายตามแนวคิดของฮันส์ เคลเซิน (Hans Kelsen) จะต้องพิจารณาจากการความสัมพันธ์ของกฎเกณฑ์ 2 ชนิด ดังนี้<sup>55</sup>

(1) กฎหมายที่ให้อำนาจออกกฎเกณฑ์อื่น

(2) กฎเกณฑ์ที่ออกตามอำนาจของกฎเกณฑ์อื่น หรือกฎเกณฑ์ที่ออกโดยอาศัยอำนาจที่ได้รับมาจากกฎเกณฑ์ที่ให้อำนาจในการออกกฎเกณฑ์อื่น

การพิจารณาลำดับศักดิ์ของกฎหมายตามทฤษฎีของฮันส์ เคลเซิน (Hans Kelsen) นี้เป็นการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของกฎเกณฑ์ที่ให้อำนาจในการออกกฎเกณฑ์อื่นกับกฎเกณฑ์ที่ออกตามอำนาจของกฎเกณฑ์อื่น กฎเกณฑ์ทุกกรณีจะเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายซึ่งจะออกได้และมีผลบังคับเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อกฎเกณฑ์ที่เหนือกว่าให้อำนาจไว้<sup>56</sup>

### 2.3.2 ประเภทและการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายไทย

(1) ประเภทของกฎหมายไทย ในระหว่างที่ประเทศอยู่ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์รูปแบบของกฎหมายยังไม่มีกำหนดแน่นอนว่ากรณีใดจะตรากฎหมายในรูปพระบรมราชโองการ กรณีใดจะตรากฎหมายในรูปพระราชบัญญัติ หรือกรณีใดจะตรากฎหมายในรูปพระราชกฤษฎีกา ทั้งนี้ สุดแต่พระราชอัธยาศัยของพระมหากษัตริย์ หรือสุดแต่ผู้รับพระบรมราชโองการจะเห็นสมควร แต่ในปัจจุบันอาจศึกษาถึงการแยกประเภทกฎหมายได้เป็น 3 ประเภท คือ<sup>57</sup>

(1.1) กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (Organic Act) พระราชบัญญัติ (Act) และประมวลกฎหมาย (Law Code)

(1.2) กฎหมายของฝ่ายบริหาร<sup>58</sup> ได้แก่ พระราชกำหนด (Emergency Decree) พระราชกฤษฎีกา (Royal Decree) กฎกระทรวง (Ministerial Regulation) ประกาศกระทรวง (Notification of a Ministry) ระเบียบ (Rule) และข้อบังคับ (Regulation)

<sup>55</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2564). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 190-191.

<sup>56</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 55. หน้า 190-191.

<sup>57</sup> ออมร จันทรสมนุรัตน์. (2546). *กฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 121.

<sup>58</sup> ข้อพิจารณากฎหมายของฝ่ายบริหาร มีอยู่ 2 ประการ

(1) คำบังคับของกฎหมายฝ่ายบริหาร กฎหมายของฝ่ายบริหารบางประเภทมีคำบังคับเท่ากับพระราชบัญญัติ ซึ่งเป็นกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่บางประเภทมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation)

(1.3) กฎหมายของท้องถิ่น ได้แก่ ข้อบัญญัติท้องถิ่น (Local Provision) หรือเทศบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Municipal Law)

กฎหมายที่บัญญัติมาใช้บังคับนี้ อาจกำหนดขึ้น โดยอาศัยอำนาจจากองค์กรที่ต่างกัน เช่น รัฐธรรมนูญตราโดยองค์กรนิติบัญญัติที่สูงสุดของประเทศ คือ รัฐสภา พระราชบัญญัติตราโดยรัฐสภาเช่นกัน ในขณะที่กฎหมายหลักเหล่านี้ก็อาจมอบอำนาจให้องค์กรอื่นบัญญัติกฎหมายได้เช่นเดียวกัน เช่น พระราชบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายได้ในรูปของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวง เพื่อความเหมาะสมบางประการ และพระราชบัญญัติบางฉบับอาจให้อำนาจองค์กรปกครองตนเอง เช่น เทศบาลองค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหาร ส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร หรือเมืองพัทยาออกกฎหมายเพื่อใช้ในเขตเทศบาล หรือเขตขององค์การบริหารได้ เป็นต้น<sup>59</sup>

การที่มอบหมายให้ฝ่ายบริหารหรือองค์กรอื่นเป็นผู้บัญญัติกฎหมายแทนฝ่ายนิติบัญญัติ แทนที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายเสียเองหมดก็ด้วยเหตุผล ดังนี้<sup>60</sup>

ประการที่หนึ่ง การตรากฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ควรจะเป็นการตรากฎหมายเฉพาะกฎหมายที่สำคัญอันเป็นการกำหนดหลักการและนโยบายเท่านั้น เช่น พระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายหลักที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา อันเป็นตัวแทนของปวงชนชาวไทย

ประการที่สอง การที่ให้รัฐสภาตรากฎหมายหลักดังกล่าวย่อมเป็นการทุ่นเวลา เพราะแทนที่จะมาอภิปรายกันในรายละเอียด ทำให้ไม่สามารถตรากฎหมายได้มากทันต่อความต้องการและความจำเป็นของสังคม

ประการที่สาม การที่ฝ่ายบริหารหรือองค์กรอื่นจะออกกฎหมายลูกบทที่ย่อมจะต้องอยู่ในกรอบของหลักการและนโยบายในกฎหมายหลักฉบับนั้น จึงเป็นการมอบอำนาจการออกกฎหมายอีกทอดหนึ่ง ฝ่ายที่รับมอบอำนาจ ก็คือฝ่ายที่เป็นผู้ปฏิบัติ ย่อมทราบข้อมูลต่าง ๆ รวมทั้งปัญหาในการปฏิบัติอยู่แล้ว จึงอาจนำมาช่วยในการออกกฎหมายลูกบท เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง หรือเทศบัญญัติ ได้เหมาะสมและสามารถปฏิบัติได้ และ

กฎหมายของฝ่ายบริหารของไทยที่มีค่าบังคับเท่ากับพระราชบัญญัติ ได้แก่ พระราชกำหนด ประกาศพระบรมราชโองการบางประเภท และพระราชกฤษฎีกา กฎหมายประเภทนี้เทียบได้กับ *Decrets-lois* หรือ *Ordonnances* ของฝรั่งเศสและเทียบได้กับ *Order in Council* บางประเภทของอังกฤษ

*Order in Council* ของอังกฤษที่ออกตามพระราชอำนาจทางประเพณีของพระมหากษัตริย์ (Royal Prerogative) เป็นกฎหมายในตัวเอง และไม่เป็น *Subordinate Legislation* แต่ถ้าเป็น *Order in Council* ที่ออกมาโดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายแม่บท *Order in Council* นั้นก็เป็น *Subordinate Legislation*

<sup>59</sup> มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราช. (2563). *เอกสารการสอนชุดวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราช. หน้า 130.

<sup>60</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 130.

ประการที่สี่ การออกกฎหมายระดับนี้มีความคล่องตัว และสามารถแก้ไขกฎหมายลูกบทเหล่านี้ให้ทันต่อเหตุการณ์ได้ดี หากจะออกในรูปพระราชบัญญัติแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกก็จะต้องรอผ่านขั้นตอนการเสนอเป็นร่างกฎหมาย เพื่อให้รัฐสภาพิจารณาอนุมัติ ซึ่งอาจจะต้องรอและใช้เวลาในการแก้ไขนาน จนบางทีอาจจะไม่ทันการณ์ การที่ให้ฝ่ายบริหารหรือองค์กรอื่นเป็นผู้ออกกฎหมายลำดับรองจึงเป็นสิ่งที่ดีและเป็นการกระจายอำนาจการออกกฎหมายอีกด้วย

(2) การจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายไทย หากจะจัดลำดับความสำคัญตามศักดิ์ของกฎหมาย (Hierarchy of Laws) ย่อมจะเรียงลดหลั่นกันไป ดังต่อไปนี้<sup>61</sup>

### (2.1) รัฐธรรมนูญ (Constitution)

เป็นกฎหมายที่กำหนดรูปแบบของการปกครองและระเบียบบริหารประเทศ แนวนโยบายของการบริหารประเทศ ตลอดจนสิทธิ หน้าที่ของประชาชนพลเมืองในประเทศนั้น รัฐธรรมนูญ จึงเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์สูงสุด เป็นกฎหมายที่สำคัญกว่ากฎหมายฉบับใดทั้งสิ้น และเป็นกฎหมายหลักที่ให้หลักประกันแก่ประชาชน จะมีกฎหมายฉบับใดออกมาขัดแย้งรัฐธรรมนูญมิได้ หากมีกฎหมายฉบับใด เรื่องใดออกมาขัดกับรัฐธรรมนูญฯ กฎหมายฉบับนั้นย่อมไม่มีผลใช้บังคับ เนื่องจากขัดกับกฎหมายแม่บทที่ยึดถือเป็นหลักในการปกครองบริหารประเทศ กฎหมายฉบับอื่น ๆ ที่ออกมาย่อมต้องตอบสนองรับหลักการและนโยบายที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

### (2.2) พระราชบัญญัติ (Act)

เป็นกฎหมายที่ออกโดยผ่านกระบวนการนิติบัญญัติตามที่บัญญัติเป็นขั้นตอนไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยความเห็นชอบของรัฐสภา ซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนทั้งปวง และพระมหากษัตริย์ได้ลงพระปรมาภิไธยใช้บังคับเป็นกฎหมาย จึงเป็นกฎหมายที่ออกตามปกติธรรมดา โดยความเห็นชอบของประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ดังที่กล่าวกันว่า พระราชบัญญัติ คือกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา ถือว่าเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญรองลงมาจากรัฐธรรมนูญ มีหลักการและสาระสำคัญที่กระทบถึงสิทธิ เสรีภาพของประชาชน การออกกฎหมายโดยทั่วไปนั้น โดยวิธีปกติธรรมดาจะออกในรูปพระราชบัญญัติเสมอ แต่ถ้าหากกฎหมายฉบับใดมีลักษณะครอบคลุมเรื่องที่เกี่ยวข้องกันหลาย เรื่อง ก็อาจจะออกในรูปประมวลกฎหมายได้ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายที่ดิน ประมวลกฎหมายรัชฎากร เป็นต้น แต่ประมวลกฎหมายเหล่านี้เมื่อร่างเสร็จเรียบร้อยแล้วจะต้องมีพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายฉบับนั้น ๆ อีกที่หนึ่ง

### (2.3) พระราชกำหนด (Emergency Decree)

<sup>61</sup> มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 59. หน้า 134.

เป็นกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ และทรงตราขึ้นตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีเฉพาะในกรณีที่มีเหตุผลพิเศษ เช่น มีความจำเป็นรีบด่วนในอันที่จะรักษาความปลอดภัย ความมั่นคง หรือรักษาผลประโยชน์ของประเทศ จึงไม่อาจรอให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายมาตามวิธีปกติได้ทันการณ์ พระราชกำหนดมีศักดิ์เทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ แต่เมื่อตราขึ้นใช้แล้วจะต้องนำเสนอต่อรัฐสภาภายในระยะเวลาอันสั้น (ตามที่รัฐธรรมนูญฯ จะกำหนดไว้ เช่น 2 หรือ 3 วัน) ถ้ารัฐสภาอนุมัติพระราชกำหนดก่อนกลายสภาพเป็นกฎหมายเสมือนพระราชบัญญัติ แต่ถ้ารัฐสภาไม่อนุมัติพระราชกำหนด พระราชกำหนดนั้นก็ตกไปหรือสิ้นผลบังคับการต่างๆ ที่เป็นไปหรือดำเนินไประหว่างที่มีพระราชกำหนดก็ไม่ถูกกระทบกระเทือนเพราะเหตุที่พระราชกำหนดต้องตกไปเช่นนั้น

#### (2.4) พระราชกฤษฎีกา (Royal Decree)

คือกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี เป็นกฎหมายที่ฝ่ายบริหารได้ออกโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง หรือโดยที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจตราขึ้นเป็นพิเศษโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย พระราชกฤษฎีกา จึงมีศักดิ์ต่ำกว่า พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด และประกาศพระบรมราชโองการฯ และจะขัดกับกฎหมายใดที่มีศักดิ์สูงกว่าไม่ได้ โดยปกติพระราชกฤษฎีกาเป็นกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดสืบเนื่องมาจากความในพระราชบัญญัติหรือ พระราชกำหนด จึงเป็นการประหยัดเวลาที่รัฐสภาไม่ต้องพิจารณาในรายละเอียด คงพิจารณาแต่เพียงหลักการ และนโยบายที่จะต้องบัญญัติในกฎหมายหลัก แล้วจึงให้อำนาจมาออกพระราชกฤษฎีกาภายหลัง ซึ่งเป็นการสะดวกที่ฝ่ายบริหารจะมากำหนดรายละเอียดในทางปฏิบัติเอง และยังสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขให้เหมาะสมแก่เหตุการณ์ได้ง่าย และสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา เพราะฝ่ายบริหารสามารถแก้ไขได้โดยไม่ต้องผ่านขั้นตอนนิติบัญญัติ ดังเช่น การออกพระราชบัญญัติ หนึ่ง มีพระราชกฤษฎีกาบางประเภทที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เช่น พระราชกฤษฎีกาเปิดหรือปิดสมัยประชุมสภา พระราชกฤษฎีกายุบสภา พระราชกฤษฎีกาเหล่านี้มีความสำคัญมากกว่าพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติดังกล่าวมาข้างต้น

#### (2.5) กฎกระทรวง (Ministerial Regulation)

คือกฎหมายที่รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดเป็นผู้ออก เพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหลักในเรื่องนั้นๆ และโดยปกติกฎหมายหลักจะระบุให้อำนาจในการออกกฎกระทรวงในแต่ละกรณีไว้ กฎกระทรวงเป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกา แต่แตกต่างกับพระราชกฤษฎีกาตรงที่ว่า ถ้าเป็นเรื่องสำคัญมากก็จะออกเป็นพระราชกฤษฎีกา ถ้าสำคัญรองลงมาก็ออกเป็นกฎกระทรวง เนื่องจากกฎกระทรวงเป็นกฎหมาย

ที่ออกตามกฎหมายแม่บท จึงไม่อาจจะขัดกับกฎหมายที่เป็นแม่บทนั่นเอง และกฎหมายอื่น ๆ ที่มีศักดิ์สูงกว่าได้ นอกจากกฎกระทรวง หากจะกำหนดกฎเกณฑ์ในทางปฏิบัติ ก็อาจจะออกระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศ เพื่อความสะดวกในการบริหารงานได้อีกด้วย

(2.6) ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด (Regulation) ประกาศ (Notification) และกฎที่ออกโดยฝ่ายบริหาร (Administrative Regulation)

การออกข้อบังคับที่เรียกชื่อต่าง ๆ กัน<sup>62</sup> เช่น ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด ประกาศ ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้รับมอบอำนาจในการตรากฎข้อบังคับนั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ที่ออกกฎข้อบังคับที่มีชื่อเฉพาะเช่นนั้นเท่านั้น กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับในการออกกฎข้อบังคับที่กฎหมายกำหนดให้ออกได้ เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 619/2550 วินิจฉัยว่า ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มีการกำหนดขั้นตอนและวิธีปฏิบัติต่างๆ ไว้สำหรับเจ้าหน้าที่ หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องว่าจะต้องดำเนินการอย่างไร ตั้งแต่การสอบข้อเท็จจริง การกำหนดตัวเจ้าหน้าที่ซึ่งต้องรับผิดชอบและจำนวนค่าสินไหมทดแทน การมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน รวมทั้งการผ่อนชำระค่าสินไหมทดแทนของเจ้าหน้าที่ซึ่งต้องรับผิดชอบ ซึ่งจะเห็นได้ว่าระเบียบฉบับนี้มีข้อกำหนดในส่วนที่เกี่ยวกับการผ่อนชำระเงินที่เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ดังนั้นระเบียบฉบับนี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการผ่อนชำระเงินที่เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบ จึงมีลักษณะเป็นกรณีที่สามารถนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ และในเมื่อเป็นกรณีที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 619/2550)<sup>63</sup>

(2.7) กฎหมายของท้องถิ่น (Local Law)

คือ กฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหารซึ่งมอบอำนาจให้แก่องค์กรบริหารส่วนท้องถิ่น ออกกฎหมายใช้บังคับในท้องถิ่นได้<sup>64</sup> ได้แก่ (ก) ข้อบัญญัติจังหวัด คือกฎหมายที่ออกตามพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด เนื่องจากกฎหมายให้อำนาจองค์การบริหารส่วนท้องถิ่นที่มีอำนาจปกครองดูแล ให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนในท้องถิ่นที่องค์การบริหารนั้น

<sup>62</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 55. หน้า 341.

<sup>63</sup> ภัสววรรณ อุซุงศ์อมร และอริรัตน์ โกสิทธิ์. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ ศาลปกครองกับการตรวจสอบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายใต้หลักความได้สัดส่วน. หน้า 47-48.

<sup>64</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 55. หน้า 342-343.

รับผิดชอบอยู่ จึงให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดมีอำนาจออกข้อบัญญัติจังหวัดเพื่อจัดระเบียบสังคม ดูแลทุกข์สุขของประชาชน และให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนที่อยู่ในจังหวัดซึ่งเป็นพื้นที่ ที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดดูแลอยู่ ข้อบัญญัติจังหวัดมีผลใช้บังคับเฉพาะพื้นที่ในจังหวัดนั้น ๆ เท่านั้น จะบังคับนอกพื้นที่จังหวัดมิได้ (ข) เทศบัญญัติ คือกฎหมายที่ออกตามพระราชบัญญัติเทศบาล ซึ่งแบ่งองค์การบริหารส่วนท้องถิ่นเป็น 3 ระดับคือ เทศบาลตำบล เทศบาลเมือง และเทศบาลนคร โดยกำหนดตามความหนาแน่นของประชากรตามที่พระราชบัญญัติกำหนด โดยเริ่มจากการจัดตั้ง เทศบาลตำบล เมื่อประชากรมาก ก็อาจขยายเป็นเทศบาลเมือง ถ้าหนาแน่นมากก็ขยายเป็นเทศบาลนคร กฎหมายที่ออกโดยเทศบาลทั้งสามประเภทนี้เรียกว่า เทศบัญญัติ เทศบัญญัติของเทศบาลใดก็จะมีผลใช้บังคับในท้องถิ่นเทศบาลนั้นเท่านั้น (ค) ข้อบังคับองค์การบริหารส่วนตำบล คือ กฎหมาย ที่ออกตามพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนตำบล องค์การบริหารส่วนตำบลเป็นองค์การบริหาร ส่วนท้องถิ่นลำดับที่ต่ำที่สุด ที่มีอำนาจหน้าที่ที่จะปกครองดูแล และให้บริการสาธารณะแก่ตำบล ซึ่งเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เล็กที่สุด องค์การบริหารส่วนตำบลมีอำนาจตามกฎหมายที่จะ ออกข้อบังคับขององค์การบริหารส่วนตำบลเพื่อใช้บังคับในเขตตำบลของตนตามอำนาจหน้าที่ที่มี ตามกฎหมาย เพื่อบริหารงานราชการในท้องที่ของตำบลนั้น (ง) นอกจากนี้ ยังมีองค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นซึ่งตั้งขึ้นโดยกฎหมายพิเศษอีก ได้แก่ กรุงเทพมหานคร ซึ่งเป็นองค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นพิเศษตามพระราชบัญญัติกรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา ซึ่งเป็นองค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นพิเศษอีกรูปแบบหนึ่งซึ่งออกตามพระราชบัญญัติ ซึ่งตามกฎหมายทั้งสองฉบับ ให้อำนาจในการออกข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครหรือข้อบัญญัติเมืองพัทยาแล้วแต่กรณี เพื่อให้ องค์การบริหารส่วนท้องถิ่นดังกล่าวนี้สามารถบริหารจัดการตามอำนาจหน้าที่เพื่อปกครองดูแล และให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนในท้องที่ที่องค์การบริหารนั้นๆ รับผิดชอบอยู่<sup>65</sup>

หลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการกำหนดลำดับศักดิ์ของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น พิจารณาจากองค์กรผู้ตรากฎหมายเป็นสำคัญ หากองค์กรที่ตรากฎหมายเป็นองค์กรที่มีความสำคัญ กฎหมายที่ออกโดยองค์กรนั้นย่อมมีความสำคัญตามไปด้วย ส่วนองค์กรใดมีความสำคัญรองลงมา กฎหมายที่ออกโดยองค์กรนั้นก็จะมีผลสำคัญลดหลั่นกันลงมา เช่น ในประเทศไทยองค์กร ที่มีความสำคัญที่สุด คือ ประชาชน ฉะนั้นรัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นกฎหมายของปวงชนชาวไทยจึงมี ลำดับสูงที่สุด ส่วนพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและพระราชกำหนด ที่ตราขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร จึงมีฐานะเป็นกฎหมายในลำดับรองลงมา

<sup>65</sup> มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 59. หน้า 134.



จากรัฐธรรมนูญ ส่วนองค์กรที่ตรากฎหมายในฝ่ายบริหารเองก็มีลำดับการบังคับบัญชาที่แตกต่างกัน ส่งผลให้กฎหมายบริหารบัญญัติมีลำดับศักดิ์ของกฎหมายที่แตกต่างกันด้วย<sup>66</sup>

(3) ตารางแสดงลำดับศักดิ์ของกฎหมายไทย<sup>67</sup>

ลำดับ	การจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายไทย	
1	รัฐธรรมนูญ	กฎหมายสูงสุดภายในประเทศ
2	พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ	กฎหมายนิติบัญญัติ (กฎหมายลำดับสูง)
	พระราชบัญญัติประมวลกฎหมาย	
2	พระราชกำหนด	กฎหมายบริหารบัญญัติ (กฎหมายลำดับสูง)
	พระราชกฤษฎีกา (ตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญ)	
3	พระราชกฤษฎีกา (ออกตามพระราชบัญญัติ)	กฎหมายบริหารบัญญัติ (กฎหมายลำดับรอง)
	กฎกระทรวง	
	ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด ประกาศ และกฎที่ออกโดยฝ่ายบริหาร	กฎหมายท้องถิ่นบัญญัติ (กฎหมายลำดับรอง)
	กฎหมายของท้องถิ่น	

หากเกิดความขัดแย้งกันระหว่างกฎหมายดังกล่าว ย่อมต้องถือว่ากฎหมายในลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่าไม่ได้ ทั้งนี้ เพื่อความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย ดังนั้นหากกฎหมายต่างกัน 2 ลำดับศักดิ์ เกิดการขัดแย้งกัน ผู้ใช้กฎหมายย่อมจะต้องใช้กฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่า ตามหลัก Lex Superior Derogat Legi Inferiori คือ กฎหมายที่สูงกว่าย่อมตัดกฎหมายที่ต่ำกว่าไม่ให้ใช้บังคับ ระบบกฎหมายบางระบบอาจกำหนดให้กฎหมายซึ่งอยู่ในลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่าและขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่าตกเป็นโมฆะ<sup>68</sup> โดยองค์กร

<sup>66</sup> กมลวรรณ คันฉ่อง. (2558). *ศาลกับการค้นหากฎหมายมาปรับใช้ในคดีแพ่ง : ศึกษาบทบาทในการรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาล*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 28-29.

<sup>67</sup> กมลวรรณ คันฉ่อง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 66. หน้า 28-29.

<sup>68</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2564). *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: อ่านกฎหมาย. หน้า 197.

ผู้มีอำนาจวินิจฉัยกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในรัฐธรรมนูญ เช่น พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด ที่มีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ อาจแบ่งได้ 2 วิธี ได้แก่

กรณีแรก ให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีหน้าที่ในการวินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับใด ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เป็นวิธีที่ใช้อยู่ในสหรัฐอเมริกาซึ่งมีศาลสูงสุด (Supreme Court) ทำหน้าที่นี้ เช่น ในสมัยสงครามเกาหลี ประธานาธิบดีทรูแมนส์ได้ใช้อำนาจฉุกเฉินออกคำสั่งให้รัฐดำเนินกิจกรรม อุตสาหกรรมเหล็กกล้าซึ่งทำให้มีข้อขัดแย้งในด้านแรงงานและเป็นการ โอนกิจกรรมของเอกชน มาเป็นของรัฐชั่วคราวโดยปริยาย เจ้าของโรงงานจึงร้องว่าประธานาธิบดีไม่มีอำนาจออกคำสั่งเช่นนี้ เพราะสงครามเกาหลีไม่ได้เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาอันจะถือว่าประเทศตกอยู่ใน ภาวะฉุกเฉิน ในที่สุดศาลสูงสุดตัดสินว่า ประธานาธิบดีไม่มีอำนาจออกคำสั่งนั้น เพราะขัดต่อ รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของสหรัฐอเมริกา

กรณีสอง องค์กรพิเศษเป็นผู้ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดว่ากฎหมายฉบับใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะกรรมการพิเศษ ซึ่งแต่เดิม ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้ทำหน้าที่ดังกล่าว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมิใช่ศาล แต่เป็น องค์กรพิเศษกึ่งตุลาการ ต่อมารัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรทำหน้าที่วินิจฉัย โดยเหตุผลที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ทำหน้าที่วินิจฉัย มีความเห็นอยู่ 2 แนว ความเห็นแรก นักนิติศาสตร์เห็นว่า การชี้ขาดว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ นั้น เป็นปัญหาข้อกฎหมาย จึงควรให้ศาลยุติธรรมซึ่งเป็นคนกลางและมีความรู้ในด้านกฎหมายเป็นผู้ชี้ขาดตัดสิน หากให้มี ตุลาการรัฐธรรมนูญที่ประกอบด้วยฝ่ายนิติบัญญัติจำนวนหนึ่งทำหน้าที่นี้ ก็จะเปรียบเสมือนว่า จำเลยที่อยู่ในคดีทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาเสียเอง ความเห็นที่สอง มีความเห็นว่า อำนาจในการวินิจฉัย ดังกล่าวไม่ควรจะเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมแต่ควรจะมีศาลรัฐธรรมนูญที่มีองค์ประกอบพิเศษ โดยมีเหตุผลว่าปัญหาที่กฎหมายใดจะขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นปัญหาข้อกฎหมายแต่ก็เป็น ข้อกฎหมายที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวกับปัญหาทางด้านการเมืองและเศรษฐกิจ หากจะให้ศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นอำนาจที่ไม่เกี่ยวกับการเมือง เป็นผู้ที่ชี้ขาดตัดสินก็จะทำให้ศาลถูกดึงมาวุ่นวายกับการเมือง ทำให้ศาลขาดความเป็นกลาง อีกประการหนึ่ง ศาลอาจจะมองปัญหาในด้านกฎหมายล้วน ๆ โดยไม่เอื้อเพื่อต่อความคิดหรือมติทางการเมืองของประชาชนในประเทศ ทำให้ข้อวินิจฉัยนี้ ขัดแย้งต่อความรู้สึกของประชาชนอันอาจทำให้สถาบันตุลาการเสื่อมโทรมลงได้

นอกจากกฎหมายต่าง ๆ จะไปขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแล้ว ในบางกรณี พระราชกฤษฎีกา หรือกฎกระทรวง หรือกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ อาจขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บท เช่น ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดที่เป็นกฎหมายแม่บท มีปัญหาว่าองค์กรใด

จะเป็นผู้ทำหน้าที่วินิจฉัย เดิมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมิได้บัญญัติไว้ ดังนั้น จึงเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรมที่จะทำหน้าที่ชี้ขาดหากมีคดีดังกล่าวเช่นนี้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาล แต่ในยุคปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดให้ศาลปกครองเป็นองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยกฎหมายลำดับรองว่าขัดหรือแย้งพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดหรือไม่<sup>69</sup>

### 2.3.3 ประโยชน์และผลทางกฎหมายของการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายไทย

#### (1) ประโยชน์ของการจัดลำดับกฎหมายตามศักดิ์<sup>70</sup>

การทราบลำดับศักดิ์ของกฎหมายมีประโยชน์ในทางปฏิบัติคือ การแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกกฎหมายใด ต้องกระทำโดยกฎหมายที่มีศักดิ์เท่ากันหรือสูงกว่า เช่น การแก้ไขรัฐธรรมนูญก็ต้องทำโดยตรารัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม การยกเลิกพระราชกฤษฎีกาก็ต้องทำโดยตราพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกาฉบับใหม่จะออกกฎกระทรวงมายกเลิกพระราชกฤษฎีกาไม่ได้กฎหมายเหล่านี้ไม่รู้จักมีปัญหา เพราะชื่อออกฐานะหรือศักดิ์อยู่แล้วในตัว และการออกกฎหมายใหม่ที่มีชื่ออย่างเดียวกันมาอีกในภายหลังก็ไม่ยุ่งยากอะไร แต่ในกรณีที่จะต้องแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกประกาศของคณะปฏิวัติอาจเกิดปัญหามาก เช่น มีการออกประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 15 ต่อมาคณะปฏิวัติสลายตัวไปแล้ว และมีรัฐบาลใหม่เกิดขึ้น มีรัฐสภาเกิดขึ้น หากประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 15 ไม่เหมาะสมต่อไปสมควรยกเลิกเสีย การจะออกประกาศของคณะปฏิวัติฉบับใหม่มายกเลิกก็ทำไม่ได้ในภาวะปกติ วิธียกเลิกจึงต้องตรวจดูว่าประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 15 นั้นมีศักดิ์เท่ากับกฎหมายใด จะได้ออกกฎหมายนั้นมายกเลิก เช่น หากมีศักดิ์เท่ากับพระราชบัญญัติก็จะได้ให้รัฐสภาออกพระราชบัญญัติมายกเลิก หากมีศักดิ์เท่ากับพระราชกฤษฎีกา ก็จะได้ให้คณะรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกฤษฎีกายกเลิกต่อไป

#### (2) ลำดับศักดิ์ของกฎหมายมีผลในทางกฎหมาย 3 ประการ คือ<sup>71</sup>

ประการแรก กฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะตราออกใช้บังคับได้ต้องอาศัยกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่าให้อำนาจไว้

ประการที่สอง กฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะตราออกใช้เกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้ไว้ไม่ได้ หากตราออกใช้เกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้ไว้ กฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่านั้นจะไม่มีผลใช้บังคับ

ประการที่สาม บทบัญญัติของกฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าไม่ได้หากมีการขัดหรือแย้งเกิดขึ้นต้องถือกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่า

<sup>69</sup> สมยศ เชื้อไทย. (2560). *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*. พิมพ์ครั้งที่ 23. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 98-99.

<sup>70</sup> มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 59*. หน้า 134.

<sup>71</sup> กมลวรรณ คันถอง. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 66*. หน้า 29.

## 2.4 แนวคิดในการออกกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

โดยทั่วไปแล้วอำนาจในการตรากฎหมายเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย โดยกฎเกณฑ์ทุกอย่างที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นจะอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายลำดับต้น (Primary Legislation) ที่มีเนื้อหาในลักษณะเป็นการทั่วไปเท่านั้น เพราะเป็นการยากที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะสามารถกำหนดรายละเอียดทุกอย่างไว้ในกฎหมายได้ อีกทั้งฝ่ายนิติบัญญัติมีกรอบระยะเวลาที่ค่อนข้างจำกัดในการออกกฎหมาย จึงมีความจำเป็นที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองตรากฎเกณฑ์<sup>72</sup> ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรอง (Secondary Legislation) เพื่อกำหนดรายละเอียดที่กฎหมายแม่บทไม่สามารถนำมาบัญญัติไว้ได้<sup>73</sup> ทั้งนี้ ในการตรากฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่จึงต้องมีความสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานที่สำคัญ เช่น หลักประชาธิปไตย หลักนิติรัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

### 2.4.1 หลักประชาธิปไตยเป็นหลักพื้นฐานในการที่ฝ่ายปกครองใช้ในการออกกฎหมายลำดับรอง<sup>74</sup>

หลักประชาธิปไตย (Democracy) เป็นหลักการที่มีพัฒนาการมาอย่างยาวนานในทางประวัติศาสตร์ และการปกครองแบบประชาธิปไตยเป็นการปกครองที่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครอง และเป็นการปกครองตนเองของผู้อยู่ภายใต้การปกครอง หรือการมีรัฐบาลซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญมาจากประชาชนหรือโดยความยินยอมของประชาชน หรืออาจจะกล่าวได้ว่า ประชาธิปไตยเป็นการปกครองที่ประชาชนเป็นทั้งผู้ปกครองและผู้ถูกปกครอง โดยมีรากฐานอยู่บนความคิดของเสรีภาพ (Liberty) และความเสมอภาค (Equality)<sup>75</sup> ซึ่งสามารถพิจารณาสาระสำคัญของหลักประชาธิปไตยได้ดังนี้

#### (1) อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน

หลักประชาธิปไตยเป็นหลักการที่ยอมรับว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ดังนั้น ประชาธิปไตยจึงเป็นรูปแบบการปกครองที่ปกครองโดยประชาชน และอำนาจรัฐทั้งหลายมีความเชื่อมโยงไปถึงประชาชน ประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจโดยตรงในการเลือกตั้ง และเป็นผู้ใช้

<sup>72</sup> เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบ ข้อกำหนด และข้อบังคับ เป็นต้น

<sup>73</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 55. หน้า 308-309.

<sup>74</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 17-20.

<sup>75</sup> สมยศ เชื้อไทย. (2535). *คำบรรยายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์. หน้า 82.

อำนาจรัฐในทางอ้อมโดยผ่านองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ ซึ่งอำนาจรัฐในที่นี้ หมายถึง อำนาจในการปกครองของรัฐ เป็นอำนาจดั้งเดิมและเป็นอำนาจในการปกครองของรัฐที่ถูกผูกพันกับรัฐธรรมนูญ ดังนั้น อำนาจรัฐจึงเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งสำหรับการมีอยู่ของรัฐ นอกเหนือจากสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของความเป็นรัฐ คือ อาณาเขตและพลเมืองของรัฐ<sup>76</sup>

หลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่ทำให้เกิดความชอบธรรมต่อการใช้อำนาจของรัฐ เพราะผู้ทำหน้าที่ปกครองนั้น โดยแท้จริงแล้วคือผู้ที่ทำให้เจตจำนงของประชาชนปรากฏขึ้นจริง ในทางทฤษฎีประชาธิปไตยได้มีการถกเถียงกันเรื่องความหมายของเจตจำนงของประชาชนว่าหมายถึงอะไรและจะสามารถเข้าถึงเจตจำนงได้อย่างไร ซึ่งสามารถพิจารณาได้เป็น 3 ฝ่าย ดังนี้<sup>77</sup>

ฝ่ายที่หนึ่ง อ้างถึงความคิดของ Rousseau เพื่อสนับสนุนความเห็นที่ว่า เจตจำนงของประชาชน คือ เจตจำนงทั่วไป โดยเจตจำนงทั่วไปกับเจตจำนงของทุกคนนั้นย่อมแตกต่างกัน ซึ่งเจตจำนงทั่วไปย่อมมุ่งประโยชน์ส่วนรวม ส่วนเจตจำนงของทุกคนนั้น มักจะมุ่งประโยชน์ส่วนตัว<sup>78</sup> และเจตจำนงของทุกคนคือจำนวนรวมแห่งเจตจำนงของเอกชนนั่นเอง

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า เจตจำนงของประชาชน คือ ผลของการประนีประนอมกันระหว่าง ผลประโยชน์ที่แตกต่างของปัจเจกบุคคลแต่ละคน ซึ่งกระบวนการที่จะก่อให้เกิดการประนีประนอมจะต้องเป็นกระบวนการที่เปิดโอกาสให้บุคคลแต่ละคนเข้าร่วมได้ ด้วยเหตุนี้ ผลของการประนีประนอมจึงต้องมาจากผู้เกี่ยวข้องจำนวนมากที่สุด ดังนั้น ความคิดเห็นของฝ่ายข้างมากจึงตรงกับเจตจำนงของประชาชนมากที่สุด

ฝ่ายที่สาม เห็นว่า เจตจำนงของประชาชน คือ ผลของการประนีประนอมซึ่งเป็นการดึงเอาผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลที่อาจแตกต่างกันให้มาประสานกันได้ แต่ในขณะเดียวกันจะต้องมีการเคารพในคุณค่าร่วมกันบางประการที่ถือเป็นหลักพื้นฐานในการดำรงชีวิตในประชาคมเดียวกันด้วย เพราะปัญหาในสังคมมีอาจตัดสินโดยฝ่ายข้างมากในสังคมเสมอไป ด้วยเหตุนี้จึงมีหลักประกันสิทธิของฝ่ายข้างน้อยด้วย เพราะฝ่ายข้างน้อยก็มีส่วนในสังคมเท่าเทียมกับฝ่ายข้างมาก

## (2) ประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน<sup>79</sup>

โดยที่ระบบประชาธิปไตยโดยตรงไม่สามารถจะนำมาใช้กับการปกครองในสังคมปัจจุบันได้ เนื่องจากมีข้อจำกัดหลายประการ ดังนั้น การปกครองในระบอบประชาธิปไตย

<sup>76</sup> Christoph Degenhart. Staatsrecht I. 9 Aufl. S. 3. อ้างถึงใน บรรณกิจ สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 74. หน้า 18.

<sup>77</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2535) *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 77.

<sup>78</sup> จินดา จินตนะเสวี. (2521). *สัญญาประชาคม (CONTRACT SOCIAL)*. กรุงเทพฯ: ชมรมแสงธรรม. หน้า 67.

<sup>79</sup> หทัยรัตน์ เนาว่าพิริยวัฒน์. (2552). *การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตามกฎหมายลำดับรอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 5-6.

ในยุคปัจจุบันจึงเป็นการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน ซึ่งอาจจะเป็นประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนในระบบรัฐสภา หรือระบบประธานาธิบดี หรือระบบกึ่งประธานาธิบดี ซึ่งหากจะกล่าวโดยเฉพาะถึงการปกครองในระบบรัฐสภานั้น ตามหลักพื้นฐานแล้วรัฐสภา เป็นองค์กรเดียวที่ได้รับ การเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน ดังนั้น จากหลักพื้นฐานดังกล่าว จึงเป็นเงื่อนไขให้องค์กรที่ใช้ อำนาจรัฐอื่น ๆ จะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องที่เกี่ยวข้องความสัมพันธ์ ระหว่างฝ่ายบริหารกับรัฐสภา ซึ่งรัฐบาลมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยตราบเท่าที่ได้รับ ความไว้วางใจจากรัฐสภา และในขณะเดียวกัน การบริหารงานของรัฐบาลย่อมอยู่ภายใต้การควบคุม ของรัฐสภาด้วย และการที่รัฐสภาเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยยิ่งกว่าองค์กรอื่น ๆ เพราะเป็นองค์กรที่ได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนนั้น ได้ก่อให้เกิดหลักสำคัญ 2 ประการ คือ หลักเงื่อนไขของรัฐสภา และหลักความสัมพันธ์ในทางความชอบธรรมที่ไม่ขาดสาย

(2.1) หลักเงื่อนไขของรัฐสภา หมายความว่า การกำหนดคกฏเกณฑ์ในปัญหา ต่าง ๆ ที่มีความสำคัญจะต้องได้รับการกำหนดโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาเอง และปัญหา หรือกฎเกณฑ์ที่มีความสำคัญดังกล่าว นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาไม่อาจมอบอำนาจในการกำหนด ในเรื่องดังกล่าวให้แก่องค์กรอื่นได้ เช่น กรณีของกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคล ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนดเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของบุคคลได้ โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเป็นผู้กำหนดหลักการสำคัญด้วยตนเอง แต่สำหรับหลักเกณฑ์ที่เป็น รายละเอียดต่าง ๆ นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติอาจมอบให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนดได้

(2.2) หลักความสัมพันธ์ในทางความชอบธรรมที่ไม่ขาดสาย หมายความว่า การใช้อำนาจรัฐโดยผ่านองค์กรต่าง ๆ นั้น จะต้องมีความเกี่ยวพันเชื่อมโยงไปถึงประชาชน และการใช้อำนาจรัฐทั้งหมดจะต้องถูกใช้เพื่อประชาชนและมุ่งหมายเพื่อผลประโยชน์ของประชาชนเท่านั้น โดยความสัมพันธ์พื้นฐานเช่นนี้จะก่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อการใช้อำนาจ รัฐขององค์กรนั้น ๆ และเพื่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อองค์กรอื่นหรือ เจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินการกิจของรัฐ จึงจำเป็นต้องอาศัยหลักความสัมพันธ์ ในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสายมาเป็นจุดเชื่อมโยงองค์กรของรัฐกับประชาชน โดยเรียกชื่อ ให้องค์กรที่ได้รับเลือกมาจากประชาชนโดยตรง เป็นองค์กรที่สามารถแต่งตั้งองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ ของรัฐในการเข้าไปใช้อำนาจของรัฐ องค์กรอื่น ๆ ได้ เพื่อเป็นหลักประกันว่า การใช้อำนาจของรัฐ โดยผ่านองค์กรต่าง ๆ นั้น มีพื้นฐานมาจากประชาชนและดำรงอยู่ในลักษณะที่เชื่อมโยงไปถึงประชาชน ดังนั้น เพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายดังกล่าว การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องกระทำโดยองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยหรือองค์กรที่ผ่านการเลือกมาจากประชาชน

กล่าวโดยสรุป หลักประชาธิปไตยเป็นหลักการที่ยอมรับว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจ อธิปไตยซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองรัฐ และการใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐจะต้องมีความเชื่อมโยงไปถึงประชาชน นอกจากนี้ ยังยอมรับการปกครองโดยทางรัฐสภาหรือโดยทางผู้แทนด้วย<sup>80</sup>

#### 2.4.2 หลักนิติรัฐเป็นหลักที่สนับสนุนให้ฝ่ายปกครองออกกฎหมายลำดับรอง

นิติรัฐ (Legal State) เป็นคำที่ใช้เรียกรัฐหรือระบอบการปกครองซึ่งเรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐนั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายและความยุติธรรม โดยทั่วไปแล้วการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐในนิติรัฐจะมีลักษณะสำคัญสองประการ กล่าวคือ ประการแรก องค์กรของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ตลอดจนบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจรัฐจะต้องผูกพันตนกับกฎหมายและประการที่สอง รัฐจะประกันและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่พลเมืองของรัฐ โดยมีข้อสังเกตว่าหลักนิติรัฐไม่ได้เรียกร้องให้องค์กรของรัฐต้องผูกพันต่อกฎหมายแต่เพียงประการเดียวเท่านั้น เพราะหากพิจารณาแต่เฉพาะในทางรูปแบบแล้ว สิ่งที่เราเรียกว่ากฎหมายนั้น อาจเป็นกฎหมายที่ไม่ยุติธรรมก็ได้ อันที่จริงแล้วในรัฐเผด็จการหรือกึ่งเผด็จการที่ผู้ปกครองสามารถกุมสภาพความเป็นไปของการออกกฎหมายได้อย่างเด็ดขาดแล้ว ผู้ปกครองก็มักจะเรียกร้องให้บุคคลต้องเคารพกฎหมายด้วยซ้ำไป เพราะกฎหมายนั้นตนเองเป็นผู้กำหนดขึ้น ด้วยเหตุนี้หลักนิติรัฐจึงต้องผูกพันกับคุณค่าบางประการตลอดจนสิทธิหน้าที่ของบุคคลด้วย เพื่อป้องกันการกำหนดเนื้อหาของกฎหมายอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจ<sup>81</sup>

คำว่า “นิติรัฐ” หรือ “Rechtsstaat” เป็นคำที่เกิดขึ้นในประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมัน (เยอรมันนี ออสเตรีย และบางส่วนของสวิตเซอร์แลนด์) เป็นคำที่รู้จักกันในศตวรรษที่ 19 ในช่วงก่อน ค.ศ. 1848 นักคิดที่สำคัญของเยอรมันคือ Robert von Mohl, Carl Welcker และ Johann Christoph Frissherr von Aretin ได้กล่าวถึงคำว่า “นิติรัฐ” ซึ่งอาจให้ความหมายของคำว่า “นิติรัฐ” หมายถึงรัฐแห่งความมีเหตุผล อันเป็นรูปที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุผล และมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคมเป็นการทั่วไป จากการให้ความหมายดังกล่าวอาจสรุปได้ว่า นิติรัฐคือรัฐที่ปกครองตามหลักแห่งเหตุผล เพื่อให้การอาศัยอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปด้วยความสงบสุข<sup>82</sup> ต่อมาความหมายของคำว่านิติรัฐถูกลดขอบเขตของความหมายของนิติรัฐในทางเนื้อหา กลายเป็น

<sup>80</sup> ปรีชา สุขะ. (2557). *ปัญหาการควบคุมและตรวจสอบการออกกฎหมายของหน่วยงานทางปกครอง: ศึกษากรณีการเพิกถอนกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต กลุ่มวิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, หน้า 21-25.

<sup>81</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. *อ้างแล้ว*เชิงอรรถที่ 68. หน้า 257-258.

<sup>82</sup> Albert bleckmann. (1997). *Staatsrech I. - Staatsorganisationsrecht*. 4. Aufl. Carl Heymanns Verlag, S. 188. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ. *อ้างแล้ว*เชิงอรรถที่ 74. หน้า 21.

นิติรัฐในทางรูปแบบ โดย Friedrich Julius Stahl ได้อธิบายว่า รัฐควรจะเป็นนิติรัฐซึ่งเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาของรัฐ และเป็นความพยายามที่จะพัฒนารัฐไปสู่ยุคใหม่ ดังนั้นรัฐจะต้องกำหนดแนวทางและขอบเขตในการทำให้บรรลุความมุ่งหมายดังกล่าว โดยรัฐจะต้องเคารพในขอบเขตส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคลและจะต้องให้การรับรองคุ้มครองขอบเขตส่วนบุคคลโดยกฎหมาย และทำให้เกิดความมั่นคงต่อแนวทางดังกล่าว นอกจากนี้รัฐไม่ควรจะใช้อำนาจเหนือของรัฐบังคับบุคคลตามแนวจารีตที่เคยปฏิบัติมาอีกต่อไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งในขอบเขตส่วนบุคคล<sup>83</sup>

นอกจากนี้ นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสคนสำคัญ เช่น การ์ เดอ มัลแบร์ (R. Carré de Malberg) ได้กล่าวถึงนิติรัฐ (État de Droit, Legal State หรือ Rechtsstat) ไว้ว่า<sup>84</sup>

เป็นรัฐที่ต้องยอมตนอยู่ใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย คือ กฎเกณฑ์ประเภทแรก กำหนดสิทธิเสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์ประเภทที่สอง กำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกันนั่นก็คือการจำกัดอำนาจของรัฐ โดยการให้อำนาจนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนด ลักษณะเด่นที่สุดประการหนึ่งของนิติรัฐก็คือ รัฐที่ไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นกระทำการใด ๆ ต่อปัจเจกชนได้ หลักนี้ส่งผลโดยปริยายให้เกิดขึ้นสองประการ คือ ประการแรกเมื่อรัฐเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชนรัฐหาอาจกระทำการฝ่าฝืน หรือหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ได้ไม่ ประการที่สอง คือ ในนิติรัฐที่พัฒนาจนสมบูรณ์แบบแล้วนั้น รัฐไม่อาจกระทำการใดเป็นการบังคับปัจเจกชนโดยเขาไม่สมัครใจได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น (Loi) ให้อำนาจไว้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ รัฐไม่สามารถใช้มาตรการใด ๆ ต่อประชาชนได้ เว้นแต่กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นจะให้อำนาจไว้โดยตรง หรือโดยปริยาย ดังนั้น นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนว่า เมื่อใดก็ตามที่รัฐละเมิดหลักนี้ปัจเจกชนสามารถไปสู่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อให้เพิกถอนการกระทำ หรือเปลี่ยนแปลง หรือให้เลิกใช้การกระทำนั้น ๆ ของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมายได้ เพราะฉะนั้น ระบบนิติรัฐจึงเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของพลเมือง และมีวัตถุประสงค์หลักในการป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และเพื่อที่จะให้นิติรัฐเป็นความจริงขึ้นมาได้ ก็มีความจำเป็นที่ประชาชนต้องสามารถดำเนินคดีกับการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มีขอบ และที่ทำให้ปัจเจกชนเสียหาย

<sup>83</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 74. หน้า 21.

<sup>84</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. *กฎหมายมหาชนเล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 279-280.



กล่าวโดยสรุปคือ นิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย และฝ่ายรัฐจะกระทำการใดๆไปกระทบต่อปัจเจกชนโดยไม่สมควรใจไม่ได้ หากรัฐกระทำการใด ๆ ไปกระทบต่อปัจเจกชนแล้วก่อให้เกิดความเสียหายต้องมีวิธีการเยียวยาแก้ไข

หลักนิติรัฐเป็นหลักที่ควบคุมการใช้อำนาจรัฐและสามารถจำแนกหลักเกณฑ์ของหลักนิติรัฐ ได้ 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก ประชาชนต้องมีสิทธิและหน้าที่ที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย รัฐและองค์กรของรัฐที่จะกระทำการใด ต้องอาศัยอำนาจที่กฎหมายให้ไว้ และต้องทำตามกฎหมาย กล่าวคือ รัฐจะได้รับการคุ้มครองและกระทำการใดๆของรัฐจะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพและหน้าที่ของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้

ประการที่สอง การกำหนดให้มีการเยียวยาแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการนอกขอบเขตแห่งกฎหมายและไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพและหน้าที่ของประชาชน โดยต้องจัดให้มีองค์กรหรือผู้วินิจฉัยในการทำหน้าที่ดังกล่าว

ในรัฐที่เป็นนิติรัฐ (Legal State) จึงหมายถึงรัฐที่ยอมทนอยู่ภายใต้กฎหมาย เป็นแนวคิดที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อควบคุมการกระทำของรัฐไม่ให้ดำเนินไปตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจทางการเมือง การใช้อำนาจของรัฐต้องอยู่ใต้กรอบของกฎหมายที่ได้วางไว้ล่วงหน้าบนพื้นฐานความเชื่อว่าการกระทำในลักษณะดังกล่าวนี้จะช่วยสามารถปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้ดำรงได้อย่างมั่นคง การใช้อำนาจของผู้ปกครองรัฐในนิติรัฐต้องเป็นการใช้อำนาจที่สอดคล้องกับความเป็นธรรม ตามกฎหมายกล่าวคือต้องเป็นการใช้กฎหมายที่สร้างความเป็นธรรมให้แก่ทุกคนในรัฐ โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ ไม่มีการเลือกชั้นวรรณะ ไม่มีการเลือกข้างเลือกกลุ่ม ไม่ละเมิดหรือขัดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นก็แสดงว่าเคารพต่อหลักนิติรัฐอย่างแท้จริง ดังนั้นจึงต้องมีนิติธรรม (Rule of Law) ในนิติรัฐ แต่ถ้าผู้ปกครองรัฐใช้อำนาจรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติขึ้น แต่กฎหมายดังกล่าวได้สร้างความไม่เป็นธรรม ไม่เคารพและละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ถึงแม้จะเป็นการใช้อำนาจตามที่มีกฎหมายรองรับ (Rule by Law)<sup>85</sup> และสร้างความชอบธรรมให้แก่ผู้ปกครองโดยอ้างว่าเป็นการใช้อำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ตามที ก็จะต้องถือว่าเป็นการเคารพต่อหลักนิติรัฐหาได้ไม่ และผู้ปกครองรัฐจะอ้างว่าการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นไปตามหลักนิติรัฐก็ไม่ได้เช่นกัน การเคารพ

<sup>85</sup> กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ ให้ความหมาย Rule by Law หรือ นิติกลวิธี ซึ่งหมายถึง กฎหมายเป็นใหญ่ เมื่อออกกฎหมายมาแล้วไม่ว่าใครเป็นผู้ออกกฎหมายก็ตาม ต่างได้รับการยอมรับว่าเป็นใหญ่ทั้งสิ้น ทำให้กฎหมายต้องถูกต้อง และต้องปฏิบัติตาม

ซึ่งหลักนิติรัฐนั้น ไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจอยู่ภายใต้กฎหมายเพียงอย่างเดียว แต่ต้องเป็นการใช้อำนาจอย่างเป็นธรรมด้วย เพื่อมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน<sup>86</sup>

#### 2.4.3 หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักที่ใช้พิจารณาในกรณีฝ่ายปกครองออกกฎหมายลำดับรองมาใช้บังคับ<sup>87</sup>

##### (1) วัตถุประสงค์ของหลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) เป็นหลักการสำคัญในการจัดโครงสร้างและภารกิจในรัฐที่ปกครองโดยถือเอากฎหมายและความยุติธรรมเป็นใหญ่หรือนิติรัฐ ถึงแม้ว่าในปัจจุบันนี้จะถือว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นองค์ประกอบของความเป็นนิติรัฐ แต่เมื่อพิจารณาจากความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์แล้วจะพบว่าแนวความคิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจเก่าแก่กว่าแนวความคิดว่าด้วยนิติรัฐ<sup>88</sup> เมื่อกล่าวถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ พึงเข้าใจว่าหลักการดังกล่าวนี้ไม่ได้มุ่งหมายที่จะนำเอาอำนาจรัฐมาแบ่งแยกเป็นส่วน ๆ เนื่องจากตามหลักในทางทฤษฎีอำนาจรัฐย่อมมีความเป็นเอกภาพ เป็นเนื้อเดียวกัน ไม่สามารถตัดแบ่งออกเป็นส่วน ๆ ได้ ที่กล่าวถึงการแบ่งแยกอำนาจนั้น แท้ที่จริงแล้วหมายถึงการแบ่งแยกการใช้อำนาจของรัฐโดยกระจายอำนาจของรัฐไปให้องค์กรของรัฐหลาย ๆ องค์กรเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐดังกล่าว การแบ่งแยกอำนาจรัฐตามหลักการนี้เกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลายประการ ได้แก่ การควบคุมตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจการใช้อำนาจของรัฐเป็นอำนาจที่มีเหตุผลและถูกต้องชอบธรรม และการสร้างความเชี่ยวชาญให้แก่ผู้ใช้อำนาจรัฐ

วัตถุประสงค์ประการแรก คือ การแบ่งแยกอำนาจรัฐไปให้แต่ละองค์กรที่แตกต่างกันเป็นผู้ใช้อำนาจนั้น เป็นวัตถุประสงค์ที่ประจักษ์ชัดอยู่ในตัว เพราะเมื่ออำนาจรัฐไม่ได้รวมศูนย์อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง ก็เป็นธรรมดาอยู่เองที่จะไม่มีองค์กรใดมีอำนาจรัฐแต่เพียงองค์กรเดียว ผลจากการนี้ย่อมทำให้เกิดการดุลและคานอำนาจกันระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐต่าง ๆ การที่ไม่มีองค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดแต่เพียงองค์กรเดียวย่อมจะช่วยให้การประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรเป็นไปได้ง่ายขึ้น อนึ่ง พึงเข้าใจว่าการแบ่งแยกการใช้อำนาจรัฐในที่นี้ หมายรวมถึงการจำกัดอำนาจขององค์กรของรัฐ การให้องค์กรของรัฐแต่ละองค์กรมีอำนาจยับยั้งอำนาจขององค์กรอื่น ตลอดจนควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรอื่นด้วย

<sup>86</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 55. หน้า 122.

<sup>87</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 68. หน้า 269-274.

<sup>88</sup> Ulrich Battis and Christoph Gusy. (2011). *Einführung in das Staatsrecht*. (Berlin: De Gruyter). S. 175. อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 68. หน้า 269.

วัตถุประสงค์ประการที่สอง คือ การทำให้อำนาจอธิปไตยของประชาชนและมีเหตุผลนั้น ย่อมส่งเสริมการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้ เพราะเมื่ออำนาจอธิปไตยไม่ได้อยู่ในมือของบุคคลใด บุคคลหนึ่งหรือคณะบุคคลใดบุคคลหนึ่ง แต่ได้รับการกระจายไปให้องค์กรของรัฐต่างองค์กร การเป็นผู้ใช้อำนาจ บุคคลต่าง ๆ ในสังคมก็จะสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจอธิปไตยได้ เมื่อบุคคลจำนวนมากได้เข้ามามีส่วนในการใช้อำนาจอธิปไตย ก็จะทำให้เกิดความโปร่งใสและชอบธรรม ในการปกครองขึ้น

วัตถุประสงค์ประการที่สาม คือ การสร้างความเชี่ยวชาญให้แก่ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยนั้น อธิบายได้ว่าเมื่อมีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็นอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ บุคลากรของรัฐ ที่อยู่ในองค์กรที่ใช้อำนาจในลักษณะใด ก็ย่อมจะสั่งสมประสบการณ์ในการตัดสินใจ ทำให้เกิดความเชี่ยวชาญขึ้น เมื่อองค์กรของรัฐมีความเชี่ยวชาญในด้านนั้น ๆ แล้ว ก็มีโอกาที่จะทำให้งานของรัฐบาลสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีมากขึ้น

## (2) แนวความคิดเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ

ความคิดที่ว่าอำนาจเป็นสิ่งอันตรายและผู้ปกครองที่มีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดมีแนวโน้มที่จะบิดเบือนการใช้อำนาจนั้นเป็นที่รับรู้กันมานานแล้ว นักปราชญ์ตั้งแต่สมัยโบราณพยายามที่จะหาวิธีการจัดการกับอำนาจของผู้ปกครองไม่ให้ผู้ปกครองมีอำนาจมากเกินไป อย่างไรก็ตามบุคคลสำคัญที่พัฒนาความคิดเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองโดยวิธีการแบ่งแยกอำนาจนั้นกลับมีชีวิตอยู่ในสมัยใหม่ราวศตวรรษที่ 16 บุคคลดังกล่าวคือ ชาร์ล เดอ มงเตสกีเยอ (Charles de Montesquieu ; ค.ศ. 1689-1755)<sup>89</sup> อาจกล่าวได้ว่าคำสอนว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจของมงเตสกีเยอเป็นคำสอนที่ทรงอิทธิพลยิ่งจนถึงปัจจุบันนี้ มงเตสกีเยอได้นำหลักการสำคัญเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจไว้ในหนังสือชื่อ *De l'esprit des lois* (ว่าด้วยจิตวิญญาณแห่งกฎหมาย) เขาเห็นว่าประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของมนุษยชาตินั้นได้ให้บทเรียนเราว่าใครก็ตามที่มีอำนาจเด็ดขาด คนผู้นั้นมักจะใช้อำนาจอย่างเกินเลยและมัวเมาในอำนาจเด็ดขาดนั้นเสมอ การใช้อำนาจอย่างพอเหมาะพอประมาณจะเป็นไปได้ก็แต่โดยการจัดแบ่งอำนาจโดยให้อำนาจหนึ่งหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่ง ในบทที่ 6 ของหมวดที่ 11 ในหนังสือดังกล่าว มงเตสกีเยอได้อธิบายว่าในรัฐแต่ละรัฐย่อมมีอำนาจอยู่ 3 ชนิด คือ (1) อำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งหมายถึงอำนาจในการตรากฎหมาย (2) อำนาจบริหารที่เกี่ยวกับเรื่องราวซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายนานาชาติซึ่งหมายถึงอำนาจเกี่ยวกับการต่างประเทศ การรักษาความมั่นคงภายใน และการป้องกันประเทศ รวมความแล้วก็คืออำนาจบริหารของรัฐหรืออำนาจบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และ (3) อำนาจบริหารที่เกี่ยวกับเรื่องราวซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายพลเมืองซึ่งหมายถึงอำนาจพิพากษาหรืออำนาจตุลาการ ถ้าหากอำนาจในการตรากฎหมายและการบังคับการ

<sup>89</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2564) *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ: อานกฎหมาย. หน้า 281-294.

ให้เป็นไปตามกฎหมายอยู่ในมือของบุคคลคนเดียว เสรีภาพย่อมไม่อาจมีได้ เพราะกรณียอมเป็นไป  
ได้เสมอที่กษัตริย์ซึ่งมีอำนาจทั้งสองอยู่ในมือจะออกกฎหมายแบบพระราชและใช้บังคับกฎหมาย  
แบบพระราช และกรณียอมเป็นเช่นเดียวกันหากอำนาจในการตัดสินใจไม่ได้แยกออกจากอำนาจ  
ในการตรากฎหมายและการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ถ้าหากอำนาจในการตรากฎหมาย  
และอำนาจในการตัดสินใจอยู่ในมือของบุคคลคนเดียวทั้งการใช้อำนาจก็ย่อมจะเป็นไปโดยอำเภอใจ  
เพราะผู้พิพากษาเป็นผู้ออกกฎหมายเอง ถ้าหากอำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายกับ  
อำนาจตัดสินใจอยู่ในมือบุคคลคนเดียวเช่นอยู่ในมือผู้พิพากษา ผู้พิพากษาก็จะมีอำนาจในการ  
กดขี่ข่มเหงผู้คน และถ้าอำนาจทั้ง 3 อยู่ในมือของคนคนเดียวเสียแล้ว ทุกสิ่งทุกอย่างก็ย่อมจะสิ้นลง

โดยอาศัยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น มงเตสกีเอจึงเสนอให้กษัตริย์มีแต่เฉพาะ  
อำนาจบริหาร คืออำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย แล้วให้สภาซึ่งประกอบไปด้วย  
ผู้แทนของประชาชนและผู้แทนของขุนนางเป็นผู้มีอำนาจในการตรากฎหมาย ส่วนอำนาจในการ  
ตัดสินใจนั้นให้เป็นอำนาจของศาล หากเราพิจารณาข้อเสนอของมงเตสกีเอประกอบกับประวัติศาสตร์  
ในช่วงเวลานั้นแล้วจะพบว่ามงเตสกีเอไม่ได้เสนอหลักการแบ่งแยกอำนาจให้มีผลในทางทฤษฎีเท่านั้น  
แต่มีความมุ่งหมายทางการเมืองโดยต้องการให้นำหลักการดังกล่าวไปใช้ในทางปฏิบัติด้วย อย่างไรก็ตาม  
หากเราวิเคราะห์หลักการแบ่งแยกอำนาจของมงเตสกีเอละเอียดแล้ว เราจะพบว่ามงเตสกีเอ  
พยายามนำหลักการหลายประการมาผสมผสานกัน ในส่วนของอำนาจนิติบัญญัตินั้น มงเตสกีเอ  
ได้นำหลักอภิชนาธิปไตยกับหลักประชาธิปไตยมาผสมผสานกัน ก่อให้เกิดรัฐสภาที่ประกอบไปด้วย  
สองสภา คือสภาขุนนางซึ่งเกิดจากหลักอภิชนาธิปไตย และสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเกิดจากหลักประชาธิปไตย  
สำหรับอำนาจบริหาร มงเตสกีเอเสนอว่าควรอยู่กับกษัตริย์ตามหลักราชาธิปไตย ในส่วนของ  
อำนาจตุลาการนั้นดูเหมือนมงเตสกีเอจะมีปัญหาในการอธิบายอยู่บ้างว่าผู้พิพากษาควรจะมี  
ที่มาอย่างไร บางตำรามงเตสกีเอเสนอให้ผู้พิพากษามาจากการแต่งตั้งของกษัตริย์ แต่เมื่อได้รับ  
การแต่งตั้งแล้วให้ปฏิบัติหน้าที่โดยเป็นอิสระจากกษัตริย์ผู้แต่งตั้ง อย่างไรก็ตามในหนังสือเรื่อง  
ว่าด้วยจิตวิญญาณแห่งกฎหมาย ดูเหมือนมงเตสกีเอไม่ได้ให้น้ำหนักกับอำนาจตุลาการเท่าใดนัก  
เขาเห็นว่าอำนาจในการพิพากษาคดีไม่ควรอยู่กับองค์คณะผู้พิพากษาที่มีลักษณะถาวร แต่ควรจะให้บุคคล  
ซึ่งคัดสรรจากสภาประชาชนตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดเป็นผู้ใช้อำนาจ องค์คณะผู้พิพากษาดังกล่าว  
จะอยู่ในตำแหน่งตราบเท่าที่ยังมีความจำเป็นเท่านั้น เมื่อได้รับการแต่งตั้งแล้ว แม้ผู้พิพากษาจะเป็นอิสระ  
จากผู้แต่งตั้ง แต่ก็ต้องผูกพันต่อกฎหมาย ความผูกพันต่อกฎหมายของผู้พิพากษาในทัศนะของ  
มงเตสกีเอ นั้น โดยทั่วไปแล้วเป็นไปอย่างเคร่งครัดยิ่ง เพราะสำหรับมงเตสกีเอแล้ว ผู้พิพากษา  
เป็นเพียงปากซึ่งเป็นถ้อยคำแห่งกฎหมายเท่านั้น

แนวความคิดของมงเตสกิเออซึ่งเสนอในช่วงที่ประเทศฝรั่งเศสปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์นั้น ได้รับความสนใจและการทำงานรับอย่างมากเนื่องจากหลักการแบ่งแยกอำนาจตามแนวทางที่มงเตสกิเออเสนอจะช่วยนำพาประเทศออกจากการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่กษัตริย์มีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดได้ โดยไม่ส่งผลกระทบต่อฐานะเงินไป เพราะกษัตริย์ยังมีอำนาจบริหารอยู่ และชนชั้นขุนนางก็สามารถพิทักษ์ประโยชน์ของตนได้ผ่านสภาขุนนาง ในขณะที่ประชาชนทั่วไปก็จะมีผู้แทนของตนอยู่ในสภาผู้แทนราษฎร ในปัจจุบันนี้ถึงแม้ว่าประเทศที่เป็นประชาธิปไตยจะแบ่งแยกอำนาจโดยกำหนดให้ทุกอำนาจของรัฐต้องเชื่อมโยงไปยังประชาชน อันแตกต่างจากแนวความคิดดั้งเดิมของมงเตสกิเออก็ตาม ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าแนวความคิดของมงเตสกิเออนั้นถือเป็นต้นแบบของหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบัน นอกจากนี้แนวความคิดของมงเตสกิเออจะมีอิทธิพลต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1789 ซึ่งถือเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรสมัยใหม่ฉบับแรกของโลกแล้ว ในประเทศฝรั่งเศส หลังจากที่มีการปฏิวัติใหญ่ใน ค.ศ 1789 ชาวฝรั่งเศสได้นำแนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจของมงเตสกิเออมาบรรจุไว้ในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1789 ด้วย โดยในข้อที่ 16 ของคำประกาศดังกล่าวกำหนดว่า รัฐใดก็ตามที่ไม่มีการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลและไม่มีการแบ่งแยกอำนาจรัฐนั้นย่อมไม่มีรัฐธรรมนูญ

ใน ค.ศ. 1791 หลังการปฏิวัติใหญ่ในประเทศฝรั่งเศสสองปี รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับแรกซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 1791 กำหนดให้กษัตริย์ซึ่งอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจบริหาร สามารถแต่งตั้งและปลดรัฐมนตรีได้ด้วยตนเอง มีอำนาจร่วมกับสภานิติบัญญัติแห่งชาติในการบังคับบัญชากองทัพในยามปกติ และมีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการบังคับบัญชากองทัพในยามสงคราม นอกจากนี้ กษัตริย์ยังมีอำนาจยับยั้งมิให้กฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติมีผลใช้บังคับ โดยสามารถเลื่อนการใช้อำนาจกฎหมายออกไปได้ถึงสี่ปีด้วย สำหรับอำนาจนิติบัญญัตินั้น รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวกำหนดให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติซึ่งมีวาระคราวละสองปี เป็นผู้ใช้โดยสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติจะมาจากการเลือกตั้งโดยอ้อมของผู้ชายซึ่งมีสิทธิ์เลือกตั้ง ในส่วนของอำนาจตุลาการ รัฐธรรมนูญฉบับแรกของฝรั่งเศสหลังการปฏิวัติใหญ่กำหนดไว้อย่างชัดเจนห้ามมิให้องค์กรนิติบัญญัติหรือกษัตริย์ใช้อำนาจดังกล่าวแต่ให้เป็นอำนาจของผู้พิพากษาซึ่งมาจากการเลือกตั้งของผู้ที่มีสิทธิ์เลือกตั้งทุกสองปี นอกจากนี้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวยังบัญญัติให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติกำหนดจำนวนศาลและผู้พิพากษาด้วย อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวใช้บังคับเพียงประมาณปีเศษก็เกิดเหตุการณ์ที่นำไปสู่การประหารชีวิตพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 และฝรั่งเศสก็กลายเป็นสาธารณรัฐที่ 1

#### 2.4.4 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพเป็นหลักที่นำมาใช้ในการออกกฎหมายลำดับรองของหน่วยงานของรัฐ<sup>90</sup>

หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวพันกันอย่างยิ่งกับสิทธิในเสรีภาพของบุคคลและสิทธิในความเสมอภาค ซึ่งสิทธิทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นถือว่าเป็นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายยอมรับหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น ดังนั้น เพื่อเห็นแก่ความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพของแต่ละบุคคล รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล โดยอำนาจรัฐจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมาย ซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชน ตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้น จึงจะสามารถกระทำได้อีก ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลให้มีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง จึงได้มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้เพื่อความมุ่งหมายจะให้อำนาจแต่ละอำนาจควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันก็เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความรับรองคุ้มครอง นอกเหนือจากหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วได้มีการบัญญัติหลักการต่าง ๆ อีกหลายประการเพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมิให้ถูกละเมิดจากรัฐ เช่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง การกำหนดให้ระบอบบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้ และหลักประกันที่สำคัญ คือหลักประกันการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญของการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ปัจเจกบุคคล เพราะการคุ้มครองหรือหลักประกันทั้งหลายจะปราศจากความหมายหากไม่ให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลในการโต้แย้งการกระทำของรัฐ เพื่อให้องค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกโต้แย้งว่าละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล<sup>91</sup>

กล่าวโดยสรุป หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพถือเป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกระทำ

<sup>90</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 74. หน้า 23.

<sup>91</sup> หทัยรัตน์ เนาว์พิริยวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 79. หน้า 12.

ของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะมนุษย์  
เป็นเป้าหมายในการดำเนินการของรัฐ โดยมีใช้เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐ<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> พรหมมน สิริกุลพัฒนสาร. (2554). *ปัญหาเกี่ยวกับการออกกฎหมายลำดับรองในทางภาษีอากร*. วิทยานิพนธ์  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 13.