

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาหลักเกณฑ์ในการดูแลตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง

จากแนวคิดทฤษฎี มาตรการทางกฎหมาย ทำให้ทราบว่า วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีปกครองยังมีปัญหาอยู่แม้จะไม่มาก แต่หากปล่อยไว้โดยมิได้มีการแก้ไขก็อาจทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนตามรัฐธรรมนูญถูกระทบกระเทือนได้ และเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า ผู้ใดวิจารณ์การพิจารณา หรือการพิพากษาคดีของศาลปกครอง โดยสุจริตด้วยวิธีการทางวิชาการ ผู้นั้นไม่มีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล หรืออุกฉกรรจ์หรือตุลาการ¹ ผู้เขียนจึงขอเสนอปัญหาเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีปกครองในแง่วิชาการ ดังต่อไปนี้

โดยวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาของศาลของศาลปกครองเป็นประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งในการฟ้องคดีปกครองที่ผู้ฟ้องคดีไม่อาจมองข้ามได้ เนื่องจาก วิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาเป็นมาตรการที่จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครองจากศาลได้ โดยในทางความเป็นจริงมิใช่แต่เพียงการคุ้มครองตามตัวหนังสือที่ไม่มีประโยชน์ ในระบบกฎหมายไทยมีหลักกฎหมายที่ว่า คำสั่งทางปกครองมีผลบังคับต่อผู้รับคำสั่งตั้งแต่ที่ได้รับแจ้ง และมีผลต่อไปตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว อีกทั้ง การฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือกฎไม่เป็นเหตุทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองหรือกฎนั้น ซึ่งหลักกฎหมายของประเทศไทยในเรื่องนี้มิได้มีลักษณะเป็นสากลและมีความแตกต่างจากหลักกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐเยอรมันที่วางหลักไว้ว่า การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองหรือการฟ้องคดีที่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองโดยอัตโนมัติ จากหลักกฎหมายดังกล่าวของประเทศไทยส่งผลให้ประเด็นเรื่องวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษามีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าประเด็นอื่นที่จะส่งผลต่อการแพ้ชนะในทางคดี เนื่องจาก ในบางคดีหากศาลไม่มีคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาตั้งแต่ขณะฟ้องคดีแล้ว ผลทางคดีก็แทบจะไม่เป็นประโยชน์ต่อผู้ฟ้องคดีเลย เช่น กรณีที่ชุมชนซึ่งใช้ประโยชน์ในที่ดินป่าชายเลนสาธารณะในการยังชีพและป้องกันมรสุมทางทะเลฟ้องเพิกถอนเอกสารสิทธิที่ออกทับที่ดินป่าชายเลนดังกล่าว และมีคำร้องขอให้ศาลกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาห้ามมิให้มีการทำลายป่าชายเลน

¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542. มาตรา 65.

เนื่องจากในขณะนั้นกำลังมีการเข้าทำลายสภาพป่าชายเลนเพื่อทำบ้านพักตากอากาศ ในกรณีเช่นนี้ หากศาลไม่มีคำสั่งตามที่ผู้ฟ้องคดีขอและปล่อยให้มีการทำลายสภาพป่าชายเลนไปเสียแล้ว แม้ต่อมาศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนเอกสารสิทธิดังกล่าวก็แทบจะไม่ใช่ประโยชน์ต่อผู้ฟ้องคดี เพราะสภาพป่าชายเลนได้ถูกทำลายไปแล้วและยากต่อการฟื้นฟูให้กลับสู่สภาพเดิม ในคดีที่มีลักษณะเช่นนี้ คำสั่งไม่กำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาย่อมมีผลไม่ต่างจากคำสั่งยกฟ้องในสายตาของผู้ฟ้องคดี

เมื่อวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษามีความสำคัญในทางคดี ดังที่กล่าวมา หลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการที่ใช้ก็ควรที่จะเอื้อต่อการอำนวยความยุติธรรมให้แก่คู่กรณีอย่างเท่าเทียมกัน แต่เมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ บทบัญญัติ มาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2543 ข้อ 72 และ ข้อ 77 กลับพบว่าเงื่อนไขที่ศาลจะสั่งกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษานั้น เป็นเงื่อนไขที่ยากและไม่เอื้อให้ผู้ฟ้องคดีสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้โดยสะดวก ดังจะได้อธิบายเงื่อนไขของการออกคำสั่งและยกตัวอย่างคำสั่งของศาลปกครองประกอบเป็นลำดับดังนี้

1) เงื่อนไขในการกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษา

(1) เงื่อนไขในการสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่ง

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 66 ประกอบกับระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2543 ข้อ 72 ได้กำหนดเงื่อนไขที่ศาลจะสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งไว้สามประการต่อไปนี้

ประการแรก ต้องเป็นกรณีที่ศาลเห็นว่ากฎหรือคำสั่งซึ่งเป็นวัตถุแห่งการฟ้องคดี น่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประการที่สอง ต้องเป็นกรณีที่หากปล่อยให้กฎหรือคำสั่งซึ่งเป็นวัตถุแห่งการฟ้องคดีมีผลใช้บังคับต่อไปจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีจนยากแก่การเยียวยาในภายหลัง

ประการที่สาม การทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งซึ่งเป็นวัตถุแห่งการฟ้องคดีจะไม่เป็นอุปสรรคต่อการบริหารงานของรัฐหรือแก่บริการสาธารณะ

(2) เงื่อนไขในการสั่งกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 66 ประกอบกับระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2543 ข้อ 75 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งลักษณะ 1 ภาค 4 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการที่ศาลจะสั่งกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวไว้ว่าต้องเป็นกรณีที่เข้าเงื่อนไขทั้งสามประการต่อไปนี้

ประการแรก คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีต้องมีมูล

ประการที่สอง ต้องมีเหตุเพียงพอที่ต้องนำวิธีการตามที่ขอมาใช้

ประการที่สาม ต้องคำนึงถึงความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐและปัญหาอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นแก่การบริหารงานของรัฐ

จากเงื่อนไขที่ยกมาตามข้อ (1) และ (2) จะเห็นได้ว่ากรณีศาลจะมีคำสั่งกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษามีเงื่อนไขที่ศาลต้องพิจารณาทั้งสิ้นสามเงื่อนไข ซึ่งในการพิจารณาของศาลนั้นหากพิจารณาแล้วเห็นว่าข้อเท็จจริงตามเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่งไม่ครบถ้วน ศาลก็จะไม่กำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษา ในทางตรงกันข้ามกรณีศาลจะมีอำนาจสั่งกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาได้นั้น ต้องเป็นกรณีที่ศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงเป็นไปตามเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดทั้งสามประการแล้วเท่านั้น

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะทั่วไปของคดีปกครองซึ่งคู่กรณีมีสถานะที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชนทั้งอำนาจในการสั่งการและความสามารถในการเข้าถึงพยานหลักฐาน การที่เอกชนผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้ได้ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดทั้งสามประการในชั้นขอวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาจึงไม่ใช่เรื่องง่าย แต่สำหรับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐคู่กรณีแล้วย่อมเป็นเรื่องง่ายที่จะพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ากรณีดังกล่าวไม่เป็นไปตามเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่งในสามข้อ ซึ่งเพียงพอที่จะทำให้ศาลยกคำร้องของผู้ฟ้องคดีแล้ว

จากที่กล่าวมาข้อมแสดงให้เห็นว่าเงื่อนไขเกี่ยวกับการกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาของศาลปกครองที่ใช้บังคับในปัจจุบันเป็นเงื่อนไขที่เอื้อประโยชน์ต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมากกว่าประชาชน เงื่อนไขเหล่านี้ส่งผลในทางปฏิบัติทำให้ประชาชนไม่สามารถใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาของศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิของตนได้อย่างที่ควรจะเป็น ส่งผลให้ประชาชนไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิทางศาลอย่างมีประสิทธิภาพตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 28 โดยผู้เขียนขอยกตัวอย่างคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 908/2552 ดังนี้

ข้อเท็จจริงคดีนี้เป็นกรณีที่ประชาชนที่อยู่อาศัยรอบพื้นที่จังหวัดระยองและองค์กรพัฒนาเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมได้ยื่นฟ้องหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องกับการอนุมัติอนุญาตโครงการหรือกิจกรรมอุตสาหกรรมและคมนาคมในพื้นที่จังหวัดระยอง โดยอ้างว่าหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องออกคำสั่งต่างๆ โดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ตลอดจนละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร กล่าวคือ ภายหลังรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ผู้ถูกฟ้องคดีทั้ง 8 ยังคงรับเรื่องพิจารณาหรือ

อนุมัติอนุญาตให้ดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพในพื้นที่จังหวัดระยองเหมือนเดิม จำนวนกว่า 76 โครงการ โดยไม่สนใจว่าจะต้องนำบทบัญญัติทางกฎหมายดังกล่าวไปปฏิบัติทันที จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมและใบอนุญาตโครงการหรือกิจกรรมที่เข้าข่ายโครงการรุนแรง ที่ผ่านความเห็นชอบหรืออนุญาตนับตั้งแต่วันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ. 2550 เป็นต้นมา จนถึงวันที่ศาลมีคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษา และให้ผู้ถูกฟ้องคดีตลอดจนหน่วยงานที่เกี่ยวข้องร่วมกันออกกระเปียบหรือหลักเกณฑ์หรือการอื่นใดตามขั้นตอนทางกฎหมาย เพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 67 โดยในการยื่นฟ้องดังกล่าวได้มีการยื่นคำร้องขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองใดๆ เพื่อเป็นการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา โดยขอให้ศาลสั่งให้ระงับโครงการหรือกิจกรรมใดๆ ที่กำลังดำเนินการก่อสร้างไว้เป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษา²

คำสั่งศาลปกครองกลาง กรณีความเดือดร้อนเสียหายของผู้ขอให้กำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษา เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่าผู้ฟ้องคดีที่ 3-43 และประชาชนที่ตั้งถิ่นฐานอยู่ในชุมชนมาบตาพุดและบริเวณใกล้เคียงได้รับความเดือดร้อนจากการดำเนินชีวิตอยู่อย่างปกติสุขจากการประกอบกิจการของโรงงานอุตสาหกรรมที่ได้รับอนุญาตให้ตั้งในนิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุดและนิคมอุตสาหกรรมข้างเคียง ทำให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพอนามัยของประชาชน นอกจากนี้ยังปรากฏข้อเท็จจริงตามเอกสารในสำนวนคดีของศาลปกครองระยองคดีหมายเลขแดงที่ 32/2552 ว่าคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) เคยพิจารณาความเป็นไปได้ในการประกาศเขตควบคุมมลพิษในพื้นที่มาบตาพุด แต่ไม่ได้ประกาศ จนต่อมามีการฟ้องคดีและศาลปกครองระยองมีคำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ 32/2552 ให้ดำเนินการประกาศเขตควบคุมมลพิษ ซึ่งต่อมาเมื่อวันที่ 30 เมษายน พ.ศ. 2552 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ประกาศให้พื้นที่มาบตาพุดและพื้นที่ใกล้เคียงเป็นเขตควบคุมมลพิษ โดยระบุวัตถุประสงค์ว่าเพื่อดำเนินการควบคุม ลด และขจัดมลพิษตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายต่อไป แสดงให้เห็นข้อเท็จจริงตรงกันว่า ในเวลาที่ผ่านมาและในปัจจุบันปัญหามลพิษจากการประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรมบริเวณชุมชนมาบตาพุดมีอยู่จริงและสถานการณ์ของปัญหามลพิษมีแนวโน้มที่รุนแรงมากขึ้น จึงเห็นว่าคำฟ้องมีมูลและมีเหตุเพียงพอที่จะนำวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีตามที่ขอมาใช้ได้และผู้ขอจะได้รับความเดือดร้อนเสียหายต่อไปหากมีการอนุญาตให้ประกอบกิจการอุตสาหกรรมเพิ่มเติม

ส่วนความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐวิเคราะห์แล้ว

² คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 908/2552.

เห็นว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 67 เป็นสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยที่สำคัญ เพื่อรับรองและคุ้มครองให้ชนชาวไทยสามารถดำรงชีพอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพ อนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของตน หลังจาก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีการประกาศใช้ย่อมทำให้บทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีผลใช้บังคับทันที และศาลปกครองต้องผูกพันในการใช้บังคับและการตีความกฎหมาย โดยมาตรา 67 วรรคสองได้บัญญัติห้ามดำเนิน โครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรง ทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพ เว้นแต่ ได้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นเพียงข้อยกเว้นจึงต้องได้รับการปฏิบัติโดยเคร่งครัด แต่เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีทั้งแปดชี้แจงว่านับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลใช้บังคับได้มีการออกใบอนุญาตให้แก่โครงการหรือกิจกรรมตามเอกสารท้ายฟ้อง โดยยังไม่ได้มีการกำหนดว่าโครงการหรือกิจกรรมใดเป็น โครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรง รวมทั้งยังไม่ได้ปฏิบัติให้ครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 67 วรรคสอง จึงเห็นว่า เป็นกรณีมีปัญหาความน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ³ เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ในส่วนปัญหาอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นแก่การบริหารงานของรัฐ หากมีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์เป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีอันเป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับด้านเศรษฐกิจที่อาจเกิดขึ้นนั้น สามารถป้องกันแก้ไขและบรรเทาให้ลดน้อยลงได้ด้วยการบริหารราชการแผ่นดินตามหลักปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียงและคำนึงถึงประโยชน์ของประเทศชาติในภาพรวมเป็นสำคัญตามนโยบายพื้นฐานของรัฐ และการบริหารจัดการร่วมกันอย่างมีประสิทธิภาพระหว่างภาครัฐและเอกชน

ดังนั้นจึงมีเหตุจำเป็นและเป็นการยุติธรรมและสมควรตามหลักนิติธรรม หลักการบริหารราชการแผ่นดินเพื่อประโยชน์สุขของประชาชนและหลักการบริหารงานของรัฐอย่างยั่งยืน เพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคมและสิ่งแวดล้อม สมควรกำหนดมาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์เป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาโดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งแปดสั่งระงับโครงการหรือกิจกรรมตามเอกสารหมายเลข 7 ท้ายคำฟ้องไว้เป็นการชั่วคราวจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น ยกเว้นโครงการหรือกิจกรรมที่ได้รับใบอนุญาตก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โครงการหรือกิจกรรมที่ไม่ได้กำหนดให้เป็นประเภทโครงการหรือกิจกรรมที่ต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมตามประกาศ

³ คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ 32/2552.

ของกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

จากคำสั่งที่ยกมาผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าคำสั่งกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีนี้ ศาลได้วินิจฉัยครบทั้งสามเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด

เงื่อนไขข้อ 1 คือ เรื่องคดีมีมูลหรือไม่ ศาลได้อธิบายให้เห็นถึงหลักการเบื้องหลังรัฐธรรมนูญ มาตรา 67 และหลักผลบังคับผูกพันทันทีของรัฐธรรมนูญ ก่อนที่จะมาปรับข้อเท็จจริงที่ได้จากพยานหลักฐานและการให้ถ้อยคำของผู้ถูกฟ้องคดีเองว่า ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกาศใช้หน่วยงานรัฐไม่เคยมีการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 67 วรรคสอง เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ และยังไม่มี การกำหนดชนิดและประเภทของโครงการรุนแรง ทำให้ศาลสามารถวินิจฉัยได้ว่าการดำเนินการดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย คดีจึงมีมูล

เงื่อนไขข้อ 2 เรื่องความจำเป็นที่ต้องนำมาตราการหรือวิธีการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวมาใช้ นั้น ศาลได้อธิบายถึงสภาพปัญหาสิ่งแวดล้อมในพื้นที่มาบตาพุดที่มีความร้ายแรงในหลายด้าน และยังคงมีอยู่จนถึงปัจจุบัน โดยอ้างอิงถึงพยานหลักฐานที่เป็นที่ยุติแล้วทั้งจากสำนวนของศาลปกครองระยองในคดีหมายเลขแดงที่ 32/2552 และประกาศของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ เพื่อแสดงให้เห็นว่าพื้นที่มาบตาพุดยังคงมีปัญหามลพิษรุนแรงต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน และหากปล่อยให้มีการดำเนินการต่อไปย่อมมีผลกระทบต่อผู้ฟ้องคดีต่อไป จึงมีเหตุเพียงพอที่จะนำวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีตามที่ขอมาใช้ได้

เงื่อนไขข้อ 3 เรื่องปัญหาอุปสรรคต่อการบริหารงานของรัฐนั้น ศาลให้น้ำหนักกับการอธิบายเงื่อนไขข้อนี้ น้อยมาก โดยไม่มีหลักฐานใดๆ อ้างอิง ทำให้น้ำหนักในการให้เหตุผลในข้อนี้ มีน้อย อย่างไรก็ตามการให้เหตุผลเช่นนี้แสดงให้เห็นว่าการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีนี้ ศาลให้ความสำคัญกับเงื่อนไขข้อ 1 และข้อ 2 มากกว่าเงื่อนไขข้อสาม ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยอย่างยิ่งกับวินิจฉัยในคดีนี้ เนื่องจากในคดีสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรที่กระทบต่อคนในวงกว้างนั้น สิ่งที่ศาลควรให้ความสำคัญยิ่งกว่า คือ การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิใช่ปัญหาอุปสรรคต่อการบริหารงานของรัฐ คำถามจึงมีว่าแนวทางที่ศาลปกครองใช้ในคดีนี้จะถูกใช้เป็นการทั่วไปหรือเป็นเพียงข้อยกเว้นเฉพาะคดีนี้เท่านั้น หากเป็นเช่นนั้น ก็เป็นที่น่าเสียดายยิ่งนัก⁴

จากคำสั่งศาลปกครองที่ยกมาทั้งกรณีศาลปฏิเสธคำร้องขอวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาและกรณีที่ศาลมีคำสั่งกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษา คงพอทำให้ผู้อ่านเห็นแนวโน้มที่ศาลจะยกคำร้องของผู้ร้องมากกว่าที่จะสั่งให้เป็นไปตามที่ผู้ฟ้องคดีร้องขอ

⁴ คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ 32/2552.

ซึ่งแนวโน้มเช่นนี้เป็นผลมาจากหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีปัญหา จึงควรอย่างยิ่งที่จะมีการพิจารณา ทบทวนแก้ไขหลักเกณฑ์ในการกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาของศาลปกครอง ให้เอื้อต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากกว่าที่เป็นอยู่ เพราะอย่างไรก็ตามเมื่อ กฎหมายยังไม่ถูกแก้ไขและยังต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์นี้ต่อไปปัญหาก็คงจะมีมากขึ้นในทุกวัน ทั้ง การเรียนรู้แนวทางในการสั่งกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวของศาลปกครองก็ให้บทเรียนที่เป็น ประโยชน์อย่างมากต่อการดำเนินคดี กล่าวคือ บทเรียนดังกล่าวทำให้เราต้องตระหนักว่าในการยื่น คำร้องขอให้ศาลกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษานั้น ผู้ร้องควรแสวงหาและเตรียม พยานหลักฐานให้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ เพื่อพิสูจน์ให้ศาลเชื่อให้ได้อย่างน้อย 2 เงื่อนไข ได้แก่ เงื่อนไขที่ 1 คำสั่งหรือกฎที่พิพาทน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือคดีมีมูล และเงื่อนไขที่ 2 ความ เดือดร้อนเสียหายที่เกิดขึ้นยากแก่การเยียวยาในภายหลัง เนื่องจากเงื่อนไขทั้งสองข้อนี้ ยังมีความ เป็นไปได้ที่ผู้ร้องสามารถแสวงหาพยานหลักฐานมายืนยันข้ออ้างได้ (แม้จะไม่ใช่เรื่องง่ายก็ตาม) ส่วนเงื่อนไขข้อที่ 3 เรื่องอุปสรรคต่อการบริหารงานของรัฐนั้น เป็นเรื่องยากที่ผู้ร้องจะสามารถ พิสูจน์ได้ แต่จากตัวอย่างคำสั่งศาลปกครองกลางคดีหมายเลขคำที่ 908/2552 ที่ยกมา ก็พบว่าศาลให้น้ำหนักกับเงื่อนไขข้อที่ 1 และข้อที่ 2 มากกว่าเงื่อนไขข้อที่ 3 อย่างไรก็ตามเงื่อนไขข้อสุดท้ายนี้เป็น เรื่องที่ขึ้นอยู่กับอัตวิสัยของผู้พิพากษาค่อนข้างมาก และคงเป็นเรื่องที่สังคมจะต้องตรวจสอบและ วิพากษ์วิจารณ์กันต่อไปว่าคำสั่งของศาลมีเหตุผลและนำไปสู่การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนได้จริงหรือไม่ ผู้เขียนจึงขอแยกเป็นประเด็นปัญหาในการศึกษา ดังนี้

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาในการพิจารณาวิธีการชั่วคราว

การพิจารณาพิพากษาในคดีปกครองของประเทศไทยได้บัญญัติให้มีการกำหนดมาตรการ หรือวิธีการใดๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดี โดย ให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและออกคำสั่งไปยังหน่วยงานทาง ปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติได้ตามมาตรา 66 วรรคหนึ่งและวรรคสอง แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งให้บังคับไปตาม หลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จากการศึกษาค้นคว้าวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนด โดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดนั้น มีลำดับขั้นตอนของการพิจารณา ออกคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการใดๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการชั่วคราว ก่อนการพิพากษาคดีหรือตุลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง ในเรื่องระยะเวลาไต่สวนคำ ขอเกี่ยวกับการขอทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองและระยะเวลาไต่สวนคำขอเกี่ยวกับ

การบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองยังไม่ชัดเจน อีกทั้งประเด็นเกี่ยวกับองค์คณะ ซึ่งน่าจะมืองค์คณะเฉพาะด้านด้วย ดังนั้นน่าจะปรับปรุงให้ดียิ่งขึ้นต่อไปอย่างที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 ว่า การฟ้องคดีต่อศาลปกครองจะต้องใช้ระยะเวลาในการพิจารณาคดีในชั้นแสวงหาข้อเท็จจริงของศาล ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาคำฟ้อง การให้ผู้ถูกฟ้องคดีจัดทำคำให้การภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำฟ้อง การให้ผู้ฟ้องคดีจัดทำคำคัดค้านคำให้การภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำให้การ การให้ผู้ถูกฟ้องคดีจัดทำคำให้การเพิ่มเติมภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำคัดค้านคำให้การ ระยะเวลาดังกล่าวยังไม่รวมถึงกรณีที่ศาลมีความจำเป็นต้องไต่สวน หรือ คู่กรณีมีความจำเป็นต้องขอขยายระยะเวลาขึ้นคำให้การ ยื่นคำคัดค้าน คำให้การ หรือยื่นคำให้การเพิ่มเติมออกไป แสดงให้เห็นว่าในการพิจารณาคดีปกครอง เพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแก่ผู้ฟ้องคดีนั้น จำเป็นต้องอาศัยเวลา ประกอบกับกระบวนการวิธีพิจารณาคดีมีขั้นตอนมาก อีกทั้งศาลปกครองใช้ระบบไต่สวนโดยศาลจะไม่พิจารณาคดีโดยอุทธรณ์แต่เอกสารหลักฐานที่ผู้ฟ้องคดีผู้ถูกฟ้องคดี หรือผู้เกี่ยวข้องในคดีจัดส่งต่อศาลเท่านั้น แต่ศาลยังมีอำนาจตรวจสอบค้นหาพยานหลักฐานด้วยตัวของศาลเอง รวมทั้งศาลปกครองมีระบบถ่วงดุลโดยตุลาการเจ้าของสำนวนเป็นผู้รวบรวมข้อเท็จจริง และเสนอความเห็นเพื่อให้องค์คณะผู้พิพากษาเป็นผู้พิจารณาโดยมีตุลาการผู้แถลงคดีพิจารณาเสนอความเห็น ว่า หากเป็นตุลาการเจ้าของสำนวนจะเสนอความเห็นเช่นใดต่อองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดี ทำให้การพิจารณาคดีของศาลปกครองต้องใช้ เวลาในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่สมบูรณ์เพียงพอที่จะทำการวินิจฉัยคดีส่งผลให้ต้องใช้ระยะเวลาค่อนข้างนานกว่าศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดีแต่โดยที่ความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ฟ้องคดียังไม่ได้รับการแก้ไข ซึ่งบางกรณีจำเป็นต้องแก้ไขอย่างเร่งด่วนเนื่องจากหากปล่อยให้คำสั่งที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดียังคงอยู่ต่อไป ก็ยากที่จะแก้ไขเยียวยาให้เหมือนเดิมได้ในภายหลัง แม้ผู้ฟ้องคดีจะชนะคดีแต่ความเสียหายก็อาจแก้ไขเยียวยาให้กลับคืนสู่ดังเดิมได้ ซึ่งหมายความว่าหากผู้ฟ้องคดีฟ้องคดีต่อศาลปกครอง โดยเห็นว่าความเดือดร้อนเสียหายของตนจำต้องมีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนศาลมีคำพิพากษา แต่ศาลเห็นว่าความเดือดร้อนเสียหาย ของผู้ฟ้องคดีไม่ยากต่อการแก้ไขเยียวยาในภายหลัง หรือคดีน่าจะไม่มีมูล หรือการแก้ไข เยียวยาจะกระทบบริการสาธารณะแล้ว หากศาลมีคำสั่งยกคำขอทุเลาการบังคับตามกฎ หรือคำสั่ง กว่าที่ศาลจะมีคำพิพากษาบางกรณีก็ยากเกินกว่าที่จะเยียวยาแก้ไข

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับระเบียบแห่งประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีเพียงข้อ 71 วรรคหนึ่งแห่งระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 บัญญัติไว้เกี่ยวกับระยะเวลาในการ

พิจารณาคำขอตูเลการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองว่า เมื่อได้รับคำขอให้ตุเลการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองและกรณีศาลมิได้สั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ให้ศาลส่งสำเนาคำขอให้คู่กรณีทำคำชี้แจงและแสดงพยานหลักฐาน โดยด่วน แล้วนัดไต่สวนเพื่อมีคำสั่งเกี่ยวกับคำขอดังกล่าวโดยเร็ว ซึ่งแม้ในตัวระเบียบดังกล่าวจะให้ศาลพิจารณาคำขอโดยด่วน และนัดพิจารณาโดยเร็วก็ตาม แต่ตัวระเบียบดังกล่าวกลับให้ศาลส่งสำเนาคำขอให้คู่กรณีทำคำชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานทำให้ เห็นได้ว่าแม้ศาลต้องการจะพิจารณาให้ด่วนและเร็วตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ก็มีอรรถระทำได้ เพราะต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีอีกฝ่ายมีสิทธิแสดงพยานหลักฐานเพื่อโต้แย้งคำขอ อีกทั้งกฎหมายมิได้กำหนดระยะเวลาไว้ชัดเจนว่า “โดยด่วน” หรือ “โดยเร็ว” จะต้องมีคำสั่งภายในกี่วัน ซึ่งจะแตกต่างจากระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีต้องยื่นคำให้การภายในสามสิบวัน หรือภายในเวลาที่ศาลกำหนด ผู้ฟ้องคดีต้องยื่นคำคัดค้านคำให้การภายในสามสิบวันหรือภายในเวลาที่ศาลกำหนด และผู้ถูกฟ้องคดีต้องยื่นคำให้การเพิ่มเติมภายในสิบห้าวันหรือภายในเวลาที่ศาลกำหนด

4.2 ปัญหาบรรทัดฐานคำสั่งของศาลปกครอง

โดยที่ฝ่ายปกครองได้รับประโยชน์จากผลของหลักการทางกฎหมายที่ว่าการกระทำของฝ่ายปกครองชอบด้วยกฎหมาย และยังมีผลบังคับอยู่จนกว่าจะมีคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่เหนือขึ้นไปหรือศาลมีคำสั่งเปลี่ยนแปลง ทำให้การพิจารณาของตุลาการเจ้าของสำนวนจำต้องยึดหลักดังกล่าวทำให้มีคำสั่งยกคำขอ บางกรณีผู้ฟ้องคดีต้องแสดงพยานหลักฐานให้ศาลเชื่อว่าคำสั่งหรือกฎที่เป็นเหตุแห่งกรณีพิพาทเป็นคำสั่งที่ไม่น่าจะชอบด้วยกฎหมาย และบางกรณีกระแสนักมกดันทำให้ศาลปกครองต้องรีบร้อนออกคำสั่งจนมีข้อสังเกตของนักวิชาการหลายฝ่าย ผู้เขียนขอยกตัวอย่างแถลงการณ์ร่วมไทยกับพม่าด้วยความเคารพต่อคำสั่งตุเลการบังคับของศาลปกครองกลางที่ได้ออกคำสั่งกำหนดวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนพิพากษาในคดีที่นายสุริยะใส กตะศิลา และคณะเป็นผู้ฟ้องคดี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และคณะรัฐมนตรีเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบและลงนามร่วมไทย-กัมพูชา เกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหาร พร้อมทั้งขอให้ศาลออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเพื่อให้แถลงการณ์ร่วมสิ้นสุดชั่วคราว รวมทั้งให้มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวสิ้นสุดชั่วคราว และให้ผู้ถูกฟ้องแจ้งการยุติความผูกพันตามแถลงการณ์ร่วมต่อองค์การยูเนสโกไว้ชั่วคราว โดยศาลปกครองได้มีคำสั่งห้ามมิให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองดำเนินการใดๆ ที่เป็นการอ้างหรือใช้ประโยชน์จากมติ ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (มติคณะรัฐมนตรี) เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน พ.ศ. 2551 ที่เห็นชอบ แถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาและการดำเนินการตามมติดังกล่าวจนกว่าคดีจะถึงที่สุด หรือศาลมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

มีคณาจารย์ด้านกฎหมายมหาชน จำนวนไม่น้อยที่เกิดความสงสัยในการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาว่าจะสอดคล้องกับหลักแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออร์หรือหลักการกระทำของรัฐบาลหรือไม่

ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ราชบัณฑิตกณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เลขานุการสถาบันพระปกเกล้า ให้ความเห็นว่า “แปลกใจ” และ “ไม่แน่ใจ” โดยให้เหตุผลต่อไปว่า “แปลกใจ” ก็เพราะเมื่อปีที่แล้วนี้เองที่ศาลปกครองกลางมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องและคำขอคุ้มครองชั่วคราวในคดีที่มูลนิธิข้าวขวัญและคณะฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทยญี่ปุ่น (JTEPA)⁵ โดยศาลปกครองกลางอ้างว่า คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งห้ามีวัตถุประสงค์ให้ศาลเพิกถอนกระบวนการเข้าทำความตกลง หุ้นส่วนเศรษฐกิจไทยญี่ปุ่น ซึ่งเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในทางกิจการระหว่างประเทศของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ในฐานะฝ่ายบริหาร อันมิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ต่อมามีการอุทธรณ์คำสั่งไม่รับฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดซึ่งมีคำพิพากษาขึ้นตามศาลปกครองกลาง โดยศาลปกครองสูงสุดได้ชี้ให้เห็นข้อแตกต่างระหว่าง “การใช้อำนาจทางปกครอง” ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดอันอยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครองว่าแตกต่างจาก การใช้อำนาจบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ กระทำการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภา หรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญอันมิได้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง แล้วศาลปกครองสูงสุดก็สรุปว่า “ที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความนั้นชอบแล้ว ศาลปกครองสูงสุดเห็นฟ้องด้วย”⁶

ส่วนที่ว่า “ไม่แน่ใจ” ก็เพราะศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองกลางตัดสินใจ เมื่อปี 2550 นั้นเองว่า “การกระทำของรัฐบาล” (Act of Government) ในความสัมพันธ์ ระหว่างฝ่ายบริหารกับรัฐสภาก็ดี ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับรัฐอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศก็ดี ศาลไม่อาจควบคุมได้ เมื่อศาลปกครองกลางกลับแนวคำพิพากษาของตนเองและของศาลปกครองสูงสุดที่ตัดสินใจเมื่อปีที่แล้ว โดยออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในคดีแถลงการณ์ร่วมนี้จึงทำให้ ดร.บวรศักดิ์ไม่แน่ใจว่าศาลปกครองไทยจะมีบรรทัดฐานในเรื่องนี้อย่างไรแน่ ซึ่งท้ายที่สุดคงต้องรอคำสั่งศาล

⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2551). *บทวิเคราะห์ทางวิชานิติศาสตร์ ต่อคำสั่งศาลปกครองกลางกำหนดวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวฯ ในคดีแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.matichon.co.th>. [2555, มิถุนายน 4].

⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550. ลงวันที่ 30 มีนาคม พ.ศ. 2550.

ปกครองสูงสุดว่าจะยึดบรรทัดฐานเดิมหรือจะเปลี่ยนบรรทัดฐาน ซึ่งศาลกระทำได้เพราะในระบบกฎหมายไทยไม่ได้ยึด Doctrine of Precedent อย่างศาลอังกฤษหรือศาลสหรัฐอเมริกา

ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์⁷ เห็นว่ามติคณะรัฐมนตรีที่นำมาฟ้องศาลปกครองเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะตรวจสอบ แต่การกระทำดังกล่าวของรัฐบาลเรียกกันว่า “การกระทำทางรัฐบาล” คณะรัฐมนตรีมีสองสถานะคือ สถานะที่เป็นฝ่ายบริหารและสถานะที่เป็นฝ่ายปกครอง ในสถานะที่เป็นฝ่ายบริหารนั้นคณะรัฐมนตรีจะทำงานในลักษณะที่เป็นองค์กรกลุ่ม กล่าวคือทำงานร่วมกันในฐานะที่เป็นคณะรัฐมนตรี ในขณะที่ในสถานะที่เป็นฝ่ายปกครองนั้น นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคนจะทำงานหรือบริหารงานในลักษณะตัวบุคคลคือต่างคนต่างก็มีกระทรวงที่ตนเองรับผิดชอบและทำงานดังกล่าวไปตามอำนาจหน้าที่ของคนที่มืออยู่ตามกฎหมาย การทำงานในสถานะที่เป็นฝ่ายบริหารนั้น คณะรัฐมนตรีจะมีมติ คณะรัฐมนตรีออกมาเพื่อเป็นแนวทางในดำเนินการต่อไป โดยมีมติคณะรัฐมนตรีมีอยู่ 2 ประเภทหลักๆคือ มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำ มติคณะรัฐมนตรีประเภทแรกนี้ในทางทฤษฎีแล้วจะต้องถูกควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองและอยู่ภายใต้หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ในขณะที่มติคณะรัฐมนตรีอีกประเภทหนึ่ง คือมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินจะมีลักษณะเป็นงานนโยบาย มติคณะรัฐมนตรีประเภทหลังนี้ในทาง ทฤษฎีแล้วจะต้องถูกควบคุมและตรวจสอบทางการเมืองโดยรัฐสภาหรือโดยองค์กรที่ รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นพิเศษ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินจึงไม่มีสถานะทางกฎหมายเป็น กฎ ข้อบังคับ หรือกฎหมายแต่อย่างใด และมีมติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเมื่อไรก็ได้ตามความเหมาะสมของเหตุการณ์ กล่าวคือมติคณะรัฐมนตรีทั้งสองประเภทมีสถานะที่แตกต่างกัน มติคณะรัฐมนตรีประเภทแรกซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำนั้นโดยทั่วไปแล้ว คณะรัฐมนตรีจะใช้อำนาจตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นๆ ดังนั้น ผลที่เกิดจากการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีประเภทนี้จึงมีสถานะเป็น “การกระทำทางปกครอง” (Acted Administrative) ซึ่งอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ ศาลปกครอง ในขณะที่มติคณะรัฐมนตรีประเภทหลังซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกำหนด นโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินโดยทั่วไปแล้วคณะรัฐมนตรีจะใช้อำนาจตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้นผลที่เกิดจากการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีประเภทนี้จึงมีสถานะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” (Acted de

⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). *การกระทำทางรัฐบาล*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.pub-law.net>. [2555, มิถุนายน 4].

Gouvernement) ซึ่งอยู่ภายใต้การตรวจสอบของรัฐสภา หรือองค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นพิเศษ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ

ในทางทฤษฎี การกระทำทางรัฐบาลสามารถแบ่งแยกได้เป็นสองประเภทคือ เป็น การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภากับการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับต่างประเทศ โดยในประเทศฝรั่งเศสศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยถึงการกระทำต่างๆ ของรัฐบาลว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลมาเป็นเวลานานแล้ว เช่น ในปี ค.ศ. 1930 วินิจฉัยว่าการปฏิเสธไม่เสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภาเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ. 1933 วินิจฉัยว่าการประกาศใช้บังคับกฎหมายล่าช้าเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ. 1989 วินิจฉัยว่าการยุบสภาเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ. 1992 วินิจฉัยว่าการระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ. 1992 วินิจฉัยว่าการระงับความร่วมมือกับต่างประเทศเป็นการกระทำทางรัฐบาล เป็นต้น ซึ่งการกระทำทางรัฐบาลทั้งหมดที่กล่าวไปแล้วศาลปกครองฝรั่งเศสได้วินิจฉัยว่าไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาวินิจฉัย ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ในเบื้องต้นว่าในฝรั่งเศสศาลปกครองฝรั่งเศสเองเห็นว่าตนเองมีอำนาจเฉพาะการวินิจฉัย “การกระทำทางปกครอง” ส่วน “การกระทำทางรัฐบาล” นั้น เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของรัฐสภา

รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ รองศาสตราจารย์ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช ดร.ฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล ชีระ สุชีวรานกูร และอาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์⁸ ออกแถลงการณ์แสดงความไม่เห็นด้วยต่อคำสั่งของศาลปกครองกลาง ในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ให้รับคำฟ้องกรณีแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา เรื่องการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก และกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา โดยแสดงความเห็นว่าการเสนอแถลงการณ์ร่วมฯ ของ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี และการที่คณะรัฐมนตรีลงมติเห็นชอบในแถลงการณ์ร่วมฯ และให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง

ผู้เขียนเห็นว่าจากแนวความคิดของ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ดร.นนทวัฒน์ บรมมานนท์ รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ และคณาจารย์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์อีก 4 ท่าน อาจเป็นกระจุกที่สะท้อนแนวความคิดทางด้านวิชาการว่าคำสั่งศาลปกครองกลางแม้จะมีการดำเนินการโดยองค์กรคณะ อีกทั้งมีตุลาการผู้แถลงคดี ก็ยังมีข้อสังเกตให้นักนิติศาสตร์ นักคิด นักวิชาการ เกิดข้อสงสัยว่า

⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2551). *แถลงการณ์ไม่เห็นด้วยคำสั่งศาลปกครองกรณีปราสาทพระวิหาร*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.prachatai.com>. [2555, มิถุนายน 4].

กรณีแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายมหาชน เพราะกรณีดังกล่าวเป็นการกระทำของรัฐบาล มิใช่การกระทำทางปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ไม่เป็นคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ศาลจะรับคดีไว้พิจารณาหรือพิพากษาได้ อีกทั้งยังไม่เป็นไปตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ลงวันที่ 30 มีนาคม พ.ศ. 2550 คดีฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนความตกลงในส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) ซึ่งมีลักษณะเป็นการกระทำของรัฐบาลที่ใกล้เคียงกัน

4.3 ปัญหาการพิจารณาข้อเท็จจริงที่ไม่ได้ว่ากล่าวกันมาในศาลล่าง

สืบเนื่องจากการที่ศาลปกครองใช้ระบบไต่สวนมิใช่ระบบกล่าวหา ทำให้ศาลปกครองสามารถแสวงหาข้อเท็จจริงได้เอง ไม่ว่าจะได้รับพยานหลักฐานจากการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายนำเสนอต่อศาล แต่ยังมีข้อที่ต้องพิจารณาต่อไปว่าการพิจารณาข้อเท็จจริงที่ไม่ได้ว่ากล่าวกันมาในศาลล่างมีปัญหาไม่น้อยเพียงใด โดยศึกษาจากตัวอย่างคำสั่งศาลปกครอง กล่าวคือ การที่ศาลปกครองกลางมีคำสั่งชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษากรณีมีการฟ้องคัดค้านการขึ้นค่าธรรมเนียม โดยศาลปกครองกลางเห็นว่ากรมการขนส่งทางบกมีอำนาจชี้แจงได้อย่างชัดเจนว่าปัจจุบันรถเมล์จำนวนกี่คันที่ติดตั้งก๊าซเอ็นจีวีแทนน้ำมันเชื้อเพลิง จึงมีคำสั่งห้ามมิให้ขึ้นค่าโดยสารรถเมล์ไว้เป็นการชั่วคราวก่อนศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น แต่ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวโดยแสดงชี้แจงรายละเอียดเกี่ยวกับจำนวนรถยนต์ที่ติดตั้งเอ็นจีวีแล้วยังมีจำนวนน้อยมาก หากไม่ให้ขึ้นค่าโดยสารย่อมส่งผลกระทบต่อเจ้าของรถร่วมบริการอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ ทำให้ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งกลับคำสั่งทุเลาการขึ้นค่าโดยสารโดยสารร่วมบริการ

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดรับฟังข้อเท็จจริงที่ไม่ได้ว่ากล่าวกันมาในศาลล่าง เพราะหากฟังข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏจากศาลล่างก็จะต้องมีคำสั่งยืน เพราะเมื่อข้อเท็จจริงไม่ชัดเจนว่ามีรถยนต์กี่คันที่ติดตั้งเอ็นจีวีแล้วจะขอขึ้นค่าโดยสาร โดยอ้างว่าน้ำมันเชื้อเพลิงขึ้นราคาได้อย่างไร การต่อสู้คดีของผู้ฟ้องคดี และการพิจารณาคดีของศาลปกครองชั้นต้นก็เป็นไปด้วยความยากลำบากเพราะไม่ทราบว่ามีเมื่อถึงชั้นศาลปกครองสูงสุดจะมีข้อเท็จจริงอะไรเพิ่มเติมออกมา ดังนั้น เพื่อมิให้เกิดความผิดพลาดศาลปกครองชั้นต้นจึงต้องพิจารณาด้วยความรอบคอบ ทำให้ใช้เวลามากในการดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยศาลปกครองชั้นต้นจะสงวนท่าทีในการมีคำสั่งทุเลาหรือบรรเทาทุกข์มากยิ่งขึ้น ส่งผลให้สถิติคดีที่ขอให้ศาลทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่ง หรือสถิติคดีที่ขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนพิพากษาคดี มีแนวโน้มที่ศาลปกครองชั้นต้นจะยกคำขอมีปริมาณมากยิ่งขึ้น และการที่ศาลปกครองชั้นต้นจะมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีปกครองยากขึ้น ทำให้คดีปกครองที่มีความจำเป็นต้อง

ได้รับการคุ้มครองก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งหรือคำพิพากษาชี้ขาดคดีได้รับความเดือดร้อนมากยิ่งขึ้น เพราะหากศาลไม่มีคำสั่งทุเลาหรือบรรเทาทุกข์แล้วเยียวก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีแล้ว แม้ต่อมาภายหลังถูกกรณีฝ่ายที่มีคำขอจะเป็นฝ่ายชนะคดี ก็ยากที่แก้ไขเยียวยาความเสียหายที่ได้รับ

โดยที่ข้อ 101 วรรคสองแห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดี พ.ศ. 2543 บัญญัติว่า “ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่จะยกขึ้น อ้างในการยื่นคำอุทธรณ์นั้น ผู้อุทธรณ์จะต้องกล่าวไว้โดยชัดแจ้งในคำอุทธรณ์ และต้องเป็นข้อที่ได้ยกขึ้นมาก่อนมาแล้วโดยชอบในศาลปกครองชั้นต้น แต่ถ้าปัญหาข้อใดเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือปัญหาเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ ผู้อุทธรณ์จะยกปัญหาข้อนั้นขึ้นกล่าวในคำอุทธรณ์หรือในชั้นอุทธรณ์ก็ได้” จากข้อเท็จจริงกรณีการขึ้นคำโดยสารรณเมล์ดังกล่าวจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าศาลปกครองสูงสุดรับฟังข้อเท็จจริงที่มีได้ว่ากล่าวกันมาในศาลปกครองชั้นต้น โดยศาลปกครองสูงสุดต้องรับฟังเพียงว่าการอนุมัติให้ขึ้นคำโดยสารของกรมการขนส่งทางบกนั้น กรมการขนส่งทางบกมิได้มีข้อเท็จจริงที่เพียงพอ ประกอบการอนุมัติว่ารถเมล์ที่ขออนุมัติขึ้นคำโดยสารมีจำนวนที่คันแสดงให้เห็นว่าขณะกรมการขนส่งทางบกอนุมัติให้ขึ้นคำโดยสารเป็นการใช้ดุลพินิจที่ปราศจากเหตุผลรองรับหรืออาจกล่าวได้ว่าการอนุมัติ นั้นมิชอบด้วยดุลพินิจที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ศาลปกครองสูงสุดต้องเพิกถอนคำสั่งอนุมัติให้ขึ้นคำโดยสารรณเมล์ แต่การที่ศาลปกครองสูงสุดยอมรับฟังข้อเท็จจริงเพิ่มเติม ถึงจำนวนรถเมล์ที่ติดตั้งระบบก๊าซเอ็นจีวีจึงเท่ากับว่าศาลปกครองสูงสุดรับฟังข้อเท็จจริงที่มีได้ว่ากล่าวกันมาในศาลปกครองชั้นต้น ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขกฎหมายโดยต้องมีบทบัญญัติเป็นการเฉพาะสำหรับการอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีปกครอง

4.4 ปัญหาการอุทธรณ์คำสั่งวิธีการชั่วคราว

4.4.1 คำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง

ปัญหาการอุทธรณ์คำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้น กรณีศาลปกครองมีคำสั่งให้ทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งนั้น ไม่มีปัญหาเพราะผู้มีส่วนได้เสียหากเห็นว่าตนเองจะเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น ก็มีสิทธิอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ผู้นั้นได้รับแจ้งหรือทราบคำสั่งศาล แต่ปัญหาจะเกิดกรณีศาลปกครองมีคำสั่งยกคำขอทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง เพราะการที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งให้ยกคำขอทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งเป็นที่สุด ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

พ.ศ. 2543 ข้อ 73 วรรคสอง กำหนดให้เป็นที่สุด กล่าวคือไม่สามารถอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด โดยมีตัวอย่างคำสั่งของศาลปกครองดังนี้ เมื่อวิเคราะห์จากกรณีผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ขณะที่ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่ง นายทหารรับจ่ายเงินแผนกการเงินกองบัญชาการฐานทัพเรือพังงา กองทัพเรือ (ผู้ถูกฟ้องคดี) มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน เนื่องจากปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการจ่ายเงินเบี้ยเลี้ยงให้แก่ผู้ไม่มีชื่อเป็นผู้มีสิทธิได้รับเงินเป็นเหตุให้ทางราชการต้องเสียหาย ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากผู้ฟ้องคดีปฏิบัติหน้าที่ตามระเบียบข้อบังคับของทางราชการทุกประการ และคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงไม่มีการแจ้งสิทธิในการขอตรวจเอกสารที่จำเป็นแก่การใช้สิทธิโต้แย้งหรือพิสูจน์ข้อเท็จจริงเพื่อแก้ข้อกล่าวหาให้ผู้ฟ้องคดีทราบแต่อย่างใด ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวและขอให้ศาลมีคำสั่งทูลเกล้าฯตามคำสั่งดังกล่าวไว้เป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษา

ศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดแจ้งว่า การออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ถูกฟ้องคดีมีผลบังคับต่อไปจะทำให้เกิดความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลัง กรณีจึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่จะขอทูลเกล้าฯตามคำสั่งทางปกครองตามข้อ 69 วรรคสาม ประกอบกับข้อ 70 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ศาลจึงมีคำสั่งไม่รับคำขอทูลเกล้าฯบังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้พิจารณา (คำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลปกครองกลาง)⁹

ต่อมาผู้ฟ้องคดียื่นคำขอทูลเกล้าฯบังคับตามคำสั่งอีกครั้งหนึ่ง โดยอ้างว่า หากศาลไม่ทูลเกล้าฯบังคับตามคำสั่งทางปกครองอาจทำให้ผู้ฟ้องคดีต้องถูกดำเนินการลงโทษทางวินัย และอาจต้องถูกปลดประจำการหรือถูกถอดจากยศทหาร

ศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่า การออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนในผลแห่งละเมิดแก่ผู้ถูกฟ้องคดีมีผลบังคับต่อไปหรือไม่ ไม่เป็นผลโดยตรงที่จะทำให้ผู้ฟ้องคดีต้องถูกดำเนินการลงโทษทางวินัยตามพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหารพุทธศักราช 2476 และไม่มีผลโดยตรงที่จะทำให้ผู้ฟ้องคดีต้องกลายเป็นผู้ไม่สมควรจะดำรงอยู่ในยศทหารและบรรดาศักดิ์ตามระเบียบกระทรวงกลาโหมว่าด้วยผู้ซึ่งไม่สมควร จะดำรงอยู่ในยศทหารและบรรดาศักดิ์ พ.ศ. 2507 แต่อย่างใด เมื่อข้อเท็จจริงยังไม่มีอะไรเปลี่ยนแปลง จึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่จะขอทูลเกล้าฯบังคับตามคำสั่งทางปกครอง ตามข้อ 69 วรรคสาม ประกอบกับข้อ 70 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ศาลจึงมีคำสั่งไม่รับคำขอทูลเกล้าฯบังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้พิจารณา¹⁰

⁹ คดีหมายเลข คำที่ 1407/2546. ลงวันที่ 23 กันยายน พ.ศ. 2546.

¹⁰ คำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขคำที่ 1407/2546. ลงวันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ. 2546.

จากกรณีดังกล่าวข้างต้นเป็นที่เห็นได้ชัดว่า แม้ว่าข้อ 69 วรรคสาม แห่งระเบียบ ของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 จะกำหนดลักษณะของคำขอทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง เอาไว้ 2 ประการกล่าวคือ 1) ผู้ฟ้องคดีต้องแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าประสงค์จะขอทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองใด และ 2) ผู้ฟ้องคดีต้องแสดงให้เห็นว่า การให้กฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลบังคับต่อไปจะทำให้เกิดความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลังอย่างไร เมื่อข้อเท็จจริงไม่ครบศาลปกครองก็ชอบที่จะเรียกไต่สวนผู้ฟ้องคดีเพิ่มเติมแทนที่จะมีคำสั่งไม่รับเพราะหากมีคำสั่งไม่รับตามคำขอแล้ว ผู้ฟ้องคดีก็ไม่อาจใช้สิทธิอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดได้ และเมื่อหากผู้ฟ้องคดีไม่มีข้อเท็จจริงอย่างใดขึ้นมาใหม่ก็จะทำให้ไม่สามารถขอทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งได้ใหม่ เพราะจะเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณา¹¹ ที่กำหนดว่าเมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีหรือประเด็นข้อใดแห่งคดีแล้ว ห้ามมิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลนั้นอันเกี่ยวกับคดีหรือประเด็นที่ได้วินิจฉัยชี้ขาดแล้วนั้น และจากการดำเนินคดีปกครองได้โดยตัวผู้ความเองไม่จำเป็นต้องมีทนายความซึ่งเป็นจุดแตกต่างที่สำคัญของคดีปกครองกับคดีแพ่งทำให้ตัวความซึ่งเป็นประชาชนค่อนข้างจะเสียเปรียบในการยื่นคำขอวิธีการชั่วคราว เพราะประชาชนไม่มีความชำนาญและไม่มีควมเพียงพอที่จะเขียนคำขอให้ครบองค์ประกอบของกฎหมาย อีกทั้งฝ่ายปกครองในปัจจุบันมักจะขอความร่วมมือจากสำนักงานอัยการในการว่าต่างแก้ต่างคดีให้ ซึ่งอัยการคดีปกครองส่วนใหญ่ล้วนเป็นอัยการอาวุโส ซึ่งหมายถึงอัยการที่อายุครบ 60 ปี เคยทำงานผ่านมาแล้ว ทั้งการดำเนินคดีแพ่ง การดำเนินคดีอาญา เป็นผู้มีความเชี่ยวชาญและมีประสบการณ์ในการดำเนินคดีสูง ดังนั้น ในการต่อสู้คดีฝ่ายเอกชนค่อนข้างจะเสียเปรียบแม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้การพิจารณาคดี ใช้ในระบบไต่สวนก็ตาม จากตัวอย่างข้างต้นเห็นได้ชัดว่าศาลปกครองกลางได้สงวนท่าทีโดยการวางตัวเป็นกลางทำให้เอกชนผู้ฟ้องคดีซึ่งอาจมีความรู้ ความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายปกครองจำกัดมีอาจร้องขอให้ศาลทุเลาการบังคับจากคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายความรับผิดชอบทางละเมิดได้ ซึ่งจะแตกต่างกับการดำเนินคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งกำหนดบังคับให้คดีพิพาทเกี่ยวกับละเมิดและสัญญาทางปกครอง คู่กรณีต้องมีทนายความ และหากผู้ฟ้องคดีสามารถใช้สิทธิอุทธรณ์ได้ ก็จะทำให้คำขอของผู้ฟ้องคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดซึ่งมีประสบการณ์การทำงานมามากมองเห็นถึงปัญหาของคำสั่งทางปกครองที่หากปล่อยให้คงอยู่ต่อไปจะทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายที่ยากแก่การแก้ไขในภายหลังอันเป็นการตรวจสอบการปฏิบัติงานของศาลปกครองชั้นต้นอีกชั้นหนึ่ง

¹¹ ระเบียบ ของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543. ข้อ 96.

4.4.2 คำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

สำหรับปัญหาการอุทธรณ์คำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก็เป็นปัญหาในลักษณะเดียวกันกับการทะเลาะการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่ง กล่าวคือในส่วนของกรอุทธรณ์คำสั่ง กำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างไร เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา หรือวิธีการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอในระหว่างการพิจารณาหรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษา ซึ่งศาลปกครองชั้นต้น กำหนดคำสั่งทุเลาให้แก่ผู้ขอ นั้น ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อศาลปกครองสูงสุดภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ผู้ขอได้รับแจ้งหรือทราบคำสั่งศาล อันเป็นการตรวจสอบซ้ำอีกครั้งหนึ่ง โดยศาลปกครองสูงสุดว่าการที่ศาลปกครองชั้นต้น ได้มีคำสั่งกำหนดมาตรการเพื่อบรรเทาทุกข์นั้น ชอบด้วยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายหรือไม่ เป็นอุปสรรคต่อการบริหารกิจการสาธารณะหรือไม่ หรือเป็นการแก้ไขเยียวยาที่ยากในภายหลังหรือไม่อย่างไร แต่ปัญหาจะเกิดกรณีศาลปกครองมีคำสั่งไม่รับหรือยกคำขอของผู้ฟ้องคดีหรือคู่กรณีคำสั่งไม่รับ หรือยกคำขอเป็นที่สุด¹² เป็นปัญหาในลักษณะเดียวกันกับการทะเลาะการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองเพราะเมื่อคำสั่งยกคำขอเป็นที่สุดแล้ว หากไม่มีข้อเท็จจริงใดปรากฏขึ้นใหม่คู่กรณีก็มีอาจขอให้ศาลกำหนด มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวครั้งที่สองได้เพราะจะไปติดข้อกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำ¹³ ที่กำหนดว่า เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีหรือประเด็นข้อใดแห่งคดีแล้ว ห้ามมิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลนั้นอันเกี่ยวกับคดีหรือประเด็นที่ได้วินิจฉัยชี้ขาดแล้วนั้น

¹² ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543. ข้อ 76 วรรคสอง.

¹³ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543. ข้อ 96.