



กฤษฎีกา

ปีที่ ๑๐ ฉบับที่ ๕ มิถุนายน - กรกฎาคม ๒๕๕๘

www.krisdika.go.th



กฎหมายการแข่งขันทางการค้า
: หลักสากล ประเทศไทย
และประเทศในภูมิภาคอาเซียน

โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง
: มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ
และพัฒนาการล่าสุดในระบบกฎหมายไทย

ทฤษฎีบริษัท (Theories of the Firm)
: กลไกการทำงานของนิติบุคคลและระบบราชการ



นายดิศต โหตรเกียรติ เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นประธานในพิธีเปิดการสัมมนาเพื่อแลกเปลี่ยนความคิดเห็นเกี่ยวกับการร่างกฎหมายในชั้นรัฐสภา เมื่อวันที่ ๒๘ พฤษภาคม ๒๕๕๘ ณ โรงแรม เดอะทวิน ทาวเวอร์ กรุงเทพฯ โดยมีการเสวนาทางวิชาการ เรื่อง “กระบวนการนิติบัญญัติในชั้นรัฐสภา ประเด็นปัญหา อุปสรรค และแนวทางแก้ไข” รวมทั้งมีการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นและตอบข้อซักถามเกี่ยวกับกระบวนการร่างกฎหมายและการเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนการปฏิบัติงาน การประสานงานด้านนิติบัญญัติเกี่ยวกับการเสนอร่างกฎหมายต่อสภา เพื่อให้เจ้าหน้าที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สมาชิกรัฐสภา เจ้าหน้าที่ของรัฐ และภาคเอกชน ได้มีความรู้ความเข้าใจถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาอุปสรรคในกระบวนการร่างกฎหมายของรัฐสภาได้ดียิ่งขึ้น วิทยากร ได้แก่ ๑) นายสุพันธ์ ต้นยวธรณะ รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี ประธานกรรมการประสานงานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ๒) นายสุรชัย เลียงบุญเลิศชัย รองประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ คนที่หนึ่ง ๓) นายเจตน์ ศิรธรานนท์ สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ๔) นายธนาวัฒน์ สังข์ทอง กรรมการร่างกฎหมายประจำ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ๕) นายธวัชกร ยอดชาญ ผู้อำนวยการฝ่ายนิติบัญญัติ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้เข้าร่วมสัมมนา ประกอบด้วยข้าราชการและเจ้าหน้าที่สำนักงานฯ และข้าราชการสายงานนิติกรจากส่วนราชการต่าง ๆ จำนวน ๑๓๐ คน

ทบทวนภารกิจ

ในยุคนี้เรากำลังชินกับคำว่า Smart ที่เติมเข้าไปในอุปกรณ์อำนวยความสะดวกในชีวิตประจำวันต่าง ๆ มากมาย เช่น Smart Phone Smart TV Smart Watch อันหมายถึงอุปกรณ์เหล่านั้นสามารถเข้าถึงหรือเชื่อมต่อกับ Internet ในการใช้งานได้สะดวกหลากหลายมากขึ้น แต่ต่อไปจะกลายเป็นยุคของ Internet of Things คือการที่อุปกรณ์เหล่านั้นสามารถติดต่อสื่อสารกันเองผ่าน Internet ได้โดยไม่ต้องรอคอยการสั่งการของมนุษย์ แล้วชีวิตของผู้คนในยุคต่อไปจะเปลี่ยนไปอย่างไร เตรียมความพร้อมได้จากความรู้ด้าน เทคโนโลยี Internet of Things ในทฤษฎีการศึกษานี้

มาดูเรื่องของอาเซียนกันบ้าง ถ้าหากเปิดตลาดประชาคมอาเซียนในปลายปีนี้ ความสามารถในการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย จะเกิดการได้เปรียบเสียเปรียบอย่างไร กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยแตกต่างจากของสากลและประเทศเพื่อนบ้านอย่างไร ควรปรับปรุงอะไรบ้าง ติดตามได้จากบทความเรื่อง กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: หลักสากล ประเทศไทยและประเทศในภูมิภาคอาเซียน ที่ผู้เขียนได้สรุปสาระสำคัญและเปรียบเทียบให้เกิดความเข้าใจได้ง่ายขึ้น ขอบอกว่าน่าอ่านมาก ...สก็๊ปพิเศษต้องขอบคุณ รองเลขาธิการฯ (นายธรรมนิตย์ สุมันตกุล) ที่ขยันเขียนบทความที่น่าสนใจมาให้พวกเราได้อ่านกันอย่างสม่ำเสมอ ฉบับนี้เป็นเรื่องของ ทฤษฎีบริษัท (Theories of the Firm): กลไกการทำงานของนิติบุคคลและระบบราชการ เป็นการนำทฤษฎีมาอธิบายถึงกลไกการบริหารงานของภาคเอกชน เปรียบเทียบกับระบบราชการ ที่มาของการนำหลักธรรมาภิบาลมาใช้ และวิธีการในการแก้ไขปัญหาความไร้ประสิทธิภาพในการทำงาน น่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง ...บทความทางกฎหมายฉบับนี้ นำเสนอ โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง: มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบและพัฒนากลยุทธ์ในระบอบกฎหมายไทย แสดงให้เห็นถึงเหตุแห่งโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองของประเทศต่าง ๆ อาทิ อิตาลี โปรตุเกส ฝรั่งเศส เยอรมนี สเปน ซึ่งมีสาเหตุหลักอยู่ ๓ ประการ ได้แก่ ความบกพร่องในเนื้อหาสาระของคำสั่ง ความบกพร่องในอำนาจหน้าที่ของผู้ทำคำสั่ง และความบกพร่องในแบบพิธีในการทำคำสั่ง ติดตามรายละเอียดได้ในเล่มนี้

สุดท้ายอย่าลืมส่งข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะมาพร้อมกันของที่ระลึกเช่นเคย สำหรับผู้ส่งแบบสอบถามกลับมาที่กองบรรณาธิการ ๕๐ ท่านแรก แล้วพบกันใหม่ฉบับหน้า

บรรณาธิการ

บทความ ข้อความ หรือความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏในทฤษฎีการศึกษานี้ เป็นความคิดเห็นส่วนตัวของผู้เขียน ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการทฤษฎีการศึกษากองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

สารบัญ

เทคโนโลยีสารสนเทศ

๒ เทคโนโลยี Internet of Things

กฎหมายต่างประเทศ

๔ กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: หลักสากล ประเทศไทยและประเทศในภูมิภาคอาเซียน

สก็๊ปพิเศษ

๑๐ ทฤษฎีบริษัท (Theories of the Firm): กลไกการทำงานของนิติบุคคลและระบบราชการ

บทความทางกฎหมาย

๑๖ โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง: มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบและพัฒนากลยุทธ์ในระบอบกฎหมายไทย

ความเห็นทางกฎหมาย

๒๖ ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการทฤษฎีการศึกษานี้

เกร็ดการร่างกฎหมาย

ปกหลัง Positive List กับ ejusdem generis

คณะผู้จัดทำ

ที่ปรึกษา

นายดิศทัต โทตระกิตย์

เลขาธิการคณะกรรมการทฤษฎีการศึกษานี้

นายธรรมนิตย์ สุมันตกุล นายนิพนธ์ สะกิมิ

นายอภิมุข สุขประสิทธิ์ นางสาวจาวรารณ เองตระกูล

รองเลขาธิการคณะกรรมการทฤษฎีการศึกษานี้

และกรรมการร่างกฎหมายประจำทุกท่าน

บรรณาธิการ

ผู้ช่วยเลขาธิการคณะกรรมการทฤษฎีการศึกษานี้

กองบรรณาธิการ

นางกรรณกนก ช่างกลึงเหมาะ นายนพดล เกริกฤกษ์

นายเชวง ไทยยิ่ง นางณัฐนันท์ อัครเลิศศักดิ์

นางพวงษ์สวาท กายอรุณสุทธิ์ นางสาววันดี สุชาติกุลวิทย์

ผู้ช่วยบรรณาธิการ

นางสาวพรเพ็ญ คำณูณวัฒน์ นางสาวรัชณี สังข์ทองงาม

นางเกลิณี แสงสุวรรณ นางชุตินา ไญญน้อย

นายนพดล เปลินเสวี

จัดทำโดย

ส่วนช่วยอำนวยความสะดวกและประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการ

สำนักงานคณะกรรมการทฤษฎีการศึกษานี้

เลขที่ ๑ ถนนพระอาทิตย์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ ๑๐๒๐๐

โทรศัพท์ ๐-๒๒๒๒-๐๒๖-๙ ต่อ ๑๒๐๕, ๑๖๔๐

โทรสาร ๐-๒๒๒๐-๗๖๓๙

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

เทคโนโลยี Internet of Things

ส่วนสารสนเทศ สำนักงานเลขาธิการ

ปัจจุบันผู้คนทั่ว ๆ ไปอาจจะคุ้นเคยกับ “Internet” ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นภาพของการเชื่อมต่อระหว่างคนกับระบบอินเทอร์เน็ตผ่านเครื่องคอมพิวเตอร์ โทรศัพท์มือถือ และอื่น ๆ อีกมากมายหลายรูปแบบ แต่ถ้าพูดถึงคำคำว่า “Internet of Things” ในตอนนี้ อาจจะมีความหมายเกิดความสับสนว่า “Internet” กับ “Things” คืออะไร เกี่ยวข้องกันอย่างไร “คน กับ อินเทอร์เน็ต” ไปสู่ “สิ่งของ กับ อินเทอร์เน็ต”

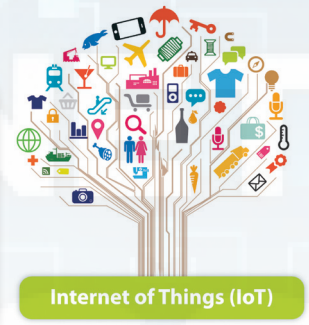
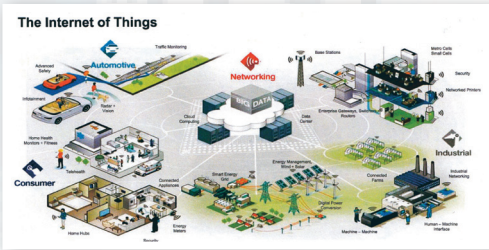
Internet of Things คือ เทคโนโลยีอินเทอร์เน็ตที่เชื่อมอุปกรณ์และเครื่องมือต่าง ๆ เช่น โทรศัพท์มือถือ รถยนต์ ตู้เย็น โทรทัศน์ และอื่น ๆ เข้าไว้ด้วยกัน โดยเครื่องมือต่าง ๆ จะสามารถเชื่อมโยงและสื่อสารกันได้ โดยผ่านระบบอินเทอร์เน็ต โดยมีเป้าหมายคือ ช่วยกันทำงานเพื่อให้คนสะดวกสบายขึ้น โดยที่คนไม่ต้องเข้าไปยุ่งหรือสั่งการเลย

เทคโนโลยีนี้ได้รับการพัฒนาขึ้นมาให้เป็นจริงได้จากการที่ต้นทุนในการผลิตฮาร์ดแวร์ขนาดเล็ก ๆ ถูกกว่าในอดีตมาก ทุกวันนี้อุปกรณ์หรือเครื่องมือต่าง ๆ ที่อยู่รอบตัวไม่ว่าจะเป็นโทรศัพท์ โทรทัศน์ ตู้เย็น รถยนต์ ฯลฯ เริ่มมีความฉลาดมากขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งมักจะได้ยินคำว่า Smart หรือ Intelligence กับสินค้ารุ่นใหม่ ๆ ความ Smart เหล่านี้ นอกเหนือไปจากการทำงานทางด้านต่าง ๆ ที่เพิ่มขึ้นแล้ว ความสามารถด้านหนึ่งที่สำคัญคือการเชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ตเพื่อติดต่อกับระบบภายนอก และสามารถคิดคำนวณหรือทำงานในเรื่องต่าง ๆ แทนคนได้ จากข้อมูลต่าง ๆ ที่ได้รับจากอินเทอร์เน็ต

การก้าวเข้าสู่ยุค Internet of Things ที่หลากหลาย อุปกรณ์สามารถพูดคุยกันเอง และติดต่อสื่อสารผ่าน

โลกอินเทอร์เน็ตโดยไม่ต้องรอคอยให้มนุษย์สั่งการอีกต่อไป ยกตัวอย่างเช่น นาฬิกาที่ผู้ใช้สวมใส่อยู่อาจแจ้งเตือนไปที่เครื่องปรับอากาศ ระบบไฟในบ้าน และแม้กระทั่งเครื่องทำกาแฟผ่านอินเทอร์เน็ตว่าผู้ใช้กำลังเดินทางใกล้ถึงบ้านแล้ว เพื่อให้อุปกรณ์ Internet of Things เหล่านี้เริ่มทำงานทันทีก่อนที่ผู้ใช้จะเดินทางถึงบ้าน โทรศัพท์ที่เข้าสู่ยุคของ Internet of Things อาจได้รับการแจ้งเตือนจากนาฬิกาของผู้ใช้งานว่าเขาจะกลับมา รับชมรายการโปรดไม่ทัน และตัดสินใจจัดรายการเพื่อให้ผู้ใช้ได้รับชมในภายหลัง เสื้อผ้าที่ผู้ใช้สวมใส่อยู่อาจจับทรงทราบว่าผู้ใช้ได้สูญเสียเหงื่อไปมากภายใต้อุณหภูมิที่ร้อนระอุจึงได้แจ้งตู้เย็นให้เตรียมเครื่องดื่มเย็น ๆ ให้กับผู้ใช้

สำหรับตัวอย่างที่เห็นได้ในปัจจุบันนี้ เช่น บริษัทผลิตรองเท้าก็ขายให้หนึ่งได้ใส่ชิปคอมพิวเตอร์เข้าไปในรองเท้า เพื่อให้สามารถตรวจวัดการวิ่งของผู้ใส่ว่า วิ่งเร็วเท่าไร วิ่งกี่ก้าว ลงเท้าหนักแค่ไหน ฯลฯ โดยเก็บสถิติจากเซ็นเซอร์ต่าง ๆ และส่งข้อมูลไปยังสมาร์ตโฟนเพื่อแสดงบนจอภาพให้เห็นว่าวิ่งไปแล้วกี่ก้าว แล้วคำนวณว่าเผาผลาญพลังงานไปแล้วเท่าไร หรือ Smart Watch (นาฬิกาอัจฉริยะ) ของค่ายมือถือต่าง ๆ ที่มีความสามารถพิเศษมากกว่าการบอกเวลา และมีความสามารถในหลาย ๆ ด้าน ไม่ว่าจะเป็นหน้าจอแสดงผลแบบสัมผัส การเชื่อมต่อข้อมูลผ่าน Bluetooth การเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตผ่านระบบ Wi-Fi และ 3G เซ็นเซอร์วัดการเต้นของหัวใจ เซ็นเซอร์วัดอุณหภูมิอากาศ ระบบ GPS ในตัว กล้องดิจิทัลในตัว รวมไปถึงยังสามารถซิงค์ข้อมูลจากสมาร์ตโฟน และสามารถสนทนาผ่าน Smart Watch แทนสมาร์ตโฟนได้อีกด้วย



บริษัทวิจัย Gartner ได้ประเมินว่าจะมี Internet of Things อย่างน้อย 26,000 ล้านอุปกรณ์ภายในปี 2020 นี้ ในขณะที่บริษัทเทคโนโลยี CISCO ได้ประเมินว่าจะมีถึง 50,000 ล้านอุปกรณ์ในปีเดียวกัน ความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญระหว่างอุปกรณ์ในยุคของสมาร์ท (สมาร์ทโฟน สมาร์ททีวี สมาร์ทคาเมรา) และยุคของ Internet of Things ก็คือมนุษย์เป็นผู้ใช้อุปกรณ์สมาร์ทในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต ยกตัวอย่างเช่น มนุษย์ใช้สมาร์ทโฟนเพื่อเล่นเฟซบุ๊ก ในขณะที่ยุคของ Internet of Things ได้บุกเบิกการที่อุปกรณ์สามารถติดต่อสื่อสารกันเองผ่านอินเทอร์เน็ตโดยไม่ต้องรอคอยการสั่งการของมนุษย์ กล่าวคือสรรพสิ่งนั้นเป็นผู้ใช้อินเทอร์เน็ตเสียเอง

นอกเหนือจากเทคโนโลยีอินเทอร์เน็ตแล้ว ปัจจัยสำคัญของ Internet of Things คือระบบเซ็นเซอร์เฉพาะตัวของอุปกรณ์ต่าง ๆ ที่ทำให้สามารถบันทึกข้อมูลที่สำคัญโดยไม่ต้องอาศัยมนุษย์มาคอยกดปุ่มอัปโหลดข้อมูล ยกตัวอย่างเช่น นาฬิกาที่สามารถบันทึกตำแหน่งสถานที่ การเคลื่อนไหว ฯลฯ ของผู้ใช้งาน เสื้อผ้าที่สามารถวัดการสูญเสียเหงื่อ อุณหภูมิ ความชื้น ฯลฯ เป็นต้น

ข้อมูลจากเซ็นเซอร์เหล่านี้ เมื่อประยุกต์ด้วยระบบ Big Data (ระบบวิเคราะห์ข้อมูลที่มีจำนวนมาก) ซึ่งเป็นอีกปัจจัยที่สำคัญของ Internet of Things จะทำให้อุปกรณ์เหล่านี้สามารถตัดสินใจแทนมนุษย์ได้ ยกตัวอย่างเช่น เมื่อประยุกต์ข้อมูลเซ็นเซอร์ของนาฬิกาก็จะรู้ตำแหน่ง สถานที่ การเคลื่อนไหว ฯลฯ ของผู้ใช้งาน ระบบ Big Data จะวิเคราะห์ได้ว่า ผู้ใช้กำลังกลับบ้าน และควรออกคำสั่งอะไรให้กับเครื่องปรับอากาศ ระบบไฟในบ้าน และแม้กระทั่งเครื่องทำกาแฟ เพื่อเตรียมความพร้อมก่อนที่ผู้ใช้จะเดินทางไปถึง ซึ่งทั้งหมดนี้จะเกิดขึ้นโดยที่มนุษย์

อาจไม่ได้สังเกตเห็น เพราะเป็นขั้นตอนของการนำระบบอัตโนมัติมาใช้แทนคนในการสั่งการ

ในปัจจุบันโลกแห่งอินเทอร์เน็ตอาจเต็มไปด้วยข้อมูลจากมนุษย์ เพื่อมนุษย์ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วเป็นข้อมูลจากโซเชียลมีเดีย ไม่ว่าจะเป็นตัวหนังสือ ภาพ เสียง และวิดีโอ ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากนวัตกรรมของบริการข้อมูลข่าวสารแบบสื่อผสม (World Wide Web) ที่ถูกต่อยอดด้วยโซเชียลมีเดีย แต่ในอนาคตอันใกล้โลกแห่งอินเทอร์เน็ตอาจเต็มไปด้วยข้อมูลจากสรรพสิ่ง เพื่อสรรพสิ่ง ที่สรรพสิ่งใด ๆ ก็สามารถใช้อินเทอร์เน็ตได้ การร่วมใช้อินเทอร์เน็ตระหว่างมนุษย์และสรรพสิ่งเป็นแนวคิดใหม่ที่กำลังมาถึง อย่างไรก็ตาม Internet of Things นี้ จำเป็นต้องอาศัยความรู้ความสามารถทางเทคโนโลยีในเชิงลึก ซึ่งรวมไปถึง Big Data ด้วย และไม่ใช่เป็นเพียงสื่อผสมที่ไม่จำเป็นต้องรู้ลึกถึงเทคโนโลยีอีกต่อไป

- ที่มา : <http://m.strategic-man.com/articles/detail/19>
<http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/628142>
<http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/634351>
http://www.catdatacom.com/th/site/news/news_detail/182
<http://www.thaimobilecenter.com/article-2557/lastest-smartwatch-which-wearable-devices-is-best-for-you.asp>



กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : หลักสากล ประเทศไทย และประเทศในภูมิภาคอาเซียน

ณัฐธัญญา เลอฟิลิแบร์ต*

ความสำคัญของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าไม่ใช่กฎหมายใหม่สำหรับประเทศไทย แต่หลายคนอาจจะยังสงสัยว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นมีความสำคัญอย่างไร ผู้เขียนเขียนบทความชิ้นนี้ขึ้นเพื่อให้ตระหนักถึงความสำคัญของการมีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและการให้มีการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวอย่างเคร่งครัด วัตถุประสงค์หนึ่งของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าคือ เพื่อให้มีการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาด นอกจากนี้แล้วการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการขนาดเล็กหรือผู้ประกอบการขนาดใหญ่ อย่างไรก็ตาม แต่ละประเทศอาจมีวัตถุประสงค์หลักของการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่แตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น วัตถุประสงค์หลักของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกาคือ การแข่งขันที่เป็นธรรม ในขณะที่ฟากสหภาพยุโรปนั้นมองประเด็นเรื่องประโยชน์สูงสุดของผู้บริโภคเป็นหลัก สำหรับประเทศไทยนั้น เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าคือ เพื่อป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจอย่างเป็นระบบ อันจะเป็นการส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้กฎหมาย

ฉบับนี้ของประเทศไทยยังคงมีปัญหาอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากพิจารณาจากรายได้ต่อปีของบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ในช่วงสองถึงสามปีที่ผ่านมาจะเห็นว่าบริษัทขนาดใหญ่มีรายได้เพิ่มขึ้น ในขณะที่บริษัทขนาดเล็กมีรายได้ลดลง และจำนวนบริษัทในตลาดหลักทรัพย์ก็ลดจำนวนลง จากรายงานวิจัยของทีดีอาร์ไอพบว่า บริษัทที่มีรายได้สูงสุดจำนวนร้อยละ ๑๐ แรกของตลาดหลักทรัพย์มีรายได้จำนวนกว่าร้อยละ ๘๐ ของจำนวนรายได้ทั้งหมดของทุกบริษัทรวมกัน อาจจะสันนิษฐานได้ว่าบริษัทขนาดใหญ่ใช้อำนาจเหนือตลาดของตนอย่างไม่เป็นธรรมในการกำหนดราคาสินค้า ทำให้บริษัทขนาดย่อมไม่สามารถยืนอยู่ได้และต้องออกจากตลาดในที่สุด ในขณะที่บริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาดสามารถกุมอำนาจในตลาดนั้น ๆ ต่อไป สถานการณ์ดังกล่าวเป็นสถานการณ์ในปัจจุบันที่ยังไม่มีการเปิดตลาดประชาคมอาเซียน AEC อย่างสมบูรณ์

ประเด็นที่ต้องคิดต่อไป คือ เมื่อมีการเปิดตลาดประชาคมอาเซียนในเดือนธันวาคม พ.ศ. ๒๕๕๘ นี้ จะเกิดอะไรขึ้นหากประเทศไทยเรายังคงใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒ และยังคงไม่บังคับใช้กฎหมายฉบับดังกล่าวนี้จริงจริง

ในบทความชิ้นนี้ ผู้เขียนจะขออธิบายถึงหลักสากลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า กฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยและของประเทศอื่นในภูมิภาคอาเซียน

* นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ สำนักกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

หลักสากลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

หลักสากลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า กำหนด (๑) ห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuses of a dominant power) (๒) ห้ามการตกลงร่วมกันที่ทำลาย ขัดขวางหรือจำกัดการแข่งขัน (Agreements that restrict competition) (๓) การควบคุมพฤติกรรมเกี่ยวกับการควบรวมกิจการ (Merger control) (๔) ห้ามการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair trade practice)

(๑) หลักการห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuses of a dominant power) หากตลาดของประเทศไม่ใหญ่พอที่จะให้ผู้ประกอบการจำนวนมาก จึงจำเป็นต้องยอมรับการที่ตลาดสินค้าและบริการที่มีลักษณะผู้ค้ำน้อยราย (oligopoly) เพื่อให้ผู้ประกอบการได้รับประโยชน์จากการประหยัดจากขนาดได้ (economy of scale) และเมื่อเป็นเช่นนั้น จะมีผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) ซึ่งการที่ผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาดนี้จะสามารถใช้อำนาจดังกล่าวในการขึ้นราคาสินค้า บทบาทของบทบัญญัติเรื่องการห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuses of a dominant power) คือ การควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ เช่น การขายพ่วง (tying) หรือ การกำหนดราคาสินค้าให้ต่ำกว่าทุนเพื่อกำจัดคู่แข่ง (predatory pricing) เป็นต้น

(๒) หลักห้ามการตกลงร่วมกันที่ทำลาย ขัดขวางหรือจำกัดการแข่งขันหลักห้ามการตกลงร่วมกันที่ทำลาย ขัดขวางหรือจำกัดการแข่งขัน หมายถึงการทำความตกลงร่วมกันทั้งแบบเปิดเผยและไม่เปิดเผยเพื่อผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างบริษัท การทำความตกลงที่จะจำกัดการแข่งขันโดยอาจเป็นเรื่องราคา การผลิต การตลาดและลูกค้า ซึ่งการทำความตกลงประเภทนี้มีผลเพิ่มราคาสินค้า จำกัดผลผลิตและผลที่เกิดขึ้นเป็นผลร้ายต่อเศรษฐกิจ โดยอาจจะกระทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ก็ได้

(๓) การควบคุมพฤติกรรมเกี่ยวกับการควบรวมกิจการ (Merger control) หมายถึง การที่กิจการไม่น้อยกว่าสองแห่งมารวมกันหรือควบรวมเป็นกิจการเดียวกัน เพื่อใช้ทรัพยากรให้เกิดผลตอบแทนสูงสุด แม้การควบกิจการอาจก่อให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ สามารถ

ลดต้นทุนการผลิต แต่อาจทำให้การแข่งขันในตลาดลงหรือหายไปได้ เป็นการเปลี่ยนโครงสร้างของตลาด เกิดการกระจุกตัว เกิดการผูกขาดในตลาด หรืออาจเป็นการกีดกันขัดขวางการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ ดังนั้น จึงต้องมีการควบคุมจากหน่วยงานการแข่งขันทางการค้า

(๔) ห้ามการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair trade practice) การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้นเป็นบทบัญญัติซึ่งมีขอบเขตที่กว้างมากและมีวัตถุประสงค์เพื่อจับการกระทำผิดทุกกรณี (catch-all provision) การกระทำที่อาจเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เช่น การร่วมกันปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วย (Concerted refusal to deal) การตั้งราคาที่แตกต่างกัน (Discriminatory pricing) เป็นต้น

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

หากพิจารณาหลักสากลกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๕๒ จะเห็นว่ากฎหมายของประเทศไทยได้นำมาจากหลักสากล

หลักการห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuses of a dominant power) ปรากฏอยู่ในมาตรา ๒๕ แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ ซึ่งกำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจตลาดกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม หรือกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรม หรือ ระบุ ผลิต หรือจำกัด การบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบ การนำเข้าในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เป็นต้น

หลักห้ามการตกลงร่วมกันที่ทำลาย ขัดขวางหรือจำกัดการแข่งขัน ปรากฏอยู่ในมาตรา ๒๗ แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ ซึ่งกำหนด “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้”

การควบคุมพฤติกรรมเกี่ยวกับการควบรวมกิจการ (Merger control) ปรากฏอยู่ในมาตรา ๒๖ แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ซึ่งกำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจการอำนวยความสะดวกหรือการจัดการการขออนุญาตตามวรรคหนึ่งให้ผู้ประกอบธุรกิจยื่นคำขอต่อคณะกรรมการตามมาตรา ๓๕

การห้ามการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair trade practice) ปรากฏอยู่ในมาตรา ๒๙ แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า กำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมและมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดขวางกีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่นหรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ

อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศไทยจะเป็นประเทศแรกในอาเซียนที่มีกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒) แต่เป็นที่รู้กันว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวนี้ ไม่ได้ได้รับการใส่ใจมากนัก และหากพิจารณากฎหมายของไทยกับหลักกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสากลจะพบว่า กฎหมายการแข่งขันการค้ายังคงต้องปรับปรุง ผู้เขียนจะขอยกตัวอย่างมาตราที่สมควรที่จะได้รับการพิจารณาเพื่อการแก้ไขปรับปรุง

- มาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า กำหนดให้พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ใช่บังคับกับการกระทำของรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณกลุ่มเกษตรกร สหกรณ์ หรือชุมนุมสหกรณ์ ซึ่งมีกฎหมายรองรับและมีวัตถุประสงค์ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพของเกษตรกร หรือธุรกิจตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง

การกำหนดตามมาตรา ๔ ดังกล่าวทำให้อุตสาหกรรมที่แต่เดิมเคยเป็นของรัฐ แต่ได้ทำการแปรรูปเป็นรัฐวิสาหกิจนั้น สามารถกระทำการใด ๆ ที่อาจเป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อการแข่งขันทางการค้าได้ ส่งผลให้การแข่งขันระหว่างรัฐวิสาหกิจและผู้ประกอบเอกชนไม่เป็นธรรม

- มาตรา ๒๕ (๒) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ซึ่งวางหลักห้ามมิให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดนำเงื่อนไขการขายพ่วงที่มีลักษณะการบังคับไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมให้ผู้ประกอบธุรกิจ ในฐานะเป็นลูกค้าต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า แต่กลับไม่มีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนถึงหลักเกณฑ์ของการห้ามการขายพ่วง และไม่มี ความชัดเจนในปรัชญาของมาตรการดังกล่าวว่าเจตนาคุ้มครองผู้ประกอบธุรกิจ เป็นลูกค้าหรือการแข่งขันที่จะนำไปสู่ประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจ

- มาตรา ๒๖ แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ที่วางหลักเรื่องการควบคุมพฤติกรรมเกี่ยวกับการควบรวมกิจการ แต่กลับไม่มีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ทำให้เป็นการยากต่อผู้ประกอบธุรกิจที่จะคาดการณ์ว่าการกระทำของตนนั้นถูกกฎหมายหรือไม่

- โครงสร้างของคณะกรรมการที่มิเน้นการเมืองเป็นส่วนหนึ่งของคณะกรรมการ

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในอาเซียน

ประเทศในอาเซียนนั้นมีอยู่ ๕ ประเทศที่ยังไม่มีกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และอยู่ในขั้นตอนการร่างกฎหมาย หรือการรอเข้าสภา กล่าวคือ ประเทศบรูไน กัมพูชา ลาว เมียนมาร์ และฟิลิปปินส์ ผู้เขียนจะทำการเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ ในภูมิภาคอาเซียน ได้แก่ ตัวบ่งชี้อำนาจทางการตลาด การควบคุมพฤติกรรมเกี่ยวกับการควบรวมกิจการ



ตัวบ่งชี้อำนาจตลาดของประเทศต่าง ๆ ในภูมิภาคอาเซียน

ประเทศ	มีกฎหมายการ แข่งขัน ทางการค้า	ตัวบ่งชี้อำนาจเหนือตลาด
บรูไน	-	-
กัมพูชา	-	-
อินโดนีเซีย	✓	- ส่วนแบ่งตลาดร้อยละ ๕๐ หรือมากกว่าสำหรับธุรกิจหรือกลุ่มธุรกิจ
ลาว	-	-
มาเลเซีย	✓	ร้อยละ ๖๐ หรือมากกว่า
เมียนมาร์	-	-
ฟิลิปปินส์	-	-
สิงคโปร์	✓	ร้อยละ ๖๐ หรือมากกว่า
ไทย	✓	- ส่วนแบ่งตลาดร้อยละ ๕๐ หรือมากกว่าและผลประกอบการ อย่างต่ำ ๑,๐๐๐ ล้านบาท สำหรับผู้ประกอบการ - ส่วนแบ่งตลาดร้อยละ ๗๕ หรือมากกว่าและผลประกอบการ อย่างต่ำ ๑,๐๐๐ ล้านบาท สำหรับผู้ประกอบการที่อยู่ในสาม อันดับแรก
เวียดนาม	✓	- ส่วนแบ่งตลาดร้อยละ ๓๐ หรือมากกว่าสำหรับบริษัทหนึ่งบริษัท - ส่วนแบ่งตลาดร้อยละ ๕๐ หรือมากกว่าสำหรับกลุ่มบริษัทสองบริษัท - ส่วนแบ่งตลาดร้อยละ ๖๕ หรือมากกว่าสำหรับกลุ่มบริษัทสามบริษัท - ส่วนแบ่งตลาดร้อยละ ๗๕ หรือมากกว่าสำหรับกลุ่มบริษัทสี่บริษัท



การควบคุมพฤติกรรมเกี่ยวกับการควรรวมกิจการในอาเซียน

ประเทศ	กฎระเบียบเรื่อง การควรรวมกิจการ	หลักเกณฑ์การแจ้งเรื่อง การควรรวมกิจการ (Notification Threshold)
บรูไน	-	เฉพาะในส่วนของธุรกิจโทรคมนาคม
กัมพูชา	ไม่มี	ไม่มี
อินโดนีเซีย	มี	กำหนดให้แจ้งหลังการควรรวมกิจการ (๑) สินทรัพย์ตั้งแต่ ๒.๕ พันล้านรูเปีย และ/หรือ (๒) มูลค่าการ ขายตั้งแต่ ๕ พันล้านรูเปีย (๒๐ พันล้านรูเปีย หากเป็นทรัพย์สิน ในภาคธุรกิจธนาคาร)
ลาว	ไม่มี	ไม่มี
มาเลเซีย	ไม่มี	ไม่มี
เมียนมาร์	ไม่มี	ไม่มี
ฟิลิปปินส์	ไม่มี	ไม่มี
สิงคโปร์	มี	กำหนดให้เป็นการแจ้งโดยสมัครใจเมื่อการควรรวมกิจการนั้น ทำให้เกิดส่วนแบ่งตลาดที่ (๑) ตั้งแต่ร้อยละ ๔๐ ขึ้นไป หรือ (๒) ร้อยละ ๒๐-๔๐ และส่วนแบ่งตลาดของบริษัทที่ใหญ่ที่สุด สามบริษัทแรกตั้งแต่ร้อยละ ๗๐ ขึ้นไป
ไทย	มี	จะมีการเผยแพร่ในอนาคต
เวียดนาม	มี	กำหนดให้แจ้งหากส่วนแบ่งตลาดจากการควรรวมกิจการมากกว่า ร้อยละ ๓๐

คำตัดสินล่าสุดของคณะกรรมการการแข่งขัน
ทางการค้าของประเทศต่าง ๆ ในภูมิภาคอาเซียน

(๑) ตัดสินล่าสุดของคณะกรรมการการแข่งขัน
ทางการค้าของสิงคโปร์

คำตัดสินล่าสุดของคณะกรรมการการแข่งขัน
ของสิงคโปร์เป็นคำตัดสินในคดี Cartel ที่ประกอบด้วย
ผู้ประกอบการต่างชาติและผู้ประกอบการในประเทศ

เมื่อวันที่ ๑๑ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๕๗ ที่ผ่านมา
คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์ หรือ

the Competition Commission of Singapore (CCS)
ตัดสินว่า ผู้ประกอบการจัดส่งสินค้า (freight forwarder)
กระทำการขัดต่อมาตรา ๓๔ แห่ง Competition Act*
โดยทำการกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าเก็บเงินเพิ่ม
แลกเปลี่ยนราคาและให้ข้อมูลลูกค้าที่ใช้บริการขนส่ง
สินค้าจากญี่ปุ่นไปยังสิงคโปร์ บริษัทญี่ปุ่นและสิงคโปร์
จำนวน ๑๐ บริษัท จากจำนวนบริษัทใน cartel ทั้งหมด
๑๑ บริษัทถูกปรับเป็นเงินรวมทั้งสิ้น ๗,๑๕๐,๘๕๒
สิงคโปร์ดอลลาร์ (๑๗๕.๗ ล้านบาท) บริษัทที่ให้ข้อมูล

* Section 34 of the Competition Act กำหนดว่า “agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings or concerted practices which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within Singapore are prohibited unless they are exempt in accordance with the provisions of this Part”

เรื่อง cartel ดังกล่าวได้รับการยกเว้นค่าปรับทั้งหมดตาม
โครงการ leniency

อนึ่ง การกำหนดราคาระหว่างคู่แข่ง (Price
fixing between competitors) จัดเป็นหนึ่งใน
พฤติกรรมที่ขัดต่อการแข่งขันทางการค้าที่ร้ายแรงที่สุด
เนื่องด้วยพฤติกรรมดังกล่าวบิดเบือนการค้าระหว่างผู้ร่วม
กำหนดราคาและผู้บริโภค ซึ่งทำให้ผู้บริโภคต้องซื้อสินค้า
หรือบริการในราคาสูง

(๒) คำตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขัน
ทางการค้าของเวียดนาม กรณีบริษัทน้ำมันสายการบิน
เวียดนามแอร์ (Vietnam Air Petrol Company)

วันที่ ๑๔ เมษายน พ.ศ. ๒๕๕๒ คณะกรรมการ
การแข่งขันทางการค้าของเวียดนามปรับบริษัทน้ำมัน
สายการบินเวียดนามแอร์ (Vietnam Air Petrol
Company) ซึ่งเป็นบริษัทผูกขาดการจำหน่ายน้ำมัน
เครื่องบินในสนามบินเวียดนาม จำนวน ๓.๓๗๘ พันล้าน
ดอง (หรือประมาณ ๔.๘ ล้านบาท) กรณีใช้อำนาจเหนือ
ตลาดโดยมิชอบในการจำหน่ายน้ำมันให้แก่สายการบิน
พาณิชย์ที่สนามบินภายในของเวียดนาม ในกรณีดังกล่าว
บริษัทน้ำมันสายการบินเวียดนามแอร์ (Vietnam Air
Petrol Company) ปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียม กล่าวคือ
จำหน่ายน้ำมันเครื่องบินให้กับลูกค้าซึ่งเป็นสายการบินอื่น
(Jetstar Pacific Airlines) ในราคาที่สูงกว่าราคาที่
จำหน่ายให้แก่ Vietnam Air ซึ่งเป็นบริษัทที่มีหุ้นอยู่ใน
บริษัทน้ำมันสายการบินเวียดนามแอร์ (Vietnam Air
Petrol Company)

(๓) คำตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขัน
ทางการค้าของอินโดนีเซีย

เดือนพฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๕๖ คณะกรรมการ
การแข่งขันทางการค้าสั่งปรับผู้ดำเนินธุรกิจท่าเรือท้องถิ่น
เป็นเงินจำนวน ๔.๗๗ พันล้านรูปี (๑๒ ล้านบาท) กรณี
ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ จากการขายพ่วงซึ่งส่งผล
ทำให้ธุรกิจท้องถิ่นปิดตัวลง

สรุป

แม้ว่าภาษีศุลกากรสำหรับสินค้าส่วนใหญ่ที่นำเข้า
จากประเทศในอาเซียนจะเป็นร้อยละศูนย์แล้ว แต่ก็ยัง
คงมีสินค้าบางประเภท เช่น สินค้าอ่อนไหว ที่ยังคงต้อง
เสียภาษีนำเข้าอยู่ เมื่อมีการเปิดตลาดประชาคมอาเซียน
ในเดือนธันวาคม พ.ศ. ๒๕๕๘ ภาษีสินค้าทุกประเภทที่
นำเข้าจากประเทศอาเซียนจะต้องค่อย ๆ ปรับลดลงจน
เป็นศูนย์ ผู้ประกอบการของไทยจะต้องประสบกับการนำ
เข้าสินค้าต้นทุนต่ำจากประเทศเพื่อนบ้านในอาเซียน
สินค้านั้นๆ นั้นไม่ใช่ปัญหา แต่หากเป็นการขายสินค้า
ราคาต่ำเพื่อจำกัดคู่แข่งทางการค้าท้องถิ่นและเป็นการ
กระทำของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดแล้ว
ตามหลักทฤษฎี การกระทำดังกล่าวขัดต่อกฎหมายการ
แข่งขันทางการค้า หากคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า
ของไทยสนใจที่จะปรับปรุงหลักเกณฑ์อำนาจเหนือตลาด
ให้มีความสอดคล้องกับความเป็นจริงและมีการบังคับ
ใช้อย่างเคร่งครัด ผู้บริโภคเองต่างหากที่จะเป็นผู้ได้รับ
ประโยชน์จากการปรับปรุงหลักเกณฑ์ดังกล่าว เนื่องจาก
ในตลาดสินค้าทั่วไป การมีผู้ประกอบการจำนวนมากจะ
ทำให้ผู้ประกอบการแข่งขันกันที่ราคาและการพัฒนา
สินค้า ในขณะที่การมีผู้ประกอบการน้อยรายนั้น หรือ
การเป็นตลาดผูกขาดนั้น ทำให้ผู้บริโภคมีตัวเลือกที่จำกัด
และอาจจะต้องซื้อสินค้าที่มีราคาสูงกว่าราคาตลาด
ปกติ



ทฤษฎีบริษัท (Theories of the Firm) : กลไกการทำงานของนิติบุคคลและระบบราชการ

ธรรมนิตย์ สุมนต์กุล*

ทฤษฎีบริษัท (Theories of The Firm) ที่นักเศรษฐศาสตร์นำเสนอไม่ได้เป็นเรื่องของกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายธุรกิจเท่านั้น ยังเป็นกลไกการทำงานของนิติบุคคลซึ่งรวมถึงการทำงานของหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นหน่วยการผลิตด้วยเช่นกัน จะต่างกันก็แต่ผลผลิตและแรงจูงใจในการประกอบการขององค์กรทั้งสองประเภท แต่ที่เหมือนกันคือกลไกที่จะช่วยให้การทำงานมีประสิทธิภาพ ซึ่งในการเรียนกฎหมายกฎหมายหุ้นส่วนบริษัทของคณบดีผมก็ไม่เคยรู้หลักการเหล่านี้ ทำให้ไม่เข้าใจกฎหมายและความสำคัญของกฎหมาย ลักษณะหุ้นส่วนบริษัท ในเรื่องบรรษัทภิบาล หรือ corporate governance หรือหลักการที่จำเป็นต้องมีในกฎหมายการบริหารงานบุคคลภาครัฐ

ทฤษฎีบริษัท (Theories of The Firm) เป็นการนำเสนอโดย Ronald Coase^๑ ที่ตั้งคำถามว่า “หน่วยการผลิต” หรือ “firm”^๒ มีขึ้นมาเพื่ออะไร และทำไมคำถามทั้งสองนี้จะเป็นพื้นฐานนำไปสู่การทำความเข้าใจสภาพการทำงานของนิติบุคคล และความสัมพันธ์ระหว่างนิติบุคคลกับผู้จัดการและบุคคลภายนอก ตลอดจนหลักธรรมาภิบาลหรือบรรษัทภิบาลในวงการธุรกิจ (corporate governance) และของส่วนราชการด้วย

เมื่อนำหลักการนี้มาเปรียบเทียบกับการผลิตในระบบราชการ (ระบบราชการก็เป็นการรวมกันของคนเพื่อทำการผลิต) แล้ว แม้ในระบบราชการไม่มีคำถามจริงจังว่าหน่วยราชการเกิดขึ้นมาทำไม เพื่ออะไรก็ตาม เว้นแต่ในกฎหมายปกครองคงมีคำถามว่าหน่วยราชการทำงานด้วยกฎเกณฑ์อะไร เพื่อที่จะเกิดความชอบด้วยกฎหมาย เป็นธรรม มีความรับผิดชอบ และโปร่งใสในการปฏิบัติราชการ เราลองทำความเข้าใจทฤษฎีบริษัทในทางเศรษฐศาสตร์ดูบ้าง

ทฤษฎีบริษัทมาจากบทความสัมมนาเรื่อง “The Nature of the Firm” (1937) ของ Ronald Coase บทความนี้ได้รับความสนใจจากบรรดานักเศรษฐศาสตร์และนักกฎหมาย โดยเฉพาะในปริมนชดของวิชากฎหมายและเศรษฐกิจ (Law and Economics) ทฤษฎีบริษัทในปัจจุบันนี้พัฒนาและประกอบขึ้นด้วยการอธิบายของทฤษฎีย่อยหลายทฤษฎี ทฤษฎีบริษัทจึงเป็นกรอบความคิดรวม ๆ ที่อธิบายถึงความมีอยู่และธรรมชาติของบริษัท และอธิบายในรายละเอียดด้วยความคิดย่อย อันได้แก่ ทฤษฎีตัวแทน (Theory of Agency) สัญญา (Contract) ทฤษฎีต้นทุนธุรกรรม (Transaction Cost Theory) อสมมาตรของข้อมูล

* รองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

^๑ Ronald Coase (1910 - 2013) นักเศรษฐศาสตร์ชาวอังกฤษ ศาสตราจารย์ Emeritus of Economic, University of Chicago Law School และเจ้าของรางวัลโนเบลสาขาเศรษฐศาสตร์ ปี ๑๙๙๑

^๒ หน่วยการผลิตหรือบริษัทหรือ firm เป็นคำในภาษาเศรษฐศาสตร์ แต่ในความหมายของนักนิติศาสตร์ที่เราเข้าใจกันในความหมายอย่างกว้างหมายถึง นิติบุคคล ห้างหุ้นส่วน บริษัท สมาคม หน่วยธุรกิจ ฯลฯ ที่บุคคลรวมตัวกันเพื่อประกอบการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยการแบ่งงานกันทำ กำหนดอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบ วินัย เอกภาพของการบังคับบัญชาและเอกภาพทิศทางในการทำงาน โดยกำหนดสายการบังคับบัญชาอย่างละเอียดรัดกุม เน้นประโยชน์ส่วนรวมเหนือประโยชน์ส่วนบุคคล ไม่มีลักษณะส่วนตัว ทำงานด้วยกฎระเบียบ กำหนดค่าตอบแทนตามผลงาน (ทฤษฎีนี้เรียกว่า Weberian idealized theory of public administration bureaucracy)

ข่าวสาร (Asymmetry Information) หน้าที่ที่พึงมีต่อกันด้วยความสุจริต (Fiduciary Duty) และแม้กระทั่งทฤษฎีพฤติกรรมในการบริหารจัดการ (Managerial and Behavioral Theories) ซึ่งเราจะได้เห็นกันต่อไป

ก่อนปี ๑๙๓๐ นั้น เรามีความรู้เรื่องนี้้น้อยมาก Adam Smith (1723 - 1790) เคยกล่าวถึงการประกอบ การในรูปของการรวมตัวของบุคคลไว้บ้าง แต่ก็เพียง เป็นการเสนอสร้างสภาพนิติบุคคลทางกฎหมายต่างหาก เพื่อประโยชน์ในการแข่งขัน เนื่องจากเป็นการที่เอกชน จะแสวงหาผลประโยชน์ในตลาดได้ดีกว่าการที่แต่ละคน ตกลงทำการค้าขายกันเอง ส่วนคำอธิบายในทางกฎหมาย เราเข้าใจกันว่าบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนบริษัทเป็นการ รวมกันของปัจเจกชน เข้ามาผูกพันภายใต้การกำหนด ของความสัมพันธ์ทางกฎหมาย ที่ในนั้นแต่ละคนมีความ พึงพอใจที่จะเลือกตกลงกันและมีค่านิยมของตน ส่วนใน ภายหลังที่กลายเป็นว่ามีปรากฏการณ์ผูกขาดในตลาด เนื่องจากการรวมตัวเป็นนิติบุคคลนั้น กฎหมายต้องขจัด ออกไป อันเป็นที่มาของกฎหมาย antitrust law แต่ก็ยัง ไม่มีคำอธิบายว่าทำไมปัจเจกจึงรวมตัวกันหาประโยชน์ เช่นนั้นในการทำธุรกิจ ส่วนทางกฎหมายมหาชนได้รับ คำอธิบายว่าหน่วยราชการเป็นการจัดองค์กรขนาดใหญ่ (bureaucracy) ต้องมีวิธีจัดการองค์กรแบบข้อเสนอ ของ Max Weber นักเศรษฐศาสตร์การเมืองและ นักสังคมวิทยาแล้วก็จะ

ทฤษฎีบริษัทศึกษาเรื่องอุปทาน (supply) ในการทำกำไรในตลาดของตัวแทนเพื่อตัวการ หรืออีก คำถามหนึ่งก็คือตัวแทนของห้างหรือผู้จัดการบริษัท (agent) ทำกำไรให้ตัวการ (principal) ได้อย่างไร

ในทฤษฎีนี้ ต้นทุนการผลิตเป็นสิ่งที่สำคัญมาก แต่ นอกจากต้นทุนการผลิตแล้วเราจะต้องดู “ต้นทุนการ ทำธุรกรรม” (transaction Cost) ด้วย ต้นทุนการทำ ธุรกรรม คือ ค่าใช้จ่ายอื่น ๆ นอกจากราคาสินค้าหรือ บริการ^๓ การลดต้นทุนการทำธุรกรรมหรือเพื่อการ ประหยัดจึงเป็นที่มาของคำอธิบายส่วนหนึ่งของกำเนิด บริษัท ทฤษฎีนี้ต่อมาได้ขยายความโดย Oliver Williamson^๔ รู้จักกันในชื่อของ “transaction-cost economics” (Williamson, 1985) หรือ Economics of Organization

ทฤษฎีบริษัทยังอธิบายได้ ด้วยทฤษฎี ตัวแทน (Agency Theory) และสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ (incomplete contract)

๑. ทฤษฎีตัวแทน (Agency Theory)

เมื่อตัวแทนมีอำนาจใช้ดุลพินิจตัดสินใจแทน ตัวการ ตัวแทนจะกระทำการแทนตัวการหรือไม่ก็ได้ เป็นเรื่องเกี่ยวกับโอกาส (opportunism) เขาอาจใช้ โอกาสนี้กระทำการเพื่อประโยชน์ของตนเองด้วย ถ้าตัวแทนได้รับค่าตอบแทนในการจัดการที่ไม่สัมพันธ์ กับความพยายามของเขาในการกระทำการ ตัวแทน จะไม่มีแรงจูงใจทุ่มเทกับการความพยายามกระทำการ ต้นทุนดำเนินการของสัญญาตัวการ-ตัวแทน (agency cost) จึงมีได้สองประการ คือ (๑) ตัวการเสียประโยชน์ ที่ควรได้ และ (๒) มีต้นทุนในการควบคุมดูแลตัวแทน

เมื่อนำความคิดนี้มาใช้กับการดำเนินการของ บริษัท ก็จะต้องมีการป้องกันในทางกฎหมายเพื่อไม่ให้ เกิดการฉ้อโกงและการกระทำที่ไม่สุจริตเกิดขึ้น การลด

^๓ “transaction cost” หรือ ต้นทุนธุรกรรม หมายถึง ค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นจากการทำการซื้อขายสินค้าหรือบริการต่าง ๆ ที่นอกเหนือ จากราคาหรือมูลค่าของสินค้าหรือบริการนั้น เช่น ค่าใช้จ่ายในการโอนหรือส่งมอบสินค้า ค่าใช้จ่ายหรือเวลาในการเจรจาต่อรอง ค่าใช้จ่ายในการบังคับการตามสัญญา – พจนานุกรมศัพท์เศรษฐศาสตร์ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พิมพ์ครั้งที่ ๒ และ- ภาครตร ปริดาศักดิ์, พจนานุกรมเศรษฐศาสตร์ให้นิยามว่า “transaction cost” หรือ ต้นทุนธุรกรรม “โสหุ่ย” กัว่า หมายถึง ต้นทุนหรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นจากการทำการซื้อขายสินค้าหรือบริการต่าง ๆ ที่นอกเหนือจากราคาหรือมูลค่าของสินค้าหรือบริการนั้น เช่น ต้นทุนในการ สืบเสาะหา ต้นทุนเกี่ยวกับแหล่งซื้อขายและตัวสินค้าหรือบริการ (ราคา คุณภาพ) หรือต้นทุนสืบเสาะ (search cost) ต้นทุนในการ เจรจาต่อรอง (negotiation cost) ต้นทุนในการทำสัญญา (contracting cost) ต้นทุนในการโอนหรือส่งมอบสินค้า (transfer cost) ต้นทุนในการฟ้องร้องหรือต้นทุนในการบังคับสัญญา (enforcing cost) เป็นต้น – ภาครตร ปริดาศักดิ์, พจนานุกรมเศรษฐศาสตร์, โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๕๔๙.

^๔ Oliver Williamson (เกิด ๑๙๓๒) นักเศรษฐศาสตร์ชาวอเมริกัน ศาสตราจารย์ University of California, Berkley หนึ่งใน นักเศรษฐศาสตร์สำนัก New Institutional Economic เจ้าของรางวัลโนเบลสาขาเศรษฐศาสตร์ ปี ๒๐๐๙



ต้นทุนเกี่ยวกับโอกาส (opportunism) นี้ก็จะเกิดขึ้นได้ แต่ก็ยังมีปัญหาเกี่ยวกับการสร้างความไว้วางใจของตัวแทนและการวางโครงสร้างของบริษัทเพื่อให้เกิดความไว้วางใจในการทำงานว่าควรจะเป็นอย่างไร

ในทฤษฎีบริษัทโดยการอธิบายของการกระทำของตัวการ-ตัวแทนนี้ ยังมีเรื่องความรับผิดชอบที่มีย่อยอย่างจำกัด (limited liability) ที่ทำให้ผู้ถือหุ้นไม่สามารถควบคุมการจัดการของผู้จัดการได้ ทำให้เกิดปัญหาการขัดกันของผลประโยชน์ในการจัดการหรือ agency conflict ความรับผิดชอบอย่างจำกัดหมายถึงว่าบริษัทย่อมต้องรับผิดชอบในหนี้ของบริษัทเอง ผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบเพียงราคาของหุ้นเท่านั้น อีกนัยหนึ่งคือเขาร่วมแบ่งปันผลประโยชน์ของบริษัทแต่ไม่รับผิดชอบถ้าบริษัทสูญเสียประโยชน์ทั้งหมด หลักความรับผิดชอบโดยจำกัดของผู้ถือหุ้นจึงเป็นการผลักความเสี่ยงจากความเสี่ยงจากบริษัทล้มเหลวจากการถือหุ้นของบริษัทไปยังเจ้าหน้าที่ ทั้งสองกรณีเจ้าของบริษัทและผู้จัดการจึงมีแรงจูงใจอย่างมากในการรับความเสี่ยงในขณะที่เจ้าหน้าที่รับภาระต่อกรล้มละลาย ซึ่งในสายตาของเศรษฐศาสตร์เป็นการใช้ทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพ

ความหลากหลายของผู้ถือหุ้นในบริษัทมหาชนที่ไม่สามารถควบคุมการปฏิบัติงานของผู้จัดการได้มาจากเหตุผลหลายประการ เช่น ปัญหาที่เกิดจากความร่วมมือนอกจากผู้ถือหุ้นที่มีความหลากหลายแล้ว ยังเป็นการรวมกันของความเชื่อร่วมกันของผู้ถือหุ้น ที่ผู้ถือหุ้นแต่ละคนมีเหตุผลที่จะไม่ร่วมมือ ลองคิดว่าถ้าคุณเป็นเสียส่วนน้อยของผู้ถือหุ้น การที่คุณจะเข้าร่วมประชุมผู้ถือหุ้นหรือเข้าดูแลควบคุมการจัดการของผู้จัดการย่อมมีน้อยลง เพราะการควบคุมมีต้นทุน (transaction cost

of controlling) (เงินและเวลา) ไม่คุ้มกับประโยชน์ที่จะได้รับ สาเหตุนี้เป็นเหตุผลเพียงพอที่จะไม่เข้าร่วมควบคุมการดำเนินงานของบริษัท นอกจากนี้ปัญหาของ free rider ผู้ถือหุ้นแต่ละคนจะเลี่ยงปัญหา cost of controlling โดยหวังว่าผู้ถือหุ้นคนอื่นจะทำแทน ก็นำไปสู่ปัญหาส่วนรวม (collective action problem) ผู้ถือหุ้นแต่ละคนจะหาเหตุผลที่จะไม่เข้าร่วม ซึ่งผลสุดท้ายก็คือไม่มีใครควบคุมดูแลผู้จัดการ ก็หมายความว่าแรงจูงใจในการควบคุมบริษัทไม่ไปกับการถือหุ้น ก่อให้เกิดปัญหา “โอกาส” ในหลายรูปแบบ

ปัญหาการใช้ทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพนี้ ต้องการกฎหมายเข้ามาแก้ไขแทรกแซง กฎหมายจะปรับปรุงสิทธิในการออกเสียงของผู้ถือหุ้น เช่น ด้วยความช่วยเหลือของผู้ถือหุ้นข้างน้อย ในส่วนของความรับผิดชอบ (accountability) ในการจัดการเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นข้างน้อยก็กำหนดโทษทางอาญาผู้จัดการเมื่อมีความประพฤติผิดกฎหมาย บังคับให้มีการประชาสัมพันธ์และการเปิดเผยอาจช่วยลดภาวะความไม่สมดุลของข่าวสาร ข้อมูลระหว่างคู่สัญญาทุกฝ่ายเพื่อนำไปสู่การควบคุมที่ดีขึ้น

๒. สัญญาที่ไม่สมบูรณ์ (Incomplete contract)

ในทฤษฎีบริษัทยังมีคำอธิบายด้วยทฤษฎีสัญญา โดยเฉพาะการทำสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ (incomplete contract) นักเศรษฐศาสตร์มองภาพธรรมชาติสัญญาต่างไปจากนักกฎหมาย สัญญาจะไม่มีทางเป็นสัญญาที่สมบูรณ์เลย เพราะในการทำธุรกิจมีความไม่แน่นอนของเหตุการณ์ในอนาคต ไม่ว่านักกฎหมายจะเขียนสัญญาให้ยืดหยุ่น ต่อให้เขียนเงื่อนไขสัญญาอย่างกว้าง ๆ ปิดท้ายด้วย “บทกวาด” (sweeping clause) ก็ตาม ในเงื่อนไขของสัญญาที่ยืดหยุ่นนั้นก็ยังคงมีความไม่แน่นอนที่ต้องมีใครสักคนใช้ดุลพินิจตัดสินใจและต่อรองท่าความตกลงในภายหลังอีก

ในสัญญาตัวการ-ตัวแทนก็เช่นกัน จะไม่มีเงื่อนไขสัญญาจ้างตัวแทนที่ครอบคลุมการทำหน้าที่ได้ทั้งหมด การแยกความเป็นเจ้าของ (separate ownership) ระหว่างผู้ถือหุ้นและกับการควบคุมจัดการ (ผู้จัดการ) นั้นเป็นลักษณะสำคัญของบริษัท ตัวแทนก็ไม่ได้เป็นเจ้าของ

บริษัทเหมือนเราจัดการงานเองด้วยตัวเอง ตัวแทนมีประโยชน์ในการจัดการงานแทนเรา การมีตัวแทน (ผู้จัดการ) ถ้าทำให้ตัวแทนกระทำการด้วยความซื่อสัตย์ (honorable wealth builders) ก็จะเป็นการบริหารจัดการที่ดี กฎหมายจึงเข้ามากำหนด “fiduciary duty” ให้มีการกระทำการงานเพื่อประโยชน์ของตัวการ และหากมีการวางโครงสร้างการทำงานของบริษัทที่ดี มีการวางแผนที่ดีเกี่ยวกับบุคลากรฝ่ายจัดการ และมีการขยายขนาดของบริษัทและกำหนดผลประโยชน์ตอบแทนอย่างเหมาะสมแล้ว ก็จะได้ประโยชน์และประสิทธิภาพจากการจัดการงานของตัวแทน

Williamson จะเป็นผู้อธิบายว่าทำไมขนาดของบรรษัทจึงมีการเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา (หมายถึงขนาดของบรรษัทอาจเปลี่ยนแปลงไปโดยการแข่งขันในตลาด ถูกควมรวม หรือการผ่องถ่ายงานให้องค์กรภายนอกทำ (outsourcing) เป็นต้น) สิ่งเหล่านี้ก็เนื่องจากค่าไส้ห่วยถูกกว่าบรรษัททำเอง จึงทำเช่นนั้น

Williamson อธิบายขนาดและโครงสร้างบรรษัทผ่านทางสัญญาที่ทำกัน ลองนึกดูว่าถ้าปล่อยให้ตลาดเป็นไปตามกฎอุปสงค์-อุปทาน ก็คงยุ่งนาคู บรรษัทคงต้องหาลูกจ้างทุกวัน ในขณะที่เดียวกันลูกจ้างก็คงจะหางานใหม่กันบ่อยเหมือนกัน สัญญา (จ้างแรงงาน) จึงเข้ามาเป็นเครื่องมือสร้างความแน่นอนของทั้งสองฝ่าย (ลดต้นทุน) สิทธิในทรัพย์สินที่กฎหมายกำหนดไว้ล่วงหน้าก็ทำหน้าที่เช่นเดียวกัน (ลดต้นทุน) ทฤษฎีสัญญาโดยเฉพาะสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ (incomplete contract) จะเป็นตัวอธิบายการทำงานระหว่างตัวแทนกับตัวการ สัญญาจึงกระทำได้เพียงข้อกำหนดเงื่อนไขที่เป็นสาระสำคัญ (essentialia negotii) เท่านั้น^๕ ข้อตกลงระหว่างข้าราชการและส่วนราชการก็ในทำนองเดียวกัน จะมีช่องว่างให้ต้องทำหน้าที่เพื่อรักษาผลประโยชน์ของตัวการเสมอ

สัญญาตัวแทน (และข้อตกลงของข้าราชการ) ยังเกิดมาจากความไร้สมมาตรของข่าวสารข้อมูล (information asymmetries) ที่ทั้งสองฝ่ายต่างมีข้อมูลไม่เท่ากันหรือต่างคนต่างไม่รู้พฤติกรรมของกันและกัน โดยเฉพาะจากปรากฏการณ์ที่นักเศรษฐศาสตร์เรียกว่า “การคัดเลือกที่ขัดผลประโยชน์” (adverse selection) และ “ภาวะเสี่ยงภัยทางศีลธรรม” (moral hazard) ซึ่งทั้งสองประการเป็นปรากฏการณ์ที่เราเลือกกระทำ แม้มีความเสี่ยงสูงกว่า ภาวะ moral hazard เป็นภาวะเสี่ยงภัยทางศีลธรรม เป็นเรื่องคุณธรรมและจริยธรรมของแต่ละบุคคล แผงการเอาเปรียบ

“การคัดเลือกที่ขัดผลประโยชน์” (adverse selection) หมายถึง ผลจากการเลือกที่ไม่ตรงตามความต้องการ มาจากการปกปิดข้อมูล เป็นการซ่อนข้อมูลเพื่อหวังประโยชน์บางประการ เป็นการเกิดขึ้นก่อนการตัดสินใจกระทำการทางเศรษฐกิจ เรียกว่า adverse selection (hidden information) การปกปิดการกระทำ หรือมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนไปเมื่อเข้าทำสัญญาแล้ว หรือมีความเสี่ยงมากกว่าเดิม เป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นในภายหลัง เรียกว่า moral hazard (hidden action)



^๕ มีเหตุผลอยู่ ๖ ประการที่อธิบายว่าทำไมสัญญาจึงไม่สมบูรณ์ (๑) ภาษาของกฎหมายที่ใช้ในสัญญาเป็นต้นเหตุที่อาจนำไปสู่ความเข้าใจไม่ตรงกัน ภาษาสัญญาสื่อความเข้าใจตรงกันได้ยาก (๒) แม้มีหลักกฎหมายสัญญาที่ช่วยในการตีความ แต่ในโลกแห่งความเป็นจริงทุกคนอาจนึกบางประเด็นไม่ทัน (๓) แม้คู่ความจะระมัดระวังไม่ให้เกิดความผิดพลาด ต้นทุนในการเจรจาอาจสูง เป็นต้นว่า ประเด็นซับซ้อนที่ต้องการข้อเท็จจริงมากหรือมีคู่สัญญาที่ต้องเจรจาจำนวนมากเกินไป (๔) เกิดจากภาวะข้อมูลข่าวสารไร้สมมาตร (asymmetry information) ระหว่างคู่สัญญา คือ ทั้งสองฝ่ายรู้ข้อเท็จจริงไม่เท่ากัน หรือฝ่ายหนึ่งอาจปกปิด (๕) เกิดจาก bounded rationality ซึ่งหมายถึงข้อจำกัดในการใช้เหตุผลของตนหรือการที่คนเรามีข้อจำกัดของการใช้เหตุผลตัดสินใจ เช่น มีอคติอย่างช่วยไม่ได้ และ (๖) ปริมาณข้อมูลข่าวสารมีมากไปก็มั่วไปหมด จับอะไรไม่ถูก มีน้อยเกินไปก็ไม่มื่ออะไรให้จับเลย

สัญญาที่ไม่สมบูรณ์ช่วยให้เราเข้าใจถึงหลักธรรมาภิบาลที่จะเข้ามาแก้ไขความสัมพันธ์ระหว่างผู้จัดการกับเจ้าของในการปฏิบัติหน้าที่ เพราะต้นทุนการร่างสัญญาดังกล่าวสูงจึงต้องมี corporate governance ซึ่งก็ไม่ใช่อะไรอื่นนอกจากข้อพึงปฏิบัติระหว่างกันเป็นปัญหาเดียวกับ opportunistic

ที่มาของ corporate governance ไม่ใช่ปัญหาเฉพาะคนในบริษัท แต่ยังกระทบเกี่ยวพันไปถึงความรับผิดชอบต่อสังคมด้วย (Corporate Social Responsibility - CSR) ที่ต้องการสัมพันธ์อันดีและความไว้วางใจจากมหาชนจากการดำเนินการของบริษัท

มาตรการต่าง ๆ ดังกล่าวนี้นปรากฏในกฎหมายอังกฤษในการปรับปรุงธรรมาภิบาล (corporate governance หรือ CG) ของห้างหุ้นส่วนบริษัท และเมื่อไม่สามารถร่างสัญญาที่สมบูรณ์ได้ ช่องว่างของสัญญาจึงสามารถอุดได้โดย CG การมีหลักธรรมาภิบาลที่ดีจะช่วยลดค่าใช้จ่ายในการมีตัวแทน (agency cost) ลงได้ หลักธรรมาภิบาลอธิบายการทำหน้าที่ของคณะกรรมการบริษัทและการควบคุมดูแลจากภายนอก เช่น การจัดอันดับของผู้จัดการและสถาบันการลงทุนหรือการให้หุ้นและ stock-options ตอบแทนผู้จัดการ เป็นต้น

๓. การอธิบายทฤษฎีบริษัทด้วยการผลิตที่ต้องกระทำเป็นทีม (Management and collective production และ team production)

คำอธิบายในทฤษฎีบริษัทยังไปไกลยิ่งกว่านี้นักเศรษฐศาสตร์ (Armen Alchian และ Harold Demsetz) ศึกษา วิจัย และอธิบายทฤษฎีบริษัทด้วยผลการทำงานแบบเป็นทีม การผลิตแบบเป็นทีมนี้เป็นธรรมชาติของบริษัท เกิดจากความจำเป็นของบริษัทเองที่ต้องเพิ่มประสิทธิภาพในการแข่งขัน ทุกทฤษฎีมาจบที่บริษัทมีอยู่เพื่อไม่ต้องการให้เกิดความไร้ประสิทธิภาพในเรื่องคุณภาพของคนก็เช่นเดียวกัน คนต้องการสะสมความรู้ ต้องการมารวมกันเพื่อทำงาน ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญต่อการแข่งขันในสิ่งแวดล้อมปัจจุบัน เป็นการสร้าง “input-providers” ในฐานะที่เป็นสินทรัพย์ (assets) จึงมีความสำคัญมากต่อการแก้ไขปัญหาความไร้ประสิทธิภาพ

การวิเคราะห์ของ Alchian และ Demsetz นั้นบริษัทมีประโยชน์ในการสะสมข้อมูลข่าวสารในการผลิตและสร้างการทำงานแบบทีม (team production) ที่เป็นประโยชน์ต่อตลาด จึงมีคำถามว่าแต่ละคนอุทิศการทำงานให้ทีมเพียงใด เราจะวัดเพื่อให้ค่าตอบแทนอย่างไร ปัญหาที่เกิดขึ้นที่ตามมาจากการทำงานเป็นทีมก็คือพฤติกรรมของการ “เลี้ยวงาน” (shirking) ของสมาชิกบางคน ที่จะบ่อนทำลายผลงานของกลุ่มไปด้วย การจ้างเหมาบุคคลภายนอกทำแทน (outsourcing) การใช้ระบบแฟรนไชส์ (franchise) และการจ้างเหมาส่วนตัวรายย่อย (self-employed contractor) เป็นทางเลือกไขปัญหา แต่ยังมีทางเลือกอีกวิธีหนึ่งคือการจัดสายการบังคับบัญชา (hierarchical management structure) ให้เหมาะสม เมื่อสร้างความรับผิดชอบต่อทีมแล้ว ผู้จัดการสายงานจะมีแรงจูงใจต่อการผลิตผลงานของทีม การสร้างระบบสิ่งตอบแทน (incentive systems) แก่ผู้จัดการสายงานจึงเป็นสิ่งจำเป็น โดยไม่ต้องมีระบบตรวจสอบกำกับ (monitor) มากนัก การสร้างระบบเหล่านี้ก็เป็นส่วนหนึ่งของระบบธรรมาภิบาลทีเดียว





โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง : มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ และพัฒนาการล่าสุดในระบบกฎหมายไทย*

ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ**

คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำขึ้น ไม่ว่าจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ย่อมมีผลบังคับต่อเนื่องไปจนกว่าจะมีเหตุที่ทำให้สิ้นผลลง ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ อย่างไรก็ตาม ปรากฏการณ์ที่คำสั่งทางปกครองมีความผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจน ก็มีหลักในทางกฎหมายปกครองว่า คำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะหรือไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองนี้ แม้จะไม่ปรากฏอยู่ในตัวบทกฎหมายเหมือนกับโมฆะกรรมสำหรับนิติกรรมทางแพ่ง แต่ที่ผ่านมาองค์การทางกฎหมายก็ได้นำมาใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือให้ความเห็นทางกฎหมายอยู่เนือง ๆ แสดงให้เห็นถึงการดำรงอยู่ของแนวคิดดังกล่าวในระบบกฎหมายไทย ทั้งนี้ โดยที่แนวคิดเรื่องโมฆะกรรมได้ “นำเข้า” มาจากระบบกฎหมายต่างประเทศ ในเบื้องต้น

จึงสมควรพิจารณาถึงแนวคิดนี้ในมุมมองของกฎหมายต่างประเทศเสียก่อน จากนั้นจะได้พิจารณาถึงพัฒนาการของแนวคิดดังกล่าวในระบบกฎหมายไทยเป็นลำดับต่อไป

๑. แนวคิดว่าด้วยโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายต่างประเทศ

หากศึกษาวิเคราะห์ในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบแล้ว จะพบว่านานาชาติอารยประเทศโดยเฉพาะประเทศแถบภาคพื้นทวีปยุโรปที่มีหลักกฎหมายปกครองที่ก้าวหน้า นั้น ต่างยอมรับแนวคิดเรื่องโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองด้วยกันทั้งสิ้น โดยบางประเทศได้บัญญัติหลักในเรื่องนี้ไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นเยอรมนี^๑ ออสเตรีย^๒ อิตาลี^๓ สเปน^๔ หรือโปรตุเกส^๕ ขณะที่บางประเทศ เช่น ฝรั่งเศสและเบลเยียม แม้จะมีได้บัญญัติหลัก

* เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ “ความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง” จัดโดย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันที่ ๒๐ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๘ ณ โรงแรมรอยัล ปริ๊นเซส หลานหลวง กรุงเทพฯ

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ สำนักงานกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

^๑ Verwaltungsverfahrensgesetz ต่อไปจะเรียกว่า VwVfG.

^๒ Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz ต่อไปจะเรียกว่า AVG.

^๓ Legge n°15/2005 concernenti norme generali sull'azione amministrativa ต่อไปจะเรียกว่า Legge n°15/2005.

^๔ Ley 30/1992 de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común ต่อไปจะเรียกว่า Ley 30/1992.

^๕ Código do procedimento administrativo ต่อไปจะเรียกว่า CAP.



ดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรในตัวบทกฎหมาย แต่ก็มี “ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลยในทางกฎหมาย” (théorie de l’inexistence juridique des actes administratifs) ที่ศาลปกครองได้นำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีจนเป็นหลักตามแนวบรรทัดฐาน (jurisprudence)

โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองมีที่มาจากแนวคิดที่ว่าคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจน ไม่ควรมีผลใด ๆ ในทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น ระบบกฎหมายเยอรมนีอธิบายแนวคิดนี้ด้วย “ทฤษฎีความชัดเจน” (Evidenz theorie) ที่ถือว่าการที่คำสั่งทางปกครองบกพร่องอย่างร้ายแรงและความบกพร่องนั้นเป็นที่ประจักษ์ชัดแก่วิญญูชนทั่วไปย่อมไม่มีความจำเป็นต้องคุ้มครองความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคลที่เกี่ยวข้อง แต่ถือว่าคำสั่งนั้นไม่มีผลใด ๆ ทางกฎหมายตั้งแต่ต้น ซึ่งแตกต่างจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ยังคงมีผลบังคับตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนและมีผลบังคับผูกพันเป็นที่สุด หากไม่มีการโต้แย้งภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด^๖ ในทำนองเดียวกัน ระบบกฎหมายฝรั่งเศสก็มีแนวคิดที่ นิติกรรมทางปกครอง (กฎและคำสั่งทางปกครอง) ที่แม้จะทำขึ้นและมีอยู่ในทางข้อเท็จจริง แต่มีเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงและชัดเจน (affecté d’une illégalité particulièrement grave et flagrante) ถือเป็น “นิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่ในทางกฎหมาย” กล่าวคือ ไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมายหรือเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น ซึ่งแตกต่างจากนิติกรรมทางปกครองที่มีเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมายธรรมดาที่ยังคงมีผลบังคับตราบเท่าที่ยังไม่ถูกเพิกถอนโดยฝ่ายปกครองหรือโดยศาล

๑.๑ เหตุแห่งโมฆะกรรม: ความผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจน

ปัญหาว่าความบกพร่องอย่างไรจึงจะถือว่าร้ายแรงและชัดเจนถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะนั้น ในประเทศที่มีกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง กฎหมายจะระบุถึงเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะโดยแจ่มแจ้งเป็นกรณี ๆ ไว้อย่างชัดเจน (numerus clausus) โดยในบางประเทศ เช่น เยอรมนี กฎหมายจะมีบททั่วไปบัญญัติไว้อีกชั้นหนึ่งว่าคำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะเมื่อมีเหตุบกพร่องที่ร้ายแรงอย่างยิ่งและปรากฏชัดเจน^๗ ดังนั้น แม้คำสั่งทางปกครองในกรณีหนึ่งจะไม่เข้าเหตุที่กำหนดให้เป็นโมฆะตามที่กฎหมายแจ่มแจ้งไว้ แต่ก็อาจมีลักษณะเป็นโมฆะตามบททั่วไปหรือ “บทกวาด” ก็ได้ นอกจากนี้ กฎหมายของบางประเทศอาจจะไม่ถึงกับกำหนดบทกวาดไว้ แต่ก็กำหนดเหตุแห่งโมฆะกรรมที่มีขอบเขตกว้างขวางครอบคลุมคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในลักษณะที่หลากหลายได้ เช่น กฎหมายอิตาลี^๘ และกฎหมายโปรตุเกส^๙ ที่บัญญัติให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะในกรณีที่ขาดองค์ประกอบสำคัญของคำสั่งทางปกครอง ส่วนประเทศที่ไม่มีกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง เช่น ฝรั่งเศส



^๖ MAURER (H.), Droit administratif allemand, traduit par FROMONT (M.), (Paris: L.G.D.J., 1994), p.261.

^๗ มาตรา ๔๔ วรรคหนึ่ง VwVfG.

^๘ มาตรา ๒๑ สัตต Legge n°15/2005.

^๙ มาตรา ๑๓๓ วรรคหนึ่ง CPA.

หรือเบลเยียม ศาลจะเป็นผู้พิจารณาเป็นรายกรณีไปว่าคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นโมฆะ ดังนี้ จึงกล่าวได้ว่า ศาลและผู้ตรากฎหมายต่างมีบทบาทสำคัญในการกำหนดเหตุแห่งโมฆะกรรม และอาจมีบทบาทเสริมเติมเต็มซึ่งกันและกัน เช่น ในสเปนที่แต่เดิมกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้กำหนดเหตุแห่งโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองไว้ ๓ ประการ แต่ต่อมาเมื่อศาลฎีกา (Tribunal Supremo)^{๑๐} ได้วินิจฉัยว่ามีเหตุอย่างอื่นด้วยที่ทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะ เช่น คำสั่งทางปกครองที่ละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ผู้ตรากฎหมายก็ได้นำเหตุดังกล่าวไปบัญญัติเพิ่มเติมในกฎหมาย^{๑๑}

เหตุแห่งโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองในแต่ละประเทศมีทั้งที่ตรงกันและต่างกัน โดยเหตุแห่งโมฆะกรรมอาจแบ่งเป็น ๓ กลุ่มใหญ่ ๆ ได้แก่ (๑) ความบกพร่องในเนื้อหาสาระของคำสั่ง (๒) ความบกพร่องในอำนาจหน้าที่ของผู้ทำคำสั่ง และ (๓) ความบกพร่องในแบบพิธีในการทำคำสั่ง

(๑) ความบกพร่องในเนื้อหาสาระของคำสั่ง

กรณีที่กฎหมายของหลายประเทศเห็นตรงกันว่าคำสั่งทางปกครองบกพร่องในเนื้อหาอย่างร้ายแรงและตกเป็นโมฆะ คือ คำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาที่เป็นไปไม่ได้^{๑๒} โดยระบบกฎหมายสเปนให้คำอธิบายว่า ได้แก่

คำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาไม่ชัดเจนพอที่จะเข้าใจได้ เช่น คำสั่งให้รื้อถอนอาคารที่ไม่ได้ระบุว่าให้รื้อถอนอาคารใด จึงเป็นไปไม่ได้ที่ผู้รับคำสั่งจะปฏิบัติตามได้ โดยถูกต้อง^{๑๓} หรืออาจเป็นคำสั่งที่มีเนื้อหาไม่สมเหตุสมผลหรือขัดต่อความเป็นจริง เช่น คำสั่งให้ยกเลิกสัญญาสัมปทานทั้งที่สัญญาได้ถูกยกเลิกไปก่อนหน้านี้แล้ว ก็เป็นคำสั่งที่มีเนื้อหาเป็นไปไม่ได้ เพราะไม่มีทางที่จะยกเลิกสิ่งที่ไม่ได้อยู่แล้วในทางกฎหมาย^{๑๔}

คำสั่งทางปกครองอาจตกเป็นโมฆะได้หากมี “วัตถุประสงค์” ที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจน กรณีหนึ่งซึ่งพบบ่อยในกฎหมายของหลายประเทศคือ คำสั่งทางปกครองที่ให้กระทำการอันเป็นความผิดอาญา^{๑๕} โดยกฎหมายของบางประเทศ เช่น สเปน กำหนดให้รวมถึงคำสั่งทางปกครองที่ทําชั้นสืบเนื่องจากการกระทำความผิดอาญาด้วย เช่น กรณีที่ฝ่ายปกครองได้ออกใบรับรองคุณสมบัติในการประกอบวิชาชีพให้บุคคลที่ใช้เอกสารปลอมในการยื่นคำขอ เมื่อศาลอาญาได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าบุคคลดังกล่าวกระทำความผิดฐานใช้เอกสารปลอม ใบรับรองที่ออกไปย่อมตกเป็นโมฆะเพราะทําชั้นสืบเนื่องจากการกระทำความผิดอาญา^{๑๖} กฎหมายของบางประเทศ เช่น เยอรมนี ถือว่าคำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนตกเป็นโมฆะ^{๑๗} เช่น การออกใบอนุญาตให้ประกอบกิจการแสดงโชว์ลามกอนาจาร^{๑๘} ส่วนกฎหมายของบางประเทศ เช่น สเปน^{๑๙} และโปรตุเกส^{๒๐} ถือว่า

^{๑๐} ในระบบกฎหมายสเปน ศาลฎีกา (Tribunal Supremo) มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาททางปกครองด้วย

^{๑๑} สำหรับรายละเอียด โปรดดู BOCKSANG HOLA (G.), L'inexistence juridique des actes administratifs – Essai de théorie juridique comparée: France, Chili, Espagne, Italie, (Paris: Mare & Martin, 2013), pp.145-146.

^{๑๒} เยอรมนี: มาตรา ๔๔ วรรคสอง (๔) VwVfG; ออสเตรีย: มาตรา ๖๘ วรรคสี่ (๓) AVG; สเปน: มาตรา ๖๒ วรรคหนึ่ง (c) Ley 30/1992; โปรตุเกส: มาตรา ๑๓๓ วรรคสอง (c) CAP.

^{๑๓} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน TS, 9 June 1982, Aranzadi 1982, n°4782.

^{๑๔} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน TS, 15 mars 1985, Aranzadi 1985, n°1617.

^{๑๕} เยอรมนี: มาตรา ๔๔ วรรคสอง (๕) VwVfG; ออสเตรีย: มาตรา ๖๘ วรรคสี่ (๒) AVG; สเปน: มาตรา ๖๒ วรรคหนึ่ง (d) Ley 30/1992; โปรตุเกส: มาตรา ๑๓๓ วรรคสอง (c) CAP.

^{๑๖} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน TS, 15 avril 2004, Aranzadi 2004, n°2631.

^{๑๗} เยอรมนี: มาตรา ๔๔ วรรคสอง (๖) VwVfG.

^{๑๘} คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ของเยอรมนี T. 84 p. 314 อ้างใน MAURER (H.), อ้างแล้วใน (๖), p.263.

^{๑๙} มาตรา ๖๒ วรรคหนึ่ง (a) Ley 30/1992.

^{๒๐} มาตรา ๑๓๓ วรรคสอง (d) CAP.

คำสั่งทางปกครองที่ละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลตกเป็นโมฆะ^{๒๑} เช่นเดียวกับระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่ถือว่า คำสั่งที่เห็นโดยชัดแจ้งว่าไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของฝ่ายปกครองและละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์สินหรือสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลอย่างร้ายแรง ซึ่งเรียกกันว่า “voie de fait” ตกเป็นโมฆะ เช่น คำสั่งห้ามข้าราชการเข้าบ้านพักส่วนตัว อันเป็นการละเมิดต่อเสรีภาพในเคหสถานของบุคคลอย่างร้ายแรงและเห็นโดยชัดแจ้งว่าไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง^{๒๒} นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสยังถือว่าคำสั่งทางปกครองบกพร่องในวัตถุประสงค์อย่างร้ายแรงและชัดแจ้งในลักษณะอื่น ๆ ก็ตกเป็นโมฆะเช่นกัน เช่น คำสั่งให้ข้าราชการที่เกษียณอายุราชการแล้วดำรงตำแหน่งต่อไป^{๒๓} หรือคำสั่งแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งทางราชการเพียงเพื่อให้ได้รับสิทธิประโยชน์ แต่มิได้มอบหมายภาระหน้าที่ให้

ปฏิบัติ หรือที่เรียกกันว่า “nomination pour ordre” สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสมีแนวคำวินิจฉัยว่าคำสั่งแต่งตั้งลักษณะนี้ตกเป็นโมฆะ^{๒๔} เพราะมิใช่คำสั่งที่มีความบกพร่องธรรมดาทั่วไป (simplement irrégulières) แต่เป็น “มาตรการฉ้อฉล” (mesures frauduleuses) อันเป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง จึงไม่ควรรับรู้ผลทางกฎหมายใด ๆ ฝ่ายปกครองจึงเพิกถอนคำสั่งได้ทุกเมื่อ และศาลสามารถประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งได้ทุกเมื่อ^{๒๕} ซึ่งผู้ตรากฎหมายได้นำหลักตามแนวคำวินิจฉัยมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในกฎหมายว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการว่า “การแต่งตั้ง หรือการเลื่อนตำแหน่ง ซึ่งมีวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือไปจากให้บุคคลเข้าครองตำแหน่งที่ว่างอยู่และปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งนั้น ให้ถือว่าไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมาย”^{๒๖}

คำสั่งทางปกครองอาจตกเป็นโมฆะได้เช่นกัน หากเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองก้าวล่วงไปใช้อำนาจขององค์กรอื่น กฎหมายโปรตุเกสได้บัญญัติเหตุแห่งโมฆะกรรมสำหรับกรณีนี้ไว้อย่างชัดเจน^{๒๗} และในฝรั่งเศส สภาแห่งรัฐก็เคยวินิจฉัยว่า การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก้าวล่วงไปใช้อำนาจขององค์กรตุลาการ คำสั่งของฝ่ายปกครองย่อมตกเป็นโมฆะ เช่น กรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดมีคำสั่งประกาศให้การเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลเป็นโมฆะ ทั้งที่เรื่องดังกล่าวอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาล^{๒๘} นอกจากนี้ สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสยังเคยวินิจฉัยว่า การที่ฝ่ายปกครองได้



^{๒๑} กฎหมายโปรตุเกสกำหนดว่าต้องเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในสาระสำคัญ คำสั่งจึงจะตกเป็นโมฆะ ขณะที่กฎหมายสเปนฉบับเดมิปี ค.ศ. ๑๙๕๘ ก็มีข้อความทำนองเดียวกัน แต่ต่อมากฎหมายฉบับใหม่ปี ค.ศ. ๑๙๙๒ ได้ตัดคำว่า “ในสาระสำคัญ” ออก เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากยิ่งขึ้น

^{๒๒} คำพิพากษาศาลคดีซัดกันฝรั่งเศส T.C., 27 juin 1966, Guigon, R. p.830, A.J.D.A. 1966, p.547, note De Laubadère.

^{๒๓} คำพิพากษาศาลแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E. Sect., 3 février 1956, de Fontbonne, R. p.45; R.D.P 1956 p.859, note M. Waline; A.J.D.A. 1956 p.93 chr. Gazier.

^{๒๔} คำพิพากษาศาลแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E. Sect., 30 juin 1950, Massonau, R. p.400, concl. J. Delvolvé, S. 1951.3.57, note F.M.

^{๒๕} CHAPUS (R.), Droit administratif général – Tome II, (15e édition: Paris: Montchrestien, 2001), p.202.

^{๒๖} รัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๑๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๘๓ มาตรา ๑๒ วรรคสาม

^{๒๗} มาตรา ๑๓๓ วรรคสอง (a) CPA.

^{๒๘} คำพิพากษาศาลแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E., 31 mai 1957, Rosan Girard, R. p.335.

ทำคำสั่งทางปกครองขึ้นโดยอาศัยฐานแห่งบทบัญญัติกฎหมาย^{๒๙} หรืออาศัยฐานของคำสั่งทางปกครองอื่น^{๓๐} ซึ่งศาลได้ประกาศว่าเป็นโมฆะไปก่อนหน้านั้นแล้ว คำสั่งที่ทำการขึ้นยอมตกเป็นโมฆะตามไปด้วยเช่นเดียวกับกรณีที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งแก้ไขเพิ่มเติมเหตุผลของคำสั่งทางปกครองที่ศาลได้พิพากษาเพิกถอนไปแล้ว คำสั่งแก้ไขเพิ่มเติมนั้นย่อมไม่มีผลในทางกฎหมาย^{๓๑} ซึ่งกรณีเหล่านี้อาจพิเคราะห์ได้ว่าเป็นการออกคำสั่งทางปกครองโดยละเมิดต่ออำนาจบังคับแห่งคำพิพากษาของศาล อันเป็นการก้าวล่วงอำนาจขององค์กรตุลาการ คำสั่งจึงไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมาย ซึ่งน่าสังเกตว่ากฎหมายของประเทศอื่น ๆ เช่น อิตาลี^{๓๒} และโปรตุเกส^{๓๓} ก็ถือว่าคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนคำพิพากษาของศาลตกเป็นโมฆะเช่นกัน



(๒) ความบกพร่องในอำนาจหน้าที่ของผู้ทำคำสั่ง

คำสั่งทางปกครองอาจตกเป็นโมฆะหากมีความบกพร่องในอำนาจหน้าที่ของผู้ทำคำสั่ง ระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่า คำสั่งที่ทำการขึ้นโดยองค์กรที่ไม่มีกฎหมายรองรับ มิใช่คำสั่งที่ทำการขึ้นโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จึงไม่มีผลใด ๆ ทางกฎหมาย เช่น คำสั่งที่ทำการขึ้นโดย “ที่ประชุมใหญ่” ของบรรดาเจ้าหน้าที่กู้ภัย ซึ่งมีมติให้เจ้าหน้าที่กู้ภัยรายหนึ่งพ้นจากตำแหน่ง^{๓๔}

ปัญหาว่าคำสั่งทางปกครองที่ทำการขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้นจะตกเป็นโมฆะหรือไม่ ระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ยังมีคำตอบไม่ลงรอยกัน โดยบางประเทศ เช่น เยอรมนี ถือว่าตกเป็นโมฆะ เช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่ป่าไม้มีคำสั่งติดตั้งป้ายจราจรทั้งที่เป็นเรื่องซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่จราจร^{๓๕} หรือการที่เทศบาลออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร ทั้งที่เป็นเรื่องซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานผังเมือง^{๓๖} เช่นเดียวกับกฎหมายโปรตุเกสที่ถือว่าคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ทำการขึ้นนอกเหนืออำนาจหน้าที่ของกระทรวงหรือองค์กรกลุ่มที่ตนสังกัดอยู่ตกเป็นโมฆะ^{๓๗} ขณะที่กฎหมายสเปนถือว่าคำสั่งทางปกครองที่ทำการขึ้นโดยองค์กรที่ปราศจากอำนาจหน้าที่ในแง่ของเรื่องโดยชัดแจ้งเท่านั้นถึงจะตกเป็นโมฆะ^{๓๘} โดยศาลฎีกาสเปนได้อธิบายว่าความชัดแจ้งในที่นี้ หมายถึง “เห็นได้โดยไม่ต้องอาศัยการพิวินิจฉัยหรืออย่างละเอียดในทางกฎหมาย”^{๓๙}

^{๒๙} คำพิพากษาศาลแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E., 29 juin 1956, Dame veuve Bidard, R. p.273.

^{๓๐} คำพิพากษาศาลแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E., 10 novembre 1999, préfet de la Drôme, req. n°126382.

^{๓๑} คำพิพากษาศาลแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E., 20 mai 1988, Madame Nardin, R. p.198.

^{๓๒} มาตรา ๒๑ สัตต Legge n°15/2005.

^{๓๓} มาตรา ๑๓๓ วรรคสอง (h) CPA.

^{๓๔} คำพิพากษาศาลแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E., 20 janvier 1911, Naudet, R. p.52.

^{๓๕} คำพิพากษาศาลสูงบาเยิร์น BayObLG NVwZ 1984, p.399 อ้างใน MAURER (H.), อ้างแล้วใน (๖), p.262.

^{๓๖} คำพิพากษาศาลปกครองบาเดน-เวือตเทมแบร์ก VBIBW 1983, p.25. อ้างในเรื่องเดียวกัน, p.262.

^{๓๗} มาตรา ๑๓๓ วรรคสอง (b) CPA.

^{๓๘} มาตรา ๖๓ วรรคหนึ่ง (b) Ley 30/1992.

^{๓๙} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน TS, 19 janvier 2004, Aranzadi 2004, n°559.

โดยกรณีศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจหน้าที่ในแง่ของเรื่องโดยชัดแจ้ง เช่น การที่เทศบาลทำคำสั่งที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของกระทรวงอุตสาหกรรม^{๕๐} การที่ศูนย์ศึกษาวิจัยปรมานู ทำคำสั่งที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี^{๕๑} หรือการที่กระทรวงโยธาธิการทำคำสั่งที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐบาลท้องถิ่น^{๕๒} ในทำนองเดียวกัน กฎหมายอิตาลีก็ถือว่าการทำคำสั่งทางปกครองโดย “ปราศจากอำนาจหน้าที่โดยสิ้นเชิง” (difetto assoluto di attribuzione) เท่านั้น ที่จะมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะ^{๕๓} ส่วนการกระทำโดยปราศจากอำนาจหน้าที่ธรรมดาเป็นเพียงเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้^{๕๔} โดยสภาแห่งรัฐอิตาลีได้อธิบายว่า การปราศจากอำนาจหน้าที่โดยสิ้นเชิงนี้จะเกิดขึ้นต่อเมื่อเป็นการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์กรอื่นที่มีภารกิจแตกต่างออกไปโดยสิ้นเชิง^{๕๕} สำหรับระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่า คำสั่งทางปกครองที่สร้างขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจหน้าที่ในแง่ของเรื่องไม่ถึงขั้นตกเป็นโมฆะ เพียงแต่เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้ เช่น การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการโพ้นทะเลทำคำสั่งซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการอาณานิคม^{๕๖} ซึ่งมีผู้อธิบายว่า การที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือเช่นนี้ เป็นเพราะโครงสร้างการบริหารราชการมีความซับซ้อนและอำนาจหน้าที่ของหน่วยงาน

ต่าง ๆ อาจเกี่ยวพันกันได้ การที่เจ้าหน้าที่ทำคำสั่งทางปกครองนอกกรอบอำนาจของตนไปบ้าง จึงเป็นการสำคัญผิดที่ไม่ร้ายแรงถึงขั้นที่ทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะ^{๕๗}

ระบบกฎหมายของบางประเทศได้ให้ความสำคัญกับอำนาจหน้าที่ในแง่ของพื้นที่เป็นพิเศษ โดยในอิตาลี สภาแห่งรัฐเคยวินิจฉัยว่า คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะหากทำขึ้น “โดยมุ่งหมายให้มีผลออกไปนอกเขตพื้นที่รับผิดชอบขององค์กร เขตพื้นที่ที่หน่วยงานผู้ออกคำสั่งสังกัดอยู่”^{๕๘} ซึ่งเท่ากับยอมรับว่าความบกพร่องในอำนาจหน้าที่ในแง่ของพื้นที่เป็นเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะได้ ส่วนกฎหมายเยอรมนีถือว่า คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ออกให้แก่ผู้รับคำสั่งนอกเขตพื้นที่ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนและเป็นเรื่องเกี่ยวกับบอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิอันเกี่ยวเนื่องกับสถานที่หนึ่ง ตกเป็นโมฆะ^{๕๙} เช่น การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นออกคำสั่งให้บุคคลหรือถอนอาคารทั้งที่อาคารที่พิพาทตั้งอยู่นอกเขตพื้นที่รับผิดชอบของตน ขณะที่กฎหมายสเปนถือว่าคำสั่งที่สร้างขึ้นโดยองค์กรที่ปราศจากอำนาจหน้าที่ในแง่ของพื้นที่โดยชัดแจ้งเท่านั้น ถึงจะตกเป็นโมฆะ^{๕๐}

ในส่วนของความบกพร่องในอำนาจหน้าที่ในแง่ของสายบังคับบัญชา เช่น กรณีที่ผู้ใต้บังคับบัญชาทำคำสั่งที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับบัญชา ระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ เห็นพ้องกันว่า มีผลเพียงทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย

^{๕๐} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน TS, 15 mars 1985, Aranzadi 1985, n°1617.

^{๕๑} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน TS, 5 janvier 1972, Aranzadi 1972, n°26.

^{๕๒} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน TS, 16 juillet 2002, Aranzadi 2003, n°2312.

^{๕๓} มาตรา ๒๑ สัตต Legge n°15/2005.

^{๕๔} มาตรา ๒๑ อัญญ Legge n°15/2005.

^{๕๕} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน CdS, 27 octobre 2005, n°6023.

^{๕๖} C.E. Sect., 18 décembre 1953, Welter, R. p.564.

^{๕๗} GAZIER (F.) et LONG (M.), chronique de jurisprudence administrative, A.J.D.A. 1954, p.5.

^{๕๘} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน CdS, 27 octobre 2005, n°6023.

^{๕๙} มาตรา ๔๔ วรรคสอง (๓) VwVfG.

^{๕๐} มาตรา ๖๓ วรรคหนึ่ง (b) Ley 30/1992.

และอาจถูกเพิกถอนได้ แต่ไม่ถึงขนาดทำให้คำสั่งตกเป็นโมฆะ ดังที่สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสวินิจฉัยว่าการที่อธิบดีกรมศิลปากรทำคำสั่งที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ เป็นการออกคำสั่งโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจ จึงพิพากษาเพิกถอนคำสั่งที่พิพาท^{๕๑} ในระบบกฎหมายสเปน แต่เดิมกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. ๑๙๕๘ ได้บัญญัติให้คำสั่งทางปกครองที่ทำขึ้นโดยองค์กรที่ไม่มีอำนาจหน้าที่โดยชัดแจ้งตกเป็นโมฆะ จึงมีปัญหาว่า หากเป็นความบกพร่องโดยชัดแจ้งในอำนาจหน้าที่ในแง่สายบังคับบัญชาจะทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะด้วยหรือไม่ ในปัญหานี้ศาลฎีกาสเปนได้มีแนวคำวินิจฉัยว่า ความบกพร่องในอำนาจหน้าที่ในแง่ของสายบังคับบัญชาไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะ เพราะผู้บังคับบัญชาอาจให้สัตยาบันต่อคำสั่งทางปกครองของผู้ใต้บังคับบัญชาได้ โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๕๓ ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง^{๕๒} ซึ่งต่อมากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฉบับปี ค.ศ. ๑๙๙๒ ก็ได้บัญญัติให้เป็นที่ชัดเจนว่า คำสั่งทางปกครองที่ทำขึ้นโดยองค์กรที่ปราศจากอำนาจหน้าที่โดยชัดแจ้งในแง่ของเรื่องหรือในแง่ของพื้นที่เท่านั้นที่ตกเป็นโมฆะ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ผู้ตรากฎหมายไม่ถือว่าความบกพร่อง

ในแง่ของสายบังคับบัญชาเป็นเหตุแห่งโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง ส่วนระบบกฎหมายอิตาลีก็ถือหลักทำนองเดียวกันว่า ความบกพร่องในอำนาจหน้าที่ในแง่ของสายบังคับบัญชาไม่เป็นเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะเพราะคำสั่งทางปกครองจะตกเป็นโมฆะต่อเมื่อเป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจหน้าที่โดยสิ้นเชิง ซึ่งได้แก่ กรณีที่เป็นเรื่องซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์กรอื่นที่มีภารกิจที่แตกต่างออกไปโดยสิ้นเชิง ทว่าการออกคำสั่งของผู้ใต้บังคับบัญชาในเรื่องซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับบัญชานั้นยังคงเป็นกรณีที่อยู่ภายในองค์กรฝ่ายปกครองเดียวกัน มิใช่ขององค์กรอื่น จึงไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจหน้าที่โดยสิ้นเชิงแต่อย่างใด

(๓) ความบกพร่องในแบบพิธีในการทำคำสั่ง

โดยทั่วไปแล้วแนวคิดในทางกฎหมายปกครองจะให้ความสำคัญกับเรื่องแบบพิธีในการทำคำสั่งน้อยกว่าเรื่องเนื้อหาของสาระของคำสั่งหรืออำนาจหน้าที่ของผู้ทำคำสั่ง กรณีที่คำสั่งทางปกครองบกพร่องในแบบพิธี ไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนในการทำคำสั่ง (procedure) หรือรูปแบบของคำสั่ง (form) ก็มักจะไม่ใช่เป็นเหตุที่ทำให้คำสั่งตกเป็นโมฆะ เพียงแต่อาจทำให้คำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้เท่านั้น หากเป็นความบกพร่องในสาระสำคัญ อย่างไรก็ดี ระบบกฎหมายของบางประเทศถือว่าความบกพร่องในแบบพิธีในบางกรณีอาจมีความร้ายแรงถึงขนาดที่ทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะได้

สำหรับความบกพร่องในขั้นตอนการทำคำสั่งกฎหมายสเปนถือว่าคำสั่งทางปกครองที่ทำขึ้นโดยไม่สนใจยึดต่อขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้แม้แต่น้อยตกเป็นโมฆะ^{๕๓} โดยศาลฎีกาสเปนได้อธิบายว่า จะต้องเป็นกรณีที่ต้องครัดฝ่ายปกครองไม่ได้ปฏิบัติตามขั้น



^{๕๑} คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E., 17 mars 1944, Sieur Richepin, R. p.91.

^{๕๒} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน TS, 23 septembre 1968, Aranzadi 1968, n°4687.

^{๕๓} มาตรา ๖๓ วรรคหนึ่ง (e) Ley 30/1992.

ตอนที่กฎหมายกำหนดไว้เลย จึงจะถือว่าคำสั่งตกเป็นโมฆะ^{๕๔} แต่หากปรากฏว่ามีการปฏิบัติตามขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งอยู่บ้าง แม้เพียงบางส่วน ย่อมไม่อาจถือว่าคำสั่งตกเป็นโมฆะ แต่เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้เท่านั้น^{๕๕} ที่ผ่านมามีกรณีศาลฎีกาสเปนประกาศว่าคำสั่งเป็นโมฆะด้วยเหตุดังกล่าวอยู่เพียงกรณีเดียว คือ กรณีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยมิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้เลย^{๕๖} ทั้งนี้ นอกจากการข้ามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ทั้งหมดแล้ว ศาลฎีกาสเปนยังมีแนวคำวินิจฉัยในทางขยายความบทบัญญัติกฎหมายว่าการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง (incumplimiento de un trámite esencial) ก็เป็นเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะเช่นกัน^{๕๗} โดยกรณีที่เกี่ยวข้องว่าเป็นขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ เช่น การให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนทำคำสั่งหรือการจัดทำรายงานและขอความเห็นประกอบการพิจารณาทำคำสั่ง^{๕๘} นอกจากนี้ กรณีที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามขั้นตอนอื่นแทนที่จะปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการทำคำสั่ง ก็ถือเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้เลย คำสั่งที่สร้างขึ้นจึงตกเป็นโมฆะเช่นกัน เช่น การมีคำสั่งลงโทษทางวินัยร้ายแรงโดยปฏิบัติตามกระบวนการสอบสวนทางวินัยไม่ร้ายแรง^{๕๙} ทั้งนี้ นอกจากระบบกฎหมายสเปนแล้ว ระบบกฎหมายของประเทศอื่น ๆ โดย

ส่วนใหญ่ก็คงจะไม่ถือว่าความบกพร่องในขั้นตอนการทำคำสั่งเป็นเหตุแห่งโมฆะกรรม โดยกฎหมายของบางประเทศ เช่น อิตาลี บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า การฝ่าฝืนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับขั้นตอนการทำคำสั่งเป็นเหตุที่ทำให้คำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้เท่านั้น^{๖๐} ซึ่งสภาแห่งรัฐอิตาลีก็วินิจฉัยต่อกัยว่า “เราไม่อาจกล่าวถึงโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองได้ในกรณีที่ เป็นเพียงความบกพร่องในขั้นตอนการทำคำสั่ง...”^{๖๑}

ทั้งนี้ กฎหมายของบางประเทศให้ความสำคัญกับความบกพร่องในขั้นตอนการพิจารณาขององค์กรกลุ่มในรูปคณะกรรมการเป็นพิเศษ เช่น กฎหมายสเปนที่บัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองที่สร้างขึ้นโดยไม่สนใจยติต่อหลักเกณฑ์สำคัญในการแสดงเจตนาขององค์กรกลุ่มตกเป็นโมฆะ^{๖๒} โดยกรณีที่ศาลฎีกาสเปนเคยวินิจฉัยว่าเป็นความบกพร่องที่มีผลทำให้คำสั่งตกเป็นโมฆะ เช่น การที่บุคคลอื่นทำหน้าที่ประธานในที่ประชุมแทนบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้เป็นประธานกรรมการ^{๖๓} การที่คณะกรรมการพิจารณาลงมติในเรื่องซึ่งมิได้กำหนดไว้ในระเบียบวาระการประชุม หรือการที่คณะกรรมการลงมติทั้งที่ไม่ครบองค์ประชุม^{๖๔} ในทำนองเดียวกัน กฎหมายโปรตุเกสบัญญัติว่ามติขององค์กรกลุ่มที่มีขึ้นท่ามกลางความโกลาหลหรือโดยฝ่าฝืนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับองค์ประชุมหรือการลงมติโดยเสียงข้างมากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะ^{๖๕} ส่วนกฎหมายเยอรมนีนั้นดูเหมือนจะมีท่าทีในเรื่องนี้

^{๕๔} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน TS, 27 décembre 1962, Aranzadi 1962, n°4833.

^{๕๕} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน TS, 20 mars 1963, Aranzadi 1963, n°1296.

^{๕๖} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน TS, 19 juin 1968, Aranzadi 1968, n°3254.

^{๕๗} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน TS, 10 mai 1969, Aranzadi 1969, n°2548.

^{๕๘} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน TS, 11 avril 1981, Aranzadi 1981, n°1835 ; TS, 28 février 2007, Aranzadi 2007, n°3195.

^{๕๙} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน TS, 12 décembre 1970, Aranzadi 1970, n°5273.

^{๖๐} มาตรา ๒๑ อัญญัติ Legge n°15/2005.

^{๖๑} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปนแห่งรัฐอิตาลี CdS, 27 octobre 2005, n°6023.

^{๖๒} มาตรา ๖๓ วรรคหนึ่ง (e) Ley 30/1992.

^{๖๓} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน TS, 28 janvier 2003, Aranzadi 2003, n°975.

^{๖๔} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน TS, 15 mars 1991, Aranzadi 1991, n°2518.

^{๖๕} มาตรา ๑๓๓ วรรคสอง (g) CPA.

ต่างออกไป โดยบัญญัติว่าคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ออกโดยคณะกรรมการ แต่มิได้มีการลงมติ โดยถูกต้องหรือการประชุมคณะกรรมการเป็นไปโดยไม่ถูกต้องนั้น ไม่ถือว่าเป็นโมฆะ^{๖๖} เพียงแต่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้ หากเป็นความบกพร่องในสาระสำคัญ

ในส่วนของความบกพร่องในรูปแบบของคำสั่ง ระบบกฎหมายของบางประเทศเข้มงวดกับเรื่องนี้อย่างมาก เช่น ระบบกฎหมายอิตาลีถือว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่มีลายมือชื่อของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งตกเป็นโมฆะ^{๖๗} เพราะขาดองค์ประกอบสำคัญของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งได้แก่เจตจำนงในการทำคำสั่งของเจ้าหน้าที่ ซึ่งสภาแห่งรัฐเบลเยียมก็เคยวินิจฉัยว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่มีลายมือชื่อของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งตกเป็นโมฆะเช่นกัน^{๖๘} ส่วนกฎหมายเยอรมนีถือว่า คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือหรือด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์แต่มิได้ระบุให้ทราบว่ายหน่วยงานใดเป็นผู้ออกคำสั่งตกเป็นโมฆะ^{๖๙} เพราะผู้รับคำสั่งไม่อาจรู้ได้ว่าผู้ใดออกคำสั่ง และไม่สามารถใช้สิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งได้ นอกจากนี้ ศาลฎีกาสเปนก็เคยวินิจฉัยว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่ระบุวันเดือนปี ในการทำคำสั่งย่อมตกเป็นโมฆะ เพราะ “การระบุเวลาในการทำคำสั่งเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับการมีผลบังคับของคำสั่งทางปกครอง”^{๗๐} ส่วนการระบุเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองนั้น ศาลฎีกาสเปนเคยมีคำวินิจฉัยมาก่อนว่า การระบุฐานทางกฎหมายในการทำคำสั่ง (fundamento jurídico legal) เป็นสิ่งจำเป็นที่จะทำให้คำสั่งมีอยู่ในทางกฎหมาย^{๗๑} แต่ต่อมาศาลได้อธิบายหลักในเรื่องนี้ให้ชัดเจนขึ้นว่า

การไม่ระบุเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองจะเป็นเหตุให้คำสั่งตกเป็นโมฆะต่อเมื่อมีผลทำให้ผู้รับคำสั่งไม่สามารถต่อสู้ป้องกันสิทธิของตนได้ (indefensión) เท่านั้น^{๗๒}

ทั้งนี้ นอกจากความบกพร่องในขั้นตอนการทำคำสั่งและรูปแบบของคำสั่งแล้ว ความบกพร่องในขั้นตอนหลังจากทำคำสั่งไปแล้ว ก็อาจเป็นเหตุให้คำสั่งตกเป็นโมฆะได้ โดยกฎหมายเยอรมนีถือว่า คำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการส่งมอบเอกสารสำคัญแต่มิได้มีการมอบเอกสารดังกล่าวตกเป็นโมฆะ^{๗๓} เช่น คำสั่งให้สัญชาติแก่คนต่างด้าวที่มีได้มีการส่งมอบเอกสารสำคัญต่อผู้รับคำสั่งตามที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยสัญชาติ

ในเรื่องเหตุแห่งโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองนี้ มีข้อควรสังเกตุว่า ในบางกรณีการพิจารณาว่าความบกพร่องในลักษณะใดที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะ ก็มีข้อโต้แย้งกันได้ เช่น ในคำพิพากษาคดี M. Richevaux สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสได้วินิจฉัยว่า การที่ประธานาธิบดีมีรัฐกฤษฎีกาแต่งตั้งตุลาการให้ดำรงตำแหน่งสูงขึ้น โดยปรากฏชื่อผู้ฟ้องคดีในรัฐกฤษฎีกานั้นด้วย ทั้งที่คณะกรรมการตุลาการมิได้มีมติเห็นชอบให้เสนอชื่อผู้ฟ้องคดี แต่เป็นความผิดพลาดของกระทรวงยุติธรรมที่จัดทำเอกสารผิดพลาดไปโดยเสนอร่างรัฐกฤษฎีกาที่มีชื่อของผู้ฟ้องคดีให้ประธานาธิบดีลงนามอันเป็น “ความผิดพลาดโดยแท้” (une pure erreur matérielle) ต้องถือว่ารัฐกฤษฎีกาในส่วนที่แต่งตั้งผู้ฟ้องคดีให้ดำรงตำแหน่งสูงขึ้นเป็นคำสั่งที่ “ไม่มีอยู่ในทางกฎหมาย” (dépourvu d'existence légale) และไม่ก่อตั้งสิทธิใด ๆ ให้แก่

^{๖๖} มาตรา ๔๔ วรรคสาม (๓) VwVfG.

^{๖๗} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน TS, 19 avril 2005, n°1792.

^{๖๘} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน C.E., 29 juin 1971, C.A.P. de Geel, n°14.845.

^{๖๙} มาตรา ๔๔ วรรคสอง (๑) VwVfG.

^{๗๐} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน TS, 19 juin 1972, Aranzadi 1972, n°3532.

^{๗๑} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน TS, 6 avril 1973, Aranzadi 1973, n°1579.

^{๗๒} คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน TS, 27 février 2004, 118/2003, inédite.

^{๗๓} มาตรา ๔๔ วรรคสอง (๒) VwVfG.

ผู้ฟ้องคดี ประธานาธิบดีจึงขอที่จะมีรัฐกฤษฎีกาฉบับใหม่เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้โดยไม่ต้องระบุเหตุผลประกอบคำสั่ง เพราะไม่ใช่การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งอยู่ในบังคับต้องระบุเหตุผลประกอบคำสั่ง^{๗๔} ในคดีนี้ ตุลาการผู้แถลงคดีได้เสนอความเห็นแตกต่างออกไปว่า ไม่ควรถือว่าคำสั่งที่ห้าขึ้นจากความผิดพลาดโดยแท้ (แต่ให้สิทธิแก่ผู้รับคำสั่ง) เป็นคำสั่งที่ไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมายเลย เพราะจะเป็นการขยายขอบเขตของทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลยให้ไกลไปกว่าที่ควรจะเป็น และขัดกับแนวคำวินิจฉัยที่มีมาแต่เดิมของสภาแห่งรัฐที่จะนำทฤษฎีดังกล่าวมาใช้เฉพาะในกรณีที่มีความจำเป็นจริง ๆ เท่านั้น^{๗๕}

อีกกรณีหนึ่งซึ่งน่าสนใจ คือ คำพิพากษาคดี Zemma ซึ่งสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสวินิจฉัยในลักษณะวางหลักว่า “คำสั่งที่เนรเทศบุคคลผู้มีสัญชาติฝรั่งเศสโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่มีลักษณะเป็นคำสั่งที่เป็นโมฆะ” ดังนั้น การฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งดังกล่าวจึงต้องกระทำภายในสองเดือนนับแต่รู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี เมื่อผู้ฟ้องคดีนำคำสั่งมาฟ้องภายหลังล่วงพ้นระยะเวลาดังกล่าว ศาลจึงไม่อาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้^{๗๖} ในคดีนี้ตุลาการผู้แถลงคดีได้เสนอความเห็นในทางตรงกันข้ามโดยให้นำทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลยมาใช้ เพราะคำสั่งเนรเทศบุคคลผู้มีสัญชาติฝรั่งเศสนั้นขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าให้เนรเทศบุคคลต่างด้าวได้เท่านั้น

จึงต้องถือว่าคำสั่งที่พิพาทเป็นคำสั่งที่ไม่มีอยู่เลยในทางกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีจึงยกโมฆะกรรมขึ้นกล่าวอ้างได้โดยไม่มีกำหนดเวลา^{๗๗}

กรณีตัวอย่างข้างต้นนี้สะท้อนให้เห็นถึงความยุ่งยากในการพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองในกรณีใดที่บกพร่องร้ายแรงถึงขั้นตกเป็นโมฆะ โดยในบางประเทศ เช่น ฝรั่งเศส อาจเป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับ “นโยบายของศาล” (politique jurisprudentielle) ที่จะเห็นสมควรเป็นประการใด ในทางปฏิบัติแนวคิดที่ว่าด้วยความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองจึงมิใช่แนวคิดที่มีเนื้อหาทางทฤษฎี หรือมีเกณฑ์พิจารณาที่แน่นอน (notion conceptuelle) แต่เป็นแนวคิดที่ศาลนำมาใช้ในกรณี ที่เห็นว่ามีความจำเป็นต้องผ่อนคลายนัยความเข้มงวดของหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับการลบล้างคำสั่งทางปกครองหรือการฟ้องคดี ดังนั้น จึงไม่ผิดนักหากจะกล่าวว่าโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองเป็นแนวคิดที่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล (notion fonctionnelle)^{๗๘} ซึ่งศาลจะคำนึงถึงผลของโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองเป็นสำคัญในการวินิจฉัยว่า ความบกพร่องในกรณีใดที่ทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะ



^{๗๔} คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E., 8 avril 2005, M. Richevaux, req. n°279432.

^{๗๕} คำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี M. Mattias Guyomar ซึ่งผู้เขียนต้องขอขอบคุณ M. Guyomar ไว้ ณ ที่นี้ ด้วยที่ได้อนุเคราะห์คำแถลงการณ์ดังกล่าวที่ไม่มีการพิมพ์เผยแพร่ในที่ใด

^{๗๖} คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E., 4 juillet 1980, Zemma, R.p.300, concl. Bacquet, A.J.D.A. 1980, p.640, note Feffer et Pinault.

^{๗๗} คำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี M. Alain Bacquet.

^{๗๘} AUBY (J.-M.), L'inexistence des actes administratifs, (Paris: Pedone, 1951), p.333.

ความเห็นทางกฎหมาย ของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่น่าสนใจ

กองกฎหมายไทย



การจำหน่ายที่ดินที่มีผู้อุทิศให้เป็นของสถานศึกษา

กรณีที่ธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน) บริจาคที่ดินให้โรงเรียนบ้านเวียงฝางและโรงเรียนบ้านแสนตอ ซึ่งเป็นโรงเรียนในสังกัดของสำนักงานคณะกรรมการอุดมศึกษา (สกอ.) ที่ดินดังกล่าวไม่มีสถานะเป็นที่ราชพัสดุตามกฎหมายว่าด้วยที่ราชพัสดุ และถือเป็นการสมสิทธิ์ของทั้งสองโรงเรียน เนื่องจากมาตรา ๕๔ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ กำหนดให้ก่อสร้างหรือปรับปรุงที่สถานศึกษาของรัฐที่เป็นนิติบุคคลได้มาโดยมีผู้อุทิศให้ หรือโดยการซื้อหรือแลกเปลี่ยนจากรายได้ของสถานศึกษาไม่ถือเป็นที่ราชพัสดุและให้เป็นกรรมสิทธิ์ของสถานศึกษา ส่วนที่ดินดังกล่าวจะมีสถานะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือไม่นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้ว่าการเปลี่ยนสภาพเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินจะต้องครบองค์ประกอบทั้ง ๒ ประการ คือ (๑) ต้องเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน และ (๒) ต้องใช้เพื่อสาธารณประโยชน์หรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกัน ที่ดินที่ทั้งสองโรงเรียนรับบริจาคมาดังกล่าวจึงไม่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน แต่เป็นเพียงทรัพย์สินของแผ่นดินเท่านั้น

เมื่อที่ดินดังกล่าวมีสถานะเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินและเป็นกรรมสิทธิ์ของโรงเรียน การจำหน่ายจ่ายโอนที่ดินนั้นสามารถกระทำได้ดังเช่นทรัพย์สินของเอกชน ยกเว้นกรณีการยึดทรัพย์สินแผ่นดินเท่านั้นที่ไม่สามารถกระทำได้ตามมาตรา ๑๓๐๗ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม การจำหน่าย

จ่ายโอนที่ดินนั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการสถานศึกษาขั้นพื้นฐานของสถานศึกษาที่เป็นนิติบุคคลตามระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยการบริหารจัดการและขอบเขตการปฏิบัติหน้าที่ของสถานศึกษาขั้นพื้นฐานที่เป็นนิติบุคคลในสังกัดเขตพื้นที่การศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๖ ด้วย

การที่โรงเรียนทั้งสองเป็นหน่วยงานของรัฐและเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ การขายที่ดินก็ควรดำเนินการตามระเบียบที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้เกิดความโปร่งใสและเป็นธรรม แต่เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่กำหนดขั้นตอนการโอนหรือขายอสังหาริมทรัพย์ที่มีผู้อุทิศให้แก่สถานศึกษาของรัฐที่เป็นนิติบุคคลไว้ ดังนั้น สกอ. ควรพิจารณาออกระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินที่มีผู้อุทิศให้ โดยอาจเทียบเคียงจากกฎกระทรวงว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการโอนกรรมสิทธิ์ที่ราชพัสดุที่มีใช้ที่ดินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ พ.ศ. ๒๕๕๐ ทั้งนี้ ในการดำเนินการโอนหรือขายที่ดินที่รับบริจาคดังกล่าวควรคำนึงถึงเงื่อนไขตามสัญญาให้ที่ดินของผู้บริจาคและระเบียบปฏิบัติของทางราชการด้วย

(เรื่องเสร็จที่ ๔๗/๒๕๕๘ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การจำหน่ายที่ดินที่มีผู้อุทิศให้เป็นของสถานศึกษา, คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๗))



ทายาทผู้มีสิทธิรับบำเหน็จตกทอด ตามพระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ

มาตรา ๕๘ แห่งพระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. ๒๕๓๙ บัญญัติให้จ่ายบำเหน็จตกทอดแก่ทายาทของสมาชิกซึ่งถึงแก่ความตายในระหว่างรับราชการและความตายนั้นมิได้เกิดจากการประทุษร้ายอย่างร้ายแรงของตนเอง โดย (๒) ของมาตรานี้บัญญัติให้สามีหรือภริยามีสิทธิได้รับบำเหน็จตกทอดด้วยหนึ่งส่วน แต่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า โจทก์ผู้เป็นสามีฟ้องจำเลยผู้เป็นภริยาขอให้ศาลพิพากษาให้หย่าขาดจากกัน ซึ่งการหย่าโดยคำพิพากษาของศาลจะมีผลตั้งแต่วันที่คำพิพากษาถึงที่สุดตามมาตรา ๑๕๓๑ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งทั้งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษาให้โจทก์หย่าขาดจากจำเลย ต่อมาจำเลยฎีกาคัดค้านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ แต่ศาลชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับฎีกา จำเลยจึงได้ยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่ง

ไม่รับฎีกา และในระหว่างการพิจารณานั้นเอง โจทก์ได้ถึงแก่ความตาย คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ที่ให้โจทก์หย่าขาดจากจำเลยจึงยังไม่เป็นที่สุดตามมาตรา ๑๕๗ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและการหย่าตามคำพิพากษาของศาลจึงยังไม่มีผลตามมาตรา ๑๕๓๑ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในขณะที่โจทก์ถึงแก่ความตาย จำเลยจึงยังคงมีสถานะเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของโจทก์ จึงเป็นทายาทผู้มีสิทธิได้รับบำเหน็จตกทอดของโจทก์ได้

(เรื่องเสรีจที่ ๙๔/๒๕๕๘ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ทายาทผู้มีสิทธิรับบำเหน็จตกทอดตามพระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ, คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๑))



ต่อจากปกหลัง

ทีนี้เมื่อเขียนกฎหมายอย่าง Positive List แล้วถามว่าจะตีความกันอย่างไร? รัฐมนตรีจะประกาศกำหนดอย่างไรก็ได้กระนั้นหรือ? กฎกระทรวงจะกำหนดอะไรก็ได้กระนั้นหรือ?

ดั่งที่ผู้เขียนได้กล่าวถึงเหตุผลในการใช้วิธีการเขียนแบบ Positive List นี้ก็เพื่อความยืดหยุ่นในการบังคับใช้กฎหมาย เพราะในชั้นที่ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับนั้นเห็นว่ามีกรณีที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับนั้นแน่ ๆ สักห้าหกเรื่องที่กำหนดในอนุมาตราย่อยต้น ๆ แต่ก็เล็งเห็นได้ว่าในอนาคตก็อาจมีกรณีอื่น “ในทำนองเดียวกัน” ที่จะต้องกำหนดให้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายด้วย

ดังนั้น การออกประกาศหรือกฎกระทรวงตามอนุมาตราสุดท้ายของ Positive List จึงต้องอยู่ภายใต้ “บริบท” (Context) ของอนุมาตราที่กำหนดชัดเจนไว้แล้วข้างต้น ไม่ใช่จะออกประกาศหรือกฎกระทรวงอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจ

การตีความอนุมาตราสุดท้ายของ Positive List ก็เป็นเช่นเดียวกัน ไม่ใช่จะตีความอย่างไรก็ได้ หากแต่ต้องตีความให้สอดคล้องกับอนุมาตราต้น ๆ ที่บัญญัติไว้ชัดเจนแล้วเท่านั้น จะตีความอนุมาตราโดยขยายความไม่ได้ เพราะการตีความโดยขยายความจะทำให้เกิด “ผลที่แปลกประหลาด” โดยจะมีคำถามย้อนกลับมาทันทีว่า แล้วกฎหมายอุตสาหกรรมในอนุมาตรา ก่อน ๆ นี้ไว้เพื่ออะไร หากอนุมาตราสุดท้ายมีความหมายกว้างราวกับมหาสมุทรแปซิฟิกเช่นนี้

หลักการตีความดังกล่าวข้างต้น เป็นหลักพื้นฐานในการตีความกฎหมายอันเป็นสากลและรู้จักทั่วไปว่า “*ejusdem generis*” สรุปร้อย ๆ ก็คือหากบทบัญญัติของกฎหมายมีถ้อยคำต่อเนื่องกันหรือเรียงลำดับกัน และคำสุดท้ายหรือลำดับสุดท้ายมีความหมายทั่วไป กรณีต้องตีความคำสุดท้ายหรือลำดับสุดท้ายให้มี


ความหมายในทำนองเดียวกับคำหรือลำดับที่มีมาก่อน เพราะเป็นความเดียวกันหรือต่อเนื่องกัน

ดั่งนี้ จะเห็นได้ว่าการร่างกฎหมายและการตีความกฎหมายนั้นเป็นศาสตร์ ไม่ใช่ศิลป์ เพราะต้องดำเนินการตาม “นิติวิธี” (Juristic method) ที่เป็นสากลบนพื้นฐานของเหตุและผล มิใช่เพียงแค่การใช้ถ้อยคำสำนวนหรือเล่นสำบัดสำนวนโดยไม่มีเหตุผลทางกฎหมาย (Legal reasoning) รองรับ

เมื่อเป็นเช่นนี้ ในกรณีตามร่างมาตรา ๘ (๕) ร่างพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. ข้างต้น จึงมิใช่สถานที่ใด ๆ ก็ได้ หากแต่จำกัดเฉพาะสถานที่ ๓ ประเภท คือ สถานที่ให้บริการสาธารณะแก่ประชาชน ศาสนสถาน หรือสถานที่ปฏิบัติงานของรัฐต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศที่ตั้งอยู่ในประเทศไทย เท่านั้น

ท้ายที่สุดผู้เขียนเห็นว่าการให้ความเห็นหรือวิจารณ์ร่างกฎหมายหรือเรื่องต่าง ๆ ของใครต่อใครต่อสาธารณะนั้น ต้องวางอยู่บนพื้นฐานของ “เหตุผลทางวิชาการ” มากกว่าความเชื่อหรือการใช้ถ้อยคำสำนวนเพื่อชวนให้หลงเชื่อ เพราะมิฉะนั้นแล้วการแสดงความคิดเห็นของท่านจะทำให้สังคมเกิดความสับสน ทำให้สังคมสับสนนั้นะไม่เท่าไรหรอก แต่ท่านจะแสดงความรับผิดชอบต่อการกระทำของท่านอย่างไร??

ขณะเดียวกัน ผู้เขียนก็เห็นว่านักร่างกฎหมายทุกท่านก็ควรต้องอธิบายเหตุผลเหล่านี้ให้เป็นที่เข้าใจต่อสาธารณะด้วย เขาจะได้เข้าใจ

ไม่ใช่เอะอะก็แบบ!!! 

ข้อมูลอ้างอิง

- เรื่องเสรีจที่ ๑๖๓/๒๕๑๙
- เรื่องเสรีจที่ ๑๗๔/๒๕๒๐
- เรื่องเสรีจที่ ๓๙๓/๒๕๒๔



นายธรรมนิตต์ สุ่มันตกุล รองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นประธานในพิธีเปิดการสัมมนา เรื่อง การปรับปรุงบทบาทผู้ปฏิบัติงานด้านการร่างกฎหมายเพื่อรองรับการเป็นประเทศสมาชิกอาเซียนและบรรยายพิเศษ เรื่อง “กฎหมายเพื่อการพัฒนา : แนวคิดของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ และการร่างกฎหมายภายใต้ความคิดทฤษฎีกฎหมายของ เศรษฐศาสตร์” เมื่อวันศุกร์ที่ ๒๒ พฤษภาคม ๒๕๕๘ ณ ห้องประชุมปริติดี พนมยงค์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ทั้งนี้ มีการจัดสัมมนาฯ นอกสถานที่ ระหว่างวันที่ ๒๓ - ๒๔ พฤษภาคม ๒๕๕๘ ณ โรงแรมศรีอู่ทอง แกรนด์ จังหวัดสุพรรณบุรี โดยวิทยากรผู้ทรงคุณวุฒิ ประกอบด้วย นายชูเกียรติ รัตนชัยชาญ อดีตเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา บรรยาย เรื่อง “การร่างกฎหมายภายใต้กรอบความตกลงอาเซียน” และ ศ.ดร. ชุมพร ปัจจุบันสานนท์ กรรมการกฤษฎีกา คณะที่ ๖ บรรยาย เรื่อง “ข้อคิดเกี่ยวกับการร่างกฎหมายไทยภายใต้กรอบความตกลงระหว่างประเทศ” โดยมี วัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาบุคลากรและกระบวนการทำงานของสำนักงานฯ ทั้งงานวิชาการด้านกฎหมายและงานบริหารจัดการ ภาครัฐให้สอดคล้องกับบริบทของอาเซียน ผู้เข้าร่วมสัมมนาประกอบด้วย ข้าราชการสายงานนักกฎหมายกฤษฎีกาและ สายงานสนับสนุน จำนวน ๗๐ คน

Positive List กับ ejusdem generis

ปกรณ์ นิลประพันธ์*

เมื่อหลายวันก่อนมีการประชุมพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. ที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติ บังเอิญร่างมาตรา ๘ เขียนว่า

“มาตรา ๘ การชุมนุมสาธารณะต้องไม่กีดขวางทางเข้าออก หรือรบกวนการปฏิบัติงาน หรือการใช้บริการสถานที่ ดังต่อไปนี้

(๑) สถานที่ทำการหน่วยงานของรัฐ

(๒) ท่าอากาศยาน ท่าเรือ สถานีรถไฟ หรือสถานีขนส่งสาธารณะ

(๓) โรงพยาบาล สถานศึกษา และศาสนสถาน

(๔) สถานทูตหรือสถานกงสุลของรัฐต่างประเทศ หรือสถานที่ทำการองค์การระหว่างประเทศ

(๕) สถานที่อื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด”

เมื่อ (๕) เขียนเช่นนี้ องค์การด้านสิทธิมนุษยชนแห่งหนึ่งจึงยกขึ้นให้ความเห็นประกอบการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติอย่างดุเดือดว่า ร่างพระราชบัญญัตินี้ให้อำนาจรัฐมนตรีที่จะประกาศสถานที่ใด ๆ เพิ่มเติมก็ได้ อันเป็นการให้อำนาจรัฐมนตรีลิดรอนสิทธิในการชุมนุมสาธารณะของประชาชนอย่างกว้างขวาง ช่างเผด็จการนัก!!!

ว่าเข้าไปนั่น!!

เมื่อเห็นว่ากรรมวิธีการหลายท่านดูเหมือนจะเคลิ้มไปกับความเห็นขององค์กรนี้ ท่านประธานจึงหันมาถามผู้เขียนว่าเป็นอย่างไรบ้างจริงหรือไม่ เพราะท่านเคยได้ยินคำถามเช่นนี้มาหลายครั้งแล้ว แต่เจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องก็จะตอบเป็นเสียงเดียวกันว่ามันเป็น “แบบ”

“แบบ” มาอีกแล้ว!!!!

ขอเรียนนะครับว่านี่ “ไม่ใช่แบบ” (Form) แต่เป็นวิธีการเขียนที่นักร่างกฎหมายทั่วโลกเขาเรียกว่า “Positive List” โดย Positive List จะมีสองส่วน กล่าวคือ ส่วนที่กำหนดชัดเจนว่ามีเรื่องใดบ้างที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายในลักษณะของ “อนุมาตราย่อย” ต้น ๆ (หรือที่เดี๋ยวนี้นักร่างกฎหมายยุคใหม่เขาอ่านว่า “วงเล็บ” แรก ๆ) กับส่วนที่ให้อำนาจแก่ผู้มีอำนาจหน้าที่รักษาการตามกฎหมายหรือปฏิบัติตามกฎหมายไปกำหนดเพิ่มเติมว่าเรื่องใดบ้างที่สมควรอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนี้ด้วย ซึ่งจะปรากฏในอนุมาตราสุดท้ายหรือวงเล็บสุดท้ายว่า “(..) การอื่นที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด” หรือ “(..) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง” เป็นต้น

สำหรับสาเหตุที่ต้องใช้วิธีการเขียนแบบ Positive List นี้ก็เพื่อความยืดหยุ่นในการบังคับใช้กฎหมาย เพราะในชั้นที่ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับนั้นเห็นว่ามีกรณีที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับนั้นแน่ ๆ สีซ้ำห้าหก กรณีดังที่กำหนดในอนุมาตราย่อยต้น ๆ แต่โดยที่เล็งเห็นได้ว่าในอนาคตก็อาจมีกรณีอื่น “ในทำนองเดียวกัน” ที่ควรจะต้องกำหนดให้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายด้วย จึงมีการเขียนอนุมาตราสุดท้ายหรือวงเล็บสุดท้ายไว้ด้วยว่า “(..) การอื่นที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด” หรือ “(..) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง” เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อให้กฎหมายสามารถพัฒนาไปได้โดยสอดคล้องกับสถานการณ์ในอนาคต เพราะถ้าไม่เขียนไว้เช่นนี้ หากต่อไปจะต้องกำหนดให้เรื่องใดอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนั้นอีก ซึ่งแน่นอนว่าต้องใช้เวลาคาดำเนินการนาน กว่าลั่วจะสุกงาก็ไหม้เสียแล้ว

* กรรมการร่างกฎหมายประจำ (นักกฎหมายกฤษฎีกาทรงคุณวุฒิ) สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (๒๕๕๘)